

T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Doktora Tezi

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN
MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKA ETKİSİ**

İlyas ARSLAN
2502120244

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Emre ESEN

İstanbul-2018



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



DOKTORA
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : İLYAS ARSLAN Numarası : 2502120244

Anabilim Dalı /
Anasanat Dalı / Programı : ÖZEL HUKUK Danışmanı : DOÇ.DR. EMRE ESEN

Tez Savunma Tarihi : 28.09.2018 Saati : 14:30

Tez Başlığı : AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKA
ETKİSİ

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış,
sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1 PROF.DR.B.BAHADIR ERDEM		KABUL
2- PROF.DR.YUSUF ÇALIŞKAN		KABUL
3- DOÇ.DR.EMRE ESEN		KABUL
4- DOÇ.DR.CEYDA SÜRAL		KABUL
5- DOÇ.DR.SAADET YÜKSEL		KABUL

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DOÇ.DR.H. BURAK GEMALMAZ		
2- DOÇ.DR.MUSTAFA ERKAN		

ÖZ

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKA ETKİSİ

İLYAS ARSLAN

Bu çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Eki Protokollerde güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin yabancılık unsuru içeren, dolayısıyla milletlerarası özel hukukun kapsamına giren meselelerde ne tür mevcut ve muhtemel etkilere sahip olduğu ele alınmaktadır. Bu kapsamda, öncelikle AİHS’nde düzenlenen hakların niteliği ile taraf devletlerin bu konudaki yükümlülükleri ışığında AİHS’nin milletlerarası özel hukuka ilişkin meselelere uygulanabilir olup olmadığı incelenmiştir. AİHS’nde güvence altına alınan ve milletlerarası özel hukuk menşeli uyuşmazlıklara tatbiki kabil hakların yabancı hukukun tespitine, tatbikine ve temin edilmesine olan etkileri analiz edilmiştir. Ardından, başta AİHS m.6/1’in taraf devlet mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ve milletlerarası nitelikli bazı yargılama kurallarına olan etkisi ele alınarak, taraf devletlerin bu tür uyuşmazlıklar bakımından da bireylerin Sözleşmesel haklarına riayet etme, koruma ve yerine getirme yükümlülüğü olduğu tespit edilmiştir. Son olarak, taraf devletlerin milletlerarası özel hukuk rejimlerinin bir parçasını teşkil eden yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin kuralların uygulanması ile taraf devletlerin Sözleşmesel yükümlülükleri arasındaki ilişki ele alınmıştır. Böylece, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) ve taraf devlet mahkemelerinin konuya ilişkin içtihatları ile doktrindeki görüşler incelenerek, AİHS ile milletlerarası özel hukukun çeşitli alanları arasındaki ilişkiye dair prensipler belirlenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Milletlerarası Özel Hukuk, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, insan hakları, adil yargılanma hakkı, uygulanacak hukuk, milletlerarası yetki, yabancı kararların tanınması ve tenfizi, kamu düzeni.

ABSTRACT

THE IMPACT OF EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW

İLYAS ARSLAN

This study analyzes the existing and possible effects of the rights guaranteed in European Convention on Human Rights (ECHR) and its additional protocols on the issues that contains cross-border elements in the framework of private international law. In this context, firstly it was examined whether the ECHR is applicable to the issues which are related to private international law in the light of the nature of the rights contained in the ECHR and the obligations of the Contracting States regarding these rights. Secondly, the effect of rights contained in the ECHR applicable to the disputes arising from private international law cases on determination and ascertainment of foreign law and application of foreign law were analyzed. Thereafter, the effects of Art 6(1) of the ECHR on international jurisdiction of national courts of Contracting States and some procedural rules which was applicable to private international law cases was examined and it was established that the Contracting States are under the obligation to respect, protect and fulfill the Conventional rights of individuals when implementing these rules on such disputes. Finally, the relationship between the application of the rules on recognition and enforcement of foreign judgments which constitutes a part of private international law regimes of Contracting States and the Conventional obligations of Contracting States was discussed. Thus, by analyzing the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR) and the national courts of Contracting States and opinions which is asserted in the doctrine, a number of principles was put forward concerning the relationship between the ECHR and these areas of private international law.

Keywords: Private International Law, European Convention on Human Rights, human rights, right to a fair trial, applicable law, international jurisdiction, recognition and enforcement of foreign judgments, public policy.

ÖNSÖZ

Bu tez çalışması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin yabancılık unsuru içeren, dolayısıyla milletlerarası özel hukuk kapsamına giren uyuşmazlıklara uygulanan kurallar ile bu kuralların yorumu ve tatbiki açısından ne tür mevcut ve muhtemel etkilere sahip olduğu ele alınmıştır. Bu kapsamda, sadece milletlerarası özel hukuk alanını tanzim eden kural ve müesseseler ile milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıklarının taraflarının AİHS’nde yer alan hak ve özgürlükleri arasındaki ilişkinin teorik temellerini ortaya koymakla yetinilmemiş, uygulamada karşılaşılan veya karşılaşılmaması muhtemel sorunlar irdelenerek çeşitli çözüm önerileri ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Bu çalışmanın ortaya çıkmasında, her çalışmada olduğu gibi, sadece yazarının değil pek çok kişinin katkısı rol oynamıştır. Şüphesiz, bu kişilerin başında tezin danışmanlığını yürüten kişiler gelmektedir. Tezin danışmanlığı, ilk olarak emekli olduğu tarihe kadar Prof. Dr. Cemal Şanlı tarafından yürütülmüştür. Bu konunun doktora tez konusu olarak belirlenmesinde ve hazırlanmasında destek ve yardımlarını esirgemeyen Sayın Hocam Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya teşekkür ederim.

Doç. Dr. Emre Esen, gerek tezin danışmanlığını üstlenmeden önce gerekse üstlendikten sonra, tez konusunun seçiminden tezin savunulması anına kadar bu çalışmanın ortaya çıkmasında yardım ve desteğini eksik etmemiştir. Bu konuyu tez konusu olarak tavsiye eden, tezin kapsamına giren pek çok konudaki fikir ve eleştirileriyle, tezin yazımı sürecinde karşılaşılan pek çok hukuki sorunun teşhisi, analizi ve çözümünde ortaya koyduğu görüş ve önerileriyle çalışmanın hep bir adım ileriye taşınmasına vesile olan, uzun ve zorlu tez yazım sürecinde sadece bilimsel desteğini değil, manevi desteğini de üzerimden eksik etmeyen Sayın Hocam Doç. Dr. Emre Esen’e ne kadar teşekkür etsem azdır.

Tezin hazırlanması aşamasında tez izleme komitesinde yer alan, yüksek lisans aşamasından bu yana bilimsel ve manevi destek ve ilgisini eksik etmeyen Sayın Hocam Prof. Dr. B. Bahadır Erdem’e emek ve desteği için sonsuz şükranlarımı sunuyorum. Tez izleme komitesi üyeliğini üstlendiği andan beri tez konusuyla

yakından ilgilenen, tezin kapsamına giren pek çok konuda fikirlerini ve önerilerini paylaşılarak bu çalışmanın ortaya çıkmasına katkı sunan Sayın Hocam Prof. Dr. Yusuf Çalışkan'a çok teşekkür ederim. Ayrıca tez jürimde bulunan ve değerli görüşleri ile tezime önemli katkılar sunan Sayın Hocam Doç. Dr. Bahar Ceyda Süral'a ve tezimi titizlikle inceleyerek değerli eleştirileriyle tezin insan hakları hukuku açısından eksikliklerini düzeltmemi sağlayan Sayın Hocam Doç. Dr. Saadet Yüksel'e çok teşekkür ederim.

Tez konusunun araştırılması ve bir kısmının kaleme alınması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak çalıştığım zaman zarfında gerçekleşmiştir. Gerek kürsüye dâhil olduğum günden beri gerekse kürsüden ayrıldıktan sonra benden desteklerini esirgemeyen, üzerimde büyük emekleri bulunan Sayın Hocalarım Prof. Dr. Günseli Öztekin Gelgel'e ve Doç. Dr. Faruk Kerem Giray'a, Doç. Dr. İnci Ataman-Figanmeşe'ye, Dr. Öğretim Üyesi Mine Tan Dehmen'e ve Dr. Öğretim Üyesi A. Elif Ulusu Karataş'a sonsuz şükranlarımı sunuyorum.

Birbirinden farklı iki hukuk disiplini olan milletlerarası özel hukuk ile insan hakları arasındaki ilişkiyi, hususen taraf devletlere insan haklarının korunması konusunda objektif yükümlülükler yükleyen AİHS sisteminin Türk milletlerarası özel hukukuna olan etkilerini, ihtisas alanı milletlerarası özel hukuk olan bir hukukçunun gözüyle analiz etmek şüphesiz hiç kolay olmamıştır. Lisans döneminde bir veya iki yarıyıl verilen insan hakları hukuku eğitimiyle bu konunun kotarılmasının oldukça zor olduğu bir gerçektir. Doç. Dr. H. Burak Gemalmaz, gerek sağlamış olduğu kaynaklarla gerekse çalışmanın içeriğine ilişkin konuların kapsamı ve içeriğinin tespitine ve çalışmanın kapsamına giren konulara ilişkin yapıcı eleştirileriyle bu eksikliğimin bir nebze de olsa giderilmesine katkıda bulunmuştur. Bu vesileyle Sayın Hocam Doç. Dr. H. Burak Gemalmaz'e teşekkürlerimi sunuyorum.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde birlikte görev yaptığım milletlerarası özel hukuk, medeni usul hukuku ve anayasa hukuku kürsülerindeki pek çok mesai arkadaşım, değerli vakitlerini ayırarak gerek ihtiyaç duyulan kaynakların temin edilmesinde, gerek medeni usul

hukuku ve insan hakları hukuku alanlarında karşılaştığım birçok terminolojik ve kavramsal meselenin çözümünde, gerekse çalışmada kullanılan AİHM ve ulusal mahkeme kararlarının Türkçe'ye tercüme edilmesinde yardımlarını ve desteklerini esirgememiştir. Tezin yazımı sürecinde ihtiyaç duyduğum pek çok kaynağın temin edilmesinde yardımları için, değerli arkadaşlarım Arş.Gör. Mahmut Esad Kalıpçı'ya, Araş.Gör. Seyit Rasim Doru'ya, Araş.Gör. Rümeysa Partalçı'ya ve Araş.Gör. Melis Avşar'a çok teşekkür ederim. Yine, değerli arkadaşlarım Araş.Gör. Akif Genç ve Araş.Gör. Ufuk Demirkan, kaynak temini konusundaki yardımlarının yanı sıra, çalışma kapsamında değindiğim medeni usul hukukuna ilişkin kural ve müesseselerin milletlerarası usul hukuku açısından ve bunların milletlerarası özel hukuk-insan hakları ilişkisi bakımından ne anlam ifade ettiğinin tespitinde yardımcı olmuştur. Kendilerine çok teşekkür ederim. Gerek tezin savunulmasından önce gerekse düzeltme aşamasında tezi okuyarak düzeltmelerde ve yararlı tavsiyelerde bulunan kürsü arkadaşlarım Araş.Gör. Ömür Karaağaç'a, Arş. Gör. İbrahim Doğan Takavut'a ve Arş. Gör. Irmak Dingaç'e bir kez de buradan teşekkür ediyorum.

Tez çalışmasının beş aylık kısmı, TÜBİTAK tarafından sağlanan yurt dışı doktora araştırma bursu ile Almanya'nın Hamburg kentindeki Max Planck Karşılaştırmalı ve Uluslararası Özel Hukuk Enstitüsü'nde yürütülmüştür. Söz konusu araştırmayı mümkün kılan TÜBİTAK'a, bu süreçte sunduğu olanaklar ve rahat çalışma ortamı nedeniyle Max Planck Enstitüsü'ne ve çalışanlarına teşekkür ederim.

Son olarak, bu uzun ve zorlu süreçte her zaman yanımda olan, lise yıllarımdan beridir arkadaşlığını, sevgisini ve desteğini eksik etmeyen sevgili eşim Semiha'ya göstermiş olduğu sabır ve hoşgörü nedeniyle ne kadar teşekkür etsem azdır.

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ.....	v
KISALTMALAR LİSTESİ	xxvii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKU İLGİLENDİREN YÖNLERİYLE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

I. GENEL OLARAK	17
II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN KAPSAMI VE TEMEL ÖZELLİKLERİ	19
A. Genel Olarak	19
B. Kapsamı	19
C. Temel Özellikleri	21
1. Bireyi uluslararası hukukta hak sahibi yapması	21
2. Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması Konusunda Yargısal bir Denetim Öngörmesi.....	21
3. Getirmiş Olduğu Korumanın İkincil Nitelikte Olması	23
4. Karşılıklılığa Dayanmaması	25
5. İç Hukuku Etkilemesi	25
6. Temel Hak ve Özgürlükleri Belirlemesi ve Bunlara Sınırlama Getirmesi.....	26
D. AİHS'nin Uygulama Alanı ve AİHM'nin Yargı Yetkisinin Kapsamı	27
1. Genel Olarak	27

2. AİHS'nin Kişi, Konu ve Zaman Bakımından Uygulama Alanı	28
3. AİHS m.1 Uyarınca Sözleşmenin Yer Bakımından Uygulama Alanı	31
E. AİHS'nin Milletlerarası Özel Hukuk Menşeli Uyuşmazlıklara Uygulanabilir Olup Olmadığı ve Bunun için Ülke ile Belirli Bir İrtibatın Gerekli Olup Olmadığı Meselesi	40
1. Genel Olarak	40
2. AİHS'nin Milletlerarası Özel Hukuk Menşeli İhlal İddiaları Bakımından Uygulanabilir Olup Olmadığı	41
3. Gerek AİHM Gerek Taraf devlet Mahkemelerinde Görülmekte Olan Davalarda AİHS Hükümlerinin İhlali İddiası Bakımından Ülke ile Belirli Bir İrtibatın Gerekli Olup Olmadığı Meselesi	48
III. DEVLETLERİN AİHS'DEN KAYNAKLANAN YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	55
A. Genel Olarak	55
B.AİHS Kapsamında Negatif ve Pozitif Yükümlülük Ayrımı	57
C. Devletin Gerçekleştirme/Yerine Getirme Yükümlülüğü	62
D. Devletin Temel Hakları Üçüncü Kişilerin Müdahalelerine Karşı Koruma Yükümlülüğü ve AİHS'nin Yatay Etkisi	67
1. Genel Olarak.....	67
2.Temel Hakların Yatay Etkisi	69
a. Kavramın Ortaya Çıkışı, Gelişimi ve Anlamı	69
b. Temel Hakların Yatay Etkisi Konusunda İleri Sürülen Görüşler	72
i. Doğrudan Yatay Etki	72
ii. Dolaylı Yatay Etki	73
3. Yatay Etkinin AİHS Sistemi İçindeki Yeri	74

4. Devletin Koruma Pozitif Yükümlülüğü Kapsamında AİHS'nin Dolaylı Yatay Etkisi	78
IV. AİHS'DE YER ALAN HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN NİTELİĞİ VE SINIRLANDIRILMASI	82
A.Genel Olarak	82
B. AİHS'nde Yer Alan Hakların Niteliklerine Göre Sınıflandırılması	84
1. Genel Olarak.....	84
a. Mutlak Haklar	85
b. Sınırlanabilir Haklar.....	86
C. AİHM İçtihatları Işığında AİHS'nde Yer Alan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Rejimi	90
1. Genel Olarak.....	90
2.Müdahalenin Yasayla Öngörülmesi (Hukukilik-Yasayla Sınırlama)...	92
3. Müdahalenin Meşru Bir Amaca Dayanması.....	94
4. Demokratik Toplumda Gereklilik.....	96
a. Genel Olarak	96
b. Zorlayıcı Bir Toplumsal İhtiyacın Varlığı.....	97
c. Müdahalenin Gerekliliği Konusunda Devletlerin Sahip Olduğu Takdir Marjı	99
i. Genel Olarak.....	99
ii.Takdir Marjının Göreceliliği	101
d. Ölçülülük/Adil Denge.....	104

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN KANUNLAR İHTİLAFI HUKUKU MESELELERİNE ETKİSİ

I. GENEL OLARAK.....	110
II. KANUNLAR İHTİLAFI KURALLARININ AİHS'Nİ İHLAL EDECEK ŞEKİLDE TANZİM EDİLMİŞ OLMASI.....	116
III. AİHS'NİN YABANCI HUKUKUN TEMİNİ FAALİYETİNE ETKİSİ	123
A. Genel Olarak	123
B. Yabancı Hukukun Teminine İlişkin AİHM ve Taraf Devlet Mahkemelerinin İçtihatları.....	125
C. Yabancı Hukukun Ulusal Hukuklardaki Konumunun Yabancı Hukukun Temini ile AİHS m.6/1 Arasındaki İlişkiye Etkisi	132
IV. AİHS'NİN YABANCI HUKUKUN TATBİKİNE OLAN ETKİSİ	140
A. Genel Olarak	140
B. AİHS'ne Aykırılık Teşkil Eden Yabancı Hukukun Tatbikinin Ulusal Seviyede Engellenmesi.....	143
1. Genel Olarak	143
2. AİHS'ne Aykırılık Teşkil Eden Yabancı Hukukun Tatbikine Karşı Mutad Olarak Kullanılan Bir Yöntem Olarak Kamu Düzeni Müdahalesi.....	145
a. Genel Olarak Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Kavramı	145
i. Kamu Düzeninin Anlamı, Niteliği ve Özellikleri.....	145
ii. Kamu Düzeninin Kapsamı.....	153
a) <i>Türk Hukukunun Temel İlkeleri</i>	156
b) <i>Toplumun Adap ve Ahlak Anlayışı</i>	158
c) <i>Temel Hak ve Özgürlükler</i>	160

iii. Kamu Düzeninin Değişik Görünüm Biçimleri.....	164
a) Mahalli (Milli, İç) Kamu Düzeni - Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni – Milletlerarası Kamu Düzeni	164
b) Avrupa Kamu Düzeni Kavramı	168
c) Maddi Kamu Düzeni-Usuli Kamu Düzeni Ayrımı.....	174
b. Yabancı Hukukun Tatbikine Engel Olan Kamu Düzeni Müdahalesi ile AİHS’nde yer alan Temel Hak ve Özgürlükler Arasındaki İlişki.....	177
i. Genel Olarak	177
ii. Kamu Düzeni Müdahalesi için “Ülke ile Belirli Bir İrtibat” Koşulunun Temel Hak ve Özgürlüklere Aykırılık Söz Konusu Olduğunda Aranıp Aranmayacağı Meselesi	178
iii. Ulusal Mahkeme İçtihatları Işığında Yabancı Hukukun Tatbikinin Kamu Düzenine Aykırılık Gerekçesiyle Engellenmesinde AİHS’de Yer Alan Hakların Etkisi	189
3. AİHS’nde Yer Alan Temel Hak ve Özgürlüklerin Ulusal Mahkemelerce Davaya Doğrudan Tatbik Edilmesi.....	212
C. AİHM’nin Yabancı Hukukun Tatbiki ile AİHS Arasındaki İlişkiye Bakışı	218
1. Genel Olarak.....	218
2. AİHM İçtihatlarında AİHS’nin Yabancı Hukukun Tatbikine Olan Etkisi	219
3. Hukuku Uygulanan (Taraflar) Devletin AİHS’ne Aykırılık Nedeniyle Sorumluluğunun Doğup Doğmayacağı.....	226
4. Uyuşmazlığın Yabancılaşma Unsuru İçermesi Nedeniyle Müdahalenin Meşruluğu Denetiminin Hafifletilip Hafifletilemeyeceği Meselesi	230
V. YABANCI UNSURLU DAVALARDA LEX FORİ’NİN TATBİKİ İLE AİHS ARASINDAKİ İLİŞKİ	237

A. Genel Olarak	237
B. AİHS’nde Yer Alan Bazı Hakların Yabancı Hukuku Tatbik Etme Yükümlülüğü Yükleyip Yüklemediği Meselesi	239
C. Yabancılik Unsuru Dikkate Alınmaksızın Doğrudan <i>Lex fori</i> ’nin Tatbik Edilmesinin AİHS’ne Aykırılık Teşkil Edip Etmeyeceği	245
D. Yabancı Unsurlu Davalarda <i>Lex fori</i> ’nin Tatbikinin AİHS’ne Aykırılık Teşkil Etmesi	247

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN MİLLETLERARASI USUL HUKUKUNA ETKİSİ

I. MİLLETLERARASI USUL HUKUKU KAVRAMI, İÇERİĞİ VE AİHS’NDE YER ALAN HAKLARLA İLİŞKİSİ.....	252
A. Milletlerarası Usul Hukuku Kavramı ve İçeriği	252
B. Milletlerarası Usul Hukuku ile AİHS Arasındaki İlişki	258
II. AİHS m.6/1’in MAHKEMELERİN YARGI YETKİSİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ.....	263
A. Genel Olarak	263
B. Yargı Yetkisi-Milletlerarası Yetki Ayrımı	265
C. Mahkemeye Erişim Hakkı	269
1. Kavram	269
2. Sınırlandırılması	273
3. Hak Arama Hürriyeti ve Türk Hukukundaki Benzer Kavramlarla İlişkisi	276
D. Bireylerin Mahkemeye Erişim Hakkına Uluslararası Hukuk Tarafından Getirilen Bir Sınırlama Olarak Yargı Bağışıklığı	279
1. Yargı Bağışıklığı Kavramı	279

2. Yabancı Devlete Yargı Bağışıklığı Tanınmasının AİHS m.6/1'e Uygunluğu	281
a. Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı ve Kapsamı	281
b. AİHM'nin Konuya İlişkin İçtihatlarının Değerlendirilmesi	287
i. Özel Hukuk Karakterli Uyuşmazlıklar Bakımından.....	288
ii. Yabancı Devletin Egemenlik Tasarrufları Kapsamında Gerçekleştirilen Eylemler Nedeniyle Haksız Fiile Dayanan Tazminat Davaları Bakımından	298
3.Yabancı Devlet Temsilcilerine Yargı Bağışıklığı Tanınması ile AİHS m.6/1 Arasındaki İlişki.....	303
a. Devlet ve Hükümet Başkanlarına Bağışıklık Tanınması Halinde	303
b. Diplomatik veya Konsüler Temsilcilere Bağışıklık Tanınması Halinde	305
4. Uluslararası Örgütlere Yargı Bağışıklığı Tanınmasının AİHS m.6/1'e Uygunluğu	308
a. Uluslararası Örgütlerin Yargı Bağışıklığı, Kapsamı ve Sınırlandırılması.....	308
b. AİHM'nin Konuya İlişkin İçtihatlarının Değerlendirilmesi	313
III. AİHS m.6/1 ile MİLLETLERARASI YETKİ HUKUKU ARASINDAKİ İLİŞKİ	321
A. Genel Olarak	321
B. Milletlerarası Yetki Kavramı.....	324
1. Milletlerarası Yetki Kavramı, Kaynağı ve Unsurları	324
2. Milletlerarası Yetkinin Tesisinde Dikkate Alınan Menfaatler.....	327

3. Devletlerin Milletlerarası Yetki Kurallarını Serbestçe Belirleme Yetkisinin Milletlerarası Yetki Hukukunda Ortaya Çıkarılabileceği Sorunlar ve Bunların AİHS m.6/1'e Olan Muhtemel Etkileri	331
C. AİHS m.6/1 ile Milletlerarası Yetki (Kuralları) Arasındaki İlişkinin Dayanağı	338
D. Milletlerarası Yetkiyi Oluşturan Esaslara Göre AİHS m.6/1 ile Milletlerarası Yetki Kuralları Arasındaki İlişkinin Değerlendirilmesi.....	345
1. Genel Olarak	345
2. Milletlerarası Yetki Kurallarının Objektif Esaslara Göre Tayin Edildiği Hallerde	346
a. Milletlerarası Yetkinin Aşırı Yetki Teşkil Edecek Şekilde Tanzim Edilmiş veya Uygulanmış Olması.....	346
i. Genel Olarak	346
ii. Aşırı Yetki Kavramı	346
iii. Çeşitli Aşırı Yetki Halleri	352
a) <i>Tarafların Vatandaşlığı</i>	353
b) <i>Davalının Ülkede Malvarlığının Bulunması</i>	354
c) <i>Davalıya Ülkede Bulunduğu Esnada Tebligat Yapılması</i>	357
d) <i>Davacının İkametgâhı veya Mutad Meskeni</i>	360
e) <i>Diğer Aşırı Yetki Esasları veya Aşırı Yetki Teşkil Edebilecek Diğer Durumlar</i>	362
f) <i>Değerlendirme</i>	367
iv. Aşırı Yetki Kurallarının AİHS m.6/1'e Uygunluğu	369
v. AİHS m.6/1'in Aşırı Yetki Kuralları Vastasıyla Olası İhlaline Karşı İleri Sürülen Çeşitli Çözüm Önerileri.....	382
a) <i>Aşırı Yetki Kurallarının Dar Şekilde Yorumlanması</i>	382

b) “Forum Non Conveniens” Doktrininin Kabul Edilmesi.	383
c) Yetkisi Aşırı Bir Şekilde Tesis Edilen Mahkeme Kararının Tanınmaması veya Tenfiz Edilmemesi	384
d) Aşırı Yetki Kurallarının Ortadan Kaldırılması.....	385
e) Değerlendirme	386
b. Objektif Yetki Kurallarına Göre Yetkili Bir Mahkemenin Bulunmamasının Mahkemeye Erişim Hakkına Etkisi.....	387
i. Genel Olarak	387
ii. Davacının Başvurmayı Tercih Ettiği Devlet Mahkemesinin Yetkisizlik Kararı Vermiş Olması	387
a) Genel Olarak.....	387
b) Milletlerarası Yetkinin Tesisi için Gerekli Olan İrtibatın Bulunmadığı Gerekçesiyle Yetkisizlik Kararı Verilmesi	389
c) Yetkisizlik Kararının Uluslararası Bir Anlaşma Hükmünün Bir Gereği Olarak Ortaya Çıkması.....	391
d) Yabancı Ülkede Alternatif Bir Mahkemenin Varlığına İstinaden Yetkisizlik Kararı Verilmesinin Mahkemeye Erişim Hakkına Uygunluğu	395
e) Milletlerarası Yetki Kuralının Davacının Mahkemeye Erişim Hakkı Gözetilmeksizin Yorumlanması ve Uygulanması	400
1) Genel Olarak	400
2) Milletlerarası Yetkiyi Tesis Eden Bağlama Noktalarının Dikkate Alınmaması	402
3) Milletlerarası Yetkinin Tesisi için Aranan Bağlama Noktalarının veya Bazı Koşulların Yorumlanması ve Uygulanması.....	404

c. Davacının Dünya Üzerinde Başvurabileceği Milletlerarası Yetkiye Sahip Bir Mahkemenin Bulunmaması (Negatif Yetki Çatışması)	419
i. Genel Olarak	419
ii. Negatif Yetki Çatışması ile AİHS m.6/1 Arasındaki İlişki ..	420
iii. AİHS m.6/1'in Olası İhlaline Karşı Çözüm Yolu Olarak <i>Forum necessitatis</i> Prensibi	424
iv. Türk Hukukunda Durum	429
d. Yetkisizlik Kararının Davacının AİHS m.6/1'e Uygun Bir Yargılama Gerçekleştirmeyecek Yabancı Bir Mahkemeye Başvurmasına Neden Olması Halinde AİHS m.6/1'in İhlal Edilip Edilmeyeceği	433
e. Yabancı Mahkemece Verilecek Kararın Tanınmayacak-Tenfiz Edilmeyecek Olmasının Davacıya Ülke Mahkemelerine Erişim İmkânı Sağlayıp Sağlamayacağı	442
3. Yetkili Mahkemenin Milletlerarası Yetki Anlaşmaları Vasıtasıyla Tayin Edildiği Hallerde (Milletlerarası Yetkinin Sübjektif Esasa Göre Tayini) 445	
a. Genel Olarak Yetki Anlaşmaları ve Milletlerarası Yetki Alanındaki Etkileri	445
b. Yetki Anlaşmaları ile Mahkemeye Erişim Hakkı Arasındaki İlişki	449
c. Yetki Anlaşmasına Mahkemelerce Etki Tanınması Halinde AİHS m.6/1'e Aykırılığın Söz Konusu Olabileceği Çeşitli Haller	454
i. Genel Olarak: Yetki Anlaşmasının Varlığı Nedeniyle Yetkisizlik Kararı Verilmesi	454

ii. Tarafların Eşitliği Gözetilmeksizin Tanzim Edilen Yetki Anlaşmalarına Etki Tanınmasının AİHS m.6/1'e Aykırılık Teşkil Edip Etmeyeceği.....	457
a) Genel Olarak.....	457
b) Bir Tarafının Ekonomik Olarak Zayıf Konumda Olduğu Yetki Sözleşmeleri Bakımından	459
c) Bir Tarafının Zayıf Konumda Olduğunun Varsayılamayacağı Yetki Anlaşmaları Bakımından	465
iii. Davanın Seçilen Mahkemede Görülmesinin Mümkün Olmadığı Seçilen Mahkemeye Başvurmadan Evvel Açıkça Anlaşılmasına Rağmen Yetki Anlaşmasına Etki Tanınması....	477
a) Genel Olarak.....	477
b) Yetki Anlaşmasının Seçilen Mahkemenin Hukukunda Aranan Bazı Koşulları Karşılamayacağının Dava Açmadan Önce Anlaşılması	478
c) Seçilen Mahkemeye Erişimi Ortadan Kaldıran Hukuki veya Fiili Engellerin Varlığı.....	488
iv. Seçilen Mahkemenin Adil Bir Yargılama Yapmayacağının İleri Sürülmesi.....	490
v. Seçilen Mahkemenin Vereceği Kararın Ülkede Tanınmayacak veya Tenfiz Edilmeyecek Olması	500
4. Milletlerarası Yetkiye Davanın Konusuna Bağlı Olarak Getirilen Sınırlamaların Bireylerin Mahkemeye Erişim Hakkına Olan Etkisi	506
5. Mahkemelerin Yetkisini Tayin Eden Kuralların Taraflarca Kötüye Kullanılması ve Bunun AİHS m.6/1'le İlişkisi.....	512
IV. YABANCI MAHKEMELERDE GÖRÜLMEKTE OLAN DAVALARIN DERDESTLİK VEYA BEKLETİCİ SORUN KARARLARINA KONU YAPILMASI ile AİHS m.6/1 ARASINDAKİ İLİŞKİ	522

A. Milletlerarası Derdestlik	522
1. Genel Olarak	522
2. Farklı Ülke Mahkemelerinde Derdest Davaların Önlenmesine Yönelik Taraf Devletlerin Hukuk Sistemlerinde Kabul Edilen Müesseseler	527
a. Genel Olarak	527
b. Paralel Davaların Mahkemelere Takdir Yetkisi Tanınmak Suretiyle Engellenmesi	528
c. Paralel Davaların Öncelik Prensibine İstinaden Engellenmesi	533
d. Milletlerarası Derdestliğin Lehine Derdestlik Kararı Verilen Yabancı Kararın Tanınacağı veya Tenfiz Edilebileceği Öngörüsüne İstinaden Kabul Edilmesi	535
e. Türk Hukukunda Durum: Milletlerarası Derdestliğin Genel Olarak Kabul Edilmemiş Olması	540
f. Taraf Devlet Hukuklarında Kabul Edilen Milletlerarası Derdestliğe İlişkin Kuralların veya Milletlerarası Derdestliğin Kabul Edilmemiş Olmasının AİHS m.6/1 Çerçevesinde Değerlendirilmesi	545
i. Genel Olarak	545
ii. Milletlerarası Derdestliğin Kabul Edildiği Taraf Devlet Hukukları Bakımından	548
iii. Milletlerarası Derdestliğin Kabul Edilmediği Taraf Devlet Hukukları Bakımından	556
3. Yabancı Mahkemede Görülmekte Olan Bir Dava Lehine Derdestlik Kararı Verilmesi veya Verilmemesi Yönündeki Mahkeme Tasarrufların Tarafların AİHS m.6/1’de Yer Alan Çeşitli Haklarıyla İlişkisi	559
a. Genel Olarak	559
b. Milletlerarası Derdestliğin Kabul Edilmediği Ülke Hukuklarında	560

c. Milletlerarası Derdestliğin Kabul Edildiği Ülke Hukuklarında	563
i. Genel Olarak	563
ii. Davacının Mahkemeye Erişim Hakkı Bakımından	564
iii. Davacının Makul Sürede Yargılanma Hakkı Bakımından	571
B. Bekletici Sorun	581
1. Genel Olarak	581
2. Karşılaştırmalı Hukukta Yabancı Devlet Mahkemeleri Önündeki Bağlantılı Davaların Dikkate Alınması	584
3. Türk Hukukunda Yabancı Mahkemedeki Bağlantılı Davaların Bekletici Sorun Yapılmasının Mümkün Olup Olmadığı	588
4. Bağlantılı Davaların Dikkate Alınmasına Yönelik Karşılaştırmalı Hukukta Kabul Edilen Düzenlemelerle Türk Doktrininde İleri Sürülen Görüşlerin AİHS m.6/1 Çerçevesinde Değerlendirilmesi	592
a. Yabancı Mahkemede Derdest Bağlantılı Davaların Dikkate Alınmasını Mümkün Kılan Ulusal veya Uluslararası Düzenlemeler Bakımından	592
b. Yabancı Mahkemede Derdest Bağlantılı Davaların Dikkate Alınmasının Kabul Edilmediği Hukuk Düzenleri Bakımından	596
C. AİHS m.6/1 Açısından Yabancı Mahkemelerde Derdest Olan Aynı veya Bağlantılı Davaların HMK Hükümlerine Uyarınca Türk Hukukunda Dikkate Alınmasının Yerindeliği ve Bu Konuda AİHS m.6/1'e Uygun Bir Yasal Düzenlemede Olması Gereken Unsurlar	598
1. Genel Olarak	598
2. Yabancı Mahkemelerde Derdest Olan Aynı veya Bağlantılı Davaların HMK Hükümleri Uyarınca Dikkate Alınmasının AİHS m.6/1 Açısından Yerindeliği	599

3. Yabancı Mahkemede Derdest Aynı ve Bağlantılı Davaların Dikkate Alınması için AİHS m.6/1'e Uygun Bir Yasal Düzenlemede Olması Gereken Usul ve Şartlar.	604
V. AİHS'nde YER ALAN HAKLARIN TARAF DEVLETLERİN YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ REJİMLERİNE ETKİSİ.....	616
A. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması-Tenfizi ile AİHS Arasındaki İlişkinin Teorik Temelleri/Temel Prensipler	616
1. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinin Hukuki Temeli	616
2. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi ile Taraf Devletlerin AİHS'nden Kaynaklanan Yükümlülükleri Arasındaki İlişkinin Temel İlkeleri	624
a. Genel Olarak	624
b. AİHS'nde Yer Alan Hakların Devletin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Rejimi Öngörme Yetkisini Sınırlayıp Sınırlamadığı.....	625
c. Taraf Devletlerin AİHS'nden Kaynaklanan Yükümlülükleri ile Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Arasındaki İlişkinin Sınırları	634
i. Tanıma-Tenfiz Davalarını Bireylerin Sözleşmesel Haklarıyla Bağdaşır Bir Şekilde Yürütme Yükümlülüğü	634
ii. Tanıma-Tenfize Konu Yabancı Kararın AİHS'nde Yer Alan Haklara Uygunluğunu Denetleme Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Kapsamı.....	648
d. AİHS'nde Yer Alan ve Tanıma-Tenfiz Davalarına Uygulanabilir Haklar Arasındaki İlişki ve Bu Hakların Birbirlerine Etkileri	669
i. Genel Olarak	669

ii. Yarışan Haklar Doktrini Bakımından.....	674
iii. AİHS’nde Yer Alan Hakların/Taraf Devletlerin Yükümlülüklerinin Mahiyeti Açısından.....	676
B. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarına İlişkin Usuli Kuralların Yorumu ve Tatbiki ile AİHS’nde Yer Alan Haklar Arasındaki İlişki.....	681
1. Genel Olarak	681
2. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarına İlişkin Usuli Kuralların Yorumu ve Tatbikinin AİHS m.6/1 Açısından Ele Alınması.....	683
a. Genel Olarak	683
b. Tanıma veya Tenfiz Davası Açma Hakkına Getirilen Sınırlamaların Mahkemeye Erişim Hakkına Uygunluğu	685
c. Makul Sürede Yargılanma Hakkı ile Tanıma-Tenfiz Yargılaması Arasındaki İlişki.....	699
d. Tanıma-Tenfiz Davalarının Duruşma Yapılmaksızın/Dosya Üzerinden Yürütülmesinin AİHS m.6/1’e Uygunluğu.....	706
e. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması-Tenfizi Davalarının Tarafların Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkına Uygun Olarak Yürütülmesi.....	709
i. Genel Olarak	709
ii. Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkının Unsurlarının Tanıma-Tenfiz Davaları Açısından Değerlendirilmesi	711
iii. Tanıma-Tenfiz Davalarında Hakkaniyete Uygun Yargılanma ve Gerekçeli Karar Hakkı Arasındaki İlişki.....	716
f. Değerlendirme	724

3. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarına İlişkin Usuli Kuralların Yorumu ve Tatbiki ile P-1 m.1 Arasındaki İlişki.....	730
a. Genel Olarak	730
b. P-1 m.1'in Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davaları Bakımından Uygulanabilirliği	731
c. Tanıma veya Tenfiz Talebinin Tanıma-Tenfiz Usulüne İlişkin Bir Kurala İstinaden Reddedilmesinin P-1 m.1'e Uygunluğu	738
C. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması-Tenfizi Şartlarının Yorumu ve Tatbiki ile AİHS'nde Yer Alan Haklar Arasındaki İlişki.....	747
1. Genel Olarak	747
2. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfiz Taleplerinin Mütakabiliyet Şartına Bağlanması ile AİHS Arasındaki İlişki	750
a. Genel Olarak	750
b. Mütakabiliyetin Bir Tenfiz Engeli Olarak Aranmasının Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi Hukuku Bakımından Yerindeliliği	753
c. Mütakabiliyet Şartının Tatbiki Suretiyle Verilen Tenfize İlişkin Kararların AİHS'ne Uygunluğu.....	760
i. Genel Olarak	760
ii. AİHS m.6/1 Açısından	763
a) Genel Olarak.....	763
b) Mütakabiliyetin Sağlanmadığının Doğru Bir Şekilde Araştırılıp Tespit Edilmesi Halinde	764
c) Mütakabiliyetin Eksik veya Hatalı Bir Şekilde Araştırılması ve/veya Tespit Edilmesi Halinde	769
iii. AİHS'nde Yer Alan Temel Haklar Açısından.....	775

3. Kararı Veren Yabancı Mahkemenin Yetkisinin Denetimini Öngören Tanıma-Tenfiz Şartı ile AİHS Arasındaki İlişkinin Değerlendirilmesi .781	
a. Genel Olarak.....	781
b. AİHM'nin Konuya Bakışı: <i>Hussin v. Belçika</i> ve <i>McDonald v. Fransa</i> Kararları ve Bu Kararların Değerlendirilmesi	786
c. Tenfiz Devleti Mahkemelerince Yapılan Münhasır Yetki Denetiminin AİHS'ne Uygunluğu	793
d. Aşırı Yetki Denetimi ile AİHS m.6/1 Arasındaki İlişki	805
i. Aşırı Yetki Denetiminin AİHS m.6/1'e Uygunluğu.....	805
ii. Aşırı Yetki Denetimi için Davalının İtiraz Etmesi Koşulunun Aranmasının AİHS Açısından Yerindeliği ve Gerekliliği	809
iii. AİHS m.6/1 Açısından Aşırı Yetki Denetimi İçin Davalının Yabancı Mahkemede Yetki İtirazında Bulunma(ma)sına Gerek Olup Olmadığı.....	815
e. Tenfiz Devleti Mahkemelerince Yapılan Aşırı-Münhasır Yetki Denetimi ile AİHS'nde Yer Alan Temel Haklar Arasındaki İlişki	820
4. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması-Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi ile AİHS'nde Yer Alan Haklar Arasındaki İlişki	822
a. AİHS'nde Yer Alan Hakları İlgilendiren Yönleriyle Tanıma-Tenfize Engel Kamu Düzeni Müdahalesinin Amacı ve Kapsamı	822
b. AİHM'nin Konuya Bakışı: Kamu Düzeni Müdahalesinin Tatbikinin AİHS'ne Aykırılığının İleri Sürüldüğü AİHM İçtihatları ve Bu İçtihatların Değerlendirilmesi	831
i. Genel Olarak	831
ii. Kamu Düzeni Kavramının Anlamı ve İçeriğinin AİHS'nde Yer Alan Haklarla Bağdaşır Bir Şekilde Belirlenmesi Gerektiği	832

iii. Ulusal Mahkemelerin Yabancı Kararın AİHS'ne Uygunluğunu Denetleme Yükümlülüğü ile Kamu Düzeni Müdahalesi Arasındaki İlişki	839
c. AİHS'nde Yer Alan Haklar ile Kamu Düzeni Müdahalesi Arasındaki İlişkiyi Ele Alan ABAD İçtihatları ile Bu İçtihatların Değerlendirilmesi.....	856
D. Tenfizine Karar Verilmiş Yabancı Kararın Tenfiz Devletin Yetkili Makamları Tarafından Yerine Getirilmemesi ile Taraf Devletin AİHS'nden Kaynaklanan Sorumluluğu Arasındaki İlişki	862
1. Genel Olarak	862
2. AİHS m.6/1 Açısından: Mahkeme Kararlarının İcrası Hakkına Aykırılık	863
3. P-1 m.1 Açısından: Tenfizine Karar Verilen Alacak Kararının İcra Edilmesi için Yetkili Makamların Gerekli Özeni Göstermemesi	871
4. AİHS m.8 Açısından: Velayet veya Kişisel İlişki Kurma Kararlarının Yerine Getirilmemesi	874
SONUÇ.....	879
KAYNAKÇA.....	925
ÖZGEÇMİŞ	973

KISALTMALAR LİSTESİ

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
AİHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AK	: Avrupa Konseyi
Art.	: Article
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakóltesi Dergisi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
AÜHFM	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Mecmuası
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi Dergisi
AY	: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
B.	: Başvuru
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	: Bundesgerichtshof
BK	: Borçlar Kanunu

Bkz./bkz.	: Bakınız
BM.	: Birleşmiş Milletler
BVerfGE	: Bundesverfassungsgericht
c.	: cümle
C.	: Cilt
CYELP	: Croation Yearbook of European Law and Policy
ÇHS	: Çocuk Hakları Sözleşmesi
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DHH	: Devletler Hususi Hukuku
DÖHK	: Devletler Özel Hukuku Kanunu
dn.	: dipnot
E.	: Esas
EC	: European Commission
ECHR	: European Convention on Human Rights
EU	: European Union
Ed.	: Editor
EGBGB	: Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EİHB	: Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi
EJLR	: European Journal of Law Reform
ESA	: Avrupa Uzay Ajansı
ESRO	: Avrupa Uzay Araştırmaları Örgütü
EWCA Civ	: England and Wales Court of Appeal, Civil Division
GC	: Grand Chamber
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi

HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HR&ILD	: Human Rights and International Legal Discourse
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
I.	: Issue
ICLQ	: International and Comperative Law Quarterly
ILOAT	: Dünya Çalışma Örgütü İdari Divanı
IOLR	: International Organisations Law Review
IPRax	: Praxisdes Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRG	: Gesetz über das internationale Privatrecht
IPR-Gesetz	: Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBGK	: İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İKİD	: İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JPIL	: Journal of Private International Law
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MK	: Medeni Kanun
MÖH	: Milletlerarası Özel Hukuk

MÖHK	: Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MSHS	: Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi
NIPR	: Nederlands Internationaal Privaatrecht
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
No./no	: numara
P	: Protokol
para.	: Paragraf
PIL	: Private International Law
RCDIP	: Revue Critique de Droit International Privé
RG	: Resmi Gazete
RKD	: Resmî Kararlar Dergisi
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SBF	: Siyasal Bilgiler Fakültesi
SEC	: section
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TÜRKSOY	: Uluslararası Türk Kültür Teşkilatı

UAD	: Uluslararası Adalet Divanı
UKHL	: United Kingdom House of Lords
UTTDER	: Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi
v.	: versus
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
WLR	: Weekly Law Reports
Y.	: Yıl
YGHK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ZPO	: Zivilprozessordnung
ZSR	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht

GİRİŞ

Günümüzde iletişim ve ulaşım imkânlarının artışı, farklı ülke vatandaşı olan, farklı ülkelerde ikamet eden veya farklı ülkelerde ticari ve ekonomik faaliyetlerde bulunan kişilerin sayısını ve dolayısıyla farklı hukuk kültür ve geleneğinden gelen kişilerin birbiriyle olan etkileşimini artırmıştır ve artırmaya da devam etmektedir. Birbirinden farklı ekonomik özelliklere, farklı kültür ve geleneklere sahip olan toplumlardan gelen kişilerin birbiriyle etkileşiminin sosyolojik ve iktisadî yansımalarının yanı sıra hukukî yansımaları da olmaktadır. Farklı hukuk sistemlerinden gelen kişiler arasında sayısız özel hukuk ilişkisi gerçekleşmektedir. Dolayısıyla, farklı hukuk sistemleriyle irtibatlı olan, diğer bir ifadeyle yabancılık unsuru içeren özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların hangi ülke hukukunun esas alınarak çözüleceği, nerede ve nasıl çözüme kavuşturulacağı problemleri ortaya çıkabilmektedir. Özetle, iletişim ve ulaşım alanındaki teknolojik ilerlemeler nedeniyle, yabancılık unsuru içeren ve bu nedenle “milletlerarası özel hukuk”un kapsamına giren uyuşmazlıklardaki artış, eşzamanlı olarak milletlerarası özel hukuk alanına olan ihtiyacı ve milletlerarası özel hukuk alanının önemini de artırmıştır.

Her devlet, birden fazla ülkeyle irtibatlı olan ve dolayısıyla milletlerarası özel hukukun kapsamına giren uyuşmazlıkları hangi hukuk kurallarına göre çözeceği konusunda prensip olarak serbesttir. Örneğin, yabancılık unsuru içeren bir davada uygulanacak hukukun hangi kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirleneceğini, söz konusu dava bakımından kendi mahkemelerinin yetkisini, yabancı unsurlu davaya uygulanacak yargılama usulünü yasama organı vasıtasıyla belirlemekte serbesttir. Keza, söz konusunu davanın başka bir ülkede karara bağlanması halinde bu kararın kendi yargı sistemi içerisinde hangi şartlar altında ve ne tür etkilere sahip olacağını da belirlemekte serbesttir. Devletler yabancılık unsuru içeren ihtilaflara uygulanacak kanunlar ihtilafı ve yargılama kurallarını serbestçe belirleme yetkisine sahip olmakla beraber bu durum milletlerarası hukuku dikkate almaksızın bu alanı diledikleri gibi düzenleyebilecekleri anlamına gelmez. Burada, devletlerin taraf oldukları temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalarda yer alan hakların kullanılmasını engelleyen kurallar devletlerin uluslararası hukukta sorumluluğunu doğurabilir. Bu noktada Türkiye’nin de

taraf olduğu İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, daha yaygın ismiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)¹ ve eki protokollerde yer alan hak ve özgürlüklere saygı gösterme ve koruma yükümlülüğü büyük önem arz etmektedir. AİHS m. 1, taraf devletlere kendi yetki alanları içinde bulunan herkese AİHS’nde yer alan hak ve özgürlükleri tanıma ve bunları koruma yükümlülüğü getirmektedir. Hiç şüphesiz, yabancılık unsuru içeren, dolayısıyla milletlerarası özel hukukun kapsamına giren özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından da bu yükümlülüğün söz konusu olduğu belirtilmektedir². Dolayısıyla devletler, AİHS’nde yer alan temel hak ve özgürlükleri ihlal edici nitelik arz eden milletlerarası özel hukuk kuralları ihdas edemeyecekleri gibi, bu hakların ihlali sonucu doğuran eylemlerde de bulunamayacakları kabul edilmektedir.

Milletlerarası özel hukukun kapsamına giren uyuşmazlıkların sayısındaki artış, milletlerarası özel hukukun kapsamına giren davalarla ilgili olarak gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) yapılan bireysel şikâyet başvurularının gerekse bu şikâyetler üzerine verilen ihlal kararlarının da artışını beraberinde getirmiştir. Konuyu Türk hukuku açısından daha cazip kılan ise, AİHM’nin son yıllarda Türkiye aleyhine verdiği milletlerarası özel hukuka ilişkin kararlardaki artıştır³. 2010 Anayasa değişikliği⁴ ile AİHS kapsamındaki anayasal haklardan herhangi birinin ihlali iddiasıyla Anayasa Mahkemesine (AYM) başvuru hakkı tanınması da konuyu Türk hukuku açısından önemli kılan bir diğer husustur (AY m.148/3). AYM’ne bireysel başvuru yönteminin kabul edilme amaçları arasında, Türkiye aleyhine AİHM önüne gelen davaların yoğunluğunu azaltmanın bulunduğu madde gerekçesinde açıkça

¹ RG: 19.03.1954 – 8662.

² Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman Fıganmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 6. Bası, Vedat, İstanbul 2018, s.332-333; Patrick Kinsch, “The Impact of Human Rights on the Application of Foreign Law and on the Recognition of Foreign Judgments – A Survey of the Cases Decided by the European Human Rights Institutions”, **Intercontinental Cooperation Through Private International Law**, Ed. Talia Einhorn and Kurth Siehr, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2004, s.198.

³ Bu kararlardan bazıları için bkz.: Kart v. Türkiye, no.8917/05, 3 Aralık 2009; Öztürk v. Türkiye, no.39523/03, 13 Ekim 2009; Ateş Mimarlık Mühendislik A.Ş. v. Türkiye, no.33275/05, 25 Eylül 2012; Ern Makina Sanayi ve Ticaret A.Ş. v. Türkiye, no.70830/01, 3 Mayıs 2007; Eskinazi ve Chelouche v. Türkiye, no.14600/05, 6 Aralık 2012. Gerek burada yer alan gerekse çalışmanın bundan sonraki kısmında yer alan AİHM içtihatları ile Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun (AİHK) vermiş olduğu kararlara <https://hudoc.echr.coe.int> adlı internet sitesi üzerinden 26 Haziran 2016 tarihleri ile 15 Eylül 2018 tarihleri arasında ulaşılmıştır. Aksi ilgili dipnotta belirtilmedikçe, çalışmada kullanılan tüm kararlara AİHM ve AİHK kararlarına bu siteden ulaşılabilir.

⁴ RG: 13.05.2010 – 27580.

belirtilmektedir. AYM'nin bireysel başvurularda AİHS'nde yer alan haklara doğrudan atıf yaptığı ve değerlendirmelerinde AİHM içtihatlarını dikkate aldığı göz önüne alındığında, gelecekte meydana gelebilecek milletlerarası özel hukuk kaynaklı hak ihlallerinin henüz AYM önünde engellenmesi mümkün olabilecektir. Temel haklarla ilgili olay temelli bir inceleme yapacak olan AYM bir ihlalin olup olmadığına karar verirken destek ölçü norm olarak AİHM kararlarını kullanabileceği gibi, ihlal edildiği iddia edilen ilgili hak bakımından AİHS'nde öngörülen değerlendirme ölçütlerini kullanabilecektir⁵. Dolayısıyla, yabancılık unsuru içeren ve milletlerarası özel hukukun kapsamına giren uyuşmazlıklarda AİHS ve eki protokollerde güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin ne tür etkilere sahip olduğu sadece teorik olarak değil, aynı zamanda pratik açıdan da Türk milletlerarası özel hukuku bakımından büyük öneme sahip bulunmaktadır.

İşte bu noktada ilk olarak, AİHS'nde yer alan hak ve özgürlüklerin milletlerarası özel hukukun kapsamına giren meseleler bakımından uygulanabilir olup olmadığının tespiti gerekir⁶. Bu tespit yapılırken de milletlerarası özel hukuku diğer hukuk dallarından ayıran en temel özelliği olan; yabancılık unsuru içeren, diğer bir ifadeyle birden fazla ülke hukuku ile irtibatlı olan özel hukuk uyuşmazlığının adil ve etkin bir şekilde çözümünü öngören kurallar bütünü oluşu dikkate alınmalıdır. Hiç şüphesiz, bu kuralların tanzim edilmesinin altında milli kanun koyucuların milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini gerçekleştirme bilinci yatmaktadır. İşte bir taraf devlet olarak Türkiye'nin, milletlerarası özel hukukun bu özelliğini göz ardı etmeksizin AİHS'nde yer alan temel hak ve özgürlüklerin söz konusu hakların süjeleri tarafından etkin bir şekilde kullanılmasını sağlayarak, saygı gösterme ve koruma yükümlülüğünü yerine getirecek şekilde Türk milletlerarası özel hukuk kuralları tanzim etmesi gerekmektedir. İkinci olarak, tanzim edilen bu kuralların, Türk yargı makamları tarafından söz konusu yükümlülüğe aykırılık teşkil etmeyecek şekilde yorumlanması ve uygulanması gerekmektedir.

⁵ Sibel İncoğlu, "Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İlişkisi", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed. Sibel İncoğlu, 3. Baskı, Beta, İstanbul 2013, s. 15 ve s.21.

⁶ Louwrens R. Kiestra, **The Impact of European Convention on Human Rights on Private International Law**, TMC Asser Press, 2014, s.64 vd.

Burada, taraf devletlerin AİHS'nde yer alan hakların etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamak gibi pozitif yükümlülüğün AİHM içtihatları yoluyla ortaya çıktığını belirtmek gerekir⁷. Yine, bu pozitif yükümlülüklerine karşın özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından AİHS'nde yer alan hakların kullanımına taraf devletlerin hangi hallerde ve hangi koşullar altında müdahale edebileceğinin, başka bir anlatımla sınırlandırılabilenliğinin, bu konuda devletlerin sahip olduğu takdir marjının (*margin of appreciation*) ve AİHS'nde yer alan hakların niteliklerinin AİHM ve taraf devlet mahkeme içtihatları ışığında incelenmesi gerekmektedir. Bir taraf devlet olarak Türkiye'nin tanzim ettiği milletlerarası özel hukuk kuralları ve bu kuralların yetkili makamlarca yorumlanması ve uygulanması, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini kullanmalarına müdahale teşkil edebilir. Bu tür kurallar vasıtasıyla AİHS'nde yer alan bazı temel haklara müdahale edilmesi, diğer bir ifadeyle sınırlandırılması mümkündür. İşte çalışmamızın ilk bölümünde, AİHS'nin genel özellikleri ile temel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda öngördüğü denetim mekanizmasından bahsedilecektir. Burada, taraf devletlerin AİHS'neden kaynaklanan yükümlülükleri, özellikle pozitif yükümlülükleri ile taraf devletlerin temel hak ve özgürlükleri diğer bireylerin eylemlerine karşı korumakla yükümlü olup olmadığı (AİHS'nin yatay etkisi) meselesi ele alınacaktır. Son olarak, temel hak ve özgürlükler milletlerarası özel hukuk kurallarının tanzimi, yorumu ve tatbiki suretiyle sınırlandırılabilenliğinden, AİHS'nde yer alan haklara hangi koşullar altında müdahale edilebileceği, diğer bir ifadeyle temel hak ve özgürlükleri sınırlandırma rejimi, taraf devletlerin bu konuda sahip oldukları takdir marjı AİHS'nde yer alan hakların niteliklerine ve sınırlandırma kaydı içerip içermemelerine göre incelenecektir.

Milletlerarası özel hukukun tamamen birbirinden farklı özelliklere sahip ve birbirinden farklı nitelikteki kurallarla düzenlenmiş iki temel alana ayrıldığı göz önüne alınırsa, AİHS'nin milletlerarası özel hukukun bu iki alanı üzerinde farklı etkileri söz konusu olabilir. Türk milletlerarası özel hukukunun temel düzenlemesi olan 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da (MÖHUK)⁸, Türk

⁷ David Harris/Michael O'boyle/Colin Warbrick, **Law on The European Convention on Human Rights**, 2nd Edition, Oxford University Press, 2009, s.18 vd.

⁸ RG: 4.12.2007 - 26728

milletlerarası özel hukuk rejimi, kanunlar ihtilafı hukuku ve milletlerarası usul hukuku olmak üzere iki temel alana ayrılmaktadır. Bu iki temel alan birbirinden farklı özelliklere ve amaçlara sahiptir ve farklı nitelikteki kurallarla düzenlenmiştir. Kanunlar ihtilafı hukuku, yabancılık unsuru içeren bir özel hukuk uyumsuzluğunda, söz konusu uyumsuzluğun hangi devletin maddi hukukuna göre karara bağlanacağını öngören kurallardan oluşurken, milletlerarası usul hukuku ise yabancı unsurlu özel hukuk davalarında uygulanacak ulusal yargılama usulüne ilişkin kurallardan oluşmaktadır. Uyumsuzluğun esasına yabancı bir hukukun da uygulanması ihtimali varken, usule ilişkin meselelerde -bazı istisnalar dışında- *lex fori* olarak Türk hukuku uygulanır. Milletlerarası usul hukukunun bir diğer konusu olan yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizi ise, genel olarak yabancı bir ülkede veya hakemler önünde cereyan eden bir yargılama sonucu ortaya çıkan kararın ülkede hukuki sonuç doğurabilmesi için aranan şartları ve izlenmesi gereken usulü düzenlemektedir. Eğer taraf bir devlet mahkemesi yabancılık unsuru içeren bir davada milletlerarası yetkiye sahipse, bu mahkemenin uygulayacağı maddi ve usuli kuralların ve yargılama sonucunda vereceği kararın bireylerin AİHS’nde güvence altına alınan haklarına aykırılık teşkil etmemesi gerekir.

Gerek yabancı hukukun uygulanması gerekse yabancı ilamların tanınması ve tenfizi konularında, yabancı hukukun ve yabancı ilamın bir taraf devlet mahkemesinin önüne geldiğini belirtmek gerekir. Bu bakımdan, milletlerarası özel hukukun bu iki farklı alanı özellikle milletlerarası yetkiye ve yargılamaya ilişkin kurallardan farklılık arz etmektedir. Zira milletlerarası yetki ve milletlerarası nitelikli davalara uygulanacak diğer yargılama kuralları, esasen *lex fori*’nin, diğer bir ifadeyle davanın görüldüğü mahkemenin hukukuna aittir. Dolayısıyla, bu kuralların yasama organınca düzenlenmesinden, yargı organlarınca yorumlanması ve uygulanmasından dolayı taraf devletin AİHM nezdinde doğrudan sorumluluğuna gidilebilecektir. Diğer iki durumda ise, yabancı hukuk veya yabancı karar AİHS’nde güvence altına alınan temel hak ve özgürlükleri ihlal edecek nitelikteyse veya ihlal sonucunu doğuruyorsa, taraf devlet mahkemelerinin nasıl hareket etmesi gerekeceği problemi ortaya çıkacaktır. Bu durumda, yabancı hukukun tatbiki veya yabancı ilamın tanınması ve tenfizi faaliyetinin AİHS’nde güvence altına alınan haklara müdahale edip etmediğini değerlendirirken

AİHS’nde öngörülen ve AİHM içtihatlarıyla netleştirilen sınırlandırma rejiminin gerek AİHM gerekse taraf devlet mahkemeleri tarafından nasıl uygulanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Bu kapsamda çalışmamızın ikinci bölümünü oluşturan “AİHS’nin Kanunlar İhtilafı Hukuku Meselelerine Etkisi” başlığı altında öncelikle, taraf devletlerin kanunlar ihtilafı hukuku kurallarının bizatihi kendisinin AİHS’nde yer alan temel hak ve özgürlükleri ihlal edecek şekilde tanzim edilmiş olması hali incelenecektir. Günümüzde, çeşitli taraf devletlerin kanunlar ihtilafı kurallarına baktığımızda en azından teorik olarak böyle bir ayrımcı muameleye yol açan bir durumun olmayacağı söylenebilir⁹. Bununla beraber, bu kuralların pratikte herhangi bir temel hak ihlaline veya bu ihlale bağlı olarak eşitlik prensibinin ihlaline yol açıp açmadığının incelenmesi de gerekmektedir.

Bir taraf devlet mahkemesinin kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulaması gereken yabancı hukuku temin etme faaliyetine girişmeksizin, yabancı hukuku temin edemediği gerekçesiyle kendi hukukunu (*lex fori*) uyuşmazlığa uygulamasının AİHS’nde yer alan bazı haklara aykırılık teşkil edip etmeyeceği AİHM’nin de önüne gelen problemlili konulardan biridir. Uygulanacak yabancı hukuk tespit edildikten sonra, bu yabancı hukukun muhtevasının temin edilmesinin milletlerarası özel hukukun en hayati ve aynı zamanda en problemlili konularından biri olduğunu önemle belirtmek gerekir. Hâkim hangi ülke hukukunun uyuşmazlığa uygulanacağını tespit ettikten sonra artık o ülke hukukun muhtevasının nasıl temin edileceği problemiyle karşılaşmaktadır. Her ne kadar uyuşmazlığın taraflarının yardımını da gerektirecek kadar zor bir faaliyet olsa da, taraf devlet mahkemelerinin AİHS m. 6/1’de belirtilen makul sürede yargılanma hakkının ihlaline neden olacak gereksiz gecikmelere dikkat etmeleri gerekmektedir.

⁹ Bunda kadın-erkek eşitliğine aykırılık teşkil eden aile ve şahsın hukukuna ait çeşitli Avrupa ülkelerinde yer alan ve ataerkil toplum yapısını yansıtan birçok kanunlar ihtilafı kuralının anayasa mahkeme kararları ile iptal edilmesi üzerinde ortadan kaldırılması ve ardından kadın-erkek eşitliğini esas alan yeni yasal düzenlemelerinin payının olduğu şüphesizdir. Özellikle Alman Anayasa Mahkemesinin 70 ve 80’li yıllarda Anayasada yer alan başta eşitlik prensibi olmak üzere temel hakların Alman milletlerarası özel hukuk kuralları bakımından önceliğe sahip olduğuna dair kararları, diğer Avrupa ülkelerinin anayasa mahkemelerini etkilememekle kalmamıştır. Ayrıca, bu ülkelerde Alman hukukundakine benzer kanunlar ihtilafı kuralları ihtiva eden yeni yasal düzenlemeler yapılmasının da önünü açmıştır. Bkz.: Patrick Kinsch, “Choice-of-law Rules and the Prohibition of Discrimination under the ECHR”, **NIPR**, Vol. 29, 2011/1, Special Issue: Human Rights and PIL, s. 23.

Dolayısıyla, taraf devletlerin AİHS m.6/1’den kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirebilmeleri için hem yabancı hukukun muhtevasının tespit edilmesini sağlayacak çeşitli yol ve yöntemler geliştirmesi hem de öngörülen bu yol ve yöntemlerin hızlı ve etkin bir şekilde işlemlerini sağlaması gerekmektedir. Çalışmamızın bu kısmında da, taraf devletlerin bir özel hukuk uyuşmazlığına uygulanacak hukuku temin etme yükümlülüğü ile söz konusu uyuşmazlığı makul sürede karara bağlama yükümlülüğü arasında nasıl bir orta yol bulunması gerektiği meselesi AİHM içtihatları ışığında ele alınacaktır.

AİHS’nde yer alan temel hak ve özgürlüklerin uygulanacak hukuka etkisi esasen taraf devlet mahkemesinin kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tespit etmiş olduğu yabancı hukukun maddi hükümlerinin uyuşmazlığa tatbikinde ortaya çıkmaktadır. Yabancı hukukun tatbikinin “insan haklarının korunması bakımından Avrupa kamu düzeninin Anayasal belgesi” olarak kabul edilen¹⁰ ve Türk kamu düzeninin de bir parçasını oluşturan¹¹ AİHS’ne aykırılık teşkil etmesi halinde, yabancı hukukun menşeyinden kaynaklanan problemler yanında taraf devlet mahkemelerinin olası bir aykırılığı nasıl bir yöntemle incelemeleri gerektiği meselesi ortaya çıkmaktadır. Temel hak ve özgürlüklere aykırılık teşkil eden yabancı hukukun tatbikine karşı mutad olarak kullanılagelen yöntem olan kamu düzeni müdahalesinin (MÖHUK m.5) çeşitli yönleri, doktrinde ve uygulamada AİHS’nin olası ihlaline karşı ulusal mahkemelerin doğrudan ilgili temel hakka istinat edebilecekleri ve söz konusu hakka aykırılık denetimi yapabilecekleri tezinin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu nedenle, AİHM’nin meseleyi nasıl ele aldığını incelemeden evvel, AİHS’nde yer alan temel hak ve özgürlüklerin yabancı hukukun tatbikine olan etkisinin ulusal mahkemelerce nasıl ele alındığının tespiti gerekmektedir. Bubağlamda, temel hakların ulusal seviyede korunmasına amacıyla kullanılan kamu düzeni müdahalesinin anlamı, amacı ve özellikleri ile AİHS arasındaki ilişkiyi, kamu düzeni kavramının yorumlanması ve uygulanması ile AİHS’nde yer alan haklar arasındaki ilişkiyi ele alacağız. Ardından, taraf devlet

¹⁰ Loizidou v. Türkiye (İlk İtirazlar), no.15318/89, 23 Mart 1995, para.75; Bankovic ve Diğerleri v. Belçika ve Diğerleri, no.52207/99, 12 Aralık 2001, para.80.

¹¹ Yargıtay İBK, E.2010/1, K.2012/1, T.10.2.2012, (RG:20.09.2012 – 28417); Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 73, dn.135; Ergin Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, 22. Bası, Beta, İstanbul 2017, s.528.

mahkemelerince yabancı unsurlu bir özel hukuk uyuşmazlığına yabancı hukukun tatbik edildiği hallerde, yabancı hukukun tatbiki gerçekleştiği ileri sürülen AİHS'nin ihlal edildiği iddialarının AİHM tarafından nasıl ele alındığını AİHM'nin çeşitli kararları ışığında inceleyeceğiz.

Bir kanunlar ihtilafı kuralının bizatihi kendisinin ihlale yol açması yanında, taraf devlet mahkemesinin yabancılık unsurunu göz ardı etmesi ve kanunlar ihtilafı kurallarına müracaat etmemesi, yabancılık unsurunun varlığına rağmen doğrudan *lex fori* olarak kendi hukukunu tatbik etmesine neden olacaktır. İşte, hâkimin Türk kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tespit edilen yabancı hukuku uygulamak yerine doğrudan *lex fori* olarak Türk hukukunu uygulaması, bu yabancı hukukun yerine *lex fori*'nin uygulanmasının AİHS'nde yer alan temel hakları ihlal edip etmeyeceği sorusunu gündeme getirmektedir. AİHS'nde güvence altına alınan hakların bazılarının (örneğin, AİHS m.8) taraf devletlere yabancı hukuku uygulama yükümlülüğü yüklediği şeklinde yorumlanıp yorumlanamayacağı, diğer bir ifadeyle temel hak ve özgürlüklerin belirli bir hukukun uygulanmasını isteme hakkı bahşedip etmediği meselesinin doktrinde hararetle tartışıldığını da bu noktada belirtmek gerekir. Bu bakımdan, yabancı unsurlu özel hukuk davalarında yabancı hukuk yerine *lex fori*'nin tatbikinin söz konusu olabileceği çeşitli hallerde, *lex fori*'nin tatbiki ile AİHS arasındaki ilişki ele alınacak, yabancı unsurlu davalarda uyuşmazlığa *lex fori*'nin tatbik edilmesiyle yabancı hukukun tatbik edilmesi arasında AİHS açısından herhangi bir farklılığın var olup olmadığı tespit edilmeye çalışılacaktır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde, AİHS'nden yer alan hak ve özgürlüklerle başta Türk hukuku olmak üzere, taraf devletlerin yargılama hukuklarının bir parçasını teşkil eden milletlerarası usul hukuku kuralları, daha doğrusu söz konusu kuralların ulusal mahkemelerce yorumlanması ve uygulanması arasındaki ilişki ele alınacaktır. Esasen “milletlerarası” tabiriyle milletlerarası arasında cari bir usul hukukunu ifade edecek şekilde yanlış anlaşılmaya müsait olsa da, milletlerarası usul hukuku ifadesi, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklara uygulanan milli (medeni) usul hukukuna atfen

kullanılmaktadır¹². Dolayısıyla, milletlerarası usul hukukunun kapsamına, yabancılık unsuru içeren özel hukuk uyuşmazlıklarında ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ve bu yetkinin sınırları ile yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulanacak yargılama usulü girmektedir. Milletlerarası usul hukuku aynı zamanda, yabancı ülkelerde açılan davalar sonucunda elde edilen mahkeme veya hakem kararlarının Türk yargı sistemi içerisinde hangi koşullar altında ve ne şekilde hukuki sonuçlar doğuracağı ile ilgilenmekle beraber, milletlerarası ticari ve ekonomik sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla yargılanma usulünü de kapsamaktadır.

Yabancılık unsuru içeren bir özel hukuk uyuşmazlığında, bu uyuşmazlığı görmek üzere birden fazla devletin mahkemesinin yetkili olması söz konusu olabilir. Bu mahkemeler, çeşitli irtibat noktalarına istinaden kendi kanun koyucularının belirlemiş oldukları bağlama noktalarına istinaden milletlerarası yetki kazanırlar. İşte taraf bir devletin, kendi mahkemelerinin milletlerarası yetki kurallarını AİHS’de güvence altına alınan hakları, özellikle AİHS m. 6’da yer alan mahkemeye erişim hakkını göz önüne alarak belirlemeleri gerekmektedir. AİHM, usuli nitelikte bir temel hak olan AİHS m.6’ya ilişkin içtihatlarında mahkemeye erişim hakkının en temel haklardan biri olduğuna, bu hakkın ihlal edilmesi halinde AİHS’nde yer alan temel hak ve özgürlüklerin ihlale uğrayıp uğramadığını test etme imkânının ortadan kalkacağına karar vermiştir¹³. AİHS m.6/1, sadece mahkemeye erişim hakkını değil, mahkemece verilen karara bağlanan sonuçları ve özellikle kararın etkin bir şekilde uygulanmasını isteme hakkı ile karara karşı temyiz yoluna müracaat etme hakkını da ihtiva etmektedir. Ancak AİHM’nin *Golder v. Birleşik Krallık* kararında, AİHS m. 6/1’de güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının mutlak haklardan olmadığına, söz konusu hakkın çeşitli sınırlamalara tabi olduğuna hükmettiğini de belirtmek gerekir¹⁴. Dolayısıyla taraf devletler mahkemeye erişim hakkını bu sınırlamalara uyarak sınırlandırabilirler. Çalışmamızda da, AİHS m.6/1’de güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkı ile milletlerarası yetki kuralları arasındaki ilişkiye değinilecektir. Bu kapsamda, taraf

¹² Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.327; Nomer, **DHH**, s.377; Aysel Çelikel/B. Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 15. Bası, Beta, İstanbul 2017, s.479-480.

¹³ *Delcourt v. Belçika*, no.2689/65, 17 Ocak 1970; *Golder v. Birleşik Krallık*, no.4451/70, 21 Şubat 1975; *The Sunday Times v. Birleşik Krallık*, no.6538/74, 26 Nisan 1979; *Monnell ve Morris v. Birleşik Krallık*, no.9562/81 ve 9818/82, 2 Mart 1987; *Hornsby v. Yunanistan*, no.18357/91, 19 Mart 1997.

¹⁴ *Golder v. Birleşik Krallık*, no.4451/70, 21 Şubat 1975, para.38.

devletlerin -mahkemeleri vasıtasıyla- milletlerarası yetki kuralları vasıtasıyla bireylerin mahkemeye erişim haklarına müdahale ederek sınırlandırmaları halinde AİHM'nin (ve dolaylı olarak taraf devlet mahkemelerinin) nasıl bir yol izleyerek müdahalenin meşru olup olmadığını denetleyeceğini inceleyeceğiz. Burada başta Türk hukuku olmak üzere çeşitli ülke hukuklarında ve AB hukukundaki milletlerarası yetki kuralları vasıtasıyla mahkemeye erişim hakkına müdahale edilebilecek haller çeşitli ihtimallere göre ele alınacaktır.

Mahkemeye erişim hakkı sadece milletlerarası yetki kuralları ile değil, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklara uygulanmak üzere tanzim edilen yargılama kuralları ile de sınırlandırılabilir. Prensip olarak, taraf devletler kendi hukuk anlayış ve geleneklerine göre yabancılık unsuru içeren özel hukuk uyuşmazlıklarına uygulanacak yargılama kurallarını belirlemekte serbesttirler. Örneğin, Türk hukukunda, Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki (HMK)¹⁵ düzenlemeler milletlerarası nitelikli yargılamalarda da –sanki dava yerel bir dava imiş gibi- uygulanmakta, Türkiye'nin taraf olduğu iki ve çok taraflı anlaşmalarda da milletlerarası nitelikli yargılamalara uygulanacak yargılama kuralları yer almaktadır¹⁶. Örneğin, Türk medeni usul hukukunda yer alan Türk mahkemelerinin yargı hakkının bulunması veya derdestlik gibi bazı dava şartları ile yabancı mahkemelerde görülmekte olan bağlantılı davaların bekletici sorun yapıp yapılmayacağı gibi bazı usul hukuku problemleri, milletlerarası karakterli davalar bakımından da özel bir önem arz etmektedir. Yerel karakterli davalar bakımından benimsenen bu tür kural ve kurumların, yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarında da aynen uygulanması bireylerin AİHS m.6/1'de yer alan çeşitli usuli haklarına müdahale, hatta ihlal teşkil edebilir. Çalışmamızın üçüncü bölümünde, aynı zamanda Türk mahkemelerinin yargılama yetkisini doğrudan veya dolaylı olarak etkileyen bu tür kuralların yorumlanması ve uygulanması ile davanın her iki tarafının eşit şekilde sahip olduğu AİHS m.6/1'deki adil yargılanma hakları arasındaki ilişki ele alınacaktır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, yabancı mahkeme ve hakem kararlarının hangi usul ve şartlarla Türk yargı sistemi içerisinde tanınıp tenfiz edileceği ve buna bağlı

¹⁵ RG: 4.2.2011 – 27836.

¹⁶ Bu konu hakkında bkz.: Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.330.

olarak ne gibi hukuki sonuçlar doğuracağı konusu da milletlerarası usul hukukunun kapsamına girmektedir. Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi, milletlerarası özel hukukun diğer alanlarına nazaran AİHS'yle daha yakın bir ilişkiye, irtibata sahiptir. Bunun temel nedeni ise, AİHM'nin yabancı ilamların tanınması ve tenfizi konusundaki içtihatların hem sayı olarak fazla hem de içeriği itibarıyla oldukça zengin oluşudur. Ayrıca, AİHM içtihatlarının sadece usuli temel hak olan AİHS m.6/1'le değil de, aynı zamanda AİHS'nde yer alan diğer temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahaleleri de ele almaktadır. Bu da çalışmamızın bu kısmını sadece teorik olarak değil aynı zamanda pratik olarak da zenginleştirmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, her devlet diğer devlet mahkemelerince verilen kararların kendi ülkesinde hangi şartlar altında hukuki sonuç doğuracağını veya icra edilebileceğini belirlemekte serbesttir. Örneğin, Türk hukukunda yabancı ilamların tanınması veya tenfiz edilebilmesi için gerekli olan şartlar MÖHUK'un 50 vd. maddelerinde belirtilmiştir. Bu şartları sağlayan yabancı mahkeme kararları tanınır veya tenfiz edilir. Bununla beraber, taraf bir devlet olarak Türk mahkemelerinin yabancı ilamların tanınması veya tenfizine karar verirken ya da söz konusu tanıma veya tenfiz taleplerini reddederken AİHS'nde yer alan temel hak ve özgürlüklere riayet ederek karar vermeleri gerekmektedir. Taraf devletlerin gerek tanzim ettikleri tanıma ve tenfiz usulü ve şartlarına ilişkin kuralların mahkemelerince tanıma ve tenfiz taleplerine uygulanması AİHS'nde yer alan bazı haklara müdahale, hatta ihlal teşkil edebilir. Bu durum, kimi hallerde yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizi talebinde bulunan davacının söz konusu talebinin tanıma-tenfize ilişkin bir usuli kurala veya bir tenfiz şartına istinaden reddedilmesi suretiyle davacının AİHS m.6/1'de yer alan bir hakkına yönelik ortaya çıkabileceği gibi, AİHS m.8 veya P-1 m.1 gibi bir temel hakka yönelik olarak da ortaya çıkabilir.

Söz konusu hakların yabancı mahkeme kararının tanınmasına veya tenfizine karar verilmesi suretiyle de taraf devletlerin mahkemelerince ihlal edilmesi söz konusu olabilir. Çalışmanın üçüncü bölümünde ayrıntılı olarak ele alacağımız üzere, yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi için öngörülen bir takım tanıma-tenfiz şartlarının varlığına kanaat getirerek tanıma-tenfiz kararı verilmesi, böylece yabancı

ülke hukukunda tevsik edilen hakkın veya statünün taraf devlet hukukunca da kabul edilmesi anlamına gelecektir. Ulusal mahkemelerin ilgili her bir tanıma-tenfiz şartı bakımından yapacakları değerlendirme sonucunda söz konusu şartların karşılandığına kanaat getirmesi, davalının AİHS m.6/1'deki haklarına ve/veya yabancı karara konu uyuşmazlığın niteliğine bağlı olarak AİHS'nde yer alan ilgili temel hakka müdahale teşkil edecek, ulusal mahkemelerin nasıl bir değerlendirme yaptıklarına bağlı olarak ihlale bile yol açabilecektir.

Burada taraf devletlerin tıpkı milletlerarası yetki kurallarında olduğu gibi, tanzim edecekleri tanıma ve tenfiz usulüne ve şartlarına ilişkin kurallar vasıtasıyla bireylerin AİHS'nden kaynaklanan bazı temel hak ve özgürlükleri sınırlandırabileceğini belirtmek gerekir. AİHM içtihatları analiz edildiğinde, daha çok AİHS m.6/1, m.8 ve AİHS ek 1 no'lu protokol m.1 (P-1 m.1) gibi sınırlandırılabilen haklar bakımından böyle bir sınırlamanın söz konusu olabileceği anlaşılmaktadır. Getirilen sınırlamanın AİHS'ndeki ilgili her bir hakta öngörülen sınırlama sebeplerine uygun olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, bir taraf devletin getirmiş olduğu tanıma ve tenfiz usulü ve şartlarının ilgili her bir hak bakımından öngörülen sınırlandırma sebeplerine uygun olması gerekmektedir. Doğal olarak, davanın bir tarafı lehine yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizine veya böyle bir talebin reddine karar verilmesi onun Sözleşmesel hakkının taraf devletçe korunmasını temin ederken, diğer tarafın aynı veya farklı bir Sözleşmesel hakkının sınırlanması/müdahale edilmesi, diğer bir ifadeyle korunmaması anlamına gelecektir.

İşte, çalışmamızın bu kısmında AİHS'nde yer alan temel hak ve özgürlüklerle taraf devletlerin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi rejimlerine ne tür mevcut ve muhtemel etkilerinin olduğunu AİHM'nin geniş içtihadi birikimini analiz ederek inceleyeceğiz. Bu kapsamda, öncelikle taraf devletlerin başta AİHS m.6/1 olmak üzere, AİHS'nde yer alan temel haklardan kaynaklanan yükümlülükleri ile yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi rejimleri arasındaki ilişkiyi AİHM içtihatlarından hareketle analiz edecek, bu ilişkin sınırlarını tespit etmeye çalışacağız. Daha sonra bireylerin AİHS'nde yer alan haklarının yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi davalarının yürütülmesine ilişkin usuli kuralların ulusal

mahkemelerce yorumlanması ve tatbikine olan etkilerini, AİHM'nin mevcut içtihatları bu iki hakka ilişkin olarak neşet ettiğinden, AİHS m.6/1'de yer alan usuli haklar ile mülkiyet hakkını güvence altına alan P-1 m.1 ekseninde ele alacağız. Ardından, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin taraf devletlerce öngörülen tanıma-tenfiz şartları ile AİHS'nde yer alan haklar arasındaki ilişki, Türk hukukunda yer alan ilgili her bir tanıma-tenfiz şartı özelinde ele alınacaktır. Son olarak, tenfizine karar verilmiş olan yabancı bir mahkeme kararının tenfiz devletinin yetkili makamlarınca yerine getirilmemesi ile tenfiz devletinin AİHS'nde yer alan çeşitli haklardan kaynaklanan yükümlülükleri arasındaki ilişki ele alınacaktır.

AİHS ve AİHM hükümleri çerçevesinde verilen AİHM içtihatlarının milletlerarası özel hukukun kapsamına giren uyuşmazlıklar bakımından, her bir milletlerarası özel hukuk alanına farklı yönlerden az veya çok etkisi olabilir. AİHS'nin kimi milletlerarası özel hukuk kurallarının yorumlanmasına ve uygulanmasına olan somut etkileri, aşağıda ayrıntılı olarak ele alacağımız üzere, zaten ortaya çıkmıştır. İşte burada arzu edilen, henüz AİHM aşamasına gelmeden, diğer bir ifadeyle taraf devletin uluslararası sorumluluğu doğmadan evvel taraf devletlerin yapacakları düzenlemeleri veya uygulamaları ile söz konusu yabancı unsurlu uyuşmazlıktan kaynaklanan hak ihlallerinin mahalli düzeyde halledilmesidir. Çalışmamızda da, başta Türk hukuku olmak üzere taraf devletlerin yasal düzenlemeleri ve uygulamalarındaki farklılıkları ve eksiklikleri tespit ederek AİHS'nde yer alan temel hak ve özgürlükler ile AİHS'ne yer alan hükümler çerçevesinde oluşturulan AİHM içtihatlarının milletlerarası özel hukukun yukarıda değindiğimiz alanlarına olan etkileri tespit edilmeye çalışılacaktır.

Bununla beraber, milletlerarası özel hukukun kapsamına giren tüm konuları çalışmamızda ele almadığımızı ve yukarıdaki konularla sınırlandırdığımızı belirtmek gerekir. Örneğin, bireylerin Türk mahkemelerinde dava açmalarını veya davayı takip edebilmelerini ciddi bir şekilde engelleyen teminat veya harç yatırma yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler ile bunların yorum ve tatbiki ile AİHS m.6/1 arasındaki ilişki buna örnek verilebilir. Bireylerin taraf devlet mahkemelerinde dava açma veya açılan davayı takip edebilme imkânının bireylerin imkânları ölçüsünde bir takım mali külfetlere katlanmasını öngören bu tür kuralların katı ve dar bir şekilde yorumlanmasının adaletle

erişim hakkına ölçsüz bir müdahale teşkil ettiği ve devletlerin sorumluluğuna yol açtığı AİHM'nin içtihatlarıyla ortaya konmuştur¹⁷. Bunun doğal sonucu olarak, bireylerin adalete erişim taleplerini engelleyen bu tür kurallar ile AİHS m.6/1 arasındaki ilişkinin Türk doktrininde pek çok çalışmaya konu olduğu görülmektedir¹⁸. Şüphesiz, bu konuya tez kapsamında yer vermemek bir eksiklik olarak nitelendirilebilir. Ancak, Türk doktrininde de müstakil birer çalışma olarak yer verilmiş bu konuya burada da yer vermenin hem tekrar mahiyetinde olacağı hem de çalışmanın hacmini –belki de gereksiz yere- artıracığı kanaatindeyiz.

İkinci olarak, milletlerarası özel hukuka ilişkin ulusal mevzuatın mühim bir kısmını teşkil eden bazı adli yardım anlaşmalarının taraf devlet mahkemelerince yorumlanması ve tatbiki ile AİHS'nden kaynaklanan yükümlülükleri arasındaki ilişki tezin kapsamı dışında tutulmuştur. AİHS'ne taraf devletler, yabancı hukukun uygulanmasından yabancı ilamların tanınması veya tenfizine kadar milletlerarası özel hukukun çeşitli alanlarında uluslararası adli işbirliği amacıyla iki veya pek çok uluslararası anlaşmanın tarafı olmaktadır. Bu tür anlaşmalara taraf olmakla, ilgili anlaşma kapsamında taahhüt ettiği yükümlülükleri yerine getirmeyen taraf devletlere karşı, bireyler söz konusu anlaşmadan kaynaklanan yükümlülüğü yerine getirmediği veya gerekli özeni göstermediği gerekçesiyle ilgili Sözleşmesel hakkının ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ne başvurabilmektedir. Bu konuda akla ilk gelen örnek, her ne kadar konumuzu ilgilendirdiği ölçüde değinecek olsak da, şüphesiz ki Uluslararası Çocuk Kaçırmalarının Hukuki Veçhelerine Dair 1980 tarihli La Haye Sözleşmesidir¹⁹. Sözleşme kapsamında çocukların iadesine ilişkin taraf devlet mahkemelerinin uygulamalarının AİHM nezdinde sıkça şikâyetle konu olduğu, bunların pek çoğunda da AİHS m.8'in ihlaline hükmedildiği görülmektedir²⁰. Yine, çalışmamızın kapsamına

¹⁷ Örneğin bkz.: Airey v. İrlanda, no.6289/73, 9 Ekim 1979; Steel ve Morris v. Birleşik Krallık, no.68416/01, 15 Şubat 2005; McVicar v. Birleşik Krallık, no.46311/99, 7 Mayıs 2002.

¹⁸ Örneğin bkz.: Zeynep Çalışkan, **Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat**, Vedat, İstanbul 2014; Ayşe İpek Sarıöz Büyükalp, **AİHS ve AİHM Kararlarının da İncelenmesi Suretiyle Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usûl Hukuku Üzerindeki Etkileri**, On İki Levha, İstanbul 2018, s.427

¹⁹ RG: 15.2.2000 - 23965.

²⁰ AİHM'nin 2015 tarihine kadar 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi kapsamında verdiği içtihatların detaylı analizi için bkz.: Faruk Kerem Giray, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Aile İçi Uluslararası Çocuk Kaçırma İhtilaflarına İlişkin Seçilmiş Kararları", **MHB**, C.35, S.2, 2015, s.173; Paul Beaumont/Lara Walker, "Post Neulinger Case Law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention", **A Commitment to Private International Law – Essays in honour of Hans**

girdiği ölçüde değindiğimiz Nafaka Alacaklarının Yabancı Memleketlerde Tahsiline İlişkin 1958 tarihli New York Sözleşmesi²¹ hükümlerinin ulusal mahkemelerce tatbikinin de AİHM'nin önüne getirildiği görülmektedir. Bu örneklerden hareketle, milletlerarası özel hukuka ilişkin adli yardım anlaşmalarının sayısı ve çokluğu ile bunların AİHM önünde pek çok kez şikâyetle konu yapıldığı göz önüne alındığında, bu tür anlaşmalarla AİHS'nden yer alan haklar arasındaki ilişkiyi kapsam dışında tutmanın, hem çalışmanın hacminin daha da artmamasını hem de ilgili her bir anlaşmaya ayrıca yer vererek konu bütünlüğünün bozulmamasını temin edeceği düşüncesindeyiz.

Çalışmanın kapsamı dışında tuttuğumuz bir diğer konu da, milletlerarası tahkimdir. Şüphesiz, devlet mahkemelerine alternatif bir uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak ortaya çıkan milletlerarası tahkim de milletlerarası usul hukukunun mühim bir parçasını teşkil etmektedir²². Dolayısıyla arka planında devletin temel adalet ilkelerinin yer aldığı sınırları aşan tahkim anlaşmalarına veya tahkim prosedürlerine, ulusal mahkemelerde açılan dava sırasında veya hakem kararının tenfizi aşamasında mahkemeler tarafından müdahale edilmektedir. Şüphesiz ki, tahkim yargı dışı uzlaşmayı teşvik etmek ve mahkemeleri aşırı yükten kurtarmak amacı güttüğü için adil yargılanma hakkı ile uyumlu olduğu söylenebilir²³. Bununla beraber, devlet mahkemelerine alternatif olarak ortaya çıkan ve taraf iradelerine dayanan bu yargılama usulünde de adil yargılanma ilkelerine sadece hakemlerce değil, hakem kararı tenfiz veya iptal davası vasıtasıyla önüne gelen mahkemelerce de riayet edilmesi gerekir. Örneğin, taraflardan sadece birine tahkime gitme imkânı tanıyan veya sadece bir tarafa hakem seçme veren tahkim anlaşmalarına etki tanınması taraflar arasındaki eşitlik ilkesini ihlal edebileceği gibi mahkemeye erişim hakkının da taraf devletlerce ihlal edilmesine yol açabilir. Bir tarafın hakemlerin seçiminden ve tahkim prosedüründen haberdar edilmediği veya haberdar edilmekle beraber iddia ve savunmada bulunma imkânının sınırlandığı ve engellendiği tahkim yargılaması, davanın özelliklerine göre davalının adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edebileceği gibi böyle bir hakem

van Loon, Ed. The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, Intersentia, Cambridge 2013, s.17.

²¹ RG: 18.3.1971 – 13782.

²² Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 6.Bası, Beta, İstanbul 2016, s. 297.

²³ İncoğlu, **Adil Yargılanma**, s.156.

kararı hakkında tenfiz kararı vermek de devletin AİHM nezdinde sorumluluğunu doğurabilecektir. Dolayısıyla başta adil yargılanma hakkına ilişkin ilkeler olmak üzere AİHS’nde yer alan haklar ile milletlerarası tahkim arasındaki ilişkinin ele alınması gerekir. Bununla beraber, ayrı bir çalışma olarak incelenebilecek kadar geniş bir hacme sahip olması nedeniyle ve çalışmamızın kapsamını ve hacmini fazlasıyla artıracak gerekçesiyle milletlerarası tahkim ile AİHS’nde yer alan bazı haklar arasındaki ilişkinin çalışmamızın kapsamı dışında tutulduğunu belirtmeliyiz.



BİRİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKU İLGİLENDİREN YÖNLERİYLE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

I. GENEL OLARAK

AIHS'ne taraf olan devletler, AIHS m.1 hükmü gereği, yetki alanları içerisinde bulunan herkesin AIHS'nde güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlayacaklarını taahhüt etmiştir. Tıpkı Türkiye gibi, birçok Avrupa ülkesi de, yabancılık unsuru içeren özel hukuk uyuşmazlıklarından doğan uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralları, milletlerarası yetki ve yargılama kuralları ile yabancı ülke mahkemelerince verilen kararların kendi ülkelerinde nasıl ve hangi şartlar altında sonuç doğuracağını belirleyen kurallar ihdas etmiştir. Hiç şüphesiz, bu kuralların yasama organınca düzenlenmesi, yargı organlarınca yorumu ve uygulanması, taraf devletlerin yetki alanlarında bulunan bireylerin, yine taraf devletlerin tanımayı taahhüt ettikleri hak ve özgürlüklerine az veya çok etkili olacaktır. Taraf devletler, bir taraftan AIHS'nde güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere saygı gösterme ve koruma yükümlülüğü altında iken, diğer taraftan organları vasıtasıyla bireylerin temel hak ve özgürlüklerini sınırlayan bir takım işlem ve eylemlerde bulunmak durumunda kalabilmektedir.

AIHS'nde çeşitli temel hak ve özgürlükler tanımlanmış, ardından da devletlerin bunlara bazı sınırlamalar getirebileceği öngörülmüştür. AIHS'nde yer alan –ve en azından milletlerarası özel hukuku ilgilendiren- temel hakların niteliği gereği sınırlanabilir oluşu göz önüne alındığında, söz konusu işlem ve eylemlerin taraf devletlerce milletlerarası özel hukuk kuralları vasıtasıyla veya söz konusu kuralların yorumlanması veya uygulanması suretiyle nasıl sınırlandırılabilirliğinin incelenmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle taraf devletlerin hangi yöntem ve koşullar altında ilgili hakka müdahale edebilecekleri incelenmelidir. Zira taraf devletlerin AIHS'nde güvence altına alınan hakları sınırlandıracak tedbirler alması, aynı zamanda bu haklara bir müdahale teşkil etmektedir. Bu müdahalenin meşru olup olmadığı ise, Sözleşmenin

AİHS 11 no'lu protokolden²⁴ sonra tek denetim organı haline gelen AİHM'nin denetimine tabidir. Dolayısıyla, çalışmamızın bu bölümünde, öncelikle taraf devletlerin AİHS'ne taraf olmakla üstlenmiş oldukları yükümlülükleri, özellikle pozitif yükümlülükleri ile taraf devletlerin temel hak ve özgürlükleri diğer bireylerin eylemlerine karşı korumakla yükümlü olup olmadığı meselelerinin ele alınması gerekmektedir. Ardından AİHS'nde yer alan haklar milletlerarası özel hukuk kurallarının tanzimi, yorumu ve tatbiki suretiyle sınırlandırılabilirliğinden, taraf devletlerin (mahkemelerinin) söz konusu haklara hangi koşullar altında müdahaledebileceği, diğer bir ifadeyle sınırlandırılabilirliğinin ele alınması gerekecektir. Bu nedenle, AİHS'nin öngörmüş olduğu Sözleşmesel hakların sınırlandırılması rejimi, AİHS'nde yer alan hakların niteliklerine ve sınırlandırma kaydı içerip içermemelerine göre incelenecektir.

AİHS, temel hak ve özgürlüklerin uluslararası düzeyde tanınıp korunması konusunda uluslararası yargısal denetim mekanizması kurması ve bireye sağlanan güvenceyi bir yaptırıma bağlaması nedeniyle uluslararası alanda bir ilki teşkil etmektedir. AİHS'yle insan haklarının korunması sorunu ulusal düzeyden uluslararası düzeye taşınmış ve birey, uluslararası hukukun süjesi haline gelmiştir²⁵. Bu nedenle, AİHS'nin ortaya çıkışı ve gelişimi, özellikleri, ihtiva ettiği temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından öngördüğü denetim mekanizmasının genel olarak incelenmesi faydalı olacaktır. Aynı zamanda bu bölümde, AİHS'nin uygulama alanı ve AİHM'nin yargı yetkisinin kapsamı ele alınacak, özellikle AİHS'nin yer bakımından uygulama alanı kapsamında AİHS'nin sınır ötesi etkilerinin ve uygulanmasının söz konusu olup olmadığı incelenecektir. Bu konu, özellikle uygulanması söz konusu olan yabancı hukukun veya veya tanınması-tenfizi söz konusu olan yabancı mahkeme veya hakem kararının taraf devletin yetki alanına girmesi nedeniyle taraf devletin yetki alanı dışında gerçekleşebilecek bir ihlale etki tanınması bakımından önem arz etmektedir.

²⁴ AİHS ek 11 no'lu protokol, Türkiye tarafından 11 Mayıs 1994 tarihinde imzalanmış, 14 Mayıs 1997 tarihli ve 4255 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Bkz.: RG: 10.06.1997 – 23025.

²⁵ A. Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması – Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 10. Bası, Turhan, Ankara 2013, s. 11; Luzius Wildhaber, “The European Convention on Human Rights and International Law”, **ICLQ**, Vol.56, April 2007, s.227.

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN KAPSAMI VE TEMEL ÖZELLİKLERİ

A. Genel Olarak

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, demokrasi, insan hakları ve hukukun üstünlüğüne dayalı ortak bir Avrupa düzeni oluşturmak amacıyla on batı Avrupa ülkesi tarafından kurulan Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanmış ve onuncu onay belgesinin de Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine depo edilmesiyle 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir²⁶. AİHS, İkinci Dünya Savaşı'nın Avrupa'da yaratmış olduğu siyasal, toplumsal ve ekonomik çöküntünün ardından temel hak ve özgürlüklerin ulusal alanda korunmasının yetersiz kaldığı, insan haklarının ulusal düzeyde olduğu kadar uluslararası düzeyde de güvence altına alınıp fiilen ve gerçekten korunması gerektiği düşüncesinin bir ürünü olarak ortaya çıkmıştır²⁷. AİHS, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde yer alan bazı insan haklarının kolektif bir şekilde korunması için atılan ilk adımı temsil etmektedir²⁸.

AİHS, 2016 tarihi itibarıyla Avrupa Konseyi 47 ülke tarafından imzalanmış ve onaylanmıştır²⁹. Türkiye, AİHS'ni imzaya açıldığı tarihte imzalamış, 10.03.1954 tarihli ve 6366 sayılı "İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun" ile de onaylamıştır. AİHS'nin onaylandığına dair belgenin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine depo edilmesiyle Sözleşme 18 Mayıs 1954 tarihinden itibaren Türkiye Sözleşmeyle bağlı hale gelmiştir.

B. Kapsamı

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde yer alan medeni ve siyasi haklar olarak adlandırılan hakların büyük bir kısmı AİHS'nde, bir kısmı da sonradan çıkarılan ek protokollerde yer almış ve AİHS'nin kapsamı zamanla genişlemiştir. AİHS ve eklerinde

²⁶ Bkz.: Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 6.Bası, Legal, İstanbul 2007, s.965-966.

²⁷ Harris/O'boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.1; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s. 27.

²⁸ Bkz.: AİHS'nin başlangıç kısmı.

²⁹ AİHS'ni imzalayan ve onaylayan devletler için bkz.: http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/signatures?p_auth=KPhmhjobo, (Çevrimiçi, 29 Mayıs 2016).

yer alan haklar sınırlı olmakla beraber, bunların çeşitleri ve unsurları da ayrıntılı bir şekilde düzenlenmemiştir³⁰. Dolayısıyla, AİHS tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin sayısının pek çok Avrupa Konseyi üyesi ülkenin kendi anayasaları tarafından korunan hak ve özgürlüklere nazaran daha az olduğu belirtilmektedir³¹.

Prensip olarak, özel hukukun muhtelif alanlarına etkisi olabilecek olan tüm hak ve özgürlüklerin milletlerarası özel hukuk menşeli hak ihlalleri bakımından da uygulanabilme imkânı bulunmaktadır³². Başka bir deyişle, AİHS ve eki protokollerde yer alan tüm temel hak ve özgürlükler, esasen milletlerarası özel hukukun kapsamına giren uyuşmazlıklar bakımından ileri sürülen ihlal iddialarına uygulanabilir niteliktedir. Biz burada gerek hakların niteliği gereği, gerekse AİHM ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) kararlarından anlaşıldığı kadarıyla çalışmamızla yakından alakalı olan temel hak ve özgürlüklere değineceğiz. İlk olarak, AİHS m.6/1’de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının gerek kanunlar ihtilafı gerekse milletlerarası usul hukukunun hemen her konusunda ele alınacak olan ve AİHM tarafından da milletlerarası özel hukuk menşeli uyuşmazlıklardan kaynaklanan şikayet başvurularında en çok incelemeye tabi tutulan hak olduğunu belirtmek gerekir³³. Yine, özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı (AİHS m.8) da, milletlerarası özel hukuku en çok ilgilendiren haklardan biridir. Bunun yanında, evlenme ve aile kurma hakkını güvence altına alan AİHS m.12 ile eşler arasında eşitliği düzenleyen AİHS ek 7 no’lu protokol m.5 (P-7 m.5³⁴) de aile hayatının çeşitli yönlerini ele alması bakımından çalışmamızda ele alınacaktır. P-1 m.1’de güvence altına alınan mülkiyet hakkı ayrımcılık yasağını güvence altına alan AİHS m.14 ve ek 12 no’lu protokol m.1 de milletlerarası özel hukuka etkisi olabilecek diğer haklardır. Yukarıda değinmiş olduğumuz bu haklar ile

³⁰ Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.11.

³¹ Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Cilt II, Ekin, Bursa 2011, s.577; Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ Oğuz Sancakdar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Ankara 2004, s.23.

³² Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.36.

³³ AİHS m.6/1’in milletlerarası özel hukuk menşeli temel hak uyuşmazlıkları bakımından en çok şikayete konu edilmesinin esasen olağan bir durum olduğunu söyleyebiliriz. Zira AİHS m.6’nın ihlaline dair şikayetlerin AİHM’nin iş yükünün büyük bir kısmını oluşturduğu belirtilmektedir. Bkz.: Eva Brems, “Procedural Protection – An examination of Procedural Safeguards Read into Substantive Convention Rights”, **Shaping Rights in The ECHR- The Role of European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights**, Ed. Eva Brems & Janneke Gerards, Cambridge University Press, 2013, s.137.

³⁴ RG: 8.4.2016 – 29678.

söz konusu hakların çalışmamızın kapsamına giren muhtelif milletlerarası özel hukuk konularıyla olan ilişkisi ayrı başlıklar altında ve konuyla ilgili olduğu ölçüde ele alınacaktır. Dolayısıyla, burada söz konusu hakların ismen zikredilmesinin yeterli olacağı kanaatindeyiz.

C. Temel Özellikleri

1. Bireyi uluslararası hukukta hak sahibi yapması

AİHS, temel hak ve özgürlüklerin uluslararası düzeyde tanınip korunması konusunda uluslararası yargısal denetim mekanizması kurması ve bireye sağlanan güvenceyi bir yaptırıma bağlaması nedeniyle uluslararası alanda bir ilki teşkil etmektedir. Sözleşmeyle insan haklarının korunması sorunu ulusal düzeyden uluslararası düzeye taşınmış ve birey uluslararası hukukun süjesi haline gelmiştir³⁵. AİHS'in en önemli özelliklerinden biri olan bu husus, yasal dayanağını AİHS m.1'deki *“Yüksek sözleşen Taraflar, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar”* ifadesinde bulmaktadır. Bu ifadeyle, taraf devletler AİHS ve eki protokollerde yer alan hak ve özgürlükleri kendi yetki alanı içindeki herkese tanımayı kabul etmiştir. AİHS'nin bireylere söz konusu hakları çiğneyen taraf devlete karşı doğrudan AİHM'ne başvuru hakkı tanınması da göz önüne alındığında, bireylerin uluslararası alanda hak sahibi olabilmesinin önü açılmış ve bu husus uluslararası yargısal bir güvenceye kavuşturulmuştur.

2. Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması Konusunda Yargısal bir Denetim Öngörmesi

AİHS, bireyi uluslararası hukukun bir süjesi haline getirmenin yanı sıra, insan haklarına ilişkin diğer uluslararası belgelerden farklı olarak, temel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda yargısal bir denetim mekanizması getirmiştir³⁶. Hukuki niteliği itibariyle uluslararası bir anlaşma olan AİHS, bireylere AİHS'nde yer alan temel hak ve özgürlükleri tanımış, taraf olan devletlere de bu hakları tanıma ve koruma konusunda

³⁵ Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.11, 13; Wildhaber, **a.g.m.**, s.227; Tezcan/Erdem/Sancakdar, **a.g.e.**, s.25.

³⁶ Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.13; Harris/O'boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.30; Tezcan/Erdem/Sancakdar, **a.g.e.**, s.26.

nesnel bir yükümlölük yüklemiştir. Bu kapsamda, AİHS bireylere, AİHS’de güvence altına alınan haklarını çiğneyen devlete karşı Sözleşmenin denetim organ(lar)ına şikayette bulunma imkanı tanımıştır. AİHS’nin bireylere tanımış olduğu bireysel başvuru hakkı, AİHS’nin öngördüğü denetim sisteminin en özgün ve en önemli parçasını teşkil etmektedir³⁷. Bireysel başvuru hakkı, AİHS ek 11 no’lu protokolün (P-11) 1 Kasım 1998’de yürürlüğe girmesinden evvel seçimlik olarak öngörölmüştü. Diğer bir ifadeyle, bir bireyin bir taraf devlete karşı şikayette bulunabilmesi için öncelikle söz konusu devletin bireysel başvuru yolunu tanıdığını beyan etmesi gerekiydi. P-11, bireysel başvuru hakkını devletlerin takdirinden çıkartarak, devlet başvurusu gibi zorunlu hale getirmiştir. Türkiye ilk kez 28 Ocak 1987’de bireysel başvuru hakkını tanıyarak ölké sınırları içinde bulunan herkesin AİHS’nde güvence altına alınan hak ve özgürlüklerinin çiğnenmesi halinde AİHM’ne şikayet edilebilmesinin yolunu açmıştır. 22 Ocak 1990 tarihi itibarıyla Türkiye AİHM’nin zorunlu yargı yetkisini tanımıştır. Özellikle bireysel başvuru hakkının Türkiye tarafından kabul edilmesiyle birlikte AİHS’nin Türk hukukunda tartışılmaya ve etkili olmaya başladığını söyleyebiliriz.

AİHS, aynı zamanda bireylere tanımış olduğu bireysel başvuru hakkı sonucunda AİHS’nde güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere taraf devletlerce uyulup uyulmadığını denetleyecek uluslararası bir yargılama mekanizması da öngörmüştür. AİHS’nde güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere taraf devletlerce uyulup uyulmadığını denetleyen bir yargılama mekanizmasına sahip olması, AİHS’ni insan haklarına ilişkin diğer uluslararası sözleşmelerden ayırmaktadır. Böylece, bireylere kendilerine tanınan bireysel başvuru hakkını kullanarak, taraf devletlerin tasarruflarına karşı temel hak ve özgürlüklerini uluslararası bir yargı organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi vasıtasıyla koruma hakkı tanınmıştır.

Başlangıçta AİHS’nin öngördüğü koruma mekanizması Avrupa İnsan Hakları Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) olmak üzere iki kurumdan oluşmaktaydı. AİHS’nde yer alan temel hak ve özgürlüklerin pratikte uygulanıp uygulanmadığını denetlemekte olan Avrupa İnsan Hakları Divanı ve AİHK P-11’in yürürlüğe girmesiyle kaldırılmış, bunun yerine tam zamanlı olarak çalışan tek bir yargı

³⁷ Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.14; Gemalmaz M.S., **a.g.e.**, s.981; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.29.

organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kurulmuştur (m.19). Bu yeni sisteme göre, bireyler artık doğrudan AİHM'ne başvurabilecektir. Ayrıca, (yeni) Mahkeme, P-11'in yürürlüğe girmesinden sonraki ilk içtihatlarında, daha önce AİHK'nun ve Divanın vermiş olduğu içtihatları kendi içtihatları olarak kabul etmiş ve bu içtihatlara atıfta bulunmuştur³⁸.

AİHM'nin vermiş olduğu kararlar, taraf devletler için bağlayıcı niteliktedir. Bu nedenle taraf devletler AİHM'nin esasa ilişkin kesinleşmiş kararlarını yerine getirmek zorundadır (m.46). Bununla birlikte, AİHM'nin kararlarının iç hukukta nasıl yerine getirileceği konusunda taraf devletlere takdir hakkı tanınmıştır³⁹. Hiç şüphesiz, bu kararların taraf devletlerce yerine getirilip getirmediğini denetleme yetkisi Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine aittir (m.46). Burada önemle belirtmek gerekir ki, AİHM'nin bir şikayet başvurusunda somut olaya ilişkin verdiği herhangi bir karar, esasen davalı devlet dışında diğer taraf devletler bakımından bağlayıcı değildir. Diğer bir ifadeyle, AİHM kararı sadece davanın konusu ve tarafları ile sınırlıdır⁴⁰. Ancak, taraf devletler, AİHM'nin kararına konu olan benzer durumlarda da aleyhlerine mahkumiyet kararı verebileceğinden hareketle AİHM'nin mevcut kararlarını göz önünde bulundurmamak durumundadır.

3. Getirmiş Olduğu Korumanın İkincil Nitelikte Olması

AİHS'nin temel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda getirmiş olduğu denetim sistemi ikincil (*tali, subsidiarity*) niteliktedir. Diğer bir ifadeyle, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin iç hukuk tarafından korunması asıldır⁴¹. Zira devletler

³⁸ Örneğin, AİHM *Matthews v. Birleşik Krallık (GC)* kararında AİHK ve eski Mahkemenin içtihatlarına kendi içtihatları olarak atıf yapmıştır. Bkz.: *Matthews v. Birleşik Krallık*, no.24833/94, 17 Şubat 1999, para.39-40 ve 59.

³⁹ Örneğin, bir kararında AİHM, bir davanın tarafını oluşturan devletlerin kararın gereğini yerine getirme bakımından kullanacakları araçları seçmede prensip olarak serbest olmakla birlikte, bunun ihlal kararlarının içeriğine uygun düşmeyen önlemlere başvurulabileceği anlamına gelmediğine hükmetmiştir. Bkz.: *Papamichalopoulos v. Yunanistan*, no.14556/89, 31 Ekim 1995, para.34.

⁴⁰ Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.123.

⁴¹ Harris/O'boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.13, 23; Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.15; Tezcan/Erdem/Sancakdar, **a.g.e.**, s.26; Gözler, **a.g.e.**, s.596; Kiestra, , **The Impact of ECHR**, s.29; İbrahim Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, 6. Baskı, İmge, İstanbul 2002, s.223; Robin C.A. White/Clare Ovey, **The European Convention on Human Rights**, Fifth Edition, Oxford Univeerity Press, 2010, s. 84; Abdurrahman Eren, **Türkiye'de İnsan Haklarının Korunması – Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü**, Ankara 2007, s. 111-112.

uluslararası insan hakları sözleşmelerine taraf olarak, sözleşmede öngörülen insan hakları standartlarını iç hukukta uygulama taahhüdünde bulunmaktadır. Dolayısıyla taraf devletler takdir marjı/takdir alanı olarak da adlandırılan bir gözle AİHS’nde yer alan hakları nasıl güvence altına alacaklarına ve koruyacaklarına öncelikle kendileri karar verecektir⁴². Nitekim AİHS m.35/1’de AİHS’nin öngördüğü güvenceden yararlanılabilmesi için öncelikle iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulunun aranması da AİHS’nin getirdiği korumanın ikincil niteliğini yansıtmaktadır. AİHM’ne başvurmak için iç hukuk yollarının tüketilmesinin istenmesi, AİHS’yle güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerin korunması görevinin öncelikle ilgili devlete ait olduğunu göstermektedir. İlgili devlete bireysel şikayete konu edilen durumu, kendi hukuk düzenine göre düzeltebilme imkanı tanınmalıdır. AİHS’nin öngördüğü sisteme göre temel hak ve özgürlüklerin öncelikle iç hukuk tarafından korunması, AİHS’nin getirmiş koruma mekanizmasının tamamlayıcı (yedek) nitelikte olduğunu göstermektedir⁴³.

AİHS’nin getirdiği denetim sisteminin ikincil nitelikte olması nedeniyle AİHS’nin denetim organı olan AİHM, ulusal makamların tasarruflarına, özellikle mahkeme kararlarına karşı başvuru olan ikinci bir temyiz mercii niteliğinde değildir⁴⁴. Diğer bir ifadeyle, AİHM AİHS’nde güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerden biri ihlal edilmedikçe, ulusal yargı organlarının kanunları veya vakıaları yanlış veya eksik uyguladığına ilişkin iddiaları inceleme görevi bulunmamaktadır⁴⁵. AİHM, sadece ulusal makamların işlem ve eylemleriyle AİHS’nde güvence altına alınan haklara müdahale edip etmediklerini, müdahale halinde bu müdahalenin ihlale neden olup olmadığını incelemektedir.

⁴² Handyside v. Birleşik Krallık, no.5493/72, 7 Aralık 1976, para.49-50.

⁴³ Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.15; Gözler, **a.g.e.**, s.596; Kaboğlu, **a.g.e.**, s.223; Eren, **İnsan Hakları**, s. 114; Murat Tümay, “The Margin of Appreciation Doctrine Developed by the Case Law of the European Court of Human Rights”, **Ankara Law Review**, Vol.5 No.2, 2008, s.203.

⁴⁴ Harris/O’boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.14; Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.15; White/Ovey, **a.g.e.**, s.84; Gözler, **a.g.e.**, s.620.

⁴⁵ Bir taraf devlet mahkemesinin kanunu veya vakıaları yanlış veya eksik uyguladığı gerekçesiyle AİHM’ne başvuruda bulunulması halinde başvuru konu bakımından kabul edilemez başvuru olarak değerlendirilebilir. Hatta böyle bir hatanın AİHS m.6/1’de yer alan adil yargılanma hakkını ihlal edeceği iddiası bile yeterli olmayacaktır. Zira AİHS m.6 sadece usuli bir güvence sağlamakta, yargılamanın sonucunun adil olup olmayacağını güvence altına almamaktadır. Bkz.: Harris/O’boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.14.

4. Karşılıklılığa Dayanmaması

AİHS'nin bir diğer önemli özelliği, AİHS'ne taraf olan devletleri AİHS'nde güvence altına alınan temel hak ve özgürlükleri koruma konusunda vatandaş-yabancı ayrımı yapmaksızın ve karşılıklılık koşulu aranmaksızın objektif yükümlülük altına sokmasıdır. Diğer bir ifadeyle, bir devletin AİHS'nden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmesi, başka bir devletin yükümlülüğünü yerine getirmesine bağlı değildir. Nitekim bu husus AİHK tarafından, taraf devletlerce üstlenilen yükümlülüklerin esas itibarıyla objektif nitelikte olduğu, bunlar arasında sübjektif ve karşılıklı haklar doğurmayı değil, bireylerin temel haklarını taraf devletlerden gelecek ihlallere karşı korumak olduğu belirtilmiştir.⁴⁶ Bu nedenle AİHS insan hakları konusunda Avrupa kamu düzenini oluşturan anayasal belge olarak ifade edilmekte⁴⁷ ve bu tür anlaşmalar “yasa anlaşma” olarak nitelendirilmektedir⁴⁸.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, AİHS'nde yer alan hak ve özgürlükler sadece taraf devletlerin vatandaşlarına değil, yetki alanlarında bulunan herkese uygulanabilir niteliktedir⁴⁹. AİHS m.1'e göre bir taraf devlet AİHS'nde yer alan hak ve özgürlükleri “*kendi yetki alanında bulunan herkese*” tanımak zorunda olduğundan, vatandaşlık bağı hakların korunmasının bir koşulu değildir. Bu nedenle, bir ihlalin gerçekleşmesi veya gerçekleştiğinin ileri sürülmesi halinde, vatandaşlar gibi devletin egemenlik alanı içinde bulunan yabancıların da bireysel başvuru hakkı bulunmaktadır⁵⁰.

5. İç Hukuku Etkilemesi

AİHS'nin en önemli özelliklerinden biri de, Sözleşmenin özellikle taraf devletlerin ulusal hukuklarını etkilemesidir. Eğer, taraf devletin yetkili makamları tarafından ulusal mevzuata istinaden yapılan bir işlem veya eylemle ya da bir yargı organı kararıyla AİHS hükümlerinden birinin ihlal edildiği AİHM tarafından tespit

⁴⁶ Avusturya v. İtalya, no.788/60, 11 Ocak 1961. Bkz.: Harris/O'boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.760.

⁴⁷ Loizidou v. Türkiye (İlk İtirazlar), para.75, 93.

⁴⁸ Golder v. Birleşik Krallık, para.38. Aynı yönde bkz.: Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.15.

⁴⁹ Eren, **İnsan Hakları**, s.123; Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.16; Abdurrahman Eren, **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri**, Beta, İstanbul 2004, s.64.

⁵⁰ Bununla beraber, yabancıların bazı temel hak ve özgürlükleri bakımından AİHS m.1'e bazı istisnalar da getirildiği belirtilmektedir. Bu istisnalar için bkz.: Eren, **Demokratik Toplum Düzeni**, s.64 vd.

edilirse, söz konusu devletin bu kararın gereğini yerine getirmesi gerekecektir. Bu durumda, AİHM'nin ilgili Sözleşmesel hakka aykırılığın kaynağı bir mevzuata dayanıyorsa, taraf devletler mevzuatı değiştirmek, eğer bir mahkeme kararına dayanıyorsa kararın sonuçlarını ortadan kaldıracak çözümler bulmak durumundadır⁵¹. Dolayısıyla, AİHM'nin yapmış olduğu yargısal denetim sonucunda ortaya çıkan bir ihlal, duruma göre devletlerin Anayasa hükümleri de dâhil olmak üzere, AİHS'ni ihlal eden mevzuatlarını AİHS'ne uygun hale getirmeleri sonucunu doğurmaktadır (AİHS m.46).

Bu açıklamaların doğal sonucu olarak, AİHM'nin esasa ilişkin kesinleşmiş kararları, davalı devletin eylem veya işlemleriyle veya mahkeme kararlarıyla AİHS'nde öngörülen temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğini tespitiye yöneliktir. AİHM tarafından verilen kararın iç hukukta icrası davalı devletin yükümlülüğündedir (AİHS m.46). Buna göre, AİHM'nin ihlal tespit ettiği işlem veya eyleme ilişkin yasal kuralları iptal etmek, yargı kararlarını veya idari kararları bozmak gibi verdiği kararın yerine getirilmesi ile ilgili devletin alması gereken önlemleri tespit etmek hak ve yetkisi bulunmamaktadır⁵².

6. Temel Hak ve Özgürlükleri Belirlemesi ve Bunlara Sınırlama Getirmesi

Belirtilmesi gereken bir diğer önemli husus, AİHS'nin bazı temel hak ve özgürlükleri belirlemenin yanı sıra bu hak ve özgürlüklere bazı sınırlamalar da getirmesidir⁵³. Özgürlüğün kural sınırlamanın istisna olması, diğer bir ifadeyle özgürlüklerin sınırsız olarak kullanılamayacağı prensibi gereği, insan haklarının sınırlandırılabilir olduğu hem ulusal anayasalarda hem de uluslararası insan hakları belgelerinde kabul edilmiştir⁵⁴. İşte AİHS'nde de bu prensipten hareketle, temel hak ve özgürlükler bir taraftan tanınıp tanımlanırken, diğer taraftan hangi istisnalar altında, nasıl ve hangi koşullara göre sınırlandırılabilirliği düzenlenmiştir. Örneğin, AİHS m.8-11'de olduğu üzere, temel hak ve özgürlüğü düzenleyen maddelerin birinci fıkralarında tanınan hak ve özgürlük belirtilmekte, ikinci fıkrasında sınırlamada uyulması gereken

⁵¹ Eren, **Demokratik Toplum Düzeni**, s.303; Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.16.

⁵² Eren, **Demokratik Toplum Düzeni**, s.305.

⁵³ Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.17.

⁵⁴ Eren, **Demokratik Toplum Düzeni**, s.15.

ölçütlere yer verilmektedir. Çalışmamızda detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere, temel hak ve özgürlükler, niteliklerine göre, genel olarak meşru bir amaç taşıması, sınırlamanın yasal dayanağının bulunması ve demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olması kaydıyla sınırlanabilecektir.

D. AİHS'nin Uygulama Alanı ve AİHM'nin Yargı Yetkisinin Kapsamı

1. Genel Olarak

AİHS m.1, AİHS hükümlerinin kişi, konu, yer ve zaman bakımından uygulama alanını belirlemektedir. Bu madde, taraf devletlerin kendi yetki alanları içinde bulunan herkese AİHS'nde yer alan hak ve özgürlükleri tanıma yükümlülüğü getirmesi bakımından bir taraftan devletlerin üstlendiği yükümlülüğü belirtirken, diğer taraftan AİHS'nin uygulama alanını belirlemektedir⁵⁵. AİHS m.32'de ise, AİHM'nin yargı yetkisinin “*Sözleşmenin ve Protokollerinin yorumu ve uygulamasına ilişkin tüm sorunları*” kapsadığı ve AİHM'nin yetkili olup olmadığı hakkında bir ihtilaf çıkması durumunda kararı AİHM'nin vereceği hüküm altına alınmıştır. Bu iki madde birlikte ele alındığında, AİHM'nin yargılama yetkisinin AİHS ve eki protokollerde yer alan hak ve özgürlüklere taraf devletlerin kendi yetki alanları içinde tanıma ve koruma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini denetlemekle sınırlı olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır⁵⁶.

Bu kapsamda, öncelikle AİHS m.1'den yola çıkarak AİHS'nin kişi, konu ve zaman bakımından uygulama alanına ve AİHM'nin yetkisine değinilecektir. AİHS'nin yer bakımından uygulama alanı ise ayrı başlık altında ele alınacaktır. Zira her ne kadar AİHS'nin uygulama alanı taraf devletlerin yetki alanı ile sınırlı olsa ve AİHM'nin yargı yetkisi bu yetki alanı içinde meydana gelen hak ihlallerini kapsasa da, bazı hallerde AİHS'nin taraf devletlerin yetki alanları dışında meydana gelen olaylara uygulanması söz konusu olabilmektedir (*Sözleşmenin sınır ötesi uygulama alanı*). Yine, AİHS'nin bir taraf devletin yetki alanı içinde meydana gelmekle beraber etkilerini başka ülkelerde

⁵⁵ Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.17; White/Ovey, **a.g.e.**, s.84.

⁵⁶ Aynı yönde bkz.: Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.36.

doğurabilecek eylemler bakımından uygulanabilir olup olmadığı problemi ortaya çıkabilir (*Sözleşmenin sınır ötesi etkisi*)⁵⁷.

İlk olarak yabancıların sınır dışı edilmesi ve suçluların iadesiyle ilgili AİHM içtihatlarıyla ortaya çıkan bu durumun milletlerarası özel hukuk menşeli ihlal iddiaları bakımından da söz konusu olup olamayacağının incelenmesi gerekmektedir. Milletlerarası özel hukukun birden fazla ülke ile irtibatı olan özel hukuk uyuşmazlıklarıyla ilgili olduğu göz önüne alınırsa, bir taraf devletin hukuk düzenine yabancı hukuk kurallarının söz konusu devletin mahkemelerince tatbiki gerekecektir. Yine yabancı bir mahkeme kararının tanınması ve tenfizinde de başka bir devletin yargı organlarından sadır bir kararın bir taraf devletin mahkemesi kanalıyla ülkede bazı etkilerinin doğması istenebilmektedir. İşte burada, AİHS'nin yer bakımından uygulama alanını incelerken taraf devletlerin kendi yetki alanları dışında meydana gelen olaylar bakımından uygulanabilir olup olmadığı konusu ele alınacaktır. Ardından, AİHS'nin sınır ötesi uygulama alanı ve etkilerinin milletlerarası özel hukuk bakımından bir önem arz edip etmediği ayrı bir başlık altında ele alınacaktır.

2. AİHS'nin Kişi, Konu ve Zaman Bakımından Uygulama Alanı

AİHS'nin kişi bakımından uygulama alanı (ve doğal olarak AİHM'nin kişi bakımından yetkisi), AİHS'nin 1. maddesinden ortaya çıkmaktadır. AİHS'nde tanınan hak ve özgürlüklerin öznesi herkes (birey) ve bu hakların muhatabı (yükümlüsü) ise devlettir. Bunun yanında, taraf devletler de, AİHS'nden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmediği gerekçesiyle diğer bir taraf devlete karşı şikâyetle bulunabilmektedir (devlet başvurusu). Dolayısıyla, AİHS'nde yer alan temel hak ve özgürlüklerin çiğnendiği iddiasıyla bir birey veya bir taraf devlet AİHM'ne şikâyetle bulunabilecektir. Bununla beraber, bireysel başvuru hakkının kullanılabilmesi için başvurunun geniş anlamda menfaatinin bulunması gerekmektedir. Devlet başvuruları bakımından ise böyle bir menfaat unsuru aranmamaktadır⁵⁸.

⁵⁷ Bkz.: Kiestra, *The Impact of ECHR*, s.58 vd.

⁵⁸ Gözübüyük/Gölcüklü, *a.g.e.*, s.36; Kaboğlu, *a.g.e.*, s.219-221.

AİHS'nin 33. maddesine göre taraf devletler, 34. maddesine göre ise AİHS ve eki protokollerde tanınan haklarının yetki alanı içinde bulunduğu devlet tarafından ihlal edildiği iddiasıyla mağdur olduğunu ileri süren gerçek kişiler, hükümet dışı (kamu gücü kullanmayan/resmi olmayan) örgütler veya kişi grupları AİHM'ne başvurabilecektir.

Gerek bireysel başvuru gerek devlet başvurusu, taraf devlet(ler)e karşı yapılır (*Sözleşmenin dikey uygulanması*). Taraf olmayan bir devlete karşı başvuruda bulunulamayacağı gibi, özel hukuk kişilerine karşı da başvuru yapılamaz. Bununla beraber, bir bireyin diğer bir bireye karşı yapmış olduğu bir eylem sonucu ortaya çıkan bir ihlalde taraf devletin organlarının tasarrufu varsa, diğer bir ifadeyle söz konusu ihlal birey vasıtasıyla devlete atfedilebilir nitelikteyse, o zaman devlet aleyhine başvuruda bulunulabilir (*Sözleşmenin yatay uygulanması=Horizontal effect of Convention*)⁵⁹. Taraf devletler AİHS'nde güvence altına alınan haklar bakımından, tüm organlarıyla sorumludur. Bu bakımdan, taraf devletin yürütme organı (hükümet) ihlale neden olan tasarrufun yasama organının çıkardığı bir kanundan kaynaklandığı veya yargı organının bağımsızlığı nedeniyle yargı organının tasarruflarında dolaylı sorumlu olmadığı iddiasında bulunamayacaktır.

AİHS'nin konu bakımından uygulama alanı ve bu kapsamda AİHM'nin yetkisi, AİHS ve eki protokollerde yer alan hak ve özgürlüklerle sınırlıdır. Bunların dışında kalan hak ve özgürlükleri konu alan başvurular AİHM tarafından yetkisizlik gerekçesiyle reddedilecektir (m.35/3). Yine, taraf devletlerin AİHS'ne ve eki protokol(ler)e koydukları çekincelerin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir (m.57).

AİHM, yapılan bir şikayet başvurusunun konu bakımından yetki alanına girip girmediğini tespit ederken, öncelikle AİHS'ni yorumlayarak AİHS'nin kapsamına girip

⁵⁹ Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.45. AİHS m.1 taraf devletlere sadece temel hak ve özgürlüklere saygı gösterme gibi bir negatif yükümlülük değil, aynı zamanda söz konusu hakların bireyler tarafından kullanılabilmesi için gerekli olumlu tedbirleri alma yükümlülüğü yüklemektedir. Bu nedenle bireylerin hak ve özgürlüklerine diğer bireyler tarafından vaki müdahalelerin bulunması durumunda da taraf devletlerin sorumluluğunun doğabileceği AİHM tarafından kabul edilmektedir. Bkz.: Marckx v. Belçika, no.6833/74, 13 Haziran 1979, para.31; Airey v. İrlanda, no.6289/73, 9 Ekim 1979, para.32; X ve Y v. Hollanda, no.8978/80, 26 Mart 1985, para.23. AİHS'nde yer alan temel hak ve özgürlüklerin diğer bireyler tarafından çiğnenmesi halinde taraf devletlerin sorumluluklarının doğup doğmayacağı, diğer bir ifadeyle taraf devletlerin bireyleri üçüncü kişilerin eylemlerine karşı koruma yükümlülüğünün olup olmadığı ve bu kapsamda AİHS'nin yatay etkisi ileride detaylı olarak ele alınacaktır.

girmediyini belirlemekte, bu kapsamda ihlale yol açtığı ileri sürülen vakıaları AİHS açısından incelemektedir. Bu noktada bireylerin ihlal edildiği ileri sürülen maddelerde yanlışlık yapması önemli değildir⁶⁰.

AİHS ve ek protokollerde korunmak istenen haklar medeni ve siyasi nitelikte haklar olmakla birlikte, bunların ekonomik uzantılarının olduğu ve AİHS hükümlerinin yorumunda bu hususun göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmektedir. Yine AİHS’nde güvence altına alınan hakların tanımlama yapılmaksızın kavramlara dayanan bir düzenleme ile belirlendiği ve sınırlarının açıkça saptanmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir⁶¹. Bu ise, AİHS’nde güvence altına alınan hakların kapsamının AİHM ve AİHK kararları vasıtasıyla genişlemesine yol açmıştır⁶². Örneğin, çalışmamızda sıkça değineceğimiz mahkemeye erişim hakkı, pozitif yükümlülükler doktrini gibi bazı hak ve kavramların bu şekilde ortaya çıktığını söyleyebiliriz.

Anlaşmaların geriye yürümezliği ilkesi gereği, AİHS’nde güvence altına alınan bir hakkın ihlali nedeniyle AİHM’ne başvurabilmek, öncelikle AİHS’nin ve protokollerin yürürlüğe girmesine bağlıdır. Bu ise, her taraf devlet bakımından değişebilir⁶³. Örneğin, Türkiye 1954 yılında AİHS ve P-1 m.1’le bağlı olduğunu bildirdiğinden 1954 yılından sonra gerçekleşen ihlal iddiaları bakımından Türkiye’nin sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Diğer bir ifadeyle, bir taraf devletin AİHS kendisi tarafından bağlayıcı hale gelmeden evvel meydana gelen olaylar/eylemler bakımından

⁶⁰ Gözbüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.50. Hatta AİHM, bir kararında başvurucunun AİHS’nin hangi maddelerinin veya hangi hakların çiğnendiğini açıkça belirtmesini zorunlu kılan bir kuralın olmadığını belirtmiştir. Bkz.: *Guzzardi v. İtalya*, no.7367/76, 6 Kasım 1980, para.58.

⁶¹ Gözbüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.51.

⁶² Bunda AİHM’nin ve AİHK’nun durağan ve tarihsel bir yorum metodu yerine dinamik ve evrimsel (evolutive) bir yorum metodu izlemesinin etkisi vardır. Bu ise, AİHS’nde yer alan kavramların, AİHS’nin hazırlandığı 50’li yılların değil günümüz demokratik Avrupa koşulları bağlamında yorumlanması anlamına gelmektedir. Bkz.: Franz Matscher, “Methods of Interpretation of the Convention”, **The European System for the Protection on Human Rights**, Ed. Ronald St. J. Macdonald, Franz Matscher, Herbert Petzold, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, s.68; Harris/O’boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.7. Nitekim, *Tyrer v. Birleşik Krallık* kararında, AİHS’nin günün koşullarına göre yorumlanması gereken yaşayan bir belge olduğu AİHM tarafından vurgulanmıştır. Bkz.: *Tyrer v. Birleşik Krallık*, no.5856/72, 25 Nisan 1978, para.31. Bununla beraber, AİHS’nin günün koşullarına göre yorumlanmasına karşılık olarak AİHS’nin ilk halinde yer alması düşünülmeyen bir hakkı içine katacak/kapsayacak şekilde yorumlanamayacağı; bu nedenle, evlenme hakkını güvence altına alan AİHS m.12’nin, her ne kadar Avrupa’da genel olarak kabul edilmiş bir hak olsa da, boşanma hakkını da ihtiva edecek şekilde yorumlanamayacağı kabul edilmektedir. Bkz.: *Johnston ve Diğerleri v. İrlanda*, no.9697/82, 18 Aralık 1986, para.54.

⁶³ Harris/O’boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.801.

sorumluluğu doğmayacaktır. Ancak, AİHS'nin ilgili taraf devlet tarafından yürürlüğe girmesinden evvel meydana gelen olaylar yürürlüğe girdiği tarihten sonra da devam etmekte ise, yürürlüğe girdikten sonraki eylemler bakımından AİHM'nin yetkisi doğacaktır⁶⁴.

Zaman bakımından uygulama ile ilgili diğer bir husus da AİHM'ne başvuru için öngörülen altı aylık süre koşuludur. AİHS m.35'e göre, tüm iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren altı ay içinde AİHM'ne başvurulması gerekmektedir. Altı aylık sürenin geçirilmesi halinde, artık söz konusu başvuru AİHM tarafından usulden reddedilecektir.

3. AİHS m.1 Uyarınca Sözleşmenin Yer Bakımından Uygulama Alanı

AİHS m.1'de, taraf devletlerin “yetki alanları içinde” bulunan herkesin, AİHS'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanıyacağı hüküm altına alınmıştır. AİHS'nde yer alan temel hak ve özgürlüklerden birinin veya birkaçının ihlali iddiasıyla bir şikayet başvurusunun AİHM tarafından denetlenmesi için öncelikle şikayet konusu işlem veya eylemin taraf devletin yetki alanı içinde olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Bununla beraber, bu ifadenin tam olarak ne anlama geldiği ve bunun sonucunda AİHS'nin uygulama alanı gerek AİHM tarafından gerekse doktrinde oldukça tartışılmıştır. Bu konudaki temel problem, esasen AİHS'nin taraf devletlerin yetki alanları dışında da uygulanabilir olup olmadığından kaynaklanmaktadır. AİHS'nin İngilizce metninde “*within their jurisdiction*” olarak yer alan ifadenin Türkçeye “*yetki alanı içinde*”⁶⁵ şeklinde çevrildiğini görmekteyiz. Ancak, söz konusu İngilizce ifadenin 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı onay kanununda, “*kaza haklarına tabi*” şeklinde tercüme edildiğini, başka bir çalışmada da “*yargı yetki alanı*”⁶⁶ olarak tercüme edildiğini görülmektedir. Peki, “yetki” veya “yargı yetkisi” ifadesi tam olarak ne anlama gelmektedir? Söz konusu kavram, devletler hukuku anlamında devletin ülkesi

⁶⁴ Harris/O'boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.802; Wildhaber, **a.g.m.**, s.224.

⁶⁵ Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.447.

⁶⁶ Bkz.: Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, Cilt I, Bölgesel Sistemler**, Legal, İstanbul 2011, s.7.

üzerindeki sahip olduğu münhasır egemenliğe mi tekabül etmektedir? Aşağıda, çalışmamızla ilgili olduğu ölçüde bu konuyu AİHM içtihatları ışığında inceleyeceğiz.

Prensip olarak, her devletin kendi ülkesi üzerinde münhasır bir egemenliği bulunmaktadır ve devletler buna bağlı olarak ülkesi üzerinde mutlak yetkilerle donatılmıştır. En genel anlamıyla, devletin ülkesel yetkileri her türlü yasama, yürütme ve yargı faaliyetlerini kapsamaktadır⁶⁷. Devletin ülkesi üzerinde yabancılar da dâhil olmak üzere, geçici veya sürekli olarak yaşayan herkes ve bulunan her şey devletin bu yetkilerinin konusunu oluşturmaktadır⁶⁸. Burada, AİHS m.1'deki yetki kavramının devletler hukuku anlamındaki yetki (jurisdiction) kavramıyla aynı anlama gelip gelmediği meselesi ortaya çıkmaktadır. Zira AİHS'nin İngilizce metninde yer alan “*jurisdiction*” kavramının Türkçeye devletin ülkesi üzerindeki egemenliğinin bir tezahürü olan “*yargı yetkisi (kaza hakkı)*” şeklinde tercüme edilmesi nedeniyle sanki sadece bir taraf devletin sadece yargı organının faaliyetlerinden sorumlu olacağı düşünülebilir⁶⁹. Bununla beraber, AİHM yetki (jurisdiction) kavramının devletler hukukundaki ülkesel/coğrafi alan kavramını ifade edecek şekilde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir⁷⁰.

Gerek mahkeme kararlarında gerek doktrinde, bir taraf devletin yetki alanının yukarıda da belirttiğimiz üzere, söz konusu devletin siyasal sınırları içerisinde bulunan coğrafi alanı olduğu kabul edilmektedir⁷¹. Nitekim AİHS'ne taraf devletlerin, kendi ülkelerinde meydana gelen ve yasama, yürütme ve yargılama organlarının yapmış olduğu işlem ve eylemlerinden dolayı sorumluluğunun söz konusu olacağı çok eski tarihli AİHK kararlarında belirtilmiştir⁷². Bununla beraber, AİHM taraf devletlerin yer itibariyle yetkilerinin ülke alanı ile sınırlı olmadığına, bazı hallerde taraf devletlerin hem ülke sınırları dışında gerçekleştirdikleri işlem veya eylemlerden hem de ülkelerinde gerçekleşmekle beraber etkilerini sınırları ötesinde doğuran işlem ve eylemlerden

⁶⁷ Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk**, 11.Bası, Turhan, Ankara 2012, s.153; Melda Sur, **Uluslararası Hukukun Esasları**, 2. Bası, Beta, İstanbul 2006, s.107; Malcom N. Shaw, **International Law**, Sixth Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, s.645, 649 vd.

⁶⁸ Pazarcı, **a.g.e.**, s.153; Sur, **a.g.e.**, s.107; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.53.

⁶⁹ Aynı yönde bkz.: Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.56.

⁷⁰ Bankovic ve Diğerleri v. Belçika ve Diğerleri, para.61.

⁷¹ Soering v. Birleşik Krallık, no.14038/88, 7 Temmuz 1989, para.86.

⁷² AİHK'nin 15.7.1965 ve 2095/63 sayılı ve 10.7.1958 ve 235/56 sayılı kararları için bkz.: Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.53.

kaynaklanan hak ihlalleri bakımından sorumluluklarının doğabileceğine hükmetmiştir⁷³. Her iki durumun da AİHS'nin sınır ötesi özelliği ile ilgili olduğu belirtilmekle beraber, birbirlerinden ayırt edilmesi gerektiği belirtilmekte, AİHM'nin AİHS'nin sınır ötesi uygulaması ile ilgili olan davalarla sınır ötesi etkilere sahip olan davalar arasında ikili bir ayırım yaptığı ifade edilmektedir⁷⁴.

Örneğin, *Bankovic ve Diğerleri v. Belçika ve Diğerleri*⁷⁵ kararında, AİHM yetki kavramından devletin siyasal sınırları içinde bulunan ülkesinin (coğrafi alan) anlaşılması gerektiğini belirttikten sonra, devletin ülke dışındaki yetki alanını belirleyen diğer yetki esaslarının istisnai olduğunu ve ancak somut olayın özelliklerine göre özel bir sebebin varlığını gerektirdiğine karar vermiştir. Böylece AİHM, bir taraf devletin sınırları dışında da sorumluluğunun doğabileceğine dair çeşitli sınır ötesi yetki esasları belirlemiştir. AİHM, söz konusu davada *Loizidou v. Türkiye (İlk itirazlar)* kararına atıf yaparak, bir taraf devletin kendi ülkesi dışındaki başka bir devletin ülkesinde –hukuka uygun olsun olmasın- gerçekleştirmiş olduğu bir askeri operasyon sonucu olarak “*etkili bir kontrol uygulamış olması*” halinde sorumluluğunun doğacağını belirtmiştir⁷⁶. Ancak Sırbistan'daki iç savaş esnasında Belgrad'daki bir radyo ve televizyon binasının NATO üyesi devletler tarafından bombalama eyleminde yaralananların ve ölenlerin akrabalarının yapmış olduğu şikâyet başvurusuna ilişkin bu davada AİHM, *Loizidou* kararından farklı olarak, taraf devletlerin ülkeleri dışında gerçekleştirmiş oldukları bombalama eyleminin taraf devletlerin yetki alanına girmediğine karar vermiştir. AİHM, bu davada, *Loizidou* kararından farklı olarak, hem Türkiye'nin hem Kıbrıs'ın Avrupa Konseyi üyesi olduğunu, oysa –davanın görüldüğü zaman- Yugoslavya'nın AİHS'nin yasal sınırları içine girmediğini, taraf devletlerin bombalama eylemlerine rağmen AİHS'nin tüm dünyada uygulanmak üzere tasarlanmadığını belirtmiştir. Ayrıca söz konusu davada, davalı devletlerin söz konusu devlete ait bölge üzerinde etkili ve fiili bir kontrol uygulamadıkları gerekçesiyle başvuruçuların iddialarını da

⁷³ Bankovic ve Diğerleri v. Belçika ve Diğerleri, para.68.

⁷⁴ Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.59.

⁷⁵ Bankovic ve Diğerleri v. Belçika ve Diğerleri, para.61.

⁷⁶ Bkz.: Bankovic ve Diğerleri v. Belçika ve Diğerleri, para.62. AİHM, *Loizidou v. Türkiye* kararında, Türkiye'nin yer bakımından yetki itirazını, AİHS m.1'deki yetkinin sadece taraf devletlerin ülkeleriyle sınırlı olmadığını belirterek Türkiye'nin diğer bir Avrupa Konseyi üyesi devletin ülkesinde gerçekleştirdiği askeri bir operasyonun sonucu olarak etkili bir kontrol uyguladığından bahisle kendini yer itibarıyla yetkili addetmiştir. Bkz.: *Loizidou v. Türkiye (ilk itirazlar)*, para.62, 75.

reddetmiştir⁷⁷. Sonuç olarak, AİHM'nin sadece bir taraf devletin başka bir ülke üzerinde etkili bir kontrol uygulamış olduğu halleri AİHS m.1 kapsamında kabul ettiğini görmekteyiz⁷⁸. AİHM'nin bir taraf devletin yetkililerinin üçüncü bir ülkede tutuklamış olduğu⁷⁹ veya bir taraf devletin yetkililerinin tam kontrolünde bulunan üçüncü ülkedeki bir hapisanede hapis yatmakta olan⁸⁰ ya da üçüncü bir ülkenin belirli bir kısmını otoritesi altında tutan bir taraf devletin silahlı kuvvetlerinin gerçekleştirdiği operasyonlarda öldürülen kişilerin⁸¹ taraf devletin yetki alanına girdiğine karar verdiğini görmekteyiz.

Bunun dışında, taraf devletin diplomatik ve konsüler temsilcilerinin ülke dışında gerçekleştirdikleri eylemler ile söz konusu devletin bayrağını taşıyan veya o devletin siciline kayıtlı hava veya deniz taşıtları içerisinde gerçekleşen eylemler de AİHS m.1 uyarınca taraf devletlerin yetki alanına girmektedir⁸². Örneğin, AİHM açık denizde seyreden bir botta bulunan sığınmacıların bir taraf devletin bayrağını taşıyan bir gemi tarafından toplanması nedeniyle söz konusu kişilerin taraf devletin yetki alanına dâhil olduğunu karara bağlamıştır⁸³.

Bir taraf devletin sınır ötesi yetkisinin (extraterritorial jurisdiction) söz konusu olabileceği ikinci durum, kendi yetki alanı içinde gerçekleştirdiği tasarrufların sınırları

⁷⁷ Bankovic ve Diğerleri v. Belçika ve Diğerleri, para.75-80.

⁷⁸ Burada AİHM'nin içtihatlarından etkili kontrol kriterini farklı şekillerde yorumladığını belirtmek gerekir. AİHM bazı kararlarında taraf devletin müdahale ettiği varsayımından hareketle taraf devletin belirli bir coğrafi alan üzerinde etkili kontrolünün var olduğu şeklindeki esnek bir kriterden hareketle taraf devletin yer itibarıyla yetkili olduğuna karar vermiştir. Buna, *Loizidou v. Türkiye (esas)* kararı verilebilir. Bkz.: *Loizidou v. Türkiye*, (GC) no.15318/89, 18 Aralık 1996, para.52-56. İkinci olarak, taraf devletin müdahalesinin makul bir şüphenin ötesinde veya en azından somut delillerin olduğu "*bireyler üzerinde etkili kontrol*"ün varlığı halinde de AİHS m.1'e göre taraf devletin yetkisi doğmaktadır ve burada AİHM'nin, birey üzerindeki etkili kontrolün varlığı bakımından daha katı bir inceleme yaptığını söyleyebiliriz. Bkz.: *Issa ve diğerleri v. Türkiye*, no.31821/96, 16 Kasım 2004, para.74; *Al Skeini ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, no.55721/07, 7 Temmuz 2011, para.133 vd. Üçüncü olarak, meşru bir hükümetin ülkesi üzerinde etkili kontrolü *de facto* olarak ve geçici bir şekilde kaybetmiş olması halinde de, kontrolü kaybettiği bölgeler bakımından yetkisinin devam edeceği kabul edilmektedir. Bkz.: *İlaşcu ve Diğerleri v. Moldova ve Rusya*, no.48787/99, 8 Temmuz 2004. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz.: Raffella Nigro, "The Notion of "Jurisdiction" in Article 1: Future Scenarios for the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights", *The Italian Yearbook of International Law*, Vol.20, 2010, s.15 vd.

⁷⁹ *Öcalan v. Türkiye*, no.46221/99, 12 Mayıs 2005, para.91.

⁸⁰ *Al Jedda v. Birleşik Krallık*, no.27021/08, 7 Temmuz 2011, para.118.

⁸¹ *Al Skeini ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, no.55721/07, 7 Temmuz 2011, para.133 vd.

⁸² *Bankovic ve Diğerleri v. Belçika ve Diğerleri*, para.59.

⁸³ *Hirsi Jamaa ve Diğerleri v. İtalya*, no.27765/09, 23 Şubat 2012, para.75-77.

dışında hak ihlallerine yol açmasıdır. “AİHS’nin sınır ötesi etkisi” olarak ifade edilen böyle bir durumda, esasen devlet tarafından kendi ülke sınırları içinde gerçekleştirilen bir işlem veya eylem, AİHS’ne taraf olmayan bir ülkede etkilerini ortaya çıkarmakta veya etkilerinin ortaya çıkması ihtimali söz konusu olmaktadır⁸⁴. AİHS’nin dolaylı etkisi olarak nitelendirilen böyle bir durumun, taraf devletlerin sadece kendi ülkelerinde gerçekleşen eylemlerden dolayı sorumlu olacağına ilişkin genel kurala bir istisna teşkil ettiği belirtilmektedir⁸⁵. Taraf devletlerin sınırları dışında ortaya çıkabilecek bu tür ihlaller esasen AİHS’ne taraf olan devletlerin özellikle suçluların iadesi konusunda uluslararası adli işbirliğinden kaynaklanan yükümlülükleri ile AİHS’nden kaynaklanan yükümlülüklerinin çatışmasından kaynaklanmaktadır. Her ne kadar asıl ihlal, yabancı devlette gerçekleşmiş olsa veya gerçekleşmesi beklense de, adli yardımda bulunan taraf devletin sorumluluğu doğabilecektir⁸⁶.

Bu konuda, AİHM’in verdiği ilk ve en önemli kararın, suçluların iadesine ilişkin *Soering v. Birleşik Krallık* kararı olduğunu söyleyebiliriz. AİHM bu davada, ABD’de bir kişiyi öldürmekle suçlanan bir kişinin İngiltere tarafından ABD’ye iadesine karar verilmesi halinde bu kişinin idam edilecek olması nedeniyle, iade kararından dolayı İngiltere’nin sorumlu olup olmayacağını ele almıştır. AİHM bu davada, AİHS m.1’in sadece ülkesel/bölgesel bir sınırlama getirdiğini, AİHS’nin bu belgeye taraf olmayan devletlerin eylemlerine uygulanmadığı gibi AİHS’ne taraf olan devletlerin, taraf olmayan devletlere AİHS’nin standartlarını dayatmayı gerektiren bir kaynak olarak anlaşılmaması gerektiğini belirtmiştir. AİHS m.1’in, bir taraf devletin iade etme yükümlülüğüne rağmen, bir kişinin iade edileceği ülkedeki şartların AİHS’nde aranan şartları sağladığına kanaat getirmediği, söz konusu taraf devletin ilgili kişiyi teslim etmeyebileceği şeklinde genel bir prensibi haklı gösterecek şekilde yorumlanamayacağına hükmetmiştir⁸⁷. Ancak daha sonra AİHM, sınır dışı etme kararının kendi ülkeleri dışında uğranılan her türlü öngörülebilir sonuçları bakımından taraf devletleri işkence yasağına ilişkin AİHS m.3’e göre sorumluluktan

⁸⁴ J.J. Fawcett, “The Impact of Article 6(1) of the ECHR on Private International Law”, *ICLQ*, Vol.56, January 2007, s.3.

⁸⁵ Fawcett, *The Impact of Art.6(1)*, s.3.

⁸⁶ Kinsch, *The Impact of Human Rights*, s.205.

⁸⁷ *Soering v. Birleşik Krallık*, para.86.

kurtarmayacağını belirtmiştir. Sonuç olarak, eğer kişinin iade edilmesi halinde, iade edildiği ülkede işkenceye, insanlık dışı muameleye veya aşağılayıcı muameleye ya da cezaya tabi tutulacağı riskiyle karşı karşıya kalacağına inanmak için esaslı sebeplerin varlığını kanıtlanması halinde, taraf devletin vermiş olduğu iade kararının o devletin sorumluluğunu doğuracağını belirtmiştir⁸⁸. Söz konusu davada, AİHM'nin ceza davalarında uluslararası adli işbirliğinin sağlanması ile başvurunun temel haklarının tam olarak korunması arasında bir denge kurma (*balancing exercise*) yolunu tercih ettiği belirtilmektedir⁸⁹.

AİHM'nin başvurunun iade edilmesi halinde iade edildiği ülkede AİHS m.6'da güvence altına alınan adil yargılanma hakkından mahrum kalacağına ilişkin iddiasına yönelik tespiti, milletlerarası özel hukuka ilişkin ihlal iddiaları bakımından da önem arz etmektedir. AİHM, söz konusu kararda davalının söz konusu iddiasına cevaben, başvurunun ancak iade edilen ülkede adil bir yargılamadan açıkça imtina edilmesinden (*flagrant denial of fair trial*) muzdarip olduğu veya olması riskinin var olduğu koşullar altında verilmesi halinde davalı devletin AİHS m.6/1'den sorumluluğun gündeme gelebileceğini ifade etmiştir. Ayrıca, bunun sadece istisnaen söz konusu olabilecek bir durum olduğunu belirterek, somut olayın koşullarının ise böyle bir riske işaret etmediğine hükmetmiştir⁹⁰.

Bu karardan sonra AİHM, AİHS'ne taraf bir ülkede verilmekle beraber AİHS'nde yer alan hakların üçüncü bir ülkede ihlali sonucuna yol açacağının veya yol açma tehlikesinin varlığının ileri sürüldüğü suçluların iadesine veya yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin birçok karar vermiştir⁹¹. Bunlardan bir diğeri ve çalışmamız bakımından önem arz eden de *Drozd ve Janousek v. Fransa ve İspanya* kararıdır. Söz konusu kararda, Andorra mahkemesince verilen bir mahkûmiyet kararına istinaden

⁸⁸ Soering v. Birleşik Krallık, para.91. AİHM, iade kararı veren AİHS'ne taraf bir devletin sorumluluğunun tespit edilebilmesinin kaçınılmaz olarak AİHS'ne taraf olmayan-iade talebinde bulunan ülkedeki koşulların AİHS m.3'e göre değerlendirilmesini gerektirdiğini belirtmiştir. Ne devletler hukukuna göre ne de AİHS'ne göre iade talebinde bulunan (ve AİHS'ne taraf olmayan) devlete bu konuda herhangi bir sorumluluk yüklenemeyeceğini belirterek, bunun iade talebinde bulunan devletin iç işlerine bir müdahale anlamına gelmediğini de vurgulamıştır. Bkz.: Soering v. Birleşik Krallık, para.91.

⁸⁹ Kinsch, *The Impact of Human Rights*, s.208.

⁹⁰ Soering v. Birleşik Krallık, para.113.

⁹¹ Örneğin, suçluların iadesine ilişkin olarak bkz.: *Drozd ve Janousek v. Frana ve İspanya*, no.12747/87, 26 Temmuz 1992, para.110; yabancıların sınır dışı edilmesi ilgili olarak bkz.: *Cruz Varas v. İsveç*, no.15576/89, 20 Mart 1991, para.69-70; *Daoudi v. Fransa*, no.19576/08, 3 Aralık 2009.

Fransa ve İspanya yetkili makamlarından Andorra'ya iadesi istenen başvuruçular, iade kararının verilmesi halinde, yabancı ülkede AİHS m.5'te ve AİHS m.6'de yer alan haklarının ihlal edileceğini ileri sürmüştür. AİHM, *Soering v. Birleşik Krallık* kararına atfen, AİHS'ne taraf olmayan bir devlet mahkemesinin AİHS'nin 6. maddesinde yer alan ilkeleri uygulayıp uygulamadığına yönelik incelemenin, uluslararası adli yardımlaşma/işbirliğine yönelik güncel gelişmeyi de engelleyeceğini vurgulamıştır. Ancak, buna rağmen Andorra mahkemesince verilen mahkûmiyet kararı ihkak-ı haktan açıkça imtina/adaletin açıkça inkarı (flagrant denial of justice) sonucu olarak ortaya çıkmışsa, taraf devletler yabancı kararın icrasını/tenfizini reddetmek zorundadır. Dolayısıyla AİHM, Fransa'nın mahkûmiyet kararını icrasına yönelik işbirliğini reddetmesini gerektirecek koşullar oluşmadığını belirterek AİHS m.5'in ihlal edilmediğine kanaat getirmiştir⁹².

Bu kararda, AİHM'nin çoğunluğuyla mutabık görüşte olan Yargıç Matscher tarafından ileri sürülen görüşler, milletlerarası özel hukuk bakımından, özellikle yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi açısından özel bir önem arz etmektedir. Yargıç Matscher tarafından, yabancı bir kararın tenfiz edilmesinde de taraf devlete istinat edilebilir bir tasarruf nedeniyle sorumluluğunun söz konusu olacağı belirtilmiştir. Buna göre, bir taraf devletin bir özel hukuk veya ceza davası olsun, taraf devletten sadır olsun veya olmasın, AİHS m.6'nın ihlalini teşkil eden koşullar altında elde edilmiş yabancı bir kararın tenfizine/icrasına (kendi ülkesinde) yardım etmesi nedeniyle sorumluluğu doğabilecektir. Yargıç Matscher, böyle bir ihlalin aşikâr/açık bir ihlal (*flagrant breach*) olması gerektiğini belirtmiştir⁹³. Böylece, yabancı bir mahkeme kararının tenfizi halinde tenfiz kararı veren taraf devletin AİHS m.6 uyarınca sorumluluğunun doğabileceğinin ilk kez bir AİHM kararında ileri sürülmüş olduğunu söyleyebiliriz. Bununla beraber, Yargıç Matscher tarafından da belirtildiği üzere, suçluların iadesi ve yabancıların sınır dışı edilmesinden farklı olarak, yabancı ilamların tenfizinde AİHS'ne aykırılık esasen taraf devlet dışındaki başka bir devletin (mahkemesinin) tasarrufundan kaynaklanmaktadır. AİHS m.6/1'e aykırılık teşkil eden koşullar altında verilmiş bir

⁹² Drozd ve Janousek v. Fransa ve İspanya, para.110.

⁹³ Yargıç Matscher'in (farklı gerekçe ihtiva eden) mutabık kararı için bkz.: Drozd ve Janousek v. Fransa ve İspanya, no.12747/87, 26 Temmuz 1992.

yabancı mahkeme kararının tenfizine/icrasına (kendi ülkesinde) yardım etmesi veya etki tanınması nedeniyle sorumluluğu doğabilecektir. Nitekim bu görüş, daha sonra aşağıda inceleyeceğimiz *Pellegrini v. İtalya* kararıyla AİHM tarafından dolaylı olarak benimsenmiştir.

AİHS'nin sınır ötesi etkiye sahip olup olmadığı konusuna bir iki istisna dışında taraf devlet mahkemelerince neredeyse hiç değinilmemiştir. Örneğin, İngiliz mahkemesi, bir uluslararası çocuk kaçırma davasında⁹⁴ daha önce vermiş olduğu *Ullah*⁹⁵ kararına atıf yaparak çocuğun Suudi Arabistan'a iade edilmesi halinde, özellikle AİHS'nin aşıkâr ihlal riskinin varlığı nedeniyle Birleşik Krallığın AİHS'nde yer alan hakları ihlal edebileceğini belirtmiştir⁹⁶. Böylece İngiliz mahkemesi, her ne kadar muhtemel ihlal AİHS'ne taraf olmayan bir ülkede gerçekleşebilecek olsa da, bu tür davalara AİHS'nin uygulanabilir olduğunu kabul etmiştir. Aynı mahkemenin, bu kararından evvel, yabancı unsurlu bir uyuşmazlık olmamakla beraber yabancı unsurlu uyuşmazlıklar bakımından da emsal olduğu kabul edilen⁹⁷ *Ullah* davasında, AİHM içtihatlarına dayanarak AİHS'nin sınır ötesi etkilere sahip olduğunu kabul ettiğini görmekteyiz⁹⁸.

Hiç şüphesiz, bir taraf devletin yasama, yürütme veya yargı organlarının vermiş olduğu kararların sadece söz konusu taraf devletin ülkesinde değil, AİHS'ne taraf olmayan ülkelerde de bireylerin hak ve özgürlüklerine müdahale etmesi söz konusu olabilir. AİHS'nin sınır ötesi uygulama alanından farklı olarak, burada müdahaleye

⁹⁴ Re J (a child), (2005), UKHL 40.

⁹⁵ Re Ullah v. Special Adjudicator, (2004), UKHL, 26.

⁹⁶ Re J (a child), (2005), UKHL 40, para.42.

⁹⁷ Fawcett, **The Impact of Art.6(1)**, s.3; Ben Juratowitch, "The European Convention on Human Rights and English Private International Law", **JPIL**, Vol.3, No.1, April 2007, s.179.

⁹⁸ Söz konusu davada İngiliz mahkemesi kişinin Birleşik Krallık'tan sınır dışı edilmesi halinde, AİHS m.9'da yer alan haklarını ihlal edecek bir muameleye maruz kalacağı iddiasının AİHS m.9'la alakalı olup olmadığını karar vermek durumunda kalmıştır. İngiliz mahkemesi, bu davada AİHS m.1 ve AİHS'nin uygulama alanı ile ilgili yorumunda "yerel (*domestic*)" davalar ile "yabancı (*foreign*)" davalar arasında bir ayrım yapılması gerektiğine hükmetmiştir. Bir devletin kendi ülkesi sınırları içinde AİHS'nde güvence altına alınan hakları çiğneyecek bir şekilde bir eylemde bulunduğu davalar yerel dava olarak nitelendirilirken, yabancı davalar ise özellikle bir kişinin devletin topraklarından ihraç edilmesinin, söz konusu kişinin başka bir ülkede AİHS'nde yer alan haklarının (muhtemelen) ihlaline yol açacağı davalar olarak nitelendirilmiştir. İngiliz mahkemesine göre, *Soering v. Birleşik Krallık* kararı, yabancı davalara bir emsal teşkil etmektedir. Bkz.: Re Ullah v. Special Adjudicator, (2004), UKHL 26, para.9-10. İngiliz mahkemesince yapılan bu ayrımın yerinde olmadığı, aslında her iki durumda da devletin sorumluluğuna yol açan eylemin taraf devletin ülkesi içinde gerçekleştiği belirtilmektedir. Bkz.: Juratowitch, **a.g.m.**, s.185-186.

konu tasarruf zaten taraf devletin kendi ülke sınırları içinde gerçekleşmektedir. AİHS'nin sınır ötesi uygulanmasıyla ilgili olarak ise, AİHM çeşitli sınır ötesi yetki esaslarından hareketle hangi hallerde taraf devletlerin sınırları dışında gerçekleşen eylemlerden dolayı sorumlu olabileceğini belirtmiştir. AİHM'nin bu kararları, insan haklarının korunması konusunda bölgesel bir misyona sahip olan AİHS'nin Avrupa coğrafi alanını aşarak dünyanın diğer bölgelerinde gerçekleşen ihlal iddialarına da uygulanmasının yolunu açmaktadır.

Bu ise, -en azından- taraf devletlerin sınırları ötesinde gerçekleşen eylemler bakımından Sözleşmesel sorumluluklarının artmasına neden olmaktadır. İşte bu nedenle, yetki kavramının nasıl yorumlanması gerektiği konusu oldukça önem arz etmektedir. Bir görüşe göre, insan haklarının evrensel niteliğinden hareketle yetki kavramının geniş bir şekilde yorumlanması gerektiği, bu kapsamda ihlale yol açan eylemin nerede işlendiğinden bağımsız hareket edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Diğer bir görüşe göre ise, AİHS m.1'deki yetki kavramının yorumunun AİHS'nin sistemiyle yakından alakalı olduğu, dolayısıyla AİHS'nin kendine özgü niteliği ve amacı göz önüne alınarak yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir. Bu bakımdan, kavramın taraf devletin AİHS'nde yer alan hakların kullanılmasını etkileme iktidarına sahip olup olmadığını dikkate alacak şekilde yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁹. Bununla beraber, *Bankovic* kararıyla kıyaslandığında AİHS'nin sınır ötesi uygulama alanıyla ilgili diğer kararların bir tür fiziksel kontrolü ihtiva ettiği belirtilmektedir. Bundan hareketle, AİHS'nin getirmiş olduğu ülkesellik/bölgesellik (territoriality) prensibine AİHM tarafından getirilen istisnaların sınırlı olarak anlaşılması gerektiği, zira bu istisnaların yukarıda belirtilen her durumda taraf devletin mevcut/fiziki alanı ile AİHS'den kaynaklanan hakları etkilenen kişiler arasında esaslı bir irtibatı gerektirdiği belirtilmektedir. Bu nedenle ülkeyle belirli bir irtibatın olmadığı hallerde, AİHS m.1'in bu tür sınır ötesi eylemleri AİHS kapsamına dâhil etmediği ileri sürülmektedir¹⁰⁰. İşte taraf devletin egemenliğini fiilen kullandığı bu tür bir sınır ötesi

⁹⁹ Bu görüşler hakkında bkz.: Nigro, **a.g.m.**, s.22.

¹⁰⁰ Sarah Miller, "Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention", **The European Journal of International Law**, Vol.20, no.4, 2010, s.1225, Nigro, **a.g.m.**, s.22.

yetki kavramının insan haklarının evrenselliği ile AİHSnin bölgesel bir insan hakları belgesi olması arasında esnek bir orta yol bulunmasına hizmet ettiği belirtilmektedir¹⁰¹.

Buraya kadar, AİHS'nin yer bakımından uygulama alanının taraf devletlerin ülkeleri ile sınırlı olduğunu ve sadece istisnai hallerde ve sınırlı olarak ülke dışında gerçekleşen veya etkilerini ülke sınırları dışında doğuran eylemlerinden dolayı sorumlu olabileceğini tespit ettik. Böyle bir durumda, AİHS m.1'e göre ihlale neden olabilecek bu tür sınır ötesi eylemler bakımından ülke ile bir irtibatın gerekli olup olmadığı meselesi önem arz etmektedir. Özellikle milletlerarası özel hukuk menşeli ihlal iddiaları bakımından böyle bir koşulun gerekli olup olmadığı özel bir önem arz etmektedir. Zira, milletlerarası özel hukuk yabancılik unsuru içeren özel hukuk uyuşmazlıklarını konu edinmesi bakımından, söz konusu yabancı unsurlu uyuşmazlığın taraf devletle az çok belirli bir irtibatı bulunmakta, hatta bulunması gerekmektedir. Özellikle yabancı hukukun uygulandığı veya yabancı ilama etki tanındığı hallerde, AİHS m.1'in milletlerarası özel hukuk menşeli ihlal iddiaları bakımından herhangi bir özellik arz edip etmediği ele alınacaktır. Bu kapsamda, AİHS'nin milletlerarası özel hukukun kapsamına giren tüm uyuşmazlıklar bakımından uygulanabilir olup olmadığı, milletlerarası özel hukuk menşeli bir uyuşmazlıkla ilgili bir ihlal iddiasının gerek ulusal mahkemeler gerek AİHM nezdinde dinlenebilir olabilmesi için ülke ile belirli bir irtibatın gerekip gerekmediği konusu incelenecektir.

E AİHS'nin Milletlerarası Özel Hukuk Menşeli Uyuşmazlıklara Uygulanabilir Olup Olmadığı ve Bunun için Ülke ile Belirli Bir İrtibatın Gerekli Olup Olmadığı Meselesi

1. Genel Olarak

AİHS m.1'e göre, AİHS'nin yer itibariyle uygulama alanının ve AİHM'nin yargılama yetkisinin bir taraf devletin ülkesinde gerçekleşen eylemlerle sınırlı olduğu, AİHS'nin sınır ötesi uygulama alanının ise sadece istisnai hallerde söz konusu olduğu sonucuna vardık. Peki, AİHS'nin sınır ötesi niteliği, diğer bir ifadeyle ülke dışında gerçekleşen/gerçekleşme ihtimali bulunan ihlal iddialarına da uygulanabilir niteliğe

¹⁰¹ Miller, **a.g.m.**, s.1226.

sahip oluşu, milletlerarası özel hukukun bazı konuları bakımından herhangi anlam ifade etmekte midir? Bir taraf devlet mahkemesinin, davanın sadece söz konusu mahkemede açılmış olması dışında, kendi ülkesiyle çok az irtibatı olan veya hiç olmayan yabancı unsurlu bir davada kendini yetkili addederek başka bir ülkeye ait hukuk kurallarını tatbik etmek veya başka bir devletin yargı organı tarafından verilmiş karara etki tanımak durumunda kaldığında, taraf devletin AİHS m.1 uyarınca sorumluluğuna gidilebilir mi? Zira, bazı ülke hukuklarında, özellikle yabancı hukukun tatbiki AİHS’nde güvence altına alınan temel haklara aykırılık teşkil etse dahi, mahkemenin bağlı bulunduğu ülke ile çok az irtibatın olması veya hiç irtibatın olmaması nedeniyle, yabancı hukukun tatbikine karşı –kamu düzeni vasıtasıyla- AİHS’ne aykırılığın ileri sürülüp sürülemediği tartışılmaktadır¹⁰².

2. AİHS’nin Milletlerarası Özel Hukuk Menşeli İhlal İddiaları Bakımından Uygulanabilir Olup Olmadığı

Yabancı unsurlu bir uyuşmazlığın tarafları başka bir ülkeden gelmiş veya dava konusu vakıalar başka bir devletin ülkesinde gerçekleşmiş olsa da, bir taraf devlet mahkemesi yabancı unsurlu bir özel hukuk uyuşmazlığını görmek üzere kendini (milletlerarası) yetkili kabul edebilir. Prensip olarak, böyle bir tasarrufla, otomatikman söz konusu davanın tarafları ve konusunun taraf devletin yetki alanı içerisine girdiği ve AİHS’nin bu tür davalara uygulanabilir olduğu söylenebilir. Böylece, milletlerarası özel hukukta yetki kavramı –milletlerarası yetki- ile AİHS m.1’de yer alan yetki kavramı arasında bir irtibatın olduğu söylenebilir. Eğer bir taraf devlet mahkemesi, yabancı unsurlu bir özel hukuk uyuşmazlığı bakımından milletlerarası yetkili olduğuna veya yetkisizliğine karar vermişse, artık bu mahkemenin vereceği -yetkiye ilişkin kararları da dâhil olmak üzere- her türlü kararın AİHS’nde güvence altına alınan hak ve özgürlüklere uygun olması gerekmektedir¹⁰³. Zira uluslararası hukukta her devletin kendi işlem veya eylemlerinden sorumlu olduğuna dair genel bir kabul söz konusudur. AİHS’ne taraf bir devletin yargı organınca verilen kesinleşmiş ve bağlayıcı bir karar, söz konusu devletin

¹⁰² Bu konu hakkında bkz.: Aşağıda, s.178 vd.

¹⁰³ Kiestra, , **The Impact of ECHR**, s.64; L.R. Kiestra, “Article 1 ECHR and Private International Law”, **NIPR**, Vol. 29, 2011/1, Special Issue: Human Rights and PIL, s.6.

tasarrufu olup, o devletin Sözleşmesel sorumluluğunu doğurur¹⁰⁴. Bu nedenle, zaten bir taraf devletin yargı organı tarafından yapılan bir yargılama faaliyeti söz konusu olduğundan, milletlerarası yetkiye ilişkin tüm hususlar AİHM denetimine tabi olacaktır¹⁰⁵.

Bununla beraber, yabancı hukukun tatbikinde veya yabancı bir mahkeme kararının tanınması ve tenfizinde ise, yabancılık unsuru bir taraf devletin hukukuna/mahkeme kararına dâhil olmaktadır. Özellikle yabancı bir mahkeme kararına taraf devlet hukukunda etki tanınması istendiğinde, tıpkı suçluların iadesi veya sınır dışı kararlarında olduğu gibi AİHS'nin sınır ötesi/uluslararası niteliği devreye girmektedir. Peki, yabancı hukukun tatbiki veya yabancı kararın tanınması veya tenfizi hallerinde, AİHS'nin sınır ötesi etkisinden veya dolaylı etkisinden söz etmek mümkün müdür? Daha da önemlisi, böyle bir etkinin var olduğu varsayımında, bu husus AİHS'nin yabancı hukukun tatbiki veya yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizine ilişkin taraf devlet mahkemesi tasarruflarına uygulanabilirliğini etkileyebilir mi? Burada, ilk soruya konuya ilişkin AİHM içtihatları ve doktrindeki görüşleri dikkate alarak cevap bulmaya çalışmak, ikinci sorunun cevabına da ulaşmamıza yardımcı olacaktır.

Yukarıda değindiğimiz *Drozd ve Janousek v. Fransa ve İspanya* kararında, ilk kez AİHS'nin –bir taraf devlet olsun veya olmasın- üçüncü bir ülkeden verilen bir mahkeme kararının tanınması-tenfizi taleplerine uygulanabilir olup olmadığına değinilmiştir¹⁰⁶. Bununla beraber, AİHS'nin taraf olmayan bir devlet tarafından verilen bir kararın tanınması talebine uygulanabilir olup olmadığı meselesinin AİHM tarafından ilk kez *Pellegrini v. İtalya*¹⁰⁷ kararında tam olarak ele alındığını belirtmek gerekir. Söz konusu karara konu uyuşmazlıkta, bir evliliğin geçersizliğine karar veren Vatikan mahkemesi kararının İtalya'da tanınmasının AİHS m.6'ya aykırılık teşkil edip etmediği ele alınmıştır. Başvurucu Vatikan mahkemelerinde adil bir yargılama yapılmadığını ve bu

¹⁰⁴ H. Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta, İstanbul 2009, s.431.

¹⁰⁵ AİHS'nin, özellikle AİHS m.6/1'in milletlerarası yetki hukukuna, bu kapsamda yasama organınca tanzim edilen yetki kurallarına ve bu kuralların yargı organlarınca yorumlanması ve uygulanmasına olan etkisi ileride detaylı olarak ele alınacaktır.

¹⁰⁶ Bkz.: Yargıç Matscher'in gerekçesi. Bkz.: *Drozd ve Janousek v. Fransa ve İspanya*, no.12747/87, 26 Temmuz 1992.

¹⁰⁷ *Pellegrini v. İtalya*, no.30882/96, 20 Temmuz 2001.

yargılama sonucu verilen kararın daha sonra İtalya’da tenfizinin AİHS m.6’da yer alan haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. AİHM, öncelikle Vatikan AİHS’ne taraf olmadığından görevinin Vatikan mahkemelerindeki yargılamanın AİHS m.6’ya aykırı olup olmadığını incelemek olmadığını, ancak İtalyan makamlarının Vatikan mahkemelerinde cereyan eden yargılamanın AİHS m.6’daki güvenceleri karşılayıp karşılamadığına tamamen kanaat getirip getirmediğini incelemek olduğunu belirtmiştir. AİHM, tenfizi talep edilen karar AİHS’ne taraf olmayan bir devlet mahkemesinden verildiğinde böyle bir denetimin özellikle gerekli olduğunu da belirtmiştir¹⁰⁸. İtalyan mahkemelerinin gerekçelerini inceledikten sonra, ilgili yargılamaların AİHS m.6’nın standartlarına uygun olup olmadığını inceleme yükümlülüğünü ihlal ettiklerine hükmetmiştir¹⁰⁹. Böylece, bu kararlar beraber –tespit edebildiğimiz kadarıyla- ilk kez spesifik olarak milletlerarası özel hukuka konu olan bir ihlal iddiası AİHM tarafından karara bağlanmıştır.

Doktrinde, *Pellegrini* kararından hareketle, AİHS’nin sınır ötesi/dolaylı etkisinin temelini teşkil eden AİHM’nin *Soering* kararındaki gerekçesi¹¹⁰ ile üçüncü bir ülkeden sadır olan yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya yabancı bir hukukun tatbikine AİHS’nin uygulanabilir olup olmadığı konuları arasında bir benzerlik olduğu ileri sürülmüştür¹¹¹. Ancak, aşağıda da görüleceği üzere, söz konusu benzerliğin yerinde olduğu söylenemez. İlk olarak, AİHS’nde yer alan temel haklardan birine aykırılık teşkil eden yabancı bir mahkeme kararının tanınması ve tenfizi durumunda, söz konusu ihlal vakıası yabancı ülkede –yabancı bir yargı organının eylemiyle- gerçekleşmesine rağmen, sonuçta böyle bir ihlale -söz konusu kararı tanıyarak- kendi ülkesinde müsaade eden taraf devlet mahkemelerinden biridir. Dolayısıyla, AİHS’nde güvence altına alınan bir hakkın ihlaline sebebiyet veren, yabancı mahkemenin tasarrufu değil, taraf devletin yargı organının yabancı kararın tanınması veya tenfizi talebinin kabulüne/reddine ilişkin

¹⁰⁸ *Pellegrini v. İtalya*, para.40.

¹⁰⁹ *Pellegrini v. İtalya*, para.48.

¹¹⁰ AİHM bu kararında, eğer kişinin iade edilmesi halinde, iade edildiği ülkede işkenceye, insanlık dışı muameleye veya aşağılayıcı muameleye ya da cezaya tabi tutulacağı riskiyle karşı karşıya kalacağına inanmak için esaslı sebeplerin kanıtlanması halinde, taraf devletin vermiş olduğu iade kararının o devletin sorumluluğuna neden olacağını belirtmiştir. Bkz.: *Soering v. Birleşik Krallık*, para.91.

¹¹¹ Bkz.: Pierre Mayer, “La Convention européenne des droits de l’homme et l’application des normes étrangères”, *RCDIP*, Vol.80, 1991, s.663; Patrick Kinsch, “Droits l’homme, droits fondamentaux et droit international privé”, *Recueil Des Cours - Collected Courses*, Vol.318, 2005, s.207.

tasarrufudur¹¹². Oysa AİHS'nin sınır ötesi etkisine ilişkin davalarda (suçluların iadesi ve yabancıların sınır dışı edilmesi) ihlale neden olan/olduğu iddia edilen eylem bir taraf devletin ülkesinde gerçekleşmekte, ihlal ise başka bir ülkede ortaya çıkmakta veya çıkma ihtimali bulunmaktadır. İkinci olarak, AİHS'nin sınır ötesi etkisine ilişkin *Soering* ve benzeri davalar genellikle işkence yasağını düzenleyen AİHS m.3 ile ilgiliyken¹¹³ yabancı ilamların tanınması ve tenfizine ilişkin konuların ise genellikle adil yargılanma hakkını güvence altına alan AİHS m.6 ile ilgili olduğu¹¹⁴ belirtilmektedir¹¹⁵.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizine ilişkin davalarda, AİHS'nin sınır ötesi etkisinden ziyade, yabancı (taraf olmayan) bir devletin yargı alanında gerçekleşen bir ihlalin bir taraf devlet hukukuna teşmil edilmesi söz konusu olmaktadır. Diğer bir ifadeyle, bir taraf devlet mahkemesinin vermiş olduğu kararın (sınır dışı/iade etme kararının) üçüncü bir ülkenin yargı alanında ihlale neden olması/neden olma tehlikesi nedeniyle değil, yabancı ülkede gerçekleşen/gerçekleştiği iddia olunan bir ihlale etki tanıma nedeniyle taraf devletin sorumluluğuna gidilmesi ihtimali ortaya çıkmaktadır. AİHS m.6/1'in öngördüğü hak ve ilkelere aykırı bir şekilde cereyan eden ve/veya AİHS'nde yer alan hakları ihlal eden bir yabancı mahkeme kararının tanınmasına veya tenfizine karar vermek, taraf devletin (mahkemesinin) doğrudan AİHS'ne aykırı hareket etmiş olması anlamına gelecektir¹¹⁶. Bu nedenle, bu tür davalar bakımından AİHS'nin veya AİHS'nde yer alan herhangi bir hakkın sağlamış olduğu korumanın, yabancı ülkede gerçekleştiği iddia olunan bir ihlalin taraf devletlerde etki doğurmasını önlemeye yönelik olduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla, bu tür davalarda AİHS'nin dolaylı bir etkiye sahip olduğu ve taraf

¹¹² Juratowitch, **a.g.m.**, s.177; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.64-65.

¹¹³ Hatta *Soering* kararında AİHM, sadece istisnai hallerde iade edilen ülkede adil yargılanma hakkının açıkça ihlal edildiği veya edilme riskinin söz konusu olduğu durumlarda AİHS m.6'nın ihlalinin ileri sürülebileceğini belirtmektedir. Bkz.: *Soering v. Birleşik Krallık*, para.113. AİHM bu davada, davanın koşullarından böyle bir riskin söz konusu olamayacağına hükmetmiştir.

¹¹⁴ Burada yabancı ilamlarının tanınması ve tenfizinin, hatta yabancı hukukun tatbikinin sadece AİHS m.6 ile değil, aynı zamanda AİHS'nde yer alan aile hayatına saygı hakkı (m.8), mülkiyet hakkı (P1-m.1) gibi temel haklar ile ilgili olabileceğini söyleyebiliriz. Nitekim yabancı ilamların tanınması ve tenfizinin çeşitli temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil edip etmediğini inceleyen çeşitli AİHM kararları bulunmaktadır. Bu kararlar çalışmamızın üçüncü bölümünde ayrıca incelenecektir.

¹¹⁵ Juratowitch, **a.g.m.**, s.178-179.

¹¹⁶ Bkz.: Nuray Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Beta, İstanbul 2013, s.685; Burak Huysal, "Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Milletlerarası Özel Hukuk'a İlişkin Bazı Değerlendirmeler", **Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı**, Ed. Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, Zeynep Derya Tarman, XII Levha, İstanbul 2014, s.76-77; Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.**, s.427.

devletlerin AİHS'nden kaynaklanan dolaylı bir yükümlülük altında olduğu iddia edilebilirse de, AİHS'ne aykırılık teşkil eden bir karara/yabancı bir devlet tasarrufuna, kendi mahkeme kararı kimliği ve kuvveti kazandırarak AİHS'ni doğrudan ihlal etmiş olacaktır.

Diğer taraftan, *Pellegrini v. İtalya* kararında AİHM, Vatikan mahkemesi kararını AİHS'ne taraf olmayan bir ülke mahkemesinden verilen bir karar gibi ele almış olmasına rağmen, AİHS m.1'den hiç bahsetmemiştir¹¹⁷. AİHS m.1 uyarınca AİHS'nin böyle bir duruma (yabancı ilamların tanınması ve tenfizine) uygulanabilir olması olağan bir sonuç olarak kabul edilmiş olabilir. Hatta böyle bir sonucun, üçüncü bir ülke mahkemesinden sadır yabancı ilamların tanınmasına karşılık geldiğinin söylenebileceği suçluların iadesi veya sınır dışı etme kararları ile uyum içinde olduğu, üçüncü bir ülkeden sadır bir hukukun uygulanmasıyla ilgili olarak da AİHM'nin farklı bir sonuca varacağını varsaymak için herhangi bir neden bulunmadığı belirtilmektedir¹¹⁸. Nitekim uygulanacak hukukun AİHS'ne taraf olmayan bir devlet olan İran hukuku olduğu *Ammdjadi v. Almanya*¹¹⁹ kararında AİHM'nin, AİHS'nin yabancı hukukun tatbikine uygulanabilir olup olmadığına hiç değinmediği görülmektedir ki esasen bu durum AİHM'nin yapmış olduğu denetim dikkate alındığında şaşırtıcı değildir.

Bununla beraber, bir taraf devlet mahkemesinin AİHS'ne aykırılık teşkil eden yabancı hukukun tatbikine veya yabancı mahkeme kararının tanınmasına-tenfizine ilişkin tasarruflarının birbirine tam olarak benzer olmadığı da bir gerçektir. Bir taraf devlet mahkemesi AİHS'ne aykırılık teşkil eden bir hukuku uyguladığında bu AİHS'nin doğrudan ihlaliyle sonuçlanmakta iken, yabancı bir mahkeme kararının aynı mahkeme tarafından tanınması ve tenfizinde ise AİHS'nin daha dolaylı ihlalinin söz konusu olduğu ifade edilmektedir. Sonuçta ikinci durumda gerçek ihlal eylemi zaten bir taraf devletin ülkesi dışında, tanımaya-tenfize konu kararın verildiği ülkede gerçekleşmiştir¹²⁰. Bununla birlikte, yabancı hukukun veya yabancı kararın AİHS'ne

¹¹⁷ Bununla beraber, bu davada AİHM'nin bu konuya değinmemesinin sebebi olarak, Vatikan ile İtalya arasında yapılan bir anlaşmanın (Concordat) varlığından dolayı iki ülke arasında özel bir ilişkinin var olduğu ileri sürülmektedir. Bkz.: Kinsch, **The Impact of The Rights**, s.220.

¹¹⁸ Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.65-66.

¹¹⁹ *Ammdjadi v. Almanya*, no.51625/08, 9 Mart 2010.

¹²⁰ Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.66.

taraf olan veya olmayan bir devletten kaynaklanıyor olması bakımından böyle bir ayrım yapılmasının pratik olarak faydasının olup olmadığı da tam olarak belirsizdir. Zira yukarıda belirttiğimiz üzere, AİHS'ne taraf olan bir devlete ait olsun veya olmasın, yabancı hukukun tatbiki veya yabancı kararın tanınması-tenfizine ilişkin tasarruflar nedeniyle AİHS'nin ihlal edildiği iddiası, yabancı hukuku tatbik eden veya yabancı kararı tanıyan veya tenfiz eden mahkemenin bağlı olduğu taraf devlete isnat edilebilir niteliktedir¹²¹.

Sonuç olarak, AİHM'nin suçluların iadesi ve yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin kararları ile birlikte ele alındığında *Pellegrini v. İtalya* kararı, AİHS'nin milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıklarından kaynaklanan ihlal iddiaları bakımından uygulanabilir olduğunu açıkça göstermektedir¹²². AİHM'nin *Pellegrini* ve *Ammdjadi* kararlarında, milletlerarası özel hukukun bu iki alanı açısından AİHS'nin sınır ötesi etkiye sahip olup olmadığına ve bu konuda AİHS m.1'e değinmemesinin ise gayet olağan bir durum olduğunu söyleyebiliriz. Her iki durumda da, kendi ülkesinin yetki kurallarına bağlı olarak kendini yetkili kabul eden bir taraf devlet mahkemesinde cereyan eden bir yargılama söz konusudur. Örneğin yabancı unsurlu bir özel hukuk uyuşmazlığı bakımından milletlerarası yetkili bir Türk mahkemesi MÖHUK'un ilgili maddeleri uyarınca yabancı hukuku tespit, temin ve tatbik edecektir. Aynı husus yabancı bir mahkeme kararının bir Türk mahkemesinde tanınması ve tenfizinin talep edilmesi bakımından da söz konusudur. Hiç şüphesiz, yabancı unsurlu bir özel hukuk uyuşmazlığında yabancı hukuku uygulama/uygulamama tasarrufu tamamen devletlerin hukuk ve adalet anlayışından kaynaklanmaktadır¹²³. Keza, bir devletin yabancı bir yargı organının vermiş olduğu bir kararın, diğer bir deyişle başka bir devletin bir hâkimiyet tasarrufunun kendi ülke sınırları içinde icra edilmesine veya etki doğurmasına izin verip vermemek tamamen söz konusu devletin ihtiyarında olup, devletler çeşitli saiklerle buna

¹²¹ Bununla beraber, yabancı hukukun veya yabancı mahkeme kararın diğer bir taraf devlete ait olduğu durumlarda böyle bir ayrımın yararlı olabileceği söylenebilir. Bir taraf devletin mahkemesi diğer bir taraf devletin hukukunu uyguladığında ve sonuç olarak AİHS söz konusu taraf devletin mahkemesi tarafından ihlal edildiğinde, bu devlete karşı bir başvuru yapılması kaydıyla, bu ihlalden mahkemenin tabi olduğu devlet sorumlu olacaktır. Yabancı hukukun tatbikinde ortaya çıkan böyle bir durumun yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi bakımından söz konusu olmayacağı söylenebilir.

¹²² Kinsch, *The Impact of Human Rights*, s.205; Juratowitch, *a.g.m.*, s.183, Kiestra, *Article 1 ECHR*, s.4.

¹²³ Nomer, *DHH*, s.189; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, *a.g.e.*, s.59.

imkân tanıyabilirler¹²⁴. Bununla beraber, gerek yabancı hukukun uygulanması faaliyeti, gerekse yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizi faaliyeti sonucu mahkemenin vereceği kararın, mahkemeleri vasıtasıyla yargı yetkisini kullanan taraf devlete izafe edilebileceği şüphesizdir. Ezcümle, tıpkı milletlerarası yetkiye ilişkin tüm hususlar gibi, yabancı hukukun tatbikinin de yabancı ilamların tanınması ve tenfizinin de AİHS'nin denetimine tabi olacağı aşîkârdır¹²⁵. Dolayısıyla, milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından yukarıda bahsetmiş olduğumuz anlamda AİHS'nin sınır ötesi/dolaylı etkisi veya taraf devletlerin dolaylı yükümlülüğü ile ilgili özel bir durumun bulunmadığını söyleyebiliriz¹²⁶.

Bununla birlikte, bunun pratikte, yani AİHS m.6/1'e aykırı bir şekilde verildiği veya AİHS'nde yer alan herhangi hakkı ihlal ettiği iddia olunan bir yabancı kararın tanınması veya tenfizinin AİHS'ni ihlal ettiği şikâyet edildiğinde, AİHM'nin ilgili hakka ilişkin yapacağı denetimi etkileyip etkilemeyeceği veya nasıl etkileyeceği gündeme gelebilir. Zira, AİHM *Pellegrini v. İtalya* kararında, İtalyan devleti şahsında taraf devletlerin yabancı ülkelerde cereyan eden yargılamaların AİHS m.6/1'de yer alan güvenceleri karşılayıp karşılanmadığını araştırmakla yükümlü olduğunu belirtmiş, ancak böyle bir araştırmanın ne seviyede yapılması gerektiğini belirtmemiştir. Diğer yandan, AİHS m.6'nın ihlal edileceğinin ileri sürüldüğü *Soering/Drozd ve Janousek* kararlarında, böyle bir ihlalden söz edebilmek için adil bir yargılamanın açık ihlali/adaletin açık inkârı olarak nitelendirilecek seviyede ciddi bir ihlalin varlığının gerekli olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi hukukunda, tanıma-tenfize konu kararın verildiği yargılamada AİHS m.6/1'de öngörülen adil yargılanma ilkelerinden birinin ihlal edilip edilmediğinin AİHM tarafından nasıl test edileceği sorusu gündeme gelecektir. Bu kapsamda, taraf devletlere yabancı mahkemenin yaptığı yargılamayı/varmış olduğu sonucu ne şekilde denetleme

¹²⁴ Nomer, **DHH**, s.503; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.503; Atâ Sakmar, **Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 7-8; Bilgin Tiryakioğlu, **Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi**, AÜHF Yayınları, Ankara 1996, s.14-15.

¹²⁵ Hatta milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıklarına AİHS'nin doğrudan uygulanabilir olması bakımından doğrudan uygulanan kurallara (*müdahaleci kurallar, mandatory rules*) benzetilmektedir. Bkz.: Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.70.

¹²⁶ Aksi yönde bkz.: Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.70.

yükümlülüğü getireceği ise ayrı bir konudur ve çalışmanın üçüncü bölümünde ayrıca ele alınacaktır¹²⁷.

3. Gerek AİHM Gerek Taraf devlet Mahkemelerinde Görülmekte Olan Davalarda AİHS Hükümlerinin İhlali İddiası Bakımından Ülke ile Belirli Bir İrtibatın Gerekli Olup Olmadığı Meselesi

AİHS'nin milletlerarası özel hukuk menşeli ihlal iddialarına da uygulanacağı vakıası gayet açık olmakla beraber, özellikle sadece davanın açıldığı ülke olmak dışında uyuşmazlığın konusu ve taraflarıyla çok az irtibatın olduğu veya hiç irtibatının olmadığı hallerde, bu uyuşmazlığın AİHS'nin uygulama alanına girip girmediğinin incelenmesi gerekmektedir. Taraf devlet mahkemelerinin önüne gelen ve konusu ve tarafları itibarıyla ülkeyle çok az irtibatın bulunduğu bazı davalarda, AİHS'nde güvence altına alınan haklara aykırılığın ileri sürülüp sürülemeyeceği meselesi gündeme gelmektedir.

Öncelikle, yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarında bir taraf devletin ülkesiyle çok az irtibatın bulunduğu hallerde o devlete karşı AİHS'ne aykırılığın ileri sürülüp sürülemeyeceği meselesinin AİHM tarafından ve taraf devlet mahkemeleri tarafından nasıl değerlendirildiğine ayrı ayrı bakmak gerekir. Zira, bazı ülke hukuklarında, özellikle yabancı hukukun tatbikinin AİHS'nde yer alan hakları ihlal ettiğinin ileri sürüldüğü davalarda, uyuşmazlığın mahkemenin bağlı bulunduğu ülke ile çok az irtibatının olması veya hiç irtibatının olmaması nedeniyle, AİHS'nin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda tereddüt ortaya çıkmakta veya mahkemeler yabancı hukukun tatbikine karşı kamu düzeni müdahalesini kullanmakta çekimser kalmaktadır. Örneğin, Fransız mahkemelerinin önüne gelen bazı yabancı unsurlu davalarda, davanın konusu ve tarafları itibarıyla ülkeyle çok az irtibatı olduğundan bahisle kamu düzeni müdahalesinin devreye girip girmeyeceği tartışılmıştır. Fransa'da ikamet eden bir Fransız vatandaşına karşı Cezayir'de yaşayan Cezayir vatandaşı bir çocuk adına açılan babalık davasında Fransız Yargıtayı, Cezayir hukukunun tatbikine karşı evlilik içi ve evlilik dışı çocuklar arasında eşitlik prensibinin kamu düzeni vasıtasıyla ileri sürülüp sürülemeyeceğini incelemiştir. Uygulanacak hukuk olan Cezayir hukukunda böyle bir

¹²⁷ Bkz.: Yukarıda, s.629 vd.

davanın açılmasının mümkün olmaması karşısında Yargıtay, çocuğun hem Fransa'da yaşamadığını hem de Fransız vatandaşı olmadığı gerekçesiyle kamu düzeninin devreye giremeyeceğine hükmetmiştir¹²⁸. Oysa Fransız Yargıtayı, 1994 tarihli bir kararında AİHS m.1 ve AİHS m.14'e atıf yaparak, AİHS'nin vatandaşlığa bakılmaksızın taraf devletlerin yetki alanlarına giren herkese uygulanabilir olduğuna değinmiş, ardından cinsiyet değişikliği talebinde bulunan Arjantin vatandaşının Fransa'da ikamet ettiği vakiasına açıkça atıfta bulunarak, AİHS'nin uygulanabilmesi için ülkede ikamet etmenin yeterli olduğuna hükmetmiştir. Böylece, Fransız Yargıtayı, AİHS'nin uygulanmasının dayanağı olarak, ülkede ikamet ediyor olmayı Fransız forumu ile yeterli bir bağlantı veya ilişkiyi sağlayan bir unsur olarak değerlendirmiştir. Söz konusu kararda Fransız Yargıtayı, insan haklarının Fransız kamu düzeninden olduğunu ve cinsiyet değişikliği talebine uygulanacak hukuk olan Arjantin hukukunun böyle bir talebe izin vermemesinin AİHS ve Fransız hukuk düzeni bakımından kabul edilemeyeceğini açıkça ifade etmiştir¹²⁹. Görüldüğü üzere, bir kararda Fransız mahkemelerinin yetkisini tesis eden ve dolayısıyla AİHS'nin uygulanabilir olmasını temin eden ikamet ediyor olma koşulu, diğer bir davada –davalı Fransa'da yaşamasına rağmen- Fransız kamu düzeninden sayılan AİHS'nin uygulanabilmesi için yeterli kabul edilmemiştir.

Hollanda hukukunda ise, mahkemelerce verilen çeşitli kararlarda, mahkeme kararıyla soybağının tesisine imkan tanımayan yabancı hukukların kamu düzeni müdahalesiyle bertaraf edilmesinde AİHS m.1'e göre ülke ile irtibatın gerekli olup olmadığı incelenmemekte, AİHS'nin söz konusu davalara uygulanabilir olduğu varsayımından hareketle doğrudan AİHS m.8'e aykırılık iddiası gündeme gelmektedir¹³⁰. Bununla beraber, kamu düzenine aykırılığın ileri sürülmediği, ancak

¹²⁸ Fransız Yargıtayı 1. Hukuk Dairesinin 10 Mayıs 2006 tarihli kararı için bkz.: Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.77, dn.138. Uygulanacak hukuk olan Fildişi Sahilleri hukukunun babalık davası yoluyla soybağının tesisine izin vermediği başka bir davada ise Fransız Yargıtayı, yukarıdaki kararın aksine, yabancı hukuktan kaynaklanan böyle bir imkânsızlığın Fransız kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğine hükmederken, çocuk ile Fransa arasında belirli bir irtibatın olması gerektiği şeklinde herhangi bir koşul aramamıştır. Fransız Yargıtayı 1. Hukuk Dairesinin 26 Ekim 2011 tarihli kararı için bkz.: Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.77, dn.141.

¹²⁹ Fransız Yargıtayının 14 Temmuz 1994 tarihli kararı için bkz.: Ioanna Thoma, "The ECHR and the Ordre Public Exception in Private International Law", **NIPR**, Vol. 29, 2011/1, Special Issue: Human Rights and PIL, s. 15.

¹³⁰ Bkz.: Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.76.

doğrudan ilgili hakkın ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü başka bir davada, boşanmış iki ebeveyn arasında yapılan velayet anlaşmasının değiştirilmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlıkta AİHS'nin taraflar arasındaki uyuşmazlığa uygulanabilir olup olmadığı tartışılmıştır. Söz konusu davada, anne daha sonra başka biriyle evlenmiş ve çocukları da yanına alarak ABD'ye yerleşmiş, baba ise Danimarka'ya dönmüştür. Daha sonra, çocukların babası, boşanma davası esnasında yaptıkları velayet anlaşmasının değiştirilmesi için temyiz mahkemesine başvurmuş, Hollanda Yargıtayının önüne gelen uyuşmazlıkta anne, temyiz mahkemesinin babanın talep ettiğinden daha geniş bir velayet düzenlemesi getirdiğinden bahisle itirazda bulunmuş ve söz konusu karar bozulmuştur¹³¹. Bu davada, anne tarafından yeni velayet düzenlemesinin AİHS m.8 uyarınca yeni eşiyle ABD'de kurmuş olduğu aile hayatına saygı hakkını ihlal edeceği ileri sürülmüştür. Yargıtay, bu gerekçeyle kararı bozmamış olmakla beraber, bu iddia yine de incelenmiş ve kendisinin yeni kocası ve çocuklarıyla birlikte ABD'de ikamet ettiklerinden ve böylece AİHS m.1 gereğince Hollanda'nın yetki alanı içine girmediğinden annenin AİHS m.8'e aykırılık iddiasında bulunamayacağını belirtmiştir¹³².

AİHM'nin AİHS'nin sınır ötesi etkisine ilişkin vermiş olduğu suçluların iadesi ve yabancıların sınır dışı edilmesi kararlarına ve özellikle *Pellegrini* ve *Ammdjadi* kararlarına baktığımızda, ülkeyle çok az irtibatın olduğu hallerde de AİHS'nin ihlali iddiasının AİHM tarafından dinlenebileceğini söyleyebiliriz. Zira sonuçta AİHS'ne aykırılık teşkil eden, yabancı hukuku uygulayarak veya yabancı kararı tanıyıp tenfiz ederek AİHS'ni fiilen ihlal edecek olan bir taraf devlet mahkemesidir¹³³. Bunun yanında, AİHM'nin *Ben el Mahi ve Diğerleri v. Danimarka*¹³⁴ kararındaki AİHS'nin uygulanabilmesi için davalı devletin yetkisini tesis edecek belirli bir irtibatın gerekli

¹³¹ Uyuşmazlığın taraflarının farklı ülkelerde yaşıyor olmaları nedeniyle Hollanda mahkemelerinin bu davada nasıl milletlerarası yetkiye sahip olduğu sorgulanabilir. Hollanda mahkemeleri, davanın açıldığı tarih itibarıyla çocukların mutad meskeni Hollanda'da olduğundan Evlilik ve Müşterek Çocukların Velayetiyle ilgili Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine ilişkin 2201/2003 nolu Brüksel IIbis Tüzüğü m.8/1'e göre kendini yetkili kabul etmiştir. Brüksel IIbis Tüzüğü hakkında bkz.: Nuray Ekşi, "Avrupa Birliği Brüksel IIbis Tüzüğüne Göre Boşanma Davalarında Üye Devlet Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi", **DEÜHFD**, C.11, Özel S.2009, 2010, s.1139 vd.

¹³² Hollanda Yargıtayının 19 Kasım 2007 tarihli kararı için bkz.: Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.78, dn.147.

¹³³ Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.68.

¹³⁴ Ben El Mahi ve diğerleri v. Danimarka, (Kabul edilebilirlik kararı), no.5853/06, 11 Aralık 2006.

olduğu şeklindeki tespiti milletlerarası özel hukuk menşeli ihlal iddiaları bakımından da önem arz etmektedir. Danimarka’da bir gazetenin Hazreti Muhammed’in karikatürlerini yayınlamasının ardından Fas’ta yaşayan bir Fas vatandaşı ile Fas’ta kurulmuş iki dernek, AİHS m.9 uyarınca düşünce, din ve vicdan özgürlüğünü ihlal ettiği ve AİHS m.14 uyarınca Müslümanlara karşı ayrımcı muamelede bulunduğu gerekçesiyle Danimarka’ya karşı şikayette bulunmuştur. Ayrıca Danimarka’nın söz konusu karikatürlerin yayınlanmasına izin vererek AİHS m.10 uyarınca ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür. AİHM öncelikle, başvuruçuların Fas’ta yaşadığını ve Fas’ta kurulmuş olduğunu ve faaliyetlerini sürdürdüğünü düşünerek başvuruçuların taraf devletin yetki alanına girip girmediğini ele almıştır. Daha sonra, *Bankovic* kararına atıfta bulunarak, başvuruçular ile davalı devlet arasında yetkiyi tesis edecek bir bağlantı (*jurisdictional link*) olmadığından veya herhangi bir sınır ötesi eylemden dolayı Danimarka’nın yetki alanına girmediğinden, yetkisizlik kararı vermiştir. Buna göre, eğer taraf devletin AİHS m.1 anlamında yetkisini tesis edecek bir irtibat söz konusu olsaydı, AİHM’nin muhtemelen başvuruçuların davalı devletin yetki alanına girdiğine hükmedeceği söylenebilirdi. Aksi halde, artık dünyanın her yerinden kişilerin AİHS’nde yer alan hakların ihlali iddiasıyla rastgele AİHM’ne başvurabilme durumu ortaya çıkacaktır¹³⁵. Bununla beraber, kararda Danimarka’daki birkaç Müslüman örgütün polise şikayette bulunduğu, hatta bazılarının Danimarka mahkemelerinde hakaret nedeniyle dava açtığı belirtildiği göz önüne alındığında, eğer böyle bir dava açmış olsalardı, başvuruçuların davalı taraf devletin yetki alanına dâhil olacağı söylenebilirdi.

AİHM ve bazı taraf devlet mahkeme kararları birlikte incelendiğinde, taraf devlet mahkemelerinin önlerine gelen ve milletlerarası yetkiye sahip oldukları yabancı unsurlu uyuşmazlıklarla ilgili olarak AİHS’nin dikkate alınabilmesi için, ülkeyle belirli bir irtibat koşulunun arandığını söylemek mümkündür. Taraf devlet mahkeme kararları bakımından bu genellikle kamu düzeni müdahalesi devreye sokularak, bazen de doğrudan AİHS’nde güvence altına alınan bir hakka aykırılık ileri sürülerek yapılmaktadır. AİHM içtihatlarından ise, bir kişinin taraf devletlerden birinin ülkesinde cereyan eden bir yargılamaya dâhil olmuş olmasının, bu bireyi AİHS m.1 anlamında söz konusu devletin yetki alanına dâhil etmek için yeterli olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

¹³⁵ Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.68.

Bu açıdan, AİHM nezdinde bir taraf devletin sorumluluğunun doğabilmesi için, davanın milletlerarası özel hukuk anlamında yetkili bir mahkemede açılması yeterlidir. Ancak yukarıda ele aldığımız taraf devlet mahkeme içtihatlarına göre ise, sadece davanın yetkili bir mahkemede açılmış olması yeterli gelmemekte, ayrıca uyumsuzluk ile forum devleti arasında yine belirli bir irtibat aranmaktadır.

Bilindiği üzere, milletlerarası özel hukukta temel hak ve özgürlükler geleneksel olarak kamu düzeni müdahalesi devreye sokularak korunmaktadır. Yabancı bir hukukun tatbiki veya yabancı bir kararın tanınması veya tenfizi, forum devletinin temel hukuk ve adalet prensiplerine, temel hak ve özgürlüklere açıkça aykırı bir sonuca yol açıyorsa, kamu düzeni müdahalesi devreye girecektir¹³⁶. Bununla beraber, kamu düzeni kavramının önemli özelliklerinden biri de göreceli/izafi oluşudur. Kamu düzeninin izafi niteliği gereği, kamu düzenine aykırılığın söz konusu olabilmesi için dava konusu hukuki işlem veya ilişkinin ülkeyle bir bağlantısının bulunması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, davanın konusu ve taraflarının ülkeyle olan irtibatına bağlı olarak kamu düzeninin uygulanma eşiği değişebilmektedir¹³⁷. Bunun yanında, AİHS de taraf devletlerin temel prensiplerinin bir parçasını ve dolayısıyla kamu düzeninin bir parçasını teşkil etmesi nedeniyle AİHS’nde güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere aykırılığın engellenmesi için kullanılacağı kabul edilmektedir¹³⁸. Hatta

¹³⁶ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.152; Nomer, **DHH**, s.173; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.73 vd.; Fawcett, **The Impact of Art.6(1)**, s.24; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s.280; Cheshire/North/Fawcett, **Private International Law**, Fourteenth Ed. Oxford 2008, s.142; Alex Mills, “The Dimensions of Public Policy in Private International Law”, **JPIL**, Vol.4, August 2008, s.213; Günter Weick, “Human Rights and Private International Law”, **Human Rights in Transition**, Ed. John F. Mc Eldowney, Günter Weick, Frankfurt am Main, 2003, s.197; Rainer Hoffmann, “Human Rights and The Ordre Public Clause of German Private International Law”, **Tel Aviv University Studies in Law**, Vol.12, 1994, s.155-156; Kemal Dayınlarlı, **Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri**, Ankara 1994, s.21.

¹³⁷ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.78; Mills, **Dimensions of Public Policy**, s.218; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.71; Alex Mills, **The Confluence of Public and Private International Law – Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law**, Cambridge University Press, Cambridge 2009, s.259; Michael Stürner, “Extraterritorial Application of the ECHR via Private International Law” **NIPR**, Vol. 29, 2011/1, Special Issue:Human Rights and PIL, s.10.

¹³⁸ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.73, dn.135; Nomer, **DHH**, s.165; Juratowitch, **a.g.m.**, s.195; Mills, **Dimensions Of Public Policy**, s.214; Hans van Houtte, “From A National to A European Public Policy”, **Law and Justice in a Multistate World: Essays in Honour of Arthur T. von Mehren**, Ed. James A. R. Nafziger, Symeon Symeonides Transnational Publishers, Ardley, 2002, s.847; Thoma, **a.g.m.**, s.17; Stürner, **a.g.m.**, s.10.

böyle bir durumda uyumsuzluğun forum devletiyle ilişkisinin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın kamu düzeninin devreye gireceği de kabul edilmektedir¹³⁹.

Çalışmamızın daha sonraki bölümlerinde AİHS’nde güvence altına alınan haklar ile kamu düzeni kavramı arasındaki ilişki detaylı olarak ele alınacak olmakla beraber belirtmek gerekir ki, AİHS ve AİHM içtihatları Avrupa ülkelerinde temel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda asgari standartları oluşturmaktadır. Aynı zamanda taraf devletlerin anayasalarınca da koruma altına alınan bu haklar, başta Türk kamu düzeni olmak üzere, taraf devletlerin kamu düzenlerinin kendisinden vazgeçilemeyecek temel prensiplerinin önemli bir parçasını teşkil etmekte, hatta temel hak ve özgürlükler “kamu düzeninin sert çekirdeği” olarak nitelendirilmektedir¹⁴⁰. Diğer bir ifadeyle, taraf devletlerin kendisinden vazgeçilemeyecek temel prensiplerini teşkil eden temel hak ve özgürlükler taraf devlet hukuklarının yabancı hukuk ve yabancı kararlara karşı gösterebileceği toleransın alt sınırını teşkil etmektedir. Bu nedenle, AİHS’nde güvence altına alınan haklardan birinin yabancı bir hukukun uygulanması veya yabancı bir kararın tanınması ve tenfizi vasıtasıyla ihlalini engellemek için prensip olarak kamu düzeni müdahalesinin kullanılacağını söyleyebiliriz¹⁴¹. Dolayısıyla, yabancı hukuku uygulamak veya yabancı kararı tanımak-tenfiz etmek durumunda kalan -milletlerarası yetkiye sahip- bir taraf devlet mahkemesinin söz konusu temel hak ve özgürlükleri göz önüne alarak hareket etmesi gerektiği şüphesizdir. Hatta taraf devlet mahkemelerince verilen milletlerarası yetkiyle ilgili her türlü kararın da AİHS denetimine tabi olduğu düşünülürse, belirli bir irtibat noktasına istinaden kendini milletlerarası yetkili addeden bir taraf devlet mahkemesinin kamu düzeni müdahalesiyle ilgili her türlü yorum ve uygulamasının da bu denetime tabi olacağını söyleyebiliriz.

Sonuç olarak, bir kişinin taraf devletlerden birinin ülkesinde cereyan eden bir yargılamaya dâhil olması, prensip olarak, bu bireyi AİHS m.1 anlamında söz konusu devletin yetki alanı içine sokmaktadır. Bu durum özellikle, bir kişinin taraf devlet

¹³⁹ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.78; Thoma, **a.g.m.**, s.18; Mills, **Dimensions of Public Policy**, s.214 ve 217.

¹⁴⁰ Bkz.: Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.23, 179.

¹⁴¹ AİHS’nde güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin yabancı hukukun tatbiki veya yabancı kararın tanınması ve tenfizi suretiyle ihlal edildiği hallerde, ulusal mahkemelerin kamu düzeni müdahalesi yerine, doğrudan ilgili hakka dayanarak aykırılık iddiasının incelenmesi gerektiği de ileri sürülmektedir. Bu konu hakkında bkz.: Aşağıda, s.213 vd.

mahkemelerinden birinde bir dava açtığında veya bu mahkemenin de milletlerarası yetkiye sahip olup olmadığına dair karar verdiğinde söz konusu olmaktadır. Örneğin, Türk mahkemeleri, gerek yabancı hukukun tatbiki gerekse yabancı bir kararın tanınması ve tenfizi bakımından, kendi (milletlerarası) usul hukukun öngördüğü çeşitli irtibat noktalarından hareketle tanzim edilen yetki kuralları uyarınca kendini (milletlerarası) yetkili kabul etmektedir. İşte her devlet, çeşitli saiklerle davanın konusu veya tarafları ile ülke arasında az veya çok belirli bir irtibatın bulunmasını aramakta ve buna göre yetki kuralları vaz etmektedir¹⁴². Dolayısıyla, bir taraf devletin herhangi bir mahkemesinin milletlerarası yetkiye sahip olmasını sağlayacak kadar belirli bir irtibatın, AİHS m.1 uyarınca AİHM'nin yargı yetkisinin tesisi için de yeterli olduğunu söyleyebiliriz. Başka bir anlatımla, bir taraf devlet mahkemelerinden birinin, bir uyuşmazlık bakımından milletlerarası yetkiye sahip olması halinde, AİHS de bu uyuşmazlıktan doğan ihlal iddialarına uygulanacaktır¹⁴³.

AİHS m.1 anlamında taraf devletin sorumluluğunun doğması için aranan ülke ile irtibat ile AİHS'ne aykırılık halinde kamu düzeninin devreye sokulması için aranan ülke ile irtibat arasında bir benzerlik olduğunu belirtmek gerekir. Esasen her iki durum bakımından bir taraf devlet mahkemesinin yabancı unsurlu uyuşmazlık bakımından milletlerarası yetki kazanması yeterlidir. Bununla beraber, yetkiyi tesis eden irtibattan farklı olarak, bazı taraf devlet mahkemelerinin temel hak ve özgürlüklere aykırılık gerekçesiyle de olsa kamu düzeninin devreye girmesi için ülkeyle daha yakın/yoğun bir irtibatın varlığının arandığı görülmektedir. Ancak, AİHS'nde güvence altına alınan haklara aykırılık gerekçesiyle kamu düzenini devreye sokmak için ülke ile daha yakın bir irtibatın varlığını aramak ve dolayısıyla böyle bir irtibatın yokluğu nedeniyle kamu düzenini devreye sokmayarak yabancı hukuku tatbik etmek veya yabancı kararı tanımak-tenfiz etmek bireylerin AİHS'nden kaynaklanan haklarının ihlaline yol açabilecektir¹⁴⁴. Hiç şüphesiz, ülke ile irtibatın yoğun olduğu hallerde, kamu düzeninin

¹⁴² Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.513-544 vd.; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.328.

¹⁴³ Gerçi, yabancı unsurlu bir özel hukuk uyuşmazlığını karara bağlaması için bir taraf devlet mahkemesinde bir dava açıldığında, ilgili taraf devlet mahkemesinin milletlerarası yetki veya yetkisizlik kararı vermesi mümkündür. Hiç şüphesiz, söz konusu mahkemenin vereceği bu tür kararlar da AİHM denetimine tabidir. Her ne kadar AİHS m.6 aynı zamanda mahkemeye erişim hakkını içerse de, bu hakkın taraf devletlerce sınırlandırılması mümkündür ve bu hakkının milletlerarası yetki kuralları vasıtasıyla sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı ve ne şekilde sınırlandırılacağı ayrıca ele alınacaktır.

¹⁴⁴ Aynı yönde bkz.: Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.81.

devreye girme ihtimali daha yüksektir. Ancak, davanın açıldığı mahkeme olmak dışında başka bir irtibatın olmadığı bir durumda da, taraf devlet mahkemesinin -tıpkı yerel nitelikli bir uyuşmazlıkta olduğu gibi- kamu düzeninin demir çekirdeği olarak nitelendirilen AİHS’ni göz önünde bulundurması gerekmektedir. Zira mahkemenin, davanın yerel-milletlerarası niteliğinden bağımsız olarak, bağlı olduğu devletin AİHS’ne taraf olması nedeniyle her zaman AİHS’ne uygun hareket etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu nedenle, tıpkı AİHS m.1 bakımından olduğu gibi, özellikle temel hak ve özgürlüklere aykırılığın söz konusu olduğu hallerde kamu düzeni müdahalesi (veya doğrudan ilgili hakkın ileri sürülmesi) bakımından davanın bir taraf devlet mahkemesinde açılmış olmasını yeterli kabul etmek gerekir¹⁴⁵.

III. DEVLETLERİN AİHS’DEN KAYNAKLANAN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Genel Olarak

Gerek anayasalar gerekse insan haklarını konu alan uluslararası anlaşmalarda düzenlenen tüm temel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda temel sorumluluk prensip olarak devlete aittir¹⁴⁶. Zira pozitif hukuk kuralı haline gelmiş bir insan hakları kuralı, hak sahiplerine sadece devleti bu ihlalden dolayı yükümlü tutma yetkisi vermektedir. İnsan hakları hukukunda devlet, bir taraftan anayasasında ve taraf olduğu insan hakları belgelerinde yer alan hakların korunmasından sorumlu tutulmakta iken, diğer taraftan insan hakları ihlallerinin de en önemli kaynağı olarak kabul edilmektedir¹⁴⁷.

İnsan haklarına ilişkin ulusal veya uluslararası tüm düzenlemeler esasen tek tek devletin insan hakları konusundaki yükümlülüğünü göstermektedir. Ancak, devletin bu yükümlülüğünün aynı zamanda çeşitli sınıflandırmalara da tabi tutulduğunu görmekteyiz. Bu sınıflandırmanın hakların niteliğine, hak ihlallerinin taraflarına bağlı olarak değiştiğini söyleyebiliriz. Örneğin, birinci kuşak haklar olarak nitelendirilen

¹⁴⁵ Kamu düzeni müdahalesi için “ülke ile belirli bir irtibat” koşulunun temel hak ve özgürlüklere aykırılık söz konusu olduğunda aranıp aranmayacağı konusunda bkz.: Aşağıda, s.178 vd.

¹⁴⁶ Eren, **İnsan Hakları**, s.134-135; Gözler, **a.g.e.**, s. 532; Oya Boyar, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed. Sibel İnceoğlu, 3. Baskı, Beta, İstanbul 2013, s.56.

¹⁴⁷ Eren, **İnsan Hakları**, s.134-135.

medeni ve siyasi hakları düzenleyen AİHS sisteminde devletin yükümlülükleri esasen *negatif-pozitif yükümlülük* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.¹⁴⁸ Yine, temel hakların özünde devlet (organları ve görevlileri) tarafından ihlal edilebileceği düşüncesinden hareketle devletin bu tür yükümlülüğü *dikey yükümlülük* olarak nitelendirilmektedir. Bazı hakların bireyler tarafından da ihlal edilebileceği ve bu tür bir ihlalden dolayı da devletin sorumluluğunun söz konusu olabileceği kabul edilmektedir. İşte karşılıklı temel haklara sahip olan bireyler arasında gerçekleşen temel hak uyuşmazlıkları bakımından ise *devletin yatay yükümlülüğünün* söz konusu olacağı kabul edilmektedir¹⁴⁹. Bununla beraber, günümüzde Asbjorn Eide'nin devletin yükümlülüklerine ilişkin olarak geliştirmiş olduğu sınıflandırmanın en çok kabul gören sınıflandırma yöntemi olduğu belirtilmektedir¹⁵⁰. Buna göre, her hak aynı zamanda üç tür yükümlülük gerektirebilmektedir. Bunlar, devletin *saygı gösterme yükümlülüğü (obligation to respect)*, devletin hak sahiplerini üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı *koruma yükümlülüğü (obligation to protect)* ve devletin hakların etkili bir şekilde kullanılabilmesi için gerekli yasal, idari, mali yükümlülükleri yerine getirme, diğer bir ifadeyle *gerçekleştirme yükümlülüğüdür (obligation to fulfill)*¹⁵¹. Bu tür bir ayrımın daha çok ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tam olarak yerine getirilmesine yönelik belgelerin uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesinden sorumlu organlar tarafından tercih edildiği belirtilmektedir¹⁵².

Aslen medeni ve siyasi hakların korunması amacını taşıyan AİHS'nin denetim organı olarak faaliyet gösteren AİHM, devletlerin yükümlülüklerini iki kategoride toplayan, negatif yükümlülükler-pozitif yükümlülükler olmak üzere daha basit bir

¹⁴⁸ Jean-François Akandji Kombe, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz Kitap No.7, Avrupa Konseyi, Strasburg, 2008, s.5.

¹⁴⁹ Devletin insan haklarını koruma konusunda dikey ve yatay yükümlülüğü hakkında bkz.: Gemalmaz S., **a.g.e.**, s.1521-1522; Eren, **İnsan Hakları**, s.146 vd

¹⁵⁰ Gemalmaz M.S., **a.g.e.**, s.1599; Gemalmaz B., **a.g.e.**, s.409.

¹⁵¹ Asbjorn Eide, "Realization of Social and Economic Rights and Minimum Treshold Approach, **Human Rights Law Journal**, Vol.10, 1989, s.37; Olivier de Sutter, "The Protection of Social Rights by the European Convention on Human Rights", **Social, Economic and Cultural Rights: An Appraisal of Current European and International Developments**, Ed. Peter van der Auweraert, Tom De Pelsmaeker, Jeremy Sarkin, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 2002, s.209; Gemalmaz M.S., **a.g.e.**, s.1599; Ida Elisabeth Koch, **Human Rights as Indivisible Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, s.14; Walter Kalin/Jörg Künzli, **The Law of International Human Rights**, Oxford University Press, 2013, s. 96; Gemalmaz B., **Mülkiyet Hakkı**, s.409.

¹⁵² Akandi-Kombe, **a.g.e.**, s.5.

yaklaşımı tercih etmiştir¹⁵³. AİHM, taraf devletlerin AİHS’nde güvence altına alınan haklar bakımından yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini, ilgili devletin negatif veya pozitif bir yükümlülüğünün bulunup bulunmadığından hareketle değerlendirmektedir.

Biz de çalışmamızın bu kısmında, AİHM’nin izlemiş olduğu ikili ayırmadan hareketle taraf devletlerin AİHS’nden kaynaklanan yükümlülüklerini inceleyeceğiz. Bu kapsamda, öncelikle negatif-pozitif yükümlülük ayırımının ortaya çıkışı, özellikleri ile devletin negatif-pozitif yükümlülükleri ile saygı gösterme, koruma ve gerçekleştirme yükümlülükleri arasındaki ilişkiye değineceğiz. İkinci olarak, devletin AİHS’nden kaynaklanan pozitif yükümlülüğü kapsamında devletin temel hakları gerçekleştirme yükümlülüğü ile üçüncü kişilerden vaki müdahalelere karşı koruma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı incelenecektir.

B. AİHS Kapsamında Negatif ve Pozitif Yükümlülük Ayırımı

AİHS m.1, AİHS’ne taraf olan devletlere kendi yetki alanları içinde bulunan herkese AİHS’nde yer alan temel hak ve özgürlüklere güvence altına alma yükümlülüğü getirmektedir. AİHS hükümlerinin esasen taraf devletlere AİHS’nde yer alan temel hak ve özgürlükleri ihlal edecek müdahalelerden kaçınma şeklinde negatif bir tutum sergileme, diğer bir ifadeyle negatif bir yükümlülük yüklediği kabul edilmektedir¹⁵⁴. Bunun yanında, AİHS m.1’deki ifade, AİHS’nin diğer maddeleriyle birlikte ele alındığında, taraf devletlere sadece temel hak ve özgürlüklere saygı gösterme gibi bir negatif yükümlülük değil, aynı zamanda söz konusu hakların bireyler tarafından kullanılabilmesi için gerekli tedbirleri alma şeklinde pozitif yükümlülük yüklemektedir¹⁵⁵. Bu ayırımın daha çok hakların niteliğine bağlı olarak devlete düşen yükümlülüğü yansıttığı belirtilmektedir¹⁵⁶.

¹⁵³ Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s.5.

¹⁵⁴ Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s.11; Harris/O’boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.18; Karen Reid, **A Practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights**, Sweet and Maxwell, London 1998, s.68; Laurens Lavrysen, “The Scope of Rights and the Scope of Obligations – Positive Obligations” **Shaping Rights in The ECHR- The Role of European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights**, Ed. Eva Brems & Janneke Gerards, Cambridge University Press, 2013, s.162.

¹⁵⁵ Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.45, 47.

¹⁵⁶ Eren, **İnsan Hakları**, s.142.

AİHS’nde yer alan temel hak ve özgürlükler, birinci kuşak haklar olarak nitelendirilen medeni ve siyasi hakları düzenlemektedir. Bu tür haklar genellikle devlete karşı kullanılan haklar olarak kabul edilmiştir. Devletin bu hakların kullanılması bakımından temel görevinin hak ve özgürlüklerin kullanımına müdahaleden kaçınması, saygı göstermesi şeklinde negatif bir yükümlülük yüklediği kabul edilmektedir¹⁵⁷. Böyle bir anlayışın altında bireylerin bu haklardan yararlanabilmesi için devletin müdahalesinin gerekli olmadığı düşüncesi yatmaktadır. Dolayısıyla bir devletin AİHS’nde yer alan bir hakka her türlü keyfi müdahaleden kaçınması gerekmektedir. Örneğin, taraf devletler AİHS m.3 uyarınca bireylere karşı işkence veya insanlık dışı muamele edecek her türlü muameleden kaçınmakla yükümlü tutulmuştur. Yine, taraf devletler bireylerin AİHS m.10 uyarınca sahip olduğu ifade özgürlüğüne yönelik müsaade edilemez sınırlamalardan kaçınmak zorundadır. AİHS’nde yer alan bir hakkın ihlal edildiği iddiasının bir taraf devletin (yasama, yürütme, yargı organlarının) herhangi bir müdahalesinden kaynaklanması halinde AİHM negatif yükümlülükler doktrinine göre değerlendirmede bulunacaktır. Nitekim AİHM de birçok kararında, AİHS’nin birincil amacının bireyleri kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korunması olduğunu belirtmiştir¹⁵⁸.

Pozitif yükümlülükler, negatif yükümlülüklerden farklı olarak, devletin temel hakları güvence altına almak için çeşitli eylemlerde bulunmasını gerektirmektedir. Pozitif yükümlülüklerin esasen ikinci kuşak haklar olarak nitelendirilen ekonomik, sosyal ve kültürel hakların gerçekleştirilebilmesi için kullanılan bir araç olduğu kabul edilmekle birlikte, günümüzde medeni ve siyasi haklar bakımından da devletlerin pozitif yükümlülüklerinin olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁹. Nitekim medeni ve siyasi hakları düzenleyen AİHS’nde yer alan çeşitli haklar bakımından devletlerin pozitif yükümlülüğünün olduğu kabul edilmektedir¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Harris/O’boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.18; Boyar, **a.g.m.**, s.54; Gözler, **a.g.e.**, s.511; Lavrysen, **a.g.m.**, s.162.

¹⁵⁸ Örneğin, X ve Y v. Hollanda, para.25; Airey v. İrlanda, para.32; Wilson ve diğerleri v. Birleşik Krallık, no.30668/96, 2 Temmuz 2002, para.41; Sorensen ve Rasmussen v. Danimarka, no.52562/99, 11 Ocak 2006, para.57.

¹⁵⁹ Harris/O’boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.18; Eren, **İnsan Hakları**, s.144; Kalin/Künzli, **a.g.e.**, s.96; Gülay Arslan Öncü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, Beta, İstanbul 2011, s.47.

¹⁶⁰ Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.47-48; Eren, **İnsan Hakları**, s.145.

Negatif yükümlülüklerin AİHS'nin özünde var olduğu kabul edilmesine rağmen, pozitif yükümlülükler doktrininin kabulü ve gelişmesi zaman almıştır. Bu yükümlülüklerin bazılarının normatif olarak AİHS'nde bulunmasına rağmen, bu tür bir kavram ve yükümlülük tipolojisine ilk kez 1968 tarihinde *Belçika dil davası* kararında¹⁶¹ AİHM tarafından değinilmiş ve içtihatlar yoluyla yeni unsurlar ilave edilerek günümüze kadar gelmiştir¹⁶². Daha sonra AİHM *Marckx* kararında, aile hayatına saygı hakkı (m.8) ile ilgili olarak maddenin devletlere sadece müdahaleden kaçınma yükümlülüğü yüklenmediğini, bu negatif yükümlülüğe ek olarak aile hayatına etkili bir “saygı” kavramının içinde pozitif yükümlülüklerin bulunabileceğini açıkça belirtmiştir¹⁶³. Bu kararla birlikte pozitif yükümlülükler doktrini AİHS uygulamasında ilk kez yer almakla kalmamış¹⁶⁴, ayrıca bireyler arasındaki hukuki ilişkiler bakımından devletlerin pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu dair düşüncenin başlangıç noktasını oluşturmuştur¹⁶⁵.

Pozitif yükümlülük doktrini uyarınca devletin sorumluluğunun temel dayanağını AİHS m.1 oluşturmaktadır¹⁶⁶. Buna göre, pozitif yükümlülükler bakımından devletin sorumluluğu, temel hakları ihlal etmesinden değil, temel hakların garantörü olmasından kaynaklanmaktadır. Bu anlamda pozitif yükümlülükler açısından devletin eylemde bulunması gerektiği halde hareketsiz kalması onun sorumluluğuna neden olabilecektir. Zira pozitif yükümlülük yükleyen haklar, devletin belirli bir edimde bulunmasını, gerekli adımları atmasını gerektirmektedir¹⁶⁷. Başka bir deyişle, negatif yükümlülükler devletin müdahaleden imtina etmesini gerektirirken pozitif yükümlülükler hakların

¹⁶¹ Belçika Dil Davası, no.1474/62, 1677/62, 1691/62, 23 Temmuz 1968.

¹⁶² Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s.6. Söz konusu davada eğitim hakkı başlıklı AİHS ek 1 no'lu protokol m.2'nin (P-1 m.2) ihlaline ilişkin olarak AİHM, “maddenin negatif ifadesine rağmen, devletin eğitim hakkını sağlama konusunda pozitif bir yükümlülüğünün bulunmadığı sonucunun çıkarılamayacağı” şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur. Bkz.: Belçika Dil Davası, para.3.

¹⁶³ *Marckx v. Belçika*, para.31. AİHM'nin ifadesiyle “...devletin evli olmayan anne ile çocuğu arasındaki gibi belirli aile bağlarına uygulanacak ulusal hukuk kurallarını düzenlerken, bu kişilerin normal bir aile hayatı sürmelerine imkân sağlayacak bir şekilde hareket etmesi gerekmektedir... Bu bakımdan, devlet bu amacı yerine getirmek için çeşitli yöntemler kullanabilir, ancak bu gerekliliği yerine getirmeyen bir yasal düzenleme, Sözleşmenin 8/2. maddesine göre bir incelemeye geçilmeksizin, birinci fıkrayı ihlal edecektir...”. Bkz.: *Marckx v. Belçika*, para.31.

¹⁶⁴ Boyar, **a.g.m.**, s.54.

¹⁶⁵ Harris/O'boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.19; Evra Çetin, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları**, XII Levha, İstanbul 2015, s.57-58.

¹⁶⁶ Harris/O'boyle /Warbrick, **a.g.e.**, s.18; Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.45; Gemalmaz B., **Mülkiyet Hakkı**, s. 418; Boyar, **a.g.m.**, s.54. Pozitif yükümlülüklerin normatif dayanağının AİHS m.1 olduğunu *Costello Roberts v. Birleşik Krallık* kararında açıkça belirtilmiştir. Bkz.: *Costello Roberts v. Birleşik Krallık*, no.13134/87, 23 Mart 1993, para.26.

¹⁶⁷ Reid, **a.g.e.**, s.68.

kullanılabilmesi için devletin bir takım pozitif müdahalede bulunmasını gerektirmektedir¹⁶⁸.

Pozitif yükümlülükler, normatif kaynaklı olabileceği gibi içtihatlar yoluyla da ortaya çıkmış olabilir. Bu yükümlülüklerden normatif kaynaklı olanlar, ilgili maddede açıkça yer almakta veya madde metninden doğası gereği anlaşılmaktadır. Yaşam hakkının yasayla korunması (m.2), cezaevlerinde insani koşulların sağlanması (m.3) veya adil yargılanma hakkından yararlanabilmek için mahkemeye erişim imkânı, adli yardım veya çevirmen yardımının sağlanması (m.6) örnek olarak verilebilir¹⁶⁹.

AİHM (ve AİHK) tarafından içtihatlar yoluyla ortaya konulan pozitif yükümlülüklerin temel dayanağını ise, AİHS m.1 hükmü ile AİHS’nde yer alan hak ve özgürlüklerin fiilen ve etkili bir şekilde kullanılabilmesi ilkesinin oluşturduğu belirtilmektedir¹⁷⁰. Hiç şüphesiz, bu tür pozitif yükümlülükler AİHMM tarafından AİHS maddeleri yorumlanarak elde edilmiştir ve menşeyini de yukarıda değindiğimiz *Marckx* kararı oluşturmaktadır. Hatta AİHM bu karardan bu yana AİHS’nde yer alan hakların neredeyse tamamında devletlerin pozitif yükümlülüklerinin de bulunduğunu kabul etmiştir¹⁷¹.

¹⁶⁸ Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s.11.

¹⁶⁹ Harris/O’boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.19; White/Ovey, **a.g.e.**, s.100.

¹⁷⁰ Bkz.: Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.48; Lavrysen, **a.g.m.**, s.162. AİHS’nde yer alan hakların etkili bir şekilde kullanılması prensibi ile ilgili olarak bir kararında AİHM, kamu makamlarının doğrudan müdahalesinin bulunmadığı hallerde dahi AİHS m.1’den kaynaklanan Sözleşmesel haklarının etkili bir şekilde kullanılmasını güvence altına alma yükümlülüğünün aynı zamanda devlete pozitif yükümlülükler de yükleyebileceğini belirtmiştir. Bkz.: *Babylonova v. Slovakya*, no.69146/01, 20 Haziran 2006, para.51. Başka bir kararda AİHM, AİHS m.3’ü m.1 ile birlikte ele alarak, m.3 çerçevesinde devletin pozitif yükümlülüklerinin de olduğunu belirtmiştir. Bkz.: *Beganovic v. Hırvatistan*, no.46423/06, 25 Haziran 2009, para.68. Başka bir çalışmada ise, pozitif yükümlülükler doktrininin teorik altyapısının birbiriyle alakalı üç farklı prensipten oluştuğu da belirtilmektedir. Bunlardan ilk ikisi AİHS m.1 ve AİHS’nde yer alan hakların etkili bir şekilde kullanılması ilkesi iken diğeri ise, AİHS m.13 uyarınca AİHS’nde yer alan hakların ihlal edilmesi halinde bireylere etkili başvuru yolunun tanınması prensibi oluşturmaktadır. Bkz.: Alastair Mowbray, **The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights**, Hart Publishing, Oxford 2004, s.7 vd.; Pierre Thielbörger, “Positive Obligations in the ECHR after Stoicescu Case: A Concept in Search of Content?”, **European Yearbook of Human Rights 2012**, Ed. Wolfgang Benedek, Florence Benoit-Rohmer, Wolfram Karl, Intersentia, Antwerp-Wienna 2012, s.261 vd.

¹⁷¹ Mowbray, **Positive Obligations**, s.224; White/Ovey, **a.g.e.**, s.100; Boyar, **a.g.m.**, s.54; Lavrysen, **a.g.m.**, s.162; Dimitris Xenos, **The Positive Obligations of the State under the European Convention on Human Rights**, Routledge, London and New York, 2012, s.22. AİHS’nde güvence altına alınan haklar bakımından devletlerin pozitif yükümlülüklerinin madde madde incelendiği bir çalışma için bkz.: Mowbray, **Positive Obligations**, s.5.

Strasburg organları tarafından oldukça geniş bir şekilde kullanılmasına rağmen, AİHMM tarafından pozitif yükümlülüklerle ilişkin genel bir tanımın yapılmadığı görülmektedir¹⁷². Hatta AİHM, *Plattform Ärzte für das Leben v. Avusturya* kararında, pozitif yükümlülükler konusunda genel bir teori geliştirmenin uygun olmadığına karar vermiştir¹⁷³. Doktrinde de, AİHM içtihadının en önemli özelliklerinden birinin AİHS’ni yaşayan bir hukuk metni olarak görmesi olduğu belirtilmektedir. Bu nedenle, AİHS’ni yapanların niyetinden daha çok AİHS’nin amaçsal yönü üzerinde durulmakta, dolayısıyla AİHM’nin pozitif yükümlülükler konusunda genel bir teorisinin benimsenmemesinin şaşırtıcı olmadığı belirtilmektedir¹⁷⁴. Bununla birlikte, *Gül v. İsviçre* kararında, Yargıç Martens muhalefet şerhinde, pozitif yükümlülüklerini taraf devletlerin harekete geçme/gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü olarak nitelendirilmiştir¹⁷⁵. AİHM tarafından açık bir tanım yapılmamış olmasına rağmen, devletlerin AİHS’nden kaynaklanan pozitif yükümlülüklerinin kapsamının çeşitli içtihatlar yoluyla belirlendiğini söyleyebiliriz.

Aslında pozitif-negatif yükümlülük ayrımına bağlı kalmasına rağmen, AİHM’nin yukarıda değindiğimiz saygı gösterme-gerçekleştirme-koruma yükümlülüğü şeklindeki üçlü yükümlülük tipolojisini çoğunlukla benimsediğini belirtmek gerekir. Bu kapsamda, yukarıda değindiğimiz devletin AİHS’nde güvence altına alınan haklara saygı gösterme/müdahale etmeme yükümlülüğü esasen devletin negatif yükümlülüğünü teşkil etmektedir¹⁷⁶.

Devletin pozitif yükümlülüğü, AİHS’nde yer alan bir hakkın devlet tarafından aktif bir şekilde korunmasını veya yerine getirmesini gerektirmektedir¹⁷⁷. Diğer bir ifadeyle, AİHM devletin koruma ve gerçekleştirme yükümlülüğünü pozitif yükümlülükler başlığı altında ele almaktadır. Buna göre, devletin bireylerin AİHS’nde yer alan haklardan etkili bir şekilde yararlanabilmesini sağlamak için gerekli her türlü yasal, mali, yargısal ve idari tedbirleri alma yükümlülüğü, *gerçekleştirme*

¹⁷² Mowbray, **Positive Obligations**, s.2; Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.47; Lavrysen, **a.g.m.**, s.162-163.

¹⁷³ *Plattform Ärzte für das Leben v. Avusturya*, no.10126/82, 21 Haziran 1988, para.31.

¹⁷⁴ Boyar, **a.g.m.**, s.55.

¹⁷⁵ *Gül v. İsviçre*, no.23218/94, 19 Şubat 1996, Yargıç Martens’in muhalefet şerhi.

¹⁷⁶ Harris/O’boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.19; Boyar, **a.g.e.**, s.55; Kalin/Künzli, **a.g.e.**, s.96-97.

¹⁷⁷ Harris/O’boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.19; Lavrysen, **a.g.m.**, s.162.

yükümlülüğünü (obligation to fulfill) teşkil etmektedir. İkinci olarak, devlet, bireylerin AİHS’nde yer alan haklarını, üçüncü kişilerin keyfi müdahalelerine karşı korumakla yükümlüdür. Böyle bir durumda ulusal makamların, bireylerin haklarına diğer bireyler tarafından yapılan ihlallere karşı koymak amacıyla makul ve uygun tedbirler almak suretiyle özel kişiler arasında gerçekleşen temel hak uyuşmazlıklarına müdahale etmesi gerekmektedir ki, bu da *koruma yükümlülüğü (obligation to protect)* olarak ifade edilmektedir.

Aşağıda AİHM kararları ışığında taraf devletlerin AİHS’nden kaynaklanan pozitif yükümlülükleri olarak gerçekleştirme ve koruma yükümlülüğüne ayrı başlıklar altında genel olarak değineceğiz. Bu iki pozitif yükümlülük türünün aynı zamanda milletlerarası özel hukuk bakımından herhangi bir özellik arz edip etmediğinin incelenmesi gerekir. Zira milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından devletin saygı gösterme/müdahale etmeme yükümlülüğünden ziyade Sözleşmesel hakların etkili bir şekilde gerçekleştirilmesi için devletlerin yasal, idari ve yargısal düzenlemeler getirme ve karşılıklı haklara sahip olan özel hukuk kişileri arasında gerçekleşen yabancı unsurlu uyuşmazlıklar bakımından hak ihlallerini önleme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığının ele alınması gerekmektedir.

C. Devletin Gerçekleştirme/Yerine Getirme Yükümlülüğü

AİHS’nde güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin bireyler tarafından fiilen ve etkili bir şekilde kullanılabilmesi için devletin yasal, mali, idari veya yargısal tedbirler alması gerekmektedir¹⁷⁸. Burada devletin sorumluluğu, yasama organının yasal düzenleme gerektiren bir konuyu hiç düzenlememiş olmasından ya da mevcut düzenlemenin Sözleşmesel hakları somut ve etkili bir biçimde gerçekleştirebilmesi için yeterli derecede uygulanamamasından kaynaklanmaktadır¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Gemalmaz B., **Mülkiyet Hakkı**, s.410; Boyar, **a.g.m.**, s.71; Eren, **İnsan Hakları**, s.144.

¹⁷⁹ Boyar, **a.g.m.**, s.71. Bu anlamda, bazen yargılama sürecine ilişkin usuli yükümlülükleri beraberinde getirmekte ve dolayısıyla yargı organına hitap etmekte, bazen devletin anayasal/Sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirebilmesi için öncelikle yasal düzenlemeler yapılmasını gerektirdiği için yasama organına hitap etmektedir. Gerçekleştirme yükümlülükleri bazen devletin hem maddi hem usuli olarak çeşitli eylemlerde bulunmasını gerektirmektedir. Böyle bir durumda yürütme organına görev düşmektedir. Bkz.: Boyar, **a.g.m.**, s.71.

AİHM kararlarında önlem alma yükümlülüğünün usuli ve maddi yükümlülükleri beraberinde getirdiği belirtilmektedir¹⁸⁰. Böyle bir ayırım, esasen devletten yerine getirmesi istenilen eylemin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Usuli yükümlülükler, kişilerin daha etkin bir şekilde korunması için etkili iç hukuk prosedürlerinin düzenlenmesini ve vaki hak ihlallerine karşı bireylerin başvurabileceği yeterli hukuki yolların varlığını gerektirmektedir. Nitekim AİHS de adil yargılanma hakkı (AİHS m.6) ve etkili başvuru hakkı (AİHS m.13) gibi doğrudan doğruya usuli hakları düzenlemektedir. Buna ilaveten, AİHM'nin çeşitli kararlarında maddi/temel hakları (substantive rights) düzenleyen birçok maddenin aynı zamanda bu hakların etkili ve somut bir şekilde kullanılması konusunda devletlere usuli pozitif yükümlülükler yüklediği sonucuna vardığı da görülmektedir¹⁸¹.

AİHS ve eki protokollerde yer alan maddi hakların hemen hepsi taraf devletlere pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Bunun temel dayanağının ise, AİHS m.1 hükmünden çıkarılan devletin AİHS'ndeki yer alan hakları etkili ve somut bir biçimde gerçekleştirme zorunluluğu olduğu belirtilmektedir¹⁸². Birçok AİHM kararında, devletlerin AİHS'nde güvence altına alınan birçok temel hak bakımından bireylerin bu hakları etkili ve somut bir şekilde kullanabilmeleri için, yasal düzenlemeler de dâhil olmak üzere gerekli tedbirleri alması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Örneğin, bir taraf devletin aile hukukuna ilişkin yasal düzenlemesince evlilik dışı çocuğun annenin ailesinin bir parçası olarak kabul edilmemesi, evlilik dışı çocuğun ailesine entegre olamaması nedeniyle çocuğun normal bir aile hayatı sürdürmesi için gerekli yasal düzenlemenin bulunmaması ve evlilik içinde doğan çocuklarla evlilik dışında doğan çocuklar arasında ayrımı öngören yasal düzenlemelerin varlığı nedeniyle AİHS m.8'in ve m.14'ün ihlal edildiğini tespit etmiştir¹⁸³. Yine başka bir davada AİHM, mahkemeye ayrılık kararı elde etmek için başvuran ancak yargılama masraflarının yüksekliği

¹⁸⁰ Akandji-Kombe, **a.g.e.**, s.16; Boyar, **a.g.m.**, s.71.

¹⁸¹ Örneğin, AİHM, AİHS m.2 uyarınca yaşam hakkını koruma yükümlülüğünün AİHS m.1 ile birlikte, bireyin kamu görevlilerinin güç kullanımı sonucu öldürüldüğü hallerde dolaylı olarak bir tür etkili bir resmi soruşturmanın varlığını gerektirdiğine hükmetmiştir. Bkz.: McCann ve diğerleri v. Birleşik Krallık, no.18984/91, 27 Eylül 1995, para.161. Yine benzer bir davada AİHM, davalı devletin AİHS m.2 ile bir arada AİHS m.14'e göre devletin ayrımcılığın var olup olmadığını soruşturmak için gerekli adımları atma şeklindeki yükümlülüğünü ihlal ettiğine hükmetmiştir. Bkz.: Natchova ve diğerleri v. Bulgaristan, no.43577/98, no.43579/98, 6 Temmuz 2005, para.168.

¹⁸² Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.47; Boyar, **a.g.m.**, s.71.

¹⁸³ Bkz.: Marckx v. Belçika, para.31-34.

nedeniyle ayrılık kararı elde edemeyen başvurucuya adli yardım imkanı sağlayacak bir sistemin bulunmaması nedeniyle hem özel hayat ve aile hayatına saygı hakkının (AİHS m.8) hem de adil yargılanma hakkının (AİHS m.8) ihlal edildiğine hükmetmiştir¹⁸⁴. Görüldüğü üzere, bu davalarda devletin herhangi bir eyleminden değil, (gerekli yasal düzenlemeleri eksik yapması veya yapmaması nedeniyle) eylemsizliğinden dolayı sorumluluğu söz konusu olmaktadır¹⁸⁵.

Üzerinde durulması gereken bir diğer nokta da, devletin AİHS'nden kaynaklanan önlem alma yükümlülüklerinin aynı zamanda devletin hakların etkili bir şekilde hayata geçirilebilmesi için ekonomik ve sosyal alanda düzenleme yapmasını gerektirmesidir. AİHM de, her ne kadar AİHS medeni ve siyasi hakları düzenlese de, bu hakların birçoğunun ekonomik ve sosyal nitelikte etkilere sahip olduğunu, AİHS'nin yorumlanmasının sosyal ve ekonomik haklar alanına kadar uzanabilir olması vakiasının böyle bir yoruma karşı belirleyici bir faktör olmaması gerektiğini belirtmektedir. AİHM'ne göre, bu alanı AİHS'nin kapsadığı alandan ayıran su geçirmez bir ayrım yoktur¹⁸⁶. Bunun için devletin öncelikle ilgili Sözleşmesel hakkı gerçekleştirmek için gerekli düzenlemeleri yapması gerekmektedir. Nitekim *Marckx* ve *Airey* kararlarına baktığımızda, devletlerin ekonomik ve (özellikle) sosyal hayatı ilgilendiren düzenlemeleri, ilgili Sözleşmesel hakkı (AİHS m.8) gerçekleştirmek için yetersiz veya söz konusu hakka aykırı bulunmuştur. Ancak, devletin gerçekleştirme yükümlülüğünü yerine getirmesi için sadece yasama organının gerekli düzenlemeleri yapması yeterli olmayabilir¹⁸⁷. Bu durumda, yapılan düzenlemelerin hayata geçirilmesi, diğer bir ifadeyle mevcut mevzuatın uygulanmasını sağlanmalıdır ki bu durumda yükümlülük yürütme ve yargı organlarına düşmektedir¹⁸⁸. Bu kapsamda, devletin idari ve yargısal makamlarının mevcut yasal ve idari düzenlemeleri yanlış veya eksik uygulamış olması

¹⁸⁴ Airey v. İrlanda, para. 24-28 ve para.31-33. Aynı yönde başka bir karar için bkz.: Bakan ve diğerleri v. Türkiye, no.50939/99, 12 Haziran 2007.

¹⁸⁵ Nitekim AİHM de *Airey v. İrlanda* kararında, Bayan Airey'in özel ve aile hayatına saygı hakkına yönelik davalı devletin müdahalesine maruz kalmadığını, başvurucunun devletin bir hareketinden değil, eylemsizliğinden yakınmakta olduğunu belirtmiştir. AİHM'ne göre, AİHS m.8, bireyi kamu güçlerinin keyfi müdahalelerinden korumayı amaç edinse de, devleti sadece bu tür müdahalelerden kaçınmaya icbar etmemekte, bu negatif yükümlülüklerle özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına etkili bir şekilde saygı gösterilmesini sağlayan pozitif yükümlülükler de eşlik etmektedir. Bkz.: Airey v. İrlanda, para.32.

¹⁸⁶ Airey v. İrlanda, para.26.

¹⁸⁷ Boyar, **a.g.m.**, s. 75.

¹⁸⁸ Boyar, **a.g.m.**, s.75.

ya da yanlış yorumlaması devletin gerçekleştirme yükümlülükleri bakımından sorumluluğuna yol açabilir¹⁸⁹.

Son olarak, devletin gerçekleştirme yükümlülüğü, ekonomik ve sosyal alanda çeşitli tedbirler almasını gerektirdiğinden aynı zamanda devletin mali imkânları ile de ilgili olduğunu belirtmek gerekir. AİHM, devletin ekonomik ve sosyal nitelikteki hakları gerçekleştirmesinin büyük ölçüde devletin durumuna, özellikle ekonomik durumuna bağlı olduğunu belirtmektedir¹⁹⁰. Hiç şüphesiz, devletler ilgili Sözleşmesel hakkın kullanılabilmesi için alacakları tedbirler konusunda belirli bir takdir marjına sahiptir¹⁹¹. Devlet, hakkın etkili ve somut bir şekilde kullanılabilmesi için imkânlarının elverdiği gerekli önlemleri almışsa, sonuç sağlanamamış olsa da, yükümlülüğünü yerine getirmiş olacaktır¹⁹².

Devletin hakları gerçekleştirme yükümlülüğünün devletlerin milletlerarası özel hukuk rejimleri ile de yakından alakasının olduğunu söyleyebiliriz. Nasıl ki devletler AİHS’nde güvence altına alınan hakların bireyler tarafından somut ve etkili bir şekilde kullanılabilmesi için bazı olumlu tedbirler almaları gerekmekte, benzer şekilde yabancılık unsuru içeren ve milletlerarası özel hukukun kapsamına giren uyuşmazlıkların çözümü bakımından da bazı eylemlerde bulunmaları gerekmektedir. Zira milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından devletin saygı gösterme/müdahale etmeme yükümlülüğünden ziyade, hakların bireyler tarafından etkin bir şekilde kullanılmasını

¹⁸⁹ Örneğin, *Öneryıldız v. Türkiye* kararında AİHM, 39 kişinin öldüğü çöplük patlamasında çöp alanının etrafında tüm yasal ve idari mevzuata aykırı bir biçimde gerçekleştirilen gecekondu yapılaşmasına karşı devletin pasif kalması nedeniyle yaşam hakkının hem maddi hem usuli boyutuyla ihlal edildiğine hükmetmiştir. Ayrıca, yaşam hakkına ilişkin pozitif yükümlülükler kapsamında gerekli önlemlerin alınmaması nedeniyle devletin mülkiyet hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerini de ihlal ettiğine karar vermiştir. Bkz.: *Öneryıldız v. Türkiye*, no.48939/99, 30 Kasım 2004, para.118-119. AİHM’ne göre, “...olaydaki gibi bir tehlikenin ortaya çıkmasını önlemeye elverişli nitelikteki tedbirlerin alınması, belli devlet makamlarına yasalarla verilmiş görevler arasındadır. Oysa AİHM’ne göre, Ümraniye çöplüğüne zamanında, durum ölümcül hale gelmeden gazdan arındırma sistemi kurulsaydı, Türk Anayasasının 65. Maddesini hiçe sayarak Devlet kaynaklarının aşırı kullanımına gitmeksiniz ve (...) siyasal tercihlere ilişkin sorunlarla uğraşmaksızın, etkili bir tedbir alınmış olurdu.”. Bkz.: *Öneryıldız v. Türkiye*, para.107, (Boyar, **a.g.m.**, s.73).

¹⁹⁰ *Airey v. İrlanda*, para.26.

¹⁹¹ *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v. Birleşik Krallık*, no.9214/80; 9473/81; 9474/81, 28 Mayıs 1985, para.67; *Johnston ve Diğerleri v. İrlanda*, para.55; *Plattform Ärzte für das Leben v. Avusturya*, para.29.

¹⁹² *Gözübüyük/Gölcüklü*, **a.g.e.**, s.48.

sağlamak için gerekli olumlu tedbirleri alması gerekmektedir. Bu tür tedbirlerin ise daha çok yasal ve yargısal nitelikte olabileceğini söyleyebiliriz.

Devletler yabancılık unsuru içeren ve dolayısıyla milletlerarası özel hukukun kapsamına giren uyuşmazlıkların hangi maddi hukuk kuralları uyarınca ve hangi usul kuralları dâhilinde çözüleceğini belirlemekte esasen serbesttir. Diğer bir ifadeyle, yabancı hukukun tatbiki bir devletin diğer bir devlet veya devletler karşısındaki hukuki veya ahlaki bir yükümlülüğünden değil, her devletin kendi hukuk ve adalet anlayışından kaynaklanmaktadır¹⁹³. Benzer durumun, yargı bağışıklığı gibi uluslararası hukukun etkisinin olduğu bazı istisnai durumlar dışında milletlerarası usul hukuku bakımından da söz konusu olduğunu söyleyebiliriz.¹⁹⁴ Bununla beraber, bu serbestlik devletlerin keyfi bir şekilde hareket edeceği anlamına da gelmemektedir. Zira devletler, mahkemeleri önünde cereyan eden hukuki uyuşmazlığın tarafları arasında adaleti tesis etme mükellefiyeti altındadır. Aynı zamanda, devletlerin milletlerarası özel hukuk rejimlerini kendi yasama organları eliyle re'sen düzenleme imkânına sahip olmaları, uluslararası hukuku hiçe sayarak düzenleyebilecekleri anlamına gelmez. Uluslararası toplumunun ortak değerlerini temsil eden insan hakları anlaşmalarını, özellikle AİHS'ni dikkate almaları gerekmektedir¹⁹⁵.

Bu bakımdan, taraf devletlerin yabancı unsurlu davalara uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarını ve usul hukuku kurallarını tanzim ederken, karşılıklı haklara sahip olan bireylerin AİHS'nde yer alan temel haklarını ihlal etmeyecek bir şekilde hareket etmeleri gerekmektedir. Zira söz konusu uyuşmazlıklar bakımından hakları etkilenecek farklı bireyler bulunmaktadır ve devletlerin bireylerin karşılıklı hakları arasında denge gözetecek bir milletlerarası özel hukuk sistemi tanzim etmeleri gerekmektedir. Bunun için de devletler öncelikle bireylerin haklarını etkili ve somut bir şekilde kullanabilmelerini sağlayacak gerekli yasal düzenlemeleri gerçekleştirmelidir. Aksi takdirde devletin AİHS nezdinde sorumluluğu söz konusu olabilir. Örneğin, boşanmaya uygulanacak hukukun doğrudan kocanın milli hukukuna veya ikametgâhı hukukuna bağlayan bir kanunlar ihtilafı kuralının varlığı cinsiyete bağlı ayrımcılık yasağına (AİHS

¹⁹³ Nomer, **DHH**, s.189.

¹⁹⁴ Nomer, **DHH**, s.379.

¹⁹⁵ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.320.

m.14) aykırılık teşkil edebilir. Yine, mahkemenin milletlerarası yetkisini tesis eden yetki kuralının aşırı yetki tesis edecek şekilde tanzim edilmiş olması nedeniyle davalının bu mahkemede yapılacak yargılamada kendini savunmasının maddi ve manevi olarak külfetli olması veya yargılamanın haddinden uzun sürecektir olması davalının adil yargılanma hakkına (AİHS m.6) aykırılık teşkil edebilir. Bu gibi ihlalleri önlemek adına devletler yeni düzenlemeler yapabileceği gibi mevzuat değişikliğine, hatta içtihat değişikliğine dahi gidilebilir. Ancak yasal düzenlemelerin varlığına rağmen, devletin yargılama makamlarının mevcut milletlerarası özel hukuk kurallarını eksik veya yanlış uygulaması ya da yorumlamasının da hak ihlallerine neden olabileceğini belirtmek gerekir¹⁹⁶.

Hiç şüphesiz, devletler Sözleşmesel hakların somut ve etkili bir şekilde kullanılabilmesi için yabancı unsurlu davalara uygulanacak maddi ve usuli kuralları tanzim etme konusunda belirli bir takdire sahiptir. Hatta dava konusu hukuki işlem veya ilişkinin yabancılık unsuruna sahip olmasının da devletlerin uyuşmazlığa uygulanacak kuralların yorumlanması ve uygulanması bakımından sahip olduğu takdir marjını genişlettiği ileri sürülebilir¹⁹⁷. Ancak devlet bir kere yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıkları açısından bir milletlerarası özel hukuk sistemi öngörmüşse, prensip olarak bu sistemin bireylerin Sözleşmesel haklarını etkili ve somut bir şekilde kullanmalarını sağlayarak herhangi bir ihlale yol açmayacak genişlikte ve esneklikte olması gerekmektedir.

D. Devletin Temel Hakları Üçüncü Kişilerin Müdahalelerine Karşı Koruma Yükümlülüğü ve AİHS'nin Yatay Etkisi

1. Genel Olarak

İnsan hakları hukuku esas olarak birey ile devlet arasındaki ilişkileri düzenlemekte ve bireyin haklarını devlete karşı korumayı amaçlamaktadır. Diğer bir ifadeyle, anayasa ve taraf olduğu insan hakları sözleşmeleri uyarınca bireylere tanınan hakların

¹⁹⁶ Örneğin, *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tatbiki lazım gelen yabancı hukuk uyarınca evlilik dışı çocuğun baba ile soybağının kurulmasının mümkün olmaması nedeniyle (kamu düzeninin varlığına rağmen) bu talebin mahkemece reddedilmesi çocuğun AİHS m.8'den kaynaklanan haklarına aykırılık teşkil edebilecektir.

¹⁹⁷ Aynı yönde bkz.: Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.44.

muhatapı/yükümlüsü devlettir. Bunun altında ise, temel hakların özünde devlet (organları ve görevlileri) tarafından ihlal edilebileceği düşüncesi yatmaktadır. Dolayısıyla, devletin kendi işlem ve eylemlerinden bireylere karşı olan sorumluluğu dikey yükümlülük olarak adlandırılmaktadır¹⁹⁸. Ancak, günümüzde temel hakların sadece devlet tarafından değil, özel hukuk kişileri tarafından da ihlal edilebileceği, dolayısıyla temel hakların özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilerde (yatay ilişki) de uygulanabileceği kabul edilmektedir. Burada, fail bir özel hukuk kişi olmakla birlikte insan hakları hukuku açısından sorumlu olanlar yine devletlerdir¹⁹⁹. İşte bu nedenle birey-birey ilişkilerinden kaynaklanan yükümlülüğü devletin yatay yükümlülüğü olarak ifade edilmektedir.

Gerek anayasalarda gerekse AİHS’nde yer alan temel haklar bakımından devletin sorumluluğu esasen dikeydir. Zira AİHS uyarınca birey devletten sadece haklara müdahale etmemesini/saygı göstermesini beklemektedir. Dolayısıyla burada devletin birincil olarak dikey yükümlülüğü söz konusudur. Aynı hususun devletin gerçekleştirme yükümlülüğü açısından da söz konusu olduğunu söyleyebiliriz. Bu durumda ihlale sebebiyet veren devletin hareketsizliğidir. Bununla beraber AİHM, yukarıdaki üçlü yükümlülük ayrımını takip ederek, devletin Sözleşmesel hakları diğer bireylerin eylemlerinden koruma pozitif yükümlülüğü altında olduğunu kabul etmektedir²⁰⁰. Bireylerin AİHS’nde yer alan temel haklarına diğer özel hukuk kişilerinin müdahalede bulundukları böyle durumlarda, ihlale sebebiyet veren eylem bir özel hukuk kişisine ait olsa bile, devletin birey-birey ilişkilerinden (yatay ilişki) kaynaklanan temel hak uyuşmazlıkları bakımından sorumluluğu doğabilmektedir. İşte, temel hak ve özgürlüklerin bireylerin kendi aralarındaki özel hukuk ilişkileri bakımından ihlali halinde temel haklara dayanıp dayanamayacağı veya ne ölçüde dayanabileceği sorunu,

¹⁹⁸ Gemalmaz M.S., **a.g.e.**, s.1522; Gözler, **a.g.e.**, s.538; Eren, **İnsan Hakları**, s.146.

¹⁹⁹ Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.45; Eren, **İnsan Hakları**, s.147; Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.56; Eva Brems, “Conflicting Human Rights: An Exploration in the Context of Right to a Fair Trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, **Human Rights Quarterly**, Vol.27, 2005, s.300-301.

²⁰⁰ Harris/O’boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.19; Boyar, **a.g.m.**, s.63.

genellikle *temel hakların yatay etkisi (Drittwirkung=horizontal effect/third party effect of fundamental rights)* olarak ifade edilmektedir²⁰¹.

Temel hakların yatay etkiye sahip olup olmayacağı veya üçüncü kişiler üzerinde etkilerinin olup olmayacağı hususu doktrinde oldukça tartışmalı olmakla beraber bu konuda çeşitli ve farklı teoriler bulunmaktadır. Konunun -en azından- insan hakları hukuku bakımından ayrı bir çalışmayı gerektirecek hacimde olduğu söylenebilir. Biz burada, temel hakların yatay etkisi kavramının içeriğini ve çeşitlerini konumuz olan devletin temel hakları üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı koruma pozitif yükümlülüğü çerçevesinde genel olarak ele alacağız. Bu kapsamda, AİHS'nin yatay etkiye sahip olup olmadığını, yatay etkinin AİHS sistemi içindeki yerini ve özellikle devletlerin pozitif yükümlülüklerinin bir sonucu olarak AİHS'nin dolaylı yatay etkisini AİHMnin bu konudaki yaklaşımını ele alarak değineceğiz.

2. Temel Hakların Yatay Etkisi

a. Kavramın Ortaya Çıkışı, Gelişimi ve Anlamı

İnsan haklarının devlet dışında kişiler tarafından ihlal edilip edilemeyeceği, eğer ihlal edilmesi halinde söz konusu ihlalden dolayı devletin sorumlu tutulup tutulamayacağı soruları ilk kez Almanca menşeli “*Drittwirkung (üçüncü etki)*” kavramı altında tartışılmaya başlanmıştır. Bu konuyu 50’li 60’lı yıllarda ele alan yazarlar, meseleyi “*temel hakların üçüncü etkisi (drittwirkung der Grundrechte)*” şeklinde kavramsallaştırdıklarından kavram yabancı literatürde de “*drittwirkung*” kelimesi ile

²⁰¹ Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.56; Çetin, **a.g.e.**, s.77; Zafer Gören, “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi”, **Özel Hukuk ve Ana yasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar I**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2001, s.4; Tolga Şirin, **Türkiye’de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme**, XII Levha, İstanbul 2013, s.349; O. Korkut Kanadoğlu, **Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması**, Beta, İstanbul 2000, s.17; Detlev W. Belling/Nurten İnce, “Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, **Legal Hukuk Dergisi**, C.12, S.137, Y.2014, s.5.

ifade edilmektedir²⁰². Türk hukukunda drittwirkung terimi yer yer kullanılsa da daha çok temel hakların yatay etkisi kavramının tercih edildiğini görmekteyiz²⁰³.

Yatay etki teorisi, ilk olarak İkinci Dünya Savaşından sonra Alman hukuk doktrini ve mahkemelerince tartışılmıştır. Bu dönemde ilk kez *Nipperday*²⁰⁴ tarafından sendika kurmayı sınırlamayı veya engel olmayı amaç edinen sözleşmelerin batıl olduğu ve buna dayalı olarak gerçekleştirilen işlemlerin hukuka aykırı olduğuna ilişkin Alman Anayasası m.9/2'nin özel hukuk ilişkilerini doğrudan düzenlediğini ileri sürülmüştür²⁰⁵. Daha sonra anayasanın diğer maddelerinin sözleşme, rekabet, aile miras hukuku gibi farklı dallara uygulanabilir olduğunun farklı yazarlarca savunulduğu belirtilmektedir²⁰⁶.

Yabancı ülke hukuklarında ise, temel hakların yatay etkisi meselesi farklı şekillerde ele alınmakta ve çoğunlukla Alman hukuk doktrini ve içtihatlarına dayanmaktadır. Bazı ülke hukuklarında konuyu genel olarak veya bazı haklarla sınırlı olarak düzenleyen anayasa hükümleri de bulunmaktadır²⁰⁷. Türk hukukunda da temel hakların özel hukuka etkisi, Anayasanın 11. maddesinde açıkça kurala bağlanmıştır. Buna göre, anayasa hükümlerinin sadece devlet-birey ilişkilerinde değil, kişilerin kendi aralarındaki hukuki ilişkilerde de geçerli olduğu hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, Anayasanın 12. maddesindeki “*temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.*” hükmü de yatay etkinin Türk hukukunda geçerli olduğunu göstermektedir. İlk olarak AIHM daha sonra da

²⁰² Örneğin bkz.: Harris/O'boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.120; Eric Engle, “Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)”, **Hanse Law Review**, Vol.5, No.2, 2009, s.165 vd.; Evert Albert Alkema, “The Third-party Applicability or “Drittwirkung” of the European Convention on Human Rights”, **Protecting Human Rights: The European Dimension – Studies in Honour Gerard Wiarda**, Ed. Franz Matscher, Herbert Petzold, Köln 1988, s.33; Andrew Clapham, **Human Rights in the Private Sphere**, Clarendon Paperbacks, 1993, s.180 vd.

²⁰³ Gözler, **a.g.e.**, s.538; Boyar, **a.g.m.**, s.56; Gören, **a.g.e.**, s.3; Kanadoğlu, **a.g.e.**, s.17; Çetin, **a.g.e.**, s.74; Şirin, **Anayasa Şikayeti**, s.350; Ozan Ergül, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücreti Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine”, **Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan**, Cilt I, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2013, s.435 vd. Çalışmamızda da terminolojik yeknesaklık adına yatay etki kavramı kullanılacaktır.

²⁰⁴ Teorinin ilk defa aynı zamanda Alman Federal İş Mahkemesinin başkanı olan Alman hukukçu Hans Carl Nipperday tarafından ileri sürüldüğü ve şekillendirildiği belirtilmektedir. Bkz.: Alina Lengauer, **Drittwirkung und Grundfreiheiten**, Springer, Wien/New York 2011, s.4-5, (Şirin, **Anayasa Şikayeti**, s.350, dn.364'ten naklen).

²⁰⁵ Şirin, **Anayasa Şikayeti**, s.351.

²⁰⁶ Şirin, **Anayasa Şikayeti**, s.351.

²⁰⁷ Temel hakların yatay etkisine ilişkin çeşitli ülke hukuklarındaki anayasal düzenlemeler için bkz.: Gören, **a.g.m.**, s.5 vd.

Alman Anayasa Mahkemesi içtihatlarıyla devletin pozitif yükümlülüğü kuramının ortaya çıkışı ve gelişimi, konunun pozitif yükümlülükler kapsamında da incelenmesine neden olmuştur. Özellikle AİHM uygulaması, yatay etkinin uluslararası insan hakları hukukuna da teşmiline yardımcı olmuştur²⁰⁸.

Yatay etki, esasen temel hakların sadece özel hukuk kişileri ile devlet arasındaki ilişkide değil, özel kişilerin birbirleriyle olan ilişkilerinde de etkili olacağı esasına dayanmaktadır. Bilindiği üzere, özel hukuk kişileri aynı zamanda temel hakların sahibidir ve aktif ögesini oluştururlar. Bu kişiler arasındaki ilişkiler özel hukuka tabidir. Diğer bir ifadeyle, bu kişiler arasındaki hukuki ihtilafların özel hukuk kanunları uyarınca çözülür. Bu kanunlarda temel hak ve özgürlüklere katalog şeklinde yer verilmemekle birlikte bu alanda da temel hakların ve eşitlik prensibinin korunmasına ihtiyaç bulunmaktadır. İşte yatay etkide, temel hakların etkisinin özel hukuk sükrelerini kapsayacak şekilde genişletilmesi söz konusudur²⁰⁹. Farklı bir deyişle, bu teori aynı zamanda temel hakların sahibi olan bir özel hukuk kişinin haklarının diğer bir özel hukuk kişisi tarafından ihlal edilmesi halinde, bu kişiye karşı kendi anayasasında yer alan haklarını ileri sürebileceği varsayımından kaynaklanmaktadır. Günümüzde, temel hak ve özgürlüklerin “*objektif değerler düzeni öğeleri*” olarak hukukun tüm alanlarında geçerli olduğu, dolayısıyla bireyler arasındaki özel hukuk ilişkilerini de etkilediği genel olarak kabul edilmektedir²¹⁰. Dolayısıyla, yatay etkinin varlığı konusunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Kavramı asıl tartışmalı hale getiren ise, yatay etkinin kapsamı ve şekli ile hukuk dogmatığının buna ilişkin geliştirdiği çözümdür. Aşağıda, temel hakların yatay uygulanması şekli ile ilgili olarak doktrin ve mahkeme içtihatlarında ileri sürülen farklı görüşler ele alınacaktır.

²⁰⁸ Şirin, **Anayasa Şikayeti**, s.351.

²⁰⁹ Gören, **a.g.m.**, s.4.

²¹⁰ Gören, **a.g.m.**, s.4; Kanadoğlu, **a.g.e.**, s.18. Temel hakların yatay etkisi konusunda Alman Anayasa Mahkemesinin ilk kararı olan ve ilke kararı olarak halen geçerli olan 1958 tarihli *Lüth* kararında Alman AYM, Anayasanın temel haklar kısmında objektif bir değerler düzeni kurduğunu belirtmektedir. Alman AYM, dayanak noktasını toplum içerisinde özgürce gelişen insan kişiliği ve onurunda bulan bu değerler sisteminin anayasal temel hüküm olarak hukukun tüm alanlarında geçerli olması gerektiğini belirtmiştir. Böylece, Alman AYM değerler sisteminin doğal olarak medeni hukuku da etkilediğini, hiçbir medeni hukuk hükmünün değerler sistemi ile çelişmeyeceğini, her bir hükmün bu sistemin ruhunda yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz.: BVerfGE, 7, S. 198, 204 vd., (Kanadoğlu, **a.g.e.**, s.20, dn.61.)

b. Temel Hakların Yatay Etkisi Konusunda İleri Sürülen Görüşler

Temel hakların devlet-birey ilişkilerinde prensip olarak doğrudan uygulanacağı kabul edilirken²¹¹, yatay ilişkilerin söz konusu olduğu hallerde konu oldukça belirsiz ve tartışmalıdır. Yatay etkinin uygulanma şekliyle ilgili olarak çok çeşitli ve farklı görüşler bulunmakla birlikte biz konuyu doğrudan veya dolaylı yatay etki olarak iki ayrı başlık altına inceleyeceğiz.

i. Doğrudan Yatay Etki

Doğrudan yatay etki (*mutlak veya direkt etki=direct horizontal effect, unmittelbare Drittwirkung*), bir bireyin diğer bir birey ile hukuki bir çatışma yaşaması durumunda, devletin aracılığı olmadan, doğrudan doğruya anayasada düzenlenen bir temel hakkına dayanması ve bu hakka dayalı olarak normatif sonuçlara ulaşabilmesini ifade etmektedir²¹². Doğrudan etki teorisinin en büyük savunucusu olan *Nipperday*'e göre temel haklar, tüm hukuk sisteminde etki gösteren objektif, bağlayıcı anayasa hükümleridir, bu nedenle bireyler arasındaki özel hukuk ilişkilerine de direkt uygulanır²¹³. Bu teoriye göre, temel hak sahipleri devletin aracılığı olmadan temel haklara uygun davranılmasını isteyebilir. Temel haklar özel hukuk ilişkilerinde yasalara dayanmak zorunda kalmadan ve yorum gerektiren ara basamaklara dayanmadan uygulama alanı bulur.

Doğrudan yatay etkinin anayasal temelini Alman Temel Yasasının devletin temel haklarla bağlı olduğunu düzenleyen m.1/3 hükmü oluşturmaktadır. Bu anlayışa göre, devlet bütün organlarıyla temel haklara bağlıysa, bu durumda özel hukuk kişilerinin de evleviyetle temel haklara bağlı olması gerektiği belirtmektedir²¹⁴. Bu teorinin tercih edilmesinin bir diğer sebebi de toplumsal yaşam içerisinde devlet dışında farklı iktidar biçimlerinin (örneğin, şirketler, sendikalar, işverenler) bulunması nedeniyle temel hakların bunlara karşı korunması zorunluluğudur. Örneğin, işverenler veya işveren birlikleri ile işçiler arasında fiilen eşit bir ilişkinin olduğunu söylemek mümkün değildir.

²¹¹ Engle, **a.g.m.**, s.165; Boyar, **a.g.m.**, s.60; Çetin, **a.g.e.**, s.81.

²¹² Clapham, **a.g.e.**, s.180; Gören, **a.g.m.**, s.8; Şirin, **Anayasa Şikayeti**, s.352; Gözler, **a.g.e.**, s.539.

²¹³ Nipperday'ın görüşleri için bkz.: Belling/İnce, **a.g.m.**, s.7 vd. ve Gören, **a.g.m.**, s.8 vd.

²¹⁴ Gören, **a.g.m.**, s.10; Belling/İnce, **a.g.m.**, s.7; Boyar, **a.g.m.**, s.57.

Bu nedenle Alman Yüksek İş Mahkemesi de bu olgudan hareketle doğrudan yatay etkiyi kabul ederek, Anayasada yer alan bazı temel hakların (m.9/2-3) sadece kamu gücüne karşı özgürlüğün temin edilmesi için değil, aynı zamanda sosyal hayatın düzenlenmesine yönelik bir ilke niteliği taşıdığını belirtmiş ve özel hukuk kişileri arasındaki hukuki ilişkilere doğrudan uygulanabilir olduğuna hükmetmiştir²¹⁵. Bunun yanında, doğrudan etkinin tercihi konusunda doktrinde birçok farklı görüş ileri sürülmekle birlikte aynı zamanda çeşitli yönlerden de eleştirildiğini²¹⁶, teoriye yönelik eleştirilerin zamanla dolaylı yatay etkinin ortaya çıkmasına yol açtığını²¹⁷ söyleyebiliriz.

ii. Dolaylı Yatay Etki

Dolaylı yatay etki (*indirect horizontal effect=mittelbare Drittwirkung*)²¹⁸, esasen temel hakların yükümlüsünün bireyler olmadığı temeline dayanmaktadır. Temel haklar özel hukuk ilişkilerini doğrudan çözmemekte, sadece dolaylı bir şekilde uygulanabilir. Doktrinde *Dürig* ve uygulamada Alman Federal Anayasa Mahkemesince benimsendiği belirtilen²¹⁹ bu görüşe göre, temel haklar özel hukuk ilişkilerinin yorumlanmasında dikkate alınan değerlerdir ve anayasa hükümlerinde vücut bulan bu değerlerin özel hukuk ilişkileri açısından da anlamlı olduğu belirtilmektedir²²⁰.

Bu görüşün altında temel hakların sadece devlete yönelik korunma hakları niteliğinde olmaması, aynı zamanda temel hakların hukukun her alanında geçerli olan objektif değerler düzenini oluşturması yatmaktadır. Özel hukuk ilişkilerini düzenleyen normlar, bu objektif değerler düzenine aykırı olamaz. Diğer bir ifadeyle, objektif değerler sistemi olarak temel haklar, normlar hiyerarşisinde Anayasanın altında yer alan her türlü yasanın yorumlanmasına ve uygulanmasına etki eder. Burada, yatay etkinin

²¹⁵ Alman Yüksek İş Mahkemesinin kararı için bkz.: Şirin, **Anayasa Şikayeti**, s.353, dn.387.

²¹⁶ Doğrudan yatay etkinin uygulanması konusunda doktrinde ileri sürülen görüş ve teoriye getirilen eleştiriler için bkz.: Ergül, **a.g.m.**, s. 445 vd.; Boyar, **a.g.m.**, s.57-58.

²¹⁷ Şirin, **Anayasa Şikayeti**, s.358.

²¹⁸ Dolaylı yatay etkinin, güçlü veya zayıf olarak nitelendirilen farklı şekillerde kabul edilmesi ve uygulanması mümkündür. Konu ile ilgili olarak bkz.: Ergül, **a.g.m.**, s.461. Ayrıca bkz.: Gavin Phillipson, "The Human Rights Act, 'Horizontal Effect' and the Common Law: A Bang of a Whimper?", **The Modern Law Review**, Vol.62, No.2, 1999, s.830 vd.

²¹⁹ Alman Anayasa Mahkemesinin Lüth (1958), Blinkfüer (1969) ve 1. Kürtaj davası (1975) kararları dolaylı yatay etki ve objektif değerler sistemine atıf yapan önemli kararlardır. Kararlar için bkz.: Belling/İnce, **a.g.m.**, s.13 vd.

²²⁰ Boyar, **a.g.m.**, s.58.

dolaylı olmasının nedeni, Anayasada düzenlenen temel hakkın, yasanın yerine geçecek şekilde uygulanmaması, ancak yasanın yorumunda göz önünde bulundurulmasıdır²²¹. Başka bir ifadeyle dolaylı etki, özel hukuk alanında yer alan (ve özel hukuk ilişkilerine uygulanacak olan) yasalardaki genel ve yoruma açık hükümlerin devlet mahkemeleri tarafından uygulanmasında ve yorumlanmasında, anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklerin koruduğu değerler ve prensiplerin göz önünde bulundurulması anlamına gelmektedir²²².

Son olarak belirtmek gerekir ki, yatay etki konusundaki farklı yaklaşımlardan en etkili olanının ve en çok kabul göreninin, dolaylı yatay etki olduğunu söyleyebiliriz²²³. Hatta dolaylı yatay etkinin, uygulandığı haklarda devletin yükümlülüklerinin kapsamının belirlenmesi açısından AİHS sistemine en uygun teori olduğu ileri sürülmektedir²²⁴.

3. Yatay Etkinin AİHS Sistemi İçindeki Yeri

AİHS'ne taraf devletlerin, dikey ilişkilerde, farklı bir ifadeyle devlet organları tarafından bireylerin AİHS'nde yer alan haklarına yönelik ihlallerinden doğrudan sorumlu olduğu açıktır. Bununla beraber, AİHS'nin hazırlandığı ve kabul edildiği dönemde, AİHS'nin yatay ilişkiler bakımından uygulanmasının bir olasılık olarak dahi düşünülmediği ifade edilmektedir²²⁵.

²²¹ Boyar, **a.g.m.**, s.59.

²²² Belling/İnce, **a.g.m.**, s.10; Şirin, **Anayasa Şikayeti**, s.359; Gözler, **a.g.e.**, s.539; Clapham, **a.g.e.**, s.180-181. Özel hukuk uyumsuzluğunu çözüme kavuşturmak durumunda kalan yargıcin, özel hukukun genel kuralları ve belirsiz (soyut) kavramlarını anayasa hükümleri ışığında, ancak her halükarda yasa hükümlerine dayalı olarak uyumsuzluğu çözmesi gerektiği belirtilmektedir. Özel hukuktaki bu genel normlar, temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk alanına girmesine yol açan “sızma noktaları” olarak tanımlanmaktadır. Bir bireyin haklarına diğer bireylerin müdahalesini engellemek ve bireyler arasındaki ilişkiyi dengelemek için ahlaka aykırılık, hukuka aykırılık, dürüstlük kuralı, haksız fiil gibi özel hukukta yeterince koruyucu hükümler bulunduğu ve bunların zaten yoruma açık hükümler olduğu, bu genel hükümlerin aracılığıyla temel haklar özel hukuk ilişkilerine uygulanacağı belirtilmektedir. Bkz.: Gören, **a.g.m.**, s.15; Belling/İnce, **a.g.m.**, s.10.

²²³ Türk hukuk doktrininde de hâkim görüşün, dolaylı yatay etkinin geçerli olduğu yönündedir. Bkz.: Gören, **a.g.m.**, s.23 vd.; Ernst Hirsch, “Anayasa’nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri”, **Birinci Türk Hukuk Kongresi’ne Sunulan Tebliğler**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 1972, s.12; Hüseyin Özcan, “Drittwirkung der Grundrechte in der Türkei”, **AÜEHFD**, C.9, S.3-4, s.199. Dolaylı yatay etkinin Türk hukukunda uygulanması ile ilgili olarak bkz.: Şirin, **Anayasa Şikayeti**, s.360-361.

²²⁴ Boyar, **a.g.m.**, s.60.

²²⁵ Engle, **a.g.m.**, s.169; Çetin, **a.g.m.**, s.82; Phillipson, **a.g.m.**, s.826-827.

AİHS sisteminde yatay etki ile kastedilen, bireylerin birbirleri ile ilgili temel hak uyuşmazlıklarını AİHM önüne taşımaları değildir. Bireysel başvurunun her halükârda devlete karşı yapılması gerektiğinden, bir kişinin bir başka kişinin ihlale sebebiyet veren eylemini AİHM önünde dava etmesi mevcut AİHS sistemi bakımından mümkün görünmemektedir. Böyle bir durumda AİHM, AİHS m.25 uyarınca başvuruyu kişi bakımından kabul edilemez olarak reddedecektir. Dolayısıyla, AİHS sistemi içerisinde doğrudan yatay etki kuramının geçerli olduğu söylenemez²²⁶. Bununla beraber, bazı yazarlarca AİHS'nin bazı hükümlerinin bireyler arasındaki ilişkilerde doğrudan uygulanabileceği de ileri sürülmektedir²²⁷. Ancak, AİHM²²⁸ ve doktrin²²⁹ tarafından genel olarak kabul edilen görüş, özel hukuk kişileri arasında cereyan eden temel hak uyuşmazlıkları bakımından AİHS'nin dolaylı yatay etkisinin olabileceği yönündedir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, AİHS devletlere temel hak ve özgürlükleri bireylerin eylemlerine karşı koruma yükümlülüğü yüklemektedir. Böyle bir durumda koruma yükümlülüğünü yerine getirmeyen devlete karşı AİHM nezdinde bireysel başvuru yapılabilir. Dolayısıyla devletler, bireylerin birbirlerinin Sözleşmesel haklarını çiğnedikleri durumlarda uluslararası anlamda sorumlu tutulabilecektir. Bu gibi durumlarda devletin sorumluluğu, esasen devletin üçüncü kişilerin temel haklara tecavüzünü haksız bulmaması ve buna ilişkin etkili bir başvuru yolu öngörmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Hak ihlalinin bir devlet organı değil de, özel kişinin gerçekleştirmesi durumunda, devletin hakkı zarar gören kişiyi korumak için gerekli

²²⁶ Boyar, **a.g.m.**, s.60; Engle, **a.g.m.**, s.169; Şirin, **Anayasa Şikayeti**, s.354; Çetin, **a.g.e.**, s.82;

²²⁷ Doktrinde, AİHS'nin doğrudan yatay etkinin uygulanabilir olduğu konusunda çeşitli gerekçeler ileri sürülmektedir. Birincisi, bazı maddeler hariç olmak üzere, AİHS'nde yer alan hakların "*herkes... hakkına sahiptir*" veya "*kimse...maz*" şeklinde düzenlenme biçiminden hareketle bireylerin sadece devlete değil, diğer bireylere karşı da temel haklara sahip olduğu ileri sürülmüştür. İkincisi, AİHS'nin 8-11. maddelerinde "*başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*"nın bir sınırlandırma nedeni olarak kabul edilmiş olması bireylerin diğer kişilerin de sahip olduğu söz konusu hak ve özgürlüklere zarar vermeme yükümlülüğü altında olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla, bireylerin bu yükümlülüğü yerine getirmemeleri halinde tıpkı devletler gibi sorumlu olabilecekleri de ileri sürülmüştür. Bkz.: Marc-Andre Eissen, "The European Convention on Human Rights and the Duties of the Individual", **Nordic Journal of International Law**, Vol.32, I.1-4, 1962, s.234 ve 237. Doktrinde AİHS'nin doğrudan yatay etkiye sahip olabileceği yönündeki bu görüşlerin eleştirisi için bkz.: Şirin, **Anayasa Şikayeti**, s.355-356.

²²⁸ AİHS'nin yatay etkisi veya uygulaması hakkındaki AİHM içtihatları için bkz.: Aşağıda, s.78 vd.

²²⁹ Harris/O'boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.20; Boyar, **a.g.m.**, s.61; Şirin, **Anayasa Şikayeti**, s.359; Clapham, **a.g.e.**, s.181. Clapham temel hakların yatay etkisinin kısmen kabul etmekte, AİHS'nin yatay etkisinin uluslararası seviyede pek faydasının olmayacağını, zira AİHM'nin devletlerin anayasal değerleri ve gelenekleri uyumlaştırmayı değil AİHS'nde güvence altına alınan hakların uluslararası alanda korunmasını sağlamayı amaçladığını belirtmektedir. Bkz.: Clapham, **a.g.e.**, s.181.

adımları atmayıp üzerine düşen koruma yükümlülüğünü yerine getirmediyse *dolaylı olarak* sorumlu olacaktır²³⁰. İşte bireyler arasında gerçekleşen temel hak uyuşmazlıkları AİHM önüne bu şekilde getirilebilmektedir²³¹. Aynı zamanda, AİHS'nin yatay etkisinin/uygulamasının, devletin AİHS'nden kaynaklanan koruma pozitif yükümlülüğünün bir sonucu olarak ortaya çıktığını söyleyebiliriz²³².

Pozitif yükümlülük doktrininin bir sonucu olarak ortaya çıkan AİHS'nin yatay uygulamasının AİHS m.1, m.13 ve m.17'den çıkarılabileceği, dolayısıyla söz konusu hükümlerin dolaylı yatay etkinin normatif dayanağı olduğu ileri sürülebilir. Öncelikli olarak, AİHS m.1 temel hak ve özgürlükleri koruma ve gerçekleştirme yükümlülüğünü devletlere yüklemiş ve devletleri muhatap almıştır. Dolayısıyla, AİHS'nin yatay ilişkilerinden kaynaklanan temel hak ihlalleri bakımından uygulanabilirliği ve bu konuda devletin sorumluluğu AİHS m.1'e dayanmaktadır. Ayrıca, AİHS m.8-11'de yer alan haklar bakımından da dolaylı yatay etkinin mümkün olduğunu belirtmek gerekir. Zira bu maddelerde güvence altına alınan haklardan yararlanabilmesi için bireyin aynı zamanda başkalarının hak ve özgürlüklerini ihlal etmemesini gerektirmektedir. Yine, AİHS m.8-11'de yer alan haklar bakımından, söz konusu maddelerin ikinci fıkralarında yer alan ve bir sınırlandırma sebebi olarak öngörülen “*başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*” nedeniyle de AİHS'nin yatay uygulamasının söz konusu olabileceği belirtilmektedir. Devletler bireylerin karşılıklı hakları arasında denge kurmak amacıyla bu sebebe binaen bireylerin 8-11. maddelerdeki haklarını sınırlayabilir. İşte, bir bireyin diğer bireylerin 8-11.maddelerde yer alan hakları ihlal edecek davranışlarda bulunması halinde, devletin (organlarının) hakkı ihlal edilen kişiyi korumak için harekete geçmesi gerekmektedir. Dolayısıyla 8-11. maddelerdeki haklar ve bu haklarla çatışan diğer Sözleşmesel hakların yatay olarak uygulanabilir nitelikte olduğu belirtilmektedir²³³.

²³⁰ Boyar, **a.g.m.**, s.60-61; Şirin, **Anayasa Şikayeti**, s.360.

²³¹ Özel girişimlerin temel haklarla bağlantılı olarak çevreye zarar vermeleri halinde devletin etkili bir biçimde bunu engellemeye çalışmaması (Fredin v. İsveç, no.12033/86, 18 Şubat 1991), üvey babası tarafından çocukların istismar edilmesi karşısında devletin eylemsiz kalması (A v. Birleşik Krallık, no.25599/94, 23 Eylül 1998) gibi örnekler AİHM'nin dolaylı etkiyi kabul ettiğini göstermektedir.

²³² Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.56; Kaboğlu, **a.g.e.**, s.236.

²³³ Eren, **İnsan Hakları**, s.150; Boyar, **a.g.m.**, s.61; Shaun D. Pattison/Deryck Beyleveld, “Horizontal Applicability and Horizontal Effect”, **Law Quarterly Review**, Vol.118, October 2002, s.626.

İkinci olarak, “*etkili başvuru hakkı*”nı ve “*hakların kötüye kullanılması yasağı*”nı düzenleyen AİHS m.13 ve m.17’nin düzenlenişinden de AİHS’nin yatay etkisinin, diğer bir ifadeyle yatay uygulamanın çıkarılabileceği ileri sürülebilir. AİHS m.13’te yer alan “*söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi*” ifadesinin mefhum-u muhalifinden ilgili temel hakkın resmi olmayan (özel) kişilerce de ihlal edilebileceğinin zımnen kabul edildiği anlamı ortaya çıkmaktadır²³⁴. Aksi takdirde, madde metninde böyle bir ifadeye yer vermenin herhangi bir anlamı kalmayacaktır²³⁵. Benzer bir çıkarım AİHS m.17 bakımından da yapılabilir. Söz konusu maddede “*Bu Sözleşmedeki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesini...amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verir biçiminde yorumlanamaz*” denilmektedir. Buna göre, hükmün temel hak ve özgürlükler alanında kişileri, hak sahibi statüsünün dışında hakların muhatabı olarak da kabul ettiği belirtilmektedir²³⁶. Belirtmek gerekir ki, bu hüküm gerçek kişilere hakları kötüye kullanmaları halinde AİHS’nin sağladığı güvencelerden yararlanamamaları sonucunu doğurabilecektir. Aksi takdirde, bu hükümden hareketle AİHS’nin gerçek kişileri de tıpkı devletler gibi yükümlü kıldığı sonucuna varılmamalıdır²³⁷.

Sonuç olarak, devletin AİHS’nden kaynaklanan pozitif yükümlülükleri ile AİHS’nin yatay etkisi/uygulanması arasında yakın bir ilişki olduğunu, yatay etkinin pozitif yükümlülükler doktrininin bir sonucu olarak ortaya çıktığını belirtmek gerekir. Temel hak ve özgürlükleri objektif değerler düzeni olarak gören ve ulusal mevzuatın buna uygun bir şekilde yorumlanması ve uygulanmasını öngören ulusal hukuklardan farklı olarak, devletleri sadece temel hak ve özgürlüklerin yükümlüsü olarak kabul etmesi nedeniyle AİHS’nin yatay etkisinin/uygulanmasının dolaylı olduğunu söyleyebiliriz.

²³⁴ Eren, *İnsan Hakları*, s.149-150; Boyar, *a.g.m.*, s.62; Şirin, *Anayasa Şikayeti*, s.356.

²³⁵ Pattison/Beyleveld, *a.g.m.*, s.631; Boyar, *a.g.m.*, s.62.

²³⁶ Eren, *İnsan Hakları*, s.150; Boyar, *a.g.m.*, s.62.

²³⁷ Şirin, *Anayasa Şikayeti*, s.356.

4. Devletin Koruma Pozitif Yükümlülüğü Kapsamında AİHS'nin Dolaylı Yatay Etkisi

AİHS'nin bireyler arasında cereyan eden temel hak uyuşmazlıklarına dolaylı olarak uygulanabilir olduğuna ve dolaylı yatay etkisinin normatif temellerine ve yatay etkinin esasen devletin koruma yükümlülüğünden kaynaklandığına değindik. Burada, devletin temel hak ve özgürlükleri üçüncü kişilere karşı koruma pozitif yükümlülüğünü ihlalinden kaynaklanan dolaylı sorumluluğunun AİHM uygulamasına nasıl yansıdığını inceleyeceğiz.

Böyle bir yükümlülüğün ilk örneğini *X ve Y v. Hollanda* kararı teşkil etmektedir. Bu kararda, davalı devletin ceza hukuku sisteminde on altı yaşındaki zihinsel özürü kızı karşı işlenen cinsel saldırının takibi için herhangi bir yöntem getirmemiş olması nedeniyle koruma yükümlülüğünü ihlal ettiğine hükmetmiştir²³⁸. AİHM, AİHS m.8'den kaynaklanan pozitif yükümlülükler ile ilgili olarak *“Bu yükümlülükler, bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında dahi özel hayata saygıyı güvence altına almak için tasarlanmış önlemlerin alınmasını da gerektirebilir.”* şeklindeki ifadesiyle²³⁹ devletin temel hakları diğer bireylerin eylemlerine karşı korumakla yükümlü olduğunu belirtmiştir. Başka bir davada da AİHM, aynı formülden hareketle devletin göstericileri AİHS m.11 tarafından korunan toplantı ve dernek kurma hakkına aykırı olarak gösteriyi kesme amacıyla olan özel kişilerin müdahalesinden korumak için makul ve uygun tedbirleri alması gerektiğine hükmetmiştir²⁴⁰.

²³⁸ Söz konusu davada on altı yaşındaki zihinsel özürü kız kaldığı özel bakımevinde cinsel saldırıya maruz kalmıştır. Davalı devletin ceza muhakemesi kanunu, başvurunun yaşındaki kişilere yönelik cinsel saldırı fiillerinin kovuşturulması için şikayetin bizzat mağdur tarafından yapılmasını zorunlu tutmaktadır. Babası şikayette bulunmasına rağmen, yeterli zihinsel durumda olmayan başvurunun şikayette bulunmaması nedeniyle fail hakkında takipsizlik kararı vermiştir. Bunun üzerine yapılan şikayet başvurusunda AİHM, AİHS m.8'in öncelikle kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı bireyleri korumayı amaçlamadığını, bu negatif yükümlülüğün yanında devletlerin aynı zamanda özel hayata saygı hakkını etkili bir biçimde güvence altına alacak pozitif yükümlülüklerinin de olduğunu belirtmiştir. Bkz.: *X ve Y v. Hollanda*, para.7-13, 30.

²³⁹ *X ve Y v. Hollanda*, para.23.

²⁴⁰ *Platform Ärzte für das Leben v. Avusturya*, para.32 vd. Kürtaj aleyhine kampanya yapan ve o dönem yürürlükte olan mevzuatın değişmesini isteyen doktorlar birliğinin gösterileri, önemli sayıda polisin nezaret etmesine rağmen, karşıt göstericiler tarafından dağıtılmış, bunun üzerine başvuru AİHS m.13'deki hakları için etkili başvuru yolunu kullanamadıkları şikayetinde bulunmuştur.

Devlete ait görevlerin özel hukuk kişileri tarafından yerine getirilmesi halinde, bu kişilerin AİHS'ne aykırı fiillerinden dolayı da devletin dolaylı sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Örneğin, *Costello-Roberts v. Birleşik Krallık* kararında AİHM, bir özel okulda çocuğa yönelik gerçekleşen dayak cezası nedeniyle yapılan başvurunun P-1 m.2'de yer alan eğitim hakkının kapsamına girdiğini, okul disiplininin de eğitim hakkına dâhil olduğunu ve bunun eğitimin özel okullarca yerine getirildiği hallerde de uygulanacağını belirtmiştir²⁴¹. Ardından AİHM, devletin kendi ödevlerini özel kişi veya kurumlara devrederek AİHS'nde yer alan bir hakkı güvence altına alma sorumluluğundan kurtulamayacağına hükmetmiştir²⁴².

Günümüzde AİHM AİHS'nin birçok hükmü bakımından devletin bireyler arası temel hak uyuşmazlıkları bakımından koruma yükümlülüğü altında olduğunu kabul etmekle beraber²⁴³, tıpkı pozitif yükümlülükler konusunda olduğu gibi yatay etki konusunda da genel bir teori geliştirmenin uygun olmadığı kanaatindedir²⁴⁴. AİHM, bir kararında, AİHS'nin sağladığı güvencelerin özel kişilerin kendi aralarındaki ilişkilere hangi ölçüde uygulanması gerektiğine dair genel bir teori oluşturma, gerekli olmak bir yana, uygun olmadığını belirtmiştir²⁴⁵. Bu davada AİHM'nin, finansal olarak güçlü konumda bulunan özel hukuk kişilerinin sahip oldukları gücü kullanarak bireylerin

²⁴¹ *Costello-Roberts v. Birleşik Krallık*, para.27.

²⁴² *Costello-Roberts v. Birleşik Krallık*, para.27. Devletin akdetmiş olduğu bir uluslararası anlaşma nedeniyle doğan sorumluluğunu bir özel hukuk kişisine (bir vakfa) devretmesi nedeniyle sorumluluktan kurtulamayacağına ilişkin olarak bkz.: *Wos v. Polonya* (kabul edilebilirlik), no.22860/02, 1 Mart 2005, para.74.

²⁴³ AİHS, m.8, m.10 ve m.11'in yanı sıra AİHS m.2'deki yaşam hakkı (L.C.B. v. Birleşik Krallık, no.23413/94, 9 Haziran 1998, para. 36), m.3'teki işkence yasağı ve m.5'teki özgürlük ve güvenlik hakkı bakımından da üçüncü kişilerin eylemlerine karşı devletin koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. AİHS m.3 ve AİHS m.5 hakkındaki AİHM uygulaması için sırasıyla bkz.: *Harris/O'boyle/Warbrick*, **a.g.e.**, s.78 vd. ve s.129 vd.

²⁴⁴ *Boyar*, **a.g.m.**, s.64.

²⁴⁵ Bkz.: *VgT Verein gegen Tierfabriken v. İsviçre*, no.24699/94, 28 Haziran 2001, para.46. Bu davada AİHM, ülkede ulusal seviyedeki programlarda reklam yayınının tek sorumlusu olan bir reklam şirketinin bir hayvan hakları derneğinin et endüstrisine karşı hazırlamış olduğu reklamı yayınlamayı reddetmesi nedeniyle başvuru derneğin AİHS m.10'dan kaynaklanan ifade özgürlüğünün davalı devlet tarafından ihlal edilip edilmediğini ele almıştır. Bu davada AİHM, hem reklam şirketinin hem de İsviçre Federal Mahkemesinin derneğin reklamın yayınlanması talebini Radyo ve Televizyon Hakkında Yasanın siyasi reklamcılığı yasaklayan 18. maddesine dayanarak reddettiklerini tespit etmiştir. Ulusal hukukun yorumlanmasında en son merci olan Federal Mahkeme, başvuru kişinin şikayet ettiği muameleyi hukuka uygun hale getirmiştir. Aslında başvuru derneğin siyasi konuşması engellenmiştir. AİHM, somut olayın koşullarına göre, AİHS m.10'a yönelik her türlü aykırılık bakımından AİHS m.1 anlamında devletin sorumluluğunun buna bağlanabileceğini tespit etmiştir. (para.47).

temel haklarını ihlal etmesinin önüne geçmek için tasarlanan yatay etkinin gerçek anlamına oldukça yakın bir karar vermiş olduğu belirtilmektedir²⁴⁶.

Son olarak AİHM'nin *Storck v. Almanya* kararına değinmek gerekir. Zira bu kararda AİHM, devletlerin bireyleri üçüncü kişilerin eylemlerine karşı koruma yükümlülüğünü ve bu kapsamda AİHS'nin dolaylı yatay etkisini açıkça ortaya koymuştur²⁴⁷. AİHM bu kararında devletin hangi hallerde sorumlu olabileceğini çeşitli ihtimallere göre incelemiştir. Buna göre, ilk olarak başvurunun kamu makamlarının doğrudan müdahalesi nedeniyle özgürlüğünden yoksun kalması halinde AİHS m.5 uyarınca devletin sorumluluğu doğabileceği gibi, ikinci olarak, yargı organlarının başvurunun açtığı tazminat davalarında ileri sürdüğü iddialarla ilgili olarak ilgili Medeni Kanun hükümlerini yorumlamakta hataya düşmeleri nedeniyle sorumluluğu doğabilir²⁴⁸. Üçüncü ve konumuzla ilgili olarak ise AİHM, başvurunun özgürlüğüne yönelik özel kişilerin yaptığı müdahalelere karşı devletin başvurucuyu koruma pozitif yükümlülüğünü ihlal etmiş olabileceğini belirtmiştir²⁴⁹. Bu üç ihtimale yönelik ayrı ayrı değerlendirme yapan AİHM devletin sorumluluğunun üçüncü ihtimalden kaynaklandığı sonucuna varmıştır. Devletin sorumluluğu hakkında ilk iki ihtimale dayanarak daha rahat bir karar verebilecek olmasına rağmen, AİHM'nin sorumluluk esasını bilinçli olarak bireyler arası ilişkilere ve yatay etkiye dayandırdığı, böylece AİHM'nin Sözleşmesel hakların uygulanması konusunda kendisini kamusal ilişkilerle sınırlandırmadığı belirtilmektedir²⁵⁰.

Milletlerarası özel hukukun özel hukuk kişileri arasındaki uyumsuzlukları konu edinmesi itibarıyla, AİHS'nin, daha doğrusu AİHS'nde yer alan hakların yatay etkisi,

²⁴⁶ Boyar, **a.g.m.**, s.65.

²⁴⁷ *Storck v. Almanya*, no.61603/00, 16 Haziran 2005. Karara konu olayda, reşit olan ve vesayet altında da olmayan başvuru özel psikiyatri kliniğinde uzun süre tutulması ve birkaç kez kaçmaya teşebbüs etmesine rağmen polis tarafından yakalanarak tekrar kliniğe geri götürülmüştür. Aynı zamanda engelli olan ve malullük aylığı da alan ve hayatının yaklaşık yirmi yılını psikiyatrik kurumlarda geçiren başvuru, hukuka aykırı olarak özel klinikler tarafından tutulduğu iddiasıyla çeşitli mahkemelerde davalar açmış ancak bunlardan sonuç alamamıştır. Bkz.: *Storck v. Almanya*, para.11-50. Alman Federal Anayasa Mahkemesine yaptığı şikayet başvurusunun da sonuçsuz kalması üzerine AİHM'ne müracaat eden başvuru, kamu makamlarının müdahalesi nedeniyle özgürlüğünden mahrum bırakılması ve açmış olduğu davalarda medeni hukuk hükümlerinin AİHS m.5'e uygun bir şekilde yorumlanmaması nedeniyle AİHS m.5'te yer alan özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiği şikayetinde bulunmuştur.

²⁴⁸ *Storck v. Almanya*, para.89.

²⁴⁹ *Storck v. Almanya*, para.89, son cümle.

²⁵⁰ Boyar, **a.g.m.**, s.67.

doğal olarak milletlerarası özel hukukun kapsamına giren uyuşmazlıklar sonucunda ileri sürülen temel hak iddiaları bakımından da söz konusu olacaktır. Bu konuda AİHS'nin yatay etkisine/uygulamasına uluslararası çocuk kaçırma davaları örnek verilebilir²⁵¹. Çünkü bu tür davalar öncelikle çocuğu kaçıran veya alıkoyan ebeveyne karşı diğer ebeveyn tarafından taraf devlet makamlarına yapılan bir iade talebiyle başlamaktadır. Eğer, taraf devlet makamları önünde çocuğu kaçıran veya alıkoyan ebeveyne yönelik iade talebi başarısızlık sonuçlanırsa, artık AİHM nezdinde yapılan şikâyet başvurusu çocuğu kaçıran veya alıkoyan ebeveyne değil, taraf devlete yöneltilecektir. Zira burada devletin çocuk ile geride kalan ebeveyni tekrar bir araya getirme konusunda AİHS m.8'den kaynaklanan pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır ve AİHS m.8 bu tür davalarda devlete ebeveynlerin çatışan menfaatleri arasında denge kurma yükümlülüğü yüklemektedir²⁵².

Bununla beraber, AİHS'nin yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından yatay etkisinin sadece AİHS m.8 bağlamında uluslararası çocuk kaçırma davaları ile sınırlı olmadığını belirtmek gerekir. İleride ayrıntılı olarak görüleceği üzere, bireyler arasındaki yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıkları, esasen bir özel hukuk kişinin AİHS'nde korunmakta olan bir temel hakkına diğer bir tarafça müdahalede bulunması halinde ortaya çıkmaktadır. Yabancı unsurlu sözleşmeden doğan borcunu süresinde ifa etmeyen borçluya karşı taraf devlet mahkemesinde dava açan bireyin söz konusu talebinin ulusal mahkemelerce etkin ve adil bir şekilde yargılama yapmaksızın reddedildiğini varsayalım. Böyle bir durumda, taraf devlet mahkemesinin söz konusu talebi geçerli ve makul bir neden olmaksızın ulusal hukuk kurallarına göre reddetmesi, davacının korunacağı konusunda meşru bir beklentiye sahip olduğu mülkiyet hakkından

²⁵¹ Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.38.

²⁵² Ignaccolo-Zenide v. Romanya, no.31679/96, 25 Ocak 2000, para.94. Karar ve kararın analizi için bkz.: Andrea Schulz, "The 1980 Hague Child Abduction Convention and the European Convention on Human Rights", **Transnational Law and Contemporary Problems**, Vol.12, 2002, s.369. Hiç şüphesiz, devletin bu tür davalarda çocuğun üstün menfaatinin gözeterek hareket etmesi gerekmektedir. Bkz.: Ignaccolo-Zenide v. Romanya, para.94; Hokkanen v. Finlandiya, no.19823/92, 23 Eylül 1994, para.58. Yine bu tür davalarda devlet makamlarının ebeveynler ve çocuğun çatışan menfaatleri konusunda bir denge kurmak amacıyla somut olayın özelliklerine göre kendisinden makul olarak beklenen gerekli tüm adımları atmış olup olmadığı belirleyici faktördür. Bkz.: Hokkanen v. Finlandiya, para.58. 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmalarının Hukuki Yönlerine Dair La Haye Sözleşmesi ile AİHS'nde güvence altına alınan bazı temel haklar arasındaki ilişki ve AİHM'nin bu konudaki içtihatları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Schulz, **a.g.m.**, s.360 vd.; Giray, **Kararlar**, s.173 vd.

yararlanamaması sonucuna yol açabilir. İşte, böyle bir durumda davalı taraf devletin bireylerin sahip olduğu mülkiyet haklarını özel hukuk kişilerinin müdahalelerine karşı etkili bir şekilde koruma şeklinde bir yükümlülüğünden söz edilebilir²⁵³. Benzer örnekler AİHS m.6/1 ve m.8 açısından da verilebilir. Bu nedenle, bireylerin aile hayatına veya özel hayatına ya da mülkiyet haklarına yönelik özel hukuk kişilerince gerçekleşen müdahalelere karşı hem maddi hem de usuli açıdan korumakla yükümlü olduğunu, bunun yabancı unsurlu özel hukuk uyumsuzlukları bakımından da geçerli olduğunu söyleyebiliriz.

IV. AİHS'DE YER ALAN HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN NİTELİĞİ VE SINIRLANDIRILMASI

A. Genel Olarak

Devletlerin yabancı unsurlu özel hukuk uyumsuzluklarının çözümüne uygulanacak maddi ve usuli kuralları tanzim etmek ve bu kuralların yargı makamlarınca somut bir şekilde uygulanmasını sağlamak, böylece üzerine düşen hakların etkili ve somut bir şekilde kullanılmasını sağlamak ve diğer bireylerce gerçekleştirilen müdahalelere karşı bireyleri korumak için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü altında olduğuna değindik. Bununla beraber, bu yükümlülüğün mutlak nitelikte olmadığını belirtmek gerekir. Zira AİHS bir taraftan düzenlediği hak ve özgürlükler bakımından devletlere yükümlülükler yüklerken, diğer taraftan AİHS'nin ilgili maddesinde yer alan bir hak bakımından bu hakkın niteliğine ve işlevine göre söz konusu hakkın ilgili devlet tarafından nasıl sınırlandırılacağına, dolayısıyla müdahale edebileceğine dair bir “*sınırlama rejimi*” de öngörmektedir²⁵⁴. Dolayısıyla, AİHS hak sahiplerine bu hakları sınırsız bir şekilde kullanma serbestisi sunmamakta, bireyler ilgili her bir hak bakımından AİHS'nde öngörülen belirli sınırlar dâhilinde bu hakları kullanabilmektedir. Diğer bir ifadeyle, AİHS'nde güvence altına alınan bir hak niteliği gereği ne kadar sınırlandırılabilir nitelikteyse, devletin de söz konusu hak bakımından hakkı sınırlandırma/müdahale etme

²⁵³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Gemalmaz B., **Mülkiyet Hakkı**, s.419-432.

²⁵⁴ Bkz.: Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, 372 vd.; Sibel İncoğlu, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed. Sibel İncoğlu, 3. Baskı, Beta, İstanbul 2013, s.23 vd.

ihtimali o kadar artmakta, buna bağı olarak ilgili hakka yönelik yükümlülüğü de azalmaktadır.

Devletler, bu haklara ilgili her bir hak bakımından AİHS’nde öngörülen veya AİHM içtihatlarıyla da belirlenen çeşitli mülahazalarla ve belirli koşullar altında müdahalede bulunabilecek, bunlara sınırlama getirebilecektir. Dolayısıyla, ilgili maddede yer alan hakka devlet tarafından bir müdahalede bulunulduğu şikâyet edildiğinde, AİHM söz konusu müdahalenin AİHS’nde öngörülen meşru sınırlar dâhilinde (sınırlama tekniğine, sebeplerine ve sınırlamanın sınırlarına riayet edilmiş) olup olmadığını, başka bir deyişle müdahalenin meşru olup olmadığını inceleyecek ve buna göre karar verecektir²⁵⁵. Yani, AİHS’nde düzenlenen bir hakka yönelik “müdahalenin meşruluğu”, yine söz konusu hak bakımından öngörülen sınırlandırma rejimine uygun olup olmadığına bağlıdır.

İşte bir devletin, tıpkı diğer yasal, yargısal, mali veya idari tasarrufları gibi, yasama organı tarafından tanzim edilen milletlerarası özel hukuk kurallarının yargı organlarınca yorumlanması ve uygulanması, yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlığının bir tarafının AİHS’nde güvence altına alınan herhangi bir temel hakkına müdahale edebilecektir. Hiç şüphesiz, bu müdahalenin AİHM nezdinde meşru bir müdahale olarak kabulü için ilgili hakka yönelik öngörülen sınırlama rejimine uygun bir müdahale olması gerekmektedir. Bunun için de, taraf devletler bu tür düzenlemeler yaparken veya yapmış oldukları düzenlemeleri uygularken AİHS’nin öngördüğü sınırlama rejimini ve bu kapsamda AİHM içtihatlarını dikkate almak durumundadır. Böylece, milletlerarası özel hukuk kaynaklı olası temel hak uyuşmazlıklarının önüne ulusal seviyede geçilebilecektir. Bu nedenle, AİHS’nde güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin taraf devletlerce nasıl sınırlandırılabilceğinin ele alınması gerekmektedir. Ayrıca, burada sınırlandırma rejimine değinilmesi, çalışmamızın diğer bölümlerindeki incelemelerimizde gereksiz tekrarlara düşmemizi engelleyecektir²⁵⁶.

²⁵⁵ Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.331.

²⁵⁶ Zira gerek Türk hukukunda gerekse karşılaştırmalı hukukta yer alan bir milletlerarası özel hukuk düzenlemesinin (veya böyle bir düzenlemenin olmayışının) bir hakka (AİHS’ne aykırı bir) müdahale teşkil edip etmeyeceğini değerlendirirken sınırlama rejimine (sınırlama tekniği, sebeplerine ve sınırlamanın sınırlarına) genel olarak değinip buna göre değerlendirme yapacağız. Yine, AİHM’nin

AİHS'nin bazı hakları düzenleyen çeşitli maddelerin her birinde ayrı ayrı sınırlama ölçütlerine yer verildiğini, ancak bunların birbirine oldukça benzer olduğunu ve dolayısıyla benzer bir sınırlama rejimine sahip olduğunu belirtmeliyiz²⁵⁷. Örneğin, AİHS m.8-11'in ilk fıkralarında hak düzenlenmiş, ikinci fıkrasında hangi hakkın koşullar altında sınırlandırılacağı açıkça belirtilmiştir. Bazı maddelerde (örneğin, AİHS m.6) ise, sadece 8-11. maddelerde yer alan sınırlama ölçütlerinden bazılarının yer verilmiş ya da nasıl sınırlandırılacağı AİHM tarafından içtihatlarla belirlenmiştir²⁵⁸.

Çalışmamızda, esasen AİHM'nin temel haklara yönelik sınırlamanın (müdahalenin) meşruluğu denetiminde izlediği yöntemi, ilgili her bir hak bakımından ayrı ayrı değil, genel olarak ve çalışmamızı ilgilendirdiği ölçüde inceleyeceğiz. Ancak öncesinde, AİHS'nde yer alan hakları sınırlandırılabilir olup olmamalarına göre incelemek gerekmektedir. Çünkü AİHS'nde güvence altına alınan bir hakkın sınırlandırılması, öncelikle söz konusu hakkın sınırlandırılabilir nitelikte olmasına bağlıdır. Bu nedenle Sözleşmesel hakların niteliklerine göre aralarındaki benzerlik ve farklılıkları incelemek, sınırlama rejiminin anlaşılabilmesi açısından da faydalı olacaktır.

B. AİHS'nde Yer Alan Hakların Niteliklerine Göre Sınıflandırılması

1. Genel Olarak

Gerek uluslararası insan hakları belgelerinde gerek anayasalarda yer alan haklar, çeşitli açılardan sınıflandırmalara tabi tutulabileceği gibi sınırlama rejimi açısından da bir sınıflandırmaya tabi tutulabilir²⁵⁹. Böyle bir sınırlama esasen hakkın niteliğinden ve işlevinden kaynaklanmaktadır. AİHS'nde yer alan hak ve özgürlüklerin bir bölümü de

millîterarası özel hukuku doğrudan veya dolaylı olarak ilgilendiren içtihatlarını incelerken sadece AİHM'nin inceleme yaptığı (veya yapmayı ihmal ettiği) hususlar üzerinde duracağız.

²⁵⁷ Harris/O'boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.341; White/Ovey, **a.g.e.**, s.308; İnceoğlu, **Sınırlama Rejimi**, s.26. Nitekim doktrinde de, bir belge yer alan sınırlandırılabilen tüm hakları kapsayacak şekilde sınırlama teknik, koşul ve ölçütlerine yer verilmesinin uygun bir yöntem olmayacağı, sınırlama tekniği ve koşulları açısından ortak öğeler söz konusu olsa da, özellikle sınırlama ölçütlerinin her bir hak bakımından farklılaşabileceği belirtilmektedir. bkz.: Gemalmaz M.S., **a.g.e.**, s.1613.

²⁵⁸ Örneğin, AİHM tarafından AİHS m.6'da söz konusu hükümde niteliği gereği var olan bir hak olarak nitelendirilen mahkemeye erişim hakkı mutlak bir hak değildir. AİHM'ne göre bu hakkın kullanımına getirilen sınırlamanın izlenen amaca uygun ve amaçla orantılı olması, getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmaması gerekmektedir. Devletlerin bu konuda sahip oldukları takdir marjı AİHM'nin denetimi altındadır. Bu konu hakkında bkz.: Aşağıda, s.99 vd.

²⁵⁹ Gemalmaz M.S., **a.g.e.**, s.1607 vd.; Eren, **Demokratik Toplum Düzeni**, s.42.

nitelikleri itibariyle sınırlanabilir nitelikte iken bir bölümü ise mutlak (sınırlandırılmaz) niteliktedir²⁶⁰. Bu nedenle mutlak olarak nitelendirilen ve kendisine herhangi bir sınırlama getirilmeyen haklar dışındakiler belirli sınırlamalara tabidir. Bunlardan bir kısmı, açıkça bir sınırlama hükmü içermekte iken, diğer bir kısmı böyle bir hüküm içermemekle beraber, bu söz konusu hakların sınırlandırılmayacağı anlamına gelmemektedir. Bu haklar da, AİHM'nin içtihatlar yoluyla oluşturduğu bir takım “zımni sınırlamalar”a tabi tutulabilmektedir. Bunun yanında, açıkça sınırlama hükmü yer almasına rağmen, hakkın mahiyetinden (doğasından) kaynaklanan sınırlar nedeniyle bazı hakların aynı zamanda “içkin sınırlamalar”a tabi olup olmadığı meselesi de tartışılmaktadır²⁶¹.

Bu arada, hakların mutlak veya sınırlandırılabilir haklar olarak ayrımına tabi tutulması bu haklar arasında belirli bir şekli hiyerarşinin olduğu anlamına gelmemektedir²⁶². Dolayısıyla bireyler arasında cereyan eden bir temel hak çatışmasında, AİHM (veya bir önceki aşama olarak ulusal mahkemeler) bireylerin birbiriyle çatışan hakları arasında bir denge kurmak zorunda kalacaktır.

a. Mutlak Haklar

Mutlak haklar veya sınırlandırılmayan haklar, hakkı düzenleyen maddede söz konusu hakka ilişkin herhangi bir istisna getirilemediği gibi herhangi bir sınırlamaya tabi tutulamayacak nitelikte olan haklardır²⁶³. Bir anayasada veya AİHS'nde düzenlenen bu tür haklarda, hakkın belirlenen norm alanına bir sınırlama getirilmesi mutlak şekilde yasaklanmaktadır. Mutlak hakların hangileri olduğu konusunda farklı yaklaşımlar olmakla birlikte, AİHS m.3'te düzenlenen işkence yasağının mutlak nitelikte bir hak olduğu kabul edilmektedir²⁶⁴. Bunun dışında, her ne kadar maddede istisnalarına yer verilmiş olsa da AİHS m.2'de düzenlenen yaşam hakkı ve AİHS m.4'teki kölelik ve

²⁶⁰ Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.372; White/Ovey, **a.g.e.**, s.9; Eren, **Demokratik Toplum Düzeni**, s.43 vd.; Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.355; Gemalmaz, B., **Mülkiyet Hakkı**, s.447.

²⁶¹ Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.355.

²⁶² White/Ovey, **a.g.e.**, s.8-9.

²⁶³ Gemalmaz M.S., **a.g.e.**, s.1612; Eren, **Demokratik Toplum Düzeni**, s.44.

²⁶⁴ AİHM'nin de mutlak hak kavramını kabul ettiğini söyleyebiliriz. AİHM birçok kararında AİHS m.3'ün mutlak nitelikte bir hak olduğunu vurgulamış ve mutlak bir hakkın özelliklerine değinmiştir. Bkz.: İrlanda v. Birleşik Krallık, no.5310/71, 18 Ocak 1978, para.163; Tyrer v. Birleşik Krallık, para.30,38; Aksoy v. Türkiye, no.21987/93, 18 Aralık 1996, para.62.

zorla alıştırma yasağı ile AİHS m.7’de düzenlenen suç ve cezada geriye yürümezlik ilkesinin da mutlak haklardan olduğu kabul edilmektedir. Söz konusu haklara, olağan dönemlerde taraf devletlerce herhangi bir sınırlama getirilemeyecektir. Yine, AİHS m.15 uyarınca temel hak ve özgürlükleri belirli bir srelіđine askıya alma rejiminin söz konusu olduğu olağanüstü hallerde, bu hakların hiçbir surette askıya alınamayacağı veya söz konusu haklara istisna getirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır (m.15/2).

b. Sınırlanabilir Haklar

Sınırlanabilir haklar, hakkın düzenlendiği madde içerisinde açıkça ifade edilmiş belirli menfaatleri korumak amacıyla devletin müdahalesine konu olabilen, bu müdahalenin nasıl ve hangi koşullar altında yapılabileceğine dair sınırlama hükmü içeren haklardır. Özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı (m.8), düşünce din ve vicdan özgürlüğü (m.9), ifade özgürlüğü (m.10) ve toplantı ve dernek kurma özgürlüğünü (m.11) düzenleyen AİHS 8-11.maddelerinin ilk fıkralarında sırasıyla ilgili haklar düzenlenmiş, ikinci fıkralarında ise hakkın sınırlandırılmasına ilişkin norma yer verilmiştir. Ayrıca, P1-m.1’de düzenlenen mülkiyet hakkının da normatif yapısı gereği belirli bir lde AİHS m.8-11’e benzediği, dolayısıyla tabi oldukları sınırlama rejimi açısından ortak unsurlar taşıdıkları belirtilmektedir²⁶⁵. Bu haklardan özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı (m.8) ile mülkiyet hakkı (P1-m.1) ve bu hakların sınırlandırılması, devletlerin milletlerarası özel hukuk rejimlerine ilişkin kuralların (yorumu ve tatbikinin) söz konusu hakların koruduğu değerlere yönelik müdahalelerde bulunmaları hasebiyle tezimiz açısından özellikle önem arz etmektedir.

AİHS 8-11. maddelerinde yer alan hakların sınırlandırma hükümleri büyük paralellik gösterdiği gibi, Strasburg organlarının yerleşik içtihatlarıyla belirlenmiş sınırlandırma rejimleri de büyük lde benzerlik gstermektedir²⁶⁶. AİHS m.8-11’de düzenlenen hakların yasayla, ilgili maddede belirtilen meşru amaçlara (nedenlere) dayanarak, demokratik bir toplumda gerekli olduğu lde sınırlanabileceği

²⁶⁵ Gemalmaz B., **Mülkiyet Hakkı**, s.447; Yutaka Arai, “Chapter Five – The System of Restrictions”, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, 4th Edition, Ed.Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn, Leo Zwaak, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006, s.335-336.

²⁶⁶ White/Ovey, **a.g.e.**, s.308; Arslan nc, **a.g.e.**, s.355; Eren, **Demokratik Toplum Düzeni**, s.49; Arai, **a.g.m.**, s.334.

öngörülmektedir. Dolayısıyla, AİHS m.8-11’de (ve P1-m.1’de) düzenlenen haklara muhatap devlet tarafından müdahalede bulunulmuş olması halinde, söz konusu müdahalenin meşru olup olmadığı incelenecektir. Bu inceleme üç aşamadan oluşmaktadır: Müdahalenin a) yasayla öngörülüp görülmediği, b) sınırlama ölçütlerine veya başka bir deyişle meşru amaçlara (meşru nedenlere) uygun olup olmadığı, c) demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı²⁶⁷. Hakların sınırlandırılmasında devletlerce yerine getirilmesi gereken bu üç koşulu ve bu üç koşulunun içtihatlarla oluşturulan unsurlarını ileride ana hatlarıyla ele alacağız.

Sınırlanabilir haklar, sadece açıkça sınırlama hükmü içeren haklardan ibaret değildir. Buna göre mutlak hak niteliğinde olmayan, ancak AİHS m.8-11 gibi bir sınırlama klozu da içermeyen bazı hakların zımni sınırlamalar doktrinine istinaden sınırlandırılacağı kabul edilmektedir²⁶⁸. *Zımni sınırlamalar (implied limitations)*, AİHS’nde açık bir normatif temele sahip olmayıp içtihatlar yoluyla ortaya çıkmış ve geliştirilmiştir. Zımni sınırlamalar doktrini uyarınca sınırlamanın söz konusu olduğu haklar, AİHS’nin ilgili maddesinde açıkça düzenlenmiş olmayan ve dolayısıyla ilgili maddede doğası gereği mevcut bulunan haklardır. Bu haklara örnek olarak aynı zamanda çalışmamızda sıkça değineceğimiz adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS m.6 verilebilir. Bir cezaevi görevlisine karşı hakaret davası açmak amacıyla bir avukatın danışmanlığına başvurmak isteyen bir mahkûmun bu yöndeki izin talebinin reddedilmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü *Golder v. Birleşik Krallık* kararında ilgili maddede açıkça bir sınırlama hükmü içermeyen bir hakkın da sınırlandırılacağını belirtmiştir. AİHM, AİHS m.6/1 kapsamında olduğuna hükmettiği mahkemeye erişim hakkının mutlak bir hak olmadığını kabul etmiş, bu hakkın AİHS’nin, kelimenin dar anlamında tanımlanmaksızın beyan ettiği bir hak olduğundan, herhangi bir hakkın gerçek kapsamını sınırlayan hudutlardan başka sınırlamalara da tabi olduğunu belirtmiştir²⁶⁹.

²⁶⁷ Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.373; White/Ovey, **a.g.e.**, s.311; Gemalmaz B., **Mülkiyet Hakkı**, s.447.

²⁶⁸ Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.357.

²⁶⁹ *Golder v. Birleşik Krallık*, para.38.

AİHM'nin mahkemeye erişim hakkı açısından AİHS m.6/1'in zımni sınırlamalar içerdiğini yönündeki içtihadını daha sonraki kararlarında da kabul etmiştir²⁷⁰. AİHS m.6/1 dışında, ek 1 no'lu protokol m.3'te (P-1 m.3) düzenlenen serbest seçim hakkının da zımni sınırlamalara tabi olduğu AİHM tarafından kabul edilmektedir²⁷¹.

AİHM tarafından zımni sınırlamalara tabi tutulan bu haklara uygulanacak sınırlama rejimi yine AİHM tarafından belirlenmiştir. Buna göre, bu hakların sınırlandırılmasında da taraf devletler “*meşru bir amaç*” izlemek durumundadır²⁷². AİHM, bu haklar AİHS m.8-11'deki gibi meşru amaçların sıralandığı bir liste içermediklerinden, taraf devletlerin hukuk devleti ilkesine uygun olmak ve AİHS'nin genel amaçları ile bağdaşır olmak kaydıyla izleyecekleri meşru amacı seçmekte serbest olduğunu belirtmiştir²⁷³. Meşru amaç koşulu yanında, sınırlamanın hakkın özüne zarar vermemesi ve “ölçülülük ilkesi” olarak da ifade edilen ulaşılmak istenen amaç ile kullanılan araç arasında makul bir orantılılık ilişkisinin var olması gerekmektedir²⁷⁴. Bununla beraber, AİHM'nin AİHS m.8-11'de yer alan haklara yönelik başvuruları incelerken kullanmış olduğu “*gereklilik (necessity)*” veya diğer adıyla “*zorlayıcı sosyal*”

²⁷⁰ Örneğin, AİHM bir kararında mahkemeye başvurma hakkının mutlak bir hak olmadığını, zımni sınırlamalara tabi olduğunu (...the “right to a court” is not absolute; it is subject to implied limitations..) belirtmiş (bkz.: Stepowski v. Polonya, (kabul edilebilirlik), no.35461/97, 15 Haziran 2000, para. 1.c.); başka bir kararında ise, mahkemeye başvurma hakkının mutlak olmadığını, zımni sınırlamalara tabi olabileceğini (...this right is not absolute, but may be subject to implied limitations..) ifade etmiştir. Bkz.: Cordova v. İtalya (No.1), no.40877/97, 30 Ocak 2000, para.54.

²⁷¹ Örneğin, başvurucunun seçimlere katılmak için gerekli şartları sağlamadığı gerekçesiyle seçime katılmasının yasaklanması nedeniyle serbest seçim hakkının ihlal edildiği şikayetinde bulunduğu *Zdanoka v. Letonya* kararında AİHM, söz konusu maddenin ilk bakışta açıkça bir seçme ve seçilme hakkını içermediğini, ancak hazırlık çalışmaları göz önüne alındığında ve AİHS'nin bütünü ışığında yorumlanması halinde, hem seçme hem seçilme hakkını ihtiva ettiği sonucuna varmıştır. AİHM, tıpkı AİHS m.6/1'de olduğu gibi, P-1 m.3'teki hakların mutlak olmadığını, zımni sınırlamaların var olduğunu ve bu konuda taraf devletin takdir marjına sahip olduğunu (...these rights are not absolute. There is room for “implied limitations”, and Contracting States must be given a margin of appreciation in this sphere.) belirtmiştir. Bkz.: *Zdanoka v. Letonya*, no.58278/00, 16 Mart 2006, para.102-103. AİHM'nin serbest seçim hakkının zımni sınırlamalar içerdiğine dair benzer bir değerlendirme yaptığı başka davalar için bkz.: *Lykourazos v. Yunanistan*, no.33554/03, 15 Haziran 2006, para.51; *Yumak ve Sadak v. Türkiye*, no.10226/03, 8 Temmuz 2008, para.109.

²⁷² *Cordova v. İtalya*, para.54; *Yumak ve Sadak v. Türkiye*, para.109; *Stepowski v. Polonya*, para.1.c.

²⁷³ *Yumak ve Sadak v. Türkiye*, para.109.

²⁷⁴ *Ashingdane v. Birleşik Krallık*, no.8225/78, 28 Mayıs 1985, para.57; *Steel ve Morris v. Birleşik Krallık*, no.68416/01, 15 Şubat 2005, para.62; *Cordova v. İtalya*, para.54; *Yumak ve Sadak v. Türkiye*, para.109; *Stepowski v. Polonya*, para.1.c.

ihhtiyaç (pressing social need)” testini zımni sınırlamalara tabi haklar bakımından uygulamadığını belirtmek gerekir²⁷⁵.

Açıkça sınırlama hükmü içeren ve zımni sınırlamalara tabi haklar dışında, AİHS’nde yer alan kimi hakların literatürde *içkin sınırlamalar (inherent limitations)* doktrini olarak ifade edilen ve AİHS’nde açık bir normatif temele sahip olmayıp AİHK ve AİHM içtihatlarıyla geliştirilen içkin sınırlamalara tabi olduğu kabul edilmektedir²⁷⁶. Bununla beraber, içkin sınırlamalarla zımni sınırlamaların birbiriyle sıkça karıştırıldığı ve bunların birbirlerinin yerine kullanılıp aralarında net bir ayrımın yapılmadığı da belirtilmektedir²⁷⁷. İçkin sınırlamalar, bir temel hakkın niteliğinde (mahiyetinde) var olan belirli sınırlara işaret etmektedir. Bu nedenle içkin sınırlamalar esasen ilgili hak bakımından dışarıdan getirilen bir sınırlama değil hakkın kendisinde, doğasında var olan sınırları ifade etmektedir²⁷⁸. Diğer bir ifadeyle, burada bir temel hak sınırlanmamakta, zaten sınırlı bir şekilde doğmaktadır²⁷⁹.

Ulusal anayasa hukuklarının yabancı olmadığı bir doktrin olarak kabul edilen içkin sınırlamaların, belirli bir statüye sahip olan kişiler bakımından söz konusu olduğu, dolayısıyla bu statüye tabi olmayan kişiler bakımından içkin sınırlamalardan bahsedilemeyeceği, zımni sınırlamaya tabi bir hakkın istisnasız herkes için uygulama alanı bulduğu belirtilmektedir²⁸⁰. AİHM ve AİHK kararları incelendiğinde, AİHM tarafından bu doktrinin “mahpuslar” veya “askerler” gibi özel bir hukuki rejime tabi olan kişiler için, AİHS m.8 ve m.9 gibi açık bir sınırlama hükmü içeren haklara yönelik ihlal iddiaları bakımından başvurulduğu görülmektedir²⁸¹. Doktrinde de, AİHM’nin

²⁷⁵ Yumak ve Sadak v. Türkiye, para.109.

²⁷⁶ Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.360.

²⁷⁷ Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.357.

²⁷⁸ Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara Üniversitesi SBF Yayınları, Ankara 1982, s.33; Gözler, **a.g.e.**, s.545; Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.360.

²⁷⁹ İçkin sınırlamalara örnek olarak, toplantı özgürlüğünün silahsız ve saldırsız bir toplantıları içermesi gösterilmektedir. Böyle bir belirlemenin, söz konusu hakka dışarıdan getirilen bir sınırlamayı değil, hakkın niteliğinde var olan sınırları ifade etmekte olduğu ve esasen beyan edici nitelikte olduğu belirtilmektedir. Bkz.: Sağlam, **a.g.e.**, s.33.

²⁸⁰ Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.361.

²⁸¹ Örneğin, bir kabul edilebilirlik kararında AİHK, hapiste olan başvurunun dışarıya mektup göndermesinin engellenmesi ve mektuplarının kontrol edilmesine yönelik işlemlerin şikayet edildiği bir başvuruda bir mahpusun haberleşme hakkının sınırlandırılmasının kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının zorunlu bir parçasını teşkil ettiğinden bahisle şikayete konu işlemlerin AİHS m.8/2 bakımından incelemeye gerek görmeden AİHS m.8/1’in ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Bkz.: K.H.C. v. Birleşik Krallık, no.2749/66, 11 Temmuz 1967. Buna karşın AİHM, *Golder v. Birleşik Krallık*

açık sınırlama hükmü içeren haklar bakımından içkin sınırlamalara değinmesinin yadırganacak bir durum olmadığı, mahpus olmanın da niteliği gereği özgür bir kişiye nazaran kişinin özel hayat ve aile hayatını sınırladığı belirtilmektedir. Dolayısıyla, asker veya mahpus gibi belirli bir statüye sahip kişilerin de bu haklara sahip olduğu kabul edilmekte ancak bunlar birtakım düzenlemelere tabi tutulmaktadır²⁸². AİHM içtihatları incelendiğinde, içkin sınırlamaların AİHS m.8/2 gibi açık sınırlandırma hükmü içeren maddeler uyarınca bir incelemeyi gereksiz kılmadığı gibi, söz konusu sınırlama hükümlerinde yer alan ölçütler dışında bir sınırlama ölçütü getirmediği görülmektedir.

C. AİHM İçtihatları Işığında AİHS’nde Yer Alan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Rejimi

1. Genel Olarak

AİHM, taraf devletlerce AİHS’nde güvence altına alınan bir hakka yönelik bir müdahalenin meşru olup olmadığını, diğer bir ifadeyle ilgili hakka getirilmiş olan sınırlamanın söz konusu hakkı ihlal edip etmediğini incelerken, üç aşamalı bir değerlendirme yapmaktadır. AİHM ilk olarak, başvuru tarafından ileri sürülen ihlal iddiasının ilgili madde kapsamında değerlendirilebilir olup olmadığını belirlemektedir. Ardından, davalı devletin başvuru sahibinin ilgili hakkı kullanmasına bir müdahalede bulunup bulunmadığı meselesini ele almaktadır. AİHM, bu iki aşamanın ardından,

davasında, başvuru sahibinin bir avukatla iletişime geçmesine izin verilmemesinin diğer ihlal iddiaları yanında AİHS m.8’deki haberleşme özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkin olarak AİHS m.8’in içkin sınırlamalara tabi olduğu iddiasının AİHS m.8’in açık metni ile çatıştığını ve m.8/2’nin sınırlayıcı ifadesinin zımni sınırlamalar nosyonuna yer bırakmadığını belirtmiştir. Bkz.: *Golder v. Birleşik Krallık*, para.44. Ancak AİHM’nin bu kararından sonraki içtihatlarında da içkin sınırlamalara göndermede bulunduğunu görmekteyiz. Örneğin, AİHS m.9’a ilişkin bir şikayet başvurusunda AİHM, başvuru sahibinin askeri bir kariyeri tercih ederek silahlı kuvvetler mensubu olan bireylerin bazı temel hak ve özgürlüklerine sivil bireylere dayatılması imkanı olmayan sınırlamalar getirilmesi imkanını doğası gereği içeren bir askeri disiplin sistemini kabul etmiş olduğunu belirterek, başvuru sahibinin zorunlu emekliliğinin m.9’a bir müdahale teşkil etmediğine karar vermiştir. Bkz.: *Kalaç v. Türkiye*, no.20704/92, 1 Temmuz 1997, para.28 ve 31. AİHS m.8’e ilişkin bir şikayet başvurusunda ise AİHM, tutuklu bulunan başvuru sahibinin ailesiyle yeterince görüşemediği iddiasıyla AİHS m.8’in ihlal edildiği iddiasını değerlendirirken, söz konusu tutuklamanın doğası gereği aile hayatına bir sınırlama oluşturduğunu belirtmiştir. Ancak AİHM, daha önceki kararlarından farklı olarak, başvuru sahibinin iddialarını m.8/2’deki sınırlama hükmü çerçevesinde inceleyerek davalı devletin şikayete konu tedbirlerinin düzensizliğini ve suçun önlenmesi meşru amacına yönelik olduğuna karar vermiştir. Bkz.: *Kalashnikov v. Rusya*, (Kabul Edilebilirlik), no.40795/99, 18 Eylül 2001, para.7. Benzer yöndeki başka bir karar için bkz.: *Klamecki v. Polonya* (No.2), no.31583/96, 3 Nisan 2003, para.144-147.

²⁸² Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.365.

davalı devlet tarafından vaki müdahalenin meşru olup olmadığını denetlemektedir²⁸³. Müdahalenin meşru olup olmadığı, yani müdahalenin ihlalle sonuçlanıp sonuçlanmadığı ise, hakkın düzenlendiği ilgili maddede getirilen sınırlama rejimine (koşullarına) uygun olup olmadığına bağlıdır. Örneğin, AİHS m.8’de yer alan aile hayatına saygı hakkına yönelik bir müdahale, meşru amaca sahip olmak, yasayla öngörülmüş olmak ve demokratik bir toplumda gerekli olmak kaydıyla meşru bir müdahale olarak nitelendirilecektir.

AİHM, açık sınırlama hükmü içeren AİHS m.8-11’de (ve P1-m.1’de) yer alan haklara yönelik müdahalenin meşru olup olmadığını incelerken, söz konusu maddelerin ikinci fıkralarında aranan koşulların yerine getirilip getirilmediğini saptamaktadır. Yukarıda da değindiğimiz üzere, AİHM bu haklar bakımından müdahalenin/sınırlamanın yasayla öngörülmüş olma, ilgili maddede belirtilen meşru amaçlardan birine dayanma ve demokratik bir toplumda gerekli olma koşullarını aramaktadır²⁸⁴. Ayrıca, aşağıda detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere, AİHM’nin mahkemeye erişim hakkı gibi bazı haklar bakımından da benzer bir yöntem ve koşullardan hareket ettiğini söyleyebiliriz.

Burada belirtmek gerekir ki, Sözleşmesel hakların sınırlandırılmasına ilişkin aranan bu üç koşul kümülatiftir. Diğer bir ifadeyle, AİHM AİHS’nde düzenlenen hakka yönelik müdahalenin bu üç koşuldan birini karşılamadığını tespit ettiğinde ihlal kararı verecektir. AİHM, bu üç koşulu sırasıyla ve detaylı olarak incelemekte, ancak eğer bu üç koşuldan birinin meşru olmayan bir müdahaleye neden olduğunu tespit ederse, diğerlerini incelemeye gerek kalmaksızın ihlal kararı verebilmektedir²⁸⁵. Çalışmamızın bu bölümünde, AİHM tarafından denetimde aranan bu üç koşul ayrı ayrı ele alınacaktır. Bu değerlendirmede çalışmanın konu ve kapsamıyla yakından ilgili olduğundan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına ilişkin AİHS m.8’in, mülkiyet hakkını düzenleyen P1-m.1’in ve AİHS m.6/1’de yer alan mahkemeye erişim hakkının yer aldığı AİHM ve AİHK kararlarını ele alacağız.

²⁸³ Eren, **Demokratik Toplum Düzeni**, s.183.

²⁸⁴ Harris/O’boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.344; Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.373; Eren, **Demokratik Toplum Düzeni**, s.183; Arai, **a.g.m.**, s.335.

²⁸⁵ Harris/O’boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.344; Arai, **a.g.m.**, s.335; Kiestra, , **The Impact of ECHR** s.40.

2. Müdahalenin Yasayla Öngörülmesi (Hukukilik-Yasayla Sınırlama)

AIHS’nde güvence altına alınan haklardan taraf devletlere sınırlama yetkisi verilenlerde, bu sınırlamaların “*yasaya/hukuka uygun olarak (in accordance with the law)*” yapılmış olması veya “*yasayla/hukuken öngörülmüş (prescribed by law)*” olması gerektiği belirtilmektedir²⁸⁶. Burada yasayla öngörülme/yasayla yapılmış olma koşulunun, sınırlama rejimi açısından “*sınırlamanın yöntemi*”ne ilişkin olduğunu belirtmek gerekir²⁸⁷.

Müdahalenin yasayla öngörülmesi, (hukukilik/kanunilik/yasayla sınırlama) koşulunun sağlanabilmesi için söz konusu müdahalenin ulusal hukukta yasal bir dayanağının olması gerekmektedir²⁸⁸. Bu anlamda, müdahalenin hukuki dayanağının bulunması zorunlu olsa da soyut olarak bulunması yeterli olmayıp keyfilige yol açmayacak bir içerikte olmalıdır. Eğer müdahale ulusal hukuka uygun değilse “*hukuksuz*” bir müdahaledir ve hukuk devletine aykırıdır. Dolayısıyla böyle bir durumda AIHM’nin diğer koşulları incelemeden ihlal kararı vermesi gerekmektedir²⁸⁹. Bu kapsamda, 8-11. maddelerde yer alan “*yasa*” ifadesinin şekli anlamda yasa kavramını değil maddi anlamda yasayı içerdiğini belirtmek gerekir. Buna göre, sınırlamayı yapan hukuki düzenlemenin kaynağı veya düzenlemeyi yapan organ değil, niteliği önem arz etmektedir²⁹⁰. Dolayısıyla AIHS’nde adı geçen yasa ifadesinden sadece devletlerin yasama organlarıncı yapılan tasarrufların değil taraf devletçe yapılan her türlü tüzük, yönetmelik gibi daha alt dereceli hukuki düzenlemelerin de anlaşılması gerekmektedir²⁹¹. Ayrıca, yazılı olmayan içtihat hukuku²⁹² bir uluslararası

²⁸⁶ AIHS’nin 8. maddesinin ikinci fıkrasında ve AIHS ek 4 no’lu protokol m.2’nin 3. ve 4. fıkralarında ve P-7 m.1’in ilk fıkrasında “*yasaya/hukuka uygun olarak*” ifadesine yer verilmekte iken, AIHS’nin 9-11. maddesinin ikinci fıkralarında “*yasayla/hukuken öngörülmüş*” ifadesi yer almaktadır.

²⁸⁷ Eren, **Demokratik Toplum Düzeni**, s.184; Gemalmaz B., **Mülkiyet Hakkı**, s.447.

²⁸⁸ White/Ovey, **a.g.e.**, s.312; İnceoğlu, **Sınırlama Rejimi**, s.30; Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.375; Gemalmaz, B., **Mülkiyet Hakkı**, s.447; Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.366. AIHM’nin ilgili bir yasanın bulunmadığına dair bir kararı için bkz.: Djavit v. Türkiye, no.20652/92, 20 Şubat 2002, para.65-69.

²⁸⁹ Çetin, **a.g.e.**, s.106; Mehmet Şerif Yılmaz, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin Yorum Yöntemleri**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010, s.92.

²⁹⁰ Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.375; İnceoğlu, **Sınırlama Rejimi**, s.29.

²⁹¹ Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.376; Gemalmaz B., **Mülkiyet Hakkı**, s.447.

²⁹² The Sunday Times v. Birleşik Krallık, no.6538/74, 26 Nisan 1979, para.47; Dudgeon v. Birleşik Krallık, no.7525/76, 22 Ekim 1981, para.44.

anlaşmadan²⁹³ veya AB tüzüğünden²⁹⁴ kaynaklanan kurallar ya da taraf devletlerin yetkili makamları tarafından belirli şartlar altında verilmiş idari makam kararlarının²⁹⁵ da bu kapsamda yasayla öngörülmüş olma koşulunu sağladığı kabul edilmektedir.

Yasayla öngörülme şartı bakımından, müdahalenin ulusal hukukta yasal bir dayanağının olması tek başına yeterli olmayıp, söz konusu yasanın aynı zamanda ulaşılabilir, açık ve öngörülebilir nitelikte olması gerekmektedir. AİHM'nin *Sunday Times v. Birleşik Krallık* kararında yasayla öngörülme/yasallık koşuluna ilişkin belirlemiş olduğu bu kriterlere göre, müdahaleye dayanak teşkil ettiği ileri sürülen hukuk kurallarının yeterince ulaşılabilir, vatandaşların belirli bir davaya uygulanacak hukuk kurallarının ayrıntıları konusunda yeterli bilgiye sahip olması gerekmektedir²⁹⁶. Yine, ilgili Sözleşmesel hakkı sınırlayan kuralın, vatandaşların kendi davranışlarını ayarlayabilmeleri amacıyla, kolayca ulaşabileceği, gerektiğinde profesyonel yardım almak suretiyle de olsa anlayabileceği bir açıklık ve belirginlikte olması gerekmektedir. Birey belirli bir eyleminin doğurabileceği sonuçları, makul sayılabilecek bir derecede öngörebilmesi yeterlidir. Bu sonuçların mutlak bir belirginlikle önceden görülebilir olması gerekmez. Aksi halde söz konusu kural hukuk kuralı olarak kabul edilmeyecektir²⁹⁷.

Son olarak, AİHM ilgili hakka müdahale eden bir kuralı uygulayan devlet organlarına belirli bir ölçüde takdir yetkisi tanımış olabileceğini, böyle bir durumda ilgili organlara tanınan böyle bir yetkinin kapsamının ve kullanılma şeklinin yeterli açıklıkta belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir²⁹⁸. Aksi takdirde, devlete sınırları belirsiz bir müdahale yetkisi veren hukuki düzenlemeler AİHS'nin Başlangıç kısmından açıkça ifade edilen hukuk devleti ilkesine aykırı olacaktır²⁹⁹.

²⁹³ Slivenko v. Letonya, no.48321/99, 9 Ekim 2003, para.104.

²⁹⁴ Bosphorus Havayolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. İrlanda, no.45036/98, 30 Haziran 2005, para.143.

²⁹⁵ Oliviera v. Hollanda, no.33129/96, 4 Haziran 2002, para.40 vd.

²⁹⁶ The Sunday Times v. Birleşik Krallık, para.49.

²⁹⁷ The Sunday Times v. Birleşik Krallık, para.49.

²⁹⁸ Malone v. Birleşik Krallık, no.8691/79, 2 Ağustos 1984, para.67.

²⁹⁹ Al Nashif v. Bulgaristan, no.50963/99, 20 Haziran 2002, para.119.

3. Müdahalenin Meşru Bir Amaca Dayanması

AIHS’nde güvence altına alınan bazı hakların hangi sebeple sınırlanabileceği ya da hangi amaçla müdahale edilebileceği, ilgili hak ve özgürlüğün kendine has özellikleri dikkate alınarak belirlenmiştir. Buna göre AIHS m.8-11’de düzenlenen haklar, bir devletin ilgili hak ve özgürlüğe müdahale edebilmesi için “*meşru bir amaç*” izlenmesini zorunlu kılmaktadır³⁰⁰. Diğer bir ifadeyle, devletlerin müdahaleyi haklı kılmak için ileri sürdükleri amaçların, ilgili maddelerin ikinci fıkralarında yer alan sınırlandırma sebeplerinden en az birinin kapsamına girmesi gerekmektedir. AIHM burada, devletin müdahaleyle ilgili maddede belirtilen meşru amaçlardan birini izleyip izlemediğini denetleyecektir. Ayrıca, mahkemeye erişim hakkı gibi AIHS metninde zımnen yer alan hakların da taraf devletlerce sınırlanabilmesi için söz konusu sınırlamanın meşru bir amaç izlemesi gerekmektedir³⁰¹.

Devletin haklara müdahale etmesine/sınırlamasına imkân tanıyan ve “sınırlama ölçütleri” olarak da ifade edilen meşru amaçlar, her bir hakka yönelik sınırlama hükmünde yer alması itibariyle sınırlı sayıdadır³⁰². Dolayısıyla, maddede açıkça yer alan bir meşru amaca dayanmayan bir sınırlama söz konusu hakkın ihlali anlamına gelecektir. Yine, bir maddede yer alan bir meşru amacın, başka bir madde için sınırlama nedeni olarak kullanılmasının da AIHS’ne aykırı olduğu belirtilmektedir³⁰³. Nitekim AIHS’nin 18. maddesi açıkça AIHS’nde yer alan hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların öngörülükleri amacın dışında kullanılamayacağını açıkça ifade ederek amacın saptırılmasını yasaklamıştır. Böylece, hakların ilgili maddede belirtilen bu amaçlar dışında başka bir amaca dayanarak keyfi bir şekilde sınırlandırılması engellenmiş olmaktadır³⁰⁴.

³⁰⁰ Eren, **Demokratik Toplum Düzeni**, s.195; Süheyl Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İstanbul 1993, s.255.

³⁰¹ Ashingdane v. Birleşik Krallık, para.57; Steel ve Morris v. Birleşik Krallık, para.62.

³⁰² Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.374; White/Ovey, **a.g.e.**, s.315; Arai, **a.g.m.**, s.340; Eren, **Demokratik Toplum Düzeni**, s.191; Batum, **a.g.e.**, s.257; Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.369.

³⁰³ Batum, **a.g.e.**, s.257.

³⁰⁴ Gemalmaz M.S., **a.g.e.**, s.1620.

Meşru amaçlar belirlenirken maddelerin ilk fıkralarında düzenlenen hak ve özgürlüğün niteliğinin göz önünde bulundurulduğu belirtilmektedir³⁰⁵. Maddelerde yer alan, “*kamu düzeni*”, “*başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*”, “*sağlığın ve ahlakın korunması*” ve “*kamu güvenliği*” dört madde bakımından müşterek iken, diğer meşru amaçlar maddelere göre değişmektedir. “*Ulusal güvenlik ve suçların önlenmesi*” m.9 hariç diğer üç maddede yer almakta iken, “*ülkenin ekonomik refahı*” sadece m.8’de, “*ülke bütünlüğünün korunması*”, “*gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi*” ve “*yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması*” nedenleri m.10 için belirlenmiş meşru amaçlardır. Ayrıca, mülkiyet hakkını düzenleyen P1-m.1’de de çeşitli sınırlama ölçütlerine yer verilmiştir. Ancak AİHS m.8-11’den farklı olarak, burada sınırlama ölçütlerine açıkça yer verilmemiş benzer yapıdaki bazı sınırlama ölçütlerine yer verilmiştir³⁰⁶. P1-m.1’de sadece “*kamu yararı*” (P1-m.1/2 c.2) ve “*genel yarar*” (P1-m.1/2) ölçütlerine açıkça yer verilmiştir. Bunun dışında AİHM, mahkemeye erişim hakkı gibi zımni sınırlamaya tabi hakların da sınırlanırken meşru bir amacın izlenmesi gerektiğini belirtmektedir³⁰⁷. AİHM, sınırlama sebeplerinin yer aldığı bir liste içermeyen bu haklar bakımından taraf devletlerin izleyecekleri meşru amaçları seçmekte serbest olduğunu belirtmiş, ancak seçilen meşru amacın hukuk devleti ilkesine uygun ve AİHS’nin genel amaçları ile bağdaşır olması gerektiğini belirterek meşru amacı belirlemede devletlerin uyması gereken sınırları çizmiştir³⁰⁸.

AİHS m.8-11’de yer alan meşru amaçların belirsiz bir anlama sahip olduğu ve AİHM tarafından geniş yorumlandığı belirtilmektedir³⁰⁹. Ayrıca, AİHM sınırlamanın meşru bir amaca dayanıp dayanmadığını değerlendirirken genellikle çok kapsamlı bir inceleme yapmaya gerek duymadığı gibi, çoğu zaman müdahale için ileri sürülen meşru amaçların uygun olduğuna hükmetmektedir³¹⁰. Çoğu davada, davalı devlet tarafından müdahaleyi gerektiren birden fazla meşru amaç belirtilmekte, bu durumda AİHM ileri

³⁰⁵ İnceoğlu, **Sınırlama Rejimi**, s.27. Nitekim AİHS’nin böyle yöntemi tercih etmesinin altında her bir hakkın niteliklerinden kaynaklanan farklılıklar olduğu AİHK tarafından 27 Mart 1962 tarihli *De Becker v. Belçika* kararında belirtilmiştir. Karar için bkz.: Eren, **Demokratik Toplum Düzeni**, s.192.

³⁰⁶ Gemalmaz B., **Mülkiyet Hakkı**, s.451.

³⁰⁷ *Ashingdane v. Birleşik Krallık*, para.57; *Steel ve Morris v. Birleşik Krallık*, para.62; *Cordova v. İtalya*, para.54; *Yumak ve Sadak v. Türkiye*, para.109; *Stepowski v. Polonya*, para.1.c.

³⁰⁸ *Yumak ve Sadak v. Türkiye*, para.109.

³⁰⁹ *Harris/O’boyle/Warbrick, a.g.e.*, s.348; *White/Ovey, a.g.e.*, s.315; İnceoğlu, **Sınırlama Rejimi**, s.315.

³¹⁰ *White/Ovey, a.g.e.*, s.317.

sürülen her bir meşru amaç bakımından değerlendirme yapmamakta, bunlardan birinin uygun bulmakla ile yetinmektedir³¹¹. Hatta ilgili devlet tarafından müdahalenin dayandığı meşru amacın belirtilmediği durumlarda bile AİHM, müdahalenin ilgili maddenin ikinci fıkrasında sayılan meşru amaçlardan birine dayandığına karar verebilmektedir³¹². Bundan dolayı AİHM, müdahalenin meşru amaca dayanması noktasında AİHS’ne aykırılığa çok nadiren hükmetmektedir³¹³. Bununla beraber, bu müdahalenin meşruluğu denetiminde müdahaleye dayanak teşkil eden meşru amacın önemsiz olduğu anlamına gelmemektedir. Zira meşru amacın tespiti, demokratik toplumda gereklilik değerlendirmesi yapılırken ölçülülük testi bakımından belirleyici olmaktadır. Ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlükleri sınırlamak için devlet tarafından dayanılan amaç(lar)la sınırlama için kullanılan araç arasındaki ilişkiyi yansıtmaktadır³¹⁴. Dolayısıyla, ilgili yasada meşru amacın/sınırlama sebebinin somutlaşması orantılılık testinin yapılabilmesi için gereklidir.

4. Demokratik Toplumda Gereklilik

a. Genel Olarak

AİHS’nin 8.-11. maddelerinde güvence altına alınan haklara yönelik bir müdahalenin meşru olarak kabul edilebilmesi, başka bir ifadeyle ilgili Sözleşmesel hakka aykırılık teşkil etmemesi için söz konusu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması da sağlaması gerekmektedir. Demokratik bir toplumda gerekli olma koşulu, sınırlamanın nereye kadar yapılabileceğini göstermesi bakımından “sınırlamanın sınırı”nı teşkil etmekte, bu bakımdan müdahalenin meşruluğu denetiminin en önemli aşaması olarak kabul edilmektedir³¹⁵. Dolayısıyla, AİHM’nin hak ve özgürlüğe getirilen sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını nasıl incelediği ve bu değerlendirmenin hangi unsurlardan oluştuğunun tespiti önem kazanmaktadır. Buna göre, öncelikle ilgili hak ve özgürlüğe yapılan müdahalenin/getirilen sınırlamanın gerekli olması, ardından söz konusu müdahalenin

³¹¹ Harris/O’boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.348.

³¹² Bkz.: Ciubotaru v. Moldova, no.27138/04, 27 Nisan 2010, para.55.

³¹³ Arai, **a.g.m.**, s.340.

³¹⁴ İncoğlu, **Sınırlama Rejimi**, s.29.

³¹⁵ Gemalmaz B., **Mülkiyet Hakkı**, s.448.

niteliği bakımından demokratik bir toplumda caiz, diğer bir ifadeyle demokrasi anlayışıyla uyumlu olması gerekmektedir³¹⁶.

Demokratik toplumda gerekliliğin hangi temel unsurlardan oluştuğu AİHM tarafından içtihatlarla belirlenmiştir. Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması için, öncelikle *'zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı'* karşılaması gerekmektedir. Böyle bir zorlayıcı toplumsal ihtiyacın var olup olmadığı değerlendirmek prensip olarak taraf devletlere aittir ve devletler bu konuda bir *'takdir marjı'*na sahiptir. AİHM, zorlayıcı toplumsal ihtiyacın var olup olmadığını değerlendirirken *'müdahalenin izlenen meşru amaçlarla ölçülü olup olmadığını (ölçülülük testi)'* değerlendirmektedir³¹⁷. Demokratik bir toplumda gerekli olmayan, diğer bir ifadeyle *'ölçüsüz'* sınırlamalar AİHS'ne aykırı olacaktır.

Bu arada, AİHS m.8-11'de yer alan demokratik toplumda gereklilik koşulu veya buna benzer bir koşul mülkiyet hakkını düzenleyen P1-m.1'de ve adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS m.6'da yoktur. Dolayısıyla, bu haklar bakımından müdahalenin ölçülü olup olmamasının herhangi bir farklılık arz edip etmediğinin incelenmesi gerekmektedir. Ayrıca, AİHM bazı içtihatlarında *'hakkın özüne dokunmama'* ölçütünü de zaman zaman kullanmaktadır ki bu ölçütün genellikle mahkemeye başvuru hakkı gibi sınırlama klozu içermeyen haklar bakımından kullanıldığını belirtmek gerekir.

b. Zorlayıcı Bir Toplumsal İhtiyacın Varlığı

AİHS m.8-11'de yer alan haklara yönelik müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olarak kabul edilebilmesi için, öncelikle söz konusu müdahalenin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespiti gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, burada bir toplumsal gereksinimin ulusal makamı bir müdahaleye zorlayıp

³¹⁶ Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.378. Nitekim AİHM de, bu haklardan birine müdahaleyi haklı kılacak tek gerekliliğin 'demokratik toplum'dan kaynaklanan bir gereklilik olduğunu; AİHS tarafından tasarlanan tek siyasal modelin demokrasi olduğunu, sadece demokrasinin AİHS'le bağdaşabileceğini açıkça belirtmektedir. Bkz.: Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri v. Türkiye, no.133/1996/752/951, 30 Ocak 1998, para.45.

³¹⁷ The Sunday Times v. Birleşik Krallık, para.62.

zorlamadığı sorgulanmaktadır³¹⁸. Nitekim AİHM de, ‘gerekli’ teriminin ‘yararlı’, ‘makul’, ‘arzu edilebilir’ gibi ifadelerin sağladığı esnekliğe sahip olmadığını, ancak söz konusu müdahale için zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın varlığını gerekli kıldığını belirtmektedir³¹⁹. Böyle bir ihtiyacın gerçekten var olup olmadığını değerlendirme konusunda, devletler AİHM’nin denetimine tabi bir takdir marjına sahiptir. Diğer bir ifadeyle, zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın belirlenmesi ve takdiri, öncelikle ülke gerçekleriyle doğrudan ve devamlı olarak temas halinde olan ulusal makamlara aittir³²⁰.

Bununla beraber, müdahale için zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın varlığı müdahalenin meşru olması için tek başına yeterli olmayıp, davalı devletin böyle bir ihtiyacın varlığını kanıtlayan makul, ilgili ve yeterli nedenler ileri sürmesi gerekmektedir³²¹. AİHM, müdahalenin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklandığı konusunda ulusal makamlarca gösterilen gerekçelerin müdahaleye imkân tanıyan ilgili hükmüyle ilgili ve yeterli olup olmadığını incelemektedir³²². Diğer bir ifadeyle, burada devlete düşen AİHS metninde soyut olarak belirtilen sınırlama nedenini/meşru amaçları somutlaştırmasıdır. Burada, AİHM’nin müdahalenin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklandığını ispat etme yükünü davalı devlete yüklemesi AİHM’nin hakların korunmasına daha üstün bir değer verdiğini göstermektedir³²³. Buna göre, davalı devletçe ileri sürülen gerekçelerin yeterli olup olmadığı belirlenirken, varsayımlardan değil somut delillerden yararlanılmalıdır³²⁴. Aksi takdirde, AİHM yeterli bir toplumsal ihtiyacı karşılamadığı gerekçesiyle müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığına karar verebilir.

³¹⁸ İnceoğlu, **Sınırlama Rejimi**, s.32; Eren, **Demokratik Toplum Düzeni**, s.198.

³¹⁹ Dudgeon v. Birleşik Krallık, para.51; Handyside v. Birleşik Krallık, para.48.

³²⁰ Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.378; Eren, **Demokratik Toplum Düzeni**, s.198; İnceoğlu, **Sınırlama Rejimi**, s.32.

³²¹ Eren, **Demokratik Toplum Düzeni**, s.200.

³²² Dudgeon v. Birleşik Krallık, para.54; Handyside v. Birleşik Krallık, para.50.

³²³ Harris/O’boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.351; İnceoğlu, **Sınırlama Rejimi**, s.32.

³²⁴ Eren, **Demokratik Toplum Düzeni**, s.200.

c. Müdahalenin Gerekliliği Konusunda Devletlerin Sahip Olduğu Takdir Marjı

i. Genel Olarak

AIHS metninde açıkça düzenlenmemiş olan takdir marjı doktrini Strasburg organlarının içtihatlarıyla oluşturulmuştur. Doktrinin hukuki temeli, '*marge d'appréciation*' ifadesini kullanan Fransız Danıştayının içtihatlarına veya genel olarak Kıta Avrupası hukuklarının idare hukuku sistemlerine dayandırılmakla beraber³²⁵, kavramın uluslararası seviyede ilk kez Strasburg organları tarafından kullanıldığı belirtilmektedir³²⁶. AIHM, takdir marjı doktrini sadece ölçülülüğün öngörüldüğü maddelerde değil, AIHS'nin tümüne egemen bir genel kural sıfatıyla tüm hükümler bakımından uygulamaktadır³²⁷.

Doktrin esasen temel hakların korunmasında AIHS'nin rolünün ikincil nitelikte olmasından kaynaklanmaktadır³²⁸. Buna göre, temel hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamak öncelikle devletlere düşmekte, AIHM'nin denetim ve koruma görevi ikinci planda kalmaktadır. Bunun nasıl ve hangi koşullar altında yerine getirileceğinin takdiri, öncelikli olarak ulusal makamlara aittir. Diğer bir ifadeyle bir hakkın nasıl ve hangi sınırlama nedenleriyle sınırlanabileceği, sınırlama/müdahalenin gerekliliğinin varlığını ve kapsamını, dolayısıyla müdahalenin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanıp kaynaklanmadığını değerlendirme konusunda öncelikle ülke gerçekleriyle doğrudan ve devamlı olarak temas halinde olan ulusal makamların AIHM'ne nazaran daha uygun bir durumda olduğu ve bu konuda bir takdir marjına sahip olduğu kabul edilmektedir³²⁹.

³²⁵ Matscher, **a.g.m.**, s.76; Ronald St. J. Macdonald, "The Margin of Appreciation", **The European System for the Protection of Human Rights**, Ed. Ronald St. J. Macdonald, Franz Matscher, Herbert Petzold, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, s.82; Yutaka Arai-Takahashi, **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR**, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2002, s.2-3; Atakan Arda, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Bir İnceleme", **MÜHF-HAD** C.16, S.3-4, 2010, s.29; Eva Brems, "The Margin of Appreciation Doctrine in the Case Law of the European Court of Human Rights", **Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, 1996, s.241. Bkz.: (Çevrimiçi), www.zaoerv.de, 3 Ekim 2016.

³²⁶ Arai-Takahashi, **a.g.e.**, s.4; Tümay, **a.g.m.**, s.206.

³²⁷ Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.149.

³²⁸ Harris/O'boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.13. Ayrıca bkz.: Tümay, **a.g.m.**, s.203 vd.; Herbert Petzold, "The Convention and the Principle of Subsidiarity", **The European System for the Protection of Human Rights**, Ed. Ronald St. J. Macdonald, Franz Matscher, Herbert Petzold, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, s.41 vd.

³²⁹ Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.378; İnceoğlu, **Sınırlama Rejimi**, s.32.

Ezcümle takdir marjı, bir müdahalenin gerekliliği hakkındaki kararı en iyi verebilecek olan makamın ulusal makamlar olduğu varsayımına dayanmaktadır³³⁰.

Takdir marjı doktrini, AİHM tarafından ilk kez *De Wilde, Ooms ve Verspy v. Belçika*³³¹ davasında açıkça ifade edilmiştir³³². AİHM daha sonra *Handyside v. Birleşik Krallık* kararında, taraf devletlerin kendi ülkelerinin temel dinamikleriyle doğrudan ve devamlı temas halinde olması nedeniyle Sözleşmesel hakka müdahalede bulunurken ilgili sınırlama nedeninin içeriğinin tam olarak belirlenmesi ve müdahalenin gerekliliği konusunda uluslararası bir yargıca göre daha iyi pozisyonda olduğunu belirtmiştir³³³. Böylece, taraf devletlere bir hakkın sınırlandırılması sürecinde iki ayrı aşamada takdir marjı tanımıştır. Bunlardan ilki sınırlama nedeninin/meşru amacın seçiminde ve bu nedenin içeriğinin doldurulmasında taraf devletlere tanımış olduğu takdir marjıdır. İkincisi ise, izlenen meşru amacı gerçekleştirmek üzere sınırlamanın/müdahalenin gerekli olup olmadığını değerlendirirken zorlayıcı toplumsal ihtiyacın bulunup bulunmadığını değerlendirmede taraf devletlerin sahip olduğu takdir marjıdır³³⁴. Ancak, taraf devletlere tanınan takdir marjı sınırsız olmayıp AİHM'nin denetimine tabidir³³⁵. Nihayetinde, şikayete konu müdahalenin AİHS'ne uygun olup olmadığına, yani müdahaleyi meşrulaştırmak için davalı devletin ileri sürdüğü nedenlerin ilgili ve yeterli olup olmadığına, müdahaleyi zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın gerekli kılıp kılmadığına karar verecek olan AİHM'dir.

Böyle bir doktrinin AİHM tarafından oluşturulmasının altında Sözleşme organlarının bir taraftan AİHS'ne taraf devletlerin farklı dini, kültürel, sosyal ve ekonomik yapılarına duyarlı olma ile diğer taraftan tüm taraf devletler bakımından uygulanabilir prensipleri oluşturma geriliminin yarattığı gereksinimin yattığı ifade edilmektedir³³⁶. Gerçekten, taraf devletler nispeten ortak temellere sahip olmakla

³³⁰ Gemalmaz B., **Mülkiyet Hakkı**, s.449.

³³¹ *De Wilde, Ooms ve Verspy (Vagrancy) v. Belçika*, no.2832/66, 2835/66, 2899/66, 18 Haziran 1971.

³³² Brems, **Margin of Appreciation**, s.243. Gerçi, açıkça ifade edilmese de kavramın daha önce AİHK ve AİHM tarafından hakların olağanüstü hallerde askıya alınmasına imkan tanıyan AİHS m.15 ile ilgili olarak *Lawless v. İrlanda* kararında dolaylı olarak ele alındığı belirtilmektedir. Bkz.: Brems, **Margin of Appreciation**, s.243.

³³³ *Handyside v. Birleşik Krallık*, para.48.

³³⁴ *Dudgeon v. Birleşik Krallık*, para.52. Böyle bir

³³⁵ *Handyside v. Birleşik Krallık*, para.49.

³³⁶ Macdonald, **a.g.m.**, s.83.

beraber, birbirinden farklı kültürel ve hukuki sistemlere sahip olmaları, insan hakları konusunda ortak bir Avrupa anlayışının oluşmasını zorlaştırmaktadır. İşte takdir marjının insan haklarına ilişkin ulusal bakış açılarıyla Sözleşme değerlerinin yeknesak uygulanması arasında bir denge kurma çabasıyla geliştirildiği ve insan haklarının korunması konusunda ulusal sistemlere nazaran ikincil niteliğe sahip olan AİHS sisteminin doğal bir sonucu olduğu belirtilmektedir³³⁷. Bu nedenle takdir marjının bu paradoksal durumun aşılması konusunda yararlı bir araç olabileceği belirtilmektedir³³⁸.

Bununla beraber, kavramın kapsamının ve sınırlarının tam olarak kesin olmadığı, bu nedenle kullanımıyla ortaya çıkacak sonuçların kesin veya öngörülebilir olmaktan uzak olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir³³⁹. Zira takdir marjının AİHM tarafından kullanımı davadan davaya farklı biçimde belirlenmektedir. Gerçekten, devletlere tanınan takdir marjının kapsamı, AİHS’nde güvence alınan her bir hakkın niteliğine, hatta bir hak altında korunan çeşitli hukuksal çıkarılara, müdahalenin niteliğine ve sınırlamada izlenen meşru amaca göre değişebilmektedir³⁴⁰. Dolayısıyla, taraf devletlere tanınan takdir marjının yukarıda saydığımız unsurlara bağlı olarak farklılık arz ettiğini, yani göreceli/izafi olduğunu söyleyebiliriz³⁴¹. Bu nedenle AİHM’nin taraf devletlere tanıdığı takdir marjını belirlerken hangi kriterlere dayandığı ele alınmalıdır.

ii. Takdir Marjının Göreceliliği

AİHM, müdahalenin gerekliliği ile ilgili taraf devletlerin takdir marjını belirlerken çeşitli kriterler benimsemiştir. Buna göre, hakkın niteliğine, müdahale konu teşkil eden mevzuat/uygulama hakkında ortak bir temelin olup olmamasına, müdahalede izlenen meşru amaca, müdahalenin niteliğine bağlı olarak ve her bir dava özelinde değişebilir.

³³⁷ Arai-Takahashi, **a.g.e.**, s.3.

³³⁸ Macdonald, **a.g.m.**, s.124; Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.379.

³³⁹ White/Ovey **a.g.e.**, s.326; Jan Kratochvil, “The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights”, **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Vol.29, No.3, 2011, s.325. Başka bir yazar tarafından kavramın kazuistik, belirsiz ve büyük ölçüde öngörülemez bir niteliğe sahip olduğu belirtilmektedir. Bkz.: Steven Greer, **The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under The European Convention on Human Rights**, Council of Europe Human Rights Files No.17, Council of Europe Publishing, 2000, s.5.

³⁴⁰ The Sunday Times v. Birleşik Krallık, para.59; Dudgeon v. Birleşik Krallık, para.52.

³⁴¹ Aynı yönde bkz.: Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.380.

Taraf devletler müdahalenin gerekliliği konusunda, özellikle müdahalenin izlenen meşru amaçla ölçülü olup olmadığına karar verirken sahip olduğu takdir marjının genişliğini belirleyen unsurların başında '*hakkın niteliği*' gelmektedir. Örneğin, AİHS m.8 uyarınca korunan haklar bakımından devletin takdir marjının diğer haklara, örneğin P1-m.1'e nazaran daha dar olduğu; ancak AİHS m.8 kapsamında korunan her bir hak bakımından da farklılık arz ettiği söylenebilir. Örneğin, kamu yararı mülahazasıyla mülkiyet hakkına yapılan bir müdahale bakımından devletlerin geniş bir takdir marjına sahip olduğu belirtilmekteyken³⁴², bireyin varlığına veya kimliğine ilişkin haklar söz konusu olduğunda takdir marjı dardır³⁴³.

İkinci olarak, dava konusuna ilişkin taraf devletlerin mevzuatlarında veya uygulamalarında '*ortak bir temelin/ yeknesak bir Avrupa anlayışının*' bulunup bulunmamasına göre takdir marjının genişliği değişebilir. Genel olarak ifade etmek gerekirse, AİHM takdir marjına ilişkin değerlendirme yaparken, müdahaleye konu teşkil eden düzenlemenin/uygulamanın diğer taraf ülkelerde nasıl ele alındığını incelemektedir. Eğer, devletler arasında konuya ilişkin yeknesak bir Avrupa anlayışı varsa, davalı devlete daha az bir takdir marjı tanımakta ve daha yoğun bir denetim yapmaktadır. Böyle bir ortak temelin yokluğu ise, davalı devletin takdir marjını genişletebilmektedir³⁴⁴. Örneğin, adil yargılanma hakkını güvence altına alan AİHS m.6 bakımından ortak bir Avrupa anlayışından söz etmenin mümkün olduğu, dolayısıyla bu konuda AİHM'nin denetiminin daha yoğun olduğu söylenebilirken³⁴⁵, ülkeden ülkeye ve toplumdan topluma değişen bir anlayışı barındırması sebebiyle (toplumsal) ahlakın korunması alanında devletin daha geniş bir takdir marjına sahip olduğu söylenebilir³⁴⁶.

³⁴² Gemalmaz B., **Mülkiyet Hakkı**, s.481 vd.; Philip Leach, **Taking a Case to the European Court of Human Rights**, Second Edition, Oxford University Press, 2005, s.165.

³⁴³ Örneğin AİHM, özel hayata saygı hakkının cinsellik gibi yönleri söz konusu olduğunda takdir marjının dar olduğunu, bu alana yönelik müdahaleler için özellikle ciddi nedenlerin varlığının şart olduğunu belirtmiştir. Bkz.: *Dudgeon v. Birleşik Krallık*, para.52.

³⁴⁴ *Harris/O'boyle/Warbrick, a.g.e.*, s.13; Arda, **a.g.m.**, s.33; H. Burak Gemalmaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında "Adil Denge" İlkesi", **İÜHFİM**, C.LXIX, S.1-2-, 2011, s.654.

³⁴⁵ Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.43.

³⁴⁶ Bkz.: *Handyside v. Birleşik Krallık*, para.59. Taraf devletler arasında bir konsensüs olmaması nedeniyle davalı devletin transseksüellerin yeni cinsel kimliklerini tanıyıp tanımama konusunda geniş bir takdir marjının bulunduğu söylenileceğine dair geçmiş tarihli bir AİHM kararı için bkz.: *Rees v. Birleşik Krallık*, no.9532/81, 17 Ekim 1986, para.33-37. Bireylerin sahip oldukları isimleri değiştirme hakkı bakımından da, AİHM isim değiştirme koşulları konusunda taraf devletler arasında ortak bir temel

Takdir marjının kapsamını belirleyen bir diğer unsur da sınırlamada kullanılan sınırlama nedeni, diğer bir ifadeyle '*izlenen meşru amaç*'tır. AİHM'nin ulusal makamlara tanıdığı takdir marjının kapsamı, söz konusu hakkı düzenleyen maddedeki her bir sınırlama nedeni için aynı olmayıp farklılık arz edebilecektir³⁴⁷. Örneğin, taraf devletler genel ahlakın korunması sınırlama nedeni bakımından geniş bir takdir marjına sahiptir. Nitekim AİHM de taraf devletlerin '*toplumsal ahlakın korunması*' için alması gereken tedbirler konusunda '*yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması*' gibi daha objektif sınırlama nedenlerine göre daha geniş bir takdir marjına sahip olduğunu belirtmiştir³⁴⁸. Bunun dışında, müdahalenin devletin ekonomik ve sosyal politikalarını uygulamasının bir gereği olarak ortaya çıktığı hallerde devletler geniş bir takdir marjına sahiptir³⁴⁹. Yine, devletin birbiriyle çatışan menfaatlerin veya hakların arasında bir denge kurması gerektiği durumlarda genellikle geniş bir takdir marjı kullanmaktadır.

Bununla beraber, AİHM tarafından yukarıda belirlenen kriterlerin hiçbirinin tek başına belirleyici olmadığını belirtmek gerekir. Bunların birbirleri arasındaki etkileşim ve somut olayın koşullarına göre AİHM'nin bunlardan her birine verdiği ağırlık, ulusal makamların takdir marjının dar veya geniş olmasına yol açacaktır ki, bu durum bir davada AİHM'nin ulusal makamlara tanıyacağı takdir marjının kapsamının tahmin edilmesini zorlaştırmaktadır. Sonuç olarak, takdir marjının kapsamının belirlenmesinin birden fazla unsurun değerlendirilmesini gerektiren oldukça karmaşık bir süreç olduğunu söyleyebiliriz.

olmadığını belirterek, taraf devletlerin bu alana ilişkin düzenlemeler yaparken geniş bir takdir marjı kullanabileceklerine hükmetmiştir. Bkz.: *Stjerna v. Finlandiya*, 18131/91, 25 Kasım 1994, para.39. Yine, eşcinsellerin velayet hakları veya evlat edinmeleri konusunda da bir Avrupa konsensüsünden söz etmek mümkün olmadığından, devletlerin bu konuda geniş bir takdir marjına sahip olduğunu söyleyebiliriz. Bkz.: Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.382.

³⁴⁷ *Dudgeon v. Birleşik Krallık*, para.52.

³⁴⁸ *The Sunday Times v. Birleşik Krallık*, para.59.

³⁴⁹ AİHM, taraf devletlerin, şehir ve çevre planlaması politikaları çerçevesinde gerçekleştirdiği bir müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını değerlendirme hususunda takdir marjlarının geniş olduğunu belirtmektedir. Bkz.: *Hatton ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, no.36022/97, 8 Temmuz 2003, para.100. Doktrinde de, çevrenin korunması konusunda taraf devletlerin takdir marjının geniş olmasının kabul edilebilir bir yaklaşım olduğu belirtilmektedir. bkz.: Gemalmaz B., **Adil Denge**, s.671.

Şurası bir gerçektir ki, olumlu veya olumsuz yönleri bir yana, takdir marjı taraf devletlere kendi ulusal özelliklerini ve dini, kültürel, sosyal ve ekonomik koşullarını göz önünde bulundurarak AİHS'nden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirebilmek bakımından belirli bir esneklik veya bir manevra/hareket alanı sağlamaktadır³⁵⁰. Hatta hakların milletlerarası özel hukuk kuralları veya bu kuralların uygulanması suretiyle sınırlanması açısından böyle bir manevra/hareket alanının hayati öneme sahip olduğu belirtilmektedir. Buna göre, milletlerarası özel hukuk doğası gereği yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarını konu edindiğinden hakların sınırlanması için AİHS'nin öngördüğü ölçütlerin/koşulların yumuşatılmasına ihtiyaç duyulabilir³⁵¹. Dolayısıyla, takdir marjının böyle bir esnekliğin veya hareket alanının sağlanması için başlıca aday olduğu ileri sürülmekte, ancak sadece AİHM ile ulusal makamlar arasındaki ilişkilerle ilgili olduğu, dolayısıyla ulusal mahkemeler tarafından benzer bir şekilde kullanılmaması gerektiği ifade edilmektedir³⁵².

d. Ölçülülük/Adil Denge

AİHS'nin 8-11. maddelerinde yer alan haklara müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olarak kabul edilebilmesi için, müdahaleyi zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın gerekli kılması tek başına yeterli değildir. Sınırlama için kullanılan araç ile sınırlamada izlenen meşru amaç arasında bir orantılılığın, başka bir ifadeyle dengenin

³⁵⁰ Aynı yönde bkz.: Greer, **a.g.e.**, s.5.

³⁵¹ Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.44. Örneğin, yabancı unsurlu bazı özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından devletler uyuşmazlığın niteliğine bağlı olarak çeşitli milletlerarası özel hukuk kuralları ihdas etmektedir. Hiç şüphesiz bu kuralların somut bir uyuşmazlıkta yorumu veya tatbiki suretiyle devletin bireyin Sözleşmesel hakkına müdahalede bulunması söz konusu olabilir. İşte yasayla öngörülmüş ve ilgili maddede belirtilen bir meşru bir amaca dayanan söz konusu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı konusunda, uyuşmazlığın yerel nitelikteki bir davaya nazaran bu tür kurallarla çözüme kavuşturulmasının gerekli olduğu davalı devletçe AİHM nezdinde ileri sürebilir. Bu noktada devlet, fertler arasında adaleti/hakkaniyeti tesis etmekle yükümlü olduğunu, uyuşmazlığın yabancılık niteliğinin adaletin gereği gibi sağlanabilmesi için bu tür kuralların tanzimini ve tatbikini (veya tatbik edilmemesini) zorunlu kıldığını ileri sürebilir. Müdahalenin ilgili hakkı ihlal ettiğine dair bir şikayet başvurusunda AİHM, devletin bu tür bir müdahalesinin gerekli olup olmadığını değerlendirirken devletlerin yabancı unsurlu davalara uygulanacak kurallar tanzim etme ve bu kuralları yorumlama ve uygulama konusunda –uyuşmazlıkların milletlerarası niteliğinden kaynaklanan- belirli bir takdir marjına sahip olduklarına, bu marjın da ulaşılacak istenen meşru amaçla ölçülü olduğu ve hakkın özünü zedelediği ölçüde geniş olduğuna karar verebilir. Dolayısıyla, müdahalenin gerekliliğini ve sınırlama için davalı devletçe ileri sürülen nedenleri daha esnek/yumuşak bir şekilde inceleyebilir.

³⁵² Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.44.

bulunması da gerekmektedir ki buna ‘ölçülülük (*proportionality*)’ denilmektedir³⁵³. Diğer bir ifadeyle, ölçülülük temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma amaçları ile sınırlamada kullanılan araç arasındaki ilişkiyi yansıtmaktadır ve ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkarak kullanılan aracın denetlenmesinden ibarettir³⁵⁴.

Ölçülülük ilkesi, tıpkı takdir marjı doktrini gibi AİHS’nde açıkça düzenlenmemiş olup AİHM’nin hakların sınırlandırılması rejimi ile ilgili olarak içtihat yoluyla geliştirdiği temel ilkelerden biridir³⁵⁵. AİHS’nin çeşitli maddelerinde yer alan ifadeler ölçülülüğü tanımlamakta veya ona işaret etmektedir. Örneğin, AİHS m.2’deki ‘*mutlak gerekli*’ veya AİHS m.6’daki ‘*kesin olarak gerekli*’ ve AİHS m.8-11’de yer alan demokratik bir toplumda ‘*gerekli*’ ifadeleri yer almaktadır. Bunlardan AİHS m.8-11’de yer alan ‘*gerekliklik*’ ölçütünün diğerlerine nazaran daha esnek olduğu belirtilmektedir³⁵⁶. Bunun dışında, AİHM düzenlendiği maddede ölçülülük ilkesine işaret eden herhangi bir ifadenin yer almadığı mülkiyet hakkı veya mahkemeye erişim hakkı gibi haklara yönelik müdahalelerin meşruluğunu değerlendirirken de ölçülülük testini kullanmaktadır. Dolayısıyla, devletin pozitif yükümlülükleri de dâhil olmak üzere AİHS’nin bütününe mündemiç olduğu kabul edilen³⁵⁷ ölçülülük testinin ilgili maddede düzenlenen hakkın niteliğine bağlı olarak katı veya yumuşak olabileceği belirtilmektedir³⁵⁸.

³⁵³ Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.145; Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.374-375; Saadet Yüksel, **Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü**, Alfa, İstanbul, 2015, s.226.

³⁵⁴ İnceoğlu, **Sınırlama Rejimi**, s.38.

³⁵⁵ Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.146; Yüksel, **a.g.e.**, s.226; Reid, **a.g.e.**, s.67; Jonas Christoffersen, **Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhoff Publishers, Boston-Leiden, 2009, s.31; Alastair Mowbray, “A Study of Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, **Human Rights Law Review**, Vol.10, No.2, 2010, s.290.

³⁵⁶ Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.146; İnceoğlu, **Sınırlama Rejimi**, s.40. Hiç şüphesiz AİHM, bunlardan m.8-11’deki haklara müdahalenin meşruluğunu incelerken, müdahalenin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanıp kaynaklanmadığını ve devletlerin takdir marjını aşıp aşmadıklarını test ederken müdahalenin meşru amaçla ölçülü olup olmadığını da incelemektedir.

³⁵⁷ Sporrong ve Lönnroth v. İsveç, no.7151/75,7152/75, 23 Eylül 1982, para.69. Bununla beraber, AİHM’nin bu ifadesini AİHS’nde yer alan bütün haklar için geçerli olacak genellikle kullanıldığı, ancak AİHS m.3 gibi AİHS’nde yer alan bazı haklar bakımından ölçülülük incelemesinin yapılamayacağı, dolayısıyla böyle bir ifadenin sorunlu olduğu belirtilmektedir. Bkz.: Gemalmaz B., **Mülkiyet Hakkı**, s.520. Ayrıca ölçülülük/adil denge ilkesinin AİHM tarafından AİHS’nin diğer maddelerine göre uygulanması ile ilgili olarak bkz.: Mowbray, **Fair Balance**, s.307.

³⁵⁸ Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.146; Eren, **Demokratik Toplum Düzeni**, .204.

Ulusal anayasa hukuklarının da yabancı olmadığı bir kavram olan ve Türk anayasa hukukunda temel hakların sınırlandırılmasında da kullanılan³⁵⁹ ölçülülük ilkesi, AİHS kapsamında AİHM tarafından ilk kez *Belçika Dil Davası*nda açıkça ve doğrudan ifade edilmiştir³⁶⁰. AİHM, kararında AİHS'nin toplumun genel yararının korunması ile temel insan haklarına saygı arasında adil bir dengeye işaret ettiğini belirtirken ikinciye özel bir önem verdiğini belirtmiştir³⁶¹. AİHM sonraki birçok içtihadında, '*toplumun genel yararının gerekleriyle bireyin temel haklarının korunması gereği arasında adil bir denge*'nin kurulup kurulmadığının³⁶² veya gerçekleştirilmek istenen '*meşru amaçla sınırlamada kullanılan araç arasında bir orantılılık ilişkisi*'nin olup olmadığının³⁶³ incelenmesi gerektiği belirtmiştir. Dolayısıyla, böyle bir denge arayışının zorunlu olarak ölçülülük temelinde bir yaklaşımı gerektirdiği belirtilmektedir³⁶⁴.

Ölçülülük ilkesi, esasen müdahaleyle ulaşılmak istenen meşru amaçla müdahalenin gerekçesini teşkil eden bu amaca ulaşmak için kullanılan araç (sınırlama getiren yasa hükmü, idari karar veya yargı kararı) arasındaki orantılılığı veya sınırlama/müdahale ile elde edilecek olan genel yarar ile sınırlamanın neden olduğu bireysel zarar (başvurucunun menfaati) arasındaki dengeyi ifade etmektedir³⁶⁵. Bu aşamada, AİHM meşru amacın belirlenmesi yanında, bu meşru amacın gerçekleştirilmesi için davalı devletçe ileri sürülen gerekçenin ilgili ve yeterli olup

³⁵⁹ Gerek 1961 Anayasası döneminde gerekse 2001 Anayasa değişikliği öncesinde AYM'nin kararlarında yer verdiği ölçülülük ilkesi, 2001 yılında yapılan değişiklikle Anayasanın bir parçası haline gelmiştir. Temel hakların sınırlandırılması ile ilgili genel sınırlama hükmü olan m.13'te açıkça düzenlenmiştir. Ölçülülük ilkesinin, amaç-arac ilişkisinden kaynaklanan üç alt unsurdan oluştuğu kabul edilmektedir. Buna göre sınırlama için başvuru için sınırlamayla ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye *elverişli* olmalı; sınırlamayı gerçekleştirmek için *gerekli* olmalı, diğer bir ifadeyle sınırlamada kullanılan araç en az müdahalede bulunan araç olmalıdır. Son olarak, sınırlamada kullanılan araç ile amaç arasında ölçülü bir *orantı* olmalıdır. Müdahale ile bireylere ölçsüz/katlanılamaz bir yükümlülük getirilmemelidir. Bkz.: Sağlam, **a.g.e.**, s.110 vd; Gözler, **a.g.e.**, s.550 vd.; Zafer Gören, **Anayasa Hukuku**, Yetkin, Ankara 2011, s.398 vd. Bununla beraber, AİHM'nin ölçülülük ilkesinin alt unsurlarını her zaman değil, ancak çeşitli şekillerde uygulandığı belirtilmekte, AİHM tarafından yapılan değerlendirmede yukarıda açıkladığımız bu unsurların açıkça ifade edilmediği, bu unsurlardan daha çok gereklilik ve orantılılık unsurlarına yer verildiği belirtilmektedir. Konu ile ilgili olarak bkz.: İnceoğlu, **Sınırlama Rejimi**, s.41; Çetin, **a.g.e.**, s.132.

³⁶⁰ Christoffersen, **a.g.e.**, s.39.

³⁶¹ Belçika Dil Davası, para.5, son cümle. Ayrıca bkz.: Soering v. Birleşik Krallık, para.89.

³⁶² Sporrang v. Lönorth v. İsveç, para.69; Soering v. Birleşik Krallık, para.89; Rees v. Birleşik Krallık, para.37; Johnston ve Diğerleri v. İrlanda, para.72.

³⁶³ Handyside v. Birleşik Krallık, para.49; Dudgeon v. Birleşik Krallık, para.53.

³⁶⁴ Harris/O'boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.10.

³⁶⁵ Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.145.; Arai-Takahashi, **a.g.e.**, s.193.

olmadığını, müdahaleyi zorlayıcı toplumsal ihtiyacın gerekli kılıp kılmadığı konusunda devlete tanınan takdir marjının ölçülülük ilkesine uygun olarak kullanılıp kullanılmadığını denetlemektedir. AİHS m.8-11'deki haklar bakımından, sınırlamada kullanılan araç ile izlenen meşru amaç arasında bir orantılılık ilişkisinin var olup olmadığını incelerken esasen sınırlama ile oluşan bireysel zarar/başvurucunun menfaati ile toplumun yararı/genel yarar arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığını inceleyecektir³⁶⁶. Ancak bazı durumlarda, AİHM bireysel zarar ile toplumun yararı yerine başka bir bireyin spesifik yararı arasında da adil bir dengenin kurulup kurulmadığını incelemektedir. Örneğin AİHS m.8'de yer alan 'başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması' meşru amacı, spesifik olarak bireylerin haklarını korumaya yöneliktir³⁶⁷. İşte böyle bir durumda, bireylerin AİHS m.8'de yer alan hakları ile aynı hak altındaki hukuksal çıkarları ya da diğer maddelerde düzenlenen hakları ile dengelenmesi gerekmektedir³⁶⁸. Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, ölçülülük testi uyarınca ulusal makamların sınırlamada kullanılacak aracı belirlerken bireylerin hakkına en az müdahalede bulunan aracı/en az külfetli yöntemi tercih etmeleri gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, bireylerin haklarına daha az/hafif müdahalede bulunabilecek bir tedbirin (daha az kayıtlayıcı önlem) varlığına rağmen, bu tedbir kullanılmamışsa, adil denge sağlanmamış, müdahale ölçsüz olmuş olacaktır³⁶⁹.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, ölçülülük testi sadece AİHS m.8-11'de değil, AİHS'nin bütününe egemen bir ilke olduğundan mülkiyet hakkını güvence altına alan

³⁶⁶ Örneğin, AİHM diğer bireylerin hayatına veya güvenliğine zararlı aktiviteleri ceza hukuku kuralları vasıtasıyla düzenleme yetkisine sahiptir. Dolayısıyla kişinin bedeni üzerinde tasarrufla bulunma hakkı bakımından, zarar ne kadar ciddi ise, denge o kadar kamu sağlığı ve güvenliği meşru amaçları lehine kurulacaktır. Bkz.: *Pretty v. Birleşik Krallık*, no.2346/02, s.29 Nisan 2002, para.74. Yine çevre kirliliğine ilişkin bir davada AİHM, davalı devletin ülkenin ekonomik refahı ile bireyin AİHS m.8'den kaynaklanan hakları arasında adil bir denge kuramadığından bahisle AİHS m.8'in ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bkz.: *Lopez Ostra v. İspanya*, no.no.16798/90, 9 Aralık 1994, para.58.

³⁶⁷ Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.376.

³⁶⁸ *Jaggi v. İsviçre*, no.58757/00, 13 Temmuz 2006, para.38 son cümle; *Evans v. Birleşik Krallık*, no.6339/05, 10 Nisan 2007, para.90-92.

³⁶⁹ Leach, **a.g.e.**, s.163; Yüksel, **a.g.e.**, s.234-235. Örneğin, AİHM *Hatton ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* kararında, devletlerin temel haklarla ilgili olarak alternatif çözümler bulmaya çalışarak veya genellikle amaçlarına en az külfetli yola ulaşmaya çalışarak bireylerin haklarına müdahaleyi mümkün mertebe minimuma indirmeleri gerektiğini belirtmektedir. Bkz.: *Hatton ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, para.97. Yine *Campbell v. Birleşik Krallık* kararında, davalı devletin başvurusunun AİHS m.8'deki haklarından birine müdahale için daha hafif bir yöntemin varlığına rağmen, kapsamlı bir müdahalede bulunmasının ölçülü olmadığına hükmetmiştir. Daha hafif bir sınırlama alternatifi varken ağırının tercih edilmesi ölçülülük ilkesin alt unsurlarından gereklilik testini geçememiştir. İlgili karar ve eleştirisi için bkz.: İncoğlu, **Sınırlama Rejimi**, s.42.

P1-m.1 ve mahkemeye başvuru hakkını düzenleyen AİHS m.6 bakımından da uygulanmaktadır. Bu haklar bakımından da devletin bireylerin mülkiyet hakkına veya mahkemeye erişim hakkına müdahale teşkil eden eylemin gerçekleştirilmek istenen meşru amaç arasında bir ölçülülüğün bulunması, diğer bir ifadeyle bu haklar bakımından da adil bir dengenin sağlanması gerekmektedir. AİHM çeşitli kararlarında, mahkemeye erişim hakkına yönelik bir sınırlama bakımından da *'kullanılan araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisinin varlığı'*nı aramaktadır³⁷⁰. Bunun yanında, bazı kararlarda AİHM'nin mahkemeye başvuru hakkı bakımından, diğer hükümlerden farklı olarak, *'hakkın özüne zarar vermeme'* şeklinde bir kritere yer verildiğini görmekteyiz³⁷¹. Örneğin, *Stepowski v. Polonya* kararında AİHM, getirilen sınırlamaların hakkın özüne zarar verecek şekilde veya hakkın özüne zarar verdiği ölçüde kişinin (mahkemeye) erişimini sınırlamaması veya zayıflatmaması gerektiğini belirtmiştir³⁷².

AİHM, mülkiyet hakkı bakımından da *'makul bir ölçülülüğün varlığını'* aramaktadır. Örneğin, bir davada AİHM, mülkiyetten yoksun bırakılma sonucu doğuran müdahalenin meşru olarak kabulü için, müdahalede/sınırlamada *'kullanılan araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisinin var olması'* gerektiğine hükmetmiştir³⁷³. Ölçülülük AİHM'nin bazı kararlarında *'adil denge/fair balance'* olarak ifade edilmiştir. Buna göre, AİHM mülkiyet hakkının kullanımına müdahalenin toplumun genel yararının talepleri ile bireyin temel haklarının korunması arasında gerekli adil dengeyi sağlayıp sağlamadığını veya başvurucuya orantısız ve aşırı bir külfet yükleyip yüklenmediğini incelemek zorunda olduğunu belirtmiştir³⁷⁴. Eğer mülkiyet hakkına müdahale ile başvurucu orantısız ve aşırı bir külfet (unusual and excessive burden) altına sokulmuş ise adil denge bozulmuş olacaktır³⁷⁵. Mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerin ölçülülüğü incelemesinde, AİHM AİHS'nde yer alan

³⁷⁰ Ashingdane v. Birleşik Krallık, para.57; Steel ve Morris v. Birleşik Krallık, para.62; Stepowski v. Polonya, para.1.c.

³⁷¹ Ashingdane v. Birleşik Krallık, para.57; Stepowski v. Polonya, para.1.c.

³⁷² Stepowski v. Polonya, para.1.c. Aynı yönde bkz.: Geouffre de la Pradelle v. Fransa, no.12964/97, 16 Aralık 1992, para.28; Philis v. Yunanistan, no.12750/87; 13780/88, 14003/88, 27 Ağustos 1991, para.58-59.

³⁷³ Allan Jacobsson v. İsveç (No.1), no.10842/84, 25 Ekim 1989, para.55; Allard v. İsveç, no.35179/97, 24 Haziran 2003, para.54.

³⁷⁴ Gashi v. Hırvatistan, no.32457/05, 13 Aralık 2007, para.31.

³⁷⁵ Allard v. İsveç, para.54; Gashi v. Hırvatistan, para.31.

diğer haklardan farklı olarak '*orantısız ve aşırı bir külfet*' şeklinde bir ölçüte yer vermektedir. Bu durumun sebebi ise, mülkiyet hakkının niteliği itibariyle bireyin varlığında mündemiç olmayıp ekonomik bir değer içeren nesneyi gerektirmesidir³⁷⁶.



³⁷⁶ Gemalmaz B., **Mülkiyet Hakkı**, s.522.

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN KANUNLAR İHTİLAFI HUKUKU MESELELERİNE ETKİSİ

I. GENEL OLARAK

Kanunlar ihtilafı hukuku, birden fazla devletin hukuku ile temas halinde bulunan özel hukuk işlem veya ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara bu hukuk düzenlerinden hangisinin tatbik edileceğini gösteren kurallardan oluşmaktadır. Günümüzde, birçok ülke hukukunda ve Avrupa Birliği (AB) hukukunda maddi hukuk kurallarıyla düzenlenmeyen alanlarda¹ yabancı unsurlu özel hukuk ilişkilerine uygulanacak hukuka ulaşmayı sağlayan bir yöntem olarak kanunlar ihtilafı kuralları geliştirilmiştir. Türk hukukunda da, yabancı unsurlu özel hukuk ilişkilerinin tabi olacağı hukuki rejim 5718 sayılı MÖHUK'ta düzenlenmiştir². Bu kuralların en temel özelliği, yabancı unsurlu bir özel hukuk uyuşmazlığının çözümüne uygulanacak maddi hukuk

¹ Yabancı unsurlu bir özel hukuk uyuşmazlığına tatbik edilecek maddi hukuk kurallarının varlığı halinde, esasen bu kuralın tatbik edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, yabancı unsurlu özel hukuk ilişkilerini doğrudan düzenleyen 'maddi milletlerarası özel hukuk kuralları' sayıca çok azdır veya genellikle özel hukukun belirli alanları bakımından söz konusudur. Kanun koyucular tarafından veya yargı içtihatları vasıtasıyla sırf yabancı unsurlu özel hukuk ilişkilerine uygulanmak üzere geliştirilen milletlerarası özel hukuk kuralları nadiren de olsa bulunmaktadır. Örneğin, 5718 sayılı MÖHUK m.20/3'te yer alan 'Türkiye'de bulunan mirasçısız tereke devlete kalır.' hükmü, yabancı unsurlu miras ilişkileri bakımından bir özel kural getirmiştir. Yine, devletin organizasyonunun tanzim etmek veya mali, iktisadi veya sosyal politikalarını gerçekleştirmek amacıyla tanzim ettiği ve özel hukuk alanına giren bazı kurallar, amaçları ve konuları sebebiyle kapsamına girdikleri uyuşmazlıklar bakımından doğrudan uygulama alanı bulmaktadır. İşte yabancı unsurlu pek çok özel hukuk ilişkisi, birçok yönüyle ülkelerin doğrudan uygulanan maddi hukuk kurallarıyla sınırlandırılmaktadır. Bu tür kuralların da milletlerarası özel hukukun muhtevasını oluşturduğu kabul edilmektedir. Yine, milletlerarası ticaret hayatının ihtiyaçlarının bir sonucu olarak milletlerarası ticaret camiasının geliştirdiği ve milletlerarası ticari ve ekonomik sözleşmelerde kullanılan birçok kural, genel şartlar, örf-adet ve teamül kuralları da milletlerarası özel hukuk alanını tanzim eden maddi hukuk kurallarını oluşturmaktadır. Maddi milletlerarası özel hukuk kurallarının diğer bir kısmını, Türkiye'nin tarafı olduğu iki veya çok taraflı uluslararası anlaşmalar oluşturmaktadır. Bu anlaşmalarda, anlaşmanın kapsamına giren özel hukuk işlem veya ilişkiden doğan bir uyuşmazlığın çözümünde kullanılacak maddi hukuk kuralları doğrudan ilgili anlaşmada düzenlendiği görülmektedir. İşte, devletlerin tarafı olduğu iki veya çok taraflı uluslararası anlaşmalarda doğrudan düzenlenmesi iki veya çok taraflı milletlerarası anlaşmalar vasıtasıyla oluşturulan maddi hukuk kuralları maddi milletlerarası özel hukuk kurallarını oluşturmaktadır. Bu konu hakkında bkz.: Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.6 vd.

² Türk hukukundaki kanunlar ihtilafı kuralları sadece 5718 sayılı MÖHUK'tan ibaret değildir. Örneğin, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (m.766 vd, m.778, m.818 vd., m.1320 ve m.1350) ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununda (m.4/3, m.12/C) da kanunlar ihtilafı kuralları bulunmaktadır.

kurallarını doğrudan düzenlemeyip sadece söz konusu uyumsuzluğa uygulanacak maddi hukuk kurallarını göstermeleridir³. Bu sebeple, bir kanunlar ihtilafı kuralının görevi de somut uyumsuzluğa tatbik edilecek maddi hukuk alanını göstermekle sona ermektedir. Örneğin, MÖHUK m.19’da “Nafaka talepleri, nafaka alacaklısının mutad meskeni hukukuna tâbidir.” hükmü davada uygulanacak hukuki düzenlemeyi içermemekte, sadece nafaka alacaklısı hangi ülkede ise o ülke hukukuna göre Türk hâkiminin nafaka davasının karara bağlayacağını göstermektedir. Bu bakımdan, kanunlar ihtilafı hukuku, gerek özel hukukun gerekse milletlerarası özel hukukun diğer alanlarından metodolojik olarak ayrılmaktadır.

Kanunlar ihtilafı kurallarının temel amacı, yabancı unsurlu özel hukuk uyumsuzluklarına, uyumsuzluğun konusu ve tarafları ile en sıkı ilişkiye sahip bir maddi hukuk sisteminin uygulanmasını sağlamaktır. Devletler, esasen “*milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti*” olarak ifade edilen, milletlerarası özel hukukun kendine özgü hakkaniyet anlayışını gerçekleştirmek amacıyla bu tür kurallar tanzim etmektedir. Zira birden fazla ülke ile irtibatlı olması nedeniyle birden fazla ülke hukukuna tabi olma ihtimali bulunan bir işlem veya ilişki ile en fazla irtibata sahip ülkenin hukuk yetkili kılındığında milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti gerçekleşmiş olacaktır⁴. Bu bakımdan milletlerarası özel hukukun hakkaniyet anlayışı, ortaya çıkacak somut neticenin hakkaniyetli olmasını temin etmek amacıyla olan maddi hukuk hakkaniyetinden ayrılmaktadır⁵.

İşte bir devlet, bu amacı gerçekleştirmek gayesiyle yasama organları vasıtasıyla özel hukuk işlem veya ilişkilerine uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilafı kurallarını, belirli menfaatleri veya belirli bir hukuk siyasetini dikkate alarak belirlemektedir. Kanun koyucu bazen belirli bir hukuki işlem ve ilişki bakımından en

³ Nomer, **DHH**, s.9; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.15; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.23; Gülören Tekinalp/Ayfer Uyanık, **Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları**, Vedat Kitapçılık, 12. Bası İstanbul 2016, s.19; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s.8; Pippa Rogerson, **Collier’s Conflict of Laws**, Fourth Edition, Cambridge University Press, Cambridge 2013, s.4.

⁴ Nomer, **DHH**, s.14; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.25; Tekinalp/Uyanık, **a.g.e.**, s.25; Faruk Kerem Giray, “Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi”, **YÜHFD**, C.VIII, S.2 (2011) -C.IX, S.1 (2012), Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan, s.556

⁵ Nomer, **DHH**, s.14; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.25, dn.58.

sıkı ilişkili hukuku gösterdiğini varsaymak suretiyle çeşitli kanunlar ihtilafı kuralları ihdas etmektedir (örneğin, MÖHUK m.9). Bazen de en sıkı ilişkili hukuku yetkili kılarak söz konusu işlem veya ilişki ile en sıkı ilişkiye sahip bulunan hukuku tespit etme görevini hâkime bırakmaktadır (örneğin, MÖHUK m.34). Sonuç olarak, yabancı unsurlu bir özel hukuk uyuşmazlığı Türk hâkiminin önüne geldiğinde, MÖHUK m.2'nin emri gereği, ilgili kanunlar ihtilafı kuralı vasıtasıyla uyuşmazlığa hangi ülkenin maddi hukuk sisteminin uygulanacağını *re'sen* tespit edecektir. Bu hukuk ya *hâkimin hukuku (lex fori)* veya *yabancı bir hukuk* olacaktır.

Hiç şüphesiz, kanunlar ihtilafı kurallarının varlık sebebi olan milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin gerçekleşmesi, bu kuralların mahkemeler tarafından gereği gibi uygulanmasına bağlıdır. Ancak, bu kuralların hâkim tarafından uygulanması tek başına yeterli değildir. Bir kere uyuşmazlığa yabancı bir hukukun uygulanacağı tespit edildiğinde, bu hukukun -uyuşmazlıkla ilgili- maddi muhtevasının temin edilmesi ve ardından somut uyuşmazlığa -hukuku uygulanan ülkenin hâkimi gibi hareket ederek- tatbik edilmesi gerekecektir (MÖHUK m.2). Aksi halde, yabancılık unsurunun varlığına rağmen, ilgili kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmaması veya yanlış uygulanması MÖHUK'un ihlal edilmesi anlamına geleceği gibi, tespit edilen yabancı hukukun muhtevasının temini için gerekli araştırma yapılmaksızın uygulanmaması veya yanlış ya da eksik uygulanması da kararın temyiz mahkemesince bozulmasına neden olacaktır⁶.

İşte devletler, milletlerarası özel hukuk kuralları getirirken ve böylece bu kurallar vasıtasıyla yabancı bir hukukun kendi mahkemeleri tarafından uygulanabileceğini kabul ederken, yabancı hukukun uyuşmazlığın çözümünde kendi hukuklarına nazaran daha adil ve uygun olduğu mülahazasından hareket etmektedir. Burada, yabancı hukukun uygulanması, *prensip olarak*, bir devletin diğer bir devlete veya devletlere karşı hukuki veya ahlaki bir yükümlülüğüne dayanmamakta, aksine milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini gerçekleştirme anlayışından kaynaklanmaktadır⁷. Bu bakımdan devletler, kendi hukuk ve adalet anlayışına göre milletlerarası özel hukuk kuralları vaz

⁶ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.70-71; Nomer, **DHH**, 200 vd.

⁷ Ergin Nomer, **Davada Yabancı Kanun**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972, s.29; Nomer, **DHH**, s.189; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.59.

etmekte esasen serbesttir. Bununla beraber, her devletin (kanun koyucusunun), kendi mahkemelerine gelen bireyler arasında adaleti tesis etme mükellefiyeti bulunmaktadır. İşte bireyler arasında adaleti tesis etme mükellefiyeti, gerektiğinde devletin kendi maddi hukuk kurallarını bir yana bırakıp yabancı bir hukukun uygulanmasını gerekli kılabilir⁸. Bu nedenle, devletin kanunlar ihtilafı kuralları ihdas etme konusundaki serbestliğinin sınırını esasen devletin bu mükellefiyetinin teşkil ettiğini söyleyebiliriz.

Yabancı hukukun uygulanması konusunda prensip olarak devletin milletlerarası hukuktan kaynaklanan bir mükellefiyetinin olmadığı kabul edilmekle beraber, bu husus devletin gerek anayasasında gerekse taraf olduğu uluslararası insan hakları belgelerinde yer alan temel hak ve özgürlükleri göz ardı edeceği anlamına gelmemektedir. Devletler, bireyler arasında ortaya çıkan yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından adaleti tesis etme mükellefiyetini yerine getirirken aynı zamanda gerek anayasalarında gerekse AİHS’nde yer alan hak ve özgürlüklere riayet etmelidir. Dolayısıyla, devletlerin milletlerarası özel hukuk rejimlerini kendi yasama organları eliyle düzenlerken veya yargı organları aracılığıyla uygularken, uluslararası toplumun ortak değerlerini temsil eden insan hakları anlaşmalarını, özellikle AİHS’ni dikkate almalarını gerektirmektedir. Bu bakımdan, taraf devletlerin yabancı unsurlu davalara uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarını tanzim ederken veya bu kuralların tatbiki suretiyle temin edilen yabancı hukuku uyuşmazlığa uygularken karşılıklı haklara sahip olan bireylerin AİHS’nde yer alan temel haklarını ihlal etmeyecek bir şekilde hareket etmeleri gerekmektedir. Aksi takdirde devletin AİHM nezdinde sorumluluğu gündeme gelebilir.

İşte bir taraf devlet mahkemesinin kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla somut bir milletlerarası özel hukuk uyuşmazlığına uygulanacak hukukun *tespiti*, bu hukukun maddi muhtevasının *temini* ve uyuşmazlığa *tatbiki* faaliyetinin, bireylerin AİHS’nde yer alan temel haklarına müdahale edip etmediği, ediyorsa AİHM tarafından hangi koşullar altında meşru kabul edileceği büyük önem arz etmektedir. Çalışmamızın bu bölümünde,

⁸ Nomer, **DHH**, s.189; Giray, **MÖH Hakkanıyeti**, s.556; Jonathan Hill/Máire Ní Shúilleabháin, **Clarkson&Hill’s Conflict of Laws**, Fifth Edition, Oxford University Press, Oxford 2016, s.9-11. Yabancı hukukun tatbikinin temelleri hakkında farklı ülke hukuklarında ileri sürülen fikirleri ele alan yakın tarihli karşılaştırmalı bir çalışma için bkz.:Imre Zajtay, “Chapter 14: The Application of Foreign Law”, **International Encyclopedia of Comparative Law, Vol.3, Private International Law – Part 1**, Ed. Kurt Lipstein, Mohr Siebeck, Tübingen 2011, s.3 vd.

AİHS'nin çeşitli hükümlerinin yabancı hukukun tespiti, temini ve tatbiki faaliyetine olan muhtemel etkilerini incelemeye çalışacağız. Bu noktada, AİHS'nin uygulanacak hukuka olan etkilerine değinen AİHM içtihatlarının sayısının çok fazla olmadığını belirtmek gerekir. Bu nedenle AİHS'nin kanunlar ihtilafı meselelerine olan etkisiyle ilgili bazı konular teorik nitelikte olmakla beraber, özellikle yabancı hukukun maddi muhtevasının temini ve yabancı hukukun tatbikinin AİHS'ne aykırılık teşkil etmesinin AİHM tarafından –detaylı ve kapsamlı bir şekilde olmasa da- ele alındığını söyleyebiliriz.

Bu kapsamda ilk olarak, taraf devletlerin kanunlar ihtilafı kurallarının bizatihi kendisinin AİHS'nde yer alan temel hak ve özgürlüklere aykırılık teşkil edecek şekilde tanzim edilmiş olması hali incelenecektir. Bununla beraber, bu kuralların sadece soyut olarak değil, pratikte herhangi bir temel hak ihlaline veya bu ihlale bağlı olarak eşitlik prensibinin ihlaline yol açıp açmadığının incelenmesi de gerekmektedir. İkinci olarak, AİHS'nin uygulanacak hukuka etkisinin olabileceği alanlardan bir diğeri, kanunlar ihtilafı hukukunun en önemli ve aynı zamanda en problemli konularından biri olan yabancı hukukun içeriğinin teminidir. Türk mahkemesinin yabancı hukukun maddi muhtevasını temin edemediği gerekçesiyle *lex fori*'yi uyuşmazlığa uygulaması veya temin etmek için gerekli araştırmalarda bulunmaması ya da eksik araştırma yapması AİHS'nde yer alan bazı haklara müdahale teşkil edebilir. Hatta sırf bu nedenle yargılamanın makul sürede karara bağlanmamasının AİHS m.6/1'in ihlaline yol açabileceği AİHM tarafından açıkça belirtilmiştir⁹. İşte burada, taraf devletlerin bir özel hukuk uyuşmazlığına uygulanacak hukuku temin etme yükümlülüğü ile söz konusu uyuşmazlığı makul sürede karara bağlama yükümlülüğü arasında nasıl bir orta yol bulunması gerektiğini inceleyeceğiz.

AİHS'nde yer alan temel hak ve özgürlüklerin uygulanacak hukuka etkisinin olup olmadığı, esasen kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tespit edilen yabancı hukukun maddi hükümlerinin uyuşmazlığa tatbikinde ortaya çıkmaktadır. Zira birçok ülke hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da yabancı hukukun tatbiki mutlak bir anlama sahip değildir. Türk (forum) hukukunun temel hukuk ve adalet prensiplerine, temel hak

⁹ Bkz.: Karalyos ve Huber v. Macaristan ve Yunanistan, no.7511/01, 6 Nisan 2004.

ve özgürlüklere açıkça aykırı bir sonuca yol açması halinde, yabancı hukukun ilgili hükümleri Türk mahkemesi tarafından uygulanmayacaktır¹⁰. Yabancı hukukun tatbiki suretiyle AİHS'ne aykırılık ihtimalinin ortaya çıkması halinde, ilk olarak taraf devlet mahkemelerinin bu hususu nasıl bir yöntemle incelemeleri gerektiği problemi ortaya çıkmaktadır. Bu konuda, milletlerarası özel hukukta temel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda yaygın olarak kullanılan yöntem “*kamu düzeni müdahalesi*”dir (MÖHUK m.5). Ancak, doktrinde böyle bir aykırılık iddiasına karşı doğrudan ihlal edildiği iddia edilen hakkın ulusal mahkemeler tarafından -AİHM'nin yaptığı gibi- doğrudan uygulanması gerektiği de ileri sürülmektedir. Dolayısıyla, burada öncelikle milletlerarası özel hukukta kamu düzeni kavramının anlamı, özellikleri ve içtihatlarla oluşan içeriği ile özellikle AİHS'nde yer alan temel hak ve özgürlüklerle olan ilişkisi incelenecektir. Ardından, bu iki yöntemin avantajları ve dezavantajları ile yabancı hukukun tatbikinin AİHS'ne aykırı olup olmadığının tespiti bakımından ulusal mahkemeler nezdinde herhangi bir farklılık arz edip etmediği ele alınacaktır.

Ardından, özel hukukun çeşitli konularında cereyan eden yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda, Strasburg organlarının yabancı hukukun tatbiki suretiyle davanın taraflarının veya üçüncü kişilerin AİHS'nde yer alan haklarına yapılan müdahalenin meşruluğunu değerlendirdiği çeşitli kararlarını inceleyeceğiz. Bu kapsamda, ilk olarak, tatbikiyle AİHS'nin ihlaline yol açabilecek olan yabancı hukukun bir taraf devlete ait olması halinde, bu devletin de sorumluluğunun doğup doğmayacağını, böyle bir durumun AİHM'nin yapmış olduğu denetim bakımından herhangi bir farklılık arz edip etmeyeceğini inceleyeceğiz. Ardından, yabancı hukukun tatbikiyle ilgili Sözleşmesel hakka yönelik sınırlamanın/müdahalenin meşru olup olmadığı incelemesinde, AİHS'nin ilgili hak bakımından öngördüğü denetim seviyesinin yerel nitelikli davalara nazaran daha esnek/yumuşak bir şekilde uygulanmasının mümkün olup olmadığı, incelenmesi gereken bir diğer konudur. Bunlara ilaveten, uygulanacak yabancı hukukun AİHS'ne taraf bir devlete ait olması halinde, bu hukuku uygulayan mahkemenin tabi olduğu devlet dışında, hukuku uygulanan devletin de AİHM nezdinde sorumluluğunun

¹⁰ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.152; Nomer, **DHH**, s.173; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.74; Fawcett, **The Impact of Art.6(1)**, s.24; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s.142,145.

doğup doğmayacağı ele alınacaktır.

Son olarak, yabancı hukukun tatbikini engellemek için bir enstrüman olarak kullanılan AİHS, yabancı unsurlu bir uyuşmazlığa *lex fori*'nin tatbikine karşı ve doğal olarak *yabancı hukukun tatbikini sağlamak amacıyla* da kullanılabilir. Yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlıkta, ilk olarak, forum devletinin kanunlar ihtilafı kuralları *lex fori*'nin tatbikini öngörebilir. İkinci olarak, yabancı hukukun tatbikinin kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle bertaraf edilmesi ve yerine -gerekli görülen hallerde- *lex fori* olarak Türk hukukunun tatbik edilmesi söz konusu olabilir. *Lex fori*'nin tatbik edilebileceği üçüncü hal, uyuşmazlığın yabancılık unsurunun dikkate alınmaksızın davanın doğrudan *lex fori*'ye göre karara bağlanmasıdır. Bunun dışında diğer bir ihtimal olarak, belirli bir ülkede bir kanunlar ihtilafı rejiminin kısmen veya tamamen düzenlenmemiş olması söz konusu olabilir ki böyle bir durumda *lex fori*'nin otomatikman tatbik edilmesinin bireylerin temel haklarını ihlal edebileceği ileri sürülebilir. Böyle bir durumda, *lex fori*'nin tatbikine karşı AİHS'nde yer alan haklardan birinin ileri sürülmesinin mümkün olup olmadığı ve yerine yabancı hukukun uygulanmasının gerekip gerekmediği konusunu ortaya çıkarmaktadır. Yabancı hukukun kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle bertaraf edilerek yerine *lex fori*'nin tatbik edilmesi ihtimali dışında¹¹, *lex fori*'nin tatbikine karşı AİHS'nin ileri sürülüp sürülemeyeceğini çeşitli ihtimallere göre ele alacağız.

II. KANUNLAR İHTİLAFI KURALLARININ AİHS'Nİ İHLAL EDECEK ŞEKİLDE TANZİM EDİLMİŞ OLMASI

Her devletin kanun koyucusu, belirli menfaatleri veya belirli bir hukuk politikasını dikkate alarak, bağlama noktası olarak ifade ettiğimiz çeşitli maddi vakıalardan hareketle belirli bir hukuki münasebete uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarını tanzim eder. Temel hak ve özgürlüklerin, diğer bir ifadeyle Anayasada veya

¹¹ Yabancı hukukun tatbikini bertaraf eden kamu düzeni müdahalesinin mahkemelerce yanlış anlaşılması ve yorumlanması, bireylerin AİHS'nden kaynaklanan haklarının ihlaline yol açabilir. Bu halde temel hak ve özgürlüklerin ihlali halinde hâkim tarafından kullanılan kamu düzeni müdahalesi bireylerin temel haklarını ihlal edici bir fonksiyon üstlenmektedir. İşte bu bölümde, yabancı hukukun tatbikinin kamu düzeni müdahalesiyle bertaraf edilmesinin ve yerine *lex fori*'nin tatbikinin AİHS'nde yer alan haklara aykırılık teşkil edip etmeyeceği meselesini “AİHS'nin yabancı hukukun tatbikine etkisi” başlığı altında inceleyeceğiz.

AIHS’nde düzenlenen hakların kanunlar ihtilafı kurallarına etkisi, ilk olarak bu kuralların tanzim edilmesinde ve yorumlanmasında ortaya çıkabilir¹². Hiç şüphesiz, kanunlar ihtilafı kurallarının iç hukukun bir parçası olarak başta eşitlik ilkesi/ayrımcılık yasağı (AY m.10, AIHS m.14) olmak üzere gerek Anayasada gerekse AIHS’nde yer alan temel hak ve özgürlüklere uygun olması gerekmektedir¹³.

Burada, bir devletin mahkemelerine bu kurallar vasıtasıyla yabancı bir ülke hukukunu uygulamasını emretmesinin Anayasaya veya AIHS’ne uygun olup olmadığı tartışılabilir. Devletin bu kurallar vasıtasıyla kendi mahkemelerinde yabancı bir hukuku uygulamasına izin vermesi/imkân tanımmasının yine Anayasa hukukundan kaynaklanan gerekçelerle Anayasaya uygun olduğu kabul edilmektedir¹⁴. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, bir devletin mahkemelerinde yabancı hukukun tatbikini öngörmesi milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini gerçekleştirme bilincine dayanmaktadır. Milletlerarası özel hukuk, niteliği gereği birden fazla ülkeyle irtibatı olan, dolayısıyla birden fazla hukuk kültür ve geleneğinden gelen bireyler arasında ortaya çıkan özel hukuk uyuşmazlıklarının adil ve etkin bir şekilde çözülmesini sağlama amacı güttüğünden, esasen –devlet tarafından- farklı hukuk kültürlerine hoşgörü gösterilmesini de öngörmektedir. Anayasada devletin insan haklarına saygılı ve demokratik bir devlet olduğu ifadesi yer almakta, insan haklarına yönelik müdahalelerin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmasını aramaktadır (AY m.13). Hoşgörü (tolerance) ve çoğulculuk (pluralism) prensipleri, demokratik bir toplumun olmazsa olmaz unsurları olarak kabul edilmektedir¹⁵. Farklı kültür ve geleneklere sahip olan toplumlardan gelen kişilerin birbiriyle etkileşimi, farklı toplumlardan gelen kişiler arasında uyuşmazlıkları da beraberinde getirmektedir. Diğer bir ifadeyle toplumların çeşitliliği, (milletlerarası

¹² Aynı yönde bkz.: Stürner, **a.g.m.**, s.8-9.

¹³ Aynı yönde bkz.: Nomer, **DHH**, s.44; Tolga Şirin, “Kanunlar İhtilafı ve Anayasa Yargısı”, **TAAD**, Yıl.6, Sayı 22 (Temmuz 2015), s.370.

¹⁴ Devletin mahkemeleri önünde yabancı hukukun uygulanmasına izin vermesinin/imkan tanımmasının prensip olarak Anayasaya aykırı olmadığına ilişkin gerekçeler için bkz.: Şirin, **Kanunlar İhtilafı**, s.365 vd.

¹⁵ Handyside v. Birleşik Krallık, para.49; Vogt v. Almanya, no.17851/91, 26 Eylül 1995, para.52; Incal v. Türkiye, no.22678/93, 9 Haziran 1998, para.46. AYM de birçok kararında demokrasinin temellerinin çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik olduğunu vurgulamıştır. Bkz.: AYM, Ebru Aslan Başvurusu, B.No.2013/8464, 30 Aralık 2014, para.51 ve 53; AYM, İsmail Aslan ve Diğerleri Başvurusu, B.No.2013/7197, 8 Eylül 2015, para.55-56; AYM, Selda Demir Taze Başvurusu, B.No.2014/7668, 10 Haziran 2015, para.48.

özel hukuk anlamında) hukukun çeşitliliğini de beraberinde getirmektedir. Dolayısıyla, Türk mahkemelerinde Türk hukukundan farklı bir hukukun uygulanmasına hoşgörü gösterilmesinin anayasal bir ilke olduğu dahi ileri sürülebilir¹⁶. Sonuç olarak, burada Anayasaya veya AİHS'ne aykırılık yabancı hukukun uygulanmasına izin verilmesinden değil, yabancı hukukun uygulanmasına izin verme veya yabancı hukuka göndermede bulunma biçiminden kaynaklanabilir¹⁷. Bu nedenle başta eşitlik ilkesi olmak üzere, AİHS'nde yer alan hak ve özgürlüklerin kanunlar ihtilafı kurallarının tanzimine olan muhtemel etkileri ve somut uyuşmazlıkta bir kanunlar ihtilafı kuralının AİHS'ne aykırılığı gündeme getirildiğinde AİHM'nin nasıl bir karar verebileceği incelenmelidir.

Kanunlar ihtilafı kurallarının tanzimi ile temel haklar arasındaki ilişki, 70 ve 80'li yıllarda başta Alman mahkemeleri olmak üzere Kıta Avrupası devletlerinin anayasa mahkemelerince tartışılmıştır. Özellikle 70 ve 80'li yıllarda Alman milletlerarası özel hukuk kurallarının ve bu kuralların uygulanmasıyla yetkili kılınan yabancı hukukun özellikle eşitlik ilkesi olmak üzere Alman anayasasında yer alan temel haklara uygun olup olmadığı doktrinde ve mahkemelerce ele alınmıştır¹⁸. Tartışmanın temelinde, 1896 tarihli Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanununda (Alman MÖHK) yer alan aile hukukuna ilişkin bazı kanunlar ihtilafı kurallarının, bağlama noktası olarak kocanın/babanın milli hukukunu tercih etmesinin cinsiyete bağlı ayrımcılığa yol açıp açmadığı meselesi yatmaktaydı¹⁹. Bu kurallar, aile içerisinde erkeğin konumuna bağlı olarak tanzim edilmiş olması nedeniyle, karı ve kocanın farklı vatandaşlığa sahip olması halinde, uyuşmazlığa kocanın/babanın milli hukukunun uygulanacağını öngörmekteydi. Yeni Alman Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra, mevcut kanunlar ihtilafı kurallarının Alman Anayasasının cinsiyete bağlı ayrımcılık yasağına (m.3) aykırılık teşkil edip etmediği ve Anayasanın bu kuralları geçersiz kılıp kılmadığı gündeme gelmiştir. Alman Yüksek Mahkemesi (*Bundesgerichtshof*), 80'li yıllara kadar birçok kararında kanunlar ihtilafı kurallarının tek fonksiyonunun uygulanacak hukuku belirlemek olduğunu, karı ve kocanın hak ve yükümlülüklerine karar vermek olmadığını, kocanın milli hukukunun maddi hukukunun karının milli hukukunun

¹⁶ Şirin, **Kanunlar İhtilafı**, s.368.

¹⁷ Şirin, **Kanunlar İhtilafı**, s.370.

¹⁸ Weick, **a.g.m.**, s. 194-195.

¹⁹ Weick, **a.g.m.**, s.194; Hofmann, **a.g.m.**, s.148; Kinsch, **Choice-of-law Rules**, s.23.

uygulanmasına nazaran kadın eş bakımından daha uygun olabileceğini ifade etmiştir²⁰. Ancak daha sonra Yüksek Mahkeme, eşlerin farklı devlet vatandaşlığına sahip olduğu bir boşanma davasında uygulanacak hukuku kocanın vatandaşlığına tabi kılan Alman MÖHK m.17/1'in Alman AY m.3/2'ye aykırı bulmuştur²¹. Akabinde, Alman Anayasa Mahkemesi (*Bunderverfassungsgericht*) evlilik mallarına uygulanacak hukukun belirlenmesinde kocanın vatandaşlığını esas alan Alman MÖHK m.15/1-2'yi benzer gerekçeyle Anayasaya aykırı bulmuştur²².

Alman mahkemelerinin eşitlik prensibine ve onun bireyler arasında adaleti gerçekleştirmek gibi olağan fonksiyonundan ziyade sembolik değerine dayanan görüşleri, daha sonra İtalyan ve İspanyol anayasa mahkemelerini de etkilemekle kalmamıştır. Ayrıca, Alman hukukundakine benzer kanunlar ihtilafı kuralları ihtiva eden yeni yasal düzenlemeler yapılmasının yolunu açmıştır²³. Örneğin, evlilikle ilgili konuları kocanın milli hukukuna, çocuk ile ebeveynler arasındaki ilişkileri babanın vatandaşlığına tabi kılan eski İtalyan milletlerarası özel hukuk kuralları, İtalyan Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırı bulunmuştur²⁴. Dolayısıyla, eski İtalyan milletlerarası özel hukuk rejiminin reforme edilmesinin ve 1995 tarihli İtalyan Milletlerarası Özel Hukuk Kanunun hazırlanmasının temel sebebi olarak, eski kanunlar ihtilafı kurallarının 1948 tarihli İtalyan Anayasasında yer alan bazı temel haklara, özellikle cinsiyete dayanan eşitlik ilkesine uyumlu hale getirmek olduğu belirtilmektedir²⁵.

²⁰ BGH 29 Nisan 1964, BGHZ 42, 7; BGH 22 Mart 1967, BGHZ 47, 324, 236; BGH 17 Eylül 1968, BGHZ 50, 370, 373; BGH 18 Haziran 1970, BGHZ 54, 123, 126; BGH 18 Haziran 1970, BGHZ 54, 132. Kararlar için bkz.: Kinsch, **Choice-of-law Rules**, s.22, dn.27.

²¹ Alman Yüksek Mahkemesi bu kararında, ayrımcılık yasağı prensibinin amaçlarından birinin evlilik kurumuna yönelik geleneksel bakışı değiştirmek olduğunu kabul etmiştir. Milletlerarası özel hukukta kocanın vatandaşlığına verilen önceliğin, yine 1896 yılında maddi hukuk kurallarını da karakterize eden evlilik kurumuna yönelik benzer bir bakış açısını yansıttığını, bu nedenle söz konusu kanunlar ihtilafı kuralının Anayasanın yeni değerler sistemine uygun olmadığını belirtmiştir. BGH 8 Aralık 1982, BGHZ 86,57, 62-63. Alman Yüksek Mahkemesinin bu kararı, Alman Anayasa Mahkemesi tarafından onanmıştır. Bkz.: BVerfG, 8 Ocak 1985, 68 BVerfGE 384, (NJW, 1985/22, s.1282).

²² BVerfG 22 Şubat 1983, 63 BVerfGE, 181. Bkz.: NJW, 1983/35, s.1968 vd.

²³ Kinsch, **Choice-of-law Rules**, s.23. Alman hukuku ile ilgili olarak bkz.: Hofmann, **a.g.e.**, s.149 vd.

²⁴ İtalyan Anayasa Mahkemesinin ilgili kararları için bkz.: Tito Ballarino/Andrea Bonomi, "The Italian Statute on Private International Law of 1995", **Yearbook of Private International Law**, Vol.2, 2000, s.101.

²⁵ Ballarino/Bonomi, **a.g.m.**, s.101, dn.4.

Sonuç olarak, eşitlik ilkesi kıta Avrupası hukuklarında klasik kanunlar ihtilafı kurallarının radikal/esaslı bir şekilde reforme edilmesine yönelik temel argüman olarak kullanılmıştır. Özellikle aile hukukunun kapsamına giren birçok konunun genellikle nişanlılar, karı veya koca ya da eşler ile çocuklar arasındaki ilişkileri ele alması nedeniyle birçok ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları tanzim edilirken uyumsuzluğun tarafları bakımından eşit ve ortak bir hukuka bağlamayı mümkün kılacak bağlama noktaları tercih edilmesinde bu anlayışın etkisi olmuştur²⁶. Hatta milletlerarası özel hukuka ilişkin AB tüzüklerinde de evliliğin muhtelif yönlerine ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları bakımından da eşlerin ortak vatandaşlıkları, mutad meskenleri veya ikametgâhları bağlama noktası olarak tercih edilmiştir²⁷. Türk hukukunda ise, karşılaştırmalı hukukta karşılaşılan cinsiyete bağlı ayrımcılık yasağının kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla ihlal edilmesi gibi bir durumun ortaya çıkması prensip olarak pek mümkün görünmemektedir. Zira mülga 2675 sayılı MÖHUK²⁸ döneminde dahi nişanlanmadan mal rejimlerine kadar aile hukukuna ilişkin birçok kanunlar ihtilafı kuralında eşler arasında eşitliğe dayanan ve uyumsuzluğun tarafını oluşturan eşler bakımından ortak bir hukuka bağlanmayı sağlayan müşterek milli hukuk, müşterek ikametgâh, müşterek mutad mesken gibi bağlama noktaları kullanılmıştır. 5718 sayılı MÖHUK döneminde de benzer bağlama noktalarından hareket edildiği göz önüne alındığında, söz konusu kuralların temel haklara aykırılık teşkil etmesinden –en azından şimdilik- söz edemeyiz.

Cinsiyete bağlı ayrımcılık yasağı dışında, uygulanacak hukuku vatandaşlık bağlama noktasına tabi kılan bir kanunlar ihtilafı kuralının vatandaşlık temelli bir ayrımcılık yasağına aykırılık oluşturabileceği akla gelebilir. Bir hukuki ilişkinin, örneğin evlilikte evlenme ehliyet ve şartlarının bireylerin her birinin kendi milli hukukuna tabi tutmanın ve buna bağlı olarak farklı hukukun uygulanmasının eşitlik ilkesinin ihlalini gündeme getirebileceği teorik olarak söylenebilir. Ancak burada, eşitlik ilkesinin özellikle maddi anlamda farklılıkları göz ardı etmek yerine, bu

²⁶ Örneğin Alman hukukunda EGBGB m.14; 1987 tarihli İsviçre MÖHK m.48/1, m.54; 1995 tarihli İtalyan MÖHK m.29-31.

²⁷ Örneğin, Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuka ilişkin 1259/2010 sayılı Roma III Tüzüğü, m.7-8.

²⁸ RG: 22.5.1982 – 17701.

farklılıkların gözetilmesini gerektirdiğini unutmamak gerekir²⁹. Hatta farklı durumlarda olanlara farklı bir muamelede bulunmayı gerektiren bir prensibin, yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda *lex fori*'nin uygulanmamasını haklı ve gerekli kıldığından dolayı kanunlar ihtilafı hukukun varlığının temelini teşkil ettiği söylenebilir³⁰. Gerçekten, yukarıdaki örnekten hareket edersek, ne eşitlik prensibi, ne de özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı, evliliğin şartları bakımından bireylerin aynı hukuka tabi kılınmasını gerektirmez. Tam tersine, bireylerin vatandaşı oldukları ülkelerle yakın irtibat halinde bulunmaları ve söz konusu evliliğin geçerliliğinin bu ülkelerde de güvence altına alınması, milli hukuka bağlanmayı haklı kılmaktadır³¹. Diğer bir ifadeyle, kanunlar ihtilafı kuralları vatandaşlık temelinde ayrımcılık yaratmadığı gibi, söz konusu kuralların tanziminde bu hususun göz ardı edilmesi eşitlik ilkesinin ihlaline neden olabilir.

Bu noktada, henüz AIHM'nin yetkili yabancı hukuku vatandaşlık bağlama noktasına göre belirleyen bir kanunlar ihtilafı kuralının ayrımcılık yasağını ihlal edip etmediğini ele alan bir kararının bulunmadığını belirtmek gerekir. Bununla beraber vatandaşlık temelinde ayrımcılık yasağının ve Avrupa vatandaşlığı kavramının Avrupa Birliği (AB) kapsamında özel bir önemi bulunmaktadır. Zira AB Anlaşmasının 12. maddesi, Anlaşmanın kapsamına giren konularda vatandaşlık esasına bağlı her türlü ayrımcı uygulamayı yasaklamaktadır. Bu bakımdan şahsi statüyü vatandaşlığa tabi kılan Belçika ve Alman hukukundaki kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasının vatandaşlık temelli ayrımcılığa yol açtığına Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)³²

²⁹ AYM de birçok kararında, Anayasanın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesinin herkesin her yönden aynı hukuk aynı durumda olanlara aynı, farklı durumda olanlara farklı muamele edilmesini gerektirdiğini belirtmiştir. Buna göre, kişilerin durumları ve konumlarındaki farklılık, bunlara farklı kuralların uygulanmasını gerektirebilir. Aynı ya da benzer durumda olanların aynı kurallara, farklı durumda olanların da farklı kurallara tabi olması halinde, eşitlik ilkesinin zedelendiğinden söz edilemeyecektir. Bkz.: AYM 28 Şubat 2013, E.2012/134 K.2013/34, (RG: 26.7.2013–28719); AYM 13 Mayıs 2010, E.2009/15 K.2010/64, (RG: 5.2.2011–27837); AYM 9 Temmuz 2009, E.2004/38, K.2009/108, (RG: 6.11.2010–27751).

³⁰ Kinsch, **Choice-of-law Rules**, s.20. Hatta Almanya'da Bavyera Anayasa Mahkemesi 13 Mart 1956 tarihli kararında, üzerinde herhangi bir tartışma yapmaksızın ve yabancı ülkelerle olan bağlantılarını dikkate almaksızın tüm davalara *lex fori*'nin uygulanmasının eşitlik ilkesini ihlal edeceğini açıkça ifade etmiştir. Karar için bkz.: **IPRspr.** 1956-1957, No. 124, s.399.

³¹ Nomer, **DHH**, s.44-45; Şirin, **Kanunlar İhtilafı**, s.369.

³² Avrupa Birliği Adalet Divanı, Avrupa Birliğini Kuran Antlaşma ile kurulmuş olup Antlaşmada belirlenen hedeflerin gerçekleşmesi ve Birliğin yetkili organlarınca oluşturulan ikincil hukuk normlarının uygulanmasını ve yorumlanmasında hukukî denetimi sağlamak amacıyla Birliğin kendi bünyesi içerisinde kurulmuş bir yargı organıdır. ABAD'ın yetkisi Birlik antlaşmasından ve Birlik mevzuatından

tarafından kabul edildiği söylenebilir³³. Ancak doktrinde ABAD'ın bu kararlarının daha çok bir üye devlet mahkemesinin diğer bir AB üyesi devlette yürürlükte olan farklı kanunlar ihtilafı kurallarını ve tarafların uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kurallarına yönelik tercihlerini dikkate almaksızın, söz konusu kanunlar ihtilafı kurallarını katı bir şekilde tatbik etmelerinden kaynaklandığı belirtilmektedir³⁴. Bu nedenle şu ana kadar tek başına bir kanunlar ihtilafı kuralının kendisinin Anlaşmaya aykırı olduğuna dair ABAD tarafından herhangi bir karar verilmemiştir. Dolayısıyla, gelecekte ABAD'ın da vatandaşlığı bağlama noktası olarak kullanan bir kanunlar ihtilafı kuralını iptal edip etmeyeceği belirsiz görünmektedir³⁵.

Sonuç olarak, burada AİHS'ne aykırılığa neden olabilecek husus, bir kanunlar ihtilafı kuralının yabancı hukukun uygulanmasına göndermede bulunma biçiminden, diğer bir ifadeyle, böyle bir aykırılık kanunlar ihtilafı kuralının bir unsurunu oluşturan bağlama noktasından kaynaklanabilir. Eğer bir bağlama noktası, diğer temel haklardan farklı olarak taraflar arasında eşitlik ilkesi gözetilmeksizin belirlenmişse, AİHS m.14'ün ihlaline neden olabilir. Ancak belirtmek gerekir ki, cinsiyete bağlı ayrımcılığın

kaynaklanmaktadır. ABAD, özellikle Avrupa Birliğini Kuran Anlaşmanın 234. maddesince öngörülen ön karar prosedürü vasıtasıyla bu denetimi yapmaktadır. Üye devlet mahkemelerinde görülmekte olan davalar sırasında başvuru bu prosedür uyuşmazlığı doğrudan sonuçlandıran bir fonsiyona sahip değildir. ABAD ve ön karar prosedürü hakkında bkz.: Gülören Tekinalp/Ünal Tekinalp, **Avrupa Birliği Hukuku**, 2. bası, Beta, İstanbul 2000, s. 260 vd.; Enver Bozkurt/Mehmet Özcan/Arif Köktaş, **Avrupa Birliği Hukuku**, 4. Baskı, s. 127,134, 141-142. ABAD'ın, ön karar prosedürü yoluyla özellikle AİHS'ni referans alarak Avrupa Birliği milletlerarası özel hukuk düzenlemelerinin ve uygulamasının temel hak ve özgürlüklere aykırılık teşkil edip etmediğini doğrudan veya dolaylı olarak ele aldığı bir çok kararı bulunmaktadır. Bu kararlara çalışmamızda gerekli olduğu ölçüde değineceğiz.

³³ ABAD çocuğun soyadının belirlenmesine ilişkin *Garcia Avello* (Case C-148/02, (2003) ECR I-11613) ve *Grunkin-Paul* (Case C-353/06, (2008) ECR I-7639) davalarında, esasen kanunlar ihtilafı kurallarının yorumlanmasından ziyade, bu kuralların yorumlanışının Avrupa Birliğinin temel prensiplerine olan etkisini ele alarak karar vermiştir. Örneğin, *Garcia Avello* davasında hem Belçika hem de İspanyol vatandaşı olan çocukların soyadı İspanyol makamlarınca İspanyol hukukuna uygun olarak nüfusa tescil edilmiştir. Ancak aynı talep, Belçika makamları tarafından çocuğun Belçika vatandaşlığına öncelik tanınarak tespit edilmiş olan Belçika hukukuna göre söz konusu soyadın nüfusa kaydının mümkün olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. ABAD, önüne gelen davada, sadece tek bir devlet vatandaşı olan bireylerle kıyaslandığında Belçika vatandaşlığı yanında başka bir üye devlet vatandaşı olanların –adları ile ilgili olarak- farklı bir durumda olduğunu belirtmiştir. ABAD, bu tür bir farklı muamelenin üye devletlerde farklı soyadları ile anılmalarının bireylerin iş ve özel hayatlarında ciddi zorluklarla karşılaşmalarına neden olacağından ve böyle bir zorluğun Avrupa vatandaşlarının serbest dolaşımını engelleyeceğinden Belçika makamlarının ileri sürmüş olduğu gerekçeleri reddetmiştir. Bkz.: Garcia Avello, para.42-45. Bu kararın ve diğer kararın analizi için bkz.: Giulia Rossolillo, “Personal Identity at a Crossroad Between Private International Law, International Protection of Human Rights and EU Law”, **Yearbook of Private International Law**, Vol.11, 2009, s.153 vd.

³⁴ Kinsch, **Choice-of-law Rules**, s.23.

³⁵ Kinsch, **Choice-of-law Rules**, s.23.

kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla gerçekleşmesi günümüz milletlerarası özel hukuk düzenlemelerine baktığımızda pek mümkün değildir. Yine, uygulanacak hukuku vatandaşlık esasına göre belirleyen bir kanunlar ihtilafı kuralının ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil edeceğini söyleyemeyiz. Zira yukarıda da değindiğimiz üzere, farklı devlet vatandaşlığına sahip olan kişilere farklı hukukların uygulanması esasen bu kişiler arasında eşitsizlik yaratmamakta, bilakis kültürel olarak en çok vatandaşı olduğu ülkeyle ilişkileri bulunduklarından dolayı bu ülke hukukuna tabi tutulmalarında menfaatleri bulunmaktadır. Nitekim Almanya’da ikamet eden yabancı devlet vatandaşı transseksüellerin cinsiyet değişikliğinin Almanya’da tesciline ilişkin 2006 tarihli kararında Alman AYM, vatandaşlığın Alman kanunlar ihtilafı kurallarında bağlama noktası olarak kullanılmasının yabancı hukuk düzenlerine olan saygıya ve vatandaşı oldukları ülke hukukun uygulanmasında yabancılara menfaatlerinin bulunduğu meşru mülahazasına dayandığını belirtmiştir. Alman AYM’ne göre, vatandaşlık bireyle vatandaşı olduğu devlet arasında devamlılık arz eden kişisel bir bağa tekabül etmektedir ve bireylerin vatandaşı olduğu ülke hukukuyla olan yakın ilişkilerinden ötürü milli hukuklarının uygulanması menfaatlerinedir. Böylece, Alman AYM bireyler arasında kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla vatandaşlığa dayanan bir ayırımın Anayasanın ayrımcılık yasağı ilkesini ihlal etmediğine karar vermiştir³⁶. Dolayısıyla, böyle bir aykırılık iddiası gerek diğer temel haklarla birlikte gerekse ayrı olarak ileri sürüldüğünde, benzer şekilde AYM ve AİHM’nin de devletin bireylerin vatandaşı olduğu ülke ile daha yakın ilişkisinin olduğu gerekçesiyle bu tür bir kanunlar ihtilafı kuralı vaz etmesini “meşru bir amaç” olarak kabul edebileceğini söyleyebiliriz.

III. AİHS’NİN YABANCI HUKUKUN TEMİNİ FAALİYETİNE ETKİSİ

A. Genel Olarak

Bir devlet mahkemesi, kendi kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla uyuşmazlığa yabancı bir hukukun uygulanacağını tespit etmişse, bu yabancı hukukun elindeki somut

³⁶ Alman AYM daha sonra, yabancı hukukun uygulanmasında probleme yol açan sebebin esasen bireylerin milli hukuklarının olmadığını, ancak milli hukukun uygulanması halinde bu hukukun cinsiyet değiştirme talebini reddetmesinin kişilik haklarını ihlal etmesi olduğunu belirtmiştir. Ancak bunun, Alman milletlerarası özel hukukunda yer alan bir kanunlar ihtilafı kuralına değil, yabancı hukukun muhtevasına ve mahkemenin kamu düzeni müdahalesini devreye sokmasıyla ilgili bir mesele olduğunu ifade etmiştir. Karar için bkz.: BVerfG 18 Temmuz 2006, BVerfGE 116, 243, 261 (NJW, 2007/13, s.900).

uyuşmazlığa uygulanacak maddi hukuk kurallarını nasıl temin edeceği sorunuyla karşılaşmaktadır. Yabancı hukukun ilgili hükümlerinin öncelikle doğru ve eksiksiz bir şekilde temin edilmesi, ardından da uyuşmazlığa tatbik edilmesi gerekmektedir. Aksi halde, kanunlar ihtilafı kurallarının yabancı unsurlu bir davada yabancı hukuku göstermesi sembolik bir anlam taşıyacaktı³⁷. İkincisi mahkemenin yabancı hukukun maddi muhtevasını temin edemediği gerekçesiyle *lex fori*'yi uyuşmazlığa uygulaması veya temin etmek için gerekli araştırmalarda bulunmaması ya da eksik araştırma yapması kararın ulusal yüksek mahkemede bozulmasına sebebiyet verecektir³⁸. Bu ise, davanın yeniden yerel mahkemenin önüne gelmesine ve sonuç olarak yargılamanın daha da uzamasına sebep olacaktır. Oysa gecikmiş adalet, adaletsizlik olarak kabul edilmektedir³⁹. Bu bakımdan, yabancı hukukun uygulanması meselesi milletlerarası özel hukukun en önemli ve hayati konularından birini teşkil ederken, tespit edilen yabancı hukukun muhtevasının temini ise milletlerarası özel hukukun can damarı veya gizli kralı olarak nitelendirilmektedir⁴⁰.

Yabancı hukuku temin etme faaliyeti, tarafların yardımını gerektirecek kadar zor bir süreç olmakla ve belirli bir zaman almakla beraber, mahkemelerin aynı zamanda yargılamanın uzamasına sebep olabilecek gereksiz gecikmelerden kaçınması gerekmektedir. Bu durumda, mahkemeler bir taraftan yabancı hukukun maddi muhtevasını –sanki yabancı hukukun ait olduğu devletin hâkimi gibi- tam anlamı ve kapsamıyla temin edip olaya uygulama yükümlülüğü altındadır. Diğer taraftan da, yabancı unsurlu uyuşmazlığı makul bir süre içerisinde karara bağlama yükümlülüğü altındadır. Zira yabancılık unsurunun varlığına rağmen, yargılamanın makul bir süre içerisinde sona erdirilmemesi, makul sürede yargılanma hakkının ihlaline sebep olabileceği gibi, yabancı hukukun temin edilmesinde izlenen usul, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı gibi AİHS m.6/1’de yer alan diğer güvenceleri de ihlal edebilir⁴¹.

³⁷ Şanlı/Esen/Ataman- Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.69.

³⁸ Nomer, **DHH**, s.201-202.

³⁹ Sibel İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, 4. Bası, Beta İstanbul 13, s.370.

⁴⁰ Nomer, **DHH**, s.191.

⁴¹ Bu bakımdan, yabancı hukukun temini faaliyeti, AİHS’nin kanunlar ihtilafı hukukuna olan etkisinin tamamen farklı bir yönünü oluşturmaktadır. Yabancı hukukun tatbiki, daha çok AİHS’nde yer alan temel

İşte burada, bir taraf devletin esasen kendi yargı organlarına yüklemiş olduğu yabancı hukuku temin etme (ve akabinde tatbik etme) yükümlülüğü ile söz konusu uyuşmazlığı AİHS m.6/1 gereği makul sürede karara bağlama yükümlülüğü arasında nasıl bir denge kurması gerektiği incelenecektir. Özellikle uyuşmazlığın yabancılık unsuruna sahip olması ve yabancı hukukun içeriğinin araştırılacak olmasının, AİHM tarafından yapılacak olan makul süre değerlendirmesine herhangi bir etkisinin olup olmayacağını inceleyeceğiz. Bu bakımdan öncelikle konunun AİHM tarafından nasıl ele alındığını inceleyeceğiz. İkinci olarak, ulusal mahkemeler tarafından yabancı hukuku temin etme faaliyeti ile AİHS arasındaki ilişkinin ulusal mahkemeler tarafından nasıl yorumlandığını ele alacağız. Ardından, başta Türk hukuku olmak üzere bazı taraf devlet hukuklarında yabancı hukukun temini faaliyetine ilişkin mahkemelerinin kullanımına sunduğu yöntem ve araçlar ile bunların uygulanması AİHS m.6/1 ışığında incelenecektir. Zira yabancı hukukun AİHS'ne taraf bazı devletlerin hukuk düzeni içerisindeki niteliği ve konumu farklılık arz etmektedir. Bu da, yabancı hukukun temini konusunda mahkemelerin konumunu ve bu konuda üzerine düşen yükümlülüklerini de etkilemektedir.

B. Yabancı Hukukun Teminine İlişkin AİHM ve Taraf Devlet Mahkemelerinin İçtihatları

AİHM'nin yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlığına uygulanacak yabancı hukukun içeriğinin teminiyle AİHS arasındaki ilişkinin *Karalyos ve Huber v. Macaristan ve Yunanistan*⁴² kararında doğrudan ele alındığı görülmektedir. Söz konusu davada, her ikisi de Macar vatandaşı olan illüzyonist ve eşi, bir Yunan şirketiyle şirketin işlettiği bir yolcu gemisinde gösteri yapmak üzere bir sözleşme akdetmiştir. Ancak şirketin illüzyonistin araç gereçlerini gemi güvertesine yüklediği gün gemide bir yangın çıkmış ve tüm araç gereç yanmıştır. Yunan şirketinin başvuru zararını

haklar (substantive rights) ile ilgiliyen bu konu usuli bir temel hak olan ve hiç şüphesiz yabancı unsurlu davalar bakımından da uygulanan AİHS m.6/1 ile ilgilidir. Burada, yabancı hukukun temini faaliyetinin gereği gibi yerine getirilmemesinin AİHS m.6/1 dışında diğer temel haklara aykırılık teşkil edip etmeyeceği meselesi gündeme gelebilir. Ancak bu mesele, esasen -yeterince temin edilsin veya edilmesin- yabancı hukukun uyuşmazlığa tatbik edilmesinden sonra ortaya çıkabilecek bir mesele olduğu söylenebilir. Ayrıca, yabancı hukukun temini faaliyeti, daha çok yargılamanın sonuçlanmasına hizmet eden bir tasarruf olması itibarıyla mahkemenin izlemesi gereken prosedür ile ilgilidir.

⁴² *Karalyos ve Huber v. Macaristan ve Yunanistan*, no.7511/01, 6 Nisan 2004.

karşılamaı reddetmesi üzerine illüzyonist ve eşı Macar mahkemelerinde tazminat davası açmıştır. Macar mahkemesi, Macaristan ile Yunanistan arasındaki iki taraflı adli yardım anlaşması ve Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine dair Avrupa Anlaşmasına⁴³ dayanarak uygulanacak hukuk olarak tespit ettiği Yunan hukuku hakkında bilgi edinmek amacıyla yetkili Macaristan Adalet Bakanlığı makamları vasıtasıyla Yunanistan Adalet Bakanlığı makamlarına talepte bulunmuştur.

Yunan hukuk hakkında bilgi edinme talebi Yunan ve Macar makamları arasında birkaç kez gidip geldikten⁴⁴ ve Yunan hukuku hakkında çok az bilgi edinildikten sonra, Macar makamları uzun süren karşılıklı yazışmaları dikkate alarak mahkemeye Macaristan MÖHK m.5/3 uyarınca davaya Macar hukukunu uygulamayı önermiştir⁴⁵. Ancak Macar mahkemesi, Yunan makamlarının karmaşık bir hukuki meselede Yunan makamlarının gerekli bilgiyi sağlamayı reddetmelerinin yabancı hukukun içeriğinin elde edilmesini imkânsız hale getirmediğine hükmederek Yunan hukuku hakkında bilginin hala gerekli olduğunu belirtmiştir. Böylece Macar hukukunun uygulanamayacağına hükmetmiştir⁴⁶. Bunun üzerine başvuruçular, Macar mahkemelerinde dava görölmekte iken, yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle AİHS m.6/1'in ihlal edildiği iddiasıyla AİHM nezdinde şikâyetle bulunmuştur.

AİHM öncelikle, yargılama süresinin makul olup olmadığının somut olayın koşulları ışığında ve özellikle *davanın karmaşıklığı (complexity of the case)*, *başvuruçuların tutumu (the conduct of the applicant)*, *yetkili makamların tutumu (the conduct of the relevant authorities)* ve *uyuşmazlığın makul sürede bitirilmesinin başvuruçuyu açısından arz ettiği önem (what is at stake for the applicant)* olmak üzere daha önceki içtihatlarıyla oluşturduğu kriterlere istinaden tespit edileceğini belirtmiştir⁴⁷. Daha sonra, davanın yabancı hukukla ilgili çözümü zor hukuki sorunlara sebebiyet verdiğini kabul etmekle beraber, yargılamanın uzunluğunun tek başına bu

⁴³ RG: 26.8.1975 – 15338. Yabancı hukukun temini bakımından Türk mahkemelerinin de başvurduğu bu Sözleşme ve eki protokolün (RG: 02.10.2004 – 25601) Türkçe metni ve taraf devletler listesi için bkz.: Aysel Çelikel/Cemal Şanlı/Emre Esen, **Türk Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı**, 15. Bası, İstanbul 2016, s.959 vd.

⁴⁴ Karalyos ve Huber v. Macaristan ve Yunanistan, para.8-21.

⁴⁵ Karalyos ve Huber v. Macaristan ve Yunanistan, para.22.

⁴⁶ Karalyos ve Huber v. Macaristan ve Yunanistan, para.22.

⁴⁷ AİHM'nin makul sürede yargılanma hakkına ilişkin geliştirmiş olduğu bu kriterler ile bu konudaki içtihatları için bkz.: İnceoğlu, **Adil Yargılanma**, s.381 vd.; Harris/O'boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.278 vd.

sebeple açıklanamayacağını ifade etmiştir⁴⁸. AİHM'ne göre, adaletin gereği/uygun bir şekilde yönetimini (proper administration of justice) sağlama görevi öncelikle Macar mahkemesine aittir. Bu nedenle Macar makamlarının başvuruçuların hareketsizliği nedeniyle gecikmenin gerçekleştiği iddiasını reddetmiştir⁴⁹.

Macar yetkili makamlarının tutumuna gelince, AİHM Macar mahkemesinin sadece bir kez duruşma yaptığını ve herhangi karar vermediğini belirterek davanın açıldığı dokuz yılın ardından Yunan hukukun içeriğinin temin edilemediği kararını vermemesini üzücü olarak nitelendirmiştir. Macar mahkemesinin Macaristan MÖHK m.5/1.c.2 uyarınca konuyla ilgili olarak Macaristan'da bir bilirkişi tayin etme veya aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca Macar hukukunu uygulama imkânı varken neden bunları kullanmadığının davalı devletçe açıklanmadığını belirterek bu imkânların kullanılmasının yargılamayı hızlandırabileceğini açıklamıştır⁵⁰. Yine, Macar makamları tarafından yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesine yönelik teşebbüslerin etkili bir şekilde yönetilemediğini belirtmiştir. Zira Macar mahkemesi ilk olarak bilgi edinme talebinde bulunurken gerekli tüm belgeleri göndermeyerek dosyanın Yunan makamlarından geri gelmesine neden olmuş, ikincisinde ise yenilenmiş talep idari bir hatadan dolayı Yunan Adalet Bakanlığı makamları yerine taraflara tebliğ edilmiştir. Yargılamanın bir buçuk yıl uzamasına neden olan bu hataların Macar makamlarından kaynaklanması nedeniyle AİHM gecikmenin büyük ölçüde Macar makamlarına atfedilebilir olduğu sonucuna varmıştır⁵¹. Sonuç olarak, dokuz yıllık süreyi ve karar tarihine kadar sadece tek bir duruşmanın yapılmasını ve bir karar verilmemesini göz önüne alınarak yargılamanın makul bir süre içinde yapılmadığı gerekçesiyle Macaristan'ın AİHS m.6/1'i ihlal ettiğine hükmetmiştir⁵².

Bununla beraber, AİHM Yunanistan aleyhine yapılan başvuruyu AİHS m.35/3 uyarınca kişi bakımından kabul edilemez olarak değerlendirmiştir. AİHM'ne göre şikayete konu edilen yargılama Yunanistan'da değil Macaristan'da gerçekleşmektedir ve davayı gören Macar mahkemelerin eylem ve ihmalleri sadece Macaristan'ı

⁴⁸ Karalyos ve Huber v. Macaristan ve Yunanistan, para.32-33.

⁴⁹ Karalyos ve Huber v. Macaristan ve Yunanistan, para.34.

⁵⁰ Karalyos ve Huber v. Macaristan ve Yunanistan, para.35.

⁵¹ Karalyos ve Huber v. Macaristan ve Yunanistan, para.36.

⁵² Karalyos ve Huber v. Macaristan ve Yunanistan, para.38.

bağlamaktadır. AİHM, başvuruçuların şikâyetinin Yunan makamlarının Macar mevkidaşları ile işbirliğinde bulunma konusunda açık bir isteksizliği ile ilgili olduğu ölçüde kendisinin Sözleşmeye riayet edilip edilmediğini denetlemekle yetkili olduğunu belirterek, Yunan makamlarının davada bahsi geçen milletlerarası sözleşmelere uyup uymadığını denetlemenin kendi yetkisine girmediğini ifade etmiştir⁵³.

AİHM bu davada, yabancı hukukun temini faaliyetinin belirli yönlerini ele almış ve davalı devletin, daha henüz temyiz mahkemesine ulaşmadan yargılama süresinin yaklaşık dokuz yıla kadar uzadığı bir davada, yargılamanın bu kadar uzun sürmesinin gerekçesi olarak yabancı hukukun içeriğinin belirlenmesi konusunda karşılaşılan güçlüklerle dayanamayacağı sonucuna varmıştır. Bu noktada, davalı devletin yargılamanın milletlerarası nitelik arz etmesinin davayı daha karmaşık hale getirdiği argümanını makul sürenin değerlendirilmesi açısından tek başına yeterli bulmamıştır. Gerçi AİHM'nin bu tespiti çok şaşırtıcı değildir. Zira AİHM sürenin makullüğünü değerlendirirken davanın karmaşıklığının yanı sıra başvuruçunun tutumunu ve ulusal makamların tutumunu ayrı ayrı ele almaktadır. Belirlenen bu üç kriterden hiç biri tek başına belirleyici olmayıp sürenin makullüğünde bu üç kriterin toplam etkisi değerlendirilmektedir⁵⁴. Davanın karmaşık olup olmadığını değerlendirirken AİHM davanın hem hukuki hem maddi açıdan bütün yönlerini incelemektedir. Dava konusunun karmaşıklığı, davanın milletlerarası unsurlara sahip olması, delillerin toplanmasında karşılaşılan engeller ve karmaşıklık gibi unsurlar da bunun içine girmektedir⁵⁵ ki bunlar milletlerarası özel hukuk uyumsuzlukları bakımından da söz konusu olabilecek unsurlardır. Bu bakımdan, davalı devletin uyumsuzluğun milletlerarası unsurlara sahip olduğu gerekçesiyle davanın karmaşık olduğu iddiasının

⁵³ Karalyos ve Huber v. Macaristan ve Yunanistan, para.40. Gerçekten AİHM Yunan makamlarının bir başka uluslararası anlaşmadan kaynaklanan taahhütlerini yerine getirip getirmediğini denetlemekle yükümlü değildir. Ancak burada, AİHM'nin Yunan makamlarının uluslararası anlaşmalara istinaden Macar makamları ile işbirliği yapma konusunda bir isteksizliğinin veya herhangi bir kusur veya ihmalinin başvuruçuların makul sürede yargılanma hakkına herhangi bir etkisinin olup olmadığını değerlendirmesi gerekmektedir. Ayrıca, AİHM'nin birçok kararında AİHS'ni uluslararası çocuk kaçırma davalarında uluslararası anlaşmalar ışığında yorumladığı göz önüne alındığında, Yunanistan'a yönelik kabul edilemezlik olduğuna yönelik kararı tartışılabilir niteliktedir. Aynı yönde bkz.: Kiestra, *The Impact of ECHR*, s.188, dn.159.

⁵⁴ İncoğlu, *Adil Yargılanma*, s.380.

⁵⁵ Reid, *a.g.e.*, s.112; Harris/O'boyle/Warbrick, *a.g.e.*, s.279; İncoğlu, *Adil Yargılanma*, s.381; Feyyaz Gölcüklü, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde "Adil Yargılama"', *AÜSBF Dergisi, (İlhan Öztrak'a Armağan)*, C.49, No.1-2, Ocak-Haziran 1994, s.214-215.

AİHM tarafından kabul edildiğini söyleyebiliriz. Ancak AİHM davanın karmaşıklığından ziyade yetkili makamların, daha doğrusu Macar mahkemesinin tutumunun yargılama periyodunun dokuz yıldan fazla bir süre uzamasında daha fazla etkisinin olduğunu tespit etmiştir. Hiç şüphesiz bunun temel sebebi, mahkemenin yabancı hukuku temin etmek için kullandığı –uluslararası adli işbirliği- yöntemin işleyişi ile ilgili gerekli özeni göstermemesi ve yetkili idari makam tarafından *lex fori*’yi tatbik etmesi önerilmiş olmasına rağmen, mevzuatın kendisine tanıdığı olduğu diğer yollara başvurmayıp seçmiş olduğu yöntemde ısrar etmesidir. Diğer bir ifadeyle, AİHM’nin açıklamalarından ulusal mahkemelerin yabancı hukuku temin etmeye çalışırken kullanabilecekleri yöntemlerden birinde ısrar etmemeleri gerektiği, bir yöntemin sonuçsuz kalması halinde mevzuatın kendilerine tanıdığı olduğu diğer vasıtalarla başvurmaları gerektiği sonucuna varılabilir⁵⁶.

AİHM bu kararıyla, mahkemelerin yabancı hukuku temin etme faaliyeti ile devletin (mahkemeleri vasıtasıyla) davaları makul sürede karara bağlama yükümlülüğü arasındaki ilişkiyi net bir şekilde ortaya koymuştur. Bununla beraber, yabancı hukukun temini ile AİHS m.6/1 arasındaki ilişkinin ulusal mahkemeler tarafından nadiren ele alındığını görmekteyiz⁵⁷. Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesi Liechtenhtein’da ikamet eden bir Mısır vatandaşının talebi üzerine İsviçreli avukatlarca kurulan ve bu avukatlardan ikisinin yönetim kurulunda olduğu bir aile vakfının idaresi ile bir uyuşmazlık ilgili bir davada yabancı hukukun temin edilmesiyle ilgili ilginç bir meseleyi ele almıştır. Mısır vatandaşı adam vefat ettikten sonra, mirasçılardan biri vakfın kurulması ile ilgili tüm belge ve kayıtların kendisine verilmesi talebiyle dava açmıştır. Mirasçı bu davada, kendisinin Mısır hukukuna göre mirasçı vasfına sahip olduğunu gösteren İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü’nce hazırlanan bir raporu

⁵⁶ Ki bu husus başta Türk mahkemeleri olmak üzere, yabancı hukuku resen tespit, temin ve tatbik etme mükellefiyeti altında olan devlet mahkemeleri için önem arz etmektedir. Yabancı hukuku temin etmek için sadece bir yola veya vasıtayla yetinen veya gerekli yollara başvurmaksızın yabancı hukukun temin edilemediği gerekçesiyle Türk hukukunu uygulayan yerel mahkeme kararının bir üst mahkemece bozularak yerel mahkemenin önüne tekrar gelmesine, sonuç olarak yargılamanın uzamasına sebebiyet verebilecektir.

⁵⁷ Burada, içtihat veri bankalarına ve içtihatlarının yayınlandığı derleme kitaplarının birçoğunu incelememize karşın Yargıtay’ın yabancı hukukun temini ile temel haklar arasındaki ilişkiye değinen herhangi bir kararına –Yargıtay’ın kararlarında değindiği kadarıyla- rastlanmadığını belirtmek gerekir. Esasen bu durum çok şaşırtıcı değildir. Zira bir tüpyiz mahkemesi olarak Yargıtay genellikle kararın hangi yönlerden bozmayı gerektirdiğini belirtmekle yetinmektedir.

yerel mahkemeye sunmuştur. Yerel mahkemenin mirasçı lehine vermiş olduğu karar davalı avukatlar tarafından temyizi üzerine, temyiz mahkemesi de Mısır hukuku hakkında bilgi edinme amacıyla Enstitüye bilirkişi olarak başvurmuştur. Ancak avukatların bilirkişi olarak Enstitünün seçilmesinin AİHS m.6/1'e aykırılık teşkil ettiği iddiasını temyiz mahkemesi reddetmiştir.

Önüne gelen davada Federal Mahkeme, ilk olarak İsviçre DÖHK m.16'nın mahkemeye yabancı hukukun içeriğini resen tespit etme yükümlülüğü yüklediğini ifade etmiştir. Federal mahkemeye göre, komşu ülke hukukları açısından mahkeme her zaman bir bilirkişinin görüşüne başvurmamalıdır, zira somut uyuşmazlıklarda yabancı hukukun uygulanması bilirkişinin değil kendisinin uzmanlığı alanına girmektedir. Ancak komşu olmayan ülkelere ait bir hukuk söz konusu olduğunda, Enstitü gibi uzman kişi ve kurumların görüşleri gerekli olabilir. Temyiz mahkemesinin Enstitünün yabancı hukuk hakkında bilgi vermekten ve mahkemenin sorularına cevap vermekten oluşan bilimsel katkısının davacıya veya davalıya verilen bir tavsiye ile kıyaslanamayacağı şeklindeki gerekçesi Federal Mahkeme tarafından tahammül edilemez olarak kabul edilmiştir. Bir kişinin ilk olarak davanın taraflarından birine mütalaada bulunmasının ve ardından aynı yargılamada bağımsız bir bilirkişi olarak tayin edilmesinin genel olarak kabul edilemez bir durum olduğunu belirtmekle beraber, İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsünün özel bir danışmanla karşılaştırılamayacağına hükmetmiştir⁵⁸.

Başka bir taraf devlet mahkemesinin önüne gelen bir dava, aslında yabancı hukukun içeriğinin tespit edilmesinden ziyade genel olarak delil teminiyle ilgili olmakla beraber, mahkemelerin yabancı hukuku temin ederken karşılaşılabilecekleri bazı problemlerle ilgili olması nedeniyle incelemeye değerdir. Uygulanacak hukukun Avustralya hukuku olarak tespit edildiği ödünç sözleşmesinden kaynaklanan ve Hollanda mahkemelerinin önüne gelen bu davada, davacı 1970 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Yabancı Ülkelerden Delil Sağlanmasına dair La Haye Sözleşmesine⁵⁹ istinaden tanıkların Avustralya'da Avustralya hakimi tarafından dinlenmesi talebinde

⁵⁸ İsviçre Federal Mahkemesinin 28 Ekim 2004 tarihli kararı için bkz.: (Çevrimiçi), http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/041028_1P_390-2004.html, 25 Ocak 2016. Ayrıca bkz.: Kiestra, **The Impact of ECHR**, s. 190, dn.165.

⁵⁹ RG: 15.6.2004 – 25493. Sözleşmenin Türkçe metni ve taraf devletler listesi için bkz.: Çelikel/Şanlı/Esen, **a.g.e.**, s.949 vd.

bulunmuş, davalı ise bunun ekstra zaman ve masrafa yol açacağını belirterek yargılama masraflarının makul seviyede tutulması talebinde bulunmuştur. Temyiz mahkemesi ise, sadece masraflar gereği böyle bir talebin reddedilemeyeceğini ve davacının usuli haklarını kötüye kullanmadığını, delillerin Avustralya’da bir hâkim tarafından toplanmasıyla davalının AİHS m.6/1’den kaynaklanan mahkemeye etkili erişim ve makul sürede yargılama haklarının ihlal edilmiş olmayacağına karar vermiştir⁶⁰.

Görüldüğü üzere bir mahkeme, önüne gelen bir davada yabancı hukukun içeriğine ulaşmaya çalışırken, diğer taraftan uyuşmazlığın her iki tarafının AİHS m.6/1’den kaynaklanan usuli haklarına da riayet etmek zorundadır. Hiç şüphesiz davaya yabancı hukukun uygulanmasında menfaati olan taraf, mahkemeye yabancı hukukun içeriği hakkında yardımda bulunacak ve mahkemeden yabancı hukukun içeriğinin temin edilmesi için gerekli vasıta ve yollara başvurmasını isteyebileceği gibi, bunun yerine getirilmemesinin adaletin açıkça reddedilmesi, diğer bir ifadeyle ihkak-ı haktan açıkça imtina anlamına geldiğini ileri sürebilecektir. Buna karşın, karşı taraf böyle bir araştırmanın makul olmayan masraflara ve yargılamanın makul olmayan bir süre uzamasına sebebiyet verdiğini iddia edebilir. Hatta mahkemenin yabancı hukukun temini için bağımsız bir bilirkişi olarak başvurduğu enstitü veya kurumun aynı zamanda taraflardan birinin tanığı olarak işlev görmesi, mahkemenin tarafsızlığı konusunda karşı tarafta bir şüphenin ortaya çıkabileceği garip bir durumun oluşmasına neden olabilir.

İşte böyle bir durumda, ulusal anayasa mahkemelerinin önüne veya nihai olarak AİHM’nin önüne gitmeden evvel, başta ulusal mahkemelerin yabancı hukuku temin etmeye çalışırken her iki tarafın da kaynağını AİHS m.6/1’de bulan karşılıklı hakları arasında bir denge kurması gerekmektedir. Hiç şüphesiz, böyle bir dengenin sağlanmasında en önemli unsur, taraf devletlerin yabancı hukukun temini konusunda mahkemelerinin kullanımına sundukları araçların ve yöntemlerin sayısı ve etkililiğidir. Burada, AİHS’ne taraf olan devletlerin farklı hukuk anlayışlarına sahip olmaları ve buna bağlı olarak yabancı hukukun niteliğinin ve konumunun farklılık arz etmesi de yabancı hukukun temini faaliyetinden kaynaklanan bir ihlalin ortaya çıkması ihtimalini artıracı veya azaltabilecektir.

⁶⁰ Karar için bkz.: Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.189, dn.162.

C. Yabancı Hukukun Ulusal Hukuklardaki Konumunun Yabancı Hukukun Temini ile AİHS m.6/1 Arasındaki İlişkiye Etkisi

Ulusal mahkemeler tarafından yabancı hukukun muhtevasının belirlenmesi ile ilgili olarak yabancı hukukun bir taraf devlet hukukundaki konumu ülkeden ülkeye farklılık arz edebilmektedir. Yabancı hukukun tıpkı *lex fori* gibi bir hukuk olarak veya taraflarca ispat edilmesi gereken bir maddi vakıa olarak değerlendirilmesi, yabancı hukukun belirlenmesi ile ilgili olarak hem tarafların hem de mahkemelerin yargılamadaki rolünü etkilemekle kalmamakta, yabancı hukuka dayanılarak verilen kararın üst mahkemelerce denetimini etkileyebilmektedir⁶¹. İşte bu farklılık, AİHS m.6/1'in yabancı hukukun teminine olan olası etkisinin ülkeden ülkeye değişmesine neden olabilecektir.

Kıta Avrupası hukuklarında, genellikle mahkemelerin kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku resen uygulamakla yükümlü oldukları kabul edilmektedir⁶². Bu anlayış birçok ülke hukukunda⁶³ olduğu gibi, Türk hukukunda da kabul edilmiştir (MÖHUK m.2). Buna göre, yabancı hukuk nitelik itibarıyla tıpkı *lex fori* gibi bir “*hukuk*” olarak kabul edilmektedir. Bunun sonucu olarak, mahkemenin gerek kanunlar ihtilafı kurallarını gerekse bu kurallara göre yetkili yabancı hukuku uygulayıp uygulamaması veya eksik uygulaması, hukukun yanlış uygulanması kapsamında mütalaa edilerek bir üst mahkemenin denetimine tabi tutulmaktadır (HMK m.371/1.a)⁶⁴. Buna mukabil, Anglo-Amerikan hukukunda ise, yabancı hukuk bir

⁶¹ Carlos Espluges/José Luis Iglesias/ Guillermo Palao, **Application of Foreign Law**, Munich 2011, s.8.

⁶² Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.170; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.60; Shaheez Lalani, “Establishing the Content of Foreign Law: A Comparative Study”, **Maastricht Journal**, Vol. 20, No.1, 2013, s.78.

⁶³ Örneğin, Almanya, Avusturya, İtalya, İspanya, Portekiz, Belçika, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Yunanistan, Macaristan, Polonya, İsveç, İsviçre, Hollanda, Romanya, Rusya, Sırbistan, Karadağ, Slovakya ve Slovenya’da mahkemelerin kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re’sen uygulamakla yükümlü olduğu belirtilmektedir. Bkz.:Espluges/Iglesias/Palao, **a.g.e.**, s.10 ve Lalani, **a.g.m.**, s.77, dn.6.

⁶⁴ Espluges/ Iglesias/Palao, **a.g.e.**, s.8; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.175-176; Nomer, **DHH**, s. 201; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.70-71; Lalani, **a.g.m.**, s.78; Nomer, **Yabancı Kanun**, s.132. Uygulamada da, Türk kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamadan davayı Türk hukukuna göre çözen yerel mahkeme kararlarının Yargıtay tarafından bozulduğunu görmekteyiz. Örneğin bkz.: Yargıtay 2. HD, E.2003/13685-K.2003/14841, T.04.11.2003, (Çevrimiçi, www.kazanci.com, 15.10.2015); Yargıtay 11. HD, E.1986/64, K.1986/2029, T.18.04.1986, (**YKD**, Temmuz 1986, s.992) Yargıtay 2. HD, E.2008/13706, K.2009/16045, T.28.09.2009, (Ahmet Cemal Ruhi, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun**, 4. Baskı, Seçkin, Ankara 2014, s.20-21). Yine, tespit ettiği yabancı hukuku

“*maddi vakıa (question of fact)*” olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle örneğin, İngiliz mahkemelerinde açılan yabancı unsurlu bir davada, yabancı hukuka dayanan taraf, davada yabancı hukukun uygulanacağını ve bu hukukun muhtevasını iddia ve ispat etmek zorundadır⁶⁵. Eğer, yabancı hukuka dayanan taraf, davaya uygulanacak yabancı hukukun uyuşmazlığa uygulanacak hükümlerini de ispat edemezse, İngiliz mahkemeleri *lex fori* olarak İngiliz hukukunu uygulayacaktır. Oysa aynı uyuşmazlık bir Türk mahkemesinin önüne geldiğinde mahkeme yabancı hukuku resen uygulamakla mükellef olduğundan, prensip olarak taraflardan birinin veya ilgilinin böyle bir talebine gerek yoktur⁶⁶. Bununla beraber, Kıta Avrupası hukuklarında mahkemelerin yabancı hukuku resen tespit, temin ve tatbik etmek durumunda olması, yabancı hukukun maddi muhtevasının belirlenmesinde mahkemelerin tarafların yardımına başvuramayacakları anlamına gelmemektedir. Zira “*hakim hukuku bilir (juria novit curia)*” prensibi, sadece yerel hukuk bakımından geçerli olup hakimnin resen tespit ettiği yabancı hukuku bilme mecburiyeti bulunmamaktadır⁶⁷. Bu nedenle MÖHUK m.2/1’de hâkime tanınan tarafların yardımına başvurabilme imkânı, birçok Kıta Avrupası ülke hukukunda da açıkça tanınmıştır⁶⁸.

yanlış uygulayan veya yorumlayan yerel mahkeme kararlarına karşı Yargıtay tarafından bozma kararı verilmektedir. Örneğin bkz.: Yargıtay 2.HD E.6548-K.1610, T.18.3.1969 (YAZICI/ATASOY, **Şahıs, Aile ve Miras Hukuku ile İlgili Yargıtay Tatbikatı**, 1952-1970, s.291-292).

⁶⁵ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.169-170; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s.111 vd.; Hill/Shúilleabháin, **a.g.e.**, s.44; Rogerson, **a.g.e.**, s.47; Espluges/Iglesias/Palao, **a.g.e.**, s.8; J.H.C. Morris/David McClean/Veronica Ruiz Abou-Nigm, **The Conflict of Laws**, Ninth Edition, Sweet&Maxwell, London 2016, s.8-9; Abia Mayss, **Principles of Conflict of Laws**, Third Edition, Cavendish Publishing, London-Sydney, 1999, s.9-10.

⁶⁶ Nitekim Yargıtay da birçok kararında, hâkimin tarafların yabancı hukukun uygulanmasını talep etmelerine veya taraflardan birinin dilekçesinde belirtmesine ya da ilgililerin taleplerine gerek olmaksızın Türk kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tespit ettiği yabancı hukuku temin etmesi gerektiğini açıkça belirtmiştir. Bkz.: Yargıtay 19.HD, E.1995/2452, K.1995/9769, T.16.11.1995 (Manisa Barosu Dergisi, 1997, s.42-43); Yargıtay 11.HD, E.1997/5344, K.1997/5910, T.16.9.1997 (Çevrimiçi, www.kazanci.com, 15.10.2015)

⁶⁷ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.171; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.66 Nomer, **Yabancı Kanun**, s.44; Zajtay, **a.g.m.**, s.9.

⁶⁸ Örnek olarak bkz.: İsviçre MÖHK, m.16/1; Avusturya MÖHK m.4/1, Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO) m.293. Belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda mahkemenin tarafların yardımına başvurabileceği açıkça düzenlenmekle beraber, bu yabancı hukukun içeriğini belirleme mükellefiyetinin taraflara yüklendiği anlamına gelmemektedir. Yabancı hukuku temin etme mükellefiyeti yine mahkemenin üzerindedir. Ancak, somut bir uyuşmazlığa yabancı hukukun uygulanmasında menfaati olan tarafın mahkemeye yardımda bulunması ve yabancı hukukun ilgili hükümlerini mahkemeye sunması beklenir. Bkz.: Nomer, **DHH**, s.193-194; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.66.

AİHS'ne taraf devletlerden biri olan İngiliz hukukunda yabancı hukukun statüsü dikkate alındığında, AİHS m.6/1'in yabancı hukukun içeriğinin belirlenmesine olan etkisinin sınırlı olabileceği söylenebilir. Yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta taraflardan biri yabancı hukukun uygulanması gerektiğini ileri sürmüşse, ancak makul bir süre içerisinde uyuşmazlığa uygulanacak yabancı maddi hukuk kurallarını ispatlayamamışsa, İngiliz mahkemesi artık üzerinde daha fazla durmadan *lex fori* olarak doğrudan İngiliz hukukunu uygulayacaktır. Bu durumda, yargılamanın çok fazla gecikmesine neden olmayacağı söylenebilir. Ancak, yabancı hukukun ispatına yönelik olarak yaygın olarak kullanılan bilirkişilik (expert witness) yöntemi de yargılamanın aşırı gecikmesine ve masraflı olmasına neden olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir⁶⁹. Buna mukabil, başta Türk hukuku olmak üzere, birçok ülke hukukunda mahkeme yabancı hukuku resen uygulama yükümlülüğü altında olduğundan, bir ulusal mahkemenin yabancı hukukun içeriğini hızlı bir şekilde belirleyememesi nedeniyle yargılamada ortaya çıkan olası bir gecikmenin AİHS m.6/1'e aykırılıkla sonuçlanması ihtimali daha olası görünmektedir⁷⁰.

Bununla beraber, birçok ülke hukukunda yabancı hukukun muhtevasının teminini hızlandıracak ve kolaylaştıracak ve böyle bir problemi önleyecek mekanizmaların da bulunduğunu ve bunların yabancı hukukun ülke hukukundaki konumuna bağlı olarak değişiklik arz edebileceğini belirtmek gerekir⁷¹. Türk hukukunda ise mahkemelerin yabancı hukukun temini noktasında birçok imkâna sahip olduğunu söyleyebiliriz. Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış ilişkiler Genel Müdürlüğüne veya hukuk kurallarına ihtiyaç duyulan ülkedeki Türk dış temsilciliklerine veya yabancı hukukun ait olduğu ülkenin Türkiye'deki temsilciliklerinin yardımına başvurulabilir⁷². Yine,

⁶⁹ Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s.114.

⁷⁰ Aynı yönde bkz.: Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.192.

⁷¹ *Lalani* tarafından hazırlanan bir çalışmada, yaklaşık 70'e yakın devletin mahkemelerinin taraf yardımı da dâhil olmak üzere, yabancı hukukun içeriğinin belirlenmesi konusunda başvurabilecekleri mekanizmalar bir tablo halinde listelenmiştir. Tablo için bkz.: *Lalani*, **a.g.m.**, s.89 vd.

⁷² Yargıtayın yabancı hukukun Dış İşleri Bakanlığı aracılığıyla veya yabancı hukukun ait olduğu devletin Türkiye'deki temsilciliğinden temin edilmesi gerektiğine dair kararları için bkz.: Yargıtay 2.HD, E.10936, K.11578, T.19.11.1992; Yargıtay 19.HD, E.1632, K.9151, T.02.11.1995, (Nomer, **DHH**, s.197, dn.213). Yabancı hukukun Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış ilişkiler Genel Müdürlüğüne de başvurularak da temin edilebileceğine dair: Yargıtay 8.HD, E.2010/5330 K.2011/3103 T.26.5.2011, (Çevrimiçi, www.kazanci.com, 15.10.2015). Hatta bazı ülke hukuklarında (Avusturya MÖHK m.4/1) mahkemelerin gerekli olduğu ölçüde Adalet Bakanlığının yardımına başvurabileceği normatif olarak

mahkemeler yabancı hukukun temini konusunda “uzman görüşü” usulünden (HMK m.293) kıyasen yararlanmak suretiyle yabancı hukukun içeriğini tespit edebilecektir⁷³. Ayrıca mahkemelerin Avrupa Konseyi (AK) üyesi ülkelerin dışında birçok ülkenin de taraf olduğu Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine dair Avrupa Sözleşmesi ve eki protokolü⁷⁴ kapsamında, taraf devletlerin belirlemiş olduğu irtibat organları vasıtasıyla yabancı hukukun uyuşmazlığa uygulanacak içeriği hakkında bilgi edinebilmeleri mümkündür⁷⁵.

Türk mahkemeleri, yukarıda saymış olduğumuz vasıtalarla ilaveten, 3 Kasım 2016 tarih ve 6574 sayılı Bilirkişilik Kanunu⁷⁶ yürürlüğe girinceye kadar, yabancı hukukun temini konusunda bilirkişilik kurumundan⁷⁷ da yararlanabilmekteydi. Söz konusu kanunun yürürlüğe girmesinden evvel mahkemelerin yabancı hukukun temini konusunda HMK m.266 vd. hükümlerine istinaden bilirkişilik kurumuna başvurabileceği kabul edilmekteydi⁷⁸. Bununla birlikte, yabancı hukukun uygulanmasının söz konusu olduğu haller, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olmayan konulardan biri olarak kabul edilmiş ve 2012 tarihli Bölge Adliye Mahkemesi Adli Yargı Adalet Komisyonlarınca Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik⁷⁹ m.5’te, yabancı hukuk konusunda uzmanlık alanı belirlenebileceği öngörülmüştü. Ancak, Bilirkişilik Kanunu, hukuk alanı

düzenlendiği görülmektedir. Burada bahsetmiş olduğumuz vasıtaların karşılaştırmalı hukukta da mahkemelerce tercih edildiği belirtilmektedir. bkz.: Zajtay, **a.g.m.**, s.17 vd.

⁷³ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.68.

⁷⁴ Sözleşme, taraf devletlerin belirlemiş oldukları irtibat organları vasıtasıyla, medenî ve ticarî hukukları ve hukuk usulleri ile yargı örgütleri konusunda birbirlerine bilgi vermeyi taahhüt ettikleri bir adli yardım anlaşmasıdır. Türkiye tarafından belirlenen irtibat organı Adalet Bakanlığıdır. Bir Türk mahkemesi görülmekte olan bir davada bir taraf devletin hukuku hakkında bilgi temin etmek istediğinde, Sözleşmede belirtilen şartlara uygun bir talepte bulunması ve bunun Adalet Bakanlığına iletmesi gerekmektedir. Bu konuda bkz.: Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.67, dn.122.

⁷⁵ Yargıtay 11.HD E.1997/5344 K.1997/5910 T.16.9.1997, (Çevrimiçi, www.kazanci.com, 15.10.2015); Yargıtay 2.HD, E.2006/16427, K.2007/5497, T.3.4.2007; Yargıtay 2.HD, E.2006/21951, K.2007/17742, T.25.12.2007, (Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.68, dn.125).

⁷⁶ RG: 24.11.2016 – 29898.

⁷⁷ Yabancı hukukun temini ile ilgili olarak devletler hususi hukuku alanında uzman akademisyenlerden bilirkişi raporu alınacağına dair bkz.: Yargıtay 12.HD, E.2005/22462, K.2005/24968, T.14.12.2005, (Çevrimiçi, www.kazanci.com., 15.10.2015)

⁷⁸ HMK’nun yürürlüğe girmesinden önce de yabancı hukukun temini ile ilgili olarak devletler hususi hukuku alanında uzman akademisyenlerden bilirkişi raporu alınabileceği Yargıtay tarafından kabul edilmekteydi. Bkz.: Yargıtay 12.HD, E.2005/22462, K.2005/24968, T.14.12.2005; Yargıtay 12. HD, E.2009/23883, K.2010/5503, T.9.3.2010, (Çevrimiçi, www.kazanci.com., 15 Ekim 2016).

⁷⁹ RG: 8.4.2012 – 28258.

dışında ayrı bir uzmanlık alanına sahip olduğunu belgelemedikçe, hukuk öğrenimi gören kişilerin bilirkişi listelerine kaydedilemeyeceğini öngörmektedir (m.10/4). Ayrıca, aynı Kanunun 49. maddesi uyarınca değiştirilen HMK m.266 hükmü, mahkemelerin söz konusu kişileri bilirkişi olarak görevlendiremeyeceğini emretmektedir. Böylece, söz konusu Kanunun hukuk alanında uzman kişilerin mahkemelerce bilirkişi olarak görevlendirilemeyeceğini kabul etmesi nedeniyle, mahkemelerin yabancı hukukun temini konusunda milletlerarası özel hukuk veya mukayeseli hukuk uzmanı hukukçulara bilirkişi olarak başvurma imkânının kanunen ortadan kalktığı anlaşılmaktadır. Oysa bazı durumlarda bilirkişinin hukukçulardan seçilmesi bir zaruret olarak ortaya çıkmaktadır⁸⁰. Yabancı hukukun tatbik edilmesinin gerektiği hallerde milletlerarası özel hukuk veya mukayeseli hukuk uzmanı hukukçulara başvurulması buna örnek olarak verilebilir. Dolayısıyla, “*hâkim hukuku bilir*” prensibinin yabancı hukuk bakımından geçerli olmadığı kabul edildiği Türk hukukunda, kanun koyucu böyle bir düzenleme getirerek mahkemelerin yabancı hukukun temini konusunda başvurabileceği vasıtalarından birini ortadan kaldırmış görünmektedir. Buna mukabil, kanunen bilirkişiye başvurusu mümkün görünmeyen hâkimin, yabancı hukukun içeriğine ulaşmak için yabancı hukuk hakkında uzman enstitü ve merkezlerden⁸¹ talepte bulunması imkânının halen mevcut olduğunu söylenebilir.

Sonuç olarak, Türk doktrinde ve uygulamasında yabancı hukukun içeriğine ulaşmak için zikredilen ve hâkimin herhangi birini seçme konusunda geniş bir takdir yetkisinin olduğunu, bu vasıtaların birçok ülke hukukunda da kısmen veya tamamen

⁸⁰ Murat Atalı, “6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ve Hukuki Konularda Bilirkişilik”, **AÜHFD**, C.65, S.4, 2016, s.3281.

⁸¹ Yargıtay’ın İstanbul Üniversitesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi ile İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezinden yabancı hukuk hakkında görüş alınması gerektiğini belirten kararı için bkz.: Yargıtay 11.HD E.1997/5344, K.1997/5910, T.16.9.1997, (Çevrimiçi, www.kazanci.com., 15 Ekim 2015). Bazı ülkelerde de mahkemeler yabancı hukuk ile ilgili konularda uzmanlaşmış bağımsız enstitülerden sıklıkla yardım almaktadır. Örneğin, İsviçre hukukunda mahkemelerin yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesi konusunda kurumsal bir hizmet veren ve bir kamu tüzel kişiliğine sahip olan İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsünün, Hollanda’da ise, Uluslararası Hukuk Enstitüsü ve TMC Asser Enstitüsünün yardımına başvurduğu belirtilmektedir. Bkz.: Kiestra, **The Impact of ECHR**, s. 193, dn.180. Alman hukukunda, Hamburg Max Planck Karşılaştırmalı ve Uluslararası Özel Hukuk Enstitüsünün benzer bir hizmeti Alman mahkemelerine sunduğu belirtilmektedir. Bkz.: Lalani, **a.g.m.**, s.87.

var olduğunu söyleyebiliriz⁸². Ancak, mahkemelerin kullanımına sunulan birbirinden farklı bu yöntemlerden birinin diğerine karşı mutlak bir önceliğe sahip olmadığını, bunların etkisinin ve değerinin göreceli olduğunu ve hangi koşullar altında kullanılacağına bağlı olduğunu da belirtmek gerekir⁸³. Bir davada yabancı hukukun temini için yeterli olan bir yöntem, başka bir davada uygun veya verimli olmayabilir ya da hukuki veya fiili çeşitli nedenlerle etkinliğini yitirebilir.

Yetkili yabancı hukukun bu vasıtaların kullanılmasına rağmen temin edilememesi de mümkündür. İşte böyle bir durumun ortaya çıkabileceği ihtimalinden hareketle, birçok ülke hukukunda hâkimin yabancı unsurlu davaya kendi hukukunu (*lex fori*) uygulayabileceği öngörülmüştür. Örneğin, MÖHUK m.2/2’de ve İsviçre MÖHK m.16/2’de, yabancı hukukun muhtevasının tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi halinde, hâkimin kendi hukukunu (*lex fori*) uyuşmazlığa uygulayacağı açıkça belirtilmiştir. Bazı ülke hukuklarında, örneğin Avusturya, Belçika, Çek Cumhuriyeti ve Belarus hukuklarında, *lex fori*’nin davaya tatbiki için yabancı hukukun “*makul bir süre*” içerisinde belirlenememiş veya taraflarca sunulamamış olması gerektiği açıkça ifade edilmektedir⁸⁴. Görüldüğü üzere, yabancı hukukun yukarıda sayılan vasıtalara rağmen temin edilememesi halinde, son çare olarak hâkimin kendi hukukunu uygulamasına imkân tanınmasıyla böylece davanın uzamasının önüne geçilmiş olacaktır⁸⁵.

⁸² Lalani, **a.g.m.**, s.88. Hatta bazı ülke hukuklarında bu vasıtaların birçoğunda yasal düzenleme olarak açıkça yer verilmiştir. Örneğin, Belarus Medeni Kanunun “Yabancı hukukun içeriğinin belirlenmesi” başlıklı 1095’inci maddesinde, yabancı hukukun içeriğinin belirlenmesinde Adalet Bakanlığına veya yurt dışındakiler de dâhil olmak üzere, Belarus devletinin diğer yetkili makamlarına ve bilirkişinin yardımına başvurabileceği açıkça belirtilmiştir. Bkz.: Lalani, **a.g.m.**, s.81, dn.19. Bazı ülkelerde ise mahkemeler yabancı hukuk ile ilgili konularda uzmanlaşmış bağımsız enstitülerden sıklıkla yardım almaktadır. Örneğin, İsviçre hukukunda mahkemeler yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesi konusunda kurumsal bir hizmet veren ve bir kamu tüzel kişiliğine sahip olan İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü; Hollanda’da da mahkemelerin yoğun bir şekilde Uluslararası Hukuk Enstitüsünün yardımına başvurmaktadır. Bkz.: Kiestra, **The Impact of ECHR**, s. 193, dn.180. Alman hukukunda da Hamburg Max Planck Uluslararası ve Karşılaştırmalı Özel Hukuk Enstitüsü benzer bir hizmeti Alman mahkemelerine sunmaktadır.

⁸³ Zajtay, **a.g.m.**, s.15.

⁸⁴ Bkz.: Avusturya MÖHK m.4/2; Belçika MÖHK m.15/2.II; Çek Cumhuriyeti MÖHK m.53 ve Belarus MÖHK m.1095/4. Bu mukabil bazı ülke hukuklarında, yabancı hukukun muhtevasının temin edilememesi halinde, hâkime *lex fori* olarak Hollanda hukuku uygulama imkânı tanınmamıştır. Bkz.: Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.193.

⁸⁵ Giray, **MÖH Hakkaniyeti**, s.567.

Burada yabancı hukukun temininin AİHS m.6/1'e aykırılığı sonucunu doğurabilecek hususun, yukarıda saydığımız vasıtaların mahkemeler tarafından etkili bir şekilde kullanılmamasından kaynaklanabileceğini belirtmek gerekir. Günümüzde iletişim koşulları göz önüne alındığında, yabancı hukuk hakkında bilgi edinilememesi büyük ölçüde bu yöntemlerin yanlış veya eksik kullanılmasından ya da mahkemelerin yabancı hukuku temin etmede bu yöntemlerden sadece biriyle yetinmesinden kaynaklanabilir. Nitekim AİHM'nin kararına konu şikâyet başvurusunda da, davalı devlet mahkemesi, yalnızca uluslararası anlaşmalara istinaden yabancı hukuku temin etme yoluna gitmiş, bunda da gerekli özeni göstermeyerek yargılamanın gereksiz yere uzamasına sebep olmuştur.

Türk hukukunda da, Yargıtay kararlarından anlaşıldığı kadarıyla, yerel mahkemelerin yabancı hukukun temini konusunda gerekli özeni göstermediği söylenebilir. Zira yabancı unsurlu bir uyuşmazlığa Türk kanunlar ihtilafı kurallarını tatbik etmeksizin doğrudan Türk hukukunu uygulayan birçok yerel mahkeme kararı Yargıtay tarafından bozulmuştur. Hatta bazı kararlarında Yargıtay, yerel mahkemelerin yukarıda sayılan vasıtalarından sadece birisiyle yetinmeksizin, birden fazla vasıtaya başvurması gerektiğini açıkça belirtmektedir⁸⁶. Dolayısıyla, bir taraf devlet mahkemesi olarak, Türk mahkemelerinin yukarıda sayılan vasıtalarından birkaçına başvurarak yabancı hukuku temin etme yoluna gitmesi hem yabancı hukuk hakkında bilgi edinme ihtimalini artırabilecek, hem de kararın temyiz mahkemesinin önüne gitmesine engel olarak davanın uzamasına engel olabilecektir.

Sonuç olarak, yabancı hukuku resen temin etmekle yükümlü olan taraf devlet mahkemeleri, aynı zamanda tarafların AİHS m.6/1'den kaynaklanan karşılıklı haklarını göz önünde bulundurarak yabancı hukukun içeriğini makul bir süre içerisinde belirlemelidir. Makul bir süreden neyin anlaşılması gerektiği, yabancı unsurlu bir

⁸⁶ Yargıtay, 8. Hukuk Dairesi, E. 2010/5330 K. 2011/3103 sayılı ve 26.5.2011 tarihli kararında, yerel mahkemenin öncelikle tarafların davanın çözümü için milli hukuklarında bulunan konuya ilişkin tercüme edilmiş maddeleri ve ilgili bilge ve belgeleri mahkemeye sunmaları için süre ve imkan tanıması gerektiği, gerekirse Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi hükümlerinden, bundan ayrı olarak Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğünden Alman Medeni Kanununda yer alan yasal mal rejimiyle ilgili tüm kanun maddeleri ile bilgi ve belgelerin mahkemeye gönderilmesinin istenmesi, bu konuda anılan genel müdürlüğe yöntemine uygun bir biçimde yazı yazılması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Karar için bkz.: Çevrimiçi, www.kazanci.com, 15.10.2016.

uyuşmazlığın niteliğine ve unsurlarına bağılı olarak değışebilecektir. Davanın milletlerarası niteliğe/yabancılık unsuruna sahip olması ve maddi unsurlarının birden fazla ülkeye dağılmış olması, davanın karmaşık olarak nitelendirilmesinde ve dolayısıyla sürenin makul olup olmadığının değerlendirilmesinde önemli bir kriter olarak kabul edilmektedir. Ancak yabancı hukukun içeriğinin belirlenmesinde mahkemelerin ve idari makamların tasarruflarının daha belirleyici olacağını söyleyebiliriz. Bu bakımdan mahkemeler, yabancı hukuk hakkında en kısa sürede bilgi edinebilmek için sahip oldukları vasıtalarından biriyle yetinmeyip, bunlardan birkaçını eşzamanlı olarak kullanabilirler. Zira bu vasıtaların sıralı bir şekilde kullanılması, başka bir deyişle bir yöntemin başarısız veya elverişsiz olması halinde diğerine başvurulması yabancı hukuk hakkında bilgi edinme süresini uzatabilecektir⁸⁷. Yine, söz konusu vasıtaların mahkemeler tarafından gerekli  zen gösterilerek, etkili bir şekilde kullanılması gerekmektedir⁸⁸.

Son olarak, başvurulan tüm vasıtalara ve tüm araştırmalara rağmen, yabancı hukukun içeriğinin makul bir süre i erisinde⁸⁹ temin edilememesi halinde, mahkemelerin kendi hukuklarını (*lex fori*) uygulayarak davayı sonuçlandırması gerekmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, yabancı hukukun temin edilmesinde harcanan sürenin makul olup olmadığı somut olaya göre değışebilecektir. Ancak, Macar mahkemesinin yaptığı gibi mahkemelerin sadece tek bir yöntemde ısrar etmemeleri, diğer alternatif yolları da devreye sokarak yabancı hukuk hakkında bilgi edinmeye çalışmaları gerekmektedir. Eğer buna rağmen davanın uzaması riski varsa, o zaman *lex*

⁸⁷ Doktrinde de, mahkemelerin genellikle sıralı yöntemlere başvurdukları, önce tarafların yardımı istenmekte ardından diğer alternatiflere sıralı olarak başvurdukları belirtilmektedir. Hatta hâkimlerin tensip zaptı aşamasında yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesi için önceden karar alınması halinde, yabancı hukukun temini süresinin çok daha  ne çekilmiş olacağı ifade edilmektedir. Bkz.: Giray, M H **Hakkaniyeti**, s.569.

⁸⁸ Nitekim yukarıda incelediğimiz *Karalyos ve Huber v. Macaristan ve Yunanistan* davasında, Macar mahkemesi ilk olarak bilgi edinme talebinde bulunurken gerekli tüm belgeleri göndermeyerek, ikincisinde ise yenilenmiş talebin idari bir hatadan dolayı Bakanlık yerine taraflara tebliğ ederek gerekli özeni göstermemiş ve böylece davanın bir buçuk yıl daha uzamasına neden olmuştur.

⁸⁹ Doktrinde, MÖHUK m.2/2 hükmünün söz konusu hükme makul süre ifadesinin de eklenerek değiştirilmesi teklif edilmektedir. Bkz.: Giray, M H **Hakkaniyeti**, s.569. Birçok  lke hukukunda açıkça yer verilen ‐makul süre‐ ifadesine MÖHUK m.2’de yer verilmemekle beraber, böyle bir ifadenin olması veya olmaması prensip olarak ne Türk mahkemelerinin ne de bu tür bir ifadeye yer vermeyen diğer taraf devlet mahkemelerinin A HS m.6/1’den kaynaklanan yabancı hukuku makul bir sürede temin etme yükümlülüğünü etkilemektedir. Hiç şüphesiz makul süre ifadesinin kanunda yer alması, mahkemelerin bu konuya daha fazla önem atfetmeye ve yabancı hukukun içeriğinin temin edilmesinde daha hızlı hareket etmeye sevk edebilecektir.

fori'nin tatbik edilmesi gerekecektir. Hiç şüphesiz, bu durum ulusal mahkemelerin yabancı hukukun içeriğini belirlemek için harcadıkları sürenin makul olup olmadığına dair –ulusal anayasa mahkemeleri veya AİHM'nden evvel- bir makul süre değerlendirmesi yapmalarını gerekli kılmaktadır. Bu noktada, ulusal mahkemelerce AİHM'nin makul süreye ilişkin belirlemiş olduğu kriterlerden yararlanılarak yapılabilecek böyle bir değerlendirme, salt yabancı hukukun içeriğinin temin edil(e)memesi nedeniyle gerçekleştirilecek makul sürede yargılanma hakkının olası ihlalinin ulusal seviyede engellenmesi bakımından yararlı olabilir. Diğer taraftan, ulusal mahkemelerden, tıpkı AİHM veya ulusal anayasa mahkemeleri gibi makul sürenin aşıp aşılmayacağı konusunda kapsamlı bir makul süre değerlendirmesi yapmaları beklenemez. Bu bakımdan, ulusal mahkemelerin ilk bakışta (*prima facie*) ve yüzeysel bir değerlendirme yapmalarını beklemek daha uygun görünmektedir.

IV. AİHS'NİN YABANCI HUKUKUN TATBİKİNE OLAN ETKİSİ

A. Genel Olarak

Genel olarak temel hak ve özgürlüklerin, özel olarak AİHS'nin kanunlar ihtilafı hukukuna olan etkisi esasen bir taraf devlet mahkemesinin kendi kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tespit etmiş olduğu yabancı hukukun maddi hükümlerinin uyuşmazlığa tatbik etmesinde ortaya çıkmaktadır. Bir milletlerarası özel hukuk uyuşmazlığına yabancı bir ülke hukuku uygulandığında, sadece ayrımcılık yasağı değil, uyuşmazlığın niteliğine bağlı olarak bireylerin özel hayata ve aile hayatına saygı, evlenme hakkı veya mülkiyet hakkı gibi özel hukukun birbirinden farklı alanlarıyla ilgili çeşitli haklara müdahalede bulunması ihtimali vardır. Birinci bölümde de incelediğimiz üzere, AİHS'nde yer alan bu haklar mutlak nitelikte olmayıp, taraf devletlerce ilgili her bir hak bakımından belirtilen koşullar uyarınca sınırlanabilmektedir. Bu bakımdan, yabancı hukukun tespiti ve teminiyle kıyaslandığında, özel hukukun muhtelif alanlarına ilişkin uyuşmazlıklarda yabancı bir hukukun tatbik edilmesiyle gerçekleşen AİHS'nde yer alan herhangi bir hakka yönelik bir müdahalenin ihlale yol açması daha olası görünmektedir.

Bir devlet mahkemesi, kendi kanunlar ihtilafı kurallarının atfı gereği yabancı unsurlu bir özel hukuk uyuşmazlığına ya kendi hukukunu (*lex fori*) ya da başka bir

devlet hukukunu (yabancı hukuku) uygulayabilir. Eğer kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla tespit edilen hukuk, başka bir devlete aitse bu hukukun davaya tatbik edilmesi gerekir (MÖHUK m.2). Bununla birlikte, hâkimi yabancı hukuka ulaştıracak kanunlar ihtilafı kuralları, milli hukuk, mutad mesken, ifa yeri gibi soyut bağlama noktalarından hareketle tanzim edildiğinden, hangi devlet hukukunun uygulanacağını önceden bilinmesi mümkün değildir⁹⁰. Dolayısıyla yabancı hukuk, hâkimin hukukundan daha gelişmiş, ileri bir hukuk olabileceği gibi, temel hak ve özgürlükleri ihlal edici düzenlemeler içeren bir hukuk da olabilir⁹¹. İşte, milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıklarında yabancı hukukun tatbiki suretiyle davanın taraflarından birinin veya üçüncü bir kişinin temel hak ve özgürlüklerine aykırılık söz konusu olduğunda, böyle bir aykırılığın ilk ve öncelikli olarak ulusal makamlarca, yani mahkemeler tarafından engellenmesi gerekmekte ve beklenmektedir. Zira bilindiği üzere, AİHS'nin denetim sistemi ikincil niteliktedir ve yabancı hukukun tatbikiyle AİHS'nde güvence altına alınan haklardan herhangi birinin ihlal edildiği iddiası ancak iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra⁹² AİHM'nin önüne getirilebilecektir. Bu bakımdan yukarıdaki ayırmadan hareketle, ilk olarak somut bir davada yabancı hukukun tatbikinin AİHS'ne müdahale etmesi halinde böyle bir müdahalenin meşru olup olmadığı meselesinin ulusal seviyede, başta Türk mahkemeleri olmak üzere, ulusal mahkemeler tarafından nasıl ele alındığını inceleyeceğiz. Ardından, Strasburg organlarının yabancı hukukun tatbiki ile AİHS'ne aykırılık arasındaki ilişkiyi nasıl değerlendirdiğine bakacağız.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, kanunlar ihtilafı kurallarına istinaden tespit edilen ve henüz içeriği bilinmeyen yabancı hukukun somut bir davada tatbiki, forum devletinin temel hukuk ve adalet anlayışına ve benimsemiş olduğu temel hak ve özgürlüklere açıkça aykırı bir sonuca yol açabilir. İşte burada, bu tür aykırılıkları ilk ve öncelikli olarak engellemek durumunda olan ulusal mahkemelerin bunu nasıl inceleyecekleri meselesi ortaya çıkmaktadır. Bu konuda, ulusal mahkemeler tarafından

⁹⁰ Nomer, **DHH**, s.164; Cemal Şanlı, **Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara 1982, s.379.

⁹¹ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.72.

⁹² Bu noktada belirtmek gerekir ki, AİHS'nde güvence altına alınan haklarının ulusal mahkemelerce ihlal edildiğini düşünen bireylerin, AİHM'ne başvuruda bulunmadan evvel, bir iç hukuk yolu olarak öngörülen AYM'ne şikayet başvurusunda bulunmaları gerekmektedir. Tıpkı AİHM gibi, vaka temelli bir denetim yapmakta olan ve AİHM içtihatlarını destek ölçü norm olarak kullanan AYM'ndeki başvurunun kabul edilmemesi halinde AİHM'ne müracaat edilebilecektir.

günümüze kadar mutad olarak kamu düzeni müdahalesi kullanılmamıştır (MÖHUK m.5). Hatta yabancı hukukun tatbikinin forum devletinin kamu düzeni vizesine tabi tutulması anlayışının, hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde ve milletlerarası özel hukuka ilişkin uluslararası anlaşmalarda benimsendiğini söyleyebiliriz⁹³. Buna mukabil, AİHS’nde yer alan temel hak ve özgürlüklerin, kamu düzeni müdahalesi yerine mahkemeler tarafından uyuşmazlığın niteliğine bakılmaksızın doğrudan uygulanması gerektiği de ileri sürülmektedir. Çalışmamızda, AİHS’ne aykırılık teşkil eden yabancı hukukun tatbikine karşı kullanılabilecek olan bu iki yöntemin avantajları ve dezavantajları ile yabancı hukukun tatbikinin AİHS’ne aykırı olup olmadığının tespiti bakımından bu iki kurumun pratikte/ulusal mahkemeler nezdinde herhangi bir farklılık arz edip etmediğini inceleyeceğiz. Burada, özellikle kamu düzeni kavramına, kavramın temel hak ve özgürlüklerle, özellikle AİHS ile olan ilişkisine ayrıntılı olarak değineceğiz.

Ardından, özel hukukun çeşitli konularında cereyan eden yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda, Strasburg organlarının yabancı hukukun tatbiki suretiyle davanın taraflarının veya üçüncü kişilerin AİHS’nde yer alan haklarına yapılan müdahalenin meşruluğunu değerlendirdiği çeşitli kararlarını inceleyeceğiz. Bu kapsamda, ilk olarak, tatbikiyle AİHS’nin ihlaline yol açabilecek olan yabancı hukukun bir taraf devlete ait olması halinde, bu devletin de sorumluluğunun doğup doğmayacağı, böyle bir durumun AİHM’nin yapmış olduğu denetim bakımından herhangi bir farklılık arz edip etmeyeceğini inceleyeceğiz. Ardından, yabancı hukukun tatbikiyle ilgili Sözleşmesel hakka getirilen sınırlamanın meşru olup olmadığı incelemesinde, AİHS’nin ilgili hak bakımından öngördüğü denetim seviyesinin yerel nitelikli davalara nazaran daha esnek/yumuşak bir şekilde uygulanmasının mümkün olup olmadığını ele alacağız. Özellikle milletlerarası özel hukukun niteliği gereği yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarını konu edinmesi nedeniyle, bazı hallerde bireylerin haklarına müdahale eden yabancı hukuka karşı daha tolerans gösterilmesi gerektiği, bu nedenle AİHM’nin

⁹³ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.139; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.73; Kiestra,, **The Impact of ECHR** s.21.

bu tür şikâyet başvurularında milletlerarası özel hukuk menşeli temel hak uyuşmazlıklarının bu özelliğini göz önüne alması gerektiği söylenebilir.

Bu noktada, AİHS'nin yabancı hukukun tatbikine olan etkisini doğrudan ve detaylı olarak ele alan çok fazla kararın olmadığını belirtmek gerekir. Esasen bu durum pek şaşırtıcı değildir, zira AİHM olay temelli bir inceleme yapmakta olup, bir temyiz mahkemesi gibi hareket etmemektedir. Bu nedenle, AİHM sadece ulusal mahkemelerin yabancı hukuku uyuşmazlığa tatbik etme tasarrufunun bir ihlale yol açıp açmadığını incelemekte, örneğin yabancı hukukun tatbikine karşı ulusal mahkemelerin kamu düzeni müdahalesini veya başka bir yöntemi kullanmış olması veya olmaması AİHM nezdinde herhangi bir önem arz etmemektedir. Diğer bir ifadeyle, AİHM taraf devletlerin yükümlülüklerini nasıl veya hangi şekillerde yerine getirdiği ile ilgilenmemektedir, meğerki ulusal mahkemelerce kullanılan yöntem, Sözleşmesel haklardan birinin ihlaline yol açsın⁹⁴.

B. AİHS'ne Aykırılık Teşkil Eden Yabancı Hukukun Tatbikinin Ulusal Seviyede Engellenmesi

1. Genel Olarak

Bir milletlerarası özel hukuk uyuşmazlığı Türk hâkiminin önüne geldiğinde, hâkimin ilgili kanunlar ihtilafı kuralına istinaden tespit ettiği yabancı hukuku davaya tatbik etmesi esastır. Bununla beraber, yabancı bir devlet tarafından tanzim edilen ve o devletin dini, ahlaki, sosyal ve buna bağlı olarak siyasal ve ekonomik anlayışını yansıtan hukuk kurallarının davaya tatbiki, hâkimin hukukunun kendisinden vazgeçilmeyecek temel değerleriyle, özellikle güvence altına aldığı temel hak ve özgürlüklerle bağdaşmaması mümkündür. Böyle bir durumda, mahkemeler geleneksel olarak kamu düzeni vasıtasıyla davaya tatbik edilecek yabancı hukuk kurallarını kamu düzenine açıkça aykırı kabul etmekte ve uygulamaktan vazgeçmektedir. Buna mukabil, özellikle kamu düzeni kavramının bazı özelliklerinden dolayı, mahkemelerin bir temel hakka aykırılık söz konusu olduğunda kamu düzeni yerine doğrudan ilgili hakkın somut

⁹⁴ Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.176.

davada ihlal edilip edilmediğini inceleyerek buna göre karar vermesi gerektiği de belirtilmektedir⁹⁵.

İşte burada, yabancı hukukun tatbikinin AİHS'ne aykırı olup olmadığının tespitine ilişkin ulusal mahkemelerce kullanılabilecek bu iki yöntemin doktrinde ve mahkeme içtihatlarında nasıl ele alındığını, olumlu-olumsuz yönleri ile bu yöntemlerden herhangi birinin tercihinin uygulamada herhangi bir farklılık arz edip etmeyeceğini inceleyeceğiz. Bu kapsamda, öncelikle milletlerarası özel hukukta kamu düzeni kavramının anlamı, özellikleri ve içtihatlarla oluşan içeriğine, özellikle temel hak ve özgürlükler bakımından değineceğiz. Kamu düzeni kavramının milli, milletlerarası ve Avrupa kamu düzeni şeklindeki değişik görünüm biçimlerinin birbiriyle ilişkisini ve bunların özellikle anayasal ve AİHS'nde yer alan haklar nokta-i nazarında birbiriyle örtüşüp örtüşmediğini inceleyeceğiz. Yine çalışmamızın farklı bölümlerinde kullanacağımız maddi kamu düzeni ve usuli kamu düzeni kavramlarını ele alacağız.

İkinci olarak, milletlerarası özel hukukta kamu düzeni kavramı ile temel hak ve özgürlükler, özellikle AİHS arasındaki ilişki ele alınacaktır. Burada, ilk olarak AİHS'nde yer alan hak ve özgürlüklerin kamu düzeni kavramını oluşturan değerler arasındaki yeri ve konumuna, başta Türk mahkemeleri olmak üzere, taraf devlet mahkemelerinin kamu düzeni müdahalesi için AİHS'ni referans alan kararlarına değineceğiz. Ardından, yerel seviyede temel hak ve özgürlüklerin AİHM önüne gitmeden korunmasını temin eden bir mekanizma vazifesi gören kamu düzeninin yanlış veya eksik yorumlanması ve kullanılmasının AİHS'nde yer alan haklara aykırılık teşkil edip etmeyeceği meselesini ele alacağız. Ancak öncesinde, kamu düzeni müdahalesi için ülke ile irtibat koşulunun temel hak ve özgürlüklere aykırılık söz konusu olduğunda aranıp aranmayacağı meselesini inceleyeceğiz. Çalışmamızın bu kısmı, temel hak ve özgürlüklere aykırılık teşkil eden yabancı hukukun tatbikine karşı ulusal mahkemelerin doğrudan ihlal edildiği ileri sürülen ilgili hakka dayanarak bir aykırılık olup olmadığını değerlendirmesi ve buna göre yabancı hukuku uygulayıp uygulamama konusunda karar

⁹⁵ Bu konu hakkında bkz.: Aşağıda, s.213 vd.

vermesi gerektiği görüşü, bu yöntemin kamu düzeni müdahalesiyle kıyaslanarak değerlendirilecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, temel hak ve özgürlüklere aykırılık teşkil eden yabancı hukukun tatbikine karşı karşı kamu düzeni müdahalesine veya doğrudan ihlal edildiği iddia edilen hakka mı isnat edilmesi gerektiği meselesi, aynı zamanda yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde de gündeme gelmektedir. Bu bakımdan, yabancı hukukun tatbiki ile yabancı kararların tanınması ve tenfizi hukuku arasında kamu düzeninin fonksiyonu bakımından herhangi bir farklılık bulunmamaktadır⁹⁶. Bu nedenle, burada kamu düzeni müdahalesine ilişkin olarak ele alacağımız pek çok husus, niteliğine uygun düştüğü ölçüde yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi davaları bakımından da geçerli olacaktır.

2. AİHS’ne Aykırılık Teşkil Eden Yabancı Hukukun Tatbikine Karşı Mutad Olarak Kullanılan Bir Yöntem Olarak Kamu Düzeni Müdahalesi

a. Genel Olarak Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Kavramı

i. Kamu Düzeninin Anlamı, Niteliği ve Özellikleri

Hukuk disiplinleri içerisinde öncelikle bir kamu hukuku kavramı olarak ortaya çıkan ve anlaşılan kamu düzeni kavramı, sadece kamu hukuku alanına münhasır olmayıp özel hukukun muhtelif alanlarında⁹⁷ da kullanılan bir kavramdır. Milletlerarası özel hukukun temel kavramlarından biri olarak nitelendirebileceğimiz kamu düzeni, esasen kendisiyle bağdaşmayan yabancı hukukun tatbikini veya yabancı bir kararın

⁹⁶ Bununla beraber, aralarındaki temel farklılık tanıma-tenfiz hukukunda kamu düzeninin müdahale alanının daha geniş, buna mukabil etkisinin daha zayıf olmasıdır. Zira yabancı hukukun uygulanmasına engel olan kamu düzeni müdahalesinde kamu düzenine aykırılık teşkil eden yabancı hukukun maddi hukuk kurallarının ortaya çıkardığı somut netice dikkate alınırken, yabancı ilamların tanınması ve tenfizinde, tenfize konu kararı veren mahkemenin yaptığı yargılamanın tenfiz devletinin usul hukukuna ilişkin benimsemiş olduğu temel prensiplere de uygun olması aranmaktadır. Diğer bir ifadeyle, tanıma-tenfiz hukukunda, maddi kamu düzeni yanında usule ilişkin (usuli) kamu düzeninin müdahalesi de devreye girecektir. Bu konu hakkında bkz.: Ergin Nomer, “Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizinde Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni”, **MHB, Gülören Tekinalp’e Armağan**, Yıl.23, Sayı:1-2, 2003, s.568. Aşağıda bu iki kavrama ve kapsamına değineceğiz.

⁹⁷ 11.1.2011 tarih ve 6098 sayılı Borçlar Kanunu m.27/1’de kamu düzenine aykırı sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olduğu belirtilmektedir. Yine, 22.12.2016 tarih ve 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun (RG: 10.1.2017 – 29944) çeşitli maddelerinde kamu düzenine aykırı (marka olabilecek işaretlerin) işaretlerin, coğrafi işaret ve geleneksel ürün adlarının, tasarımların ve patentlerin tescil edilmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

ülkede etki doğurmasını engelleyici bir işlev görmektedir⁹⁸. Bununla beraber, niteliği gereği ülkeden ülkeye, zamana ve konuya göre değişken bir kavram olması nedeniyle kamu düzeninin bütün özelliklerini ifade edecek bir tarifini yapmak kolay değildir⁹⁹. Yine, kapsamının tam olarak belirlenemeyişi, geniş ve hâkimin takdirine bağlı olması sebebiyle eleştirilmektedir. Bu özellikleri nedeniyle, kamu düzeni müessesesinin milletlerarası özel hukukun en karmaşık ve tartışmalı konularından biri olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁰.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, ne mülga 2675 sayılı ne de 5718 sayılı MÖHUK'ta kamu düzeni kavramı tanımlanmamıştır. Kavramın tanımındaki güçlüklerle rağmen, doktrinde ve uygulamada kamu düzenine ilişkin çeşitli tanımların verildiğini veya hangi hususların kamu düzeninden sayıldığına dair örnekler görmekteyiz. Örneğin, eski tarihli bir AYM kararına göre kamu düzeni, toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, Devletin ve Devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi, başka bir ifadeyle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden kuralları¹⁰¹ ifade etmektedir. Doktrinde ise, kamu düzeni toplumun temel yapısı ve temel çıkarlarını koruyan kurallar bütünü¹⁰², bir cemiyette muayyen bir zamanda ahlakî, siyasî, içtimaî, iktisadî sebeplerle kurulmuş olan esas hukuk prensipleri¹⁰³, davaya bakan hâkimin mensup olduğu toplumun adab ve ahlak anlayışı, hukuk telakkisi ve sosyal şartları içerisinde oluşan, yere ve zamana göre değişen, izafî olup dava anındaki niteliği ile nazara alınan bir

⁹⁸ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.140; Nomer, **DHH**, s.162; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s.139; Şanlı, **Uygulanacak Hukuk**, s.379; Dayınlarlı, **a.g.e.**, s.7; Vahit Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 4.Bası, Savaş Yayınları, Ankara 2016, s.220; Rona Aybay/Esra Dardağan, **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)**, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları İstanbul 2008, s.128; Cemile Demir Gökyayla, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni**, Seçkin Ankara 2001, s.24; Frank Vischer, General Course on Private International Law, **Recueil Des Cours – Collected Courses**, Vol.232, 1992, s.100.

⁹⁹ Vischer, **a.g.m.**, s.100; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.24; Doğan, **MÖH**, s.218-219.

¹⁰⁰ Nomer, **DHH**, s.164-165; Şanlı, **Uygulanacak Hukuk**, s.379; Yılmaz Altuğ, “Amme İntizamı ve Tesirleri (Bir Özet)”, **AÜSFBD, Doç. Dr. Cem Sar’a Armağan**, Cilt. XXVII, S.3, 1973, s.373.

¹⁰¹ AYM, 28 Ocak 1964, E.1963/128, K.1964/8, (RG: 17.4.1964 - 11685)

¹⁰² Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.140; Hüseyin Hatemi, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**, İstanbul 1976, s.42.

¹⁰³ Aysel Çelikel, **Ahkâmı Şahsiye Konusundaki Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması**, İstanbul 1963, s.120.

kavram¹⁰⁴, muayyen bir ülke veya ülke topluluğunda hakim olan sosyal, siyasal ve ekonomik sistemin temel kural ve müesseseleri¹⁰⁵ olarak tanımlanmıştır.

Yargıtay'ın kavramı doktrindeki görüşlere paralel bir şekilde tanımladığını, hatta birçok kararında kamu düzeninin içeriğine ve çeşitli özelliklerine açıkça yer verdiğini söyleyebiliriz. 2012 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında Yargıtay, kamu düzenini *“niteliği gereği zamana, yere göre değişebilen, içeriğinin tespiti zor, bir her somut olaya göre değişiklik gösteren; ilmi açıklamalara ve yargısal kararlara rağmen gelişen hukuk sistemlerinde bile tanımı olmamasına rağmen “toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü””* olarak tanımlamıştır¹⁰⁶. Yine başka bir kararında Yargıtay, *“Türk hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve kendisinden vazgeçilemeyecek değerlerin ihlali”*ni kamu düzeninin ihlali olarak nitelendirmiştir¹⁰⁷. Karşılaştırmalı hukukta da, kavramın tarifini yapan kararlara rastlamak mümkündür. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında kamu düzenini *“ihlal edilmeleri halinde İsviçre hukuk düzeninin esaslı bir ilkesine saldırı kabul edilen veya İsviçre’de hakim olan hukuk hissini göz yumulmayacak derecede yaralamış olduğu sonucunu meydana getiren hükümleri kamu düzenine ilişkin hükümler”* olarak nitelendirmiştir¹⁰⁸.

Özetle, milletlerarası özel hukukta kamu düzeninin, bir devletin milletlerarası özel hukuk sisteminin, bünyesinde var olan ve varlık sebebini teşkil eden farklı hukuk kültür ve geleneklerine karşı gösterebileceği toleransın sınırlarını oluşturan *“kendisinden vazgeçilemeyecek temel değerlerini ve ilkelerini”* ifade ettiğini söyleyebiliriz. Dolayısıyla, yabancı bir hukukun tatbiki veya yabancı bir kararın

¹⁰⁴ Nihal Uluocak, **Kanunlar ihtilafı (Yasama Yetkisi) Kuralları**, İÜHF Yayınları, İstanbul 1971, s.220-221.

¹⁰⁵ Şanlı, **Uygulanacak Hukuk**, s.379. Benzer şekilde, kamu düzenine aykırılık “Türk hukukunun temel değerleriyle bağdaşmama/çatışma” olarak nitelendirilmiş ve devletin sosyal, siyasal, ekonomik ve kültürel temellerini oluşturan ana kuralların kamu düzenini oluşturduğu ifade edilmiştir. Bkz.: Doğan, **MÖH**, s.223.

¹⁰⁶ Yargıtay İBGK, E.2010/1, K.2012/1, T.10.2.2012, (RG: 10.02.2012 – 28417). Aynı yönde bkz.: Yargıtay 18.HD, E.9858, K.13957, T.24.10.2013, (Muktedir Lale, **Yargıtay Uygulamasında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku**, Seçkin, Ankara 2014, s.35.).

¹⁰⁷ Yargıtay 2.HD, E.2010/3161, K.2010/5739, T.24.03.2010 (Ruhi, **a.g.e.**, s.314); Yargıtay 2.HD, E.2008/20758, K.2009/9248, T.11.05.2009, (Ruhi, **a.g.e.**, s.328);

¹⁰⁸ Söz konusu karar için bkz.: Dayınlarlı, **a.g.e.**, s.8. İsviçre Federal Mahkemesi başka bir kararında kavramı, *“..Bir kuralın kamu düzenine ilişkin sayılabilmesi için bu kurala aykırılığın, ülkenin hukuk düzeninin temel ilkelerinden birisiyle çatışması, ya da ülkenin genel hukuk duygusunu ağır şekilde zedelemesi zorunludur..”* şeklinde ifade etmiştir. Karar için bkz.: Selim Kaneti, **İsviçre Federal Mahkemesi’nin Borçlar Hukuku Kararları**, Ankara 1968, s.22.

tanınması veya tenfizi suretiyle hukuk düzeninin temelini teşkil eden bu değerlere tecavüz edildiğinde, milletlerarası özel hukukun sinir sistemi¹⁰⁹ vazifesini gören kamu düzeni müdahalesi devreye girecektir.

Kamu düzeninin hukuki niteliği ve fonksiyonu hakkında esas itibariyle iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Bunlardan ilki ve günümüzde etkisini kaybeden görüş, kamu düzeni kavramının bağımsız bir kanunlar ihtilafı kuralı olduğu anlayışına dayanmaktadır. Bu görüşe göre, mahalli kanunlar niteliklerine göre kamu düzeninden olduğu takdirde, yetkili yabancı hukuka gidilmeksizin bir kanunlar ihtilafı kuralı gibi uygulanır¹¹⁰. Buna mukabil, günümüz milletlerarası özel hukukunda kamu düzeninin, *lex fori*'nin herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca tespit edilen yabancı hukukun davaya tatbikini istisnaen önleyen bir vasıta niteliğinde olduğu kabul edilmektedir¹¹¹. Buna göre, aslolan Türk kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tespit edilen yabancı hukukun maddi hukuk kurallarının tatbikidir. Yabancı hukuk, ilgili hükümlerinin Türk kamu düzenine “açıkça” aykırılık teşkil etmemesi şartıyla tatbik edilebilir (MÖHUK m.5). Burada, kamu düzenine açıkça aykırı olma şartının aranmasıyla, yabancı hukukun uygulanmasının esas olduğu, ancak kamu düzenine açıkça aykırı bir durumun varlığı halinde yabancı hukukun uygulanmasından istisnaen vazgeçileceği vurgulanmıştır¹¹². Dolayısıyla hâkim öncelikle tespit ettiği yabancı hukukun ilgili maddi hukuk kurallarını

¹⁰⁹ Örnek için bkz.: Altuğ, **Amme İntizamı**, s.373.

¹¹⁰ Bu görüş ve bu görüşe yönelik Yargıtay uygulaması hakkında bkz.: Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.140.

¹¹¹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.141-144, 146; Nomer, **DHH**, s.162; Tekinalp/Uyanık, **a.g.e.**, s.43; Doğan, **MÖH**, s.221; Şanlı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 381; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.75; Dayınlarlı, **a.g.e.**, s.26; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.32-33; Emre Esen, “Türk Vatandaşı Erkeğin Yabancı Eşinin Soyadını Alamayacağına İlişkin Bir Yargıtay Kararı Üzerine Düşünceler”, **MHB Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan**, Yıl:24, S.1-2-, 2004, s.443; Ahmet Cemal Ruhi/Yavuz Kaplan, “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public)”, **MHB Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan**, Yıl:22, S.2, 2002, s.645; Yusuf Çalışkan, **Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, Beta, İstanbul 2014, s.90. Kamu düzeninin istisnai bir vasıta niteliğinde olduğu karşılaştırmalı hukukta da kabul edilmektedir. Örneğin bkz.: İsviçre MÖHK m.17; EGBGB m.6. İngiliz hukukunda da kamu düzeninin yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen bir işleve sahip olduğuna dair bkz.: Morris/McClean/Ruiz Abou-Nigm, **a.g.e.**, s.71-72; Mills, **Dimensions Of Public Policy**, s.214; Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co. (Nos 4 and 5), (2002) UKHL19, para.16. Hatta karşılaştırmalı hukukta, “*kamu düzeni*” ifadesi yerine kavramın sadece istisnai hallerde kullanılabilecek bir yöntem olduğundan hareketle genellikle “*public policy exception*” deymi kullanılmaktadır.

¹¹² Nitekim Yargıtay bir kararında, her kamu düzenine aykırılığın yabancı hukukun uygulanmama nedeni olamayacağını, Türk kamu düzenine “açıkça” aykırılık durumunun göz önüne alınması gerektiğini, “açıkça aykırılık hali”nin Türk kamu düzeni bakımından tahammül edilemeyecek ölçüde olmasını ifade ettiğini belirtmiştir. Bkz.: Yargıtay, 2.HD, E.2011/10335, K.2012/4239, T.29.2.2012 (www.kazanci.com, 20 Kasım 2016).

davaya tatbik edecek, ardından yabancı hukukun davaya tatbikiyle elde edilen sonucun/hüküm fıkrasının kamu düzenine tahammül edilemez bir aykırılık teşkil etmesi halinde, bu hukukun tatbikinden vazgeçecektir. Hatta bu noktada, Türk hukukunun emredici kurallarına aykırı olan yabancı hukukun her zaman Türk kamu düzenine aykırı sayılamayacağını da belirtmek gerekir¹¹³.

Kavramın istisnai niteliği aynı zamanda en önemli özelliklerinden birini teşkil etmektedir. Şöyle ki, milletlerarası özel hukuk disiplininin varlık sebebi, hukuk sistemlerindeki farklılıklardır. Farklı hukuk sitemine ait kuralların mahkemelerce tatbik edilmesiyle milletlerarası özel hukuk disiplini hayata geçirilmiş olmaktadır. Dolayısıyla, hâkimin yabancı bir devletin kendine özgü, belki de tuhaf gözüken hukuk anlayışını mümkün olduğu ölçüde müsamaha ile karşılayarak uygulamalı, sadece kamu düzeninin aşikâr bir şekilde ihlali halinde yabancı hukuku uygulamaktan vazgeçmelidir. Aksi halde, Türk hukukundan farklı nitelikteki her yabancı hukuk hükmü kamu düzeni engellemesiyle karşılaşır ki böyle bir sonuç milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini zedeleyecektir. Uygulamaya baktığımızda ise, Yargıtay'ın özel hukukun çeşitli alanlarında bu alanların kamu düzeninden olduğu gerekçesiyle yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen pek çok kararı bulunmakla beraber¹¹⁴, kavramın istisnai karakterinden hareket ederek öncelikle yabancı hukukun uygulanacağına, yabancı hukukun tatbikiyle ortaya çıkan sonucun kamu düzenini aşikâr bir şekilde ihlal etmesi halinde devreye gireceğine değinen kararları da bulunmaktadır¹¹⁵.

¹¹³ Yargıtay her emredici hükmün ihlali halinde veya her emredici hükmü ihlal eden bir yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırı kabul edilemeyeceğini birçok kararında açıkça ifade etmiştir. Örneğin bkz.: Yargıtay HGK, E.2013/11-1135, K.2014/973, T.26.11.2014, (www.kazanci.com., 20 Kasım 2016); Yargıtay İBGK, E.2010/1, K.2012/1, T.10.2.2012, (RG: 10.02.2012 – 28417); Yargıtay 3.HD E.2014/7513, K.2014/9261, T.3.6.2014, (Bülent Çiçekli, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun-Yargıtay Kararları**, Seçkin Ankara 2014, s.306 vd).

¹¹⁴ Yargıtay, evlat edinme, velayet, vesayet, soyadı, zamanaşımı birçok özel hukuk müessesesinin kamu düzenine ilişkin olduğundan hareket ederek, bu alanlara ilişkin yabancı unsurlu davalarda, yabancı hukuk kurallarının niteliğine ve tatbiki halinde ortaya çıkacak sonuçlarına bakmaksızın yabancı hukukun tatbikini engellemiş, hatta bu alanlara ilişkin yabancı kararların tanınması ve tenfizi taleplerini reddetmiştir. Bu konudaki Yargıtay kararları için bkz.: Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.82, dn.152 vd.

¹¹⁵ Örneğin, Yargıtay kamu düzenine aykırılık kavramının, iç hukuktaki emredici kurallara aykırılık kavramından daha dar yorumlanmasının gerektiği, ancak istisnai hallerde kamu düzeni müdahalesinin yapılabileceğini belirtmiştir. Bkz.: Yargıtay HGK, E.2013/11-1135, K.2014/973, T.26.11.2014, (www.kazanci.com., 20 Kasım 2016); Yargıtay 2.HD E.1983/5550, K.1983/5697 T.23.6.1983, (**YKD**, C.10, 1984, s.46 vd.).

Kamu düzeninin diğer bir temel özelliği de izafî, diğer bir ifadeyle zamana, toplumdaki topluma, hatta konuya bağlı olarak değişken olmasıdır¹¹⁶. Kamu düzeninin zaman bakımından değişkenliği ile kastedilen, daha önce kamu düzeninin müdahale edemeyeceği bir hususun sonradan kamu düzeninin müdahalesine uğrayabileceği veya tam tersi bir durumun söz konusu olmasıdır. Buna mülga 743 sayılı mülga Medeni Kanunun¹¹⁷ yürürlüğe girişiyle beraber, birden fazla evliliğin yasaklanması, kişilik haklarının korunması gibi birçok hususun Türk kamu düzeni anlayışını değiştirmesi örnek olarak verilebilir. Sadece yasal düzenlemelere değil, toplumun genel ahlak ve adabı anlayışının zaman içinde değişmesiyle de kamu düzeni anlayışı değişebilir. Kamu düzeninin zaman bakımından değişken olduğuna dair anlayışın günümüzde tartışmasız şekilde yerleşmiş olduğunu söyleyebiliriz¹¹⁸. Peki, kamu düzeninin temsil ettiği unsurlar zaman içerisinde değişebildiğine göre, hangi andaki kamu düzeni anlayışı dikkate alınmalıdır? Bu soru, genellikle yabancı hukukun tatbikinin veya yabancı kararın tanınmasının veya tenfizinin kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediği değerlendirilirken, kararın verileceği tarihteki kamu düzeni anlayışının esas alınması gerektiği şeklinde cevaplanmaktadır¹¹⁹. Hatta kamu düzeni anlayışının bir uyuşmazlığın dava konusu olması ile karara bağlanması arasında geçen süre içerisinde değişmesi de mümkündür ve bu durumda karar anındaki kamu düzeni anlayışı esas alınacaktır.

Kamu düzeninin değişkenliği ile ilgili ikinci husus, kavramın ülkeden ülkeye, toplumdaki topluma değişken olmasıdır. Bir ülkede kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olabileceği bir hususun diğer bir ülkede kamu düzeninden sayılmaması mümkündür. Hatta iki ülke benzer siyasal, ekonomik ve hukuki sistemlere sahip olsalar da kamu düzenlerinin içeriği aynı olmayabilir¹²⁰. Örneğin, birçok Avrupa ülkesinde

¹¹⁶ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.148; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.79; Doğan, **MÖH**, s.218-219; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.28 vd.; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s.280; Dayınlarlı, **a.g.e.**, s.26; Aybay/Dardağan, **a.g.e.**, s.125; A. Gündüz Ökçün, **Devletler Hususî Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni**, Ankara 1967, s.131 vd.; Aydanur Gürzumar, “Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri”, **MHB**, Y.14, S.1-2-, 1994, s.24; Paul Lagarde, “Chapter 11: Public Policy”, **International Encyclopedia of Comparative Law, Vol.3, Private International Law – Part 1**, Ed. Kurt Lipstein, Mohr Siebeck, Tübingen 2011, s.45.

¹¹⁷ RG: 4.4.1926 – 339.

¹¹⁸ Doğan, **MÖH**, s.219; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.29.

¹¹⁹ Nomer, **DHH**, s.173; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.546; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s.280; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.29; Doğan, **MÖH**, s.219; Gürzumar, **a.g.m.**, s.25.

¹²⁰ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.148; Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 32- 33; Ökçün, **a.g.e.**, s. 154 vd.

yasal olarak kabul edilen eşcinsel evlilikler veya kayıtlı hayat ortaklığı kurumu ve buna bağlanan hukuki sonuçların, aynı siyasi ve hukuki rejime sahip olan başka bir ülkede kamu düzeni müdahalesine uğraması söz konusu olabilecektir¹²¹. Kamu düzeninin müdahale alanının ülkeden ülkeye farklı olması, kamu düzeni düşüncesinin milliliğini ortaya koyduğu ileri sürülmektedir. Gerçekten, her toplumun siyasi, ekonomik ve toplumsal yapısı, o toplumun ait olduğu ülkenin kamu düzeni anlayışını oluşturur. Bu bakımdan, her hukuk sisteminin kendisine ait bir kamu düzeni anlayışının olduğu ve hâkimin de mensubu olduğu devletin kamu düzeni anlayışını uygulamak durumunda olduğu söylenebilir¹²². Dolayısıyla, kendi hukuk sistemi dışında kalan kamu düzeni anlayışlarını, diğer bir ifadeyle yabancı kamu düzenini dikkate almak durumunda olmadığımızı prensip olarak söyleyebiliriz¹²³.

Kamu düzeninin değişkenliği ile diğer bir husus konu itibariyle değişken oluşudur. Buna göre, kamu düzeni, uygulanmasını engellediği yabancı hukukun kendisi ile değil, doğuracağı sonuç ile ilgilendiğinden, bir davada kamu düzenine aykırı sayılabilecek yabancı kanun hükmü başka bir davada kamu düzenine aykırı sayılmayabilir. Hiç şüphesiz bunda, benzer nitelikteki davaların çeşitli hukuki veya maddi unsurlarının farklı olmasının etkisi olabilir. Örneğin, bir Türk vatandaşı kadının rızası olmaksızın, kocasının tek taraflı bir beyanına (talak) istinaden, sadece kocasının arzusu üzerine boşanması üzerine bu boşanmaya Türk hukukunda sonuç tanınması talebi, eşler arasında eşitliği öngören AY m.41 ve P-7 m.5 gereği Türk kamu düzeninin müdahalesine uğrayabilir. Buna mukabil, kocasından talakla boşanan bir Türk

¹²¹ Günümüzde Avrupa ülkelerinde dahi bu konuda, ahlaki mülahazaların etkisi nedeniyle bir konsensüsün olmadığı göz önüne alınırsa bu tür evliliklerin ve bunlara bağlanan sonuçların Türk kamu düzeni müdahalesine uğraması –en azından şimdilik- kaçınılmaz görünmektedir. Bu bakımdan, kamu düzeni müdahalesi devreye sokularak bireylerin AİHS m.8 ve P-1 m.1’de yer alan haklarına yapılan bir müdahalenin devletin takdir marjı kapsamında kabul edileceğini söyleyebiliriz. Eşcinsel evlilikler veya hayat ortaklıklarının geçerliliğini ve hukuki sonuçları ile ilgili kamu düzeni müdahalesi hakkında bkz.: Kazım Sedat Sirmen, “Eşcinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Düzenlenişi”, *AÜHFD*, C.58, S.4, 2009, s.869 vd.

¹²² Demir Gökyayla, *Kamu Düzeni*, s.30.

¹²³ Bununla birlikte, aşağıda inceleyeceğimiz üzere, bir devletin kamu düzeni anlayışının diğer devletlerden veya devlet topluluklarından etkilenmesi gayet mümkün ve doğaldır. Dolayısıyla, uluslararası anlaşmalar vasıtasıyla veya üyesi olduğu toplulukların kabul ettiği bazı uluslararası ilke ve değerlerin bir devlet tarafından benimsenmesi veya bir devlete dayatılması nedeniyle, bu değerlerin zaman içerisinde o devletin kamu düzeni anlayışına dâhil olması mümkündür. Bu bakımdan, bir devletin kamu düzeni menşe itibariyle milli olsa da, içerik itibariyle uluslararası toplumun benimsediği birtakım temel değerleri ihtiva edebilecektir.

vatandaşı kadının yeniden evlenebilmek için yabancı ülkedeki yetkili Kadılık Makamı tarafından karara bağlanan talakın bir Türk mahkemesinde tanınmasını istemesi halinde artık kamu düzeni müdahalesinden söz edemeyiz. Zira aksi bir durum kadının yeniden evlenmesini engelleyeceğinden, kadını cezalandırmak anlamına gelmekle kalmayıp¹²⁴, evlenme hakkının (AİHS m.12) ihlali anlamına da gelecektir.

Kamu düzenini temsil eden değerlerin neler olduğu konusunun, yabancı hukuku uygulayan veya yabancı kararı tenfiz eden hâkimin takdirine bağlı oluşu, kavramın bir diğer özelliğini ve aynı zamanda en çok eleştirilen yönlerinden birini teşkil etmek etmektedir. Zira kanunda kamu düzeni kavramının zamana ve yere göre değişebilen niteliği gereği bir tanımlama yapılmaktan kaçınılmış ve konunun hâkimin takdirine bırakılması tercih edilmiştir¹²⁵. Bu nedenle, yabancı hukukun uygulanmasının kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediği, dolayısıyla hangi hallerin kamu düzeninden olduğunu belirleme konusunda hâkimin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu belirtilmektedir¹²⁶. Kavramın hâkimin takdirine bağlı oluşunun, somut olaya göre değişiklik gösterebilen bir kavram olması ile birleştğinde belirsizliğe yol açtığı ve kamu düzeni müdahalesinde öngörülebilirliği ortadan kaldırdığı gerekçesiyle eleştirilmesine neden olmaktadır¹²⁷. Ancak MÖHUK m.5'te, hâkimin takdir yetkisine “açıkça” bir sınırlama getirildiğini belirtmek gerekir¹²⁸. Buna göre, yabancı hukukun tatbikinden ancak ve sadece kamu düzenine “açıkça” bir aykırılık teşkil etmesi halinde vazgeçilecektir. Dolayısıyla, hâkimin her kamu düzenine aykırılığı değil, kamu

¹²⁴ Bkz: Kadıköy 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 853/941 sayılı ve 7.2.1991 tarihli kararı. Karar ve yorumu için bkz.: Ergin Nomer, “Suudi Arabistan Hukuku’na Göre Talâk ve Tanınması (Talâk ve Türk Kamu Düzeni)”, **İBD**, C.65, S.7-8-9, 1991, s.501 vd. Buna mukabil İsviçre Federal Mahkemesi, Mısır vatandaşı bir erkekten talak yoluyla boşanan İsviçreli bir kadının boşanmanın tescili talebini, kamu düzenine açıkça aykırı olduğundan bahisle reddetmiştir. Oysa Federal Mahkeme, takalın İsviçre mahkemesi tarafından kabulü halinde ortaya çıkacak sonucun kamu düzenine aykırı olup olmadığını değerlendirmek yerine otomatikman kamu düzenine aykırı olarak değerlendirmiştir. Kamu düzeninin böyle soyut bir şekilde değerlendirilmesi, İsviçre vatandaşı kadının evli olarak kalması ve yeni bir boşanma davası açmak zorunda kalması gibi haksız sonuçlara yol açabilecektir. Söz konusu karar için bkz.: Vischer, **a.g.m.**, s.101.

¹²⁵ Yargıtay HGK, E.2013/11-1135, K.2014/973, T.26.11.2014, (www.kazanci.com., 20 Kasım 2016); Yargıtay 11.HD, E.2010/9227, K.2012/595, T.23.1.2012, (Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s.304, dn.547).

¹²⁶ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.148; Dayınlarlı, **a.g.e.**, s.28; **Doğan, MÖH**, s.219.

¹²⁷ Nomer, **DHH**, s.165; Mills, **Dimensions of Public Policy**, s.235.

¹²⁸ “...Türk kamu düzenine aykırılığın “açıkça” olmasının aranmasıyla bu konuda takdir hakkı bulunan hakime bir sınırlama getirilmek istenmiştir.”: Bkz.: Yargıtay 11.HD. E.2011/2822, K.2012/9027, T.28.5.2012; Yargıtay 11.HD, E.2012/3175, K.2012/5547, T.6.4.2012; Yargıtay HGK, E.2013/11-1135, K.2014/973, T.26.11.2014, (www.kazanci.com., 20 Kasım 2016).

düzenine tahammül edilemeyecek ölçüde, aşikâr bir aykırılığı nazara alması gerekmektedir¹²⁹. Hatta Türk hukukunun emredici kurallarına aykırılık teşkil etse dahi durum değişmeyecektir. Ayrıca, kamu düzeninin içeriğine ilişkin değerlendirmelerimizde görüleceği üzere, gerek Türk hukukunda gerekse karşılaştırmalı hukukta kamu düzenini temsil eden değerlerin, doktrinde eleştirildiği kadar belirsiz olmadığı da görülmektedir. Dolayısıyla, hâkimin yabancı hukukun tatbikiyle ortaya çıkan somut neticenin kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediğini değerlendireceği ve kavramın da değişken niteliği göz önüne alındığında, kanun koyucuların kamu düzeninden sayılan halleri açıkça belirlemektense hâkimlerin takdirine bırakması daha yerinde görünmektedir. Sonuç olarak, kavramın özellikleri nedeniyle somut olayda yabancı hukukun tatbikinin ne tür sonuçlar doğuracağını önceden bilinmemesi nedeniyle, kamu düzeni müdahalesine duyulan ihtiyacın kavramın yukarıda sayılan mahzurlarına üstün geldiğini söyleyebiliriz.

ii. Kamu Düzeninin Kapsamı

Kamu düzeninin yukarıda değindiğimiz özellikleri, çok geniş anlaşılmaya müsait ve belirsizlik arz eden bir kavram olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla, hukuki öngörülebilirlik açısından mahzurlu olan ve büyük ölçüde hâkimin takdirine bırakılan kamu düzeni kavramının içeriğini hangi hususlar oluşturmaktadır? Türk hukukunda ve birçok ülke hukukunda kavramın içeriği özellikle mahkeme içtihatları ve doktrin tarafından belirlenmeye çalışıldığına göre, bir hukuk düzeninin “*temelini teşkil eden kendisinden vazgeçilemeyecek temel değerleri ve prensipleri*” ile neyin anlaşılması gerekmektedir?

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yasal düzenlemelerde kamu düzenine açıkça aykırılık, kamu düzeniyle bağdaşmama şeklinde ifadeler yer almakla birlikte neyin kamu düzeni kapsamına dâhil olduğu, Alman hukuku istisna olmak üzere, açıkça belirtilmemiştir. Alman hukukunda, Türk, İsviçre ve İngiliz hukukunda farklı olarak, EGBGB m.6’da “*Alman hukukunun temel prensipleri*” ve “*insan hakları*”nın Alman

¹²⁹ Yargıtay 2.HD, E.2011/19791, K.2012/16687, T.18.6.2012, (Ruhi, **a.g.e.**, s.302); Yargıtay, 2.HD, E.2011/10335, K.2012/4239, T.29.2.2012 (www.kazanci.com, 20 Kasım 2016). Hatta Türk hukukunun emredici kurallarına aykırılık teşkil etse dahi durum değişmeyecektir.

kamu düzeni içinde mütalaa edildiğini görmekteyiz¹³⁰. Bunun dışında, gerek Türk hukukunda gerekse karşılaştırmalı hukukta kamu düzeninin kapsamının büyük ölçüde doktrin tarafından ve mahkeme içtihatlarıyla belirlendiğini söylemek hatalı olmayacaktır. Örneğin, Yargıtay'ın 2675 sayılı mülga MÖHUK öncesi çeşitli kararlarına baktığımızda, genel ahlak ve adaba aykırılık¹³¹, Türk kanunlarının esas prensiplerine aykırılık¹³², Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete aykırılık¹³³ gibi çeşitli kriterleri kamu düzeninden kabul ettiğini görmekteyiz. 2675 sayılı MÖHUK döneminde verilen bazı kararlarda ise yukarıda yer alan kriterler yanında¹³⁴ Yargıtay'ın kamu düzeninin çerçevesini daha geniş bir şekilde çizdiği görülmektedir. Örneğin, 1998 tarihli bir kararda, kamu düzeninin çerçevesi “*ahlâk ve dürüstlük kuralları, toplumun ve hukukun temel ilke ve yargıları, adalet, ahlak anlayışı, Anayasa’da yer alan temel haklar*” şeklinde ifade edilmiştir¹³⁵. Başka kararlarda ise, “*Türk hukukunun temelini teşkil eden ve kendisinden vazgeçilemeyecek değerler*”in ihlali halinde kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olacağı belirtilmiştir¹³⁶. Bu kriterlere ilaveten, milletlerarası hukukta kabul edilen temel ilkelere¹³⁷, milletlerarası hukukta kabul edilen adil yargılanma hakkına¹³⁸ aykırılığın kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturacağını hüküm altına almıştır. Yukarıda kamu düzeninden saydığımız değerlerin 5718 sayılı MÖHUK dönemine ait Yargıtay içtihatlarında da açıkça ifade edildiğini belirtmek gerekir. Son olarak, 2012 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında kavramın tanımı yapılırken, kamu düzeninin kapsamına giren değerlerin neler olduğu tek tek belirtilmiştir. Söz konusu

¹³⁰ Kamu düzeni başlıklı EGBGB m.6’da kamu düzeni ifadesini kullanılmamış bunun yerine “*Alman hukukunun temel prensipleriyle açıkça bağdaşmayan, özellikle temel haklarla bağdaşmayan yabancı hukukun uygulanmayacağı*” açıkça ifade edilmiştir.

¹³¹ Örneğin, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 40/1914 sayılı ve 31.3.1944 tarihli kararında yabancı akde, akdın yeri hukukunun tatbikinin ahlak ve adabı ihlal etmemek kaydıyla uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Bkz.: Osman Fazıl Berki/Hilmi Ergüney, **Yabancılar Hukuku ve Kanunlar İhtilafı ile İlgili Yargıtay Kararlarının Tahlil ve İzahları**, Ankara 1963, s.144 vd.

¹³² Tenfize konu kararın usul hukukumuzun temel prensiplerini ihlal ettiği gerekçesiyle Türk kanunlarının esas kurallarına aykırılık teşkil ettiği, bu nedenle tenfiz kabiliyetini haiz olmadığına dair Yargıtay Ticaret Dairesinin 1.4.1961 tarihli kararı için bkz.: Ökçün, **a.g.e.**, s.129 vd.

¹³³ Bkz.: Yargıtay 2.HD, E.5305, K.5390, T.10.11.1960 (Berki/Ergüney, **a.g.e.**, s.68-69). Kararın yorumu için bkz.: Ökçün, **a.g.e.**, s.144-145.

¹³⁴ Yargıtay HGK, E.2000/2-1051, K.2000/1068 T.21.6.2000, (Ruhi, **a.g.e.**, s.381).

¹³⁵ Yargıtay HGK, E.1998/2-276, K.1998/297, T.6.5.1998 (www.kazanci.com, 20 Kasım 2016).

¹³⁶ Yargıtay 2.HD, E.2004/10683, K.2004/13120, T.4.11.2004; Yargıtay 2.HD, E.2005/1149, K.2005/4090, T.16.3.2005 (www.kazanci.com, 20 Kasım 2016).

¹³⁷ Yargıtay 2. HD, E.2006/2612, K.2006/9147, T.8.6.2006 (www.kazanci.com, 20 Kasım 2016).

¹³⁸ Yargıtay 2. HD, E.2006/10297, K.2007/53, T.22.1.2007, (Ruhi, **a.g.e.**, s.354); Yargıtay 2. HD, E.2006/2612, K.2006/9147, T.8.6.2006 (www.kazanci.com, 20 Kasım 2016).

kararda Yargıtay, Türk hukukunun temel değerlerinin, Türk genel ahlak ve adab anlayışının, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışının, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasetin, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklerin, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kuralların, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerinin, toplumun medeniyet seviyesinin, siyasi ve ekonomik rejiminin, insan hak ve özgürlüklerin kamu düzeninin çerçevesini çizen temel değerler olduğunu açıkça ifade etmiştir¹³⁹. Bununla beraber, kamu düzeninin çerçevesini çizen yukarıdaki kavramlardan neyin anlaşılması gerektiği somut uyuşmazlıklarda mahkeme kararlarından net bir şekilde anlaşılamamaktadır.

Kamu düzeninin kapsamına ilişkin Yargıtay'ın bu değerlendirmelerini, özellikle Türk doktrininin konuya ilişkin açıklamaları ile birlikte ele aldığımızda, milletlerarası özel hukukta kamu düzeninin çerçevesini çizen unsurları üç ayrı başlık altında ele almak mümkündür: (1) *Türk hukukunun temel ilkelerine aykırılık*, ikincisi (2) *Türk toplumunun ahlak ve dürüstlük anlayışına aykırılık* ve son olarak (3) *temel hak ve özgürlüklere aykırılık*. Bununla beraber, bu üçlü ayırım arasındaki sınırların önceden kesin bir şekilde belirlenmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, hukuk düzeninin temel ilkelerinin kapsamına Türk kanunlarının dayandığı genel siyaseti, toplumun medeniyet seviyesini, siyasi ve ekonomik rejimini belirleyen değerler de girebileceği gibi, hukuk devleti ilkesinin temelini teşkil eden ve Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışını yansıtan adil yargılanma hakkına ilişkin prensipler de bu kapsama sokulabilir. Yine, milletlerarası hukukta kabul edilen temel ilkeler, medeni toplulukların benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensipleri gibi ifadelerin kapsamı çok geniş ve belirsizdir. Dolayısıyla, milletlerarası alanda kabul edilen ilkelerin aynı zamanda kamu düzeninden sayılan diğer değerlerle örtüşebileceğini de belirtmek gerekir. Bizim böyle bir kategorizasyon yapmamızın diğer bir sebebi ise, çalışmamızın esas konusunu teşkil eden AIHS'nin kamu düzeni anlayışındaki yerini ve değerinin nasıl ele alındığını incelemektir.

¹³⁹ Yargıtay İBGK, E.2010/1, K.2012/1, T.10.2.2012.

a) Türk Hukukunun Temel İlkeleri

Hukukun temel ilkelerinin kapsamına bir ülkenin siyasal, sosyal ve ekonomik anlayışının bir sonucu olarak ortaya çıkan ve toplumun temel yapısını şekillendiren hukuk kurallarının altında yatan değerler ve prensipler girmektedir¹⁴⁰. Bu bakımdan, bir ülkedeki hukukun temel ilkelerinin neler olduğunu esasen o ülkenin hukuk anlayışı ve hukuk politikası belirlemektedir. Bununla beraber, yukarıda yapmış olduğumuz üçlü ayrım içerisinde, en kapsamlı kategorinin Türk hukukunun temel ilkeleri olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira milletlerarası alanda benimsenmiş bir takım temel prensipler de bu kapsamda değerlendirilebilir. Örneğin, medeni milletlerce müştereken benimsenen ahlak ve dürüstlük kurallarının başta Türk hukuku olmak üzere birçok ülke tarafından ulusal seviyede de kabul edildiğini, milletlerarası alanda kabul edilen adalet anlayışının, ulusal ve uluslararası insan hakları belgelerinde (AİHS m.6) açıkça benimsendiğini söyleyebiliriz. Hatta Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi (EİHB), AİHS gibi uluslararası insan hakları belgelerinde yer alan ve Anayasada da benimsenen ilkeleri ve temel hakları, milletlerarası alanda kendini kabul ettirmiş temel prensipler olarak nitelendirmek mümkündür. Bu bakımdan, milletlerarası alanda kabul edilen bazı prensiplerin ve değer yargılarının Türk hukukunun temel prensipleriyle örtüştüğünü söylemek yanlış olmayacaktır¹⁴¹. Burada, temel hak ve özgürlükler, Türk kamu düzeninin ayrı ve özel bir yönünü teşkil etmesi sebebiyle, ayrı başlık altında ele alacağız.

Türk hukukunun ve kanunlarının temel ilkelerinin kapsamına, ilk olarak Anayasanın temel ilkelerinin¹⁴² girdiğini söyleyebiliriz. Anayasanın temel ilkelerine

¹⁴⁰ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.153; Gürzumar, **a.g.m.**, s.22.

¹⁴¹ Aynı yönde bkz.: Nomer, **DHH**, s.165. Bu noktada, aynı siyasal, sosyal, ekonomik ve kültürel anlayışa sahip olan devletlerin veya devlet topluluklarının doğal olarak hukuk anlayışlarının birbirine benzer olması, buna bağlı olarak anayasal kuralların ve özel hukuk kurallarının arka planında yer alan değerlerin de birbiriyle örtüşmesini, ortak bir kamu düzeni anlayışının oluşmasını sağlayabilecektir. Buna en iyi örnek olarak Avrupa kamu düzeni kavramını aşağıda ele alacağız.

¹⁴² Burada “*Anayasanın temel ilkeleri*” ifadesinin Anayasada yer alan herhangi bir kurala aykırılık teşkil eden yabancı hukukun tatbikinin kesinlikle engellenmesi gerektiği şeklinde anlaşılmamalıdır. Zira Anayasada yer alan kuralların temsil ettiği değer ve anlayışların zaman içinde gücünü yitirmesi ve değiştirilmesi ihtiyacı ortaya çıkabilir. Bu nedenle, Anayasada yer alan bir kurala aykırılığın yabancı hukukun tatbikinin veya yabancı kararın icrasını engellemesinin önüne geçmek bakımından “*Anayasa’nın temel ilkeleri*” tabirinin altı çizilmektedir. Bkz.: Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.73, dn.136.

örnek olarak hukuk devleti ilkesi, kanun önünde eşitlik, hatta adalet anlayışını yansıtan adil yargılanma ilkelerini verebiliriz. Örneğin, eşitlik ilkesi sadece maddi hukuk kanunlarında değil usul kanunları da olmak üzere, hukukun hemen her alanında benimsenen ve riayet edilmesi gereken temel bir ilkedir. İkinci olarak, devletin siyasal, sosyal ve ekonomik alanda belirli hedefleri, politikaları hayata geçirmek için tanzim etmiş olduğu kanunların altında yatan temel felsefe de Türk hukukunun temel ilkeleri kapsamında mütalaa edilebilir¹⁴³. Özellikle özel hukuk kanunlarında yer alan dürüstlük ve iyi niyet ilkeleri, kişiliğin korunmasına, çocuğun ve ailenin korunmasına, ülkedeki cari ekonomik ve ticari hayatın işleyişini korumaya ilişkin kuralların Türk hukukunun temel ilkeleriyle alakalı olduğunu ve bunların ihlalinin kamu düzenine aykırılık teşkil edebileceğini söyleyebiliriz. Örneğin, Medeni Kanun'da¹⁴⁴ yer alan dürüstlük kuralı (MK m.2), sadece maddi hukukta değil, usul hukukunda da kendisini riayet edilmesi gereken milletlerarası alanda kabul edilmiş hukukun genel prensiplerinden biridir. Yine Medeni Kanun'da kişiler hukuku, aile hukuku, miras hukuku gibi alanlarda kadının konumuna, bireylerin, ailenin ve çocuğun korunmasına ilişkin düzenlemelerin kanunun gütmüş olduğu genel siyasetin bir ürünü olduğunu söyleyebiliriz¹⁴⁵. Dolayısıyla, evlilikte veya mirasçılıkta kadın-erkek ayrımı gözeten, velayet veya evlat edinme hukukunda çocuğun menfaatinin gözetmeyen yabancı hukuk kurallarının veya yabancı kararların, Türk hukukunun temel ilkelerini ihlal ettiği gerekçesiyle kamu düzeni müdahalesine uğraması mümkündür. Yine, yabancı hukuk veya yabancı karar; hile, cebir, ikraha rağmen bir sözleşmenin feshedilmemesini (geçerli olmasını) kabul ediyorsa veya yabancı mahkemenin izlemiş olduğu yargılama usulü Türk (usul) hukukunun temel adalet anlayışını yansıtan ilkelere aykırılık teşkil ediyorsa, kamu düzenine aykırılık söz konusu olabilecektir¹⁴⁶. Bu noktada, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete ilişkin kabul edilen bir hususun kamu düzeninden sayılabilmesi için kanunda açıkça düzenlenmesinin gerekmediğini, kanunun hedeflediği amaçlara, siyasete bakılarak zımnen anlaşılabileceğini belirtmek gerekir. Örneğin, Medeni

¹⁴³ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.152-153; Ökçün, **a.g.e.**, s.144.

¹⁴⁴ RG: 8.12.2001 – 24607.

¹⁴⁵ Ökçün, **a.g.e.**, s.144.

¹⁴⁶ Nomer, **DHH**, s.169 ve 530.

Kanunda açıkça ifade edilmediği halde, dine veya ırka dayanan evlenme engelleri öngören bir yabancı hukukun tatbiki kamu düzenine aykırı olacaktır¹⁴⁷.

Sonuç olarak, Türk hukukunun temel ilkeleri olarak nitelendireceğimiz hususların kapsamına, Anayasada yer alan ilkelerin, Türk kanunlarında açık veya örtülü bir biçimde yer alan anlayış ve prensiplerin girdiğini, bunların büyük ölçüde medeni milletlerce benimsenen değerlerle örtüştüğünü, hatta birçoğunun Anayasada temel hak formunda düzenlenerek açıkça koruma altına alındığını söyleyebiliriz.

b) Toplumun Adap ve Ahlak Anlayışı

Yabancı hukukun tatbikiyle veya yabancı karara etki tanınmasıyla ortaya çıkacak sonucun toplumda cari adap ve ahlak anlayışına ağır şekilde aykırılık teşkil etmesi halinde de kamu düzeni müdahalesi devreye girecektir¹⁴⁸. Peki, toplumun adap ve ahlak anlayışı ile ne anlaşılmalıdır? Belirli bir ülkede geçerli olan ahlaki değerler ile diğer bir ülkedeki veya uluslararası alandaki anlayışın birbiriyle örtüşmesi/ayrışması mümkün müdür?

Öncelikle, bir ülkede benimsenmiş olan ahlak ve dürüstlük anlayışının aynı zamanda o ülkede kabul edilmiş hukukun temel ilkeleri ile veya temel hak ve özgürlüklerle çoğu zaman örtüşebileceğini belirtmeliyiz. Örneğin, bir erkeğin aynı vatandaşlığa sahip olduğu 10 yaşında bir kızla kendi milli hukukuna göre evlenebilmesi mümkün iken, böyle bir evliliğin Türkiye’de yapılması Türk ahlak anlayışıyla açıkça bağdaşmayacağı gibi, Türk hukukunun temel ilkelerinden biri olan ailenin ve çocuğun korunması ilkesini (AY m.41) açıkça ihlal etmiş olacaktır. Bireyleri din, tabiiyet, cinsiyet değiştirme veya değiştirmeme ya da bir kimseyle evlenmeye veya evlenmemeye zorlayan kayıt ve taahhütlerin ahlaka ve adaba aykırı olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁹. Yine, fahişelik yapmaya ilişkin sözleşmeler, tabi olduğu yabancı

¹⁴⁷ Bkz.: Ökçün, **a.g.e.**, s.145; Nomer, **DHH**, s.246.

¹⁴⁸ Nomer, **DHH**, s.172-173; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.153; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.73; Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s.280; Hill/Shúilleabháin, **a.g.e.**, s.53; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s.143; Altuğ, **Amme İntizamı**, s.379; Esen, **Soyadı**, s.448.

¹⁴⁹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.153.

hukuka göre geçerli kabul edilmesine rağmen, kamu düzenini ihlal edecektir¹⁵⁰. Böyle durumların toplumun ahlak anlayışını ciddi derecede rencide etmesinin yanında, bireylerin din özgürlüğü, maddi ve manevi varlıklarının korunması, evlenme hakkı gibi ulusal veya uluslararası insan hakları belgelerinde normatif olarak düzenlenmiş temel haklarını da doğrudan ihlal etmektedir.

Bununla beraber, hukukun temel ilkelerinden veya aşağıda açıklayacağımız temel hak ve özgürlüklerden farklı olarak ülkelerin ahlak ve adap anlayışlarının zamanla, hatta hızlı bir şekilde değişebileceğini ve birbirinden farklılaşabileceğini söyleyebiliriz. Örneğin, daha önceleri kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle kabul edilmeyen eşcinsel evlilikler veya birliktelikler, günümüzde birçok Avrupa ülkesinde yasal olarak kabul edilmiştir¹⁵¹. Oysa bu tür evlilikler veya eşcinsel çiftlerin evlat edinmeleri yapıldıkları ülkede geçerli olarak kabul edilse dahi, Türk hukukunda evliliğin farklı cinsten kişiler arasında kurulan hukuki bir ilişki olduğuna dair kural (MK¹⁵² m.134/1), Türk kamu düzeni ve ahlak anlayışına ilişkin temel bir prensip getirdiği için, Türk kamu düzeni müdahalesine uğrayacaktır¹⁵³. Benzer şekilde, pek çok AK üyesi ülkede taşıyıcı annelik kurumuna yasal olarak izin verilmiş veya yabancı ülkede bu şekilde kurulan soybağı ilişkileri hukuken kabul edilmiş iken, aralarında Türkiye'nin de bulunduğu pek çok Avrupa ülkesinde taşıyıcı annelik uygulamaları çeşitli nedenlerle yasaklanmıştır. Dolayısıyla, Türk toplumunca benimsenen ahlak anlayışının kanuna yansımaları olarak nitelendirebileceğimiz bu husus, aynı siyasi ve hukuki rejime sahip olan ülkelerin birbirinden farklı ahlak anlayışına sahip olabileceğini göstermektedir.

¹⁵⁰ Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s. 143. İngiliz mahkeme kararlarında açıkça kabul edilen bu hususun Türk ahlak anlayışına da aykırılık teşkil ettiği aşikardır.

¹⁵¹ Örneğin, 1993 yılında İsviçre Federal Mahkemesinin önüne gelen bir davada, Danimarka'da gerçekleşen bir eşcinsel evliliğin İsviçre'de nüfusa tescil edilmesi talebi, İsviçre kamu düzenine ve ahlaka aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle tanınmamıştır. Ancak günümüzde, İsviçre'de 2007 yılında yürürlüğe giren bir kanunla eşcinsel bireylerin evliliğe eş değer bir statü yaratmasa da, kayıtlı birliktelik şeklinde kabul edilmiş olduğunu söyleyebiliriz. İsviçre Federal Mahkemesinin söz konusu karar için bkz.: Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.147.

¹⁵² RG: 8.12.2001 - 24607.

¹⁵³ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.231; Nomer, **DHH**, s.237; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.128.

c) Temel Hak ve Özgürlükler

Milletlerarası özel hukukta kamu düzeninin çerçevesini çizen en önemli ve en temel unsurlardan birini temel hak ve özgürlükler oluşturmaktadır. Buna göre, yabancı hukukun maddi hükümlerinin tatbikinin veya yabancı mahkeme veya hakem kararlarının tanınması veya tenfizinin temel hak ve özgürlüklerden birinin veya birkaçının ihlaline yol açacak sonuçlar doğurması halinde kamu düzeni müdahalesi devreye girecek ve yabancı hukukun tatbiki veya yabancı kararın ülkede etki doğurması engellenecektir. Bunun, Türk doktrininin üzerinde ittifak ettiği bir konu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır¹⁵⁴. Yargıtay da birçok kararında kamu düzeninin tarifini yaparken veya kapsamını belirlerken Anayasada ve AİHS’nde yer alan temel hak ve özgürlüklerin veya genel olarak temel hak ve özgürlüklerin Türk kamu düzeninin bir parçasını teşkil ettiğini açıkça ifade etmiştir¹⁵⁵. Bununla birlikte, ilgili temel hakkın veya temel hakkın koruduğu bir değer ihlalinin Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediğini ele alan çok az Yargıtay kararının olduğunu da belirtmek gerekir¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Bkz.: Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.153; Nomer, **DHH**, s.173 vd.; Doğan, **MÖH**, s.224; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.73; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s.280; Dayınlarlı, **a.g.e.**, s.11; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.161-162; Ruhi/Kaplan, **a.g.m.**, s.644; Gürzumar, **a.g.m.**, s.22; Çalışkan Y., **a.g.e.**, s.91.

¹⁵⁵ Örneğin bkz.: Yargıtay İBGK, E.2010/1, K.2012/1, T.10.2.2012; Yargıtay HGK, E.2013/11-1135, K.2014/973, T.26.11.2014, (www.kazanci.com., 20 Kasım 2016); Yargıtay HGK, E.1998/2-276, K.1998/297, T.6.5.1998 (www.kazanci.com 20 Kasım 2016); Yargıtay 3.HD E.2014/7513, K.2014/9261, T.3.6.2014 (Çiçekli, **a.g.e.**, s.306 vd.); Yargıtay 2.HD, E.2011/19791, K.2012/16687, T.18.6.2012, (Ruhi, **a.g.e.**, s.302); Yargıtay 2.HD, E.2006/10297, K.2007/53, T.22.1.2007, (Ruhi, **a.g.e.**, s.354); Yargıtay 2.HD, E.2007/21645, K.2008/6081, T.30.4.2008, (Nuray Ekşi, **5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a İlişkin Yargıtay Kararları**, Beta, İstanbul 2010, s.125-126).

¹⁵⁶ Yargıtay’ın bazı kararlarında veya kararlarda yer alan muhalefet şerhlerinde, açıkça ilgili temel hakkın veya temel hakkın koruduğu bir değer ihlalinin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığını değerlendirdiği birçok kararı bulunmaktadır. Örneğin, tanınması istenen yabancı karara konu davanın görüldüğü mahkemede davalı ile davacının aynı avukat tarafından temsil edilmesinin savunma hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ettiğine dair bkz.: Yargıtay 2.HD, E.2009/7321, K.2009/20304, T.23.11.2009 (Ruhi, **a.g.e.**, s.324); yabancı ülkede cereyan eden yargılamada davacının dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde davalının ikametgahını yanlış göstererek davalının savunma hakkının kısıtlandığına ve bunun kamu düzenine aykırı olduğuna dair bkz.: Yargıtay 2.HD, E.2009/8144, K.2009/12603, T.25.6.2009 (Ruhi, **a.g.e.**, s.328); velayetin boşanmış anne-babaya müştereken verilmesinin Türk kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle velayet kararının tenfizinin reddedilmesinin aile hukuku ve çocuk hukukunun temel ilkelerinden olan çocuğun üstün menfaatini gözetmediğine dair Yargıtay kararları veya kararlarda geçen muhalefet şerhleri için bkz.: Yargıtay 2.HD, E.2004/12285, K.2004/13680, T.22.11.2004, (www.kazanci.com, 20 Kasım 2016); Yargıtay 2.HD, E.2006/6824, K.2006/13638, T.10.10.2006, (www.kazanci.com, 20 Kasım); Yargıtay 2.HD, E.2006/2773, K.2006/9267, T.12.6.2006 (Ruhi, **a.g.e.**, s.367-368).

Karşılaştırmalı hukukta da, temel hak ve özgürlüklerin, özellikle AİHS’nde yer alan hakların ulusal hukukların kamu düzenlerinin ayrılmaz bir parçasını oluşturduğu kabul edilmektedir¹⁵⁷. Örneğin Alman hukukunda, “*kamu düzeni*” başlıklı EGBGB m.6’da “özellikle temel haklarla bağdaşmaması” halinde, yabancı hukukun uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak, yabancı hukukun tatbikiyle temel haklar arasındaki ilişkinin bu düzenlemeden yıllar önce Alman mahkemeleri ve doktrini tarafından ele alındığını, bu bakımdan temel hak ve özgürlüklerin milletlerarası özel hukuk meselelerine etkisinin yeni bir olgu olmadığını özellikle belirtmek gerekir¹⁵⁸. Bunun dışında, İsviçre hukukunda, temel hak ve özgürlüklerin İsviçre kamu düzeninin ayrılmaz bir parçası olduğu Federal Mahkeme tarafından açıkça karara bağlanmışken¹⁵⁹, İngiliz hukukunda da ağır insan hakları ihlallerine yol açan yabancı hukuka veya yabancı karara etki tanınmayacağı doktrinde ve mahkeme kararlarında ifade edilmiştir¹⁶⁰. Yine, Fransız ve Hollanda hukukunda mahkemelerin, başta AİHS olmak üzere temel hak ve özgürlüklere aykırılığı referans alarak kamu düzeni müdahalesini devreye soktuklarını görmekteyiz¹⁶¹. Ayrıca, AB milletlerarası özel hukukunda da kamu düzeni kavramının ayrı ve özel bir öneminin bulunduğunu belirtmek gerekir. AB milletlerarası özel hukukunu ilgilendiren birçok kararında, temel hak ve özgürlüklerin Birlik hukukunun genel prensiplerinin bir parçası olduğu ve bu konuda AİHS’nin özel bir değere sahip olduğu ABAD tarafından açıkça ifade edilmiştir¹⁶².

¹⁵⁷ Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s.145; Vischer, **a.g.m.**, s.101; Weick, **a.g.m.**, s.197; Hofmann, **a.g.m.**, s.153; Mills, **Dimensions of Public Policy**, s.213; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.71; Stürner, **a.g.m.**, s.10; Elena Rodriguez Pineau, “European Union International Ordre Public”, **Spanish Yearbook of International Law**, Vol.3, 1993-1994, s.49; Andreas Spickhoff, “Der völkerrechtsbezogene ordre public”, **Völkerrecht und IPR**, Ed. Stefan Leible, Matthias Ruffer, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2006, s.275.

¹⁵⁸ Thoma, **a.g.m.**, s.15. Hatta, temel hakların milletlerarası özel hukuka etkisine dair tartışmaların doğum yeri olarak Alman hukuku gösterilmektedir. Bkz.: Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.7.

¹⁵⁹ ATF 103 Ia 199, 205 (Bertl).

¹⁶⁰ Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s.145. Oppenheimer v. Cattermole, (1976) AC 249, 277-278; ; Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co. (Nos 4 and 5), (2002) UKHL19, para.16.

¹⁶¹ Fransız Yargıtayının temel hakların Fransız kamu düzeninin bir parçası olduğuna değindiği kararları için bkz.: Aşağıda, s.184, 201. Yine Hollanda hukukunda, özellikle soyabğının tesisine ilişkin davalarda, mahkemelerin soyabğının tesisine izin vermeyen yabancı hukukun tatbikine karşı ya AİHS m.8’i ihlal ettiği gerekçesiyle kamu düzenini devreye sokmakta veya doğrudan AİHS m.8’e aykırılığı devreye sokmaktadır. Söz konusu kararlar için bkz.: Aşağıda, s.195 vd.

¹⁶² Örneğin, Krombach v. Bamberski, Case C-7/98, (2000), ECR, I-1935, para.25-26. Hatta AİHM bir kararında, Birlik hukukunun AİHS’ni ihlal edip etmediğinin ele alındığı bir davada, Birlik hukukunda

Burada, temel hak ve özgürlükleri kamu düzeni kavramının içeriğinin belirlenmesi açısından en geniş kapsamıyla ele aldığımızı, temel hak ve özgürlükler kavramının içerisine öncelikle Anayasada düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin girdiğini belirtmek gerekir. Temel hakların Anayasada açıkça düzenlenmesini bir yana bırakırsak, Anayasanın 2. maddesinde yer alan insan haklarına saygılı, demokratik bir hukuk devleti ifadesi dahi Türk mahkemelerinin yabancı hukukun veya yabancı kararın ülkede doğuracağı sonuçlar bakımından temel hak ve özgürlükleri dikkate almasını gerekli kılmaktadır. Ayrıca, AY m.11’de Anayasa hükümlerinin, dolayısıyla Anayasada yer alan hakların diğer kişi ve organlar yanında Türk yargı organlarını bağladığı açıkça ifade edilmektedir. Bu nedenle Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklerin yabancı hukukun tatbiki veya yabancı kararın tanınması ve tenfizi suretiyle ihlali Türk kamu düzeninin açık ihlalini oluşturacaktır.

Diğer taraftan, Anayasa’daki, hatta AİHS’deki temel hakların, aynı zamanda Türk hukukunun temel ilkelerinin kapsamına girdiğini de söyleyebiliriz. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, AİHS, EİHB gibi uluslararası toplumda kendini kabul ettirmiş insan hakları belgelerini, Yargıtay’ın ifadeleriyle *‘milletlerarası alanda kendini kabul ettirmiş temel prensipler veya milletlerarası alanda geçerli ortak prensipler’* kapsamında değerlendirmek mümkündür. Bu noktada, Türkiye’nin taraf olduğu insan hakları sözleşmeleri ve özellikle AİHS’nde yer alan temel hakların Türk kamu düzeni anlayışının içinde özel bir yeri bulunmaktadır. Zira AİHS’nin ve AİHS hükümleri temelinde AİHM’nin geliştirdiği içtihatların Türk kamu düzeninin bir parçasını oluşturduğunu, dolayısıyla AİHS’ni veya AİHM içtihatlarını ihlal eden yabancı hukukun tatbikinin veya yabancı kararın tanınması ve tenfizinin Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edeceğini söyleyebiliriz¹⁶³. Ayrıca, sadece AİHS’nde yer alan haklar bakımından AYM’ne bireysel başvuru imkânı tanındığından, gelecekte milletlerarası özel hukuk uyumsuzluklarında AİHS’ne referans yapan daha fazla içtihadı rastlayabiliriz.

temel hakların korunmasının prensip olarak AİHS’nin korumasına denk olduğunu açıkça belirtmiştir. Bkz.: Bosphorus Havayolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. İrlanda, para.165.

¹⁶³ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.72, dn.135; Nomer, **DHH**, s.165.

Yukarıdaki açıklamalar göstermektedir ki, temel hak ve özgürlükler bir ülkedeki kamu düzeni anlayışının özel bir yönünü oluşturmaktadır. Öyle ki, kamu düzeni müdahalesini milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıklarında temel hak ve özgürlüklerinin ulusal seviyede korunması ve gerçekleştirilmesi problemine bir “*giriş kapısı*”¹⁶⁴ veya temel hak ve özgürlüklerin milletlerarası özel hukuk alanına sızma alanı olarak nitelendirebiliriz. En azından, Anayasada veya uluslararası insan hakları belgelerinde somut bir şekilde düzenlenmiş olmaları, kamu düzeni müdahalesini uygulayacak -veya doğrudan ilgili hakkı uygulayacak- hâkime kolaylık sağlayacaktır.

Sonuç olarak, kamu düzeni kavramının içeriğini özellikle Yargıtay kararlarında yer alan ifadelerden hareketle yukarıda üç başlık altında somutlaştırmaya çalıştık. Kamu düzeninden sayılan birçok husus aslında birbiriyle örtüşmekte, Türk hukukunun temel ilkelerinden olan birçok husus aynı zamanda Türk adalet, ahlak ve dürüstlük anlayışının bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Hatta bunların Anayasada yer alan temel haklara yansıdığını, temel haklar yoluyla dolaylı olarak somutlaştığı dahi söylenebilir. Burada, kamu düzeninden sayılan yukarıdaki hususların yabancı hukukun veya yabancı kararın menşeyini teşkil eden hukuk kültür ve geleneklerine karşı gösterebileceği toleransın sınırlarını ifade ettiğini, bir devletin kendi hukuk anlayışının kırmızı çizgilerine tekabül ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bununla beraber, somut bir uyuşmazlıkta kamu düzeninin içeriğinin belirlenmesi ve buna göre uygulanmasında, milletlerarası özel hukuk alanının var oluş nedeni göz ardı edilmemelidir. Bir ülkedeki milletlerarası özel hukuk rejiminin varlığı ve gelişimi, uygulayıcıların bu alana bakış açısıyla yakında alakalıdır. Bu noktada, kavramın içeriğinin belirlenmesinde hâkimin kamu hukuku ve milletlerarası özel hukuk anlayışı kritik bir rol oynamaktadır¹⁶⁵. Bu nedenle, farklı tarihi ve kültürel temeller üzerinde gelişen yabancı hukukların tatbikine mümkün olduğunca müsamaha ile yaklaşımları, kamu düzeni müdahalesinde ihtiyatlı davranmaları gerekmektedir. Doktrinde de ifade

¹⁶⁴ Weick, **a.g.m.**, s.197.

¹⁶⁵ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.** s.79-80.

edildiği üzere, milletlerarası özel hukuk, maddi hukuk alanlarının aksine bir tolerans hukukudur¹⁶⁶.

iii. Kamu Düzeninin Değişik Görünüm Biçimleri

Yabancı hukukun tatbikine veya yabancı bir kararın tanınması ve tenfizine müdahale eden kamu düzeninin dayandığı ulusal veya uluslararası değer ve ilkeler ya da bu tür müdahalenin söz konusu olduğu uyuşmazlıkların milletlerarası karakteri esas alınarak kamu düzeninin değişik görünümlere sahip olduğundan bahsedilmiştir. Bunlardan ilki ve milletlerarası özel hukuk literatüründe sıkça tartışılanı, *milli (Mahalli) kamu düzeni - milletlerarası özel hukukta kamu düzeni – milletlerarası kamu düzeni* ayrımıdır. İkinci olarak, kamu düzeninin milletlerarası özel hukukun farklı alanlarına yönelik müdahalesi nedeniyle maddi veya usuli kamu düzeni olarak ikiye ayrılabilir.

a) Mahalli (Milli, İç) Kamu Düzeni - Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni – Milletlerarası Kamu Düzeni

Milli, mahalli veya iç kamu düzeni ile milletlerarası özel hukukta kamu düzeni kavramı, menşe itibariyle aynı olmakla beraber, kapsamı ve fonksiyonları itibariyle birbirinden farklılık arz etmektedir.

Milli, mahalli veya iç kamu düzeni olarak ifade edilen kamu düzeni anlayışı, milletlerarası özel hukukta taşıdığı anlamdan daha farklı bir anlama sahiptir. Mahalli kamu düzeni ile emredici nitelikte bulunan ve tarafların iradeleri ile bertaraf edilmesi mümkün olmayan gerek kamu gerekse özel hukuka ait kurallar kastedilmektedir¹⁶⁷. Buna sözleşme özgürlüğünü sınırlayan Borçlar Kanunu'nun¹⁶⁸ m.26-27 hükümleri örnek verilebilir. Özellikle, zayıf tarafı korumak gayesiyle veya bireylerin, aile hayatının ve sosyal ve ekonomik düzenin korunması amacıyla getirilen birçok özel

¹⁶⁶ Werner Goldschmit, **Derecho Internacional Privado – Derecho de la Tolerancia**, Sixth Edition, Depalma 1988, s.52 vd.(Sirmen, **Birliktelikler**, s.872'den naklen).

¹⁶⁷ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.139; Şanlı, **Uygulanacak Hukuk**, s.383; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.36. Yargıtay, 2012 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında, iç kamu düzeninin tarafların uymak zorunda oldukları kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar olarak anlaşılması gerektiğini açıkça ifade etmiştir. Bkz.: Yargıtay İBGK, E.2010/1, K.2012/1, T.10.2.2012.

¹⁶⁸ RG: 4.12.2011 – 27836.

hukuk veya kamu hukuku kuralları tarafların iradelerini sınırlamakta, taraf iradelerine rağmen doğrudan uygulanmaktadır. Sonuç olarak, mahalli kamu düzeni yerel nitelikli uyuşmazlıklarda taraf iradelerine rağmen hukuk sisteminde yer alan emredici kuralların doğrudan uygulanmasını temin eden bir nitelik ve fonksiyona sahiptir¹⁶⁹.

Buna mukabil, yabancı hukukun tatbikine veya yabancı kararların tanınması ve tenfizine engel olan kamu düzeninin işlevi ve kapsamı, mahalli kamu düzenine nazaran daha dar ve sınırlıdır¹⁷⁰. Bunun altında yatan sebep ise, kamu düzeninin milletlerarası karakterli uyuşmazlıklarda yabancı hukukun uygulanmasını veya yabancı bir kararın ülkede etki doğurmasını *istisnaen* engelleyen bir vazife görmek amacıyla tanzim edilmiş olmasıdır. Oysa mahalli kamu düzeninden sayılan bir emredici kural, yerel nitelikli davalarda doğrudan uygulanmayı gerektirdiğinden, hukuki işlem veya ilişkinin varlığı ve geçerliliğini etkileyen bir fonksiyona sahiptir. Bu farkın bir sonucu olarak, milli kamu düzeninden sayılan bir emredici kural yerel nitelikli bir davada doğrudan uygulanabilme vasfına sahipken, milletlerarası karakterli bir davada *lex fori*'nin her emredici kuralının uyuşmazlığa tatbiki *her zaman* kamu düzeni müdahalesini gerektirmeyebilecektir¹⁷¹. Bu nedenle, milli veya mahalli kamu düzeni olarak ifade ettiğimiz kamu düzeni anlayışının, yabancı hukukun tatbikini engelleyen milletlerarası özel hukuka has kamu düzeni ile esasen bir ilgisi bulunmamaktadır¹⁷². Ancak bu, iç hukuktaki kamu düzeninden kabul edilen emredici kural ve prensiplerin yabancı unsurlu davalarda uygulanmayacağı anlamına da gelmemektedir. Örneğin, MK m.145'teki bazı evlenme şartlarının yabancı unsurlu evlilik ilişkilerinde de aranması bakımından, mahalli kamu düzeni ile milletlerarası özel hukuka has kamu düzeni birbiriyle kısmen örtüşmekte, aralarında sadece kapsam farkı bulunmaktadır¹⁷³.

Milletlerarası özel hukuka has kamu düzeni ile mahalli kamu düzeni kavramlarının her ikisi de menşe itibariyle milli olması bakımından benzerlik göstermektedir¹⁷⁴. Diğer bir ifadeyle, yabancı hukukun uygulanmasını veya yabancı

¹⁶⁹ Şanlı, **Uygulanacak Hukuk**, s.384.

¹⁷⁰ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.140; Şanlı, **Uygulanacak Hukuk**, s.38. Dayınlı, **a.g.e.**, s.19.

¹⁷¹ Bu konudaki Yargıtay içtihatları için bkz.: Yukarıda, s.149, dn.113.

¹⁷² Şanlı, **Uygulanacak Hukuk**, s.384.

¹⁷³ Şanlı, **Uygulanacak Hukuk**, s.389.

¹⁷⁴ Şanlı, **Uygulanacak Hukuk**, s.389.

kararın ülkede etki doğurmasını engelleyen kamu düzeni de tıpkı mahalli kamu düzeni gibi hâkimin hukuk anlayışının bir parçasını oluşturmaktadır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, gerek karşılaştırmalı hukukta gerekse Türk hukukunda milletlerarası özel hukuka mahsus kamu düzeni, “*milletlerarası kamu düzeni (international public policy/ordre public international)*” olarak nitelendirilmektedir¹⁷⁵. Böyle bir kavramın, esasen mahalli kamu düzeni kavramından farklı olduğunu göstermek amacıyla kullanıldığı belirtilmektedir¹⁷⁶. Ancak, buradaki “*milletlerarası*” tabiri, menşe itibariyle gerçekten milletlerarası esaslara dayalı bir kamu düzeninde ziyade, konu itibariyle milletlerarası nitelikli uyuşmazlıklarda söz konusu olan kamu düzenini ifade etmektedir. Dolayısıyla, buradaki milletlerarası kamu düzeni kavramı, yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarında yabancı hukukun tatbikine veya yabancı bir kararın tanınması ve tenfizine engel olan milletlerarası özel hukuka mahsus kamu düzenine tekabül etmektedir. Bir başka ifadeyle, buradaki kamu düzeninin milletlerarası niteliği, sadece konu itibariyledir¹⁷⁷. Bu nedenle, “*milletlerarası özel hukuka has kamu düzeni*” kavramının daha uygun olduğu ifade edilmektedir¹⁷⁸.

Diğer yandan, bu husus milletlerarası toplumun ortak değer yargılarına, ortak hukuk ve adalet anlayışına tekabül eden gerçek bir milletlerarası kamu düzeninin mevcut olmadığı anlamına gelmemektedir. Gerçekten, kaynağını bir ülkenin hukuk ve adalet anlayışından değil, daha çok medeni milletlerce müştereken benimsenmiş evrensel kural ve prensiplerden alan bir kamu düzeninin olduğu kabul edilmektedir¹⁷⁹. Özellikle milletlerarası ticari tahkim alanında ortaya çıktığı ve geliştiği ifade edilen¹⁸⁰

¹⁷⁵ Örneğin, Şanlı, **Uygulanacak Hukuk**, s.389; Adeline Chong, “Transnational Public Policy in Civil and Commercial Matters”, **Law Quarterly Review**, Vol. 128, January 2012, s.89. Örneğin Fransız hukukunda milletlerarası özel hukukta kamu düzeni kavramı, “*ordre public international/milletlerarası kamu düzeni*” olarak, mahalli kamu düzeni ise “*ordre public interne*” olarak ifade edilmektedir. Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni kavramı ile ilgili terim problemi hakkında bkz.: Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.36, dn.81.

¹⁷⁶ Chong, **a.g.m.**, s.89.

¹⁷⁷ Şanlı, **Uygulanacak Hukuk**, s.389.

¹⁷⁸ Uluocak, **a.g.e.**, s.225; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.36, dn.81; Haris P. Meidanis, “Public Policy and ordre public in the Private International Law of the EC/EU: Traditional Positions of the Member States and Modern Trends”, **European Law Review**, February 2005, s.100.

¹⁷⁹ Şanlı, **Uygulanacak Hukuk**, s.390; Chong, **a.g.m.**, s.91.

¹⁸⁰ van Houtte, **a.g.m.**, s.846; Chong, **a.g.m.**, s.90, dn.16’daki yazarlar.

bu tür kamu düzeni anlayışı “*gerçek milletlerarası kamu düzeni (truly international public policy)*” olarak da adlandırılmaktadır¹⁸¹. Milletlerarası kamu düzeninin uluslararası toplumun yüksek menfaatlerine hizmet ettiği mülâhazasından hareketle diğer kamu düzeni anlayışlarına göre hiyerarşik olarak daha üstün olduğu da savunulmaktadır¹⁸². Uluslararası hukukun emredici kuralları (jus cogens), medeni milletlerce müştereken benimsenen adalet ve ahlak prensipleri, özellikle insan haklarının korunması konusunda uluslararası bir konsensüsü temsil eden EİHB, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS) ve AİHS gibi uluslararası insan hakları sözleşmeleri ve belgeleri “*milletlerarası kamu düzeni*”nin içeriğini oluşturmaktadır. Bu bakımdan milletlerarası kamu düzeni, korsanlığı ve terörizmi, uluslararası hukukta silahlı güç kullanımını, işkenceyi, soykırımı ve köleliğin yanı sıra uyuşturucu ve silah kaçakçılığını, din, ırk ve cinsiyet ayrımı yapmayı, ulusların kültürel mirasını yok etmeyi ve bu amaçlara yönelik akitleri yasaklamaktadır¹⁸³. Hatta günümüzde, tüm devletler tarafından paylaşılan temel normların, örneğin uluslararası insan hakları hukuku kurallarının milletlerarası kamu düzeninin temel unsuru olduğu anlayışı giderek benimsenmektedir¹⁸⁴. Sonuç olarak, gerek milli gerekse milletlerarası mahkemelerin tüm hukuki ilişkilerde milletlerarası kamu düzeninin ifadesi olan bu kurallara saygı göstermeleri asıl olup bu tür kuralların ihlaline cevaz veren yabancı hukuklar veya yabancı kararlar, milletlerarası kamu düzeni müdahalesine uğrayacaktır.

Bu noktada, milletlerarası kamu düzeninin içeriğini oluşturan, medeni milletlerce benimsenen müşterek ahlak ve adalet prensipleri ve uluslararası insan hakları normlarının, Yargıtay kararlarında yer alan “*milletlerarası alanda geçerli ortak prensipler*” kapsamına girdiğini söyleyebiliriz¹⁸⁵. Bu açıdan, milletlerarası kamu

¹⁸¹ Chong, **a.g.m.**, s.90; Şanlı, **Uygulanacak Hukuk**, s.390. Doktrinde bu tür kamu düzeni anlayışının gerçek milletlerarası kamu düzeni (truly international private law), uluslararası kamu düzeni (transnational public policy), uluslararası kamu düzeni (supranational public policy) veya dünya kamu düzeni (world public policy) şeklinde adlandırıldığını söyleyebiliriz. Bkz.: Jacob Dolinger, “World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflict of Laws”, **Texas International Law Journal**, Vol.17, 1982, s.167 vd.

¹⁸² Bu konuda bkz.: Dolinger, **a.g.m.**, s.167.

¹⁸³ Şanlı, **Uygulanacak Hukuk**, s.390; van Houtte, **a.g.m.**, s.846; Chong, **a.g.m.**, s.100.

¹⁸⁴ Mills, **Dimensions of Public Policy**, s.214-215; Chong, **a.g.m.**, s.100.

¹⁸⁵ Benzer bir anlayış, İngiliz hukukunda da kabul edilmektedir. Kaynağını uluslararası hukuktan alan adalet ve ahlak prensiplerinin, insan hakları normlarının aynı zamanda İngiliz kamu düzeninin bir parçası olduğu, bu prensip ve normlara aykırılık teşkil eden sözleşmelerin, yabancı hukukların veya yabancı kararların milletlerarası kamu düzeni müdahalesine uğrayacağı kabul edilmektedir. Örneğin, kocasının

düzeninden sayılan norm ve ilkelerin ihlali aynı zamanda Türk kamu düzeninin ihlali anlamına gelecektir.

b) Avrupa Kamu Düzeni Kavramı

Avrupa Birliği bünyesinde özel hukuk ve milletlerarası özel hukuku yeknesaklaştırma çabaları, başka bir kamu düzeni anlayışının ortaya çıkmasına ve gelişimine yol açmıştır: AB veya Avrupa kamu düzeni. Peki, Avrupa veya AB kamu düzeni kavramının içeriğine hangi hususlar girmektedir? Kavram AB milletlerarası özel hukuk tüzükleri bakımından herhangi bir anlam ifade etmekte, dolayısıyla milletlerarası özel hukuka özgü kamu düzeni anlayışından farklılık arz etmekte midir? Daha da önemlisi, Avrupa kamu düzeninin kapsamına giren hangi değer ve anlayışlar Türk kamu düzeninin kapsamına girmektedir ve birbiriyle örtüşmektedir?

Avrupa kamu düzeni (European public policy/Community public policy) kavramı, milletlerarası özel hukuku ilgilendiren kamu düzeni kavramıyla büyük ölçüde örtüşen, ancak daha farklı bir işleve sahiptir. Bunun sebebi ise, AB'nin, birbirine benzer sosyal ve kültürel özelliklere sahip Avrupa devletleri tarafından kurulmuş olan ve esasen sermayenin, kişilerin, malların ve hizmetlerin üye devletlerin sınırları dahilinde serbest dolaşımı prensiplerini öngören, ticari ve ekonomik faaliyetleri düzenleyen devletler üstü bir topluluk olmasıdır¹⁸⁶. Üye devletlerin hukuk düzenlerinden tamamen farklı, ancak üye devlet hukuklarını da doğrudan veya dolaylı olarak bağlayan, hatta onlara üstün hukuk kurallarından oluşan AB hukuku da, bu ticari ve ekonomik düzenin hukuki rejimini oluşturmaktadır. Bu nedenle, Birliğin ekonomik olarak bütünleşmiş bir Avrupa yaratmak gayesiyle kabul edilmiş yukarıdaki prensipleri ile ortak gümrük birliği ve rekabet kuralları gibi düzenlemeler üzerine bina edildiğini, dolayısıyla bu

zimmetine geçirdiği parayı ona tekrar geri ödemeyi taahhüt ettiği ve Fransız hukukuna göre geçerli olan bir sözleşmeyi İngiliz mahkemesi, sözleşmenin İngiliz hukukuyla bir ilgili olmamasına rağmen, İngiliz hukukunun esası bir ahlaki ilkesini zedelediği gerekçesiyle geçersiz saymıştır. Bkz.: Kaufman v. Gerson, (1904) K.B. 591, 600, (Chong, **a.g.m.**, s.91, dn.25). Ayrıca bkz.: Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co. (Nos 4 and 5), (2002) UKHL19, para.16. Fransız ve Belçika hukukunda da uluslararası silah kaçakçılığı konu alan bir sözleşmenin veya sözleşmeye dayanan komisyon talebinin geçersiz olduğu kabul edilmektedir. Bu konudaki mahkeme kararları için bkz.: van Houtte, **a.g.m.**, s.846.

¹⁸⁶ van Houtte, **a.g.m.**, s.848; Şanlı, **Uygulanacak Hukuk**, s.385; Tena Hosko, "Public Policy as an Exception to Free Movement Within the Internal Market and The European Judicial Area: A Comparison", **CYELP**, Vol.10, 2014, s.189-190.

prensiplerin ve kuralların üye devlet hukuklarının kamu düzenlerinin bir parçası haline geldiğini söylemek yanlış olmayacaktır¹⁸⁷. Hatta bu noktada, Birliğin temel prensiplerine ilişkin hükümlerinin Avrupa kamu düzeni kavramının özünü oluşturduğu belirtilmektedir¹⁸⁸. Bununla beraber, söz konusu prensiplerin mutlak bir anlama gelmediği, bunlara yine kamu düzeni müdahalesi yoluyla sınırlama getirilebileceği Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmada hüküm altına alınmıştır¹⁸⁹. Buna göre, üye devlet mahkemeleri bu prensipleri yine kamu düzeni müdahalesi yoluyla sınırlayabilecektir. Bu noktada, üye devlet mahkemelerinin Birlik hukukunun ikincil nitelikteki normlarını uygularken ve yorumlarken bir taraftan yukarıda saydığımız ilkelere uygun bir şekilde hareket etmesi gerekmekte, diğer taraftan kamu düzeni müdahalesiyle yukarıdaki dört temel prensipten birine bir sınırlama getirirken söz konusu kamu düzeni kayıtlarını dar bir şekilde yorumlaması gerekmektedir¹⁹⁰.

Bu noktada, AB bünyesinde milletlerarası özel hukuk kurallarının uyumlaştırılması konusunda atılan adımların bir sonucu olarak ortaya çıkan AB tüzüklerinde yer alan kamu düzeni kriterlerine değinmek gerekir. Zira bu tüzüklerde yer alan kamu düzeni hükümleri ile Birlik hukukunun temel prensipleri ile bu prensiplere getirilen kamu düzeni kayıtları arasında bir ilişki bulunmaktadır. Brüksel Ibis Tüzüğü'nün¹⁹¹ 45 ve 58, Brüksel IIbis Tüzüğü'nün¹⁹² 22 ve 13., Nafaka Tüzüğü'nün¹⁹³ 24 ve 34. ve Miras Tüzüğü'nün¹⁹⁴ 40. maddesinde, tenfiz devletinin kamu düzenine dayanarak üye devlet mahkemelerinin kararlarının tanınması ve tenfizini

¹⁸⁷ van Houtte, **a.g.m.**, s.848; Chong, **a.g.m.**, s.89-90; Jan Jaap Kuipers, "The Right to A Fair Trial And The Free Movement Of Civil Judgments", **CYELP**, Vol.6, 2010, s.39. ABAD da, Birlik hukukunun temel prensiplerinin üye devlet mahkemelerinin kamu düzeninin bir parçasını oluşturduğunu belirtmektedir. Bkz.: Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV, Case C-126/97, (1999), ECR, I-03055, para.36, 41.

¹⁸⁸ Kuipers, **a.g.m.**, s.17.

¹⁸⁹ Bkz.: Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Anlaşma m.36, 45, 52 ve. 65.

¹⁹⁰ Yvonne van Dyne v. Home Office, Case C-41/74, (1974), ECR 01337, para.18.

¹⁹¹ Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1215/2012 EC sayılı AB Tüzüğü.

¹⁹² Evlilik ve Müşterek Çocukların Velayetiyle ilgili Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 2201/2003 EC Sayılı AB Tüzüğü.

¹⁹³ Nafaka Yükümlülüğüyle İlgili Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi, Uygulanacak Hukuk, Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi ile İşbirliğine İlişkin 4/2009 EC Sayılı AB Tüzüğü.

¹⁹⁴ Miras ile İlgili Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi, Uygulanacak Hukuk, Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi ile Mirasa İlişkin Geçerli Belgelerin Kabulü ve İcrası ve Avrupa Miras Belgesinin Oluşturulmasına İlişkin 650/2012 EC Sayılı AB Tüzüğü.

reddedilebileceği açıkça hüküm altına alındığı gibi, Roma I Tüzüğü'nün¹⁹⁵ 21., Roma II Tüzüğü'nün¹⁹⁶ 26. ve Roma III Tüzüğü'nün¹⁹⁷ 12. maddesi uyarınca yabancı hukukun tatbiki veya yabancı kararın tenfizi aynı mülahaza ile bertaraf edilebilecektir. Örneğin, Brüksel Ibis Tüzüğü'nde, üye devlet mahkemelerince verilen kararların diğer üye devlet mahkemeleri tarafından tanınması veya tenfiz edilebilmesi için bu kararların üye devletlerin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmemesi gerektiği bir tanıma-tenfiz şartı olarak açıkça hüküm altına alınmıştır.

Kamu düzeni müdahalesi ile bir kararın tanınmasının veya tenfizinin üye devlet mahkemesince reddedilmesi, AB içerisinde mahkeme kararlarının dolaşımını ve dolaylı olarak kişilerin, hizmetlerin, malların ve sermayenin serbest dolaşımını da etkileyecektir. Birlik hukukunun dayandığı bu dört temel prensibin korunması ve geliştirilmesinin üye devletler arasında karşılıklı güven ve işbirliğine dayandığı göz önüne alındığında, beşinci prensip¹⁹⁸ olarak da ifade edilen mahkeme kararlarının serbest dolaşımının yukarıdaki dört prensibin teminatı niteliğinde olduğunu söylenebilir. Bu bakımdan, yukarıdaki dört temel prensibe getirilen kamu düzeni sınırlaması ile Brüksel Ibis Tüzüğü'nde getirilen kamu düzeni sınırlamasının birbiriyle örtüştüğü¹⁹⁹ söylenebilir. Ancak bunun tam tersi de söz konusu olabilir. Şöyle ki, kamu düzeni müdahalesinin gereği gibi kullanılmaması suretiyle bir üye devlet mahkemesi kararının diğer bir üye devlet mahkemesince tanınmaması veya tenfiz edilmemesi, Avrupa vatandaşlarının veya malların serbest dolaşımı prensibini ihlal edebileceği gibi, üye devletler arasında karşılıklı güven ve işbirliğini zedeleyecektir²⁰⁰.

¹⁹⁵ Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin 593/2008 EC Sayılı AB Tüzüğü.

¹⁹⁶ Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin 864/2007 EC Sayılı AB Tüzüğü.

¹⁹⁷ Boşanma ve Yasal Ayrılığa Uygulanacak Hukuka İlişkin 1259/2010 EC Sayılı AB Tüzüğü.

¹⁹⁸ Bkz.: Hosko, **a.g.m.**, s.189.

¹⁹⁹ Hiç şüphesiz, her iki kamu düzeni kavramı arasında kapsam farkı bulunmaktadır. Örneğin, yukarıdaki dört temel prensibe getirilen kamu düzeni kaydının, kamu güvenliği, kamu sağlığı, bireylerin, hayvanların ve bitkilerin yaşamının korunması, sanatsal, tarihi veya mimari değer olarak kültür varlıklarının korunması, endüstriyel ve ticari malvarlıklarının korunması gibi değerleri de ihtiva etmektedir. Oysa üye devletlerin kamu düzenlerine atıf yapan Tüzük hükümlerinde yer alan kamu düzeni kavramının içerisinde adil yargılanma hakkına ilişkin değer ve ilkeler de yer almaktadır. Aynı yönde bkz.. Hosko, **a.g.m.**, s.192.

²⁰⁰ Bu bakımdan, kavramın Avrupa Birliği hukuku nezdinde, milletlerarası özel hukuka has kamu düzeni anlayışına nazaran çift yönlü bir fonksiyona sahip olduğunu belirtmek gerekir. Zira burada, bir taraftan ABAD yargısı vasıtasıyla Birlik prensiplerinin kamu düzeninden olduğu kabul edilerek üye devletlerin bunlara riayet etmesi sağlanırken, diğer taraftan söz konusu prensiplere üye devlet mahkemelerince

İşte bu nedenle Avrupa kamu düzeni kavramının kapsamı, işlevi ve üye devlet hukuklarındaki konumu meselesi, üye devlet mahkemelerince ABAD’ın kararlarına konu yapılmıştır. Genel olarak ifade etmek gerekirse, ABAD ilk olarak kavramın istisnai karakterinden hareketle dar bir şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir²⁰¹, ki milletlerarası özel hukuka ilişkin tüzüklerde kamu düzenine açıkça aykırılığın aranmasının sebebi budur. İkinci olarak, üye devletlerin kamu düzeni anlayışlarına atıf yapan tüzüklerdeki kamu düzeni kavramının “*Avrupa kamu düzeni*”ni içeriyor şekilde yorumlanması gerekmektedir²⁰². Buna mukabil, ABAD, mahkemelerin kamu düzenini devreye sokabilmeleri için gerekli olan kriterleri belirleme hakkını kendinde tutarak mahkemelerin kavramı kendi hukuk anlayışlarına göre ancak kendisinin belirlemiş olduğu sınırlar dâhilinde yorumlayabileceğini ifade etmiştir²⁰³. Ayrıca, “*üye devletin hukuk düzenine göre vazgeçilmez/temel olarak kabul edilen bir hukuk kuralının*” veya “*o hukuk düzeni içerisinde temel (hak) olarak kabul edilen bir hakkın açıkça ihlali*”nin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edeceğini de hükme bağlamıştır²⁰⁴. Sonuç olarak, yukarıdaki ABAD kararlarından kamu düzeni kavramının artık üye devlet hukuklarına münhasır bir kavram olmaktan çıktığı sonucu çıkmaktadır²⁰⁵. Ancak bu, özellikle ikincil nitelikteki AB normlarının uygulanması ve yorumlanması konusunda, Avrupa kamu düzeni kavramının üye devletlerin kamu düzeni anlayışlarının içerisinde nasıl konumlandırılacağı problemini de ortaya çıkarmıştır²⁰⁶. Bu konuda kavramın –en azından AB ülkeleri bakımından- AB milletlerarası özel hukukunda kullanılan kamu düzeni kavramının AB üyesi devletlerin iç hukuklarının bir parçası olduğunu, dolayısıyla Birlik hukukunun koruduğu değerler bakımından ortak bir kamu düzeni anlayışını yarattığını ve bu anlayışı korumayı dayattığını söyleyebiliriz.

tüzüklerde yer alan kamu düzeni klostlarıyla nasıl ve hangi şartlar altında sınırlama getirilebileceği denetlenmekte, Birliğin amaçlarının üye devletlerce sabote edilmesi engellenmektedir.

²⁰¹ Bkz.: Krombach v. Bamberski, para. 44; van Dyne v. Home Office, para.18; Regie nationale des usines Renault SA v. Maxicar SPA and Orazio Formento, Case C-38/98, (2000), ECR-I 02973, para.26; Solo Kleinmotoren GmbH v. Emilio Boch (1994), Case C-414/92, ECR-I 2237, para.20.

²⁰² Krombach v. Bamberski, para.22-23.

²⁰³ Krombach v. Bamberski, para.22-23; Renault v. Maxicar, para.27.

²⁰⁴ Krombach v. Bamberski, para.37; Renault v. Maxicar, para.30.

²⁰⁵ Hosko, **a.g.m.**, s.196; Kuipers, **a.g.m.**, s.39; Rui Manuel Moura Ramos, “Public Policy in the Framwork of the Brussels Convention – Remarks on Two Recent Decision by the European Court of Justice”, **Yearbook of Private International Law**, Vol.2, 2000, s.28.

²⁰⁶ Bu konu hakkında bkz.: Hosko, **a.g.m.**, s.200.

Bu noktada Avrupa kamu düzeni kavramının ekonomik bir birlik olan AB'nin yukarıdaki prensiplerine ve bu prensiplerin korunmasına münhasır olmadığını belirtmek gerekir. Temel hak ve özgürlüklerin korunması da Avrupa kamu düzeni anlayışı içerisinde özel bir yere ve öneme sahiptir. Hatta Lizbon Anlaşmasının 6. maddesinde Birliğin sadece AB Temel Haklar Şartından yer alan hakları tanıdığı, ayrıca AİHS'nde güvence altına alınan ve üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden kaynaklanan temel hakların Birlik hukukunun genel ilkelerinin parçası olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Yine, Brüksel I Tüzüğü'nün selefi olan Brüksel Sözleşmesinin 27. maddesinde bir tenfiz engeli olarak düzenlenen kamu düzenine aykırılık şartının nasıl yorumlanması gerektiğini ele aldığı 2000 tarihli *Krombach v. Bamberski* kararında ABAD, temel hak ve özgürlüklerin ve bu kapsamda AİHS'nin özel bir konuma sahip olduğunu açıkça ifade etmiştir. ABAD, “(kendisinin) temel hakların gözetmeyi güvence altına almak zorunda olduğu (Birlik) hukukun genel prensiplerinin ayrılmaz bir parçası olduğunu; bu amaçla üye devletlerin iştirak ettikleri veya tarafı oldukları insan haklarının korunmasına ilişkin uluslararası anlaşmalarda yer alan prensiplerin yanı sıra üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden ilham aldığını” belirtmiştir. Ardından “bu kapsamda AİHS'nin özel bir öneme sahip olduğunu” vurgulamıştır²⁰⁷. Buna ilaveten, Birlik hukukunda temel hakların korunmasının AİHS'nin öngördüğü korumaya denk olduğu AİHM tarafından da açıkça kabul edilmiştir²⁰⁸.

Görüldüğü üzere, Avrupa ülkelerinin temel hakların korunması noktasında ortak bir anlayışa sahip olduğunu, hatta AB'ye üye olsun olmasın tüm AK üyesi ülkelerinin hukuk düzenlerinin bir parçasını teşkil eden AİHS'nin ve AİHS kapsamında AİHM içtihatlarının Avrupa kamu düzeni kavramının bir parçasını oluşturduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Dolayısıyla, AİHS sadece Türk hukuku bakımından değil, Avrupa ülkeleri bakımından ortak bir temel haklar manzumesi olarak hem ulusal hukuk sistemlerinin hem de ulusal kamu düzenlerinin bir parçasını teşkil etmektedir²⁰⁹. Böylece AİHS, düzenlediği temel haklar bakımından, taraf devletler arasında temel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda ortak bir anlayış ve kültür oluşturmakta, taraf

²⁰⁷ Krombach v. Bamberski, para.25.

²⁰⁸ Bkz.: Bosphorus Havayolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. İrlanda, para.165.

²⁰⁹ van Houtte, **a.g.m.**, s.847.

devletler arasında ortak bir kamu düzeni anlayışının oluşmasını ve gelişmesini sağlamaktadır²¹⁰.

Bununla birlikte, Avrupa ülkelerinin kamu düzenlerinin bir parçası ve doğal olarak kesişim noktası olan AİHS'nin etkisi, sadece yabancı hukukun tatbikini veya yabancı kararın icrasını engellemeye yönelik olumsuz bir etkiden ibaret değildir. AİHS, bir taraftan hukuk kültürlerindeki çoğulculuğu (cultural legal pluralism) güvence altına almakta diğer taraftan üye devletler arasında temel hakların korunması konusunda ortak asgari standartlar belirlemektedir²¹¹. Dolayısıyla, AİHS, yabancı hukukun tatbikini veya yabancı kararın tenfizini engellemekten ziyade esas olarak temel hakların korunmasıyla ilgili olarak ulusal ve bölgesel anayasal düzenler arasında daha çok benzerliğin oluşmasını temin etmektedir²¹². Bu bakımdan, AİHS'nin Avrupa kamu düzeni anlayışı içerisindeki fonksiyonu ile milletlerarası özel hukuktaki fonksiyonunun birbirinden farklı olduğunu söyleyebiliriz. Özellikle AB üyesi devletler bakımından Birlik hukukun diğer temel prensipleri ile birlikte ele alındığında AİHS'nin Avrupa kamu düzenini –veya en azından mühim bir kısmını- oluşturduğunu söyleyebiliriz. Sonuç olarak, Avrupa kamu düzeninin bir kısmını oluşturan AİHS'nin Türk kamu düzeninin bir parçası olması nedeniyle Türk kamu düzeni anlayışı ile Avrupa kamu düzeni anlayışının en azından temel haklar açısından birbiriyle örtüştüğünü; aynı hususun, AB üyesi olmayıp AİHS'ne taraf olan Avrupa ülkeleri bakımından da söz konusu olduğunu söyleyebiliriz. Hata AK üyesi ülkeler bakımından ortak bir kamu düzeni anlayışını yansıtmaması bakımından AİHS'nin gerçek bir milletlerarası kamu düzeninin bir parçasını oluşturduğu dahi söylenebilecektir²¹³.

Özetlemek gerekirse, “*Avrupa kamu düzeni*” esasen ortak siyasal, tarihi ve kültürel geçmişe sahip olan Avrupa ülkelerinin kurmuş olduğu ekonomik ve hukuki sistemin korunmasını ve işleyişini temin etmek için kabul edilen prensipler ile temel hakların korunması konusundaki ortak anlayışı yansıtan AİHS ve AİHS kapsamındaki

²¹⁰ Mills, **Dimensions of Public Policy**, s.214; Thoma, **a.g.m.**, s.13; van Houtte, **a.g.m.**, s.847.

²¹¹ Thoma, **a.g.m.**, s.13. Özge Okay Tekinsoy, “Avrupa Kamu Düzeni Kavramı”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl.1, S.1 2011, s.67. Dolayısıyla, taraf devletler AİHS'nin getirmiş olduğu asgari standartları aşabilir ancak bunları ihlal edemezler.

²¹² Thoma, **a.g.m.**, s.13.

²¹³ van Houtte, **a.g.m.**, s.847.

AİHM içtihatlarından oluşmaktadır²¹⁴. Bu noktada, temel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda 47 AK üyesi devletin benimsediği ortak bir anlayışı temsil eden AİHS'nin aynı zamanda AİHS'ne taraf devletlerin “*mahalli kamu düzeni*” anlayışlarının önemli bir kısmını, ayrıca, kısmen de olsa devletler arasında cari bir “*milletlerarası kamu düzeni*”nin bir parçasını oluşturduğunu söyleyebiliriz. Ezcümle, yukarıda ele aldığımız birbirinden farklı kamu düzeni anlayışlarını matematik tabiriyle bir küme olarak kabul edersek, AİHS'ni bunların “*kesişim kümesi*” olarak nitelendirmek mümkündür.

c) Maddi Kamu Düzeni-Usuli Kamu Düzeni Ayrımı

Özellikle karşılaştırmalı hukukta kamu düzeni müdahalesi, maddi kamu düzeni-usuli kamu düzeni veya esasa ilişkin kamu düzeni-usule ilişkin kamu düzeni olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kamu düzeninin bu tür bir ayrıma tabi tutulmasının daha çok İsviçre, Alman, Fransız ve İspanyol hukuklarında kabul edildiği ve Türk hukuku bakımından da böyle bir ayrımın yapılabileceği belirtilmektedir²¹⁵. Kamu düzeni müdahalesinin maddi-usuli şeklinde bir ayrıma tabi tutulmasının altında ise, doğal olarak kamu düzeni müdahalesine dayanak teşkil eden değerlerin veya ilkelerin maddi hukuk veya usul hukuku menşeli olup olmaması yatmaktadır²¹⁶.

Usuli kamu düzeni olarak ifade edilen kamu düzeni anlayışı daha çok yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizi davaları bakımından söz konusu olup, tenfize konu kararın verildiği yargılamanın forum devletinin usul hukukunun temelini teşkil eden ilkelere uygun bir şekilde cereyan edip etmediğini kapsamaktadır²¹⁷. Bu konuda akla ilk gelen ise adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS m.6'dır. Bu bakımdan usuli kamu düzeninin çerçevesini, usuli bir temel hak olarak kabul edilen ve bir hukuk devletinde olması gereken asgari yargılama ilkelerini

²¹⁴ Hiç şüphesiz, birbiriyle örtüştüğü kadarıyla Avrupa ülkeleri arasında benzer ahlak ve adap anlayışı da Avrupa kamu düzeni kapsamına dâhil edilebilirse de ülkelerin muhafaza ettikleri yerel özelliklerin ve değerlerin belirli bir seviyeye kadar buna izin verebileceğini unutmamak gerekir. Her ne kadar AB ekonomik bir birlik olarak doğsa da, birbirine daha da yaklaşan bir Avrupa oluşturma gayretinin bir sonucu olarak kamu düzeninden sayılan yerel değerlerin daha da önemsizleşerek yerini ortak bir anlayışa bırakabileceği söylenebilir.

²¹⁵ Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.140, 142.

²¹⁶ Hosko, **a.g.m.**, s.201.

²¹⁷ Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.141.

içeren AİHS m.6'daki adil yargılanma hakkına ilişkin temel değer ve ilkeler çizmektedir²¹⁸. Sadece Türk hukukunda²¹⁹ değil karşılaştırmalı hukukta²²⁰ da adil yargılanma hakkının kapsamına giren temel usuli ilkelerin kamu düzeninden olduğu açıkça ifade edilmektedir. Bu bakımdan, Yargıtay'ın yukarıdaki birçok kararında atıf yaptığı “*temel hukuk ve adalet anlayışının*” usuli boyutunu AİHS m.6 ve AY m.36-38, m.125 ve m.138-142'de yer alan adil yargılanmaya ilişkin değer ve ilkelerin oluşturduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla, Türk mahkemelerinde açılan bir davada, bu davanın açılmasından kararın icrası anına kadar adil yargılanma hakkının koruduğu bu değer ve ilkelere riayet edilmesi gerektiği gibi, prensip olarak Türk mahkemelerinde tenfize konu edilen bir kararın verildiği ülkede de bu ilkelere riayet edilmiş olması gerekmektedir²²¹.

Buna mukabil, maddi kamu düzeninden kabul edilen değerler, daha çok maddi hukuka ilişkin düzenlemelerin altında yatan ve Türk hukuku bakımından temel olarak nitelendirebileceğimiz değerleri kapsamaktadır. Örneğin, evlat edinme hukukunda veya velayet hukukunda çocuğun üstün menfaatinin gözetilmesi gereği, Türk maddi hukukuna ilişkin düzenlemeler vasıtasıyla benimsenmiş temel bir prensiptir. Yine, cebir veya hileye dayanan ya da kişilik haklarını ihlal eden bir sözleşmeyi geçerli kabul eden yabancı bir hukukun tatbiki veya böyle bir sözleşmeyi esas alan bir kararın tanınması veya tenfizi maddi kamu düzeni anlayışıyla örtüşmeyecektir. Bu noktada, ahlak ve

²¹⁸ Hosko, **a.g.m.**, s.201; Meidanis, **a.g.m.**, s.102; Paul Beaumont/ Emma Johnston, “Can Exequatur Be Abolished in Brussels I Whilst Retaining a Public Policy Defence?”, **JPIL**, Vol. 6, No.2, August 2010, s.254.

²¹⁹ Yargıtay yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgili pek çok kararında, davalının adil yargılanma hakkı, savunma hakkı, hukuki dinlenilme hakkı gibi haklarının kamu düzeninden olduğunu açıkça kabul etmiştir. Örneğin bkz.: Yargıtay 2.HD, E.2007/21645, K.2008/6081, T.30.4.2008, (Ekşi, **5718 Kararlar**, s.125-126); Yargıtay 2.HD, E.2006/2612, K.2006/9147, T.8.6.2006 (www.kazanci.com, 20 Kasım 2016); Yargıtay 2.HD, E.2013/21464, K.2014/4837, T.06.03.2014 (Ruhi, **a.g.e.**, s.383); Yargıtay 11.HD, E.2008/12588, K.2010/7716, T.24.06.2010 (Ruhi, **a.g.e.**, s.307); Yargıtay 11.HD, E.2008/12548, K.2010/7403, T.24.06.2010, (Ruhi, **a.g.e.**, s.309); Yargıtay 18.HD, E.2012/12365, K.2013/483, T.17.01.2013, (Lale, **a.g.e.**, s.57-58); Yargıtay 2.HD, E.2009/7321, K.2009/20304, T.23.11.2009 (Ruhi, **a.g.e.**, s.324); Yargıtay 18.HD, E.2013/18352, K.2014/4459, T.11.03.2014, (Lale, **a.g.e.**, s.498); Yargıtay 18.HD, E.2013/19774, K.2014/6261, T.7.4.2014, (Çiçekli, **a.g.e.**, s.299-300).

²²⁰ Bkz.: İsviçre Federal Mahkemesi, esasen usuli kamu düzeni ile alakalı olan bir kararında (ATF 103 Ia 199, 205) bu hususu açıkça ifade etmiştir. Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesinin hukuki dinlenilme hakkı, hakimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, silahların eşitliği prensibi, savunma hakkı gibi adil yargılanmaya ilişkin usuli ilkelerin ihlalinin İsviçre usuli kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğine dair çeşitli içtihatları için bkz.: Kiestra, , **The Impact of ECHR** s.269, dn.105 vd.

²²¹ Nomer, **DHH**, s.528.

dürüstlük kuralları gibi kamu düzeninden sayılan bazı değerlerin sadece maddi kamu düzeninin değil, usuli kamu düzeninin de bir parçasını oluşturduğunu belirtmek gerekir²²².

Maddi-usuli kamu düzeni ayrımının daha çok yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfiz bakımından söz konusu olduğunu söyleyebiliriz. Zira milletlerarası özel hukukta kamu düzeni müdahalesinin açıkça öngörüldüğü iki alandan kanunlar ihtilafı hukukunda kamu düzeni müdahalesi, yabancı hukukun tatbikinin *lex fori*'nin -maddi hukuka ilişkin- temel değerlerine aykırılık teşkil etmesi halinde devreye gireceğinden, usuli kamu düzenine aykırılık konusu gündeme gelmeyecektir (MÖHUK m.5). Oysa tanıma-tenfiz hukukunda tenfize konu kararı veren yabancı mahkemece uygulanan usul de inceleme konusu yapılmakta, yabancı mahkemedeki yargılamada davalının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde hakkaniyete uygun bir yargılamadan istifade edip etmediği de inceleme konusu yapılabilmektedir. Başka bir deyişle, tenfiz devletinin usul hukukunun temelini teşkil eden ilkelere riayet edilip edilmediği aranmaktadır. Bu nedenle, tanıma-tenfiz hukukunda hem maddi hukuka hem de usul hukukuna ait kamu düzeni müdahalesi ortaya çıkmaktadır (MÖHUK m.54/c)²²³. Hatta revizyon yasağının benimsenmiş olması nedeniyle tanıma-tenfiz hukukunda kamu düzeni müdahalesinin daha çok usuli aykırılıklar nedeniyle gündeme geldiği, maddi kamu düzeni müdahalesinin, örneğin karara esas teşkil eden delilin hileyle elde edilmesi, kararın tenfiz devletinin gümrük veya vergi rejimine muvazaa teşkil etmesi gibi nadir hallerde söz konusu olabileceği söylenebilir. Bu bakımdan, tanıma ve tenfiz hukukunda kamu düzeninin müdahale alanı kanunlar ihtilafı hukukuna nazaran daha geniştir. Buna karşın, tanıma-tenfiz hukukunda kamu düzeninin müdahale gücünün daha zayıf olduğu da belirtilmektedir. Böyle bir durumda yabancı hukuk kuralının uygulanmasını engelleyen kamu düzeninin, bu kurala dayanılarak verilen kararın ülkede tanınmasını veya tenfizini engellemek için yeterli olmayabileceği ifade edilmektedir ki bu doktrinde kamu düzeninin yumuşatılmış etkisi olarak ifade

²²² Örneğin, davalının Türkiye'deki ikametgahını bilen kocasının Belçika'da ayrı bir adres göstererek boşanmayı sağlamış olmasının MK m.2'deki dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığı, bu nedenle davalının savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurduğundan kamu düzenine aykırı olduğu ile ilgili bkz.: Yargıtay 2.HD, E.2009/8144, K.2009/12603, T.25.06.2009 , (Ruhi, **a.g.e.**, s.328).

²²³ Nomer, **DHH**, s.529.

edilmektedir²²⁴. Hiç şüphesiz bu konu davanın konusu ve taraflarının *lex fori* ile olan irtibatına ve kamu düzeninden sayılan hangi değerin ihlal edildiğine bağlıdır.

Sonuç olarak, her ne kadar Türk mahkeme uygulamasında böyle bir ayırmadan açıkça söz edilmese de, maddi-usuli kamu düzeni veya esasa ilişkin-usule ilişkin kamu düzeni ayrımının kamu düzeni müdahalesine dayanak teşkil eden hakkın veya değerin maddi hukuka veya usul hukukuna ait olmasından kaynaklanmaktadır. İkinci olarak, böyle bir ayırım kanunlar ihtilafı hukukundan ziyade, yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hukukunda daha net bir şekilde ortaya çıkmaktadır²²⁵. Üçüncü olarak, her iki kamu düzeni anlayışı, gerektiğinde tanıma veya tenfize ayrı ayrı engel olma fonksiyonuna sahip olmakla beraber, her halükarda Türk tenfiz hâkimince bir bütün olarak değerlendirilmelidir.

b. Yabancı Hukukun Tatbikine Engel Olan Kamu Düzeni Müdahalesi ile AİHS’nde yer alan Temel Hak ve Özgürlükler Arasındaki İlişki

i. Genel Olarak

Kamu düzeni kavramının anlamı ve kapsamına ilişkin açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, açıkça ifade edilsin veya edilmesin, hemen hemen birçok ülke hukukunda temel hak ve özgürlüklerin kamu düzeninin bir kısmını oluşturduğu anlaşılmaktadır. Bu noktada, AİHS’nde yer alan temel hak ve özgürlükler, AİHS’ne taraf olan ülke hukukları bakımından “*ortak bir kamu düzeni anlayışı*”nı temsil etmesi bakımından kamu düzeninin özel bir yönünü teşkil etmektedir.

Bu tespitin ardından çalışmamızın bu kısmında, bazı taraf devlet mahkemelerinin özel hukukun muhtelif alanlarına ilişkin özel hukuk uyuşmazlıklarında AİHS’ni ihlal

²²⁴ Bkz.: Nomer, **DHH**, s.530.

²²⁵ Ancak, bu kamu düzeni kavramının yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hukukunun bir parçasını oluşturduğu milletlerarası usul hukukuna hiçbir etkisi olmadığı anlamına gelmemektedir. Özellikle milletlerarası usul hukuku, niteliği itibariyle usul hukuku konusu olması ve özel hukuk uyuşmazlıklarına uygulanacak yargılama kurallarından oluşması itibariyle, niteliği gereği kamu hukukuna ait olması nedeniyle kamu düzeni anlayışının bu alanın bütününe mündemiç olduğunu söyleyebiliriz. Zira yabancı unsurlu davalarda bireyler arasındaki ihtilafların adil bir şekilde çözümünü amaçlayan kurallardan oluşan milletlerarası usul hukuku da tıpkı diğer yargılama hukuklarında olduğu gibi adalet hizmetinin gereği gibi gerçekleşmesini temin etmekle mükellef olan devletin adalet politikasının bir cüzünü oluşturmaktadır. Bu nedenle, milletlerarası usul hukukunun kendisinin toplumsal barışın, yani kamu düzeninin sağlanmasına hizmet ettiğini söylemek hatalı olmayacaktır.

eden yabancı hukukun tatbikinin spesifik olarak AİHS'ne aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle kamu düzeni müdahalesini devreye soktuğu ve/veya sokmadığı kararlarını ele alacağız. Burada, mahkemelerin münhasıran AİHS'ni değil, Anayasalarda veya uluslararası anlaşmalarda yer alıp AİHS'nde de korunmakta olan haklara referans yapan kararlarını inceleyeceğiz. Bu noktada, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi ile kıyasladığımızda, yabancı hukukun tatbiki ile temel hak ve özgürlüklere aykırılık arasındaki ilişkiyi inceleyen veya değinen çok az ulusal mahkeme kararının olduğunu belirtmek gerekir. Ancak bundan evvel ilk olarak, kamu düzeni müdahalesi için gerekli olan “*ülke ile irtibat*” koşulunun temel hak ve özgürlüklere aykırılık söz konusu olduğunda aranıp aranmayacağı meselesi üzerinde duracağız.

ii. Kamu Düzeni Müdahalesi için “*Ülke ile Belirli Bir İrtibat*” Koşulunun Temel Hak ve Özgürlüklere Aykırılık Söz Konusu Olduğunda Aranıp Aranmayacağı Meselesi

Kamu düzeninin zamana, mekâna ve konuya göre değişebilir nitelikte olması izafi, göreceli bir kavram olarak nitelendirilmektedir. Bu husus özellikle, yabancı unsurlu davalarda kamu düzenine aykırılığın belirlenmesinde uyuşmazlığın forum ülkesiyle olan ilişkisinin yoğunluğuna bakılarak daha açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Zira kamu düzeni müdahalesinin gerek yabancı hukukun tatbikinde gerekse yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde devreye girebilmesi için ülkeyle az veya çok belirli bir irtibatın olması gerektiği kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle, yabancı unsurlu bir davanın konusu veya taraflarının ya da maddi unsurlarının ülkeyle olan irtibatına bağlı olarak kamu düzeninin uygulanma eşiği değişebilmektedir²²⁶.

Bununla beraber, kamu düzeni müdahalesi için ülke ile belirli bir irtibatın gerekli olup olmadığı, diğer bir ifadeye forum ülkesiyle hangi tür maddi ve hukuki irtibatların kamu düzeni müdahalesi için yeterli olacağı meselesinin sadece Türk hukukunda

²²⁶ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.78; Lagarde, **a.g.m.**, s..21-22; Mills, **Dimension of Public Policy**, s.218; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.71; Mills, **The Confluence of Public and Private International Law**, s.259; Ceren Kaya, **Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Kavramının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile İlişkisi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015, s.80.

tartışılan bir problem olmadığını belirtmek gerekir. Bu konu karşılaştırmalı hukukta da mahkemelerce tartışıl原因 ve hakkında birbirinden farklı teorilerin geliştirildiği bir konudur. Örneğin Fransız ve Belçika hukuklarında uyuşmazlığın forum ülkesiyle olan ilişkinin yoğunluğunu veya uyuşmazlığın yakınlığını yansıtmak için kamu düzeninin sınırlı veya hafifletilmiş olduğundan hareketle “*kamu düzeninin hafifletilmiş etkisi (effet attenuaté of ordre public)*” terimi kullanılmaktadır. Buna karşın Alman ve İsviçre hukuklarında ise, “*Inlandsbeziehung*” veya “*Binnenbeziehung*” olarak ifade edilen doktrine göre, uyuşmazlığın forum ülkesi içerisinde ortaya çıkaracağı etkilere bağlı olarak kamu düzeni müdahalesinin değişebileceği öngörüldüğünden kamu düzeninin sınırlı/dar bir etkiye sahip olduğu ifade edilmektedir²²⁷. Dolayısıyla, kamu düzeninin izafi niteliğinin bir sonucu olarak ortaya çıkan uyuşmazlığın forum ülkesiyle belirli bir irtibata sahip olması vakiasının, bazı farklılıklara rağmen, genel olarak benimsenmiş olduğu söylenebilir.

Türk doktrini tarafından açıkça kabul edilen²²⁸ kamu düzeninin müdahale gücünün uyuşmazlığın ülke ile olan irtibatına bağlı olarak değişebileceği vakiasının, dolaylı olarak Yargıtay kararlarına da yansıdığı söylenebilir. Örneğin, boşanma yasağı getiren yabancı hukukun tatbikinin kamu düzenine aykırılığının incelendiği iki farklı karardan birinde, taraflardan her ikisinin de vatandaşı olduğu İtalyan hukukunun öngörmüş olduğu boşanma yasağı nedeniyle Türkiye’de yaptıkları boşanma geçersiz kabul edilmiştir²²⁹. Taraflardan birinin Türk vatandaşı olduğu başka bir boşanma davasında ise, diğer eşin vatandaşı olduğu ülke hukukunun boşanma yasağı getiren hükmü Türk kamu düzenine aykırı olarak nitelendirilerek uygulanmamıştır²³⁰. Yine, Yargıtay’ın 1983 tarihli bir kararında²³¹, evlat edinme ilişkisinin taraflarının Türk vatandaşı olmamasının ve davanın Türk mahkemesinde açılması dışında bir ilgisinin bulunmamasının yabancı uyruklu karı-kocanın yine yabancı uyruklu torunlarını evlat

²²⁷ Mills, **Dimensions of Public Policy**, s.227; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.23. Her iki teori hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Lagarde, **a.g.m.**, s.22 vd.

²²⁸ Nomer, **DHH**, s.178; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.76 vd.; Tekinalp/Uyanık, **a.g.e.**, s.43-44; Doğan, **MÖH**, s.226-227; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.162; Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, **Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma**, Beta, İstanbul 2006, s.35.

²²⁹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 5.3.1962 tarihli kararı için bkz.: Berki/Ergüney, **a.g.e.**, s.9 vd.

²³⁰ Yargıtay HGK’nun 15.1.1969 tarihli kararı için bkz.: **RKD**, 1969/5, s.198 vd.

²³¹ Yargıtay 2. HD E.1983/5550, K.1983/5697 T.23.6.1983 tarihli kararı için bkz.: **YKD**, C.10, 1984, s.46 vd.

edinme talebinin kamu düzenine aykırı olarak değerlendirilmemesinde önemli bir rol oynadığı belirtilmektedir²³². Görüldüğü üzere, yabancı unsurlu bir özel hukuk ilişkisinin tarafları yabancı ise veya ilişki yabancı bir ülkede gerçekleşmiş ise, kamu düzeninin bundan etkileneceği kolayca söylenemez. Böyle bir durumda, dava konusu hukuki işlem veya ilişkinin Türkiye ile olan ilişkisi azaldıkça, yabancı hukukun tatbikinin kamu düzeni müdahalesine uğrama ihtimali de azalmaktadır. Buna mukabil, dava konusu hukuki ilişkinin ülke ile olan ilişkisi yoğunlaştıkça kamu düzeni müdahalesine uğrama ihtimali de aynı ölçüde artmaktadır²³³. Bu bakımdan, kamu düzeni müdahalesi ile uyumsuzluğun ülke ile olan ilişkisi arasında doğru bir orantının olduğunu söyleyebiliriz.

Hiç şüphesiz, yabancı hukukun tatbikinin veya yabancı bir kararın tanınması ve tenfizinin kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle engellenebilmesi için öncelikle milletlerarası yetki kazanmış bir Türk mahkemesinde davanın açılması gerekmektedir. Böyle bir yetki, ikametgâh, malların bulunduğu yer, ifa yeri, ika yeri gibi uyumsuzluğun çeşitli maddi unsurlarına istinaden tesis edilebileceğinden, mahkemenin yetkisini tesis eden irtibat noktasının kamu düzeni müdahalesi için de yeterli olabileceği ilk bakışta söylenebilir. Bununla beraber, böyle bir irtibatın varlığının tek başına yeterli olup olmayacağı davanın koşullarına ve özellikle kamu düzeni müdahalesi ile korunmak istenen değere bağlıdır. İşte bu noktada, yabancı hukukun tatbiki suretiyle ihlal edilen değer, uyumsuzluğun taraflarından birinin veya üçüncü bir kişinin temel hak ve özgürlüklerinden biri olduğunda ulusal mahkemeler nasıl hareket edecektir? Böyle bir durumda, kamu düzeninin devreye sokulabilmesi için davanın o ülkede açılmış olması tek başına yeterli midir? Yoksa AİHS’nde yer alan bir hakkı ihlal ettiği gerekçesiyle yabancı hukukun tatbikinin veya yabancı kararın tanınması veya tenfizinin kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği iddiasının ulusal mahkemelerce dinlenebilmesi için ülkeyle çok daha yoğun bir ilişkisinin mi olması gerekmektedir? Bir temel hakkı tahammül edilemez derecede ihlal edecek olmasına rağmen ülke ile yeterli bir irtibata sahip olmadığı gerekçesiyle yabancı hukukun tatbikine karşı kamu düzenini devreye

²³² Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.77, dn.141.

²³³ Nomer, **DHH**, s. 178; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.78; Doğan, **MÖH.**, s.226; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.161.

sokmamak yerinde midir? Hiç şüphesiz bu soruların cevabı, aynı zamanda AİHS’nde yer alan hak ve özgürlüklerin taraf devletlerin kamu düzenleri içerisindeki konumuyla da yakından alakalıdır.

Buraya kadarki açıklamalardan, uyuşmazlığın ülkeyle hiç irtibatı olmadığı veya çok az irtibatının olduğu durumlarda, kamu düzeni müdahalesinin gündeme gelmeyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bununla beraber, forum ülkesinin kamu düzenini oluşturan öyle değerler vardır ki, bunların yabancı hukukun tatbiki veya yabancı bir kararın tanınması veya tenfizi suretiyle ihlal edilmesi halinde artık uyuşmazlığın ülkeyle yoğun bir ilişkiye sahip olup olmadığının önem arz etmediği kabul edilmektedir. İşte, kendisinden vazgeçilemeyecek kadar temel olarak nitelendirilen bu değer ve prensiplerin söz konusu olduğu durumlarda kamu düzeni müdahalesi için ülke ile yakınlığın aranmayacağı kabul edilmektedir²³⁴. Kamu düzeninin içeriği oluşturan bu değerler, “*kamu düzeninin sert çekirdeği*”²³⁵ veya “*kamu düzeninin dokunulamaz kısmı*”²³⁶ olarak ifade edilmektedir. Dolayısıyla bu ifade kamu düzeninin belirli bazı temel değerler söz konusu olduğunda mutlak bir karaktere sahip olduğunu göstermektedir.

Kamu düzeninin dokunulamaz kısmının kapsamına, ilk ve öncelikli olarak temel hak ve özgürlüklerin girdiği kabul edilmektedir. Bu bakımdan, AİHS’nde yer alan haklar, taraf devletlerin kamu düzenlerinin kendisinden vazgeçilemeyecek temel prensiplerinin önemli bir parçasını teşkil etmesi nedeniyle, taraf devletlerin yabancı hukukun tatbikine veya yabancı kararların tanınması ve tenfizine karşı gösterebilecekleri toleransın alt sınırını teşkil etmektedir. Bu nedenle, AİHS’ni ihlal eden yabancı hukukun tatbikine veya yabancı kararların tanınması ve tenfizine yine AİHS’nde yer alan herhangi bir hak, kamu düzenine aykırılık mülahazasıyla engel olacaktır²³⁷. Hatta bu konuda, AİHS’nin taraf devletlerce müştereken benimsenen ve mutlak olarak riayet edilmesi gereken kurallardan oluştuğu kabul edilmekte, böyle bir durumda artık ülke ile irtibatın yoğunluğuna bakılmaksızın kamu düzeninin devreye

²³⁴ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 78.

²³⁵ Bkz.: Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.23, 179.

²³⁶ Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.160.

²³⁷ Juratowitch, **a.g.m.**, s.195; Mills, **Dimensions Of Public Policy**, s.214; van Houtte, **a.g.m.**, s.847; Thoma, **a.g.m.**, s.17

girebileceği ileri sürülmektedir²³⁸. Başka bir yazar ise, uygulanacak hukukun bir taraf devlete ait olup olmamasına göre bir ayırım yaparak, uygulanacak hukukun bir taraf devlete ait olması halinde uyuşmazlık ile ülke aasında yeterli bir bağlantının yokluğunda dahi AİHS'ne aykırılık gerekçesiyle taraf devlet hukukunun engellenebileceğini belirtmektedir²³⁹. Sonuç olarak, başta AİHS olmak üzere temel hakların ihlali söz konusu olduğunda, kamu düzeni müdahalesinin devreye gireceği, bunun için davanın milletlerarası yetkili bir mahkemede açılmasının dahi yeterli olduğu söylenebilir²⁴⁰. Yine, temel hakları ihlal eden yabancı bir kararın tanınması ve tenfizinde de, ülke ile tanıma-tenfiz davasının açıldığı ülke olmak dışında bir irtibatın olmadığı hallerde de temel hakları ihlal eden yabancı kararın kamu düzeni müdahalesine uğrayacağı kabul edilmektedir²⁴¹.

Doktrinde benimsenen bu görüşün uygulamada nadiren tartışıldığını görmekteyiz. Özellikle bazı ülke mahkemeleri, temel haklara aykırı sonuçlar doğurmasına rağmen ülkeyle yetersiz bir bağlantıya sahip olduğu gerekçesiyle yabancı hukukun tatbikine karşı kamu düzeni müdahalesi konusunda çekimser kalabilmektedir. Örneğin, Fransız mahkemelerinin önüne gelen bazı yabancı unsurlu davalarda, davanın konusu ve tarafları itibariyle ülkeyle çok az irtibatı olduğundan bahisle kamu düzeni müdahalesinin devreye girip girmeyeceği tartışılmıştır. Fransız Yargıtayının önüne gelen ve Fransa'da ikamet eden bir Fransız vatandaşına karşı Cezayir'de yaşayan Cezayir vatandaşı bir çocuk adına açılan babalık davasında, uygulanacak hukuk olan Cezayir hukukunda mahkeme kararıyla soybağının kurulmasının mümkün olmaması karşısında, bu hukukun tatbikinin evlilik içi ve evlilik dışı çocuklar arasında eşitlik prensibini ihlal edip etmediği tartışılmıştır. Temyiz mahkemesi evlilik dışı çocuğun soybağının tesis edilmesini kabul etmeyen yabancı hukukun tatbikinin kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğini kabul etmesine rağmen, Fransız Yargıtayı çocuğun hem Fransa'da yaşamadığı hem de Fransız vatandaşı olmadığı gerekçesiyle kamu düzeninin devreye giremeyeceğine hükmetmiştir²⁴². Buna mukabil, uygulanacak hukuk olan

²³⁸ Mills, **Dimensions of Public Policy**, s.214, 217.

²³⁹ Thoma, **a.g.m.**, s.18.

²⁴⁰ Aynı yönde bkz.: Vischer, **a.g.m.**, s.105; Stürner, **a.g.m.**, s.10; Kiestra, **Article 1 ECHR**, s.6.

²⁴¹ Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.162; Mills, **Dimensions of Public Policy**, s.217.

²⁴² Fransız Yargıtayının 10 Mayıs 2006 tarihli kararı için bkz.: Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.77, dn.138.

Fildişi Sahilleri hukukunun evlilik dışı çocuk ile baba arasında soybağının tesisine izin vermediği daha yakın tarihli bir başka kararında Fransız Yargıtayı, yabancı hukuktan kaynaklanan böyle bir imkânsızlığın Fransız kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğine hükmetmiştir. Ancak, çocuk ile Fransa arasında belirli bir bağlantının olması gerektiği şeklinde herhangi bir koşul aramamıştır²⁴³.

Bu noktada, Fransız Yargıtayının başka bir kararında kamu düzeni müdahalesi veya doğrudan davayla ilgili bir temel hakka aykırılığın ileri sürülmesi için mahkemenin milletlerarası yetkisini tesis eden ikamet ediyor olma koşulunu, aynı zamanda Fransız kamu düzeninden kabul ettiği AİHS'nin uygulanması için yeterli kabul ettiğini belirtmek gerekir²⁴⁴. Dolayısıyla, temel haklara aykırılık teşkil eden yabancı hukukun tatbikine karşı kamu düzeni müdahalesi için, salt mahkemenin yetkisini tesis eden bir irtibatın varlığı yeterli kabul edilebilir. Türk doktrinde açıkça benimsenmesine karşın, -şu ana kadar tespit edebildiğimiz kadarıyla- uygulamada temel haklara aykırılığın söz konusu olduğu hallerde kamu düzeni müdahalesi için uyuşmazlığın ülkeyle yeterli bir ilişkiye sahip olmasının gerekip gerekmediğine değinilmemiştir.

Buna karşın, doktrinde Anayasadaki temel haklardan yola çıkılarak, kamu düzenine dayanak teşkil eden temel hakların yabancı hukukun tatbikine engel olabilmesi için ülkeyle belirli bir ilişkiyi de gerekli kıldığı belirtilmektedir. Şöyle ki, temel hakların niteliği itibariyle anayasanın uygulama alanına giren yaşama düzeni ile belirli bir ilişkiyi şart kıldığı, dolayısıyla anayasal hakların bu ilişki dikkate alınmaksızın yabancı unsurlu bir uyuşmazlığa sınırsız uygulanmasının yabancılara gereksiz bir koruma sağlayacağı belirtilmektedir. Buna göre, yerel nitelikli bir hukuki ilişkide anayasal hakkı ihlal eden bir hukuk kuralının uygulanması, yabancı unsurlu bir davada yabancı bakımından ihlal sonucu doğurmayabilir. Böyle bir durumda, ihlalin söz konusu olup olmadığının tespitinde, “*anayasal hakkın geçerlilik alanını*” belirleyen ilgili anayasa normunun lafzı, anlamı ve amacına göre yorumlanarak ülke içinde

²⁴³ Fransız Yargıtayının 26 Ekim 2011 tarihli kararı için bkz.: Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.77, dn.141.

²⁴⁴ Söz konusu karar için bkz.: Yukarıda, s.49, dn.129.

yabancılar da uygulamak istenip istenmediğinin belirlenmesi gerekmektedir²⁴⁵. Böylece, bir temel hakkın kamu düzeni vasıtasıyla yabancı hukukun tatbikine engel olabilmesi ile ilgili olarak, bir anayasal hakkın yabancılar da uygulanabilmesi için söz konusu hakkın geçerlilik alanını ifade eden ülke ile belirli bir irtibatı gerektirdiği söylenebilir.

Kanaatimizce, davanın konusu ve taraflarının ülkeyle mahkemenin milletlerarası yetkisini tesis edecek kadar bir irtibata sahip oluşu, söz konusu yabancıyı ilgili anayasa normunun geçerlilik alanı içerisine sokmaya yetebilecektir. Anayasada yer alan hak ve özgürlükler, hakkın düzenlendiği ilgili maddede açıkça belirtilmedikçe ve AY m.16 uyarınca milletlerarası hukuka uygun olarak ve kanunla özel olarak sınırlanmadığı sürece herkes için öngörülmüş haklardır ve prensip olarak yabancılar da bu haklardan vatandaşlar gibi yararlanacaktır. Bu bakımdan, davanın ülkeyle hiçbir ilişkisinin olmadığı bir uyuşmazlıkta dahi, bir Türk mahkemesi sadece AIHS m.1 gereği değil, Anayasada yer alan hakların bir gereği olarak, yabancıların da temel hak ve özgürlüklerini gözetmek ve dolayısıyla ihlale yol açan yabancı hukukun tatbikini bertaraf etmek durumundadır.

Bu bakımdan, temel hak ve özgürlüklere aykırılık söz konusu olduğunda gerek yabancı hukukun tatbiki gerekse yabancı kararların tanınması ve tenfizi bakımından davanın konusu veya taraflarının ülke ne tür bir bağlantısının olduğunun herhangi bir önemi yoktur. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis eden ikametgâh, ifa yeri veya ika yeri gibi irtibat noktalarının varlığı dahi yeterli kabul edilmelidir. Hatta, ülkeyle herhangi bir irtibatı olmaması nedeniyle yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmadığı, bununla beraber yetki itirazında bulunulmadığı gerekçesiyle başvuru Türk mahkemesinin yetki kazandığı hallerde de benzer düşünce ileri sürülebilir. Birinci bölümde de belirttiğimiz üzere, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkiye sahip olması ve dolayısıyla kamu düzeni müdahalesi için yeterli olan bu bağlantı aynı zamanda davanın AIHS m.1 uyarınca Türkiye'nin yetki alanına girmesi ve AIHS'nden kaynaklanan sorumluluğunun doğması için yeterli olabileceği gibi AIHM'nin yargı yetkisinin doğması için de yeterli olacaktır. Zira aksi bir durum, AIHS'nde güvence

²⁴⁵ Nomer, **DHH**, s.173-174; Kaya, **a.g.e.**, s.167.

altına alınan haklara aykırılık gerekçesiyle kamu düzenini devreye sokmak için ülke ile daha yakın bir irtibatın varlığını aramak ve dolayısıyla böyle bir irtibatın yokluğu nedeniyle kamu düzenini devreye sokmamak anlamına gelir. Böyle bir durumda yabancı hukuku tatbik etmek veya yabancı kararı tanımak veya tenfiz etmek davanın taraflarından birinin AİHS’den kaynaklanan haklarının ihlaline yol açabilecektir.

Nitekim Yargıtayın yukarıda ele aldığımız 1962 tarihli kararını günümüze uyarlayacak olursak²⁴⁶, İtalyan hukukunun boşanma yasağı²⁴⁷ getiren maddi hukuk hükümleri tatbik edilerek İtalyan vatandaşı eşlerden birinin halen evli olduğu gerekçesiyle evliliğin butlanına karar verilmesi AİHS m.12’de yer alan evlenme ve aile kurma hakkını, dolayısıyla Türk kamu düzenini açıkça ihlal edecektir. Bu nedenle yerel nitelikli uyuşmazlıklarda dahi AİHS’nde yer alan haklara riayet etmekle mükellef olan Türk mahkemelerinin yabancı unsurlu davalarda da bu haklara riayet etmesi gerektiği aşikârdır²⁴⁸. Dolayısıyla, davanın konusu ve taraflarının ülkeyle mahkemenin milletlerarası yetkisini tesis etmeye yetecek kadar bir irtibatının bulunması, AİHS’nde yer alan bir hakka açıkça aykırılık teşkil eden yabancı hukukun tatbikine veya yabancı bir kararın tanınması veya tenfizine karşı, -davanın ülkeyle olan ilişkisine bakmaksızın- kamu düzeni müdahalesi için yeterlidir. Zira daha önce de belirttiğimiz üzere, milletlerarası yetkiye ilişkin kararlar da dâhil olmak üzere, bir Türk yargı organının herhangi bir tasarrufu AİHM nezdinde Türkiye’ye atfedilebilir niteliktedir. Burada, aynı tespitin Anayasada yer alan temel hak ve özgürlükler bakımından da geçerli olduğunu belirtmek gerekir²⁴⁹.

²⁴⁶ Daha çok Katolik inancının hâkim olduğu İspanya, İtalya, Yunanistan gibi Avrupa ülkelerinin medeni kanunlarında yer alan boşanmayı engelleyen veya sınırlandıran düzenlemeler zamanla terkedilmiştir. En son 2011 yılında yapılan bir referandumla Malta’da kaldırılan boşanma yasağının günümüzde Vatikan ve Filipinler’de halen geçerli olduğu bilinmektedir. Bkz.: Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.137, dn.81. Dolayısıyla, günümüzde boşanma yasağı getiren yabancı hukukun tatbikinin AİHS m.12’yi, dolayısıyla Türk kamu düzenini ihlal edebileceği ihtimali azalsa da, konu teorik olarak önem arz etmektedir.

²⁴⁷ Aslında, söz konusu karara konu davada, boşanma yasağı getiren yabancı hukukun maddi hükümlerinin tatbik edilmesinin AİHS m.12’yi ihlal ettiği gerekçesiyle kamu düzenine aykırı olduğu ileri sürülebilirdi. Zira kararın verildiği tarih itibarıyla AİHM’ne bireysel başvuru yolu kabul edilmemiş olsa da, Türkiye Sözleşmeye taraf olup onaylamıştı.

²⁴⁸ Aynı yönde bkz.: Nomer, **DHH**, s.173.

²⁴⁹ Buna karşın doktrinde, ülke ile ilişki şartı bakımından AİHS’nde yer alan haklar ile Anayasal haklar arasında ikili bir ayırım yapılabileceği de ifade edilmektedir. Anayasal haklar bakımından anayasal hakkın somut olaydaki niteliği, amacı ve koruma alanı itibarıyla yabancıları da kapsayıp kapsamadığının değerlendirilmesi gerektiği belirtilirken, AİHS’nde yer alan hakların ise bir devletin yetki alanı

Bununla beraber, herhangi bir temel hakka aykırılık söz konusu olduğunda kamu düzeni müdahalesi için ülkeyle belirli bir irtibat koşulunun aranması kamu düzeni müdahalesini zorlaştıracığından, yabancı yabancı hukukun tatbik edilmesiyle milletlerarası özel hukukun daha fazla hayata geçirilmesine imkân sağlayabilir. Diğer taraftan, kamu düzeni müdahalesi için belirli bir irtibatın aramamasına yönelik bir tercih ise, yabancı hukukun tatbik edildiği hallerde insan haklarının daha fazla gözetilmesini temin edebilir. Bu bakımdan, yapılacak tercihin bu iki farklı amaç açısından çeşitli olumlu veya olumsuz yönleri olabilecektir.

Öncelikle, temel haklara aykırılık söz konusu olduğunda kamu düzeni müdahalesi için, milletlerarası yetkiyi tesis için yeterli olan irtibattan başka vatandaşlık gibi çeşitli unsurların aranması halinde, kamu düzeni müdahalesine daha az müracaat etme ihtimali ortaya çıkabilecek ve somut bir davada yabancı hukukun uygulanma ihtimali daha da artabilecektir. Çünkü, ülkeyle irtibat yoksa kamu düzeni müdahalesi devreye girmeyecek ve yabancı hukukun somut uyuşmazlığa tatbik edilecektir. Böylece, niteliği gereği başka bir hukuk düzenine ait hukuk kurallarının uygulanmasını öngören milletlerarası özel hukuk kuralları vasıtasıyla milletlerarası karar ahengi sağlanabilecektir. Bunun doğal sonucu olarak Türkiye’de geçerli olan ancak davanın taraflarının vatandaşı oldukları ülkede geçersiz olabilecek total hukuki ilişkilerin önüne geçilecektir²⁵⁰. Bu nedenle temel haklara aykırılık söz konusu olduğu hallerde dahi kamu düzeni müdahalesi için ülkeyle belirli bir irtibat koşulu aramamak, milletlerarası özel hukukun amaçlarından biri olan milletlerarası karar ahenginin sağlanmasını engelleyebilecektir. İkinci olarak, ülkeyle belirli bir irtibatın aranması, kamu düzeninin sahip olduğu esnekliğin ve buna bağlı olarak hâkime sunmuş olduğu geniş takdir hakkının muhafaza edilmesini de sağlayacaktır. Böylece hâkim, her bir somut uyuşmazlıkta uyuşmazlığın kendine mahsus özelliklerine bakarak, gerektiğinde

içerisindeki herkese uygulanabilir olması sebebiyle ülke ile irtibat şartının aranmayacağı belirtilmektedir. Bkz.: Kaya, **a.g.e.**, s.167.

²⁵⁰ Nitekim Yargıtayın 5.3.1962 tarihli kararında da görüldüğü üzere, Türkiye’de yapılan evlilik yabancı hukukun öngördüğü boşanma yasağı nedeniyle İtalya’da geçerli olmadığı gibi Türkiye’de de geçerli olmamıştır. Yine, Fransız Yargıtayının 10 Mayıs 2006 tarihli kararında ülkeyle yeterli ilişkisi olmadığı gerekçesiyle soybağının tesisine izin vermeyen yabancı hukuku –kamu düzeni müdahalesini uygulamayarak- bertaraf etmemesinin de milletlerarası karar ahenginin sağlanmasını temin ettiği söylenebilir.

uyuşmazlığın ülkeyle ile olan ilişkisini de değerlendirek, kamu düzeni müdahalesini uygulayıp uygulamamaya karar verecektir.

Buna mukabil, meseleye temel hakların korunması ve bu konuda devletin sorumluluğu noktasından bakacak olursak, kamu düzeni müdahalesi için gerekli olan ülke ile belirli bir irtibatın temel haklara aykırılık konusunda aranmaması yabancı hukukun tatbikine karşı kamu düzeninin, hatta AİHS’nde veya Anayasada yer alan hakların daha fazla müdahale etmesine imkân tanıyabilir. Böylece somut bir davada yabancı hukukun uygulanma ihtimalinin daha da azalması gündeme gelebilir²⁵¹. Böyle bir durumda, ülkeyle belirli bir ilişkiye bakmaksızın kamu düzeni müdahalesiyle yabancı hukukun bertaraf edilmesi ve yerine Türk hukukunun uygulanması, farklı ülkelerde birbirinden farklı hukuki sonuçlar doğuran total hukuki ilişkilere yol açabilecek ve böylece milletlerarası karar ahengi zedelenmiş olacaktır. Bununla beraber, milletlerarası karar ahenginin dikkate alınması arzu edilir olsa da, henüz hiçbir hukuk düzeninin, milletlerarası karar ahengi lehine kendi mahkemelerinde verilen kararların birbirine uygunluğunu ifade eden iç karar ahenginin ihlalini kabul edeceğini söyleyemeyiz²⁵². Dolayısıyla davanın konusu ve taraflarının Türkiye ile sadece Türk mahkemelerinin yetkisini tesis edecek kadar bir irtibatı olsa da, AİHS’nde yer alan haklara açıkça aykırı sonuçlar doğuran yabancı hukuku tatbik etmek, sadece kamu düzeninin değil AY m.11’in de açıkça ihlali anlamına gelecektir. Zira yabancı kanun hükümlerine karşı soyut veya somut bir norm denetimi imkânı olmasa da, bir Türk hâkimi AY m.11 uyarınca yabancı hukukun uygulanmasında da Anayasada ve AY m.90/5’in bir sonucu olarak AİHS’nde yer alan haklara bağlı kalmak mecburiyetindedir²⁵³. Ayrıca, mahkemelerin her türlü tasarruflarına karşı, gerek AYM nezdinde gerekse AİHM nezdinde bireysel şikâyet yolunun öngörülmüş olduğu bir sistemde, ülkeyle belirli bir irtibatın aranmaması, insan haklarının korunması açısından

²⁵¹ Özellikle, velayet, evlat edinme, soyadı gibi özel hukukun muhtelif alanlarının otomatikman kamu düzeninden sayıldığı Türk hukuku bakımından, ülkeyle belirli bir irtibatın aranmaması Türk hukukundan tamamen farklı sonuçlara yol açan yabancı hukukun tatbikini daha da engelleyebilecektir.

²⁵² Örneğin, bir Türk mahkemesinin eşin mirasçılığında veya çocukların mirasçılığında cinsiyet ayrımı gözetmeyen Türk hukukundan farklı olarak böyle bir ayrım gözetilen yabancı hukuk hükümlerini uygulaması, sadece AY m.10 ve AİHS m.14 ile değil, bu konuda verilmiş olan Türk mahkeme içtihatları ile de açıkça çelişecektir. Artık burada, davanın konusunun veya taraflarının ülkeyle nasıl ve ne kadar bir ilişkiye sahip olduğu önem arz etmeyecektir.

²⁵³ Aynı yönde bkz.: Nomer, **DHH**, s.174.

ve özellikle AİHS nezdinde sorumluluğu doğabilecek olan devletler açısından gayet uygun ve olağan kabul edilebilir. Dolayısıyla bu açıklamalar milletlerarası karar ahengini sağlamak veya milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini temin etmek gibi kaygılardan ziyade, davanın konusu ve taraflarının ülkeyle mahkemenin milletlerarası yetkisini tesis etmeye yetecek kadar bir irtibatının aranmasının temel haklara saygı göstermek ve korumakla mükellef olan mahkemeler açısından daha tercih edilebilir olduğunu göstermektedir.

Diğer taraftan, uygulamada böyle bir anlayışın tercih edilmesi, günümüze kadar milletlerarası özel hukukta bireylerin korunmasında etkin bir vazife gören kamu düzeninin işlevinin ve özelliklerinin de etkilenmesine neden olabilecektir²⁵⁴. Zira kavramın izafî niteliği, böyle bir irtibat koşulunun aranmaması ile ortadan kalkabilecektir. Bu da, zaten “*açıkça aykırılık*” halinde kamu düzenini uygulaması gereken hâkimin bu konudaki takdir hakkının daha da sınırlandırılmasına neden olabilecektir. Ayrıca, bu durum AİHS’nde ve Anayasada yer alan temel hakların mahkemeler tarafından bir nevi doğrudan uygulanan kural muamelesi görmesine yol açacaktır. Bu da, kamu düzeni müdahalesi yerine uyuşmazlığın niteliğine bakmaksızın her türlü uyuşmazlıkta başta AİHS olmak üzere temel hakların doğrudan uygulanması ve kamu düzenine müracaatın zamanla terk edilmesi sonucunu doğurabilecektir.

Sonuç olarak, kamu düzeni müdahalesi için ülkeyle belirli bir irtibatın aranmasının yabancı hukukun tatbikine daha fazla imkân sağlayarak insan haklarının korunmasını ikinci plana itebileceği, böyle bir irtibatın aranmamasının insan haklarının korunmasına daha fazla hizmet edebileceği en azından teorik olarak söylenebilir. Ancak şurası açıktır ki, yabancı unsurlu bir davada uyuşmazlığı yerel ya da yabancı hukuk kuralları ile karara bağlasın veya bağlamasın, mahkemelerin kararları ulusal veya uluslararası insan hakları organlarının denetimine tabidir. Dolayısıyla, yabancı hukuk kurallarını tatbik ederek davanın taraflarından birinin AİHS’nde yer alan hakkını ihlal edecek olan yine bir taraf devlet mahkemesi olacağından, mahkemeler kamu düzenine aykırılık değerlendirmesi yaparken uyuşmazlığın ülkeyle olan ilişkisini önemsemeyebilecektir. Hiç şüphesiz, böyle bir değerlendirme yapılırken AİHS’nde

²⁵⁴ Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.179-180.

veya Anayasada yer alan bir hakka aykırılığın ağırlığının yanı sıra davaya tatbik edilen yabancı hukukun somut olayda böyle bir aykırılığı gidermek için getirmiş olduğu herhangi bir telafi edici veya ikame edici bir kuralın veya düzenlemenin olup olmadığı da önem arz etmektedir²⁵⁵.

iii. Ulusal Mahkeme İçtihatları Işığında Yabancı Hukukun Tatbikinin
Kamu Düzenine Aykırılık Gerekçesiyle Engellenmesinde AİHS’de
Yer Alan Hakların Etkisi

Yabancı hukukun tatbiki ile ortaya çıkan sonucun davanın taraflarından birinin veya üçüncü bir kişinin AİHS’nde yer alan temel hak ve özgürlüklerini ihlal etmesinin, prensip olarak kamu düzenine aykırılığa dayanak teşkil edebileceği birçok hukuk düzeninde kabul edilmektedir. Peki, başta Türk mahkemeleri olmak üzere, ulusal mahkemeler kamu düzeni gerekçesiyle yabancı hukuku bertaraf ederken özellikle AİHS’nde yer alan temel hak ve özgürlükleri ne derece dikkate almaktadır? Yabancı hukukun tatbikinin gerçekten davanın taraflarının veya üçüncü bir kişinin herhangi bir temel hakkına aykırılık teşkil edip etmediğini nasıl incelemektedir?

Çalışmamızın bu kısmında, ulusal mahkemelerin temel hak ve özgürlüklerden birine aykırılık teşkil eden yabancı hukukun tatbikine karşı kamu düzeni müdahalesini devreye sokarken AİHS’nde yer alan hakları nadiren de olsa referans aldıkları kararları incelemeye çalışacağız. Bu noktada, çalışmanın sadece doğrudan AİHS’ne veya AİHS’ndeki ilgili hükümlerle sınırlı olmadığını belirtmek gerekir. Ulusal mahkemelerin bazen sadece AİHS hükümlerinden değil, anayasalarda veya diğer uluslararası insan hakları sözleşmelerinde yer alan hakları kamu düzeni müdahalesine dayanak olarak kullandıklarını görmekteyiz. Burada sadece mahkeme kararlarından değil, ulusal mahkemelerin kararlarına da kaynak teşkil edebilecek olan AİHM kararlarına da yeri geldiği ölçüde değineceğiz.

²⁵⁵ Örneğin, sağ kalan eşe miras hakkı tanımayan yabancı hukukun ilgili hükümlerinin tatbiki sadece mülkiyet hakkını düzenleyen AY m.35’i değil, aynı zamanda P-1 m.1’i açıkça ihlal edecektir. Oysa ilgili yabancı hukukun miras hukuku kurallarının yol açtığı bu tür bir mahzurun yine o hukuk sistemi tarafından öngörülen mal rejimi hukukunca ortadan kaldırılması veya hafifletilmesi imkânı varsa, prensip olarak hak ihlalden söz edilemez. Bu konuda farklı örnekler için bkz.: Nomer, **DHH**, s.175 vd.

Belirtmek gerekir ki, sadece AİHS’ni değil, genel olarak temel hak ve özgürlükleri açıkça ihlal eden yabancı hukukun tatbikine karşı yine bu haklara aykırılığın söz konusu olup olmadığının nadiren incelendiği görülmektedir. Aşağıda da görüleceği üzere, konuya değinen kararların birçoğu genellikle aile ve kişiler hukuku ile ilgilidir²⁵⁶. Bu ise, ülkelerin dini ve buna bağlı olarak kültür ve ahlak anlayışlarının farklılık arz etmesinin bir sonucu olarak, velayet, soyadı, nafaka, mal rejimleri gibi farklı hukuki sonuçlara kaynak teşkil eden evlilik ve boşanmaya ilişkin kuralların birçok ülke hukukunda farklılık arz etmesinden kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan, milletlerarası özel hukukta yabancı hukukun tatbiki ile insan hakları arasındaki ilişkinin ilk kez detaylı bir şekilde yine bir aile hukuku ilişkisi vesilesiyle ele alınması hiç şaşırtıcı değildir.

Alman Anayasa Mahkemesinin *Spanier-Beschluss*²⁵⁷ olarak bilinen kararına konu davada, Alman makamları daha önce bir Alman mahkeme kararıyla boşanmış bir Alman vatandaşı kadın ile bir İspanyol vatandaşının evliliğini İspanyol hukukunun Alman vatandaşının yapmış olduğu boşanmayı tanımayacağı gerekçesiyle reddetmiştir. Alman Evlilik Kanununa (Ehegesetz) göre evlenmek isteyen çiftlerin vatandaşı oldukları devlet makamlarınca verilen bir evlenme izin belgesi getirmeleri veya bu belgeden muafiyet için yerel temyiz mahkemesinden bir muafiyet belgesi almaları gerekmektedir. O zaman yürürlükte olan EGBGB m.13/1 uyarınca taraflardan birinin milli hukuku olan İspanyol hukukunda, nişanlılardan birini daha önce evlenmiş olmaması şartını aranmaktaydı. Alman mahkemeleri de, Alman vatandaşı nişanlının daha önceki evliliği İspanya’da tanınmayacağı ve halen evli görünecek olması karşısında muafiyet kararı vermenin çok eşlilik sonucunu doğuracağı gerekçesiyle muafiyet kararı talebini reddetmişti. Bu kararın Alman Federal Yüksek Mahkemesince de onaylanması üzerine Alman AYM, Alman AY m.6/1’in bireylerin istediği kişiyle evlenme hakkını koruduğunu ve bu korumanın yabancılara da tanınmış olduğunu

²⁵⁶ Doktrinde, milletlerarası aile hukukunun kültürel farklılıkların en açık şekilde yansıtıldığı alan olduğu göz önüne alındığında bunun alışılmadık bir durum olmadığı, özellikle İslam hukukunun cari olduğu ülke hukuklarının tatbikinin gerektiği aile hukuku uyumsuzluklarının problemin kaynağını teşkil ettiği ifade edilmektedir. bkz.: Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.170.

²⁵⁷ Literatürde de oldukça tartışılan bu karar ile ilgili olarak bkz.: Friedrich K. Juenger, “The German Constitutional Court and the Conflict of Laws”, **American Journal of Comparative Law**, Vol.20, 1972, s. 290 vd. Hofmann, **a.g.m.**, s.145 vd.; Weick, **a.g.m.**, s.143 vd.

belirterek bu hakkın sadece evlilik kurumuna ait temel ilkeleri yansıtan sınırlamalar vasıtasıyla sınırlandırılabilceğine hükmetmiştir. Ardından, EGBGB m.13/1’de yer alan kanunlar ihtilafı kuralının tek başına AY m.6/1’e aykırı olmamasına rağmen, bu davada İspanyol hukukunun tatbikinin bireylerin anayasal olarak korunan evlenme hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir. İspanyol hukukunun uygulanamaz olduğuna dair kararın doğrudan AY m.6/1’e dayanması gerektiğine mi yoksa o zamanlar EGBGB m.13/1’de açıkça belirtilen kamu düzeni kloxuna mı dayanması gerektiğine dair bir karar vermek üzere dosyayı Temyiz mahkemesine göndermiştir²⁵⁸.

Görıldüğü üzere, Alman Anayasa Mahkemesinin yabancı hukukun uygulanmasının bireylerin anayasal haklarına aykırılık teşkil edebileceğine dair kararı, henüz AİHM tarafından karara bağlanmadan evvel temel hakların milletlerarası özel hukuk meseleleri üzerinde gerçekten bir etkiye sahip olduğunun bir kanıtı olarak nitelendirilebilecektir²⁵⁹. Yine, milletlerarası özel hukuk meselelerinde temel haklara saygının sağlanması yönteminin de Alman Anayasa Mahkemesince ele alındığını görmekteyiz. Böylece temel hakların korunmasında klasik yöntem olan kamu düzeni müdahalesine ilaveten yerel mahkemelerin doğrudan ilgili temel hakka uygunluk denetimi yapabileceğinin ilk kez ifade edildiğini söyleyebiliriz.

Gerçekten, taraf devletlerin evlilik kurumuna ait temel ilkeleri yansıtan sınırlamalar getirmeleri, başta evlenme hakkını güvence altına alan m.12’nin yanı sıra, aile hayatına ve özel hayata saygı hakkına ilişkin AİHS m.8 ve düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne ilişkin AİHS m.9 ile de yakından ilişkiye sahiptir. Söz konusu hükümlerde yer alan sınırlama kayıtlarıyla taraf devletler, çeşitli meşru amaçlarla bazı evliliklerin kendi ülkelerinde akdedilmesine yasal olarak izin vermediği gibi bu tür evliliklerin yabancı ülkede yapılarak kendi hukuk düzeninde sonuç doğurmasını da engellemektedir. Bu bakımdan, çok eşli evliliği, aynı cinsten kişilerle evliliği, küçük yaştaki kişilerin veya akıl hastalığı olan kişilerin evlenmesini ya da yakın hısımların birbiriyle evlenmesini yasaklayan kurallar aslında bireylerin evlenme özgürlüğünü sınırlamaktadır.

²⁵⁸ BVerfG 4 Mayıs 1971, 31 BVerfGE 58. Bkz.: NJW 1971/34, s.1509 vd.

²⁵⁹ Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.162.

Bu kurallar vasıtasıyla forum ülkesinde geçerli ancak diğer bir ülkede geçersiz toplam evliliklerin engellenmesinde sadece evliliğin taraflarının değil, bu evlilikten hukuki durumları etkilenecek üçüncü kişilerin (örneğin çocukların) de menfaati bulunmaktadır. Örneğin, yakın hısımların birbiriyle evlenememesini öngören kuralların altında ahlaki nedenler yanında ortaya çıkabilecek tıbbi sakıncalar yatmaktadır. Yine, erkeğin birden fazla kadınla evliliğini caiz kabul eden bazı ülkelerin hukuk kurallarının tatbiki bir taraftan eşler arasında eşitliği öngören P-7 m.5'e diğer taraftan AİHS m.8'e aykırılık teşkil edebilecektir. Bazı ülke hukuklarında öngörülmüş olan evli kişilerin boşanamayacağına veya bazı dinlerin getirmiş oldukları evlenme yasağına ilişkin kuralları, bireylerin başka bireylerle (yeniden) evlenebilmelerini engellemesi bakımından kamu düzenine müdahalesine uğrayabilecektir. Hiç şüphesiz Türk hukukunda emredici olarak nitelendirilen bu hususların altında meşru bir evlilik ilişkisinin tesisıyla sadece ailenin korunması değil, kadın-erkek eşitliği vasıtasıyla kadının korunması da yatmaktadır. Yine, bireylerin çok küçük yaşlarda evlenmelerine cevaz veren yabancı hukuk hükümlerinin tatbiki, AİHS m.8 yanında BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin²⁶⁰ (ÇHS) 3. maddesinde vücut bulan ve yerel ve yabancı nitelikli birçok davada kendisine atıf yapılan "*çocuğun yararı ilkesi*"ne de aykırılık teşkil edecektir. Her ne kadar yargı kararlarına çok fazla konu olmasa da, evlenme ilişkisinin kurulmasında cinsiyet, din veya ırk temelli ayrımcılık yasağı öngören yabancı hukuk kurallarının tatbiki AİHS m.14'a aykırılık teşkil edeceği gibi bireylerin evlenme hakkı ile aile ve özel hayata saygı hakkını ihlal edebilecektir. Dolayısıyla bu konularda yabancı hukukun tatbikine karşı kamu düzeni müdahalesinin ortaya çıkma ihtimalinin daha belirgin olduğunu söyleyebiliriz.

Bununla beraber, bazı durumlarda kamu düzeni müdahalesine başvurularak yabancı hukukun tatbikinin engellenmesiyle bireylerin evlenme haklarının ihlal edildiği iddiaları gündeme gelebilir. Örneğin, günümüzde birçok Avrupa ülkesinde aynı cinsten kişilerin evliliği veya evlilik benzeri birliktelikleri ve bunlara bağlanan sonuçlar yasal olarak kabul edilmiştir. Böyle bir evlilik ilişkisinin geçerliliği Türk mahkemelerinin önüne geldiğinde, uygulanacak yabancı hukuk(lar) böyle bir ilişkiyi geçerli kabul etse

²⁶⁰ RG: 11.12.1994 – 22138.

de, söz konusu ilişki Türk hukukunda evliliği farklı cinsten kişiler arasında bir ilişki olarak kabul eden MK m.134/1 hükmünün bir sonucu olarak kamu düzeni müdahalesine uğrayacaktır. Zira evliliğin farklı cinsten kişiler arasında gerçekleşen bir hukuki ilişki olduğu kuralı, Türk kamu düzeni ile ahlak anlayışının temel bir prensibi olarak kabul edilmektedir²⁶¹. Dolayısıyla, aynı cinsten kişilerin evliliğine kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle izin verilmemesi, başta evlenme hakkı olmak üzere bireylerin çeşitli haklarına müdahale teşkil edebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, günümüzde Avrupa ülkelerinde dahi bu konuda taraf devletlerdeki toplumsal dini ve ahlaki anlayışının etkisi nedeniyle bir konsensüsün bulunmadığı göz önüne alınırsa bu tür evliliklerin ve bunlara bağlanan sonuçların Türk kamu düzeni müdahalesine uğraması -en azından şimdilik- kaçınılmaz görünmektedir. Bu bakımdan, kamu düzeni müdahalesi devreye sokularak bireylerin özellikle AİHS m.8, m.12 ve P-1 m.1’de yer alan haklarına yapılan bir müdahalenin devletin takdir marjı kapsamında kabul edileceğini söyleyebiliriz²⁶².

Evlilik ilişkisinin kurulmasıyla ortaya çıkan evli kadının önceki soyadını kullanıp kullanamayacağı veya çocuğun adının veya soyadının belirlenmesi gibi hususlar da yabancı hukukun tatbiki suretiyle AİHS ve anayasal haklara aykırılık gerekçesiyle kamu düzeni müdahalesine maruz kalabilir. Henüz evlilik içinde kadının veya çocuğun soyadına uygulanacak yabancı hukukun tatbikinin temel haklara aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle verilen herhangi bir karar bulunmamakla beraber, özellikle meseleyi kadının soyadı noktasından ele alan AYM kararlarının yabancı unsurlu davalar bakımından da yol gösterici olabileceğini söyleyebiliriz. AYM, evli kadının kocasının soyadını taşıması zorunluluğu getiren MK m.187 hükmünün, AY m.90 uyarınca başta AİHS m.8 ve 14’e ilişkin AİHM içtihatları olmak üzere, evlilik içerisinde kadın ile erkek arasında eşit haklara sahip olmasını öngören uluslararası insan hakları belgelerindeki hükümlerle çatıştığını tespit etmiştir. Ardından, başvurucunun AY m.17’de güvence altına alınan manevi varlığı kapsamına güvence altına alınan isim

²⁶¹ Nomer, **DHH**, s.237; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.128; Tekinalp/Uyanık, **a.g.e.**, s.140.

²⁶² Örneğin, yabancılık unsuru içeren bir dava ile ilgili olmasa da AİHM, AİHS m.12’nin, AİHS m.8 bağlamında m.14’ün ve P-1 m.1’in ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü bir davada, AİHS m.12’nin taraf devletlere aynı cinsten bireylerin yapmış oldukları evliliği -başvurucuların davalı ülkede de kabul edilmesini istedikleri anlamda- bir evlilik olarak kabul etme yükümlülüğü yüklenmediğine hükmetmiştir. Ayrıca, aynı cinsten kişiler arasındaki birlikteliklerin tanınması konusunda taraf devletlerde giderek artan bir eğilim olmasına karşın, devletlerin bu konuda hala geniş bir takdir marjına sahip olduğunu belirtmiştir. Bkz.: Schalk ve Kopf v. Avusturya, no.30141/ 04, 24 Haziran 2010, para.92 vd.

hakkına yönelik müdahalenin kanuni (AİHS m.8 terminolojisinde yasayla öngörölmüş) olmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir²⁶³. Bu bakımdan yabancı hukukun MK m.187 benzeri bir kural ihtiva etmesi halinde, AİHS m.8 ve AY m.17 gereği kamu düzeni müdahalesinin devreye gireceğini söyleyebiliriz.

Günümüzde evli eşlerin boşanmasını engelleyen veya zorlaştıran yasal düzenlemeler hukuk düzenlerinin birçoğunda terkedilmiş olsa da, bazı ülke hukuklarında halen muhafaza ediliyor olması nedeniyle, bu hukuklara ait kuralların tatbikinin özellikle AİHS m.8 ve 12'deki haklara aykırılık gerekçesiyle kamu düzeni müdahalesine uğrayacağı muhakkaktır²⁶⁴. Bunun yanında, yabancı hukukun boşanmada kusurlu eşe belirli bir süreliğine evlenme yasağı getiren kuralının tatbikinin de AİHS m.12 uyarınca bireylerin evlenme özgürlüğüne açıkça aykırılık teşkil edebileceğini söyleyebiliriz. Örneğin, yabancı boşanma kararının tanınması ile ilgili olmakla beraber, Fransız mahkemelerine konu olan bir kararda kusurlu eşe bir ila iki yıl evlenme yasağı getiren İsviçre MK m.150 hükmünün uygulanması sonucu verilen karar Fransız kamu düzenine aykırı kabul etmiştir. Ardından, İsviçre mahkeme kararına konu olan ve evlenme yasağı getiren söz konusu hüküm, AİHM tarafından AİHS m.12'ye aykırı bulunmuştur²⁶⁵.

Gerek evlilik içi gerekse evlilik dışında olsun, çocuğun adının veya soyadının belirlenmesi, çocuk ile anne baba arasında velayet ilişkisinin tesisi veya velayet hakkına sahip olmayan ebeveyn ile kişisel ilişki kurulması ya da evlilik dışı çocuğun nesebinin belirlenmesi gibi konularda yabancı hukukun tatbikinin kamu düzeni müdahalesine takılması mümkündür. Böyle bir durumda, kamu düzeni müdahalesine gerekçe olarak çocuğun sadece AİHS m.8'den değil, ÇHS'nden kaynaklanan haklarının ihlal edildiğini belirten bazı mahkeme kararlarına rastlamaktayız. Özellikle evlilik dışı doğan çocuğun soybağının tesisiyle ilgili bazı davalarda çocuk ile baba olduğu iddia edilen kişi arasında soybağının kurulmasına imkân tanımayan yabancı hukuk kurallarının

²⁶³ AYM, Sevim Akat Eşki, B.No.2013/2187, 19 Aralık 2013, para. 37, 42, 43 ve 47, (RG: 7 Ocak 2014 – 28875). Ayrıca bkz.: AYM, Gülsim Genç, B.No: 2013/4439, 6 Mart 2014, para.42, (RG: 25 Nisan 2014 – 28982); AYM, Neşe Aslanbay Akbıyık, B.No: 2014/5836, 16 Nisan 2015, para.47, (RG: 11 Temmuz 2015 – 29413).

²⁶⁴ Nomer, **DHH**, s.246; Uyanık Çavuşoğlu, **a.g.e.**, s.35; Ayrıca bkz.: Yargıtay HGK 15.1.1969 tarihli kararı (**RKD**, 1969/5, s.198 vd.).

²⁶⁵ Karar için bkz.: Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.156-157.

çocuğun anne-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkını ihlal edebileceği açıkça içtihatlarla konu olmuştur.

Örneğin, Hollanda mahkemelerinin önüne gelen bir dizi davada, yabancı hukukun çocuk ile baba arasında soybağının kurulmasına izin vermemesi veya böyle bir yöntemi öngörmemesinin Hollanda kamu düzeninin ve/veya AİHS m.8'in ihlaline yol açıp açmayacağı tartışılmıştır. Bir mahkeme soybağının tesisine uygulanacak hukuk olan Fas hukukunun soybağı ilişkisinin kurulmasına izin vermemesinin AİHS m.8 hükmü de dikkate alındığında Hollanda kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğine hükmetmiştir²⁶⁶. Uygulanacak hukukun yine Fas hukuku olduğu başka bir davada ise, Amsterdam Temyiz Mahkemesi, Fas hukukunun tatbikinin AİHS m.8'in ihlaline neden olup olmadığını incelemek yerine, böyle bir ihlalin Fas hukukuna ulaşılmasını temin eden ilgili Hollanda kanunlar ihtilafı kuralının tatbikinden kaynaklandığı sonucuna varmıştır. Böylece, ilgili kanunlar ihtilafı kuralının uygulanmasını AİHS m.8'den kaynaklanan aile hayatına saygı hakkına haksız bir müdahale olarak nitelendirmiş ve ardından kamu düzenine dayanarak Hollanda hukukunu uygulamıştır²⁶⁷. Başka bir mahkeme ise, uygulanacak hukuk olarak tespit edilen Nijerya hukukuna göre mahkeme kararıyla babalık hükmü verilmesinin mümkün olmamasını yeterli görerek doğrudan AİHS m.8'in ihlal edildiğine hükmetmiştir²⁶⁸. İlginçtir ki mahkeme bu davada, kamu düzeni müdahalesine hiç değinmeksizin doğrudan AİHS m.8'i uygulamıştır.

Buna mukabil, Hollanda Yargıtayının önüne gelen ve mutad meskeni Surinam'da olan Surinam vatandaşı çocuğun soybağının mahkeme kararıyla kurulmasına ilişkin bir davada, Yargıtay soybağının mahkeme kararıyla kurulması mümkün olmayan Surinam hukukunun uygulanmasının AİHS m.8'i ve/veya kamu düzenini ihlal etmediğine ilişkin temyiz mahkemesinin kararını onamıştır. Söz konusu davada annenin Surinam hukuku uygulanarak çocuk ile biyolojik baba olduğunu kabul eden Hollanda vatandaşı erkek

²⁶⁶ Lahey mahkemesinin 3 Kasım 2008 tarihli kararı için bkz.: Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.172 dn.87.

²⁶⁷ Amsterdam Bölge Mahkemesinin 9 Şubat 2006 tarihli kararı için bkz.: Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.172, dn.85. İlginçtir ki, bu davada yabancı hukukun istenmeyen sonuçlarını bertaraf etmek için kullanılan kamu düzeni müdahalesi, mahkeme tarafından kendi kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını bertaraf etmek için kullanılmıştır.

²⁶⁸ Haarlem Mahkemesinin 11 Aralık 2012 tarihli kararı için bkz.: Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.173 dn.91.

arasında soybağının kurulması talebinin reddedilmesinin Hollanda kamu düzenini ve/veya AİHS m.8 ve 14'ü ihlal edeceği, dolayısıyla davaya Hollanda hukukunun uygulanması gerektiğine yönelik itirazı temyiz mahkemesince reddedilmiştir. Hollanda mahkemesi, babanın çocuğun biyolojik babası olduğundan yola çıkarak çocuğu yurt dışında da tanıyabileceğini, Hollanda hukukunda çocuğun soybağının mahkeme kararıyla kurulması mümkün olmasına rağmen yabancı hukukta mümkün olmamasının söz konusu yabancı hukukun bertaraf edilmesi için bir sebep olmadığını belirtmiştir. Yabancı hukukun tatbikinin çocuk için tahammül edilemez bir duruma yol açacak istisnai hallerde bertaraf edilebileceği, ancak çocuğun yurt dışında da tanınması mümkün olduğundan olayda tahammül edilemez bir durum olmadığı gerekçesiyle talebi reddetmiştir²⁶⁹.

Hollanda mahkemeleri, benzer davalarda aynı kriteri kullanmalarına rağmen farklı sonuçlara varmıştır. Diğer kararlardan farklı olarak, Hollanda Yargıtayı baba için Surinam'da babalık ilişkisini makul bir süre içerisinde tesis etmek mümkün olacağından AİHS m.8'in ihlal edilmeyeceğine karar vermiştir. Yüksek mahkemenin kararına gerekçe teşkil eden babalık ilişkisinin kurulmasına ilişkin bir alternatif yolun diğer davalarda bulunmayışı nedeniyle yabancı hukukun uygulanmasının AİHS m.8'i ihlal edebileceği varsayılmış olabilir. Bununla beraber, çocuğun soybağının kurulması gibi önemli hukuki sonuçları olan bir bağ tesis edilecek olduğu göz önüne alındığında, “*çocuğun yararı ilkesi*” olarak nitelendirilen çocuğu ilgilendiren konularda onun öncelikli ve üstün menfaatinin gözetilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan, mahkemelerin çocuğu ilgilendiren bu tür önemli hususların esnek bir tutum sergilenerek belirsizliğe bırakılması dahi çocuğun gerek AİHS m.8 kapsamında gerekse ÇHS m.7 kapsamında korunan anne-babasını bilme (right to know parents) ve/veya onlar tarafından bakılma (right to be cared) hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurabilir. Zira bu hakların kullanılabilmesi öncelikle anne ve/veya baba ile bir soybağı ilişkisini gerekli kılmaktadır.

Burada üzerinde özellikle durulması gereken bir husus da çocuğun yararı ilkesidir. Çocuğun yararı ilkesinin, aile hukukuna ilişkin maddi hukuk düzenlemelerinin

²⁶⁹ Hollanda Yargıtayının 12 Aralık 2008 tarihli kararı için bkz.: Kiestra, **Article 1 ECHR**, s.2 dn.2.

ruhuna sirayet etmiş bir prensip olmanın yanı sıra, milletlerarası özel hukukun kapsamına giren uyuşmazlıklarda da mahkemelerin riayet etmesi gereken bir ilke olduğunu belirtmeliyiz. Çocuk haklarına ilişkin uluslararası belgelerde²⁷⁰ açıkça düzenlenen çocuğun yararı ilkesi Türk Anayasasında açıkça düzenlenmese de birçok hükmünden çıkarılabilecek genel bir ilkedir²⁷¹. ÇHS m.3'te kamusal makamların çocukları ilgilendiren her türlü faaliyetinde temel düşüncenin çocuğun yararı olduğu ifadesiyle Sözleşmenin en önemli unsurunun çocuğun yararı olduğu ifade edilmiştir. Her ne kadar spesifik olarak çocuk haklarını düzenlememiş olsa da, özellikle AİHS m.8'e ilişkin şikayet başvurularında AİHM'nin özellikle velayet, kişisel ilişki kurulması, soybağının kurulması ve evlat edinme gibi çocuğu ilgilendiren hususlarda ulusal makamların kararlarını çocuğun üstün yararını göz önünde bulundurarak vermeleri gerektiğini birçok kararında zikretmiştir²⁷². Dolayısıyla, aile hukukuna ilişkin kuralların birçoğunun kamu düzeninden olduğu göz önüne alındığında²⁷³, çocuğun yararı ilkesini kamu düzenine ait bu kurallar vasıtasıyla somutlaşan bir üst norm olarak nitelendirmek mümkündür²⁷⁴. Bu nedenle, anne ve/veya babanın hakları ile çocuğun çıkarlarının çatıştığı durumlarda çocuğun yararına öncelik verilmesini gerekli ve hatta zorunlu kılan bu ilkeye yabancı unsurlu davalarda da riayet edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, ÇHS, AİHS ve anayasal haklara açıkça atıf yapılsın veya yapılmassın, yabancı hukukun tatbikinin veya yabancı bir kararın tanınması ve tenfizinin söz konusu olduğu davalarda çocuğun yararını dikkate almayan yabancı hukuk kuralının uygulanması, yukarıdaki sözleşme hükümlerine açıkça aykırılık teşkil edebilecektir.

²⁷⁰ ÇHS m.3'te ve Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği Şartı m.4'te açıkça benimsenen bu ilke, Türkiye'nin de taraf olduğu Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 1. maddesinde de ifade edilmiştir. Sözleşme için bkz.: RG: 1.2.2001- 24305.

²⁷¹ İlkenin anayasal boyutta temelleri sosyal devlet ilkesine atıf yapan AY m.2 hükmü ile ailenin korunması ve çocuk hakları başlıklı AY m.41 vd. hükümlerine dayandırılmaktadır. Hatta AY m.41'de devletin çocuğun korunması konusundaki görevinin "*özellikle*" ifadesiyle pekiştirildiği belirtilmektedir. Bkz.: Günseli Öztekin Gelgel, "Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırımları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi** Y.4 S.8, Güz 2005/2, s.127-128; Burak Huysal, **Devletler Özel Hukukunda Velâyet**, Legal, İstanbul 2015, s.154-155.

²⁷² Örneğin bkz.: Elshoz v. Almanya, no.25735/94, 13 Temmuz 2000, para.48; Sommerfeld v. Almanya, no.31871/96, 8 Temmuz 2003, para.62; Zunegeger v. Almanya, no. 22028/04, 3 Aralık 2009, para.60-63; Pini ve Diğerleri v. Romanya, no.78028/01 ve 78030/01, 22 Haziran 2004, para.144.

²⁷³ Yargıtayın, esasen yabancı hakem kararının tenfizi ile ilgili olan bir kararda özel hukukta kamusal nitelikteki kuralların genellikle aile, miras ve eşya hukukunda yer aldığına dair tespiti için bkz.: Yargıtay 15. HD, E.2014/2183, K.2014/3226, T.12.05.2014, (Lale, **a.g.e.**, s.618 vd.).

²⁷⁴ Huysal, **Velâyet**, s. 156.

Bu noktada, ulusal mahkemeler, nadiren de olsa velayet, kişisel ilişki kurma veya evlat edinme gibi çocuğu ilgilendiren konularda, AİHS’ni veya ÇHS’ni referans alarak kamu düzeni müdahalesini nadiren devreye sokmakla beraber, bazı kararlarında da çocuğun yararı ilkesi üzerinden değerlendirmede bulunmaktadır. Örneğin, Fransız Yargıtayının önüne gelen bir davada, Fransız vatandaşı karı-koca Brezilya’da “basit evlat edinme” yoluyla evlat edindikleri Brezilya vatandaşı bir çocuğu Fransa’da “tam evlat edinme” ilişkisi kuracak şekilde evlat edinmek istemekteydi. Zira ilgili Brezilya hukukuna göre, Brezilya’da ikamet etmeyen yabancıların Brezilyalı bir çocuğu tam evlat edinme ilişkisi kuracak şekilde evlat edinmeleri mümkün değildi. Bu davada Yargıtay, Brezilya hukuku uyarınca “basit evlat edinme” olarak kurulan evlatlık ilişkisinin AİHS m.8, m.12 ve m.14 hükümleri ve MSHS m.23 hükümleri yanı sıra Fransız kamu düzenine aykırı olup olmadığını incelemiştir. Burada, basit evlat edinme ilişkisinin özellikle AİHS m.8’den çıkarılan çocuğun bir aileye sahip olmak hakkıyla bağdaşıp bağdaşmadığı ele alınmıştır. Fransız Yargıtayı, basit evlat edinmeye ilişkin ilgili kuralın Brezilya kanun koyucusu tarafından, ailesiyle ve ülkesiyle olan bağlarının ortadan kalkarak ailesi ve ülkesine manevi olarak yabancılaşmaması amacıyla getirildiği tespitinde bulunmuştur. Fransız Yargıtayı, sonuçta yabancı hukuk kuralını Fransız kamu düzeni süzgecinden geçirmek yerine, ondan bağımsız olarak ve doğrudan AİHS filtresinden geçirmiş²⁷⁵ ve ardından çocuğun üstün menfaatleri doğrultusunda çıkarılan ilgili yabancı hukuk kuralının ne Fransız yerel kamu düzeniyle ne de AİHS ve MSHS hükümleriyle çelişmediği gibi onları ihlal etmediğine hükmetmiştir²⁷⁶.

Benzer şekilde Etiyopyalı bir çocuğun Türk vatandaşları tarafından evlat edinilmesinin söz konusu olduğu bir davada, açıkça AİHS veya ÇHS’ye atıf yapılmasa da, kamu düzenine aykırılık değerlendirmesinde çocuğun üstün yararı ilkesinin nasıl ele alınması gerektiği Yargıtay tarafından açıkça ortaya konmuştur²⁷⁷. Yerel mahkeme,

²⁷⁵ Burada belirtmek gerekir ki, Fransız Yargıtayı ilk olarak AİHS m.1’a atıf yaparak davanın Fransa’nın yetki alanı içerisine girdiği tespit etmiştir. Ardından, ayrımcılık yasağı içeren AİHS m.14 hükmüne değindikten sonra, ileri sürülen hak ihlali bir taraf devletin yetki alanı içerisinde gerçekleştiği sürece taraf bir devletin vatandaşlığına sahip olup olmamanın AİHS’nin uygulanabilir olması için ne bir ön koşul ne de bir şart olmadığını ifade etmiştir.

²⁷⁶ Fransız Yargıtayının 31 Ocak 1990 tarihli kararı için bkz.: Thoma, **a.g.m.**, s.14.

²⁷⁷ Bu noktada, Etiyopya mahkemesinin verdiği evlat edinme kararının tanınması istenmiş olmasına rağmen, Yargıtayın çocuğun yararı ilkesiyle kamu düzeni arasındaki ilişkiyi MÖHUK m.5 kapsamında incelediğini belirtmek gerekir.

MK m.305/1’de yer alan “*çocuğun evlat edinenler tarafından bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması*” koşulunun sağlanmamış olduğu gerekçesiyle kararı kamu düzenine aykırı bulmuştur. Söz konusu davada, çocuk doğumundan itibaren altı buçuk ay sonra evlat edinilmiştir. Yargıtay, ilk olarak Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşmenin²⁷⁸ amaçlarına atıf yaparak, ülkelerarası evlat edinmelerin küçüğün yüksek yararı gözetilerek yapılması için koruyucu tedbirler alınması gerektiğini, Sözleşmenin 4. maddesinde uluslararası evlat edinmenin şartlarının gösterildiğini ve belirli bir süre bakım ve eğitim şartının aranmadığını belirtmiştir. Ardından, yabancı ülkede gerçekleşen bir evlat edinme ilişkisinde Türk hukukunun aradığı bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olma şartının gerçekleşmemesinin çocuğun yüksek yararı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ve böyle bir şartın sağlanmamasının çocuğun yüksek yararları dikkate alındığında Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmeyeceğine hükmetmiştir. Böylece birçok ülke hukukunda Türk hukukundan farklı şekilde düzenlenen böyle bir kuralın çocuğun yüksek yararı gözetilerek değerlendirilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır²⁷⁹. Dolayısıyla, Sözleşmenin aradığı şartlara atıf yapması nedeniyle evlat edinmeye ilişkin bir uluslararası sözleşmenin de etkisiyle verildiği söylenebilecek böyle bir kararın, evlat edinme ilişkilerinde çocuğun yararı ilkesini esas alan AİHM içtihatları ile de uyumunu söyleyebiliriz. Bu bakımdan, Yargıtayın bir yıl bakma ve eğitme şartını katı bir şekilde yorumlayarak bu şartı yerine getirmeyen yabancı hukuk kurallarına istinaden tesis edilen evlat edinme ilişkilerinin kamu düzenine aykırı olduğu şeklindeki içtihatlarından²⁸⁰ dönüş yaptığını söyleyebiliriz. Hiç şüphesiz, yabancı unsurlu evlat edinmelerde çocuğun yararını esas alan böyle bir yaklaşım gelecekte AYM nezdinde AİHS m.8 ve AY m.41’e dayanan bir ihlal iddiasıyla karşılaşma ihtimalini de azaltacaktır.

Esasen, çocuğun yararını esas alan bir yorum tarzı sadece çocukların evlat edinilmesi bakımından değil, özellikle çocuğun velayeti ile anne-babasıyla kişisel ilişki kurma hakkı bakımından da önem arz etmektedir. Zira AİHM yerel nitelikli birçok özel

²⁷⁸ RG: 19.4.2004 – 25438.

²⁷⁹ Yargıtay 18.HD, E.2013/9858, K.2013/13957, T.24.10.2013, (Lale, **a.g.e.**, s.34 vd.).

²⁸⁰ Bkz.: Yargıtay 2.HD, E.2004/6944, K.2004/7910, T.15.6.2004, (Çevrimiçi, www.kazanci.com, 18 Ekim 2018).

hukuk uyuşmazlığında ulusal makamların çocuğun menfaatlerini dikkate almaları gerektiğini, aksi bir durumun sadece çocuğun değil, ebeveyn(ler)in AİHS m.8'den kaynaklanan haklarını ihlal edebileceğini belirtmektedir. Her ne kadar, yerel veya yabancı nitelikli uyuşmazlıklarda çocuğun yararı ilkesi ışığında zaman zaman ele alsalar da²⁸¹, mahkemelerin kamu düzeni müdahalesini yanlış yorumlamalarının ve uygulamalarının, sadece bu ilkenin değil AİHS ve ÇHS hükümlerinin ihlaline sebebiyet verebileceğini belirtmek gerekir.

Yabancı hukukun tatbiki suretiyle Sözleşmesel haklara aykırılık sadece aile hukuku değil, kişiler hukukuna ilişkin konularda da gündeme gelebilmektedir. Cinsiyet değişikliğinin hukuki sonuçlarına uygulanacak yabancı hukukun bireylerin temel haklarını ihlal edip etmediği meselesi buna örnek verilebilir. Fransız mahkemelerinin önüne gelen olayda bir Arjantin vatandaşı erkek vatandaşı olduğu ülkede cinsiyet değişikliği sonucunda kadın cinsiyetine geçtikten sonra, ülkesinde birtakım insanlık dışı ve ayrımcı muamelelere maruz kalmış, bunun akabinde Fransa makamlarına mülteci statüsüyle başvurmuştur. Fransız makamları başvuruyu kabul edip ikamet izni vermekle beraber kayıtlara “kadın” olarak işlemiştir. Bunun üzerinde, davacı Fransız makamlarınca verilen ve Arjantin'deki doğum belgesine tekabül eden belgenin değiştirilmesi talebiyle Fransız mahkemelerinde dava açmıştır. Bu dava davacının milli hukuku olan Arjantin hukukunun böyle bir cinsiyet değişikliğine izin vermemesi ve dolayısıyla böyle bir değişikliğin sonuçlarını da kabul etmemesi nedeniyle reddedilmiştir. Ayrıca, Arjantin hukukunun tatbikinin Fransız kamu düzenine uygun olduğu da tespit edilmiştir. Ancak Fransız Yargıtayı, insan haklarının Fransız kamu düzeninin bir parçası olduğunu belirterek Arjantin hukukunun özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını güvence altına alan AİHS m.8 hükmüne aşık bir şekilde aykırılık teşkil ettiğini tespit etmiştir. Ayrıca, AİHS m.1 ve m.14 hükmü uyarınca AİHS'nin bir taraf devletin yetki alanına giren herkese doğrudan uygulanabilir olduğunu, dolayısıyla somut olayda Arjantin hukukunun uygulanmasının AİHS ve

²⁸¹ Örneğin bkz.:Yargıtay 2.HD, E.2007/4214, K.2008/1476, T.13.2.2008, (Ekşi, **5718 Kararlar**, s.3); Yargıtay 2.HD, E.1991/2108, K.1991/3555, T.28.2.1991, (Aysel Çelikel/Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku (Örnek Olaylar Mahkeme Kararları**, 7. Bası, İstanbul 2001, s.415); Yargıtay 2.HD, E.2003/5521, K.2003/8457, T.9.6.2003 (Öztekin Gelgel, **a.g.e.**, s.127).

Fransız hukuk düzeni bakımından uygun olmayacağını belirtmiştir²⁸². Olaydan anlaşıldığı kadarıyla, o zaman yürürlükte olan Arjantin hukukuna göre cinsiyet değişikliği hiçbir şekilde mümkün değildi ve dolayısıyla bu cinsiyet değişikliğinin hukuki sonuçlarının da kabul edilmesi söz konusu değildi. Cinsiyet değişikliği bireyin cinsel yönelim ve cinsel kimliğini ilgilendirmesi sebebiyle özel hayat saygı hakkını düzenleyen AİHS m.8 kapsamına girmektedir ve bu hakkın sınırlandırılması, diğer bir ifadeyle müdahale edilmesi mümkündür²⁸³. Dolayısıyla cinsiyet değişikliğine hiçbir şekilde izin vermeyen yabancı hukukun uygulanmasının engellenmemesi, söz konusu hakka ölçüsüz bir müdahale teşkil edebileceği söylenebilir²⁸⁴.

Görüldüğü üzere, çeşitli hukuk düzenlerinde yabancı hukukun tatbiki ile temel hak ve özgürlüklere aykırılık (ve kamu düzeni) ilişkisinin mahkemeler tarafından nadiren de olsa ele alındığını görmekteyiz. Bu kararların bir kısmında mahkemeler tarafından açıkça ilgili AİHS hükümlerine veya diğer insan hakları belgelerine ya da anayasal hükümlere dayanılmakta iken bir kısmında ise temel hakların da kamu düzeninden olduğu mülahazasından hareket edildiğini görmekteyiz. Bazı kararlarda ise, mahkemeler söz konusu sözleşmelerin veya anayasal hükümlerin korumayı hedeflediği çocuğun yararı ilkesi gibi bazı temel değerleri kamu düzeniyle ilişkilendirerek karar vermiştir. İkinci olarak, kararların ekseriyetinin aile hukuku ve kişiler hukuku ile ilgili olduğu görülmektedir. Aile ve kişiler hukukunun bireylerin korunması ve bireyler vasıtasıyla toplumun korunmasını esas alan kurallardan oluştuğu göz önüne alındığında, bu durum şaşırtıcı değildir. Zira daha önce de ifade ettiğimiz üzere, bu hukuk dalları, bir toplumun dini, ahlaki ve kültürel anlayışından fazlasıyla etkilenmektedir. Bu da, özel hukukun bazı alanlarının otomatikman kamu düzeninden addedilerek yabancı hukukun tatbik edilmesine daha fazla müdahale edilmesi ihtimalini artırmaktadır. Dolayısıyla yabancı hukukun tatbiki suretiyle ortaya çıkacak sonucun davanın taraflarının veya üçüncü bir kişinin temel hak ve özgürlüklerine dolayısıyla kamu

²⁸² Fransız Yargıtayının 14 Temmuz 1994 tarihli kararı için bkz.: Thoma, **a.g.m.**, s.15.

²⁸³ Bkz.: Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.206 vd.

²⁸⁴ Belirtmek gerekir ki, aynı mahkeme bu karardan birkaç sene evvel (1990) Fransız toplumunun temel kurallarını zayıflattığı ve negatif olarak algılandığı gerekçesiyle cinsiyet değişikliğini kabul etmemiştir. Daha sonra, Fransa cinsiyet değişikliğini kabul etmemesi nedeniyle AİHM tarafından mâhkum edilmiş ve ardından yasalarında değişiklik yapmıştır. Bkz.: Thoma, **a.g.m.**, s. 15, dn.13.

düzenine aykırı olup olmadığının mahkemeler tarafından değerlendirilebilmesi imkânını da azaltmaktadır.

Bunun dışında, yabancı hukukun tatbikine karşı temel haklara aykırılığın ulusal mahkemeler önünde çok fazla tartışılmaması, devletlerin öngörmüş olduğu milletlerarası özel hukuk rejiminden de kaynaklanabilir. Örneğin İngiliz hukukunda boşanmadan ayrılığa, velayetten vesayete, evlat edinmeden nafakaya yabancı unsurlu uyuşmazlıkların birçoğunda *lex fori*'nin tatbiki öngörülmüştür. Ayrıca, İngiliz hukukunda yabancı hukukun taraflarca iddia ve ispat etmesi gereken bir maddi vakıa olarak kabul edilmesi de İngiliz mahkemelerinde yabancı hukukun tatbik edilmesi ihtimalini azaltmaktadır. Dolayısıyla diğer ülkelere nazaran kamu düzeni müdahalesine en sık başvuru alan olan aile hukukunda yabancı hukukun tatbikine karşı kamu düzeni müdahalesine başvurma ihtiyacının ortadan kalktığı ifade edilmektedir²⁸⁵.

iv. Yabancı Hukukun Tatbikinin Kamu Düzenine Aykırılık Gerekçesiyle Engellenmesinin AİHS'ne Aykırılık Teşkil Edip Etmeyeceği Meselesi

Yabancı hukukun maddi hukuk kurallarının somut uyuşmazlığa tatbiki halinde elde edilen neticenin kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi halinde, kamu düzeninin menfi etkisi gereği yabancı hukukun tatbikinden vazgeçilerek, yerine *lex fori* tatbik edilecektir (MÖHUK m.5). Hiç şüphesiz, bu husus temel haklara aykırılık halinde de söz konusu olacaktır. Bu bakımdan, kamu düzeni müdahalesi kanunlar ihtilafı kurallarının ve ardından yabancı hukukun tatbiki suretiyle ortaya çıkan ve *lex fori* tarafından istenmeyen bir neticeyi değiştirmesi nedeniyle “*düzeltilme aracı (a correcting device)*” fonksiyonu görmektedir²⁸⁶. Bununla beraber, temel hak ve özgürlüklerin AİHM önüne gitmeden yerel seviyede korunmasını temin eden bir mekanizma vazifesi gören kamu düzeninin mahkemelerce yanlış anlaşılması veya yorumlanması da mümkündür.

²⁸⁵ Dicey/Morris/Collins, **The Conflict of Laws**, Fourteenth Edition, Vol.1, Sweet & Maxwell, London 2006, s.93; Morris/McClean/Ruiz Abou-Nigm, **a.g.e.**, s.72; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.170.

²⁸⁶ Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.23.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlıkta yabancı hukukun tatbikinin kamu düzeni müdahalesiyle engellenmesi istisnaen başvurulacak bir yöntemdir. Böyle bir durumda, kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edecek bir durum olmamasına rağmen yabancı hukukun tatbikinin (veya yabancı bir kararın tanınması ve tenfizinin) kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle engellenmesi bireylerin AİHS’nden kaynaklanan haklarının ihlal edilmesine yol açabilir. Örneğin, yabancılık unsuru içeren bir velayet davasında hâkim, yabancı hukukun Türk kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğinden bahisle uyuşmazlığa yabancı hukuk yerine MÖHUK m. 5 gereği Türk hukukunu uygulayacaktır. Bu halde kamu düzeni müdahalesi, *lex fori*’nin uygulanması lehine yabancı hukukun uygulanmasına engel olmaktadır. Böyle bir durumda, taraflardan birinin veya üçüncü bir kişinin (örneğin velayeti hakkında karar verilen bir çocuğun) AİHS’de güvence altına alınan haklarının (örneğin aile hayatına saygı hakkının) ihlal edilmesi ihtimali gündeme gelebilir. Diğer bir ifadeyle, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesini engellemek gibi insan hakları açısından olumlu, bir fonksiyon gören kamu düzeninin bireylerin temel haklarını ihlal edici bir araca da dönüşmesi mümkündür.

Çalışmamızın bu kısmında, kamu düzeninin yanlış anlaşılabilir veya yorumlanarak kullanılmasının (ve *lex fori*’nin tatbikine yol açmasının), AİHS’nde yer alan temel hak ve özgürlüklere aykırılık teşkil edip etmeyeceği meselesini ele alacağız. Her ne kadar bu konu AİHM tarafından doğrudan veya ulusal mahkemeler tarafından ya da doktrinde incelenmemiş olsa da, kamu düzeninin veya kamu düzeninden sayılan bazı kuralların yanlış anlaşılması ve yorumlanması gelecekte böyle bir ihlalin ortaya çıkma ihtimalini gündeme getirmektedir. Özellikle özel hukukun muhtelif alanlarının Yargıtay tarafından kamu düzenine ilişkin olduğu ve bu konularda doğrudan Türk maddi hukuk kurallarının uygulanacağı kabul edilerek yabancı hukukun tatbikinin kamu düzenine aykırılık vasıtasıyla engellendiği Türk hukuku bakımından bu konu, en azından teorik de olsa, özel bir önem arz etmektedir. Zira özel hukukun muhtelif alanlarına ilişkin yabancı unsurlu davalarda, yabancı hukukun tatbiki, yabancı hukukun maddi hukuk kurallarının içeriği ve sonuçları değerlendirilmeksizin, sırf buna tekabül eden Türk maddi hukuk kurallarının emredici nitelikte olduğu gerekçesiyle yabancı hukukun tatbiki engellenmektedir. Yine, kamu düzeninden sayılan bu konulara ilişkin Türk

maddi hukuk hükümlerine aykırı yabancı kararların tanınması ve tenfizi dahi reddedilmektedir. Hiç şüphesiz, hukukun yanlış uygulanma(ma)sı olarak temyize tabi tutulabilecek bu konunun bireylerin uyuşmazlığın niteliğine bağlı olarak AİHS'nin koruması altında olan herhangi bir temel hakkına (örneğin P-1 m.1'e) müdahale ettiği AİHM nezdinde dahi ileri sürülebilecektir.

Kamu düzeni kriterinin yanlış değerlendirilmesi ve uygulanmasının AİHS'ne aykırılık teşkil edebileceğine örnek olarak yabancı unsurlu velayet uyuşmazlıkları verilebilir. Türk hukukunda, boşanma davalarında müşterek çocuğun velayeti eşlerden birine verilmek suretiyle karara bağlanırken (MK m.336), bazı ülke hukuklarında boşanan eşlerin veya evli olmayan ebeveynlerin velayeti birlikte kullanabilmektedir (İsviçre MK. m.297/2, m.298a/1). Bununla birlikte, Yargıtay boşanmış eşlere çocuğun velayetinin birlikte verilmesini öngören yabancı hukuk kurallarının veya yabancı kararların, velayetin kamu düzenine ilişkin olduğu ve müşterek velayetin Medeni Kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ettiği görüşündedir²⁸⁷. Buna karşın, söz konusu kararlardan velayet hakkının Türk kamu düzenini nasıl ve niçin ihlal ettiğine ise değinmemektedir.

Doktrinde de ifade edildiği üzere, çocuğun velayetinin doğrudan boşanan eşlerden birine bırakılması kanun koyucunun hukuki ve sosyal bir tercihi olup yabancı bir hukukun Türk hukukundan farklı bir tercihte bulunmuş olmasının kamu düzenini ihlal edecek bir yönü bulunmamaktadır²⁸⁸. İç hukukta kamu düzeninden sayılan bir husus, milletlerarası özel hukuk anlamında da kamu düzeninden sayılmayabilir. Dolayısıyla, burada çocuğun öncelikli ve üstün menfaati göz önüne alınarak yorum yapılması gerektiği ifade edilmektedir²⁸⁹. Gerçekten burada önemli olan velayet

²⁸⁷ Yargıtay 2.HD, E. 2004/13947, K. 2004/15854, T.27.12.2004, (www.kazanci.com, 20 Şubat 2017); Yargıtay 2.HD, E.2004/12285, K.2004/13680, T.22.11.2004, (www.kazanci.com, 20 Şubat 2017); Yargıtay 2.HD, E.2003/2818, K.2003/3889, T.20.3.2003 (İBD, C.77, S.4, 2003, s.1008-1009); Yargıtay 2.HD, E.2006/6824, K.2006/13638, T.10.10.2006, (www.kazanci.com, 20 Şubat 2017); Yargıtay 2.HD, E.2006/2773, K.2006/9267, T.12.6.2006 (Ruhi, **a.g.e.**, s.367-368); Yargıtay 2.HD, E.2003/3784, K.2003/4670, T.2.4.2003, (www.kazanci.com, 20 Şubat 2017); Yargıtay 2.HD, E.2003/4019, K.2003/5500, T.15.4.2003, (www.kazanci.com, 20 Şubat 2017); Yargıtay 2.HD, E.2012/21186, K.2013/7440 T.19.3.2013, (www.kazanci.com, 20 Şubat 2017).

²⁸⁸ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.86-87.

²⁸⁹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.733; Nomer, **DHH**, s.531 dn.272; Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 548; Faruk Kerem Giray, **Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi**, Beta, İstanbul 2010, s.293.

müessesesinin gayesidir. Velayete ilişkin konularda üstün tutulması gereken, toplumun veya annenin ve/veya babanın menfaati değil bizzat çocuğun menfaatlerinin korunmasıdır²⁹⁰. Bu bakımdan, (müşterek) velayete ilişkin yabancı hukuk kuralının veya yabancı kararın kamu düzenine aykırı olup olmadığı meselesi ilk ve öncelikli olarak çocuğun yararı ilkesi ışığında değerlendirilmelidir²⁹¹.

Nitekim Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, doktrinde sıkça eleştiriye maruz kalan bu anlayışı terk etmiş görünmektedir. Bu kararında Yargıtay, müşterek velayet düzenlemesinin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı veya temel çıkarını ihlal ettiğini söylemenin mümkün olmadığına hükmetmiştir. Yargıtay bu kararında açıkça P-7 m.5'e atıf yaparak, P-7 m.5'te "*eşler bakımından, evlilik süresince ve evliliğin bitmesi halinde kendi aralarında ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanacağı*" hükmüne açıkça işaret etmiştir. Böylece, İngiliz vatandaşı tarafların evlilik dışı çocuklarını velayetinin anne ve babaya müştereken verilmesi talebini –İngiliz hukukunun müşterek velayete izin veren hükümlerini dikkate almaksızın- müşterek velayetin Türk kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle reddeden yerel mahkeme kararını bozmuştur²⁹².

Yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşıldığı üzere, somut davada müşterek velayeti öngören yabancı hukuk kuralının tatbikinin çocuğun menfaatini korumaya hizmet edip etmeyeceği veya tenfize konu müşterek velayet kararında çocuğun menfaatinin gözetilip gözetilmediği değerlendirilmeksizin yabancı hukuku/yabancı

²⁹⁰ Giray, **Çocuk Kaçırma**, s.293.

²⁹¹ Nitekim bu husus, velayet kararlarının tenfizine ilişkin Yargıtayın oyçokluğu ile verdiği bazı kararlarında yer alan muhalefet şerhlerinde dolaylı olarak ifade edilmiştir. Söz konusu muhalefet şerhlerinde, Türkiye'nin taraf olduğu Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesine göre, yabancı kararın sonuçlarının talep edilen devletin aile ve çocuk hukukunun temel ilkeleriyle bağdaşmaması halinde istegin reddedilebileceği ifade edilmiştir. Ayrıca, velayetin anne ve babaya birlikte verilmesi Türk hukuk tatbikatına uygun olmamakla birlikte açıklandığı gibi Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmeyeceği belirtilmiştir. Böylece, aile ve çocuk hukukunun temel ilkelerinden biri olarak kabul edilen çocuğun yararı ilkesine dolaylı da olsa değinildiğini söyleyebiliriz. Söz konusu muhalefet şerhleri için bkz.: Yargıtay 2.HD, E.2004/12285, K.2004/13680, T.22.11.2004, (www.kazanci.com, 20 Şubat 2017); Yargıtay 2.HD, E.2006/6824, K.2006/13638, T.10.10.2006, (www.kazanci.com, 20 Şubat 2017); Yargıtay 2.HD, E.2006/2773, K.2006/9267, T.12.6.2006 (Ruhi, **a.g.e.**, s.367-368).

²⁹² Bkz.: Yargıtay 2.HD, E.2016/15771, K.2017/1737, T.20.2.2017, (Çevrimiçi, www.kazanci.com, 28 Ağustos 2018).

kararı kamu düzenine açıkça aykırı kabul etmek, çocuğun yararı ilkesine aykırılık teşkil edebilecektir. Bu bakımdan, Türk mahkemelerinin yabancı unsurlu velayet davalarında kamu düzeni kavramının içeriğine ve uygulanmasına ilişkin yaklaşımlarının, ÇHS m.3 ve m.18 ile AİHS m.8, P-7 m.5 ile uyumlu olması gerekmektedir. Aksi bir düşünce veya uygulamanın AİHM'nin velayet, kişisel ilişki, evlat edinme gibi konularda çocuğun üstün menfaatine özel bir ağırlık verdiği göz önüne alındığında, MK. m.366 hükmünün ve bu kapsamda kamu düzeni kavramının böyle katı ve dar bir şekilde yorumlanması, çocuğun AİHS m.8'den kaynaklanan haklarına ölçüsüz bir müdahale olarak nitelendirilebilir. Ayrıca, kamu düzeni kavramının bu şekilde yorumlanması, davanın Türk hukukuna göre karara bağlanması sonucu MK m.366 uyarınca kendisine velayet hakkı verilmeyen diğer ebeveynin AİHS m.8'de güvence altına alınan haklarının ihlal edilebileceği de unutulmamalıdır. Bu bakımdan, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin yukarıda değindiğimiz kararıyla birlikte Türk mahkemelerinin müşterek velayete ilişkin bakış açısının bireylerin Sözleşmesel haklarının gözetilmesi lehine değişeceğini söylemek mümkündür.

Yargıtayın kamu düzenine aykırılık konusundaki bu katı anlayışı yabancı unsurlu evlat edinme ilişkilerinde de -en azından şimdilik- sürdürdüğünü belirtmek gerekir. Türk hukukunun aramış olduğu evlat edinmeye ilişkin küçüğün bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması, evlat edinenle evlat edinilen arasında on sekiz yaş farkının bulunması gibi bazı şekli şartların yabancı hukuk tarafından tam olarak karşılanmaması veya getirilmemiş olması kamu düzenine aykırı kabul edilmektedir²⁹³. Oysa Türk hukukunun aramış olduğu evlat edinme koşulları, bazı farklılıklar olmakla birlikte, yabancı hukuklarda da benzer şekilde düzenlenmiştir²⁹⁴. Bu tür benzer kuralların da, tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi, evlat edinilen ile evlat edinen arasında sağlıklı bir evlat edinme ilişkisinin tesis edilmesini temin etmek gayesiyle getirildiği ve evlat edinilen küçüğün menfaatine hizmet ettiği söylenebilir²⁹⁵. Dolayısıyla, evlat edinme

²⁹³ Yargıtay 2.HD, E.2004/6944, K.2004/7910, T.15.6.2004, (www.kazanci.com, 20 Şubat 2017); Yargıtay 2.HD, E.2003/8317, K.2003/9830, T.30.6.2003, (RG: 14.8.2003-25199); Yargıtay 2.HD, E.2004/9169, K.2004/10282, T.20.9.2004, (RG: 13.10.2004-25612); Yargıtay 2.HD, E.2006/14063, K.2007/6141, T.12.04.2007, (www.kazanci.com, 20 Şubat 2017).

²⁹⁴ Türk hukuku ile Almanya, Fransa ve İsviçre gibi ülkelerin evlat edinmeye ilişkin maddi hukuk kurallarının mukayese edildiği bir çalışma için bkz.: Zeynep Derya Tarman/Işık Öney, "Milletlerarası Evlat Edinme Hukukunda Kamu Düzeni Engeli", **AÜHF**, C.60, S.2, 2011, s.335 vd.

²⁹⁵ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.177.

ilişkisinde kamu düzeni müdahalesinde rolü olabilecek unsur evlat edinme ilişkisinin çocuğun menfaatine olup olmadığıdır (MK m.305/2)²⁹⁶. Bu nedenle, yabancı hukukun evlat edinmeye ilişkin kurallarının Türk hukukuyla kıyaslandığında tam olarak karşılanmamış veya yerine getirilmemiş olması kamu düzeni müdahalesi için yeterli değildir. Yabancı hukuk kurallarının tatbikinin evlat edinilen çocuğun menfaatlerine aykırı olup olmadığını değerlendirme imkânı varken, tüm evlat edinme şartları kamu düzeninden sayılarak doğrudan Türk hukukunun uygulanması doğru değildir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, kamu düzeninin böyle katı bir yoruma tabi tutulması sadece evlat edinilen küçüğün ÇHS m.20 ve AİHS m.8'deki haklarına değil, evlat edinmek isteyen bireylerin AİHS m.8'de yer alan haklarına haksız bir müdahale teşkil edecektir. Şüphesiz, nasıl ki Yargıtay'ın müşterek velayet ile kamu düzeni müdahalesi arasındaki ilişki bakımından, temel hak ve özgürlükleri dikkate alarak bir içtihat değişikliğine gitmişse, yabancı unsurlu evlat edinme talepleri ve yabancı evlat edinme kararları bakımından da zaman içerisinde benzer şekilde değişebilecektir.

Kadına kocasının soyadını kullanma zorunluluğu getiren yabancı hukukun tatbikinin AİHS m.8 ve m.14'e ve P-7 m.5'e, dolayısıyla kamu düzenine aykırılık teşkil edebileceğini belirtmiştik. Bununla beraber, kamu düzenine aykırılık incelemesinin yanlış anlaşılacak yorumlanmasıyla yabancı hukukun eşlerin soyadı konusunda Türk hukukundan farklı sonuçlar öngörmesi yine bu hakların ihlal edilmesine yol açabilir. Özellikle isim değişikliği taleplerinin Yargıtay tarafından kategorik olarak kamu düzeninden kabul edilerek doğrudan Türk hukukunun uygulandığını belirtmek gerekir. Örneğin, Yargıtay yabancı ülkede evlenen ve o ülkede yabancı eşin soyadını alan Türk vatandaşı kocanın yeni soyadını nüfusa tescil ettirmek için açtığı davayı 2675 sayılı MÖHUK m.12 uyarınca eşlerin müşterek ikametgâhı olan İsviçre hukukuna göre kabul eden yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yargıtay bu davada, davalı tarafın Savcılık ve Nüfus İdaresi olması itibariyle mahkemenin teşekkül biçimi itibariyle talebin kamu düzeninden olduğunu, MÖHUK m.5 hükmünün dahi böyle bir davanın görülmesine engel olduğunu ifade etmiştir²⁹⁷. Yargıtayın karının kocasının soyadını taşımasının

²⁹⁶ Nomer, **DHH**, s.285, dn.115; Doğan, **MÖH.**, s.325; Tarman/Önay, **a.g.m.**, s.346.

²⁹⁷ Yargıtay 18.HD, E.1997/288, K.1997/1496, T.25.2.1997, Aysel Çelikel/Ergin Nomer/F. Kerem Giray/Emre Esen, **Milletlerarası Özel Hukuk – Pratik Çalışma Kitabı (Çözümlemiş Örnek Olaylar**

zorunlu olduğunu düzenleyen MK m.187 ile bağdaşmadığını düşünerek vermiş olabileceği belirtilen²⁹⁸ bu karar, sadece kamu düzeninin yabancı hukukun tatbikini ne şekilde engelleyeceğini düzenleyen MÖHUK m.5'i değil, yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarına uygulanacak hukuku düzenlediğini emredici olarak ifade eden MÖHUK m.1'i açıkça ihlal etmektedir²⁹⁹.

Kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla yabancı hukukun uygulanabileceğinin öngörüldüğü Türk hukukunda, yabancı hukuka uygun olarak karısının soyadını kazanmasının Türk kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle engellenmesinin (ve yerine MK m.187 hükmünün uygulanarak talebin reddedilmesinin), kocanın temel haklarına aykırılık teşkil edip etmeyeceği tartışılabilir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, MK m.187 veya başka bir kuralın Türk kamu düzeninden kabul edilerek yabancı hukukun tatbikine engel olabilmesi için bu kuralın koruduğu değer Türk hukukunun kendisinden vazgeçilmez temel prensiplerinden birini ihtiva etmesi gerekmektedir. Oysa kişilerin maddi ve manevi varlığının korunmasını güvence altına alan AY m.17 kapsamında korunan isim hakkını ihlaline ilişkin AYM kararları ile AİHS m.8'e ilişkin AİHM kararları ile birlikte değerlendirildiğinde, böyle bir hükmün Türk kamu düzeninin bir parçasını teşkil ettiğini ve yabancı hukukun tatbikine engel olacağını söylemek mümkün değildir³⁰⁰. Bilakis, bireylerin temel haklarını ihlal eden böyle bir hükmü kamu düzenine ilişkin saymak veya kamu düzeni müdahalesine gerekçe olarak kullanmak asıl Türk kamu düzeninin bir parçasını oluşturan AİHS hükümlerine aykırılık teşkil edecektir. Böyle bir durumda, Türk mevzuatındaki bir hükmün kamu düzeninden kabul ederek yabancı hukukun doğuracağı sonuçların doğrudan reddedilmesi, öncelikle kocanın AİHS m.8'in koruması altında olan isim hakkına³⁰¹

– **Seçilmiş Mahkeme Kararları**, 13. Baskı, Beta, İstanbul 2016, s.453. Kararın eleştirisi için bkz.: Esen, **Soyadı**, s.439 vd.

²⁹⁸ Esen, **Soyadı**, s.444.

²⁹⁹ Nitekim Yargıtayın aynı anlayışı, 5718 sayılı MÖHUK döneminde de sürdürdüğü söylenebilir. Örneğin, evliliğin genel hükümleri kapsamına giren MÖHUK m.13/3'ün uygulanması gereken bir soyadının düzeltilmesi talebine, uygulanacak hukuku hiç araştırmaksızın, doğrudan MK m.187 hükmünü uygulamış ve kadının halen evli olduğu gerekçesiyle kocasının soyadını kullanmaktan imtina edemeyeceği sonucuna varmıştır. Bkz.: Yargıtay 18.HD, E.2010/6570, K.2010/10314, T.6.7.2010, (Ekşi, **5718 Kararlar**, s.15).

³⁰⁰ Nuray Ekşi, “Medeni Kanunun Kadının Soyadına İlişkin Hükmünün AİHS, Anayasa, CEDAW ve MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi”, **YÜHFD, C.VIII, S.2 (2011)-C.IX, S.1 (2012), Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan**, s.329, Esen, **Soyadı**, s.449.

³⁰¹ Bkz.: Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.225 vd..

yasal olmayan ve/veya ölçüsüz bir müdahale teşkil edecektir. İkinci olarak, böyle bir yorumun kabul edilmesi, evlilik içinde karıya kocanın soyadını kullanma hakkı bahşeden bir düzenlemenin kocaya tanınmaması demektir ki cinsiyete bağlı ayrımcılık olarak nitelendirilebileceği gibi, eşler arasında eşitliği öngören P-7 m.5'e de açıkça aykırılık teşkil edecektir.

Kamu düzeni kriterinin yanlış anlaşılması ve uygulanmasının tarafların temel haklarına müdahale etmesi, sadece özel hukukun muhtelif alanlarının kategorik olarak kamu düzenine ilişkin kabul edilmesinden değil, ulusal mahkemelerin kamu düzeni müdahalesi için uyuşmazlığın ülkeyle olan ilişkisinin yoğunluğu konusundaki değerlendirmelerinden de kaynaklanabilir. Kamu düzeni müdahalesinin devreye girebilmesi için uyuşmazlığın az veya çok ülkeyle belirli bir ilişkisinin varlığı aranmaktadır. Özellikle yabancı hukukun temel haklara aykırı sonuçlar doğurması ihtimalinin bulunduğu durumlarda davanın ülkeyle olan ilişkisinin önemini kaybettiği görüşü dikkate alındığında, kamu düzeni müdahalesi için milletlerarası yetkiyi tesis etmeye yetecek derecede bir irtibatın varlığının yeterli görülmemesi bireylerin temel haklarını ihlal edecek sonuçlara yol açabilir. Bu bakımdan, daha önce ele aldığımız Cezayir vatandaşı çocuğun Fransa'da yaşayan bir Fransız vatandaşı ile soybağının kurulmasına ilişkin Fransız Yargıtayının kararında, mahkeme kararıyla soybağının kurulmasına izin vermeyen Cezayir hukukunun tatbikinin kamu düzenine aykırı olmadığı değerlendirilmesi tartışılabilir niteliktedir. Dolayısıyla, çocuk ile Fransız vatandaşı erkek arasında soybağının başka yollarla kurulması imkânının mevcut olup olmadığı bir yana, kamu düzenine aykırılık değerlendirmesinde çocuğun yararını göz önünde bulundurmaksızın doğrudan davanın Fransa'yla olan yakınlığının dikkate alınmasının AİHS m.8'e ve ÇHS m.7'ye aykırı olarak nitelendirilebileceği göz ardı edilmemelidir.

Belirtmek gerekir ki, kamu düzenine kriterinin yanlış anlaşılması ve uygulanması, bireylerin sadece AİHS m.8 m.14 veya P-7 m.5'te yer alan haklarına değil, AİHS'nde yer alan diğer haklara, özellikle P-1 m.1'de güvence altına alınan mülkiyet hakkına da müdahale teşkil edebilir. Örneğin, evlat edinmeye ilişkin yabancı hukukun tatbikinin veya yabancı bir kararın tanınmasının kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle

reddedilmesi, sadece evlatlık ilişkisini değil, evlatlık ilişkisinin muhtemel hukuki sonuçlarından biri olan evlat edinen veya evlat edinilecek şahsın birbirine mirasçılığını, dolayısıyla mülkiyet haklarını da ilgilendirmektedir. Bu kapsamda, AİHM'nin yabancı bir evlat edinme kararının tanınmasını kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle reddeden Yunan mahkemelerinin Yunan kamu düzeni kavramına ilişkin değerlendirmelerinin AİHS m.8, AİHS m.6/1 ve P-1 m.1 hükümlerini ihlal ettiğine dair kararı³⁰², yabancı hukukun uygulanması bakımından da böyle bir aykırılığın ortaya çıkabileceğini göstermesi bakımından incelemeye değerdir.

Söz konusu kararda, ABD'de ikamet eden Yunan vatandaşı bir rahibin Yunan vatandaşı yeğenini evlat edinmesine ilişkin ABD mahkeme kararının, evlat edinenin vefatından sonra evlatlık tarafından tanınması talep edilmiştir. Yunan yerel mahkemelerince söz konusu evlat edinme kararı tanınmış ve başvuru kendi soyadına ilaveten evlat edinen dayısının soyadını da kullanmaya başlamıştır. Böylece, söz konusu karara istinaden başvuru evlat edinenin tek yasal mirasçısı sıfatını kazanmıştır. Bir müddet sonra, evlat edinen dayının kardeşleri, evlat edinenin kilise hukuku kurallarına göre evlat edinmeyeceği gerekçesiyle söz konusu tanıma kararının iptali istemiyle itirazda bulunmalarına rağmen, yerel mahkeme talebi reddetmiştir. Yapılan temyiz itirazı üzerine, Yunan temyiz mahkemesi ise talebi, rahiplerin evlat edinme gibi dünyevi/günlük hayata ilişkin hukuki faaliyetlerde bulunmasının yasaklanmış olduğu, dolayısıyla kararın kilise hayatı ve Yunan kamu düzeni ile bağdaşmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Temyiz mahkemesinin bu kararı ise, Yunan Yargıtayınca 7. ve 8. yüzyıllardan kalma kilise hukuku metinlerine dayanan bir kararla onanmıştır³⁰³.

Evlatlığın AİHS m.8, m.6/1, m.14 ve P-1m.1'in ihlal edildiği şikâyeti üzerine AİHM, konunun aile hayatı kavramı içerisinde değerlendirileceğini ve yabancı bir kararın tanınması ve tenfizi talebinin kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle reddedilmesinin AİHS m.8'e müdahale edebileceğini belirttikten sonra³⁰⁴, Yunan makamlarının kamu düzenine aykırılığa ilişkin değerlendirmelerini incelemiştir. Yunan mahkemelerinin kamu düzenine aykırılık değerlendirmesinde, bir rahibin evlat

³⁰² Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan, no.56759/08, 3 Mayıs 2011.

³⁰³ Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan, para.8-31.

³⁰⁴ Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan, para.54-60.

edinmesine izin vermeyen 7. ve 8. yüzyıllardan kalma eski kilise hukuku metinlerine atıf yaptığını, bununla beraber 1982 yılında yürürlüğe giren bir kanunla rahiplerin evlenmesine izin verildiğini ancak rahiplerin evlat edinmesine açıkça yasaklayan bir metin olmadığını belirtmiştir³⁰⁵. Ayrıca, rahiplere evlenme yasağı getiren yasal kuralın, sosyal bir ihtiyaca hizmet etmediğinden ve uygulanamaz olduğundan değiştirildiğini belirtmiştir. AİHM ayrıca, söz konusu davadaki şartlardan tamamen farklı şartlar altında gerçekleşen yurt dışındaki bir evlat edinme ile ilgili olarak vermiş olduğu karara³⁰⁶ atıf yaparak, ulusal mahkemelerin yurt dışında geçerli bir şekilde yaratılan bir hukuki statünün ve buna karşılık gelen AİHS m.8 anlamında bir aile hayatının hükümsüz kılınamayacağını ifade etmiştir. Buna bağlı olarak, ulusal mahkemelerin mevcut fiili (*de facto*) aile bağlarının reddedilemeyeceğini ve durumu somut olarak incelemekten vazgeçemeyeceğini de vurgulamıştır³⁰⁷.

Taraflar arasındaki fiili aile ilişkisinin zaten 24 yıldır mevcut olduğunu ve dayısının yeğenin evlatlığı olarak kendisinin yasal mirasçısı olması konusunda açık bir arzusunun olduğunu da göz önünde bulunduran AİHM, müdahalenin -yabancı evlat edinme kararını tanımamanın- demokratik toplumda gereklilik koşulunun bir unsuru olan zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanmadığı sonucuna varmıştır³⁰⁸. Sonuç olarak, yasayla öngörülmüş olma ve meşru amaç koşullarını karşılamış olsa dahi³⁰⁹, evlatlığın statüsünün tamamen reddedilmesinin AİHS m.8'e orantısız bir müdahale teşkil ettiğine hükmetmiştir³¹⁰.

AİHM daha sonra, bir kişinin şahsi statüsüne ilişkin kararın tanınmamasının söz konusu kişinin mirasçılık statüsünü etkilediğinden mülkiyet hakkının ihlaline yol açacağına karar vermiştir. Yunan Yargıtayının yabancı bir evlat edinme kararını tanımaması nedeniyle başvuru evlat edinenin tek mirasçısı olma sıfatını kaybetmiştir. AİHM, AİHS m.8 ile ilgili tespitlerine atıf yaparak bunun P-1 m.1'de güvence altına alınan mülkiyet hakkına aykırılık teşkil ettiğine karar vermiştir³¹¹. Görüldüğü üzere,

³⁰⁵ Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan, para.71-72.

³⁰⁶ Wagner ve JMWL v. Lüksemburg.

³⁰⁷ Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan, para.74.

³⁰⁸ Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan, para.75.

³⁰⁹ Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan, para.66-67.

³¹⁰ Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan, para.76.

³¹¹ Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan, para.93-105.

yabancı bir mahkeme kararının tanınması ve tenfizi için Yunan hukukunda aranan şartlardan biri olan kamu düzenine aykırı olmama şartını Yunan makamlarının yanlış ve günün koşullarına uygun olmayan bir şekilde değerlendirmeleri başvurusunun diğer haklarının yanı sıra mülkiyet hakkına ölçsüz bir müdahale sonucunu doğurmuştur. Hiç şüphesiz, söz konusu evlat edinme ilişkisi Yunan mahkemeleri önünde tesis edilmek istenseydi ve davaya da yabancı bir hukukun uygulanması söz konusu olsaydı benzer bir durum ortaya çıkabilirdi.

Yukarıdaki karardan da anlaşılacağı üzere, yabancı hukukun tatbiki veya yabancı bir kararın tanınması veya tenfizinin “*kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmemesi*” koşuluna tabi tutularak AİHS’nde yer alan hakların sınırlandırılması mümkündür. Hiç şüphesiz bu tür koşullar öngören milletlerarası özel hukuk kurallarının meşru bir amaç gütmesi gerekmektedir ve dolayısıyla AİHS m.8 veya P-1 m.1 gibi haklara da uygun olması gerekmektedir. Bu kuralların gerek tanziminde gerekse uygulanmasında meşru amaç dışında herhangi bir amaç güdülmüş olması veya birbiriyle çatışan karşılıklı menfaatler arasında adil bir denge kurulamamış olması halinde, söz konusu haklar ihlal edilmiş olacaktır. Sonuç olarak, burada bir temel hak ihlaline yol açabilecek temel husus, yabancı bir hukukun veya yabancı bir kararın kamu düzeni gerekçesiyle engellenip engellenemeyeceği değil, daha çok kamu düzeni müdahalesinin AİHS’nde yer alan hakları ihlal etmeksizin nasıl anlaşılacağı ve kullanılacağıdır. Kamu düzeni kavramının ulusal mahkemeler tarafından yanlış anlaşılması ve yorumlanması bir taraftan bireylerin temel haklarının ihlal edilmesine sebep olabileceği gibi, diğer taraftan milletlerarası özel hukuk kuralları öngörerek yabancı hukuk kurallarının mahkemelerinde uygulanmasını peşinen kabul eden bir devletin söz konusu yabancı kuralların/kararların ortaya çıkarabileceği sonuçlara baştan müsamaha göstermeyeceği anlamına gelir. Hiç şüphesiz, böyle bir durum milletlerarası özel hukukun amacının ve kendisinden beklenen işlevinin ortadan kalkmasına sebep olacaktır.

3. AİHS’nde Yer Alan Temel Hak ve Özgürlüklerin Ulusal Mahkemelerde Davaya Doğrudan Tatbik Edilmesi

AİHS’nde yer alan temel haklardan herhangi birine aykırılık teşkil eden yabancı hukukun tatbikine karşı ulusal mahkemelerin kullanabilecekleri iki farklı yöntemden

bahsetmek mümkündür. Bunlardan ilki, dolaylı yol olarak nitelendirebileceğimiz kamu düzeni müdahalesi iken, diğeri ise yabancı hukukun tatbikine karşı AİHS’ni ihlal eden yabancı hukukun doğrudan uygulanmasıdır. Çalışmamızın bu kısmında, AİHS’ne aykırılık teşkil eden yabancı hukukun tatbikine karşı ulusal mahkemelerin doğrudan ihlal edildiği ileri sürülen ilgili hakka dayanarak bir aykırılık olup olmadığını değerlendirmeleri ve buna göre yabancı hukuku uygulayıp uygulamama konusunda karar vermesi gerektiği görüşü, kamu düzeni müdahalesiyle kıyaslanarak değerlendirilecektir.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, temel hakları ihlal eden yabancı hukukun tatbikine karşı ulusal mahkemelerin kullanımına açık olan bu iki yöntem ilk kez Alman AYM tarafından *Spanier-Beschluss* kararında açıkça belirtilmiştir. Alman AYM, yerel mahkemenin doğrudan AY m.6/1’e dayanarak İspanyol hukukunun uygulanmamasına kararı verebileceği gibi EGBGB m.13/1’de ifade edilen kamu düzeni prensibine dayanarak da böyle bir sonuca varılabileceğini belirtmiştir³¹². Doktrinde Alman AYM tarafından önerilen bu iki yöntemden ilki hiyerarşik olarak daha üst normun uygulanmasını öngören kamu hukuku kaynaklı bir yöntem olarak nitelendirilmektedir³¹³. Diğeri ise kamu düzeni müdahalesidir. Bununla beraber, ulusal mahkemelerin kullanımına açık bu iki yöntem birbiriyle kıyaslandığında çeşitli olumlu ve olumsuz yönlerinin bulunduğu belirtilmektedir.

AİHS’nde yer alan hakların milletlerarası özel hukuk alanına (yabancı hukukun tatbikine) çok fazla müdahale edeceğini düşünen yazarlar genellikle milletlerarası nitelikli davalarda insan haklarının kamu düzeni vasıtasıyla korunmasını tercih etmektedir³¹⁴. Bu görüşe göre, temel hakları da içermesi itibariyle kamu düzeni forum devletinin temel değerlerinin korunması ile milletlerarası özel hukukun amaçlarının gerçekleşmesi arasında bir denge sağlanması konusunda etkin bir yöntem olarak zaman içerisinde kendini kanıtladığı, bu nedenle günümüze kadar tercih edildiği

³¹² BVerfG 4 Mayıs 1971, 31 BVerfGE 58. Bkz.: NJW 1971/34, s.1509.

³¹³ Kiestra, *The Impact of ECHR*, s.176.

³¹⁴ Bkz.: Lena Gannage, *La Hiérarchie Des Normes et les Méthodes du Droit International Privé – Étude de Droit International Privé de la famille*, L.G.D.J., Paris, 2001, s.229.

belirlenmektedir³¹⁵. Kamu düzeninin mahkemelere daha fazla esneklik sağladığı gerekçesiyle tercih edildiği ve bu yöntemin mahkemelere somut olayın özelliklerine göre davadan davaya AİHS'nin olası etkilerini değerlendirme imkânı sunacağı ve yabancı hukukun tatbikine istisnaen engel olması itibariyle yabancı hukukun uygulanmasına daha fazla imkân sağlayacağı ifade edilmektedir³¹⁶.

Buna mukabil, milletlerarası özel hukukun kapsamına giren davalarda insan haklarının yeterince korunamayacağı düşüncesinde olan yazarlar genellikle AİHS'nin doğrudan tatbik edilmesi gerektiği görüşündedir³¹⁷. Burada öncelikle “*AİHS'nin doğrudan uygulanması*” ile kamu düzeni müdahalesi olmaksızın sadece AİHS'nde güvence altına alınan haklardan birine karşı yabancı hukukun tatbikinin ortaya çıkardığı somut sonucun yine ihlal edildiği iddia edilen hak kapsamında incelenmesi imkânının ifade edildiğini belirtmeliyiz. Dolayısıyla, burada ulusal hukuk düzenlerinde AİHS'nde yer alan hakların korunması için kullanılan yöntem ile uluslararası bir anlaşmanın ulusal hukuk düzeni içerisinde konumu ve etkisinin birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir. Bu görüşe göre, aslında AİHS'nde yer alan hakları kamu düzeni kavramı içerisinde mütalaa etmeye gerek yoktur. Başta değişken/izafi niteliği olmak üzere kamu düzeni kavramının özellikleri nedeniyle -konusu ve taraflarıyla forum ülkesi arasında zayıf/gevşek bir bağlantının bulunduğu davalarda- bu yöntemin kullanılmasının AİHS'nin ihlaline yol açabileceği, böyle bir riskin ise doğrudan AİHS'nde yer alan hakkın doğrudan uygulanması ile ortadan kaldırılacağı belirtilmektedir³¹⁸. Ayrıca, AİHS'nin doğrudan uygulanmasının milletlerarası özel hukukta doğrudan uygulanan kuralları veya müdahaleci kuralları anımsatması itibariyle böyle bir yöntemin milletlerarası özel hukuka yabancı olmadığı da ifade edilmektedir³¹⁹. Doktrinde söz konusu yöntemlere ilişkin ileri sürülen görüşler bir yana, uygulamada milletlerarası nitelikli davalarda insan haklarına aykırılığın nasıl ele alınması gerektiğinin hiç

³¹⁵ H      Gaudemet Tallon, **Le Pluralisme En Droit International Priv  : Richesses et Faiblesses**, Recueil Des Cours – Collected Courses, Vol.312, 2005, s.394; Patrick Kinsch, **Droits l'homme**, s.208.

³¹⁶ Kinsch, **Droits l'homme**, s.207; Mayer, **a.g.m.**, s.663.

³¹⁷ Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.177; Yves Lequette, “Le droit international privé et les droit fondamentaux”, **Libertés et droits fondamentaux**, Ed. Remy Cabrillac, Marie-Anne Frison-Roche, Thierry Revet, Dalloz Paris, 2004, s.112 vd, (Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.177, dn.110'dan naklen).

³¹⁸ Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.177.

³¹⁹ Vischer, **a.g.m.**, s.98; Kinsch, **Droits l'homme**, s.207; Kiestra, **Article 1 ECHR**, s.6; Thoma, **a.g.m.**, s.13;. Bu konu hakkında ayrıca bkz.: Gannage, **a.g.e.**, s.230 vd.

tartışılmadığını söyleyebiliriz. Yukarıda da incelediğimiz üzere, mahkemeler hemen hemen bütün davalarda yabancı hukukun AİHS'ne aykırılığını incelerken kamu düzenine aykırılık noktasından hareket etmektedir. Bununla beraber, AİHS'nde güvence altına alınan bir temel hakkın yabancı hukukun tatbiki suretiyle ihlal edilip edilmediğinin mahkemeler tarafından doğrudan ele alındığı birkaç karara rastlamak mümkündür³²⁰.

Belirtmek gerekir ki, kamu düzeninin milletlerarası özel hukuk uyumsuzluklarında temel hakların korunması konusunda yaygın bir şekilde kullanılması, hiç şüphesiz bunun en ideal yöntem olduğu anlamına gelmemektedir. Ulusal mahkemeler, AİHS'nde yer alan hakların davayla olan ilgisini önceden ve tam olarak incelemeksizin kamu düzeninin izafî niteliğine dayanarak bu hakları önemsemeyebilir. Diğer bir ifadeyle, ihlal edilen hakkın davanın tarafları bakımından sahip olduğu önem dikkate alınmaksızın davanın ülkeyle irtibatının zayıf olduğu gerekçesiyle kamu düzeni müdahalesinin devreye girmemesi söz konusu olabilir ki, bu kamu düzeni müdahalesinin en mahzurlu yönünü teşkil etmektedir. Bu nedenle yabancı hukukun tatbikine karşı doğrudan AİHS'nin uygulanmasının bu tür eksikliklere karşı temel hakları koruyacağı belirtilmektedir³²¹. Buna karşın, AİHS'nde yer alan bir hakkın yabancı hukukun tatbikine karşı doğrudan *nasıl* uygulanması gerektiği de belirsizdir. Böyle bir durumda yabancı hukukun tatbiki suretiyle AİHS'nde yer alan bir temel hakkın ihlal edildiği taraflarca ileri sürüldüğünde, taraf devlet mahkemeleri ilgili hakkın ihlal edilip edilmediğini tıpkı bir anayasa mahkemesi veya diğer insan hakları denetim organları gibi mi inceleyecektir?

Yukarıdaki kararlardan anlaşıldığı kadarıyla, ulusal mahkemelerin davanın taraflarının veya üçüncü bir kişinin temel haklarına bir müdahale olup olmadığını ve bu

³²⁰ Örneğin Fransız Yargıtayı, yukarıda incelediğimiz 1994 tarihli kararında AİHS m.1 ve 14'e atıf yaparak AİHS hükümlerinin kendiliğinden uygulanabilir nitelikte olduğunu ve taraf devletin yetki alanı içerisine giren herkese doğrudan uygulanabilir olduğunu belirterek yabancı hukukun AİHS m.8'i ihlal edip etmediğini incelemiştir. Fransız Yargıtayının 14 Temmuz 1994 tarihli kararı için bkz.: Thoma, **a.g.m.**, s.15. Fransız Yargıtayının her iki metodu da birlikte ele aldığı 31 Ocak 1990 tarihli kararı için bkz.: Thoma, **a.g.m.**, s.14. Hollanda hukukunda da AİHS'nin doğrudan tatbikine dair örnekler bulunmaktadır. Örneğin, Hollanda Yargıtayının 15 Nisan 1994 tarihli ve Haarlem Mahkemesinin 11 Aralık 2012 tarihli kararı için bkz.: Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.178, dn.122.

³²¹ Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.179.

müdahalenin meşru olup olmadığını açıkça incelemeyi görmekteyiz. Kanaatimizce, kamu düzeni müdahalesi yerine ihlal edildiği ileri sürülen Sözleşmesel hakkın ulusal mahkemelerce doğrudan uygulanmasını öngören böyle bir düşünce, anladığımız kadarıyla, söz konusu hakka yönelik müdahalenin meşru olup olmadığını ulusal³²² mahkemelerce analiz edilmesini gerektirmektedir. Buna göre, örneğin yerel mahkeme önünde AİHS m.8'in ihlal edildiği ileri sürüldüğünde, yerel mahkemenin AİHS m.8'e yönelik müdahalenin yasayla öngörülmüş olup olmadığını, meşru amacın var olup olmadığını, müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığını incelemesi gerekmektedir. Her ne kadar doktrinde mahkemelerin böyle bir inceleme yapmaları gerektiği ifade edilmese de, böyle bir anlayışın kabulü ulusal mahkemelere hukuku doğru ve eksiksiz bir şekilde uygulama (ve hukuka uygunluk denetimi yapma) yükümlülüğü yanında, temel haklara yönelik müdahalenin meşruluğu incelemesinde bulunma yükümlülüğünü de zımnen yüklemek anlamına gelir. Dolayısıyla, aşikâr bir aykırılık söz konusu olmadıkça AİHS'nde yer alan bir hakka aykırılığın ulusal mahkemelerce doğrudan incelenmesini öngörmek, muhtemel hak ihlallerinin insan hakları organları önüne gitmeden önlenmesini sağlamakla beraber ulusal mahkemelere vazifeleri olmayan bir görev yüklemek sonucunu doğuracaktır. Kaldı ki, mahkemelerin kamu düzenine aykırılık değerlendirmesinde de böyle bir AİHS'ne uygunluk denetimi yapabilmeleri mümkündür. Bu bakımdan söz konusu iki yöntem arasında keskin bir farklılığın bulunmadığını söyleyebiliriz.

Bu iki yöntem arasında keskin bir ayrımın bulunmadığının bir diğer göstergesi de, temel hakların korunması için kullanıldığında kamu düzeni müdahalesinin izafi niteliğini kaybetmesidir. Zira temel haklara aykırılık söz konusu olduğunda kamu düzeninin izafi niteliğini kaybedip mutlak bir karaktere sahip olduğu sadece doktrinde değil mahkeme kararlarında da kabul edilmektedir. Örneğin, İngiliz hukukunda ağır insan hakları ihlallerine yol açan yabancı hukuklara etki tanınmayacağı mahkeme kararlarında açıkça ifade edilmiş ve böylece kamu düzeninin izafi karakterine çok az alan bırakılmıştır³²³. Hollanda hukukunda da, belirli şartlar altında kamu düzeni

³²² Burada, ulusal mahkeme ifadesiyle sadece yabancı unsurlu özel hukuk davasını gören yerel mahkeme değil, aynı zamanda temyiz mahkemeleri de kastedilmiştir.

³²³ Örneğin bkz.: Oppenheimer v. Cattermole, (1976) AC 249, 277-278; ; Kuwait Airways Corpn. v. Iraqi Airways Co. (Nos 4 and 5), (2002) UKHL19, para.16.

müdahalesinin mutlak bir karaktere sahip olduğu ve kamu düzeninin dokunulamaz kısmını oluşturduğu, İsviçre hukukunda ise genellikle kamu düzeninin izafi niteliğe sahip olduğu ve uygulanmasının davanın ülkeyle olan ilişkisine bağlı olduğu ancak insan hakları gibi evrensel değerlerin korunmasının bunun istisnası olduğu belirtilmektedir³²⁴. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, AİHS’nde yer alan hakların kamu düzeninin dokunulamaz kısmını oluşturduğu kabul edilirse, böyle bir kabul ilgili hakların davanın ülkeyle olan yakınlığına bakılmaksızın ilgili oldukları her davada daima uygulanmaları sonucunu doğurur. Böyle bir durumda, kamu düzeni müdahalesi ile AİHS’nin doğrudan uygulanması arasındaki sınır da ortadan kaybolacaktır. Ayrıca doktrinde temel hakların kamu düzeninin dokunulamaz kısmı içerisinde mütalaa edilmesi halinde, kamu düzeninin sağlamış olduğu esnekliğin kaybolacağı da ifade edilmektedir³²⁵.

Bu noktada milletlerarası özel hukukta kamu düzeninin dokunulmaz kısmı ile neyin kastedilmek istendiği de kamu düzeni müdahalesi ile AİHS’nin doğrudan uygulanması arasındaki farkın olup olmadığını göstermesi açısından önemlidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, milletlerarası özel hukukta kamu düzeninin dokunulmaz kısmı ve bu kısmı oluşturan hakların mutlaklığı ile insan hakları hukuku anlamında temel hakların mutlaklığı birbirinden farklıdır. Örneğin, mutlak nitelikte bir hak olan işkence yasağı (AİHS m.3) taraf devletlerce hiçbir şekilde sınırlandırılmayacağından, böyle bir hakka yönelik müdahale doğrudan hakkın ihlali anlamına gelecektir. Oysa milletlerarası özel hukukun kapsamına giren uyuşmazlıklarla ilgili olan AİHS m.8, m.12, m.14, P-1 m.1 veya P-7 m.5 gibi haklar, mutlak nitelikte olmayıp belirli şartlar dâhilinde sınırlandırılabilir niteliktedir. Dolayısıyla devletler bu haklara –kamu düzenine açıkça aykırı olmama gibi- milletlerarası özel hukuk kuralları vasıtasıyla müdahalede bulunabilirler. Ancak söz konusu haklara yabancı hukukun tatbiki suretiyle müdahale edilmesinin bir sınırı bulunmaktadır. Hakkın özünü zedeleyen veya onun kullanılmasını tamamen veya kısmen ortadan kaldıran müdahaleler, söz konusu hak(lar)ın mahkemelerce ihlal edilmesine neden olacaktır. İşte, temel hakların özünü oluşturan ve artık taraf devletlerin müdahale etmeleri halinde ihlal etmiş olacakları bu

³²⁴ Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.179.

³²⁵ Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.179-180.

kısım aynı zamanda kamu düzeninin de dokunulamaz kısmını ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle, yukarıdaki temel haklar, kendilerine müdahale edilemediği/sınırlama getirilemediği ölçüde milletlerarası özel hukuk anlamında mutlak ve kamu düzeninin dokunulamaz kısmını oluşturmaktadır. Dolayısıyla yabancı hukukun tatbikinin kamu düzeninin dokunulamaz kısmı olarak nitelendirdiğimiz AİHS’nde yer alan bir hakkı ihlal edip etmediği ile yukarıda incelemiş olduğumuz AİHS’nde yer alan bir hakkın doğrudan uygulanması birbiriyle örtüşmektedir. Nihayetinde, her iki yöntem ulusal mahkemelerin ilgili hak bakımından (kısmen de olsa) müdahalenin meşruluğu denetimi yapmasını gerekli kılmaktadır.

Sonuç olarak, AİHS’nin doğrudan uygulanması ile kamu düzeni müdahalesi arasında pratik açıdan herhangi bir farkın bulunmadığını söyleyebiliriz. Hiç şüphesiz, taraf devlet mahkemeleri tarafından yabancı hukukun AİHS’ne aykırılık teşkil edip etmediği değerlendirmesinde hangi yöntemi tercih edecekleri tamamen kendilerine kalmıştır. Zira AİHM, taraf devlet mahkemesinin kullanmış olduğu yöntemin temel hakların korunması konusunda AİHS’nin öngördüğü korumayı karşılamayan bir sonuca yol açması halinde harekete geçmektedir. Böylece, yabancı hukukun tatbikinin AİHS’nde yer alan bir hakkı ihlal etmesine rağmen davanın ülkeyle olan zayıf irtibatı nedeniyle kamu düzeninin devreye sokulmayarak yabancı hukukun tatbik edilmesi durumu hariç olmak üzere, burada hangi yönteminin kullanıldığı kanaatimizce çok önemli değildir. Bu nedenle yabancı hukukun tatbiki halinde AİHS’nde yer alan herhangi bir hakkın ihlal edileceği ileri sürüldüğünde, mahkemelerin ilgili hakkın ihlal edilip edilmediğini doğrudan incelemeleri daha tercih edilebilir bir yöntem olduğu da söylenebilir.

C. AİHM’nin Yabancı Hukukun Tatbiki ile AİHS Arasındaki İlişkiye Bakışı

1. Genel Olarak

Aşağıda, yabancı hukukun yerel mahkemeler önünde tatbiki (veya tatbik edilememesi) suretiyle ortaya çıkabilecek temel hak ihlallerinin AİHM’nin önüne gelmeden yerel seviyede nasıl engellenebileceğini ele aldık. Peki, AİHM ulusal mahkemeler tarafından yabancı hukukun tatbiki suretiyle davanın taraflarının veya üçüncü kişilerin AİHS’nde yer alan haklarına herhangi bir müdahale yapıldığında, bu

konuyu nasıl ele almaktadır veya alması gerekmektedir? Tıpkı yerel nitelikli davalarda olduğu şekilde mi hareket etmektedir? Yoksa uyuşmazlığın yabancılik unsuru içermesinden dolayı, taraf devletlere yerel nitelikli davalara nazaran daha fazla esneklik tanınmalı mıdır? Çalışmamızın bu kısmında, AİHM'nin henüz esasa ilişkin herhangi bir kararı bulunmamakla beraber konuyu ele aldığı birkaç kabul edilebilirlik kararını inceleyerek yukarıdaki sorulara cevap bulmaya çalışacağız. Ardından, tatbikiyle AİHS'nin ihlaline yol açabilecek olan yabancı hukukun bir taraf devlete ait olması halinde, bu devletin de sorumluluğunun doğup doğmayacağı, böyle bir durumun AİHM'nin yapmış olduğu denetim bakımından herhangi bir farklılık arz edip etmeyeceğini inceleyeceğiz. Daha sonra, yabancı hukukun tatbikiyle ilgili Sözleşmesel hakka getirilen sınırlamanın/müdahalenin meşru olup olmadığı incelemesinde, AİHS'nin ilgili hak bakımından öngördüğü denetim seviyesinin yerel nitelikli davalara nazaran daha esnek/yumuşak bir şekilde uygulanmasının mümkün olup olmadığını ele alacağız. Özellikle milletlerarası özel hukukun niteliği gereği yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarını konu edinmesi nedeniyle, bazı hallerde bireylerin haklarına müdahale eden yabancı hukuka karşı tolerans gösterilmesi gerektiği, bu nedenle AİHM'nin bu tür şikâyet başvurularında milletlerarası özel hukuk menşeli temel hak uyuşmazlıklarının bu özelliğini göz önünde bulundurması gerektiği söylenebilir. Bu bakımdan söz konusu mesele gelecekte esastan incelenecek ihlal iddiaları bakımından ayrı bir önem arz etmektedir.

2. AİHM İçtihatlarında AİHS'nin Yabancı Hukukun Tatbikine Olan Etkisi

AİHM'nin günümüze kadar yabancı hukukun tatbikine olan muhtemel etkilerinin incelediğini söyleyebileceğimiz iki kararı bulunmaktadır. Her ikisi de kabul edilebilirliğe ilişkin olan bu iki karardan ilki *Zvoristeanu v. Fransa*³²⁶ kararıdır. Söz konusu karara konu olayda, başvurucunun annesi biyolojik babası ile Almanya'da haham önünde dini bir törenle evlenmiştir. Evlendikten kısa bir süre sonra anne başvurucunun doğduğu Fransa'ya geri dönmüştür. Başvurucu, nüfus kayıtlarına baba hanesi boş olarak kaydedilmiştir. Başvurucunun babası ile soybağının mahkeme kararı ile kurulması amacıyla yapmış olduğu talebe Alman hukukunu uygulayan Fransız

³²⁶ Zvoristeanu v. Fransa, no.47128/99, 7 Kasım 2000.

mahkemeleri başvurunun ebeveynleri arasında dini bir törenle gerçekleşen evliliğin Alman hukukuna göre mevcut olmadığını, dolayısıyla herhangi bir hukuki sonucu olmadığı gerekçesiyle talebi reddetmiştir.

Bunun üzerine başvuru, AİHS m.8'in ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM nezdinde şikayet başvurusunda bulunmuştur. AİHM'nin başvurunun açıkça temelden yoksun olduğuna karar verirken kullanmış olduğu gerekçe oldukça kısa ve öz olmuştur. AİHM, AİHS m.8'de güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkına ilişkin temel tespitlerini kısaca tekrarladıktan sonra, Fransız mahkemelerinin başvurunun Alman hukukuna göre geçersiz bir evliliğin hukuki sonuçlarına dayanamayacağına ilişkin değerlendirmesinin keyfi olmadığı gibi mantıksız (makul olmayan, unreasonable) olarak da nitelendirilemeyeceğine hükmetmiştir. Zira mahkeme evliliğin geçerliliği ile ilgili olarak, AİHS m.8'in hukuki kesinlik ve aile ilişkilerinin güvenliği nedeniyle evliliğin medeni nikâh şeklinde yapma yükümlülüğü getirdiğini belirtmiştir. Son olarak, başvurunun annesinin kızı on dört yaşına gelene kadar kızının babasıyla soybağının kurulması için herhangi bir teşebbüste bulunmadığını, Medeni Kanunun çocuğun doğumundan veya reşit olduğu tarihten itibaren iki yıl içinde böyle bir davanın açılması imkânı tanıdığını hatırlatarak davanın zamanında açılmamasının da kararda bir etkisinin olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak bu davada AİHM, sadece AİHS m.8 ile ilgili standart içtihatlarına atıf yapmış ve sadece Fransız mahkemelerinin kararının keyfi olmadığını vurgulamıştır. Burada, AİHM esasen başvurunun babalık davası için uzun bir süre beklemiş olmasını gerekçe göstererek başvurunun yapmış olduğu bu usuli hatanın başvurunun reddi için yeterli bir gerekçe olduğu sonucuna varmıştır. Ayrıca, babalık davasının belirli zaman sınırları içerisinde açılabilir olmasının, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması meşru amacı göz önüne alındığında, Fransız mahkemelerin kararının yerinde olduğunu belirtmiştir.

Yabancı hukukun tatbiki ile AİHS'nde yer alan haklar arasındaki ilişkinin incelendiği *Ammdjadi v. Almany*³²⁷ kararı, bir kabul edilebilirlik kararı olmakla beraber, AİHM'nin bu kararda özellikle taraf olmayan bir devlete ait yabancı hukuk kurallarına AİHS'nin muhtemel etkisiyle alakalı daha geniş kapsamlı gerekçeler

³²⁷ Ammdjadi v. Almany, no.51625/08, 9 Mart 2010.

kullandığını söyleyebiliriz. Söz konusu dava, esasen Almanya’da ikamet eden iki İran vatandaşının kocanın talebi üzerine Köln mahkemesi kararıyla boşanmasının ardından ortaya çıkan boşanmanın mali sonuçlarını ilgilendirmektedir. Tarafların milli hukuku olan İran hukukunun uygulandığı boşanma davasında taraflar herhangi bir mali talepte bulunmamıştır. Ancak daha sonra kadın, yine aynı mahkemede Alman boşanma hukukunda kabul edilen bir düzenleme olan boşanma sonrası emeklilik haklarının denkleştirilmesi (*Versorgungsausgleich, compensation of pension rights*)³²⁸ talebiyle dava açmıştır. Ancak Köln mahkemesi, tarafların her ikisinin İran vatandaşı olduğunu ve Almanya ile İran arasında 1929 tarihli iki taraflı anlaşmada boşanma ve boşanmanın mali sonuçlarına tarafların müşterek milli hukuklarının uygulanacağını belirtildiğini, dolayısıyla ileri sürülen talebe İran hukukunun uygulanacağını tespit etmiştir. Ayrıca, İran hukukunda emeklilik haklarının denkleştirilmesi şeklinde bir kurumun bulunmadığını ve böyle bir kurumun bulunmamasının kamu düzenine aykırılık teşkil etmediğine hükmetmiştir. Köln Temyiz Mahkemesi de, emeklilik haklarının denkleştirilmesi prensibinin birçok ülke hukukunda bilinmediğini, eşlerin boşanma sonucunda sahip oldukları nafaka veya diğer mali haklara da sahip olduklarını belirterek alt derece mahkemesinin kararını onamıştır³²⁹. Karara karşı iç hukuk yollarının tüketilmesi üzerine başvuru, AİHS m.8, m.12³³⁰ ve P-1 m.1’in ve bu haklara bağlı olarak/olmayarak ihlal edildiği iddiasıyla AİHM’ne başvurmuştur.

AİHM, AİHS m.8 ile ilgili olarak, emeklilik haklarının denkleştirilmesi mali bir niteliğe sahip olmasına ve Alman hukukuna göre boşanmanın doğrudan sonuçlarından olmasına rağmen, evlilik hayatının da sonuçlarından biri olduğunu ve daha zayıf olan eşin konumunun güçlendirilmesini amaçladığını belirtmiştir. Dolayısıyla böyle bir düzenlemenin devletin aile hayatına gösterdiği saygının bir ifadesi olarak kabul edilebileceğini ifade ederek davanın AİHS m.8 kapsamına girdiğini varsaymıştır.

³²⁸ Türk hukukundan farklı olarak Alman hukukunda evlilik süresi içinde elde edilmiş olan ve gelecekteki emeklilik haklarının boşanma halinde denkleştirilmesi prensibi (*Versorgungsausgleich*) kabul edilmiştir. Buna göre, evli kalan süre içerisinde çiftlerin ödedikleri yasal emeklilik sigortası primlerinin, eşlerden biri hiç çalışmasa bile, Sigorta kurumu tarafından tekrar hesaplanarak iki tarafa eşit bir şekilde bölüneceği öngörülmüştür.

³²⁹ Ammdjadi v. Almanya, The Facts, A.2.

³³⁰ AİHS m.12, evlenme ve aile kurma hakkı ile ilgili olduğundan ve AİHM’nin standart içtihatlarına göre böyle bir hak boşanma hakkını ihtiva etmediğinden, AİHS m.12’ye yönelik başvuru AİHM tarafından kabul edilmez olarak değerlendirilmiştir. Bkz.: Ammdjadi v. Almanya, The Facts, B.

Ardından, meseleyi aile hayatına saygı hakkının Alman mahkemelerine emeklilik haklarının denkleştirilmesini Alman kamu düzeninin bir parçası olarak nitelendirerek Almanya ile İran arasındaki anlaşmayı uygulamaktan kaçınma ve yerine Alman kamunlar ihtilafı kuralı uyarınca Alman hukukunu uygulama yükümlülüğü yükleyip yüklenmediği kapsamında ele almıştır. AİHM, EGBGB m.3/2 uyarınca iki taraflı bir anlaşmaya etki tanıma ve Alman hukukunu uygulamama kararının ulusal hukukta temelini olduğuna ve çok eski tarihli de olsa iki devlet arasındaki bir anlaşmayı uygulayarak meşru bir amaç izlendiğine hükmetmiştir. Alman mahkemelerinin emeklilik haklarının denkleştirilmesinin Alman kamu düzeninden olmadığı ve davaya yabancı hukukun uygulanması gerektiği şeklindeki kararının ölçülü olup olmadığı ile ilgili olarak, emeklilik haklarının denkleştirilmesi şeklinde bir kurumun Alman hukukunda daha yeni kabul edilmiş bir kurum olduğunu, diğer birçok ülkede bu veya buna benzer bir kurumun bilinmediğini belirtmiştir. Dolayısıyla, bu konuda kesinlikle bir Avrupa konsensüsü bulunmadığını, ancak çalışmayan eşin mali olarak korunmasına ilişkin vasıtaların, bu konuda zorunlu olarak geniş bir takdir marjına sahip olan taraf devletten taraf devlete farklılık arz ettiğini tespit etmiştir.

Dahası, AİHM’ne göre İran hukuku da bir tür nafaka veya mehir şeklinde ekonomik yardım şekli öngörmektedir. Dolayısıyla AİHM, tarafların bu konuda bir hukuk seçiminde bulunmadıklarını da belirterek, iki taraflı anlaşmayı bertaraf etmek amacıyla emeklilik haklarının tazmininin Alman kamu düzeninin bir parçası olarak nitelendirme yükümlülüğü yükler şeklinde yorumlanamayacağına hükmetmiştir. AİHM, aile hayatına saygı kavramının, taraf devletlere eşlerden birine, özellikle böyle bir yardımın diğer eşin zararına olduğu durumlarda, mali bir ayrıcalık sağlama yükümlülük yüklenmediğini belirterek yabancı hukukun Alman mahkemeleri tarafından uygulanmasının AİHS m.8’i ihlal etmediğine hükmetmiştir³³¹.

Başvurucu ayrıca Alman mahkemelerinin emeklilik haklarının denkleştirilmesinin Alman kamu düzeninden sayılmayarak denkleştirme talebine İran hukukunun uygulanmasının ve talebin reddedilmesinin AİHS P-1 m.1’de yer alan haklarının ihlal edildiğini de ileri sürmüştür. AİHM, “*mamelek*” kavramını ele aldığı

³³¹ Ammdjadi v. Almanya, The Law A.

önceki içtihatlarına atıf yaptıktan sonra böyle bir iddianın dinlenebilir olması için başvurucunun “*meşru beklenti*”ye sahip olması gerektiğine hükmetmiştir. AİHM, başvurucunun böyle bir denkleştirme hakkı konusunda makul bir şekilde beklentiye sahip olup olamayacağına ilişkin olarak, emeklilik haklarının denkleştirilmesinin Alman mahkemeleri tarafından kamu düzeninin bir parçası olarak nitelendirilmediğini, başvuru ve kocasının da evlilikleri ile ilgili konularda Alman hukukunun uygulanacağına dair bir seçimde bulunmadıklarını ifade etmiştir. AİHM bu gerekçelere dayanarak, başvurucunun Alman hukukuna göre emeklilik haklarının tazmini konusunda meşru bir beklentisinin bulunduğunu iddia edemeyeceğine hükmetmiş ve P-1 m.1’e yönelik başvuruyu konu bakımından reddetmiştir³³².

Başvurucunun İran vatandaşlığından dolayı ayrımcılığa uğradığı iddiasıyla AİHS m.14’ün ihlal edildiği iddiasına ilişkin olarak AİHM, AİHS m.14’ün AİHS’nde yer alan temel hakları tamamladığını ve onlardan ayrı bir varlığının olmadığını belirtmiştir. Ardından, AİHS m.12 ve P-1 m.1’e yönelik bir ihlal bulunmadığından, AİHS m.14’ün ihlal edilip edilmediğini AİHS m.8 temelinde incelemiştir. AİHM, benzer nitelikteki davalarda uygulamadaki farklılığın başvuru ile eski kocasının İran vatandaşlığına sahip olmasından ve Almanya ile İran arasındaki anlaşmaya dayanarak Alman hukuku yerine İran hukukunun uygulanmasından kaynaklandığını belirtmiştir. AİHM’ne göre, özellikle kanunlar ihtilafı uyuşmazlıklarında, tüm aile hukuku ilişkilerinde mutad meskene değil de vatandaşlığa göre bir farklılık yapılması, kişinin anavatanı ile olan yakın ilişkisini koruma amacı güden oldukça iyi bilinen bir prensiptir. Dolayısıyla, her ne kadar emeklilik hakları ile ilgili olarak mutad meskenin belirleyiciliğinin daha bir tercih edilebilir olduğu düşünülürse de, bir kişinin vatandaşlığının belirleyiciliğinin objektif ve makul bir gerekçeden yoksun olduğu düşünülemez. Bu bakımdan, başvurucunun kocasıyla birlikte noterde yapacağı bir sözleşmeyle Alman hukukunu seçmekte serbest olduğunu da belirterek AİHS m.14’ün ihlal edilmediğine hükmetmiştir³³³.

Görüldüğü üzere, bu kararlar taraf devlet mahkemelerinin yabancı hukukun tatbiki suretiyle AİHS’nde yer alan çeşitli haklara müdahale edip etmeyeceğine, böyle bir

³³² Ammdjadi v. Almanya, The Law C.

³³³ Ammdjadi v. Almanya, The Law D.

müdahalenin varlığı halinde AİHM'nin nasıl bir inceleme yapabileceğine dair -en azından AİHS m.8 açısından- bazı emareler görmekteyiz. İlk olarak, boşanmanın mali sonuçlarından biri olarak nitelendirebileceğimiz emeklilik haklarının aile hayatı kavramı altında değerlendirildiği görülmektedir. İkinci ve konumuzla doğrudan ilgili olan husus ise, AİHM'nin yabancı hukukun taraf devlet mahkemelerince tatbiki suretiyle AİHS'nin milletlerarası özel hukuk arasındaki ilişkiyi nasıl ele aldığıdır. AİHM ilk olarak, iki ülke arasındaki bir uluslararası anlaşmaya dayanarak İran hukukunun tatbikine ilişkin kararının ulusal hukukta bir temeli olduğunu belirterek davalı devletin AİHS m.8 için aranan “*yasayla öngörülmüş olma*” ve uluslararası bir anlaşmaya riayet etme “*meşru amacını*” izlemiş olduğunu görmekteyiz.

Bununla beraber, AİHM'nin izlemiş olduğu “*bir anlaşmadan doğan uluslararası yükümlülüğü yerine getirme*” şeklindeki meşru amacın yerindeliği tartışılabilir. Ulusal mahkeme, gerçekten iki devlet arasında akdedilen bir anlaşmanın hükümlerini tatbik ederek İran hukukunun uygulanması sonucuna varmıştır. Ancak eğer İran hukukunun uygulanması iki devlet arasındaki bir uluslararası anlaşmada yer alan bir kanunlar ihtilafı kuralı yerine Alman Kanun koyucusu tarafından tanzim edilen ilgili kanunlar ihtilafı kuralından (ulusal kaynaktan) kaynaklansaydı, uluslararası anlaşmaya riayet etme meşru amacı yerine yeni bir meşru amaç ileri sürmesi gerekecekti. Bu bakımdan, AİHS m.8/2’de izlenen meşru amaç ile kullanılan araç arasında bir orantılılık ilişkisinin varlığı arandığından dolayı böyle bir meşru amacın varlığı orantılılık değerlendirmesini de etkileyecektir. Ayrıca, milletlerarası özel hukukun kapsamına giren konularda sayısız iki veya çok taraflı uluslararası anlaşmaların akdedilmiş olduğu göz önüne alındığında, AİHM tarafından bu tür bir meşru amacın yeterli kabul edilmesinin, gelecekte de devletlerin “*uluslararası bir anlaşmanın gereklerini yerine getirdikleri*” meşru amacına dayanmalarına yol açacağından, yerinde olduğu söylenemez.

Daha sonra AİHM, Alman mahkemelerinin emeklilik haklarını Alman kamu düzeninin bir parçası olarak nitelendirmeyerek uluslararası bir anlaşmadan kaynaklanan yabancı hukuku bertaraf etmeme kararının orantılı olup olmadığını incelemiştir. Diğer bir ifadeyle AİHM, Alman mahkemelerinin emeklilik haklarının tazmininin Alman kamu düzeninden olup olmadığına ilişkin değerlendirmesinin orantılı olup olmadığını incelemiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, AİHM'nin burada sadece Alman

mahkemelerinin kamu düzeni kavramına ilişkin değerlendirmesi yanında, bu değerlendirmenin bir sonucu olarak ortaya çıkan İran hukukunun tatbikinin başvurunun AİHS m.8’de yer alan haklarını ihlal edip etmeyeceğini incelemesi gerekirdi. Eğer yabancı hukukun tatbiki suretiyle başvurunun AİHS m.8’de yer alan haklarına bir müdahale varsa, böyle bir müdahalenin, diğer bir ifadeyle sınırlamanın AİHS m.8/2’de yer alan koşullara uygun olup olmadığını incelemesi gerekmektedir. Doktrinde de ifade edildiği üzere, AİHM doğrudan Alman mahkemelerinin emeklilik haklarının Alman kamu düzeninden olmadığına dair kararına yoğunlaşarak yabancı hukukun AİHS m.8’e aykırılık teşkil edip etmediği incelemesini atlamıştır³³⁴.

İkinci olarak, AİHM esasen AİHS m.8’in Alman mahkemelerine emeklilik haklarının Alman kamu düzeninin bir parçası olarak nitelendirme yükümlülüğü getirip getirmediğine yoğunlaşmıştır. Bu konuda bir Avrupa konsensüsünün olmadığını, çalışmayan eşe sağlanan bu tür bir korumanın Almanya’da da yeni olduğunu, dahası İran hukukunda da çalışmayan eşe bir tür ekonomik koruma sağlandığını belirterek çeşitli gerekçeler ileri sürmüştür. Böylece müdahalenin gerekliliği konusunda davalı devletin geniş bir takdir marjına atıf yapmıştır. Ancak AİHM’nin takdir marjı değerlendirmesinde birbirinden farklı bu iki gerekçeyi nasıl tarttığı anlaşılamamaktadır. Karardan anlaşıldığı kadarıyla, emeklilik haklarının tazmini konusunda bir Avrupa konsensüsünün varlığı AİHS m.8’in ihlali için yeterli olacaktır.

P-1 m.1’e ilişkin değerlendirmesinde AİHM, başvurunun meşru bir beklentisinin bulunmadığı gerekçesiyle ilgili hakka yönelik müdahalenin bulunmadığını kabul etmiştir. AİHM meşru beklenti kavramını da mamelek kavramı içerisinde değerlendirmektedir ve böyle bir kavram AİHS P-1 m.1’in sadece mevcut malvarlıklarına değil, başvurunun kuru bir ümit değil de meşru beklentiye sahip olduğunu ispatlamak koşuluyla ileri sürdüğü maddi taleplere de uygulanmasını sağlamaktadır³³⁵. Ancak AİHM’ne göre, emeklilik haklarının denkleştirilmesi gibi bir kurum İran hukukunda bulunmadığı gibi, Alman hukukunda da kamu düzeninden sayılmadığından başvurunun meşru bir beklentisinden söz etmek mümkün değildir. Bununla beraber, emeklilik haklarının denkleştirilmesi talebi Alman kamu düzeninin

³³⁴ Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.160.

³³⁵ Bu konuda bkz.: Gemalmaz B., **Mülkiyet Hakkı**, s.333.

bir parçası olarak kabul edilseydi, böyle bir durum başvurunun meşru beklentiye sahip olmasıyla sonuçlanacağı gibi, başvurunun Alman mahkemelerinde açtığı davanın muhtemelen kabul edilmesiyle sonuçlanacaktı. Dolayısıyla AİHM'nin bu tür davalarda P-1 m.1'in ihlal edildiği iddialarını kabul etmesi zor görünmektedir.

Sonuç olarak, yabancı hukukun tatbiki ile AİHS'nde yer alan bir hakkın ihlal edildiği iddiasını doğrudan ve detaylı bir şekilde ele alan bir karar bulunmamaktadır. Bu konuda AİHM'nin konuyu tam olarak ele alan bir kararı bulunmamakla beraber, özellikle AİHS'nin sınır ötesi etkilerine ilişkin kararlarından ve Alman AYM'nin *Spanier-Beschluss* kararından yola çıkılarak AİHS'nin uygulanacak hukuka olan muhtemel etkileri incelenmeye çalışılmıştır. Özellikle doktrinde, yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarında yabancı hukukun (tatbikinin) AİHS'nde yer alan hakları ihlal ettiği iddialarına karşı AİHS'nde yer alan haklara ilişkin getirilen denetimin hafifletilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. İkinci olarak, yukarıdaki kararlardan anlaşılmasa da, özellikle yabancı hukukun taraf devlete ait olduğu ve AİHS'ne aykırılığın bu taraf devlete ait olan hukuk kurallarından kaynaklandığı hallerde, forum devleti yanında bu devlete karşı şikâyet yoluna başvurulmasının mümkün olup olmadığı incelenmesi gereken bir diğer problemidir. Aşağıda bu konuyu ele alacağız.

3. Hukuku Uygulanan (Taraf) Devletin AİHS'ne Aykırılık Nedeniyle Sorumluluğunun Doğup Doğmayacağı

AİHS'ne taraf bir devlet mahkemesi tarafından kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla ulaşılan yabancı hukuk AİHS'ne taraf bir devlete ait olabileceği gibi taraf olmayan, üçüncü bir devlete de ait olabilir. Bununla beraber, bir taraf devlet mahkemesi AİHS'nde yer alan bir hakkı ihlal eden üçüncü bir devlete ait hukuku uyguladığında, bu istenmeyen sonuca yol açan yabancı hukuku uygulayarak AİHS'ni ihlale sebebiyet veren taraf devlet mahkemesi olacaktır. Sonuçta, AİHS m.1 taraf devletlere, yetki alanlarına giren herkese AİHS'nde yer alan hakları güvence altına alma yükümlülüğü yüklediğinden, uygulanacak hukukun taraf bir devlete veya üçüncü bir devlete ait olup olmadığına bakılmaksızın, taraf devlet mahkemesinin bu tasarrufuna AİHS'nin uygulanabilir olduğu aşîkârdır.

Prensip olarak, AİHS'ne taraf olmadığından dolayı, üçüncü bir devlete ait hukuk kurallarının AİHS'nin öngördüğü temel hak ve özgürlüklere ilişkin standartları karşılaması beklenemez. Bununla beraber, AİHM'nin Alman mahkemelerinin iki İran vatandaşının boşanmasına İran hukukunu uygulamasının AİHS'ni ihlal edip etmediğini incelediği *Ammdjadi v. Almanya* kararı, yukarıda incelediğimiz nedenlerden dolayı ihlal tespit edilmemiş olsa da, bu davada incelemiş olduğu hususlar AİHS'nin üçüncü bir ülkeden sadır yabancı hukukun tatbikine de uygulanabilir olduğunu dolaylı olarak ortaya koymaktadır³³⁶. Başka bir deyişle, AİHM'nin incelemesinde aksini gösteren bir durum bulunmamaktadır. Sonuç olarak, hukuku uygulanan üçüncü devletin sorumluluğundan bahsetmek mümkün değildir.

Peki bir taraf devlet mahkemesinin diğer bir taraf devlete ait hukuk kurallarını uygulaması halinde ortaya çıkacak bir ihlal iddiası bakımından aynı anda iki devletin de sorumluluğuna gidilebilir mi? Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, AİHS'ni ihlal eden bir sonuca yol açan hukuku uygulayan mahkemenin bağlı olduğu devlet, böyle bir ihlalden dolayı sorumlu olacaktır. Bununla beraber, bu tür bir ihlalden dolayı, hukuku uygulanan taraf devletin de (yabancı) hukuku uygulayan taraf devletle müşterek sorumlu olup olmayacağı ileri sürülebilir. Zira hukuku uygulanan devletin mevzuatının prensip olarak AİHS'nin öngörmüş olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin standartları karşılaması gerekmektedir.

Böyle bir durumda taraf devletlerin müşterek sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği AİHK tarafından birkaç kez incelenmiştir. *X. v. Belçika ve Hollanda*³³⁷ başvurusunda, Belçika'da yaşayan bir Hollandalının birkaç yıldır baktığı Belçika vatandaşı terkedilmiş bir çocuğu evlat edinme talebi, o zaman yürürlükte olan Belçika kanunlar ihtilafı kurallarınca uygulanacak hukuk olarak tespit edilen evlat edinecek kişinin milli hukuku olan Hollanda hukukuna göre reddedilmiştir. Zira Belçika kanunlar ihtilafı kuralına göre evlat edinenin milli hukuku olan, o zaman yürürlükte olan

³³⁶ Örneğin, AİHM emeklilik haklarının denkleştirilmesinin İran hukukunda mevcut olmadığı, İran hukukunda da çalışmayan eşin korunması konusunda başka araçların var olduğunu ifade etmiştir.

³³⁷ *X. v. Belçika ve Hollanda*, no.64/82, 10 Temmuz 1975.

Hollanda hukuku evli olmayanların tek başına evlat edinmesine izin vermemekteydi. Bu nedenle başvuru Hollanda'ya karşı şikâyetinde bulunmuştur³³⁸.

AİHK, başvuruçunun birkaç yıldır bakımını üstlendiği terkedilmiş bir çocuğu evlat edinemediğini ve bu duruma Hollanda mevzuatının sebebiyet verdiğinden yakındığını belirtmekle beraber, başvurunun Belçika'ya karşı yönlendirildiğine resen karar vermiştir³³⁹. AİHK, AİHS m.8'e yönelik şikâyet başvurusunu reddederken, sadece bir taraf devletin başvuruçuya –evlat edinmek gibi- belirli bir statü/hak tanımak gibi bir pozitif yükümlülüğünün olup olmadığını incelemiş, dolayısıyla vatandaşlık bağlama noktasının kullanıldığı kanunlar ihtilafı kuralının makul olup olmadığını veya Hollanda hukukunda evlat edinmeye getirilen sınırlamanın yerindeliğini tartışmamıştır. AİHK bu kararıyla ilgili olarak çok kapsamlı inceleme yapmış olmasa da, Belçika mahkemesi evlat edinmeye ilişkin Belçika kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla Hollanda hukukunu uyguladığından, aslında Hollanda kanun koyucusuna atfedilebilir böyle bir ihlalden dolayı Belçika'nın sorumluluğunun doğacağı düşüncesinde olduğu söylenebilir³⁴⁰. Kararda açıkça belirtilmese de, böyle bir sorumluluk Strasburg organlarının yasal mevzuatın soyut olarak AİHS'ne uygun olup olmadığından ziyade somut uyuşmazlıklarda hak ihlalinin var olup olmadığını incelemelerinden kaynaklanmaktadır³⁴¹. Somut davada Belçika mahkemeleri evlat edinmenin mümkün olup olmadığına karar vermek zorunda olduğundan, Belçika hukuk düzeni hangi hukuk kurallarının uygulanacağına ve bu kuralların AİHS'ne uygun olup olmadığına dair bir denetime tabi tutulup tutulmayacağına karar verecektir. Bu nedenle böyle bir sorumluluğun Belçika'ya isnat edilebilmesi AİHS'nin öngördüğü sistem içerisinde gayet doğaldır.

Nitekim *Gill ve Malone v. Hollanda ve Birleşik Krallık*³⁴² başvurusunda AİHK'nun yukarıdaki okumayı teyit ettiğini söyleyebiliriz. Söz konusu karara konu başvuru, bir çocuğun babasıyla olan soybağının kurulmasına ilişkin oldukça uzun ve karmaşık bir yargılama ile ilgilidir. Kısaca özetlemek gerekirse, evlilik dışı birliktelik

³³⁸ X. v. Belçika ve Hollanda, The Facts.

³³⁹ X. v. Belçika ve Hollanda, The Law, 1.

³⁴⁰ Kinsch, *The Impact of Human Rights*, s.213; Kiestra, *The Impact of ECHR*, s.153.

³⁴¹ Aynı yönde bkz.: Kinsch, *The Impact of Human Rights*, s.213.

³⁴² *Gill ve Malone v. Hollanda ve Birleşik Krallık*, no.24001/94, 1 Nisan 1996.

yaşayan başvuruclardan Birleşik Krallık vatandaşı Gill ve İrlanda vatandaşı Malone'nun Birleşik Krallık'a gitmek üzere Amsterdam'da kızları doğmuştur. Kızının doğumunu bildirmek üzere Hollanda yetkili makamlarına başvuran babanın kızının soyadının "Gill" olarak kaydedilmesini talebi, Hollanda yetkilileri ve mahkemelerince reddedilmiştir. Hollanda makamları buna gerekçe olarak ilgili Hollanda kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca uygulanan İngiliz hukukuna göre kızın babası olarak kendisinin kaydedilmesinin ve kendi soyadını almasının mümkün olmadığını bildirmiştir³⁴³. Uzunca bir süre sonra başvuruclular AİHS m.8, m.14 ve m.13'ün ihlal edildiği gerekçesiyle hem Hollanda'ya hem de Birleşik Krallığa karşı şikâyetle bulunmuştur. AİHK, Hollanda makamlarının Birleşik Krallık yasalarını doğru bir şekilde uygulayıp uygulamadığına bakmaksızın, başvurucluların Hollanda hukuku hükümleri karşı şikâyetle bulunduklarını ve (hukuku uygulanan) Birleşik Krallığın sorumluluğunun bulunmadığını Birleşik Krallık hükümetinin itirazını kabul etmiştir. AİHK'na göre, başvurucluların mevcut davada Birleşik Krallık aile hukukunun uygulanmasından şikâyetçi olmalarıyla ilgili olarak, Hollanda makamları başvuruclunun kızıyla olan aile bağlarının belirlenmesi konusunda Hollanda milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca Birleşik Krallık hukukunu uygulamıştır. Dolayısıyla başvurucluların ailevi durumuna uygulandığı kadarıyla Birleşik Krallığa yönelik şikâyetin Birleşik Krallık aile hukukunun içeriğine yönelik bir şikâyet olarak anlaşılabilceğini belirtmiştir. Daha sonra, ilk başvuruclunun babalığının tanınması ile ilgili kararların Hollanda makamları tarafından alındığını, dolayısıyla yabancı hukukun içeriğinden bağımsız olarak, onların AİHS'nde yer alan yükümlülöklere riayet edildiğinden emin olmakla yükümlü olduğuna hükmederek Birleşik Krallık tarafından yapılan başvuruyu konu bakımından reddetmiştir³⁴⁴.

Böylece AİHK, taraf bir devlete ait olsun veya olmasın, söz konusu yabancı hukuku uygulayan devletin sorumlu olacağını açıkça ifade etmiştir. Sonuç olarak, mesele yabancı hukukun uygulanmasının forum devletinin milletlerarası özel hukuk kurallardan kaynaklandığı ve böylece yabancı hukukun uygulanmasından veya uygulanmamasından her zaman taraf devletin sorumlu olduğu vakıasına indirgenmiştir.

³⁴³ Gill ve Malone v. Hollanda ve Birleşik Krallık, The Facts, a.

³⁴⁴ Gill ve Malone v. Hollanda ve Birleşik Krallık, The Law, 1.

Diğer bir ifadeyle, bir taraf devlet mahkemesinin “*yabancı hukuku uygula(ma)ma*” tasarrufundan sadece söz konusu devletin sorumluluğu doğmaktadır. Dolayısıyla yabancı hukukun menşeinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

4. Uyuşmazlığın Yabancılık Unsuru İçermesi Nedeniyle Müdahalenin Meşruluğu Denetiminin Hafifletilip Hafifletilemeyeceği Meselesi

Milletlerarası özel hukukun yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarını konu edinmesi nedeniyle, bazı hallerde bireylerin haklarına müdahale eden yabancı hukuka karşı belirli bir derece müsamaha gösterilmesi gerektiği söylenebilir. Özellikle ulusal mahkemeler önüne gelen bu tür uyuşmazlıklarda, izafi oluşunun sağlamış olduğu esneklik nedeniyle kamu düzeni müdahalesinin böyle bir müsamahanın gösterilmesi açısından uygun bir yöntem olduğu belirtilmektedir. Peki, yabancı hukukun tatbikinin AİHS’ni ihlal ettiğinin ileri sürüldüğü şikâyet başvurularında AİHM’nin milletlerarası özel hukuk menşeli temel hak uyuşmazlıklarının bu özelliğini göz önünde bulundurması gerektiği söylenebilir mi? AİHS’nde yer alan bir hakka yönelik müdahalenin meşruluğu denetiminde ilgili hakta yer alan sınırlandırma koşullarının (örneğin ölçülülük incelemesi), yabancı hukukun uygulanması söz konusu olduğunda daha esnek bir şekilde yorumlanması gerekmekte midir? Bu konuda yabancı hukukun taraf bir devlete ait olup olmasının herhangi bir önemi bulunmakta mıdır? Hiç şüphesiz, benzer soruların yabancı kararların tanınması ve tenfizi bakımından da gündeme gelebileceğini belirtmek gerekir. Zira burada artık yabancı bir devlete ait bir mahkeme tarafından verilen kararın taraf devlet mahkemeleri önüne gelmesi söz konusudur.

Öncelikle, AİHS’nin öngördüğü denetimin yabancı hukukun menşesine göre bir ayırım yapılmasının bir farklılık arz edip etmediğine değinmek gerekir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, hali hazırda tüm taraf devletlerin mevzuatlarının AİHS’nde yer alan temel hak ve özgürlüklerle uyumlu olduğu farz edilmektedir. Bu bakımdan, üçüncü bir devlete ait hukuk kurallarını, bir taraf devlete aitmiş gibi, AİHS’nde yer alan haklar için öngörülen müdahalenin meşruluğu denetimine tamamen tabi tutmanın yerinde olup olmadığı tartışılabilir. Uygulanacak hukukun taraf devlete ait olduğu hallerde, AİHS’nde yer alan (sınırlandırılabilir) haklardan birinin ihlal edildiği ileri sürüldüğünde, AİHS’nin ilgili hak için öngörmüş olduğu standartları hafifletmek veya

esnetmek için herhangi bir neden bulunmamaktadır³⁴⁵. Böyle bir durumda ulusal mahkemenin AİHS'nin getirdiği standartları tam olarak tatbik etmesi ne yabancı hukuk bakımından ne de davanın tarafları bakımından sürpriz sayılmayacağı gibi, dava, hukuku uygulanan taraf devlet mahkemesinde açılmış olsaydı dahi AİHS'nin aramış olduğu standartların yine karşılanması gerekecektir. Dolayısıyla, AİHK kararlarına göre böyle bir durumda kendisine karşı şikâyet başvurusunda bulunulmаса da, hukuku uygulanan taraf devletin ilgili mevzuatının zaten AİHS'ne uygun olması gerekmektedir. Bu bakımdan, AİHS'ne taraf devlet ile taraf olmayan devlet arasında bir ayrıma gidilmesi gerektiği teorik olarak söylenebilir.

Üçüncü bir devletin hukukunun uygulanması halinde AİHS'nin getirmiş olduğu koşulların hafifletilmesi konusunu ele alan yazarlara yol gösteren aslında yine yabancılık unsurunun söz konusu olduğu içtihatlardır. AİHS'nin milletlerarası özel hukuka olan muhtemel etkilerinin ilk kez ele alındığı zamanlar, spesifik olarak milletlerarası özel hukuk menşeli bir AİHM veya AİHK kararı bulunmamaktaydı. Bu nedenle bazı yazarlarca, AİHS'nin sınır ötesi etkilere sahip olup olmadığına dair içtihatları³⁴⁶ ile AİHS'nin milletlerarası özel hukuk uyumsuzluklarına uygulanabilirliği arasında bir benzerlik olduğu ileri sürülmüştür³⁴⁷. Suçluların iadesi ile ilgili uluslararası adli işbirliğini ilgilendiren ve yabancı mahkûmiyet kararlarının AİHS m.6'yı ihlal ettiğinin ileri sürüldüğü bu davalarda AİHM, yurtdışında sadece “*adil bir yargılamanın açıkça tanınmaması (flagrant denial of a fair trial)*” halinde AİHS m.6'nın ihlal edilmiş olacağı içtihadında bulunmuştur³⁴⁸. Bu kararlardan birinde Yargıç Matscher tarafından, “(yabancı ülkedeki yargılamada) AİHS m.6'nın aşikâr bir şekilde ihlali edilmiş olması gerektiği, diğer bir ifadeyle AİHS m.6'nın dolaylı uygulanmasında, AİHS m.6'nın doğrudan uygulanacak olsaydı sahip olacağı etkiden daha az olan azaltılmış bir etkiye sahip olduğu” ifade edilmiştir³⁴⁹. İşte AİHM'nin “adaletin açıkça reddedilmesi/ ihkak-

³⁴⁵ Kinsch, **The Impact of Human Rights**, s.214; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.163; Fabian Marchadier, **Objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme**, Bruylant, Bruxelles 2007, s.493.

³⁴⁶ Soering v. Birleşik Krallık, no.14038/88, 7 Temmuz 1989; Drozd ve Janousek v. Fransa ve İspanya, no.12747/87, 26 Temmuz 1992.

³⁴⁷ Bkz.: Mayer, **a.g.m.**, s.653-654; Kinsch, **The Impact of Human Rights**, s.208 vd.

³⁴⁸ Soering v. Birleşik Krallık, para.113; Drozd ve Janousek v. Fransa ve İspanya, para.110.

³⁴⁹ Bkz.: Drozd ve Janousek v. Fransa ve İspanya, Yargıç Matscher'in (farklı gerekçeler de ihtiva eden) mutabık kararı. Hatta söz konusu kararda, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde kamu düzenin hafifletilmiş etkisi teorisine de Yargıç tarafından atıf yapılmıştır.

ı haktan açıkça imtina edilmesi (*flagrant denial of justice*)” kriteriyle AİHS m.6’ya ilişkin denetimin hafifletilmiş olduğundan hareketle üçüncü bir ülke hukukunun uygulandığı davalarda da benzer şekilde hareket edilip edilemeyeceğinin tartışılmasına yol açmıştır.

AİHS’nde yer alan temel hak ve özgürlüklerin taraf devlet mahkemeleri tarafından hangi sınırlamalara istinaden sınırlanabileceği AİHM içtihatları ile de belirlenmişken, özellikle üçüncü bir devlete ait bir hukukun uygulanmasından kaynaklanan bir müdahalenin meşruluğu denetiminde AİHS’nin öngördüğü sınırlandırma koşullarının yumuşatılması konusunda çeşitli fikirler ileri sürülmektedir. Dünya üzerinde aynı anda birbirinden farklı kültür ve geleneğe sahip hukuk düzenlerinin varlığı milletlerarası özel hukuk alanının da varlık sebebi olduğundan, dünya üzerindeki hukuk kültürlerinin çeşitliliğine saygı milletlerarası özel hukuk disiplininin temel prensiplerinden biridir. Dolayısıyla yerel nitelikli uyuşmazlıklarda olduğu gibi AİHS’nin öngördüğü kriterlerin tam olarak uygulanmasında ısrar edilirse, taraf devletlerin hukuk düzenlerine nazaran oldukça farklılık arz eden, belki de tuhaf gözüken yabancı hukuk kurallarının uygulanmasına çok az alan bırakılmış olabilir. Bu bakımdan, AİHS’nin getirmiş olduğu denetim bakımından daha esnek bir yaklaşımın tercih edilmesi gerektiği söylenebilir³⁵⁰. Ayrıca, milletlerarası özel hukukun amaçlarından biri olarak kabul edilen ve muhtemelen diğer hukuk kültürlerine karşı belirli bir toleransa dayandığı ileri sürülen milletlerarası karar ahenginin sağlanması da böyle bir hafifletmeye gerekçe olarak ileri sürülmektedir. Böyle bir ahengin yokluğunun total hukuki ilişkilerin artması riskini ve dolayısıyla kişilerin uluslararası dolaşımını tehlikeye atacağı belirtilmektedir³⁵¹. Milletlerarası özel hukuka özgü bu görüşlere ilaveten, devletlerin diğer hukuk kültürlerine karşı toleransa böyle bir hareket alanı bırakmamalarının kendi hukuk atmosferleri dışından gelen kuralları çok az göz önünde tutarak kendi değerlerine bağlı kalan farklı devlet bloklarının ortaya çıkması tehlikesini ortaya çıkardığı da ilave edilmektedir. Bilhassa Avrupa aile hukuku ile İslam

³⁵⁰ Kinsch, **The Impact of Human Rights**, s.217; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.164.

³⁵¹ Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.164. Böyle bir meselenin sadece yabancı hukukun tatbikine münhasır olmadığını, yabancı kararların tanınması ve tenfiziyle de ilgili olduğunu belirtmek gerekir.

hukuku arasındaki farklı anlayışların söz konusu olduğu konularda böyle bir tehlikenin var olduğu ifade edilmektedir³⁵².

Buna karşın, milletlerarası özel hukuk menşeli temel hak uyuşmazlıklarında AİHS'nin öngördüğü denetimin hafifletilmesinin yerinde olmayacağı da ileri sürülebilir. Her ne kadar böyle bir hafifletme belirli bir ölçüde haklı görülse de, böyle bir hafifletmeye karşı AİHS'nin doğasından kaynaklanan sınırlamalar bulunmaktadır. Üçüncü bir devletten sadır yabancı hukuk kurallarının tatbiki söz konusu olduğunda AİHS'nin belirli bir hak için getirmiş olduğu koşulları üçüncü bir devlete ait yabancı hukuk kurallarının tatbik edildiği gerekçesiyle esnetmek, aynı özelliklere sahip yerel nitelikli davalarla kıyaslandığında öncelikle forum devletinin hukuk sistemi içerisinde eşitsizlik yaratabilir. Aynı taraf devlet mahkemesi önünde benzer özelliklere sahip iki davadan yabancılık unsuru ihtiva edeninde davanın davacısının AİHS'nde yer alan temel haklarının, davalıya veya yerel nitelikli davanın davacısına nazaran daha az korunması veya tam tersi söz konusu olabilir. Aynı durum uygulanacak hukukun taraf bir devlete ait olduğu durumlarda da söz konusu olabilir. Sonuç olarak, böyle bir esnekliğe imkân tanımak, ulusal mahkemeler tarafından iç karar ahenginin zedelenmesi ihtimalini ortaya çıkarabilir. Ayrıca, AİHM'nin böyle bir farklılığı kabul etmemesi gibi bir ihtimal de bulunmaktadır ki bu durum, forum devletinin mahkûmiyetiyle sonuçlanabilir.

AİHS sistemi içerisinde böyle bir hafifletmeye AİHM tarafından imkân tanınmayabileceğini de belirtmek gerekir. Zira daha önce de belirttiğimiz üzere, AİHS m.1 taraf devletlerin yetki alanları içerisinde bulunan herkesin AİHS'nde yer alan hak ve özgürlüklerin güvencesi altında olduğunu açıkça belirttiğini ve bunun üçüncü bir ülkeden sadır hukuk kurallarının tatbiki veya yabancı bir kararın tanınması ve tenfizi bakımından da geçerli olacağını belirtmiştik. Kaldı ki, AİHS kendi sistemi içerisinde belirli bir esnekliği de taraf devletlere zaten sunmaktadır. Örneğin, sınırlandırılabilir haklar olarak ifade ettiğimiz, aile hayatına saygı hakkı, mülkiyet hakkı veya mahkemeye erişim hakkı gibi haklara taraf devletlerin gerek belirli bireysel ve kamusal menfaatlerin korunması amacıya müdahale edebilecektir. Dolayısıyla, milletlerarası

³⁵² Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.163-164.

özel hukuk menşeli temel hak uyuşmazlıklarında bu hakları ilgilendirdiği ölçüde, bir taraf devlet (milletlerarası özel hukuka ilişkin) belirli menfaatleri veya diğer bireylerin hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla AİHS'nin bu haklar için getirmiş olduğu denetimi hafifletmek için belirli hareket alanına sahiptir. Ayrıca, AİHM'nin taraf devletlerin AİHS'den kaynaklanan yükümlülükleri ile ilgili olarak devletin bir bireyin hakkı ile diğer bir bireyin veya bir bütün olarak toplumun menfaatleri arasında bir denge kurması gerektiği durumlarda belirli bir takdir marjına sahip olduğuna dair içtihatları göz önüne alındığında, takdir marjı doktrini taraf devletlere bu tür uyuşmazlıklarda belirli bir esneklik veya hareket alanı sağlayabilecektir³⁵³. Dolayısıyla takdir marjının yabancı hukukun getirmiş olduğu farklılığa tolerans gösterilmesi için oldukça uygun bir vasıta olduğu söylenebilir.

AİHM içtihatlarından AİHS'nin öngördüğü denetimin yabancı hukukun tatbiki suretiyle hafifletilebileceğine dair çok az ipucu bulunmaktadır. Yabancı hukukun tatbikinin ortaya çıkardığı sonucun AİHS'ni ihlal ettiğinin ileri sürüldüğü iki davadan ilki olan *Zvoristeanu v. Fransa* kararında, Fransız mahkemeleri diğer bir taraf devlet olan Alman hukukunu tatbik etmiştir. Kabul edilebilirliğe ilişkin bu kararda AİHM'nin sadece Fransız mahkemesinin kararının keyfi olmadığı, makul olduğunu/mantıksız olmadığını tespitinde bulunduğunu görmekteyiz. Belki de uygulanacak hukuk taraf bir devlete ait olduğundan dolayı AİHM'nin söz konusu kararı katı bir denetime tabi tutmadığı söylenebilir³⁵⁴. Bununla beraber, AİHM'nin sadece AİHS m.8'e herhangi bir müdahale olmadığını tespit ettiği ve esasa girmediği bir kabul edilebilirlik kararı olduğunu göz ardı etmemek gerekir. Ancak, uygulanacak hukukun bir taraf devlete ait olduğu uyuşmazlıklarda, -sorumluluğu söz konusu olmasa da- bu hukukun da AİHS'yle bağdaşır olması gerektiği unutulmamalıdır. Dolayısıyla, diğer bir taraf devletin hukukunun uygulandığı ve AİHS m.8'e müdahale edildiğinin tespit edildiği bir durumda, artık AİHM AİHS m.8/2'de yer alan koşulların ve özellikle taraf devlet mahkemesi kararının ölçülü olup olmadığına dair katı bir denetim yapabilir. Diğer bir ifadeyle, böyle bir durumda forum devletinin taraf bir devletin hukukunu tatbik etmesiyle kendi hukukunu tatbik etmesi arasında bir fark bulunmamaktadır.

³⁵³ Aynı yönde bkz.: Kinsch, *The Impact of Human Rights*, s.217.

³⁵⁴ Aynı yönde bkz.: Marchadier, *a.g.e.*, s.509-510.

Daha çok AİHS m.8'e yönelik şikayet başvurusuna yöneldiği *Ammdjadi v. Almanya* kararında AİHM, AİHS m.8'e ilişkin olarak meseleyi Alman mahkemelerinin emeklilik haklarının denkleştirilmesinin Alman kamu düzeninin bir parçasını teşkil etmediğine (ve dolayısıyla İran hukukun uygulanmasına) ilişkin kararının ölçülü olup olmadığı açısından ele almıştır. Yabancı hukukun uygulanmasına ilişkin kararın ulusal hukukta bir temelini olduğu (uluslararası anlaşmaların öncelikle uygulanmasını öngören EGBGB m.3/2) ve meşru bir amaç izlendiğini (Almanya-İran arasındaki anlaşmaya etki tanımak) tespit ettikten sonra kararın ölçülü olup olmadığını ele almıştır. Bu noktada, AİHM'nin vakıaları daha detaylı inceleyerek Alman mahkeme kararının AİHS m.8/2'de yer alan sınırlama koşullarını karşılayıp karşılamadığına ilişkin her zamanki metodunu izlemiştir. AİHM burada açıkça belirtmese de, kararın ölçülülüğü sınırlamanın “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığının bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Sonuç olarak AİHM, davalı devletin gerekçelerini de dikkate alarak yabancı hukukun tatbiki suretiyle başvurunun AİHS m.8'de yer alan hakkına yönelik sınırlamanın orantılı olduğuna karar verip talebi reddetmiştir. Hiç şüphesiz, böyle bir sonuç AİHS'nde öngörülen denetim ölçütlerinin yabancı unsurlu davalarda hafifletilmesi gerektiği görüşünü savunanlar açısından tatmin edici bir sonuç olarak görülebilir.

Burada, AİHM yabancı kararların tanınması ve tenfizi ve AİHS m.6/1 ile ilgili olarak kullanmış olduğu “*adaletin açıkça tanınmaması (flagrant denial of justice)*” kriteri gibi bir hafifletici etkileri olan bir kriterden açıkça bahsetmemektedir. Hatta AİHM İran hukukunun tatbikiyle ortaya çıkan sonucun AİHS m.8'i ihlal edip etmediğini incelemekten ziyade meseleyi Alman mahkemelerinin emeklilik haklarının denkleştirilmesinin Alman kamu düzeninden olmadığını tespitiyle AİHS m.8'i ihlal edip etmediği ile sınırlandırdığını ve böylece muhtemel bir ihlalin varlığını baştan engellediği prensip olarak söylenebilir³⁵⁵. Ayrıca, AİHM çalışmayan eşe ekonomik yardım şekillerinin İran hukukunda da var olduğuna vurgu yaparak aslında davaya tatbik edilen yabancı hukukta da aynı veya eşdeğer bir düzenlemenin varlığının ihlalin bulunmaması için yeterli kabul ettiğini de göstermektedir. Bu konuda bir Avrupa konsensüsünün bulunmamasının da AİHM'nin detaylı bir ölçülülük incelemesine engel

³⁵⁵ Aynı yönde bkz.: Kiestra, *The Impact of ECHR*, s.167.

olduğunu söyleyebiliriz. Zira yukarıdaki iki gerekçeyle AİHS m.8'e yönelik bu tür müdahale bakımından taraf devletin takdir marjının genişliğine vurgu yaparak söz konusu müdahaleyi ölçülü olarak nitelendirdiği söylenebilir. Esasen bu kararda AİHM AİHS m.8'e ilişkin olağan denetim metodunu izleyerek kısa bir gerekçeyle karar vermiştir. Sonuç olarak, yukarıdaki kararın AİHS m.8'in sınırlandırılmasına ilişkin koşulların hafifletilmesi bakımından iyi bir örnek olmadığını, daha doğrusu bu konuda herhangi bir şey söylemediğini söyleyebiliriz.

Sonuç olarak, yabancı hukukun tatbikiyle ilgili olarak AİHS'nin öngördüğü denetimin hafifletilmesine ilişkin AİHM'nin herhangi bir görüşü olmadığından konunun daha çok teorik olduğunu söyleyebiliriz. Hatta meseleyi kısaca dünya üzerinde yer alan tüm hukuk düzenlerinin AİHS ve AİHM içtihatları ile oluşturulan Avrupa insan hakları standartlarına uygun olmasının gerekip gerekmediği şeklinde özetlemek de mümkündür. AİHS'nin taraf devlet hukuklarındaki konumu, taraf devletlerin AİHS'nin öngördüğü haklara ve bu haklara ilişkin sınırlama rejimine milletlerarası özel hukuk uyumazlıklarında da riayet etmesini gerektirmektedir. Milletlerarası özel hukukun varlığı ve amaçları bakımından böyle bir esnekliğin gerekli olduğu ve taraf devletlere sağlanması gerektiği ileri sürülebilirse de, taraf devletlerin AİHS m.1'den kaynaklanan yükümlülükleri ve AİHM'nin bu konuda nasıl bir karar verebileceğinin belirsiz oluşu, böyle bir hafifletme konusunda taraf devletlerin hareket alanının oldukça sınırlı olduğunu göstermektedir. Kanaatimizce denetimin hafifletilmesi konusunda böyle bir hareket alanı/esneklik, AİHS tarafından izin verildiği ölçüde mümkündür. Zira AİHS, taraf devletlerin (mahkemelerinin) yabancı hukuku tatbik etmek veya etmemek suretiyle taraflardan birinin AİHS'nde yer alan haklarına ilgili AİHS hükmünde yer alan koşullar altında sınırlama getirmelerini mümkün kıldığından, AİHS kendi sistemi içerisinde belirli bir esnekliği de taraf devletlere sunmaktadır. Hiç şüphesiz, uyumazlığın milletlerarası niteliğe sahip oluşu yanında, davanın özellikleri ile taraflarının meşru beklentileri ve yabancı hukukun AİHS'nin öngördüğü standartları ne ölçüde karşıladığı özellikle taraf devletlerin takdir marjını ve dolayısıyla AİHM'nin (ölçülülük) denetimini etkileyebilecektir.

V. YABANCI UNSURLU DAVALARDA LEX FORİ'NİN TATBİKİ İLE AİHS ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. Genel Olarak

Yabancılık unsuru içeren bir özel hukuk uyuşmazlığında, devletin tanzim etmiş olduğu kanunlar ihtilafı sistemi her zaman yabancı hukukun tatbikini öngörmez. Birçok durumda, kanunlar ihtilafı kurallarının tatbikinin bir sonucu olarak, hâkim yabancı unsurlu uyuşmazlığa *kendi hukukunu (lex fori'yi)* tatbik etmek durumunda kalabilir. Örneğin, MÖHUK m.14/1 uyarınca tarafların müşterek milli hukukları veya müşterek mutad mesken hukukları Türk hukuku ise ya da müşterek hukukları yoksa hâkim Türk hukukunu uygulayacaktır. Yine birçok durumda, söz konusu kuralların işleyişi esnasında yabancı unsurlu uyuşmazlığa hâkimin *kendi hukukunu (lex fori'yi)* tatbik etmesi de söz konusu olabilir. Örneğin, MÖHUK m.2/3 uyarınca iade atfın söz konusu olduğu veya MÖHUK m.5 uyarınca yabancı hukukun tatbikinin Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ettiği hallerde de Türk hukukunun uygulanması mümkündür.

Bunun dışında, hâkimin yabancılık unsurunu dikkate almaksızın doğrudan *lex fori'yi* uygulaması da söz konusu olabilir. Sonuç olarak *lex fori'nin* tatbiki ihtimali, dört durumda söz konusu olabilmektedir: (1) kanunlar ihtilafı kuralının tatbikinin doğal sonucu olarak, (2) kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca tespit edilen yabancı hukukun uyuşmazlığa uygulanacak ilgili maddi hukuk kurallarının temin edilememesi halinde, (3) kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca tespit edilen yabancı hukukun tatbikinin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi halinde, (4) yabancılık unsuru dikkate alınmaksızın doğrudan *lex fori'nin* tatbiki halinde. Beşinci bir ihtimal olarak, bir devletin yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarına uygulanacak hukuku belirlemek üzere bir kanunlar ihtilafı sistemi tanzim etmemiş olması veya özel hukukun belirli alanlarına doğrudan *lex fori'nin* tatbikini öngören kurallar tanzim etmiş olması da söz konusu olabilir.

İlk ihtimalde kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tespit edilen yabancı hukukun tatbikinin kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle engellenmesinin veya engellenmemesinin temel haklara aykırılık bakımından ortaya çıkarabileceği sonuçlara değinmiştik. *Lex fori'nin* tatbikinin bir kanunlar ihtilafı kuralının doğal sonucu olarak

ortaya çıktığı ikinci durumda, *lex fori*'nin yabancı unsurlu davaya tatbiki ile yerel nitelikli davaya tatbiki arasında prensip olarak bir farklılık bulunmamaktadır. Sonuçta her iki durumda da forum devletinin kendi hukukunu uygulama(ma)sının AİHS'nde yer alan haklara müdahale etmesi söz konusu olabilecektir. Üçüncü ihtimalde, ulusal mahkemelerin yabancı hukukun uyuşmazlığa uygulanacak maddi hukuk kurallarının temin edilmesi konusunda kendi hukuk düzenlerinin çizdiği sınırlar içerisinde yeterli dikkat ve özeni göstermemelerinin AİHS m.6/1 açısından ne tür bir sonuca yol açacağını incelemiştir. Ulusal mahkemelerin bu konuda yeterli ve gerekli özeni göstermeksizin salt yabancı hukukun içeriğini temin edemeleri gerekçesine dayanarak uyuşmazlığa kendi maddi hukuk kurallarını uygulamaları, esasen dördüncü ihtimaldeki gibi sonuca yol açmaktadır. Dördüncü ihtimalde ise, hâkimin kendi hukukunu açıkça yanlış uygulaması gibi bir durum ortaya çıkmaktadır, ki yabancı hukukun tatbikinin doğrudan engellenmesinin söz konusu olduğu bu tür durumlarda davanın en azından bir tarafının maddi hukuka yönelik hakları/menfaatleri etkilenmektedir. Benzer bir durum *lex fori*'nin tatbikinin zorunlu olarak ortaya çıktığı ikinci ihtimalde de ortaya çıkabilir. Bununla beraber, *lex fori*'nin tatbik edildiği yabancı unsurlu davalarda davanın taraflarından biri uyuşmazlığın yabancı bir ülkeyle daha sıkı ilişkili olduğunu, dolayısıyla yabancı hukukun tatbikinin daha uygun olduğunu ileri sürebilir. Hatta *lex fori*'nin tatbiki aleyhine olan taraf, AİHS'nin taraf devletlere yabancı unsurlu davalarda yabancı hukuku tatbik etme yükümlülüğü yüklediğini ve davaya yabancı hukukun tatbik edilmemesinin AİHS'nde yer alan bir hakka aykırılık oluşturacağını dahi ileri sürebilir.

Bir devletin yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmı bakımından kanunlar ihtilafı sistemi öngörmeyerek veya böyle bir sistemi bypass ederek doğrudan *lex fori*'yi uygulanacak hukuk olarak belirlemesi mümkün müdür? Devletlerin böyle bir tercihte bulunarak yabancı hukukun tatbikini otomatik olarak ortadan kaldırmaları bireylerin AİHS'nde yer alan haklarına müdahale teşkil edebilir mi? Hatta AİHS'nde yer alan bazı hakların devletlere –*lex fori*'nin tatbikine karşı- yabancı hukukun tatbik edilmesi yükümlülüğü yükler şekilde yorumlanması mümkün müdür? Burada, ilk olarak yabancı hukukun tatbik edilmesi konusunda devletlerin insan hakları hukukundan kaynaklanan bir yükümlülüklerinin bulunup bulunmadığını,

ardından yabancılık unsuru dikkate alınmaksızın doğrudan *lex fori*'nin tatbikinin AİHS'ne aykırılık teşkil edip etmeyeceğini inceleyeceğiz. Son olarak, yabancılık unsuru içeren davalarda forum devletinin kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tespit edilen *lex fori*'nin tatbikinin yerel nitelikli davalarla kıyaslandığında herhangi bir farklılık arz edip etmediğini mahkeme kararları ışığında ele alacağız³⁵⁶.

B. AİHS'nde Yer Alan Bazı Hakların Yabancı Hukuku Tatbik Etme Yükümlülüğü Yükleyip Yüklemediği Meselesi

AİHS'nin taraf devletlere yabancı hukuku tatbik etme yükümlülüğü yükleyip yüklemediği meselesini incelemekten evvel, ilk olarak böyle bir yükümlülüğün ulusal veya uluslararası dayanaklarını kısaca ele almakta fayda vardır. Önceleri, devletlerin yabancı hukuku uygulayıp uygulamama konusundaki yükümlülükleri milletlerarası hukukun genel prensiplerinden biri olan milletlerarası nezaket (comity) anlayışına dayandırılmıştı³⁵⁷. Günümüzde ise, böyle bir anlayışın kanunlar ihtilafı alanında neredeyse hiçbir etkisinin olmadığı veya sahip olduğu rolün azaldığı kabul edilmektedir³⁵⁸. Peki, yabancı unsurlu davalarda *lex fori*'nin uygulanacağı öngörülerek tüm kanunlar ihtilafı sisteminin kısmen veya tamamen ortadan kaldırılması devletler hukukunun ihlali anlamına gelir mi?

Böyle bir yükümlülüğün, en azından özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından milletlerarası nezaket (comity) anlayışına/prensibine dayandığı teorik olarak söylenebilir³⁵⁹. Ancak, milletlerarası hukukun böyle bir prensibi içerip içermediğinin

³⁵⁶ Esasen kanunlar ihtilafı kurallarının/sisteminin dizaynı ve işleyişiyle yakından ilgili olması nedeniyle bu konuların bu başlık altında incelenmesi eleştirilebilir. Bununla beraber her üç durumda da *lex fori*'nin tatbiki kanunlar ihtilafı kurallarının/sisteminin dizaynı ve işleyişinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. *Lex fori*'nin tatbikinin de AİHS'nde yer alan haklarla bağdaşır olması gerektiği göz önüne alındığında, meseleyi AİHS'nin kanunlar ihtilafı kurallarının tanzimine olan etkisi yerine ayrı bir başlık altında incelemeyi daha uygun gördük.

³⁵⁷ Bkz: Dicey/Morris/Collins, **a.g.e.**, s.5; Morris/McClean/Ruiz Abou-Nigm, **a.g.e.**, s.22; Adrian Briggs, "The Principle of Comity in Private International Law", **Recueil Des Cours-Collected Courses**, Vol.354, 2011, s.80 vd; Ralf Michaels, "Public and Private International Law: German Views on Global Issues", **JPIL**, Vol.4 No.1, 2008, s.126; Lawrence Collins, "Comity in Modern Private International Law", **Reform and Development of Private International Law – Essays in Honour of Sir Peter North**, Ed. James Fawcett, Oxford University Press, Oxford 2002, s.91.

³⁵⁸ Dicey/Morris/Collins, **a.g.e.**, s.5; Mayss, **a.g.e.**, s.5.

³⁵⁹ Stürner, **a.g.m.**, s.10-11; Michaels, **a.g.m.**, s.126; Collins, **a.g.m.**, s.94.

bile tereddütle karşılandığı³⁶⁰ göz önüne alındığında, bir devletin milletlerarası özel hukuk kuralları tanzim ederek yabancı hukuku uygulama veya uygulamama şeklinde kendi mahkeme kararına dayanan bir tasarrufu, milletlerarası hukuktan kaynaklanan bir yükümlülükten ziyade yine o devletin egemenliğinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, uluslararası hukuka göre devletlerin sadece *lex fori*'nin tatbikini öngörmeleri veya bir kanunlar ihtilafı sistemi dizayn ederek bazı hallerde yabancı hukukun tatbikine de imkân tanımları teorik olarak mümkündür.

Bununla beraber, devletlerin sadece *lex fori*'nin tatbik edilmesine veya yabancı hukukun uygulanmasına kısmen imkân tanıyabilecekleri böyle bir yasama (ve yargı) yetkisi sınırsız değildir. Daha önce de değindiğimiz üzere, devletin milletlerarası özel hukuk kuralları vaz etme ve uygulama ile bu kuralların sonuçlarını ülkelerinde kabul etmelerinin sınırını insan hakları mülahazaları oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle, yabancı hukukun forum ülkesinde uygulanarak sonuçlar doğurmasına engel olan forum devletinin insan hakları anlayışı, bu sefer söz konusu devlete bir kanunlar ihtilafı rejimi vaz etmesini ve böyle bir rejimin sonuçlarını kabul etmesini gerektirebilir. Milletlerarası özel hukuk alanında insan haklarının giderek artan rolü ve etkisi, devletlerin bu konuda sahip oldukları yetkiyi bireylerin hak ve özgürlükleri lehine sınırlayabilecek tek husus gibi görünmektedir³⁶¹. Bu noktada, milletlerarası özel hukukun belki de en fazla etkileşime sahip olduğu milletlerarası hukuk alanı olan uluslararası insan hakları hukukunun devletlere böyle bir yükümlülüğü dayatabileceği en azından teorik olarak söylenebilir. Hatta milletlerarası nezaket gibi içeriği ve yaptırımını belirsiz bir ilkeye nazaran, AİHS gibi taraf devletlere somut yükümlülükler yükleyen ve yaptırım öngören insan hakları belgeleri böyle bir yükümlülüğün temelini teşkil etmektedir. Bu bakımdan, yabancı hukukun uygulanmasına yerel seviyede kamu düzeni müdahalesiyle engel olan AİHS'nin yabancı hukukun tatbik edilmesinin de dayanağını oluşturabileceği ileri sürülebilir. Nitekim doktrinde, hukukun aynı zamanda bir kültürel olgu olduğundan hareketle AİHS'nde yer alan bazı hakların bireylere davalarına yabancı bir hukukun uygulanmasını isteme hakkını ihtiva eder şekilde, diğer

³⁶⁰ Stürmer, **a.g.m.**, s.11.

³⁶¹ Hatta böyle bir durum, devletlerin yabancı unsurlu davalarda uyuşmazlığın tarafları arasında en adil ve uygun, tarafların arzusunu en çok yansıtan kanunlar ihtilafı kurallarını tanzim etmelerine yol açabilir.

bir deyişle taraf devletlere böyle bir yükümlülük yükler şekilde yorumlanabileceği tezi ileri sürülmektedir³⁶².

Bununla beraber, AİHS'nin yabancı hukuku tatbik etme yükümlülüğü yükleyip yüklemediği meselesi oldukça teorik bir nitelik arz etmektedir. Yabancı unsurlu davalarda *lex fori*'nin tatbikinin bireylerin AİHS'den kaynaklanan haklarını ihlal ettiğine dair içtihatlar bulunsa da, özellikle AİHS'nin aynı zamanda yabancı hukukun uygulanmasını gerektirdiğine uygulamada hiç değinilmemiştir. Bununla beraber, böyle bir iddiayı desteklemek amacıyla AİHK'nun az bilinen *G. ve E. v. Norveç*³⁶³ kararına vurgu yapılarak AİHS m.8'in yabancı hukukun uygulanmasını da gerektirdiği ileri sürülmüştür³⁶⁴.

Söz konusu karara konu olayda, Norveçli Laponlar, Norveç devletinin Laponların yaşadığı topraklar üzerinde bir hidroelektrik santrali inşasını öngören kararını protesto etmek için gösteri düzenlemiştir. Polisin gösteri alanını terk etmelerine yönelik çağrısını reddetmeleri üzerine, göstericiler polis zoruyla gösteri alanından çıkartılmıştır. Bu esnada iki başvuru gözü altına alınmış ve ardından polisin emrine itaatsizlikten mahkûm edilmiştir. Başvurucular, gözü altına alınmalarıyla ifade özgürlüklerinin ihlal edildiğinden bir azınlık olarak Laponların yaşam tarzlarının korunmadığına kadar çeşitli şikâyetlerde bulunmuştur³⁶⁵. Konumuzu ilgilendiren kısmıyla AİHK başvuruçuların şikâyetinin kısmen AİHS m.8 kapsamında ele alınması gerektiğine karar verdikten sonra, AİHS m.8'e göre bir azınlık grubunun prensip olarak “*özel hayat*”, “*aile hayatı*” veya “*konut*” olarak görülebileceği (anlaşılabileceği) belirli bir yaşam tarzına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu görüşünde olduğunu belirtmiştir³⁶⁶. AİHK'nun AİHS m.8 ile bu değerlendirmesi, AİHS'nin aynı zamanda bir kişinin kültürel kimliğine hürmeten bir hukuki uyumsuzluğa belirli bir hukukun uygulanması hakkını da güvence altına alıp almadığı sorusunu gündeme getirmiştir. Buna göre, kültürel kimliğin sadece dil veya dinle ya da ideolojik inançlarla ilgili olguları

³⁶² Bkz.: Erik Jayme, “Menschenrechte und Theorie des Internationalen Privatrechts”, **Internationales Privatrecht und Völkerrecht**, Band 3, C.F.R., Müller Verlag, Heidelberg 2003, s.97.

³⁶³ G. ve E. v. Norveç, no.9278/81 ve 9415/81, 3 Ekim 1983, s.31 vd.

³⁶⁴ Jayme, **a.g.m.**, s.97.

³⁶⁵ G. ve E. v. Norveç, s.31-34.

³⁶⁶ G. ve E. v. Norveç, s.35.

içermediği, aynı zamanda hukukun da kültürel bir olgu olduğu kabul edilmektedir³⁶⁷. Böylece kültürel kimliğe saygı gösterilmesi hakkının, bireyin kendisiyle en sıkı irtibatlı hukuka göre yargılanmasını isteme konusunda menfaati bulunduğu dair anlayışı güçlendirdiği belirtilmektedir³⁶⁸. Böylece bir kimsenin ait olduğu kültürün bir sonucu olarak ortaya çıkan hukuk anlayışına saygının bir gereği olarak belirli bir davaya kendi hukukunun uygulanması gerektiği ileri sürebilecektir.

AİHM daha sonraki içtihatlarında azınlıkların hayat tarzlarının AİHS m.8'in koruması altında olduğunu ve bu konuda devletlerin pozitif yükümlülüğün bulunduğunu, böylece devletlerin azınlıkların yaşam tarzlarına müdahale etmekten kaçınmak bir yana, bu tür yaşam tarzlarının korunmasına aktif bir şekilde yardımcı olmak zorunda olduğunu açıkça ifade etmiştir³⁶⁹. Bununla beraber, bir kişinin kültürel kimliğinin veya bir ülkeye veya bir topluma kültürel olarak aidiyetinin aynı zamanda bu kişinin tarafı olduğu özel hukuk ilişkilerinde kültürel olarak ait olduğu ülkenin hukukunun uygulanmasını isteme hakkına da sahip olduğuna –olumlu veya olumsuz yönde- AİHM tarafından hiç değinilmemiştir.

Kanaatimizce, AİHM tarafından AİHS m.8'e istinaden böyle bir hakkın herhangi bir taraf devletin mevzuatına tercih edilmesi zor görünmektedir. Zira taraf devletlerin mevzuatlarında yabancı unsurlu özel hukuk uyumsuzluklarında yabancı hukukun uygulanmasını temin eden ulusal kanunlar ihtilafı sistemi bulunduğu gibi AB milletlerarası özel hukuk kuralları vasıtasıyla da yabancı hukukun uygulanabileceği birçok ülke hukukunda kabul edilmiştir. Başta kişiler ve aile hukuku olmak üzere, vatandaşlık, mutad mesken gibi vakıalardan yararlanılarak bireylerin kültürel olarak en

³⁶⁷ Jayme, **a.g.m.**, s.97. Hukukun kültürel bir olgu olarak anlaşılmasının bu konuda yeknesaklaşmaktan kaçınılması bazı yasal düzenlemelerin bireylerin kültürel kimliklerinin ve yaşam biçimlerinin korunmasını sağlayıp sağlamayacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Böyle bir durumda hukuk kültürlerinden kaynaklanan bu tür farklılıkların uluslararası toplum tarafından uzlaştırılması veya dengelenmesi ihtiyacının ortaya çıkabileceği belirtilerek böyle bir ihtiyacın milletlerarası özel hukuk kuralları tarafından sağlanabileceği belirtilmiştir. Bu suretle bir kanunlar ihtilafı kuralının bir entegrasyon aracı olarak vazife görebileceği belirtilmektedir. Bkz.: Jayme, **a.g.m.**, s.97-98.

³⁶⁸ Jayme, **a.g.m.**, s.98; Dirk von Looschelders, "Die Ausstrahlung der Grund- und Menschenrechte auf das Internationale Privatrecht", **RabelsZ**, Vol.65, 2001, s.469.

³⁶⁹ Champman v. Birleşik Krallık, no.27238/95, 18 Ocak 2001, para.93-96; Munoz Diaz v. İspanya, no.49151/07, 8 Aralık 2009, para.61 vd.

yakın oldukları ülke hukuklarının uyuşmazlıklarına tatbik edilmesi amacıyla basamaklı veya alternatif bağlama kuralları öngörülmüştür.

İkinci olarak, temel hakların 20. yüzyılda giderek artan rolü ve etkisine paralel olarak, taraf iradelerinin giderek artan rolü ve önemi, kendisini milletlerarası özel hukuk alanında da hissettirmiştir ve hissettirmektedir³⁷⁰. Geçmişte sadece akitler alanında benimsenen irade muhtariyeti ilkesi, artık aile hukukundan miras hukukuna kadar özel hukuk birçok alanına ilişkin kanunlar ihtilafı düzenlemelerinde yer almaktadır. Böylece tarafların uygulanacak hukuku seçme imkanı büyük ölçüde tanınmıştır. Dolayısıyla, AİHM'nin *Amddjadi* kararında da olduğu üzere, tarafların hukuki işlem ve ilişkilerine uygulanacak hukuku seçme imkanlarının tanındığı hallerde, bu yolu tercih etmeyen tarafların mahkemenin kanunlar ihtilafı kuralı gereği *lex fori*'yi tatbik etmesinin AİHS'nde yer alan haklarına müdahale teşkil ettiği iddiası AİHM tarafından dikkate alınmayabilir.

Diğer yandan, bazı hukuk düzenlerinde, özel hukukun belirli alanlarında ortaya çıkan yabancı unsurlu uyuşmazlıkların doğrudan *lex fori* uyarınca karara bağlanacağı öngörülmüştür³⁷¹. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, İngiliz aile hukukunda *lex fori*'nin tatbikinin öngörülmesi nedeniyle yabancı hukukun uygulanması mümkün değildir³⁷². Bir devletin kısmen veya tamamen bir kanunlar ihtilafı sistemi tanzim etmemiş olması ve böylece *lex fori*'nin tatbikini öngörmesi milletlerarası hukuk bakımından değil ancak insan haklarına aykırılık bakımından sorumluluğunu doğurabilir. Böyle bir ihlal iddiası bakımından AİHM'nin nasıl hareket edeceği belirsiz olsa da, konunun dolaylı olarak bir İngiliz mahkemesi tarafından ele alındığını görmekteyiz. Oldukça varlıklı olan karı ile koca arasında gerçekleşen evliliğin boşanmayla sona ermesinden sonra, evlenmeden önce yapılan ve eşlerin boşanma halinde birbirlerinden herhangi bir maddi talepte bulunmayacaklarına ilişkin evlilik sözleşmesinin geçerliliğine *lex fori*'nin tatbik edilmesinin P-1 m.1'i ihlal edip etmediği ele alınmıştır. Kocanın kendisi ve çocukları lehine nafaka talebi üzerine kadın, evlilik

³⁷⁰ Michaels, **a.g.m.**, s.133.

³⁷¹ Örneğin, Suudi Arabistan'da mahkemelerin yabancı unsurlu davalarda sadece *lex fori*'yi uyguladığı belirtilmektedir. Bkz.: Hilmar Krüger, "Internationalrechtliche Probleme in Saudi-Arabien", **IPRax**, Vol.25, No.4, 2005, s.387.

³⁷² Dicey/Morris/Collins, **a.g.e.**, s.93; Morris/McClean/Ruiz Abou-Nigm, **a.g.e.**, s.72.

sözleşmesinin gerek vatandaşı olduğu ve yaşadığı Alman hukukuna göre gerekse kocasının vatandaşı olduğu Fransız hukukuna göre geçerli olduğunu, İngiliz hukukunun tatbiki halinde başta mülkiyet hakkı olmak üzere temel haklarının ihlal edileceğini ileri sürmüştür.

İngiliz mahkemesi ise, İngiltere'nin aile hukuku alanında *lex fori* ülkesi olduğunu ve bu alanda *lex fori*'nin İngiliz milletlerarası özel hukukunun temel dayanağını oluşturduğunu belirterek İngiliz hukukunu tatbik etmiştir³⁷³. Mülkiyet hakkının ihlali ile ilgili olarak, AİHM'nin daha önce İngiltere hakkında verdiği bir karara dayanarak³⁷⁴ AİHS'nin taraf devletlere sunduğu takdir marjına açıkça atıfta bulunmuş ve boşanma sonrası mali tedbirler konusunda devletlerin farklı gelenek ve anlayışlara sahip olduğu gerekçesiyle İngiliz hukukunun tatbikinin davalının mülkiyet hakkını ihlal etmediğine hükmetmiştir³⁷⁵. Sonuç olarak, evlilik öncesi yapılan bu tür anlaşmaları geçersiz kabul eden *lex fori*'yi tatbik ederek kocanın nafaka talebini kabul etmiştir.

Hiç şüphesiz İngiliz hukukunun öngörmüş olduğu sistemin bir sonucu olarak ortaya çıkan *lex fori*'nin tatbikinin *soyut olarak* mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğinden veya böyle bir sistemin öngörülmesinin *soyut olarak* temel haklara aykırılık teşkil ettiğinden söz edilemez. Diğer bir ifadeyle, bir devletin kanunlar ihtilafı sistemi tanzim etmiş olması veya olmaması, AİHM tarafından *lex fori*'nin tatbiki suretiyle ortaya çıkan neticenin bireylerin AİHS'nde yer alan haklarına açıkça aykırılık teşkil etmesi halinde AİHM tarafından tartışılabilir. Zira bir devletin mevzuatının AİHS'ne uygunluğu ancak bir şikayet söz konusu olduğunda tartışılabilir. Dolayısıyla, yabancı hukukun tatbikinden kaynaklanan temel haklara aykırılığın kanunlar ihtilafı kurallarının reforme edilmesine yol açtığı gibi, bir devletin kanunlar ihtilafı sistemi tanzim etmesi veya etmemesi ya da taraf iradelerine yeterince yer vermemesi gibi (yasama) tasarrufları, ancak ulusal veya uluslararası insan hakları denetim organları önüne gittiği ölçüde tartışmaya konu yapılabilecektir. AİHM, adalet hizmetini yerine getiren davalı

³⁷³ N.G. v. K.R., (2008) EWHC 1532 (Fam), para. 87. Söz konusu mahkeme, yabancı hukuku uygulama yükümlülüğü getiren AB tüzüklerinin varlığına rağmen İngiltere bu tüzüklere katılmamayı uygun gördüğünden tarafların vatandaşlığı veya yetkiye ilişkin diğer hususları dikkate almamıştır. Bkz.: N.G. v. K.R., (2008) EWHC 1532 (Fam), para, 88.

³⁷⁴ J.A. Pye (Oxford) Ltd. ve J.A. Pye (Oxford) Land Ltd. v. Birleşik Krallık, no.44302/02, 30 Ağustos 2007, para. 71, 74-75

³⁷⁵ N.G. v. K.R., (2008) EWHC 1532 (Fam), para.134.

devletin böyle bir sistem getirip getirmeme ve dolayısıyla hangi hukukun uygulanacağını belirleme konusundaki iradesine saygı gösterilmesi gerektiğini belirterek devletin bireyler arasında adaletin sağlanmasına yönelik böyle bir tercihinin meşru amaç kapsamında görebilir. Dolayısıyla, AİHS’nde yer alan hakların devletleri yabancı unsurlu davalarda uyuşmazlığa her hal ve şartta yabancı hukuku uygulanması şeklinde bir yükümlülük getirdiğinden söz edilemeyecektir. Diğer taraftan, insan hakları mülahazalarının milletlerarası özel hukuk alanında giderek artan etkisi ve rolü göz önüne alındığında, gelecekte bu mülahazaların AİHM nezdinde de karşılık bulması ihtimal dahilindedir.

C. Yabancılık Unsuru Dikkate Alınmaksızın Doğrudan *Lex fori*’nin Tatbik Edilmesinin AİHS’ne Aykırılık Teşkil Edip Etmeyeceği

Yabancılık unsuru içeren özel hukuk uyuşmazlıklarında hâkimin kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallar uyarınca tespit ettiği yabancı hukuku resen uygulayacağı kabul edilmiştir (MÖHUK m.1 ve 2). Yabancı unsurlu bir davada, uyuşmazlığın bu özelliği göz ardı edilerek, doğrudan Türk hukukuna göre karara bağlanması hukukun yanlış uygulanması veya uygulanmaması anlamına gelir ki böyle bir durumun bozma sebebi olduğu aşîkârdır³⁷⁶. Uygulamadaki mevcut durum göz önüne alındığında, -bazı uyuşmazlıklar istisna olmak üzere- uyuşmazlığın niteliği gereği yabancılık unsuru içerdiği ve ilgili kanunlar ihtilafı kuralının yabancı hukukun uygulanmasını gerektirdiğine yönelik iddiaların hem yerel mahkeme önünde hem de temyiz aşamasında ileri sürülmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, davanın doğrudan *lex fori* olarak Türk hukukuna göre karara bağlanmasının AİHS’nde yer alan hakları ihlal ettiği iddiasının bu aşamada AİHM tarafından kabul edilmesi prensip olarak mümkün görünmemektedir.

Bununla birlikte, bu tür itiraz veya taleplerin sadece yerel mahkeme değil temyiz mahkemelerince de dikkate alınmaması veya değerlendirilmemesi ihtimali her zaman

³⁷⁶ Nomer, **DHH**, s.201; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.175; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.70; Doğan, **MÖH**, s.214. Uygulama için bkz.: Yargıtay 11.HD, E.1986/64, K.1986/2029, T.18.04.1986 (**YKD**, Temmuz 1986, s.992); Yargıtay 2.HD, E.2003/13685, K.2003/14841, T.4.11.2003; Yargıtay 18.HD, E.2005/2899, K.2005/4027, T.21.4.2005; Yargıtay 2.HD, E.2004/14069, K.2004/15890, T.28.12.2004; Yargıtay 2.HD, E.2008/13706, K.2009/16045, T.28.9.2009, (Ruhi, **a.g.e.**, s.20-21).

mevcuttur. Hiç şüphesiz, böyle bir durum milletlerarası özel hukukun varlığının ve amaçlarının ortadan kaldırılması ve sembolik bir hukuk dalı niteliği kazanması anlamına gelecektir. Kanunlar ihtilafı kurallarının tanzim edilmesinin altında yatan sebeplerden biri olan ve bireyler arasında adaletin tesis edilmesine hizmet eden milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin yok sayıldığı böyle bir durum uyuşmazlığın taraf(lar)ının menfaatlerine, dolayısıyla temel haklarına da bir müdahale teşkil edebilecektir. Bunun yanında taraf devlet mahkemesinin kendi mevzuatını yanlış veya eksik yorumlayarak ve uygulayarak ya da hiç uygulamayarak vermiş olduğu bir kararın (bir yargılama tasarrufunun) AİHM önüne götürülebileceği açıktır. Diğer bir ifadeyle, nasıl ki yabancı unsurlu bir davada ulusal mahkemelerin yabancı hukukun uygulanmasına yönelik değerlendirmeleri AİHS denetimine tabi ise, *lex fori*'nin tatbikine yönelik değerlendirmeleri de bu denetime tabidir. Dolayısıyla, yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlığın bu niteliğinin göz ardı edilerek doğrudan *lex fori*'nin tatbik edilmesi, yabancı hukukun tatbikinde menfaati olan taraf(lar)ın AİHS'nde yer alan haklarına bir müdahale ediyorsa, bu müdahalenin meşru olup olmadığı AİHM tarafından incelemeye konu yapılabilir. Burada, *lex fori*'nin tatbikiyle ortaya çıkan neticenin uyuşmazlığın niteliğine göre bir veya birçok hakka müdahale etmesi mümkündür. Uyuşmazlığın aile hukuku menşeli olması halinde, *lex fori*'nin tatbiki AİHS m.8 yanında m.14'ü ihlal edebileceği gibi mali yönleri itibariyle P-1 m.1'i de ihlal edebilir. Bir alacak hakkının veya miras hakkının *lex fori*'nin tatbiki suretiyle kısmen veya tamamen reddedilmesi ya da kabul edilmesi P-1 m.1'in ihlaline örnek olarak verilebilir.

Esasen böyle bir durumun yerel nitelikli bir uyuşmazlığa *lex fori*'nin tatbikiyle herhangi bir farkının olmadığı düşünülebilir. Ancak burada yerel nitelikli bir uyuşmazlıktan farklı olarak yabancı hukukun uygulanması ihtimalinin doğrudan engellenmesi değil, kanunlar ihtilafı kurallarının yabancı hukukun uygulanmasını gösterdiğine dair taraf(ların) iddialarının gereğince dikkate alınmaması ve değerlendirilmemesi ve *lex fori*'nin tatbikine yol açan böyle bir durumun temel haklara müdahale etmesi söz konusu olmaktadır. Ezcümle AİHM'nin mahkemelerin MÖHUK'u yanlış veya eksik uygulayıp uygulamadığını değil, böyle bir uygulamanın ihlale sebebiyet verip vermediğini inceleyeceğini belirtmek gerekir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, sadece yabancılık unsurunun ve kanunlar ihtilafı kurallarının göz ardı edilmesi halinde değil, yabancılık unsurunun tespit edilip kanunlar ihtilafı kurallarının, örneğin bir kanunlar ihtilafı kuralında yer alan bağlama noktalarının (maddi vakıaların) mahkemelerce yanlış yorumlanması halinde de *lex fori*'nin tatbik edilmesi gündeme gelebilir. Böyle bir durumda da esasen ulusal mahkeme tarafından taraflarca ileri sürülen bir maddi vakıanın yanlış değerlendirilmesi nedeniyle uygulanacak hukuk normlarının değişmesi söz konusu olmaktadır. Tıpkı yasal düzenlemelerin yanlış veya eksik uygulanmasında olduğu gibi yabancı hukuk yerine *lex fori*'nin tatbikine sebebiyet veren uyuşmazlıkla ilgili maddi vakıaların yanlış veya eksik yorumlanması değil, böyle bir yorum vasıtasıyla *lex fori*'nin tatbikinin AİHS'ni ihlal edip etmediği gündeme gelmektedir.

D. Yabancı Unsurlu Davalarda *Lex fori*'nin Tatbikinin AİHS'ne Aykırılık Teşkil Etmesi

Yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarında *lex fori*'nin tatbikinin bir kanunlar ihtilafı kuralının doğal sonucu olarak ortaya çıktığı hallerde yabancı unsurlu uyuşmazlığa mahkemenin kendi hukuk kurallarını uygulaması da, tıpkı yerel nitelikli uyuşmazlıklarda olduğu gibi, temel haklara müdahale teşkil edebilir. Yukarıda ele aldığımız ve daha çok teorik bir nitelik arz eden iki konuya nazaran, *lex fori*'nin forum devletinin kanunlar ihtilafı kurallarının tatbikinin bir sonucu olarak uygulandığı bazı yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda *lex fori*'nin tatbikinin bireylerin Sözleşmesel haklarına müdahale edebileceğine, hatta söz konusu hakları ihlal ettiğine dair bazı kararlara rastlamaktayız.

Ulusal ve uluslararası yargı organlarına ait bu kararlardan ilki ve en eski tarihli AİHK tarafından kabul edilmezlik kararı verilen *Batali v. İsviçre*³⁷⁷ başvurusudur. Almanya'daki Togo konsolosluğunda evlendikten sonra uzun bir süre İsviçre'de yaşayan iki Togo vatandaşının boşanma davasında İsviçre mahkemeleri İsviçre DÖHK m.59 uyarınca kendilerini yetkili görerek m.61 uyarınca da İsviçre hukukunu uygulayarak boşanma kararı vermiştir. Başvurucu koca, İsviçre mahkemelerinin

³⁷⁷ Batali v. İsviçre, no.20765/92, 9 Ocak 1995.

kendilerini yetkili görerek ve davaya İsviçre hukukunu uygulayarak ciddi hatalar yaptığını, İsviçre mahkeme kararının Togo’da tanınmayacağını, İsviçre hukukunun uygulanmasıyla kendisinin İsviçre’de boşanmış ancak Togo’da ise evliliğin ve çocuklarıyla olan bağlarının aynı kaldığını, ailesinin iki farklı hukuk düzeni arasında bölünmüş olduğunu iddia etmiştir. AİHK, başvurunun AİHS m.8 ve m.12 ile ilgili olduğu üzerinden hareket ederek bu haklarda yer alan güvencelerin ihlal edileceğini gösteren herhangi bir durum olmadığını belirtmiştir. Sonuç olarak, milletlerarası özel hukukta topal hukuki ilişki olarak nitelendirilen bir sonuca yol açan kararla ilgili başvuruyu detaylı olarak incelememiştir. Kanaatimizce, AİHK davalı devletin yasama kurallarının doğal sonucu olarak ortaya çıkan milletlerarası yetkiye ve uygulanacak hukuka ilişkin yargılama tasarruflarını devletin egemenlik hakkının saygı gösterilmesinin bir sonucu olarak öngörmüş olabilir.

Daha sonra, açıkça AİHS’nde yer alan haklara istinat edilmese de, *lex fori*’nin tatbikinin temel haklara aykırılık teşkil edip etmediği meselesi ABAD ve ulusal mahkemelerce ele alınmıştır. Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesinde görülmekte olan ve Kosova’da ikamet eden karı koca arasındaki velayet davasında, koca milli hukuklarına göre çocukların velayetinin genellikle babaya verildiğini ileri sürerek velayetin anneye verilmesinin AİHS m.8 ve m.14’ü ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Federal Mahkeme, çocuğun velayetinin ebeveynlerden birine verilmesinin diğer ebeveynin aile hayatına saygı hakkını ciddi bir şekilde ihlal edeceğini, ancak belirli şartlar altında bu hakka müdahale edilmesine izin verildiğini belirterek İsviçre hukukunun AİHS’nin aradığı koşulları sağladığını belirtmiştir. Ardından milli hukukun tatbik edilmesi gerektiğine ilişkin itiraz ise, İsviçre hukukunun uygulanmasını emreden İsviçre DÖHK m.62/2’nin de başka bir çözüm yolu öngörmesi nedeniyle AİHS m.8’in ihlal edilmediğini, taraflar arasında ayrımcılığa yol açacak bir durum olmadığını belirterek AİHS m.14’ün ihlalini öngören herhangi bir durum olmadığına hükmetmiştir³⁷⁸.

Daha önce de değindiğimiz *Garcia Avello* kararında Belçika makamları, İspanya ve Belçika vatandaşı olan müşterek çocuğun İspanya makamlarınca tescil edilen soyadının Belçika’da tescil talebi Belçika makamlarınca çocuğun Belçika

³⁷⁸ İsviçre Federal Mahkemesinin 17 Nisan 2002 tarihli yayınlanmayan kararı için bkz.: Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.185, dn.145.

vatandaşlığına öncelik tanınarak reddedilmiştir. Belçika İdare mahkemelerinin ön karar başvurusu üzerine ABAD, daha önce üye devlette tescil edilmiş bir soyadının diğer bir üye devlet tarafından reddedilmesinin AB Anlaşmasının 12. maddesinde yer alan vatandaşlığa bağlı ayrımcı muamele yasağına ve m.18’de yer alan Birlik vatandaşlarının serbest dolaşım hakkına aykırı olacağını belirtmiştir³⁷⁹. Hatta ABAD’ın bu kararına üye devlet mahkemelerince de atıf yapıldığını görmekteyiz. Örneğin Hollanda mahkemelerinin önüne gelen ve Hollanda ve Polonya vatandaşı ebeveynlerin çocuğunun soyadına ilişkin bir davada, uygulanacak hukuk Hollanda hukuku olmasına rağmen, ebeveynler AİHS m.8’in ihlal edileceğini ileri sürerek soyadına Polonya hukukunun uygulanmasını istemiştir. Hollanda mahkemesi ise, ABAD’ın *Garci Avello* kararına atıfta bulunarak Polonya hukukuna göre karar vermiştir³⁸⁰.

Nihayet AİHM *Losonci Rose ve Rose v. İsviçre*³⁸¹ kararı ile forum devletinin kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tespit edilen *lex fori*’nin tatbikinin AİHS’nde yer alan haklara aykırılık teşkil edebileceğini teyit etmiştir. Evlenmenin soyada etkilerine ilişkin İsviçre maddi hukuk kuralları ile kanunlar ihtilafı kuralları arasındaki ilişkiyi ele alan bu davada, İsviçre’de yaşamakta olan Macaristan vatandaşı Bay Losonci ile İsviçre ve Fransa vatandaşı olan Bayan Rose evlenmek istemiştir. Macar ve Fransız hukuklarına göre soyadlarının değiştirme konusunda güçlüklerle karşılaşacakları ve kadının bu soyadıyla tanınmış biri olduğu gerekçeleriyle evlendikten sonra kendi soyadlarını muhafaza etmek istemiştir. Dolayısıyla, İsviçre DÖHK m.37/2 hükmü uyarınca kocanın soyadına Macar hukukunun uygulanmasını istemişler. Ancak kocanın soyadının aile soyadı olacağına veya eşlerin kadının soyadını aile soyadı olarak tercih edebileceklerine dair İsviçre MK m.30 ve m.160 hükmü karşısında talepleri reddedilmiştir. Bunun üzerine, evlenebilmek amacıyla kadının soyadı aile soyadı ve evlendikten sonra da kocanın soyadı “Losonci Rose” olarak tescil edilmiştir. Evlendikten sonra, koca İsviçre DÖHK m.37/2’nin sağladığı imkânla soyadının “Losonci” olarak değiştirilmesini talep etmiştir. Ancak İsviçre mahkemeleri, kadının soyadının aile soyadı olarak tercih edildiğinden dolayı kocanın milli hukukunun

³⁷⁹ Karar için bkz.: Yukarıda, s.122, dn.33.

³⁸⁰ Amsterdam Mahkemesinin 23 Eylül 2009 tarihli kararı için bkz.: **NIPR**, Vol.28, 2010/1, s.69.

³⁸¹ *Losonci Rose ve Rose v. İsviçre*, no.664/06, 9 Kasım 2010.

uygulanmasını isteme fırsatını kaybettiğini belirtmiştir³⁸². Bunun üzerine başvuruçular, özel ve aile hayatına saygı hakkının kullanımında ayrımcılığa uğradıkları gerekçesiyle AİHS m.8 ve m.14'ün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

AİHM, yabancı bir kadının İsviçreli bir erkek ile evliliği söz konusu olsaydı İsviçre DÖHK m.37/2 uyarınca milli hukukuna göre soyadının belirlenmesini isteme imkânına sahip olabilecekken böyle bir imkan kadının soyadının aile soyadı olarak seçildiği hallerde yabancı erkek eş için tanınmadığını, dolayısıyla başvuruçuların benzer durumdaki kişilerle kıyaslandığında ayrımcı bir muamelele mağduru olabileceklerini belirtmiştir³⁸³. Ardından, davalı devletin müdahalenin tek bir aile soyadı vasıtasıyla aile birliğini yansıtmaya meşru amacına sahip olduğı argümanının ayrımcı bir muamele için objektif ve makul bir gerekçe olup olmadığını incelemiştir. AİHM'ne göre, taraf devletler ailenin birliğini gösteren tedbirler almak konusunda belirli bir takdir marjını kullanmakla beraber, bu tedbirlerin tek başına cinsiyete dayanan uygulamadaki farklılığı haklı kılması için objektif ve makul nitelikte zorlayıcı nedenlerin var olması gerekmektedir. Eşlerin aile soyadının seçiminde eşit koşullara sahip olduğuna dair AK üyesi devletlerde bir konsensüs olduğunu ve BM düzenlemelerinin de eşlerin kendi soyadlarını muhafaza etme hakkının veya eşlerin aile soyadı konusunda eşit söz hakkının tanınması yönünde olduğunu belirterek davalı devletin *lex fori*'nin ilgili hükümlerinin veya bunların tatbikinin İsviçre'de yaşayan başvuruçucu koca bakımından çok ciddi zararlara yol açmadığı iddialarını ismin bir kişinin kişiliğinin temel unsuru olarak AİHS m.8 kapsamına girdiğini belirterek reddetmiştir³⁸⁴. Böylece davalı devletin ayrımcı muamele için ileri sürdüğü gerekçelerin makul olmadığını belirterek, soyadına ilişkin maddi düzenlemelerin kadının veya erkeğin İsviçre vatandaşı olup olmamasına bağılı olarak çifte vatandaşlığa sahip eşler

³⁸² Losonci Rose ve Rose v. İsviçre, para.5-13. Eşler arasındaki eşitlik ilkesini ihlal ettiğı gerekçesiyle yapılan başvuru ise İsviçre Anayasa Mahkemesi tarafından, aslında evlendikten sonra isim değişikliğini öngören rejimin esasen kadın-erkek eşitliğine aykırı olduğı, ancak söz konusu rejimin anayasaya uygun hale getirilmesine ilişkin değişiklik teklifinin yasama organınca reddedildiğı ve yasama organınca kabul edilmeyen değişiklikleri mahkemenin uygulamaya imkanına sahip olmadığını belirtilerek reddedilmiştir. Bkz.: Losonci Rose ve Rose v. İsviçre, para.14-15.

³⁸³ Losonci Rose v. Rose, para.42-44.

³⁸⁴ Losonci Rose v. Rose, para.45-51.

arasında ayrımcılığa yol açtığını belirterek AİHS m.8 temelinde AİHS m.14'ü ihlaline karar vermiştir³⁸⁵.

Bu karar *lex fori*'nin tatbikinin AİHS'ni ihlal edebileceğine dair bir örnek niteliğinde, hatta yabancı hukukun tatbik edilmesi gerektiğini destekler nitelikte olsa da, bu kararın ayrımcılık yasağı ile ilgili olduğunu unutmamak gerekir. Zira AİHM meseleyi sadece ayrımcılık yasağı açısından ele almış, AİHS m.8'e yönelik bir müdahalenin bulunup bulunmadığını incelememiştir. Bunun dışında, ulusal mahkemelerin yabancılık unsurunu ve dolayısıyla kanunlar ihtilafı kuralını göz ardı ederek doğrudan *lex fori*'nin düzenlemelerini esas aldığını dahi söylenebilir. Zira ulusal mahkemeler kadının soyadının aile soyadı olarak tercih edildiği gerekçesiyle İsviçre DÖHK m.37/2'nin birlikte kullanılamayacağını belirterek, muhtemel bir yabancı hukukun tatbik edilmesi ihtimalini bertaraf etmiştir³⁸⁶. Bu bakımdan, ihlale sebebiyet veren durumun kanunlar ihtilafı kuralının göz ardı edilerek *lex fori*'nin doğrudan tatbik edilmesinden kaynaklandığı da söylenebilir. Sonuç olarak, yukarıdaki kararlardan anlaşıldığı kadarıyla yerel nitelikli bir uyuşmazlıkla yabancı unsurlu bir davada *lex fori*'nin tatbikinin bir temel hakkın ihlaline yol açması arasında, uyuşmazlığın yabancı unsurlu olması ve kanunlar ihtilafı kuralının *lex fori*'yi göstermesi dışında prensip olarak bir farklılık bulunmamaktadır. Bununla beraber forum devletinin bir kanunlar ihtilafı kuralının uygulanmamasının ihlal kararına gerekçe olabileceği de unutulmamalıdır.

³⁸⁵ Losonci Rose v. Rose, para.52-53. AİHM bu kararında evli eşlerin soyadına ilişkin İsviçre maddi hukuk düzenlemelerinin AİHS m.14'ü ihlal ettiğine dair *Burghartz v. İsviçre* (no.16213/90, 22 Şubat 1994) kararındaki gerekçelerine dayanmıştır. Aslında söz konusu kararda açıkça yabancılık unsuru içermesine rağmen İsviçre mahkemelerinin İsviçre kanunlar ihtilafı kurallarına atıf yapmadığı ve AİHS m.8 kapsamında isim hakkından kaynaklanan bir ayrımcılık iddiası incelenmiştir. Karara konu olayda, koca yabancı hukuka göre İsviçre vatandaşlığı yanında Alman vatandaşı olan karısının soyadını Alman hukukuna uygun şekilde kazanmış ve Almanya'da aile soyadı "Burghartz" olarak tescil edilmiştir. Ancak İsviçre makamları aile soyadı olarak kocanın soyadını tescil etmiştir. Başvurucuların karının soyadının aile soyadı olmasına ve kocanın soyadının aile soyadının önüne gelecek şekilde değiştirilmesine yönelik talepleri, İsviçre MK hükümleri izin vermediği gerekçesiyle reddedilmiştir. AİHM de, yapılan başvuru üzerine, kocanın soyadının aile soyadı olarak ve karının soyadının da kocanın soyadının önüne gelecek şekilde kadın tarafından kullanılmasına izin verilmesine rağmen, aynı imkâna erkek eşler bakımından izin verilmemesinin aile hayatına saygı hakkını ve ayrımcılık yasağını ihlal ettiğine hükmetmiştir. Bkz.: *Burghartz v. İsviçre*, para.26-29.

³⁸⁶ Bkz.: Losonci Rose v. Rose, para.42.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN MİLLETLERARASI USUL HUKUKUNA ETKİSİ

I. MİLLETLERARASI USUL HUKUKU KAVRAMI, İÇERİĞİ VE AİHS'NDE YER ALAN HAKLARLA İLİŞKİSİ

A. Milletlerarası Usul Hukuku Kavramı ve İçeriği

Yabancılık unsuru içeren bir özel hukuk uyuşmazlığında, söz konusu uyuşmazlığın hangi hukuk kurallarına göre çözüme kavuşturulacağı kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla belirlenirken, bu uyuşmazlığa uygulanacak yargılama usulü ise milletlerarası usul hukukunun kapsamına girmektedir. Milletlerarası usul hukuku, ülkelerin milletlerarası nitelikli özel hukuk uyuşmazlıklarında izleyecekleri yerel yargılama kurallarına dalalet etmektedir. Dolayısıyla “*milletlerarası usul hukuku*” kavramındaki “*milletlerarası*” ifadesi kaynağını uluslararası toplumdan alan gerçek anlamda milletler arasında cari bir usul hukukuna değil, bazı özel hukuk uyuşmazlıklarının içerdiği “*yabancılık unsuru*”na atfen kullanılmaktadır¹. Kısacası, milletlerarası usul hukuku “*yabancılık unsuru içeren özel hukuk uyuşmazlıklarında uyuşmazlığın milletlerarası karakterinden kaynaklanan medeni usul meselelerini çözüme bağlayan kurallar bütünü*”² veya “*yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıkları ile ilgili yargısal faaliyet*”³ olarak nitelendirilebilir. Bu bakımdan, milletlerarası usul hukuku niteliği itibarıyla milli bir hukuftur ve her devletin kendine mahsus bir milletlerarası usul hukuku bulunmaktadır. Prensip olarak, her devlet milletlerarası usul hukuku kurallarını, diğer devletlerden bağımsız olarak, serbestçe düzenleme yetkisine sahiptir⁴.

¹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.480; Nomer, **DHH**, s.377; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.327; Doğan, **MÖH**, s.24.

² Nomer, **DHH**, s.377; Nuray Ekşi, **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, 2. Bası, Beta İstanbul 2000, s.33.

³ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.478.

⁴ Nomer, **DHH**, s.379; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.481.

Milletlerarası usul hukukun temel özelliği ve kanunlar ihtilafı hukukundan temel farkı, ülkedeki yargılama hukukunun bir parçası olması itibariyle kamu hukuku alanına ait olmasıdır. Kanunlar ihtilafı hukuku yabancı unsurlu bir uyuşmazlığa uygulanacak maddi hukuk kurallarının tayini ve tespiti ile ilgilenmektedir ve uygulanacak maddi hukuk kuralları Türk hukukuna ait olabileceği gibi yabancı bir devlete de ait olabilir. Buna mukabil milletlerarası usul hukuku, yabancılık unsuru içeren özel hukuk uyuşmazlıklarında ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ve bu yetkinin sınırları ile yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulanacak yargılama usulü, yabancı bir devlet mahkemesi veya hakem kararının ülkedeki hukuki sonuçları ile ilgilenmektedir. Dolayısıyla, milletlerarası usul hukuku Türk yargılama hukukunun bir parçasını teşkil etmesi itibariyle hâkim daima kendi usul hukukunu tatbik eder⁵.

Milletlerarası usul hukukunun içeriğine ilk olarak bir ülkedeki “mahkemelerin milletlerarası yetkisi” girmektedir. Zira yabancı unsurlu bir uyuşmazlığın karara bağlanabilmesi için öncelikle o uyuşmazlık bakımından yetkili bir mahkemenin varlığı gerekmektedir. Devletler de, kendi hukuk geleneklerine ve menfaatler durumuna bağlı olarak, dava veya davanın tarafları ile ülke arasında kişisel ve coğrafi anlamda bir irtibatın varlığına istinaden kendi mahkemelerinin milletlerarası yetkisini belirlemektedir. Yabancılık unsuru içeren bir özel hukuk uyuşmazlığında, bu uyuşmazlığı görmek üzere birden fazla devletin mahkemesinin o uyuşmazlık bakımından yetkili olması söz konusu olabilir. Diğer bir ifadeyle, davanın maddi ve hukuki unsurlarına bağlı olarak aynı anda birden fazla devletin mahkemeleri milletlerarası yetkiye sahip olabileceği gibi, sadece bir devletin ülkesi içindeki birden fazla mahkemesi de o uyuşmazlık için yetkili olabilir. Prensip olarak, her devlet, mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis eden irtibat noktalarını, dolayısıyla ülkesindeki mahkemelerinin milletlerarası yetkisini diğer devletlerden bağımsız olarak,

⁵ Nomer, **DHH**, s.392; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.481-483; Doğan, **MÖH**, s.25; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.328. Nitekim bu esas Yargıtay tarafından “Özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda kendisine başvurulmuş mahkeme, takip edilecek usul kuralları bakımından, tarafların vatandaş veya yabancı olduğuna bakmadan kendi hükümlerini uygulamak zorundadır (lex fori). Davanın açılması, tebligatların yapılması, delillerin toplanıp değerlendirilmesi, hükmün verilmesi ve kesinleştirilmesi hâkimin kanununa tâbidir.” şeklinde ifade edilmiştir. Bkz.: Yargıtay 2.HD, E.2012/616, K.2012/26084, T.05.11.2012, (www.kazanci.com, 15 Nisan 2017).

resen belirler⁶. Bir devletin kendi kanun koyucusu vasıtasıyla, davayla veya davanın taraflarıyla irtibatı olan diğer bir devlete ait mahkemenin milletlerarası yetkisini, kendi kanun koyucusu vasıtasıyla belirlemesi, hukuken ve fiilen mümkün olmadığı gibi böyle bir tasarruf diğer devletin egemenlik hakkına ve milletlerarası usul hukukunun niteliğine uygun düşmez⁷. Dolayısıyla devletler, çeşitli irtibat noktalarına istinaden sadece kendi mahkemelerinin milletlerarası yetkisini belirleyebilir ve mahkemelerini bireylere açabilir. Türk hukukunda da, hangi irtibat noktalarına istinaden Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkiye sahip olduğu, dolayısıyla hangi hal ve şartlarda Türk mahkemelerinin bireylerin kullanımına açık olduğu kanun koyucu tarafından MÖHUK m.40 vd. hükümleriyle belirlenmiştir. Buna ilaveten, devletlerin taraf olduğu milletlerarası anlaşmalar vasıtasıyla da mahkemelerinin milletlerarası yetkisini belirlemesi mümkündür.

Milletlerarası usul hukukunun diğer bir kısmını “*milletlerarası nitelikli davalara uygulanacak yargılama usulü*” oluşturmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda her mahkeme, “*usul lex fori’ye tabidir*” prensibi gereği kendi usul hukukunu uygular. Türk hukukunda da, prensip olarak yerel ihtiyaçlar hedeflenerek ve yerel nitelikli uyuşmazlıklara uygulanmak üzere tanzim edilmiş medeni usul hukukunun, milletlerarası nitelikli uyuşmazlıklara da uygulanacağı öngörülmüştür. Bununla beraber, milletlerarası nitelikli uyuşmazlıklar bakımından yerel yargılama usulü kuralları yetersiz kalabileceği ve bunlarla yetinilmesinin adaletsiz sonuçlar yaratabileceği düşüncesiyle bu gibi durumlar için milletlerarası karakterli davaların yargılama usulünde uygulanmak üzere ya bağımsız milletlerarası usul hukuku kuralları tanzim edilmiş veya bu alanda oluşan ihtiyaçlar milletlerarası anlaşmalar yoluyla doldurulmuştur⁸. İlkine örnek olarak, Türkiye’de mutad meskeni bulunmayan Türk vatandaşlarını teminat gösterme yükümlülüğüne ilişkin HMK m.84 vd. hükümleri veya yabancıların Türkiye’de görülen davalarda adli yardımdan yararlanmalarını karşılıklılık şartına tutan HMK m.334 hükmü verilebilir. Bunun dışında, Türk

⁶ Nomer, **DHH**, s.426; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.328; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.2, 28; Ergin Nomer, “Devletler Hususî Hukukunda Milletlerarası Yetki Mefhumu”, **İHFM**, C.40, S.1-4, 1974, s.398; Yılmaz Altuğ, **Devletler Hususi Hukukunda Yargı Yetkisi**, 2. Bası, İstanbul 1979, s.35.

⁷ Bu konuda bkz.: Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.329.

⁸ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.330.

mahkemelerinde görülmekte olan milletlerarası karakterli davaların yargılama usulüne uygulanacak kuralların önemli bir kısmı iki veya çok taraflı milletlerarası anlaşmalarla düzenlenmiştir. Yabancı unsurlu bir davada tebligat yapılması veya delil temin edilmesi ya da yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesi bu anlaşmalar vasıtasıyla icra edilmektedir. Böyle bir anlaşmanın yokluğu halinde, milletlerarası adli yardım, milletlerarası nezaket veya karşılıklılık kurallarına göre gerçekleştirilecektir⁹.

Yabancı ülkelerde açılan davalar sonucunda elde edilen mahkeme ve hakem kararlarının bir devletin yargı sistemi içerisinde hukuki etkiler doğurup doğurmayacağı veya hangi usul ve şartlar dâhilinde hukuki sonuçlar doğuracağı da milletlerarası usul hukukunun kapsamına girmektedir. Yargı yetkisine sahip olan bir devletin mahkemeleri tarafından verilen her karar, esasen devletin yargı yetkisine istinat eden bir egemenlik tasarrufudur ve prensip olarak sadece o devletin ülke sınırları içerisinde etkiye sahiptir. Diğer bir ifadeyle, bir devlete ait mahkeme kararına dayanarak diğer bir ülkedeki icra organlarını doğrudan harekete geçirmek mümkün değildir. Dolayısıyla, devletler yabancı bir egemenlik tasarrufunun ülkelerinde herhangi bir etki doğurup doğurmayacağına, doğuracaksa hangi şartlar altında doğurabileceğine karar verme yetkisine prensip olarak sahiptir¹⁰. Bu bakımdan, devletlerin diğer devletlere ait mahkemeler tarafından verilen kararları tanıma veya tenfiz etme gibi mecburiyetleri bulunmamaktadır. Bununla beraber, çeşitli nedenlerle bir mahkeme kararının sonuçlarının verildiği ülkeden başka bir ülkede doğması söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle dünyadaki devletlerin birçoğu, yabancı mahkeme kararlarının kendi ülkelerinde hangi usul ve şartlar altında hukuki sonuçlar doğurabileceğini kendi ulusal hukuklarında veya milletlerarası anlaşmalar vasıtasıyla düzenleme ihtiyacı hissedebilmektedir¹¹. Türk hukukunda da, yabancı bir mahkeme kararının tanınması ve tenfizi usulü ve şartları MÖHUK m.50 ve devamı maddelerde düzenlenmiştir. Bunun yanında birçok iki veya çok taraflı anlaşma ile de bazı yabancı mahkeme kararlarının

⁹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.519; B. Bahadır Erdem, **Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Tebligat**, Beta, İstanbul 1992, s.46-47; Ali Gümrah Toker, **Milletlerarası Özel Hukukta İstinabe**, Adalet, Ankara 2015, s.18-19.

¹⁰ Nomer, **DHH**, s.504; Doğan, **MÖH**, s.103.

¹¹ Tuğrul Arat, “Yabancı İlâmların Tanınması ve Tenfizi”, **AÜHFD**, C.21, S.1-4, 1964, s.423; Sakmar, **a.g.e.**, s.7; Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s.14-15; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.503; Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s.3.

Türkiye’de tanınıp tenfiz edilebileceği kabul edilmiştir. Sonuç itibariyle, yabancı bir mahkeme kararının tanınması ve tenfizi usulü ve şartları, ülkesi üzerinde mutlak ve münhasır bir egemenliğe sahip devlet tarafından ya yasal veya yargısal yollarla ya da uluslararası anlaşmalara taraf olmak suretiyle düzenlenebilir.

Günümüzde milletlerarası nitelikli ticari ve ekonomik sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü öngören “*milletlerarası tahkim*” de milletlerarası usul hukukunun bir parçası olarak kabul edilmektedir¹². Ülke dışında konuşlanmış kurumsal tahkim örgütleri nezaretinde kurulan hakem mahkemelerince veya tahkim yerinin yabancı bir ülke olarak belirlendiği tahkim yargılamaları sonucu verilen kararların, tıpkı mahkeme kararları gibi, Türkiye’de tanınması ve tenfizi de milletlerarası usul hukukunun kapsamına girmektedir. Yine, tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği milletlerarası nitelikli tahkim yargılamaları ile bu yargılamalar sonucunda verilen hakem kararlarının icrası da milletlerarası usul hukukunun diğer bir önemli konusudur ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, bu tür tahkimlerin yasal temelini ve çerçevesini oluşturmaktadır. Yabancı ülkede cereyan eden tahkim yargılamaları sonucu verilen hakem kararlarının tanınması ve tenfizi ise, 1958 tarihli New York Anlaşması ve MÖHUK hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Tıpkı milletlerarası usul hukukunun diğer alanlarında olduğu gibi, milletlerarası tahkime ilişkin kuralları devletlerin kanun koyucuları vasıtasıyla belirleme yetkisine sahip olduğunu belirtmek gerekir.

Yukarıda da değindiğimiz üzere, devletler milletlerarası nitelikli uyuşmazlıklara uygulanacak usul hukuku kurallarını diğer devletlerden bağımsız olarak ve serbestçe belirleyebilirler. Ancak, ülkesi üzerinde egemenlik hakkının bir tezahürü olarak ortaya çıkan ve kaynağını milletlerarası hukuktan alan devletin yargı yetkisinin sınırını yine milletlerarası hukuk oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle, devletlerin iç hukuklarında milletlerarası usul hukuku kuralları vaz ederek kullandıkları yargı yetkisinin sınırlarını milletlerarası hukuk çizmektedir. Bir devletin yargı yetkisinin sınırlarını diğer devletlerin sahip olduğu yargı yetkisinin oluşturmasının yanında, mahkemesinde dava açılan devletin bu konuda yargı yetkisini ortadan kaldırması itibariyle yargı

¹² Bkz.: Şanlı/Esen/ Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.320.

bağışıklığının olduğu hallerde milletlerarası hukukun etkisi açıkça hissedilmektedir¹³. Ayrıca, devletlerin akdetmiş oldukları milletlerarası anlaşmaların milletlerarası usul hukuku kurallarının önemli bir kısmını oluşturduğu göz önüne alındığında, milletlerarası usul hukukunun milletlerarası hukuka ait ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesinin etkisi altında olduğu da söylenebilir¹⁴. Milletlerarası anlaşmaların bulunmadığı hallerde, özellikle milletlerarası adli yardımlaşma ve işbirliğinin milletlerarası nezaket (comity), dostluk ve iyi niyet ilkeleri çerçevesinde gerçekleştirilmesinin mümkün olması bakımından milletlerarası hukukun bu konuda da etkisi bulunduğu söylenebilir¹⁵. Yine, bir devletin milletlerarası usul hukuku kuralları tanzim ederken, diğer devletleri de dikkate alarak veya milletlerarası hukukun esaslarına uygun şekilde hareket etmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁶. Bununla birlikte, milletlerarası anlaşmaların bulunduğu belirli alanlar dışında, devletlerin milletlerarası hukukun esaslarına göre usul hukuku kurallarını tanzim etmesi beklenirse de, milletlerarası hukukun bir devletin milletlerarası usul hukuku kuralları tanzim etme ve uygulama iktidarını nasıl ve hangi şartlarla etkileyebileceğinin esasen belirsizlik arz ettiği söylenebilir.

Günümüzde devletlerin bu konuda sahip oldukları yetkilerinin sınırını, insan hakları mülahazalarının oluşturduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Her ne kadar devletler bireylere anayasal haklar bahşederek sahip oldukları egemenlik haklarını bireyler lehine sınırlamış olsa da, insan haklarının devletler eliyle korunmasının yetersiz kalması, bireylerin temel haklarının uluslararası seviyede de korunması düşüncesini ortaya çıkarmıştır. Bu bakımdan, aynı zamanda milletlerarası hukukun bir parçasını oluşturan uluslararası insan hakları hukuku, devletin egemenliğini ve dolayısıyla sahip olduğu yargı yetkisini bireylerin temel hak ve özgürlükleri lehine sınırlayabilecek tek aday gibi görünmektedir. Bu noktada, bünyesinde barındırdığı hakların korunması konusunda öngördüğü etkili denetim mekanizması ile devletlerin milletlerarası usul hukuku mevzuatlarını ve uygulamalarını etkileyen AİHS'nin bu konuda özel bir

¹³ Bkz.: Nomer, **DHH**, s.427 vd.

¹⁴ Nomer, **DHH**, s.380.

¹⁵ Bununla beraber, bir milletlerarası anlaşma olmadıkça, milletlerarası hukukun devletlere milletlerarası adli yardımda bulunma yükümlülüğü yüklenmediğini de belirtmeliyiz. Bkz.: Erdem, Tebligat, s.46.

¹⁶ Nomer, **DHH**, s.380.

konuma ve öneme sahip olduğunu belirtmek gerekir. Dolayısıyla, bir devletin milletlerarası usul hukuku kuralları tanzim etme ve uygulama konusunda sahip olduğu yargı yetkisi ve bu yetkinin milletlerarası usul hukuku kuralları vasıtasıyla kullanımı ile aynı devletin bireylerin AİHS’nde yer alan hak ve özgürlükleri arasında nasıl bir denge sağlanması gerektiği de özel bir önem arz etmektedir. Bu nedenle, AİHS’nin milletlerarası usul hukukunun muhtelif alanlarına olan etkilerini incelemeden evvel, milletlerarası usul hukukunun AİHS’nde yer alan hakların hangileriyle daha çok ilgili olduğunu incelemek yararlı olacaktır.

B. Milletlerarası Usul Hukuku ile AİHS Arasındaki İlişki

Her devletin milletlerarası usul hukuku kurallarını diğer devletlerden bağımsız olarak düzenlemekte serbest olduğunu ve genel olarak insan haklarının, özel olarak AİHS’nin devletlerin bu alandaki yetkilerini bireyler lehine sınırlayabileceğini belirtmiştik. Egemenlik hakkı bir devlete ülkesi üzerinde yargı yetkisi bahşetmekle beraber, devletin ülkesinde bulunan yabancı veya vatandaş tüm bireyler arasında adaleti tesis etme (adalet dağıtma) yükümlülüğü de bulunmaktadır¹⁷. Hiç şüphesiz böyle bir yükümlülük uyuşmazlığın yabancılık unsuruna sahip olduğu davalar bakımından da söz konusudur ve böyle bir yükümlülüğün bireylerin temel hak ve özgürlüklerine riayet edilerek gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Aksi bir tutum, bireyler tarafından varlığının ve meşruiyetinin sorgulanması bir yana, devletin tarafı olduğu uluslararası toplumun ortak değerlerini yansıtan insan hakları anlaşmalarının ihlal edilmesi sonucunu doğurabilir ve doğurmaktadır. Dolayısıyla, Türkiye’nin de tarafı olduğu AİHS ve eki protokollerde yer alan haklara aykırı milletlerarası usul hukuku kuralları ile bu

¹⁷ Uluslararası hukukun yargı yetkisine sahip egemen devletlere hak dağıtmaktan kaçınmayı, ihkak-ı haktan imtina etmeyi (denial of justice) yasakladığı, mahkemelerine erişim imkânı tanınmamasından kesinleşmiş kararların icra edilmemesine kadar çeşitli hallerde devletin uluslararası sorumluluğunun doğabileceği kabul edilmektedir. Bkz.: H. Yılmaz Günel, “İhkakı Haktan İmtina Halinde Devletin Milletlerarası Mes’uliyeti”, *AÜSBFD*, C.14, S.1, 1959, s.178 vd.; Michael Akerhurst, “Jurisdiction in International Law”, *British Yearbook of International Law*, Vol.46, 1972-1973, s.170. Aynı şekilde, AİHM de bir medeni iddianın hakim önüne götürülebilmesini öngören ilkenin hukukun evrensel olarak kabul edilen bir ilkesi olduğunu, aynı durumun ihkak-ı haktan imtina etmeyi, diğer bir ifadeyle devlete adalet hizmetini sağlamayı reddetmeyi yasaklayan uluslararası hukuk ilkesi bakımından da geçerli olduğunu açıkça ifade etmiştir. Bkz.: *Golder v. Birleşik Krallık*, para.35.

kuralların uygulanması, devletin AİHM nezdinde mahkûmiyetine ve uluslararası toplum nezdinde de itibarının zedelenmesine yol açabilir¹⁸.

Bu bakımdan, adalet hizmetlerini yürüten devletin yargılama hukukunun bir parçasını oluşturması itibariyle milletlerarası usul hukuku, AİHS m.6'da güvence altına alınan ve bir hukuk devletinde uyulması gereken temel yargılama ilkelerini içeren adil yargılanma hakkı ile yakın ilişki içerisinde. Adil yargılanma hakkı, hukuk devletinin temel unsurunu oluşturmaktadır ve aynı zamanda demokratik bir toplumda çok önemli bir rol oynamaktadır¹⁹. Ayrıca adil yargılanma hakkı, devletten AİHS ve eki protokollerde yer alan temel hakların etkili bir şekilde korunmasını isteme hakkını da güvence altına alması bakımından AİHS'de yer alan diğer hakların teminatını oluşturmaktadır. AİHS m.6/1'de belirtilen “kanunla kurulan bağımsız ve tarafsız mahkeme önünde”, “makul sürede”, “açık/aleni” ve “hakkaniyete uygun” yargılanma haklarını açıkça ifade etmekle beraber, maddenin mahkeme başvurma hakkı/mahkeme önünde hak arama özgürlüğü, silahların eşitliği ilkesi veya gerekçeli karar hakkı gibi birçok hakkı da barındırdığı içtihatlar yoluyla kabul edilmiştir.

AİHS m.6/1'in bünyesinde yer alan tüm hak ve ilkeler, bütün yargılama sürecine ilişkin olup ilk derece yargılamalarından temyiz yargılamalarına kadar taraf devlet mahkemelerinde cereyan eden tüm yargılamalarda bunlara riayet edilmesi gerekmektedir²⁰. Başka bir deyişle, içerik olarak adil bir kararın verilip verilmediği değil, adil bir kararın verilebilmesi için gerekli koşulların sağlanıp sağlanmadığı AİHS m.6'nın koruması altındadır. Bu bakımdan adil yargılanma kavramı, bir kişinin davasını savunması için uygun ve etkili imkânlar verilerek yargılanması anlamına gelmektedir²¹. Dolayısıyla, yabancılık unsuru içeren davalarda da davanın açılmasından/açılmamasından açılan bir dava sonucu verilen kararın icrası aşamasına kadar AİHS m.6/1'de yer alan hak ve ilkelere taraf devlet mahkemelerince riayet edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, taraf devletler, AİHS m.6/1'de yer alan güvenceleri yerine getirmek amacıyla gerekli tedbirleri yabancı unsurlu davalar

¹⁸ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.332-333.

¹⁹ İnceoğlu, **Adil Yargılanma**, s.4. Golder v. Birleşik Krallık, para.34; The Sunday Times v. Birleşik Krallık, para.55.

²⁰ Gölcüklü, **a.g.m.**, s.202; İnceoğlu, **Adil Yargılanma**, s.6.

²¹ İnceoğlu, **Adil Yargılanma**, s.8.

bakımından da almak zorundadır. Diğer bir ifadeyle, AİHS m.6/1 yabancı unsurlu davalarda da adaletin gereği gibi sağlanması için devletin milletlerarası usul hukukunun kapsamına giren konularda belirli düzenlemeler yapması gerekmektedir.

Hiç şüphesiz, taraf devletler adil yargılanma güvencelerini sağlayacak tedbirlerin şekli ve niteliği konusunda belirli bir takdir marjına sahiptir. Dolayısıyla devletler, adil yargılanma hakkına ilişkin güvenceleri yabancı unsurlu davalarda nasıl ve hangi şekillerde yerine getireceklerini belirleyerek bunları belirli sınırlamalara tabi tutabilir. Örneğin, bireylerin Türk mahkemelerinde dava açmalarının makul ve objektif bir irtibatın varlığını arayan yetki kurallarına tabi tutulması, sadece böyle bir irtibatın varlığı halinde Türk mahkemelerine erişimi mümkün kılması itibarıyla bazı kişilere mahkemelere erişim imkânı tanırken, uyuşmazlığın ülkeyle böyle bir irtibata sahip olmadığı hallerde davacıların mahkemeye erişim hakkına müdahale etmektedir. Bu hakkın bireyler tarafından kullanımının bu şekilde sınırlandırılmasının AİHS m.6/1'i ihlal ettiği prensip olarak söylenemez. Zira devletlerin ülkeleriyle hiç ilişkisi olmayan veya çok zayıf ilişkisi olan davalar bakımından mahkemelerini her zaman ve sınırsız bir şekilde bireylerin kullanımına açmaları beklenemez. Böyle bir durum, mahkemelerin yükünün artmasına ve dolayısıyla adaletin gecikmesine yol açabileceği gibi, davalı açısından uygun olmayan, doğal mahkemesinden uzakta yargılama yapılmasına da neden olabilecektir²².

Bu örnekten de anlaşılacağı üzere, adil yargılanma hakkının kapsamına giren hak ve ilkeler mutlak nitelikte değildir ve devletler sahip oldukları kaynaklar ve toplumun ihtiyaçları nispetinde gerek uyuşmazlığın taraflarının menfaatlerinin dengelenmesi veya üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması amacıyla gerekse adaletin etkin bir şekilde gerçekleşmesini sağlamak amacıyla sınırlamalar getirebilir. Bununla beraber, taraf devletlerin AİHS m.6/1'de yer alan hak ve ilkelere ilişkin alacakları tedbirlerin, diğer bir deyişle getirecekleri düzenlemelerin her zaman AİHM'nin denetimi altında olduğunu da belirtmek gerekir²³.

²² Bkz.: Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.48 vd.

²³ Gölcüklü, **a.g.m.**, s.209; İncoğlu, **Adil Yargılanma**, s.7.

AİHS m.6/1’de yer alan adil yargılanma hakkının milletlerarası usul hukukunun hemen bütün alanlarına sirayet ettiğini söyleyebiliriz. Daha doğrusu, adil yargılanma hakkının bünyesinde yer alan haklar, yabancı unsurlu bir davanın açılmasından dava sonunda verilecek kararın icrasına kadar, yabancı mahkeme ve hakem kararlarının ülkede doğuracağı sonuçlardan ülkede cereyan eden tahkim yargılamalarına ilişkin meselelere kadar milletlerarası usul hukukun birbirinden farklı alanlarını etkilemektedir. Dolayısıyla devletlerin bu alanlarda çeşitli düzenlemeler yapmasını gerektirmektedir. Adil yargılanmaya ilişkin her bir hak veya ilkenin milletlerarası usul hukukuna olan etkileri de, bu alanlara göre az veya çok değişebilmektedir. Örneğin, yabancı unsurlu davalarda mahkemelerin yetkisiyle ilgili hususların hemen tamamı mahkemeye erişim hakkı ile alakalıdır. Yabancıların veya vatandaşların dava açmasını engelleyen veya ciddi bir biçimde sınırlayan milletlerarası yetki kurallarının varlığı sadece AİHS m.6/1’de yer alan “*mahkemeye erişim hakkı*”nı değil, AY m.36 hükmünü de ihlal edebilir. Adil bir yargılanmanın gereği gibi sağlanabilmesi, öncelikle bireylerin yargı mercileri önüne gidebilmesini sağlayacak vasıta ve yolların bireylerin kullanımına sunulmasıyla mümkündür. Dolayısıyla, milletlerarası yetki kurallarının yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda bireylerin Türk mahkemelerine erişimini mümkün kılacak, diğer taraftan davalıların da adil bir yargılamadan yararlanmalarını sağlayacak esneklik ve genişlikte olması gerekmektedir. Bununla beraber, böyle bir hakkın herkese sınırsız bir şekilde sunulması da devletin hak arama mekanizmalarının aksamasına ve işlememesine yol açar ki *hakkın yerine getirilmemesi/ihkak-ı haktan imtina (denial of justice)* sonucunu doğurabilir. Bu nedenle, bireylerin mahkemelere erişiminin devletler tarafından belirli sınırlamalara tabi tutulması mümkündür ve hatta zaruridir. Bu noktada, yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarında bireylerin mahkemeye erişim hakkı ile devletlerin bu hakka milletlerarası yetki kuralları vasıtasıyla veya yargı hakkının bulunmaması gerekçesiyle nasıl ve hangi koşullar altında sınırlama getirebileceği incelenmelidir. Bu nedenledir ki, AİHS m.6/1 ile mahkemelerin milletlerarası yetkisi arasındaki ilişki bu bölümün temel konularından birini oluşturmaktadır.

AİHS m.6/1’in sağladığı koruma sadece devlet tarafından bireylerin ülke mahkemelerine başvurabilmesini sağlayacak kurallar tanzim etmesinden ve bunların

ulusal mahkemelerce bireylerin mahkemeye erişim hakkına uygun bir şekilde tatbik edilmesinden ibaret değildir. AİHS m.6/1 bireylerin bir kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından makul bir sürede, hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenmesini isteme hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Hatta hakkaniyete uygun yargılanma hakkının AİHS m.6'nın özünü oluşturduğu, kapsamının soyut olarak açıklanmasının mümkün olmadığı ve yargılamanın hakkaniyete uygun olarak gerçekleşip gerçekleşmediğinin bir bütün olarak ve somut olaya göre değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir²⁴. Bu bakımdan, taraf devletlerin getirmiş olduğu gerek yabancı unsurlu özel hukuk davalarına gerekse yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi davalarına uygulanacak yargılama kurallarının AİHS m.6/1'de güvence altına alınan haklara uygun bir yargılamanın yapılmasını temin edecek şekilde olması gerekmektedir.

Örneğin, bazı kişilerin uluslararası hukuk tarafından getirilen bir sınırlama olarak bir taraf devletin yargısından bağışık tutulması zarureti, söz konusu kişilere karşı açılan özel hukuk davalarının yargı yetkisinin yokluğu nedeniyle reddedilmesine, dolayısıyla ülke mahkemelerine erişimin engellenmesine yol açabilmektedir (HMK m.114). Yine, daha önce çalışmamızın kapsamı dışında bıraktığımız harç veya teminat gösterme yükümlülüğü nedeniyle bireylerin ülke mahkemelerine erişimlerinin engellenmesi, hal ve şartlara göre mahkemeye erişim hakkına aykırılık teşkil edebilir. Keza, yerel nitelikli uyuşmazlıklarda benimsenen derdestlik veya bekletici sorun gibi kurumların, yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarında da aynen uygulanması bireylerin Türk mahkemelerine başvurma hakkı veya makul sürede yargılanma hakkına da müdahale teşkil edebilir. AİHS m.6/1'de yer alan haklarla milletlerarası nitelikli davalara uygulanacak yargılama kuralları arasında ortaya çıkabilecek muhtemel çatışma, hakkaniyete uygun yargılanma hakkının koruduğu değerler bakımından da söz konusu olabilir. Kısacası, gerek ulusal gerekse uluslararası menşeli olsun, milletlerarası nitelikli davalarda uygulanacak yargılama kurallarının yorumlanması ve uygulanması, davanın taraf(lar)ının mahkemeye erişim hakkını etkileyebileceği gibi bazı hallerde AİHS m.6'nın kapsamına giren birçok hak ve ilkenin ihlaline yol açabilir. Bu da, gerek Türk

²⁴ İncoğlu, **Adil Yargılanma**, s.218.

milletlerarası usul hukukunda gerekse bazı ulusal ve uluslararası düzenlemelerde yer alan bazı usul hukuku kurallarının AİHS m.6/1 açısından incelenmesini gerektirmektedir.

Benzer şekilde, devletler çeşitli saiklerle yabancı mahkeme kararlarının ülkesinde hangi usul ve şartlarla tanınıp tenfiz edileceğini öngörebilir. Bununla birlikte, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi rejimi tanzim eden devletlerin yabancı mahkeme kararlarını bu rejime göre tanıyıp tenfiz etme veya tanımama ve tenfiz etmeme gibi yasal ve yargısal tasarruflarının temel hak ve özgürlüklere uygun olması gerekmektedir. Aksi bir durum, taraf devletlerin gerek tanzim ettikleri tanıma ve tenfiz usulü ve şartları gerekse bu şartların mahkemelerince tanıma ve tenfiz taleplerine uygulanması davanın taraf(lar)ının veya üçüncü kişilerin AİHS’nde yer alan haklarına müdahale teşkil edebilir. Hiç şüphesiz, böyle bir müdahale, ilgili haklar bakımından AİHS’nde öngörülen sınırlamalara uygun olmalıdır. Bu noktada belirtmek gerekir ki, milletlerarası usul hukukunun diğer alanlarıyla kıyaslandığında, AİHS’nin yabancı ilamların tanınması ve tenfizi hukukuna olan etkileri daha yoğun ve daha kapsamlıdır. Daha yoğundur, zira AİHM’nin gerek yabancı ilamların tanınması veya tenfiz edilmesinin gerekse böyle taleplerin reddedilmesinin AİHS’ne aykırılık teşkil edeceğine dair konuyu detaylı bir şekilde ele alan pek çok kararı bulunmaktadır. Daha kapsamlıdır, zira bu kararlar sadece usuli bir temel hak olan ve yabancı ilamların tanınması ve tenfizi taleplerinde de dikkate alınması gereken AİHS m.6/1’le değil, mülkiyet hakkı veya aile hayatına saygı hakkı gibi temel haklarla da ilgilidir. Dolayısıyla, AİHM’nin bu konuda giderek artan içtihatları konuyu sadece teorik olarak değil aynı zamanda pratik olarak da zenginleştirmektedir. Bu da AİHS’nin yabancı ilamların tanınması ve tenfizi hukukuna olan muhtemel etkilerinin ayrı bir başlık altına incelenmesini haklı kılmaktadır.

II. AİHS m.6/1’in MAHKEMELERİN YARGI YETKİSİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

A. Genel Olarak

Bir milletlerarası özel hukuk uyuşmazlığında Türk mahkemesinin ele alması gereken konulardan ilki uyuşmazlığı görmek için yetkili olup olmadığını tespit

etmektir. Davanın mahkeme tarafından görülmesini engelleyen ilk usuli engel, mahkemenin o uyuşmazlık bakımından yetkili olup olmadığıdır. Devletler, kendi hukuk anlayışlarına ve menfaatler durumuna bağlı olarak, çeşitli saiklerle mahkemelerinin yetkisini belirlemektedir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, devletin yetkilerinden biri olan yargı yetkisi, yabancılar da dahil olmak üzere, devlete ülkesindeki bireyler arasında adaleti sağlama (adalet dağıtma) hakkı ve yükümlülüğünün (inherent right and duty to dispense justice²⁵) kaynağını teşkil etmektedir²⁵. Bununla beraber milletlerarası karakterli davalarda bir devletin sahip olduğu bu yetkisini kullanıp kullanmayacağı belirsizdir ve devletin bu konudaki takdirine bağlıdır. Ülkesiyle herhangi bir irtibatı olmayan veya çok az irtibatı olan uyuşmazlıklar bakımından mahkemelerin büyük ihtimalle yetkisizlik kararı vermesi beklenir. Zira dünya üzerindeki herkese ülkesinde dava açma imkânı tanınması, söz konusu devlet mahkemelerinin kolayca bu yük altında ezilir hale gelmesine ve zaman ve masraf kaybına neden olabilir.

Bunun dışında devletler milletlerarası nitelikli davalarda başka nedenlerle de yetkilerini kullanabilirler. Devletler hukukun belirli alanlarında sahip oldukları ekonomik veya ticari menfaatleri sürdürmek amacıyla belirli kurallar ve ilkeler vasıtasıyla kendi mahkemelerini belirli tür uyuşmazlıklar bakımından cazip hale getirmek isteyebilirler²⁶. Yine bir devlet, insan hakları gibi, bazı önemli politikaları gerçekleştirmek amacıyla mahkemelerini bireylerin kullanımına açabilir. Hiç şüphesiz, bir devletin mahkemelerini her türlü uyuşmazlıklara açmasının da bir sınırı bulunmaktadır. Mahkemelerin kapasitesi veya yargılama maliyetleri gibi pratik sebepler yanında, farklı ülkelerde birbiriyle çelişen kararlara yol açabilecek derdest davaların ortaya çıkması tehlikesi de bulunmaktadır. İşte bu tür mülahazalar, devletlerin milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıklarında mahkemelerinin yetkisi ile ilgili konularda belirli bir denge kurmalarını gerektirmektedir.

Bununla beraber, “*mahkemelerin yetkisi*” kavramı ile ne anlaşılmalıdır? Bu kavram ile devletin mahkemeleri vasıtasıyla kullandığı ve kaynağını milletlerarası hukuktan alan yetki (yargı yetkisi) mi kastedilmektedir? Yoksa yabancı unsurlu

²⁵ Arthur T. von Mehren, **Adjudicatory Authority in Private International Law – A Comparative Study**, Martinus Nijhoff, Leiden Boston 2007, s.46.

²⁶ von Mehren, **a.g.e.**, s.47.

davalarda devletin sahip olduğu yargı yetkisinin kullanılma biçimini ve belirli bir uyuşmazlık bakımından devletin yargı yetkisini kullanmak isteyip istemediğini gösteren yetki (milletlerarası yetki) mi anlaşılmalıdır? Bu nedenle öncelikle “mahkemelerin yetkisi” kavramından konumuz itibarıyla ne anlaşılması gerektiğini ele almakta fayda vardır. Ardından bu iki kavramdan hareketle devletlerin bireylerin adalete erişim taleplerini nasıl ve hangi şartlar altında sınırlandırabileceği ayrı başlıklar altında, çeşitli ihtimallere göre inceleyeceğiz. Ancak öncesinde, bu bölümün ilk iki başlığı altında sıkça değineceğimiz mahkemeye (yargıya) erişim hakkını kısaca ele almak konunun anlaşılması bakımından faydalı olacaktır.

B. Yargı Yetkisi-Milletlerarası Yetki Ayrımı

Çalışmamızın ilk bölümünde, taraf devletlerin AİHS’nden kaynaklanan yükümlülüklerinin kapsamını ifade eden AİHS m.1’de “yetki (*jurisdiction*)” kavramının, aynı zamanda yargı yetkisi olarak da tercüme edildiğini, devletin yetki alanının/yargı yetki alanının esasen ülke sınırlarıyla sınırlı olduğunu ve bir taraf devletin kendi ülkesinde yasama, yürütme ve yargı organlarının işlem ve eylemlerinden sorumluluğunun doğabileceğini belirtmiştik. Bu bakımdan, AİHS m.1’de yer alan “yetki (*jurisdiction*)” kavramının milletlerarası hukukta kabul edilen ve bir devletin ülkesi üzerinde sahip olduğu egemenliğin tezahür ettiği en önemli alanlardan birini oluşturan yargı yetkisine tekabül ettiğini söylemek mümkündür. Zira devletler, ülkelerinde yaşayan yabancılar da dâhil olmak üzere, ülkesinde bulunan herkes ve her şey üzerinde egemenlik hakkına sahiptir²⁷. Devletin ülkesi üzerinde sahip olduğu egemenliğin bir tezahürü de, yargı yetkisini kullanma hakkıdır. Diğer bir ifadeyle, yargı yetkisi, tıpkı yasama ve yürütme yetkileri gibi bir devletin egemenlik hakkının ülke üzerinde kullanma şeklidir. Bu yetki, kaynağını devletler hukukundan almaktadır ve yine sınırları da devletler hukuku tarafından çizilmektedir²⁸. Bu açıdan, bir devletin mahkemeleri vasıtasıyla kullandığı karar verme-hükmetme otoritesini kullanıp kullanmayacağını veya hangi kapsamda kullanacağını kendisi belirlemekte serbesttir.

²⁷ Pazarcı, **a.g.e.**, s.153; Sur, **a.g.e.**, s.107; Shaw, **a.g.e.**, s.645; Aslan Gündüz, **Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı ve Milletlerarası Hukuk**, İstanbul 1984, s.15; John P. Grant/ J. Craig Barker, **Encyclopædic Dictionary of International Law**, Third Edition, Oxford University Press, Oxford 2009, s.321.

²⁸ Nomer, **DHH**, s.425-426; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.28-29.

Bununla beraber, devletin sahip olduğu yargı yetkisi ile söz konusu yetkinin kullanım biçimlerinden biri olan milletlerarası yetkinin, özellikle karşılaştırmalı hukukta “*jurisdiction*” kavramı ile ifade edildiğini belirtmek gerekir²⁹. Bir devletin sahip olduğu yargı yetkisini yabancı unsurlu özel hukuk uyumsuzlukları bakımından nasıl ve hangi ölçüde kullanacağı veya kullanıp kullanmayacağı, “*milletlerarası yetki*”nin kapsamına girmektedir. Bu bakımdan, yabancı unsurlu özel hukuk davalarında kendi mahkemelerinin faaliyette bulunabilme yetkisine sahip olup olmadıkları veya hangi şartlar altında sahip olduğunu belirlemekte serbest olan bir devlet, belirli bir yabancı unsurlu dava bakımından ülkesi içinde hangi yer mahkemesinin davaya bakabileceğini de belirleyebilmektedir. Bu açıdan, özellikle karşılaştırmalı hukukta “*yetki (jurisdiction)*” kavramının milletlerarası özel hukuk bakımından birbiriyle ilgili iki farklı yönünün bulunduğunu belirtmek gerekir.

Bunlardan ilki, devletin kendi ülkesi içerisinde yargılayabilme yetkisini ifade eden yargı yetkisini (yargı hakkı, kaza hakkı, *facultas iurisdictionis*, *Gerichtsbarkeit*) ifade ederken, diğeri bir devletin kendi mahkemelerinden hangilerinin bir davaya bakabileceği (*competence*) ile ilgilenmektedir. Kıta Avrupası hukuklarında yargı yetkisiyle milletlerarası yetki kavramlarının ilki ikincisinin bir ön şartı olarak değerlendirilen ayrı kavramlar olduğu, Anglo-Amerikan hukukunda ise her iki kavramın “*jurisdiction*” kavramı altında ele alındığı belirtilmektedir³⁰. Diğeri bir deyişle, Anglo-Amerikan hukuk anlayışının cari olduğu ülkelerde, “*jurisdiction*” kavramı hem devletin yargı yetkisini karşılamak üzere hem yabancı unsurlu özel hukuk davalarına bakma yetkisini (milletlerarası yetki) ifade edecek şekilde esnek olarak kullanılmaktadır³¹. O kadar ki, çalışmamızda kullandığımız pek çok yabancı kaynakta “*competence*” ifadesi yerine “*jurisdiction*” kavramının milletlerarası yetkiye atfen kullanıldığını belirtmeliyiz. Ancak, milletlerarası yetki ile yargı yetkisi, gerek kaynağı ve anlamı itibarıyla gerekse bunlara bağlanan sonuçlar itibarıyla birbirinden farklılık arz etmektedir. Bu farklılığın, bireylerin mahkemeye erişim hakkına yönelik taraf devlet

²⁹ Bkz.: Vischer, **a.g.m.**, s.202. Ayrıca bkz.: Nomer, **Milletlerarası Yetki**, s.396, dn.5; Esra Dardağan, **Milletlerarası Usul Hukukunda “Aşkın Yetki” Kavramı**, Siyasal Kitabevi, Ankara 2005, s.17 vd.

³⁰ Vischer, **a.g.m.**, s.202.

³¹ Dardağan, **a.g.e.**, s.17-18.

mahkemelerinin tasarruflarında da kendisini hissettirebileceğini belirtmek gerekir. Bu nedenle, iki kavram arasındaki farklılıklara değinmek faydalı olacaktır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, bir devlet, ülkesi üzerindeki herkesi yargılayabilme yetkisini devletler hukukunun çizmiş olduğu sınırlar dahilinde serbestçe kullanabilmektedir. Örneğin, devletin ülkesi üzerindeki herkesi yargılayabilme faaliyetine yargı bağışıklığı ile devletler hukuku tarafından sınırlama getirilmiştir. Devletler, yargı bağışıklığı gibi yargı yetkisini sınırlayan herhangi bir devletler hukuku kuralı veya milletlerarası anlaşma olmadığı sürece bu yetkisini dilediği gibi kullanabilir³². Milletlerarası yetkinin kaynağını ise, bir uluslararası sözleşme söz konusu değilse, yargı yetkisine sahip olan her devletin hukuk düzeni belirler ve bu yetkinin sınırlarını da her devlet serbestçe belirler. Diğer bir ifadeyle, her devletin sahip olduğu yargı yetkisini mahkemeleri tarafından kullanılıp kullanılmayacağını veya hangi şekilde kullanacağını kendisinin belirlemesi itibariyle kaynağı itibariyle milli/yerel niteliktedir³³. Milletlerarası yetki, yabancı unsurlu davalarda devletin mahkemelerinin yetkisini düzenlemesi nedeniyle milletlerarasıdır ve milletlerarası usul hukukun kapsamına girmektedir³⁴. Sonuç itibariyle, devletler hukuku anlamında yargı yetkisi devlete ait egemenlik hakkından doğan ve mahkemelerce kullanılan karar verme-hükmetme otoritesi olarak tanımlanabilir. Milletlerarası yetki ise, devletin sahip olduğu yargı yetkisinin devletler hukuku tarafından çizilen sınırlar dâhilinde nasıl kullanacağını, diğer bir ifadeyle yargı yetkisini nasıl ve ne genişlikte kullanacağına dair bir yetki düzenlemesidir³⁵.

Aralarındaki farka rağmen, milletlerarası yetki ile devletler hukuku anlamında yargı yetkisi arasında, her ikisi de bir devletin mahkemeleri vasıtasıyla karar verme-hükmetme yetkisini ifade ettikleri için bir paralellik görmek mümkündür. Ancak bunlar birbirinden tamamen farklı kavramlardır ve bunlara bağlanan sonuçlar da aynı değildir³⁶. Yargı yetkisinin varlığı bir dava şartıdır (HMK m.114) ve mahkeme tarafından re'sen dikkate alınmak zorunda olduğu gibi taraflarca da davanın her

³² Nomer, **DHH**, s.426-428; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.28-29.

³³ Nomer, **DHH**, s.425-426.

³⁴ Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.28.

³⁵ Nomer, **DHH**, s.450; Doğan, **MÖH**, s.38-39; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.352;

³⁶ Nomer, **Milletlerarası Yetki**, s.397; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.31.

aşamasında ileri sürülebilir. Buna karşın, milletlerarası yetkiye ilişkin kurallar kamu düzeninden olmadığından ilk itiraz olarak ileri sürülmesi gerekmektedir (HMK m.19). Bu bakımdan, yargı yetkisi yoksa artık milletlerarası yetkiden söz etmek mümkün olmayacaktır. Aynı şekilde, herhangi bir mahkemenin milletlerarası yetkisini tesis eden bir düzenleme olmadıkça, Türk mahkemelerinin yargı hakkına sahip olması tek başına davanın Türkiye’de görülmesini sağlamaz. Bu nedenle, bir davanın Türkiye’de görülebilmesi için hem yargı yetkisinin hem de milletlerarası yetkinin bulunması gerekmektedir. Bu açıdan bakıldığında, yabancı unsurlu davalarda bireylerin Türk mahkemelerine erişim hakları, sadece milletlerarası yetki kurallarının yorumlanması veya uygulanması vasıtasıyla değil, milletlerarası yetki kurallarından önce devletin sahip olduğu ve ülkesi içinde konuşturduğu mahkemeleri yoluyla kullandığı yargı yetkisine milletlerarası hukuk tarafından getirilen sınırlamalarla engellenebilir.

Dolayısıyla, yabancı unsurlu bir davada mahkemelerin milletlerarası yetkili olup olmadığı, öncelikle bağlı oldukları devletin yargı yetkisinin bulunmasına bağlı olduğundan, her iki kavramın mahkemeye erişim hakkına yönelik etkilerinin ortak olduğunu söyleyebiliriz. Zira yargı yetkisinden veya milletlerarası yetkiden herhangi birinin olmadığı durumlarda mahkemeler davayı usulden reddedecektir. Böylece, bireylerin hak arama amacıyla mahkemelere erişimini engelleyecek olmaları itibarıyla her iki yetki türü, AİHS m.6/1’e olan etkileri bakımından benzer bir fonksiyon ifa etmektedir. Bu nedenle, AİHM denetimine tabi olan yargı yetkisine veya milletlerarası yetkiye ilişkin taraf devlet mahkemelerinin tasarruflarının hangi hallerde ve nasıl ihlale yol açabileceği incelenmelidir. Zira her iki yetki kavramı kaynağı ve sınırları itibarıyla birbirinden farklıdır ve bu farklılık meşru amaç ve orantılılık ölçütleri bakımından AİHM’nin yapacağı denetimi etkileyebilecek niteliktedir. Dolayısıyla, çalışmamızda “*yargı yetkisinin bulunmaması (yargı bağıışıklığı)*” hali ile “*milletlerarası yetkiye ilişkin düzenleme ve uygulamaların*” AİHS m.6/1’e olan mevcut ve muhtemel etkilerini ayrı başlıklar altına ele alacağız. Ancak öncesinde, bu iki başlık altında sıkça değineceğimiz mahkemeye erişim hakkını genel hatlarıyla incelemek faydalı olacaktır.

C. Mahkemeye Erişim Hakkı

1. Kavram

Mahkemeye başvurma hakkı (right to a court) ya da mahkemeye başvurma hakkının bir görünümü olan mahkemeye erişim hakkı (right of access to a court)³⁷, hukukun üstünlüğünün, dolayısıyla hukuk devletinin sağlanması için en önemli haklardan biri olarak kabul edilmektedir³⁸. Mahkemeye erişim hakkı, uluslararası hukuk tarafından vatandaş veya yabancı ayrımı yapmaksızın, tüm bireylere tanınmış bir hak olarak kabul edilmektedir³⁹. Sadece uluslararası insan hakları belgelerinde değil, ulusal hukuk düzenlerinde farklı kavramlar altında açıkça veya zımnen düzenlenmiş olan⁴⁰ bu hakkın, uluslararası hukukun devlete yüklemiş olduğu adaleti sağlama (adalet dağıtma) yükümlülüğüne karşılık geldiğini ve mutlak bir şekilde reddedilmesinin doğal olarak devletlerin ihkak-ı haktan imtina etmesine yol açabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır⁴¹.

³⁷ AİHM, Golder v. Birleşik Krallık kararından sonraki bir tarihte verdiği başka bir kararında mahkemeye erişim hakkının mahkemeye başvurma hakkının bir görünümü olduğunu ifade etmiştir. Bkz.: Ashingdane v Birleşik Krallık, para.55. Bu noktada Türk doktrininde kavrama ilişkin bir yeknesaklığın bulunmadığını belirtmek gerekir. Doktrinde mahkemeye başvurma hakkı (Nomer, **DHH**, s.481; İncoğlu, **Adil Yargılanma**, s.107; Erdoğan Gülnur, **Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı**, Adalet, Ankara, 2011, s.60; Çalışkan Z., **a.g.e.**, s.129.), adalete erişim hakkı (Bakır Çağlar, **Anayasa Bilimi**, İstanbul 1989, s.172.), mahkeme önünde hak arama hakkı (Gölcüklü, **a.g.m.**, s.208), dava hakkı, yargı yoluna başvuru veya yargıya erişim (ulaşım) hakkı (Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.334-335.), mahkemeye başvuru hakkı (Yargıtay 9.HD E.2009/10000, K.2010/306276, T.26.10.2010, (**YKD**, C.36, S.12, Aralık-2010, s.2231 vd.) kavramları kullanılmaktadır. Ancak doktrinde ve uygulamada mahkemeye erişim hakkının daha çok tercih edildiğini görmekteyiz. Bkz.: Nuala Mole/ Catharina Harby, **Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan Hakları Kitapçıkları No.3, Avrupa Konseyi, Strasburg 2001, s.71; Burak Huysal, "Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Milletlerarası Özel Hukuk'a İlişkin Bazı Değerlendirmeler", **Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı**, Ed. Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, Zeynep Derya Tarman, XII Levha, İstanbul 2014, s.60; Sezin Artık Aktepe, **Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, Seçkin, Ankara, 2014, s.74; Gökhan Çayan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı", **TAAD**, Y.7, S.28, Ekim 2016, s.235 vd.; Ahmet Ekinci, "Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı", **GÜHFD**, C.18, S.3-4, 2014, s.823 vd.; Bihter Aydın, "Türk İdari Yargı Düzeninde Mahkemeye Erişim Hakkı", **TAAD**, Y.4, S.15, Ekim 2013, s.272 vd.) kavramı tercih edilmektedir. AYM de içtihatlarında sıklıkla "mahkemeye erişim hakkı"nı kullanmaktadır. Bu nedenle çalışmamızda terminolojik yeknesaklık adına "mahkemeye erişim hakkı" kavramını kullanmayı tercih ettik.

³⁸ İncoğlu, **Adil Yargılanma**, s.105.

³⁹ C. Fresno de Aguirre, "Public Policy: Common Principles in the American States", **Recueil des Cours – Collected Courses**, Vol.379, 2015, s.313; Benedetta Ubertazzi, **Exclusive Jurisdiction in Intellectual Property**, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht – Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Vol.273, Mohr Siebeck, Tübingen 2012, s.264.

⁴⁰ Söz konusu uluslararası ve ulusal düzenlemeler için bkz.: Ubertazzi, **a.g.e.**, s.264-265.

⁴¹ Golder v. Birleşik Krallık, para.28-31.

Mahkemeye erişim hakkı, bireylerin iddia ve savunmalarını bir yargı mercii önünde ileri sürebilmelerini sağlayan bir hak olarak adil yargılanma hakkının bir unsurudur. AİHS m.6, mahkemeye erişim hakkını açıkça düzenlememiştir. Ancak AİHS m.6/1’de yer alan “*Her şahıs...bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının...dinlenmesini isteme hakkını haizdir.*” hükmü gereğince herkesin davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakkaniyete uygun bir biçimde görülmesi gerekmektedir. Davanın bir mahkeme tarafından görülebilmesi içinse, öncelikle kişilere iddialarını ortaya koyma imkânının tanınması gerekmektedir. İşte bu kural, mahkemeye erişim hakkının maddede açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen kabul edildiğini ortaya koymaktadır⁴².

Mahkemeye erişim hakkı ilk kez *Golder v. Birleşik Krallık* kararında AİHM tarafından ayrıntılı olarak incelenmiştir. Söz konusu kararda AİHM, “*medeni (civil) konularda mahkemelere başvuru imkanı olmaksızın hukuk devletinin düşünülemeyeceğini, bir medeni iddianın yargıç önüne götürülebilmesi zorunluluğunu öngören ilkenin evrensel olarak kabul edilen bir hukuk ilkesi olduğunu, aynı durumun (devletlere) ihkak-ı haktan imtina etmeyi yasaklayan uluslararası hukuk ilkesi için de geçerli olduğunu, AİHS m.6/1’in bu ilkeler ışığında yorumlanması gerektiğini*” belirtmiştir⁴³. AİHM’ne göre, AİHS m.6/1’in bir taraftan görülmekte olan bir davada taraflara tanınan güvenceleri ayrıntılı olarak belirtirken, diğer taraftan bu güvencelerden gerçekten yararlanmayı mümkün kılacak bir mahkemeye erişimi koruma altına almadığını söylemek mümkün değildir. Eğer bir yargılama yoksa yargılamanın hakkaniyete uygun, aleni ve süratli niteliklere sahip olmasının anlamı yoktur⁴⁴. Böylece mahkemeye erişim hakkı, diğer bir ifadeyle adalete erişim hakkı (access to justice) hukuk devleti ilkesi ve hukukun genel ilkelerinden yola çıkılarak AİHS m.6/1’de yer alan hak ve ilkelerden biri olarak kabul edilmiştir. AİHS hükümlerinin yorumlanması konusunda AİHM’nin attığı en yaratıcı adımlardan biri olarak nitelendirilen⁴⁵

⁴² Harris/O’boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.235; White/Ovey, **a.g.e.**, s.254; İncoğlu, **Adil Yargılanma**, s.106; Richard Clayton/Hugh Tomlinson, *Fair Trial Rights*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford 2010, para.11.372.; Matthias Kloth, **Immunities and Right of Access to Court Under the European Convention on Human Rights**, Martinus Nijhoff, Boston 2010, s.3.

⁴³ *Golder v. Birleşik Krallık*, para.34.

⁴⁴ *Golder v. Birleşik Krallık*, para.35.

⁴⁵ Harris/O’boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.235; Reid, **a.g.e.**, s.63.

mahkemeye erişim hakkı, adil bir yargılamanın yapılabilmesinin ön koşulu olarak kabul edilmektedir⁴⁶.

Mahkemeye erişim hakkı, öncelikle medeni hak ve yükümlülükler hakkındaki uyuşmazlıkların karara bağlanması ile ilişkili olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, borçlar ve ticaret hukukundan haksız fiillere, aile hukukundan iş hukukuna birçok özel hukuk uyuşmazlığı⁴⁷ bakımından bu hakkın gündeme gelmesi mümkündür. Bu nedenle, yabancılık unsuru içeren, dolayısıyla milletlerarası özel hukukun kapsamına giren uyuşmazlıklar bakımından da devletlerin bireylerin mahkemelere erişimini sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bununla beraber, mahkemeye erişim hakkının özel hukuk davaları bakımından uygulanabilmesi için, başvurucunun iddiasına konu olan hak veya yükümlülüğünün ulusal hukuk düzeninde en azından tartışılabilir bir zeminde temellerinin olması ve bu hak ve yükümlülüğe ilişkin bir uyuşmazlığın olması gerekmektedir⁴⁸. Zira AİHS m.6/1 taraf devletlerin iç hukuklarında bir hakkın veya yükümlülüğünün maddi bir içeriğinin olmasını güvence altına almamaktadır. Bu nedenle, AİHS m.6/1 iç hukukta bir hak olarak kabul edilmeyen bir talebe ilişkin olarak söz konusu hükümdeki diğer haklar gibi mahkemeye erişim güvencesi sağlamamaktadır⁴⁹.

Mahkemeye erişim hakkının tanınması hukuk devletinin bir gereğidir. Ancak AİHM'nin içtihatlarında defaten belirttiği üzere, AİHS bireylere teorik ve hayali değil, gerçek ve fiilen kullanılabilir, etkili güvenceler sağladığından, hak aramak için mahkeme önüne gidebilme olanağının da fiilen ve etkili bir biçimde olması gerekmektedir⁵⁰. Diğer bir ifadeyle, AİHS m.6/1 aynı zamanda “*mahkemeye etkili bir erişim hakkını (effective access to a court)*” güvence altına almaktadır⁵¹. AİHS, taraf

⁴⁶ AYM bir kararında, kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınmasının adil bir yargılamanın önkoşulunu oluşturduğunu bir kararında açıkça ifade etmiştir. Bkz.: AYM, E. 2010/41, K.2012/19, T.9.12.2012. Ayrıca bkz.: Çayan, **a.g.m.**, s.236.

⁴⁷ AİHM'nin özel hukukun muhtelif alanlarına ilişkin içtihatları için bkz.: Harris/O'boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.213, dn.114 vd.

⁴⁸ Reid, **a.g.e.**, s.58; Gölcüklü, **a.g.m.**, s.205; Harris/O'boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.223; İnceoğlu, **Adil Yargılanma**, s.63; Kloth, **a.g.e.**, s.11-12.

⁴⁹ James ve diğerleri v. Birleşik Krallık, no.8793/79, 21 Şubat 1986, para.81; Powell ve Rayner v. Birleşik Krallık, no.9310/81, 21 Şubat 1990, para.36; Fayed v. Birleşik Krallık, no.17101/90, 21 Eylül 1990, para.65.

⁵⁰ Airey v. Birleşik Krallık, para.24; Kutic v. Hırvatistan, no.48778/99, 1 Haziran 2002, para.25.

⁵¹ Harris/O'boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.236.

devletlere sadece bireylerin Sözleşmesel hak ve özgürlüklerine müdahale etmekten kaçınma değil, diğer bireylerin müdahalelerine karşı bireylerin haklarını aktif bir biçimde kullanabilmesi için gerekli tedbirleri alma (pozitif) yükümlülüğü yüklemektedir. Bu nedenle, kişilerin hak aramasını sağlayacak tedbirlerin alınması ve bu yolu tamamen tıkayan engellerin kaldırılması gerekmektedir⁵². Dolayısıyla mahkeme önünde hak arama yolunun fiilen veya hukuken, geçici de olsa kapatılması veya kullanımını imkansız kılar ölçüde koşullara bağlanıp sınırlandırılması AİHS m.6/1'in ihlali sonucunu doğuracaktır⁵³. Bu bakımdan, bir medeni iddianın esası hakkında karar vermeyecek olan bir mahkemede davanın açma olanağının varlığı tek başına yeterli değildir⁵⁴. Başka bir ifadeyle, söz konusu hak, bireylerin özel hukuk uyuşmazlığının esasına ilişkin bir karara varacak bir mahkemeye erişimi güvence altına almaktadır.

Mahkemeye etkili bir erişim hakkı, ayrıca bu erişimi düzenleyen hukuk kurallarının hukuki belirsizliğe yol açacak derecede belirsiz veya karmaşık olmamasını da güvence altına almaktadır⁵⁵. Söz konusu hak, belirli koşullar altında, mali imkânı olmayan bir davacının bir adli yardım olmaksızın başarılı olmasının mümkün olmadığı ancak mahkemeye etkili bir erişim için böyle bir yardımın da zaruri olduğu davalar bakımından taraf devletlere adli yardım yükümlülüğü yüklemektedir⁵⁶. Özellikle mahkemeye etkili bir erişimin harç ve teminat yatırma veya avukatla temsil zorunluluğu gibi koşullara veya davanın konusu ve taraflarıyla alakasız, geçici ve zayıf ilişkiye dayanan yetki kurallarına bağlanmasının, davanın taraflarının veya maddi ve hukuki unsurlarının diğer ülkelerde ilişkili olduğu yabancı unsurlu davalar bakımından ayrı bir önem arz etmektedir.

⁵² Airey v. İrlanda, para.24-25.

⁵³ Gölcüklü, **a.g.m.**, s.208.

⁵⁴ Kutic v. Hırvatistan, para.25; Multiplex v. Hırvatistan, no.58112/00, 10 Temmuz 2003, para.45.

⁵⁵ Bkz.: Geouffre de la Pradelle v. Fransa, para.33-34.

⁵⁶ Airey v. İrlanda, para.26. Adil bir yargılamanın gerçekleşmesi için böyle bir yardımın gerekli olup olmadığı ise, davanın karmaşıklığı, davanın taraflarının kendilerini temsil etme yetenekleri gibi davanın koşullarıyla yakından alakalıdır. Bkz.: Steel ve Morris v. Birleşik Krallık, para.61.

2. Sınırlandırılması

Mahkemeye erişim hakkı, hukuk devletinin vazgeçilmez ilkelerinden biri olsa da, mutlak nitelikte bir hak olmayıp, belirli sınırlamalara tabi tutulabilir⁵⁷. Birinci bölümde belirttiğimiz üzere, AİHS m.6/1’de niteliği gereği bulunan bir hak olan mahkemeye erişim hakkının taraf devletlerce sınırlandırılması mümkündür. AİHM de çeşitli kararlarında, bu hakkın sınırlamalara tabi olabileceğini, doğası gereği devlet tarafından düzenlenmeyi gerektirdiğini ve bu düzenlemenin de gerek toplum gerekse bireylerin ihtiyaçları ve kaynaklarına göre zaman ve yer açısından değişiklik gösterebileceğini belirtmiştir⁵⁸. Hiç şüphesiz devletler, mahkemeye erişim hakkı ile ilgili olarak, AİHM denetimine tabi belirli bir takdir marjına sahiptir⁵⁹.

Taraf devletlerin mahkemeye erişim hakkına yönelik sahip olduğu takdir marjının sınırlarını AİHM’nin *Ashingdane v. Birleşik Krallık* kararında belirttiği kriterler oluşturmaktadır. Bu kararda AİHM, söz konusu hakka yönelik her sınırlamanın AİHS m.6/1’i ihlal etmeyeceğini belirtmiş ve hangi hallerde bu hakkın ihlal edileceğini belirterek sınırlamanın sınırlarını çizmiştir. Buna göre, mahkemeye erişim hakkına yönelik sınırlamanın “*meşru bir amaca hizmet etmesi*”, sınırlamada “*kullanılan araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisinin bulunması*” ve sınırlamanın “*hakkın özüne zarar vermemesi*” gerekmektedir⁶⁰.

AİHS’nde yer alan bir hakka yönelik müdahalenin ilk ve öncelikli olarak meşru bir amacının bulunması gerekmektedir. AİHS m.8-11’de açıkça belirtilen meşru amaçlar, zımni sınırlamalara tabi olan mahkemeye erişim hakkı ile ilgili olarak belirtilmemiştir. Bununla beraber, AİHM çeşitli kararlarında söz konusu hakka yönelik taraf devletlerce ileri sürülen sınırlamalar bakımından çeşitli meşru amaçların varlığını kabul etmektedir. Örneğin, küçüklerin, akıl hastalığı veya zayıflığı bulunanların, hükümlülerin veya müflislerin mahkemeye müracaat etmesine yönelik sınırlamalar

⁵⁷ Golder v. Birleşik Krallık, para.38; Ashingdane v. Birleşik Krallık, para.57.

⁵⁸ Golder v. Birleşik Krallık, para.38; Ashingdane v. Birleşik Krallık, para.57; Kart v. Türkiye, no.8917/05, 3 Aralık 2009, para.79 AİHM daha sonraki kararlarında mahkemeye erişim hakkının zımni sınırlamalara (implied limitations) tabi olduğunu belirtmiştir. Bkz.: Stepowski v. Polonya, para. 1.c.

⁵⁹ İnceoğlu, **Adil Yargılanma**, s.118. Ashingdane v. Birleşik Krallık, para.57.

⁶⁰ Ashingdane v. Birleşik Krallık, para.57.

meşru bir amaca sahiptir⁶¹. AİHM, ölçsüz olmamak kaydıyla bir teminat yatırılmasının öngörülmesinin adaletin doğru bir şekilde yönetilmesi (proper administration of justice)⁶², temyize başvurusu için yapılan değişikliğin mahkemelerin iş yükünü azaltmak⁶³ meşru amaçlarını izlediğini belirtmiştir. Örneğin, devletlere, devlet temsilcilerine veya uluslararası örgütlere karşı açılan davalarda taraf devlet mahkemelerinin yargı bağımsızlığı nedeniyle açılan davaları reddetmelerinin AİHM tarafından genellikle meşru bir amaca dayandırıldığı belirtilmektedir⁶⁴. Sonuç itibarıyla, mahkemeye erişim hakkına yönelik getirmiş olduğu sınırlamaların birçoğu, adalet hizmetinin sağlıklı ve hızlı bir şekilde sağlanmasına veya devletler hukuku kurallarına ve devletlerarası nezaket ile adli yardımlaşma ve işbirliğine dayandırılabilir. Bu bakımdan, devletlerin hukuk devleti ilkesine uygun ve AİHS'nin genel amaçlarıyla bağdaşmak kaydıyla meşru amaç belirleyebileceklerini söyleyebiliriz⁶⁵.

Bireylerin mahkemeye erişim hakkını sınırlayan araçlarla izlenen meşru amaç arasında makul bir ölçülülük ilişkisinin varlığı gerekmektedir⁶⁶. Ölçülülük testi sadece AİHS m.8-11'de değil, AİHS'nin bütününe egemen bir ilke olduğundan mahkemeye erişim hakkını düzenleyen AİHS m.6 bakımından da uygulanmaktadır. Dolayısıyla, söz konusu hakka yönelik sınırlama teşkil eden eylem ile izlenen meşru amaç arasında bir orantılılığın bulunması, başvuruçunun mahkemeye erişim konusundaki menfaati ile devletin söz konusu hakkın sınırlandırılmasına yönelik menfaati arasında adil bir dengenin sağlanması gerekmektedir. Ölçülülük testi, daha çok taraf devletlerin mahkemeye erişime getirmiş oldukları mali nitelikteki sınırlamalarda rol oynamaktadır. Örneğin,

⁶¹ Golder v. Birleşik Krallık, para.39.

⁶² Tolstoy Miloslavsky v. Birleşik Krallık, no.19139/91, 13 Temmuz 1995, para.61

⁶³ Brualla Gomez de la Torre v. İspanya, no. 55/1996/774/975, 19 Aralık 1997, para.36.

⁶⁴ Kloth, **a.g.e.**, s.13. Devletlerin yargı bağımsızlığına sahip olmaları nedeniyle davacıların mahkemeye erişimlerinin engellenmesi AİHM tarafından bir devletin egemenliğine saygı gösterilmesinin bir gereği olarak devletlerarası nezaket ve iyi ilişkilere dayandırılmaktadır. Bkz.: Al-Adsani v. Birleşik Krallık, no.35763/97, 21 Kasım 2001, para.64. Uluslararası örgütlerin yargı bağımsızlığına sahip olması şeklindeki sınırlama ise, hükümetlerin müdahalelerinden bağımsız bir şekilde faaliyette bulunmasını sağlama meşru amacına sahiptir. Bkz.: Waite ve Kennedy v. Almanya, no.26083/94, 18 Şubat 1999, para.61.

⁶⁵ AİHM, mahkemeye erişim hakkına benzer bir denetim rejimine tabi tuttuğu serbest seçim hakkı ile ilgili bir kararında (Yumak v. Sadak, para.109) taraf devletlerin izleyecekleri meşru amaçları seçmekte serbest olduğunu belirtmiştir. Ancak seçilen meşru amacın hukuk devleti ilkesine uygun ve AİHS'nin genel amaçları ile bağdaşır olması gerekmektedir. Dolayısıyla taraf devletler aynı sınırlar içinde kalmak kaydıyla mahkemeye erişim hakkıyla ilgili olarak çeşitli meşru amaçlar ileri sürülebilirler.

⁶⁶ Ashingdane v. Birleşik Krallık, para.57; Steel ve Morris v. Birleşik Krallık, para.62; Stepowski v. Polonya, para.1.c.

ödenmesi gereken teminat miktarının, başvuruçunun mali durumunun dikkate alınmaksızın belirlenmesi bireyin mahkemeye erişim hakkına orantısız bir müdahale teşkil edebilecektir⁶⁷. Benzer bir durum yüksek yargılama masrafları bakımından da söz konusu olabilecektir⁶⁸.

Son olarak, mahkemeye erişim hakkına yönelik sınırlamanın hakkın özünü zedelemeyecek nitelikte olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, bu hakka yönelik bir müdahale hakkın anlamını ortadan kaldırmamalı, böylece hakkın özüne zarara verilmemelidir. Buna göre, mahkemeye erişimi önemli ölçüde imkânsız hale getirecek veya tamamen ortadan kaldıracak kuralların tanzim edilmesi veya uygulanması ya da hakka müdahale eden kuralların katı bir şekilde uygulanması hakkın özüne zarar verilmesi olarak nitelendirilebilir. Nitekim AİHM, hukuki kesinliğe ve adaletin gereği gibi işleyişine hizmet etmeyi bırakıp, bunun yerine davasının yetkili bir mahkeme önünde esastan dinlenilmesini isteyen başvuruçucu için bir engel haline gelen kuralların mahkemeye erişim hakkını zedelemiş olacağına hükmetmiştir⁶⁹. Başka bir kararda, kendi adına menkul ve gayrimenkul edinip bunlar üzerinde tasarrufta bulunabilen ve vergiden muaf tutulan bir kiliseye iç hukuk tarafından tüzel kişiliği bulunmadığı gerekçesiyle dava açma imkânının tanınmamasının, kilisenin mahkemeye erişim hakkını zedelediğine karar vermiştir⁷⁰.

Mahkemeye erişim hakkına yönelik bir sınırlamanın bu koşulları aynı anda karşılaması gerektiğini belirtmek gerekir. AİHM'nin izlemiş olduğu bu denetim metodu, daha çok yerel nitelikli uyuşmazlıklar sonucu ortaya çıkan ihlal iddiaları bakımından değerlendirilmiş olsa da, bunların yabancı unsurlu davalarda milletlerarası yetki kuralları veya diğer usul hukuku kuralları vasıtasıyla ortaya çıkabilecek ihlal iddiaları bakımından uygulanmaması için hiçbir sebep bulunmamaktadır. Hatta aşağıda

⁶⁷ Bkz.: Ait-Mouhoub v. Fransa, para.57-61.

⁶⁸ AİHM, *Kreuz v. Polonya* kararında davanın özellikleri dikkate alındığında başvuruçudan istenilen mahkeme masraflarının çok yüksek olduğunu belirterek, davaya bakmak için istenilen yargılama masrafları ile başvuruçunun mahkeme vasıtasıyla iddiasını ispat etme menfaati arasında uygun bir denge kurulmadığını belirtmiştir. Yüksek dava masraflarının başvuruçunun davasını geri çekmesine ve davasının bir mahkeme tarafından görülememesine neden olduğunu belirterek mahkemeye erişim hakkının özünün zedelenildiğini ve ölçüsüz bir sınırlama getirdiğine hükmetmiştir. Bkz.: *Kreuz v. Polonya*, para. 66-67.

⁶⁹ *Kart v. Türkiye*, para.79. Aynı yönde bkz.: *Geffre v. Fransa*, no.51307/99, 23 Ocak 2003, para.34; *AYM*, B.No.2012/855, 26.6.2014, para.34-36.

⁷⁰ *Canea Catholic Church v. Yunanistan*, no.143/1996/762/963, 16 Aralık 1997, para.39-42.

inceleyeceğimiz üzere, AİHM'nin devletin veya devleti temsil eden kişilerin işlem ve eylemlerine karşı açılan özel hukuk davalarında yargı yetkisinin yokluğu nedeniyle mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalenin meşru olup olmadığını incelediği kararları, milletlerarası yetki hukukunu doğrudan ilgilendirmektedir. Dolayısıyla, milletlerarası nitelikli davalarda yetki kurallarının tanzimi ve tatbiki ile özellikle davacının mahkemeye erişim hakkı arasında muhtemel bir ihlal iddiasının bu kriterlere göre karara bağlanabileceğini söyleyebiliriz.

3. Hak Arama Hürriyeti ve Türk Hukukundaki Benzer Kavramlarla İlişkisi

Mahkemeye erişim hakkı, sadece AİHS kapsamında AİHM içtihatları vasıtasıyla değil iç hukukumuzda normatif olarak düzenlenen bir hak olarak da karşımıza çıkmaktadır. Mahkemeye erişim hakkının anayasal temelini “*Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*” şeklinde açıkça düzenlenen “*Hak arama hürriyeti*” başlıklı AY m.36 hükmü oluşturmaktadır. Hem mahkemeye erişim hakkının ile hem AY m.36’da yer alan hak arama hürriyetinin bireylerin iddialarını yargı mercilerine götürebilmeleri ve davacı veya davalı olarak iddia ve savunmada bulunabilmeleri bakımından özü itibarıyla aynı olduğunu, her iki kavram arasında sadece terminolojik bir farklılığın bulunduğunu söyleyebiliriz⁷¹. Zira AYM de AİHM gibi mahkemeye erişim hakkını/hak arama özgürlüğünü adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirmektedir⁷². Yine AYM, AY m.36’nın mahkemeye erişim hakkının, “*bir uyumsuzluğu mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyumsuzluğun etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek*” anlamına geldiğini açıkça ifade etmiştir⁷³. Bu bakımdan AİHS sisteminde kullanılan mahkemeye erişim/başvurma hakkının sadece hak arama hürriyeti/özgürlüğü kavramına değil, doktrinde sıkça kullanılan

⁷¹ Ekinci, **a.g.m.**, s.824. Ayrıca, 16 Mart 2012 tarihli Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantısında, “*Bizim anayasal terminoloji ile hak arama özgürlüğü, Mahkemenin (AİHM) terimiyle Mahkemeye ulaşma ya da başvurma hakkı oldukça önemli.*” ifadeleriyle her iki kavramın aynı olduğu Prof. Dr. Sibel İnceoğlu tarafından dile getirilmiştir. Bkz.: Musa Sağlam/Serdar Güleler/Recep Kaplan, **Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantıları**, C.2, Ankara 2014, s.508.

⁷² Bkz.: AYM, E. 2010/41, K.2012/19, T.9.12.2012, (RG: 13.2.2013 – 28558); AYM, B.No.2012/791, 7.11.2011, para.27.

⁷³ AYM, B.No.2012/791, 7.11.2011, para.52; AYM, B.No.2012/855, 26.6.2014, para.34; AYM, B.No.2013/3063, 26.6.2014, para.43.

mahkeme önünde hak arama hakkı, dava hakkı, yargı yoluna başvuru veya yargıya erişim (ulaşım) hakkı, mahkemeye başvuru hakkı şeklindeki terimlere de karşılık geldiğini söylemek mümkündür.

Bu noktada, mahkemeye erişim hakkının/hak arama özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin AİHS sistemi ile AY'nın öngördüğü sistem arasında herhangi bir farklılığın bulunup bulunmadığını da ele almakta fayda vardır. Gerçi, önüne gelen davalarda AYM'nin AY m.36 hükmü ile AİHS m.6/1 hükmünü aynı kapsamda ele aldığını ve AİHM'nin yukarıda incelemiş olduğumuz metodunu takip ettiğini görmekteyiz⁷⁴. Ancak, AY m.36'da mahkemeye erişim hakkının devlet tarafından nasıl ve hangi sebeplerle sınırlandırılacağı açıkça belirtilmemiştir. Bu nedenle, bu hakkın devlet tarafından hangi şartlar dâhilinde sınırlandırılacağı, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel hüküm olan AY m.13 uyarınca belirlenebileceğini söyleyebiliriz. Buna göre, AY m.13'te yer alan sınırlamanın "*hakkın özüne dokunulmaksızın*" ve "*ölçülülük ilkesine*" uygun olarak yapılabileceğini öngörmesi bakımından AİHS sistemi ile benzerlik göstermektedir. Aynı maddede temel hakların Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle sınırlandırılabilirliği belirtilmesine rağmen, AY m.36'da herhangi bir sınırlama sebebi, diğer bir ifadeyle (AİHS sistemine göre) meşru amaç öngörülmemiştir. Ancak AİHS'nin izlediği metodu izleyen AYM çeşitli kararlarında söz konusu hakka yönelik sınırlamaların meşru bir amacının olması gerektiğini kabul etmektedir^{75 76}.

⁷⁴ Örneğin bkz.: AYM, B.No.2012/791, 7.11.2011, para.27.

⁷⁵ Bkz.: AYM, B.No.2013/1932, 17.7.2014, para.38; AYM, B.No: 2013/1613, 2.10.2013, para.38. Örneğin, bir davanın açılabilmesi için öngörülen süreler hukuk güvenliği ilkesi gereği olup adaletsizliklerin önüne geçmek ve hukuk güvenliğini sağlamak gibi meşru amaçlara sahip olduğuna dair bkz.: AYM, B.No.2013/2491, 17.12.2014, para.36-37.

⁷⁶ AY m.13'te AY'nın ilgili maddesinde sınırlandırma sebebinin yazıyor olması şartı aranmakta ise de, AYM içtihatlarında ve Türk anayasa hukuku doktrininde genel kabul, temel hak ve özgürlüklerin doğal bir sınırının olduğu ve söz konusu doğal sınıra ulaşana kadar bu hakların sınırlandırılabilirliği yönündedir. Bu durumda ilgili maddede sınırlandırma sebebinin yazmıyor olması, söz konusu hakkı sınırlandırmaya bir engel teşkil etmediği belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ergün Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 16.Baskı, Yetkin, Ankara 2016, s.114; Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, **Türk Anayas Hukuku**, 17.Bası, Beta, İstanbul 2018, s.144; Eren, **Demokratik Toplum Düzeni**, s.16. Kaldı ki ilgili hakkın düzenlendiği Anayasa hükmünde sınırlandırma sebebine yer verilmemiş olmasına rağmen, temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması ile ilgili olan AY m.14 hükmünün uygulanmasının dahi başlı başına bir sınırlandırma sebebi olabileceği kabul edilmektedir. Buradaki meşru amaç, hakkın kötüye kullanılmasının engellenmesidir. Bkz.: AYM, E.1985/8, K.1986/27, T.26.11.1986, (AYMKD, S.22, 1987, s.382). Ayrıca bkz.: Tanör/Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s.152-155.

Gerek AY m.36’da gerekse AİHS m.6/1’de “herkes” tabirine yer verildiğinden, söz konusu hakkın yabancılar bakımından AY m.16’ya uygun olarak sınırlanması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, temel hak ve özgürlükler arasında yer verilen mahkemeye erişim hakkı/hak arama özgürlüğünün yabancılar için sınırlandırılması AY m.13 ve m.16’da yer alan esaslara uygun olmalıdır. Buna göre, mahkemeye erişim hakkına yönelik sınırlamanın hakkın özüne dokunulmaması, ölçülü olması, Anayasanın ilgili maddesinde yer alan sebeplere dayanması yanında, “milletlerarası hukuka uygun olarak” (m.16) ve “kanunla” yapılması kaydıyla mümkündür. Bu bakımdan, Anayasanın mahkemeye erişim hakkının sınırlanmasıyla ilgili olarak “milletlerarası hukuka uygun olmak” dışında vatandaş ve yabancılar arasında herhangi bir ayırım öngörmemektedir. Bununla beraber “milletlerarası hukuka uygun olmak” koşulu geniş bir şekilde yorumlanmaya müsaittir. Zira milletlerarası anlaşmaların olduğu belirli alanlar dışında, milletlerarası hukukun kapsamına hangi hususların girdiği belirsizdir. Hatta devletlerarası bir anlaşmanın varlığı veya uluslararası nezakat ve dostluğun gözetilmesi ya da karşılıklılık, mahkemeye erişim hakkının sınırlanması açısından bir meşru sebep olarak dahi görülebilir. Örneğin, adli yardımın devletleri belirli bir davranışta bulunmaya icbar etme vasıtası olarak kullanılan karşılıklılık şartına bağlanması, söz konusu hakkın özünün zedelenmesine yol açabilir⁷⁷.

İkinci olarak, “kanunla” sınırlama koşulu da, sadece vatandaşlar için değil, yabancılar açısından da mahkemeye erişim hakkına müdahale teşkil edebilir. AİHM mahkemeye erişim hakkına ilişkin sınırlamanın “yasayla öngörülmüş olma”sı şeklinde bir kriter aramamaktadır. Dolayısıyla, devletlerin bireylerin ülke mahkemelerine erişim hakkına yönelik sınırlamaları kanun hükmünde kararnamele veya yönetmeliklerle ya da içtihatlar yoluyla belirlemeleri mümkündür. Bununla beraber, mahkemeye erişim hakkını sınırlayan usuli engellerin hukuki belirsizliğe yol açacak derecede belirsiz veya karmaşık olmaması da gerekmektedir. Bu bakımdan, mahkemeye erişimi engelleyen usuli kuralların kanunla⁷⁸ düzenlenmesi, hukuki kesinlik ve öngörülebilirliğin temin

⁷⁷ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, a.g.e., s.335.

⁷⁸ Burada gerek AİHM’nin gerekse AYM’nin sınırlamanın yasayla/kanunla kastettiğinin şekli anlamda, yani ulusal yasama organlarından neşet eden bir düzenlemenin değil, maddi anlamda yasanın kastedildiğini belirtmek gerekir. Başka bir ifadeyle, ilgili Sözleşmesel hakka yönelik sınırlamaya temel teşkil eden düzenlemenin kaynağı veya kim tarafından yapıldığı değil, niteliği önem arz etmekte olup

edilmesi bakımından hem AY'ya hem AİHS'ne uygun görünmektedir. Hatta bu noktada, Türk usul hukukunda mahkemelerin yetkisinin kanunla belirlenmesinin anayasal bir prensip olduğu (AY m.142) ve Türk yetki hukukunun dayanağını teşkil ettiği ifade edilmektedir⁷⁹. Yetki kurallarının kanunla düzenlenmesi bireylerin mahkemeye erişim haklarına, dolaylı olarak adil yargılanma hakkının korunmasına ilişkin ek bir güvence sağlamakla beraber, bu tür kanuni düzenlemelerin, düzenlenişi ve uygulanışı itibariyle davanın taraf(lar)ın sadece mahkemeye erişim değil, adil yargılanma hakkına ilişkin diğer güvenceleri ihlal edebileceği⁸⁰ göz ardı edilmemelidir.

D. Bireylerin Mahkemeye Erişim Hakkına Uluslararası Hukuk Tarafından Getirilen Bir Sınırlama Olarak Yargı Bağışıklığı

1. Yargı Bağışıklığı Kavramı

Devletlerin ülkesi üzerindeki kişiler ve şeyler hakkında sahip olduğu ve mahkemeleri vasıtasıyla kullandığı yargı yetkisi, bu yetkinin kaynağını oluşturan ve bu yetkiyi her devlete eşit bir şekilde dağıtan devletler hukuku tarafından çeşitli istisnalara tabi tutulmaktadır. Devletlerin yargı yetkisine uluslararası hukuk tarafından getirilen sınırlamalar, bazı kişilerin bu yargı yetkisinin dışında tutulmaları, yargılanamamaları şeklinde ortaya çıkmaktadır⁸¹. Dolayısıyla, yabancılık unsuru içeren özel hukuk uyuşmazlıklarının Türk mahkemelerinde görülebilmesi için Türk mahkemelerinin yargı yetkisini sınırlayan bir devletler hukuku kuralının bulunmaması gerekmektedir. Yargı yetkisinin varlığı bir dava şartı olarak kabul edildiğinden, ülke içinde milletlerarası yetkili bir mahkeme bulunsa dahi, yargı bağışıklığı davanın görülmesine engel teşkil edecektir.

düzenlemenin/kuralın ulaşılabilir, açık ve öngörülebilir olması, yasayla öngörülme/yasallık şartının varlığı için yeterli olacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Yukarıda, s.93 vd.

⁷⁹ Nomer, **Mahkemenin Yetkisi**, s.569; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.372.

⁸⁰ Örneğin, davalının kendisine uzak mahkemede yargılanmasını öngören aşırı yetki kurallarının tatbikinin, doğal hâkim ilkesini ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkını ihlal ettiği ileri sürülebilir.

⁸¹ Nomer, **DHH**, s.427-428; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.659-660; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.342; Doğan, **MÖH**, s.39; Şanlı, **Ticari Akitler**, s.120-121; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.30; Esra Dardağan Kibar, “Yargı Kararları Işığında Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı Alanında Güncel Gelişmelere Bakış”, **Legal Hukuk Dergisi, Akademik Yaşamının 55. Yılı Onuruna Rona Aybay’a Armağan**, Özel Sayı-Aralık 2014, C.1, s.679.

Şüphesiz ki, uluslararası hukuk tarafından belirli kişilere tanınan yargı bağıışıklığı, mahkemeye erişim hakkının kısıtlandığı durumlardan birini teşkil etmektedir⁸². Çünkü böyle bir durumda, mahkemeler yargı bağıışıklığına sahip kişilere karşı açılmış davaları usulden reddetmek zorundadır. İşte, uluslararası hukukun belirli kişilere tanımış olduğu yargı bağıışıklığı sadece taraf devletin mahkemeleri vasıtasıyla kullandığı yargı yetkisine getirilen bir sınırlama olmakla kalmayıp, aynı zamanda bireyler tarafından etkili bir şekilde kullanmasını sağlamakla yükümlü olduğu mahkemelere erişim hakkına müdahale etmektedir. Farklı bir ifadeyle, devletler hukuku yargı bağıışıklığı doktriniyle hem devletin yargı yetkisini hem de bireylerin mahkemeye erişim hakkını sınırlamaktadır. Böyle bir durumda, taraf devletlerin mahkemeye erişim hakkını ihlal etmeme yükümlülüğü ile yargı bağıışıklığına riayet etme yükümlülüğünün birbiriyle çatışması kaçınılmazdır. İşte bu gibi hallerde, devletlerin insan hakları ve devletler hukukundan doğan bu yükümlülükleri arasında nasıl bir denge kurması gerektiği, diğer bir ifadeyle iki yükümlülük arasındaki gerilimi nasıl hafifletebileceği sorusu gündeme gelmektedir.

Ayrıca, geçmişe nazaran yargı bağıışıklığından yararlanabilecek uluslararası hukuk süjelerinin kapsamının genişlemesi de böyle bir dengeleme faaliyetini zorlaştıracak diğer bir unsurdur. Önceleri sadece devlet başkanları için kabul edilen yargı bağıışıklığından zamanla devlet tüzel kişiliği de yararlanır olmuştur⁸³. Günümüzde, yabancı devletler, devleti sınırsız bir şekilde temsil yetkisine sahip olan devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanı yanında, sınırlı temsil yetkisine sahip diplomatik ve konsüler temsilciler, uluslararası örgütler, bazı uluslararası mahkemelerin hâkimleri yargı bağıışıklığından yararlanmaktadır. Yukarıda saydığımız bu kişilerin yargı bağıışıklığının kapsamı da birbirinden farklı olabilmektedir⁸⁴. Dolayısıyla, bu kişilerin hangi hallerde yargı bağıışıklığından yararlanabileceğinin belirlenmesi mahkemeye erişim hakkına yönelik müdahalenin meşruluğunu etkileyebilecektir. Örneğin, belirli bir konuda yabancı devlete tanınan bağıışıklığın

⁸² Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.343.

⁸³ Sevin Toluner, **Milletlerarası Hukuk Dersleri – Devletin Yetkisi**, 4.Bası, Beta, İstanbul 1989, s.372-373; Christopher A. Whytock, “Foreign State Immunity and The Right to Court Access”, **Boston University Law Review**, Vol.93, 2013, s.2038.

⁸⁴ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.345.

kapsam ve nitelik itibariyle ülkede faaliyet gösteren bir uluslararası örgüte tanınması, bu örgüte aslında gereği olmayan bir koruma sağlanması anlamına gelebilir. Bu da, söz konusu örgütle özel hukuk ilişkilerinde bulunan kişilerin muhtemel bir ihtilafta yargı yoluna başvurmalarının gereksiz yere engellenmesi sonucunu doğurabilir.

Aşağıda, yararlanan kişilerinin sayısı ve kapsamı zamanla değişen yargı bağımsızlığı ile ilgili olarak taraf devletlerin yargı bağımsızlığı gerekçesiyle mahkemeye erişim hakkına nasıl bir sınırlama getirebileceğini AİHM'nin çeşitli bağımsızlık türleri bakımından verdiği içtihatları ışığında inceleyeceğiz. Bu noktada, içtihatlardan anlaşıldığı kadarıyla, AİHM'nin meseleyi daha çok devletin ve uluslararası örgütlerin yargı bağımsızlığı ekseninde ele aldığı görülmektedir.

2. Yabancı Devlete Yargı Bağımsızlığı Tanınmasının AİHS m.6/1'e Uygunluğu

a. Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı ve Kapsamı

Yabancı devletin yargı bağımsızlığı, bir devletin milletlerarası hukukun öngördüğü ölçüde, başka bir devlet üzerinde yargı yetkisini kullanamayacağını ifade etmektedir⁸⁵. Milletlerarası toplumun birbirine eşit egemen devletlerden oluştuğu gerçeğinin zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkan devletin yargı bağımsızlığı, devletlerin karşılıklı olarak yargı yetkilerini kullanmalarını kısımları sonucu ortaya çıkmış bir milletlerarası teamül kuralına dayanmaktadır⁸⁶. Bununla beraber, yukarıdaki ilkedен hareketle ortaya çıkan

⁸⁵ Gündüz, **a.g.e.**, s.92.

⁸⁶ Gündüz, **a.g.e.**, s.92-93. Yabancı devletin yargı bağımsızlığının “eşitin eşit üzerinde yargı yetkisinin olmayacağı” ilkesine dayanan bir milletlerarası hukuk kavramı olduğu hem doktrinde hem uygulamada kabul edilmektedir. Bkz.: Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.661; Nomer, **DHH**, s.428-430; Altuğ, **Yargı Yetkisi**, s.106; Doğan, **MÖH**, s.40; Dardağan Kibar, **a.g.m.**, s.680; Whytock, **a.g.m.**, s.2035; Kloth, **a.g.e.**, s.22; Rona Aybay, “Yargıtay İctihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı”, **TBBD**, S.72, 2007, s.109; Ceyda Süral, **Uluslararası Özel Hukukta Yabancı Devletlerin Sınırlı Yargı ve İcra Muafiyeti**, Adalet, Ankara 2015, s.7; Yasir Gökçe, “Mutlak Yargı Bağımsızlığından Sınırlı Yargı Bağımsızlığına Geçiş Trendi, İş Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklarda Yargı Bağımsızlığı ve Ülkemizdeki Durum”, **GÜHFD**, C.18, S.1, Y.2014, s.92; Ersin Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması**, Yetkin, Ankara 2016, s.104; Berat Lale Akkutay, “Devletin Jus Cogens Normlara Aykırı Fiillerinden Dolayı Hukuki Yargı Bağımsızlığı”, **TBBD**, S.113, 2014, s.100; Hazel Fox/Philippa Webb, **The Law of State Immunity**, Third Edition, Oxford University Press, 2013, s.13; Hazel Fox, “Approaches of Domestic Courts to the Assertion of International Jurisdiction”, **Asserting Jurisdiction-International And European Legal Perspectives**, Ed. Patrick Capps/Malcolm Evans/Stratos Konstantinidis, Hart Publishing, Oxford 2003, s.18; Christian Tomuschat, “The International Law of State Immunity and Its Development by National Institutions”, **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Vol.44, No.4, 2011, s.1117; Christos Rozakis, “The Contribution of the European Court of Human Rights

yabancı devlet ve devlet kurumlarının “*mutlak yargı bağımsızlığı*”, yerini zamanla “*sınırlı yargı bağımsızlığı*” olarak ifade edilen anlayışa terk etmiştir. Mutlak yargı bağımsızlığı anlayışının değişmesinde, devletlerin tıpkı özel hukuk kişileri gibi ticari ve ekonomik faaliyetlere katılması büyük rol oynamıştır. Devletlerin bir taraftan özel hukuk kişileri gibi ticari ve ekonomik faaliyetlerde bulunmaları, diğer taraftan bu faaliyetlerden ortaya çıkan ihtilaflarda yargı bağımsızlığı itirazında bulunmaları, söz konusu devletlerle ilişkiye giren kişilerin dava yolu ile hak arama imkân ve ihtimalini ortadan kaldırmıştır. İşte devletin fonksiyonlarında meydana gelen bu değişim, günümüzde gerek ulusal hukuk düzenlerinde gerekse milletlerarası anlaşmalarda mutlak bağımsızlığın terk edilerek yabancı devletin yargı bağımsızlığının sadece “*egemenlik tasarrufları*” ile sınırlandırılmasına yol açmıştır. Başka bir deyişle, yabancı bir devletin diğer bir devlet mahkemesinde ileri sürmüş olduğu yargı bağımsızlığı itirazı, “*özel hukuka ilişkin tasarrufları*”nda reddedilecektir.

Sınırlı yargı bağımsızlığı, ABD ve İngiliz hukukunda yabancı devletin hangi hallerde yargı bağımsızlığından yararlanamayacağı yasal düzenlemelerle açıkça belirlenirken Almanya, Avusturya, İsviçre Fransa gibi ülkelerde içtihatlar yoluyla kabul edilmiştir⁸⁷. Bunun yanında, yabancı devletin yargı bağımsızlığı meselesi, önemi gereği 1972 tarihli Devletlerin Yargı Bağımsızlığına Dair Avrupa Sözleşmesi⁸⁸ ile 2004 tarihli Devletin ve Devlet Mallarının Yargı Muafiyeti Hakkında BM Sözleşmesi⁸⁹ gibi uluslararası anlaşmaların yapılmasına da vesile olmuştur. O kadar ki AİHM konuyla ilgili pek çok kararında 2004 tarihli BM Sözleşmesine atıf yapmakta, hatta AİHM söz konusu Sözleşme hükümlerinin henüz taraf olmayan devlet bakımından dahi bir milletlerarası teamül hukukunu yansıttığı ifade etmektedir⁹⁰. Buna paralel olarak Türk

to the Development of the Law on State Immunity”, **Liber Amicorum Luzius Wildhaber**, Ed. Lucius Caflisch/Johan Callewaert vd., N.P. Engel, 2007, s.387-388. AİHM pek çok kararında yabancı devletin yargı bağımsızlığının yukarıda bahsettiğimiz ilkedен geliştirilen bir kavram olduğunu ifade etmiştir. Bkz.: Al-Adsani v. Birleşik Krallık, para.54; Fogarty v. Birleşik Krallık, no.37112/97, 21 Kasım 2001, para.34; McElhinney v. İrlanda, no.31253/96, 21 Kasım 2001, para.35. Uluslararası Adalet Divanı (UAD) da aynı görüştedir. Bkz.: Devletin Yargı Bağımsızlığı Davası, Almanya v. İtalya, Judgment, 3 Şubat 2012, ICJ Reports, 2012, para.56-57. Yabancı devletin yargı bağımsızlığının hukuki temelleri ile ilgili diğer teoriler için bkz.: Gündüz, **a.g.e.**, s.45 vd.

⁸⁷ Bkz.: Süral, **Yargı Muafiyeti**, s.39 vd.

⁸⁸ Türkiye’nin taraf olmadığı Sözleşmenin Türkçe metni için bkz.: Süral, **Yargı Muafiyeti**, s.367 vd.

⁸⁹ Türkiye’nin taraf olmadığı Sözleşmenin Türkçe metni için bkz.: Süral, **Yargı Muafiyeti**, s.351 vd.

⁹⁰ Cudak v. Litvanya, no.15869/02, 23 Mart 2010, para.66; Sabah El Leil v. Fransa, no.34869/05, 29 Haziran 2011, para. 53-54; Wallishauser v. Avusturya, no.156/04, 17 Temmuz 2012, para.30.

hukukunda yabancı devletlerin özel hukuk kökenli işlem ve ilişkilerden doğan davalarda yargı bağıışıklığından yararlanamayacağı MÖHUK m.49 hükmüyle benimsenmiş, ancak hangi ilişkilerin özel hukuk ilişkileri olarak kabul edileceğı belirtilmemiştir. Buraya kadarki açıklamalardan, yabancı devletin egemenlik tasarruflarından dolayı diğere bir devletin yargısından tamamen bağıışık olduğı ve prensip olarak, özel hukuk işlem ve ilişkilerinden doğan davalarda yabancı devlete mutlak bir bağıışıklık tanınmasının bireylerin mahkemeye erişim hakkını, dolayısıyla AİHS m.6/1 ve AY m.36'yı ihlal edebileceğı sonucu ortaya çıkmaktadır⁹¹.

Yabancı devlete yargı bağıışıklığı tanınmasında temel problem, yabancı devletin hangi tür tasarruflarının özel hukuk veya egemenlik tasarrufu olarak nitelendirileceğinde ve böyle bir nitelendirmenin hangi hukuka göre yapılacağında toplanmaktadır. Bu problemin cevabı, devletlerin davacılara mahkemelerini kapatıp kapatmamalarını, dolayısıyla AİHM nezdinde sorumluluklarını, hatta AİHM'nin meseleye bakışını da etkileye(bile)cektir. Doktrinde genellikle, yabancı devlete veya devlet kurumlarına izafe edilen bir eylemin özel hukuk tasarrufu veya egemenlik tasarrufu olup olmadığının davanın açıldığı mahkemenin hukukuna (*lex fori*) göre belirlenmesi gerektiğı kabul edilmektedir⁹². Buna göre, yabancı devlete izafe edilen işlem veya eylemin forum devleti hukukundaki düzenleniş biçiminden, diğere bir ifadeyle hukuki niteliğinden hareket edilecektir. Eğer dava konusu işlem veya eylem özel hukuk alanında düzenlenmiş ve niteliğı itibariyle devletin egemenlik hakları kullanımının makul ve mantıklı bir sonucu olarak gözükmüyorsa, bir özel hukuk tasarrufudur. Bu bakımdan, söz konusu tasarruf, hangi amaçla yapılırsa yapılsın davalı devlet yargı bağıışıklığından yararlanamayacaktır⁹³. Eğer, söz konusu işlem veya eylem,

⁹¹ Aynı yönde bkz.: Gündüz, **a.g.e.**, s.169, 301.

⁹² Nomer, **DHH**, s.430; Şanlı, **Ticari Akitler**, s.124; Doğan, **MÖH**, s.41; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.347; Süral, **Yargı Muafiyeti**, s.295; Kloth, **a.g.e.**, s.22-23; Nuray Ekşi, **Yabancı Gemilerin İhtiyati Haczi**, Beta, İstanbul 2004, s.142; Hatice Özdemir Kocasakal, "Devletlerin Yargı ve İcra Muafiyetleri ve Bunların Tahkim Yargılamasındaki Rolü", **MHB, Prof.Dr. Ergin Nomer'e Armağan**, C.22., S.2, 2002, s.536.

⁹³ Uygulamada da mahkemelerin uyusmazlığa konu işlemin niteliğinden hareket ettiğini görmekteyiz. Örneğin, yabancı devlet konsolosluğına karşı *ödenmeyen telefon faturaları ve hor kullanma karşılığı* açılan davada (Yargıtay 13.HD, E.1989/3896, K.1989/6648, T.16.11.1989, Bkz.: **YKD**, C.16, S.6, Haziran-1990, s.882-883); yabancı bir devlete karşı açılan *kiralanan taşınmazın tahliyesi* davasında (Yargıtay HGK, E.1991/6-299, K.1991/406, Bkz.: **YKD**, C.18, S.13, Mart-1992, s.346 vd.); elçilik çalışanlarının ihtiyacını karşılamak üzere yabancı devlet hükümeti adına imzalanmış *kira sözleşmesine* ilişkin bir davada (Yargıtay 6.HD, E.2009/10643, K.2009/10361, T.1.12.2009, bkz.: Çevrimiçi,

devletin devlet olma fonksiyonunu yerine getirmesinin bir sonucu olarak yapılan bir işlem veya eylem niteliğindeyse, egemenlik tasarrufu sayılacak ve yargı muafiyeti kabul edilecektir. Örneğin, devletin polis teşkilatının kamu güvenliğini sağlamaya yönelik eylemleri veya savaş esnasında silahlı kuvvetlerinin güç kullanması egemenlik tasarrufu olarak nitelendirilebilir⁹⁴. Sonuç olarak, yabancı bir devletin veya devlet kurumlarının bir özel hukuk kişisi gibi hareket ederek hukuki işlemlerde veya eylemlerde bulunması veya ticari veya ekonomik sözleşmeler akdetmesi halinde, bu sözleşmelerden doğan davalarda yargı bağımsızlığından yararlanması mümkün değildir. Örneğin, yabancı devletin ordusunun gereksinimi için bir özel kişiden malzeme satın alması veya askeri personelini taşımasına⁹⁵ ya da büyükelçilik veya askeri üs yapılması veya restore edilmesine ilişkin sözleşmelerden doğan davalarda yabancı devlet yargı muafiyetinden yararlanamayacaktır. Bunun yanında yabancı devlet ile dış temsilciliklerinde çalıştırdığı kişiler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, dava konusu hukuki ilişkinin niteliğine yanında çalıştırılan personelin yaptığı işin içeriğinin de belirleyici olduğunu belirtmek gerekir⁹⁶. Bu anlayışın kendisine aşağıda inceleyeceğimiz AIHM kararlarında da yer bulduğunu söyleyebiliriz. Zira AIHM taraf devlet mahkemelerinin, yabancı devletin elçiliklerinde çalıştırmak üzere iş sözleşmesi

www.kazanci.com, 15 Mart 2017); yabancı bir devletin vatandaşlarının ilaç ihtiyaçlarının karşılanması konusunda yabancı devlet ile eczane sahibi arasında yapılan *sözleşmeden doğan alacak* davasında (Yargıtay 13.HD, E.2001/8947, K.2001/11405, T.5.12.2001, Bkz.: **Yargı Dünyası**, 2003, s.88-89.); yabancı devlet elçiliğinde çalışan Türk vatandaşı işçinin *sigortalılığının tespitine* ilişkin açtığı davada (Yargıtay 10.HD, E.1993/5620, K.1993/10875, T.14.10.1993, Bkz.: **YKD**, C.20, S.2, Şubat-1994, S.227-228.); yabancı devlete ait teknik irtibat bürosunda işçi olarak çalışan kişilerin davalı devlete karşı açtıkları *haksız fiile dayanan manevi tazminat* davasında (Yargıtay 15.HD, E.2002/2431, K.2002/11163, T.10.10.2002, Bkz.: **YKD**, C.29, S.2, Şubat-2003, s.185 vd.); yabancı devlete ait posta idaresi tarafından gönderilen paketten patlayıcı çıkması ve bunun davacıya verdiği zararla ilgili açılan *manevi tazminat* davasında (Yargıtay 4.HD, E.1986/2254, K.1986/5420, T.7.7.1986, bkz.: **MHB**, C.5, S.2, 1986, s.209-210) yabancı devlete yargı bağımsızlığı tanınmayacağı kabul edilmiştir.

⁹⁴ Savaş halindeki devletlerden birinin savaş araçlarının üçüncü bir devlet vatandaşlarına vermiş olduğu zararın özel hukuk ilişkisinden doğmadığına ve bir egemenlik tasarrufu olduğuna dair bkz.: Yargıtay 4.HD, E.1985/9190, K.1986/2436, T.13.7.1986 (**Yasa Hukuk Dergisi**, C.9, S.9, 1986, s.1271.). İki savaş gemisi arasında gerçekleşmekle birlikte bir savaş halinin söz konusu olmadığı bir durumda meydana gelen çatma sonucu müteveffanın yakınları açılan tazminat davasında, savaş gemilerinin, bayrağını taşıdıkları devletin egemenliğinin simgesi olduğu gerekçesiyle davalı devletin yargı bağımsızlığından yararlanacağına dair bkz.: Yargıtay 4.HD, E.1987/7309, K.1987/7373, T.12.10.1987 (**YKD**, C.14, S.1, Ocak-1988, s.29 vd.).

⁹⁵ NATO Anlaşması çerçevesinde Türkiye’de görev yapan ABD askeri personelinin taşınması ile ilgili olarak ABD devleti ile bir Türk taşıma şirketi arasındaki taşıma sözleşmesinden doğan davada davalı devletin yargı muafiyeti kabul edilmemiştir. Bkz.: Yargıtay 19.HD, E.1995/1632, K.1995/9151, T.2.11.1995 (Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.359, dn.58.)

⁹⁶ Nomer, **DHH**, s.431.

akdettiği kişilerle ortaya çıkan davalarda, uyumsuzluğun niteliğine bakmaksızın sadece çalışılan yere bakarak ve yapılan işin içeriğini eksik veya yanlış değerlendirerek yabancı devletlere bağımsızlık tanımlarının AIHS m.6/1'i ihlal ettiğine hükmetmiştir⁹⁷.

Yabancı devlete karşı haksız fiil nedeniyle açılan davalar da prensip olarak özel hukuk tasarrufu olarak kabul edilecektir. Bununla birlikte, yabancı devletlerin egemenlik tasarruflarını kullanırken haksız fiil teşkil edecek bazı eylemlerde bulunmaları halinde nasıl hareket edilmesi gerekeceği belirsizlik arz etmektedir. Doktrinde kabul edilen⁹⁸ yabancı devletlerin egemenlik tasarruflarını kullanırken ortaya çıkan haksız fiil niteliğindeki davranışlardan dolayı yabancı devlete açılan davalarda söz konusu devletin yargı bağımsızlığından yararlanmaması gerektiği anlayışına uygulamada da rastlamaktayız. Yargıtay tarafından da onanan ve davalı devlet tarafından vize verilmesine rağmen ülkeye sokulmayan davacının açmış olduğu maddi ve manevi tazminat davasında yargı bağımsızlığının yokluğunun dayanağı olarak, yerel mahkemece vize süresi dolmadan ülkeye alınmama hususu değil, davacının gördüğü muamele gösterilmiştir⁹⁹. Doktrinde de ifade edildiği üzere, burada vize vermesine rağmen bir yabancıyı ülkesine alması veya almaması bir devletin egemenlik tasarrufudur¹⁰⁰. Ancak karardan anlaşıldığı kadarıyla, ülkeden çıkmaya zorlanan kişinin bu esnada uğramış olduğu muamele, söz konusu muamelenin bir özel hukuk veya egemenlik tasarrufu olup olmadığını tartışmaksızın, mahkeme tarafından maddi-manevi zarara yol açabilecek bir haksız fiil olarak görülmüştür. Buna karşın, başka bir kararda yerel mahkeme davalı devletin gerek Türkiye ile davalı devlet arasındaki anlaşma gerekse AB vize kodu uyarınca davacıya vize talebiyle ilgili makul süre içerisinde herhangi bir cevap vermeme şeklinde ortaya koymuş olduğu eylemin (eylemsizliğin) davacının ticari zararına sebep olması nedeniyle haksız fiil niteliğinde olduğuna hükmetmiştir. Davalı devletin itirazı üzerine Yargıtay, vize ile ilgili düzenlemeler içeren ikili anlaşmaya davalı devletçe aykırı davranılmış olmasının dava konusu uyumsuzluğun özel hukuk tasarrufu olarak değerlendirilmesine imkân tanımayacağına

⁹⁷ Bkz.: Aşağıda, s.289 vd.

⁹⁸ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.347, dn.36.

⁹⁹ Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin E.2006/718, K.2006/1549 sayılı kararıyla onanan Ankara 22. Asliye Hukuk Mahkemesinin E.2003/158, K.2004/382 sayılı ve 30.9.2004 tarihli kararı için bkz.: Aybay, **a.g.m.**, s.114 vd.

¹⁰⁰ Dardağan Kibar, **a.g.m.**, s.684.

hükmederek kararı bozmuştur¹⁰¹. Çeşitli ülke mahkemelerinin uygulamalarından anlaşıldığı kadarıyla, Yargıtay uygulamasında olduğu gibi devletlerin egemenlik yetkilerini kullanırken ortaya çıkan haksız fiil niteliğindeki eylemler nedeniyle açılan davalarda yabancı devletlerin bağışıklıktan yararlanıp yararlanmayacağı konusunda yeknesaklığın bulunmadığını belirtmek gerekir¹⁰².

Burada belirtmek gerekir ki, egemenlik tasarrufunu gerçekleştirirken ortaya çıkan haksız fiil niteliğindeki eylemler nedeniyle yabancı devletlere yargı bağışıklığının tanınıp tanınmayacağı sadece ulusal mahkemeler önünde görülen milletlerarası nitelikli özel hukuk davaları bakımından değil, uluslararası hukuk açısından da uygulamada tartışılan hassas konulardan biridir¹⁰³. Zira egemenlik tasarrufları kapsamında meydana

¹⁰¹ Yargıtay 4.HD, E.2013/10023, K.2013/13933, T.10.9.2013, (Çevrimiçi, www.kazanci.com, 22 Mart 2017).

¹⁰² Örneğin İngiliz mahkemeleri yabancı bir devlet tarafından söz konusu devletin kendi ülkesinde gerçekleştirdiği eylemler nedeniyle zarara uğrayan davacının açtığı davada İngiliz Yargı Bağışıklığı Kanunu uyarınca yabancı devletin yargı bağışıklığından yararlanacağına hükmederek davayı reddetmiştir. Bkz.: Al Adsani v. Government of Kuwait and others, CA, 12 March 1996, 107 ILR 536. Yine Suudi Arabistan yetkilileri tarafından işkence gören kişilerin İngiltere’de yabancı devlete karşı açtıkları davada İngiliz Yüksek Mahkemesi, işkence yasağına ilişkin uluslararası hukukta kabul edilen prensibin yabancı devletin yargı bağışıklığına bir etkisinin olmayacağına hükmetmiştir. bkz.: Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia, (2006), UKHL, 26. Fransız Yargıtayı da, İkinci Dünya Savaşı sırasında zorla çalıştırılmak üzere Almanya’ya götürülen davacının Almanya’ya karşı açtığı davayı, dava konusu eylemin Almanya’nın egemenlik yetkilerinden kaynaklandığı gerekçesiyle reddetmiştir. Fransız Yargıtayının 16.12.2003 tarihli kararı için bkz.: Tomuschat, **a.g.m.**, s.1134. Yine, Fransız Yargıtayı Nijer üzerinden geçerken havada infilak eden bir yolcu uçağında vefat edenlerin yakınları tarafından olayın sorumlusu olarak görülen Libya’ya karşı açılan tazminat davasında yabancı devletin yargı bağışıklığından yararlanacağına hükmetmiştir. Fransız Yargıtayının 9 Mart 2011 tarihli kararı için bkz.: Dardağan Kibar, **a.g.m.**, s.705. Buna karşın Yunan Yargıtayı İkinci Dünya Savaşı esnasında Alman işgal kuvvetleri tarafından gerçekleştirilen öldürme ve mülkiyete zarar verme eylemleri nedeniyle açılan *Prefecture of Voitia v. Almanya* davasında ileri sürülen tazminat talebini Almanya’nın yargı muafiyetinden yararlanamayacağına hükmederek kabul etmiştir. Karar için bkz.: Tomuschat, **a.g.m.**, s.1113. 17 Eylül 2002 tarihli başka bir kararda ise, yine Alman ordusunun sivillere ve onların malvarlıklarına yönelik verdikleri zarar nedeniyle açılan davada AİHM kararlarını dikkate alarak, bir devletin sınırları içerisinde başka bir devletin askeri kuvvetlerince işlenen haksız fiiller söz konusu olduğunda, forum devletin devlet aleyhine yargı muafiyetinden vazgeçebileceğine ilişkin bir ilkenin oluşmadığı sonucuna vararak talebi reddetmiştir. Karar için bkz.: Süral, **Yargı Muafiyeti**, s.114-145. İtalyan Yüksek mahkemesi, İkinci Dünya Savaşı esnasında Alman silahlı kuvvetlerince tutuklanarak zorla çalıştırılan davacının Almanya aleyhine açtığı tazminat davasında alt derece mahkemelerinin kararlarını bozarak, uluslararası suçların uluslararası hukukun emredici kurallarına (jus cogens) aykırı olduğunu ve ulusal mahkemelerin yargı yetkisinin bu nedenle sınırlandırılmayacağını belirtmiştir. Yüksek mahkeme, gerekçe olarak uluslararası hukukun emredici kurallarının uluslararası teamül hukuku kurallarından üstün olup olmadığını tartışmaksızın insan haklarının korunmasının devletlerin yargı muafiyetinden daha önemli olduğunu belirtmiştir. Bkz.: Ferrini v. Repubblica federale di Germania, 128 ILR 658, 659, (Tomuschat, **a.g.m.**, s.115 vd.) Ayrıca İtalyan mahkemeleri, Yunan mahkemelerince verilen *Prefecture of Voitia v. Almanya* kararının tenfizi talebini kabul ederek Almanya’ya ait bir taşınmaz haczedilmesini de kabul etmiştir.

¹⁰³ Mesele UAD tarafından 3 Şubat 2012 tarihli *Almanya v. İtalya* kararında ele alınmıştır. İtalyan mahkemeleri yukarıda değindiğimiz Ferrini kararını takip ederek, İkinci Dünya Savaşı esnasında Nazi

gelen eylemleri haksız fiil olarak nitelendirerek yargı bağısıklığının reddedilmesi, ağır insan hakları ihlallerinin söz konusu olduğu veya silahlı güçlere ait personelin eylemleri nedeniyle bedensel-psikolojik zararların ortaya çıktığı hallerde yabancı devletlerin diğer ülke mahkemelerinde sürekli olarak davaya maruz kalmasına ve taciz edilmesine neden olabilecektir. Ayrıca, bu tür durumlarda yargı bağısıklığının genel olarak reddedilmesinin uluslararası ilişkilerin zedelenmesine yol açacağı söylenebilir. Bu nedenlerle, devletlerin egemenlik yetkilerini kullanırken gerçekleştirmiş oldukları eylemler nedeniyle yargı bağısıklığından yararlanıp yararlanmayacakları meselesi, sadece AIHM nezdinde değil doktrin ve uygulamada da geniş tartışmalara neden olan ve üzerinde mutabakata varılamayan oldukça güncel bir meseledir. Bu nedenle biz çalışmamızda meselenin ulusal ve uluslararası mahkemeler nezdinde nasıl değerlendirildiğine kısaca değinmekle yetineceğiz. Aşağıda, yabancı devletin yargı bağısıklığının bireylerin mahkemeye erişimlerine engel teşkil edebilecek yukarıda değindiğimiz farklı durumları AIHM'nin nasıl ele aldığını değerlendireceğiz.

b. AIHM'nin Konuya İlişkin İçtihatlarının Değerlendirilmesi

Yabancı devletin yargı bağısıklığı ile AIHS m.6/1'de yer alan mahkemeye erişim hakkı arasındaki gerilimin nasıl azaltılacağı meselesi AIHM tarafından ilk kez doğrudan 2001 tarihli *Al-Adsani v. Birleşik Krallık*¹⁰⁴, *McElhinney v. İrlanda*¹⁰⁵ ve *Fogarty v. Birleşik Krallık*¹⁰⁶ kararlarında incelenmiştir. Üç kararda da AIHM, yabancı devlete davalı devlet mahkemelerinde yargı bağısıklığı tanınmasının AIHS m.6/1'e bir sınırlama getirip getirmediğini *Ashingdane v. Birleşik Krallık* kararında belirlemiş olduğu kriterler açısından incelemiştir. Yabancı devlete yargı bağısıklığı tanınmasının AIHS m.6/1 uyarınca başvuru sahiplerinin mahkemeye erişim haklarını ihlal edip etmediği meselesi bakımından emsal olarak nitelendirilebilecek kararlardan sonra söz konusu

Almanya tarafından işlenen savaş suçlarıyla bağlantılı tazminat taleplerini kabul etmiş, diğer bir ifadeyle Almanya'ya bu tür davalarda yargı bağısıklığı tanımamıştır. Bunun üzerine, uluslararası hukukun emredici kurallarına aykırı fiiller nedeniyle açılan hukuk davalarında yabancı devletin yargı bağısıklığından yararlanıp yararlanamayacağı meselesi, Almanya tarafından UAD önüne götürülmüştür. UAD, savaş suçlarından kaynaklanan zararların tazmini amacıyla hukuk mahkemelerinde takip yapılmasına izin vermekle İtalya'nın Almanya'ya karşı yargı bağısıklığına saygı gösterme yükümlülüğünü ihlal ettiğini tespit etmiştir. Bkz.: Almanya v. İtalya, para.107.

¹⁰⁴ Al-Adsani v. Birleşik Krallık, no.35763/97, 21 Kasım 2001.

¹⁰⁵ McElhinney v. İrlanda, no.31253/96, 21 Kasım 2001.

¹⁰⁶ Fogarty v. Birleşik Krallık, no.37112/97, 21 Kasım 2001.

mesele 2010’lu yıllarda AİHM önüne daha sık gelmeye başlamıştır. Çalışmamızda hem yukarıda değindiğimiz hem de yakın tarihli kararlarından yola çıkarak konuyu öncelikle özel hukuk karakterli uyuşmazlıklar bakımından ele alacağız.

i. Özel Hukuk Karakterli Uyuşmazlıklar Bakımından

Yabancı devletin diğer bir devlet ülkesinde gerçekleştirmiş olduğu özel hukuk karakterli işlem ve eylemleri nedeniyle yargı bağımsızlığının bulunup bulunmadığı meselesi, ilk kez iş sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlıkla ilgili olarak *Fogarty v. Birleşik Krallık* kararında tartışılmıştır. Söz konusu karara konu olayda, ABD Londra elçiliğinde sekreterlik pozisyonunda çalışan İrlanda vatandaşı Bayan Fogarty, 1995’te işten çıkarılmasına yol açan cinsel taciz iddiasıyla İngiliz mahkemelerinde cinsiyet ayrımcılığı nedeniyle dava açmıştır. Bu davada ABD, yargı bağımsızlığı itirazında bulunmamış ve dava başvuru lehine sonuçlanmıştır. Bu esnada, başvuru lehine elçilik bünyesinde başvurduğu benzer iş başvuruları reddedilmiştir. Bunun üzerine iş başvurularında cinsiyet ayrımcılığına maruz kaldığı gerekçesiyle tekrar dava açmış ve bu dava ABD hükümetinin yargı bağımsızlığı itirazı nedeniyle reddedilmiştir. Bunun üzerine başvuru mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür¹⁰⁷.

AİHM AİHS m.6/1 uyarınca, mahkemeye erişim hakkının sınırlanmasıyla ilgili her zamanki içtihatlarına atıf yaptıktan sonra yargı bağımsızlığı gerekçesiyle söz konusu hakka getirilen sınırlamanın meşru bir amacının olup olmadığını incelemiştir. AİHM, yargı bağımsızlığının eşitlik eşiti yargılayamayacağına dayanan bir uluslararası hukuk prensibi olduğunu belirttikten sonra hukuk davalarında yargı bağımsızlığı bahsetmenin yabancı devletin yargı bağımsızlığına saygı göstermek suretiyle devletlerarası karşılıklı nezaket ve iyi ilişkileri geliştirmek için uluslararası hukuka riayet etme meşru amacını izlediğini belirtmiştir¹⁰⁸. Yargı bağımsızlığı vasıtasıyla mahkemeye erişim hakkını sınırlamanın orantılı olup olmadığı ile ilgili olarak ise AİHM, AİHS m.6/1’in dış olay ve etkilerden ayrı bir şekilde yorumlanamayacağını, AİHS’nin bir insan hakları anlaşması olarak özel bir karaktere sahip olduğunu ve ilgili uluslararası hukuk kurallarını da göz önünde tutmak durumunda olduğunu belirtmiştir. AİHS’nin mümkün

¹⁰⁷ Fogarty v. Birleşik Krallık, para.10-16.

¹⁰⁸ Fogarty v. Birleşik Krallık, para.32-34.

olduğunca yargı bağışıklığına ilişkin kuralların da bir parçasını oluşturduğu uluslararası hukuk kurallarıyla uyumlu olarak yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir. Ardından davalı devlet tarafından yargı bağışıklığı konusunda uluslararası hukukun genel olarak kabul edilmiş kurallarını yansıtan tedbirlerin/bağışıklık tanınmasının (sınırlama aracının) kural olarak AİHS m.6/1’de yer alan mahkemeye erişim hakkına ölçsüz bir sınırlama getirmediğine hükmetmiştir¹⁰⁹. Ardından, uluslararası ve karşılaştırmalı hukukta iş ilişkileriyle alakalı davalarda yargı muafiyetinin kısıtlanmasına yönelik bir eğilimin var olduğunu, ancak yabancı elçilik ve misyonlarda çalışanlarla ilgili davalarda yargı bağışıklığının uygulanıp uygulanmayacağı, eğer uygulanacaksa bunun tüm personeli veya daha üst düzey personeli kapsayıp kapsamadığı meselesinde uluslararası uygulamanın ikiye ayrıldığını, Birleşik Krallığın misyonlarda çalışanlar tarafından açılan davalarda bağışıklık tanıyarak bu konuda güncel uluslararası standardı aşmadığını belirtmiştir¹¹⁰. AİHM’ne göre, açılan dava mevcut elçilik çalışanının iş sözleşmesinden kaynaklanan hakları ile ilgili olmayıp daha çok işe alım sürecinde gerçekleştiği ileri sürülen bir ayrımcılık ile ilgilidir. Elçilik veya misyonlara personel alımıyla ilgili meseleler niteliği gereği yabancı devletin diplomatik ve örgütsel politikası ile ilgili hassas ve gizli hususları içermektedir. Bu bakımdan, yabancı devlete mahkemeleri tarafından yargı bağışıklığı tanınan davalı devletin kamusal menfaatlerinin daha ağır bastığını söylemek mümkündür. Ayrıca, AİHM’ne göre diplomatik misyonlara personel alımıyla ilgili olarak devletin yargı bağışıklığının hafifletilmesi/esnetilmesi konusunda devletler hukukunda bir eğilim de yoktur. Bu nedenle AİHM, davalı devletin yargı bağışıklığı tanıyarak bireyin mahkemeye erişimini sınırlama konusunda sahip olduğu takdir marjını aşmadığı sonucuna varmıştır¹¹¹.

AİHM daha sonraki pek çok kararında iş sözleşmesi veya iş ilişkilerinden kaynaklanan davalarda yabancı devlete yargı bağışıklığı tanınması ile mahkemeye erişim hakkı arasındaki ilişkiyi ele almıştır. Örneğin 2010 tarihli iş sözleşmesinin fiili olarak feshedilmesiyle ilgili olan *Cudak v. Litvanya* kararı, davalı devletlerin yabancı bir devletin tarafı olduğu özel hukuk karakterli davalarda yabancı devletin yargı

¹⁰⁹ Fogarty v. Birleşik Krallık, para.35-36.

¹¹⁰ Fogarty v. Birleşik Krallık, para.37.

¹¹¹ Fogarty v. Birleşik Krallık, para.38-39.

bağışıklığından yararlanması konusunda nasıl hareket etmesi gerektiğine değinmesi bakımından önem arz etmektedir. Söz konusu davada Litvanya'daki Polonya elçiliğinde sekreter/santral operatörü olarak çalışmakta olan Litvanya vatandaşı Bayan Cudak elçilikte çalışan bir diplomat tarafından cinsel tacize uğradığına dair birkaç şikayette bulunduktan sonra, birkaç kez elçiliğe girişine izin verilmemiş ve ardından işe gelmediği gerekçesiyle kendisine iş sözleşmesinin feshedildiği bildirilmiştir. İş sözleşmesinin feshi nedeniyle açılan tazminat davasında Litvanya mahkemelerinin Polonya'nın yargı bağışıklığına sahip olduğuna karar vermesi üzerine şikayette bulunmuştur¹¹².

Tıpkı *Fogarty* kararında olduğu gibi, davalı devletin yargı bağışıklığı kararıyla uluslararası hukuka saygı gösterme meşru amacını izlediğini belirten AİHM'e göre, bu başvuruda ulusal mahkemeler önünde dava konusu edilen işlem niteliği itibarıyla *Fogarty* kararından ayrılmaktadır. Zira bu başvuruda, başvurunun elçilik bünyesindeki işe tekrar alınması değil, elçilikteki işine son verilmesi ulusal mahkemeler önünde dava konusu yapılmıştır¹¹³. AİHM, uluslararası teamül hukukunu yansıttığını belirttiği BM Sözleşmesinin iş sözleşmelerinden doğan davalarda sınırlı yargı muafiyetini öngören 11. maddesinin uluslararası teamül hukukuna olarak (Sözleşmeye taraf olmayan) davalı devlete de uygulanabileceğini belirtmiştir¹¹⁴.

Ardında AİHM, başvurunun hükümet otoritesinin kullanımıyla yakın ilişkisi olan görevler ifa etmediği gibi kendisinin bir diplomatik ajan veya konsüler memur olmadığını, bu nedenle m.11 uyarınca yargı bağışıklığı kapsamında olmadığını belirterek davalı devletin itirazlarını reddetmiştir. Daha sonra, başvurunun görevlerini tek tek belirterek dava dosyasındaki bilgilerden başvurunun Polonya devletinin egemenlik yetkilerinin kullanımıyla alakalı herhangi bir görev görmediğini tespit etmiştir¹¹⁵. AİHM, Litvanya Yüksek Mahkemesinin yabancı misyon veya elçilikle ilgili bir iş ilişkisi davasını görmeye yetkili olup olmadığını tespit edebilmek için söz konusu iş ilişkisinin kamu hukuku karakterli (public law nature) veya özel

¹¹² Cudak v. Litvanya, para.11-18.

¹¹³ Cudak v. Litvanya, para.60-62.

¹¹⁴ Cudak v. Litvanya, para.65-67.

¹¹⁵ Cudak v. Litvanya, para.69-70.

hukuk karakterli (private law nature) olup olmadığının tespitinin gerekli olduğunu belirttiğini, Yüksek Mahkemenin başvurunun mevcut görevleri hakkında herhangi bir bilgi edinemediğini, ancak sadece başvurunun sahip olduğu pozisyonunu ve Polonya'nın yargı bağımsızlığı itirazını ele aldığını, ayrıca başvurunun görevlerinin Polonya'nın ulusal güvenliği için sahip olduğu önem ile ilgili olarak, belirli belgelere erişmiş olmasının veya gizli telefon görüşmelerine tanık olmasının yeterli olmadığını belirtmiştir. Ayrıca, başvurunun işten çıkarılmasının ve müteakip yargılamanın cinsel tacize maruz kalmasından kaynaklandığını belirterek bu tür eylemlerin Polonya'nın güvenlik menfaatlerine zarar vermek olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiş ve davalı devletin iddialarını reddetmiştir¹¹⁶. Sonuç itibarıyla AİHM, önüne gelen davada yargı bağımsızlığı iddiasını kabul eden ve yetkisizlik kararı veren Litvanya mahkemelerinin makul bir orantılılık ilişkisini muhafaza edemediğine, takdir marjını aştığına ve başvurunun mahkemeye erişim hakkını özünden zedelediğine hükmetmiştir¹¹⁷.

AİHM, benzer özellikler arz eden *Sabah El Leil v. Fransa* kararında da davalı devlet mahkemelerinin yabancı devlet ile başvuru arasındaki hukuki ilişkinin niteliğini ve önceki içtihatları dikkate almaksızın yabancı devlete yargı bağımsızlığı tanınmasının mahkemeye erişim hakkına ölçsüz bir müdahale olduğunu belirtmiştir. Karara konu olayda, vatandaşı olduğu Fransa'daki Kuveyt elçiliğinde muhasebe şefi olarak çalışan başvurunun iş sözleşmesi elçilik tarafından ekonomik nedenlerle feshedilmiştir. Paris iş mahkemesi, açılan davada Kuveyt devletinin yargı bağımsızlığı itirazını başvurucuya elçilik bünyesinde verilen görevlerin özel hukuk faaliyeti kapsamına girdiği gerekçesiyle reddetmiştir. Başvurunun, mahkemenin belirlediği tazminatı beğenmeyerek kararı temyiz etmesi üzerine temyiz mahkemesi, elçiliğin muhasebe bölümünün şefi olmanın yanı sıra sorumluluk seviyesi ve görevlerinin niteliği bir bütün olarak ele alındığında, Fransa'da diplomatik temsil yoluyla devletin resmi faaliyetlerine iştirak ettiği gerekçesiyle Kuveyt devletinin Fransız yargısından bağımsız olduğuna hükmederek talebi reddetmiştir¹¹⁸. AİHM, diğer içtihatlarındaki gibi davalı devletin aynı meşru amacı izlediğini belirttikten sonra¹¹⁹, *Cudak* kararında

¹¹⁶ Cudak v. Litvanya, para.71-72.

¹¹⁷ Cudak v. Litvanya, para.74-75.

¹¹⁸ Sabah El Leil v. Fransa, para.9-16.

¹¹⁹ Sabah El Leil v. Fransa, para.55.

olduğu gibi ölçülülük değerlendirmesinde iş ilişkilerinden doğan davalarda bağışıklığa ilişkin BM Sözleşmesinin 11. maddesine atıf yapmıştır. AİHM'ne göre, Fransız Yargıtayı daha önceki içtihatlarında kamu diplomasi hizmetinin kullanımında hiçbir özel sorumluluğu olmayan bir elçilik çalışanı ile ilgili bir dava kapsamında mutlak yargı bağışıklığını uygulamayı reddetmiştir¹²⁰. AİHM, söz konusu davada başvurusunun hükümet otoritesinin kullanımına ilişkin herhangi bir görev icra etmek üzere istihdam edilmediğinin açık olduğunu tespit etmiştir. Ardından, devletin güvenlik menfaatlerine yönelik herhangi bir müdahale riski tespit edilmediğinden iş sözleşmesinin feshine ilişkin BM Sözleşmesi m.11/2(d) hükmünün uygulamayacağına, zira Kuveyt devlet veya hükümet başkanına ya da dış işleri bakanına yönelik böyle bir riskin var olduğuna dair bir iddianın Fransız mahkemeleri önünde ileri sürülmediğini belirtmiştir¹²¹. AİHM, başvurusunun muhasebe şefi olarak atandığı bölümde, bölüm içi veya dışında görevlerinin yer almadığı bir resmi yazıda hangi görevleri ifa edeceğinin listelendiğini, yine çalışma belgesinde de sadece muhasebe şefi pozisyonunda çalıştığının yazdığını, sadece 20 personelin imzaladığı beyanda kendisinin gayri resmi şekilde personel temsilcisi olarak kabul edildiğini belirtmiştir. Ne ulusal mahkemelerin ne de davalı devletin başvurusunun görevlerinin objektif olarak devletin egemenlik menfaatleri ile ilgili olduğunu kanıtlayamadığını, temyiz mahkemesinin kararında başvurusunun bazı ek görevlerinin olduğunu iddia ettiğini ancak böyle bir karara varırken hangi gerekçelere dayandığını da açıklamadığını ifade etmiştir¹²². AİHM, hem temyiz mahkemesinin hem de Fransız Yargıtayının, BM Sözleşmesi m.11'i dikkate almadıklarını belirterek, başvurusunun iddiasını makul ve yeterli gerekçeler olmaksızın mevcut uluslararası hukuk kurallarına rağmen reddederek makul bir orantılılık ilişkisini muhafaza edemediğine hükmetmiştir¹²³.

Yabancı devletin tarafı olduğu iş sözleşmesi veya iş ilişkisinden kaynaklanan davalarda AİHM'nin hangi hukuki enstrümanları referans alarak nasıl bir

¹²⁰ AİHM, Fransız Yargıtayının bir diplomatik misyonun kapatılmasına ilişkin nedenler konusunda yabancı devletlerin yargı bağışıklığına sahip olduğunu, ancak Fransız mahkemelerinin böyle bir kapatmanın gerçek olup olmadığını doğrulama ve akabinde böyle bir kapanma sonucu gerçekleşen işten çıkarmaların sonuçları hakkında karar verme yetkisini muhafaza ettiğini belirtmiştir. Bkz.: Sabah El Leil v. Fransa, para.59.

¹²¹ Sabah El Leil v. Fransa, para.61.

¹²² Sabah El Leil v. Fransa, para.62-64.

¹²³ Sabah El Leil v. Fransa, para.66-67.

değerlendirme yaptığı az çok netleşmiştir. Yabancı devletin tarafı olduğu ticari işlemler bakımından yargı bağıışıklığı iddiaları ile mahkemeye erişimin engellenmesi arasında ilişkiyi ise *Oleynikov v. Rusya*¹²⁴ kararında incelemiştir. Söz konusu karara konu olayda, başvuru 1997 yılında Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti (Kuzey Kore) Elçiliği Ticaret Müşavirliğine bir ay sonra ödenmek şartıyla 1,500 USD borç vermiştir. Borcun ödenmemesi üzerine başvuru ve avukatı pek çok talep mektubu göndermiş ancak bu mektuplar cevaplanmamıştır. Başvurucunun Rus mahkemelerinde açtığı alacak davası Ticaret Müşavirliğinin yabancı devletin kamu hizmetini yürüten bir organı olarak yabancı devlet adına faaliyet gösterdiği gerekçesiyle yargı ve icra bağıışıklığına sahip olduğu, ancak davalı devletin rızası halinde yargılanabileceği gerekçesiyle reddedilmiştir¹²⁵. Diğer kararlarında olduğu gibi bu kararda da AİHM, daha çok Rus mahkemelerinin başvuru mahkemeye erişim hakkına yönelik müdahalesinin ölçülü olup olmadığına yoğunlaşmıştır. Bir devletin yabancı bir gerçek kişiyle ticari bir işlem yaptığı durumlarda yargı bağıışıklığını ileri süremeyeceğini kabul eden BM Sözleşmesinin uygulanacağını, dahası Rusya'nın BM Sözleşmesini imzalamadan önce de anayasa mahkemesi ve yüksek ticaret mahkemesince sınırlı bağıışıklığın bir teamül kuralı olarak kabul edildiğini belirtmiştir. Son olarak, 2002 tarihli ticaret muhakemeleri usulü kanunu ile sınırlı bağıışıklığın yasal olarak kabul edildiğine, dolayısıyla AİHS m.6/1 kapsamında mahkemeye erişim hakkına riayet edilip edilmediğinin incelenmesinde Sözleşme hükümlerinin dikkate alınabileceğine karar vermiştir¹²⁶. AİHM'ne göre, ulusal mahkemeler dava konusu işlemin niteliğine yönelik herhangi bir incelemede bulunmamış, böylece davalı devletin eylemlerinin egemenlik yetkilerinin kullanımı kapsamında mı gerçekleştirdiğini, yoksa bir özel hukuk işleminin tarafı olarak mı hareket ettiğinin tespiti için çaba göstermemiştir¹²⁷. Ayrıca, Rus mahkemeleri iki devlet arasında yürürlükte olan 1960 tarihli Sözleşme hükümlerini de dikkate almamıştır. Böylece ulusal mahkemeler, dava konusu işlemin niteliği hakkında bir

¹²⁴ *Oleynikov v. Rusya*, no.36703/04, 14 Mart 2013.

¹²⁵ *Oleynikov v. Rusya*, para.6-14.

¹²⁶ *Oleynikov v. Rusya*, para.66-68.

¹²⁷ *Oleynikov v. Rusya*, para. 70. Ayrıca, Rus mahkemeleri iki devlet arasındaki 1960 tarihli Sözleşmenin maddelerine göre ticari müşavirliğin Kuzey Kore adına hareket eden bir organ vasfında olduğu hükmüne istinat etmiştir. Ancak, ticaret müşavirliğinin yaptığı işlemlerle ilgili devletin sorumluluğunu öngören veya ticaret müşavirliği tarafından imzalanan veya taahhüt edilen yabancı muamelelerden doğan tüm ihtilaflarda Rus mahkemelerinin yetkisini öngören hükümleri dikkate almamıştır. Böylece dava konusu işlemin Sözleşme kapsamına girdiğini tespit edememiştir.

inceleme yapmaksızın, 1960 tarihli Sözleşme hükümlerini ve Rus hukuk sisteminin bir parçasını teşkil eden milletlerarası teamül hukuku kurallarını incelemeksizin yabancı devlete mutlak yargı bağımsızlığı tanıyarak başvurucunun iddialarını reddetmiştir¹²⁸. Böylece uyumsuzluğun esasını incelemeyen ve ilgili ve yeterli gerekçeler sunmadan ve uluslararası hukukun mevcut hükümlerini dikkate almadan başvurucunun talebini reddeden Rus mahkemelerinin makul bir orantılılık ilişkisini muhafaza edememiş ve mahkemeye erişim hakkının özüne zarar verdiğine hükmetmiştir.

Yukarıda incelediğimiz içtihatlar, AİHM *Fogarty* kararından itibaren tüm içtihatlarında yargı bağımsızlığının “*diğer bir devletin egemenliğine saygı vasıtasıyla devletlerarası nezaket ve iyi ilişkileri geliştirmek için devletler hukukuna uyma*” meşru amacını izlediğini belirtmiştir. AİHM’nin bundan sonraki bu tür davalarda da aynı meşru amacı tekrarlaması muhtemeldir ve meşru amacın yokluğu nedeniyle bir ihlal tespit etmesi en azından şimdilik pek mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla, söz konusu içtihatların, yabancı bir devlete karşı açılan özel hukuk karakterli davalarda bireylerin mahkemeye erişim hakkına yabancı devlete yargı bağımsızlığı tanımak suretiyle yapılan müdahalenin ölçülü olup olmadığı noktasında yoğunlaştığını ve gelecekte de yoğunlaşacağını söyleyebiliriz. Bu noktada, AİHM’nin yapmış olduğu değerlendirmenin temelini, yabancı devletin forum ülkesindeki temsilciliği ile birey arasında var olan hukuki işlem ve ilişkinin niteliğinin ulusal mahkemeler tarafından nasıl değerlendirildiği oluşturmaktadır. Ayrıca, AİHM ulusal mahkemelerin yabancı devlete yargı bağımsızlığı bahsetme konusundaki tasarruflarının ölçülü olup olmadığını sadece mevcut ulusal mevzuat ve içtihatlara bakarak değil, bu konuda uluslararası hukuk alanında var olan anlayışa göre değerlendirmektedir. Örneğin, 2001 tarihli *Fogarty* kararında, AİHM ulusal mahkeme önündeki davanın mevcut bir iş sözleşmesinden değil, iş başvurusundan kaynaklandığını, diplomatik misyonlara personel alımının niteliği gereği devletler bakımından gizli ve hassas bir konu olduğunu belirterek, diğer bir ifadeyle söz konusu davanın yabancı devletlerin egemenlik menfaatleriyle ilgili olduğunu kabul ederek ulusal mahkemelerin bu konuda mevcut uluslararası standardı aşmadığını kabul etmiştir. Buna mukabil, iş sözleşmesinin feshiyle ilgili açılan diğer davalarda Litvanya ve Fransa mahkemeleri, iş sözleşmesinde

¹²⁸ Oleynikov v. Rusya, para.71.

yazılan veya işçilere verilen görevlerden yola çıkarak söz konusu kişilerin hükümet tasarruflarının kullanılmasına katıldığı çıkarımında bulunmuş, bu nedenle dava konusu hukuki işlemin özel hukuk veya egemenlik tasarrufu niteliğinde olup olmadığını, yeterli gerekçeler ileri sürmeden yanlış değerlendirmiştir. *Oleynikov* kararında ise, Rus mahkemeleri davacı ile davalı devlet arasındaki işlemin niteliği hakkına hiçbir incelemede bulunmamıştır. Aslında her üç kararda da anlaşıldığı üzere, sınırlı yargı bağımsızlığı anlayışının davalı devletlerin mevzuatlarında veya içtihatlarla benimsendiği görülmektedir. Bu bakımdan, AİHM'nin ulusal mahkemelerin değerlendirmesinden yola çıkarak özel hukuk tasarrufu-egemenlik tasarrufu ayırımından hareket ettiğini ve başvurunun üstlendiği işlerin amacından değil, niteliğinden hareket edilmesi gerektiği görüşünü de zımnen teyit ettiği söylenebilir. Böylece, AİHM'nin yargı bağımsızlığı konusunda ulusal hukuk düzenlerinde var olan böyle bir ayrımı Avrupa insan hakları hukukuna teşmil ettiğini söylemek mümkündür.

Yabancı devletin dış temsilciliklerinde çalışan yerel personelin iş ilişkilerinden veya yabancı devletin tarafı olduğu ticari işlemlerden doğan alacak davalarından farklı olarak, özel hukuk karakterli davalarda davalı yabancı devlete tebligat yapıl(a)maması da mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir. Böyle bir ihlal iddiası *Wallishauser v. Avusturya* başvurusunda AİHM'nin önüne gelmiştir. Viyana'daki ABD elçiliğinde fotoğrafçı olarak çalışmakta olan başvurunun açtığı işe iade davasında bağımsızlık itirazında bulunan ABD daha sonra bu itirazdan vazgeçmiş, 1995 Eylülüne kadar olan maaşların ödenmesine ilişkin davada ise yapılan bağımsızlık itirazı Avusturya mahkemelerince reddedilmiştir. Davacının açmış olduğu 1996 tarihinden sonraki maaş ödemelerine ilişkin diğer bir dava ise diplomatik yolla ABD Dışişleri Bakanlığına iletilmiştir. ABD Dışişleri Bakanlığı tebligatı Avusturya'nın ABD elçiliğine "*ABD'nin başvurunun açtığı tüm davalarda bağımsızlık itirazında bulunacağı*" notuyla beraber geri göndermiştir. Davacının açmış olduğu sigorta primlerinin ödenmesine ilişkin davada ise ABD makamları duruşma celbini tebellüğ etmeyi reddetmiştir. Davacının gıyabi karar verilmesi talebi ise, davalıya tebligatın yapılamaması nedeniyle mahkemelerce reddedilmiştir¹²⁹. Burada problem, Avusturya mahkemelerinin diplomatik yolla tebliğ edilen dava evrakını ABD devletinin reddetmesini uygun

¹²⁹ Wallishauser v. Avusturya, para.7-25.

görmesinden kaynaklanmaktadır. Çünkü Avusturya mahkemeleri yabancı devlete karşı açılan bir hukuk davasında tebligatın başlı başına bir egemenlik eylemi olduğu düşüncesiyle tebligatın reddedilmesini uygun bulmuş, dava konusu hukuki işlemin niteliğini göz ardı etmiştir. Böylece, başvuru Avusturya mahkemeleri önünde davanın esastan incelenmesi imkânı elde edememiştir¹³⁰.

AİHM mevcut dava ile diğer kararlar arasındaki konu bakımından farklılığa rağmen, Avusturya mahkemelerinin ABD makamlarının tebligatı reddetmesini egemenlik tasarrufu olarak değerlendirmesinin “*diğer bir devletin egemenliğine saygı vasıtasıyla devletlerarası nezaket ve iyi ilişkileri geliştirmek için devletler hukukuna uyma*” meşru amacına hizmet ettiğini belirtmiştir¹³¹. Ardından, davalı devlet tarafından tebligatların reddedilmesi suretiyle ortaya çıkan müdahalenin ölçülü olup olmadığı ile ilgili olarak yine *Cudak* ve *Sabah El Leil* kararlarına atıf yaparak¹³², mevcut uyuşmazlık bakımından da 2004 tarihli BM Sözleşmesini esas almıştır¹³³. AİHM’ne göre, Avusturya mahkemeleri, BM Sözleşmesine göre yabancı devletin dış işleri bakanlığına tebligatın yapılabileceğinin farkındadır, ancak ilgili Sözleşme hükümlerinin milletlerarası teamül kuralı olarak uygulanıp uygulanmayacağını incelemeksizin bu konuyu düzenleyen bir anlaşmanın olmadığını belirtmekle yetinmiş ve böylece yabancı devletin dış işleri bakanlığının tasarrufunu bir egemenlik eylemi olarak nitelendirmiştir¹³⁴. Ayrıca AİHM, BM Sözleşmesi m.11 hükmüne istinaden uyuşmazlığın niteliği gereği yabancı devletin yargı bağımsızlığı itirazında bulunabileceği türden bir uyuşmazlık olmadığını da tespit etmiştir. Dolayısıyla, Avusturya mahkemelerinin ABD devletinin tebligatı reddetmesini bir egemenlik tasarrufu olarak kabul ederek ve akabinde başvuru davasını görmeyi reddederek mahkemeye erişim hakkına ölçsüz bir müdahalede bulunduğuna hükmetmiştir¹³⁵.

¹³⁰ Wallishauser v. Avusturya, para.63.

¹³¹ Wallishauser v. Avusturya, para.64.

¹³² Bkz.: Wallishauser v. Avusturya, para.65-67.

¹³³ AİHM’ne göre, ne Avusturya ne de davalı devlet 2004 tarihli BM Sözleşmenin yabancı devlete karşı açılan tebligata ilişkin m.22 hükmüne herhangi itirazda bulunmadığı gibi 2004 tarihli Sözleşmenin taslağını teşkil eden 1991 tarihli Uluslararası Hukuk Komisyonunun taslak metnine de herhangi bir itirazları olmamıştır. Bu nedenle BM Sözleşmesinin davalı yabancı devlete yapılacak tebligatı düzenleyen m.22 hükmü bu devletler bakımından uygulanabilir niteliktedir. Bkz. Wallishauser v. Avusturya, para.69.

¹³⁴ Wallishauser v. Avusturya, para.70.

¹³⁵ Wallishauser v. Avusturya, para.71-72.

Öncelikle, söz konusu kararın doğrudan ulusal mahkemelerin davalı devletin yargı bağımsızlığını yanlış veya eksik değerlendirip değerlendirmedeği ile ilgili olmadığını belirtmek gerekir. Bununla beraber, AİHM'nin de belirttiği üzere, ulusal mahkemeler nezdinde dava konusu yapılan uyuşmazlık, iş sözleşmesinden kaynaklanması itibarıyla yabancı devletin yargı muafiyetinden yararlanamayacağı bir uyuşmazlıktır. Dolayısıyla, AİHM'nin uyuşmazlığın niteliğinden hareket ederek davalı yabancı devlet yargı bağımsızlığı itirazında bulunacağını da belirterek yapılan tebligatları reddetse de, ulusal mahkemelerin söz konusu tebligatları reddedilmesini “*davalı devletin egemenlik eylemi*” olarak nitelendirerek davayı görmekten kaçınamayacağını belirtmesi nedeniyle önem arz etmektedir. Böylece, AİHM yabancı devletlerin tarafı olduğu özel hukuk davalarında diplomatik yolla yapılan tebligatı reddederek forum devletinin yargısından kurtulma imkânını ortadan kaldırdığı gibi, taraf devlet mahkemelerinin bu tür bir eylemi “*egemenlik eylemi*” olarak nitelendirerek bireylerin mahkemelere erişim hakkını gereksiz yere engellemesinin de önüne geçmiştir.

Sonuç olarak, AİHM'ne göre yabancı devlet veya devlet temsilcilerinin tarafı olduğu özel hukuk karakterli davalarda, ulusal mahkemelerin davacıların mahkeme yoluyla iddiasını ileri sürme menfaati ile yabancı devlete yargı bağımsızlığı tanınması arasında makul bir dengenin sağlanabilmesi için, sınırlı yargı bağımsızlığını yansıtan ulusal ve uluslararası düzenlemelerin dikkate alınması gerekmektedir. Birbiriyle çatışan ve taraf devletlerin gözetmesi gereken söz konusu menfaatler arasında bir dengeleme yapmaksızın yabancı devletin bir özel hukuk kişisi gibi hareket ettiği bir medeni uyuşmazlıkta yargısal bir değerlendirmenin önünü tamamen kesmek mahkemeye erişim hakkına orantısız bir müdahale teşkil edecektir. Bu bakımdan günümüz demokratik toplumunda mutlak bağımsızlık anlayışı ve bu anlayışı yansıtan uygulamalar, adalet talepleriyle ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayan çağdışı bir anlayışı yansıtmaktadır¹³⁶. Hatta sınırlı yargı bağımsızlığının bir milletlerarası teamül kuralı olduğu anlayışının kabul edildiği günümüzde, ulusal mahkemelerce mutlak yargı

¹³⁶ Yargı bağımsızlığı, bireysel hakların mevcut olmadığı ve devletlerin kötü niyetli yargılamalar vasıtasıyla olası tacizlerden korunmaya ihtiyaçları olduğu zamanlar ortaya çıkmıştır. Modern zamanlarda yargı bağımsızlığı doktrini giderek artan bir şekilde, özellikle bireyin konumunun güçlendiği insan hakları alanında ortaya çıkan gelişmeler karşısında uygulamasının azaltılması eğilimi bulunmaktadır. Bkz.: McElhiney v. İrlanda, Yargıç Louciades'in karşı oy yazısı.

bağışıklığının uygulandığı hallerde “*yabancı devletin egemenliğine saygı göstererek devletler hukukuna uyma*” meşru amacının izlenmesinin gelecekte meşru bir müdahaleden söz edebilmek için yeterli olmayabileceği dahi söylenebilir.

ii. Yabancı Devletin Egemenlik Tasarrufları Kapsamında Gerçekleştirilen Eylemler Nedeniyle Haksız Fiile Dayanan Tazminat Davaları Bakımından

Devletlerin egemenlik yetkilerini kullanırken ortaya çıkan haksız fiil niteliğindeki eylemleri nedeniyle açılan davalarda diğer bir devletin yargısından bağışık olup olmadığı meselesi, yukarıda belirttiğimiz üzere, AİHM önünde de bir dizi davaya konu olmuştur. Bunlardan bir kısmı yabancı devletin otoritesini kullanan görevlilerin işkence ve insanlık dışı muamelesine maruz kaldıkları iddiasıyla açılan tazminat talepleri ile ilgiliyken bir kısmı ise, yabancı devlete ait bir askerin gerçekleştirmiş olduğu silahlı bir eylem sonucu maddi ve manevi zarar gören başvurucunun açmış olduğu davada verilen bağışıklık kararı ile ilgilidir. Her üç kararda da AİHM, söz konusu eylemleri egemenlik tasarrufu kapsamında görerek yabancı devletlere tanınan yargı bağışıklığının davacıların mahkemeye erişim haklarına ölçüsüz bir müdahale etmediğine hükmetmiştir.

Bunlardan *Al-Adsani v. Birleşik Krallık* kararında, hem Birleşik Krallık hem Kuveyt vatandaşı olan başvurucu, Kuveyt’te hapisshanede haksız yere tutuklandığını, dövülmek ve yakılmak suretiyle işkence gördüğünü iddia ederek maddi ve manevi tazminat talebiyle dava açmıştır. İngiliz mahkemeleri haksız fiil nedeniyle gerçekleşen maddi ve manevi zararın tazminiyle açılan davada, davalı devletin İngiliz Yargı Muafiyeti Kanunu uyarınca yargı bağışıklığının bulunduğu gerekçesiyle davayı reddetmiştir¹³⁷. Bunun üzerine *Al-Adsani* AİHS m.3 ve m.6’nın ihlal edildiği iddiasıyla AİHM’ne başvurmuştur¹³⁸. AİHM, meşru amaç ile ilgili olarak, Fogarty kararındaki tespitini kelimesi kelimesine tekrarlamıştır¹³⁹. Ardından, AİHS m.6/1’in dış olay ve

¹³⁷ *Al-Adsani v. Birleşik Krallık*, para.9-19.

¹³⁸ Bu noktada AİHM, AİHS m.3 ile ilgili olarak, başvurucunun uğradığı işkence teşkil eden fiillerin İngiltere’nin yetki alanı içerisinde gerçekleşmediği ve fiil ile İngiliz makamları arasında nedensellik bağı olmadığı gerekçesiyle talebi reddetmiştir. Bkz.: *Al-Adsani v. Birleşik Krallık*, para.35-41.

¹³⁹ *Al-Adsani v. Birleşik Krallık*, para.51.

etkilerden ayrı bir şekilde yorumlanamayacağını, AİHS'nin bir insan hakları anlaşması olarak özel bir karaktere sahip olduğunu ve ilgili uluslararası hukuk kurallarını da göz önünde tutmak durumunda olduğunu belirtmiştir. AİHS'nin mümkün olduğunca yargı bağımsızlığına ilişkin kuralların bir parçasını oluşturduğu uluslararası hukuk kurallarıyla uyumlu olarak yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir. Ardından davalı devlet tarafından yargı bağımsızlığı konusunda uluslararası hukukun genel olarak kabul edilmiş kurallarını yansıtan tedbirlerin (sınırlama aracının) AİHS m.6/1'de yer alan mahkemeye erişim hakkına ölçsüz bir sınırlama getirmediğine hükmetmiştir¹⁴⁰. Başvurucunun yapmış olduğu işkence yasağının uluslararası hukukun diğer kurallarının da üzerinde bir emredici kural (*jus cogens*) vasfında olduğuna dair iddiası ile ilgili olarak işkence yasağının emredici bir uluslararası hukuk kuralı haline geldiğinin yadsınamayacağını belirtmiştir. AİHM değinmiş olduğu tüm uluslararası düzenlemeler ve ceza davalarına ilişkin mahkeme kararlarının işkence yasağının ihlalini teşkil eden devlet eylemlerinin yabancı devletin yargı bağımsızlığı kapsamından çıkarılmasını yönünde bazı gelişmeleri gösterdiğini, ancak bu konuda kesin bir kuralın oluştuğunu gösteren bir sonuca ulaşamadığını ifade etmiştir¹⁴¹.

Sonuç itibarıyla, AİHM bu kararında yabancı devletin kendi ülkesinde kamu makamları tarafından gerçekleştirilen haksız fiil niteliğindeki eylemi nedeniyle, söz konusu eylem uluslararası hukukun emredici kuralı olan işkence yasağına aykırı olsa dahi, bu eyleme dayanan tazminat talepleri bakımından yabancı devletin diğer bir devlet mahkemesinde yargı bağımsızlığına sahip olduğu sonucuna varmıştır. AİHM'nin oyçokluğu ile vermiş olduğu bu karar, diğer uluslararası anlaşmalar ve uluslararası hukukun genel prensipleri üzerinde bir emredici kural (*jus cogens*) olan işkence yasağını dikkate almadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁴². Karardan anlaşıldığı kadarıyla

¹⁴⁰ Al-Adsani v. Birleşik Krallık, para.55-56.

¹⁴¹ Al-Adsani v. Birleşik Krallık, para.61-65.

¹⁴² Buna göre, yargı bağımsızlığına ilişkin kurallar, uluslararası toplum tarafından hiçbir zaman hiyerarşik olarak üst norm olarak kabul edilmediği gibi devletler bundan vazgeçebilir. Oysa uluslararası toplumun temel değerleri olan *jus cogens* normları yargı bağımsızlığı gibi bir uluslararası hukuk kuralından önce gelmektedir. Dolayısıyla yargı bağımsızlığıyla getirilen usuli engeller, yargılamanın ceza veya hukuk davası olmasına bakılmaksızın otomatikman kalkacaktır. Bkz.: Al-Adsani v. Birleşik Krallık, Yargıç Wildhaber, Costa, Cabral Barretto, Vajiç'in katıldığı Yargıç Rozakis ve Caflisch'in karşı oy yazısı; Rozakis, **a.g.m.**, s.395. Aynı görüş Türk hukukunda da savunulmaktadır. Bkz: Akkutay, **a.g.m.**, s.117; Füsün Arsava, "Yabancı Mahkeme Kararlarının İcrası ve Devletlerin Yargı Bağımsızlığı", **TAAD**, C.1, Y.3, S.8, Ocak-2012, s.10.

AİHM, özel hukuk ve ceza davaları ayrimından hareket etmiştir. Söz konusu karar, uluslararası toplumun ceza davaları bakımından reddedilen yargı bağımsızlığı anlayışını, işkence ve insanlık dışı muamele teşkil eden eylemler nedeniyle açılan hukuk davaları bakımından da reddetmeye hazır olmadığını göstermektedir¹⁴³.

Ayrıca, AİHM bu davada, gerçek bir ölçülülük değerlendirmesi yapmamış, diğer bir ifadeyle birbiriyle çatışan iki menfaat arasında makul bir dengenin sağlanıp sağlanmadığını incelememiştir. AİHM, sadece yargı bağımsızlığı konusunda uluslararası hukukun genel olarak kabul edilmiş kurallarını yansıtan tedbirlerin prensip olarak ölçüsüz bir sınırlama getirmediğini belirtmekle yetinmiştir¹⁴⁴. Oysa ulusal veya uluslararası hukuka dayansın, biri yargı bağımsızlığının tanınıp tanınmaması diğeri yargılamaya konu olan belirli bir iddianın niteliğiyle ilgili olan iki farklı çatışan menfaat arasında bir dengeleme yapmaksızın, bir iddianın yargısal değerlendirmeye tabi tutulmasını tamamen engelleyen bağımsızlığın her çeşidi mahkemeye erişim hakkına ölçüsüz bir müdahale oluşturur¹⁴⁵. AİHM'nin yaklaşımına göre eğer yargı bağımsızlığı konusunda uluslararası teamül hukuku devlete bağımsızlık sağlıyorsa, davanın özelliklerine bakmaksızın yargı bağımsızlığı tanınması kendiliğinden ölçülü bir müdahaledir¹⁴⁶. Dolayısıyla, AİHM ölçülülük terimini kullanmasına rağmen, aslında kararda yargı bağımsızlığı konusunda uluslararası teamül hukukuna dayanan herhangi bir sınırlamanın orantılı olup olmadığını incelememiştir, bu test gerçek bir ölçülülük testi olarak nitelendirilemez¹⁴⁷.

AİHM, bu konudaki benzer yaklaşımını 2014 tarihli *Jones ve diğerleri v. Birleşik Krallık*¹⁴⁸ kararında da muhafaza etmiştir. Birleşik Krallık vatandaşı başvuruçular Suudi Arabistan görevlileri tarafından işkenceye tabi tutuldukları gerekçesiyle haksız fiile dayanan tazminat davaları açmıştır¹⁴⁹. Söz konusu davaların Suudi Arabistan'ın yargı bağımsızlığı itirazında bulunması nedeniyle İngiliz mahkemeleri tarafından reddedilmesi üzerine kendisine başvuruçuların AİHM, *Al-Adsani* kararından bu yana işkence iddiaları

¹⁴³ Bu konuda ayrıca bkz.: Dardağan Kibar, **a.g.m.**, s.706.

¹⁴⁴ Bkz.: *Al-Adsani v. Birleşik Krallık*, para.56.

¹⁴⁵ Bkz.: *Al-Adsani v. Birleşik Krallık*, Yargıç Loucaides'in karşı oy yazısı.

¹⁴⁶ Voyiakis, **a.g.m.**, s.311; Whytock, **a.g.m.**, s.2081.

¹⁴⁷ Whytock, **a.g.e.**, s.2081.

¹⁴⁸ *Jones ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, no. 34356/06 and 40528/06, 14 Ocak 2014.

¹⁴⁹ *Jones ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, para.7-38.

bakımından devletin yargı bağımsızlığının sınırlanması konusunda bir gelişmenin olup olmadığını değerlendirmiştir. Diğer içtihatlarındaki aynı meşru amacı tekrarlayan AİHM, sınırlamanın ölçülülüğü ile ilgili olarak, *Al-Adsani* kararındaki gibi, yargı bağımsızlığı konusunda uluslararası hukukun genel olarak kabul edilmiş kurallarını yansıtan tedbirlerin ölçüsüz bir müdahale olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir¹⁵⁰. AİHM'nin mevcut anlayışını devam ettirmesinde, bu yöndeki ulusal veya uluslararası mahkeme içtihatları bir yana, özellikle UAD'nın 2012 tarihli *Almanya v. İtalya* kararı etkili olmuştur. AİHM, UAD'ın yabancı devletin uluslararası hukukun emredici kurallarının (jus cogens) ihlalini teşkil eden eylemleri nedeniyle açılan hukuk davalarında yargı bağımsızlığına istisna getiren bir teamül hukuku kuralının henüz oluşmadığı yönündeki içtihadını esas alarak bu tür talepler nedeniyle yabancı devlete yargı bağımsızlığı tanınmasının mahkemeye erişim hakkını ihlal etmeyeceğini kabul etmiştir. Sonuç olarak, AİHM'nin söz konusu içtihatları ile UAD'ın 2012 tarihli kararı birlikte ele alındığında, egemenlik yetkileri kapsamında gerçekleştirdikleri eylemleri nedeniyle yabancı devletlere karşı açılacak haksız fiile dayanan tazminat taleplerinde yabancı devletin (mutlak) bağımsızlığa sahip olduğu anlayışının bireylerin mahkemeye erişim hakkına tercih edilmiş olduğunu söyleyebiliriz.

Bununla beraber, yabancı bir devletin egemenlik yetkilerini veya hükümet otoritesini kullanan görevlilerin gerçekleştirmiş olduğu eylemler sonucu ortaya çıkan kişisel yaralanmalar nedeniyle ileri sürülen haksız fiil talepleri bakımından yabancı devletin yargı bağımsızlığı konusunda bir ayrıma gidilebileceği ileri sürülebilir¹⁵¹. Ancak, AİHM'nin konuya ilişkin tek içtihadı olan *McElhinney v. İrlanda* kararı bu görüşü desteklememektedir. Söz konusu davada, başvuru Kuzey İrlanda'dan İrlanda'ya doğru sınırdan geçerken Birleşik Krallık görevlisi bir asker tarafından kendisine ateş edilmesi nedeniyle İrlanda mahkemelerinde hem askere hem de Birleşik Krallık'a maddi ve manevi tazminat davası açmıştır. İrlanda Yüksek Mahkemesi, yargı bağımsızlığı istisnasının ticari ve ekonomik faaliyetler kapsamında gerçekleşen eylemlere uygulanacağını, yabancı devlet görevlilerinin devletin egemenlik yetkileri kapsamına gerçekleştirdikleri eylemler sonucu ortaya çıkan bedensel ve psikolojik zararlar

¹⁵⁰ Jones ve diğerleri v. Birleşik Krallık, para.196-198.

¹⁵¹ Rozakis, **a.g.m.**, s.399.

bakımından yabancı devlete yargı bağımsızlığının tanınmayacağı konusunda yerleşik bir uluslararası hukuk kuralının olmadığını belirterek davayı reddetmiştir¹⁵². Başvurucunun AİHS m.6/1'in ihlal edildiği şikayeti üzerine AİHM, meşru amaç ve ölçülülük bakımından *Al-Adsani* kararına benzer değerlendirmelerde bulunmuştur¹⁵³. Ayrıca, uluslararası ve karşılaştırmalı hukukta mahkemenin bulunduğu ülkede bir eylem veya ihmal suretiyle gerçekleşen haksız fiiller bakımından yargı bağımsızlığının kısıtlanmasına yönelik bir eğilim olduğunu, ancak bunun evrensel bir uygulama haline gelmediğini belirtmiştir. AİHM'ne göre, bir askerin diğer bir ülkedeki eylemleri gibi devletler ile ulusal güvenlikleri arasındaki ilişkileri etkileyen hassas konuları ilgilendiren ve niteliği gereği devletin egemenliğiyle bağlantılı olan eylemlerden kaynaklanan zararlar yargı bağımsızlığı kapsamında değildir. Bu nedenle egemenlik tasarrufu olarak gerçekleşen eylemler nedeniyle açılan davalarda yabancı devlete bağımsızlık izafe eden İrlanda'nın güncel uluslararası standartların dışına çıkmış olduğu kesinlikle söylenemez¹⁵⁴. Böylece AİHM, İrlanda mahkemelerinin Birleşik Krallığın yargı bağımsızlığına dair kararlarıyla söz konusu şahsın mahkemeye erişim hakkını kısıtlama konusunda kendisine tanınan takdir marjını aşmadığına hükmetmiştir¹⁵⁵. Sonuç olarak, bir bireyin yabancı bir devletin güvenlik güçleri tarafından gerçekleştirilen eylemler nedeniyle uğramış olduğu kişisel yaralanmalar (personal injuries) nedeniyle oluşan zararların tazmini için açılan davalarda yabancı devlet yargı bağımsızlığını muhafaza edecektir. Tıpkı *Al-Adsani* kararında olduğu gibi bu kararda da AİHM, devletlerin yabancı devlete yargı bağımsızlığı tanımadaki menfaatini bireylerin mahkemeye erişim hakkı konusunda sahip oldukları menfaate tercih ederek gerçek bir ölçülülük incelemesi yapmamıştır.

Bununla beraber, *Al-Adsani* kararının verildiği 2001 yılından bu yana bu konuda uluslararası hukukta herhangi bir gelişme olup olmadığı da ele alınmalıdır. Örneğin, AİHM'nin de referans aldığı 2004 tarihli BM Sözleşmesi, yabancı devlete diğer bir devletin ülkesinde meydana gelen kişilere ve malvarlığına yönelik zararlar nedeniyle maddi tazminat taleplerinde yargı bağımsızlığı tanınmayabileceğini öngörmektedir

¹⁵² McElhinney v. İrlanda, para.7-15.

¹⁵³ Bkz.: McElhinney v. İrlanda, para.35-37.

¹⁵⁴ McElhinney v. İrlanda, para.38.

¹⁵⁵ McElhinney v. İrlanda, para.40.

(m.12). Sözleşmede, devletin egemenlik yetkilerinden kaynaklanan faaliyetler sonucu gerçekleşen maddi zararlar konusunda bir ayırım yapılmamıştır. Dolayısıyla, polis, istihbarat mensupları gibi kamu görevlilerinin sebep olduğu maddi zararlar bakımından yargı bağışıklığı tanınmayabilir¹⁵⁶. Ayrıca, bir devletin silahlı kuvvetlerinin toplu faaliyetleri sonucu ortaya çıkan zararlar ile *McElhinney* kararında olduğu gibi bir askerin münferit bir eylemi sonucu oluşan zararlar arasında ayırım yapılması gerektiği de ileri sürülmektedir¹⁵⁷. Ancak UAD, 2012 tarihli kararında silahlı kuvvetlerin eylemlerini devletin egemenlik yetkisi kapsamındaki eylemler olarak değerlendirmiş, bu tür eylemler nedeniyle ortaya çıkan zararlar bakımından açılan davalarda, savaş veya barış zamanı ayırımı yapmaksızın yabancı devletin yargı muafiyetinden yararlanacağına karar vermiştir¹⁵⁸. Bu içtihadın AIHM'nin 2014 tarihli *Jones* kararındaki etkisi göz önüne alındığında, uluslararası toplum tarafından somut adımlar atılmadığı sürece, hem uluslararası hukuk bakımından hem de AIHM uygulaması bakımından mevcut hukuki durumda herhangi bir değişikliğin olmayacağını söyleyebiliriz. Devletlerin egemenliklerinin, dolayısıyla yargı yetkilerinin bireylerin temel hakları lehine sınırlandırma anlayışının giderek benimsendiği günümüzde, özel hukuk karakterli davalarda kendini hissettiren devletin yargı bağışıklığının sınırlandırılması anlayışının gelecekte devletlerin bu tür tasarrufları bakımından da benimsenebileceği en azından teorik olarak söylenebilir.

3. Yabancı Devlet Temsilcilerine Yargı Bağışıklığı Tanınması ile AIHS m.6/1 Arasındaki İlişki

a. Devlet ve Hükümet Başkanlarına Bağışıklık Tanınması Halinde

Uluslararası hukuka göre yabancı devlet ve hükümet başkanları görev yaptıkları süre içerisinde hem resmi işlem ve eylemlerinden dolayı hem de kişisel işlem ve eylemlerinden dolayı, diğer bir devletin yargısından muaf olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Fox/Webb, **a.g.e.**, s.472.

¹⁵⁷ Rozakis, **a.g.m.**, s.399.

¹⁵⁸ Almanya v. İtalya, para.62-79.

¹⁵⁹ Toluner, **a.g.e.**, s.398. Uluslararası hukukta yabancı devlet görevlilerine tanınan yargı bağışıklığının temelleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Bilge Erson Asar, **Yabancı Devletlerdeki Yargulamalar Açısından Uluslararası Hukukta Devlet Görevlilerinin Yargı Bağışıklığı**, On İki Levha, İstanbul, 2016, s.42 vd.

Nitekim UAD'nın, 2000 tarihli bir kararında, devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanı gibi bazı üst düzey yöneticilerin hem hukuk hem de ceza davalarında yargı bağıışıklığından yararlanacağı açıkça ifade etmiştir¹⁶⁰. Belirtmek gerekir ki, söz konusu şahıslara özel hukuk davalarında sınırlı yargı bağıışıklığı tanınması anlayışına ne 2004 tarihli BM Sözleşmesinde ne de diğer ulusal ve uluslararası enstrümanlarda rastlanmamaktadır. Bu bakımdan, devletin egemenliğini ve itibarını temsil eden bu kişilere tanınan bağıışıklığın devletlere nazaran daha geniş olduğunu söyleyebiliriz.

Böyle bir farklılık kendini AİHM yargılamasında da hissettirmektedir. Zira yabancı devletin üst düzey temsilcilerinin yargı bağıışıklığı konusu AİHM önüne sadece *Association SOS Attentats and Beatrix de Boery v. France*¹⁶¹ başvurusunda gelmiştir. Söz konusu kararda, 170 kişinin ölümüyle sonuçlanan bir Fransız yolcu uçağının bombalanması eylemi nedeniyle yürütülen bir ceza soruşturması sonucu bir Fransız ağır ceza mahkemesi, o zamanki Libya devlet başkanı Kaddafi ve bazı Libyalı görevliler hakkında ömür boyu hapis cezasına ve ölenlerin ailelerine manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir¹⁶². Fransız Yargıtayının “uluslararası hukuka göre ağırlığı ne olursa olsun, şikâyet edilen suçlarla ilgili olarak devlet başkanlarının yargı bağıışıklığına herhangi bir istisna getirilmediğine” karar vermesi¹⁶³ üzerine yapılan şikâyet başvurusunda AİHM, AİHS m.37/1(c) hükmü uyarınca başvurunun kayıttan düşürülmesine karar vermiştir. Zira Kaddafi Uluslararası Yardım Vakfı ile mağdurların aileleri arasında yapılan bir anlaşmayla, mağdurların aileleri Libya devleti ve Libya vatandaşlarına karşı Fransız veya diğer uluslararası mahkemelerde uçak düşürülmesiyle ilgili hukuk ve ceza davaları açmaktan feragat etmiştir¹⁶⁴. AİHM, böyle bir anlaşma nedeniyle artık başvurunun incelenmesine gerek kalmadığına karar vermiştir¹⁶⁵.

Yabancı devlet ve hükümet başkanları ile dışişleri bakanlarının yargı bağıışıklığı konusundaki uluslararası hukuktaki mevcut anlayış dikkate alındığında, Fransız Yargıtayı bağıışıklık tanıyarak mahkemeye erişim hakkını ölçsüz bir şekilde

¹⁶⁰ Bkz.: UAD, Tutuklama Müzekkeresi Davası, Demokratik Kongo Cumhuriyeti v. Belçika, 14 Şubat 2002, ICJ Reports, 2002, para.51.

¹⁶¹ Association SOS Attentats and Beatrix de Boery v. France, no.76642/01, 4 Ekim 2006.

¹⁶² Association SOS Attentats and Beatrix de Boery v. France, para.9.

¹⁶³ Association SOS Attentats and Beatrix de Boery v. France, para.13.

¹⁶⁴ Association SOS Attentats and Beatrix de Boery v. France, para.14.

¹⁶⁵ Association SOS Attentats and Beatrix de Boery v. France, para.39.

sınırlamamıştır. Söz konusu kararın, görevdeki devlet başkanlarının uluslararası hukuka göre hukuki pozisyonunu doğru bir şekilde yansıttığını belirten UAD'nın 2002 tarihli kararı¹⁶⁶ ile AİHM'nin *Al-Adsani* ve *Jones ve diğerleri* kararları da dikkate alındığında, yabancı devlet başkanlarının yargı bağışıklığı konusunda da aynı yaklaşımı tercih edeceğini söylemek mümkündür.

b. Diplomatik veya Konsüler Temsilcilere Bağışıklık Tanınması Halinde

Devletin yargı bağışıklığından farklı olarak, diplomatik veya konsüler misyonların yargı bağışıklığı, söz konusu misyonların görevlerini etkin bir şekilde yerine getirmesi amacıyla tanınmıştır¹⁶⁷. Böylece, diplomatik ilişkilerin korunması aynı zamanda devletler arasındaki barışın muhafaza edilmesini de sağlamaktadır. Bu da yabancı devletlerin diplomatik temsilcilerinin kabul eden devletlerin yargısından belirli bir ölçüde bağışık olmasını gerekli kılmaktadır. İşte bu mülahazalarla, diplomatik ve konsüler temsilcilerin yargı bağışıklığı, 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi¹⁶⁸ ve 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi¹⁶⁹ ile düzenlenmiştir. 1961 tarihli Sözleşmeye göre kabul eden devletin ceza yargısından bağışık olan diplomatik temsilciler, belirli istisnalar dışında hukuk davalarında da bağışıklığa sahiptir. Diplomatik temsilcilerin, gönderen devlet adına ve misyon amaçları için kullanılmak üzere tasarrufunda bulunmayan bir taşınmazla ilgili aynı hak davaları, kabul eden devlette gönderen devlet adına olmamak kaydıyla bir özel kişi olarak açılan mirasa ilişkin davalar ve kabul eden devlette bir özel kişi olarak icra ettiği mesleki ve ticari faaliyetleri ile ilgili davalarda yargı bağışıklığı bulunmamaktadır (m.31). Yine bu tür davalar bakımından misyonun idari ve teknik personeli ile misyon üyelerinin kabul eden devlet vatandaşı olmayan aile üyeleri de yargı bağışıklığından faydalanacaktır (m.37). Ayrıca diplomatik temsilcilerin özel konutları da dahil olmak üzere, diplomatik misyon binaları ile içindeki eşyalar ile diğer mallar ve misyonun nakil vasıtaları bakımından icra bağışıklığı öngörülmüştür (m.22,30).

¹⁶⁶ Bkz.: Demokratik Kongo Cumhuriyeti v. Belçika, para.56-58.

¹⁶⁷ Toluner, **a.g.e.**, s.405; Kloth, **a.g.e.**, s.119.

¹⁶⁸ RG: 24.12.1984 – 18815.

¹⁶⁹ RG: 27.9.1975 – 15369.

Konsüler temsilcilere ise daha sınırlı bir bağışıklık bahşedilmiştir. 1963 tarihli Sözleşmeye göre, konsolosluk memurları ve hizmetlileri, resmi görevlerin yerine getirilmesi sırasında gerçekleştirdikleri eylemler bakımından bağışıklıktan yararlanırlar (m.43). Yine diplomatik misyon binalarından farklı olarak, sadece konsolosluk binaları dokunulmazlığa sahiptir (m.31). Bununla beraber, konsüler temsilcilerin yargı bağışıklığının iki taraflı anlaşmalar vasıtasıyla devletlerce düzenlenmesi de mümkündür.

Buraya kadarki açıklamalardan, yabancı bir devletin diplomatik temsilcisine karşı açılan taşınmazın aynına, mirasa ve ticari veya mesleki faaliyet kapsamına giren davalarda veya bir konsolosluk temsilcisine resmi görevleri dışında kalan bir eylemi nedeniyle açılan davalarda yargı bağışıklığının tanınmasının, prensip olarak davacıların mahkemeye erişim haklarına aykırılık teşkil edeceği sonucu çıkmaktadır. Peki diplomatik temsilcilerle aile üyelerine ve misyonun teknik ve idari personeline bu üç istisna dışında kalan durumlarda açılan davalarda veya bir konsolosun resmi görevleri kapsamında gerçekleştirdiği işlem ve eylemler nedeniyle bağışıklık tanınması AİHS m.6/1'e aykırılık teşkil eder mi? Öncelikle diplomatik veya konsüler temsilcilerin bağlı oldukları devlet namına, resmi görevleri gereği yapmış oldukları işlemlerden doğan davaların yabancı devlete karşı ikame edilmesi gerektiğini belirtmek gerekir. Dolayısıyla böyle bir durumda, yabancı devletin yargı bağışıklığının bulunup bulunmadığından hareket etmek gerekir¹⁷⁰. İkinci olarak, iki taraflı anlaşmalarla istisnalar getirilmedikçe, konsolosluk görevlilerinin özel hukuk karakterli davalarda yargı bağışıklığından yararlanması mümkün değildir. Burada, diplomatik temsilcilerle misyonun idari ve teknik personelinin haksız fiil teşkil eden eylemleri¹⁷¹ nedeniyle veya mesleki veya ticari faaliyet kapsamında yapılmayan bir sözleşmeden kaynaklanan alacak nedeniyle açılan davalarda 1961 tarihli Sözleşmeye göre yargı bağışıklığından

¹⁷⁰ Nomer, **DHH**, s.442 vd.

¹⁷¹ Örneğin Yargıtay bir kararında Alman Büyükelçiliğinde çalışan bir kişinin kullandığı büyükelçilik aracının davacıya çarpması sonucu açılan tazminat davasında 1961 tarihli Sözleşmeye göre diplomatik dokunulmazlığı bulunan ve bu dokunulmazlığının kaldırılması Almanya tarafından reddedilen davalının yargı bağışıklığından yararlanacağı sonucuna varmıştır. Bkz.: Yargıtay 4.HD, E.2010/6451, K.2010/7394 T.17.06.2010, (www.kazanci.com).

yararlanmasının mahkemeye erişim hakkına aykırılık teşkil edip etmeyeceği sorusu gündeme gelmektedir.

Bu noktada, AİHM'nin yabancı devletlerin diplomatik temsilcilerinin yargı bağımsızlığı ile mahkemeye erişim hakkı arasındaki ilişkiye değinen bir kararına rastlamadığımızı belirtmek gerekir. Daha doğrusu, AİHM pek çok kararında diplomatik temsilcilerin değil, diplomatik temsilciliklere ait binaların ve malların forum devletinin makamlarınca cebri icrasından bağımsız olup olmadığını meselesini mahkemeye erişim hakkı kapsamında değil, mahkeme kararın icra edilmesini isteme hakkı kapsamında ele almıştır¹⁷². Çünkü bu tür davalarda başvuru yabancının devlet aleyhine verilen ilamın yabancı devletin forum ülkesindeki malvarlıklarının haczedilmesi suretiyle icra edilmesi yoluna gittiklerinden, kaçınılmaz olarak misyon binalarının ve malvarlıklarının dokunulmazlığı gündeme gelmiştir. Bir mahkemeye erişimin aynı zamanda erişilen mahkemece verilen kararın etkin bir şekilde uygulanmasını isteme hakkını içermesi bakımından, AİHM'nin söz konusu kararlarının aynı zamanda diplomatik bağımsızlığı da içeriyor şeklinde yorumlanabileceği belirtilmektedir¹⁷³. Ancak, AİHM meseleyi AİHS m.6/1 ile yabancı devletin icra bağımsızlığı kapsamında ele aldığından bu konuda bir kararın bulunmadığını söyleyebiliriz. Kaldı ki AİHM bu davaların hepsinde, davalı devletlerin yabancı devlet temsilciliklerinin icra muafiyetinden yararlanacağını kabul etmiştir.

Kanaatimizce, AİHM'nin yabancı devletin yargı bağımsızlığı ile mahkemeye erişim hakkı arasındaki ilişkiyi ele aldığı kararları, diplomatik temsilcilere tanınan yargı bağımsızlıkları bakımından da yol gösterici olabilir. AİHM, yabancı devletin yargı bağımsızlığına dair tüm kararlarında davalı devletin “*devletler hukukuna uyma*” meşru amacını izlediğini belirttiğinden, meşru amaç noktasında bir ihlalin tespiti mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla, diplomatik temsilciye bir haksız fiil veya sözleşmeden kaynaklanan alacak nedeniyle açılan davalarda bağımsızlık tanınmasının ölçülü olup olmadığı belirleyici olacaktır. Olası bir başvuruda AİHM, muhtemelen uluslararası

¹⁷² Bkz.: Kalageropoulou ve diğerleri v. Yunanistan ve Almanya, no. 59021/00, 12 Aralık 2002; Treska v. Arnavutluk ve İtalya, no.26937/04, 29 Haziran 2006; Monilescu ve Dobrescu v. Romanya ve Rusya, no.60861/00, 3 Mart 2005.

¹⁷³ Kloth, **a.g.e.**, s.120-121.

hukuk kurallarını oluşturan 1961 tarihli Sözleşme hükümlerinde yer alan bağışıklık anlayışında herhangi bir gelişme olup olmadığını inceleyecek ve forum mahkemelerinin bu konudaki güncel uluslararası standardı (1961 Viyana Sözleşmesi) aşmadığını belirterek yine bağışıklık lehine karar verecektir. Ayrıca, yabancı devletlerden farklı olarak, diplomatik temsilcilerin gönderen devletin yargısından bağışık olmadığı göz önüne alındığında, davacıların gönderen yabancı ülkede dava açabilme imkânlarının varlığı da AİHM'nin bu konudaki kararını etkileyebilecektir.

Bununla beraber, diplomatik temsilcilere tanınan bağışıklığın amacı, kendilerine verilen görevleri etkin bir şekilde yerine getirmektir ve uluslararası örgütlerin yargı bağışıklığı gibi, sadece fonksiyonel bir bağışıklıkları söz konusudur. Dolayısıyla, bir özel hukuk kişisi olarak hareket ettiği uyuşmazlıklarda diplomatik temsilciye tanınan yargı bağışıklığı ile davacının bir yargı organı önüne gitme konusundaki menfaati arasında bir dengeleme yapmaksızın mevcut uluslararası hukuk kurallarının (1961 Sözleşmesi) uygulanması, davacının mahkemeye erişim hakkını kısmen veya tamamen engellemek anlamına gelecektir. Bu nedenle diplomatik temsilciler bakımından da tam anlamıyla bir sınırlı bağışıklık anlayışının getirilmesi, mahkemeye erişim hakkının temel bir unsuru olduğu hukuk devleti ilkesine de uygun olacaktır. Hiç şüphesiz, insan haklarının hukukun her alanını giderek artan bir şekilde etkilediği günümüzde, olması gereken hukuku yansıtan böyle bir anlayışın ortaya çıkması ve gelişimi, uluslararası toplumu oluşturan devletlerin bu konudaki takdirine, dahası böyle bir ihtiyacın ortaya çıkmasına bağlıdır.

4. Uluslararası Örgütlere Yargı Bağışıklığı Tanınmasının AİHS m.6/1'e Uygunluğu

a. Uluslararası Örgütlerin Yargı Bağışıklığı, Kapsamı ve Sınırlandırılması

Devletler, belirli amaçları gerçekleştirmek veya belirli alanlarda işbirliği amacıyla bir araya gelerek uluslararası örgütler kurmaktadır. Bu örgütler devletler tarafından, belirli alanlarda faaliyet göstermek amacıyla uluslararası anlaşmalar vasıtasıyla kurulmakta olup, genellikle kendisini kuran devletlerden ayrı hukuki kişilikleri

bulunmaktadır. Bu bakımdan özel hukuk kişilerince kurulan örgütlerden farklı olarak milletlerarası hukuk süjesi olarak kabul edilmektedirler¹⁷⁴.

Uluslararası örgütlerin yargı bağımsızlıkları ya söz konusu örgütü kuran anlaşmayla¹⁷⁵ veya örgüt merkezi veya ofislerinin bulunduğu ülke ile örgüt arasında yapılan anlaşmayla (evsahibi ülke anlaşması/headquarter agreement)¹⁷⁶ düzenlenmektedir. Böyle bir bağımsızlık, uluslararası örgütün faaliyetlerini devletlerin müdahalesinden bağımsız ve tarafsız olarak etkili bir şekilde yerine getirmesi amacıyla tanınmaktadır¹⁷⁷. Bir devletin idari, yasal veya yargısal organları vasıtasıyla kendisine ve çalışanlarına yönelik talimatlarıyla örgütün belirli davranışlarda bulunmaya zorlamasının kabul edilemez olduğu, dolayısıyla bir ulusal mahkemenin uluslararası örgüte karşı açılan davalar bakımından uygun forum (appropriate forum) olmayacağı ileri sürülmektedir. Ayrıca, bir uluslararası örgütün gerçekleştirmiş olduğu eylemlerin taraf devlet mahkemelerince farklı farklı uygulanması tehlikesi de bulunmaktadır¹⁷⁸. Bu nedenle uluslararası örgütlere geniş bir yargı bağımsızlığının tanınması kabul edilmiştir. Uluslararası örgütlerin sadece kendileri değil, aynı zamanda örgütün organlarında çalışan görevliler de örgütün faaliyetleri kapsamında yargı bağımsızlığından yararlanabilecektir¹⁷⁹.

Uluslararası örgütlere anlaşmalar vasıtasıyla çok geniş kapsamlı bağımsızlıklar tanınmakla birlikte¹⁸⁰, bu bağımsızlığın içeriği ve kapsamının değişebileceğini belirtmek

¹⁷⁴ Shaw, **a.g.e.**, s.259; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.360; Edgar J. Habscheid, “Die durch Art. 6 I EMRK beschränkte Immunität internationaler Organisationen im Erkenntnisverfahren”, **IPRax**, Vol.21, No.5, 2001, s.397.

¹⁷⁵ Örneğin, BM Sözleşmesinin 105/1. maddesinde BM örgütünün tüm üye devletlerde örgüt amaçlarına ulaşmak için ayrıcalık ve bağımsızlıklardan yararlanacağı açıkça düzenlenmiştir.

¹⁷⁶ Buna yine New York ve Cenevre’de merkezi olan BM’nin ABD ve İsviçre ile yapmış olduğu evsahibi ülke anlaşması örnek olarak verilebilir. Bkz.: Shaw, **a.g.e.**, s.1319-1320. Başka bir örnek olarak Türkiye’nin tarafı olduğu Avrupa İmar ve Kalkınma Bankası Kuruluş Anlaşması kapsamında, Avrupa İmar ve Kalkınma Bankası ile Türkiye arasında akdedilen anlaşmayı verebiliriz. Bkz.: RG: 28.5.2011 – 27947 (Mükerrer).

¹⁷⁷ Shaw, **a.g.e.**, s.1319; Kloth, **a.g.e.**, s.133; Habscheid, **a.g.m.**, s.397.

¹⁷⁸ Kloth, **a.g.e.**, s.133.

¹⁷⁹ Örneğin, BM Sözleşmesi m.105/2’de BM üyesi devlet temsilcilerinin ve BM memurlarının da örgüt ile ilgili görevlerini tam bir bağımsızlık içinde yerine getirebilmesi için Örgütün sahip olduğu bağımsızlıktan yararlanacağı belirtilmiştir.

¹⁸⁰ Örneğin, Uluslararası Türk Kültür Teşkilatı (TÜRKSOY) ile Türkiye Arasında Yapılan Evsahibi Ülke Anlaşmasının 4. maddesinde, bir aracın sebep olduğu kazalar ile kişisel yaralanma ve ölümler istisna olmak üzere, TÜRKSOY’un gerçekleştireceği her türlü işlem bakımından yargıdan bağımsız olduğu hüküm altına alınmıştır. Bkz.: RG: 27.8.2011 – 28038.

gerekir. Uluslararası hukukta, devletlerin aksine, uluslararası örgütlerin mutlak bir bağımsızlığa sahip olduğu anlayışı genellikle kabul edilmektedir¹⁸¹. Diğer bir ifadeyle, uluslararası örgütler özel hukuk karakterli işlem ve ilişkiler bakımından da yargı bağımsızlığına sahiptir. Ancak, uluslararası örgütlerin yargı bağımsızlığı devletlerin yargı bağımsızlığından farklı olarak, sadece faaliyet alanlarıyla sınırlı olduğu belirtilmektedir¹⁸². Dolayısıyla, uluslararası örgütlerin kendilerine tanımlanan faaliyetleri gerçekleştirmek amacıyla yapmış oldukları özel hukuk karakterli işlem ve eylemleri nedeniyle mutlak yargı bağımsızlığına sahip olduğunu söylemek mümkündür.

Bununla birlikte, uluslararası örgütleri koruma amacı güden böyle bir bağımsızlık anlayışının, tıpkı devletin yargı bağımsızlığında olduğu gibi, sınırlı yargı bağımsızlığına dönüşmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁸³. Özellikle günümüze kadar uluslararası örgütlerin sayısının ve faaliyet alanlarının uluslararası toplumdaki gelişmelere paralel olarak artması, doğal olarak uluslararası örgütlerin tarafı olduğu özel hukuk karakterli uyuşmazlıkların sayısını ve çeşitliliğini de artırmıştır. Dolayısıyla günümüzde uluslararası örgütlerin sadece faaliyet alanlarıyla ilgili işlem ve eylemleri nedeniyle fonksiyonel bağımsızlığa sahip olduğu, bunun da mutlak bağımsızlığı gerektirdiği anlayışının değişmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Böyle bir değişikliğin en önemli nedeni olarak, uluslararası örgütlere geniş bir şekilde tanınan yargı bağımsızlığının bireylerin yargı mercileri önüne gidebilmelerinin engellemesi gösterilmektedir. Bu nedenle, uluslararası örgütlere yargı bağımsızlığının tanınması ile bu örgütlere karşı

¹⁸¹ Bu konuda bkz: Kloth, **a.g.e.**, s.135. Uygulamada da uluslararası örgütlerin yargı bağımsızlığının uluslararası teamül hukukunun bir gereği olduğuna dair bir çok ülke mahkemesinin kararı bulunmaktadır. Örneğin, ABD, İsviçre, İtalya ve Hollanda mahkemelerinin uluslararası örgütlerin faaliyet alanları ile ilgili konularda mutlak yargı bağımsızlığından yararlanması gerektiğine dair kararları için bkz.: Shaw, **a.g.e.**, s.1320.

¹⁸² Jan Klabbbers, **An Introduction to International Institutional Law**, Second Edition, Cambridge, 2009, s.132; C.F. Amerasinghe, **Principles of the Institutional Law of International Organisations**, Cambridge, 2006, s.370-371; August Reinisch/Ulf Andreas Weber, “In The Shadow of Waite And Kennedy: The Jurisdictional Immunity of International Organizations, The Individual’s Right of Access to the Courts And Administrative Tribunals as Alternative Means of Dispute Settlement”, **IOLR**, Vol.1, 2004, s.59.

¹⁸³ Kloth, **a.g.e.**, s.135; Habescheid, **a.g.m.**, s.397; Reinisch/Weber, **a.g.m.**, s.64; Emmanuel Gaillard/Isabella Pingel-Lenuzza, “International Organisations and Immunity from Jurisdiction: to Restrict or to Bypass”, **ICLQ**, Vol.51, 2002, s.5.

davacıların yargısal veya yarı-yargısal organlar önünde iddialarını ileri sürebilme konusundaki menfaatlerinin dengelenmesi gerekmektedir¹⁸⁴.

Ancak belirtmek gerekir ki uluslararası örgütlerin yargı bağışıklığı konusunda anlayışın devletlerin yargı bağışıklığına paralel olarak değiştiğini söylemek pek mümkün değildir. Her ikisi de bireylerin uyuşmazlıklarının bir yargı mercii önüne götürebilmesini engellemesi bakımından benzerlik arz etse de, bireylerin uluslararası örgütlere karşı açmış oldukları davaların bağışıklık engeline takılacağı büyük ölçüde kabul edilmektedir. Zira böyle bir anlayışın radikal bir şekilde değişmesini engelleyecek teorik veya pratik çeşitli nedenler bulunmaktadır. Öncelikle, uluslararası örgütlerin tarafı olduğu uyuşmazlıkların birçoğu çalışanlarının iş sözleşmelerinden kaynaklanmaktadır. Özellikle örgüt merkezinin bulunduğu devletin mahkemeleri örgütün iç ilişkilerine etki etme iktidarı sağlayacağından, uluslararası örgütlerin bağışıklığının sınırlandırılmasının olumlu bir etkisinin olmayacağı söylenebilir¹⁸⁵. İkinci olarak, yabancı devletlere tanınan bağışıklıktan farklı olarak, uluslararası örgütün bağışıklığının kaynağını uluslararası anlaşmalar oluşturmaktadır. Ancak diğer taraftan, bu örgütlerin kurucusu veya üyesi olan ya da merkezlerinin bulunduğu AİHS'ne taraf devletler, aynı zamanda AİHS'ne taraf olmakla kendi yetki alanlarına giren bireylerin kendi mahkemelerine gidebilme imkânı sağlama yükümlülüğü altına da girmiştir¹⁸⁶.

Uluslararası örgütlerin yargı bağışıklığı konusundaki anlayışın değişmesine en büyük engel, uluslararası örgütlerin bireylerin yargı bağışıklığı nedeniyle mahrum kaldığı ulusal mahkemelere başvurma haklarını telafi eden alternatif yöntemler sağlamalarıdır¹⁸⁷. Devletlerle kıyaslandığında, uluslararası örgütlere tanınan bağışıklık, bu örgütlerle özel hukuk karakterli işlem veya ilişkilerde bulunan kişilerin olası bir mahkemeye müracaat etme imkânını ortadan kaldırmaktadır. Sınırlı yargı bağışıklığı anlayışının uluslararası seviyede kabul görmesi bir yana, diğer bir ülke mahkemesinde yargı bağışıklığı itirazında bulunan yabancı devlete karşı en azından o devletin kendi mahkemelerinde dava açabilme imkânı –teorik de olsa- bulunmaktadır. Oysa sahip

¹⁸⁴ Reinisch/Weber, **a.g.m.**, s.64-65; Gaillard/Pingel-Lenuzza, **a.g.m.**, s.5.

¹⁸⁵ Kloth, **a.g.e.**, s.136.

¹⁸⁶ Meğerki uluslararası örgütün bağışıklığının milletlerarası teamül hukuku tarafından bahşedildiği veya AİHS'nin ilgili devlet açısından yürürlüğe girdiği tarihte zaten mevcut olduğu ileri sürülmesin.

¹⁸⁷ Reinisch/Weber, **a.g.m.**, s.68; Kloth, **a.g.e.**, s.136.

oldukları geniş kapsamlı bağışıklık nedeniyle uluslararası örgütlere karşı gidilebilecek bir ulusal yargı organından söz etmek mümkün değildir. İşte, uluslararası örgütlerin tarafı olduğu özel hukuk karakterli davalarda ulusal mahkemelere alternatif olarak bu tür yöntemler kullanılmaktadır¹⁸⁸. Bu tür yargısal organlar, örgütün kendisi tarafından kurulabildiği gibi örgüt tarafından diğer bir örgütün divanının idari yargısına da tabi tutulabilmektedir¹⁸⁹. Örneğin, uluslararası örgüt ile çalışanları arasında iş ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda, çalışanlar genellikle idari divana başvurmaktadır. İş ilişkileri dışında kalan özel hukuk karakterli uyuşmazlıklar bakımından bazı uluslararası örgütlere karşı bireylerin idari divanlara veya uyuşmazlık kurullarına başvurabileceği gibi, uluslararası örgütlerle sözleşme akdeden üçüncü kişiler tahkime de gidebilmektedir¹⁹⁰. Belirtmek gerekir ki, uluslararası örgütlere karşı ileri sürülen talepler bakımından uygun bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasına duyulan ihtiyaç sadece insan hakları mülahazalarından kaynaklanmamaktadır. Uluslararası örgütlerin faaliyetlerini etkili bir şekilde yerine getirmesi için bu tür yöntemlere açıkça kurucu anlaşmalarda yer verilmektedir¹⁹¹. Hatta bazı insan hakları organları ve ulusal mahkemelerin bağışıklığın varlığı veya yokluğu hakkında karar verirken, bireylerin başvurabilecekleri “*ulusal mahkemelere alternatif çözüm yöntemlerinin varlığı*”nı aradıklarını da görmekteyiz¹⁹². Peki, AIHM uluslararası örgütlere karşı ulusal mahkemelere müracaat imkânlarının büyük ölçüde engellendiği bu tür durumlarda, yapılan şikâyet başvurularını nasıl değerlendirmektedir? Devletin yargı bağışıklığında

¹⁸⁸ Reinisch/Weber, **a.g.m.**, s.68.

¹⁸⁹ Örneğin, iş sözleşmesi ve iş ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda, uluslararası örgüt çalışanlarının daima başvurabilecekleri bir idari divan (administrative tribunal) bulunmaktadır. BM İdari Divanı (BMAT), Dünya Çalışma Örgütü İdari Divanı (ILOAT), AK İdari Divanı veya AB Kamu Personeli Mahkemesi gibi çeşitli uluslararası örgütler bünyesinde yer alan uyuşmazlık çözüm organları buna örnek verilebilir. Hatta ILOAT sadece ILO çalışanlarına değil, diğer uluslararası örgüt çalışanlarına da hizmet vermektedir.

¹⁹⁰ Bu konuda bkz.: Reinisch/Weber, **a.g.m.**, s.Gaillard/Pingel-Lenuzza, **a.g.m.**, s.12 vd.

¹⁹¹ Örneğin 1946 tarihli Birleşmiş Milletlerin Ayrıcalıkları ve Bağışıklıkları Sözleşmesinin VIII. maddesi 29. Bölümünde BM’nin tarafı olduğu sözleşmelerden veya diğer özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklar bakımından BM’nin uygun uyuşmazlık çözüm yolları için düzenlemeler yapacağı hüküm altına alınmıştır.

¹⁹² Bkz.: Waite ve Kennedy v. Almanya, no.26083/94, 18 Şubat 1999; Beer ve Regan v. Almanya, 28934/95, 18 Şubat 1999. AIHM’nin kararlarından daha önce Alman Anayasa Mahkemesi bir kararında, ulusal mahkemeler dışında başvurulabilecek bir yargısal makamın varlığı halinde uluslararası örgütlere yargı bağışıklığı tanınmasının bireylerin adil yargılanma hakkını ihlal etmeyeceğine hükmetmiştir. Bkz.: BVerfG, 10 Kasım 1981, 2 BvR 1058/79, BVerfG 59, 63, (NJW, 1982/10, s.512). İsviçre, İtalya, ABD ve Fransa yüksek mahkemelerinin de benzer yöndeki kararları için bkz.: Reinisch/Weber, **a.g.m.**, s.79-81.

olduğu gibi bazı uyuşmazlıklar bakımından bireylerin mahkemeye erişim hakkına, bazı uyuşmazlıklar bakımından uluslararası örgütün bağımsızlığına mı öncelik tanımaktadır? Aşağıda bu sorulara cevap bulmaya çalışacağız.

b. AİHM'nin Konuya İlişkin İçtihatlarının Değerlendirilmesi

Uluslararası örgütlere geniş bir yargı bağımsızlığı tanınması ile bu örgütlere karşı davacıların yargı organları önüne gidebilme hakkı arasındaki çatışma ve bu çatışmanın nasıl uzlaştırılacağı meselesi, doğal olarak AİHM içtihatlarında da kendine yer bulmuştur. Bununla beraber, devletlerin yargı bağımsızlığı ile kıyaslandığında bu konunun AİHM'nin önüne nadiren geldiğini söyleyebiliriz. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, uluslararası örgütlere karşı örgüt bünyesinde veya başka bir yerde başvurulabilecek yargısal veya yarı-yargısal makamların öngörülmüş olması bunda etkili olmaktadır. Nitekim AİHM, *Waite ve Kennedy v. Almanya* ve *Beer ve Regan v. Almanya* kararlarında, bireylerin başvurabileceği makul/kabul edilebilir uyuşmazlık çözüm yönteminin varlığı halinde, mahkemeye erişim hakkının muhtemel bir ihlalinin söz konusu olmayacağını dolaylı olarak teyit etmiştir.

Her iki karar da, uzay araştırmaları alanında faaliyet göstermek üzere kurulmuş bir örgüt olan ve Avrupa Uzay Araştırmaları Örgütü'nün (ESRO) selefi olan Avrupa Uzay Ajansı'na (ESA) karşı, başvuruçuların iş sözleşmelerinin feshi nedeniyle açmış oldukları davanın yargı bağımsızlığı gerekçesiyle reddedilmesiyle ilgilidir. Başvuruçular, ESA'nın Darmstadt'taki Avrupa Uzay Operasyonları Merkezinde çalışmak üzere ESA'nın talebiyle yabancı özel şirketlerle başvuruçular arasında yapılan sözleşmeyle geçici olarak belirli bir süreliğine istihdam edilmiştir. Şirketler tarafından iş sözleşmelerinin sona erdirileceğinin bildirilmesi üzerine başvuruçular, Alman İş Kanununun geçici iş ilişkilerini düzenleyen maddelerine göre ESA çalışanı statüsü kazandıkları iddiasıyla dava açmıştır. Davacılar göre özel şirket tarafından akdedilen sözleşmeyle kendilerinin ESA ile olan iş ilişkileri birbirinden bağımsızdır. Alman iş mahkemeleri, ESA'nın ESRO'dan farklı olarak 1975 yılında kurulmuş yeni bir örgüt

olduğunu belirterek ESA'nın ESA Kuruluş Anlaşmasının 15.maddesine göre Alman mahkemelerinin yargısından bağışık olduğu gerekçesiyle davayı reddetmiştir¹⁹³.

AİHM, Alman mahkemelerinin ESA Kurucu Anlaşması ve ekleri ile ESA'nın selefi olan örgütle Almanya arasındaki anlaşma hükümleri dikkate alındığında, ESA'ya bağışıklık tanınmasının keyfi olarak nitelendirilmeyeceğini belirtmiştir. Ardından, ESA'ya tanınan yargı bağışıklığının meşru bir amacının olup olmadığı ile ilgili olarak davalı hükümet ve AİHK'nun görüşünü izleyerek, uluslararası örgütlere hükümetlerin müdahalelerinden bağışık olarak faaliyetleri uygun bir şekilde yerine getirmesinin bu örgütlere bağışıklık tanınarak sağlanabileceğini kabul etmiştir. Ayrıca, uluslararası örgütlere devletler tarafından anlaşmalar vasıtasıyla bağışıklık tanınması konusunda uzun zamandır süren bir uygulamanın olduğunu, modern toplumun her alanında uluslararası işbirliğinin genişlemesi ve güçlenmesine yönelik bir trendin varlığı karşısında böyle bir uygulamanın değerinin daha da arttığını belirtmiştir¹⁹⁴. AİHM uluslararası örgüte yargı bağışıklığı tanımak suretiyle getirilen sınırlamanın bireyler üzerinde yaratabileceği etkileri de ele alarak ayrıntılı bir ölçülülük incelemesi yapmıştır: Devletlerin belirli alanlarda işbirliği kurmak veya güçlendirmek amacıyla uluslararası örgütler kurmaları ve bunlara belirli yetkiler vererek bağışıklık tanımaları, bireylerin temel hakları üzerinde de etkileri olabilir. Ancak, devletlerin belirli alanlarda uluslararası örgütlere bu tür yetki ve bağışıklıklar tanıyarak AİHS kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınmaları, bireylere teorik ve hayali değil, pratik ve etkili haklar tanıyan AİHS'in amacına uygun olmayacaktır¹⁹⁵.

Ardından AİHM, uluslararası örgüte yargı bağışıklığı tanınmasının AİHS'ne uygun olup olmadığının belirlenmesinde, başvuruçuların Sözleşmesel haklarını etkili bir şekilde korumak için başvurabilecekleri uygun ve yeterli alternatif çözüm yollarının

¹⁹³ Waite ve Kenndy v. Almanya, para.14-25; Beer ve Regan v. Almanya, para.13-17. Başvuruçular, Almanya ile ESRO arasında akdedilen evsahibi ülke anlaşmasının 6.maddesine göre, örgüt ile Almanya'daki çalışanları arasındaki örgütün temyiz kurulunun (appeals board) yetki alanına girmeyen uyumsuzlukların Alman yargısına tabi olduğunu, ESA'nın bağışıklıktan yararlanamayacağını ileri sürmüştür. Alman mahkemeleri ise, söz konusu maddenin ESA bakımından uygulanmayacağını belirterek yargı bağışıklığına yönelik itirazı reddetmiştir.

¹⁹⁴ Waite ve Kennedy v. Almanya, para.61-63; Beer ve Regan v. Almanya, para.51-53.

¹⁹⁵ Waite ve Kennedy v. Almanya, para.67; Beer ve Regan v. Almanya, para.57.

var olup olmadığının temel faktör olduğunu belirtmiştir¹⁹⁶. AİHM'ne göre, ESA Kurucu Anlaşmasına göre, başvuruçuların ESA ile bir iş ilişkisinin var olduğuna dair iddialarını, ESA'dan bağımsız olarak faaliyet gösteren ve merkezi Paris'te bulunan ESA Temyiz Kuruluna (ESA Appeals Board) götürmeleri gerekmektedir¹⁹⁷. Ayrıca, Alman İş Kanunu hükümlerine göre, geçici işçi olarak çalışan başvuruçuların kendilerini işe alan ve işten çıkartan şirketlere karşı tazminat talep etme hakları da bulunduğu gibi, böyle bir davayla söz konusu iş ilişkisinin niteliğinin, (yani iş ilişkisinin kimler arasında kurulduğunun dolaylı olarak) mahkeme tarafından belirlenmesi de mümkündür. Ancak başvuruçular bu imkânları kullanmaksızın, yabancı şirketlerle akdettikleri iş sözleşmelerine istinaden Darmstadt'ta ESA hizmetinde belirli bir süre çalıştıktan sonra ulusal iş hukuku mevzuatının özel bir düzenlemesine dayanarak ESA'nın belirsiz süreli/daimi çalışanı statüsü elde etmeye çalışmıştır¹⁹⁸. Oysa uluslararası örgütlere tanınan yargı bağımsızlığının amacı göz önüne alındığında, ölçülülük testi bir uluslararası örgütü kendisini ulusal iş kanununda öngörülen çalışma koşullarıyla ilgilenen bir ulusal mahkemenin yargılamasına tabi olmaya icbar edecek bir şekilde uygulanamaz. AİHS m.6/1'i ve sağlamış olduğu mahkemeye erişim güvencesini bu tür davalarda ulusal mevzuatın uygulanmasını mutlaka gerekli kılıyor şeklinde değerlendirmek, uluslararası örgütlerin fonksiyonlarını yerine getirmelerini engellemek bir yana, uluslararası işbirliğinin güçlendirilmesine yönelik güncel anlayışa da ters düşmektedir¹⁹⁹. Sonuç olarak, AİHM bu gerekçelerle ve özellikle başvuruçuların kullanımına sunulan alternatif çözüm yollarını göz önüne alarak Alman mahkemelerinin ESA'ya yargı bağımsızlığı tanıyarak kendilerine tanınan takdir marjını aşmadığına ve söz konusu sınırlamanın ölçülü olduğuna karar vermiştir²⁰⁰.

¹⁹⁶ Waite ve Kennedy v. Almanya, para.68; Beer ve Regan v. Almanya, para.58.

¹⁹⁷ ESA Kurucu Anlaşması ve eki, sadece iş ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklar için değil, diğer özel hukuk uyuşmazlıkları için de çeşitli uyuşmazlık çözüm usullerini bireylere açıkça sunmaktadır. ESA Personel Tüzüğüne (Staff Regulations) göre ESA Temyiz Kurulu, Ajans tarafından açıkça veya zımnen verilen ve Ajansla bir çalışan arasındaki uyuşmazlıkları görme yetkisine sahiptir. Yine söz konusu tüzüğe göre, çalışan/personel (staff member) kavramının ne anlama geldiği konusunda, dolayısıyla başvuruçuların bu kapsama girip girmediği konusunda da bu kurulun yetkisi bulunmaktadır (m.33). Bkz.: Waite ve Kennedy v. Almanya, para.69; Beer ve Regan v. Almanya, para.59.

¹⁹⁸ Waite ve Kennedy v. Almanya, para.70-71; Beer ve Regan v. Almanya, para.60-61.

¹⁹⁹ Waite ve Kennedy v. Almanya, para.72; Beer ve Regan v. Almanya, para.62.

²⁰⁰ Waite ve Kennedy v. Almanya, para.73; Beer ve Regan v. Almanya, para.63.

Böylece AİHM, en azından uluslararası örgütlerle örgüt çalışanları arasındaki iş ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklar bakımından, bireylerin başvurabilecekleri alternatif hak arama mekanizmalarının varlığı halinde, ulusal mahkemelerin uluslararası örgütlere bağımsızlık tanınmasının AİHS m.6/1’i ihlal etmediğini belirtmiştir. Diğer bir deyişle, davacıların haklarını korumak için “*kabul edilebilir alternatif yöntem(ler)in (reasonable alternative means) varlığı*” tek başına yeterlidir. AİHM’nin kendisinin de belirttiği üzere, AİHS bireylere mahkemelere etkili bir erişim hakkı sunmaktadır. Peki, ulusal mahkemelere erişimin bağımsızlık nedeniyle engellendiği böyle durumlarda bireylerin kullanımına sunulan alternatif bir yöntemin etkili olup olmadığı, ayrıca bu tür bir yöntemin adil bir yargılamanın gereği olan usuli güvenceleri sağlayıp sağlamadığı nasıl belirlenecektir? AİHM, bireylerin sadece ESA’dan bağımsız bir organ olan ESA Temyiz Kuruluna başvurma imkânına sahip olduğunu belirtmekle yetinmiş, bu organın bireylerin iddiaları bakımından etkili ve yeterli bir hak arama mekanizması niteliğinde olup olmadığını incelememiştir²⁰¹. Ayrıca, AİHM’nin başvuru sahiplerinin ESA’da çalışmak üzere kendilerini istihdam eden şirkete karşı tazminat talebinde bulunabilecekleri ve böylece iş ilişkisinin kimler arasında kurulduğunun dolaylı olarak belirlenebileceğine dair iddiası ise yerinde değildir. Zira böyle bir dava sonucunda verilecek karar, ESA ile başvuru sahipleri arasındaki iş ilişkisinin belirlenmesi açısından bağlayıcı bir karar niteliğinde de değildir. Bir AİHK üyesi tarafından da ifade edildiği üzere, “*mahkemeye erişim hakkı başka bir hukuki iddia hakkında (karar verecek) bir mahkemeye erişimi ifade edecek şekilde yorumlanamaz.*”²⁰² Sonuç olarak, AİHM’nin bu kararları doktrinde, bireylerin iddialarını ileri sürebilecekleri gerçekten etkili bir alternatif çözüm sunup sunmadığının belirsiz olduğu gerekçesiyle eleştirilmekte, AİHM’nin uluslararası örgütlerin yargı bağımsızlığını mahkemeye erişim hakkına tercih ettiği belirtilmektedir²⁰³.

Söz konusu içtihatlar, en azından, ulusal mahkemelere alternatif hak arama yollarının gerçekten etkili olması kaydıyla AİHS m.6/1’e yapılan bir müdahalenin meşru olacağını göstermektedir. Ancak, AİHM içtihatlarından zımnen ortaya çıkan

²⁰¹ Gaillard/Pingel-Lenuzza, **a.g.m.**, s.7.

²⁰² Bkz.: Waite ve Kennedy v. Almanya, no.26083/94, 2 Aralık 1997, Yargıç G. Ress’in karşı oy yazısı.

²⁰³ Gaillard/Pingel-Lenuzza, **a.g.m.**, s.7; Kloth, **a.g.e.**, s.143-144.

“uluslararası örgütlerin davacıların haklarını etkili bir şekilde korumaları için kabul edilebilir alternatif çözüm yöntemi sağlama yükümlülüğü”, bireylere sadece bir forum/yargı yeri sağlamakla sınırlı olmayıp, aynı zamanda söz konusu alternatif yöntemin yeterli ve etkili olması da gerekmektedir²⁰⁴. Buna göre, bireyler öncelikle uluslararası örgütle olan uyuşmazlıklarını ve bu uyuşmazlıkla ilgili hususları bu konuda karar verecek idari divan, temyiz kurulu, uyuşmazlık komitesi veya hakem heyeti gibi ulusal mahkemelere alternatif bir yargılama makamı önüne götürebilme imkânına sahip olmalıdır. Ayrıca, bu makamın yargısal nitelikte bir makam olması gerekmektedir. Eğer bir komitenin uluslararası örgüte veya yöneticilerine yönelik sadece tavsiye niteliğinde bir karar verdiği ve uyuşmazlığı nihai olarak çözen bir karar vermediği hallerde, ölçülülük kriteri karşılanmış olmayacaktır²⁰⁵.

Alternatif çözüm mekanizmasının aynı zamanda adil bir yargılamanın genel ilkelerini de karşılaması gerekmektedir. Bunun için öncelikle gerek ilgili idari divan veya hakem heyeti gibi kurulların gerekse bu kurullarda görev alan yargıçların hem kişisel hem de objektif olarak uluslararası örgütten bağımsız olmaları gerekmektedir²⁰⁶. Ayrıca, adil ve tarafsız bir yargılamayı güvence altına alacak usuli kuralların da yeterince sağlanması gerekmektedir²⁰⁷. Yine bu tür kurullarca verilecek kararlara karşı temyiz merciinin bulunması, verilecek kararların yayınlanması, bireylere bu organlara gidebilmeleri için ve bu organlar önünde iddia ve savunmada bulunabilmeleri için adli yardım sağlanması, tarafların eşitliği ilkesine uyulması ve duruşma zorunluluğunun getirilmesi gerektiği belirtilmektedir²⁰⁸. Bu noktada, uluslararası örgütlere karşı gidilebilecek bu tür alternatif yargı organlarının dünyanın belirli ülkelerinde konuşlanmaları nedeniyle coğrafi uzaklık veya yargılama dili gibi çeşitli nedenlerden

²⁰⁴ Gaillard/Pingel-Lenuzza, **a.g.m.**, s.11; Reinisch/Weber, **a.g.m.**, s.93.

²⁰⁵ Reinisch/Weber, **a.g.m.**, s.101.

²⁰⁶ Özellikle, bu tür kurullarda görev alan yargıçların uluslararası örgütün tarafı olduğu veya olabileceği belirli hukuk alanlarında (örneğin, iş hukuk alanında) mesleki yeterlilik ve deneyim yanında ahlaki olarak da bir yargıcın taşıması gereken özelliklere sahip olması gerekir. Aynı zamanda hâkimlik teminatı gibi, atamaları ve görevleri konusunda belirli bir güvenceye sahip olmaları gerektiği belirtilmektedir. Bu konudaki Dünya Çalışma Örgütü İdari Divanı (ILOAT) örneği için bkz.: Reinisch/Weber, **a.g.m.**, s.104.

²⁰⁷ Kloth, **a.g.e.**, s.148-149; Reinisch/Weber, **a.g.m.**, s.104.

²⁰⁸ Bkz.: Reinisch/Weber, **a.g.m.**, s.105-109; Gaillard/Pingel-Lenuzza, **a.g.m.**, s.12.

dolayı bireylerin bu organlar önünde adil bir yargılama elde edebilmelerinin güçleşebileceğini belirtmek gerekir²⁰⁹.

Sonuç olarak, özellikle iş ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda başvurabilecekleri alternatif çözüm mekanizmalarının bireylere etkili ve yeterli bir konuma sağladığından söz edilebilmesi için, söz konusu mekanizmaların AİHS m.6/1’de mündemiç adil yargılanmaya ilişkin uluslararası asgari standartları karşılaması gerekmektedir. Hatta gelecekte olası bir ihlal iddiasına maruz kalmamak adına taraf devlet mahkemelerinin de bu tür mekanizmaların söz konusu standartları karşılayıp karşılamadığını incelemeleri gerekmektedir²¹⁰.

İş ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından başvurulacak etkili bir alternatif çözüm yönteminin varlığı mahkemeye erişim hakkına yönelik müdahale için yeterli olmakla birlikte, üçüncü kişiler tarafından bir ulusal mahkeme önünde uluslararası bir örgüte karşı sözleşmeye veya haksız fiile dayanan bir talep ileri sürüldüğünde uluslararası örgütün yargı bağımsızlığı hakkında nasıl hareket etmek gerekecektir? Yukarıda da belirttiğimiz üzere, uluslararası örgütler aynı zamanda üçüncü kişilerle örgüt arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar için de çeşitli alternatif çözüm mekanizmaları öngörebilmektedir. Dolayısıyla uluslararası örgüte karşı gidilebilecek tahkim veya diğer bir çözüm yöntemi varsa, mahkemelerin yargı

²⁰⁹ Örneğin, yargı organının bulunduğu ülkeye başvurunun yasal girişine veya ikamet süresinin uzatılmasına izin verilmemesi nedeniyle bireylerin kurullar veya divanlar nezdinde uluslararası örgütlere karşı iddia ve savunmalarını yapamamaları söz konusu olabilir. Nitekim Çin vatandaşı bir başvurunun ILO’nun Çin ofisinde çalışmakta olan eşinin vefatı nedeniyle mirasçı sıfatıyla merkezi Cenevre’de bulunan ILO idari divanındaki (ILOAT) duruşmaya İsviçre makamlarının ikamet iznini uzatmamaları nedeniyle katılamaması buna bir çarpıcı bir örnek teşkil etmektedir. Bkz.: ILOAT’ın 9 Temmuz 1998 tarih ve 1752 sayılı kararı için bkz.: (Çevrimiçi), www.ilo.org/public/english/tribunal/fulltext/1752.htm, 28 Şubat 2017.

²¹⁰ Her ne kadar AİHM böyle bir kriter aramasa da, Alman Anayasa Mahkemesinin bir alternatif çözüm merciinin yeterli ve etkili olup olmadığının adil yargılanmaya ilişkin uluslararası asgari standartları karşılayıp karşılamadığına bağlı olduğunu yıllar önce ifade etmiştir. Alman Anayasa Mahkemesi, Avrupa Uluslararası Hava Seyrüsefer Güvenliği Örgütü (EUROCONTROL) ile bir çalışanı arasındaki uyuşmazlıkta Alman mahkemelerinin bağımsızlık nedeniyle yetkisiz olduğuna dair kararlarının bireylerin haklarını ihlal etmediğine karar verirken, söz konusu uyuşmazlık konusu hakkında münhasır yetkili kılınan ILOAT’ın yeterli bir alternatif çözüm mekanizması olup olmadığını incelemiştir. Alman AYM, bir kurulun (tribunal) statüsü ve usul hukuku prensiplerinin, kaynağını hukukun üstünlüğünün cari olduğu gelişmiş sistemlerden veya uluslararası mahkemelerin yargılama kurallarından alan adil yargılamaya ilişkin uluslararası asgari standartları yansıtmaması gerektiğini belirterek Alman mahkemelerinin bağımsızlık kararı vererek hukukun üstünlüğü ilkesinin Anayasada yer alan asgari koşullarını ihlal etmediğine hükmetmiştir. Bkz.: BVerfG, 10.11.1981, 2 BvR 1058/79, BVerfG 59, 63, (NJW, 1982/10, s.512).

bağışıklığı nedeniyle davayı reddetmesi muhtemeldir. Böyle bir yöntemin yokluğu halinde uluslararası örgütlere karşı açılan davaların yargı bağışıklığı gerekçesiyle reddedilmesinin ihkak-ı haktan imtina, diğer bir deyişle adaleti sağlamaktan kaçınma sonucunu doğuracağı, bunun da bireylerin adalete erişim hakkını engelleyeceği aşikârdır. Bu bakımdan uluslararası örgütlerin söz konusu olduğu hallerde, tıpkı yabancı devletlerin eylemlerinde olduğu gibi özel hukuk tasarrufu/egemenlik tasarrufu ayırımından hareket edilmesi önerilmekle birlikte ulusal mahkemelerin birkaç kararı dışında²¹¹ bunu destekleyen bir içtihadî birikimin bulunmadığı da ifade edilmektedir²¹². Böyle bir ayırımın yetersiz olacağını savunanlar ise, örgütün faaliyetleri kapsamına giren eylemleri ile girmeyenler arasında veya örgütün amaçlarının kapsamına giren eylemlerle girmeyenler arasında bir ayırım yapılması ve böylece uluslararası örgütün gereksinimlerinin dikkate alınması gerektiği de ileri sürülmektedir²¹³. Bu yaklaşım uluslararası örgütler için daha uygun görünse de, uluslararası örgütlerin her zaman

²¹¹ Örneğin ABD ve İtalyan mahkemeleri, uluslararası örgütlere karşı açılan davalarda yargı bağışıklığının tanınmasının bazı hallerde bireylerin ulusal anayasaların koruması altında olan hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil edeceği tespitinde bulunmuştur. ABD hukukunda, uluslararası örgütlerin yargı bağışıklığı yasal bir düzenlemeyle devletlerin bağışıklığına tabi tutulmuş ve mutlak bağışıklıktan yararlanacağı kabul edilmişti. Ancak 1976 tarihli bir kanunla yabancı devletler bakımından sınırlı bağışıklık anlayışının benimsenmesi uluslararası örgütlere ilişkin yargı bağışıklığının değişip değişmediği meselesini gündeme getirmiştir. Bu da bazı ABD mahkemelerinin uluslararası örgütlerle ilgili davalarda sınırlı bağışıklığı benimsemelerine neden olmuştur. Bkz.: Morgan v. International Bank for Reconstruction and Development BRD, 752 F. Supp. 492, at 494 (D.D.C. 1990); Tuck v. Pan American Health Organization, 668 F.2d 547 (D.C.Cir. 1981); De Luca v. United Nations Organization, et. al, 841 F. Supp. 531, 533 fn. 1 (S.D.N.Y. 1994) (Reinisch/Weber, **a.g.m.**, s.62, dn.13). İtalyan Yargıtayı da uluslararası örgütlerin yargı bağışıklığını belirlerken özel hukuk tasarrufu/egemenlik tasarrufu ayırımını kullanmıştır. Bkz.: Allied Headquarters in Southern Europe (HAFSE) v. Capocci Belmonte, Corte di Cassazione (Sezione Unite), 5 June 1976, No. 2054, 12 RDIPP (1976), 860, [1977] İtYBİL 328; FAO v. INPDAL, Supreme Court of Cassation, 18 October 1982, [1982] UNJYB 234, (Reinisch/Weber, **a.g.m.**, s.62, dn.14). Ancak böyle bir ayırımın uluslararası örgütlerin mutlak bağışıklıktan yararlanacağına dair bir başka kararla terkedilmiş olduğu belirtilmektedir. Bkz.: FAO v. Colagrossi, Corte di Cassazione, 18 May 1992, No. 5942, [1992] RivDI 407, (Reinisch/Weber, **a.g.m.**, s.80). Yargıtay'ın bir uluslararası örgüte karşı açılan davada uluslararası örgütün yargı bağışıklığı itirazını reddetmesi de Türk hukukunda uluslararası örgütlerin sınırlı yargı bağışıklığının benimsendiğini, dolaylı da olsa göstermektedir. Söz konusu karara konu teşkil eden davada, İslam İşbirliği Teşkilatının Ankara ofisinde uzman olarak çalışan bir Türk vatandaşı, iş ilişkisinden kaynaklanan bir ihtilafla ilgili olarak Teşkilata karşı dava açmıştır. Yargıtay, davalı Teşkilatın işveren olarak SGK'da kaydının bulunduğu ve davacının sigorta primlerini yatırdığı hususlarını dikkate alarak uluslararası örgütün yargı bağışıklığına yönelik itirazını reddetmiştir. Bkz.: Yargıtay 9.HD, E.2006/30127, K.2007/2013, T.5.2.2007, (YKD, C.33, S.6, Haziran 2007, s.1101 vd.). Bu bakımdan, AİHM'nin yukarıda ortaya koymuş olduğu içtihat dikkate alındığında, Yargıtayın işveren konumundaki İslam İşbirliği Teşkilatının yargı bağışıklığına sahip olup olmadığını, bu bağlamda davacının Teşkilata karşı başvurabileceği alternatif bir çözüm mekanizmasının var olup olmadığını araştırmaksızın salt Teşkilatın işveren sıfatıyla sigorta primlerini yatırmış olmasından dolayı davalının bağışıklık itirazını reddetmesi doğal olarak yerinde değildir.

²¹² Gaillard/Pingel-Lenuzza, **a.g.m.**, s.9.

²¹³ Bu kounuda bkz.: Gaillard/Pingel-Lenuzza, **a.g.m.**, s.10, dn.40-41.

görevleri dâhilinde hareket edeceği düşünülürse, uluslararası örgütlere her koşulda dokunulmazlık kazandırabilir²¹⁴. Örneğin, bir uluslararası örgütün Türkiye'deki ofisine özel kişiler tarafından örgüt faaliyetlerinde mal tedarik edilmesi veya belirli hizmetler sunulması, doğal olarak söz konusu örgüt ile örgüt çalışanlarının görevlerini daha iyi yerine getirmelerine hizmet etmektedir. Olası bir uyuşmazlıkta özel kişilerin açtığı davalar, uluslararası örgütlerin faaliyetlerini gerçekleştirmek amacıyla bu tür işlem ve ilişkilere girdiklerinden bahisle reddedilebilir. Dolayısıyla, özel hukuk tasarrufu/egemenlik tasarrufu ayrımının uluslararası örgütün yargı bağımsızlığı söz konusu olduğunda pek yol gösterici olamayacağı söylenebilir²¹⁵.

Sonuç olarak, uluslararası örgütlerin yargı bağımsızlığı kapsamlı bir kodifikasyona tabi tutulmadığı veya en azından bazı asgari genel hükümlerle düzenlenmediği sürece, tarafların haklarının dengelenmesi ancak ulusal mahkemelere alternatif uyuşmazlık çözüm mekanizmalarının varlığı ile güvence altına alınabilecektir. Başka bir deyişle, uluslararası örgütlerin faaliyet alanlarıyla sınırlı mutlak bağımsızlığının hayatta kalmasını sağlayan, her bir uluslararası örgüte göre farklılaşabilen bu mekanizmaların varlığıdır. Ancak, söz konusu farklılık nedeniyle böyle bir bağımsızlığı dolaylı olarak yansıtan mevcut herhangi bir ulusal hukuk düzeni özel hukuk kişilerinin mahkemelere erişimini de sistematik bir şekilde ve tam olarak güvence altına almamaktadır. Dolayısıyla yargı

²¹⁴ Gaillard/Pingel-Lenuzza, **a.g.m.**, s.10.

²¹⁵ Kaldı ki, böyle bir ayrım uluslararası örgütlerin aslında örgütün faaliyetleri kapsamına gerçekleştirilen haksız fiil niteliğindeki eylemleri nedeniyle özel hukuk kişileri tarafından ileri sürülen talepler bakımından yargı bağımsızlığından yararlanıp yararlanamayacağı problemini de ortaya çıkaracaktır. Nasıl ki devletlerin silahlı kuvvetlerinin gerçekleştirmiş olduğu eylemler nedeniyle ortaya çıkan zararların tazmini nedeniyle açılan davalarda devletlerin yargı bağımsızlığına sahip olduğu AİHM tarafından kabul edilmişse, aynı durumun uluslararası örgütler bakımından evleviyetle kabul edilmesi sonucunu doğuracaktır. Nitekim AİHM'nin Stichting Mothers of Srebrenica ve diğerleri v. Hollanda kararı (no.65542/12, 11 Haziran 2013) bunu teyit eder niteliktedir. Söz konusu başvuruya konu davada, Bosna Savaşı esnasında Srebrenitsa'da 8 bin kişinin Sırp askerlerince soykırıma uğramalarında katkıları olduğu gerekçesiyle aralarında BM'nin de bulunduğu davalılara karşı açılan davada, Hollanda mahkemelerinin BM'nin yargı bağımsızlığına sahip olduğu gerekçesiyle yetkisizlik kararı vermesi üzerine başvurucular AİHS m.6/1'in ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AİHM, BM'nin yargı bağımsızlığı ile ilgili olarak, BM (Güvenlik Konseyince) alınan kararların BM'nin uluslararası barış ve güvenliğinin temelini oluşturduğunu, BM çerçevesinde gerçekleştirilen askeri operasyonların devletlerin yargısal denetimine tabi kılmanın BM'nin uluslararası barış ve güvenliği koruma görevini yerine getirmesine devletlerce müdahale edilmesi sonucuna yol açacağını belirtmiştir. Böylece Hollanda mahkemelerinin ölçsüz bir müdahalede bulunmadığına hükmetmiştir. Bkz.: Stichting Mothers of Srebrenica ve diğerleri v. Hollanda, para.154-170.

bağışıklığı engelini bypass edebilmek zorunlu olarak yeterli ve etkili alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini gerektirmektedir.

III. AİHS m.6/1 ile MİLLETLERARASI YETKİ HUKUKU ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. Genel Olarak

Devletlerin; yabancı devlet, devlet temsilcileri veya uluslararası örgütlerin yargı bağışıklığı nedeniyle yargı yetkisini kullanamamaları halinde bu kişilere karşı dava açan bireylerin mahkemeye erişim hakkına müdahale edebileceklerini ve bu müdahalenin, meşru bir amacının olması ve söz konusu müdahalenin ölçülü olması halinde meşru olarak nitelendirilebileceğini incelemiş bulunmaktayız. Devletler, kendilerine çizilen bu alan içerisinde, sahip oldukları yargı yetkisini milletlerarası karakterli davalar bakımından nasıl ve ne şekilde kullanabileceklerini “*milletlerarası yetki kuralları*” olarak ifade edilen yetki kuralları vasıtasıyla belirlemektedir. Yabancı unsurlu bir özel hukuk uyuşmazlığı, ülkede herhangi bir milletlerarası yetkili bir mahkemenin varlığı halinde karara bağlanacak, aksi halde söz konusu dava bakımından davacının Türk mahkemelerine erişimi mümkün olmayacaktır. Milletlerarası yetki kuralının içeriğine bağlı olarak her bir somut olaya göre, gerek milletlerarası yetkiyi tesis eden bir yetki kuralının olmaması gerekse bir yetki kuralı olmasına rağmen derdestlik veya *forum non conveniens* gibi mahkemelerin yetkisini etkileyen kural veya doktrinler nedeniyle mahkemeler tarafından bireylerin mahkemeye erişimleri engellenebilir. Böyle bir durumda, devletlerin belirli bir özel hukuk ilişkisinin unsurlarına ve ilişkinin taraflarına bağlı olarak milletlerarası yetkiye ilişkin kurallar düzenleyerek veya belirli ihtilaflar bakımından yetki düzenlemesi yapmayarak mahkemeye erişim hakkına sınırlama getirmelerinin AİHS m.6/1’i ihlal edip etmeyeceği sorusu gündeme gelmektedir²¹⁶. Peki, mahkemeye erişim hakkı devletlerin milletlerarası yetki kuralları vaz etme konusunda sahip oldukları iktidarı etkilemekte midir, etkilemekteyse ne derece etkilemektedir?

²¹⁶ Fawcett, **The Impact of Art.6(1)** s.3; Ubertazzi, **a.g.e.**, s.271.

Çalışmamızda yabancı unsurlu davalarda mahkemelerin milletlerarası yetkisini ilgilendiren pek çok konu bu soru ekseninde tartışılacak olmakla beraber, bu soru aynı zamanda mahkemeye erişim hakkı ile milletlerarası yetki hukuku arasındaki ilişki hakkında birçok soruyu da beraberinde getirmektedir. AİHS m.6/1, adil yargılanma hakkına ilişkin uluslararası asgari standartları yansıttığından, doğal olarak mahkemeye erişim hakkına ilişkin asgari bir standardı da güvence altına almaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, mahkemelere erişimin etkili bir şekilde kullanılması ile milletlerarası yetki kuralları arasında bir ilişkinin bulunduğu göz önüne alındığında, AİHS m.6/1 hükmü milletlerarası yetki kurallarının mahkemeye erişim için gerekli olan asgari standardı karşılayıp karşılamadığının belirlenmesinde bir sınır olarak görülebilir. Bu sınırı karşılayan yetki kurallarının tatbiki, söz konusu hakka meşru bir müdahale olarak görülebilirken, diğerlerinin ise en azından teorik olarak asgari standartları karşılamadığı söylenebilir²¹⁷. Peki, adil yargılanmaya ilişkin asgari bir standardı ifade eden AİHS m.6/1 hükmü karşısında, milletlerarası yetkiye ilişkin asgari bir standardın varlığından söz edilebilir mi? Davanın her iki tarafının da hukuki korumadan mahrum bırakılmaksızın mahkemelere etkili bir şekilde ulaşabilmeleri için milletlerarası yetkiye ilişkin asgari standartların belirlenmesi mümkün müdür? Milletlerarası yetkinin belirlenmesinde kullanılan hangi esaslar veya ne tür yetki kuralları vaz edilirse, yabancı unsurlu bir davada hem davacının iddiasını ileri sürebileceği hem de davalının kendisini etkili bir şekilde savunabileceği, doğal mahkemesi olan bir mahkemeye erişebilmesiyle ilgili milletlerarası yetkiye ilişkin menfaatleri güvence altına alınmış olacaktır?

Tüm bu soruların cevabı esasen mahkemeye erişim hakkının milletlerarası yetki kuralları vasıtasıyla ne ölçüde sınırlandırılabilirliği ile ilgilidir. Belirli bir uyuşmazlıkta davacının mahkemelere erişiminin çok katı yetki kurallarına tabi tutulması davacının mahkemeye erişim hakkını engelleyebilecektir. Buna mukabil, çok geniş, esnek ve davalının menfaatlerini gözetmeyen bir yetki kuralına istinaden bir mahkemenin kendisini yetkili addetmesi de, davalının kendisine karşı ileri sürülen bir iddia hakkında

²¹⁷ Pascal Grolimund, “Human Rights and Jurisdiction: General Observations and Impact on the Doctrines of Forum Non Conveniens and Forum Conveniens”, *EJLR*, Vol.4, No.1, 2002, s.91-92.

savunmada bulunabileceği bir mahkemeye gidebilmesi engellemesi itibariyle AIHS m.6/1'i ihlal edebilir.

Devletlerin milletlerarası yetki kuralları tanzim etme konusunda sahip oldukları bu yetkilerinin çeşitli mülahazalarla sınırlandırılması gerektiği günümüze kadar tartışılmalıdır. Devletlerin milletlerarası yetki kuralları tanzim etme konusunda sahip oldukları yetkinin devletler hukukuna aykırı bir şekilde kullanılıp kullanılmayacağı, özellikle “aşırı yetki kuralı” olarak ifade edilen yetki kurallarının devletler hukukuna aykırılığı olabileceği gerekçesiyle bertaraf edilmesi gerektiği anlayışı, yerini zamanla insan hakları mülahazalarına bırakmıştır. Günümüzde, dava konusu hukuki işlem veya ilişki ile veya davanın tarafları ile makul sayılabilecek, yeterli bir irtibata sahip olmayan bağlama noktalarına istinaden mahkemelere milletlerarası yetki tanınmasının davalının adil yargılanma haklarına aykırı olabileceği doktrinde giderek artan bir şekilde telaffuz edilmektedir²¹⁸. Bununla beraber, bu, milletlerarası yetkinin davanın konusu veya taraflarıyla yakın ve gerçek bir irtibata sahip olması halinde de bireylerin mahkemelere erişiminin haksız yere engellenmeyeceği anlamına gelmemektedir. Milletlerarası yetkinin gerek yakın ve gerçek bir irtibata istinaden gerekse tarafların iradesine istinaden tesis edildiği hallerde de mahkemelere ve dolayısıyla adalete erişimin engellenmesi söz konusu olabilir. Sonuç olarak, bazı ülke mahkemelerinin ve ABAD'ın birkaç kararı istisna tutulursa, mahkemeye erişim hakkı ile milletlerarası yetki hukuku arasındaki ilişki daha çok teorik nitelik arz etmektedir. Biz de çalışmamızda, doktrinde nadiren ileri sürülen fikirlerden hareketle mahkemeye erişim hakkı ile milletlerarası yetki hukuku arasındaki ilişkiyi incelemeye ve gelecekte olası bir şikâyet başvurusunda AIHM'nin nasıl değerlendirme yapabileceğini tahmin etmeye çalışacağız.

²¹⁸ Bkz.: Grolimund, **a.g.m.**, s.95-96; Ubertazzi, **a.g.e.**, s.9; Aguirre, **a.g.m.**, s.365-366; Dardağan, **a.g.e.**, s.61 vd.; Kinsch, **Droits l'homme**, s.68; Adrian Briggs, **Civil Jurisdiction and Judgments**, Sixth Edition, Informa, London 2015, s.18; Arnaud Nuyts, “Due Process and Fair Trial: Jurisdiction in the United States and in Europe Compared”, **CILE Studies, Vol.2, Private Law, Private International Law & the Judicial Cooperation in the EU-US Relationship**, Ed. Ronald A. Brand, Thomson-West, 2005, s.57-58; Peter Schlosser, “Jurisdiction in International Litigation: The Issue of Human Rights in Relation to National Law and to the Brussels Convention”, **Rivista di Diritto Internazionale**, 1991, s.22. Buna mukabil milletlerarası yetkiyle ilgili meselelerde adil yargılanmayla ilgili hakların herhangi bir etkisinin olmadığı da savunulmaktadır. Bkz.: Jonathan Hill, “The Exercise of Jurisdiction in Private International Law”, **Asserting Jurisdiction: International and European Perspectives**, Ed. Patrick Capps/Malcom Evans/Stratos Konstadinidis, Hart Publishing, Oxford 2003, s.41.

Bu kapsamda, ilk olarak milletlerarası yetki kavramının anlamı, kaynağı ve unsurlarına kısaca değineceğiz. Daha sonra, devletlerin milletlerarası yetki kuralları tanzim ederken hangi saiklerle veya menfaatlerle hareket ettiğini inceledikten sonra her devletin münhasıran sahip olduğu milletlerarası yetki kuralları tanzim etme yetkisinin ortaya çıkarabileceği problemlere ve bunların bireylerin AİHS m.6/1’de yer alan haklarına olan yansımalarına değineceğiz. Zira buradaki tespitlerimiz, çalışmamızın bu bölümünün temel kısmı olan AİHS m.6/1’in milletlerarası yetki kurallarına olan etkisinin anlaşılması bakımından yol gösterici olacaktır. Daha sonra ise, karşılaştırmalı hukuktaki ve Türk hukukundaki düzenlemeleri de dikkate alarak AİHS m.6/1’in milletlerarası yetkiyi oluşturan esaslardan hareketle başta Türk hukuku olmak üzere çeşitli ülke hukuklarında ve Brüksel Ibis Tüzüğünde yer alan milletlerarası yetki kurallarının tanzimine, yorumlanmasına ve uygulanmasına olan muhtemel etkilerini inceleyeceğiz.

B. Milletlerarası Yetki Kavramı

1. Milletlerarası Yetki Kavramı, Kaynağı ve Unsurları

Milletlerarası yetki, bir devletin kendi mahkemelerinin yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından faaliyette bulunabilme yetkisine sahip olup olmadığını veya hangi şartlar altında bu yetkiyi kullanabileceklerini ifade etmektedir²¹⁹. Kavram, yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda yabancı bir devlet mahkemesince verilen kararların coğrafi etki alanını da ifade edecek şekilde kullanılmakla beraber, genellikle belirli bir devlet mahkemelerinin yetkili olup olmadığını ifade etmek üzere kullanılmaktadır²²⁰.

Milletlerarası yetki kavramı, kaynağını devletler hukukundan alan ve yabancı unsurlu uyuşmazlıkların milletlerarası alanda taksimini öngören bir yetki sistemi varmış izlenimi yaratmakla beraber, yetkiye ilişkin hükümler içeren milletlerarası anlaşmalar dışında devletler hukukuna dayanan bir milletlerarası yetki kuralından söz etmek

²¹⁹ Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.23; Nomer, **DHH**, s.423; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, 365-366; Nomer, **Milletlerarası Yetki**, s.404; Doğan, **MÖH**, s.38; Aguirre, **a.g.m.**, s.315; Vischer, **a.g.m.**, s.202-203.

²²⁰ Nomer, **DHH**, s.423; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s.365; Doğan, **MÖH**, s.38.

mümkün değildir²²¹. Söz konusu kavram esasen, ülke içinde hangi mahal mahkemelerinin yetkili olduğunu belirleyen mahalli (ülke içi) yetki kavramının karşısı olarak kullanılmaktadır ve tıpkı yerel nitelikli davalarda ülke mahkemelerinin yetkisini belirleyen mahalli yetki kuralları gibi milletlerarası yetki kuralları da, kural olarak, her bir devletin iç hukukuna dâhildir. Dolayısıyla, buradaki “*milletlerarası*” ifadesi sadece yabancı unsurlu hukuki ilişkiye yabancıların iştirak ettiğini veya yabancı bir ülkeyle olan ilişkisini belirtmesi itibarıyla konu bakımından milletlerarası, kaynağı bakımından ise milli niteliktedir²²².

Bu bakımdan her devlet, prensip olarak, devletler hukukunun çizdiği sınırlar dâhilinde, yabancılık unsuru içeren özel hukuk uyuşmazlıklarında ülkesindeki mahkemelerin ne zaman ve hangi hallerde yetkili olacağını kendi koyduğu “*milletlerarası yetki kuralları*” vasıtasıyla tayin eder. Bu kurallar, birden fazla ülkeyle irtibatlı olan uyuşmazlığın yetki kuralının ait olduğu ülke mahkemelerinde görülüp görülemeyeceğini ifade etmektedir. Devletler, bu tür davalar bakımından kendi mahkemelerinin yetkisini re’sen düzenlemekte, başka devletlerin mahkemelerinin milletlerarası yetkilerini dikkate almamaktadır²²³. Bunun doğal sonucu olarak, her devlet birden fazla ülkeyle bağlantılı belirli bir uyuşmazlık hakkında sadece kendi mahkemelerinin hangi irtibat noktalarına göre yetkili olabileceğini kendi kanun koyucuları vasıtasıyla tespit edebilir. Devletler, sahip oldukları hukuk geleneğine veya menfaatler durumuna bağlı olarak, mahkemelerinin milletlerarası yetkisini belirlerken dava konusu uyuşmazlık veya taraflarla ülke arasında şahsi veya coğrafi anlamda belirli bir irtibatın varlığını aramaktadır. Bu bakımdan milletlerarası yetki kurallarını, yabancılık unsuru içeren özel hukuk işlem veya ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların, mahkemenin uyuşmazlığın konusu ve taraflarıyla olan yakınlığını tesis eden çeşitli kriterlere göre belirli bir yer mahkemesinde görülmesini sağlayan kurallar olarak nitelendirmek mümkündür²²⁴. Burada, belirli bir özel hukuk işlem veya ilişkisi milletlerarası yetki kuralının konusunu oluştururken, davanın konusu veya taraflarıyla ülke arasındaki yakınlığı oluşturan ve ülke mahkemelerinin yetkisini tesis eden irtibat

²²¹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.544; Doğan, **MÖH**, s.38.

²²² Nomer, **DHH**, s.423; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.18.

²²³ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.366.

²²⁴ Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.22.

noktaları ise yetki esasları veya yetkide bağlama noktaları olarak ifade edilmektedir²²⁵. Böylece, milletlerarası yetkiyi tayin eden bağlama noktasının/maddi vakıanın ülke içinde bulunması veya gerçekleşmesi halinde söz konusu ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisi tesis edilmiş olacaktır. Mahkemenin bulunduğu ülke ile yakınlığın derecesi veya kuvveti, milletlerarası yetkinin davalının ülkede geçici bir süre bulunmasına bağlandığı hallerde asgari seviyede iken, dava konusu uyuşmazlığın veya taraflardan birinin ülkeyle gerçek ve esaslı bir bağlantıya sahip olduğu hallerde azami seviyeye çıkmaktadır²²⁶. Günümüzde ise, mahkemenin bağlı olduğu ülke ile irtibat ne kadar kuvvetli ise mahkemenin de ilgili uyuşmazlığı görmek için o derecede uygun bir forum olduğu anlayışının uluslararası alanda benimsenen bir kriter olduğu belirtilmektedir²²⁷.

Devletlerin kendi mahkemelerinin hangi özel hukuk davaları bakımından hangi bağlama noktalarına göre yetkili olabileceğini serbestçe belirlemeleri, bu konuda farklı ulusal milletlerarası yetki sistemlerinin ortaya çıkmasına da sebep olmuştur. Devletler, iç hukukta yer alan yetki kurallarından ayrı, sadece yabancı unsurlu davalarda mahkemelerinin yetkisini belirleyen bir yetki sistemi tanzim edebileceği gibi, iç hukuktaki yer itibarıyla yetki kuralları yanında milletlerarası yetkiye ilişkin tamamlayıcı kurallar da koyarak karma bir milletlerarası yetki sistemi de düzenleyebilmektedir²²⁸.

Türk hukukunda yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda mahkemelerin milletlerarası yetkisi iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına tabi tutulmuştur (MÖHUK m.40). Buna göre, yer itibarıyla yetkinin tesisinde kullanılan bağlama noktaları, milletlerarası yetkinin de gerçekleşmesini sağlamaktadır. Ayrıca bazı yabancı unsurlu davalar bakımından iç hukuktaki yetki kurallarının yetersiz kalabileceğinden hareketle MÖHUK'ta bazı milletlerarası yetki kuralları tanzim edilmiştir. Bu sistem Avrupa'daki

²²⁵ Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.22.

²²⁶ Aguirre, **a.g.m.**, s.317; Veronica Ruiz Abou-Nigm, **The Arrest of Ships in Private International Law**, Oxford University Press, Oxford 2011, s.168.

²²⁷ Bkz.: Abou-Nigm, **a.g.e.**, s.168.

²²⁸ Bu konuda bkz.: Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.37 vd.; Dardağan, **a.g.e.**, s.73 vd.; Ayrıca AB üyesi ülkelerde tarafından kullanılan farklı milletlerarası yetki sistemleri için bkz: Arnaud Nuyts, **Study on Residual Jurisdiction, (Review of the Member States' Rules concerning the "Residual Jurisdiction" of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulation), General Report**, Final Version Dated 3 September 2007, s.16 vd.

bazı devletler tarafından da tercih edilse de, genellikle sadece yabancı unsurlu davalara özel bir milletlerarası yetki sistemi benimsenmektedir²²⁹. Ayrıca, milletlerarası yetki kuralları tanzim eden çeşitli uluslararası anlaşmalar ve bölgesel düzenlemeler de, devletlerin mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin kaynağını oluşturmaktadır.

2. Milletlerarası Yetkinin Tesisinde Dikkate Alınan Menfaatler

Her devlet kendi hukuk anlayışına ve korumak istediği menfaatlara göre, çeşitli bağlantıların varlığını kendi mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesisi için yeterli görebilir. Dolayısıyla mahkemelerinin yetkisini tesis ederken, dava konusu uyuşmazlığın veya taraflarının ülkesiyle olan yakınlığının derecesini çeşitli nedenlerle ve milletlerarası yetkiyle ilgili tarafların menfaatlerine bağlı olarak belirleyebilir. Örneğin, davalının ikametgâhı, uyuşmazlık ile mahkeme arasında makul bir yetki esası olarak günümüze kadar varlığını muhafaza eden bir yetki esasıdır²³⁰. O kadar ki, davalının ikametgâhı mahkemesi sadece ulusal hukuk düzenlerinde değil uluslararası düzenlemelerde de milletlerarası yetkinin tayininde kullanılan genel bir yetki kuralı olarak kullanılmaktadır²³¹. Milletlerarası yetkinin, uyuşmazlığın niteliğinden bağımsız olarak, davalının ikametgâhı mahkemesine göre tesis edilmesi, davalının diline, kurallarına ve işleyişine aşina olduğu bir ülke mahkemesinde savunma haklarını daha kolay kullanabilmesini sağlayacak olması bakımından davalının menfaatinedir. Her ne kadar kendisine uzak bir mahkemede dava açmanın, masraf ve külfet getireceğinden davacı için elverişsiz bir durum yarattığı ileri sürülse de²³², davalının bulunduğu ülkede

²²⁹ Bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.16 vd.

²³⁰ Aguirre, **a.g.m.**, s.320; Grolimund, **a.g.m.**, s.94; Andreas F. Lowenfeld, "International Litigation and the Quest for Reasonableness", **Recueil Des Cours – Collected Courses**, Vol.245, 1994, s.81; L.I. de Winter, Excessive Jurisdiction in Private International Law, **ICLQ**, Vol.17, 1968, s.716; International Law Association (ILA), Committee on International Civil Litigation and the Interests of the Public, "Final Report: International Civil Litigation for Human Rights Violations, Sofia Conference, 2012, s.29-20, (Çevrimiçi, <https://ila.vettoreweb.com/Storage/Download.aspx?DbStorageId=1118&StorageFileGuid=59f7e403-7733-4f8c-822d-e58b9be0d02b>, 16 Haziran 2017).

²³¹ Örneğin, Türk hukukunda davalının ikametgâhı mahkemesi (HMK m.6) MÖHUK m.40 hükmünün atfı gereği, yabancı unsurlu davalarda da, genel yetkili mahkeme olarak kabul edilmiştir. İsviçre hukukunda (İsviçre MÖHK m.2), Brüksel I (Recast) Tüzüğünde (m.4), davalının ikametgâhı genel yetki kuralı olarak kabul edilmiştir. Birçok Avrupa ülkesinde de davalının ikametgâhı mahkemesinin genel yetkili olduğuna dair bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.28.

²³² Ruiz Abou-Nigm, **a.g.e.**, s.173; Winter, **a.g.m.**, s.716; Grolimund, **a.g.m.**, s.95; Thalia Kruger, **Civil Jurisdiction Rules of the EU and Their Impact on Third States**, Oxford University Press, Oxford 2010, s.61-62.

verilen bir kararın daha kolay ve ucuz bir şekilde icra edilmesini veya etki doğurmasını mümkün kılması bakımından davacının da menfaati bulunmaktadır. Bu nedenlerle, davalının ikametgâhı genellikle milletlerarası yetkinin tesisinde makul ve adil bir yetki esası olarak halen tercih edilmektedir²³³.

Yine, günümüzde milletlerarası yetkinin taraf iradesine bağlı olarak tesis edilmesi de, tarafların milletlerarası yetkiye ilişkin menfaatlerini dengelemesi bakımından evrensel kabul görmüş bir yetki kriteridir. Dünya üzerindeki pek çok hukuk sisteminde ve uluslararası düzenlemelerde, belirli sınırlamalar dâhilinde, tarafların yetki anlaşması akdetmek suretiyle diledikleri ülke mahkemelerini yetkilendirebileceği kabul edilmektedir²³⁴. Yetki anlaşmaları, özellikle uluslararası ticari ve ekonomik sözleşmelerin taraflarının gelecekte ortaya çıkacak bir uyuşmazlıkta farklı ülke mahkemelerine başvurma imkânını sınırlayarak ve davanın hangi ülke mahkemesinde açılabileceğini öngörmelerini sağlayarak milletlerarası yetki konusundaki belirsizliklerin bertaraf edilmesine hizmet etmektedir²³⁵.

Bazı devlet hukukları, kendi vatandaşlarının her zaman başvurabilecekleri bir yetkili mahkeme bulundurmak amacıyla davacının veya davalının vatandaşlığını bağlama noktası olarak kabul etmektedir. Fransız hukukunda mahkemelerin yetkisini davacının veya davalının Fransız vatandaşı olmasına bağlayan Fransız MK m.14 ve 15 hükümleri bunun en bilinen örneğidir. Devletlerin sadece kendi vatandaşlarının menfaatlerine önem vererek muhtemel davacı veya davalıların menfaatlerini ikinci plana atmaları nedeniyle bu tür yetki kuralları makul olmaktan uzak, aşırı olarak nitelendirilmektedir. Dolayısıyla, bu tür yetki esasının kabul edildiği ülkelerde yabancılar ile vatandaşlar arasında usuli bir eşitliğin dolaylı olarak reddedildiği

²³³ Aguirre, **a.g.m.**, s.325; Lowenfeld, **a.g.m.**, s.81.Thalia Kruger, “The Quest for Legal Certainty”, **Recueil Des Cours – Collected Courses**, Vol.380, 2015, s.407.

²³⁴ Örneğin bkz.: HMK m.18 vd; İsviçre MÖHK m.5, Brüksel I (Recast) Tüzüğü, m.25; Yetki Anlaşmalarına dair 2005 tarihli La Haye Sözleşmesi m.5. Ayrıca bkz.: International Law Association (ILA) Committee on International Civil and Commercial Litigation, “Third Interim Report: Declining and Referring Jurisdiction in International Litigation”, London Conference, 2000, s.5, (Çevrimiçi, <https://ila.vettoreweb.com/Storage/Download.aspx?DbStorageId=1114&StorageFileGuid=227a0f15-82e4-4192-956f-039733125033>, 16 Haziran 2017).

²³⁵ Vischer, **a.g.m.**, s.207; Fügen Sargin, **Milletlerarası Usûl Hukukunda Yetki Anlaşmaları**, Yetkin, Ankara 1996, s.38-39; Ulrich Magnus/Peter Mankowski/Ulrich Magnus, **Brussels Ibis Regulation (2016)**, Article 25, Ed. Ulrich Magnus/Peter Mankowski, Verlag, Köln, 2016, s.592.

belirtilmektedir²³⁶. Aşağıda inceleyeceğimiz üzere, davanın konusunun veya taraflarının ülkeyle olan irtibatın dikkate alınmayan bu tür yetki kuralları aşırı olarak nitelendirilmekte²³⁷ ve bazı hallerde AİHS m.6/1'ne aykırı olabileceği belirtilmektedir²³⁸. Yine, davacının ikametgâhı veya mutad meskenine dayanan bir yetki kuralı, davalıyı davacının yargı alanına çekmesi nedeniyle davalının menfaatlerini gözetmekten, dolayısıyla makul ve adil bir yetki esası olmaktan uzak görünmektedir. Ancak aile hukuku karakterli bazı davalarla işçi, sigortalı veya tüketici gibi hukuki ilişkilerin zayıf tarafını korumak gayesiyle gerek ulusal mevzuatlarda gerekse uluslararası metinlerde tercih edilen bir yetki esasıdır²³⁹. Böylece, maddi hukuk ve kanunlar ihtilafı hukuku alanında kendini gösteren zayıf tarafların korunması anlayışı, kendini milletlerarası yetki alanında da göstermektedir. Benzer şekilde, devletler insan hakları mülâhazaları nedeniyle bazı hallerde milletlerarası yetki kuralı tanzim etme yoluna gidebilmektedir. Örneğin, mevcut milletlerarası yetki kurallarına istinaden davacının ülke içinde iddiasını ileri sürebileceği yetkili bir mahkemenin bulunmadığı ve davacının başka bir ülkede dava açmasının imkânsız olduğu veya makul olarak kendisinden beklenemeyeceği durumlarda, adaletin yerine getirilmesinin bir gereği olarak, zorunluluğa dayanan istisnai bir yetki kuralı (*forum necessitatis*) getirilmektedir²⁴⁰.

İşte devletler, yabancı unsurlu uyuşmazlıkların çözümünde belirli kategorideki kişileri korumak gayesiyle veya insan hakları mülâhazalarıyla çeşitli yetki kuralları tanzim edebilmektedir. Bununla beraber, milletlerarası yetki kurallarının her iki tarafın milletlerarası yetkiye ilişkin menfaatlerinin tam olarak karşılayacak esaslara bağlanması gerektiği belirtilmektedir²⁴¹. AİHS m.6/1 mahkemelere etkili ve adil bir

²³⁶ Vischer, **a.g.m.**, s.205.

²³⁷ Bkz.: Brüksel Tüzüğü Ek 1.

²³⁸ Aguirre, **a.g.m.** s.350. Bu konuda ayrıca bkz.: Dardağan, **a.g.e.**, s.62-63.

²³⁹ Vischer, **a.g.m.**, s.211; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.50. Türk hukukunda yabancı unsurlu nafaka davalarında (MK m.177) davacının ikametgâhının bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi kabul edilmiştir. Yabancı unsurlu boşanma ve ayrılık davalarında (MK m.168) davacı eşin kendi ikametgâhı mahkemesinde dava açabilecektir. Yine, MÖHUK'ta zayıf akit taraf olan işçi, tüketici ve sigortalıların ikametgâhı veya mutad meskeni mahkemelerinin milletlerarası yetkiye sahip olduğu açıkça kabul edilmiştir (m.44-46). Brüksel I (Recast) Tüzüğünde benzer nitelikte koruyucu yetki hükümlerine yer verilmiştir (m.10-23).

²⁴⁰ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.372; Vischer, **a.g.m.**, s.204; Aguirre, **a.g.m.**, s.329-330; Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.63.

²⁴¹ Grolmund, **a.g.m.**, s.93, 116-117.

erişimin güvence altına alınması, asgari seviyede de olsa, yabancı unsurlu bir davanın her iki tarafının milletlerarası yetkiye ilişkin menfaatlerini koruyan yetki sistemi tanzim etmeyi gerekli kılmaktadır²⁴². Dolayısıyla, milletlerarası yetki kurallarının taraflardan birinin haklarını diğerine tercih edilmeyerek, her iki tarafın menfaatleri arasında bir denge sağlanarak tanzim edilmesi ve uygulanması gerektiği söylenebilir.

Milletlerarası yetki kurallarının tarafların her ikisine de mümkün mertebe eşit mesafede tanzim edilmesinde tarafların menfaati bulunsa da, devletin ülkesi üzerinde hukuk düzenini ve güvenliği sağlama konusunda sahip olduğu menfaat göz ardı edilmemelidir²⁴³. Devletler yabancı unsurlu davalarda mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis ederken bir taraftan bireylerin adil yargılanmaya ilişkin haklarını da etkileyebilecek olan yetkiye ilişkin menfaatlerini dengelemeye çalışırken diğer taraftan ülkesindeki kişiler arasında cereyan eden tüm davalarda adalet hizmetlerini de sağlıklı bir şekilde yerine getirmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi ise, AİHM'nin de zikrettiği üzere, devletin mali imkânları nispetinde mümkündür ve devlet yargılama kuralları vasıtasıyla bireylerin adalet taleplerine meşru amaçlarla ve ölçüsüz olmamak kaydıyla sınırlamalar getirebilir. Bu bakımdan, bireylerin adalete erişim hakları ile devletlerin adalete erişim sağlama yükümlülükleri, nitelikleri gereği belirli bir sınırlamayı bünyesinde barındırmaktadır. Dolayısıyla, bir devletin mahkemelerini milletlerarası yetki kuralları vaz etmeyerek veya çok geniş ve esnek yetki kuralları vaz ederek yeryüzündeki tüm bireylerin kullanımına sunması teorik olarak mümkün olsa da, pratik olarak mümkün değildir. Böyle bir durum, devletin esasen ülkesiyle şahsi veya coğrafi bağlantıları olan kişilerin adalet taleplerini karşılayamaması sonucunu doğuracaktır. Ayrıca, mahkemelerin ülkesiyle şahsi veya coğrafi bağlantısı olmayan, dolayısıyla ülke içerisinde hukuki sonuçlar doğurma ihtimali olmayan veya çok az olan uyuşmazlıklar hakkında karar vermesinin, zaman ve masraf kaybına yol açmak dışında, pratik bir faydası da bulunmamaktadır²⁴⁴. Hatta ülkeyle çok zayıf irtibatlarla dayanan yetki kurallarına istinaden yetki kazanan mahkemelerin verdiği kararların diğer devlet mahkemelerince tanınmama veya tenfiz edilmeme suretiyle uluslararası etkililiğini

²⁴² Grolimund, **a.g.m.**, s.94, 116.

²⁴³ Bkz.: Dardağan, **a.g.e.**, s.75.

²⁴⁴ Dardağan, **a.g.e.**, s.76.

olumsuz yönde etkileyebilecektir²⁴⁵. Diğer bir ifadeyle, devletin mahkemeleri vasıtasıyla ülkesi içerisinde hukuk düzenini ve hukuk güvenliğini koruma konusundaki menfaati uyuşmazlığın ülkeyle olan ilişkisine bağlı olarak daha yoğun veya daha az olabilecektir²⁴⁶. Bu da doğal olarak, devletin mahkemelerine etkili ve adil bir erişim sağlama konusundaki yükümlülüğünün kapsamının daralması, dolayısıyla bireylerin yetkiye ilişkin menfaatlerinin/haklarının sınırlanması sonucunu doğurabilmektedir.

3. Devletlerin Milletlerarası Yetki Kurallarını Serbestçe Belirleme Yetkisinin Milletlerarası Yetki Hukukunda Ortaya Çıkarılabileceği Sorunlar ve Bunların AİHS m.6/1'e Olan Muhtemel Etkileri

Devletler, arka planında ülkesindeki tüm bireylerin adalet taleplerini uygun ve etkili bir şekilde yerine getirme anlayışının yattığı çeşitli mülahazalarla yabancı unsurlu davalar bakımından da yetki kuralları tanzim etme yoluna gitmektedir. Milletlerarası yetki kurallarını diledikleri gibi belirleme yetkisine sahip olan devletler, doğal olarak, belirli bir hukuki ilişkinin ülkeyle olan bağlantısının kendi mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis etmek için yeterli olup olmadığına da serbestçe karar vermektedir²⁴⁷. Dolayısıyla, yabancı unsurlu davalarda mahkemelerini bireylerin kullanımına ne derecede açacağını, davanın konusu veya taraflarının ülkeyle olan yakınlık derecesine bağlı olarak kendileri belirlemektedir. Ülkelerin milletlerarası yetki kurallarını belirlemekte serbest olmaları, evrensel kabul görmüş bazı yetki esasları dışında, milletlerarası yetki kuralları arasında uluslararası bir yeknesaklığın sağlanmasını da önlemektedir²⁴⁸. Dolayısıyla, bir devlet bir hukuki uyuşmazlık bakımından ülkesiyle gerçek ve yakın bir irtibatın varlığını ararken, diğer bir devlet aynı uyuşmazlık için ülkesiyle çok zayıf, geçici ve uyuşmazlığın hukuki niteliğini göz ardı eden bir bağlantıyı mahkemelerinin yetkisi için yeterli kabul edebilmektedir. Bu bakımdan, milletlerarası yetkinin tesisinde kullanılan bağlantıların ülkeyle olan

²⁴⁵ Hill, **a.g.m.**, s.56; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.540.

²⁴⁶ Vischer, **a.g.m.**, s.203. Bu konuda ayrıca bkz.: Dardağan, **a.g.e.**, s.75-76.

²⁴⁷ Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.48; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.328-329, 366; Diego P. Fernandez Arroyo, "Exorbitant and Exclusive Grounds of Jurisdiction in European Private International Law: Will They Ever Survive?", **Festschrift für Erik Jayme**, Band I, Ed. Heinz-Peter Mansel, Thomas Pfeiffer, Herbert Kronke, Sellier, München 2004, s.169.

²⁴⁸ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.367.

yakınlığının veya yoğunluğunun ülkeden ülkeye değişmesi, milletlerarası yetki hukukunda davacıların veya davalıların mahkemelere etkili bir şekilde erişimini engelleyebilecek pek çok hukuki problemin kaynağını teşkil etmektedir. Ayrıca, devletlerin bağlı oldukları hukuk anlayışları da, devletlerin mahkemelerinin milletlerarası yetkilerini hangi uyuşmazlıklar bakımından ve ülkeyle ne derecede yakın ve yoğun bir irtibata istinaden kullanabileceklerini etkileyebilmektedir²⁴⁹. Bu konuda, aşağıda değineceğimiz üzere, Kıta Avrupası hukuk anlayışının cari olduğu ülkelerle Anglo-Amerikan hukuk sistemleri arasındaki farklılık, kendini milletlerarası yetki alanında da hissettirmektedir. Sonuç olarak, bir devletin milletlerarası yetki kurallarının tanzim etmesinden mahkemelerinin bu kurallara istinaden yetkili olup olmadıklarına ilişkin tasarruflarına kadar AIHS m.6/1'in ihlal edilmesiyle sonuçlanabilecek birçok hukuki problem ortaya çıkabilir.

Devletlerin mahkemelerinin milletlerarası yetkilerini tesis ederken gerek yetki kuralının konusunu gerekse yetkide bağlama noktalarını belirlemekte serbest olmaları ve bazı hallerde dava konusuyla veya davalıyla olan bağlantısını çeşitli nedenlerle göz ardı etmeleri, birden fazla devletin mahkemelerin aynı uyuşmazlık bakımından milletlerarası yetkiye sahip olması veya yetkili hiçbir mahkeme bulunmaması sonucunu ortaya çıkarabilir. İlk durumda, aynı uyuşmazlık için dünya üzerinde birden fazla devletin mahkemesinin milletlerarası yetkiye sahip olması, *pozitif yetki çatışması* olarak nitelendirilmektedir²⁵⁰. Dolayısıyla bu durum, davacının birden fazla ülke mahkemesinden menfaatlerine en uygun olduğunu düşündüğü ülke mahkemesini seçme imkânı sağlaması itibarıyla *forum shopping*'e yol açabilecektir²⁵¹. Tamamen davacının tercihinin kalmış böyle bir durumda, davacının başvurduğu bu mahkemenin milletlerarası yetkisini tesis eden irtibatın niteliği önem arz etmektedir. Bu noktada, davanın konusu veya taraflarının ülkeyle olan yakınlığının derecesine bağlı olarak iki ihtimal ortaya çıkmaktadır.

İlk olarak, mahkemenin yetkisinin dava konusu veya taraflarla makul veya yeterli bir irtibata istinaden tesis edilmesi söz konusu olabilir. Ülkeyle uyuşmazlık arasındaki

²⁴⁹ Hill, **a.g.m.**, s.57.

²⁵⁰ Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.193-194.

²⁵¹ Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.264; Nomer, **DHH**, s.494.

irtibatı bu şekilde tesis eden yetki kuralları, “*olağan yetki kuralı*” olarak nitelendirilmekte ve davalının adil yargılanma haklarını gözetmesi itibariyle doğal hâkim ilkesine uygun olarak kabul edilmektedir²⁵². Milletlerarası yetki hukukunda ideal yetki tesisi olarak kabul edilmekle beraber, bu tür yetki kurallarının tatbik edilebilmesi için başka irtibat veya koşulların getirilerek milletlerarası yetkinin katı bir şekilde belirlenmesi de söz konusu olabilir. Esasen muhtemel davalının menfaatine olan böyle bir durumda çok katı bir bağlantının aranması, milletlerarası yetkinin tesisinde aşırıya kaçmak anlamına da gelebilir ve mahkemelerin milletlerarası yetkisinin nadiren gerçekleşmesine yol açabilir²⁵³. Bu da, doğal olarak, davacının ülke mahkemesine gereksiz yere erişememesine neden olabilir. İkinci olarak, davanın konusuyla veya davalıyla geçici, zayıf ve sübjektif bir irtibata sahip olan, dolayısıyla makul ve adil olarak nitelendirilmeyen bir yetki esasına göre mahkemenin milletlerarası yetkiye sahip olması söz konusu olabilir. Milletlerarası yetkiyi bu şekilde tesis eden yetki kuralları “*aşırı yetki kuralı*” olarak nitelendirilmektedir²⁵⁴. Milletlerarası yetkinin aşırı yetki teşkil edecek şekilde tesis edilmesi veya kullanılması davacıya nazaran kendine avantaj sağlayacak bir yargı merciine gitme imkânı yaratmaktadır. Dolayısıyla, davacı karşısında davalının savunma haklarını etkin bir şekilde kullanabileceği, doğal mahkemesi olarak nitelendirilebilecek bir mahkemeye ulaşmasını zorlaştırmakta veya engellemektedir. Oysa adil bir yargılamanın önkoşulu olan mahkemeye erişim hakkı, sadece davacının milletlerarası yetkili bir mahkemeye etkili bir şekilde erişebilmesini değil, davalının da davacı karşısında kendisine usuli dezavantaj yaratabilecek ve savunma haklarını kullanmasını engelleyebilecek aşırı veya uygun olmayan yetki kurallarından korunmasını da güvence altına almaktadır²⁵⁵. Bu nedenle, pek çok Avrupa devletinin hukuklarında yer alan bu tür yetki kurallarının meşruiyeti geçmişten beri sorgulanır olmuştur. Bu sorgulamanın dayanağını ise, günümüzde büyük ölçüde davalının adil yargılanma hakları oluşturmaktadır. Devletler de, aşırı yetki kurallarının davalılar açısından yaratabileceği sakıncaları bertaraf etmek amacıyla çeşitli çözüm yolları geliştirerek bu tür kuralların uygulanmasını sınırlama veya etkilerini hafifletme

²⁵² Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.80.

²⁵³ Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.48.

²⁵⁴ Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.80; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.375; Vischer, **a.g.m.**, s.211.

²⁵⁵ Nuyts, **Due Process**, s.60; Dardağan, **a.g.e.**, s.62.

yolunu tercih etmiş, ancak hiçbir zaman bu tür yetki kurallarını tamamen ortadan kaldırma yoluna gitmemiştir. Bu nedenle, ulusal mevzuatlarda halen yer alan aşırı yetki kurallarının veya mevcut yetki kurallarının aşırı yetki teşkil edecek şekilde kullanılması probleminin adil yargılama doktrinini veya söz konusu doktrinin bu yetki kurallarını nasıl etkileyebileceği meselesi, milletlerarası yetki alanında çözülmesi gereken problemlerden birini, dolayısıyla çalışmamızın bu kısmının önemli konularından birini teşkil etmektedir.

İkinci olarak, pozitif yetki çatışması, konusu, sebebi ve tarafları aynı olan uyuşmazlıkların aynı anda milletlerarası yetkiye sahip farklı ülke mahkemelerinde görülmesine neden olabilir. Böyle bir durum, yerel nitelikli davalardan farklı olarak, dünya üzerinde birbiriyle çelişen kararlar ortaya çıkması, tarafların zaman ve masraf kaybına yol açması, gereksiz iş yüküne neden olması gibi çeşitli sorunlara yol açabilir²⁵⁶. Böyle bir durumda, bir devlet mahkemesinin diğer bir devlet mahkemelerinde görülmekte olan derdest dava lehine yetkisizlik kararı verip veremeyeceği meselesi, davacının derdestlik kararı veren mahkemeye erişiminin ölçsüz bir şekilde engellenip engellenmediği, bunun ihkak-ı haktan imtina ve AIHS m.6/1'in ihlali sonucu doğurup doğurmadığı sorularını da beraberinde getirmektedir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, bu problemlerin çözümü konusunda devletler, kendi hukuk anlayışlarına bağlı olarak, çeşitli kurallar veya doktrinler vasıtasıyla çözümler getirebilmektedir. Örneğin, Anglo-Amerikan hukuk anlayışının cari olduğu İngiliz hukukunda, gerek milletlerarası yetkinin aşırı yetki teşkil edecek bir şekilde tesis edildiği hallerde gerekse derdest davaların varlığı nedeniyle ortaya çıkabilecek milletlerarası yetki problemlerinin çözümü için *forum non conveniens* doktrini geliştirilmiştir. İngiliz hukukunda davalıya İngiltere'de geçici olarak bulunduğu sırada tebligat yapılması İngiliz mahkemelerinin yetkisini tesis etmek için yeterli olup, dava ile mahkeme arasında başka bir bağlantının varlığı aranmamaktadır. Milletlerarası yetkinin sadece bir usuli işlemle gerçekleştiği ve zayıf veya geçici bağlantılara göre tesis edildiği bu hallerde, mahkemelere adaletin tecellisi için davayı görmeye açıkça

²⁵⁶ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.435; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.194; Ziya Akıncı, **Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik**, Seçkin, Ankara 2002, s.24-25.

daha elverişli bir mahkemenin varlığı halinde kendilerini uygun olmayan forum (forum non conveniens) olarak kabul edebilme yetkisi tanınmıştır²⁵⁷. Yine, benzer şekilde, aynı davanın yabancı bir ülkede açılmış olduğu hallerde de mahkemeler yabancı mahkemenin daha uygun bir forum olması halinde kendi yetkisinden feragat edebilmektedir. Dolayısıyla, İngiliz mahkemelerinin bu tür tasarrufları doğal olarak davacının mahkemeye erişimine müdahale anlamına gelecektir ve bunun bir ihlale yol açıp açmayacağı olaydan olaya her zaman değişebilecektir.

Milletlerarası yetkinin belirlenmesinin belirli şartlar dâhilinde hâkimlerin takdir yetkisine bırakıldığı İngiliz hukukundan farklı olarak, birçok ülke hukukunda ve AB üyesi devlet mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis eden Brüksel Ibis Tüzüğünde milletlerarası yetki sisteminin birbiriyle entegre olan birçok katı ve sabit yetki kurallarıyla (hard and fast rules) düzenlendiğini söylemek mümkündür²⁵⁸. Genel bir şekilde ifade etmek gerekirse, davalının ikametgâhının genel yetki kuralı²⁵⁹ olarak kabul edildiği bu sistemlerde, yetki anlaşmasına²⁶⁰ ve davalının davaya katılmasına (yetki itirazında bulunmamasına)²⁶¹ dayanan yetki esasları yanında, sadece dava konusu uyuşmazlık ile mahkeme arasında irtibata dayanan özel yetki kuralları²⁶² tanzim edilmiştir. Eğer, mahkemenin yetkisini tesis eden ilgili irtibat noktası ülke içerisinde herhangi bir yerde bulunmakta ise, artık o ülke mahkemesinin milletlerarası yetkisi tesis edilmiş olmaktadır ve artık davayı yetkisizlik gerekçesiyle reddetmesi mümkün değildir. Bu bakımdan, ulusal hukuklardaki yetki kuralları aşırı yetki teşkil edecek şekilde tanzim edilmiş olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir²⁶³. Davalının ikametgâhının herhangi bir üye devlette bulunması halinde uygulanabilen Brüksel I (Recast) Tüzüğü, üye devletlerin ulusal yetki sistemlerinde yer alan aşırı yetki kurallarını uygulamalarını yasaklamıştır.

²⁵⁷ Dicey/Morris/Collins, **a.g.e.**, s.464-465; Kruger, **a.g.e.**, s.280-281.

²⁵⁸ Aynı yönde bkz.: Hill, **a.g.m.**, s.57.

²⁵⁹ HMK m.6 ve m.9, İsviçre MÖHK m.2, Brüksel I (Recast) Tüzüğü, m.4.

²⁶⁰ HMK m.17-18; İsviçre MÖHK m.5, Brüksel I (Recast) Tüzüğü m.25.

²⁶¹ HM m.19; İsviçre MÖHK m.6, Brüksel I (Recast) Tüzüğü m.26.

²⁶² Örneğin, sözleşmelerden doğan davalarda sözleşmenin ifa yeri (HMK m.10, Brüksel I (Tüzüğü m.7/1); haksız fiillere ilişkin davalarda haksız fiilin gerçekleştiği veya zararın gerçekleşebileceği yer (HMK m.16, Brüksel I Tüzüğü m.7/2) gibi.

²⁶³ Hill, **a.g.m.**, s.58.

Yine, davanın daha önce başka bir üye devlet mahkemesinde açılmış olması prensibine dayanan katı bir derdestlik kuralı, derdest davaların yaratabileceği sorunları da engellemektedir. Bununla beraber, davalının ikametgâhının üye devlet ülkelerinden birinde olmadığı durumlarda veya Türkiye gibi AİHS'ne taraf olan ülkelerde var olan aşırı yetki kurallarının uygulanması halinde bireylerin usuli haklarının zedelenmesi ihtimali her zaman mümkündür. Yine, AİHS'ne taraf olan devletlerden bazılarında milletlerarası derdestlik çeşitli koşullarla kabul edilmişken bazılarında açık bir hüküm bulunmamakta veya bazı uyuşmazlıklar bakımından kabul edilmektedir²⁶⁴. Netice itibarıyla, ulusal veya uluslararası düzenlemelerdeki farklılıklar da eklendiğinde, mahkemeye erişim hakkına milletlerarası yetkinin objektif esaslara göre tayin edilmesi suretiyle getirilen sınırlamaların söz konusu hak için aranan asgari standartları karşılayıp karşılamadığı önem arz etmektedir.

Devletlerin mahkemelerin yetkisini tesis ederken farklı irtibatlardan hareket etmeleri, sadece pozitif yetki çatışmasına değil, belirli bir uyuşmazlık bakımından yeryüzünde herhangi bir yetkili mahkemenin bulunmaması gibi bir durumun ortaya çıkmasına, diğer bir ifadeyle *negatif yetki çatışmasına*, teorik de olsa, neden olabilir²⁶⁵. Bununla beraber, ülke üzerinde milletlerarası yetkili bir mahkemenin bulunmamasına rağmen söz konusu uyuşmazlığın başka bir ülkede dava konusu yapılamaması söz konusu olabilir. Bu durum, bireylerin savaş veya doğal felaketler nedeniyle ortaya çıkan imkânsızlıklar nedeniyle milletlerarası yetkili diğer ülke mahkemelerine başvuramamalarından kaynaklanabileceği gibi, gerçekten davanın açılabilmesi milletlerarası yetkiye sahip bir ülke mahkemesinin bulunmamasından da kaynaklanabilir. Günümüzde pek çok devlet, sırf AİHS m.6/1'in olası ihlalden kaçınmak amacıyla, belirli şartlar dâhilinde zorunluluğa dayanan bir yetki (*forum necessitatis*) tesisi yoluna gitmektedir. Sadece uluslararası hukukun değil AİHS m.6/1'in de devletlere somut olarak ihkak-ı haktan imtina etmeyi yasakladığı göz önüne

²⁶⁴ Bazı ülkelerde milletlerarası derdestliğe ilişkin herhangi bir kural bulunmamakta veya uluslararası bir anlaşmanın öngörmesi halinde uygulanmakta, bazı ülkelerde ise belirli şartlarla kabul edilmektedir. Bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.76-77. Türk hukukunda ise ne MÖHUK'ta ne de HMK'da milletlerarası derdestliğe ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakta, MÖHUK m.41 ve m.47 hükümlerinin mahiyetinden hareketle derdestliğin kabul edildiği belirtilmektedir. Bkz.: Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.624-626; Nomer, **DHH**, s.492-493; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.438.

²⁶⁵ Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.104-105.

alındığında, AİHS m.6/1 uyarınca, devletlerin bu tür durumlara özgü istisnai bir yetki kuralı vaz etme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığının veya hangi şartlar altında böyle bir yükümlülüğünün doğabileceğinin incelenmesi gerekmektedir.

Milletlerarası yetkinin devletler tarafından sadece dava konusu veya taraflara bağlı olarak objektif bir şekilde tesis edildiği hallerde değil, tarafların kendi iradeleriyle bir ülke mahkemesinin yetkisini kabul ettikleri hallerde de adil yargılanma hakkının gereklerine riayet edilmesi gerekmektedir. Bu AİHS m.6/1'in gereği olarak hem yetki anlaşmasıyla seçilen mahkeme bakımından, hem de yetki anlaşmasına rağmen kendisine müracaat edilen yetkili diğer bir devlet mahkemeleri bakımından geçerlidir. Şüphesiz ki, taraflar yetki anlaşması akdetmek suretiyle dünya üzerinde belirli mahkemeleri olası uyuşmazlıkları bakımından yetkili kılarak, belirli mahkemelere erişimlerini kendi iradeleriyle önceden sınırlayabilir. Kural olarak, her devlet hangi şartlar altında bu tür anlaşmaların kendi mahkemelerinin yetkisini tesis edebileceğini belirlemekte serbesttir. Bununla beraber, taraflar arasında eşitlik ilkesini gözetmeksizin akdedilen bir yetki anlaşmasının varlığı, bazı hallerde taraflardan birinin savunma haklarını etkili bir şekilde kullanabileceği bir mahkemeye ulaşabilme hakkını tamamen ortadan kaldırabilir veya zorlaştırabilir. Yine, yetki anlaşmasıyla yetkilendirilen yabancı bir mahkemenin yetkisizlik kararı vereceğinin kesin olmasına veya adil bir yargılamanın gerçekleşmesinin mümkün olmamasına rağmen, devletlerin söz konusu anlaşmanın varlığı nedeniyle davacıların kendi mahkemelerine erişimlerini yetkisizlik gerekçesiyle engellemesi de mahkemeye erişim hakkına müdahale, hatta hal ve şartlara göre ihlal sonucunu doğurabilir.

Netice itibariyle, devletlerin gerek milletlerarası yetkilerini kullanıp kullanmayacakları gerekse hangi irtibat noktalarına istinaden bunu kullanacaklarını belirlemede tamamen serbest olmaları, milletlerarası yetki kurallarından kaynaklanan pek çok hukuki problemin ortaya çıkmasına sebep olabilecektir. Uluslararası kabul görmüş ve tüm devletler için bağlayıcı, her yetki konusunu belirli bir ülke mahkemesine bağlayan bir devletler arası yetki bölüşümü olmadığı müddetçe bu tür problemlerin ulusal mahkemeler önüne gelmesi ve bireylerin adil yargılanma haklarının ihlal edildiği iddialarının gündeme gelmesi kaçınılmaz görünmektedir. Bu bakımdan, devletler

milletlerarası yetki sistemlerini ister önceden belirlenmiş soyut, katı ve sabit kurallarla isterse mahkemelerinin takdirine bağlı aşırı veya oldukça geniş yetki kurallarıyla belirlemiş olsun, bu problemlerin hem tarafların hem de devletin menfaatlerini gözetilerek dengelenmesinde insan hakları mülahazaları belirleyici olacaktır. Başka bir deyişle, adil yargılanmaya ilişkin ilke ve değerler, devletlerin milletlerarası yetki alanında getirmiş olduğu belirli kural ve doktrinleri, tarafların AİHS m.6/1'den kaynaklanan haklarını etkilediği ölçüde, değiştirmeye veya tamamen kaldırmaya sevk edebilecektir. Aşağıda, ulusal ve uluslararası düzenlemeleri de dikkate alarak AİHS m.6/1'in milletlerarası yetkiyi oluşturan esaslardan hareketle başta Türk hukuku olmak üzere çeşitli ülke hukuklarında ve Brüksel I Tüzüğünde yer alan milletlerarası yetki kurallarının tanzimine, yorumlanmasına ve uygulanmasına olan muhtemel etkilerini inceleyeceğiz.

C. AİHS m.6/1 ile Milletlerarası Yetki (Kuralları) Arasındaki İlişkinin Dayanağı

Daha önce de belirttiğimiz üzere, AİHS m.1 hükmü, bir taraf devlete kendi yetki alanına giren bireylerin AİHS'nde yer alan hak ve özgürlüklerini güvence altına alma yükümlülüğü yüklemektedir. Bu yükümlülük, mahkemeye erişim hakkından verilecek kararın icrası da dâhil olmak üzere, o mahkemece yapılacak yargılama faaliyetine ilişkin usuli güvenceleri teminat altına alan AİHS m.6/1 hükmü bakımından da geçerlidir. Adil yargılanma hakkı bireylerin adalete erişimlerini korumayı, böylece devletlerin ihkak-ı haktan imtina etmelerini engellemeyi amaçlamaktadır. AİHM de, bu amacın gerçekleşmesi için bireylerin AİHS m.6/1'de yer alan haklarını pratik ve etkili bir şekilde kullanabilmeleri gerektiğinden hareket ederek söz konusu maddenin devletlere bu konuda çeşitli düzenlemeler yapmayı gerektirdiğini ve devletlerin bu konuda belirli bir takdir marjına sahip olduğunu belirtmiştir. Devletin AİHS m.6/1'deki yükümlülüklerini yerine getirmesi, öncelikle davacıların kendi mahkemelerine (doğal forumlarına) etkili bir şekilde erişim imkânı sağlamakla başlamaktadır. Bir davacının söz konusu hakkının sınırını ise, karşı tarafın adil bir yargılanma elde edebileceği bir mahkemeye erişim hakkının yanı sıra devletin adalet hizmetlerinin sağlıklı ve etkin bir

şekilde işleyişini sağlama konusundaki menfaatleri oluşturmaktadır²⁶⁶. Dolayısıyla, yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarında hem davacıların iddialarını ileri sürebilecekleri hem davalıların hukuki dinlenilme haklarını etkin bir şekilde kullanabilecekleri bir mahkemeye etkili bir şekilde erişebilmesini sağlayacak kuralların tanzim edilmesi ve uygulanması gerekmektedir. Bunun kapsamına, doğal olarak, milletlerarası yetki kuralları ile mahkemelerin milletlerarası yetkisini etkileyen diğer usul kuralları da girmektedir. Milletlerarası yetkinin bu kurallara istinaden belirlenmiş olması halinde mahkemeye erişim sağlanmış olacak, aksi halde mahkemeye erişim engellenmiş olacaktır. Peki, AIHS m.6/1 hükmü, milletlerarası yetki kurallarının tatbiki suretiyle ortaya çıkan ulusal mahkeme tasarruflarına da uygulanabilir mi?

Doktrinde, genel olarak AIHS m.6/1'in özel olarak da mahkemeye erişim hakkının milletlerarası yetkiye ilişkin konularda da uygulanabilir olduğu, söz konusu hakkın devletlerin milletlerarası yetkiye ilişkin kurallarını ve uygulamalarını etkileyebileceği geçmişten beri kabul edilmektedir²⁶⁷. Bununla beraber, mahkemeye erişim hakkının milletlerarası yetkiye ilişkin kurallar ve doktrinlerle olan ilişkisi, genellikle teorik olarak ve sadece bazı konulara münhasıran²⁶⁸ ele alınmıştır. Hiç şüphesiz böyle bir görüşün ileri sürülmesinde, AIHM'nin bir taraf devlet mahkemesi tarafından herhangi bir milletlerarası yetki kuralının tatbiki nedeniyle adil yargılanma hakkına müdahale edilip edilmediğini veya bu müdahalenin hangi koşullarda bir ihlal sonucu doğurabileceğini incelediği belirleyici bir içtihadının olmaması da rol oynamıştır.

Buna mukabil, doktrinde adil yargılanma doktrininin milletlerarası yetkiye herhangi bir etkisinin olmadığı ve olamayacağı da ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre,

²⁶⁶ Bu bakımdan, milletlerarası yetki kuralları tanzim edilmek ve tatbik edilmek suretiyle mahkemeye erişim engellenmesinin büyük ölçüde meşru amaca sahip olacağı söylenebilir.

²⁶⁷ Nuyts, **Due Process**, s.57; Fawcett, **The Impact of Art.6(1)**, s.3 vd; Schlosser, **a.g.m.**, s.16; Dardağan, **a.g.e.**, s.61 vd; Grolimund, **a.g.m.**, s.91 vd.; Kinsch, **Droits de l'homme**, s.44-45; Briggs, **Civil Jurisdiction**, s.18-19; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.94-95; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.333-334; Kaya, **a.g.e.**, s.229; James J. Fawcett/ /Máire Ní Shúilleabháin/Sangeeta Shah, **Human Rights and Private International Law**, Oxford University Press, Oxford 2016, s.36; Helene van Lith, **International Jurisdiction and Commercial Litigation**, TMC Asser Press, The Hague, 2009, s. 465 vd.

²⁶⁸ Örneğin, aşırı yetki kurallarının uygulanmasının veya bazı yetki kurallarının aşırı yetki teşkil edecek şekilde uygulanmasının davalının savunma haklarını ihlal edebileceği ile ilgili olarak bkz.: Nuyts, **Due Process**, s.57; Dardağan, **a.g.e.**, s.63.

AİHS m.6/1 hükmü mahkemelere erişim hakkını içeriyor olmasına rağmen, hükmün lafzının sadece yasal prosedürlerin işletilmesi usulüyle ilgili olduğu, yargılamanın nerede gerçekleşeceğiyle hiçbir ilgisinin olmadığı belirtilmektedir Dolayısıyla, AİHS m.6/1'in bir mahkemenin milletlerarası yetkisini kullanma(ma)sına herhangi bir etkisi olmayacağı kabul edilmektedir²⁶⁹.

Diğer yandan, AİHM'nin mahkemeye etkili bir erişimi adil bir yargılamanın temel unsuru olarak kabul ettiğini ve Sözleşme haklarının pratik ve etkili bir şekilde kullanılması ilkesini göz ardı etmemek gerekir²⁷⁰. Mahkemeye etkili erişim hakkı, bireylerin söz konusu hakkı kullanabilmelerini gereksiz yere engelleyen hukuki ve fiili engelleri ortadan kaldırmayı gerektirmektedir. Dolayısıyla, yargı bağımsızlığı, adli yardım gibi konularda içtihaden ortaya çıkmış bu durumun, milletlerarası yetki alanında çıkmaması için herhangi bir neden bulunmamaktadır. Ayrıca, devletler hukukunun yoğun etkisi altında olan yargı bağımsızlığı alanında dahi, AİHS m.6/1'in belirli bir etkisinin olduğu düşünüldüğünde, devletlerin geniş bir şekilde düzenleme imkân ve iktidarının bulunduğu milletlerarası yetki alanında da benzer bir etkiden kolaylıkla söz edilebilir. Dolayısıyla, günümüzde mahkemeye erişim hakkının milletlerarası yetki kurallarının uygulanmasına, bu hakla bağdaşmayan kuralların değiştirilmesine veya bağdaşacak şekilde yorumlanmasına etkisinin olmayacağını düşünmek pek mümkün görünmemektedir.

Nitekim, Strasburg organlarının eski veya yakın tarihli birkaç kararı, AİHS'nin, dolayısıyla AİHS m.6/1'in milletlerarası yetki kurallarının tatbiki suretiyle ortaya çıkan davacının mahkemeye erişim hakkına yönelik müdahaleler bakımından da uygulama alanı bulacağını teyit eder niteliktedir. Örneğin, bir kararında AİHM, bir kişi bir taraf devlet mahkemesinde bir özel hukuk davası açtığı anda, AİHS m.1'in mahkemenin bağlı olduğu taraf devlete bu davalarda AİHS m.6/1'de korunan haklara saygı gösterme yükümlülüğü yüklediğini belirtmiştir. Ardından, bir kişinin bir taraf devlet mahkemesinde bir özel hukuk davası açmasının, AİHS m.1 için aranan yargısal bağlantının varlığı için kesinlikle yeterli olduğunu kabul etmiştir²⁷¹. Ayrıca AİHK'nun

²⁶⁹ Hill, **a.g.m.**, s.41.

²⁷⁰ Aynı yönde bkz.: Nuyts, **Due Process**, s.58.

²⁷¹ Markovic ve Diğerleri v. İtalya, no.1398/03, 13 Aralık 2006, para.54.

çok eski tarihli bir kararında belirtmiş olduğu ifadeler de milletlerarası yetkinin AİHS m.6/1’le olan bağlantısını ortaya koymaktadır. Daha sonra detaylı olarak inceleyeceğimiz bu kararda AİHK, annesinin Birleşik Krallık vatandaşlığına ilaveten başvurusunun kızıyla birlikte Birleşik Krallık’ta yaşıyor olmasının İngiliz mahkemelerinin milletlerarası yetkisi için yeterli bir bağlantı (a sufficient link) oluşturduğunu kabul etmiştir²⁷². Yabancı mahkeme boşanma kararının tanınması talebinin, tanımaya konu kararı veren ABD mahkemelerinin (aşırı yetki ve münhasır yetki gerekçesiyle) yetkisizliği ve başvurusunun bu konudaki rolü nedeniyle Fransız mahkemelerince reddedilmesinin şikâyet konu yapıldığı *McDonald v. Fransa* kararında AİHM, AİHS m.6/1’in AİHS’nde yer alan diğer hakları güvence altına almak üzere, taraf devletlerin ulusal hukuklarında yer alan yetki kurallarının denetimini de zorunlu olarak gerektirdiğini belirtmiştir²⁷³.

Nihayet 2016 tarihli *Arlewin v. İsveç* kararında AİHM, milletlerarası yetki kuralları vasıtasıyla başvurusunun mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalenin AİHS m.1 ve dolayısıyla AİHS m.6/1 kapsamında davalı devletin sorumluluğuna neden olabileceğini açıkça vurgulamıştır²⁷⁴. Aşağıda ayrıntılı olarak ele alacağımız ve medya araçları vasıtasıyla gerçekleşen kişilik haklarına yönelik bir saldırı (iftira) nedeniyle açılan bir tazminat davasının yetkisizlik gerekçesiyle reddedilmesinin şikâyet edildiği bu kararda²⁷⁵ AİHM, davalı devletin AİHS m.6/1’den kaynaklanan sorumluluğuna

²⁷² AİHK, no.6200/73, 13 Mayıs 1976, Bkz.: **Digest Strasbourg Case-Law Relating to the European Convention on Human Rights**, Vol.2 (Article 6), Carl Heymann-Verlag, Köln 1984, s.269.

²⁷³ *McDonald v. Fransa*, no.18648/04, 29 Nisan 2008, En Droit, B.

²⁷⁴ *Arlewin v. İsveç*, no.22302/10, 1 Mart 2016, para.65.

²⁷⁵ İleri de de ayrıntılı olarak ele alacağımız bu karara konu uyuşmazlığın konumuzla ilgili kısımlarını ve özellikle tarafların argümanlarını özetlemek, gereksiz tekrara düşmemek adına ve davalı devletin AİHS’nden doğan sorumluluğunu anlaşılması açısından yararlı olacaktır. Söz konusu karara konu olayda, herhangi bir cezai soruşturmaya tabi tutulmayan başvuru, bir İsveç televizyon kanalı tarafından hazırlanan televizyon programının kendisini organize bir suçun taraflarından biri olarak lanse ettiğini ve pek çok ciddi suçtan dolayı veya doğrudan sorumlu tutulduğunu vurgulayarak, programın sunucusu X’e karşı iftira nedeniyle tazminat davası açmıştır. Program, bir İsveç şirketi tarafından hazırlanmış, hiçbir değişiklik yapılmadan Londra merkezli yayıncılık şirketine gönderilerek uydu bağlantısıyla İsveç dilinde ve İsveç’te, aynı zamanda az da olsa Birleşik Krallık’ta da yayınlanmıştır. Davalı X, programın editörü olarak sorumlu olmadığını ve sadece bilgi paylaşma özgürlüğünü kullandığını ileri sürmüştür. İsveç mahkemeleri, söz konusu tv programının İsveç’ten çıkmadığını, programın öncelikle uydu yoluyla Birleşik Krallık şirketine gönderildiğini, söz konusu şirketin program içeriğinden sorumlu olduğunu ve sonrasında programı uydura yüklediğini ve İsveç’teki izleyicilere ulaştırılmasını sağladığını belirtmiştir. Buna karşın, başvuru/davacı, davayla ilgili tüm şirketlerin İsveç’te faaliyet gösterdiğini, programın uydu vasıtasıyla İsveç televizyonunda yayınlanan programın uydu vasıtasıyla yayınlanması işi Birleşik Krallık şirketine ait olmakla birlikte, söz konusu şirketin program seçiminde herhangi bir etki veya

gerekçe olarak, davanın taraflarının ve televizyon programının İsveç ile güçlü bağlantılara sahip olduğunu belirterek, tüm bunların İsveç'in mahkemeye erişim de dahil olmak üzere, başvurunun haklarını güvence altına alma *prima facie* yükümlülüğü altında olduğu sonucuna varmak için yeterli olduğunu belirtmiştir²⁷⁶. AİHM'nin böyle bir ifadeye yer vermesinde etkili olan husus ise, İsveç televizyonunun merkezi Birleşik Krallık olan bir yayıncılık şirketinin denetim yetkisine sahip olması ve programın uydu ağıyla umuma iletilmesinin de söz konusu şirket tarafından yapılması ve programın Birleşik Krallık'ta da az da olsa yayınlanmasıdır. Bu nedenle, davalı devlet AİHS m.6/1'den doğan herhangi bir sorumluluğu olmadığı iddiasını gerekçelendirirken, somut davada İngiliz mahkemelerinin de Brüksel Tüzüğüne göre yetkili olduğu argümanına dayanmış, başvurunun mahkemeye etkili bir erişim imkânına, bu mahkeme İsveç mahkemeleri olmasa da, sahip olduğunu ileri sürmüştür²⁷⁷. AİHM ise, başvurunun farklı bir ülkede, yani Birleşik Krallık mahkemelerine erişim imkânının sahip olmasının, İsveç devletinin AİHS m.1'den doğan sorumluluğunu etkilemeyeceğini vurgulamıştır²⁷⁸.

Netice itibariyle, Strasburg organlarının bu ifadeleri, bir taraf devlet mahkemesinde bir özel hukuk davasının açılması halinde, söz konusu mahkemenin ilgili milletlerarası yetki kuralını yorumlamak veya tatbik etmek suretiyle vermiş olduğu yetkisiyle ilgili her türlü kararının, AİHS m.1'in kapsamına girdiğini,

sorumluluğunun olmadığı iddiasında bulunmuştur. Dolayısıyla Brüksel I Tüzüğü uyarınca davayı görmeye yetkili olduğunu iddia etmiştir. X ise, programın sunulmasından ve içeriğinin belirlenmesinden Birleşik Krallık şirketinin sorumlu olduğu itirazında bulunmuştur. Davalının söz konusu itirazını haklı bulan İsveç mahkemesi, aynı zamanda başvurunun aynı davayı Birleşik Krallık mahkemelerinde de açabileceğini belirterek davayı reddetmiştir. Temyiz mahkemesinin de başvurucağı haksız bulması üzerine, başvurucağı Brüksel I Tüzüğü'nün yorumlanması amacıyla ulusal mahkemelere ABAD'ın ön karar usulüne başvurulması talebinde bulunmuştur. Başvurucağı, Tüzüğü'nün haksız fiil nedeniyle zarara uğradığını iddia eden kişilere zararın meydana geldiği yer mahkemelerinde dava açma hakkı tanıdığını ve mevcut davada zarar İsveç'te meydana gelmesi nedeniyle İsveç mahkemelerinde dava açma hakkına sahip olduğunu iddia etmiştir. Dolayısıyla, İsveç mahkemelerinin tutumunun Topluluk hukukuna aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Ancak, söz konusu talep İsveç mahkemelerince reddedilmiş, başvurucağı da, devam eden yargılamada başarıya ulaşma imkânı olmadığı gerekçesiyle davayı çekmiş, bu arada kendisine karşı yürütülen ceza yargılamaları sonucunda çeşitli cezalara mahkum edilmiştir. Bkz.: Arlewin v. İsveç, para.6-17.

²⁷⁶ Bkz.: Arlewin v. İsveç, para.65.

²⁷⁷ Arlewin v. İsveç, para.57-58.

²⁷⁸ Arlewin v. İsveç, para.65.

dolayısıyla bu tür kararların büyük ölçüde AİHS m.6/1’de güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkı kapsamında mütalaa edilebileceğini göstermektedir.

Bu bakımdan, taraf devlet vatandaşı olsun veya olmasın, bir kimse AİHS’ne taraf bir devletin mahkemelerinden birinde bir dava açtığında, söz konusu mahkemenin milletlerarası yetkiye veya yetkisizliğe ilişkin tüm kararlarının da doğal olarak AİHS’ne uygun olması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. AİHS’ne uygunluk, sadece söz konusu mahkemenin bağlı olduğu devletin ulusal yetki kuralları bakımından değil, üye devlet mahkemelerini bağlayan bölgesel yetki düzenlemelerine veya belirli konularda milletlerarası yetki kuralları getiren uluslararası anlaşmalara dayanan milletlerarası yetkiye ilişkin kararlar bakımından da geçerlidir²⁷⁹. Dolayısıyla, yabancı veya vatandaş olsun, bir kimse bir taraf devlet mahkemesinde davasını ikame ettiği anda AİHS m.1 anlamında o devletin yetki alanı içerisine girmiş olmaktadır. Bu nedenle, taraf devletin milletlerarası yetkiye ilişkin kuralları AİHS’nin, dolayısıyla AİHS m.6/1’in uygulanabilirliğini sınırlamayacaktır²⁸⁰. Aksi bir durum, AİHS m.6/1’in milletlerarası yetki kurallarının tatbikine herhangi bir etkisi olmadığının kabulü anlamına gelir ki, bu mahkemeye erişim hakkını, haliyle AİHS’nde yer alan hakların kapsamına giren ve bir mahkemeye başvurmak suretiyle elde edilebilecek olan özel hukuka ilişkin hakların varlığını anlamsız ve korumasız hale getirir.

Diğer taraftan, milletlerarası yetki kurallarının yorumu ve tatbiki suretiyle bireylerin ülke mahkemelerine erişimine getirilen sınırlamanın AİHS m.6/1 kapsamında mütalaa edilmesinin, davalı devletin AİHS m.6/1 anlamında derhal ve otomatikman sorumluluğuna yol açmayacağı unutulmamalıdır. Şüphesiz, bu tür tasarrufların, AİHS m.6/1’e, hususen mahkemeye erişim hakkına uygun olması gerekmektedir. Ancak, milletlerarası yetki kurallarının yorumu ve tatbiki suretiyle bireylerin mahkemelere erişimine getirilen sınırlamanın/müdahalenin meşru olup

²⁷⁹ Dolayısıyla, bu tür durumlarda, AB Tüzükleri gibi üye devlet mahkemelerinin milletlerarası yetkisiyle ilgili muhtelif konuları düzenleyen ve üye devlet mahkemeleri arasında karşılıklı güven ve işbirliği üzerine dayalı bölgesel milletlerarası yetki rejimleri ve milletlerarası yetki kuralları öngören uluslararası anlaşma hükümlerinin AİHS m.6/1’le çatışması ihtimali de ortaya çıkmaktadır.

²⁸⁰ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, *a.g.e.*, s.42; Kiestra, *The Impact of ECHR*, s.94.

olmadığı, yani taraf devletin vaki müdahaleyi meşru sınırlar dahilinde yapıp yapmadığı, ayrı bir konudur ve önemi itibariyle ayrı bir başlık altında ele alınmayı hak etmektedir.

AIHS m.6/1 ile milletlerarası yetki (kuralları) arasındaki ilişkinin yabancı unsurlu davaların sūjeleri bakımından farklılık arz edip etmediğı de bu noktada incelenmesi gereken bir diğerk husustur. Doktrinde AIHS m.6/1’de yer alan mahkemeye erişim hakkının genellikle davacılar bakımından kullanılabilecek bir hak olduğı kabul edilmektedir. Davalıların ise, milletlerarası yetki ile ilgili konularda mahkemeye erişim hakkından ziyade bir bütün olarak adil yargılanma hakkına isnat edebileceğı genellikle kabul edilmektedir²⁸¹. Özellikle milletlerarası yetkinin zayıf, geçici ve sübjektif, dolayısıyla davanın her iki tarafı bakımından makul ve adil olmayan, tartışmaya açık esaslara istinaden belirlenmesine karşı davalının hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamına giren silahların eşitliğı, çelişmeli yargılama, yargılamaya etkili katılma gibi çeşitli ilkeleri ihlal edilebileceğı ileri sürülmektedir²⁸².

Gerçekten, milletlerarası yetki kurallarının tanzimi, yorumlanması ve tatbik edilmesi ilk olarak, davacının açtığı davanın dinlenebilir olup olmadığının bu kurallara göre belirlenmesi itibariyle öncelikle ve doğal olarak davacının mahkemeye erişim hakkıyla ilgili görünmektedir. Ancak bireylerin bir hukuk devletinde olması gereken asgari yargılama ilkelerini ihtiva eden adil yargılanma hakkından yararlanabilmeleri için öncelikle bu hakkın gereklerini yerine getirecek olan bir mahkemeye erişebilmelerini gerektirmektedir. Nasıl ki davacının iddialarının hakkaniyete uygun bir şekilde dinlenip değerlendirilebileceğı bir mahkemeye erişmesi gerekiyorsa, davalının da savunma haklarını etkili bir şekilde kullanıp yargılamaya katılabileceğı ve yargılamanın hakkaniyete uygun bir şekilde ve makul sürede sonuçlanacağı bir mahkemeye de erişmesi gerekmektedir. Diğerk bir ifadeyle, mahkemeye erişim adil bir yargılamanın giriş kapısıdır ve adil yargılanma için başvurulacak mahkemelere erişimin de mümkün mertebe adil ve eşit bir şekilde sağlanması gerekmektedir. Bu da, milletlerarası yetki kurallarının tanziminde veya uygulanmasında davacının olduğı kadar davalının da AIHS m.6/1’de yer alan haklarının dikkate alınmasını ve bazı hallerde mahkemelerin tarafların çatışan iki hakkı arasında bir denge kurmasını

²⁸¹ Bkz.: Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.130.

²⁸² Bu konuda bkz.: Nuyts, **Due Process**, s..56-57; Dardağan, **a.g.e.**, s.62-63.

gerektirebilecektir²⁸³. Bu dengenin kurulmasında, mahkemelerin yetkisini tayin eden kuralların davalının AİHS m.6/1’de yer alan haklarından etkin bir şekilde yararlanmasını etkileyip etkilemediği veya ne ölçüde etkilediği de, hiç şüphesiz mahkemelerce dikkate alınabilecektir.

D. Milletlerarası Yetkiyi Oluşturan Esaslara Göre AİHS m.6/1 ile Milletlerarası Yetki Kuralları Arasındaki İlişkinin Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak

Milletlerarası karakterli özel hukuk uyuşmazlıklarında davacıların veya davalıların mahkemeye erişim imkânlarının devletler tarafından milletlerarası yetkiye ilişkin kurallar vasıtasıyla sınırlandırılabilceğini belirtmiştik. Bu noktada, devletlerin milletlerarası yetkilerini tesis ederken gerek yetki kuralının konusunu gerekse yetki esaslarını (bağlama noktalarını) belirlemekte serbest olmalarının milletlerarası yetki hukukunda yaratabileceği sorunlara değinmiştik. Çalışmamızın bu kısmında, gerek Türk hukukunda gerekse AİHS’ne taraf olan bazı Avrupa ülkelerinin hukuklarında ve AB tüzüklerinde yer alan milletlerarası yetki kurallarının ve mahkemelerin milletlerarası yetkisini etkileyen diğer doktrinlerin (derdestlik, *forum non conveniens*) AİHS m.6/1’e olan muhtemel etkilerini incelemeye çalışacağız. Bu noktada, Avrupa ülkelerinde milletlerarası yetki kurallarının, diğer usul hukuku kuralları gibi, anayasa hukuku, insan hakları ve devletler hukuku gibi daha üst normlarla bağdaşır şekilde yorumlanması ve uygulaması gerektiği yaygın olarak kabul edilmektedir²⁸⁴. Benzer bir anlayışın Türk doktrininde de kabul edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır²⁸⁵. Ancak, uygulamada karşılaşılan birkaç istisna dışında, günümüzde bu üst normların milletlerarası yetkiye olan etkisinin, genellikle daha çok teorik olarak kaldığı

²⁸³ Bu bakımdan, aslında davalının ikametgâhı gibi bir yetki esasının dünya üzerinde genel bir kabule mazhar olmasının temelinde de tarafların birbiriyle çatışan hakları arasında bir dengenin sağlanması anlayışının yattığını söylemek yanlış olmayacaktır. Zira, davanın açıldığı an itibarıyla davacı tarafından ileri sürülen ve gerçekliği tespit edilmemiş bir hak iddiası bulunmaktadır. Böyle bir iddia karşısında, davalının usuli haklarına öncelik tanınarak ona daha yakın olan bir mahkemenin yetkili olacağının kabul edilmesi gayet olağandır.

²⁸⁴ Bu konuda bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.21.

²⁸⁵ Türk usul hukukunda mahkemelerin yetkisinin kaynağını Anayasa oluşturmaktadır. Mahkemelerin yetkisinin, adil yargılanmanın teminatını teşkil etmesi itibarıyla, Türk milletlerarası yetki sisteminin adil yargılanma hakkına dayandığı kabul edilmektedir. Bkz.: Nomer, **Mahkemelerin Yetkisi**, s.569; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.372, 541-542.

belirtilmektedir²⁸⁶. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, AİHS m.6/1'in milletlerarası yetki kurallarını etkileyebileceği konusunda genel bir kabul bulunmaktadır. Biz aşağıda, mahkemeye erişim hakkının milletlerarası yetki kurallarına şimdiye kadar ne tür etkisinin olduğunu ve ne tür etkilerinin olabileceğini inceleyeceğiz.

2. Milletlerarası Yetki Kurallarının Objektif Esaslara Göre Tayin Edildiği Hallerde

a. Milletlerarası Yetkinin Aşırı Yetki Teşkil Edecek Şekilde Tanzim Edilmiş veya Uygulanmış Olması

i. Genel Olarak

Milletlerarası karakterli davalarda milletlerarası yetkinin aşırı yetki teşkil edecek yetki esaslarına göre belirlenmesi veya kullanılması, davacı karşısında davalının savunma haklarını etkin bir şekilde kullanabileceği bir mahkemeye ulaşmasını zorlaştırabilir veya engelleyebilir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, devletler, çeşitli nedenlerle aşırı yetki kurallarını mevzuatlarında halen muhafaza etmekte, bu kuralları tamamen kaldırmak yerine davalılar açısından yaratabileceği sakıncaları bertaraf etmek amacıyla bu tür kuralların uygulanmasını sınırlama veya etkilerini hafifletme yoluna gitmektedir. Peki, AİHS'ne taraf devletlerin mevzuatlarında halen yer alan aşırı yetki kuralları veya aslında aşırı yetki olarak kabul edilmeyen yetki kurallarının aşırı yetki teşkil edecek şekilde kullanılması AİHS m.6/1'le bağdaşmakta mıdır? Bu soruyu cevaplamadan önce, aşırı yetki kavramının anlamını, hangi esaslara göre belirlenen bir yetki kuralının aşırı olarak nitelendirilebileceğini, milletlerarası yetkinin aşırı bir şekilde tesis edilmesi veya kullanılmasının ortaya çıkarabileceği problemleri çalışmamızı ilgilendirdiği ölçüde ele alacağız.

ii. Aşırı Yetki Kavramı

“*Aşırı yetki (exorbitant jurisdiction, excessive jurisdiction)*”²⁸⁷, kavramı milletlerarası yetki alanında doktrin tarafından yaygın bir şekilde kullanılan bir ifade

²⁸⁶ Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.21.

²⁸⁷ Doktrinde aşırı yetki kavramı yerine aşkın yetki kavramı da kullanılmaktadır. Bkz.: Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.719; Dardağan, **a.g.e.**, s.117. Ayrıca, malvarlığı haklarına ilişkin davalarda uyumsuzluk konusu

olmasına rağmen ulusal veya uluslararası düzenlemelerde açıkça tanımlanmamıştır. Doktrinde de, aşırı yetkinin ne anlama geldiği veya hangi unsurlardan oluştuğu konusunda net bir tarif vermenin mümkün olmadığı genellikle kabul edilmektedir²⁸⁸.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, mahkemelerin milletlerarası yetkisinin tayininde kullanılan bazı yetki esasları, yabancı unsurlu bir uyumsuzluğun çeşitli maddi veya hukuki unsurlarından biri veya birkaçıyla forum ülkesi arasındaki bağlantının yoğunluğuna veya kuvvetine bağlı olarak olağan veya aşırı yetki kuralı olarak nitelendirilmektedir²⁸⁹. Aşırı yetki kavramı da, esasen mahkemelerin milletlerarası yetkisini tesis ederken esas alınan bağlantının (bağlama noktasının) ülkeyle olan ilişkisinin zayıflığına veya yetersizliğine istinaden kullanılmaktadır. Buna göre, davanın konusu veya taraflarıyla mahkemenin bağlı olduğu ülke arasında “*zayıf, geçici ve sübjektif bir irtibatın varlığı*”nı yeterli gören yetki esasları aşırı olarak nitelendirilmektedir²⁹⁰. Yine, davanın konusu veya taraflarının mahkemenin bağlı olduğu ülkeyle “*gerçek ve esaslı bir bağlantı*”ya sahip olmadığı hallerde söz konusu mahkemenin yetkisi aşırı olarak kabul edilmektedir²⁹¹. Bunun yanında, kavramın tanımına yer verilen bazı çalışmalarda “*yeterli bir bağlantı*”nın varlığının arandığını görmekteyiz²⁹². Bu noktada esasen olağan yetki kurallarının bir özelliği olan²⁹³ “*gerçek ve esaslı bir irtibatın varlığı*” kriterinin Türk hukukunda da kabul edildiğini söylemek mümkündür. MÖHUK m.54/b hükmüne göre, yabancı bir ilamın tenfizi için tenfize

malvarlığı unsurunun bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olduğunu belirten HMK m.9’un gerekçesinde aşırı yetki kavramı yerine “aşkın yetki” ifadesi tercih edilmiştir.

²⁸⁸ Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s.235; Winter, **a.g.m.**, s.712; Abou-Nigm, **a.g.e.**, s.172; Dardağan, **a.g.e.**, s.214.

²⁸⁹ Bkz.: Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.79-80.

²⁹⁰ Vischer, **a.g.m.**, s.211; Dardağan, **a.g.e.**, s.119; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.79; Aguirre, **a.g.m.**, s.344.

²⁹¹ Arroyo, **a.g.m.**, s.170-171; Aguirre, **a.g.m.**, s.343-344.

²⁹² Örneğin, aşırı yetki kuralları “uluslararası kabul gören standartlara göre davanın açıldığı mahkemenin davanın taraflarıyla, koşullarıyla, sebebi veya konusuyla yeterli bir bağlantıya sahip olmadığı yetki kuralları” olarak tanımlanmaktadır. Bkz.: **Comission Staff Working Paper Impact Assesment Accompanying document to the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast)**, Brussels, 14.12.2010, SEC(2010) 1547 final, Annex I – Glossary of Legal Terms, s.45. Diğer bir çalışmada ise, yetkili mahkemenin davanın taraflarıyla, davanın koşullarıyla, davanın sebebi veya konusuyla “yeterli bir bağ”a sahip olmaması halinde veya adaletin uygun bir şekilde sağlanması ilkesini dikkate almaması halinde bu yetkinin aşırı olduğu belirtilmektedir. Bkz.: Catherine Kessedjian, **International Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters**, Preliminary Document No 7 of April 1997 for the attention of the Special Commission of June 1997 on the question of jurisdiction, and recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters, Hague Conference on Private International Law, April 1997, s.40.

²⁹³ Bkz.: Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.80.

konu kararı veren mahkemenin davanın konusu veya taraflarıyla “*gerçek bir ilişkisinin bulunması*” gerekmektedir. Türk doktrinde de, bu hükümden hareketle yabancı mahkemenin davanın konusu veya taraflarıyla gerçek bir ilişkisi bulunmaksızın kendini yetkili kabul etmesi aşırı yetki hali olarak ifade edilmektedir²⁹⁴.

Aşırı yetkiye ilişkin açıklamalar, bir yetki kuralının aşırı yetki kuralı olarak tanımlanmasında veya tespit edilmesinde bağlantı unsurunun (bağlama noktasının) belirleyici olduğunu göstermektedir²⁹⁵. Buna göre, bir milletlerarası yetki kuralı tanzim edilirken davanın tarafları, koşulları, konusu veya sebebinin ülkeyle olan yakınlığı ne kadar zayıf veya yetersiz ise, o kuralın aşırı yetki olarak kabul edilme ihtimali o derece artmakta, bu kurala istinaden verilen kararın uluslararası alanda sahip olduğu etki zayıflamaktadır. Buna karşın, bir milletlerarası yetki kuralı, ait olduğu devletin mahkemeleri ile yabancı unsurlu bir uyumsuzluk arasında ne kadar gerçek ve esaslı bir bağlantı öngörüyorsa, o derecede olağan yetki kuralı ve mahkemenin davayı görmek için uygun forum olduğu kabul edilecektir²⁹⁶. Dolayısıyla, bir yetki kuralının tanziminde esas alınan bağlantının zayıf, geçici ve sübjektif oluşu, bu tür yetki kurallarının temel özelliği olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim doktrinde de, aşırı yetki kuralının tanımlanmasında veya aşırı şekilde kullanılıp kullanılmadığının belirlenmesinde, bağlantının zayıflığının aşırı yetkinin varlığına karine teşkil ettiği kabul edilmektedir²⁹⁷. Aşırı yetki kurallarının diğer bir özelliği de, mahkeme ile dava arasında zayıf bağlantıyı yeterli görmeleri nedeniyle taraflardan biri bakımından makul ve adil olmamasıdır²⁹⁸. Davanın konusu veya tarafları ile mahkeme arasında gerçek ve esaslı bir irtibatı aramaması nedeniyle, davacının menfaatlerine hizmet etmekte ve özellikle davalının adil yargılanmaya ilişkin menfaatlerini gözetmemektedir²⁹⁹.

²⁹⁴ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.719-720; Nomer, **DHH**, s.526; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.540; Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s.271; Pelin Güven, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Yetkin, Ankara 2013, s.124; Begüm Süzen, **Tanıma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi**, XII Levha, İstanbul 2016, s.137.

²⁹⁵ Aynı yönde bkz.: Dardağan, **a.g.e.**, s.121; Süzen, **a.g.e.**, s.124.

²⁹⁶ Aguirre, **a.g.m.**, s.317; Abou-Nigm, **a.g.e.**, s.168.

²⁹⁷ Dardağan, **a.g.e.**, s.121.

²⁹⁸ Dardağan, **a.g.e.**, s.121; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.50. Bununla beraber, bağlantının yeterli veya sıkı olduğu ancak sadece davacının menfaatinin gözetildiği bazı durumlarda da aşırı yetki kuralının varlığı kabul edilebilmektedir. Bkz.: Dardağan, **a.g.e.**, s.141.

²⁹⁹ Schlosser, **a.g.m.**, s.15; Vischer, **a.g.m.**, s.211; Aguirre, **a.g.m.**, s.344.

Bu nedenle, milletlerarası yetkinin makul ve adil bir yetki esası olarak kabul edilmeyen zayıf bağlantılara istinaden tesis edilmesinin doğal hâkim ilkesine uygun olmadığı, bu tür yetki kurallarının kullanılmasıyla aynı zamanda yetki hukuku bakımından da uygulama alanı bulan³⁰⁰ adil yargılanma hakkının ihlalinin söz konusu olabileceği kabul edilmektedir³⁰¹. Gerçekten, devletlerin milletlerarası yetki kurallarını belirlemekte serbest olmaları nedeniyle davacılar aynı uyuşmazlık bakımından milletlerarası yetkili olan mahkemelerden kendilerine en uygun ve elverişli olanında dava açabilir. Dolayısıyla, davanın, dava konusu uyuşmazlıkla veya davalıyla hiçbir irtibatı olmayan veya çok az irtibata sahip, aşırı yetkili bir ülke mahkemesinde açılması söz konusu olabilir. Davalının tamamen davacının tercihinine bağlı olarak bulunduğu ülkeden uzak bir yargı alanına getirilmesi, doğal mahkemesinden uzakta bir yargılamaya iştirak etmek ve kendisine karşı ileri sürülen –belki de hukuki temelden yoksun- iddialara karşı yabancısı olduğu bir ülkede savunma yapmak zorunda bırakılmak gibi çeşitli olumsuz sonuçlara neden olabilir³⁰². Bu da, doğal olarak, bu tür yetki kurallarının uygulanması halinde, davacıyla kıyaslandığında davalının davanın açıldığı mahkemeye erişim konusunda eşit ve adil bir muameleye tabi tutulmadığı, dolayısıyla davalının adil yargılanma hakkını ihlal edici sonuçlara yol açabileceği şüphesi yaratmaktadır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, her iki tarafın da AİHS m.6/1 kapsamına giren hak ve ilkelerden bir bütün olarak yararlanabilmesi için öncelikle, adil yargılama için başvurulacak mahkemeye erişim de mümkün olduğunca eşit ve adil bir şekilde sağlanmalıdır. Bu da, milletlerarası yetki kurallarının davalının adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerden etkin bir şekilde yararlanabileceği bir mahkemeye davacıyla eşit ve adil koşullar altında ulaşabilmesini temin edecek şekilde tanzim edilmesini veya uygulanmasını gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla, aşırı yetki kurallarının veya milletlerarası yetkinin aşırı şekilde kullanılmasının AİHS m.6/1’le çatışabileceğini, en azından teorik olarak, söyleyebiliriz. Sonuç itibarıyla, önceleri milletlerarası yetki kurallarının devletler hukukunun esaslarına ve sınırlamalarına uygun olması gerektiği, dolayısıyla aşırı nitelikteki yetki kurallarının devletler

³⁰⁰ Bkz.: Nomer, **DHH**, s.526.

³⁰¹ Nomer, **DHH**, s.526; Nomer, **Mahkemelerin Yetkisi**, s.570; Dardağan, **a.g.e.**, s.62-63; Doğan, **MÖH**, s.119; Nuyts, **Due Process**, s.57.

³⁰² Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.49.

hukukuna uygun olmadığı anlayışının³⁰³, günümüzde yerini insan hakları mülahazalarına, özellikle davalının adil yargılanma haklarına terk ettiğini söyleyebiliriz.

Aşırı yetki kurallarının ortaya çıkardığı sorunların önlenmesi için ya bu tür yetki kurallarının tamamen ortadan kaldırılması yoluna gidildiği veya bu tür yetki kurallarının etkisinin azaltılması yolunun tercih edildiği belirtilmektedir³⁰⁴. Birçok hukuk sisteminde bu tür kuralların yaratmış olduğu problemler, bu tür kurallara istinaden kendini yetki kabul eden yabancı mahkemelerce verilen kararların tanınmaması veya tenfiz edilmemesi suretiyle engellenmeye çalışılmaktadır. Buna göre, tenfize konu kararı veren yabancı mahkemenin yetkisinin aşırı yetki teşkil edecek şekilde tesis edilmiş olması halinde, söz konusu kararın tanınması veya tenfizinin reddedileceği, aralarında Türk hukukunun da olduğu birçok ülke hukukunda yasal olarak³⁰⁵ veya içtihatlarla³⁰⁶ kabul edilmektedir. Bu tür yetki kurallarının yaratabileceği problemleri uluslararası seviyede engellemek amacıyla bazı uluslararası düzenlemelerde milletlerarası yetkinin aşırı şekilde tesis edildiği bazı yetki esaslarına yer verilmekte ve bunların söz konusu düzenlemelerle bağlı olan devletler tarafından uygulanması doğrudan veya dolaylı olarak yasaklanmaktadır. Örneğin, Brüksel Ibis Tüzüğü'nün selefleri olan 1968 tarihli Brüksel Sözleşmesi ve Brüksel I Tüzüğü Ek 1'de yer alan ve üye devlet hukuklarında halen kullanılan bazı yetki esaslarının AB üyesi devletlerden birinde ikamet eden davalılara karşı uygulanması yasaklanmıştır (m.3/2). Söz konusu ekte yer alan ve örnekleyici olarak sayıldığı belirtilen³⁰⁷ bu yetki kurallarının “aşırı yetki kuralı” olduğu kabul edilmektedir³⁰⁸.

³⁰³ Vischer, **a.g.m.**, s.203-204; Frederick Alexander Mann, “Doctrine of International Jurisdiction”, **Recueil Des Cours – Collected Courses**, Vol.111, 1964, s.73-76.

³⁰⁴ Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s.240.

³⁰⁵ Bkz.: MÖHUK m.54/b, Belçika MÖHK m.25.

³⁰⁶ Bu konudaki Fransız ve İngiliz mahkeme uygulaması için bkz: Süzen, **a.g.e.**, s.127 vd.

³⁰⁷ Madde metninde geçen özellikle ifadesinden hareketle Ek 1'de yer alan aşırı yetki kurallarına ilişkin sayımın sınırlayıcı olmadığı kabul edilmektedir. Bkz.: Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s.243; Paul Vlas, “Brussels I Regulation Art.2-4”, **Brussels I Regulation – European Commentaries of Private International Law**, Ed. Ulrich Magnus/Peter Mankowski, 2nd Edition, Sellier European Law Publishers, Munich 2002, s.82.

³⁰⁸ Her ne kadar iki metinde de aşırı yetki kavramına yer verilmese de, bu kuralların en önemli ve en çok bilinen aşırı yetki kuralları olduğu belirtilmiştir. P. Jenard, **Report on the Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters**, OJ, 5.3.1979, no.59, s.19. Ayrıca bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.6.

Aynı anlayışın 2015 yılı itibariyle yürürlüğe giren Brüksel Ibis Tüzüğü kapsamında da kabul edildiğini söylemek mümkündür³⁰⁹. Buna karşın, üye devletlerden birinde ikamet etmeyen davalılara karşı bu tür yetki kurallarının halen kullanılabilir olması nedeniyle³¹⁰, Brüksel rejiminin aşırı yetki kurallarına karşı öngörmüş olduğu bu korumadan yararlanmaları mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla Brüksel rejiminin, esasen ulusal hukuklardaki aşırı yetki kurallarını ortadan kaldırmadığını, sadece uygulama alanını sınırladığını söylemek mümkündür. Bunun yanında, Hukuki ve Ticari Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 1971 tarihli Lahey Sözleşmesine Ek Protokol³¹¹ m.4'te yer alan yetki esaslarına istinaden milletlerarası yetki kazanan mahkemelerce verilen kararların diğer taraf devlet mahkemeleri tarafından tanınıp tenfiz edilmeyeceği kabul edilmiştir (m.2).

Bu konudaki ulusal ve uluslararası düzenlemeler ve uygulamalar bize, aynı ağacın iki farklı dalı olarak ifade edilen³¹² milletlerarası yetki hukuku ile tanıma ve tenfizi hukuku arasında yakın bir ilişkinin olduğunu göstermektedir. Milletlerarası yetkinin tesisinde kullanılan irtibatların davanın konusu veya taraflarıyla olan bağlantının yakınlığı veya yoğunluğu, bu yetki kuralına istinaden verilen mahkeme kararının diğer ülkelerin hukuk sistemleri tarafından kabul edilip edilmeme ihtimalini de etkilemektedir. İkincisi ve daha önemlisi, yukarıda bahsettiğimiz düzenlemeler esasen aşırı yetki kurallarını ortadan kaldırmamakta, sadece bu kuralların uygulama alanını sınırlamakta ve diğer ülke hukuklarında yer alan bu kuralların uygulanmasıyla ortaya çıkabilecek etkilerini kabul etmeme yetkisi tanımaktadır. AİHS'ne taraf olan pek çok devletin milletlerarası yetki sisteminde bu tür yetki kurallarının varlığını muhafaza

³⁰⁹ Brüksel Ibis Tüzüğünde, seleflerinden farklı olarak, Tüzüğe ek bir metinde üye devletlerin ulusal hukuklarında yer alan aşırı yetki kuralları belirtilmemiştir. Tüzüğün 5/2. maddesinde, üye devletler tarafından Tüzüğün m.76/1-a hükmü uyarınca Komisyona bildirilen ulusal yetki kurallarının üye bir devlette ikamet eden davalılara karşı uygulanmayacağı belirtilmiştir. Ayrıca, Tüzük m.76/1-a hükmü, üye devletlerin yetki kurallarında gerçekleştirilecek değişiklikleri Komisyona bildirme yükümlülüğü de getirmektedir. Dolayısıyla, Brüksel I Tüzüğü Ek 1'de yer alan aşırı yetki kurallarının yerini Komisyonun ilgili bildirimlere istinaden hazırlayacağı liste almış görünmektedir. Nitekim Brüksel Ibis Tüzüğü'nün m.76 hükmüne istinaden üye devletlerin bildirimlerine istinaden hazırlanan liste (List 1) Ocak 2015 itibariyle yayınlanmıştır. Bkz.: The information referring to Article 76 of Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ, 9.1.2015, C 4/2.

³¹⁰ Jenard's Report, s.19; Commission Recast Impact Assessment, s.20.

³¹¹ Türkiye'nin taraf olmadığı söz konusu Sözleşme ve eki protokol için bkz.: (Çevrimiçi), <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions>, 25 Nisan 2017.

³¹² Mann, **a.g.m.**, s.75.

etmesi bir tarafa, aşırı yetki kurallarının uygulanmasını engelleyen Brüksel rejiminde yer alan bazı yetki kriterlerinin dahi aşırı nitelik taşıdığı belirtilmektedir³¹³.

Burada, asıl problem teşkil eden husus, ulusal veya uluslararası düzenlemelerde genel ve soyut bir şekilde belirlenen bir yetki kuralının *önceden* aşırı olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğinin veya bir yetki kuralının hangi hallerde aşırı şekilde kullanıldığının belirlenmesinde yatmaktadır. Hatta bu konu sadece bir yetki kuralının aşırı olup olmadığının, dolayısıyla davalının AİHS m.6/1’de yer alan haklarını gerçekten etkileyip etkilemediğinin incelenmesi bakımından değil, ulusal mahkemelerin tanıma ve tenfiz davalarında yapacakları aşırı yetki denetimi ve bu denetimin AİHS m.6/1’e uygunluğu bakımından da önem arz etmektedir. Bu bakımdan, AİHS m.6/1’i ihlal etme ihtimali daha yüksek olması nedeniyle karşılaştırmalı hukukta yaygın olarak kabul edilen bazı yetki esaslarını incelemek, milletlerarası yetkinin aşırı şekilde tesis edilmesinin AİHS m.6/1’e olan muhtemel etkisinin anlaşılması bakımından faydalı olacaktır. Ancak bu, aşırı olarak nitelendirilmeyen diğer yetki kurallarının otomatikman AİHS m.6/1’i ihlal etmeme potansiyeline sahip olduğu anlamına da gelmemektedir. Zira bir yetki esasının davanın tarafları, koşulları, sebebi veya konusuyla yeterli bir bağlantıdan mahrum olması halinde bunun AİHS’ne uygun olup olmadığı her zaman ileri sürülebilir. Ayrıca, bağlantının derecesi ilgili yetki kuralına bağlı olarak farklılaşabilir ve bu da adil yargılanma hakkının ihlal edilme olasılığını etkileyebilir³¹⁴.

iii. Çeşitli Aşırı Yetki Halleri

Karşılaştırmalı hukukta, birçok milletlerarası yetki kuralı dava konusu hukuki ilişkiyle zayıf bir irtibata dayandıklarından dolayı aşırı yetki kuralı olarak kabul edilmektedir. Doktrinde ileri sürülen görüşler yanında, Brüksel I Tüzüğü kapsamında

³¹³ Brüksel rejiminde yer alan yetki esaslarının aşırı olup olmadığının veya bu yetki esaslarının üye devlet mahkemeleri veya ABAD tarafından aşırı geniş bir şekilde yorumlanıp yorumlanmadığının tartışıldığı herhangi bir içtihat bulunmamaktadır. Ancak Brüksel I Tüzüğünde (ve Brüksel Ibis Tüzüğünde) yer alan bazı özel yetki kurallarının aşırı yetkiye neden olabileceği ileri sürülmektedir. Bkz.:Burkhard Hess/Thomas Pfeiffer/Peter Schlosser, **The Brussels I-Regulation (EC) No 44/2001, The Heidelberg Report on the Application of Regulation in 25 Member States (Study JLS/C4/2005/03)**, Verlag C.H. Beck, München 2008, s.60; Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.86 vd.

³¹⁴ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.276.

hazırlanan bazı çalışmalar³¹⁵ ile Brüksel Ibis Tüzüğü m.76 hükmü uyarınca üye devletler tarafından yapılan bildirimler üzerine Komisyon tarafından yayınlanan 2015 tarihli liste, hangi yetki esaslarının aşırı nitelikte olduğu konusunda yol gösterici olabilir. Bu kapsamda, genellikle taraflardan birinin vatandaşlığına, davalının ülkede malvarlığının bulunmasına, davalının (geçici de olsa) ülkede bulunduğu esnada kendisine tebligat yapılmasına, davacının ikametgâhı veya mutad meskenine dayanan yetki kurallarının aşırı yetki kuralı olarak kabul edildiğini söylemek mümkündür. Hiç şüphesiz, bu yetki esaslarının somut bir uyuşmazlıkta aşırı yetki esası olarak nitelendirilmemesi ihtimali bulunduğu gibi, milletlerarası yetkinin tayininde kullanılan diğer yetki esaslarının somut uyuşmazlığın koşullarına bağlı olarak aşırı yetki teşkil etmesi de mümkündür. Özellikle, Türk hukukunda milletlerarası yetkinin esasen iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına tabi tutulduğu göz önüne alınırsa, yerel yetkinin tesisi için yeterli olan bazı yetki kriterleri yabancı unsurlu uyuşmazlığın niteliğine ve koşullarına bağlı olarak aşırı olabilir.

a) Tarafların Vatandaşlığı

Birçok ülke hukukunda³¹⁶ davacının veya davalının vatandaşlığı milletlerarası yetkinin tesisi için yeterli kabul edilmektedir. Bu konuda en bilinen örnek Fransız MK m.14-15 hükümleridir. Fransız MK m.14'e göre, bir Fransız vatandaşı, dava konusuyla Fransız mahkemeleri arasında hiç bir bağlantı olmasa dahi, Fransız mahkemelerinde bir Fransıza veya yabancıya dava açabilir. Yine, bir kişi Fransız MK m.15 uyarınca, Fransa'da ikamet etmese dahi, bir Fransız'a karşı Fransa'da dava açabilir. Söz konusu hükümler önceleri sadece sözleşmelere ilişkin düzenlenmiş olmaklar beraber, içtihatlar yoluyla yabancı ülkede bulunan taşınmazlar hariç tüm davaları kapsayacak şekilde geniş bir yoruma tabi tutulmuştur³¹⁷. Davalının veya davacının vatandaşlığına bağlı yetki tesisi, davanın konusu ve taraflarıyla gerçek bir bağlantıyı aramaması nedeniyle aşırı yetki hali olarak kabul edilmektedir. Gerçi davacının vatandaşlığı ile kıyaslandığında, özellikle aile ve kişiler hukukuna ilişkin davalar bakımından davalının vatandaşlığına bağlanılmasının davalı bakımından bir sakınca yaratmadığı gerekçesiyle

³¹⁵ Bkz.: Commission Recast Impact Assesment, Ek 9; Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.58 vd.

³¹⁶ Bkz.: Fransa MK m.14-15; Lüksemburg MK m.14-15, Bulgaristan MÖHK m.4/1.

³¹⁷ Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s.245; Süzen, **a.g.e.**, s.155-156; Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.277.

daha kabul edilebilir olduğu ileri sürülse³¹⁸ de, vatandaşı olduğu ülkeyle hiçbir irtibatı olmayan veya çok zayıf bağlantıya sahip olan davalılar bakımından adil olmaması da mümkündür. Bunun yanında, davacının vatandaşlığına bağlı yetki esasının, irtibat yokluğu veya zayıflığından ziyade davacı lehine ayrımcılık içermesi nedeniyle dışlanması gereken bir yetki esası olduğu ve her türlü uyuşmazlık bakımından aşırı olarak nitelendirilmesi gerektiği de ileri sürülmektedir³¹⁹. Bununla beraber, yetkinin dayanağını ister davalı ister davacının vatandaşlığı oluştursun, söz konusu yetki esasının tek başına ve soyut bir şekilde daima davalının adil yargılanma güvencelerine aykırı olduğu kabul edilmemelidir. Davalının forum ülkesiyle olan diğer irtibatlarının varlığı, uyuşmazlığın niteliğine ve koşullarına bağlı olarak aşırı olarak nitelendirilmeyebilir. Nitekim bazı ülke hukuklarında vatandaşlığa bağlı yetki tesisinin çeşitli bağlantıların varlığı halinde veya çeşitli koşullar altında kabul edildiği görülmektedir³²⁰. Sonuç olarak, vatandaşlığa bağlı yetki esasının aşırı olup olmadığının belirlenmesinde ülkeyle ne tür bir bağlantının aşırı yetki olarak nitelendirmemek için yeterli olacağını önceden kestirmek mümkün değildir.

b) Davalının Ülkede Malvarlığının Bulunması

Davalının forum ülkesinde herhangi bir malvarlığının bulunmasına bağlı olarak milletlerarası yetkinin tesis edilmesi, diğer bir aşırı yetki halidir³²¹. Mülga HUMK

³¹⁸ Bkz.: Aguirre, **a.g.m.**, s.349-350.

³¹⁹ Dardağan, **a.g.e.**, s.141.

³²⁰ Örneğin, Çek Cumhuriyeti ve Finlandiya hukukunda söz konusu ülke vatandaşlarına karşı sadece onların son ikamet ettikleri yer mahkemesinde dava açmak mümkün iken Slovenya hukukunda bir vatandaşın yabancıya karşı dava açabilmesi için karşılıklılık koşulu aranmaktadır. Bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.59; Commission Recast Impact Assessment, Ek 9. Ayrıca, bazı ulusal ve uluslararası düzenlemelerde özellikle aile ve şahsın hukukuna ilişkin davalarda vatandaşlığa bağlı yetki esasının bazı şartlar dahilinde kabul edildiğini görmekteyiz. Örneğin İsviçre MÖHK m.47 ve m.60'ta, evlenmenin hükümleri ile boşanma ve ayrılığa ilişkin davalarda, eşlerin her ikisi de İsviçre'de ikametgâh veya mutad meskene sahip değilse ancak eşlerden biri İsviçre vatandaşı ise, İsviçre idari ve adli makamlarının yetkili olduğu kabul edilmiştir. İsviçre hukukunda, soybağı ve evlat edinme bakımından da benzer bir düzenleme kabul edilmiştir. Bkz.: İsviçre MÖHK m.67, 76 ve 80. Brüksel Ibis Tüzüğü m.3/1 (b)'de, boşanma ve ayrılığa ilişkin davalarda eşlerin müşterek vatandaşı oldukları ülke mahkemelerinin yetkisi kabul edilmiştir. Türk hukukunda da, vatandaşlık kriteri bir yetki kuralı olarak açıkça kabul edilmese de, Türklerin kişi hallerine ilişkin davaların MÖHUK m.41'de belirtilen Türk mahkemelerinden birinde görülebilmesi için taraflardan en az birinin Türk vatandaşı olması gerektiğinden Türk mahkemelerinin yetkisinin dolaylı olarak vatandaşlık esasına göre belirlendiği söylenebilir. MÖHUK m.41 hükmünde yer alan yetki kriterlerinin aşırı yetki teşkil edip etmediği tartışması hakkında bkz.: Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s.269.

³²¹ Bkz.: Brüksel I Tüzüğü Ek 1, Lahey Sözleşmesi Ek Protokolü m.4/a; Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.60.

m.16'nın mehzazını teşkil eden Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO) m.23 hükmü bunun klasik örneklerinden birini oluşturmaktadır. Söz konusu hükme göre, Almanya'da ikametgâhı bulunmayan kişilere karşı açılacak malvarlığı davaları, mallarının bulunduğu veya uyuşmazlık konusu malvarlığının bulunduğu yer mahkemesinde görülecektir. Bu hükmün uygulanabilmesi için davalının forum ülkesinde malvarlığının bulunması kendisine karşı bu ülke mahkemelerinde dava açılması için yeterli kabul edilmekte, söz konusu malvarlığının dava konusu edilen taleple ilişkili olup olmadığı veya yetkinin tesisinde esas alınan malvarlığının dava konusu edilen alacağı karşılayıp karşılamadığı milletlerarası yetkinin tesisi bakımından önem arz etmemektedir. Bazı ülke hukuklarında sadece uyuşmazlık konusu malvarlığına bağlı olarak ülke mahkemelerinin yetkisi kabul edilmekteyken³²², başta Almanya olmak üzere Avrupa ülkelerinin kahir ekseriyetinde malvarlığının uyuşmazlıkla ilişkili olması aranmamıştır³²³.

Milletlerarası yetkinin, uyuşmazlıkla ilgili olup olmadığına bakılmaksızın, davalının her türlü malvarlığını kapsayacak şekilde tesis edilmesi sadece Türk doktrinde değil karşılaştırmalı hukukta da yoğun eleştiriye maruz kalmıştır. Doktrinde birçok yazar tarafından, özellikle HUMK m.16 hükmünün yürürlükte olduğu dönemde, yetkinin tesisinde esas alınan mal ile uyuşmazlık arasında herhangi bir bağlantı bulunmadığından, bu yetki esasının bazı hallerde aşırı yetki teşkil edebileceği belirtilmiştir³²⁴. Sadece malvarlığının niteliğinin dikkate alınmadığı bu tür durumlarda, söz konusu kuralın en azından davalının ülkede bulunan malvarlığının değeri üzerinden bir sınırlama getirecek şekilde yorumlanması, dava konusunun değeriyle kıyaslandığında davacıyı tatmin etmeye yetmeyecek kadar küçük ve önemsiz malvarlığı değerlerinin milletlerarası yetkinin tesisi için yeterli olmaması gerektiği genellikle kabul edilmektedir³²⁵.

³²² Letonya, Slovakya, Slovenya. Bkz.: Commission Recast Impact Assesment, Ek 9.

³²³ Almanya, Avusturya, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Litvanya, Polonya, İsveç, İngiltere ve İskoçya. Bkz.: Commission Recast Impact Assesment, Ek 9.

³²⁴ Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.57; Dardağan, **a.g.e.**, s.194-195; Alman hukuku bakımından bkz.: Schlosser, **a.g.m.**, s.26; Vischer, **a.g.m.**, s.214, dn.471'deki yazarlar. Ayrıca bkz.: Aguirre, **a.g.m.**, s.352.

³²⁵ Bkz.: Nomer, **DHH**, s.466; Schlosser, **a.g.m.**, s.26; Süzen, **a.g.m.**, s.171.

Buna mukabil, yetkiyi tesis eden malvarlığı dava konusu alacağın değerini karşılasa dahi, dava konusu uyuşmazlıkla ilgili olmaması nedeniyle söz konusu aşırılık halinin devam edeceği de ileri sürülebilir³²⁶. Davalının ülkede bulunan malvarlığına istinaden yetkinin tesis edilmesinin altında, ülkede ikamet eden davacıların, ülkede ikamet etmeyen davalılara karşı usuli güvencelerden yararlanmasını sağlamak ve davalıya karşı elde edilecek kararın ülkede icrasını kolaylaştırmak yatmaktadır³²⁷.

Bununla beraber, söz konusu yetki esasını haklı göstermek amacıyla ileri sürülebilecek olan bu argümanlar, davalının –uyuşmazlık konusu olmayan- malvarlığı dışında ülkeyle herhangi bir irtibatının bulunmadığı davalarda, davacının istediği yargı alanına çekilebilecek olan davalıya sadece ekonomik olarak değil adil yargılanma haklarının kullanılması bakımından da aşırı külfet yükleyebilir. Bu bakımdan, bu yetki esasının sadece davacının usuli korunma ihtiyacı ile temellendirilmesinin ikna edici olmadığı belirtilmektedir. Ayrıca, kararın kolay icra edilebilecek olması da bir yetki kuralının tesisi için tek başına yeterli değildir. Ancak bu, uyuşmazlık söz konusu malvarlığından kaynaklanmasa dahi, davacının başarılı olması halinde davalının malvarlığına el atılarak hukuken tatmin edilecek olması nedeniyle ülkede bulunan malvarlığı ile yetki kuralı arasında bir bağlantının olmadığı anlamına da gelmemektedir. Hatta bu durum, davacıyı gereksiz yere başka bir (örneğin davalının ikamet ettiği) ülke mahkemesinde dava açmaya zorlamak anlamına gelebilecektir³²⁸. Bu bakımdan, yabancı unsurlu mal ve alacak davalarında, davalının dava konusu edilen alacağın kayda değer bir kısmını karşılamaya yetecek kadar malvarlığının bulunması, davacının hukuki korunma ihtiyacının karşılanması için yeterli olacaktır. Böyle bir koşul, davacı tarafından gereksiz yere başka bir yargı alanına götürülerek rahatsız edilmesi bir yana, davalıyı kendisini gerçekten ve etkili bir şekilde davaya katılma ve iddia ve savunmada bulunmaya sevk edebilecektir. Böylece, çok küçük ve önemsiz malvarlığı değerlerine istinaden hem davacının dava açması hem de davalının gereksiz yere dava tehdidi altında kalması engellenerek her iki tarafın adil yargılanma hakkına ilişkin menfaatleri

³²⁶ Bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.60; Dardağan, **a.g.e.**, s.166-167.

³²⁷ Dardağan, **a.g.e.**, s.179; Aguirre, **a.g.m.**, s.352.

³²⁸ Süzen, **a.g.e.**, s.171.

dengelenebilir. Nitekim bazı devletler, yetkinin bu esasa bağılı olarak aşırı şekilde kullanılmasını engellemek amacıyla içtihatlar yoluyla bazı sınırlamalar getirmiştir³²⁹.

Türk hukukunda ise, malvarlığına ilişkin davalarla sınırlı olarak, HMK m.9 uyarınca ülkede ikametgâhı bulunmayanlar aleyhine uyuşmazlık konusu malvarlığının bulunduğu yer mahkemesinde dava açmak mümkün olduğundan artık malvarlığına bağlı yetki tesisinin aşırı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bununla beraber, aşırı yetkinin engellenmesi amacıyla getirilen -mülga HUMK m.16 yerine ikame edilen- HMK m.9 hükmü bu sefer de yetkinin sınırlanması bakımından aşırıya kaçıldığı eleştirilerine maruz kalmıştır³³⁰. Aşağıda, söz konusu yetki kuralının muhtemel davacıların Türk mahkemelerine erişimini aşırı bir şekilde engelleyip engellemediğini ayrıca ele alacağımız için burada üzerinde daha fazla durmayacağız³³¹.

c) Davalıya Ülkede Bulunduğu Esnada Tebligat Yapılması

Davalının geçici bir süreliğine de olsa ülke bulunduğu esnada kendisine tebligat yapılması ABD, İngiltere, İskoçya gibi Anglo-Amerikan hukuk anlayışını benimseyen ülkelerde milletlerarası yetkinin tesisinde geleneksel olarak kullanılan bir esastır³³². Örneğin, İngiliz hukukunda davalıya İngiltere’de bulunduğu esnada dava evrakının tebliğ edilmesi halinde, İngiliz mahkemeleri dava bakımından genel yetkiye sahip olmaktadır. Davalının ülkede bulunduğu esnada tebligatın yapılması yeterli olup,

³²⁹ Örneğin, Alman Federal Mahkemesi 2 Temmuz 1991 tarihli bir kararında ZPO m.23’ün uygulanabilmesi için davalının Almanya’da mallarının bulunmasının tek başına yeterli olmadığını belirterek uyuşmazlık ile Almanya arasında yeterli bir bağlantının varlığını aramıştır. Karar için bkz.: **IPRax**, Vol.12, No.3, 1992, s.160 vd. Kararın detaylı analizi için bkz.: Lowenfeld, **a.g.m.**, s.98-99; Süzen, **a.g.e.**, s.164 vd. Avusturya hukukunda ise, ülkede bulunan malvarlığının değeri ile dava konusunun değeri arasında makul bir ölçülülüğün olması aranmaktadır. Bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.60, dn.129.

³³⁰ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.555-556; Nomer, **DHH**, s.466; Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s.268; Burak Huysal, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler”, **MHB**, C.31, S.2, 2011, s.89; Ceyda Süral, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi” **TBBD**, S.100, 2012, s.175-176.

³³¹ Bkz.: Aşağıda, s.415 vd.

³³² Ayrıca, söz konusu yetki esasının Anglo-Amerikan hukuk anlayışından etkilenen Malta ve Kıbrıs gibi ülkeler yanında Finlandiya, Polonya ve Slovenya hukukları da kullanıldığı belirtilmektedir. Bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.59-60.

uyuşmazlık ile mahkeme arasında başka bir bağlantının varlığı aranmamaktadır³³³. Diğer bir ifadeyle, davalının ne kadar süreliğine veya hangi amaçla orada bulunduğunun yetkinin tesis edilmesi bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır³³⁴. Dolayısıyla, davalının ülkeyle olan bağlantısını dikkate almaksızın sadece bir usuli işlemle yetkinin tesis edilmesi eleştirilmekte ve aşırı yetki hali olarak kabul edilmektedir.

Bu yetki esasının arka planında devletin ülkesi üzerinde sahip olduğu yargı yetkisini ülkeye iradi olarak giren davalılar üzerinde kullandığı, diğer bir deyişle davalının ülkesi üzerinde bulunduğu devletin yargısına tabi olduğunun kendisinden makul olarak beklenebileceği fikri bulunmaktadır³³⁵. Bunun yanında, tebligatın yapılmasıyla davalının davadan haberdar olduğu veya davalının bulunduğu yerin tespit edilmesinin ikametgâh veya mutad meskene kıyasen daha kolay olduğu şeklinde gerekçeler de ileri sürülmektedir. Bununla beraber, özellikle uyuşmazlığın ülkeyle hiçbir ilişkisinin olmadığı hallerde, davalının sadece ülkede bulunmasının milletlerarası yetkinin kullanılması için yeterli bir neden olmadığı belirtilmektedir. Özellikle bireylerin uluslararası hareketliliğinin, buna bağlı olarak farklı ülkelerde geçici bulunmalarının veya oturmalarının artışı da dikkate alındığında, söz konusu yetki esası tartışılır hale gelmiştir. Bu bakımdan, bireyleri, asıl ikamet ettikleri ülkelerden uzakta, geçici bir süre bulundukları bir ülkede savunma yapmaya zorlamak için yeterli olmadığından bu yetki esası aşırı olarak nitelendirilebilir. Dolayısıyla milletlerarası yetkinin tebligat yapılmak suretiyle kullanılması bazı hallerde yetkinin çok geniş kullanılmasına neden olacağı, bunun da davalılar bakımından uygun ve adil olmayacağından hareketle böyle bir yetki tesisi için ülkede bulunmaya ek olarak uyuşmazlıkla mahkeme arasında ek bazı irtibatların aranması gerektiği belirtilmektedir³³⁶.

³³³ Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s.355; Trevor C. Hartley, **International Commercial Litigation – Texts, Cases and Materials on Private International Law**, Cambridge University Press, Cambridge 2015, s.104.

³³⁴ Örneğin, davalının ülkede birkaç saatliğine bulunacak olması ve bu esnada kendisine tebligat yapılmış olması dahi İngiliz mahkemelerinin yetkisi tesis edilmiş olacağı gibi davalının polis gözetiminde veya tanıklık için İngiltere’ye getirilen kişiye tebligatın yapılmasının yetkinin tesisi için yeterli olduğu kabul edilmektedir. Bkz.: Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s.355.

³³⁵ Hartley, **Commercial Litigation**, s.104.

³³⁶ Aguirre, **a.g.m.**, s.360.

Nitekim bu yetki esasının cari olduğu ülkelerden ABD hukukunda, ABD Federal Mahkemesi ABD Anayasasındaki Due Process Clause ilkesinden hareketle, ülkede geçici olarak bulunan davalıya tebligat yapılmak suretiyle gerçekleşen yetkinin tek başına yeterli olmadığını belirtmiştir. Söz konusu ilkenin, ülkede bulunmayan davalının, davanın sürdürülmesinin tarafsızlık ve temel adalet ilkelerini rencide etmeyecek kadar ülkeyle asgari irtibatının olmasını gerektirdiği kabul edilmiştir³³⁷.

İngiliz hukukunda ise, söz konusu yetki esasının aşırı şekilde geniş kullanımının davalı bakımından yaratabileceği sakıncalar, *forum non conveniens* doktrini vasıtasıyla önlenmeye çalışılmaktadır. Mahkemelerin sahip olduğu takdir yetkisinin temelini oluşturduğu İngiliz yetki sisteminde İngiliz mahkemeleri, davayı karara bağlamak için İngiliz mahkemelerine nazaran daha uygun ve elverişli bir ülke mahkemesinin varlığı halinde, belirli koşullar altında uygun olmayan forum (mahkeme) oldukları gerekçesiyle yabancı mahkeme lehine yargılamanın durdurulmasına/bekletilmesine (stay of action) karar verebilmektedir³³⁸. Bununla beraber, önce yetkinin tesis edilmesi daha sonra davalının İngiliz mahkemesine nazaran daha uygun ve doğal yabancı bir forumun varlığını ispat etmesini öngörmesi nedeniyle bu doktrinin aşırı yetkinin söz konusu olduğu her davada uygulanmama ihtimali de bulunmaktadır³³⁹.

³³⁷ Bkz.: International Shoe v. Washington, 326 US 310 (1945), 316.

³³⁸ İngiliz mahkemelerinin *forum non conveniens* doktrinine göre yetkisi hakkında sahip olduğu takdirin sınırları *Spiliada Maritime Coprn v. Cansulex Ltd.* (1987 AC 460) içtihadıyla çizilmiştir. Buna göre, öncelikle davalının yurt dışında davayı görmeye müsait (available) diğer bir ülke mahkemesinin İngiliz mahkemelerinden açıkça daha elverişli olduğunu ispatlaması gerekmektedir. Buradaki müsaitlik, yurtdışındaki mahkemenin davayı görmeye (milletlerarası) yetkili olması anlamına gelmektedir. Ayrıca, bu mahkemenin İngiliz mahkemesine nazaran “açıkça daha uygun forum” diğer bir ifadeyle “doğal mahkeme” olması gerekmektedir. İngiliz mahkemesinin uygun veya doğal mahkeme olmadığının ispatı tek başına yeterli değildir. İkinci olarak, yargılamanın yurt dışındaki daha uygun forum lehine durdurulması halinde, adaletin böyle bir kararın verilmesini gerektirip gerektirmediği davacı tarafından ispat edilecek ve mahkemece davanın koşullarına göre incelenecektir. Burada, yargılamanın durdurulması halinde, davacının yurt dışında dava açmakla İngiltere’de dava açması halinde elde edeceği yargılamaya ilişkin meşru ve objektif avantajlardan yoksun kalıp kalmayacağı tek başına belirleyici değildir. Yurt dışındaki mahkemenin ve yapılacak yargılamanın niteliği de dâhil olmak üzere davanın tüm koşulları dikkate alınacaktır. Sonuç olarak, mahkeme tarafından uygun forum olduğu kanaatine ulaşılan yabancı mahkemede davanın görülmesinin davanın tüm tarafları ve adaletin tecellisi için daha uygun olduğuna kanaat getirmesi halinde yargılamayı durduracaktır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz: Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s.426 vd; Dicey/Morris/Collins, **a.g.e.**, s.464 vd.

³³⁹ Örneğin, yurt dışında davanın açılabilceği alternatif bir mahkemenin yokluğu, davalının yurt dışındaki alternatif mahkemenin açıkça uygun forum olduğunu ispatlayamaması veya ispatlarsa dahi davacının da adaletin davanın İngiltere’de görülmesini gerekli kıldığını ispat etmesi halinde davalının yargılamanın durdurulması talebi reddedilebilir. Bkz.: Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.283.

d) Davacının İkametgâhı veya Mutad Meskeni

Milletlerarası yetkiyi davacının ikametgâhına veya mutad meskenine göre belirleyen yetki kurallarının da genellikle aşırı nitelikte olduğu kabul edilmektedir³⁴⁰. Bununla beraber, tek başına ve soyut bir şekilde incelendiğinde aşırı olarak görünmekle birlikte, söz konusu yetki esasları genellikle ulusal hukuk düzenlerinde davalının ikametgâhı mahkemesini yetkili kılan genel yetki kuralının yanında, davacının seçimlik olarak başvurabileceği özel yetki kurallarında tercih edilen bir bağlama noktasıdır³⁴¹. Ayrıca, bu yetki esasının tercih edilmesinde tarafların milletlerarası yetkiye ilişkin menfaatlerinin dengelenmesi veya yetkisel uygunluk gibi mülahazalardan ziyade daha çok uyumsuzluğun taraflarından birinin zayıf olduğu ve diğer tarafa karşı korunması gerektiği anlayışı rol oynamaktadır. Davalıya nazaran daha elverişsiz konumda olan zayıf tarafların kendi menfaatlerine uygun bir yerde dava açabilmesi amacıyla ikametgâhlarında veya mutad meskenlerinde dava açabilecekleri kabul edilmektedir. Örneğin yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde işçi, tüketici sözleşmelerinde tüketici, sigorta sözleşmelerinde sigortalı, sigorta ettiren veya lehdar, işveren, satıcı ve sigortacıya karşı, kendi ikametgâhı ve/veya mutad meskeni mahkemesinde dava açabilecektir³⁴². Esasen niteliği itibarıyla taraflardan birine sağlamış olduğu yarar veya ayrımcılık nedeniyle aşırı yetki teşkil etse de, sözleşmenin müzakeresi bakımından zayıf veya etkisiz konumda kalan kişilerin korunması amaçlandığından bir istisna teşkil ettikleri kabul edilmektedir³⁴³. Davacının ikametgâhının yabancı unsurlu fikri hak ihlallerine ilişkin davalar bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tayin eden bir yetki esasları olarak kullanıldığı görülmektedir³⁴⁴.

³⁴⁰ Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s.269; Dardağan, **a.g.e.**, s.145-146. Ayrıca bkz.: Winter, **a.g.m.**, s. 714.

³⁴¹ Aguirre, **a.g.m.**, s.346.

³⁴² MÖHUK m.44-46; Brüksel I Tüzüğü, m.9/1, m.16/1; Brüksel Ibis Tüzüğü, m.16/1, m.18/1, m.21/1. Ayrıca bazı ülke hukukları için bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.40 vd.

³⁴³ Dardağan, **a.g.e.**, s.148; Süzen, **a.g.e.**, s.176.

³⁴⁴ Türk hukukunda Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamına giren fikri mülkiyet haklarının ihlali nedeniyle üçüncü kişilere karşı açılacak hukuk davalarında davacının yerleşim yeri mahkemesi, hukuka aykırı fiilin gerçekleştiği yahut bu fiilin etkilerinin görüldüğü yer mahkemesi ile beraber yetkili kabul edilmiştir (m.156/3). Türk hukukunda Sınai Mülkiyet Kanunun yürürlüğe girmesinden önce yürürlükte olan patent, marka, endüstriyel tasarım ve coğrafi işaretlerle ilgili KHK'ların ilgili hükümleri (Pat. KHK m.137, Mar. KHK m.63, End. T. KHK m.49 ve Coğ. İş. KHK m.25) uyarınca fikri hakların ihlali dolayısıyla fikri hak sahibi tarafından üçüncü kişilere karşı açılacak davalar bakımından da aynı yetki esasının kabul edilmişti. Bu yetki kurallarının amacı fikri hak sahibini korumak ve ona dava açma konusunda kolaylık sağlamaktır (Bkz.: B.Bahadır Erdem, **Fikrî Hukukta Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, Beta, İstanbul

Aile hukukuna ilişkin bazı uyuşmazlıklarda davacının ikametgâhı veya mutad meskeni mahkemelerinin yetkisi kabul edilmektedir. Örneğin, Brüksel IIbis Tüzüğü m.3/1'de, bir yıldan beri oturuyor olmak kaydıyla davacının mutad meskeni mahkemesinin yetkili olduğu kabul edilmiştir. Türk MK m.168'de ise, boşanma ve ayrılık davalarında eşlerden birinin yerleşim yeri mahkemesinde dava açılabileceği öngörüldüğünden, davacı eşin kendi yerleşim yeri mahkemesinde dava açması mümkündür. Yine yabancı unsurlu nafaka davalarında nafaka alacaklısı, kendi ikametgâhı ve/veya mutad meskeni mahkemesinde nafaka davası açabilecektir³⁴⁵. Söz konusu yetki esasının boşanma davaları bakımından aşırı yetki teşkil etmediği ileri sürülse³⁴⁶ de, özellikle eşlerin yerleşim yerlerinin farklı ülkelerde olduğu boşanma davalarında eşlerden birinin diğerine nazaran hukuki ilişkinin zayıf tarafı olduğunu, dolayısıyla söz konusu yetki esasının makul ve adil olduğunu söylemek her zaman mümkün değildir. Bu bakımdan, söz konusu yetki esasının aşırılığı davadan davaya değişebilir. Bununla beraber, nafaka davalarında ise durum tamamen farklıdır. Zira yabancı unsurlu nafaka davalarında ekonomik olarak güç durumda bulunan nafaka alacaklısının nafaka borçlusunun ülkesinde dava açması büyük bir güçlük teşkil edebilir. Getirmiş olduğu yabancı ülkede dava açma külfeti nedeniyle dava aç(a)mayan nafaka alacaklısının alacağından mahrum kalmasına yol açabilecek olması nedeniyle, bu tür bir yetki tesisi aşırı olarak görülmemelidir.

Haksız fiil teşkil eden eylemler nedeniyle ileri sürülen tazminat taleplerinde haksız fiilin ika yeri veya zararın meydana geldiği yer yanında zarar gören kişinin yerleşim yeri mahkemesinin yetkisi kabul edilmektedir (HMK m.16). Bununla beraber, yerel nitelikli haksız fiil talepleri bakımından zarar gören kişinin hak arama imkânlarını kolaylaştırması itibariyle makul görünse de, sırf zarar gören ülkede ikamet ediyor gerekçesiyle böyle bir yetki tesisi milletlerarası karakterli haksız fiil talepleri

2003, s.192-193). Bu bakımdan, söz konusu yetki kurallarının tüketici koruyan kurullarla aynı mantık çerçevesinde düzenlendiği, bu nedenle fikri hak sahibine ayrıcalık tanıyan yetki hükümlerinin de aşırı yetki kuralı olarak ele alınmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz.: Dardağan, **a.g.e.**, s.149-150.

³⁴⁵ MK m.365/6 (yardım nafakası), MK m.177 (eşler arasındaki nafaka talepleri bakımından); Brüksel I Tüzüğü, m.5/2; Nafaka Tüzüğü m.3/c.

³⁴⁶ Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s.267.

bakımından adil olmayan, dolayısıyla aşırı bir yetki esası olarak nitelendirilebilir³⁴⁷. Zira bu husus, davanın bu ülkede görülmesiyle davalının davacı karşısında silahların eşitliği ilkesinden mahrum kalacak kadar dezavantajlı olup olmadığı sorusunu açıkça gündeme getirmektedir. Dolayısıyla, bu yetki esasının haksız fiilin veya zararın başka bir ülkede meydana geldiği veya haksız fiil teşkil eden eylemin etkilerinin birden fazla ülkede meydana geldiği hallerde, uyuşmazlıkla veya davalıyla başka bir bağlantının varlığı söz konusu olmadıkça, aşırı yetki olarak kabul edilebilir. Bu, sadece bedensel veya malvarlığına yönelik zararlar değil, diğer haksız fiil türleri bakımından da söz konusu olabilir. Örneğin, medya veya diğer kitle iletişim araçları yoluyla gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerinde, ihlale yol açan gazetenin Türkiye’de satılmaması veya televizyon kanalının izlenmemesine rağmen, zarar gören Türkiye’de dava açabilecektir³⁴⁸. Nitekim söz konusu yetki esasının karşılaştırmalı hukukta nadiren tercih edilmesi de bu görüşü teyit eder niteliktedir³⁴⁹.

e) Diğer Aşırı Yetki Esasları veya Aşırı Yetki Teşkil Edebilecek Diğer Durumlar

Yukarıda, şimdiye kadar doktrinde en çok bilinen ve aşırı olduğu kabul edilen yetki esaslarını inceledik. Bununla beraber, bazı ülke hukuklarında yukarıda ayrıntılı olarak ele aldığımız yetki esasları bulunmamakla birlikte farklı yetki esaslarının aşırı yetki tesis ettikleri için AB üyesi ülkelerde ikamet edenlere uygulanmayacağı öngörülmüştür. Örneğin davalının forum ülkesinde belirli faaliyetlerde bulunması (carry out certain activities), yetki tesisi için yeterli olsa da³⁵⁰, her zaman aşırı yetki

³⁴⁷ Bkz.: Sibel Özel, “Haksız Fiilere İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisini Belirleyen HMK m.16 Kuralının Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi**, C.8, S.89-90, 2012, s. 44

³⁴⁸ Özel, **a.g.m.**, s.34. Benzer bir durum, zarara neden olan malın imalatçı tarafından yabancı ülkede üretildiği ve yine zararın yabancı ülkede meydana geldiği hallerde, zarar gören Türkiye’deki yerleşim yerinde dava açması halinde de söz konusu olabilir. Bkz.: Özel, **a.g.m.**, s.34.

³⁴⁹ HMK m.16 hükmünde yer alan bu yetki esası, AİHS’ne taraf ülkelerden sadece Letonya ve Litvanya hukuklarında zarar gören kişileri korumak gayesiyle ve sadece bedensel zararlar ile malvarlığına yönelik zararlar bakımından getirilmiştir. Diğer Avrupa ülkelerinin 23’ünde (ve İsviçre’de) zarar görenin yerleşim yeri değil, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yer mahkemeleri yetki kabul edilmektedir. Bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.32-34. Brüksel Ibis Tüzüğü m.7/2’de (Brüksel Sözleşmesi ve Tüzüğü m.5/3), zararın meydana geldiği veya gelme ihtimalinin bulunduğu ülke mahkemeleri yetkili kılınmıştır.

³⁵⁰ AİHS’ne taraf olan ülkelerden Kıbrıs hukukunda davalının ülkede iş yapması (carry out business) başka bir sınırlamaya gerek olmaksızın yeterli kabul edilmiştir. Bu kuralın, dava konusu uyuşmazlık söz

teşkil etmesi söz konusu olmayabilir. Aslında aşırı yetki kuralı olmasına, diğer bir ifadeyle milletlerarası yetkinin aşırı geniş bir şekilde tesis edilmesine rağmen 2015 tarihli listede yasaklanmayan yetki esasları da bulunmaktadır. Örneğin, İngiltere dışında bulunan davalıya tebligatın yapılması (service out of jurisdiction) İngiliz mahkemelerince geleneksel bir şekilde bir aşırı yetki hali olarak nitelendirilmektedir³⁵¹. Bununla beraber, doktrinde bu yetki esası, söz konusu listede yer almamasına veya unutulmasına rağmen³⁵², İngiltere dışında bulunan davalıya tebligat yapılmasının - uluslararası kabul edilmiş standartlara göre- davanın taraflarıyla, koşullarıyla, konusuyla veya sebebiyle yeterli bir irtibata sahip olmadığı için halen bir aşırı yetki hali olarak kabul edilmektedir³⁵³.

Bunun yanında, gerek Brüksel rejiminde gerekse ulusal hukuklarda, sözleşmelerden veya haksız fiillerden doğan davalar için getirilen bazı özel yetki kuralları, uyuşmazlığın niteliğine ve somut olayın koşullarına bağlı olarak aşırı yetki teşkil edebilir. Bu konuda verilen örneklerden birini, hukuk düzenlerinde yaygın bir şekilde kullanılan³⁵⁴ sözleşmenin ifa yeri mahkemesinin yetkisi oluşturmaktadır. Burada, bir bütün olarak sözleşmenin değil, davacının iddiasını dayandığı borcun ifa yeri mahkemesi yetkili olduğundan³⁵⁵, sadece ifa yerinin neresi olduğu değil, dava konusu edilen edimin niteliği de önem arz etmektedir. Eğer, para borcunun ifasıyla ilgili bir dava açılmışsa, yabancı unsurlu bir sözleşmenin hükümlerine veya bu sözleşmeye

konusu faaliyetle ilgili olmasa dahi davalıların ülkede esaslı ve devam eden bir iş yapmasını mahkemelerin yetkisi için yeterli gören ABD hukukunda davalının ülkede iş yapmasını (doing business) esas alan yetki kuralına benzer olduğu belirtilmektedir. Polonya ve Portekiz’de ise, dolaylı da olsa, sadece ülkede gerçekleştirilen faaliyetlerle ilgili olan iddialar bakımından mahkemelerin yetkili olacağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla forum ülkesinde gerçekleşen bir eylemle ilgili olmasına, diğer bir ifadeyle dava sebebine bağlı olarak yetkiyi tesis ettiğinden tek başına genel yetki esası kabul edilmemektedir. Bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.61.

³⁵¹ Spiliada Maritime Coprn v. Cansulex Ltd., (1987) AC 460, 481.

³⁵² Bu noktada söz konusu yetki esası 156/2012 sayılı Tüzükle güncellenen Brüksel I Tüzüğü Ek 1’de de yer almamaktaydı. İngiliz Yüksek Mahkemesi de, bu anlayıştan hareketle 2013 yılında verdiği bir kararında davalıya yurt dışında tebligat yapılmasına bağlı yetki tesisini bir aşırı yetki hali olarak nitelendirerek açılan davayı reddetmiştir. Bkz.: Abela v. Baadarani, (2013) UKSC 44, para.53.

³⁵³ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s281.

³⁵⁴ Bkz.: HMK m.9; İsviçre MÖHK m.113; Brüksel I Tüzüğü, m.5/1(a); Brüksel Ibis Tüzüğü m.7/1(a). Sözleşmenin ifa yeri mahkemesinin yetkisi, bazı ülke hukuklarında yer almazken (Çek Cumhuriyeti, Letonya, Polonya, Finlandiya), AB üyesi ülkelerin 19’unda açıkça kabul edilmiştir. Bazı ülkeler ise, sözleşmenin ihlal edildiği yer mahkemesini (İngiltere ve Kıbrıs) yetkili kabul etmiştir ki bu yerin genellikle sözleşmenin ifa edilmesi gereken yer ile örtüştüğü belirtilmektedir. Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.29 vd.

³⁵⁵ Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.117-118.

uygulanacak hukuka göre ifa yeri, Türk hukukunda olduğu gibi alacaklının/davacının yerleşim yeri olabilir. Bu nedenle doktrinde, söz konusu yetki esasının milletlerarası yetki bakımından eşitsizlik veya usuli adaletsizlik teşkil ettiği ileri sürülmektedir³⁵⁶. Uyuşmazlığın dava konusu edimin ifa yeri olan ülkeyle bağlantısının yoğunluğuna göre bu yetki esasının aşırılığı tartışılabilir ve söz konusu yetki esasının aşırılığı davanın koşullarına bağlı olarak değişebilir. Bununla beraber, sözleşmenin kurulduğu yer mahkemesine yetki tanıyan yetki kurallarının varlığı halinde sözleşmeden doğan uyuşmazlıkla ülke arasındaki bağlantının yokluğu veya zayıflığının kesin olduğu kabul edilmektedir³⁵⁷.

Yabancı unsurlu haksız fiil davalarında zararın meydana geldiği yere bağlanması, bazı hallerde milletlerarası yetkinin aşırı veya çok geniş bir şekilde gerçekleşmesine neden olabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Örneğin, gazete veya televizyon gibi araçlarla gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerinde, söz konusu ihlale yol açan yayının birden fazla ülkede gerçekleşmesi nedeniyle birden fazla ülke mahkemesinin yetkisi doğabilir. Bu bakımdan, ülkede yayınlanmak dışında bir bağlantısının olmadığı davalarda, zarar gören şahıs zararın meydana geldiği yerlerden hangisinde veya hangilerinde biliniyorsa/tanınıyorsa zararın o yer(ler)de meydana geldiğinin kabul edilmesi aşırı yetkinin önlenmesi için daha uygun olabilir³⁵⁸. Benzer

³⁵⁶ Schlosser, **a.g.m.**, s.28-31; Sözleşmenin ifa yeri kriterinin, adil yargılanmaya ilişkin anayasal gereklilikleri karşılamadığı gerekçesiyle ABD mahkemelerince sıkça eleştirildiğine atıf yapılarak para borcunun ifasına ilişkin yabancı unsurlu davalarda böyle bir yetki kuralının uygulanmasının hiçbir haklı nedeninin olmadığı belirtilmektedir. Bkz.: Schlosser, **a.g.m.**, s.28-31.

³⁵⁷ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.279. Türk usul hukukunda HMK'nın yürürlüğe girmesiyle terkedilen sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesinin yetkisi, çeşitli Avrupa ülkelerinde halen kullanılan bir yetki kriteridir. Ancak kullanılması, genellikle belirli şartlar altında veya her ülkenin usul hukukunun özelliklerine göre farklılık arz etmektedir. Örneğin Malta hukukunda sözleşmenin ifa yeri mahkemesinin yetkili olabilmesi için aynı zamanda davalının dava anında Malta'da bulunması gerekmektedir. İngiliz ve İrlanda hukukunda ise, bu yetki esası forum conveniens doktrinine istinaden davacının sözleşmenin ifa yeri olan İngiliz mahkemelerinin açıkça en uygun forum olduğunu ispat etmesine ve mahkemenin de kendisinin davayı görmeye uygun forum olduğunu tespit etmesine bağlıdır (Bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.31-32, Tablo D). Bu bakımdan, sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesini yetkili kılan bir yetki kuralını davanın koşullarını değerlendirmeksizin otomatikman aşırı veya çok geniş kabul etmek yerinde değildir.

³⁵⁸ Bu konuda ABAD'ın Brüksel rejiminin uygulandığı ülkeler bakımından, basın yoluyla kişilik haklarına saldırının birden fazla ülkede gerçekleştiği hallerde zararın meydana geldiği yerin nasıl tespit edileceğine ilişkin bir kararı, Türk hukuku bakımından da yol gösterici olabilir. Buna göre, zarara yol açan yayının (eylemin) gerçekleştiği ve dağıtımına çıkarıldığı yer yayıncının işyeri olduğundan, zarara yol açan eylemin gerçekleştiği yer yayıncının işyeridir. Ancak, zarar gören şahsın yayının dağıtıldığı ülkede tanınmış bir kişi olması halinde, zararın söz konusu ülkede meydana gelmiş olduğu kabul edilecek ve

şekilde, internet üzerinden gerçekleşen kişilik hakları ihlallerinde de zarar yeri kriterinin tek başına uygulanması halinde de aynı problemin ortaya çıkması mümkündür³⁵⁹. Yine, zararın imalatçı bakımından öngörülemeyeceği bir ülkede, dolayısıyla tamamen kontrolü ve sorumluluk alanı dışında meydana geldiği hallerde, zararın meydana geldiği yer mahkemesinin yetkili kılınmasının bazı hallerde davalı bakımından haksızlık yaratacağı ve adil yargılanma prensiplerine aykırı olabileceği kabul edilmektedir³⁶⁰. Sonuç olarak, zarar yeri kriteri de tıpkı zarar gören davacının yerleşim yeri kriteri gibi, çeşitli haksız fiil türleri bakımından, uyuşmazlığın niteliği ve davanın koşullarına bağlı olarak aşırı yetki teşkil edebilir.

Son olarak, yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarında milletlerarası yetkinin birden fazla davalıya karşı açılan davalarda davalılardan herhangi birinin yerleşim yerine³⁶¹, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilmesine veya bir eylemin suç teşkil edip etmediğini karara bağlayan ceza mahkemesinin yetkisine bağlanması, bazı şartlar altında aşırı yetki teşkil edebilir. Örneğin, bazı ülke hukuklarında bir eylemin suç teşkil edip etmediğini karara bağlayan ceza mahkemesi o eylemden kaynaklanan tazminat talepleri bakımından da (milletlerarası) yetkili kabul edilmektedir³⁶². Devletler, genellikle ulusal menfaatlerini veya vatandaşlarının menfaatlerini korumak amacıyla ceza mahkemelerinin yetkisini geniş bir şekilde kullanmaktadır³⁶³. Örneğin, suç teşkil eden eylemin yabancı bir ülkede vatandaşın veya ülkede kurulmuş bir tüzel kişinin

dava sadece bu mahkemede görülecektir. Bkz.: Shevill v. Presse Alliance SA, Cse C-68/93, (1995) ECR I-450, para.24-30. Kararın analizi için bkz.: Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.498-499.

³⁵⁹ Bkz.: Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.86-87.

³⁶⁰ Schlosser, **a.g.m.**, s.31-32.

³⁶¹ Birden fazla davalının söz konusu olduğu yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta, dava davalılardan birinin Türkiye'deki yerleşim yeri mahkemesinde açıldığında (HMK m.7, Brüksel Ibis, m.8/1), söz konusu mahkeme farklı ülkelerde ikamet eden veya işyeri bulunan davalılar bakımından uzak veya ulaşması zor bir mahkeme olabilir. Dolayısıyla, söz konusu yetki esası, duruma göre davacının ne uyuşmazlıkla ne de diğer davalılarla alakası olmayan bir ülke mahkemesinde dava açmasını sağlayacak kadar geniş bir şekilde kullanılabilir. Doktrinde de, (Brüksel Ibis Tüzüğü m.8/1'in uygulaması ile ilgili olarak), böyle bir yetki kuralının, mahkemelerce dikkatli bir şekilde uygulanması halinde çok geniş olmayacağı ve özellikle tarafların adil yargılanma hakkını ihlal etmeyeceği ileri sürülmektedir. Bkz.: Hess/Pfeiffer/Schlosser, **a.g.e.**, s.60.

³⁶² Gerek Brüksel Sözleşmesi ve Brüksel I Tüzüğünde (m.5/4) gerekse Brüksel Ibis Tüzüğünde (m.7/3) bu yetki esası, mahkemenin kendi hukukuna göre yetkisi olmak kaydıyla kabul edilmiştir. Bir kaç dışında (Yunanistan ve Malta), Avrupa ülkelerinin çoğunluğu ceza mahkemelerinin ceza gerektiren eylemden doğan iddiaları karara bağlamaya yetkili olduğu, belirli koşullar veya sınırlamalar altında kabul edilmektedir. Bazı ülkelerde Brüksel I Tüzüğü m.5/4 hükmüne benzer bir hüküm varken, bazılarında yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.35.

³⁶³ Hess/Pfeiffer/Schlosser, **a.g.e.**, s.59; Schlosser, **a.g.m.**, s.24.; Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.88.

zararına işlenmesi ceza mahkemesinin davaya bakması için yeterli kabul edilmektedir³⁶⁴. Dolayısıyla, uyuşmazlığın ülkeyle ve davalıyla olan bağlantısına bakılmaksızın, her iki davanın sebebinin aynı eylem olması nedeniyle ceza davasını gören mahkemenin yabancı unsurlu bir hukuk davası için de yetkili kabul edilmesi aşırı olarak görülmelidir³⁶⁵.

İkinci olarak, geçici hukuki koruma kararı veren mahkemenin esasa ilişkin uyuşmazlıklar bakımından da yetkili olacağını öngören kural da davanın koşullarına göre aşırı olabilir³⁶⁶. Bu yetki esasının aşırı olarak nitelendirilip nitelendirilmemesinin altında, tıpkı davalının malvarlığına bağlı yetki tesisinde olduğu gibi, esasa ilişkin dava ile ihtiyati tedbir veya ihtiyati hacze konu edilen malvarlığı arasındaki bağlantının yakınlığı veya yoğunluğu rol oynamaktadır. Dolayısıyla, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı vermeye yetkili mahkemenin yetkisinin niteliği³⁶⁷, doğal olarak söz konusu yetki esasına istinaden yetki kazanan mahkemenin yetkisinin aşırı olup olmadığını da belirleyecektir. Eğer, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı veren mahkemenin yetkisi aşırı nitelikte olmayan yetki esaslarına göre belirlenmişse, bu mahkemeyi esas alacak bakımından da yetkilendiren yetki kuralı aşırı olarak nitelendirilmeyecektir³⁶⁸. Buna mukabil, davanın konusunun ve taraflarının ülkeyle olan bağlantısına bakılmaksızın ihtiyati tedbir veya haciz kararı veren mahkemenin davanın esası hakkında da yetkili

³⁶⁴ TCK m.12/2. Örneğin, ABAD'ın *Krombach v. Bamberski* kararına konu olayda, Alman mahkemelerinden tenfizi istenen tazminat kararını veren Fransız ceza mahkemesinin yetkisi mağdurun Fransız vatandaşlığına bağlı olarak (Fransız Ceza Kanunu m.689) tesis edilmiştir. Davalı tarafından söz konusu yetkinin aşırı olduğu itirazı ise ABAD tarafından yetkiye ilişkin Brüksel Sözleşmesinde öngörülen haller dışında bir yetki denetimi yapılamayacağı, kamu düzenine aykırılık denetiminin yetkiye ilişkin hükümler bakımından uygulanmayacağı gerekçesiyle reddedilmiştir. Bkz.: *Krombach v. Bamberski*, para.29-34.

³⁶⁵ Aynı yönde bkz.: Schlosser, **a.g.m.**, s.24-25.

³⁶⁶ Dardağan, **a.g.e.**, s.196.

³⁶⁷ Burada, geçici hukuki koruma kararı vermeye yetkili mahkemenin yetkisinin aşırı olup olmadığı tartışılmamaktadır. Bu yetki, esasen hak arama özgürlüğünün ve bireylerin hukuki korunma ihtiyacının bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Zira hemen bütün hukuk düzenlerinde, esas hakkındaki davanın yabancı bir ülkede açıldığı hallerde dahi, bireylerin hak arama taleplerinin sonuçsuz kalmasını engellemek amacıyla, asıl hukuki koruma gerçekleşene kadar geçici hukuki koruma tedbirleri vermeye yetkili bir mahkeme bulundurulmaktadır (Bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.39; İsviçre MÖHK m.4; Brüksel Ibis Tüzüğü m.35.).

³⁶⁸ Dardağan, **a.g.e.**, s.206-207. Yabancı unsurlu bir davada, ihtiyati tedbir veya ihtiyati haczin davalının ikametgâhı mahkemesinden (HMK m.6) veya uyuşmazlık konusu malvarlığının bulunduğu yer mahkemesinden (HMK m.9) alınması hali buna örnek verilebilir.

kabul edilmesi davalı bakımından adil olmayan bir yetki tesisi olabilir³⁶⁹. Hiç şüphesiz, geçici hukuki koruma talepleri bakımından mahkemelerin yetkisinin tayin edilmesinde katı bir tutum sergilenmesi de, bazı hallerde milletlerarası karakterli davaların niteliğine uygun düşmeyebilir ve davalının korunması amaçlanırken, davacıların ülke mahkemelerine erişim imkânından mahrum kalmasına yol açabilir.

f) Değerlendirme

Yukarıdaki açıklamalar, önceden ve soyut bir şekilde belirlenen bir yetki kuralının ne tür uyuşmazlıklar bakımından ve hangi şartlar altında aşırı olarak kabul edileceğini belirlemenin kolay olmadığını göstermektedir. Milletlerarası yetki kuralları devletler tarafından yasal veya yargısal yollarla davanın konusu veya sebebine ya da taraflarına bağlı olarak önceden ve soyut bir şekilde belirlenmektedir. Bu nedenle, bir yetki kuralını tek başına ve otomatikman aşırı olarak kabul etmek her zaman mümkün değildir, sadece aşırı olarak nitelendirilmeye ve davalının da en az davacı kadar sahip olduğu usuli haklarını zedelemeye adaydır. Diğer taraftan, uyuşmazlığın özellikleri ve sahip olduğu milletlerarası unsurları, davalının davanın açıldığı mahkemeye erişimini ve usuli haklarını ne derecede kullanabileceğini dolaylı olarak belirleyeceğinden, bir yetki esasının “aşırı” olarak tanımlanması ile milletlerarası yetkinin aşırı veya çok geniş bir şekilde tesis edilmesi/kullanılması arasında esasen bir fark bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, aşırı yetki esası ile yetkinin aşırı şekilde kullanılması aynı anlama gelmektedir³⁷⁰. Sonuç olarak, bir milletlerarası yetki kuralının aşırı olup olmadığı veya aşırı şekilde kullanılıp kullanılmadığı, her bir davanın kendine özgü koşullarına ve bu koşullar altında söz konusu yetki tesisinin davalıyı ne derecede etkilediğine göre değişebilecektir.

³⁶⁹ Buna örnek olarak, ihtiyati haciz kararı veren mahkemenin ihtiyati hacze dayanak teşkil eden alacak bakımından da yetkili kabul eden mülga HUMK m.12 ve İsviçre MÖHK m.4 hükmü verilebilir. Şöyle ki, (milletlerarası yetkiye sahip) diğer bir ülke mahkemesinde açılan davanın sonucunun, davalının malvarlığının bulunduğu Türk mahkemesinden bir ihtiyati haciz kararı alınarak zaten güvence altına alınması mümkündür. Söz konusu Türk mahkemesini ihtiyati hacze dayanak teşkil eden uyuşmazlık bakımından da yetkili kabul etmek, özellikle malvarlığı dışında Türkiye ile bir bağı olmayan davalı karşısında davacıya usuli bir avantaj sağlanması anlamına gelebilir.

³⁷⁰ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.286.

Yukarıdaki açıklamalardan, bir yetki kuralının aşırı olup olmadığının belirlenmesinde o yetki kuralının tanzim edilme ve uygulanma yönteminin de etkisinin olabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Örneğin, Türk hukukunda olduğu gibi pek çok Kıta Avrupası hukuk düzeninde, somut uyuşmazlık bakımından mahkemelerin milletlerarası yetkisini belirleyen bir kural yoksa iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına bakılarak milletlerarası yetki tayin edilmektedir. Dolayısıyla, yerel nitelikli davalarda yetkinin tesisi için yeterli olan bazı yetki esasları (örneğin, zarar görenin yerleşim yeri) yabancı uyuşmazlığın niteliğine bağlı olarak aşırı olabilir.

İkinci olarak, milletlerarası yetki kurallarının uygulanması ve milletlerarası yetkinin tesis edilmesi konusundaki anlayış farklılıkları, dolaylı olarak milletlerarası yetkinin aşırı şekilde kullanılıp kullanılmadığını da etkilemektedir. Örneğin, Kıta Avrupası ülkelerinde, milletlerarası yetkiyi tesis eden irtibat noktalarının ülke içinde bulunması o ülke mahkemesinin yetkisinin gerçekleşmesi için yeterlidir ve mahkeme bir kere yetkili olduğuna karar verdiğinde yetkisizlik gerekçesiyle davayı reddedememektedir. Anglo-Amerikan hukukunda ise, yetki esasları geniş bir şekilde tanzim edildiğinden mahkemelere yetkiyle ilgili konularda belirli bir takdir hakkı tanınmıştır ve mahkemeler davanın özelliklerine bağlı olarak yetki veya yetkisizlik kararı verebilmektedir³⁷¹.

Aradaki bu fark, bir yetki kuralının aşırı olup olmadığını veya aşırı şekilde kullanılıp kullanılmadığını da etkilemektedir. Örneğin, İngiliz hukukunda bir mahkeme, davalının İngiltere’de bulunduğu esnada tebligat yapılmasına bağlı yetki tesisinde –davalının da itirazı üzerine- kendisinin söz konusu dava bakımından uygun forum olmadığına (forum non conveniens), diğer bir ifadeyle aşırı yetkili olduğuna karar verebilir ve davayı reddedebilir. Bu özelliği itibariyle, İngiliz hukukunda davalının adil bir yargılanmadan mahrum kalma ihtimalinin çok düşük olduğu belirtilmektedir³⁷². Buna mukabil Kıta Avrupası hukuklarında ise, -dava açma hakkının

³⁷¹ Her iki sistemin de birbirine göre iyi veya kötü yanları bulunmaktadır. İlki, yetki kurallarının sunmuş olduğu basitlik ve öngörülebilirlik nedeniyle hukuki kesinliğe hizmet ettiği ancak yeterince esnek olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Diğeri ise, hem davanın konusu ve koşullarını hem de yargılamanın tüm taraflarının yetkiye ilişkin menfaatlerini dikkate alma imkânı verdiği için mahkemelere esneklik tanıdığı ve bireysel adaleti daha iyi temin ettiği ancak mahkemenin yetkili olup olmadığının önceden öngörülememesi nedeniyle eleştirilmektedir. Bkz.: Hill, **a.g.m.**, s.58; Aguirre, **a.g.m.**, s.325 vd.

³⁷² Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.288.

kötüye kullanılması söz konusu olmadığı müddetçe- mahkemeler kendi yetkilerinin aşırı bir şekilde tesis edilip edilmediğini, davanın konusu veya tarafları bakımından davayı karara bağlamasının hakkaniyete uygun olup olmadığını değerlendirmek durumunda değildir. Mahkemelere yetki konusunda herhangi bir esneklik tanınmamasının, ulusal veya bölgesel hukuk düzenlerinde yer alan yetki kurallarının aşırı şekilde kullanılmasına neden olabileceği belirtilmektedir³⁷³. Netice itibariyle, milletlerarası yetkinin tanzimi ve işleyişiyle ilgili düzenlemeler, bazı yetki kurallarının aşırı şekilde kullanılıp kullanılmadığını, dolayısıyla davalının usuli haklarının ihlal edilme ihtimalini insan hakları organları önüne gitmeden evvel yerel seviyede engelleyebilecektir.

iv. Aşırı Yetki Kurallarının AİHS m.6/1'e Uygunluğu

AİHM'nin AİHS'ne taraf bir devlet mahkemesinin ulusal veya uluslararası menşeli yetki düzenlemeleri uyarınca belirli bir dava bakımından tesis etmiş olduğu milletlerarası yetkinin AİHS m.6/1'e aykırı olduğunu veya olmadığını gösteren belirleyici bir içtihadı bulunmamaktadır. Doktrinde milletlerarası yetkinin kullanımı ile AİHS m.6/1 arasındaki ilişki, genellikle AİHK'nun 1976 tarihli yayınlanmamış bir kararından³⁷⁴ yola çıkılarak değerlendirilmekte ve milletlerarası yetkinin aşırı veya çok geniş bir şekilde kullanılmasına karşı bir savunma aracı olarak AİHS m.6/1'den yararlanılabileceği belirtilmektedir³⁷⁵.

Söz konusu kararın özetine göre, başvuru kendisinin ve kızının Yunan vatandaşı olmasından ötürü Birleşik Krallığın değil, Yunan mahkemelerinin yargısına tabi olmaları gerektiğini iddia etmiştir. Ulusal mahkemeler önündeki yargılamanın konusunun kararın özetinden anlaşılamadığı bu kararda, başvuru AİHS'nin hangi maddesinin ihlal edildiğini bildirmemesine rağmen, AİHK şikâyetin AİHS m.6/1'le ilgili olduğundan hareket ederek, AİHS m.6/1'in bireylere davalarının dinlenebileceği belirli bir mahkemeyi seçme hakkı vermediğini belirtmiştir. AİHK'na göre,

³⁷³ Benzer yönde bkz.: Hill, **a.g.m.**, s.58. Doktrinde böyle bir eleştiri esasen Brüksel rejimi bakımından yapılmakla beraber aynı durum ulusal hukuk düzenleri bakımından da söz konusu olabilir.

³⁷⁴ AİHK, no.6200/73, 13 Mayıs 1976, (Digest of Strasbourg Case Law, s.269).

³⁷⁵ Nuyts, **Due Process**, s.51-52; Dardağan, **a.g.e.**, s.255;; Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.90; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.128.

“bazı durumlarda (milletlerarası) yetki ve onun dayandırılabilmesi kriterleri hakkında ortaya çıkan bir problemin AİHS m.6/1’in uygunluk denetimi açısından ele alınması gerektiği varsayılırsa, mevcut davada annenin Birleşik Krallık vatandaşlığı yanında başvuruçunun kızının annesiyle birlikte Birleşik Krallıkta yaşıyor olduğu vakıası, uluslararası hukukun genel ilkelerine göre Birleşik Krallık mahkemelerinin milletlerarası yetkisi için yeterli bir bağlantıyı oluşturmaktadır.”³⁷⁶.

Buradaki “yeterli bir bağlantı” ifadesiyle AİHK, AİHS m.6/1’in milletlerarası yetkinin tayininde kullanılan yetki esasları bakımından da uygulama alanı bulacağını, dolaylı olarak ve belki de kasıtsız olarak belirtmiştir³⁷⁷. AİHK tedbirli bir şekilde hareket etmekle ve sadece milletlerarası yetkinin kullanılmasıyla AİHS m.6/1’in ihlal edilebileceği olasılığını analiz etmekle beraber, yine de AİHS m.6/1’e uygunluk denetiminde uyumsuzlukla forum ülkesi arasındaki irtibatın inceleneceğini ve eğer söz konusu irtibatın “yeterli” olması halinde ihlalin söz konusu olmayacağını söylemektedir³⁷⁸. Hiç şüphesiz, oldukça eski tarihli bu karardan çok fazla bir sonuç çıkarmak mümkün olmasa da, ülkeyle yeterli bir bağlantının olmadığı durumlarda AİHS m.6/1’in milletlerarası yetkinin reddedilmesini gerektirdiği veya yetersiz bağlantıların varlığı halinde milletlerarası yetkinin tesis edilmesinin AİHS m.6/1’i ihlal etmesi mümkündür.

Bu karardan birkaç yıl sonra İngiliz mahkemeleri tarafından milletlerarası yetkinin aşırı geniş bir şekilde kullanıldığı iddiası, *H v. Birleşik Krallık*³⁷⁹ başvurusunda tekrar AİHK önüne gelmiş ancak başvuru altı aylık süre içerisinde yapılmadığından reddedilmiştir. Söz konusu karara konu olayda, vatandaşı olduğu ABD’de mukim başvuruçunun, 1957 yılında Libya hükümetiyle yaptığı anlaşma sonucu petrol arama

³⁷⁶ “Assuming that, in certain cases, a problem concerning the jurisdiction and the criteria on which it may be based must be considered for the application of Article 6 of the Convention, one must recognize in the present case that the fact that the applicant’s daughter lives with her mother in the United Kingdom, added to her mother’s British nationality, constitutes for the jurisdiction of the British courts a sufficient link according to general principles of international law.” Bkz.: AİHK, no.6200/73, 13 Mayıs 1976, (Digest of Strasbourg Case Law s.269). Vurgu eklenmiştir.

³⁷⁷ Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.128.

³⁷⁸ Nuyts, **Due Process**, s.52.

³⁷⁹ *H v. Birleşik Krallık*, no.1000/82, 4 Temmuz 1983, D.R. 33, s.247 vd.

imtiyazı elde etmiş ve bu imtiyazı BP (British Petroleum) ile birlikte kullanmıştır. Başvurucu ile BP arasındaki anlaşmaya göre ticari petrol üretiminin imtiyazlı kısmını BP alacaktır. Birleşik Krallık'ın 1971 yılında çekildiği Basra Körfezindeki üç adaya İran el koymuş, Libya hükümeti ise bu el koyma faaliyetinde Birleşik Krallığın İran'la beraber hareket ettiği düşüncesiyle misilleme olarak BP'nin paylarına 1971 Aralığında el koymuştur. Ardından başvuru, sahip olduğu imtiyazların Libya tarafından kamulaştırıldığı 1973 yılına kadar Libya hükümetiyle birlikte petrol arama ve çıkarma faaliyetlerine devam etmiştir. Bunun üzerine BP, petrol arama ve işleme faaliyetleri ile ilgili yapmış olduğu masrafların tazmini talebiyle Londra'da dava açmış ve sözleşmenin İngiliz hukukuna tabi olduğunu ileri sürmüştür. İngiliz mahkemeleri, başvuru ile BP arasındaki sözleşmenin İngiliz hukukuna tabi olmasından dolayı yetkili olduklarına hükmetmiştir. Başvurucu, dava esnasında sözleşmeye uygulanacak hukukun İngiliz değil Teksas hukuku olduğunu ileri sürmesine rağmen, bu iddia temyiz mahkemesince reddedilmiştir. Başvurucu, avukatının temyiz talebinin başarısızlıkla sonuçlanacağı tavsiyesi üzerine bu konuyu temyize götürmekten vazgeçmiştir³⁸⁰.

Başvurucu, diğer iddialarının yanında İngiliz mahkemelerinin sözleşmeye uygulanacak hukuku İngiliz hukukuna tabi kılarak yetkilerini hukuka aykırı ve keyfi bir şekilde tesis ettiklerini ileri sürmüştür³⁸¹. AİHK, milletlerarası yetkinin ölçsüz bir şekilde kullanılmasının AİHS m.6/1'i ihlal edip etmediği ile ilgili olarak, İngiliz mahkemesinin kendisini yetkili addetmesini, davanın esası hakkındaki yargılamadan farklı bir yargılamanın konusunu teşkil eden müstakil ve ayırt edilebilir bir ön mesele (a separate and separable preliminary issue) olarak değerlendirmiştir. Ardından İngiliz mahkemelerinin yetkisine ilişkin yargılamanın başvuru temyize gitmemeyi tercih ettiği İngiliz Yüksek Mahkemesinin 4 Kasım 1975 tarihli kararıyla sona erdiğini belirterek altı aylık başvuru süresini bu tarihten itibaren işletmiş ve başvurunun süre bakımından kabul edilemez olduğuna hükmetmiştir³⁸². Böylece, esas hakkındaki yargılama 1982 yılında bitmesine rağmen Birleşik Krallığın ana hissedarı olduğu bir şirket ile anlaşma akdetmek dışında ülkeyle herhangi bir bağlantısı bulunmayan³⁸³

³⁸⁰ H v. Birleşik Krallık, no.1000/82, 4 Temmuz 1983, D.R. 33, s.248-251.

³⁸¹ H v. Birleşik Krallık, s.251.

³⁸² H v. Birleşik Krallık, s.254-255.

³⁸³ H v. Birleşik Krallık, s.252.

davalının Birleşik Krallık mahkemelerinin yetkilerini ölçsüz bir şekilde kullandıkları iddiası AİHK tarafından dinlenmemiştir. Başvurucunun İngiliz mahkemelerinin aşırı yetkili olduğuna dair itirazını temyiz mahkemeleri nezdinde ileri sürmemiş olması, milletlerarası yetkinin kullanılmasının AİHS m.6/1’le bağdaşıp bağdaşmadığının incelenmemesinde etkili olmuştur. Bununla beraber, AİHK tarafından milletlerarası yetkiye ilişkin şikâyetlerin bağımsız ve ayrı olarak incelenebilecek bir mesele olarak yorumlanması, genellikle başarısız davalılarca başvurulabilecek ek bir temyiz mercii olarak görülen AİHM’nin iş yükünün daha da artmasına neden olabilir³⁸⁴. Zira milletlerarası yetkinin (aşırı şekilde) kullanılmasının AİHS m.6/1’deki haklarını ihlal ettiğini düşünen başvuruçular, henüz davanın esası hakkında karar vermemiş olmasına rağmen, söz konusu karara karşı şikâyetle bulunma imkânını kaybetmemek adına, AİHM’ne müracaat edebilir.

AİHK’nun kararları, milletlerarası yetkinin aşırı şekilde kullanılmasının AİHS m.6/1’e uygun olup olmadığına veya hangi koşullar altında uygun olacağına dair pek ipucu vermese de, doktrinde bazı yazarlar tartışmalı esaslara dayanan yetki tesisinin davalının adil yargılanma hakkını ihlal edebileceğini ileri sürmektedir. Bu noktada, ABD Anayasasındaki Due Process Clause ilkesine ve özellikle ABD Federal Mahkemesinin *International Shoe v. Washington*³⁸⁵ kararındaki tespitine dayanarak AİHS m.6/1’in milletlerarası yetkinin kullanımına bir nevi anayasal denetim veya sınırlama vazifesi görebileceği belirtilmektedir³⁸⁶. ABD Federal Mahkemesine göre, Due Process ilkesi, ülkede bulunmayan davalıyı kendisine karşı açılan bir davaya tabi kılabilmek için davalının davanın sürdürülmesinin tarafsızlık (fair play) ve temel adalet (substantial justice) kavramlarını zedelemeyecek kadar ülkeyle belirli bir asgari bağlantıya sahip olmasını gerektirmektedir³⁸⁷. Buradaki “asgari bağlantı” kavramı, davalıyı kendisine uzak veya uygun olmayan bir mahkemede yargılamaya iştirak etme

³⁸⁴ Kiestra, *The Impact of ECHR*, s.129; Fawcett/Shúilleabháin/Shah, *a.g.e.*, s.91.

³⁸⁵ *International Shoe v. Washington*, 326 US 310 (1945).

³⁸⁶ Schlosser, *a.g.m.*, s.16; Nuyts, *Due Process*, s.62-63; Kinsch, *Droit de l’homme*, s.66-67; Kiestra, *The Impact of ECHR*, s.130; Fawcett/Shúilleabháin/Shah, *a.g.e.*, s.91..

³⁸⁷ “...due process requires only that, in order to subject a defendant to a judgment in personam, if he be not present within the territory of the forum, he have certain minimum contacts with it such that the maintenance of the suit does not offend “traditional notions of fair play and substantial justice.” Bkz.: *International Shoe v. Washington*, 326 US 310 (1945), 316.

külfetinden korumak şeklinde bir fonksiyon görmektedir³⁸⁸. Görüldüğü üzere, milletlerarası yetkinin varlığı için “*davalı ile mahkeme arasında belirli asgari bağlantı*” arayan ABD hukuku ile “*yeterli bir irtibat*”ın varlığını arayan AİHS m.6/1 arasında bir benzerliğin olduğu göze çarpmaktadır³⁸⁹. Bu nedenle, aralarındaki farklılıklar bir tarafa, uyumsuzlıkla forum ülkesi arasındaki uygun bir bağlantının bulunması gerekliliğinin dayanağını due process/adil yargılama ilkesinin oluşturduğu söylenebilir³⁹⁰.

AİHM’nin bu konuda bağlayıcı bir içtihadının olmadığı göz önüne alındığında, milletlerarası yetkinin aşırı şekilde tesis edildiği hallerde AİHS m.6/1’in taraf devletlere yetkisizlik kararı verme yükümlülüğü yükleyip yüklemediği fikri, doğal olarak AİHM’nin adil yargılanma hakkına ilişkin geliştirmiş olduğu kural ve ilkelerin değerlendirilmesi suretiyle belirlenebilir. Bu noktada, mahkemeye etkili bir erişim hakkı sadece davacıya değil, davalıya da tanınmış bir hak olduğundan aşırı yetki kurallarının kullanılmasının mahkemeye etkili erişim hakkına müdahale edecek usuli güçlüklerle yol açabileceği ileri sürülmektedir³⁹¹. Buna karşın, söz konusu hakkın bir medeni iddia hakkında bir mahkeme önünde dava açma anlamına geldiği ve bu hakkın adil yargılamanın bir yönünü teşkil etmesi nedeniyle sadece davacı tarafından kullanılabileceği, bu nedenle davalının bu hakka istinat edemeyeceği de ileri sürülmektedir³⁹². Türk doktrininde de, aşırı yetki kurallarının tatbikinin AİHS m.6/1’e uygunluğu meselesi, mahkemeye erişim hakkından ziyade, büyük ölçüde hakkaniyete uygun yargılanma hakkının zorunlu bir unsuru olan silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil edip etmediği yönüyle ele alınmıştır. Buna göre, milletlerarası yetki kuralının öncelikle mahkemeye başvuruyu ilgilendirdiği, hatta milletlerarası yetkinin hakkaniyete uygun olarak tesis edilmiş olmasının adil yargılamanın gereği olduğu kabul

³⁸⁸ “The concept of minimum contacts, in turn, can be seen to perform two related, but distinguishable, functions. It protects the defendant against the burdens of litigating in a distant or inconvenient forum...” Bkz.: World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson, 444 U.S. 286 (1980), 291-292.

³⁸⁹ Bununla beraber, AİHS m.6/1’den farklı olarak, due process ilkesi uyarınca açıkça davalı ile mahkeme arasında belirli bir bağlantının varlığını arandığını belirtmek gerekir.

³⁹⁰ Nuyts, **Due Process**, s.62.

³⁹¹ Nuyts, AİHM’nin *Airey v. İrlanda* kararında “davanın tarafı olan (litigant)” kavramına atfen mahkemeye etkili bir erişim hakkının sadece davalıya münhasır bir hak olmadığını ileri sürmektedir. Bkz.: Nuyts, **Due Process**, s.55. Ayrıca bkz.: Schlosser, **a.g.m.**, s.16.

³⁹² Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.103; Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.92.

edilmektedir³⁹³. Ancak, AİHS m.6/1, davacının hukuki korunma ihtiyacını da kapsamakla beraber, söz konusu madde davalının da kendisini yeterince iyi savunamayacağı bir yerde yargılanmama hakkını da koruyacak bir içeriğe sahiptir. Dolayısıyla, milletlerarası yetkinin tamamen davacının yararına olarak, aşırıya kaçan bir şekilde tesis edilmesinin davalının savunma haklarını yeterince kullanamamasına neden olacağı, dolayısıyla silahların eşitliği ilkesine aykırılık oluşturacağı belirtilmektedir³⁹⁴. Bu ilkenin bir gereği olarak, bir tarafın ileri sürdüğü bir iddia karşısında diğer tarafın bu iddiaya karşı savunmasını dayandıracak delilleri sunma imkanına, tanık dinletebilme, bilgi ve belgelere ulaşabilme imkanına sahip olması gerekmektedir³⁹⁵. Davanın açıldığı ülkeye uzaklık, yargılama ve ispat usulüne yabancılık, yargılama dili ve temsil edilme gibi çeşitli zorluklar dikkate alındığında, davanın davalıdan kendisini savunmasının beklenemeyeceği veya davalıya davacıya nazaran nitelikli bir dezavantaj yaratabileceği bir ülkede açılmış olmasının söz konusu olabileceği belirtilmektedir³⁹⁶. Bununla beraber, AİHM'nin silahların eşitliğine ilişkin değerlendirmelerinin, önceden başlamış ve devam etmekte olan yargılama süreçleri ile ilgili olduğunu, AİHM'nin taraf devletlerin yetki kurallarının silahların eşitliği ilkesine olan etkilerini tartışmadığını, AİHK'nun da 1976 tarihli kararında konuyu sadece “mahkeme ile irtibat” açısından ele aldığını belirtmek gerekir³⁹⁷.

Şurası bir gerçektir ki, aşırı olsun veya olmasın, yabancı unsurlu bir özel hukuk uyuşmazlığı bakımından aynı anda birden fazla devletin mahkemeleri milletlerarası yetkiye sahip olabileceğinden, söz konusu uyuşmazlığın bu mahkemelerden hangisinde görüleceği esasen salt hukuki korunma ihtiyacı içindeki davacının iradesine ve bu yöndeki tercihine bağlıdır. Doğal olarak, davalı kendisine karşı ileri sürülen ve henüz

³⁹³ Dardağan, **a.g.e.**, s.61-62.

³⁹⁴ Dardağan, **a.g.e.**, s.62-63, 254.

³⁹⁵ AİHM, *Dombo Beheer B.V. v. Hollanda* kararında, silahların eşitliği ilkesinin bir tarafı davanın diğer tarafı karşısında esaslı bir dezavantaj içine sokmayacak şartlar altında, deliller de dahil olmak üzere, davasını ortaya koymak için makul bir olağana sahip olmasını gerekli kıldığını, yargılamanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir dengenin (a fair balance) gözetilmesi gerektiğini belirtmiş, bu tespitlerini daha sonraki pek çok kararında tekrarlamıştır. Bkz.: *Dombo Beheer B.V. v. Hollanda*, no.14448/88, 27 Ekim 1993, para.33; *Hentrich v. Fransa*, no.13616/88, 22 Eylül 1994, para.56; *Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis v. Yunanistan*, no.13427/87, 9 Aralık 1994, para.46; *Suominen v. Finlandiya*, no.37801/97, 1 Temmuz 2003, para.33; *Rozhin v. Rusya*, no.50098/07, 6 Aralık 2011 para.31; *Gillissen v. Hollanda*, no.39966/09, 15 Mart 2016, para.50.

³⁹⁶ Dardağan, **a.g.e.**, s.62, 254-255.

³⁹⁷ Dardağan, **a.g.e.**, s.254-256.

gerçekliği ispat edilmemiş bir iddia ile karşı karşıya kalmaktadır. Dolayısıyla, söz konusu iddiaya karşı davalının savunma ve karşı iddiada bulunma, bu kapsamda delil sunma, tanık dinletme, davaya ilişki bilgi ve belgelere ulaşabilme gibi konularda davacıya kıyasen daha fazla dezavantaj yaratabilecek yabancı bir mahkemede davanın görülmesinin davalı açısından adaletsizliğe yol açtığı ve davalının menfaatinin gözetilmesi gerektiği de gerçektir³⁹⁸. Bu açıdan bakıldığında, milletlerarası yetkinin tesisinde aşırıya kaçılmasının davalının sadece mahkemeye erişim hakkıyla ilgili olduğunu kabul ederek, hakkaniyete uygun yargılanma hakkını, bu kapsamda silahların eşitliği ilkesini sadece milletlerarası yetkiye sahip bir mahkemede açılmış ve görülmekte olan davalarla sınırlamak yerinde görünmemektedir. Ancak, AİHS m.6/1’de yer alan bazı hakların sadece davanın bir tarafının kullanımına sunulmadığını, bu kapsamda mahkemeye etkili bir erişimin davalının da kullanımına sunulan bir hak olduğunu, bu hakkın da sadece milletlerarası yetki kurallarının tatbiki suretiyle sınırlanmadığını da unutmamak gerekir. Bu açıdan bakıldığında da, milletlerarası yetkinin tesisinde aşırıya kaçılmasının, davanın açıldığı mahkemede silahların eşitliği ilkesinden en az davacı kadar yararlanması gereken davalının söz konusu mahkemeye etkili bir erişime sahip olmasıyla yakın ilişkili olduğu ortaya çıkmaktadır.

Buraya kadarki açıklamalardan, davalının aşırı yetki tesisi nedeniyle mahkemeye etkili bir erişimden mahrum kaldığı veya silahların eşitliği ilkesinden etkin bir şekilde yararlanamadığı iddialarına istinaden AİHM’ne gidebileceği anlaşılmaktadır. AİHM’nin bu tür bir şikâyet başvurusunda nasıl hareket edebileceğini tahmin etmeye çalışmadan evvel, AİHM’nin mahkemeye etkili bir erişimden bahsederken, bir kişinin, medeni haklarına müdahale teşkil eden bir eyleme karşı açıkça ve etkili bir şekilde karşı çıkma fırsatına sahip olması gerektiğinden hareket ettiğini³⁹⁹ belirtmeliyiz. Bu bakımdan AİHM, mahkemeye erişim hakkını esasen sadece davacı tarafından kullanılabilen bir hak olarak yorumlayabilir. Hatta, AİHM’nin İngiliz mahkemelerinde görülen bir hakaret davasında davalının adli yardımdan yararlanamadığı gerekçesiyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini ileri sürdüğü bir kararındaki ifadeleri, AİHM’nin benzer bir yorumu, yetkinin tesisinde aşırıya

³⁹⁸ Dardağan, **a.g.e.**, s.63, 257.

³⁹⁹ Bellet v. Fransa, no.23805/94, 4 Aralık 1995, para.36.

kaçıldığıının ileri sürüldüğü hallerde de yapabileceğini göstermektedir. Söz konusu kararda AİHM, başvuru yargılamada davalı konumunda olduğundan, buradaki temel problemin başvuru mahkemeye erişim hakkına aykırılıkla ilgili olmadığını belirtmiştir. AİHM, başvuru şikâyetini genel olarak yargılamanın adil olup olmadığı ve AİHS m.6/1 uyarınca etkili bir savunma yapabilme hakkıyla ilgili olduğunu belirtmiş, ardından davalının adli yardımdan mahrum kalmasının, AİHS m.6/1'e aykırı olarak davalının etkili bir savunma yapabilme hakkını ihlal edip etmediğini incelemiştir⁴⁰⁰. Sonuç olarak, AİHM'nin bu kararları, bir taraf devlet mahkemesinin yetkinin tesisinde aşırıya kaçması nedeniyle mahkemeye etkili bir erişim hakkından yararlanamadığı iddiasının AİHM tarafından dinlenmesinin pek mümkün olmadığını göstermektedir.

Diğer taraftan, mahkemeye etkili bir erişim hakkından yararlanamayacak olmalarının, davalıların adil bir yargılanma elde edebilmeleri bakımından vahim bir sonuca yol açmayacağı söylenebilir⁴⁰¹. Şüphesiz, davalının AİHS m.6/1 uyarınca adil yargılamaya ilişkin bazı haklardan yararlanamayacağı yönündeki endişeler, milletlerarası yetkinin (kullanımının) sınırlandırılmasına, diğer bir ifadeyle milletlerarası yetkinin insan hakları mülahazaları ile sınırlandırılmasına yönelik anlayışın fikrî temellerini oluşturmaktadır. Ancak, aşırı da olsa, bir kere somut bir davada mahkemenin milletlerarası yetkisi tesis edildiğinde, artık (AİHS m.6/1'in standartlarına uygun) adil bir yargılamanın yürütülüp yürütülmediği sorusu gündeme gelmektedir⁴⁰². Artık bu aşamada, aşırı yetki tesisinin davalının mahkemeye erişim hakkını ihlal edip etmediğinden ziyade, büyük ölçüde davalının hakkaniyete uygun yargılama hakkının bünyesinde yer alan silahların eşitliği, çelişmeli yargılama, yargılamaya etkili katılma hakkı gibi haklardan etkili bir şekilde yararlanıp yararlanmadığının tartışma konusu yapılabileceği söylenebilir. Dolayısıyla, AİHM muhtemelen aşırı yetki tesisinin davalının davanın açıldığı mahkemede hakkaniyete uygun yargılanma hakkını engelleyip engellemediği veya önemli ölçüde sınırlayıp sınırlamadığı noktasından değerlendirecektir. Bununla beraber, her ne kadar milletlerarası yetkinin aşırı şekilde

⁴⁰⁰ Bkz.: *McVicar v. Birleşik Krallık*, no.46311/99, 7 Mayıs 2002, para.50-51.

⁴⁰¹ *Fawcett/Shúilleabháin/Shah*, **a.g.e.**, s.92.

⁴⁰² *Fawcett/Shúilleabháin/Shah*, **a.g.e.**, s.92.

kullanılması büyük ölçüde davalının hakkaniyete uygun yargılanma hakkıyla ilişkilendirilse de, AİHS m.6/1 davalının adil yargılanma hakkının bünyesinde yer alan tüm haklardan en az davacı kadar yararlanabileceği bir mahkemeye ulaşmasını da gerektirmektedir. Dolayısıyla, önüne gelen davanın kendine özgü koşullarına bağlı olarak, AİHM'nin hakkaniyete uygun yargılama hakkının yanı sıra davalının mahkemeye etkili bir erişim hakkının ihlal edilip edilmediğini de değerlendirebileceği, en azından -AİHS m.6/1'de yer alan haklardan herhangi birinin ihlal edildiğini açıkça gösteren emareler olmadıkça- böyle bir değerlendirmenin önüne engel herhangi bir durumun olmadığı kanaatindeyiz. Kaldı ki AİHM, milletlerarası yetkinin aşırı yetki teşkil edecek şekilde tesis edilmek suretiyle davalının mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmediği tespitinde bulunmasa da, böyle bir yetki tesisinin davalının silahların eşitliği ilkesinden veya yargılamaya etkili katılım hakkından yararlanmasını açıkça engelleyip engellemediğini veya önemli derecede kısıtlamadığını değerlendirebilir.

Bu bakımdan, milletlerarası yetkinin aşırı şekilde kullanılması suretiyle gerçekleşen bir yargılamanın davalının hakkaniyete uygun yargılanma hakkına, özellikle silahların eşitliği, çelişmeli yargılama ve yargılamaya etkili katılma hakkına yönelik bir müdahalenin nasıl ve hangi hallerde ihlale yol açabileceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Böyle bir değerlendirmenin, doğal olarak yetki tesisinin davanın koşullarına bağlı olarak aşırı olup olmadığına ve yukarıda yer alan hakların kullanımını gerçekten etkileyip etkilemediğine bağlı olarak yapılması muhtemeldir. Kanaatimizce burada asıl belirleyici olan husus, davanın açıldığı yabancı mahkemede davalının kendisine karşı ileri sürülen iddialara etkili bir karşılık verme fırsatına sahip olup olmadığıdır. Doktrinde de belirtildiği üzere, milletlerarası karakterli davalarda (davanın açıldığı ülkeye) yabancı bir davalının, yargılama kurallarından kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca belirlenecek yabancı hukukun belirsizliğine, yabancı bir ülkede avukat ve tercüme masraflarından çeşitli ulaşım ve iletişim masraflarına kadar yargılamayla ilgili birçok güçlükle karşılaşma tehlikesi bulunmaktadır⁴⁰³. Yine, davanın aydınlatılması için gerekli olan delillere erişim ve duruşmalarda bulunma konusundaki güçlükler de buna eklenebilir. Bunların hiçbirisi belki de tek başına

⁴⁰³ Nuyts, **Due Process**, s.55.

davalının yabancı bir mahkemeye erişimini imkânsız hale getirmemektedir. Ancak bir bütün olarak ele alındığında, bunların yabancı ülkede yargılamaya iştirak etmesi gereken davalı bakımından “*usuli bir engel*” olarak tasvir edebileceğimiz bir sınırlama getirdiği kuşkusuzdur⁴⁰⁴.

Yukarıda değindiğimiz güçlükler yabancı unsurlu davaların hemen hepsinde niteliği gereği bulunmaktadır ve bunların her zaman adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğuracağı da söylenemez. Yukarıda da değindiğimiz üzere, silahların eşitliği ilkesi uyarınca, sadece karşı tarafla kıyaslandığında davalıyı esaslı bir dezavantaj içine soktuğu hallerde söz konusu ilke ihlal edilmiş olacaktır⁴⁰⁵. Yabancı unsurlu davalarda, yabancı bir davalının kendi ülkesinde dava açan bir davacıya karşı nispeten daha dezavantajlı konumda olduğu kesinlikle söylenebilir. Ancak çoğu durumda davalının veya davanın ülkeyle yargılamanın elverişsizliğini veya uygunsuzluğunu hafifletecek bağlantıları olacağından, davalının esaslı bir dezavantaja sahip olacağı peşinen kabul edilmeyecektir⁴⁰⁶. Örneğin, ülkede bulunma genellikle davalının o ülkenin diline ve kısmen de olsa hukuk sistemine aşina olduğu veya uyumsuzluğu aydınlatacak delillere erişebileceği anlamına gelecektir. Aynı husus, dava konusu olsun veya olmasın, yabancı unsurlu bir alacak davasının, davalının malvarlığının bulunduğu ülke mahkemelerinde açılması halinde de söz konusu olabilir. Davacının alacağını elde etme konusundaki menfaati bir yana, salt davalının aynı zamanda malvarlığının bulunduğu ülkede ikamet etmediğinden hareketle böyle bir davanın aşırı yetkili bir mahkemede açıldığı, bunun da malvarlığının bulunduğu ülkede yargılamaya katılma ve iddia ve savunmada bulunma hakkını zedelediği söylenemez. Bununla beraber, tıpkı imalatçının sorumluluğunda olduğu gibi⁴⁰⁷, davanın açıldığı ülkeyle davalı arasında hiçbir irtibatın olmadığı veya çok belirsiz olduğu ya da davalının kendisine karşı bir dava açılmasını öngöremeyeceği hallerde, yargılamanın davalı bakımından yaratacağı güçlükler daha belirgin hale gelecektir.

⁴⁰⁴ Nuyts, **Due Process**, s.55.

⁴⁰⁵ *Dombo Beheer B.V. v. Hollanda*, para.33.

⁴⁰⁶ *Fawcett/Shúilleabháin/Shah, a.g.e.*, s.93.

⁴⁰⁷ Örnek için bkz.: *Schlosser, a.g.m.*, s.32.

Yine, davalının savunmasını etkili bir şekilde yapmasının engellenmesi durumunda da davalının davacı karşısında esaslı bir dezavantaja maruz kalması söz konusu olabilir. Bu noktada, genellikle davalının kendini savunabilme gücü ile ülkeyle olan bağlantıları arasında makul bir ölçülülük ilişkisinin olduğu belirtilmektedir⁴⁰⁸. Örneğin, forum ülkesinde faaliyet gösteren bir davalı şirketin yerel hukuk hakkında bilgi sahibi olma ve o ülkede bir avukatın yardımına erişmesi mümkün ve muhtemeldir. Bu yüzden, ülkeyle arasındaki bağlantının çok belirsiz olduğu, dolayısıyla etkili bir savunma yapma ihtimalinin azaldığını söylemek pek mümkün değildir. Hiç şüphesiz, belirli bir aşırı yetki kuralının tatbiki için aranan bağlantının kapsamı, davalının adil bir yargılama elde edip etmeyeceği konusunda tek başına belirleyici değildir ve bu noktada davalının ülkeyle olan bağlantıları ve somut olayın koşulları bu konuda yol gösterici olabilir. Örneğin, sözleşmenin ifa yerinin bulunduğu ülke mahkemesinin yetkisinin tesis edilmesi bazı koşullar altında aşırı olarak nitelendirilebilir. Ancak, sözleşmenin forum ülkesi hukukuna tabi olduğu ve/veya tüm tanıkların ve delillerin forum ülkesinde bulunduğu bir uyuşmazlıkta davalının adil bir yargılanma elde edemeyeceği her zaman söylenemez. Yine, aşırı yetki kuralı olarak geçmişten beri kabul edilen davacının Fransız vatandaşlığına bağlı olarak yetkinin tesis edilmesi (Fransa MK m.14), davalının ülkeyle irtibatını sağlayan ek bağlantıların yokluğu halinde silahların eşitliği ilkesinin yerine getirilmesini güçleştirebilir ve devletlerin davalının yargılamaya etkili bir şekilde katılmasının sağlanması amacıyla mali kaynaklarını kullanmalarını gerekli kılabilir. Sonuç olarak, milletlerarası yetkinin kullanılmasının AİHS m.6/1'in ihlaline yol açıp açmayacağı söz konusu yetki kuralında aranan bağlantının niteliğine/yoğunluğuna ve davalının ülkeyle olan bağlantıları ile bu bağlantıların davalı bakımından elverişsiz olup olmadığına bağlı olduğunu söyleyebiliriz⁴⁰⁹.

Bu noktada davacının yargılamanın cereyan edeceği yer konusundaki menfaatleri de göz ardı edilmemelidir. Yukarıda incelediğimiz bir kısmı Brüksel rejiminde bir kısmı ulusal hukuk düzenlerinde yer alan yetki esaslarından birine göre milletlerarası yetkinin kullanımı, davacıya iddiasını götürebileceği bir yargılama yeri sağlama amacı gütmektedir. Bunun tam tersi olan –veya bu amacı karşılamayan- bir ülke mahkemesine

⁴⁰⁸ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.93.

⁴⁰⁹ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.289.

veya mahkemelerine erişimin reddedilmesi ise, doğal olarak AİHS m.6/1'i ihlal edecek şekilde adalete erişimin engellendiği iddialarını gündeme getirecektir. Bu bakımdan, adaletin doğru bir şekilde gerçekleştirilmesinin ve yargılamanın etkili bir şekilde yürütülmesinin de bir yetki kuralının izlemesi gereken amaçlardan biri olduğu⁴¹⁰ dikkate alındığında, davacının adalete erişme konusundaki menfaatlerinin güvence altına alınması ile davalının kendisini yeterli ve etkili bir şekilde savunmasının sağlanması arasında bir denge kurulması gerekmektedir. Eğer milletlerarası yetkinin tesis edilmesi nedeniyle davalının kendisine karşı ileri sürülen iddialara karşı yargılamaya iştirak edememesi ve savunma yapamaması söz konusu olacaksa, böyle bir denge sağlandığından söz etmek mümkün olmayacaktır. Bununla beraber, davalının karşılaşacağı basit külfetlerin veya zorlukların varlığı da davacının mahkemeye erişim hakkını sınırlamak için bir gerekçe olarak kullanılmamalıdır. Bu bakımdan, davanın açıldığı mahkeme ile taraflar arasında yeterli bir irtibatın bulunması adil bir yargılamanın gerçekleşmesi için genellikle yeterli olacaktır⁴¹¹.

Sonuç olarak, bir devletin milletlerarası yetkinin aşırı veya çok geniş esaslara istinaden kullanılması nedeniyle AİHS m.6/1'in ihlalinden sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği büyük ölçüde somut olayın özellikle bağlı olarak belirlenecektir. Bunun doğal sonucu olarak, ne *“uyuşmazlığın forum ülkesiyle olan irtibatı”* ne de *“davalının forum ülkesiyle olan”* irtibatı, her zaman tek başına belirleyici olmayacaktır. Özellikle yetkinin tesisinde kullanılan irtibatın yanı sıra davalının ülkeyle olan bağlantıları ile bu bağlantıların davalı bakımından yeterli ve elverişli olup olmadığı önem arz etmektedir. Bu noktada, ulusal mahkemelerin davanın konusuna ve koşullarına bağlı olarak tarafların milletlerarası yetkiye ilişkin birbiriyle çatışan menfaatleri arasında bir denge kurması da gerekmektedir. Her ne kadar Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde mahkemelerin bu konudaki yetkisi sınırlı görünse de, özellikle davalının AİHS m.6/1'de yer alan haklarının gözetilmesi, bu konuda mahkemelerin başvurabilecekleri kabul edilebilir bir dayanak olarak görünmektedir. Buna göre, davalı için önemli bir zarara yol açmayacağı kabul edilebilir veya etkisi hafifletilebilir önemsiz güçlüklerin

⁴¹⁰ Bkz.: Date Advertising GmbH v X, Olivier Martinez, Robert Martinez v MGN Limited, Cases C-509/09, C-161/10, (2011) ECR I-10269, para.48.

⁴¹¹ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.290.

varlığı halinde, davacının mahkemeye erişim hakkına öncelik verilebilir. Davanın davalının savunma haklarından yararlanmasını oldukça zorlaştıran veya imkânsız hale getiren, uzak bir ülkede açıldığı ancak davacının davalı için daha uygun olan diğer bir ülke mahkemesinde dava açabilmesinin mümkün olduğu hallerde, AİHS m.6/1'in ihlal edilme ihtimali daha yüksek görünmektedir. Bu bakımdan, gelecekte milletlerarası yetkinin aşırı veya çok geniş şekilde kullanılması suretiyle gerçekleşen AİHS m.6/1'e yönelik bir müdahalenin ihlale yol açıp açmayacağı meselesinin, AİHM tarafından ölçülülük ilkesi çerçevesinde incelenmesi muhtemeldir. Diğer bir ifadeyle, ulusal mahkemelerin tarafların milletlerarası yetkiye ilişkin menfaatleri arasında adil bir denge kurup kurmadıkları, AİHM denetiminin temelini teşkil edecek gibi görünmektedir.

Günümüze kadar, Brüksel rejiminde yer alan herhangi bir yetki kuralının aşırı yetki kuralı olduğu veya aşırı yetki teşkil edecek şekilde kullanıldığı ulusal mahkemeler veya ABAD tarafından belirtilmemiştir⁴¹². Yukarıda, geçmişten beri “*aşırı yetki esası*” olarak kabul edilen bazı yetki kurallarının ise, ya yerel kanun koyucular tarafından ortadan kaldırıldığı⁴¹³ veya bunlara içtihatlar yoluyla ciddi sınırlamalar getirildiği⁴¹⁴ görülmektedir. Yine bazı devletlerin kendi hukuk anlayışlarına bağlı olarak mahkemelerine milletlerarası yetkiye ilişkin konularda takdir yetkisi tanınması, bu mahkemelere uyuşmazlığın ülkeyle olan diğer bağlantılarını da dikkate alarak yetkileri hakkında karar verme imkânı tanımakta, dolayısıyla AİHS m.6/1'in olası ihlali iddiaları yerel seviyede engellenebilmektedir⁴¹⁵. Bu açıdan, yabancı unsurlu bir özel hukuk uyuşmazlığı bakımından bir taraf devlet mahkemesinin yetkisini aşırı yetki esasına istinaden veya aşırı yetki teşkil edecek şekilde tesis etmesinin davalının adil yargılanma haklarına ilişkin aykırılık teşkil etmesi, AİHM'nin de tek başına aşırı yetkinin varlığı nedeniyle davalının adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmesi pek mümkün görünmemektedir.

⁴¹² Bkz.: Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.86.

⁴¹³ Örneğin Türkiye’de ikamet etmeyen davalının malvarlığının bulunduğu mahal mahkemesine yetki tanıyan HUMK m.16 hükmü, aşırı yetki teşkil ettiği gerekçesiyle değiştirilerek yetki tesisini sadece uyuşmazlıkla ilgili malvarlığına bağlayan HMK m.9 hükmüne bırakmıştır.

⁴¹⁴ Örneğin, davalının malvarlığına bağlı yetki tesisi Almanya’da içtihatlar yoluyla, Avusturya’da ve Türkiye’de ise yasal olarak sınırlandırılmıştır.

⁴¹⁵ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.290.

Şüphesiz ki, bu tespitlerimiz, aşırı yetki kuralı olarak nitelendirilen veya aşırı yetki teşkil edecek şekilde kullanılmaya müsait bu tür yetki kurallarının ulusal hukuk düzenlerinin yetki sistemlerinde halen mevcut olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Dolayısıyla, bahsi geçen yetki kuralları, davanın özelliklerine bağlı olarak AİHS m.6/1'i ihlal etme potansiyelini halen muhafaza etmektedir. Bu nedenle doktrinde böyle bir riskin yerel seviyede ve yine kaynağını milletlerarası özel hukuktan alan çeşitli çözüm yollarıyla ortadan kaldırılabileceği ileri sürülmektedir. Aşağıda bu konuda ileri sürülen çözümleri ele almak faydalı olacaktır.

v. AİHS m.6/1'in Aşırı Yetki Kuralları Vasıtasıyla Olası İhlaline Karşı İleri Sürülen Çeşitli Çözüm Önerileri

a) *Aşırı Yetki Kurallarının Dar Şekilde Yorumlanması*

Bazı aşırı yetki kurallarının dar bir şekilde yorumlanmasının AİHS m.6/1'in ihlali riskini ortadan kaldıracağı ileri sürülmektedir. Bu konuda akla hiç şüphesiz davalının malvarlığına bağlı yetkisi tesisi örneği gelmektedir. Hatırlanacağı üzere, Alman Federal Mahkemesi ZPO m.23 hükmünün tatbiki için davalının malvarlığının bulunmasının tek başına yeterli olmadığını, uyumsuzluk ile ülke arasında yeterli bir bağlantının bulunması gerektiğini ifade etmiş⁴¹⁶, bu kararı takiben pek çok kararda söz konusu hükmün uygulanabilmesi için başka bağlantıların bulunması gerektiği tekrarlanmıştır⁴¹⁷. Ayrıca, davalının ülkede bulunan malvarlığının değeri üzerinden söz konusu yetki esasına bir sınırlama getirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁴¹⁸. Bunun dışında haksız fiilden doğan tazminat davalarında zararın İngiltere'de meydana geleceğinin davalı bakımından öngörülemediği hallerde yurt dışındaki davalıya tebligat yapılarak yetkinin tesis edilmesinde zarar yeri kriterinin kullanımının sınırlandırılabilceği, bunun için mahkemelerin *forum non conveniens* doktrini uyarınca sahip olduğu takdirin buna kolaylıkla imkân sağlayacağı belirtilmektedir⁴¹⁹.

⁴¹⁶ Karar için bkz: Yukarıda, s.368.

⁴¹⁷ Örneğin bir davada Almanya'da ikamet etmeyen Alman vatandaşı davalının Alman vatandaşlığına sahip olmasından yola çıkarak uyumsuzluğun Almanya ile yeterli bir bağlantıya sahip olması veya davacının uzun bir süredir Almanya'da ikamet etmesi ve dava konusu sözleşmenin Almanya'da akdedilmiş olması vakıaları ZPO m.23'un tatbiki için Alman Federal Yüksek Mahkemesince yeterli görülmüştür. Kararlar için bkz.: Süzen, **a.g.e.**, s.165, dn.197.

⁴¹⁸ Bkz.: Aşağıda, s.417, dn.477.

⁴¹⁹ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.291.

Bununla birlikte, söz konusu yetki kurallarının dar bir şekilde yorumlanması halinde de aşırı yetki problemini tam olarak çözüme kavuşturulması yine de pek mümkün görünmemektedir. Örneğin, bir Fransız mahkemesinin Fransız MK m.14-15 hükümlerine istinaden milletlerarası yetkiye sahip olabilmesi için, davanın Fransa'yla esaslı bir bağlantıya sahip olması gerektiği şeklinde bir yorumda bulunması mümkün görünmemektedir⁴²⁰. Aynı husus, davacının (zarar görenin) yerleşim yeri veya zararın meydana geldiği yer mahkemelerinde açılan haksız fiil davaları bakımından da söz konusudur. Bu nedenle, bu yöntemin, aşırı yetki kurallarının AİHS m.6/1'le ilgili ortaya çıkabilecek problemlere tam bir çözüm getirmekten uzak olduğu belirtilmektedir⁴²¹.

b) “*Forum Non Conveniens*” Doktrininin Kabul Edilmesi

İngiltere ve İrlanda hukukunda *forum non conveniens* ve *forum conveniens* doktrinlerine istinaden mahkemelere yetkileri hakkında tanınan takdir yetkisinin, milletlerarası yetkinin aşırı şekilde tesis edilme ihtimalini büyük ölçüde azalttığı belirtilmektedir. Dolayısıyla en azından teorik olarak aşırı yetki kurallarına karşı mahkemelere bu tür bir takdir yetkisi tanınmak suretiyle bir çözüm getirilebileceği ileri sürülmektedir⁴²². Bununla beraber, aşırı yetki kurallarının AİHS m.6/1'e aykırı olabileceğini iddia eden yazarlar dahi, mahkemelere sunmuş olduğu esnekliği kabul etmekle beraber söz konusu doktrinin Kıta Avrupası hukuklarında uygulanamayacağını kabul etmektedir. Zira bu ülke hukuklarında ve Brüksel rejiminde milletlerarası yetki, daha önceden belirlenmiş katı ve değişmez kurallarla düzenlenmiştir. Söz konusu kurallardan birinde kullanılan bir bağlama noktasının ülkede bulunması yetkinin tesisi için yeterlidir. Ayrıca, Kıta Avrupası hukuklarında hâkimlerin konumu veya mahkemelerin yetkisine getirilen anayasal sınırlar gibi çeşitli nedenler mahkemelerin daha esnek bir şekilde hareket etmesini engellemektedir⁴²³. Bu nedenle söz konusu

⁴²⁰ Örneğin, Fransız Yargıtayının 29 Şubat 2012 tarihli kararında Fransız MK m.14 hükmünün, eşitlik ilkesine ve adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmediğine hükmetmesi de söz konusu yetki esasının dar bir şekilde yorumlanmasının mümkün olmadığını göstermektedir. Kararın ilgili kısmı ve eleştirisi için bkz.: Giles Cuniberti, **Conflict of Laws - A Comparative Approach – Text and Cases**, Elgar Publishing, Cheltenham 2017, s.194-196.

⁴²¹ Schlosser, **a.g.m.**, s.33; Aguirre, **a.g.m.**, s.367; Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.291.

⁴²² Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.291

⁴²³ Forum non conveniens doktrinin devletler tarafından benimsenmemesinin çeşitli nedenleri hakkında bkz.: James J. Fawcett, “Chapter 1: General Report”, **Declining Jurisdiction in Private International Law**, Ed. James J. Fawcett, OUP, Oxford 1995, s.21 vd.

doktrinin Kıta Avrupası hukuk kültürünün bir parçası olmadığı belirtilmektedir⁴²⁴. Bununla beraber doktrinde, davalının yargılamanın devam etmesi halinde önemli bir adaletsizliğe maruz kalacağını ispat etmesini gerektiren yargısal bir takdire dayanmasına rağmen, somut bir davada adaleti sağlamak amacıyla gerektiğinde ve gerekli olduğu ölçüde kullanılabileceği belirtilmektedir⁴²⁵.

c) Yetkisi Aşırı Bir Şekilde Tesis Edilen Mahkeme Kararının Tanınmaması veya Tenfiz Edilmemesi

Aşırı yetki kurallarının tatbikine karşı, bu yetki kurallarına istinaden yetki kazanan yabancı mahkemenin verdiği kararın forum mahkemelerince tanınmaması veya tenfiz edilmemesi suretiyle karşı çıkılabileceğini ve bunun sadece Türk hukukunda değil diğer ülke hukuklarında da benimsendiğini belirtmiştik. Doktrinde de, forum devletinin benimsemiş olduğu insan hakları standartlarıyla bağdaşmayan yetki esaslarına göre milletlerarası yetkisi tesis edilen yabancı mahkeme kararının forum mahkemelerince tanınmaması veya tenfiz edilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir⁴²⁶. Gerçekten somut olayda davanın davalıya oldukça uzak ve onun adil yargılamaya ilişkin haklarından yararlanmasını hukuken veya fiilen zorlaştıracak veya imkansızlaştıracak bir mahkemede açılması davalının adil yargılanma haklarını yeterli ve etkili bir şekilde kullanmamasına neden olmuşsa, söz konusu kararın diğer mahkemeler tarafından tanınması veya tenfiz edilmemesi mümkündür. Bu bakımdan, bir tanıma ve tenfiz engeli olarak aşırı yetkinin, savunma haklarına aykırılık ve/veya kamu düzenine açıkça aykırılık gibi tenfiz engelleri ile yakın bir ilişkisinin bulunduğunu belirtmeliyiz.

Bu çözüm yolunun, esasen aşırı yetki kurallarının AİHS m.6/1'e aykırılık ihtimalini tamamen ortadan kaldırmadığını, mahkemelerce başvurulabilecek dolaylı bir yol olduğunu belirtmek gerekir. Zira mahkeme kararlarının genellikle verildiği ülkede etki doğurması beklendiğinden, aşırı yetki esasına göre yetki kazanan yabancı

⁴²⁴ Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.71.

⁴²⁵ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.291.

⁴²⁶ Schlosser, **a.g.m.**, s.33-34.

mahkemenin vereceği kararın forum mahkemesince tanınması veya tenfiz edilmesi gerekmeyebilir⁴²⁷.

Yine de, verilen kararın diğer bir ülkede tanınmasına veya tenfiz edilmesine izin verilmeyeceği bilgisi, tenfize konu kararı veren mahkemenin hukukunda bu yetki esasının kullanılması bakımından hem devlet hem de davacı nezdinde caydırıcı bir etki yaratabilir⁴²⁸. Bu da, mahkemelerin bir yetki esasını ülkesiyle uygun/yeterli bir bağlatıyı sağlamak üzere yorumlamamaya sevk edebilir veya söz konusu yetki esasının yasal olarak terk edilmesine neden olabilir. Ayrıca bu durumun, verilecek kararın diğer ülkelerde de hukuki sonuç doğurması ihtimalini de hesaba katan davacıları dava konusuyla veya davalıyla daha yakın bağlantıları olan bir ülkede dava açmaya yöneltebileceği de unutulmamalıdır.

d) Aşırı Yetki Kurallarının Ortadan Kaldırılması

Doktrinde, vatandaşlık veya malvarlığı gibi ülke mahkemelerine sınırsız bir erişim sağlayan aşırı yetki kurallarının uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki işlem veya ilişkiyle yakından ilişkili özel yetki kurallarıyla yer değiştirmesi gerektiği de ileri sürülmektedir⁴²⁹. Bunun adil yargılanmayla ilgili her zaman ortaya çıkabilecek problemleri tamamen engelleyeceği teorik olarak söylenebilir⁴³⁰. Yine de, Fransız MK m.14 gibi oldukça kötü bir şöhrete sahip aşırı yetki örneklerinin tamamen kaldırılmasıyla, aşırı yetkinin ortaya çıkarabileceği problemlerin önlenebileceği söylenebilir. Bununla beraber, Avrupa ülkelerindeki aşırı yetki kurallarının tamamen ilgası, İngiltere gibi bazı ülke hukuklarında milletlerarası yetkinin temelini teşkil eden

⁴²⁷ Diğer bir ihtimal olarak mahkemenin kendi hukukunda var olan bir aşırı yetki kuralının somut davada tenfize konu kararı veren mahkeme tarafından da kullanılmış olması söz konusu olabilir. Gerçi bu durumda, somut davanın koşullarına göre aynı veya benzer aşırı yetki kuralının varlığına rağmen, gerçekten aşırı şekilde kullanılıp kullanılmadığının davanın koşullarına göre belirleneceğini unutmamak gerekir.

⁴²⁸ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.291.

⁴²⁹ Winter, **a.g.m.**, s.718-720.

⁴³⁰ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.292. Bu noktada, AB Komisyonunca Brüksel I Tüzüğü'nün üye devletlerde ikamet etmeyen davalıları da kapsayacak şekilde değiştirilmesi teklifi, dolaylı olarak AB üyesi devletlerin aşırı yetki kuralları da dâhil olmak üzere tüm yetki kurallarının ortadan kaldırılması anlamına gelecekti. Bkz.: **Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast)**, Brussels 14.12.2010 COM (2010) 748/3, s.22. Ancak yukarıda ele aldığımız üzere, Brüksel rejiminde yer alan bazı yetki kurallarının da ulusal mahkemelerce aşırı geniş bir şekilde kullanılmaya müsait olduğunu belirtmeliyiz.

“davalının ülkede bulunmasına” veya “davalıya yurt dışında tebligat yapılmasına” bağlı yetki tesisinin de terk edilmesi sonucunu doğuracaktır. Bu durumda, milletlerarası yetkinin aşırı şekilde gerçekleşmesine karşı kullanılan *forum non conveniens* ve *forum conveniens* doktrinlerinin mahkemelere sağlamış olduğu esneklik de ortadan kalkacaktır. Böyle bir anlayışın kabulü halinde, örneğin sadece zararın İngiltere’de ortaya çıkmış olması İngiltere’nin yargılama için açıkça uygun forum olup olmadığına bakılmaksızın İngiliz mahkemelerinin davayı görmesi için yeterli olacaktır. Ülkeyle olan bağlantının yokluğu veya yetersizliği ile İngiltere’nin yargılama için elverişli bir ülke olup olmadığının değerlendirilmesi imkânının ortadan kaldırılmasının davalı bakımından adil olmayabileceği ileri sürülmektedir⁴³¹.

e) Değerlendirme

Aşırı yetki kurallarının tatbiki suretiyle ortaya çıkabilecek AİHS m.6/1’in olası ihlallerinin önlenmesi amacıyla teklif edilen bu önerilerin hiçbiri, problemi tamamen ortadan kaldıracak gibi görünmemektedir. Her şeyden önce, AİHS’ne taraf olan ülkelerin usul hukukundaki anlayış farklılıkları veya bu tür yetki kurallarının devletlerin vatandaşlarına bahşettiği bir hak olarak algılanması gibi sebepler bu kuralların tamamen ortadan kaldırılmasını engellemektedir. Kaldı ki, bu kuralları tümüyle ortadan kaldırmak da yeterli ve gerekli bir çözüm değildir. Zira bu kuralların birçoğu aynı zamanda –yerel karakterli davalarda da- mahkemelerin yer itibarıyla yetkisini tayin etmek üzere kullanılmaktadır. Ayrıca, ABAD’ın, Alman ve İngiliz (ve hatta ABD) mahkemelerinin yukarıda ele aldığımız kararları da göstermektedir ki, bu kurallar her zaman ve her koşulda AİHS m.6/1’i ihlal edecek kadar aşırı şekilde kullanılmayabilir. Dolayısıyla, bu kuralların davanın koşullarına ve davalının konumuna bağlı olarak dar bir şekilde yorumlanması, olası ihlallerin ulusal mahkemeler nezdinde önlenmesini sağlayabilir. Bu nedenle, aşırı yetki kurallarının davalının adil yargılanma hakları bakımından yaratacağı sorunların, tıpkı Anglo-Amerikan hukukunda olduğu gibi, mahkemelere bu kuralların yorumlanması ve uygulanmasında dayanağını adil

⁴³¹ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, a.g.e., s.292.

yargılanma doktrininin alan ve sınırlarını da yine aynı doktrininin çizdiği belirli bir takdir hakkı tanımak suretiyle çözülmesi mümkündür.

b. Objektif Yetki Kurallarına Göre Yetkili Bir Mahkemenin
Bulunmamasının Mahkemeye Erişim Hakkına Etkisi

i. Genel Olarak

AIHS'ne taraf devlet hukuklarında aşırı yetki kurallarının yaygın bir şekilde bulunması, çoğunlukla belirli bir devlet mahkemesinin milletlerarası yetkiye sahip olacağı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla AIHS m.6/1'in olası ihlalinin, milletlerarası yetkiye sahip bir mahkemenin yokluğundan ziyade, aşırı yetki kurallarından kaynaklanabileceği söylenebilir. Ancak yine de, taraf devlet mahkemelerinin gerek ulusal yetki kurallarına gerekse uluslararası menşeli yetki kurallarına göre milletlerarası yetki kazanamayabileceği bazı durumlar söz konusu olabilir. Davacının devlet mahkemesine erişim imkânının engellendiği böyle bir durumda, davanın koşullarına bağlı olarak davacının devlet mahkemelerine erişim hakkının ihlal edilip edilmediği sorusu gündeme gelebilir. Peki, bir Türk mahkemesinin milletlerarası yetki kurallarına göre yetkisizlik kararı verdiği böyle bir durumda, AIHS m.6/1 uyarınca davacının mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğinden söz etmek mümkün müdür? Çalışmamızın bu kısmında; milletlerarası yetki kural(lar)ına göre yetkisizlik kararı verilmesi esasen davacının devlet mahkemelerine erişimini etkilediğinden, davacının ülke içinde başvurabileceği milletlerarası yetkili bir mahkeme bulunmayışının mahkemeye erişim hakkına olan etkilerini çeşitli ihtimallere göre inceleyeceğiz.

ii. Davacının Başvurmayı Tercih Ettiği Devlet Mahkemesinin
Yetkisizlik Kararı Vermiş Olması

a) Genel Olarak

Aynı uyuşmazlık bakımından birden fazla devletin mahkemeleri milletlerarası yetkili olabileceğinden, yabancı unsurlu davaların hangi devlet mahkemesinde karara bağlanacağı, daha çok uyuşmazlığın çözümü için mahkemeye başvuran davacının tercihinin kalmaktadır. Doğal olarak, davacının başvurmuş olduğu devlet mahkemesinin kendi milletlerarası yetki kurallarına göre yetkili olmaması, diğer bir ifadeyle

yetkisizlik kararı vermesi mümkündür. Ulusal hukuk düzenlerinde ve Brüksel rejiminde milletlerarası yetkinin birbirine alternatif yetki kurallarıyla düzenlendiği ve aşırı yetki kurallarının da milletlerarası yetkili bir mahkemenin varlığını mümkün kılabilirdiği göz önüne alındığında, davacının başvurabileceği başka bir mahkemenin bulunması kuvvetle muhtemeldir. Hatta bu durum, taraflar arasında uyuşmazlık bakımından başka bir devlet mahkemesini yetkili kılan ve dolayısıyla davacının dilediği ülke mahkemesinde dava açmasını ortadan kaldıran münhasır yetki anlaşmasının varlığı nedeniyle verilen yetkisizlik kararları bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla burada yetkisizlik kararıyla milletlerarası yetkiye sahip olabilecek tüm mahkemelere değil, sadece davacının tercih etmiş olduğu mahkemeye erişim engellenmektedir⁴³². Bu durumda, mesela, bir Türk mahkemesi tarafından yetkisizlik kararı verilerek davacının Türk mahkemelerine erişiminin sınırlandırılmasının AİHS m.6/1'i ihlal edip etmediği sorusu gündeme gelmektedir.

Bir mahkemenin yetkisizlik kararı vererek davacının mahkemeye erişim hakkına müdahale etmesinin, davacının mahkemeye erişim hakkına aykırılık teşkil edip etmeyeceği veya hangi hallerde böyle bir aykırılıktan söz edilebileceği meselesinin, tespit edebildiğimiz kadarıyla, AİHM tarafından meselenin birkaç kez ele alındığını görmekteyiz. Söz konusu kararlarda, mahkemelerin, davanın forum devletiyle yeterli bir irtibatının bulunmaması veya milletlerarası yetki/yargı yetkisini sınırlayan bir uluslararası anlaşma hükmünün varlığı nedeniyle yetkisizlik kararı vermesi, şikâyeteye konu yapılmıştır. Yabancı devlette alternatif bir mahkemenin varlığının, taraf devlet mahkemelerinin yetkisizlik kararı vermesi için yeterli bir gerekçe olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği de değerlendirilmesi gereken diğer bir husustur. Bunun dışında, alternatif bir mahkeme olsun veya olmasın, bir taraf devlet mahkemesinin bir milletlerarası yetki kuralının tatbiki için ilgili yetki kuralında aranan herhangi bir şartı yorumlayarak veya uygulayarak yetkisizlik kararı vermesi, söz konusu mahkemeye erişim engellenmesi sonucunu doğurabilir. Bu hallerde, yetkisizlik kararının davacının dava açma hakkına ölçsüz bir müdahale teşkil edip etmeyeceği veya hangi hallerde edebileceğini inceleyeceğiz.

⁴³² Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.292.

*b) Milletlerarası Yetkinin Tesisi için Gerekli Olan İrtibatın
Bulunmadığı Gerekçesiyle Yetkisizlik Kararı Verilmesi*

Yabancı unsurlu bir özel hukuk uyuşmazlığı herhangi bir taraf devlet mahkemesi önünde davaya konu edildiğinde, davanın açıldığı mahkeme –büyük ölçüde davalının itirazı üzerine- kendi hukukunda aranan yetki kurallarına göre milletlerarası yetkiye sahip olup olmadığını, ilgili yetki kuralında yer alan maddi vakıanın/irtibat noktasının bulunup bulunmamasına bağlı olarak belirleyecektir. Şüphesiz, bir taraf devlet mahkemesinin, ilgili yetki kuralına istinaden yetkisizlik kararı vermesi ve davacının davasının usulden reddedilmesi, haliyle ülke mahkemelerine erişiminin engellenmesine neden olacaktır. Peki, yetkisizlik kararı verilmesi, tek başına AİHS m.6/1’in ihlaline yol açabilir mi?

Bu tür bir ihlal iddiası, AİHM tarafından *Bayrak v. Almanya* kabul edilebilirlik kararında incelenmiştir. Söz konusu kararda, Alman ve Türk vatandaşlığına sahip olan başvuru Alman mahkemelerinde bir Irak bankasına karşı dava açmıştır. Alman mahkemesi, davacının vatandaşlığına istinaden milletlerarası yetki kazanabilmesi için davanın ülkeyle yeterli bir bağlantıya sahip olup olmadığını belirlemeye çalışmıştır. Ancak, ülkeyle yeterli irtibatın yokluğu nedeniyle, Alman milletlerarası yetki kurallarına göre yetkili olmadığına karar vermiştir.

AİHM, davacının Alman mahkemesinin yetkisizlik kararının mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği iddiasını, mahkemeye erişim hakkının yetkili mahkemeyi sınırsız bir şekilde seçme hakkı anlamına gelmediğini, söz konusu taraf iradesini sınırlayan milletlerarası özel hukuk kurallarının AİHS m.6/1’e aykırı olmadığını belirterek reddetmiştir. AİHM, AİHK’nun 1976 tarihli kararına⁴³³ da atıf yaparak, tarafların bu konudaki iradelerini sınırlayan milletlerarası özel hukuk kuralları getirilmesinin AİHS m.6/1’e aykırı olmadığını belirtmiştir. AİHM’ne göre, Alman mahkemeleri davayı derinlemesine incelemiş ve yetkisizlik kararına dayanak teşkil eden çeşitli gerekçeler ileri sürmüştür ve karara dayanak teşkil eden bu gerekçeler, Alman mahkemelerinin

⁴³³ Karar için bkz.: Yukarıda, s.371, dn.374.

yargılamanın adilliğini tehlikeye atacak kadar keyfi davranmadıklarını göstermektedir⁴³⁴.

Buna göre, kendi hukukunda yer alan bir yetki kuralına istinaden yetkisizlik kararı veren bir mahkeme, söz konusu yetkisizlik kararını, ilgili yetki kuralında yer alan ve yabancı unsurlu uyuşmazlığı kendisiyle/ülkeyle irtibatlandıran maddi vakıanın bulunmayışını gerekçe göstererek verebilecektir. Haliyle, mahkemelerin ilgili yetki kuralında yer alan maddi vakıanın varlığına/yokluğuna ilişkin değerlendirmeleri, keyfiliğe kaçacak derecede aşırı katı veya dar bir şekilde yorumlanmadıkça, söz konusu kuralın ölçüsüz bir şekilde tatbik edildiğinden kolaylıkla söz edilemeyecektir.

Bu noktada ne yukarıdaki kararda ne da başka kararlarında ifade etmese de, ulusal/uluslararası menşeli milletlerarası yetki kurallarına göre milletlerarası yetkiye sahip bir ülke mahkemesinin bulunmaması ve davanın bu nedenle reddedilmesinin, yani mahkemeye erişime hakkına yönelik müdahale, esasen devletin adalet hizmetlerini sağlıklı ve etkin bir şekilde yerine getirme meşru amacına dayanmaktadır. Devletlerin, mahkemelerinin milletlerarası yetkilerinin gerçekleşmesi için uyuşmazlığın hukuki ve maddi unsurlarına bağlı olarak yasal veya yargısal yollara istinaden çeşitli irtibatlar (bağlama noktaları) öngörmeleri, bir taraftan ülkeyle yakın ve gerçek bir ilişkisi olmayan uyuşmazlıkların taraflarının devlet mahkemelerine erişimini engelleyerek onların bu haktan yararlanmalarını sınırlamaktadır. Diğer taraftan bu, AIHS m.6/1 uyarınca adalet hizmetlerini imkânları ölçüsünde yerine getirmekle mükellef olan taraf devletlerin esasen ülkeyle gerçek ve yakın ilişki içinde olan bireylerin adalet taleplerinin karşılanması ihtiyacını da yerine getirmesine hizmet edecektir. Diğer bir ifadeyle, söz konusu yetki kuralları, aslında söz konusu devletin hukuki korumasından yararlanmaya gerçekten ve objektif olarak ihtiyacı olmayan bireyler tarafından adalet mekanizmalarının gereksiz yere meşgul edilmemesini temin etmektedir. Böylece, mahkemeye erişime milletlerarası yetki kurallarıyla getirilen sınırlamalar, adalet hizmetlerine ayrılan kaynakların israf edilmemesine, dolayısıyla devletin şahsında

⁴³⁴ Bayrak v. Almanya, no.27937/95, 6 Temmuz 2000, En Droit, para.2. Kararın ilgili kısmı için bkz.: Ubertazzi, **a.g.e.**, s.271.

kamunun menfaatlerinin korunmasını temin etmektedir. Meğer ki, söz konusu yetki kuralları aşırıya kaçacak şekilde dar veya katı bir şekilde yorumlansın.

Böyle bir bakış açısı, AİHM ve bir İngiliz mahkemesince⁴³⁵ belirtildiği üzere, mahkemeye erişim hakkının bireylere haklarını arayabilecekleri veya savunabilecekleri ve diledikleri mahkemeye başvurabilecekleri sınırsız bir mahkeme seçme özgürlüğü sunmadığı anlayışını da yansıtmaktadır. Ayrıca, teorik olarak mümkün olup olmadığı bir yana, milletlerarası yetkinin tüm özel hukuk uyuşmazlıklarını kapsayacak kadar geniş bir şekilde kullanılmasının, uyuşmazlığın niteliği gereği diğer devlet(ler)le yakın ilişkiye sahip olması ve söz konusu devlet(ler)in yargı yetkisinin kapsamına girmesi itibarıyla, devletlerarası nezaket ve iyi ilişkilerin zedelenmesi gibi sorunlara yol açabileceği de söylenebilir⁴³⁶. Yine, böyle bir yetki tesisinin varlığının davalının da sahip olduğu adil yargılanma hakkı bakımından yaratabileceği mahzurları da (aşırı yetki tesisi) göz ardı etmemek gerekir.

c) Yetkisizlik Kararının Uluslararası Bir Anlaşma Hükmünün Bir Gereği Olarak Ortaya Çıkması

Devletlerin, milletlerarası yetki kurallarını devletler hukukunun kendisine çizdiği sınırlar içerisinde serbestçe belirleyebileceğini, bazı devletler hukuku veya milletlerarası teamül hukuku kurallarının, devletlerin sahip olduğu yargı yetkisine bir sınırlama getirebileceğini belirtmiştik. Bunun en somut örneğini yabancı devletlerin/uluslararası örgütlerin yargı bağışıklığı oluşturmaktadır. Yalnız,

⁴³⁵ Her ne kadar söz konusu dava bir *anti suit injunction* kararı ile ilgili olsa da, söz konusu kararda İngiliz mahkemelerinin böyle bir karar vermek suretiyle davalının AİHS'ne taraf olan diğer bir devlet mahkemesinde dava açma hakkının engellenmesinin AİHS m.6/1'i ihlal ettiği ileri sürülmüştür. İngiliz Yüksek Mahkemesi ise, söz konusu kararın AİHS m.6/1'e aykırılık teşkil etmediğine hükmetmiştir. Yüksek mahkemeye göre, "AİHS m.6 bir kişiye medeni haklarını ileri sürebileceği veya savunabileceği bir mahkemeyi seçme özgürlüğü sağlamamaktadır...AİHS m.6, "yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede aleni ve adil bir yargılama" hakkının davanın taraflarından birince nerede kullanılacağı ile ilgilenmemektedir. Buradaki önemli nokta, medeni hakların AİHS m.6 hükümlerine uygun olarak bir mahkeme önünde yapılan yargılamayla herhangi bir yerde belirlenmesi gerektiğidir, (Article 6 of the ECHR does not provide that a person is to have an unfettered choice of tribunal in which to pursue or defend his civil rights... Article 6 of the ECHR does not deal at all with where the right to a "fair and public hearing before an independent and impartial tribunal established by law" is to be exercised by a litigant. The crucial point is that civil rights must be determined somewhere by a hearing and before a tribunal in accordance with the provisions of Article 6.)". Bkz.: OT Africa Line Ltd v. Hijazy (The Kribi) (2001) 1 Lloyd's Report 76, para.42.

⁴³⁶ Benzer şekilde bkz.: Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.303.

milletlerarası yetki kurallarına istinaden kendi mahkemelerinin yabancı unsurlu özel hukuk davasını görüp göremeyeceğini belirleyen bir taraf devletin sahip olduğu bu serbestiye, tarafı olduğu bazı uluslararası anlaşmalar vasıtasıyla sınırlama getirilebilir. Bu tür hallerde, uluslararası anlaşmada belirtilen bazı uyumsuzluklar, ilgili taraf devletin mahkemelerinin yargısal denetimi dışında tutulabilir. Bu da, bireylerin bu tür iddialar bakımından adalete erişim taleplerinin –bir uluslararası anlaşma hükmüne istinaden- reddedilmesi sonucuna yol açabilmektedir.

Nitekim böyle bir ihtimalin varlığı, yabancı mahkeme kararlarının tenfiziyle de ilişkili olan *Prince Hans Adam II of Liechtenstein v. Almanya* kararında AİHM tarafından tartışılmış, davalı devlet mahkemelerince yetkisizlik kararı verilmesinin davacının mahkemeye erişim hakkını ihlal etmediği sonucuna ulaşılmıştır.

Söz konusu karara konu olayda, İkinci Dünya Savaşı esnasında Çekoslovakya hükümeti tarafından el konulan bir tablo, sergilenmek üzere Köln Belediyesine geçici bir süreliğine ödünç verilmiştir. Bunun üzerine Liechtenstein prensi olan başvuru, söz konusu tablonun gerçekte babasının Çekoslovakya'daki şatosunda yer alan koleksiyonunun bir parçası olduğu iddiasıyla ve mirasçı sıfatıyla Alman mahkemelerinde Köln Belediyesine karşı tablonun kendisine iade edilmesi talebinde bulunmuştur⁴³⁷. Zira söz konusu tabloya, İkinci Dünya Savaşı esnasında çıkarılan bir kararname ile Çekoslovakya hükümetince el konulmuştur. Ancak Alman mahkemeleri, bu davada Alman mahkemelerinin yetkisini bertaraf eden 1952 tarihli Savaş ve İşgalden Doğan İhtilafların Halline dair Anlaşmaya dayanarak başvuru, tabloya ilişkin taleplerini reddetmiştir. Söz konusu anlaşmaya göre, eski hale iade veya tazminat amacıyla veya savaş durumu sonucunda ele geçirilen Almanya'nın ülke dışındaki malvarlıklarına yönelik tedbirler sonucu kazanılan malvarlığına ilişkin mülkiyet talepleri Alman mahkemelerinin yargısal denetimi dışında tutulmuştur.

AİHM, öncelikle milletlerarası özel hukuk kurallarının uygulanması suretiyle başvuru, mülkiyet hakkına ilişkin talebinin tespiti için Alman mahkemelerine erişiminin engellendiğini tespit etmiştir⁴³⁸. Ardından, AİHS m.6/1'in Alman

⁴³⁷ Prince Hans Adam II of Liechtenstein v. Almanya, no.42527/98, 12 Temmuz 2001, para.13-15.

⁴³⁸ Prince Hans Adam II of Liechtenstein v. Almanya, para.52.

mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldıran bir uluslararası anlaşmaya etki tanınarak davacının mahkemeye erişiminin sınırlanmasına izin verip vermediğini incelemiştir. Söz konusu sınırlamanın (uluslararası anlaşma uyarınca yetkisizlik kararı verilmesinin) İkinci Dünya Savaşı sonucunda uluslararası hukuk uyarınca Almanya'nın statüsünün bir sonucu olduğundan⁴³⁹ ve savaş sonrası Almanya'nın birleştirilmesi ve yeniden bağımsızlık kazanması gibi önemli bir menfaati gerçekleştirmeyi amaçladığından⁴⁴⁰ meşru bir amaca sahip olduğunu belirtmiştir. AİHM, Sözleşmesel hakların etkili bir şekilde korumak için başvurulabilecek alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının varlığı halinde ölçülülük koşulunun sağlanmış olacağını önceki içtihatlarında (*Waite v. Almanya ve Kennedy v. Almanya*) kabul etmiş olmasına rağmen, uluslararası hukuka göre Almanya'nın özel statüsü gibi davanın kendine has özelliklerinin söz konusu davada bu içtihatların uygulanmasını engellediğini belirtmiştir⁴⁴¹.

Bu noktada, AİHM'nin dava konusu tabloyla ilgili uyuşmazlığın çözümü bakımından başvurulabilecek bir forumun var olup olmadığına yoğunlaştığı görülmektedir. Buna göre, söz konusu tablonun yıllardır Çek Cumhuriyeti'nde kalmış olması ve başvurucunun babasının geçmişte orada dava açmış olması vakıaları, Çek/Slovakya mahkemelerini davanın çözümü için gerçek forum (genuine forum) haline getirmektedir. Yine, söz konusu el koyma tedbirinin gerçekleştiği tarihte söz konusu tedbirin geçerliliği ve sonuçları bakımından Alman mahkemelerinde dava açmanın uzak ve gerçekleşmesi düşük bir ihtimal olduğunu belirterek başvurucunun talebi ile Almanya'nın statüsü arasındaki tesadüfi bağlantıya ve Alman mahkemelerinde davanın görülmesinin öngörülebilir olmadığına vurgu yapmıştır⁴⁴². Böylece Alman mahkemelerinin, Almanya'da geçici olarak bulunan taşınır/tabloya ilişkin uyuşmazlığın Almanya'yla yeterli irtibatının olmadığını dolaylı olarak vurgulamıştır. Sonuç olarak AİHM, davacının Alman mahkemelerinde dava açmadaki menfaatinin Almanya'nın bağımsızlığını kazanması ve yeniden birleşmesi konusunda sahip olduğu hayati menfaatine yeterince ağır gelmediğine ve Alman mahkemelerinin

⁴³⁹ Prince Hans Adam II of Liechtenstein v. Almanya, para.59

⁴⁴⁰ Prince Hans Adam II of Liechtenstein v. Almanya, para.69.

⁴⁴¹ Prince Hans Adam II of Liechtenstein v. Almanya, para.68.

⁴⁴² Prince Hans Adam II of Liechtenstein v. Almanya, para.66-67

söz konusu talebi yetkisizlik gerekçesiyle reddetmelerinin ölçüsüz olmadığına ve hakkın özünü zedelediğine hükmetmiştir⁴⁴³.

Söz konusu karar analiz edildiğinde, AİHM'nin başvurunun mahkemeye erişim hakkının engellenmesine dayanak teşkil eden uluslararası anlaşma hükmüne, davalı devletin mahkemelerinin yetkisini bertaraf eden bir uluslararası hukuk normu şeklinde muamele ettiği görülmektedir. Böylece, tıpkı yabancı devletlerin haksız fiil niteliğindeki kamusal tasarruflarına karşı açılan davaların yargı bağımsızlığı gerekçesiyle reddedilmesinin şikâyeteye konu yapıldığı kararlarda olduğu gibi, sadece söz konusu uluslararası hukuk/anlaşma kuralını gerekçe göstererek, Alman devletini menfaatlerinin başvurunun menfaatlerine ağır bastığına kanaat getirmiştir. Bu yönüyle, AİHM'nin davalı devletin tarafı olduğu bu tür anlaşmaların bir sonucu olarak yargı yetkisini kullanmadığı hallerde, -büyük ölçüde yargı bağımsızlığına ilişkin kararlarından mühlhem- benzer bir ölçülülük değerlendirmesinde bulunabileceği söylenebilir.

Diğer taraftan, söz konusu kararlardan farklı olarak, davacının başvurabileceği alternatif bir forumun varlığını da gerekçe göstererek, esasen başvurunun Alman mahkemelerine erişimini mutlak bir şekilde engelleyen söz konusu yetkisizlik kararının etkilerini hafifletme yoluna gittiği söylenebilir. Bu bağlamda, tıpkı *Bayrak v. Almanya* kararında olduğu gibi, uyuşmazlığın Almanya ile olan irtibatının yetersizliğine, dava konusu taşınırın Almanya'da bulunmasının tesadüfi niteliğine vurgu yapmış, Çek mahkemelerinin dava bakımından gerçek forum olduğunu ifade etmiştir. Buna göre, yetkisizlik kararı söz konusu uluslararası anlaşma hükmüne dayanmasıydı dahi, -ulusal hukukta yer alan davaya tatbiki muhtemel yetki kuralını keyfi ve aşırıya kaçacak bir şekilde yorumlamamak kaydıyla-, Alman mahkemelerinin yetkisizlik kararını yerinde ve ölçülü bir müdahale olarak nitelendirebilirdi. Bu açıdan, söz konusu kararın, en azından kararın gerekçesinin AİHM'nin *Bayrak v. Almanya* kararıyla paralellik arz ettiğini söylemek mümkündür. Dolayısıyla, taraf devlet mahkemelerinin yetkisizlik kararı verirken, davanın ülke ile olan irtibatı, daha doğrusu bir bütün olarak davanın konusu, tarafları ve koşullarının ilgili devlet mahkemelerinin yetkisini tesis edecek

⁴⁴³ Prince Hans Adam II of Liechtenstein v. Almanya, para.69.

derecede irtibatlı olup olmadığı, yetkisizlik kararının yerinde ve ölçülü olup olmadığının tespitinde belirleyici olacaktır.

*d) Yabancı Ülkede Alternatif Bir Mahkemenin Varlığına İstinaden
Yetkisizlik Kararı Verilmesinin Mahkemeye Erişim Hakkına
Uygunluğu*

Aralarında Türkiye'nin de bulunduğu pek çok Kıta Avrupası ülke hukuklarında, milletlerarası yetki kuralında yer alan maddi vakıanın/bağlama noktasının ülkedeki herhangi bir yeri göstermesi, milletlerarası yetkinin tesisi için gerekli ve yeterli kabul edilmektedir. Dolayısıyla, ilgili yetki kuralında yer alan maddi vakıanın ve/veya yetkinin tesisi için karşılanması gereken bazı şartların namevcut olduğuna kanaat getiren taraf devlet mahkemesi yetkisizlik kararı verecektir. Peki, somut olayın koşullarına göre, milletlerarası yetkisi doğmuş olmasına rağmen, yabancı bir mahkemenin; konusu, tarafları ve koşulları itibariyle uyuşmazlıkla daha yakın ve gerçek bir irtibata sahip olduğu gerekçesiyle yetkisizlik kararı vermesi mümkün müdür? Şüphesiz, yetkili mahkemenin tayininde mahkemelerine belirli bir takdir yetkisi tanıyan, *forum non conveniens* doktrininin cari olduğu hukuk sistemlerinde, davayı görmeye alternatif yabancı bir mahkemenin varlığı, bazı şartların da varlığı halinde yeterli görülmektedir. Peki, milletlerarası yetkinin tesisinde mahkemelere takdir yetkisinin tanınmadığı yetki rejimlerinde, başvurunun yabancı ülkede başvurabileceği milletlerarası yetkiye sahip alternatif bir mahkemeye erişim imkânına sahip olması, taraf devletin AİHS m.6/1'den kaynaklanan, başvurucuya mahkemeye etkili bir erişim imkânı sağlama yükümlülüğünden kurtulmak için yeterli midir?

Yukarıda ele aldığımız *Prince Hans Adam II of Liechtenstein v. Almanya* kararında, AİHM'nin, Alman mahkemelerinin yetkisizlik kararının başvurunun mahkemeye erişim hakkına ölçülü ve hakkın özünü zedelemeyen bir müdahale olarak nitelendirirken kullanmış olduğu gerekçelerden biri de, uyuşmazlığın çözümü bakımından Çek devletinin (mahkemelerinin) gerçek forum olduğu argümanıdır⁴⁴⁴. AİHM'nin bu tespitinden hareketle, yetkisizlik kararı veren bir taraf devlet

⁴⁴⁴ Bkz.: *Prince Hans Adam II of Liechtenstein v. Almanya*, para.66.

mahkemesinin, başka bir devletin mahkemelerinin de yetkili olduğu gerekçesini ileri sürebileceği, bu gerekçeye dayanan bir yetkisizlik kararının mahkemeye erişim hakkına meşru bir müdahale olarak nitelendirilebileceği ileri sürülebilir⁴⁴⁵. Zira, başvurucunun dünya üzerinde yetkisizlik kararı veren mahkemeden başka bir mahkemeye müracaat etme imkan ve ihtimali her zaman mevcuttur.

Bununla birlikte, AİHM'nin yukarıda ele aldığımız *Arlewin v. İsveç* kararındaki ifadeleri nedeniyle, yukarıdaki kararında varmış olduğu tespitini dolaylı olarak reddettiğini veya en azından günümüzde böyle bir görüşte olmadığını söylemek mümkündür. Gerçi, burada AİHM'nin olay temelli bir yaklaşım sergilediği de söylenebilir. Hatırlanacağı üzere, söz konusu kararda başvuru, İsveç televizyonunda yayınlanan bir programda kendisi hakkında suçlu olduğu ve pek çok suçtan sorumlu olduğuna dair iftira (defamation) niteliğindeki ifadeler nedeniyle tazminat davası açmıştır. Davacının Brüksel I Tüzüğüne göre (m.5) yetkili olduğu ileri sürülmesine rağmen, İsveç mahkemeleri söz konusu dava bakımından Birleşik Krallık mahkemelerinin de yetkili olduğunu belirterek yetkisizlik kararı vermiştir.

Mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini ileri süren davacı, uyuşmazlığın tüm unsurlarının İsveç'i işaret ettiğinden yetkisizlik kararının makul olmadığını ve temelsiz olduğunu, ayrıca Birleşik Krallık'ta başvurulabilir çözüm yolu bulunsa da, pratik ve ekonomik engellerin böyle bir çözümü etkisiz hale getireceğini, ayrıca böyle bir çözüm yolunun İsveç devletinin AİHS'nden kaynaklanan, kendisine İsveç'te yeterli ve etkin hukuki koruma sağlama yükümlülüğünü etkilemeyeceğini ileri sürmüştür⁴⁴⁶. Davalı devlet ise, somut davada –haksız fiilin meydana geldiği yer olduğu gerekçesiyle- İngiliz mahkemelerinin de Brüksel Tüzüğüne göre yetkili olduğu argümanına dayanmış, başvurucunun mahkemeye etkili bir erişim imkânına, bu mahkeme İsveç mahkemeleri olmasa da, sahip olduğunu ileri sürmüştür⁴⁴⁷. AİHM ise, söz konusu argümana cevaben

⁴⁴⁵ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.303.

⁴⁴⁶ *Arlewin v. İsveç*, para.53-54.

⁴⁴⁷ Davalı devlete göre, İsveç televizyonu üzerinde merkezi Birleşik Krallık olan bir yayıncılık şirketinin denetim yetkisine sahiptir ve programın uydu ağıyla umuma iletilmesi de söz konusu şirketçe yapılmaktadır. Ayrıca, program Birleşik Krallıkta da az da olsa yayınlanmıştır. Davalı devlete göre, bu olgular Birleşik Krallık mahkemelerinin başvurucunun davası bakımından yetkili olduklarını göstermektedir. Ayrıca, zarara yol açan eylem Birleşik Krallıkta gerçekleştiğinden Birleşik Krallık mahkemelerinin Brüksel I Tüzüğüne göre milletlerarası yetkiye sahip bulunmaktadır. Bu koşullar altında

başvurucunun başka bir devlet mahkemelerine, yani Birleşik Krallık mahkemelerine erişim imkânına sahip olmasının, İsveç devletinin Sözleşmenin 1. maddesinden kaynaklanan sorumluluğunu etkilemeyeceğini açıkça vurgulamıştır⁴⁴⁸. Dolayısıyla, aynı davanın başka bir ülkede açılabilir olması, diğer bir ifadeyle başvurunun açmış olduğu dava bakımından milletlerarası yetkiye sahip başka bir devletin mahkemelerinin varlığı, mahkemeye etkili bir erişim sağlamaktan imtina etmek için ve AİHS m.6/1'den kaynaklanan yükümlülükten kurtulmak için yeterli olmayacaktır.

Diğer taraftan, davacının yurt dışında başvurabileceği alternatif bir mahkemenin bulunması, ülke mahkemelerine erişimine getirilen sınırlamanın ölçülü olup olmadığının tespitinde dikkate alınabilecek kriterlerden biridir⁴⁴⁹. Nitekim AİHM de, başvurunun farklı bir ülkede, yani Birleşik Krallık'ta bir mahkemeye erişim imkanına sahip olmasının İsveç devletinin AİHS'nden doğan sorumluluğunu etkilemeyeceğini belirtirken, başvurunun erişimine açık bir mahkemenin varlığının da önemsiz olmadığını vurgulamıştır. Buna göre, milletlerarası yetkiye sahip başka bir devletin mahkemelerine erişim imkânının varlığı, daha çok davacının İsveç'te bir mahkemeye erişememesinin ölçülü olup olmadığının belirlenmesinde dikkate alınması gereken bir faktördür⁴⁵⁰.

Yalnız, söz konusu kararda yurt dışında alternatif bir mahkemenin varlığına/önemine vurgu yapsa da, esasen söz konusu karara konu olayda, kişilik haklarına haksız bir saldırı niteliğindeki programın yayınlanması ve bunun yarattığı sonuçlar ile davalı devlet arasındaki ilişki o kadar yoğundur ki, Birleşik Krallık mahkemelerinin/alternatif forumun varlığına veya her iki devletin uyuşmazlıkla olan yakınlığına yönelik herhangi bir kıyaslamaya dahi ihtiyaç bulunmamaktadır. Zira, söz konusu program, İsveç'te İsveçliler tarafından ve İsveç şirketlerince üretilmiş olup, İsveç dilinde uydu yayınıyla ulaşabilecek olan İsveçli izleyicilere sunulmuştur.

İsveç mahkemelerinin de Brüksel I Tüzüğüne göre uyuşmazlık bakımından yetkisi bulunmakla birlikte, İsveç mahkemelerinin kendilerini İsveç hukukuna göre yetkisiz kabul etmeleri vakası, Tüzüğün etkililiğine zarar vermemekte ve onunla çelişmemektedir. Dolayısıyla, mevcut davada, İsveç mahkemeleri olmamasına rağmen, başvurunun mahkemeye etkili bir erişime sahip olduğunu iddia etmiştir. Bkz.: Arlewin v. İsveç, para.57-58.

⁴⁴⁸ Arlewin v. İsveç, para.65.

⁴⁴⁹ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.109 ve 303.

⁴⁵⁰ Arlewin v. İsveç, para.65.

Başvurucu ve program sunucusu İsveç'te mukim İsveç vatandaşlarıdır. Buna karşın, program Birleşik Krallık'ta çok az kişi tarafından izlenmiştir. Program canlı yayınlanmıştır ve davalı devlet programın edite edilmesi ve içeriğinin kontrolünün nasıl İsveç dışında gerçekleştiğini açıklayamamıştır. Ayrıca, yayın İsveç pazarında faaliyet gösteren şirketlerce desteklenmiştir. Dahası, başvurusunun gerçekleştirdiği iddia edilen suç teşkil eden eylemler İsveç'te gerçekleşmiş, başvuru tarafından iddia edilen itibarına ve kişiliğine yönelik zarar iddiası da burada ortaya çıkmıştır⁴⁵¹.

Görüldüğü üzere, yayının Birleşik Krallıktan yönetildiğine dair teknik detaylar hariç tutulursa, hangi açıdan bakılırsa bakılsın, uyuşmazlığa konu teşkil eden eylem ve söz konusu eylemin etkileri tabiatı gereği tamamen İsveç'i göstermektedir. Bu nedenle, AİHM yukarıdaki vakıalar karşısında, İsveç devletinin AİHS m.6 uyarınca başvurucuya mahkemeye etkili bir erişim sağlamakla yükümlü olduğuna kanaatine varmıştır. Ardından, davanın Birleşik Krallık mahkemelerinde açılması ihtimaliyle kıyaslayarak, İsveç mahkemelerinin söz yetkisizlik kararının mahkemeye erişim hakkına ölçülü bir müdahale olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğini incelemiştir.

Gerçekten, söz konusu vakıalar karşısında, Birleşik Krallık mahkemelerinde iftiraya/hakarete dayanan bir tazminat davası açmak, başvuru açısından makul ve pratik bir alternatif olarak söylenemeyecektir. Dolayısıyla, İsveç devletinin, söz konusu alternatifin varlığına istinaden AİHS m.6/1'e ilişkin sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Kaldı ki, başvuru İsveç mahkemelerinde dava açarak, söz konusu eylemden kaynaklanan iddiasının incelenmesi için tek makul/tutarlı seçeneğe başvurmayı denemiştir. Dolayısıyla, başvurusunun açmış olduğu davayı esasa ilişkin bir inceleme yapmaksızın reddeden İsveç mahkemeleri, hakkın özüne zarar vermiştir. Buna göre, başvurusunun mahkemeye erişimine getirilen sınırlama o kadar geniştir ki, davanın özellikleri dikkate alındığına ölçülü olarak nitelendirmek mümkün değildir⁴⁵².

Esasen, İsveç'in uyuşmazlık bakımından doğal forum olduğunu açıkça gösteren yukarıdaki vakıalar karşısında, AİHM'nin söz konusu müdahalenin ölçüsüz olduğunu tespit etmesi zor olmamıştır. Hatta, AİHM'nin salt davalı devlet tarafından davanın

⁴⁵¹ Arlewin v. İsveç, para.72.

⁴⁵² Arlewin v. İsveç, para.73.

Birleşik Krallık mahkemelerinde de görülebileceği argümanını çürütmek amacıyla böyle bir kıyaslamaya gittiği ve alternatif bir forumun varlığının yetkisizlik kararının ölçülü olup olmadığının tespitinde belirleyici olduğuna vurgu yaptığı söylenebilir. Diğer bir ifadeyle, davalı devlet, yetkisizlik kararına gerekçe olarak, aynı uyuşmazlık bakımından davacının müracaat edebileceği Birleşik Krallık mahkemelerinin yetkisini ileri sürmeseydi, AİHM muhtemelen *Bayrak v. Almanya* kararında olduğu gibi, davanın İsveç ile olan bağlantılarının yoğunluğuna bakarak yetkisizlik kararının ölçülü olup olmadığını değerlendirecek ve muhtemelen İsveç mahkemelerinin uyuşmazlık bakımından tek uygun forum olduğu sonucuna varacaktı.

Netice itibarıyla, bir taraf devletin (mahkemesinin), aynı uyuşmazlık bakımından yabancı bir mahkemenin veya mahkemelerin de yetkili olduğuna dair kanaati/gerekçesi, tek başına AİHS m.6/1'den, hususen mahkemeye etkili bir erişim sağlama yükümlülüğünden kurtulması için tek başına yeterli olmayacak, böyle bir argümana sığınarak mahkemelerini bireylerin kullanımına kapatamayacaktır. Diğer taraftan, uyuşmazlık bakımından başka ülkede alternatif bir mahkemenin varlığı faktörü ise, münhasıran davalı devletlerin ileri süreceği bu tür argümanların yerindeliğini ve yetkisizlik kararın ölçülü olup olmadığını tespit etmek üzere AİHM tarafından başvurulabilecek bir metod gibi görünmektedir. Ayrıca, yukarıdaki kararda olduğu gibi, davalı devletçe ileri sürülmedikçe, AİHM'nin de kendiliğinden yetkisizlik kararı veren taraf devlet mahkemesine alternatif yabancı devlet mahkemesinin var olup olmadığı incelemesine girişmesi pek mümkün görünmemektedir. Bunun yanında, her devletin mahkemelerinin milletlerarası yetkisini diğerlerinden bağımsız olarak serbestçe belirlediği göz önüne alındığında, alternatif olduğu iddia olunan yabancı mahkemenin yetkiye ilişkin veya diğer usuli kurallar nedeniyle davayı usulden reddetmesi her zaman mümkündür. Dolayısıyla, özellikle Kıta Avrupası hukuklarında mahkemelerin başka bir devletin mahkemesinin de milletlerarası yetkiye sahip olduğunu belirterek yetkisizlik kararı vermeleri olası olmadığı gibi, salt buna istinaden yetkisizlik kararı verilmesi yerinde olmayacaktır.

Diğer taraftan, bu ifadelerimiz *forum non conveniens* veya benzeri bir doktrine istinaden mahkemelerine yetkisizlik kararı verip vermeme konusunda takdir yetkisi tanıyan ve mahkemelerinin yabancı mahkemenin daha elverişli forum olduğu

gerekçesiyle yetkisizlik kararı verebildiği devlet hukukları bakımından geçerli değildir. Zira *forum non conveniens*in cari olduğu hukuk düzenlerinde, taraf devlet mahkemeleri, zaten doğal/elverişli forum değerlendirmesi yapmak suretiyle uyuşmazlık bakımından yetkili olup olmadığına karar vermektedir. Örneğin, bir İngiliz mahkemesi, yetkisizlik kararı verirken hangi ülke mahkemesine veya mahkemelerine nazaran doğal/elverişli forum olup olmadığını, dolayısıyla kendisinden daha elverişli forumun varlığını tespit etmek durumundadır. Genellikle, İngiliz mahkemeleri, tıpkı yukarıda AİHM'nin yaptığı gibi, bu tür durumlarda davanın ülkeyle olan tüm bağlantılarını dikkate alarak doğal/elverişli forum olup olmadıklarına, dolayısıyla yetkili olup olmadıklarına karar vermektedir. Bu nedenle, uyuşmazlığın ülkeyle olan bağlantılarını dikkate alarak yabancı devletin mahkemelerinin doğal/elverişli forum olduğunu tespit eden ve yetkisizlik kararı veren bir İngiliz mahkemesi, büyük ihtimalle AİHS m.6/1'e uygun hareket etmiş olacaktır.⁴⁵³.

e) Milletlerarası Yetki Kuralının Davacının Mahkemeye Erişim Hakkı Gözetilmeksizin Yorumlanması ve Uygulanması

1) Genel Olarak

Milletlerarası yetki kuralları ile AİHS m.6/1 arasındaki ilişkiyi ele alırken, taraf devlet mahkemelerinin yetkili olup olmadıklarına ilişkin her türlü kararlarının AİHS m.6/1'e, özellikle davacının mahkemeye erişim hakkına uygun olması gerektiğini ifade etmiştik. Bu kapsamda, davacının mahkemeye erişim hakkından yararlanması, diğer bir ifadeyle mahkemeye erişimi, taraf devlet mahkemelerince milletlerarası yetki kuralının tatbiki suretiyle engellenebilecektir. Milletlerarası yetki kurallarının tatbiki suretiyle gerçekleşen ülke mahkemelerine erişime yönelik böyle bir engellemenin/ sınırlamanın meşru olup olmadığı, haliyle davacının iradesine bağlı olarak AİHM'nin denetimine tabidir.

Bu noktada, bir milletlerarası yetki kuralının veya söz konusu kuralda yetkinin tesisi için gerekli olan bazı koşulların tek başına/soyut olarak mahkemeye erişim hakkına aykırı olduğunu *prima facie* kabul etmek mümkün değildir. Zira ulusal kanun

⁴⁵³ Nitekim aşağıda inceleyeceğimiz *Mark v. Mark* kararı da İngiliz mahkemelerinin tarafların menfaatlerini gözeterek böyle bir değerlendirme yapacaklarına somut bir örnek teşkil etmektedir.

koyucular, genellikle -büyük ölçüde AİHM nezdinde de meşru amaç olarak mütalaa edilebilecek- mühalazalarla milletlerarası yetki kuralları tanzim etmekte, bu amaçla ülke mahkemelerinin yetkisini tesis eden irtibat noktalarını veya kuralın tatbiki için bazı koşulların varlığını arama yoluna gitmektedir. Diğer taraftan, AİHM'nin ulusal mevzuatta yer alan bir hükmün/yetki kuralının AİHS'ne uygunluğunu soyut olarak incelemek olmadığını belirtmek gerekir. Hatta AİHM, ulusal mevzuatın yanlış veya doğru uygulandığını ya da vakıaların yanlış değerlendirildiğini dahi incelememekte, sadece ilgili yetki kuralının –doğru veya yanlış- tatbikinin başvurucunun/davacının mahkemeye erişim hakkına yönelik etkilerini denetlemektedir. Diğer bir ifadeyle, AİHM herhangi bir milletlerarası yetki kuralının tatbiki suretiyle verilen yetkisizlik kararının/müdahalenin meşru olup olmadığını, yani taraf devletin (mahkemesinin) vaki müdahaleyi -içtihatlarla belirlediği- meşru sınırlar dahilinde yapıp yapmadığını değerlendirmektedir. Nitekim, yukarıda incelemiş olduğumuz *Bayrak v. Almanya* ile *Arlewin v. İsveç* kararlarında AİHM'nin böyle bir denetim yaptığı açıkça görülmektedir.

Bu bakımdan, taraf devlet mahkemelerinin ulusal hukuklarında yer alan ve kendilerine davayı görme yetkisi bahsettiği iddia edilen yetki kural(lar)ını ne şekilde yorumladığı ve uyguladığı önem arz etmektedir. Mahkemelerin yetkisizlik kararı verirken, ilgili yetki kuralını bireylerin ülke mahkemelerine erişim hakkını özünden zedeleyecek derece aşırı katı ve dar veya aşırı geniş şekilde yorumlamamaları gerekmektedir. Bu bağlamda, milletlerarası yetki kuralları, yabancı unsurlu davalarda bireylerin ülke mahkemelerine erişimini mümkün kılacak esneklik ve genişlikte olmalı, diğer taraftan davalının adil yargılanma haklarından yararlanmasını güçleştirecek veya imkansızlaştıracak derecede geniş de olmamalıdır. Bu nedenle, yetkisizlik kararına temel teşkil eden yetki kuralının ilgili mahkemece yorumlanış yöntemi, yetkisizlik kararının ölçülü olup olmadığına belirleyici olacaktır. En azından, AİHM'nin yukarıdaki kararlarda varmış olduğu tespitlerden hareketle, bir taraf devlet mahkemesinin milletlerarası yetkisini tesis edecek irtibatları dikkate almamasının, sadece ulusal mevzuata aykırılık değil, taraf devletin mahkemeye erişim hakkına aykırılıktan sorumluluğuna yol açacağını göstermektedir. Ayrıca, milletlerarası yetkiyi tesis eden irtibatların ya da milletlerarası yetkinin tesisi için gerekli bazı koşulların

oldukça dar veya katı bir şekilde yorumlanması, somut davanın özelliklerine bağlı olarak ihlale neden olabilir.

2) Milletlerarası Yetkiyi Tesis Eden Bağlama Noktalarının Dikkate Alınmaması

Bir taraf devlet mahkemesinin, ulusal hukukunda yer alan herhangi bir yetki kuralına göre, ilgili yetki kuralında mahkemeye uyumsuzluk arasında irtibatı sağlayan bağlama noktasının/maddi vakıanın veya yetkinin tesisi için aranan başka bir koşulun bulunmadığı gerekçesiyle yetkisizlik kararı vermesi, davacının mahkemeye erişim hakkına meşru bir müdahale olarak nitelendirilebilecektir. Bununla birlikte, bunun için mahkemelerin neden yetkisizlik kararı verdiklerini kararlarında somut olayın özelliklerini dikkate alarak gerekçelendirmeleri gerekmektedir. En azından AİHM'nin *Bayrak v. Almanya* kararındaki tespiti⁴⁵⁴, böyle bir koşulun varlığının gerekli olduğunu göstermektedir.

AİHM'nin *Arlewin v. İsveç* kararıyla, bir önceki kararında varmış olduğu tespitini dolaylı –ve belki de bilinçsiz- olarak teyit ettiğini söylemek mümkündür. Zira AİHM, tazminat davasına konu teşkil eden haksız fiilin tüm unsurlarıyla birlikte gerçekleştiğini, davacı ve davalının de İsveç'te mukim birer İsveç vatandaşı olduğunun açıkça anlaşıldığını vurgulamıştır⁴⁵⁵. Meseleyi milletlerarası özel hukuk açısından ele alacak olursak, İsveç mahkemeleri, haksız fiilden kaynaklanan söz konusu dava bakımından yetkili olup olmadığının tespiti için, Brüksel I Tüzüğü m.5 hükmü uyarınca haksız fiilin kendi ülkelerinde gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmek zorundaydı. Karardan anlaşıldığı kadarıyla, İsveç mahkemeleri ilgili yetki kuralında yer alan ve uyumsuzluğun ülkeyle olan bağlantısını tesis eden bağlama noktasının var olup olmadığını araştırma yoluna gitmedikleri gibi, bu konudaki temyiz talepleri de aralarında davacının Birleşik Krallık mahkemesinde de dava açabileceğinin de yer aldığı çeşitli gerekçelerle reddedilmiştir.

⁴⁵⁴ Bkz.: *Bayrak v. Almanya*, En Droit, para.2.

⁴⁵⁵ Bkz.: *Arlewin v. İsveç*, para.72.

Bu bakımdan, tıpkı AİHM'nin yaptığı gibi, Brüksel I Tüzüğü uyarınca dava konusu uyuşmazlığın İsveç ile olan yakınlığını, bu kapsamda haksız fiil teşkil eden eylemin İsveç'te vuku bulup bulmadığını araştırmak zorunda olan İsveç mahkemeleri, söz konusu hükmü açıkça uygulamamıştır. Diğer bir ifadeyle, İsveç mahkemeleri, Brüksel I Tüzüğü uyarınca kendilerini yetkili hale getirecek irtibat noktasının/maddi vakıaların mevcut davada var olup olmadığını inceleme cihetine gitmemiştir. Doğal olarak, aslında İsveç mahkemelerinin İngiliz mahkemelerine nazaran uyuşmazlıkla gerçek bağlantılı forum olduğunu tespit etmek gayesiyle hareket eden AİHM de, başvurunun kendisi için en uygun/makul yer olan İsveç'te dava açma yoluna gittiğini belirtmiştir. Ancak, başvuru kendisi için gayet makul/öngörülebilir olan bu imkândan, salt İsveç mahkemeleri yukarıdaki davaya ilişkin vakıaların yetkisini tesis etmek için yeterli olup olmadığını dikkate almadığından mahrum bırakılmıştır.

Bu açıklamalar ışığında, bir taraf devlet mahkemesinin yetkisini tesis eden bir yetki kuralını uygulamaması, daha doğrusu uyuşmazlıkla ilgili maddi veya hukuki unsurların milletlerarası yetkisinin tesisi için yeterli olup olmadığını araştırmaksızın veya bunları dikkate almaksızın yetkisizlik kararı vermesi, hal ve şartlara göre, sadece ulusal hukuka değil, AİHS m.6/1'e de aykırılık teşkil edecek mahiyettedir. Bilhassa uyuşmazlıklarına ilişkin çeşitli unsurların açıkça belirli bir ülkede veya ülkelerde yoğunlaştığı hallerde, ulusal mevzuatta yer alan bir yetki kuralına istinaden davalarının görülüp karara bağlanacağını makul ve haklı olarak öngörülebileceği hallerde, böyle bir tasarruf/ihmal bireylerin dava açma hakkına keyfi ve ölçüsüz bir sınırlama olarak nitelendirilebilecektir. Bu noktada, uyuşmazlıkla gerçekten daha sıkı ilişkili olan başka bir devletin varlığı veya uyuşmazlık bakımından başka devlet(ler)in mahkemelerinin gerçekten yetkili olması, hatta mahkemelerin buna kararlarında yer vermeleri, hem milletlerarası yetkinin niteliği gereği hem de taraf devletlerin AİHS'nden doğan sorumluluğunun niteliği gereği yeterli olmayacaktır. Hatta taraf devlet mahkemelerinin AİHS m.6/1 uyarınca gerekçeli karar vermekle yükümlü olduğu da dikkate alındığında, yetkisizlik kararı veren bir taraf devlet mahkemesinin kararında hangi gerekçelere istinaden yetkinin tesis edilemediğini veya mahkemenin yetkisinin tesisi için gerekli olan bir koşulun hangi vakıalara istinaden karşılanmadığını belirtmekle yükümlü olduğunu söyleyebiliriz.

3) Milletlerarası Yetkinin Tesisi için Aranılan Bağlama Noktalarının veya Bazı Koşulların Yorumlanması ve Uygulanması

Devletler, mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis ederken davalının yerleşim yeri, davacının mutad meskeni, sözleşmenin ifa yeri, zarar yeri veya malların bulunduğu yer gibi dava konusu uyuşmazlığın niteliğine bağlı olarak değişebilen çeşitli bağlama noktalarından hareket ederek yetki kuralları tanzim etmektedir. Dolayısıyla, örneğin, haksız fiil nedeniyle ileri sürülen bir tazminat talebi bakımından herhangi bir Türk mahkemesinin yetkili olup olmadığı, MÖHUK m.40'ın atfı gereği HMK m.16 uyarınca haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği ya da gelme ihtimalinin bulunduğu yerin yahut zarar görenin yerleşim yerinin Türkiye'de olup olmadığına bağlıdır. Yine, yabancı unsurlu bir sözleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlık vuku bulduğunda, sözleşmenin ifa yerinin Türkiye olup olmadığı, HMK m.10 hükmü uyarınca sözleşmenin ifa yerinin bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olup olmadığını da belirleyecektir.

Peki, yabancı unsurlu bir sözleşmeden doğan davada haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yer ya da sözleşmenin ifa yeri nasıl tespit edilecektir? Keza kimi ülke hukuklarında milletlerarası yetkinin tesisinde kullanılan ikametgâh, mutad mesken gibi kavramlar çeşitli hukuk alanlarında farklı anlamlarda kullanılabilmektedir. Örneğin, ülkeye hukuka aykırı bir şekilde girmiş ve söz konusu ülkede hukuka aykırı olarak yaşamakta olan bir kişinin milletlerarası yetki anlamında o ülkede yerleşim yerine veya mutad meskene sahip olmadığını söylemek, davanın özelliklerine göre, davacıya ülke mahkemelerinin kapısını kapatmak anlamına gelmeyecek midir? O kadar ki, bir hukuk alanının alt dalına ait olan bir kavramın, mahkemelerce aynı hukuk alanının söz konusu kavrama yabancı bir diğer bir alt dalında kullanılması söz konusu olabilir. Örneğin, 2675 sayılı MÖHUK'ta sözleşmelere uygulanacak hukuku gösteren ve esasen milletlerarası yetki hukukuna yabancı olan *“karakteristik edimin ifa yeri”* bağlama noktasının mahkemelerce yorum yoluyla milletlerarası yetkinin tayininde de kullanılması, sözleşmenin herhangi bir tarafının Türk mahkemelerine başvurma imkanını daraltıcı mahiyet arz etmemekte midir?

İşte, mahkemelerin yer itibariyle/milletlerarası yetkiye sahip olup olmadığının belirlenmesinde, söz konusu bağlama noktasının milletlerarası yetki bağlamında ne anlam ifade ettiği, içeriğinin ve kapsamının ne şekilde tespit edileceği büyük önem arz etmektedir. Zira yetki/yetkisizlik kararı, büyük ölçüde mahkemenin yapacağı yoruma bağlı olacaktır. Bu nedenle, ulusal mahkemelerin yetkili olup olmadığına karar verirken, ilgili bağlama noktalarını veya yetkinin tesisi için aranan bazı koşulları yorumlayış tarzı belirleyici olacaktır. Yalnız bu noktada, yorumlayış tarzı ifadesiyle ulusal mahkemelerin ilgili bağlama noktasını yanlış veya doğru bir şekilde değerlendirmesi veya tespit etmesi değil, davacının ülke mahkemelerine erişimini engelleyecek derecede daraltıcı bir şekilde yorumlayıp yorumlamadığı ifade edilmek istenmiştir. Zira, özellikle Türk hukukunda yer alan ve aşağıda ayrıca inceleyeceğimiz bazı yetki kuralları göstermektedir ki, bir yetki kuralının doğru ve eksiksiz bir şekilde uygulanması dahi, hal ve şartlara göre, davalının menfaatlerine kıyasla davacıya aşırı ve ölçüsüz bir külfet yüklenmesi sonucuna yol açabilir.

Bununla birlikte, tespit edebildiğimiz kadarıyla mahkemeye erişim hakkına bu şekilde bir müdahalenin henüz AİHM nezdinde herhangi bir şikâyetle konu olmadığını belirtmek gerekir. Zaten, milletlerarası yetki kurallarında yer alan bağlama noktalarının veya bazı şartların yorumlanması suretiyle yetkisizlik kararı verilmesinin AİHS m.6/1'e uygunluğunun gerek literatürde gerekse uygulamada hemen hemen hiç tartışılmadığı görülmektedir. Sadece *Mark v. Mark* davasında⁴⁵⁶, bir milletlerarası yetki kuralında yer alan bir bağlama noktasının yorumlanması suretiyle davacının boşanma davası açma hakkından mahrum bırakılmasının AİHS m.6/1'i ihlal edip etmeyeceği, İngiliz mahkemeleri tarafından tartışılmıştır.

Söz konusu davada, boşanmaya ilişkin yetki kuralına göre⁴⁵⁷ İngiliz mahkemelerinin Nijerya vatandaşı kadının kendisini terk eden Nijerya vatandaşı kocasına karşı açmış olduğu davayı görebilmesi için ya davanın açıldığı tarihten önce bir yıldan beri İngiltere'de veya Galler'de mutaden oturuyor olması veya ikametgâha sahip olması gerekmektedir. İlk derece mahkemesi, davacının İngiltere'de yasal ikamet

⁴⁵⁶ *Mark v. Mark*, (2005) Fam 267, (2004) EWCA Civ 168. Kararın İngilizce metni için bkz.: (Çevrimiçi), <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/168.html>, 16 Haziran 2017.

⁴⁵⁷ Bkz.: Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973, section 5(2).

süresinin dolduğu ve hukuka aykırı olarak bulunduğu gerekçesiyle İngiltere’de mutad meskene sahip olmadığını kabul ederek davayı reddetmiştir. Böyle bir kararın kadının boşanma davası açma hakkından mahrum kalmasına neden olacağı, bu nedenle AİHS m.6/1’e aykırı olduğu gerekçesiyle temyiz edilmiştir⁴⁵⁸.

Buradaki temel problem esasen, milletlerarası yetki kuralında yer alan yetki esasının/bağlama noktasının (mutad mesken) kendisinden ziyade, sadece Birleşik Krallık’ta yasal olarak bulunan bir kişinin burada mutaden oturuyor olarak kabul edilebileceğini öngören kamu düzenine ilişkin genel bir kuraldan⁴⁵⁹ kaynaklanmaktadır. Esasen göç kanunlarının uygulanmasıyla ilgili bir karara dayanan bu kurala göre, bir kişinin mutad meskeninden söz edebilmek için o kişinin ülkede hukuka uygun bir şekilde mutaden oturuyor olması gerekmektedir⁴⁶⁰.

İngiliz Temyiz Mahkemesi de, AİHM’nin *Airey v. İrlanda* kararına atıf yaparak, (mevcut davada böyle bir durum olduğunu belirtmeksizin) ülke mahkemelerine erişimin engellenmesinin AİHS m.6/1’i ihlal edebileceğini belirtmiş, ardından devletin İngiliz mahkemelerine erişim konusunda milletlerarası yetkiye ilişkin yasal koşullar ve sınırlamalar getirebileceğini kabul etmiştir⁴⁶¹. Ardından, davanın koşullarına göre böyle bir kuralın mutlak bir şekilde uygulanmasının davacı kadının en yakın bağlantıya sahip olduğu mahkemesine erişimi engelleyeceğini⁴⁶², bu zamana kadar cereyan eden tüm yargılamaları sona erdiren bu tür geniş kapsamlı bir kuralın AİHS m.6/1’i ihlal etme riski taşıdığını⁴⁶³ belirtmiştir. Zira davacı kadın kocası tarafından dava açmak üzere İngiltere’ye davet edilmiş ve koca, yapılan yargılamada aynı zamanda mahkemenin yetkisini de kabul etmiştir. Ayrıca davacı kadın, İngiltere’ye hukuka aykırı yollardan girmiş olmayıp ikamet izninin süresi dolmasına rağmen hukuka aykırı olarak bulunmasında kocasının da katkısı bulunmaktadır. İngiliz Temyiz mahkemesinin kararını etkileyen hususlardan bir diğeri de, İngiliz mahkemelerine alternatif olan Nijerya mahkemelerinin boşanma davalarında tedbir niteliğindeki karar verme

⁴⁵⁸ Mark v. Mark, para.22-25.

⁴⁵⁹ R v Barnet London Borough Council, ex p Nilish Shah, (1983) 2 AC 309.

⁴⁶⁰ Bkz.: Mark v. Mark, para.27.

⁴⁶¹ Mark v. Mark, para.40.

⁴⁶² Mark v. Mark, para. 40.

⁴⁶³ Mark v. Mark, para.71.

yetkisine sahip olmaması ve kadının ekonomik bağımsızlığını güvence altına almada yetersiz olmasıdır. Sonuç olarak, bu şartlar altında bir kişinin ikamet süresi dolmasına rağmen hukuka aykırı olarak ikamet etmesinin milletlerarası yetkinin tesisi bakımından mutad mesken olarak nitelendirilemeyeceği şeklindeki kararın AİHS m.6/1’le bağdaşmadığına hükmetmiştir⁴⁶⁴.

Görüldüğü üzere, bir mahkemenin milletlerarası yetkisini tesis eden bağlama noktalarının mevcut olup olmadığına ilişkin yorum ve değerlendirmeler, söz konusu bağlama noktasının anlamı ve kapsamı kullanıldığı alana göre farklılık arz edebildiğinden, haliyle davacının dava açabilme imkânını etkileyebilmektedir. Eğer İngiliz mahkemeleri, milletlerarası yetkinin tesisinde kullanılan mutad mesken/mutaden oturma kavramını, İngiliz göç hukukunda öngörülen anlamda kabul etmiş olsaydı, davacı kadın davanın açıldığı tarih itibarıyla ülkede yasal olarak bulunmadığından yetkisizlik kararı verecekti. Yürütülmekte olan yargılamanın davacı kadın bakımından arz ettiği önem ve davanın özellikleri dikkate alındığında, söz konusu kavramın milletlerarası yetki alanında da aynı şekilde yorumlanması, davacının mahkemeye erişim hakkının davanın hal ve şartlarına göre ölçüsüz bir şekilde sınırlanması anlamına gelmektedir. Hatta, böyle bir yorum tarzı, sadece ülkede uzun süredir yaşamakta olup davanın açıldığı an itibarıyla ikamet izni olmayan veya iznini yenilemeyen kişilerin boşanma davası açabilmelerini engelleyecektir. Bu bakımdan, bir bağlama noktası farklı hukuk alanlarında farklı anlamlar ihtiva edebileceğinden, milletlerarası yetkinin tesisinde kullanıldığında, daraltıcı bir şekilde değil, bireylerin ülke mahkemelerine erişimini mümkün kılacak esneklikte kullanılması mahkemeye erişim hakkının amacına daha uygun olacaktır.

⁴⁶⁴ Mark v. Mark, para.37-41, 54. Söz konusu karar Lordlar Kamarasınca, insan hakları mülahazalarından farklı bir gerekçeyle onaylanmıştır. Lordlar Kamarasına göre, mutad mesken kavramı farklı kanunların uygulanması kapsamında farklı anlamlara gelebilir. Dolayısıyla, boşanma davalarında milletlerarası yetkinin tesisi için gerekli olan mutad meskenin varlığı için, İngiltere’deki ikametinin hukuka uygun olması gerekmemektedir. Bkz.: Mark v. Mark, (2005) UKHL 42, (2006) 1 AC 98, para.36. Karar için bkz.: (Çevrimiçi), <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2005/42.html>, 16 Haziran 2017. Bununla beraber özellikle İngiliz mahkemesinin davanın koşullarına göre “uygun forum” olarak nitelendirilmiş olması ve davacı kadının alternatif mahkemede (Nijerya) ekonomik olarak korunamayacak oluşunun böyle bir kararda etkili olduğunu belirtmek gerekir. Ki bunun etkisi söz konusu kararı onayan Lordlar Kamarası kararından da anlaşılmaktadır. Bkz.: Mark v. Mark, (2005) UKHL 42, (2006) 1 AC 98, para.34-36.

Milletlerarası yetkinin tesisinde kullanılan bir bağlama noktasının yorumlanmasının bireylerin ülke mahkemelerine erişimini sınırlayıcı/daraltıcı bir rol üstlendiği hallere örnek olarak, sözleşmenin ifa yeri mahkemelerine yetki tanıyan HMK m.10 hükmünü bireylerin ülke mahkemelerine erişimini daraltıcı bir şekilde yorumlayan Yargıtay kararları verilebilir. HMK m.10 hükmü, MÖHUK m.40 atfı gereği yabancı unsurlu sözleşmelerden doğan davaların, sözleşmenin Türkiye’de ifa edileceği yer mahkemesinde de görülebileceğini öngörmektedir. Sözleşmenin ifa yeri bir bağlama noktası olduğundan ve bağlama noktalarının anlamı ve içeriği, *lex fori*’ye göre vasıflandırıldığından, yabancı unsurlu bir sözleşmeye bakan bir Türk mahkemesi, “ifa yeri” kavramının ne anlama geldiğini, dolayısıyla yetkili olup olmadığını esasen Türk hukukuna göre belirleyecektir⁴⁶⁵. Esasen, HMK m.10 hükmü, yetkinin tesisi bakımından, tarafların edimi arasında herhangi bir ayrıma gitmemiş, taraflardan birinin edimini ifa yerinin Türkiye’de bulunmasını yeterli saymıştır. Bu bakımdan, yabancı unsurlu davalarda tarafların edimlerinden birinin ifa yerinin Türkiye’de olması halinde, tek başına bu irtibatın varlığı o yerdeki Türk mahkemesinin yetkisinin doğumu için yeterlidir⁴⁶⁶.

Bununla birlikte, bu tür ihtilaflarda ifa yerinin tarafların edimlerinden hangisine göre belirleneceği veya “*dava konusu edilen edimin ifa yeri*”ne göre mi yoksa “*taraf edimlerinden herhangi birinin ifa yeri*”ne göre mi belirleneceği konusunda Yargıtayın farklı kararları bulunmaktadır⁴⁶⁷. Aslında yerel karakterli olan bu davalar bakımından her halde yetkili bir Türk mahkemesi mevcut olacağından, davacı tarafın ülke mahkemelerine erişimi bakımından herhangi bir problemle karşılaşmayacağını söylemek mümkündür. Yine, her iki edimin de Türkiye’de herhangi bir yerde ifa edileceğinin kararlaştırıldığı hallerde, milletlerarası yetki anlamında problem yaşanmayacağını söylemek mümkündür. Bununla beraber, yerel karakterli davalarda yetkili mahkemenin tespiti için kullanılan “*dava konusu edimin ifa yeri*” kriterinin yabancı unsurlu davalarda da aynen aranması, yer itibariyle yetkili başka bir Türk

⁴⁶⁵ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.559; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.381. Aksi yönde bkz.: Nomer, **DHH**, s.467.

⁴⁶⁶ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.381.

⁴⁶⁷ Söz konusu kararlar için bkz.: Kuru, **C.1**, s.435 vd; Mine Akkan, **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, 15. Bası, İstanbul 2017, s.282 vd.; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.384.

mahkemesinin bulunmadığı hallerde davacıya ülke mahkemelerine erişim imkânını ortadan kaldıracak niteliktedir. Şöyle ki, Türkiye’de açılan bir davada, dava konusu edilen edimin ifa yerinin Türkiye dışında olduğunu tespit eden mahkeme, kendisinin dava konusu edilmeyen edimin ifa yeri mahkemesi olduğundan bahisle yer itibariyle yetkili olmadığına karar verecektir. Böylece, diğer ifa yerinin bulunduğu ve belki de dava bakımından kendi hukukuna göre yetkili olmayan yabancı mahkeme lehine yargı yetkisinden feragat etmiş olacaktır⁴⁶⁸.

Yine, Yargıtay’ın yakın tarihli bazı kararlarında, milletlerarası karakterli sözleşmelerden doğan davalarda HMK m.10 uyarınca yetkili bir Türk mahkemesinin var olup olmadığını tespit ederken, “*karakteristik edimin ifa yeri*” kavramından hareket etmesi de benzer sonuca yol açabilecektir⁴⁶⁹. Söz konusu kararlardan çıkan sonuç, yabancı unsurlu karşılıklı (sinallagmatik) sözleşmelerden doğan davalarda, karakteristik edimin ifa yeri Türkiye’de ise, bu yer mahkemeleri yer itibariyle ve milletlerarası yetkiye sahip olacak, karakteristik edimin ifa yeri Türkiye’de değilse HMK m.10 hükmüne istinaden bir yetki tesisi mümkün olmayacaktır. Esasen, karakteristik edim borçlusunun ifa yerinin Türkiye olduğu hallerde, dava konusu talebinin hangi edime ilişkin olduğunun veya herhangi bir edime ilişkin olup olmamasının, milletlerarası yetkinin tesisi bakımından herhangi bir sorun arz etmediği söylenebilir. Nitekim Yargıtay’ın hizmet ve tek satıcılık sözleşmelerinden kaynaklanan ve alacak ve tazminata ilişkin parasal talepler ihtiva eden yukarıdaki iki farklı davada, davalıların yerleşim yeri yabancı ülkede olmasına rağmen, karakteristik edimin ifa yeri

⁴⁶⁸ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.384.

⁴⁶⁹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.2014/2059, K.2015/712 ve 20.1.2015 tarihli kararında, tek satıcı Türk şirketi ile tedarikçi Fransız şirketi arasında tek satıcılık sözleşmesinin fesih bildiriminin geçersizliği, haksız rekabetin tespiti ve men’i ile maddi ve manevi tazminat taleplerinin tahsili amacıyla davacı Türk şirketçe açılan davada, yerel mahkeme davalı Fransız şirketin ikametgâhının yabancı ülkede olduğu ve HMK m.10’daki şartların Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi yönünden mevcut olmadığı gerekçesiyle yetkisizlik kararı vermiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ise, MÖHUK m.40’ın atfı gereğince, fesh edilmiş sözleşmeye dayalı olarak dahi HMK m.10 hükmüne istinaden dava açılabileceğini ve sözleşmedeki karakteristik edimin ifa yerinin Antalya olduğunu, haksız fiilin bir türü olan haksız rekabet olgusunun ve zararın Antalya’da gerçekleştiğini belirterek kararı bozmuştur. Aynı daire, E.2015/7486, K.2016/1775 ve 22.2.2016 tarihli kararında, hizmet sözleşmesinden kaynaklanan alacağın tahsili talebiyle ikametgâhı ABD’de bulunan ABD şirketine karşı açılan davada yerel mahkemenin davalının yerleşim yeri Türkiye’de bulunmadığından yetkisizlik kararı vermesi üzerine, HMK m.10 hükmü uyarınca dava konusu sözleşmedeki karakteristik edimin ifa yerinin İstanbul olduğunu belirterek yerel mahkeme kararını bozmuştur. Söz konusu kararlar için bkz.: Çevrimiçi, emsal.yargitay.gov.tr, 22 Ocak 2018).

Türkiye’de olduğundan herhangi bir problem ortaya çıkmamıştır. Bununla beraber, karakteristik edimin ifa yerinin Türkiye dışında olduğu ve yer itibariyle yetkili başka bir Türk mahkemesinin de olmadığı hallerde, HMK m.10 hükmünün açık lafzına rağmen, salt diğer edim karakteristik edim olmadığı gerekçesiyle sözleşmeden kaynaklanan herhangi bir dava Türkiye’de görülemeyecektir. Diğer bir ifadeyle, salt karakteristik edim yabancı ülkede ifa edildiğinden, diğer edimin ifa edilmediği veya geç ifa edildiği gerekçesiyle bir alacak davası ya da sözleşmenin geçersizliği veya cezai şartın iptali veya tenkisi davası açılmayacaktır.

Kanun koyucu, HMK m.10 hükmü tanzim edilirken sözleşmenin taraflarının edimleri arasında herhangi bir ayırım yapmamış, böylece ülkenin farklı yerlerinde ifa edilen edimlerin her birine eşit şekilde yaklaşarak, bu edimlerin her birinin müstakilen yetki tesis edeceğini kabul etmiştir⁴⁷⁰. Kanun koyucunun bu iradesini dava konusu edimle veya karakteristik edimle sınırlandırarak yabancı unsurlu davalarda bireylerin başvurabilecekleri yetkili mahkemelerin sayısını azaltmak, aynı zamanda Türk mahkemelerine erişim ihtimalini de azaltmak veya duruma göre ortadan kaldırmak anlamına gelecektir. Örneğin, yabancı ülkede bir eser yapmayı üstlenen Türkiye’de mukim bir müteahhitlik şirketinin, sözleşmenin geçersizliği veya cezai şartın tenkisi nedeniyle yabancı iş sahibine karşı dava açması icap ettiğinde, karakteristik edim Türkiye’de ifa edilmediğinden veya dava konusu edim söz konusu olmadığından dava açılmayacaktır. Daha da ilginç, yabancı unsurlu sözleşmelerden doğan davalarda yetkili mahkemenin karakteristik edimin ifa yerine göre tespit edileceğine ilişkin Yargıtay’ın söz konusu içtihatlarının takip edilmesi, müteahhidin iş sahibine karşı para borcunun ödeneceği yer olan Türkiye’deki ifa yeri mahkemesinde açacağı muhtemel bir davanın yetkisizlik gerekçesiyle reddedilmesi sonucunu doğuracaktır.

Bu bakımdan Yargıtay’ın özellikle karakteristik edime ilişkin mevcut içtihadında ısrar etmesi halinde, yabancı unsurlu sözleşmeden doğan herhangi bir davada diğer yetki kurallarına göre yetkisiz olan Türk mahkemeleri, dava konusu edimin veya karakteristik edimin ifa yerinin yabancı bir ülke olduğu, dolayısıyla davacının yabancı mahkemede dava açabileceği gerekçesiyle yetkisizlik kararı verecektir. Bunun ne tür

⁴⁷⁰ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.386.

sonuçlar doğurabileceğine ise, yukarıda *Arlewin v. İsveç* kararını analiz ederken değinmiştik. Dolayısıyla “sözleşmenin ifa yeri” bağlama noktasının, HMK m.10’nın açık ifadesine rağmen, milletlerarası yetkinin tesisi bakımından sadece “*dava konusu edimin ifa yeri*” veya “*karakteristik edimin ifa yeri*”ni ihtiva eder şekilde yorumlanması, bir taraftan davacının başvurabileceği yetkili mahkemelerin sayısını azaltmak diğer taraftan duruma göre Türk mahkemelerine erişimi kısıtlamak anlamına gelecektir. Bu nedenle, sözleşmeden kaynaklanan farklı edimler arasında herhangi ayırım gözetmeyen HMK m.10 hükmünün –kanun koyucunun iradesine aykırı olarak- bu şekilde yorumlanması, milletlerarası yetkinin tesisini zorlaştırmaktan başka bir sonuca yol açmamaktadır. Ezcümle, böyle bir yorum tarzı, kanun koyucunun bahşetmiş olduğu imkândan davacının yararlanamamasına ve devletin AİHS m.6/1’den sorumluluğuna yol açabilecektir. Bu nedenle, aynı zamanda yabancı unsurlu sözleşmelerden doğan davalarda Türk mahkemelerinin yetkisini tesis etme fonksiyonu ifa eden HMK m.10 hükmünün, bu tür davaların milletlerarası karakteri dikkate alınarak, milletlerarası yetkinin tesis edilmesini sağlayacak şekilde uygulanması gerekmektedir⁴⁷¹.

Milletlerarası yetki kuralında yer alan bağlama noktalarının ulusal mahkemeler tarafından anlamı ve içeriğinin yorumlanması ve buna bağlı olarak mevcut olmadığının tespit edilmesi, makul/öngörülebilir, ölçölü ve keyfilikten uzak olduğu müddetçe AİHS m.6/1’e uygun olarak nitelendirilecektir. Bununla beraber, bazı yetki kuralları kanun koyucu tarafından, uyuşmazlığın milletlerarası unsurlar ihtiva edebileceği ihtimali

⁴⁷¹ Esasen böyle bir durum, kanunlar ihtilafı hukukunda uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan kimi bağlama noktalarının neden milletlerarası usul hukukunda, hususen milletlerarası yetkinin tayininde kullanılamayacağını veya kullanılmasının her zaman yerinde olmayacağını ortaya koymaktadır. “*Karakteristik edim*” ve “*karakteristik edimin ifa yeri*” kavramları, esasen kanunlar ihtilafı hukukunda kullanılan kavramlar olup, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun tespit edilerek davaya tatbik edilmesini sağlamak gayesiyle tanzim edilen kanunlar ihtilafı kurallarında kullanılagelmıştır (2675 sayılı MÖHUK m.24). Kanunlar ihtilafı hukukunda, bu kavrama yer verilmesinin temel sebebi, sözleşmeye uygulanacak olan tek bir hukuk nizamını tayin etmektir. Dolayısıyla, karakteristik edim sözleşmenin hangi tarafının edimi olursa olsun, yabancı unsurlu sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk, bir şekilde tespit edileceğinden herhangi bir olumsuz sonuca yol açmayacaktır. Bununla beraber, sözleşmenin ifa yerinin karakteristik edime göre belirlenmesi, karakteristik ediminin Türkiye’de ifa edilmemesi halinde yetkili bir mahkemenin yokluğu sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle, karakteristik ediminin ifa yeri kavramını Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesisinde kullanmak, karşılıklı edimlerden birinin ifa yeri Türkiye olmasına, hatta bunun taraflarca öngörülebilir olmasına rağmen, ülkeyle en az karakteristik edimin ifa yeri ülkesi kadar irtibatı olan sözleşmeden doğan uyuşmazlık bakımından sahip olunan yargı yetkisini kullanmamak anlamına gelecektir.

dikkate alınmaksızın, oldukça katı bir şekilde tanzim edilmiş olabilir. O kadar ki, milletlerarası karakterli davalarda uygulama alanı bulan bir yetki kuralının tatbiki için aranan bazı koşul ve sınırlamalar doğru ve eksiksiz bir şekilde uygulanmış olsa da, uyuşmazlığın niteliğine ve davanın koşullarına bağlı olarak bireylerin ülke mahkemelerine erişiminin gereksiz yere engellenmesi sonucunu doğurabilir. Haliyle, burada ihlale yol açabilecek husus, ilgili milletlerarası yetki kuralında yer alan bağlama noktasının anlamı ve içeriğinin yanlış veya eksik yorumlanması veya mevcut olup olmadığının yanlış tespitinden ziyade, davacının mahkemeye erişim hakkını ihlal etme potansiyeline sahip olacak şekilde tanzim edilmesinden kaynaklanmaktadır.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, milletlerarası yetki kurallarının milletlerarası karakterli uyuşmazlıklarda bireylerin ülke mahkemelerine erişimini mümkün kılacak esneklik ve genişlikte olması gerekmektedir. Dolayısıyla, yetki kurallarının bireylerin ülke mahkemelerine erişim hakkını özünden zedeleyecek kadar aşırı katı bir şekilde düzenlenmemesi ve/veya uygulanmaması gerekmektedir. Böyle bir durum sadece bir milletlerarası yetki kuralının mahkemelerce yanlış bir şekilde uygulanmasıyla değil, kanun koyucu tarafından tanzim edilen bir yetki kuralının mahkemeler tarafından doğru ve eksiksiz bir şekilde -ve belki de kanunun lafzına harfiyen uyulmak suretiyle- uygulanmasıyla da ortaya çıkabilir. Buna örnek olarak Türk hukukunda yer alan ve esasen yerel karakterli davalarda mahkemelerin yer itibarıyla yetkisini belirlemek üzere getirilen bazı yetki kuralları gösterilebilir.

Örneğin, malvarlığı haklarına ilişkin yabancı unsurlu davalarda MÖHUK m.40'ın atfı gereği Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tayin eden HMK m.9 hükmünün tatbiki, bazı şartlar altında alacaklıların Türkiye'de malvarlığına sahip borçlulara karşı dava açmalarını imkânsız hale getirebilir. Söz konusu hükme göre, Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlar aleyhine açılacak olan malvarlığı haklarına ilişkin davalar, bu kişilerin mutad meskenlerinin bulunduğu yer mahkemesinde açılabileceği gibi, diğer özel yetki kurallarına istinaden yetkili olan diğer mahkemelerde veya uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yer mahkemesinde açılabilir. Dolayısıyla, sadece Türkiye'de konusu para veya parayla ölçülebilen çeşitli malvarlığı değerlerine sahip olan, bunun dışında ülkeyle hiçbir irtibatı olmayan, bu nedenle diğer

genel ve özel yetki kurallarına göre de kendilerine karşı dava açılabilir yetkili bir Türk mahkemesi bulunmayan borçlulara karşı bir alacak davası sadece “*uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yer*” mahkemesinde görülebilecektir. Aksi takdirde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi doğmayacak ve davalının ülkede davacının alacağını karşılamaya yetecek kadar mal ve alacakları bulunmasına rağmen, salt bu mal ve alacak dava konusu uyuşmazlıkla ilgili olmadığı gerekçesiyle davalıya karşı Türk mahkemesinde dava açılmayacaktır⁴⁷². Dolayısıyla, malvarlığı haklarına ilişkin davalarda mahkemelerin milletlerarası yetkisinin sadece uyuşmazlık konusu mallarla ilgili olma şartına bağlanması, özellikle yabancı unsurlu borç ilişkilerinden doğan alacak davalarında yabancı veya vatandaşların ülkede malvarlığı bulunan borçlulara karşı dava açma ve böylece alacağını elde edebilme imkanından mahrum kalmasına neden olabilecektir. Hiç şüphesiz, böyle bir durumda davalının ikamet ettiği, mutad meskene sahip olduğu veya davacının alacağının önemsiz bir kısmını karşılamaya yetecek malvarlığına sahip olduğu diğer ülkelerdeki (alternatif) mahkemelerde dava açma imkânına sahip olduğu ileri sürülebilir. Ancak davacı yabancı ülkede davalıya karşı bir ilam elde edebilirse de, bu karara istinaden davalının Türkiye’de bulunan malvarlığı üzerinden alacağını elde edebilmesi için sonucu önceden belli olmayan ve hukuki ve fiili güçlüklerle karşılaşabileceği bir tenfiz davası açmak zorunda kalabilecektir. Ayrıca, böyle bir dava açılabilirse bile, söz konusu kararın tenfiz edilmeyebileceği de göz ardı edilmemelidir⁴⁷³. Dolayısıyla, böyle bir yetki kuralının tatbiki, ülkede dava açma ve alacağını elde etme imkânından mahrum kalan davacıyı gereksiz yere başka bir ülke mahkemesinde dava açmaya zorlamak anlamına gelebilir.

Bu bakımdan, mülga HUMK m.16 hükmü yerine ikame edilen HMK m.9’da mal ve alacak davaları bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin sadece “*uyuşmazlık konusu malvarlığının Türkiye’de bulunması*”na bağlanmasıyla vatandaş veya yabancıların Türkiye’de malları bulunan borçlulara karşı yetkili bir mahkeme bulma imkanı oldukça kısıtlanmıştır. HMK m.9’un gerekçesinden anlaşıldığı kadarıyla, böyle bir kısıtlamanın arka planında salt davalının uyuşmazlık konusu olmayan malvarlığına bağlı olarak (HUMK m.16) yetki kazanan Türk mahkemesinin vermiş

⁴⁷² Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.334.

⁴⁷³ Nomer, **DHH**, s.466.

olduğu kararın yabancı ülkelerde tanınması ve tenfizi taleplerinin aşırı yetki gerekçesiyle reddedilmesini engellemek yatmaktadır. Bununla beraber, yabancı ülke mahkemelerinin Türk mahkemelerince verilen kararları tenfiz etmeyeceği endişesiyle böyle bir (milletlerarası) yetki kuralının tanzim edilmesinin yerindeliği bir yana⁴⁷⁴, mal ve alacak davalarında davalının malvarlığına bağlı olarak yetki tesisinin amacının, davanın yargılama sonunda verilen kararın icra edilebileceği bir yerde açılmasını sağlamak olduğu da göz ardı edilmemelidir⁴⁷⁵. Zira ancak bu sayede gerek yerel gerekse milletlerarası karakterli alacak davalarında borçlunun malvarlığına el atılmak suretiyle alacağın elde edilmesi söz konusu olabilecektir. Ayrıca, bir ülkede malvarlığı edinen kişilerin o ülkenin yargı yetkisiyle de ilişki içine girdiği unutulmamalıdır⁴⁷⁶. Bu nedenle, davalının malvarlığına bağlı olarak yetki tesisini tek başına bir aşırı yetki hali olarak kabul ederek Türk mahkemelerinin yetkisini ve muhtemel alacaklıların dava açma haklarını otomatikman kısıtlamak yerine, davalının ülkede bulunan malvarlığının değeri üzerinden bir sınır çizilmesi ve davada talep edilen değer ile yetki tesisinin kaynağını oluşturan malvarlığının değeri arasında makul bir orantının, diğer bir ifadeyle malvarlığının değerinin az veya çok davacıyı tatmin etmeye yetecek miktarda olması şeklinde bir koşulun aranması daha uygun olurdu⁴⁷⁷. Böylece, hem aşırı yetkiye ilişkin eleştirilerin önüne geçilmiş hem gereksiz yere başka ülke mahkemelerinde dava açma zorunluğu ortadan kaldırarak alacaklıların hukuki korunma ihtiyacı karşılanmış hem de davanın açıldığı Türk mahkemesine kendi yetkisi hakkında davanın hal ve şartlarına göre bir değerlendirme yapma imkânı sağlanmış olurdu. Bu bakımdan HMK m.9

⁴⁷⁴ Doktrinde, salt bir Türk mahkemesinin vereceği kararın yabancı mahkeme tarafından “aşırı yetki” gerekçesiyle tanınmayacağı veya tenfiz edilmeyeceği endişesiyle Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tanzim edilmesinin yerinde olmadığı belirtilmektedir. Buna göre, Türk milletlerarası yetki kuralları tanzim edilirken, bu kurallara istinaden yetki kazanacak olan Türk mahkemelerinin verecekleri kararların ileride yabancı mahkemelerce tenfiz edilip edilmeyeceği meselesinin bir kıstas olarak göz önüne alınamayacağı, zira her devlet gibi Türk devletinin de, mahkemelerinin milletlerarası yetkisini ülkesi üzerinde sahip olduğu münhasır egemenlik hakkına dayanarak tesis ettiği belirtilmektedir. Bkz.: Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.527-528.

⁴⁷⁵ Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.58; Dardağan, **a.g.e.**, s.179; Aguirre, **a.g.m.**, s.352; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s.268.

⁴⁷⁶ Nomer, **DHH**, s.466.

⁴⁷⁷ Bkz.: Nomer, **DHH**, s.466; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s.268; Huysal, **Tespitler**, s.89-90; Süral, **HMK**, s.176 Avusturya hukukunda da bu görüşe benzer bir şekilde “malvarlığının değerinin dava konusunun değerinden ölçüsüz bir şekilde az olamayacağı” belirtilmektedir. Bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.60, dn.129. Buna göre, davalının malvarlığının değeri üzerinde durulmayacak kadar az ise veya dava masraflarını karşılayamama bile yetmeyecekse milletlerarası yetki doğmayacaktır. Buna mukabil, alacağın belirli bir kısmını veya önemli bir kısmını karşılayabilecek bir malvarlığının milletlerarası yetkinin doğumu için yeterli olabileceği söylenebilir.

hükmüyle, mal ve alacak davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin sadece uyuşmazlık konusu malvarlığının Türkiye’de bulunmasına bağlı olarak sınırlandırılması, yukarıda belirttiğimiz durumda bulunan borçluların Türkiye’de dava edilebilmesinin önünü kesecektir. Her ne kadar devletler bu tür yetki düzenlemeleri yapma konusunda serbestiye sahip olsalar da, bu serbestinin sınırını bireylerin temel haklarının çizdiği göz önüne alındığında, söz konusu yetki düzenlemesinin yukarıdaki koşullar altında tatbiki, devletin yargı alanına giren alacaklıların hak arama özgürlüklerinin gereksiz yere engellenmesi anlamına gelebilir. Uygulamada nadiren karşılaşılabilecek bir durum olsa da, söz konusu yetki kuralının tatbik edilmesi, alacaklıların Türk mahkemelerine erişimini ölçsüz bir şekilde sınırlandırabilir.

Benzer bir durum, yabancı unsurlu bazı özel hukuk uyuşmazlıklarında Türk mahkemelerinden talep edilecek ihtiyati tedbir kararları bakımından da söz konusu olabilir. HMK m.390 uyarınca ihtiyati tedbir, dava açılmadan önce esas hakkında görevli ve yetkili mahkemeden, dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilecektir. Bu kural, yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarında ihtiyati tedbir talepleri bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tayin etmektedir (MÖHUK m.40). Dolayısıyla, MÖHUK ve bu kanunun atıf yaptığı HMK ve diğer kanunlar uyarınca uyuşmazlığın esası hakkında yetkili bir Türk mahkemesinin varlığı halinde ihtiyati tedbir kararı alınabilecek, aksi takdirde böyle bir karar alınamayacaktır. Bunun doğal sonucu olarak, yabancı unsurlu bir davanın görülebilmesi için yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmadığı hallerde veya taraflarca yetki anlaşmasıyla yabancı bir devlet mahkemesinin veya tahkim anlaşmasıyla yabancı bir ülkede bir tahkim mahkemesinin yetkili kılındığı durumlarda, “*esas hakkında yetkili*” veya “*asıl davanın görüldüğü*” bir Türk mahkemesi bulunmayacağından HMK m.390 hükmüne istinaden ihtiyati tedbir kararı elde etmek mümkün olmayacaktır. Çünkü yetki veya tahkim anlaşmaları, Türk hukukunda aranan şartları taşımak kaydıyla kanunen yetkili olan Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini ortadan kaldırmaktadır⁴⁷⁸. Diğer taraftan, ihtiyati tedbir kararları geçici nitelikte kararlardan olduğundan yabancı bir mahkemenin veya hakem heyetinin vermiş

⁴⁷⁸ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.594; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.422; Nomer, **DHH**, s.486; Şanlı, **Ticari Akitler**, s.105.

olduğu davalının Türkiye’de bulunan mal ve alacaklarına yönelik tedbir kararının MÖHU,K m.50 ve m.60 uyarınca tenfiz edilmesi, dolayısıyla Türkiye’de hukuki bir etkiye sahip olması mümkün olmayacaktır. Yabancı ülkede cereyan eden davalar sonucu verilen nihai kararın ileride tenfiz edilmesi mümkün olsa dahi, bu aşamaya kadar borçlunun sahip olduğu mal ve alacakları elinden çıkarması söz konusu olabilir. Böyle bir durumda, yabancı bir ülke mahkemesini veya yabancı ülkede tahkim mahkemesini yetkili kılan tarafların Türk hukukunda ihtiyati tedbir kurumunun sağlamış olduğu hukuki korumadan yararlanamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Oysa, ihtiyati tedbir kararları esas hakkında dava açılmadan önce veya dava sırasında ülkede bulunan dava konusu malların veya davalıya ait mal ve alacakların geçici olarak muhafaza altına alınarak davacıların uğraması muhtemel zararlarının önlenmesi amacıyla verilmektedir ve ancak bu sayede, davalıların yargılamanın sonuçsuz kalmasına neden olacak davranışlarda bulunması engellenmekte ve açılan davanın amacına ulaşması sağlanabilmektedir⁴⁷⁹. Milletlerarası karakterli pek çok uyuşmazlıkta yetkili mahkemelerin bulunduğu yer ile dava konusu malların veya davalının mal ve alacaklarının bulunduğu yer farklı ülkelerde olabilir ve esas hakkında yetkili olmayan Türk mahkemelerinden bir tedbir kararı elde edilmesi ihtiyacı ortaya çıkabilir. Bu bakımdan, HMK’da düzenlenen ihtiyati tedbir müessesesinin milletlerarası karakterli davalarda da aynı fonksiyonu ifa ettiği göz önüne alındığında⁴⁸⁰, dava konusu mallar veya davalının malvarlığı ülkede bulunsa dahi yabancı mahkemelerde veya yabancı ülkedeki tahkim mahkemelerinde cereyan eden yargılamalar lehine bir tedbir kararı almak mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, hukuk sisteminin vermiş olduğu bir yetkiyi kullanarak esas bakımından yabancı bir mahkemenin veya tahkim mahkemesinin yetkisini kabul eden veya Türk milletlerarası yetki kurallarına göre yetkili bir mahkeme bulunmadığından başka bir ülkede dava açmak durumunda kalan yabancı veya vatandaşların ihtiyati tedbir müessesesinin sağlamış olduğu korumadan yararlanması da mümkün olmayacaktır⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.564.

⁴⁸⁰ HMK hükümlerine istinaden Türk mahkemelerince verilecek ihtiyati tedbir kararları bakımından yabancı unsurlu davalarla yerel karakterli davalar arasında amaç itibarıyla herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Bkz.: Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.564; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.484.

⁴⁸¹ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.493; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.564.

Şüphesiz ki, bireylerin yabancı ülkedeki yargılamalar sonucunda elde edilecek nihai koruma temin edilene kadar geçici koruma talebinde bulunma imkanından mahrum bırakılmalarını kabul etmek hak arama özgürlüğünün güvence altına alındığı bir hukuk devletinde mümkün değildir⁴⁸². Özellikle uluslararası ticari ve ekonomik uyumsuzlukların çözümü bakımından taraflarca yabancı ülke mahkemelerinin veya tahkim mahkemelerinin yetkili kılındığı ve dolayısıyla Türk mahkemelerinde dava açma imkanının ortadan kalktığı bir hukuk sisteminde böyle bir korumanın Türk hukuku tarafından HMK m.390 hükmünün tatbiki suretiyle reddedilmesi, davanın koşullarına bağlı olarak, borçlunun Türkiye’de mal ve alacaklarına el atmak suretiyle alacaklarını elde edebilecek alacaklıların hem hak arama özgürlüğünü hem de mülkiyet hakkının ihlal edebilecek niteliktedir. Diğer bir ifadeyle, HMK m.390 hükmünün milletlerarası usul hukukunun işleyişi veya gerekleriyle bağdaşmadığı anlayışı bir yana, söz konusu hükümle diğer milletlerarası usul hukuku kuralları arasındaki uyumsuzluk, bireylerin Türk veya yabancı devlet mahkemelerinde dava açmak suretiyle alacaklarını elde edememelerine yol açabilir. Ayrıca, AİHS m.6/1 sadece dava açma hakkını değil, açılan dava sonucunda verilen kararın etkin bir şekilde yerine getirilmesini talep etme hakkını da güvence altına almaktadır. Dolayısıyla, bir taraftan bireylere yabancı ülkelerde dava açabileceklerini kabul ederek buna hukuki sonuçlar bağlarken diğer taraftan bu dava sonucunda verilen kararın icra edilmesi imkânını ortadan kaldırmak AİHS m.6/1’i ihlal edebilecektir. Zira mahkeme kararlarının cebri icra yoluyla yerine getirilmesi hukuken mümkün olmakla birlikte yasal boşluklar nedeniyle mümkün olmamasının mahkemeye erişim hakkına aykırılık teşkil edebileceği AİHM tarafından defalarca karara bağlanmıştır⁴⁸³. Dolayısıyla, yabancı ülkelerde cereyan eden yargılamalar sonucunda verilecek kararların tenfizi talep edilmek suretiyle Türkiye’de icra edilebilmesi ihtimali her zaman mevcut ve mümkünken, HMK m.390 hükmü uyarınca ihtiyati tedbir talepleri bakımından Türk mahkemelerinin yetkisinin “*esas hakkında yetkili bir Türk mahkemesinin varlığı*” şartına bağlanması nedeniyle kararın

⁴⁸² Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.564-565.

⁴⁸³ AİHM’nin bu konudaki içtihatları için bkz.: **Guide on Article 6 of the Convention-Right to a fair trial (civil limb)**, Council of Europe/ European Court of Human Rights, 2013, s.23 vd. Ayrıca bkz.: Sibel İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed. Sibel İnceoğlu, 3. Baskı, Beta, İstanbul 2013, s.219.

icra edilmesi imkanının hukuken engellenmesi de mahkemeye erişim hakkına aykırılık teşkil edebilir. Bu nedenle, yabancı unsurlu uyuşmazlıklar bakımından da uygulama alanı bulabileceği düşünülmeden kaleme alınan HMK m.390 hükmünün milletlerarası usul hukukunun mantığı ve amacına uygun bir şekilde yorumlanması veya değiştirilmesi gereği⁴⁸⁴, aynı zamanda temel hak ve özgürlüklerin bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır.

Netice itibariyle, yukarıdaki örnekler göstermektedir ki, bir yetki kuralının uygulanması için getirilen yasal koşulların milletlerarası karakterli davalarda da uygulanması, davanın hal ve şartlarına göre, bireylerin Türk mahkemelerinin korumasından mahrum kalmasına neden olabilir. Esasen bu durum, mahkemelerin yer itibariyle yetkisini tayin eden kuralların MÖHUK m.40 uyarınca milletlerarası karakterli davalarda da uygulama alanı bulmasından kaynaklanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, yer itibariyle yetki kurallarının milletlerarası yetkinin tesisinde de kullanılması nedeniyle, bazı hallerde milletlerarası usul hukukunun amacı ve işleyişiyle bağdaşmayan uyumsuzluklar ortaya çıkabilir. Zira, başta yetki kuralları olmak üzere, HMK’da yer alan yargılama kuralları esasen yerel usul hukukunun ihtiyaçları hedeflenerek tanzim edilmiştir. Dolayısıyla, bu kuralların yabancı unsurlu davalarda da aynen kullanılması veya bunlarla yetinilmesi adil olmayan sonuçlara yol açabilecektir. Bu bakımdan, HMK m.9 veya HMK m.390 hükmü gibi, yabancı unsurlu davalara tatbik edildiğinde AİHS m.6/1’i ihlal etme potansiyeline sahip olan bazı yetki kurallarının, olası ihlalleri önlemek amacıyla milletlerarası usul hukuku ve insan hakları hukukunun gereklerine uygun olarak değiştirilmesi veya mahkemeler tarafından daha esnek bir şekilde ve yetki kuralında aranan şart ihmal edilerek uygulanması daha yerinde olacaktır.

⁴⁸⁴ Bu konuda çeşitli görüş ve çözüm önerileri için bkz.: Nomer, **DHH**, s.487 vd.; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.536 vd.; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.493 vd.; Mustafa Erkan, “HMK Değişikliklerinin İhtiyati Tedbir Kararlarına Etkisinin Milletlerarası Usul Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, **Hukuk Biliminin Güncel Sorunları III**, Uluslararası Kongre Bildiri Kitabı, Cilt 2 (Özel Hukuk), Ed. Erdal Abdulkakimoğulları, Mübariz Yolçiyev, Yalçın Şahinkaya, 4-6 Mayıs 2012, Samsun, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.241 vd.

c. Davacının Dünya Üzerinde Başvurabileceği Milletlerarası Yetkiye Sahip Bir Mahkemenin Bulunmaması (Negatif Yetki Çatışması)

i. Genel Olarak

AİHS m.6/1'nin, daha doğrusu mahkemeye erişim hakkının milletlerarası yetki alanında etkisinin söz konusu olabileceği bir diğer durum da, negatif yetki çatışması olarak da ifade edebileceğimiz, davacının dünya üzerinde iddiasını ileri sürebileceği milletlerarası yetkiye sahip bir devlet mahkemesinin bulunmamasıdır⁴⁸⁵. Bir devlet mahkemesinin yetkisizlik kararı verdiği ve diğer devlet(ler)de de davayı görmeye yetkili bir mahkemenin bulunmadığı böyle bir durumun nadiren ve istisnai hallerde ortaya çıkabileceği belirtilmektedir⁴⁸⁶. Buna gerekçe olarak, sadece AİHS'ne taraf (ve aynı zamanda AB'ne üye) olan devletlerin değil, diğer devlet hukuklarının da mahkemelerinin yetkisini tesis eden aşırı yetki kurallarına sahip olması gösterilmektedir. Yine, devletlerin münhasır yetkiye ilişkin kuralları ile Brüksel yetki rejiminden farklı olarak, davanın yabancı devlet(ler)de de görülmesini engelleyen katı bir derdestlik anlayışının yetki sistemlerinde benimsenmemiş olması da diğer bir gerekçe olarak ileri sürülmektedir⁴⁸⁷. Yine, İngiliz hukuku gibi pek çok ülke hukukunda geniş ve esnek yetki kurallarının varlığı ile *forum non conveniens* doktrininin yetki konusunda mahkemelere sunmuş olduğu takdir hakkının böyle bir ihtimalin varlığını azalttığı da belirtilmektedir⁴⁸⁸. Ancak, hiçbir ülkede yetkili bir mahkemenin bulunmaması ihtimalinin her zaman mümkün olduğu da tamamen göz ardı edilmemelidir⁴⁸⁹.

⁴⁸⁵ Vischer, **a.g.m.**, s.204; Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.294; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.104.

⁴⁸⁶ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.294. Aynı yönde bkz.: Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.546.

⁴⁸⁷ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.294. Ayrıca, Brüksel Ibis Tüzüğü ile getirilen yetki sisteminin AB içerisinde yetkili bir mahkemenin bulunmadığı bir durumun ortaya çıkmayacağını öngördüğü belirtilmektedir. Bkz.: Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.100. Buna karşın, Brüksel Ibis Tüzüğü'nün üye devlet mahkemelerince doğru bir şekilde tatbik edilmemesi halinde bireylerin mahkemeye erişim imkanının ortadan kalkabileceği de göz ardı edilmemelidir. Örneğin, bir üye devlet mahkemesi Brüksel Ibis Tüzüğü'ndeki yetki kurallarını tatbik etmek yerine ulusal yetki kurallarını uygulayarak yetkisizlik kararı verebilir. Diğer üye devlet mahkemelerinin de söz konusu Tüzük uyarınca yetkisizlik kararı vermesi halinde davacının başvurabileceği bir yer kalmayacaktır. Bu konuda bkz.: Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.101.

⁴⁸⁸ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.294.

⁴⁸⁹ Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.151; Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.294.

Gerçekten, her devlet kendi mahkemelerinin yetkisini serbestçe belirlediğinden, davacının belirli bir uyuşmazlık bakımından dünya üzerinde başvurabileceği herhangi bir yetkili mahkemenin bulunmaması gibi bir durum, teorik de olsa, söz konusu olabilir⁴⁹⁰. Bunun yanında, davacının dünya üzerinde başvurabileceği alternatif mahkeme(ler) bulunmakla beraber davacının kendi kontrolünde olmayan olağanüstü koşullardan kaynaklanan hukuki veya fiili imkansızlıklar, bireylerin milletlerarası yetkisi doğabilecek yabancı ülke mahkemelerine başvuramamasına neden olabilir⁴⁹¹. Örneğin, savaş veya doğal afet gibi ya da olağanüstü hal nedeniyle ülkeden çıkış yasağı getirilmesi gibi çeşitli nedenlerle vatandaş veya yabancıların tabii mahkemelerine veya yetkili herhangi bir ülke mahkemesine ulaşmamaları söz konusu olabilir. Her iki durumda da davacının başvurduğu bir taraf devlet mahkemesinin kendi hukukunun yetki kuralları uyarınca yetkisizlik kararı vermesi halinde, artık davacının dünya üzerinde iddiasını ileri sürebileceği ve bu iddia hakkında karar verecek bir yargı organı kalmayacaktır. Dolayısıyla, yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta kendisine müracaat edilen bir Türk mahkemesinin vermiş olduğu yetkisizlik kararıyla davacının ülke mahkemelerine erişimin sınırlandırılmasının AİHS m.6/1 bakımından ölçsüz bir sınırlama olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği gündeme gelecektir.

ii. Negatif Yetki Çatışması ile AİHS m.6/1 Arasındaki İlişki

Davacının ülke mahkemelerine erişimi engellemesinden dolayı, negatif yetki çatışmasının söz konusu olduğu bir durumda kendisine başvurulmuş bir ülke mahkemesinin yetkisizlik kararı vermesinin AİHS m.6/1 'le ilgili olduğu şüphesizdir⁴⁹². Bu noktada, tespit edebildiğimiz kadarıyla, ne AİHM'nin ne de AİHK'nun bir taraf mahkemesinin negatif yetki çatışmasının söz konusu olduğu bir durumda yetkisizlik kararı vermesinin AİHS m.6/1'i ihlal edeceğine dair herhangi bir kararı bulunmadığını belirtmeliyiz. Doktrinde ise, özellikle *Golder* kararından yola çıkarak, böyle bir durumda davacının geriye dönüp başvurabileceği başka bir forum da olmayacağından, kendisine başvurulmuş mahkemenin yetkisizlik kararı vermesinin doğrudan ihkak-ı

⁴⁹⁰ Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.104-105.

⁴⁹¹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.546; Nomer, **DHH**, s.481; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.104.

⁴⁹² Bkz.: Vischer, **a.g.m.**, s.204; Kinsch, **Droits l'homme**, s.44; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.104.

haktan imtinaya yol açacağı ve AİHS m.6/1'in ihlalinde sorumlu olacağı ileri sürülmektedir⁴⁹³.

Bununla beraber, AİHM'nin mahkemeye erişim hakkına yönelik müdahaleleri konu aldığı çeşitli kararları bize bu konuda yol gösterici olabilir. Hatırlanacağı üzere, *Prince Hans Adam II of Liechtenstein v. Almanya* kararında AİHM, Çekoslovakya'da uyuşmazlığı karara bağlayabilecek yetkili bir mahkemenin var olduğu ve burada daha önce bir yargılamanın cereyan ettiği vakıasına özel bir önem atfetmiştir⁴⁹⁴. Ayrıca uluslararası örgütlerin sahip olduğu bağışıklık nedeniyle bireylerin Alman mahkemelerine erişiminin engellendiği *Waite ve Kennedy v. Almanya* ve *Beer ve Reagan v. Almanya* kararlarında AİHM'nin bireylerin haklarını korumak için ulusal mahkemeler dışında başvurabilecekleri kabul edilebilir, etkili ve yeterli alternatif hak arama yöntem(ler)inin varlığını AİHS m.6/1'e yönelik müdahale bakımından yeterli görmesi⁴⁹⁵ de bireylerin AİHS m.6/1'in sağlamış olduğu korumadan mahrum bırakılamayacağını görüşünü desteklemektedir. Zira böyle bir yöntemin yokluğu halinde, tıpkı burada incelediğimiz üzere, davalıya karşı hak aramak amacıyla gidilebilecek başvurulabilir herhangi bir yargı mercii bulunmayacaktır. Hatta, yabancı devletin yargı bağışıklığına sahip olduğu bir özel hukuk uyuşmazlığında söz konusu yabancı devlete karşı o devletin mahkemesinde dava açmak dahi mümkünken, negatif yetki çatışmasının bulunduğu bir uyuşmazlıkta kendisine başvurulmuş bir taraf devlet mahkemesinin yetkisizlik kararı vermesi, mahkeme önünde hak arama imkanlarının tamamen ortadan kaldırılması anlamına gelecektir. Oysa *Golder v. Birleşik Krallık* kararında AİHM, mahkemeye erişim hakkının hukuk devletinin vazgeçilmez ilkelerinden biri olduğunu ve uluslararası hukuk uyarınca devletlerin ihkak-ı haktan imtina edemeyeceğini belirterek AİHS m.6/1'in buna göre yorumlanması gerektiğine hükmetmiştir⁴⁹⁶. Bu bakımdan, bir kimsenin dünya üzerinde başvurabileceği veya kendisinden başvurmamasının beklenebileceği hiçbir mahkeme yokken, ülke mahkemelerine erişimi yetkisizlik gerekçesiyle reddederek o kişinin mahkemeye erişim hakkını mutlak bir şekilde reddetmek, doğal olarak, söz konusu devletin ihkak-ı haktan

⁴⁹³ Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.104; Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.100.

⁴⁹⁴ Bkz.: Yukarıda, s.395.

⁴⁹⁵ Bkz.: Waite ve Kennedy v. Almanya, para.68-73; Beer v. Reagan v. Almanya, para.58-63.

⁴⁹⁶ Bkz.: Golder v. Birleşik Krallık, para.35.

imtina etmesine, dolayısıyla AİHS m.6/1 nezdinde sorumluluğunun doğmasına yol açabilecek şekilde yorumlanabilecektir.

Hiç şüphesiz, burada yetkisizlik kararıyla davalının adil yargılanma haklarının korunmasını sağlamak gibi mahkemeye erişim hakkını sınırlamaya yönelik meşru bir amacın var olduğu ileri sürülebilir. Gerçekten, davacı davanın sebebi, konusu veya taraflarıyla hiçbir bağlantısı olmayan bir taraf mahkemesinde dava açmış olabilir ve davalıyla hiçbir bağlantısı olmayan bir ülke mahkemesinde davanın görülmesi (aşırı yetki tesisi), davacının AİHS m.6/1’de yer alan bazı haklarını etkin bir şekilde kullanamamasına neden olabilir. Ancak böyle bir durumda davacının mahkemeye erişim konusundaki menfaati, devlete kendisine başvuru ilgililiği ülke mahkemesinde davanın görülmesini tamamen engellemekten ziyade davalının karşılaşacağı güçlükleri hafifletme mecburiyeti yüklemektedir⁴⁹⁷. Diğer bir ifadeyle, davanın karara bağlanıp görülmesini tamamen engelleyerek davalının adil yargılanma haklarının korunması konusundaki menfaatleri davacıların mahkemeye erişim konusundaki menfaatlerine otomatikman tercih edilmeyip, davanın koşullarına göre bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu bakımdan, özellikle ve gerçekten ciddi nedenlerin varlığı adalet erişim taleplerini tamamen reddetmeyi gerekli kılmaktadır ve bu tür nedenlerin de nadiren ortaya çıkabileceği unutulmamalıdır.

Son olarak, AİHS m.6/1’in ihlalden söz edebilmek için davacının (başvurucunun) dünya üzerinde başvurabileceği veya kendisinden başvurusunun beklenebileceği hiçbir mahkemenin bulunmamasında kendi sorumluluğunun veya katkısının bulunmaması gerekmektedir. Eğer, başvurulabilir bir mahkemenin veya mahkemelerin varlığına rağmen, artık davacının kendisinin sebep olduğu veya katkısının olduğu bir nedenle milletlerarası yetki kazanabilecek söz konusu mahkemelere erişim engellenmişse devletin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Diğer bir ifadeyle, böyle bir durum davacıya/başvurucuya izafe edilebilir bir nedenden kaynaklanmamalıdır. Böyle bir tespit, ilk olarak AİHK tarafından *Gauthier v. Belçika*⁴⁹⁸ kabul edilebilirlik kararında belirlenmiştir. Söz konusu kararda, AİHS’ne taraf olmayan

⁴⁹⁷ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.303.

⁴⁹⁸ Gauthier v. Belçika, no.12603/86, 6 Mart 1989.

bir devlet mahkemesi lehine yapılan yetki anlaşmasına istinaden yetkisizlik kararı veren Belçika mahkemelerinin böyle bir kararla başvurucuyu AİHS m.6/1'in sağladığı güvenceleri karşılamayacak bir ülke mahkemesinde dava açmak zorunda bıraktığı gerekçesiyle AİHS m.6/1'i ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Ancak AİHK, yetkisizlik kararı verilmesinin sadece Belçika devletinin tek taraflı bir kararının sonucu olmaktan ziyade başvurunun akdetmiş olduğu yetki anlaşmasının bir sonucu olduğunu vurgulamış ve ne AİHS m.6/1'in ne de diğer maddelerin böyle bir anlaşma yapılmasını yasaklamadığını belirtmiştir. Sonuç olarak, AİHK yetki anlaşmasının varlığına yoğunlaşarak ve Belçika mahkemelerine giden yolu başvurunun kendisinin kesmiş olduğunu belirterek başvuruyu reddetmiştir. Aynı husus, eski tarihli bir kararında İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da kabul edilmiştir. Zürih'te ikamet eden bir İtalyan vatandaşı, İtalya mahkemelerinde açmış olduğu dava avukatlarının ihmali nedeniyle zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle *forum necessitatis* olarak telakki ettiği Zürih mahkemelerinde dava açmıştır. İsviçre mahkemeleri ise, bu şartlar altında İsviçre mahkemesinin *forum necessitatis* esasına istinaden yetkisinin söz konusu olmayacağına hükmetmiştir⁴⁹⁹.

Netice itibariyle, başvurucuya izafe edilebilir herhangi bir neden olmamak şartıyla ve davalının AİHS m.6/1'den kaynaklanan haklarından yararlanmasını gerçekten etkilememek kaydıyla, negatif yetki çatışmasının varlığı halinde kendisine başvuru bir taraf devlet mahkemesinin yetkisizlik kararı vermesi, AİHM tarafından davacıların mahkemeye erişim hakkına ölçsüz ve hakkın özünü zedeler bir sınırlama olarak nitelendirilebilecektir. Bu nedenle, pek çok hukuk sisteminde *forum necessitatis* olarak ifade edilen, zorunluluğa dayanan bir yetki esası, mahkemelerin adalete erişim hakkını ihlal etme riskini bertaraf etmek amacıyla milletlerarası yetki sistemlerine dahil edilmektedir.

⁴⁹⁹ ATF 85 II 305,309. Karar için bkz.: Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.108, dn.133.

iii. AİHS m.6/1'in Olası İhlaline Karşı Çözüm Yolu Olarak *Forum necessitatis* Prensibi

İnsan hakları mülahazalarının, başka bir ifadeyle anayasalarda veya uluslararası insan hakları belgelerinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının milletlerarası yetki alanında giderek artan etkisi, davacının kullanımına açık milletlerarası yetkiye sahip herhangi bir mahkemenin bulunmadığı hallerde kendisini açıkça göstermektedir⁵⁰⁰. Diğer bir ifadeyle, AİHS m.6/1 ve pek çok ülke anayasasında açıkça veya zımnen benimsenen mahkemeye erişim hakkı, milletlerarası özel hukukta bazı özel yetki kurallarının biçimlenmesine ve giderek artan bir şekilde benimsenmesine katkı sağlamıştır. Bunun en somut örneğini, *forum necessitatis* kuralı oluşturmaktadır. AİHS m.6/1'in ihlaline yol açacak böyle bir yetkisizlik durumunun ancak *forum necessitatis* kuralının getirilmesiyle karşılanabileceği kabul edilmektedir⁵⁰¹. Nitekim, *forum necessitatis*'in benimsenmesinde AİHS m.6/1'in büyük bir rol oynadığı, söz konusu yetki esasının ulusal milletlerarası yetki sistemlerine dahil edilmesinde devletlerin büyük ölçüde AİHS m.6/1'den ilham aldıkları belirtilmektedir⁵⁰². Bu nedenle, *forum necessitatis*'in AİHS'ne taraf olan birçok ülke hukukunun yetki sisteminde açıkça düzenlendiğini veya içtihatlar yoluyla benimsendiğini söyleyebiliriz⁵⁰³. Yine, bir dizi AB tüzüğünde de yetkili bir mahkemenin bulunmamasının ihkak-ı haktan imtinaya neden olabileceği kabul edilerek çözüm olarak *forum necessitatis* kuralına yer verildiğini görmekteyiz⁵⁰⁴. Bazı ülkelerde

⁵⁰⁰ Bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.21; Aguirre, **a.g.m.**, s.329; Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.305; Alex Mills, "Rethinking Jurisdiction in International Law", **British Yearbook of International Law**, Vol.84, No.1, 2014, s.221-222.

⁵⁰¹ Aguirre, **a.g.m.**, s.329; Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.305; Mills, **Rethinking Jurisdiction**, s.222; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.105.

⁵⁰² Veerle Van Den Eeckhout, "Corporate Human Rights Violations and Private International Law, A Facilitating Role for PIL or PIL as a Complicating Factor?", **HR&ILD**, Vol.6, No.1, 2012, s.202.

⁵⁰³ İsviçre DÖHK m.3. Avusturya, Belçika, Estonya, Hollanda, Portekiz ve Romanya'da bir yetki kuralı olarak ulusal yetki sistemlerinde açıkça yer almakta iken, Almanya, Fransa, Lüksemburg ve Polonya hukuklarında mahkeme içtihatlarıyla kabul edilmiştir. Bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.66, Table L. AİHS'ne taraf (ve AB'ne üye olan) diğer devletlerde böyle bir yetki esasının varlığını destekleyen yasal veya yargısal bir dayanak olmamakla beraber, bu husus *forum necessitatis* esasının reddedileceği anlamına gelmemektedir. Bazı ülke hukuklarında hali hazırda herhangi bir uygulama olmamakla beraber, hukukun genel ilkelerine göre bir kişinin mahkemeye erişim hakkını kullanmaktan mahrum bırakılmasının teorik olarak kabul edilemeyeceğinin bazı üye devlet raporörleri tarafından ifade edildiğine dair bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.64, dn.147.

⁵⁰⁴ Bkz.: Nafaka Tüzüğü m.7; Miras Tüzüğü m.11; Evlilik Mal Rejimleri Alanında Mahkemelerin Yetkisi, Uygulanacak Hukuk ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konularında İşbirliğine

böyle bir yetki esasının büyük ölçüde AİHS m.6/1 uyarınca adil yargılanma hakkına dayandığı, hatta AİHS m.6/1 tarafından zorunlu olarak dayatıldığı⁵⁰⁵, bazılarında ise uluslararası hukukun genel ilkelerinden biri olan ihkak-ı haktan imtina yasağına atfen böyle bir yetki esasının benimsendiği⁵⁰⁶ belirtilmektedir. Bu bakımdan, AİHS m.6/1 ile ihkak-ı haktan imtina yasağı arasındaki ilişki de dikkate alındığında, *forum necessitatis*'in, mahkemeye erişim hakkı konusunda devletlerin AİHS m.6/1'den kaynaklanan yükümlülüklerinin bir gereği olarak tecessüm ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Forum necessitatis prensibi, esasen yurt dışında davacının başvurabileceği elverişli bir mahkemenin bulunmamasına istinaden kendisine başvurulmuş ülke mahkemesinin milletlerarası yetki kazanmasını sağlayan bir kural ihtiva etmektedir⁵⁰⁷. İsminden de anlaşılacağı üzere, zorunluluğa veya zarurete dayanan (based on necessity) bir yetki esası olarak nitelendirilmektedir⁵⁰⁸. Doğal olarak, söz konusu esasa istinaden yetkinin tesis edilebilmesi için, ülke içinde ulusal yetki kurallarına istinaden milletlerarası yetkiye sahip bir mahkemenin de bulunmaması gerekmektedir. Bu bakımdan, istisnaen başvurulabilecek bir yetki esası niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür⁵⁰⁹.

İlişkin 2016/1103 EC sayılı AB Tüzüğü m.11. Her üç tüzükte yer alan *forum necessitatis* kuralı esasen birbirine benzer niteliktedir. Benzer bir kuralın Brüksel I'e ilişkin değişiklik tasarısında da getirilmesi AB Komisyonunca teklif edilmiştir. Bkz.: **Commission Proposal for Recast**, Art.26. Ancak söz konusu değişiklik teklifi, AB içinde ikametgaha sahip olan davalılar bakımından böyle bir kurala gerek olmadığı, söz konusu tüzüğe göre daima milletlerarası yetkili bir üye devlet mahkemesinin bulunacağı ve bu mahkemenin yapacağı yargılamanın AİHS'ne uygun olması gerektiğinden adaleti sağlama kabiliyetine sahip olduğu gerekçesiyle Brüksel Ibis Tüzüğü'nün nihai metninde kabul edilmemiştir. Bkz.: Mills, **Rethinking Jurisdiction**, s.222.

⁵⁰⁵ Almanya, Belçika, Hollanda, İspanya. Bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.64.

⁵⁰⁶ Fransa, Portekiz. Bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.22 ve 64.

⁵⁰⁷ Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.105. Benzer şekilde *forum necessitatis* "başka hiçbir mahkemenin makul bir şekilde mevcut olmadığında yetkisini kullanan mahkeme" olarak da tanımlanabilir: "*forum necessitatis*: [Latin, 'forum of necessity'] Forum which may exercise jurisdiction when no other forum is reasonably available.". Bkz.: **Commission Staff Working Paper**, Annex I-Glossary of Legal Terms, s.45.

⁵⁰⁸ Bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.64.

⁵⁰⁹ Özellikle AB Tüzüklerinde *forum necessitatis*'in istisnai nitelikte olduğu "*on an exceptional basis*" ifadesiyle açıkça belirtilmektedir. Bkz.: Nafaka Tüzüğü m.7; Miras Tüzüğü m.11; Evlilik Mal Rejimleri Tüzüğü m.11. Aynı husus, ve Belçika DÖHK m.11'de "*exceptionally*" ifadesiyle belirtilmiştir. Bazı ülkelerde ise fevkalade hallerde başvurulabileceğini ifade etmek üzere "*emergency jurisdiction*" ifadesi kullanılmaktadır. Bkz.: İsviçre DÖHK m.3. Alman hukuku için bkz.: **Comparative Study of "Residual Jurisdiction" in Civil and Commercial Disputes In the EU National Report for: Germany**, Prepared by Michael Molitoris/Amelie Abt, s.15.

Forum necessitatis kuralının kapsamı ve hangi şartlar altında uygulanacağı ülkeden ülkeye farklılık gösterebilmektedir ve kuralın uygulanmasının genellikle birbirinden ayrı iki koşula bağlı olduğunu söylemek mümkündür. İlk olarak, davacının yurt dışında adalete erişim talebini engelleyen bir tür engelin bulunması gerekmektedir ve bu engel hukuki nedenlerden kaynaklanabileceği gibi fiili nedenlerden de kaynaklanabilir. Fiili engellere örnek olarak, yabancı ülkede savaş halinin varlığı veya sel, deprem gibi afetler nedeniyle yabancı mahkemeye erişimin mümkün olmaması⁵¹⁰ ya da davacının yabancı ülkeye gitmesi halinde hayati tehlikeyle karşılaşacak olması⁵¹¹ verilebilir. Kendisine başvurulmuş yabancı mahkemenin yetkisizlik kararı verecek veya vermiş olması⁵¹² veya tarafların yurt dışında adil bir yargılama elde edemeyecek olması⁵¹³ ya da yabancı ülke mahkemesince verilecek olan kararın tanınmayacak veya tenfiz edilmeyecek olması⁵¹⁴ hallerinin de yabancı ülke mahkemelerine başvurmaya engel hukuki imkansızlık hallerinden olduğu belirtilmektedir. Yine, yabancı ülkede

⁵¹⁰ Bkz.: **Comparative Study of “Residual Jurisdiction” in Civil and Commercial Disputes In the EU National Report for: Netherlands**, Prepared by Marielle Koppenol-Laforce/ Freerk Vermeulen, Amsterdam-The Netherlands, s.23; **National Report on Residual Jurisdiction: Germany**, s.15.

⁵¹¹ Bir Fransız mahkeme kararına dayanan bu örnek için bkz.: **Comparative Study of “Residual Jurisdiction” in Civil and Commercial Disputes in the EU National Report for: France**, Prepared by Pierre Raoul Duval/Marie Stoyanov, s.20.

⁵¹² Yabancı mahkemenin yetkisizlik kararı vermesine yol açan neden çeşitli hallerde ortaya çıkabilir. Örneğin Hollanda Medeni Usul Kanunu m.9/b hükmünün sadece ırki veya dini nedenlerle yabancı devlet mahkemelerine erişimin engellenmesi halinde uygulanabileceği belirtilmektedir. Bkz.: **National Report on Residual Jurisdiction: Netherlands**, s.23. Hollanda hukukunda birbirinden farklı iki *forum necessitatis* kuralı yer almaktadır ve Hollanda MUK m.9/b hükmü uyarınca, özel hukuka ilişkin bir iddianın Hollanda dışında dava edilmesinin imkansız görünmesinin yurt dışında milletlerarası yetkili bir mahkemenin bulunmamasını da kapsadığı belirtilmektedir. Bkz.: **National Report on Residual Jurisdiction: Netherlands**, s.23. Belçika hukukunda da, Belçika DÖHK m.11’de yer alan *forum necessitatis* kuralının yabancı mahkemenin kendi yetki kurallarına istinaden yetkisiz olduğu halleri de kapsadığı belirtilmektedir. Bkz.: **Comparative Study of “Residual Jurisdiction” in Civil and Commercial Disputes In the EU National Report for: Belgium**, Prepared by Arnaud Nuyts, s.14. Fransız hukukunda ise, bunun daha sınırlı olarak kabul edildiğini söyleyebiliriz. Bir kararda, yetki anlaşmasıyla yetkilendirilen yabancı bir ülke mahkemesi kendi hukukuna göre yetkisizlik kararı vermiştir. Bu davada ihkak-ı haktan imtina doktrini uyarınca davacının yabancı bir ülke mahkemesinde dava açmasının imkansız olduğunu/olacağını ispat etmesinin gerekli olduğu sonucuna varılmıştır. Bkz.: **Saudi Basic Industries Corp (SABIC) v. Thinet International (Societe)** [2010] IL Pr 14, (Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.297, dn.158).

⁵¹³ Belçika hukukunda Belçika DÖHK m.11 hükmünün tarafların yurt dışında adil bir yargılama elde edeceklerinin garantisinin olmadığı haller bakımından da uygulama alanı bulduğu belirtilmektedir. Bkz.: **National Report on Residual Jurisdiction: Belgium**, s.14. Hollanda hukukunda da, yetkili yabancı mahkeme tarafından gayri adil bir yargılama yapılacağı olması halinde Hollanda MUK m.9/b’de yer alan *forum necessitatis* kuralının değil, m.9/c hükmünde yer alan *forum necessitatis* kuralının kapsamına girdiği belirtilmektedir. Ki böyle bir durumda da Hollanda mahkemelerinde davalıya yapılan tebligatla açılan davanın Hollanda hukuk alanıyla yeterli bir bağlantıya sahip olduğunun ispat edilmesi gerekmektedir. Bkz.: **National Report on Residual Jurisdiction: Netherlands**, s.24.

⁵¹⁴ Bkz.: **National Report on Residual Jurisdiction: Germany**, s.15.

dava açmanın yol açacağı maliyet dava konusu edilen maddi menfaatle kıyaslandığında ciddi bir orantısızlığa yol açacaksa, davacının yurt dışında dava açmak zorunda kalması halinde mahkemeye erişim hakkını etkili bir şekilde kullanma imkanından mahrum kalacağını ispat etmesi halinde *forum necessitatis* kuralının uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir⁵¹⁵. Bunun yanında, yurt dışına çıkış yasağı getirilmesi nedeniyle davacının yurt dışındaki yetkili ülke mahkemesine başvurma imkanından mahrum kalması veya davacının yetkili yabancı mahkemenin bulunduğu ülkeye giriş konusunda yaşadığı imkansızlıklar da *forum necessitatis*'in uygulanmasını gerektirebilir. *Forum necessitatis*'in tatbikini gerektiren bu tür hallerde, genellikle yurt dışında dava açmanın mümkün olmaması veya davacıdan yabancı ülkede dava açmasının makul olarak beklenemeyecek olması koşulunun arandığını görmekteyiz. Bazı ülke hukuklarında yurt dışında dava açmanın “makul olmadığı (unreasonable)”, “kabul edilemez olduğunun (unacceptable)” veya yurt dışında dava açmak için “makul olmayan bir güçlük (unreasonable difficulty)” bulunduğunun ya da davacıdan dava açmasının beklenemeyeceğinin ispat edilmesi yeterlidir⁵¹⁶. Bununla beraber, bazı ülke hukuklarında böyle bir durumda davacının yabancı mahkemenin davayı görmeye yetkisiz olduğunu veya bu mahkemenin zaten yetkisizlik gerekçesiyle davayı reddettiğini ispat etmesi koşulu zorunlu olarak gerektirdiği belirtilmektedir⁵¹⁷.

Forum necessitatis kuralının tatbiki için aranan bir diğer koşul da, kendisine başvurulmuş mahkemeye belirli bir bağlantının var olmasıdır. Sadece Hollanda

⁵¹⁵ Bkz.: **National Report on Residual Jurisdiction: Belgium**, s.14.

⁵¹⁶ Bkz.: Avusturya, Estonya, Portekiz, (Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.65). Örneğin, Hollanda Medeni Usul Kanunu m.9(b) hükmüne göre “bir iddianın Hollanda dışında dava edilebilmesinin imkansız görünmesi (appears to be impossible)” veya m.9(c) hükmüne göre “yabancı mahkemeye başvuran davacının adalet talebinde bulunmasının kabul edilemez (unacceptable) olması” gerekmektedir. Bkz.: **National Report on Residual Jurisdiction: Netherlands**, s.243. Belçika DÖHK m.11’de de *forum necessitatis*, “yurt dışında dava açmanın imkansız olduğunun ispatlanması halinde veya yurt dışında dava açmanın makul bir şekilde talep edilemeyecek olması halinde (when bringing proceedings abroad proves to be impossible or when it cannot be reasonably requested that the claim be brought abroad)” uygulanabilecektir. Bkz.: **National Report on Residual Jurisdiction: Belgium**, s.14. İsviçre DÖHK m.3’te de yurt dışında dava açmanın mümkün olmaması veya dava açılmasının makul bir şekilde talep edilemeyecek olması gerekmektedir. Benzer ifadelerin AB tüzüklerinde de yer aldığını söyleyebiliriz. Örneğin, Nafaka Tüzüğü m.7’de “hiçbir üye devlet mahkemesinde davanın makul bir şekilde açılmaz veya yürütülemez olması veya davanın uyumsuzlukla yakın irtibatlı üçüncü bir üye ülke mahkemesinde görülmesinin imkansız olması (...if proceedings cannot reasonably be brought or conducted or would be impossible in a third State with which the dispute is closely connected.)” koşulu aranmaktadır. Ayrıca bkz.: Miras Tüzüğü m.11; Evlilik Mal Rejimleri Tüzüğü m.11.

⁵¹⁷ Portekiz, Polonya ve Romanya. Bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.65.

hukukunda iki *forum necessitatis* kuralından biri olan Hollanda MUK m.9/b’de forum ülkesiyle herhangi bir bağlantının varlığı aranmamaktadır. Diğer pek çok ülke hukukunda davayla forum arasında belirli bir bağlantı aranmakta, ancak gerekli bağlantıyla neyin ifade edildiği genellikle tam olarak belirlenmemektedir⁵¹⁸. Dava ile forum ülkesi arasında “yeterli bağlantı (*sufficient connection*)”⁵¹⁹, “yakın irtibat (*close contacts*)”⁵²⁰ veya “yeterli ilişki (*adequate relation*)”⁵²¹ gibi oldukça esnek kavramlara yer verilmekle beraber uygulamada bu kavramlar arasında kayda değer bir farklılığın bulunmadığı belirtilmektedir⁵²². Örneğin, Belçika DÖHK m.11’in tatbiki için gerekli olan davanın Belçika ile yakın irtibatının olması koşulunun, normal yetki kurallarına göre yetkili bir mahkemenin bulunmadığı davaların çoğu zaman doğası gereği ülkeyle güçlü bir bağlantıya sahip olmayacağından çok katı bir şekilde yorumlanmaması gerektiği kabul edilmektedir⁵²³. Bu noktada, davacının forum ülkesinde ikametgâhının veya mutad meskeninin olduğu veya forum ülkesi vatandaşı olmasının gerekli bağlantının varlığı bakımından yeterli olduğu belirtilmektedir⁵²⁴. Bunun dışında, forum ülkesinde malvarlığının bulunması gibi başka bir irtibatın varlığının aranması da davanın koşullarına bağlı olarak yeterli olabilir. Bu açıdan, aşırı yetki kurallarında kullanılan davacının vatandaşlığı, ikametgâhı, mutad meskeni veya ülkede malvarlığının bulunması gibi bağlantıların *forum necessitatis* kuralının uygulanması bakımından yeterli sayılması, aşırı yetki kurallarının amacı ve pratik faydaları ile *forum necessitatis* kuralının varlık sebebi arasında muhtemel bir örtüşmenin olduğunu göstermektedir⁵²⁵.

⁵¹⁸ Nuyts, *Residual Jurisdiction*, s.66.

⁵¹⁹ Örneğin, İsviçre DÖHK m.3, Hollanda MUK m.9/c.

⁵²⁰ Örneğin Belçika DÖHK m.11.

⁵²¹ Bkz.: *Comparative Study of “Residual Jurisdiction” in Civil and Commercial Disputes In the EU National Report for: Poland*, Prepared by Marcin Radwan-Röhrenschef/Edyta Jankowska, s.14.

⁵²² Nuyts, *Residual Jurisdiction*, s.66.

⁵²³ Bkz.: *National Report on Residual Jurisdiction: Belgium*, s.15.

⁵²⁴ Bkz.: Nuyts, *Residual Jurisdiction*, s.66. Örneğin, Belçika hukukunda davacının Belçika vatandaşı olduğu, Belçika’da ikametgah veya mutad meskene sahip olmasının da yeterli olduğu belirtilmektedir. Hatta ülkede malvarlığının bulunması gibi ülkeyle gerekli irtibatı sağlayan herhangi bir unsurun varlığı da yeterli kabul edilmektedir. Bkz.: *National Report on Residual Jurisdiction: Belgium*, s.15. Sadece Avusturya hukukunda *forum necessitatis*’in tatbiki için kural olarak davacının Avusturya vatandaşı veya Avusturya’da ikamet ediyor olması gerekmektedir. Bkz.: *Comparative Study of “Residual Jurisdiction” in Civil and Commercial Disputes In the EU National Report for: Austria*, Prepared by Julian Feichtinger/Karin Lehner, s.11.

⁵²⁵ Nuyts, *Residual Jurisdiction*, s.66.

Bununla beraber, *forum necessitatis*'in varlık amacının, adalete erişim hakkı gibi bir temel hakkın etkili bir şekilde kullanılmasını ulusal düzeyde ve ulusal milletlerarası yetki sisteminin bünyesi içerisinde güvence altına almak olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle *forum necessitatis* esası, bazı yetki kurallarının aşırı şekilde kullanılmasını haklı kılmak için bir sebep olarak kullanılmamalıdır⁵²⁶. Aksi halde böyle bir sonuç, davacının mahkemeye erişim hakkını güvence altına almaya çalışırken, davalının AİHS m.6/1'de yer alan haklarının ihlal edilmesine yol açabilecektir.

iv. Türk Hukukunda Durum

Karşılaştırmalı hukukta durum bu olmakla beraber, Türk hukukunda bu tür durumlarda Türk mahkemelerinin yetkili olacağını öngören bir kural bulunmamaktadır. Bununla birlikte, 2675 sayılı MÖHUK'un yürürlüğe girmesinden evvel Yargıtayın vermiş olduğu bazı kararlar, davacının yabancı ülke mahkemelerinde dava açma imkanından yoksun kaldığı hallerde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin istisnai olarak tesis edilebileceğini göstermektedir⁵²⁷. 1330 tarihli Muvakkat Kanun⁵²⁸ döneminde verilen bazı kararlarda Yargıtay, kanunen yetkili bir Türk mahkemesinin yokluğu halinde kamu düzeninin bir gereği olarak veya doktrinde imkansızlık, mücbir sebep veya mecburiyet hali olarak ifade edilen⁵²⁹ bir nedenle bireylerin milli mahkemelerine müracaat edememeleri halinde Türk mahkemelerinin yetkisinin doğabileceğini ifade etmiştir. Bunlardan ilki olan, iki yabancı arasında cereyan eden ve Türkiye'de bulunan yabancı bir çocuğun velayetiyle ilgili bir davada, Yargıtay tarafından velayet müessesesinin doğrudan doğruya kamu düzeniyle ilişkisi bulunduğu belirtilerek Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi kamu düzenine istinaden tesis edilmiştir⁵³⁰. Yine, yabancı karı-koca arasında cereyan eden boşanma davasında

⁵²⁶ Aguirre, **a.g.m.**, s.333.

⁵²⁷ Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz.: Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.143 vd.

⁵²⁸ 23 Şubat 1330 tarihli Memaliki Osmaniyede Bulunan Ecnebilerin Hukuk ve Vezaîfi Hakkında Kanunu Muvakkat.

⁵²⁹ Bkz.: Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.546-547; Nomer, **DHH**, s.481.

⁵³⁰ Yargıtay 2.HD, E.4617 K.4435 T.6.7.1973. Karar için bkz.: **RKD**, 1973/12, s.492-493. 1330 tarihli Muvakkat Kanunun yürürlükte olduğu dönemde verilen bir başka kararda da Yargıtay HGK, davacının sefaletle düştüğü takdirde Türk kamu müesseseleri bu kişiye bakmak zorunda kalacağından davalının altsoyuna karşı ileri sürdüğü nafaka talebinin kamu düzeniyle ilgili olduğunu belirterek karşı tarafın rzası aranmaksızın Türk mahkemelerince görülebileceğine hükmetmiştir. Bkz.: Yargıtay HGK, E.2-84, K.553, T.22.11.1967. Bkz.: Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.144, dn.562.

Yargıtay, Almanya ile siyasi ilişkilerin kesilmiş olması nedeniyle yabancıların yurt dışına çıkışı yasaklandığından yabancıların kendi mahkemelerine veya başka bir ülke mahkemesine giderek dava açmaları fiilen imkansız hale geldiği gerekçesiyle davaya bakılması gerekirken yetkisizlik kararı verilmesinin yerinde olmadığına hükmetmiştir⁵³¹.

Doktrinde de, bu kararlardan yola çıkarak, Türk milletlerarası yetki kurallarına göre yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmadığı hallerde gerek kamu düzeni müdahalesiyle gerekse mücbir bir sebebe dayanarak Türk mahkemelerinin yetkisinin istisnai olarak tesis edilmesi anlayışının günümüzde de varlığını muhafaza ettiği belirtilmektedir⁵³².

Bununla beraber, kamu düzeninin veya imkansızlığın milletlerarası yetkinin tesisinde kullanılacak bir esas olup olmadığı, başka bir deyişle kaynağını Türk mahkeme tatbikatından alan ve *forum necessitatis*'i anımsatan böyle bir yetki esasının bulunup bulunmadığı ise tartışmaya açıktır. Zira, kamu düzeni müdahalesinin ve imkansızlığın bir yetki esası olarak kabulüne dayanak teşkil ettiği belirtilen yukarıdaki kararların verildiği dönem yürürlükte olan Muvakkat Kanun m.4 hükmünün yabancıların kişi hallerine ilişkin bazı davalar bakımından -ülke içinde yetkili bir mahkeme olsa dahi- Türk mahkemelerinin yetkisinin doğması için her iki tarafın “berrıza müracaat etmesi” şartını aradığı ve böyle bir rızanın davalı tarafça verilmemesi üzerine ilk derece mahkemelerinin yetkisizlik kararı verdiği göz ardı edilmemelidir. Nitekim Yargıtay da, yabancıların kişi hallerine ilişkin bazı davalar bakımından gerekli olan tarafların rızasının kamu düzeni ve mücbir sebep nedeniyle mahkemenin milletlerarası yetkisinin gerçekleşmesi açısından aranmayacağını belirtmiştir⁵³³. Diğer bir ifadeyle, kamu düzeni müdahalesi veya imkansızlık/mücbir sebep, Yargıtay tarafından açıkça bir yetki esası olarak kullanılmamış, sadece kamu düzenini ilgilendiren veya imkansızlık nedeniyle davacının yabancı ülke mahkemelerinde dava açmasının mümkün olmadığı kişi hallerine ilişkin bazı davalar bakımından davalının

⁵³¹ Yargıtay 2.HD, E.37, K.1922, T.6.4.1945. Bkz.: Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.147, dn.573.

⁵³² Nomer, **DHH**, s.479-480; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s.546-547.

⁵³³ Bu noktada, Yargıtay’ın karşı tarafın rızasının bulunması şartının kamu düzeni veya mücbir sebep nedeniyle uygulanmayacağını belirtmiş olsa da, ülke içinde hangi mahal mahkemesinin yetki olduğuna veya hangi ülke içi yetki kuralının tatbik edileceğine değinmediğini belirtmek gerekir.

rızasını bertaraf eden bir fonksiyon görmüştür. Bu nedenle kamu düzeni ve mücbir sebebin istisnai hallerde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis etmede kullanılan bir yetki esası olduğu görüşüne günümüzde katılmak mümkün görünmemektedir⁵³⁴. Buna ilaveten kamu düzeni müdahalesine veya mücbir sebebe dayanan bir yetki esasının kabul edilmesi, kural olarak içtihaden de mümkün değildir. Zira, mahkemelerin görev ve yetkilerinin kanunla belirlenebileceğini öngören AY m.142 hükmü, kamu düzeninin veya mücbir sebebin doktrin ve mahkeme kararlarından hareketle gerek ülke içi yetki gerekse milletlerarası yetki açısından bir yetki esas (bağlama noktası) olarak yorumlanmasını, böylece yeni bir yetki esasının oluşturulmasını engellemektedir⁵³⁵. Sonuç olarak, buraya kadarki açıklamalardan, günümüzde Türk milletlerarası yetki sisteminde yurt dışındaki doğal forum olarak nitelendirilebilecek diğer ülke mahkemelerine başvuramayan davacılar bakımından istisnai hallerde Türk mahkemelerinin yetkisini tesis edecek bir yetki kuralının olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Hiç şüphesiz, bir taraftan davacının yabancı ülke mahkemesine başvurmasının mümkün olmadığı veya davacıya büyük bir külfet yükleyeceği ya da makul bir şekilde beklenemeyeceği diğer taraftan Türk milletlerarası yetki sistemi uyarınca davacının başvurabileceği yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmadığı bir durum, istisnaen ve çok nadir hallerde ortaya çıkabilir. Ancak, böyle bir durumda yetkisizlik kararıyla bireylerin başvurmuş oldukları Türk mahkemesinin korumasından mahrum bırakılmasının da AİHS m.6/1 ve AY n.36'nın ihlaline neden olabileceği de aşıkardır. Her ne kadar doktrinde MÖHUK'un getirmiş olduğu yetki sisteminin, yabancılık unsuru içeren her türlü özel hukuk işlem ve ilişkilerinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini sağlayacak nitelikte olduğu belirtilse⁵³⁶ de, söz konusu sistem esasen iç hukukun yer

⁵³⁴ Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.149. 1330 tarihli Muvakkat Kanunun yürürlüğe girdiği dönemin gerektirdiği şartlar uyarınca yabancıların kişi hallerine ilişkin bazı davalar bakımından –iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına göre yetkisi doğan- Türk mahkemelerinin yetkisinin gerçekleşmesi için getirilen koşullardan biri olan davalının rızası koşulunu bertaraf etmek için kullanılan kamu düzeni veya mücbir sebebin, MÖHUK'un getirmiş olduğu yetki düzenlemesi gereği, birer yetki esas olarak kullanılmasına gerek kalmadığı belirtilmektedir. Bkz.: Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.150.

⁵³⁵ Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.150.

⁵³⁶ Bkz.: Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.150. Doktrinde nadiren ortaya çıkabilecek bu tür hallerde HMK m.9/1 hükmü uyarınca mutad meskeni Türkiye'de bulunan davalıya karşı Türkiye'de dava açılabilmesi belirtilmektedir. Bkz.: Çelikel/Ertem, **a.g.e.**, s.547. Ayrıca, MK m.20/1 hükmü gereği önceki yerleşim yeri belli olmayan veya yabancı ülkedeki yerleşim yerini bıraktığı halde Türkiye'de yerleşim yeri

itibariyle yetki kurallarının tatbik edilmesine dayandığından ve bu kuralların da zaman içerisinde değişebilmesi veya yetersiz kalması söz konusu olduğundan yabancı unsurlu bazı özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmaması söz konusu olabilir. Böyle bir durumda davacının yurt dışına giderek orada dava açması, imkansız veya kendisinden katlanması makul olarak beklenmeyecek kadar külfetli olabilir veya yol açacağı maliyetler nedeniyle davacının yabancı ülke mahkemesinde dava açması herhangi bir anlam ifade etmeyebilir. Dolayısıyla, nasıl tatbik edileceği belirsiz olan ve gerçek bir yetki esası olmaktan uzak olan kamu düzeni müdahalesine veya mücbir sebebe dayanarak Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin istisnaen tesis edilmesi yerine, kaynağını ve dayanağını AİHS m.6/1 ve AY m.36'dan alan istisnaen başvurulabilecek tali nitelikte bir yetki kuralına Türk milletlerarası yetki sistemi içinde yer vermek daha uygun olacaktır.

Böyle bir yetki kuralının tanzim edilmesiyle Türk mahkemelerinin yetkisizlik kararı vererek ihkak-ı haktan imtina etmesi engellenmiş ve bireylerin adalete erişim hakları ihlal edilmemiş olacaktır. Ayrıca, AİHS'nde yer alan temel hak ve özgürlükler Türk kamu düzeninin bir parçasını oluşturduğundan ve AİHS m.6/1'in bünyesinde yer alan hak ve ilkeler de bunun kapsamına girdiğinden, böyle bir yetki esasının kamu düzeni müdahalesinin değil, Türk kamu düzeni anlayışının bir gereği olarak ortaya çıktığını söyleyebiliriz. Zira, milletlerarası yetkinin bir cüzünü oluşturduğu milletlerarası usul hukuku kuralları, niteliği itibariyle bireyler arasındaki yabancı unsurlu uyuşmazlıkların bireylerin adil yargılanma hakkına riayet edilecek şekilde çözülmesine, dolayısıyla kamu düzeninin sağlanmasına hizmet etmektedir. Diğer bir ifadeyle, niteliği gereği kamu düzeni anlayışının milletlerarası usul hukukunun bütününe mündemiç olduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla, milletlerarası yetki alanında –davalının da haklarını gözetmek kaydıyla- zarurete dayanan ve istisnai nitelikte bir yetki esasının varlığı, bireylerin AİHS m.6/1'den kaynaklanan adalete erişim haklarının

edinmemiş kişilerin “halen oturduğu yer” yerleşim yeri sayılacağından bu kişilere karşı mutad mesken mahkemesi yerine halen oturdukları/yerleşim yeri mahkemesinde dava açılabilir. Zira, halen oturulan yer kavramı mutad mesken kavramına nazaran daha zayıf bir bağlatıyı ve dolayısıyla daha kolay sahip olunabilen bir durumu ifade etmektedir. Bkz.: Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.377. Bu itibarla, bu kişilere karşı HMK m.9/1 yerine HMK m.6 uyarınca davalının yerleşim yeri/halen oturduğu yer mahkemesinde dava açılması mümkün olabileceğini ve milletlerarası yetkili bir mahkemenin tesis edilme ihtimalinin daha da artacağını belirtmeliyiz.

güvence altına alınmasına, böylece kamu düzeninin gereğinin yerine getirilmesine de hizmet edecektir.

d. Yetkisizlik Kararının Davacının AİHS m.6/1'e Uygun Bir Yargılama Gerçekleştirmeyecek Yabancı Bir Mahkemeye Başvurmasına Neden Olması Halinde AİHS m.6/1'in İhlal Edilip Edilmeyeceği

Milletlerarası yetkisizlik gerekçesiyle ülke mahkemelerine erişimi engellenen davacı, doğal olarak kendi milletlerarası yetki kuralları uyarınca yetkiye sahip (AİHS'ne taraf olan veya olmayan) diğer ülke(lerin) mahkemelerinde dava açmak durumunda kalacaktır. Bu durumda, yetkili yabancı mahkeme AİHS m.6/1'deki usuli güvencelere uygun bir yargılama yapabileceği gibi, yapılan yargılamanın AİHS m.6/1'de öngörülen usuli güvenceleri karşılamaması da mümkündür. Bu noktada, davacının diğer bir taraf devlet mahkemesinde dava açmak zorunda kaldığı hallerde, söz konusu devlet mahkemesinin yapacağı yargılamanın AİHS m.6/1'de aranan kriterleri büyük ölçüde karşılayacağı varsayılabilir. Ancak, mahkemelerinde cereyan eden özel hukuk karakterli davalarda adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle pek çok taraf devletin AİHM tarafından mahkum edildiği bir gerçektir⁵³⁷. Bunun yanında, AİHS'ne taraf olmayan, dolayısıyla AİHS m.6/1'de yer alan güvencelerin uygulanabilir olmadığı devletlerde adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi riski de her zaman bulunmaktadır⁵³⁸. Dolayısıyla, yabancı ülkede dava açılması halinde söz konusu mahkemede AİHS m.6/1'deki standartları karşılamayan, gayri adil bir

⁵³⁷ Örneğin, mahkemelerindeki yargılamaların aşırı uzun sürdüğü gerekçesiyle İtalya devleti AİHM tarafından defalarca AİHS m.6/1'in ihlali nedeniyle mahkum edilmiştir. Benzer bir durum, on iki yıllık bir yargılama süresi nedeniyle mahkum edilen Yunanistan bakımından da geçerlidir. Yine, özellikle diğer bir taraf devlet mahkemesince verilen kararların tanınması ve tenfizi aşamasında, tenfize konu kararı veren taraf devlet mahkemelerinin yargılama esnasında adil bir yargılamanın gereklerini yerine getirmedikleri de görülmektedir. Örneğin, 2017 itibarıyla Rusya, Ukrayna, Romanya, Türkiye, Fransa, İtalya gibi devletlerin adil yargılanma hakkını en çok ihlal eden devletler olduğu görülmektedir. Bkz.: Çevrimiçi, <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c>, 18 Mayıs 2018). Hatırlanacağı üzere, ABAD *Krombach v. Bamberksi* kararında AİHS m.6/1'i ve AİHM'nin bu konudaki içtihadını dikkate alarak, duruşmada bulunmayan sanığın savunmasını yapmasına imkan tanınmamasının temel bir hakkın aşikar bir ihlali olduğuna hükmetmiştir. Bkz.: *Krombach v. Bamberksi*, para.40. AİHM de, aynı yargılamaya ilişkin olarak, başvurucunun savunma yapmasına böyle mutlak bir sınırlama getirilmesinin açıkça ölçüsüz olduğunu belirterek AİHS m.6/1'in ihlaline hükmetmiştir. Bkz.: *Krombach v. Fransa*, no.29731/96, 13 Şubat 2001, para.90. Ayrıca bkz.: *Pellegrini v. İtalya*, no.30882/96, 20 Temmuz 2001.

⁵³⁸ Gerçi AİHS'ne taraf olmayan devletlerde adil yargılanma hakkının anayasal veya Sözleşmesel olarak korunması söz konusu olabilir. Ancak sağlanan böyle bir korumanın da AİHS m.6/1'in kapsamından daha dar olması veya dar bir şekilde uygulanması ihtimali her zaman vardır.

yargılamaya maruz kalma riskiyle karşı karşıya olduğu ileri sürülebilir. İşte, böyle bir durumda mahkemeleri yetkisizlik kararı veren taraf devletin AİHS m.6/1'i ihlal ettiği gerekçesiyle AİHM nezdinde sorumluluğunun doğup doğmayacağı gündeme gelmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, uyuşmazlığı görmeye yetkili üçüncü bir ülke mahkemesinin bulunduğu ancak bu mahkemede yapılacak yargılamanın AİHS m.6/1 açısından adil bir şekilde gerçekleşeceğinin de belirsiz olduğu tüm davalar için taraf devletleri mahkemelerini açık tutmaya mecbur bırakmanın çok nadir hallerde karşılaşılabilecek, fevkalade bir durum olduğu ileri sürülebilir. Ayrıca, AİHS m.6/1 uyarınca öngörülen bu tür bir yükümlülük anlayışının kendi mahkemelerinin gayri adil bir yargılama yapacağını belirttiği diğer devletler tarafından hoş karşılanmayacağını da belirtmek gerekir. Dahası, yabancı ülke mahkemesindeki yargılamanın henüz fiilen yapılmamış olduğu, belki de yabancı mahkemenin yetkisi hakkında dahi karar vermediği bir aşamada yargılamanın hakkaniyete uygun bir şekilde gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirmek mümkün olmadığı gibi yerinde de değildir⁵³⁹. Zira, mahkeme kararlarının bir devletin hakimiyet tasarrufu olduğu göz önüne alındığında, böyle bir durum bir devletin mahkemeleri vasıtasıyla diğer devleti adaleti yerine getirmemekle itham etmek anlamına gelebilir ve devletler arası ilişkilerin zedelenmesine yol açabilir. Belki yetkili yabancı ülkede yolsuzluk veya rüşvet gibi nedenlerle mahkemelerin bağımsızlığı veya tarafsızlığı konusunda münferit vakaların varlığı buna gerekçe gösterilebilirse de, bu tür münferit vakaların varlığını yabancı ülkedeki tüm yargı organlarına teşmil etmek yerinde bir davranış olmayacaktır. Sonuç olarak, yabancı bir mahkemenin vermiş olduğu kararın usulen adalete muvafık olup olmadığı, söz konusu kararın tanınması veya tenfizi aşamasında tartışılabilecekken, mahkemenin bunu kendi yetkisi hakkında karar vermesi gereken bir aşamada değerlendirmesi tereddütle karşılanabilecektir.

Diğer taraftan, mahkemeye erişim hakkı yargılamanın gerçekleşeceği bir mahkemeye erişimi güvence altına almaktan daha fazlasını ihtiva etmektedir. Aksi halde yabancı ülkedeki elverişli mahkemede adil bir yargılama elde etme imkanının söz

⁵³⁹ Benzer şekilde bkz.: Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.113; Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.304.

konusu olmadığı bir durumda, yabancı ülkede elverişli bir mahkeme bulunmasının herhangi bir anlamı bulunmamaktadır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, AİHS m.6/1 sadece mahkemeye erişim hakkını değil, aynı zamanda mahkemeye etkili bir erişim hakkını (effective access to a court) da güvence altına almaktadır. Diğer bir ifadeyle, mahkemeye erişim hakkı sadece bir iddianın mahkemeler önünde ileri sürülebilmesine ilişkin bir bireyin sahip olduğu menfaati ifade etmemekte, söz konusu iddianın karara bağlanacağı yargılamanın adil ve AİHS m.6/1'in aradığı şartlara uygun olmasını gerektirmektedir. Örneğin, yetkisizlik kararı verilmesi sistemli bir şekilde yolsuzluk iddiaları nedeniyle mahkemelerin bağımsız ve tarafsız davranamayacağı konusunda ciddi endişelerin bulunduğu yabancı ülkede bir iddianın iddianın mahkeme tarafından dinlenilmesi ve karara bağlanması anlamına geliyorsa, davacının bu yöndeki endişelerinin mahkeme tarafından dikkate alınması ve değerlendirilmesi gerekir⁵⁴⁰. Ulusal mahkeme yetkisizlik kararı verme konusunda geçerli nedenlere sahip olsa da, bu nedenleri davacının yurt dışında karşılaşılabileceği adaletsizliğin ağırlığına bağlı olarak değerlendirebilir. Ancak yine de, yabancı bir ülke mahkemesinden AİHS m.6/1'in gereklerine uygun davranmasını talep etmenin oldukça garip ve belki de gerçekçi olmadığını da belirtmek gerekir⁵⁴¹.

Böyle bir durumda bir taraf devlet mahkemesinin nasıl hareket etmesi gerektiği, Türk mahkemelerince Uluslararası Çocuk Kaçırımlarının Hukuki Veçhelerine Dair 1980 tarihli La Haye Anlaşması kapsamında verilen çocuğun iadesi kararına karşı yapılan şikayet başvurusunda AİHM tarafından dolaylı olarak belirtilmiştir. Söz konusu kararda, Türk mahkemelerinin çocuğun İsrail'e iadesine ilişkin kararının, diğer iddiaların yanı sıra, AİHS m.6/1'i ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Başvuruculardan anne, kızının iade edilmesi halinde İsrail dini (hahamlık) mahkemelerinin hem boşanma davası hem velayet dahil olmak üzere kişi hallerine ilişkin diğer konular bakımından yetki kazanacağını, bu durumda, kocasından daha evvel boşanmak için başvurmuş olduğu Türk mahkemelerindeki adil yargılamadan yararlanmasının kesinlikle engellenmiş olacağını iddia etmiştir⁵⁴².

⁵⁴⁰ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.304.

⁵⁴¹ Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.113.

⁵⁴² Eskinazi ve Chelouche v. Türkiye, no.14600/05, 6 Aralık 2005, The Law, C-2.

AİHM, *Pellegrini v. İtalya* kararına da atfı yaparak, AİHS'ne taraf olmayan bir devlet mahkemesince verilen kararın taraf devlet mahkemelerinden tenfizi istendiğinde söz konusu mahkemelerin yabancı ülkede gerçekleşen yargılamanın AİHS m.6/1'in gereklerini yerine getirdiğine kanaat getirmiş olması gerektiğini belirtmiştir. Mevcut davada henüz İsrail'de başvuruçuların menfaatleri ile ilgili herhangi bir kararın verildiği bir yargılamanın olmadığı gerekçesiyle iki durumun birbirinden farklı olduğunu belirtmiştir. Ardından, bu koşullar altında, objektif faktörler Türk makamlarının başvuruçuların ihkak-ı haktan açıkça imtina edilmesinden/adaletin açıkça reddedilmesinden muzdarip olma tehlikesi altında olduğundan şüphelenmelerine neden olmadıkça, söz konusu makamların çocuğun iadesi konusunda yardımcı olmak zorunda olduğunu belirtmiştir⁵⁴³. Diğer bir ifadeyle, başvuruçuların davanın açıldığı yabancı ülkede ihkak-ı haktan imtina edilmesiyle zarara uğrayacaklarına yönelik objektif nedenlerin varlığını tespit etmeleri halinde verilen kararı icra etmekten imtina edecektir. AİHM'ne göre, *“Sözleşme taraf devletlerin (Sözleşme) standartlarını üçüncü ülkelere veya bölgelere dayatmalarını gerektirmemektedir ve Türkiye'yi Sözleşme uyarınca İsrail'deki yargılamanın tüm yönlerini gözden geçirmeye icbar etmek, ilgili kişilerin de prensip olarak menfaatine olan, adalet alanında uluslararası işbirliğinin güçlendirilmesine yönelik güncel anlayışı engel olacaktır..”*⁵⁴⁴. Netice itibarıyla, AİHM İsrail'deki muhtemel yargılamanın başvuruçuların adalete erişiminin aşıkâr bir şekilde engellenmesine yol açıp açmadığını *a priori* değerlendirerek davalı devletin AİHS m.6/1'i ihlal etmediğini tespit etmiştir.

Benzer bir anlayışın İngiliz mahkeme tatbikatında da benimsendiğini söylemek mümkündür. *Al-Bassam v. Al-Bassam* kararında⁵⁴⁵, ilk derece mahkemesi davacının Suudi Arabistan'da açılmış olan davayla ilgili olarak ileri sürülen *anti suit injunction*

⁵⁴³ “In the present case, with no proceedings concerning the applicants' interests having yet been disposed of by a judicial decision in Israel, the Turkish authorities had to lend their assistance with Caroline Chelouche's return unless objective factors caused them to fear that the child and, if applicable, her mother risked suffering a “flagrant denial of justice”. Bkz.: Eskinazi ve Chelouche v. Türkiye, The Law, C-2.

⁵⁴⁴ “The Convention does not require the Contracting Parties to impose its standards on third States or territories, and to require Turkey to review under the Convention all aspects of the Israeli proceedings would thwart the current trend towards strengthening international cooperation in the administration of justice, a trend which is in principle in the interests of the persons concerned..” Bkz.: Eskinazi ve Chelouche v. Türkiye, The Law, C-2.

⁵⁴⁵ *Al-Bassam v. Al-Bassam* [2004] EWCA Civ 857.

kararı (başka bir ülkede veya bölgede davalıya yönelik dava açmama emri) verilmesi talebini davacının söz konusu ülkede adil bir yargılama elde edemeyeceği düşüncesiyle kabul etmiştir. Temyiz mahkemesi ise, bir İngiliz mahkemesinin diğer bir yargı alanında gerçekleşen yargılamanın adil veya gayri adil olup olmadığı konusunda kendi algısına/anlayışına dayanarak, davanın bir tarafına -evleviyetle Avrupa Sözleşmesiyle bağlı olmayan- diğer bir yargı alanında dava açmayı yasaklamasının söz konusu olamayacağını belirtmiştir⁵⁴⁶. İngiliz temyiz mahkemesi, davacının Suudi Arabistan'da adil bir yargılama elde edememe konusundaki endişeleri asılsız olmamakla beraber, bunun mahkemenin yetkisiyle ilgili karar vermesi gereken bir aşamada değil, yabancı ülkedeki yargılama tamamlanıp İngiliz mahkemesinde kararın tanınması veya tenfizi aşamasında ortaya çıkacak bir husus olduğunu ifade etmiştir. Her ne kadar bir *anti suit injunction* ile ilgili olsa da, söz konusu karar, davayı görmeye yetkili olan sadece bir mahkemenin bulunduğu ve bu mahkemenin de adil bir yargılama yapmayacağını iddia edilmesi ihtimali ile bir benzerlik ihtiva etmektedir⁵⁴⁷. Söz konusu kararda mahkemenin, tıpkı AİHM'nin kararına paralel bir şekilde, davanın yurt dışında halen görülmekte olduğunu belirterek davacının AİHS m.6/1'in aynı zamanda adil yargılanma standartlarına uygun bir yargılama yapacak bir mahkemeye erişimi gerektirdiği itirazını reddettiği görülmektedir⁵⁴⁸.

AİHM'nin ve İngiliz mahkemesinin tespitlerini konumuza uygulayacak olursak, yabancı mahkemede henüz tamamlanmamış bir yargılama nedeniyle mahkemeleri yetkisizlik kararı veren taraf devletin AİHS m.6/1'in ihlali nedeniyle sorumluluğunun doğabilmesi için davacının açıkça ihkak-ı haktan açıkça imtina edilmesi nedeniyle mağdur olma riskiyle karşı karşıya olması gerekmektedir. Gerçi, ihkak-ı haktan açıkça

⁵⁴⁶ Al-Bassam v. Al-Bassam [2004] EWCA Civ 857, para.46.

⁵⁴⁷ Gerçi davalı için elverişli tek uygun mahkemedeki yargılamanın AİHS m.6/1 bakımından adil olmayacağı gerekçesiyle AİHS m.6/1'e istinaden ülke mahkemelerinde davanın görülmesine izin vermek ile yurt dışında karşı tarafın dava açmasını veya açılan davaya devam etmesi engelleyen bir *anti suit injunction* kararı vermek arasında bir farklılık da bulunmaktadır. İlkinde yukarıda belirttiğimiz üzere, yabancı ülkede gerçekleşebilecek bir yargılama nedeniyle yetkisizlik kararı vererek AİHS m.6/1'in olası bir ihlali riskinden kaçınmak için devletlerin (alternatif) bir yetki tesisinde bulunmaları mümkün olabilir. İkincisinde ise, bu tür bir karar, karşı tarafın (davalının) yabancı ülke mahkemelerine erişimini engelleyecek olması nedeniyle mahkemelerin AİHS m.6/1'in olası ihlaline karşı daha dikkatli bir şekilde hareket etmelerini gerektirmektedir.

⁵⁴⁸ İngiliz hukukunda, yurt dışında dava açılmasını veya açılan bir davaya devam edilmesini engellemek için bir *anti suit injunction* kararı verilmesinin AİHS m.6/1'e uygun olup olmadığı hakkında bkz.: Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.332 vd.

imtina ile neyin kastedildiği ne bu kararda ne de diğer kararlarda AİHM tarafından açıklanmamıştır. Ancak, bu kriteri adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerin mahkeme tarafından ihlal edileceğinin aşikar olması şeklinde yorumlamak mümkündür. Bununla beraber, henüz gerçekleşmemiş bir yargılamanın adil yargılanma standartlarına bağlı olarak yürütülüp yürütülmediğinin, dolayısıyla davacının gerçekten ciddi ve ağır bir adaletsizliğe maruz kalma riskinin olup olmadığının önceden değerlendirilmesinin kolay olmadığı da muhakkaktır. Bu bakımdan, mahkemenin yetkisizlik kararı vermek suretiyle yapmış olduğu müdahalenin meşru amacının ve ölçülü olup olmadığının değerlendirilmesinde bu hususun da dikkate alınması yerinde olacaktır.

İkinci olarak, bu karar yabancı ilamların tanınması ve tenfizi alanında da ortaya çıkan AİHS'nin, dolayısıyla AİHS m.6/1'in dolaylı etkisinin milletlerarası yetkiye ilişkin ihtilaflar bakımından söz konusu olup olmayacağını gündeme getirmektedir. Hatırlanacağı üzere, AİHS'nde yer alan herhangi bir hakkın ihlali AİHS'ne taraf olmayan bir devletin yetki alanı içerisinde gerçekleşmiş olsa veya gerçekleşmesi beklense de, böyle bir ihlale kendi ülkesinde etki tanıyan devletin dolaylı olarak sorumluluğu doğabilecektir. Yabancı ilamın verildiği ülkedeki yargılamanın AİHS m.6/1'de öngörülen standartları karşılamaması halinde de AİHS m.6/1'in dolaylı etkisinin bir sonucu olarak, tenfiz kararı veren forum devletinin AİHS m.6/1'i ihlal edeceği AİHM tarafından kabul edilmektedir⁵⁴⁹. Bununla beraber, burada davacıyı AİHS m.6/1'in ihlal edilebileceği bir ülke mahkemesine gitmek zorunda bırakan eylem, bir taraf devlet mahkemesinin yetkisizlik kararı vermesi ve davacının kendi mahkemelerine erişimini engellemesidir. Böyle bir kararla, davacının iddiasını AİHS m.6/1'in gereklerine uygun bir şekilde karara bağlayacak bir mahkemeye erişimi, diğer bir deyişle bir mahkemeye etkili bir erişimi teminat altına alamadığından AİHS m.6/1'in doğrudan sorumluluğu söz konusu olacaktır (AİHS m.6/1'in doğrudan etkisi). Adaletin sadece adil bir yargılamanın varlığı halinde tecelli edeceği göz önüne alındığında taraf devletin adalete erişimi tamamen engellediği böyle bir durumda yukarıda incelemiş olduğumuz *“davacının başvurabileceği yetkili hiçbir mahkemenin bulunmaması”* ihtimaliyle aynı sonuç ortaya çıkmaktadır⁵⁵⁰. Dolayısıyla, mahkemeleri

⁵⁴⁹ Bkz.: Aşağıda, s.847 vd.

⁵⁵⁰ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, a.g.e., s.305.

yetkisizlik kararı veren devletin AİHS m.6/1'in doğrudan etkisinin sonucu olarak mahkemeye etkili bir erişim imkanı sağlayamaması nedeniyle sorumluluğu doğabilecektir.

Bu noktada doktrinde, AİHS m.6/1'in dolaylı etkisi uyarınca mahkemesi yetkisizlik kararı veren bir devletin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, gelecekte gerçekleşmesi muhtemel bir ihlal riski söz konusu olduğundan adil yargılanma standartlarının hafif ihlalden ziyade ihkak-ı haktan imtinaya yol açacak derecede AİHS m.6/1'in ağır bir ihlali riskinin var olması gerektiği belirtilmekte, henüz gerçekleşmemiş bir yargılama için daha düşük bir ölçütün aranmasının (AİHS m.6/1'in hafif ihlali) uygun olmadığı ifade edilmektedir⁵⁵¹. Ancak, ne tür usuli eksikliklerin hafif ihlal sayılacağı veya hangi hallerde AİHS m.6/1'in ağır bir ihlalinin söz konusu olabileceği belirtilmediği gibi AİHS m.6/1'in doğrudan veya dolaylı etkisi arasında ne tür bir farklılığın bulunduğu ve taraf devletin sorumluluğunu ne ölçüde etkilediği de anlaşılamamaktadır. Anlaşıldığı kadarıyla, AİHS m.6/1'in doğrudan etkisi için yetkisizlik kararı nedeniyle davacının başvurmak durumunda kaldığı yabancı mahkemenin AİHM'nin geliştirdiği standartlara aykırı şekilde, adil olmayan bir yargılama yapması riskinin varlığı yeterli iken dolaylı etki için yabancı mahkemenin ihkak-ı haktan imtinaya yol açacak ölçüde ağır bir adaletsizliğin olacağı bir yargılama yapacak olması gerekmektedir.

Kanaatimizce, böyle bir riskin varlığını gösteren objektif ve esaslı nedenler bulunmadıkça, davanın henüz görülüp karara bağlanmadığı, hatta esasına bile girilmediği bir aşamada yabancı mahkemenin AİHS m.6/1'i ihkak-ı haktan imtinaya yol açacak kadar ağır bir şekilde ihlal etme riskinin bulunduğunu tespit etmek kolay değildir. Ayrıca, her iki durumda da mahkemesi yetkisizlik kararı veren taraf devletin davacının sahip olduğu mahkemeye erişim hakkını etkili bir şekilde kullanabilmesini sağlamakla yükümlü olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla, devletler daha esnek bir tutum sergileyerek, mahkemeye etkili bir erişimi temin etmek amacıyla yabancı mahkemede gayri adil bir yargılamaya maruz kalma riskinin var olduğunun ispat edilmesi koşuluyla kendi mahkemelerinin yetkili olacağını öngörerek AİHS m.6/1'in

⁵⁵¹ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.113-114, 305.

olası ihlalini bertaraf edebilir. Hatta nadiren ortaya çıkabilecek böyle bir durumda, haklı nedenlerle yetkisizlik kararı veren ülke mahkemesinin milletlerarası yetkili olacağı öngörülebileceği gibi *forum necessitatis* kuralının varlığı halinde bu kurala başvurulabilir.

Peki, dünya üzerinde davayı görmeye yetkili sadece tek bir devlet mahkemesinin bulunduğu ancak davacının da söz konusu mahkemede AİHS m.6/1'in gereklerine uygun bir şekilde adil bir yargılama elde etmesinin mümkün olmadığı milletlerarası karakterli bir uyuşmazlıkta AİHS m.6/1 davacıya alternatif bir forum temin etmekte midir? Şüphesiz ki, milletlerarası karakterli bir uyuşmazlık bakımından dünya üzerinde sadece bir ülke mahkemesinin veya belirli bir ülkenin mahkemelerinin yetkiye sahip olması söz konusu olabilir⁵⁵². Yukarıda incelediğimiz kararlardan, yabancı bir mahkemenin AİHS m.6/1'de yer alan kriterleri karşılayan bir yargılama yapıp yapmadığının sadece söz konusu mahkemenin verdiği kararın tanınması veya tenfizinin talep edilmesi halinde incelenebileceği, AİHS m.6/1'in açıkça ihlal edileceğini gösteren objektif ve esaslı nedenler bulunmadıkça, henüz yabancı mahkemede karara bağlanmamış olan bir davayla ilgili olarak yabancı mahkemenin yapacağı yargılamanın AİHS m.6/1'e aykırı olacağı iddiasının kabul edilmesinin pek mümkün olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Gerçekten, taraf devletler AİHS m.6/1'i ihlal eden yabancı bir mahkeme kararının tanınması ve tenfizi taleplerini reddetmekle yükümlüdür. Bununla birlikte, yetkisizlik kararı verilmesi halinde davacının, başvurabileceği tek uygun forum olan yabancı ülke mahkemesinde adil bir yargılama elde edebilmesini temin etmek de mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, yukarıda da belirttiğimiz üzere, devletler bu tür bir durumda davacının yurt dışında gayri adil bir yargılamaya maruz kalma riskinin var olduğunun ispat edilmesi koşuluyla kendi mahkemelerinin yetkili olacağını öngörerek AİHS m.6/1'in olası ihlalini bertaraf edebilir⁵⁵³.

⁵⁵² Örneğin, belirli bir ülke mahkemesi lehine yapılan münhasır bir yetki anlaşmasıyla davanın tek bir ülke mahkemesinde görülmesi taraflarca önceden kararlaştırılabilir.

⁵⁵³ Aksi yönde bkz.: Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.114-115.

Nitekim Hollanda ve İsviçre hukuklarında, bu tür durumlarda mahkemelerin *forum necessitatis*'e istinaden yetkili olabileceği kabul edilmektedir. Örneğin, Hollanda MUK m.9/c hükmü, yabancı bir mahkemenin davayı görmeye yetkili olduğu ancak davacıdan yabancı mahkemede dava açmayı beklemenin kabul edilemez olacağı durumlarda dahi Hollanda mahkemelerinin yetki kazanmasını sağlamaktadır. Davacıların bu hükme oldukça sık bir şekilde başvurdukları, ancak Hollanda mahkemelerinin haklı olarak bu kurala istinaden yetki tesisine tereddütle yaklaştıkları belirtilmektedir⁵⁵⁴. Bu noktada, AİHS m.6/1'in ihlal edileceği iddiası açıkça ileri sürülmemesine rağmen, davacıların genellikle kendilerinden yabancı ülke mahkemelerine gitmelerinin beklenemeyeceği konusundaki argümanlarını adil yargılanma hakkına dayandığı ancak bu tür iddiaların nadiren başarıya ulaştığı⁵⁵⁵ belirtilmektedir⁵⁵⁶.

İsviçre hukukunda da, ülke dışında davayı görmeye tek yetkili mahkemedeki yargılamanın bariz bir şekilde adil olmadığı durumlarında, İsviçre DÖHK m.3'teki *forum necessitatis* kuralına istinaden İsviçre mahkemelerinin yetkisinin doğması gerektiği belirtilmektedir⁵⁵⁷. Sonuç olarak, bu iki örnek tıpkı davacının başvurabileceği yetkili herhangi bir ülke mahkemesinin bulunmaması ihtimalinde olduğu gibi milletlerarası yetkiye sahip olabilecek yurt dışındaki tek uygun forumda da adil bir yargılanmanın yapılamayacak olması ihtimalinde de *forum necessitatis* prensibine istinaden mahkemelerin milletlerarası yetkisinin tesis edilebileceğini göstermektedir.

Bu başlık altında milletlerarası yetkiye sahip yurt dışındaki tek uygun mahkemedeki yargılamanın AİHS m.6/1'de öngörülen standartların

⁵⁵⁴ Fatih Ibili, **Gewogen rechtsmacht in het IPR - Over forum (non) conveniens en forum necessitatis**, Kluwer, Deventer 2007, s.125-126, (Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.115'ten naklen).

⁵⁵⁵ Örneğin bir Hollanda mahkemesi, önüne gelen davada Kuveyt Havayollarında çalışan ve aynı zamanda Hollanda'da yaşamakta olan pilotlar, daha önce kazanmış oldukları Irak vatandaşlığı nedeniyle Kuveyt'te adil bir yargılanma elde etmelerinin mümkün olmadığını ileri sürmüştür. Mahkeme, Kuveyt mahkemeleri lehine yapılan münhasır yetki anlaşmasını iptal ederek davayı görmüştür. Karar için bkz.: Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.115, dn.173.

⁵⁵⁶ Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.115.

⁵⁵⁷ Örneğin, yetkili yabancı mahkemenin makul bir süre içinde karar vermesinin makul olarak beklenemeyeceği bir durumda *forum necessitatis* kuralına başvurulması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu yöndeki doktrin ve mahkeme kararı için bkz.: Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.116, dn.175.

karşılamayacağını ileri sürülebileceği başka bir durumdan teorik de olsa söz etmek mümkündür. Yabancı mahkemenin davayla hemen hemen hiçbir bağlantısı bulunmayabilir ve mahkemenin milletlerarası yetkisi aşırı veya uygun olmayan bir esasa istinaden tesis edilebilir. Hatırlanacağı üzere, davalının milletlerarası yetkinin aşırı veya makul olmayan bir şekilde tesis edilmsi nedeniyle AİHS m.6/1'in ihlal edildiğini ileri sürebileceğini belirtmiştik. Ancak aynı iddia sadece davayla önemsiz bir bağlantıya sahip olan bir ülke mahkemesinde dava açmak zorunda kalan davacı tarafından da dile getirilebilir. Bununla birlikte, dünya üzerinde davayı görmeye yetkili tek forum olan yabancı ülke mahkemesinin aynı zamanda davayla yetersiz bir bağa sahip olması gibi bir durumun ortaya çıkma ihtimali neredeyse hiç bulunmadığından böyle bir olasılık daha çok teorik niteliktedir. Kaldı ki, böyle bir durumda davacının başvurduğu ülke mahkemesinin yetkisinin de aşırı olarak kabul edilmesi ihtimalinin oldukça yüksek olduğunu da unutmamak gerekir⁵⁵⁸. Bu bakımdan, herhangi bir davacının dünya üzerindeki tek uygun mahkemenin yetkisinin aşırı yetki teşkil edeceği, dolayısıyla mahkemenin yapacağı yargılamanın AİHS m.6/1'e aykırı olacağı gerekçesiyle yetkisizlik kararı veren mahkemenin AİHS m.6/1'i ihlal edeceğini/ettiğini ileri sürmesi mümkünse de, böyle bir iddianın ne taraf devlet mahkemeleri ne de AİHM tarafından kabul edilmesi pek mümkün görünmemektedir.

e. Yabancı Mahkemece Verilecek Kararın Tanınmayacak-Tenfiz Edilmeyecek Olmasının Davacıya Ülke Mahkemelerine Erişim İmkanı Sağlayıp Sağlamayacağı

Bir önceki başlık altında, yetkisizlik kararı verilmesi halinde yurt dışında milletlerarası yetkiye sahip olabilecek bir mahkemenin AİHS m.6/1'in aradığı koşullara uygun bir yargılama yap(a)mayacak olması halinde, ancak ihkak-ı haktan imtinaya yol açacak derecede ağır bir ihlal riskinin olması şartıyla, yetkisizlik kararı veren taraf devlet mahkemesinin AİHS m.6/1'in ihlalinden sorumlu olacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Peki, davacının başvurduğu yetkili yabancı mahkemenin vereceği kararın bir taraf devlet mahkemesince tanınıp tenfiz edilmeyeceğinin kesin olarak anlaşıldığı bir durumda AİHS m.6/1 taraf devletlere mahkemelerini açma yükümlülüğü getirmekte

⁵⁵⁸ Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.116.

midir? Böyle bir durum, şüphesiz bir taraf devlet mahkemesinin yetkisizlik kararı vermesi üzerine, davacının yabancı bir ülke mahkemesine başvurmak durumunda kalmasıyla ortaya çıkabilir. İkinci olarak, yabancı ülkede dava açıldıktan sonra verilecek kararın ülkesinde hukuki sonuç doğurması istenen taraf devlette tanınmayacağı veya tenfiz edilmeyeceğinin anlaşılması, ancak bu taraf devlette milletlerarası yetkili bir mahkemenin bulunmaması söz konusu olabilir⁵⁵⁹.

Bu tür bir durumda taraf devlet mahkemelerinin ülke mahkemelerine erişim imkanı tanınması gerektiği görüşü, yine mahkemeye erişim hakkının bireyler tarafından etkili bir şekilde kullanılması gerektiğini belirten AIHM içtihatlarına dayandırılabilir⁵⁶⁰. Bununla birlikte, yargılamanın bariz bir şekilde adil olmayacağı ispat edilmedikçe, yetkili yabancı mahkemede herhangi bir yargılama gerçekleşip bir karar verilmeden böyle bir olasılığı önlemek amacıyla davacıya ülke mahkemelerine erişim hakkı tanınmanın gerekli olup olmadığı da tartışmaya açıktır. Aksi bir durum, taraf devletlerin böyle bir olasılığı dikkate alarak her zaman yetkili bir mahkeme bulundurması gerektiği anlamına gelebilir. Oysa, kural olarak, davacının yurt dışında dava açmasını gerektiren zorunlu ve istisnai haller bulunmadıkça, salt ülkede hukuki sonuçlar doğurmasını temin etmek üzere yabancı ülkede dava ikame etmenin bir mantığı ve gereği bulunmamaktadır. Zira, uyuşmazlığı karara bağlamak için belirli bir ülke mahkemesine başvurunun altında dava sonunda verilecek kararın mahkemenin ülkesinde hukuki etkiler doğurmasını veya icra edilmesini sağlamak gayesi yatmaktadır. Ayrıca, hemen bütün taraf devlet hukuklarında -tanıma ve tenfiz engeli olarak ortaya çıkan- asgari adalet ilkelerini karşılayan her yabancı ilamın tanınıp tenfiz edileceği anlayışının genel olarak benimsendiği de unutulmamalıdır⁵⁶¹. Bu bakımdan, davacının yurt dışında dava açmasını gerektiren zorunlu ve istisnai haller bulunmadıkça, yabancı mahkeme

⁵⁵⁹ Bu noktada, yetkili yabancı mahkemenin vereceği kararın tanınmayacağının veya tenfiz edilmeyeceğinin bariz bir şekilde belli olduğu bir durumda ülke mahkemelerinin nasıl hareket etmesi gerektiği sadece milletlerarası yetkisizlik kararı verilmesiyle ilgili olarak değil, milletlerarası derdestlik kararı verilip verilmemesiyle ilgili olarak da gündeme gelmektedir. Yine, yetki anlaşmasıyla yabancı ülke mahkemelerinin yetkilendirildiği hallerde de benzer bir problemin ortaya çıkması mümkündür. Bunlar, çalışmamızın ileriki aşamalarında ayrı başlıklar altında ele alınacaktır.

⁵⁶⁰ Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.121.

⁵⁶¹ Gerçi yabancı mahkemede yargılamanın sonuçlanması üzerine verilen kararın tanınması veya tenfizi reddedildiğinde davacının ülke mahkemelerinde dava açabilip açamayacağı da belirsizdir. Zira, yukarıda belirttiğimiz üzere, böyle bir durumda ülke içinde yetkili bir mahkemenin bulunmaması da söz konusu olabilir ve AIHS m.6/1 uyarınca milletlerarası yetkinin kabul edilmesi zarureti ortaya çıkabilir.

kararının tanınmayacağı veya tenfiz edilmeyeceğine dayanarak ülke mahkemelerine erişimine izin verilmesi yerinde olmayacaktır.

Buna mukabil, davacının yurt dışında dava açmasını gerektiren zorunlu hallerin varlığı halinde taraf devlet mahkemelerinin yetkileri hakkında karar verirken bireylerin mahkemeye erişim hakkını göz önünde bulundurmaları gerekebilir. Örneğin, davacının başvurabileceği milletlerarası yetkiye sahip tek mahkeme, yabancı ülke mahkemesi olabilir veya bir alacak davasında davacının, HMK m.9 hükmüne istinaden davalının malvarlığının bulunduğu ülke mahkemesinde dava açması mümkün olmadığından davalıya karşı davalının malvarlığının bulunmadığı yabancı ülkede dava açmak durumunda kalabilir. Yine, taraflar yetki anlaşması akdetmek suretiyle uyuşmazlığın tek bir ülke mahkemesince karara bağlanmasını öngörerek milletlerarası yetkisi doğabilecek diğer mahkemelerin yetkisini bertaraf edebilir. Her ne kadar bir mahkeme kararı, asıl etki ve sonuçlarını verildiği ülkede doğursa da, verildiği ülkede davacının arzu ettiği hukuki neticeyi elde etmesinin mümkün olmadığı veya olmayacağı yukarıdaki hallerde, söz konusu kararın tanınması veya tenfizi gerekebilir. İşte, milletlerarası yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmadığı bu tür hallerde, verilecek –ve sadece Türkiye’de etki doğurabilecek veya icra edilebilecek- yabancı ilamın tanınması veya tenfizinin mümkün olmadığı, yabancı ülkede dava devam ederken anlaşılabilir. Örneğin, Hollanda hukukunda yabancı ilamların tenfizi için aranan koşullardan biri de, Hollanda devleti ile tenfize konu kararın verildiği devlet arasında akdi mütekabiliyetin bulunmasıdır. Sadece Hollanda mahkemelerinin yetkili olduğu veya davacının sadece Hollanda mahkemelerinde dava açabileceği bir uyuşmazlık bakımından, Hollanda mahkemelerinin vereceği kararın -Hollanda hukukunun aramış olduğu mütekabiliyet şartı nedeniyle- MÖHUK m.54 hükmü gereği Türkiye’de tenfiz edilemeyeceği bir gerçektir. Dolayısıyla, verildiği ülke hukukunda bir hukuki sonuç yaratmaktan veya davacıyı tatmin etmekten mahrum yabancı bir ilamın tanınması veya tenfizinin imkansız olduğunun ispatlanması şartıyla, taraf devlet mahkemelerinin yetkili bir mahkeme tesis etmesi gerektiği ileri sürülebilir. Bununla beraber, böyle bir durumda yabancı ülkede açılan davanın sonuçlanması ile bu dava sonucunda verilen kararın tanınması veya tenfizinin talep edilmesi arasında geçen sürede, yabancı ilamın tanınması veya tenfizini imkansız kılan engellerin ortadan kalkması söz konusu

olabileceği gibi imkansızlığın yabancı ülkede davanın sonuçlanması veya verilen kararın tenfizi anına kadar ortaya çıkabileceği de göz ardı edilmemelidir.

3. Yetkili Mahkemenin Milletlerarası Yetki Anlaşmaları Vasıtasıyla Tayin Edildiği Hallerde (Milletlerarası Yetkinin Sübjektif Esasa Göre Tayini)

a. Genel Olarak Yetki Anlaşmaları ve Milletlerarası Yetki Alanındaki Etkileri

Devletler, nasıl ki mahkemelerinin milletlerarası yetkisini çeşitli mülahazalarla ve kendi belirleyeceği irtibatlara istinaden belirlemekte serbestse, benzer şekilde, taraf iradesini veya irade serbestisini, mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis eden bir sebep veya irtibat olarak kabul edip etmeme konusunda da tamamen serbesttir⁵⁶². Borçlar hukuku alanında tarafların sahip olduğu irade serbestisi, etkilerini milletlerarası usul hukuku alanında da göstererek milletlerarası karakterli sözleşmelerin taraflarına, yetki anlaşması akdetmek suretiyle⁵⁶³, sözleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlık çıkması halinde başvurulacak yargı merciini seçme özgürlüğü tanınmıştır⁵⁶⁴. Özellikle milletlerarası ticaret hayatının getirmiş olduğu ihtiyaçlar, geçmişte devletlerin milletlerarası yetkinin tesisinde taraf iradesine yer verme konusunda sahip oldukları negatif bakış açısını ortadan kaldırarak taraf iradesini milletlerarası yetkinin tesisinde önemli bir kaynak haline getirmiştir⁵⁶⁵. O kadar ki, günümüzde milletlerarası ticari sözleşmelerin taraflarına muhtemel uyuşmazlıkların belirli bir ülke mahkemesinde karara bağlanması konusunda yetki anlaşması akdetme imkânı tanınması, bir yetki esası olarak hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde ve uluslararası düzenlemelerde yaygın bir şekilde benimsenmiştir⁵⁶⁶.

⁵⁶² Sargın, **Yetki Anlaşmaları**, s.31.

⁵⁶³ Taraflara sunulan yargı merciini seçme özgürlüğünün sadece yetki anlaşması akdetmek suretiyle ortaya çıkmadığını, bu özgürlüğün taraflarca tahkim anlaşması yoluyla da kullanılabileceğini belirtmek gerekir.

⁵⁶⁴ Sargın, **Yetki Anlaşmaları**, s.31-32; Şanlı, **Ticari Akitler**, s.76; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.404.

⁵⁶⁵ Sargın, **Yetki Anlaşmaları**, s.33.

⁵⁶⁶ Commission Recast Impact Assessment, s.27; ILA Committee on International Civil and Commercial Litigation, s.5; Şanlı, **Ticari Akitler**, s.90. AB üyesi tüm devlet hukuklarında, yabancı bir ülke mahkemesi lehine yapılan yetki anlaşmalarına üye devlet mahkemelerince etki tanındığına ve mahkemelerce uygulandığına dair bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.73. Ayrıca bkz.: Brüksel Ibis Tüzüğü, m.25; Yetki Anlaşmalarına dair 2005 tarihli La Haye Sözleşmesi. Yetki anlaşmalarının Avrupalı

Gerçekten, özellikle milletlerarası ticari sözleşmelerin tarafları, yetki anlaşması ile sözleşmeden doğan ihtilafların çözümünü kendi iradeleriyle belirli bir ülke mahkemesinin yetkisine tabi kılarak, hukuk düzeninin izin verdiği ölçüde, milletlerarası yetkisi doğabilecek diğer ülke mahkemelerinin yetkisini bertaraf edebilmekte veya bu mahkemelerin yanında ilave bir yetkili mahkeme ihdas edebilmektedir⁵⁶⁷. Yetki anlaşmasıyla diğer ülke mahkemelerinin yetkisinin taraflarca bertaraf edilip edilmemesi, diğer bir ifadeyle yetki anlaşmasıyla belirlenen mahkemenin uyuşmazlığı görmeye münhasıran yetkili kılınıp kılınmadığı veya yetki anlaşmasının mahkemelerce münhasır nitelikte yetki anlaşması olarak yorumlanıp yorumlanmayacağı, aynı zamanda yetki anlaşmasının milletlerarası yetki alanında doğuracağı sonuçları da etkilemektedir⁵⁶⁸. Örneğin, sadece tek bir ülke mahkemesini veya belirli mahkemeleri yetkili kılan anlaşmalar (*münhasır yetki anlaşması, exclusive choice of court agreements*), uyuşmazlık bakımından –ilgili her bir devletin hukuku uyarınca geçerli olması şartıyla- milletlerarası yetkisi doğabilecek diğer ülke mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldırması itibariyle hem müspet hem menfi bir etkiye sahiptir⁵⁶⁹. Münhasır yetki anlaşmasının söz konusu olduğu hallerde, uyuşmazlığın her iki tarafı karşılıklı olarak sadece seçilen mahkemede dava açma yükümlülüğü altına girmektedir⁵⁷⁰. Davanın seçilen mahkeme dışında başka bir mahkemede açılması halinde, bu mahkemenin davalının yetki anlaşmasına dayanarak yaptığı itirazı dikkate alması ve söz konusu yetki anlaşmasının kendi hukukunda aranan şartları karşılaması halinde uyuşmazlık bakımından yetkisinin bulunmadığına karar vermesi gerekmektedir.

şirketlerce yaygın bir şekilde kullanıldığı, AB şirketlerinin %70'den fazlasının uluslararası sözleşmelerde bu yolu tercih ettiğine dair bkz.: Commission Recast Impact Assessment, s.32.

⁵⁶⁷ Bu konuda bkz.: Sargın, **Yetki Anlaşmaları**, s.32-33; Trevor Hartley, **Choice-of-Court Agreements under the European and International Instruments**, Oxford University Press, Oxford 2013, s.5.

⁵⁶⁸ David Joseph, **Jurisdiction and Arbitration Agreements and Their Enforcement**, Third Edition, Sweet &Maxwell, London 2015, s.102; Mary Keyes/Brooke Adele Marshall, "Jurisdiction Agreements: Exclusive, Optional and Asymmetrical", **JPIL**, Vol.11 No.3, 2015, s.349.

⁵⁶⁹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.624-625; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.422; Sargın, **Yetki Anlaşmaları**, s.27; Hartley, **Commercial Litigation**, s.179; Rogerson, **a.g.e.**, s.111; Magnus/Mankowski/Magnus, **Art.25**, s.605; Hartley, **Choice-of-Court Agreements**, s.5; Keyes/Marshall, **a.g.m.**, s.353; Adrian Briggs, **Agreements on Jurisdiction and Choice of Law**, Oxford University Press, Oxford 2008, s.110; Cemile Demir Gökyayla, "Asimetrik Yetki Sözleşmeleri", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Özer Selici'nin Anısına Armağan**, C.11 S.145-146 Eylül-Ekim, 2016, s.421-422; Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, **Milletlerarası Usûl Hukukunda Paralel Davalar**, Yetkin, Ankara 2017, s.34-35.

⁵⁷⁰ Joseph, **a.g.e.**, s.102; Richard Fentiman, **International Commercial Litigation**, Second Edition, Oxford University Press, Oxford 2015, s.44.

Buna mukabil, belirli mahkemeyi veya mahkemeleri yetkili kılmakla beraber, tarafların milletlerarası yetkiye sahip olabilecek diğer ülke mahkemelerinin yetkisini bertaraf etmemiş oldukları yetki anlaşmaları (*münhasır nitelikte olmayan yetki anlaşmaları, non-exclusive choice of agreements*), taraflara bu mahkemelerin yanında yetki anlaşmasında belirlenen mahkemelere de başvurabilme imkânı sunması itibariyle diğerinden ayrılmaktadır. Davalının bu tür bir yetki anlaşmasına dayanan yetki itirazı, mahkeme tarafından reddedilebilecek olması itibariyle, davacıya seçilen mahkemede dava açma yükümlülüğü getirmeyen bu tür anlaşmalar münhasır yetki anlaşmalarının sahip olduğu menfi etkiye sahip değildir⁵⁷¹. Bu bakımdan, yetki anlaşmasının münhasır nitelikte olup olmadığı veya bu şekilde yorumlanıp yorumlanmayacağı büyük önem arz etmektedir. Bununla birlikte, günümüzde, gerek Kıta Avrupası gerek Anglo-Amerikan hukukunun cari olduğu ülkelerde⁵⁷² gerekse uluslararası düzenlemelerde⁵⁷³ yetki anlaşmasıyla münhasıran yabancı bir devlet mahkemesinin yetkilendirildiği hallerde uyuşmazlığın sadece taraflarca yetkili kılınan bu mahkemede görülmesi gerektiği anlayışının benimsendiğini görmekteyiz. Doktrinde de, sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların yabancı bir ülke mahkemesinde görüleceğini öngören sıradan bir yetki anlaşmasının da münhasır nitelikte sayılması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁷⁴. Biz de, bu genel kabulden hareketle yetki anlaşması kavramını, çalışmamızın geri kalan kısmında münhasır yetki anlaşmalarını ifade edecek şekilde kullanacağız.

Bir önceki paragraftan da anlaşılacağı üzere, yetki anlaşmaları milletlerarası yetki alanındaki asıl etkilerini esasen münhasır nitelikte tanzim edildikleri veya münhasır

⁵⁷¹ Hartley, **Choice-of-Court Agreements**, s.5-6; Joseph, **a.g.e.**, s.102-103; Keyes/Marshall, **a.g.m.**, s.363.

⁵⁷² AB üye devlet hukuklarında yabancı bir mahkeme lehine yapılan yetki anlaşmalarına etki tanınması gerektiği anlayışının benimsendiği hakkında bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.73 vd. Söz konusu anlayışın benimsendiği çeşitli ülke hukukları hakkında bkz.: Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.36, dn.24.

⁵⁷³ Örneğin, Brüksel Ibis Tüzüğü m.25'te, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, taraflar arasında akdedilen bir yetki anlaşmasının münhasır nitelikte olacağı kabul edilmiştir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz.: Magnus/Mankowski/Magnus, **Art.25**, s.605 vd. Buna mukabil, AB üyesi devletler ile Meksika'nın tarafı olduğu 2005 tarihli Yetki Anlaşmalarına Dair Lahey Sözleşmesi, sadece hukuki veya ticari konularda bir taraf devlet mahkemesini yetkili kılan münhasır yetki anlaşmaları bakımından tatbik imkanı bulacak olup münhasır nitelikte olmayan anlaşmalar Sözleşmenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Bkz.: Trevor Hartley/Masato Dogauchi, **Explanatory Report on Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements**, para.12, 28. Sözleşme hakkında detaylı bilgi için bkz.: Feriha Bilge Tanrıbilir, "30 Haziran 2005 Tarihli Yetki Anlaşmasına Dair Lahey Sözleşmesi", **GÜHFD**, C.11, S.1-2, 2007, s.321 vd.

⁵⁷⁴ Sargın, **Yetki Anlaşmaları**, s.194-195 ve s.250-251; Şanlı, **Ticari Akitler**, s.106; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.426. Ayrıca bkz.: Sargın, **Yetki Anlaşmaları**, s.91, dn.250'deki yazarlar.

yetki anlaşması olarak yorumlandıkları takdirde göstermektedir. Zira taraflarca tek bir mahkemenin veya tek bir devletin mahkemelerinin yetkili kılınması, tarafların aynı uyuşmazlık bakımından milletlerarası yetkisi doğabilecek mahkemelere başvurulması ihtimalini ortadan kaldırmakta, dolayısıyla olası bir ihtilafta davanın hangi yer mahkemesinde açılacağı konusundaki belirsizliği ortadan kaldırarak hukuki kesinlik ve öngörülebilirliğe hizmet etmektedir⁵⁷⁵. Ayrıca, davanın farklı ülke mahkemelerinde açılması halinde ortaya çıkabilecek yetkiye ilişkin problemlerin önlenmesini sağlamak ve gerek tarafları gerekse kamu makamlarını gereksiz yere zaman ve masraf yapma külfetinden kurtarmaktadır⁵⁷⁶. Örneğin, bir distribütörlük sözleşmesinden doğan ihtilaflarda sadece Londra mahkemeleri yetkili kılınmasına rağmen taraflardan birinin Türk mahkemesinde dava açması halinde, davalının yetki itirazı üzerine Türk mahkemesi söz konusu anlaşmanın MÖHUK m.47’de aranan şartları karşıladığını tespit ederek yetkisizlik kararı verecektir. Dolayısıyla sadece bir mahkemenin veya bir devletin mahkemelerinin yetkili kılındığı hallerde, milletlerarası yetkisi doğabilecek her bir devlet(in) mahkemeleri, yabancı mahkemeyi münhasıran yetkili kılan bu anlaşmanın kendi hukuklarında aranan koşullara uygun olduğu takdirde yetkisizlik kararı verecektir. Böylece hem yetkili mahkeme konusundaki belirsizliğin hem de paralel yargılamaların önüne geçilecektir. Buna karşın, münhasır yetki anlaşmalarının etkilerin ve taraflarına sağlamış olduğu avantajların, münhasır olmayan yetki anlaşmaları bakımından da geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir⁵⁷⁷. Çünkü bir taraf bu tür bir anlaşmada belirtilen mahkeme yerine milletlerarası yetkiye sahip herhangi bir devletin mahkemesinde dava açtığında, diğer tarafın yapacağı yetki anlaşmasına dayanan yetki itirazı, söz konusu yetki anlaşması kendisine başvurulmuş mahkemenin yetkisini ortadan kaldırmadığından reddedilecektir. Ayrıca, bu tür bir yetki

⁵⁷⁵ Keyes/Marshall, **a.g.m.**, s.350-351; Sargın, **Yetki Anlaşmaları**, s.39; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.124-125; Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.35; Commission Recast Impact Assesment, s.28.

⁵⁷⁶ Sargın, **Yetki Anlaşmaları**, s.39; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.124-125; Keyes/Marshall, **a.g.m.**, s.351.

⁵⁷⁷ Çünkü bu tür anlaşmalar, kanunen yetkili bir mahkemenin yanında ilave yetkili bir mahkeme ihdas etmiş olduğundan, kanunen yetkili bir mahkemede dava açıldığında yetki anlaşmasına dayanan yetkisizlik itirazı mahkemece dikkate alınmayacaktır. Aynı durum, kısmen de olsa, taraflardan birinin belirli bir mahkemede dava açma taahhüdünde bulunmadığı asimetrik yetki anlaşmaları bakımından da söz konusu olabilir.

anlaşmasıyla yetkili kılınan mahkemede dava açan bir taraf veya karşı taraf, aynı davayı milletlerarası yetkiye sahip olan başka bir ülke mahkemesinde de açabilecektir.

Hiç şüphesiz, taraf iradesini veya yetki anlaşmasını mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tayin eden bir yetki esası olarak kabul eden her devlet, aynı zamanda bu iradenin kendi usul hukukunda hangi şartlar altında ne tür sonuçlar doğurabileceğini de serbestçe belirleme yetkisine sahiptir. Diğer bir ifadeyle, her devlet yetki anlaşmalarının geçerliliği ve kabul edilebilirliği ile ilgili çeşitli şartlar öngörerek tarafların sahip olduğu yetki anlaşması akdetme serbestisine çeşitli sınırlamalar getirebilir. Bu sınırlamalar, sadece taraflarca söz konusu devletin mahkemesinin yetkili kılınması halinde değil, yabancı bir mahkemenin yetkili kılınarak kanunen yetkili olan ülke mahkemelerinin yetkisinin bertaraf edilmesi halinde de geçerlidir. Örneğin, –münhasır nitelikte olsun veya olmasın- yetki anlaşmasıyla seçilen Türk mahkemesinde bir dava açıldığında, mahkeme söz konusu anlaşmanın Türk hukukunun aradığı şartlara uygun olup olmadığını, MÖHUK m.40'ın atfı gereği HMK m.17-18 hükümlerine istinaden inceleyerek yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verecektir.

Benzer şekilde, yetki anlaşmasıyla yabancı bir mahkeme münhasıran yetkili kılınmasına rağmen davanın bir Türk mahkemesinde açılması halinde, söz konusu mahkeme, yetki anlaşmasının MÖHUK m.47'deki şartlara uygun yapıp yapılmadığını inceleyerek yetkili olup olmadığına karar verecektir. Bu bakımdan, yetki anlaşmasıyla gerek Türk mahkemelerinin gerekse yabancı bir mahkemenin münhasıran yetkilendirildiği hallerde yetki anlaşmalarının hukuki sonuç doğurabilmesi, ancak kendisine başvuru Türk mahkemesinin söz konusu anlaşmaların Türk hukukunda aranan şartları karşıladığını tespit etmesiyle mümkündür. Dolayısıyla, mahkemenin söz konusu şartların var olup olmadığına yönelik değerlendirmeleri, davanın koşullarına bağlı olarak davacının ülke mahkemelerine erişimini engelleyebilecektir.

b. Yetki Anlaşmaları ile Mahkemeye Erişim Hakkı Arasındaki İlişki

Tıpkı milletlerarası yetkinin objektif yetki kurallarına istinaden tesis edildiği hallerde olduğu gibi, milletlerarası yetkinin taraf iradesine istinaden tesis edildiği veya bertaraf edildiği hallerde de, kendisine başvuru bir taraf devlet mahkemesinin

yetkisiyle ilgili her türlü tasarrufunun adil yargılanma hakkına, özellikle mahkemeye erişim hakkına uygun olması gerekmektedir. Gerçi, her devlet, mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis eden veya başka bir devletin mahkemesi lehine mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldıran bir yetki anlaşmasının kendi hukuk düzeni içinde sonuç doğurabilmesi için gerekli olan asgari şartları belirlemektedir. Dolayısıyla, yetki anlaşmasıyla yetkili kılınan veya yetkisi bertaraf edilmek istenen bir taraf devlet mahkemesi, söz konusu yetki anlaşmasının kendi hukukunda aranan şartları karşıladığı gerekçesiyle yetkisi hakkındaki vereceği kararın büyük ölçüde AİHS m.6/1'e uygun olacağı söylenebilir. Ancak yine de, gerek yetki anlaşmasına istinaden münhasıran yetkili kılınan gerekse yetki anlaşmasına istinaden yetkisi bertaraf edilen taraf devlet mahkemesinin kendi yetkisi hakkında vereceği kararın, davanın koşullarına bağlı olarak, taraflardan birinin gerek kendisine başvurulmuş mahkemeye gerekse diğer yetkili mahkemelere erişimini haksız bir şekilde engellemesi ihtimali bulunmaktadır. Böyle bir durum, sadece kendisine başvurulmuş mahkemenin yetki anlaşmasının kendi hukukunca aranan şartları karşılayıp karşılamadığını yanlış veya eksik bir şekilde değerlendirmiş olması halinde değil, yetki anlaşmasının kurucu unsuru olan “uyuşmazlığı belirli bir mahkemeye bağlayan taraf iradesi”nin özgürce ve eşit şartlar altında oluşmadığı hallerde de ortaya çıkabilir. Keza, geçerli olmasına rağmen yetki anlaşmasının ihtilafın vuku bulduğu tarih itibarıyla taraflara etkin bir yargı yoluna başvuru imkânı sağlamadığı hallerde de, söz konusu yetki anlaşmasına etki tanımak mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilecektir. Bu nedenle, istisnaen de olsa, kendisine başvurulmuş bir taraf devlet mahkemesinin taraflardan en az birine etkin bir hukuki koruma mekanizması sağlamaktan uzak olan yetki anlaşmalarına, yetkililik veya yetkisizlik kararı vererek sonuç bağlaması, AİHS m.6/1'de güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkına aykırılık teşkil edebilecektir. Bu nedenle, insan hakları mülahazalarının, özellikle adil yargılanma hakkının bir devletin kendi mahkemelerini yetki anlaşmaları vasıtasıyla bireylerin kullanımına açtığı veya bu tür anlaşmalara istinaden kendi mahkemelerine başvurma imkânlarını sınırladığı hallerde de geçerli olduğunu söyleyebiliriz.

Bireylerin tahkim anlaşması akdederek uyuşmazlığın devlet mahkemelerinde görülmesinden vazgeçebilecekleri, diğer bir ifadeyle mahkemeye erişim hakkından

feragat edebilecekleri AİHM ve AİHK tarafından pek çok kez kabul edilmiştir⁵⁷⁸. Buna mukabil, AİHK'nun bir kararı⁵⁷⁹ istisna tutulursa, yetki anlaşmasıyla yetkisi kabul edilen mahkemeye etkili bir erişim hakkından yararlanamadıklarını veya söz konusu mahkemenin sağlayacağı hukuki korumadan mahrum kaldıklarını iddia ettikleri durumlarda, yetkisi bertaraf edilen –ve kendisine başvurulana- taraf devlet mahkemesinin nasıl hareket etmesi gerektiğine yönelik AİHM'nin belirleyici bir kararı henüz bulunmamaktadır. Bununla beraber, tahkim anlaşmasına benzer şekilde, bireylerin yetki anlaşması vasıtasıyla belirli bir mahkemenin yetkisini kabul ederek milletlerarası yetkiye sahip olabilecek diğer tüm devlet mahkemelerine başvurma hakkından feragat etmeleri de mümkündür. Hatta yetki anlaşması ile tarafların, milletlerarası yetkiye sahip bir veya birden fazla mahkemeyi uyuşmazlıkları bakımından yetkili kılmayıp, söz konusu mahkemelere başvurma hakkından feragat etmeleri de mümkündür⁵⁸⁰. Böylelikle, taraflar kendi iradeleri ile özel hukuk karakterli bir uyuşmazlık bakımından başvurabilecekleri alternatif mahkemeleri sınırlandırabilmekte, kendisine başvurulana mahkemeler de kaynağını taraf iradesinden alan bu sınırlamaya etki tanıyarak -yetki veya yetkisizlik kararı vermek suretiyle- tarafların mahkemeye erişim hakkına sınırlama getirebilmektedir. Bu bakımdan, prensip olarak, yabancı bir mahkeme lehine yapılan bir yetki anlaşmasına etki tanınmasının AİHS m.6/1'de ve AY m.36'da yer alan anayasal güvenceleri ihlal ettiği söylenemez⁵⁸¹.

⁵⁷⁸ Gerek AİHM gerekse AİHK pek çok kararında, AİHS m.6/1'in belirli ihtilafların görülmesi için taraflarca hakem mahkemesi oluşturulmasına bir engel teşkil etmediğini, hukuk düzeni tarafından izin verilmiş, tarafların serbest iradeleriyle yapılmış ve bu yöndeki iradeyi mutlak şekilde ortaya koymuş olması kaydıyla, tarafların tahkim anlaşması yapmak suretiyle mahkemeye erişim hakkından feragat edebileceklerini belirtmiştir. Ayrıca, tahkim yargılamasına yasal olarak izin verilen hallerde, tahkim yargılamasının AİHS m.6/1'deki güvencelere uygun bir şekilde yapılması ve taraf devlet mahkemelerinin tahkime izin veren yasal düzenlemeler çerçevesinde tahkim yargılamasının söz konusu güvencelere uygun olarak yapılıp yapılmadığını titiz bir şekilde kontrol etmeleri gerekmektedir. Söz konusu kararlar için bkz.: AİHM, *Tabbane v. İsviçre*, no.41069/12, 1 Mart 2016, para.25-27; AİHM, *Suda v. Çek Cumhuriyeti*, no.1643/06, 28 Şubat 2010, para.48; AİHM, *Suovaniemi ve diğerleri v. Finlandiya*, no.31737/96, 23 Şubat 1999, *The Law* (kabul edilebilirlik kararı); AİHK, *Nordström-Janzen ve Nordström-Lehtinen v. Hollanda*, no.28101/95, 27 Kasım 1996; *R v. İsviçre*, no.10881/84, 4 Mart 1987; AİHK, *Bramelid ve Malmström v. İsveç*, no. 8588/79 ve 8589/79, 12 Aralık 1983.

⁵⁷⁹ *Gauthier v. Belçika*, no.12603/86, 6 Mart 1989.

⁵⁸⁰ Sargın, **Yetki Anlaşmaları**, s.33.

⁵⁸¹ Aynı yönde bkz.: Briggs, **Agreements on Jurisdiction**, s.216.

Bununla beraber, tarafların mahkemelerin yetkisinden feragat etmelerinin de bir sınırının olduğunu belirtmek gerekir. Taraflar, bir anlaşmayla uyuşmazlığın tahkim yoluyla veya yabancı bir devlet mahkemesi tarafından çözüleceği ve ihtilafın başka hiçbir yerde dava konusu yapılamayacağı konusunda anlaşabilirler ve bu tür bir anlaşma mahkemelere erişimin taraf iradesiyle sınırlanmasına hizmet etmektedir. Ancak yetki anlaşmasının varlığına rağmen kendisine başvurulmuş mahkeme yine de yapılan anlaşmanın geçerliliğini ve kabul edilebilir olup olmadığını denetleme yetkisine (ve yükümlülüğüne) sahiptir. Diğer bir ifadeyle, yetki anlaşmasına kendisine başvurulmuş mahkemece etki tanınmasıyla mahkemenin rolü taraflarca azaltılmış olsa bile, tamamen ortadan kalkmamaktadır⁵⁸².

Bunun doğal sonucu olarak, dünya üzerinde milletlerarası yetkiye sahip olabilecek tüm mahkemelere ve mahkemelere alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvuru hakkından feragat etme taahhüdünü içeren, böylece taraflardan en az birinin kendi iradesiyle adalete erişim hakkını mutlak bir şekilde sınırladıkları yetki anlaşmaları, kendisine başvurulmuş mahkeme tarafından kabul edilmeyecektir. Nasıl ki, belirli bir devlet mahkemesi lehine yapılan yetki anlaşmasına rağmen söz konusu anlaşmanın kendisine başvurulmuş mahkemeler tarafından bir tarafın hukuki himayeden mahrum kalmasına yol açacak şekilde yorumlanması mümkün değilse⁵⁸³, bir tarafın adalet talebiyle herhangi bir yargı organına başvurmamasını, henüz ihtilaf vuku bulmadan, mutlak bir şekilde ortadan kaldıran yetki anlaşmalarının kabul edilmesi de mümkün değildir. Aksi halde, böyle bir yetki anlaşmasına etki tanınarak yetkisizlik kararı verilmesi, bir tarafın ülke mahkemelerine erişiminin mutlak bir şekilde sınırlanması sonucunu doğuracaktır. Şöyle ki:

Taraflardan birinin yetki anlaşmasıyla bir taraftan dünya üzerinde milletlerarası yetkisi doğabilecek tüm mahkemelere erişiminin kısıtlandığı, diğer taraftan mahkemelere alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurma imkânının bulunmadığı hallerde, kendisine başvurulmuş mahkeme böyle bir yetki anlaşmasını kendi hukukuna göre geçerli kabul ederek yetkisizlik kararı verecektir. Dolayısıyla, milletlerarası

⁵⁸² Briggs, **Agreements on Jurisdiction**, s.216; Nomer, **DHH**, s.486.

⁵⁸³ Nomer, **DHH**, s.494; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.431.

yetkiye sahip olan –kendisine başvuru- her mahkemenin söz konusu yetki anlaşmasını geçerli kabul etmesi halinde, bu kişinin dünya üzerinde medeni hukuk karakterli iddialarını karara bağlayabileceği bir yargı organına başvurusu mümkün olmayacaktır. Bu da, yetkisizlik kararı veren milletlerarası yetkiye sahip bir taraf devlet mahkemesinin kendisinden istenen adalet talebini reddetmesi, diğer bir ifadeyle ihkakı-haktan imtina etmesi anlamına gelecektir. Bu bakımdan, yetki anlaşması akdetmek suretiyle dünya üzerinde kendisinin kullanımına sunulmuş mahkemelere başvurma hakkı taraflarca mutlak bir şekilde sınırlanamayacağı gibi, bu tür bir anlaşmaya bir taraf devletin mahkemeleri tarafından etki tanınması da mahkemeye erişim hakkına ölçsüz ve hakkın özünü ortadan kaldırır şekilde müdahale edilmesine yol açabilir. Bu nedenle, bu tür bir yetki anlaşması kendi hukukunun aradığı geçerlilik koşullarını sağlasa dahi, objektif yetki kurallarına istinaden yetkili olan bir taraf devlet mahkemesinin, söz konusu anlaşmanın kendi mahkemesine başvuran davacının mahkemeye erişim hakkını mutlak bir şekilde ortadan kaldırıp kaldırmayacağını da göz önünde bulundurması gerekmektedir.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, tarafların sadece bir mahkemeyi veya bir devletin mahkemelerini yetkili kıldıkları hallerde, her halükarda başvurabilecekleri en az bir mahkeme bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle, yetki anlaşmasıyla uyumsuzluk bakımından dünya üzerinde milletlerarası yetkisi doğabilecek tüm mahkemelerin yetkisinden feragat edemeyen taraflar, münhasır yetki anlaşmasıyla sadece tek bir mahkemeyi yetkili kılabilir, böylece mahkemeye erişim haklarını sadece bir mahkemeye sınırlayabilir⁵⁸⁴. Böyle bir durum, özellikle sadece bir mahkemenin veya bir devletin mahkemelerinin yetkili kılındığı münhasır yetki anlaşmaları ile taraflardan birinin sadece belirli bir devlet mahkemesinde dava açma taahhüdü altına girip diğer tarafın böyle bir taahhüt altına girmediği asimetrik yetki anlaşmaları bakımından ortaya çıkabilir. Hiç şüphesiz, hukuk düzeni böyle bir sınırlamaya izin vermiş olsa da, bazı hallerde taraflarca yetkili kılınan ve tarafların iddiaları hakkında adil bir yargılama yapacağı düşünülen mahkemeye erişim çeşitli nedenlerle mümkün olmayabilir veya söz konusu mahkemenin adil bir yargılama yapmasının mümkün

⁵⁸⁴ Aynı yönde bkz.: Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.321.

olmadığı ileri sürülebilir. Bu nedenle, her ne kadar AİHM'nin bu konuda belirleyici bir kararı olmasa da, özellikle doktrinde ileri sürülen görüşlerden faydalanarak, mahkemelerin milletlerarası yetkisini tesis eden ve/veya kanunen yetkili mahkemelerin yetkisini bertaraf eden yetki anlaşmalarına etki tanınmasının bireylerin mahkemeye erişim haklarına aykırılık teşkil edebileceği çeşitli ihtimalleri incelemek faydalı olacaktır.

c. Yetki Anlaşmasına Mahkemelerce Etki Tanınması Halinde AİHS m.6/1'e Aykırılığın Söz Konusu Olabileceği Çeşitli Haller

i. Genel Olarak: Yetki Anlaşmasının Varlığı Nedeniyle Yetkisizlik Kararı Verilmesi

Yabancı bir ülke mahkemesi lehine taraflarca akdedilen bir yetki anlaşmasının en temel sonucu, kanunen yetkili mahkemelerin milletlerarası yetkisini ortadan kaldırmak olduğundan, böyle bir anlaşmanın yetki anlaşmasıyla yetkisi bertaraf edilen mahkeme tarafından geçerli kabul edilmesi halinde, prensip olarak, söz konusu mahkeme yetkisizlik kararı verilecektir. Örneğin, bir Türk mahkemesi, davalının yetki anlaşmasına dayanan bir yetki itirazını değerlendirirken, söz konusu yetki anlaşmasının geçerliliği için MÖHUK m.47'de aranan koşulları karşılaması halinde yetkisizlik kararı verecektir. Doğal olarak, böyle bir anlaşmaya dayanarak yetkisizlik kararı veren, daha geniş bir ifadeyle davayı durduran (stay of/suspend proceeding) veya davadan el çeken (decline jurisdiction/dismiss proceeding) bir taraf devlet mahkemesi, davalının lehine olacak şekilde davacının mahkemeye erişim hakkına müdahale etmiş olacaktır.

Davanın açıldığı an itibarıyla geçerli ve davacıya seçilen mahkemede etkin bir yargısal koruma imkanı sağlayan bir yetki anlaşmasına dayanan böyle bir müdahalenin/sınırlamanın meşru bir amaca hizmet ettiğini söylemek mümkündür. Öncelikle, milletlerarası karakterli ticari sözleşmeler vasıtasıyla borç altına giren bireylerin, bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların karara bağlanacağı yargı merci(leri)ni belirlemeleri de gayet doğaldır. Böyle bir seçim, seçilen mahkemenin bağımsız ve tarafsız olacağı, adil ve hızlı bir yargılama yapacağı arzusuyla yapılmış olabileceği gibi, seçilen mahkemenin belirli alanlarda uzmanlığa sahip olması, dava masraflarının ucuzluğu, tebligat veya istinabe işlemlerindeki kolaylıklar gibi çeşitli

pratik ve hukuki mülahazalar böyle bir seçim yapılmasını etkilemiş olabilir. Dolayısıyla, yetki anlaşmasıyla yargı merciini belirleyen tarafların, doğal olarak, muhtemel ihtilafların bu mercide çözümlenmesi konusunda menfaatlerinin ve meşru bir beklentilerinin olduğunu söylemek mümkündür. Ayrıca, yetki anlaşmasıyla sadece seçilen mahkemede dava açma taahhüdünde bulunan bir tarafın yetkisi bertaraf edilen bir mahkemede dava açması, prensip olarak, söz konusu anlaşmaya aykırı bir davranış olarak nitelendirilecektir.

Nitekim, AİHK'nin *Gauthier v. Belçika* kararında, başvurucunun Belçika mahkemelerinin Zaire mahkemeleri lehine yapılan yetki anlaşmasına dayanan yetkisizlik kararına karşı yapmış olduğu başvuruda, başvurucunun yapmış olduğu yetki anlaşmasıyla yetkisizlik kararının verilmesine kendisinin neden olduğunu, söz konusu kararın Belçika mahkemelerinin tek taraflı bir kararı olmadığı şeklindeki tespiti⁵⁸⁵, yetki anlaşmasına aykırı böyle bir davranışın insan hakları organları tarafından da tasvip edilmeyebileceğini teyit eder niteliktedir. Hatta, yetki anlaşmasına aykırı davranan tarafın böyle bir davranışına istinaden yetkisizlik kararı vermemek, bir taraftan bu tür anlaşmalara hukuk düzeninde etki tanırken diğer taraftan yetki anlaşmasının sahip olduğu işlevi ve etkililiği ortadan kaldırmak anlamına gelecektir. Bu da, doğal olarak, sadece karşı tarafın sözleşme özgürlüğünü de bünyesinde barındıran ticari faaliyette bulunma özgürlüğünü⁵⁸⁶ değil, aynı zamanda milletlerarası ticari ilişkilerin (muhtemel) taraflarının ülke mahkemelerine olan bakış açısını olumsuz yönde etkileyebilecektir.

İkinci olarak, yetki anlaşması ihtilaf bakımından yetkili yargı merciinin tayin edilmesinin taraflara sağlamış olduğu avantajların yanında dolaylı olarak adalet hizmetlerinin hızlı ve sağlıklı bir şekilde yürütülmesine⁵⁸⁷ de hizmet etmektedir. Zira, bir taraf yetki anlaşmasıyla milletlerarası yetkisi bertaraf edilen ülke mahkemelerine başvuramayacak, başvursa dahi söz konusu mahkeme yetki anlaşmasının geçerli olması halinde yetkisizlik kararı vermek durumunda kalacaktır. Böylece, yetki anlaşmasının

⁵⁸⁵ *Gauthier v. Belçika*, En Droit, para.2

⁵⁸⁶ Bkz.: Commission Recast Impact Assesment, s.32; Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.148.

⁵⁸⁷ AİHM, bir kararında (Tabbane v. İsviçre, para.25) tahkim anlaşmalarının taraf devletlere adaletin yönetilmesi (administration of justice) konusunda faydala sağladığını ifade etmiştir. Tahkim anlaşmasıyla ihtilafın çözümü konusunda mahkemeye başvurmadan feragat edilmesinin sağlamış olduğu avantajların, kısmen de olsa, mahkemelerinin yetkisi yetki anlaşmasıyla bertaraf edilen devlet bakımından da geçerli olduğunu söylemek mümkündür.

kapsamına giren ihtilafları karara bağlamak zorunda kalmayan söz konusu mahkemelerin iş yükü, kısmen de olsa, hafifleyecek ve adalet hizmetlerine ayrılan kamu kaynaklarının başka ihtilafların çözümü için kullanılması sağlanacaktır. Dolayısıyla, geçerli bir yetki anlaşmasına istinaden verilen bir yetkisizlik kararının bu açıdan da meşru bir amaca sahip olduğu söylenebilir.

Yabancı bir devlet mahkemesi lehine milletlerarası yetkiye sahip olan mahkemelere başvurmaktan feragat eden bir tarafın olası bir ihtilafın çözümü için başvurabileceği bir mahkeme halen mevcut bulunduğundan, prensip olarak, yetkisizlik kararıyla davacının mahkemeye erişim hakkına ölçsüz bir sınırlama getirildiğinden de söz edilemez. Bununla beraber, böyle bir varsayımın davanın açıldığı tarih itibariyle lehine yetki anlaşması yapılan mahkemenin hukukunda aranan koşulları karşılayan ve/veya seçilen mahkemede adil yargılanma hakkının gereklerine uygun, etkin bir yargısal koruma imkanı sağlayan yetki anlaşmaları bakımından geçerli olduğunu da unutmamak gerekir. Çeşitli amaçlarla adalete erişim imkanlarını sadece bir (veya birkaç) mahkemeye başvurmakla sınırlayan tarafların, kendilerinden kaynaklanmayan hukuki veya fiili engeller nedeniyle seçtikleri mahkemeye başvurmaları mümkün olmayabilir. Daha doğrusu, seçilen mahkeme böyle bir anlaşmaya kendi hukuku uyarınca etki tanımayacağı veya söz konusu mahkemenin ihtilafın esası hakkında herhangi bir karar vermeyeceği önceden belli olabilir. Yine, seçilen mahkemeye başvurulsa dahi, söz konusu mahkemede adil bir yargılamanın yapıl(a)mayacağı ileri sürülebilir. Bu tür durumlarda, taraflardan en az birine etkin bir yargısal koruma imkanı sağlamayan yetki anlaşmasına istinaden yetkisizlik kararı vermenin davacının mahkemeye erişim hakkına ölçsüz bir sınırlama olarak nitelendirilmesi mümkündür. Hiç şüphesiz, ölçsüz bir müdahalenin hangi hallerde ortaya çıkabileceği, büyük ölçüde, her bir uyuşmazlığın kendine özgü koşullarına bağlı olarak değişebilir. Bu nedenle, doktrinde ileri sürülen görüşlerden hareketle, taraflardan birini seçilen mahkemeye zorlamanın davacının AİHS m.6/1’de güvence altına alınan haklarına ölçsüz ve hakkın özünü ortadan kaldırır bir müdahale teşkil edebileceği çeşitli halleri aşağıda inceleyeceğiz.

ii. Tarafların Eşitliği Gözetilmeksizin Tanzim Edilen Yetki Anlaşmalarına Etki Tanınmasının AİHS m.6/1'e Aykırılık Teşkil Edip Etmeyeceği

a) Genel Olarak

Yetki anlaşması, belirli bir hukuki işlem veya ilişkinin taraflarının, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile, söz konusu işlem veya ilişkiden doğan veya doğabilecek uyuşmazlıklar belirlemiş oldukları mahkeme(ler)de dava açma ve söz konusu mahkeme(ler)de açıldığı takdirde yetki itirazında bulunmama borcu altına girdikleri bir sözleşmedir⁵⁸⁸. Yetki anlaşması veya şartı, borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olduğundan, sözleşmelerin kurulması ve geçerliliğiyle ilgili aranan koşulların yetki anlaşmaları bakımından da aranacağı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu niteliği göz önüne alındığında, tarafların aralarındaki hukuki işlemten kaynaklanan muhtemel uyuşmazlıkların, yabancı bir devlete ait olsun veya olmasın, belirli bir mahkemede karara bağlanması konusunda her iki tarafın da özgür ve gerçek bir iradesinin mevcut olması ve bu iradelerin karşılıklı ve birbirine uygun beyanları ile dış dünyaya yansıtılması gerekmektedir. Aynı zamanda, yetki anlaşmasına yönelik iradenin hata, hile, cebir veya ikrah ile elde edilmemiş olması, diğer bir ifadeyle iradeyi sakatlayan bir hâlin bulunmaması gerekir. Bu bakımdan, yetki anlaşmasının maddi geçerliliğinin seçilen mahkemenin hukukuna göre karara bağlanacağını büyük ölçüde benimsendiğini söylemek mümkündür⁵⁸⁹.

Yetki anlaşmasının maddi geçerliliğini etkileyebilecek hata, hile, ehliyetsizlik gibi hususlar dışında, yetki anlaşmasının (uygulanmasının) aynı zamanda kamu düzenine, adalet ve ahlak anlayışına, temel hak ve özgürlüklere aykırı olmaması

⁵⁸⁸ Bkz.: Sargın, **Yetki Anlaşmaları**, s.48.

⁵⁸⁹ Türk hukukunda, gerek bir Türk mahkemesinin yetkili kılındığı gerekse yabancı bir mahkemenin yetkili kılındığı hallerde, kendisine başvurulmuş Türk mahkemesi HMK m.17-18 veya MÖHUK m.47'de aranan koşulların yanında, tarafların geçerli bir irade beyanının bulunup bulunmadığını veya iradenin hata, hile, cebir veya ikrah ile sakatlanmış olup olmadığını Türk Borçlar Kanunundaki hükümlere göre belirleyecektir. Bkz.: Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.401. Brüksel Ibis Tüzüğü m.25'te de, Brüksel I Tüzüğünden farklı olarak, yetki anlaşmasının maddi geçerliliğine ilişkin yetkili kılınan mahkemenin ait olduğu üye devletin hukuka göre hükümsüz (null and void) olmadıkça, seçilen üye devlet mahkemesinin yetkili olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Magnus/Mankowski/Magnus, **Art.25**, s.626-627. Benzer bir düzenleme, 2005 tarihli Yetki Anlaşmalarına dair Lahey Sözleşmesi m.6/a'da da benimsenmiştir. Bkz.: Hartley/Dogauchi Report, para.126.

gerektiği kabul edilmektedir⁵⁹⁰. Bu bakımdan, Borçlar Kanunu⁵⁹¹ m.27 hükmü, niteliği gereği bir sözleşme olan yetki anlaşmaları bakımından da geçerlidir ve kamu düzenine, ahlaka, kişilik haklarına aykırı yetki anlaşmaları kesin hükümsüz olarak kabul edilecektir. Nitekim Yargıtay da 1998 tarihli kararında, yabancı mahkeme lehine yapılan yetki anlaşmasının geçerli olabilmesi için Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmaması, ahlak ve dürüstlük kurallarına, toplumun ve hukukun temel ilke ve değer yargılarına, adalet ve ahlak anlayışına aykırı olmaması, Anayasada yer alan temel hakları ciddi şekilde ihlal etmemesi gerektiğini açıkça ifade etmiştir⁵⁹². Benzer şekilde, Brüksel Ibis Tüzüğü m.25 hükmünün, aynı zamanda yetki anlaşmasının makul olması gerektiği veya uygulanması halinde kamu düzenine aykırı olmaması gerektiği şeklinde bir koşulu niteliği gereği dolaylı olarak ihtiva edip etmediği tartışılmaktadır⁵⁹³. Bununla beraber, bir yetki anlaşmasının (uygulanmasının) hangi hallerde kamu düzenine, ahlaka veya temel haklara aykırılık teşkil edebileceğini net bir şekilde belirlemek mümkün görünmemektedir.

Ancak, bu noktada özellikle doktrinde bir tarafın yetkili mahkemenin tayini konusunda eşit pazarlık gücüne sahip olmadığı, dolayısıyla bir tarafın ekonomik ve sosyal bakımdan sahip olduğu gücü/üstünlüğü kullanarak veya sahip olduğu nüfuzu kötüye kullanması sonucuna yol açan yetki anlaşmalarının iyi niyete ve ahlaka aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle geçersiz sayılması gerektiği belirtilmektedir⁵⁹⁴. Özellikle, taraflardan birine, inceleme, üzerinde düşünme ve müzakere etme imkanı tanınmayan iltihaki sözleşmelerdeki genel işlem şartlarında yer alan yetki klorlarının ahlaka ve dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği ölçüde geçersiz olduğu ifade edilmektedir⁵⁹⁵. Hatta, Brüksel Ibis Tüzüğü m.25'nin aynı zamanda söz konusu madde uyarınca tanınan yetki anlaşması akdetme özgürlüğünün bir tarafça açıkça kötüye kullanılması halinde, söz konusu anlaşmanın geçersiz sayılmasını temin edecek bir yetkiyi de dolaylı olarak

⁵⁹⁰ Nomer, **DHH**, s.490; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.415; Magnus/Mankowski/Magnus, **Art.25**, s.623.

⁵⁹¹ RG: 4.12.2011 - 27863

⁵⁹² Bkz.: Yargıtay HGK, E.1998/12-287, K.1998/325, T.6.5.1998, (Çevrimiçi, www.kazanci.com, 25 Temmuz 2017).

⁵⁹³ Bkz.: Magnus/Mankowski/Magnus, **Art.25**, s.623.

⁵⁹⁴ Nomer, **DHH**, s.490; Sargın, **Yetki Anlaşmaları**, s.51.

⁵⁹⁵ Nomer, **DHH**, s.490; Şanlı, **Ticari Akitler**, s.94; Sargın, **Yetki Anlaşmaları**, s.51; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.409.

ihliva ettiği ileri sür÷lmektedir⁵⁹⁶. Bu bakımdan, genel olarak yetkili mahkemenin sadece bir tarafın menfaatine olacak şekilde eşit olmayan koşullar altında tayin edildiği veya taraflar arasında başvurulacak mahkeme(ler) konusunda eşitsizlik yaratan bir yetki anlaşmasının, hakkaniyete aykırı olduğu, adalet hissini zedelediği, bu nedenle ahlaka ve dürüstlük kuralına aykırı olduğu söylenebilir.

Peki, genel olarak tarafların eşitliği veya iyi niyet ilkeleri gözetilmeksizin akdedilen bu tür bir yetki anlaşmasının, bir tarafın yetkiye ilişkin menfaatlerini tamamen göz ardı ederek karşı tarafın usuli menfaatlerine hizmet ettiği gerekçesiyle mahkemeye erişim hakkına aykırılık teşkil ettiği ileri sür÷lebilir mi? Örneğin, bir taraf, yetki anlaşmasıyla davalının işyerinin/yerleşim yerinin bulunduğu ülkenin yetkili kılındığı, ancak bu ülkede dava açmasının ve davayı takip etmesinin karşı tarafa nazaran kendisine aşırı külfet yükleyeceği iddiasıyla bir Türk mahkemesine başvurduğunda, mahkeme nasıl hareket edecektir? Hiç şüphesiz, kendisine başvurulacak mahkemenin bu tür bir yetki anlaşmasına etki tanıma şeklindeki tasarrufu, duruma göre böyle bir eşitsizlikten veya kötü niyetli bir davranıştan olumsuz yönde etkilenen tarafın dava açma hakkına müdahale teşkil etmektedir. Doğaldır ki, yetki anlaşmasının geçerli kabul edilerek etki tanınmasının (yetkisizlik kararı verilmesinin) seçilen mahkemeye başvurma konusunda gerçekten bir eşitsizlik yaratıp yaratmadığı, büyük ölçüde davanın koşullarına bağlı olarak yapılacak bir değerlendirmeye belirlenecektir. Biz burada, yetki anlaşmasının ne şekilde ve hangi koşullar altında akdedilmesi gerektiğini de dikkate alarak, kimler tarafından akdedilmiş olduğu ayrımından hareketle tarafların eşitliği gözetilmeksizin akdedilen bir yetki anlaşmasının tarafların dava açma hakkını ihlal etme potansiyelinin bulunup bulunmadığını inceleyeceğiz.

b) Bir Tarafının Ekonomik Olarak Zayıf Konumda Olduğu Yetki Sözleşmeleri Bakımından

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere pazarlık gücü açısından eşit konumda olmayanlar arasında akdedilen bir yetki anlaşmasının dava açma hakkını ihlal etme potansiyeline sahip olup olmadığı bakımından, yetki anlaşmasının kimler tarafından,

⁵⁹⁶ Magnus/Mankowski/Magnus, **Art.25**, s.623, dn.242'teki yazarlar.

hangi koşullar altında ve ne şekilde akdedildiği önemli bir rol oynamaktadır. Örneğin, banka, satıcı/sağlayıcı veya sigorta şirketi gibi ticari veya ekonomik olarak bir tarafın güçlü konumda olduğu bir kredi, satım veya sigorta sözleşmesinin karşı tarafının kim olduğu ve sözleşmenin hangi koşullar altında akdedildiği, bu tür sözleşmelerin içinde yer alan yetki şartının akıbetini de etkileyecektir. Özellikle, tüketici veya sigorta ettiren veya sigortalının daha zayıf konumda olduğu, yetki şartı da dâhil sözleşmenin pek çok unsurunu inceleme ve müzakere edebilme şansına sahip olmaksızın kabul etmek zorunda kaldığı hallerde yetki anlaşmasının veya şartının geçersiz olduğu ve etki tanınmaması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁹⁷. Nitekim, yetki anlaşmasına konu hukuki işlem veya ilişkinin zayıf tarafının korunması gerektiği anlayışı gerek Türk gerekse yabancı mahkemeler lehine yapılan yetki anlaşmaları bakımından da normatif olarak benimsenmiştir. HMK m.17’de sadece tacirler veya kamu tüzel kişilerinin yetki anlaşması akdedebilmelerine izin verilerek, özellikle tacir olmayan gerçek kişilerin bu kişiler karşısında daha zayıf konumda oldukları ve bu kişilerin daha güçlü olanlara karşı korunması gerektiği mülahazasıyla kişi itibarıyla genel bir sınırlama getirilmiştir⁵⁹⁸. Söz konusu sınırlama, doğal olarak, yetki şartının şirket veya kamu tüzel kişileri tarafından hazırlanan ve zayıf tarafa dayatılan bir genel işlem şartı olarak yer aldığı iltihaki sözleşmeler bakımından da geçerlidir. Ancak burada, genel işlem şartı olarak yer alan bir yetki şartının, BK m.20 vd. hükümleri uyarınca yapılacak bir haksız şart denetimi neticesinde bir haksız şart niteliğinde olduğu tespitinden bağımsız olarak hükümsüz sayılacağını belirtmek gerekir⁵⁹⁹. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin bir tarafının gerçek

⁵⁹⁷ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.409; Sargın, **Yetki Anlaşmaları**, s.50-51.

⁵⁹⁸ Bkz.: HMK m.17 gerekçesi, paragraf 1.

⁵⁹⁹ Türk hukukunda, bir genel işlem şartı olarak sözleşmede yer alan yetki şartının hangi hallerde bir haksız şart olarak kabul edileceği ile ilgili olarak bkz.: Evrim Erişir, “Yetki Şartlarının Genel İşlem Koşulu Denetimi”, **DEÜHFD**, C.16, Özel Sayı, 2014, Prof.Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, s.1141. AB hukukunda da, Haksız Sözleşme Şartlarına İlişkin 5 Nisan 1993 tarihli ve 91/13 sayılı Direktif uyarınca, tüketici ile tacirler arasında akdedilen sözleşmelerde yer alan genel işlem şartlarının hükümsüz olacağı kabul edilmiştir. ABAD, bir tarafının tüketici olduğu pek çok sözleşmede yer alan yetki anlaşmasını Yönergenin hükümlerini ihlal ettiği gerekçesiyle geçersiz saymıştır. Bkz.: Magnus/Mankowski/Magnus, **Art.25**, s.624, dn.245-246. Alman Federal Mahkemesi de, posta yoluyla yollanan bir ilaca ilişkin gönderilen standart sözleşmede yer alan “Uygulanacak Hukuk/Yetkili Mahkeme (Applicable Law/Jurisdiction)” başlığı altında Hollanda hukukuna yönelik bir seçimi ihtiva eden bir klotun (Alman) tüketicilerin menfaatlerini makul olmayacak ölçüde göz ardı ettiği gerekçesiyle geçersiz saymıştır. Her ne kadar standart sözleşmede sadece uygulanacak hukuktan bahsedilse de, mahkeme başlığının tüketicinin sadece Hollanda mahkemelerinde dava açmakla yükümlü olacak şeklinde yanıltıcı bir intibaya yol açacağından hareket etmiştir. Bkz.: BGH GRUR 2013, 421, (Magnus/Mankowski/Magnus, **Art.25**, s.624, dn.251).

kişi olduğu hallerde, yetki şartı bir genel işlem şartı olup olmadığına bakılmaksızın, hükümsüz sayılacaktır.

Benzer bir anlayışın, gerek karşılaştırmalı hukukta gerekse Türk hukukunda yabancı mahkemeler lehine yapılan yetki anlaşmaları bakımından da benimsendiğini söylemek mümkündür. Pek çok AB üyesi ülke hukukunda da, tüketiciyi, işçiyi veya sigortalıyı AB üyesi olmayan üçüncü bir ülkede dava açmaya veya davaya katılmaya zorlayan yetki anlaşmalarının etkisini sınırlamak amacıyla koruyucu yetki kurallarına yer verildiği belirtilmektedir⁶⁰⁰. Ayrıca, Brüksel Ibis Tüzüğü'nün çeşitli maddelerinde de, sigorta, tüketici ve iş sözleşmesinin zayıf tarafını teşkil eden kişilerin usuli menfaatlerini açıkça ihlal eden bazı yetki anlaşmalarına izin verilmediğini görmekteyiz⁶⁰¹.

Aynı şekilde, iş, tüketici ve sigorta sözleşmelerinin zayıf tarafı konumunda olan işçi, tüketici ve sigortalıya karşı açılan davalarda yetkili Türk mahkemesini tayin eden MÖHUK m.44-46'da yer alan mahkemelerin yetkisinin, yabancı bir mahkeme lehine yapılan yetki anlaşmasıyla bertaraf edilemeyeceği kabul edilmiştir (MÖHUK m.47/2). Aslında MÖHUK m.47/2 hükmü, yetki anlaşmasıyla yetkili kılınan yabancı mahkeme(ler)de dava açma imkanını, sözleşmenin her iki tarafına da tanımaktadır. Sadece, güçlü konumda olan tarafın yetkili kılınan yabancı mahkemede açmış olduğu dava sonucunda zayıf taraf aleyhine elde etmiş olduğu kararın tanınmaması veya tenfiz

⁶⁰⁰ Tüketici, işçi ve sigorta ettiren/sigortalı/lehdar lehine koruyucu yetki kurallarının tanzim edildiği ve söz konusu kişilerin bir yetki anlaşması veya şartının tarafı olduğu hallerde yetki anlaşmalarının etkisini sınırlandığı çeşitli AB ülkeleri için bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.40-48.

⁶⁰¹ Brüksel Ibis Tüzüğü m.15/2, m.19/2 ve m.23/2 uyarınca sigorta, tüketici ve iş sözleşmesinin taraflarının yetki anlaşması yapabileceği, ancak sigorta sözleşmelerinden doğan ve zayıf konumda bulunan poliçe hamiline, sigortalıya ve lehtara karşı açılacak davaların yalnızca bu kişilerin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilceğini öngören yetki kuralının (m.14), Tüzüğü'nün kapsamına giren tüketici sözleşmelerinden doğan davaların zayıf konumda bulunan tüketiciye karşı yalnızca bu kişilerin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilceğini öngören yetki kuralının (m.18) ve iş sözleşmelerinden doğan davalarda zayıf konumda bulunan işçiye karşı yalnızca bu kişilerin yerleşim yeri mahkemesinde açılacağını öngören yetki kuralının (m.22) yetki anlaşması vasıtasıyla ortadan kaldırılmasına müsaade edilmeyeceği kabul edilmiştir. Ancak, bu kişiler tarafından açılacak davalar bakımından, yetki anlaşması bu kişilerin müracaat edebileceği yetkili mahkemelere yenisini eklemesi itibarıyla bu kişilere sunulan seçeneklerin artırılmasına imkan tanımıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Emre Esen, "Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ile Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel Ibis Recast Tüzüğü (AB 1215/2012): Akitte Zayıf Tarafın Korunmasına İlişkin Yetki Kuralları", **Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku**, Ed. Işıl Özkan/Ceyda Süral/Uğur Tütüncübaşı, Adalet, Ankara 2016, s.126-127, 167 ve 200; Sema Çörtoğlu Koca, **Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelerde Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi - İş, Tüketici ve Sigorta Sözleşmeleri**, Yetkin, Ankara 2016, s.102 vd.

edilmemesi söz konusu olabilir. Bu bakımdan, yetki anlaşmasında rağmen güçlü tarafın sadece MÖHUK m.44-46'da yer alan yetkili mahkemelerde dava açabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu noktada, ister eşit koşullar altında ve karşılıklı müzakereler sonucunda isterse bir genel işlem şartı olarak tanzim edilmiş olsun, yabancı mahkemeyi yetkili kılan böyle bir anlaşmayla sadece MÖHUK m.44-46'da yer alan mahkemelerin yetkisinin bertaraf edilemediğini belirtmek gerekir. MÖHUK m.47, söz konusu hükümlere aykırı bir anlaşmanın maddi anlamda geçerli olup olmadığı hakkında herhangi bir şey söylememektedir⁶⁰². Bu bakımdan, iş, tüketici ve sigorta sözleşmeleri bakımından yabancı bir mahkemeyi yetkili kılan bir anlaşmanın, MÖHUK m.44-46'da yer alan yetkili mahkemelerinin yanında, zayıf akit tarafın başvurabileceği ek bir mahkeme ihdas edecek şekilde yorumlanması mümkündür. Böyle bir yorum tarzı, zayıf taraf olduğu kabul edilen kişilerin korunması gerektiği anlayışına da uygun düşmektedir. Örneğin, bir Türk mahkemesince güçlü konumda olan taraf aleyhine verilen bir kararın icrası talep edildiğinde, güçlü tarafın Türkiye'de icraya konu olabilecek herhangi bir malvarlığı bulunmayabilir. Böyle bir durumda, zayıf konumda olan tarafın, kendisine dikte ettirilen yetki şartından yararlanarak yetkili yabancı mahkemede dava açması onun yararına olabilir. Bu açıdan, HMK m.17 ile kıyaslandığında, MÖHUK hükümleri, başvurabilecekleri yetkili mahkemelerin yanı sıra yabancı bir mahkemeye de başvurabilme imkanı sunması itibariyle zayıf konumda olduğu kabul edilen kişileri daha fazla korumaktadır. Ancak, bu anlayışın uygulamada pek benimsenmemiş olduğunu da belirtmek gerekir. Yargıtay, iş sözleşmelerinden doğan davalar bakımından yapılan yetki anlaşmalarını, Türk mahkemelerinin yetkisinin kamu düzenine ve münhasır yetki esasına aykırı olduğu gerekçesiyle geçersiz kabul etmektedir⁶⁰³.

Bu noktada, HMK m.17 hükmünün yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarında tacir sıfatına sahip olmayan vatandaş veya yabancıların yetki

⁶⁰² Doktrinde, MÖHUK m.44-46 ile ilgili olarak, söz konusu hükmün amacının zayıf taraf konumundaki kişilerin korunması olduğu, yoksa taraflarca yapılan yetki anlaşmasını geçersiz kılmak olmadığı belirtilmektedir. bkz.: Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.608; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.421; Çörtoğlu Koca, **a.g.e.**, s.276 -277.

⁶⁰³ Yargıtay 9.HD, E.2007/12043, K.2007/17765, T.4.6.2007; Yargıtay 9.HD, E.2009/42000, K.2011/3964, T.18.2.2011, (Çevrimiçi, www.kazanci.com, 22 Aralık 2017); Yargıtay 9.HD, E.2010/7381, K.2010/16168, T.3.6.2010, (**UTTDER**, C.1. S.2, 2012, s.289 vd.).

anlaşmasıyla Türk mahkemelerini yetkili kılmalarını da engellediğini ve bunun gerçek kişilerin Türk mahkemelerinin sağladığı korumadan yararlanamamaları sonucunu doğurabileceğini belirtmek gerekir. HMK m.17'nin bu şekilde düzenleniş amacı, tacir veya tüzel kişilere karşı zayıf konumda olan gerçek kişileri korumak olsa da, söz konusu hükümle, tacir veya kamu tüzel kişileri dışındaki kişilerin kendi aralarında bir yetki anlaşması akdetmesi de engellenmiştir. Hükümün gerekçesinde, sadece *“tacirler veya kamu tüzel kişileri dışındaki diğer kimselerin, kendi aralarında yetki sözleşmesi yapmalarının da kabul edilmediği”* belirtilmektedir⁶⁰⁴. Dolayısıyla, iki tarafının da gerçek kişi olduğu bir yetki anlaşması bakımından, tarafların yetkili mahkemenin tayini konusunda yeterli bilgi ve bilinç sahibi olamayacakları, bu konuda sahip oldukları menfaatlerini tek başına kendilerinin gözetemeyecekleri şeklinde bir düşünce anlaşılmamaktadır. Şüphesiz, hukuken eşit konumda olan iki gerçek kişinin ekonomik veya sosyal olarak da eşit konumda olduğunu önceden bilebilmek mümkün değildir. Örneğin, niteliği itibarıyla ticari olmayan bir satım sözleşmesinden doğan uyuşmazlığın bir Türk mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşan taraflardan birinin zayıf akit taraf olduğunu veya bu kişiye yetki şartının bir genel işlem şartı olarak inceleme ve müzakere etme imkânı olmaksızın dayatıldığını söylemek her zaman mümkün değildir. Bu nedenle, yetki anlaşmasının davanın koşullarına göre zayıf taraf olduğu varsayılan kişilerin menfaatine olabileceği ihtimalini dahi dikkate almayan kanun koyucunun, hükümün gerekçesinden anlaşıldığı kadarıyla, iki gerçek kişinin yetki anlaşması akdetme konusundaki menfaatini de bu kapsamda değerlendirmesi yerinde değildir. Ayrıca, kanun koyucu bir taraftan iki gerçek kişinin MÖHUK m.47 uyarınca yabancı bir devlet mahkemesini münhasıran yetki kılabilmelerine imkân tanırken, diğer taraftan HMK m.17 uyarınca Türk mahkemelerini yetkili kılmalarını engellemektedir. Diğer bir ifadeyle, iki gerçek kişi yabancı bir mahkeme lehine Türk mahkemelerinin yetkisinden feragat edebilmekte, ancak aynı kişiler bir Türk mahkemesi lehine milletlerarası yetkisi doğabilecek diğer Türk mahkemelerinin yetkisinden feragat edememektedir. Bu

⁶⁰⁴ Bkz.: HMK m.17 gerekçesi.

nedenle, HMK m.17 ile getirilen böyle bir sınırlamanın hangi amaca hizmet ettiği gerçekten anlaşılamamaktadır⁶⁰⁵.

Bu nedenle, mahkeme seçimi konusunda yeterli bilgi veya bilince ya da yeterli tecrübeye sahip olamayacağı varsayımından hareketle, bir kişiyi diğer gerçek kişiye karşı korumak amacıyla böyle bir kuralın tanzim edilmesi, yetki anlaşmasıyla münhasıran Türk mahkemelerini yetkili kılan vatandaş veya yabancının başvurabileceği tek merci olan Türk mahkemelerine erişimi kapatmak sonucunu doğurabilir. Bir örnekle açıklamak gerekirse, Türkiye’de mesleğini ifa etmekte olan ve herhangi bir ticaret odasına tacir sıfatıyla kayıtlı olmayan bir mimarın, Azerbaycan’da bir milletvekilinin iş sahibi olduğu bir villa inşa etme işini yüklediğini ve sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar bakımından Bakırköy mahkemelerinin yetkili kılındığını varsayalım. İş sahibinin sözleşme karşılığında kararlaştırılan bedeli ödememesi üzerine, mimarın yetkili kılınan Bakırköy mahkemelerinde açmış olduğu davada, HMK m.17 uyarınca her iki tarafın da bir gerçek kişi olması nedeniyle yetki anlaşmasına etki tanınmayacak ve yetkisizlik kararı verilecektir. Bu durumda, davalının yerleşim yeri ile sözleşmenin ifa yeri yabancı ülke olduğundan objektif yetki kurallarına göre yetkili bir mahkeme de bulunmayacaktır. Türk vatandaşı gerçek kişi, HMK m.17 nedeniyle Türk mahkemelerinin korumasından mahrum kalacak, davalının ülkesinde dava açmak zorunda kalacaktır. Bu bakımdan, esasen zayıf akit tarafı korumak gayesiyle tanzim edilmiş olan HMK m.17 hükmünün tüm gerçek kişileri kapsayacak şekilde sınırlanması, davanın koşullarına bağlı olarak, bireylerin Türk mahkemelerine erişimine gereği olmayan, ölçüsüz bir müdahale olarak nitelendirilebilir. Ezcümle, kanun koyucu HMK m.17 hükmüyle bir taraftan –yabancı unsurlu davalarda- Türk mahkemelerini yetkili kılan bir yetki anlaşmasına karşı zayıf akit taraf olduğu varsayılan kişileri korumak isterken, diğer taraftan zayıf akit taraf olduğu otomatikman kabul edilemeyecek gerçek kişileri de bu kapsama dâhil etmiştir. Böylece, Türk vatandaşlarının veya yabancıların yetki anlaşması akdederek Türk mahkemelerine erişim imkânlarına gereksiz yere sınırlama getirilmiştir. Şüphesiz, böyle bir

⁶⁰⁵ Doktrinde HMK m.17 hükmüyle getirilen böyle bir sınırlamaya yönelik eleştiriler için bkz.: Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.633-634; Nomer, **DHH**, s.483, dn.195.

sınırlamanın ölçüsüz bir müdahale olup olmayacağını her davanın kendi özelliklerine göre değişebileceğini belirtmeliyiz.

Belirtmek gerekir ki, tüm bu düzenlemelerin temelinde, ekonomik olarak güçlü olan tarafın menfaatine en uygun olduğunu düşündüğü mahkemeyi tercih ederek zayıf tarafı kanunen tabi olduğu mahkemelerden uzaklaştırdığı, bunun başta yetkili mahkemenin tayini olmak üzere sözleşmenin zayıf tarafının usuli menfaatlerini açıkça tehlikeye düşürdüğü anlayışı yatmaktadır. İşte, dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde zayıf taraf aleyhine bozulan dengenin yeniden kurulması amacıyla, ekonomik yönden güçlü tarafa hizmet eden yetki anlaşmalarının geçersiz sayılması veya etkisinin sınırlandırılması anlayışı benimsenmiştir. Böylece, söz konusu düzenlemelerle yetki anlaşması akdetme serbestisinin zayıf tarafın durumunu ağırlaştıracak şekilde kötüye kullanılması ihtimali tamamen veya kısmen engellenmiş olmaktadır. Bu bakımdan, gerçek kişilerin yetkili mahkemenin tayini konusunda sahip oldukları irade serbestisinin de, yine bu kişilerin menfaatine olacak şekilde sınırlandırıldığını söyleyebiliriz. Bu nedenle, hukuk düzeni tarafından getirilen böyle bir koruma, zayıf konumda bulunan kişilerin adil yargılanmaya yönelik menfaatlerine hizmet etmektedir. Bununla beraber, her gün birden fazla gerçek kişiyle sözleşme akdetmekte olan tacirlerce yetkili mahkemenin tayin edilmesinin zarureten ortaya çıktığı ileri sürülebilirse de, bu konuda gerçek iradesini ortaya koy(a)mayan veya karşı tarafa kabul ettiremeyen bir tarafı böyle bir yetki anlaşmasıyla bağlı tutmanın hakkaniyetle bağdaşmadığı da bir gerçektir. Dolayısıyla, ulusal hukuk düzenlerince tacirlerin yetki anlaşması akdedebilme özgürlüğünü sınırlayan bu tür kuralların, tacirlerin hak arama özgürlüğüne, dolaylı olarak ticari faaliyette bulunma özgürlüğüne bir müdahale teşkil ediyor olsa da, prensip olarak böyle bir sınırlama ölçüsüz bir müdahale olarak nitelendirilmeyecektir.

*c) Bir Tarafının Zayıf Konumda Olduğunun Varsayamayacağı
Yetki Anlaşmaları Bakımından*

Türk hukukunda HMK m.17 hükmünün tacirlerin kendi aralarında akdettikleri yetki anlaşmaları bakımından hukuken eşit konumda oldukları varsayımından hareketle tanzim edildiği anlaşılmaktadır. Aynı anlayışın, kamu tüzel kişileri ve tacirler ile bu kapsamda olmayan kişiler gibi bir ayrıma yer vermeyen, ancak uygulama alanı

MÖHUK m.44-46 hükümleriyle sınırlandırılmış olan MÖHUK m.47 bakımından da geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Bu bakımdan, prensip olarak her iki tarafın da tacir olması nedeniyle tarafların hakimın müdahalesine gerek olmaksızın menfaatlerini en iyi şekilde koruyabileceklerini söylemek mümkündür⁶⁰⁶. Dolayısıyla, ticari menfaatlerini düşünerek kendi iradeleri ile sözleşmenin içeriğini kendileri için en rasyonel şekilde belirleyecek olan tarafların yetkili mahkemenin tayini konusundaki tercihlerini de buna uygun şekilde müzakere etmeleri ve belirlemeleri beklenir. Bu nedenle, bir tarafın karşı taraftan bir menfaat elde edebilmek amacıyla yetkili mahkemenin belirlenmesi konusundaki tercihi karşı tarafa bırakması söz konusu olabilir⁶⁰⁷. Özellikle, maddi hukuk sözleşmesinin akdedilmesi konusunda ekonomik olarak zayıf konumda olan veya daha geniş bir ifadeyle ticari akıbeti büyük ölçüde diğer taraf(lar)la akdedeceği maddi hukuk sözleşmelerine bağlı olan bir tacir, karşı tarafın dayatmış olduğu yetki şartını kabul ederek, yetkili mahkemenin tayini konusundaki menfaatini ikinci plana itebilir. Böyle bir durumda, genel işlem şartlarında veya müstakil bir sözleşmede yer alan bir yetki şartı doğrudan hükümsüz kabul edilmese de, bir tarafın hak arama yollarını diğer tarafın aleyhine kolaylaştırması itibariyle taraflar arasındaki dengeyi bozduğu söylenebilir. Bu bakımdan, ekonomik olarak banka, sigorta şirketi veya distribütörlük veren kadar güçlü konumda olmasa da, kredi kullanan, alıcı veya dağıtıcının bir tacir veya kamu tüzel kişisi olduğu, dolayısıyla bir gerçek kişi kadar zayıf konumda olduğunun varsayılamayacağı yetki anlaşmaları bakımından aynı anlayışın kabul edilmesi tartışmaya açıktır.

Gerçekten, sözleşmenin akdedildiği an itibariyle eşit pazarlık gücüne sahip olmayan bir tarafın yetkili mahkemenin tayini konusundaki iradesini karşı taraf lehine olacak şekilde kullanmış olması söz konusu olabilir. Böyle bir durum, çoğunlukla yetki anlaşmasıyla taraflardan birisine sadece belirlenen mahkemede dava açma zorunluluğu getirilmesi, diğer tarafa milletlerarası yetkisi doğabilecek mahkemelerden herhangi birinde dava açabilme imkanı tanınması halinde söz konusu olmaktadır. Böylece, pazarlık gücü bakımından güçlü olan taraf, karşı tarafın kendisine karşı dava açılabileceği mahkemeleri sınırlamakta, kendisinin açacağı davalarda ise sadece yetki

⁶⁰⁶ Erişir, **a.g.m.**, s.1164.

⁶⁰⁷ Erişir, **a.g.m.**, s.1166.

anlaşmasıyla belirlenen mahkemede değil, milletlerarası yetkiye sahip diğer mahkemelerde de dava açabilmektedir. Doktrinde bu tür yetki anlaşmaları genellikle asimetrik yetki anlaşması olarak adlandırılmaktadır⁶⁰⁸.

Geçerliliği uygulamada sıkça tartışmaya konu olan bu tür yetki anlaşmaları, bazı ülke hukuklarında ifası taraflardan birinin iradesine bağlı bir borç teşkil ettiği⁶⁰⁹, seçilen mahkemenin belirlenebilir olması koşulunu karşılamadığı⁶¹⁰, taraflar arasında

⁶⁰⁸ Bu tür yetki anlaşmaları, İngilizce’de “one-sided”, “unilateral option”, “hybrid” veya “asymmetric” choice-of-court agreements olarak adlandırılmaktadır. Ancak gerek Türk hukukunda gerekse karşılaştırmalı hukukta “asimetrik yetki anlaşması” ifadesi genellikle tercih edilmektedir. Bkz.: Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.620; Demir Gökyayla, **Asimetrik Yetki**, s.418; Hartley, **Commercial Litigation**, s.180; Fentiman, **Commercial Litigation**, s.79.

⁶⁰⁹ Fransız Yargıtayı 2012 tarihli *Madame X v. Banque Privée Edmond de Rothschild* kararında, merkezi Lüksemburg’da bulunan Edmond de Rothschild Avrupa Bankası’nın Paris şubesi ile bir müşterisi arasında akdedilen ve banka tarafından hazırlanan standart sözleşmede yer alan “banka ile müşterisi arasındaki uyuşmazlıkların münasırın Lüksemburg mahkemelerinde görüleceği, Bankanın müşterinin ikametgâhı veya milletlerarası yetkiye sahip diğer bir mahkemede dava açma hakkını saklı tuttuğuna” dair yetki şartını geçersiz saymıştır. Brüksel Tüzüğüne göre tüketici olduğu açıkça anlaşılan, ancak tüzüğün tüketiciyi koruyan hükümlerinden yararlanamayan müşterinin Paris mahkemelerinde açmış olduğu davada banka, yetki şartının ilk kısmında tüketici tarafından bankaya karşı açılacak davalarda münhasırın Lüksemburg mahkemeleri yetkili olduğundan yetki itirazında bulunmuştur. İlk derece mahkemesi, bankanın müşterinin ikametgâhı mahkemesinde veya milletlerarası yetkiye sahip herhangi bir mahkemede dava açma hakkını saklı tuttuğunu, yetki şartının müşteriyi sadece Lüksemburg’da dava açmaya zorladığını ve bankaya çok geniş bir seçim hakkı tanıdığını, dolayısıyla Brüksel Tüzüğü m.23’ün öngördüğü yetki anlaşmalarının amaç ve işlevine aykırı olduğunu tespit etmiştir. Temyiz mahkemesi, Brüksel Sözleşmesi m.17’de yer alan kuralın, taraflardan birini korumak üzere tarafların ortak bir isteği açıkça ifade eden bir yetki şartını geçerli kabul etse dahi, söz konusu kuralın bir tarafa dilediği herhangi bir mahkemeyi seçme konusunda mutlak bir takdir yetkisi veren bir yetki şartına izin vermediğini belirterek yetki anlaşmasının geçersiz olduğuna karar vermiştir. Banka, Fransız Yargıtayı nezdinde yapmış olduğu temyiz talebinde, söz konusu yetki şartının bankaya dilediği herhangi bir mahkemede dava açma yetkisi vermediğini, yetki şartındaki ifadenin sadece Tüzük kapsamında yetkiye sahip herhangi bir mahkemede dava açma yetkisine işaret ettiğini belirterek temyiz mahkemesinin yetki şartını yanlış yorumladığını ileri sürmüştür. Yargıtay ise, temyiz mahkemesinin gerekçesini yerinde bularak, asimetrik yetki sözleşmesinin ifası sadece taraflardan birinin iradesine bağlı olan (potestatif) bir şarta bağlı borç ihtiva ettiğinden, Tüzüğün 23. maddesinin hukuki kesinlik ve öngörülebilirlik amacına aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Karar için bkz.: Keyes/Marshall, **a.g.m.**, s.366-370. Bulgaristan Yüksek Ticaret Mahkemesi de, 2011 tarihli bir kararında, Fransız Yargıtayının yukarıda değindiğimiz kararındakine benzer gerekçelerle yapılan uyuşmazlık çözüm anlaşmasını geçersiz kabul etmiştir. Yalnız bu kararda, yukarıdaki karardan farklı olarak, yetki şartında tarafların önce dostane çözüm yollarına başvuracakları kararlaştırılmıştır. Uyuşmazlığın bu şekilde çözülememesi halinde, kredi veren tarafın Bulgaristan Ticaret Odası veya başka bir tahkim kurumu nezdinde tahkime başvurma veya Sofya Bölge Mahkemesinde dava açma imkanına, kredi alan tarafın ise herhangi bir seçimlik hakka sahip olmadığı kararlaştırılmıştır. Karar için bkz.: Demir Gökyayla, **Asimetrik Yetki**, s.440.

⁶¹⁰ Fransız Yargıtayı, 2015 tarihli bir kararında, bankanın kredi alan şirkete karşı milletlerarası yetkiye sahip diğer mahkemelerde (any other court with jurisdiction) dava açma hakkını saklı tuttuğu yetki şartını, yetkili kılınan mahkemelerin objektif kriterlerle belirlenebilir olmadığı gerekçesiyle geçersiz saymıştır. Bir Fransız şirketi ile Credit Suisse bankası arasında akdedilen kredi tahsis sözleşmesinde yer alan yetki şartı uyarınca, Fransız şirket tüm uyuşmazlıklar bakımından Zürih veya kredi sözleşmesini yapan banka şubesinin bulunduğu yer mahkemesinin münhasırın yetkili olduğunu kabul etmiş, banka ise kredi alan şirkete karşı milletlerarası yetkiye sahip diğer mahkemelerde dava açma hakkını saklı tutmuştur. Fransız şirkete halef olan davacı tarafından bankaya karşı açılan davada, ilk derece ve temyiz

eşitsizliğe yol açtığı gerekçesiyle hakkaniyete aykırı olduğu⁶¹¹ gibi çeşitli gerekçelerle çeşitli devlet mahkemelerince geçersiz sayılmaktadır.

Buna karşın, pek çok ülke hukukunda bir tarafın sadece belirlenen mahkemede dava açabileceğini öngören, diğer tarafa ise bu mahkeme dışında başka mahkeme(ler)de de dava açma yetkisi tanıyan yetki anlaşmalarının geçerli kabul edildiğini görmekteyiz. Bu konuda İngiliz mahkemelerinin oldukça liberal bir yaklaşım sergilediğini, bir tarafın başvurabileceği mahkemeleri sınırlarken diğer tarafa sadece birden fazla mahkemeye değil aynı zamanda tahkime de başvurabilme yetkisi veren anlaşmalarının geçerli kabul

mahkemesi yetki anlaşmasını geçerli bulmuştur. Fransız Yargıtayı ise, yetki şartının taraflar arasında bir eşitsizliğe yol açıp açmadığı incelenmeksizin, bankanın karşı tarafa karşı milletlerarası yetkili herhangi bir mahkemede dava açabilme hakkı tanıyan şartın objektif kriterlerle açıkça belirlenebilir olmadığından Lugano Sözleşmesi m.23 uyarınca yetki anlaşmalarının sahip olması gereken hukuki kesinlik ve öngörülebilirliği karşılamadığına hükmetmiştir. Fransız Yargıtayı 1. Hukuk Dairesinin 25 Mart 2015 tarih ve 13-27264 nolu *ICH v Crédit Suisse* kararı için bkz.: Keyes/Marshall, **a.g.m.**, s.370-371. Kararda mahkemenin objektif kriterlerle belirlenebilir olmasıyla neyin anlaşılması gerektiğinin açıklanmadığı, ancak kararın dolaylı olarak ABAD'ın bir kararına atfita bulunduğu belirtilmektedir. Gerçekten, söz konusu kararda (Coreck Maritime GmbH v.Handelsveem BV and Others, Case C-387/98, (2000) ECR I-9362, para.15) ABAD, yetkili mahkemenin yetki anlaşmasının metninden açıkça anlaşılması veya anlaşmada yetkili mahkemenin belirlenmesi sağlayan objektif kriterlerin bulunması gerektiğini belirtmiştir. Bu nedenle, karara konu yetki şartında yer alan “herhangi bir yetkili mahkemede (any competent court)” ifadesinin, çok geniş ve belirsiz olduğundan belirli olma koşulunu karşılamadığı gerekçesiyle söz konusu şartın geçersiz kabul edildiği belirtilmektedir. Kararın eleştirisi için bkz.: Deyan Dragiev, “French Court of Cassation Confirms Invalidity of Unilateral (Asymmetrical) Jurisdiction Clauses”, (Çevrimiçi, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/05/21/french-court-of-cassation-confirms-invalidity-of-unilateral-asymmetrical-jurisdiction-clauses/>, 18 Aralık 2017). Fransız Yargıtayı, bu karardaki görüşünü 2015 tarihli *MJA v. Apple Sales International* kararında tekrarlamıştır. Fransız şirketi MJA ile İrlanda şirketi Apple arasında akdedilen bayilik sözleşmesinde yer alan yetki şartı uyarınca İrlanda mahkemeleri münhasıran yetkili kılınmış, ancak Apple'ın bayiye (MJA) karşı, MJA'nın yerleşim yeri veya MJA'nın eylemleri nedeniyle Apple'ın zarara uğradığı ülke mahkemelerinde dava açabileceği kararlaştırılmıştır. MJA'nın Apple'a karşı açmış olduğu dava sonucunda Fransız Yargıtayı, önceki kararlarından farklı olarak, asimetric yetki anlaşmasında bir tarafa dilediği/uygun gördüğü yetkili mahkemelerden birisinde dava açma hakkı verilmediğini, İrlanda mahkemelerinin yanında yetki şartında sayılan diğer mahkemelerde de dava açma hakkı tanındığını, yetki şartı her iki tarafa eşit hak vermese bile dava açılacak mahkemelerin uyumsuzluk vuku bulduğu tarih itibarıyla belirlenebilmesine imkan veren kriterler (MJA'nın yerleşim yeri veya zararın doğduğu yer) yetki şartında yer aldığı için Brüksel I Tüzüğü m.23 uyarınca geçerli olduğuna karar vermiştir. Karar için bkz.: Keyes/Marshall, **a.g.m.**, s.371-372.

⁶¹¹ Rusya Yüksek Mahkemesi, 2012 tarihli *Russkaya Telefonnaya Kompaniya (RTK) v Sony Ericsson Mobile Communications* kararında, uyumsuzluk çözüm klozunun tarafların usuli eşitliği ilkesine aykırılık teşkil ettiğine hükmetmiştir. Rus mahkemesi, AİHM ve anayasa mahkemesi kararlarına atıf yaparak, taraflar arasında mahkemelere ve diğer yargısal makamlara başvurma konusunda eşit haklara sahip olduğunu, çelişmeli yargılama ilkesi ile tarafların usuli eşitliği ilkelerinin tarafların eşit usuli fırsatlara sahip olmasını emrettiğini belirterek geçersiz saymıştır. Karar için bkz.: Timur Aitkulov, “The Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation rules on the validity of dispute resolution clauses with a unilateral option”, Kluwer Arbitration Blog, September 11 2012, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2012/09/11/the-supreme-arbitrazh-court-of-the-russian-federation-rules-on-the-validity-of-dispute-resolution-clauses-with-a-unilateral-option>, 17 Aralık 2017).

edildiğini belirtmek gerekir⁶¹². İngiliz mahkemelerince, asimetrik yetki anlaşmalarının geçerliliğinin tartışma konusu yapıldığı pek çok kararda, bu tür anlaşmaların geçerli olduğu ve bir tarafın sahip olduğu bu hakkı kullanmasının, böyle bir hakka sahip olmayanların haklarına üstün tutulduğu kabul edilmiştir⁶¹³.

Örneğin, İngiliz mahkemeleri, *Mauritius Commercial Bank v. Hestia Holdings Limited ve Sujana Universal Industries Limited* kararına konu uyuşmazlıkta, kredi sözleşmesinden kaynaklanan borcunu ödeyemeyen Hestia ile kredi sözleşmesinin garantörü sıfatıyla Sujana'ya karşı açılan davada davalılar, sözleşmede yer alan yetki klotunun geçersiz olduğu iddiasıyla İngiliz mahkemelerinin yetkisine itiraz etmiştir. Söz konusu yetki şartında, “sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından İngiliz mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu, söz konusu şartın bankanın menfaatine olduğu, bankanın bir uyuşmazlıkla ilgili diğer herhangi bir mahkemede dava açmasının engellenmeyeceği, kanunen izin verildiği ölçüde çok sayıda mahkemede paralel dava açabileceği” belirtilmektedir⁶¹⁴. Davalılar, ilk olarak yetki şartının Mauritius hukukuna tabi olduğunu, Mauritius hukukunun esasen Fransız hukukuna dayandığını ve mahkemelerinin de Fransız mahkeme içtihatlarını takip ettiğini ve genellikle uyguladığını, dolayısıyla Fransız Yargıtayının kısaca *Rothschild* kararı olarak bilinen

⁶¹² Örneğin bir İngiliz mahkemesi kararına konu yetki şartında, gemi kira sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar bakımından İngiliz mahkemelerinin yetkili olduğu, gemi sahibinin aynı zamanda olası bir uyuşmazlıkta tahkime gitme hakkına da sahip olduğu kararlaştırılmıştır. Gemi kiracılarının İngiliz mahkemelerinde açmış olduğu davayı durdurmak amacıyla uyuşmazlığı tahkime götürme konusunda sahip oldukları yetkiye dayanarak yetki itirazında bulunmuştur. İngiliz mahkemesi, kiracılar tarafından yetki klotuna istinaden dava açılmasını, gemi sahibinin uyuşmazlığı tahkime götürme konusunda sahip olduğu seçim hakkını bypass ettiği şeklinde yorumlayarak, gemi sahiplerinin sahip olduğu opsiyonu gemi kiracılarının dava açmalarından sonra bile kullanabileceklerini belirtmiştir. Diğer bir ifadeyle, gemi sahiplerinin sahip olduğu opsiyon, esasen herhangi bir zaman duvarıyla sınırlanmamıştır. İngiliz mahkemesi, tereddütsüz bir şekilde yetki klotunun gemi sahiplerine kiracılara kıyasla daha iyi haklar bahsettiğini belirtmiştir. Karar için bkz.: *NB Three Shipping Ltd v Harebell Shipping Ltd* [2004] EWHC 509 (QB), (**Lloyd's Law Reports**, 2005/1, s.512-514.). Başka bir kararda ise İngiliz mahkemesi, bir tarafın hem tahkime hem İngiliz mahkemelerine, diğer tarafın sadece İngiliz mahkemelerine başvurma opsiyonuna sahip olduğu bir yetki klotunun geçerli olup olmadığını ele almıştır. Söz konusu davada, seçme hakkına sahip olmayan taraf tahkim mahkemesinde dava açmış, ardından diğer taraf mahkemede dava açmıştır. Mahkemede görülmekte olan davanın durdurulması/bekletilmesi talebi üzerine mahkeme, bu tür yetki klotlarının bir şekilde objektif/adil olmaktan uzak olduğunun söylenemeyeceğini, sözleşmelerde taraflardan birisine avantaj sağlayan birçok hüküm bulunabildiğinden hareketle yetki klotunun geçerli olduğuna hükmetmiştir. Karar için bkz.: *Law Debenture Trust Corporation Plc v Elektrim Finance BV & Others* [2005] EWHC 1412 (Ch), (**Lloyd's Law Reports**, 2005/2, s.757 vd., s.767-768).

⁶¹³ *Keyes/Marshall*, **a.g.m.**, s.373.

⁶¹⁴ *Mauritius Commercial Bank v. Hestia Holdings Limited & Sujana Universal Industries Limited*, [2013] EWHC 1328 (Comm), para.9.

içtihadına⁶¹⁵ istinaden tek taraflı yetki anlaşmasının geçersiz olacağını iddia etmiştir. İkinci olarak, söz konusu yetki şartı İngiliz hukukuna göre geçerli kabul edilirse, bankaya davalılara karşı milletlerarası özel hukuk kurallarına göre yetkiye sahip olduğunu kabul edecek mahkemelerden ziyade dünya üzerindeki herhangi bir mahkemeye başvurma imkanı tanıyan yetki şartının, adalete eşit erişime ilişkin temel ilkelere aykırı olduğunu ileri sürmüştür⁶¹⁶. İngiliz mahkemeleri ise, yetki şartının lafzının davalıları bankanın dünyanın her yerinde dava açabileceği şeklinde hatalı bir yoruma sevk ettiğini belirtmiştir. İngiliz mahkemelerine göre, yetki şartının İngiliz mahkemelerinin yetkisine ilişkin ilk kısmı, bankanın İngiltere dışında bir yerde dava açmasının engellenmemesini teminat altına almaktadır. Buna göre söz konusu şart, hiç mevcut olmayan bir yabancı mahkemeye yetki vermemekte olup bankanın sadece kendi hukukuna göre milletlerarası yetkiye sahip olan mahkemelerde dava açabilme hakkını muhafaza etmektedir. İngiliz mahkemeleri, aksi yönde bir yorumun, yetki şartının bankayı sadece İngiltere’de dava açmak zorunda bırakacak bir etkiye sahip olacağını belirtmiştir. Bu tür yetki klozlarının özellikle finans sektöründe yaygın bir şekilde kullanıldığını da vurgulayarak⁶¹⁷, tarafların gerçek niyetlerinin bankanın dünyanın her yerinde dava açabilme yetkisine sahip olması veya kendisine karşı dava açılabilceği yönünde olsaydı da, böyle bir sonucun tarafların karşılıklı anlaşması sonucu olduğundan tarafların bu yöndeki iradelerine etki tanınması gerektiğini belirtmiştir. Böylece, davalıların AİHS m.6’ya yönelik adalete eşit erişim iddialarıyla ilgili olarak, AİHS m.6’nın taraflarca seçilen mahkemede adalete erişebilmesine yönelik olduğunu ifade ederek, söz konusu maddenin sınırsız bir mahkeme seçim hakkıyla ilgili olmadığını belirtmiştir. İngiliz mahkemelerine göre, yetkili mahkemeyi seçme hakkının tek taraflı olarak bankaya verilmiş olması nedeniyle davalıların başvurabileceği bir

⁶¹⁵ Bkz.: Yukarıda, s.470, dn.609.

⁶¹⁶ Mauritius v. Hestia&Sujana, para.12. Davalılar, aynı zamanda kendilerini bankanın seçimine bağlı olarak dünyanın herhangi bir yerinde dava açmakla bağlı kılan bir yapıya sahip olan yetki şartının uygun olmadığını, İngiliz kamu düzenine aykırılık teşkil edecek derecede makul olmaktan uzak olduğunu bir başka paragrafta ileri sürmüştür. Bkz.: Mauritius v. Hestia&Sujana, para, 38.

⁶¹⁷ Mahkeme, doktrindeki görüşlere atfen, finans sektöründe kredi kuruluşlarına, borçluların ülkesinde veya mallarının bulunduğu ülkede dava açabilme imkânı tanıdığından yaygın bir şekilde kullanılmakta ve geçerli kabul edilmekte olduğunu belirtmiştir. Bkz.: Mauritius v. Hestia&Sujana, para.42.

mahkemenin belirlenmemiş olması durumunda, davalıların adalete erişimi bankanın sahip olduğu ile eşit olmayacaktır⁶¹⁸.

Benzer bir yaklaşım, yine bir kredi sözleşmesinde yer alan benzer bir yetki şartıyla ilgili olarak benimsenmiştir. Bu sefer, seçim hakkına sahip olmayan tarafça açılan davada İngiliz mahkemesi, bir tarafa münhasıran yetkili kılınan mahkeme yanında milletlerarası yetkiye sahip olabilecek diğer ülke mahkemelerinde dava açma hakkı veren ve kanunen izin verilmiş olmak kaydıyla başka bir ülkede paralel dava açma hakkı veren yetki anlaşmalarının geçerli olduğunu kabul etmiştir⁶¹⁹.

Bir İtalyan mahkemesi de, 2011 tarihli *Sportal Italia v. Microsoft Corporation* kararında İtalyan şirketin sadece Washington mahkemelerinde dava açabileceğini, Microsoft'un ise İtalyan mahkemelerinde de dava açabileceğini öngören bir asimetrik yetki anlaşması ile ilgili olarak, bu tür yetki anlaşmalarının İtalyan hukukunda geçerli olduğuna hükmetmiştir. İtalyan mahkemesi, bu tür yetki anlaşmalarının İtalyan hukukunda uzun zamandır geçerli sayıldığını, Brüksel Sözleşmesi m.17 ve Tüzüğü m.23'te bu tür yetki anlaşmalarına izin verildiğini belirtmiştir. Ayrıca mahkeme, *"Washington mahkemelerinde dava açmak zorunda olan tarafın, kendisinin doğal mahkemesi konumunda bulunan İtalyan mahkemelerinin yetkisine itiraz edemeyeceğini, Microsoft'un Washington yerine İtalyan mahkemelerinde dava açmayı tercih ettiğinden taraflar arasında var olduğu ileri sürülen eşitsizliğin ortaya çıkmadığını"* belirtmiştir⁶²⁰. Genellikle ticari sözleşmelerde yer alan bu tür yetki klozları, sadece

⁶¹⁸ Mauritius v. Hestia&Sujana, para.43.

⁶¹⁹ Söz konusu kararda, seçim hakkına sahip olmayan taraf, yetki şartının ilk kısmında münhasıran yetkili kılınan İngiliz mahkemesinde dava açmıştır. Lugano Sözleşmesinin kapsamına giren uyuşmazlıkta davalı banka İngiliz mahkemesinin yetkisine itiraz etmiştir. İngiliz mahkemesi, davalı bankanın Sözleşme uyarınca milletlerarası yetkiye sahip diğer ülke mahkemelerinde paralel davalar da dahil olmak üzere dava açma hakkına sahip olduğunu kabul etmiştir. Ancak, seçim hakkına sahip olmayan şirketin yetki şartında yer alan sözleşmesel taahhüdüne uygun bir şekilde hareket ederek davasını açtığını, Lugano Sözleşmesi m.17 uyarınca İngiliz mahkemelerinin yetkili olduğunu, Sözleşmenin 21. maddesinde yer alan derdestlik kuralı uyarınca dava ilk önce İngiltere'de açıldığından aynı uyuşmazlıkla ilgili başka bir ülkede dava açılmasının mümkün olmadığını belirterek yetki itirazını reddetmiştir. Bkz.: Lornamead Acquisitions Ltd v. Kaupthing Bank HF [2011] EWHC 2611 (Comm), para.112.

⁶²⁰ İtalyan Yüksek Mahkemesi de, 2012 tarihli *Grinka in liquidazione v Intesa San Paolo, Simest, HSBC* kararında, bir tarafın sadece İngiliz mahkemelerinde dava açmakla yükümlü kılındığı, diğer tarafın ise İtalyan mahkemelerinde veya uluslararası sözleşmelere göre yetkili herhangi bir mahkemede dava açabilme özgürlüğü sunan bir yetki anlaşmasının geçerli olduğuna karar vermiştir. İtalyan Yüksek Mahkemesi, tarafların yetkili mahkemenin tayini konusundaki konumlarına vurgu yaparak, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, anlaşmanın seçilen mahkemenin münhasıran yetkili olacağını öngören

Avrupa ülkelerinde değil, ABD ve Çin mahkemelerince de geçerli olarak kabul edilmektedir⁶²¹.

Türk doktrininde bu tür yetki anlaşmalarının geçerliliği konusunda farklı görüşler olmakla birlikte⁶²², konişmentoda yer alan bir düzenlemenin geçerli bir yetki anlaşması niteliğinde olduğunu kabul ettiği bir karar⁶²³, Yargıtay'ın sadece bir tarafa belirlenen mahkemeden başka bir mahkemeye başvurabilme imkânı tanıyan yetki şartlarını geçerli olarak kabul ettiği şeklinde yorumlanmaya müsaittir. Söz konusu karara konu uyuşmazlıkta, taşımaya ilişkin düzenlenen konişmentonun 2.6 maddesinde *"bu konşimento kapsamında, doğan her türlü ihtilaf, ...tarafından karara bağlanacak ve taşıyan başkaca bir veya yabancı mahkemeye başvurmayı seçmedikçe başka hiçbir mahkemenin bu tür davalara dair yargı yetkisi olmayacaktır."* hükmü yer almaktadır. Yetki kılınan mahkemenin Türk veya yabancı mahkeme(ler) olup olmadığı karardan açıkça anlaşılmamakla beraber, kararda söz konusu hükmün yetki anlaşması niteliğinde olduğu ve HMK m.17 gereğince geçerli olduğu belirtildiğinden, konişmentodan doğan ihtilaflar bakımından muhtemelen bir Türk mahkemesinin münhasıran yetkili kılındığı söylenebilir. Söz konusu maddede yer alan *"taşıyan başkaca bir veya yabancı mahkemeye başvurmayı seçmedikçe başka hiçbir mahkemenin bu tür davalara dair*

Brüksel I Tüzüğü m.23 uyarınca geçerli olduğuna hükmetmiştir. Kararlar için bkz.: Claudio Perrella, "Italy: Italian Supreme Court Considers Unilateral Jurisdiction lauses", (Çevrimiçi, <http://www.mondaq.com/italy/x/231358/Arbitration+Dispute+Resolution/Italian+Supreme+Court+Considers+Unilateral+Jurisdiction+Clauses>, 18 Aralık 2017).

⁶²¹ İspanya ve Lüksemburg mahkemeleri de, bir tarafa sadece belirlenen mahkemede dava açma zorunluluğu getiren yetki anlaşmalarının geçerli olduğuna karar vermektedir. Söz konusu kararlar için bkz.: Demir Gökyayla, **Asimetrik Yetki**, s.438-439. ABD mahkemeleri ise, iş sözleşmelerinde yer alan asimetrik yetki şartını işçi aleyhine olduğundan geçersiz kabul ederken, ticari sözleşmelerde yer alan bu tür şartları genellikle geçerli kabul etmektedir. Ticari kredi sözleşmelerinde yer alan ve kredi alan tarafa sadece Hong Kong mahkemelerinde dava açma zorunluluğu getiren, buna mukabil bankaya ise seçim hakkı tanıyan asimetrik yetki şartlarının Çin mahkemelerince geçerli sayıldığı belirtilmektedir. Söz konusu kararlar için bkz.: Demir Gökyayla, **Asimetrik Yetki**, s.436-437 ve s.439-440.

⁶²² Doktrinde bir görüş, silahların eşitliği prensibine aykırı olduğu, taraf iradelerine tanınması gereken eşit değere ve güce uygun olarak yapılmadığı ve tarafların iradeleri arasında eşitsizlik yarattığı gerekçesiyle asimetrik yetki anlaşmalarının geçersiz olduğunu kabul edilmektedir. Bkz.: Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.621. Diğer bir görüşe göre ise, bu tür sözleşmelerde seçim hakkı olan tarafın diğerine göre daha elverişli konumda olduğu düşünülebilirse de, bu söz konusu sözleşmelerin hakkaniyete, ahlaka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı olduğu anlamına gelmemektedir. Uluslararası ticari sözleşmelerin tarafları, yaptıkları sözleşmenin sonuçlarını öngörebilecek ve bunu müzakere edebilecek kapasiteye sahiptir. Dolayısıyla, bu tür yetki sözleşmeleri irade serbestisinin bir sonucu olup, aynı zamanda asimetrik yetki sözleşmesi yapma konusunda korunmaya değer menfaatleri de bulunmaktadır. Bkz.: Demir Gökyayla, **Asimetrik Yetki**, s.456.

⁶²³ Yargıtay 11. HD, E.2014/11008, K.2014/13947, T.17.9.2014 Bkz.: Çevrimiçi, <https://emsal.yargitay.gov.tr>, 22 Kasım 2017.

yargı yetkisi olmayacaktır.” ifadesinden karşı tarafın sadece belirlenen mahkemede dava açabileceği, taşıyanın ise belirlenen mahkeme dışında yabancı bir mahkemeye başvurma konusunda bir seçim hakkına sahip olduğu sonucu çıkmaktadır. Bu bakımdan, Yargıtay’ın da, İngiliz mahkemeleri gibi, bir tarafın başvurabileceği mahkemeleri sınırlarken diğer tarafa geniş bir seçim hakkı tanıyan yetki anlaşmalarını geçerli kabul ettiğini, böyle bir yaklaşımla esasen milletlerarası ticari sözleşmelerin taraflarının iradesine etki tanıdığını söylemek mümkündür.

Diğer taraftan, taşıyanın sahip olduğu “*başkaca bir veya yabancı mahkemeye başvurma hakkı*”nı kullanmak istediğinde ülkedeki hangi yer veya hangi ülkenin mahkemesine başvurabileceği belirsizlik arz etmektedir. Bu açıdan, söz konusu yetki şartının, taşıyanın sahip olduğu seçim hakkını kullanabileceği mahkemelerin objektif olarak ve somut bir şekilde belirlenmemiş olması nedeniyle geçersiz olduğu, Yargıtay’ın gelecekte bu tür yetki şartlarını “*belirli olma*” şartını karşılamadığı gerekçesiyle geçersiz sayabileceğini de belirtmeliyiz. Nitekim Yargıtay, bu karardan sonraki pek çok kararında yabancı bir devletin mahkemelerini genel olarak yetkili kılan yetki şartlarını, somut bir mahkemenin belirlenmemiş olması veya yetkili mahkemenin belirlenmesine imkân verecek bilgileri içermemesi nedeniyle geçersiz saymıştır⁶²⁴.

Yukarıda incelediğimiz kararların tamamında, bir tarafı sadece anlaşmada belirlenen mahkemede dava açma yükümlülüğü altına sokan ve söz konusu tarafın kullanımına açık mahkeme sayısını diğer tarafa nazaran sınırlayan bu tür yetki anlaşmalarının mahkemeye erişim bakımından gerçekten bir eşitsizliğe yol açtığı görülmektedir. Zira münhasıran yetkili kılınan mahkemeye başvurma yanında başka mahkemelere başvurma imkânına sahip olan tarafın, bu konudaki seçim hakkını, kendi menfaatine en uygun ve elverişli ülke mahkemesi yönünde kullanabilecek, seçim hakkının kapsamına bağlı olarak davalıyı kendi mahkemelerine çekerek doğal mahkemesinden uzaklaştırabilecektir. Diğer bir ifadeyle, bu tür yetki anlaşmaları, seçim hakkı lehine olan tarafı *forum shopping*’i teşvik etmekte, seçim hakkı olmayan taraf açısından yetki anlaşmalarının sahip olduğu hukuki kesinlik ve öngörülebilirliği ortadan kaldırmaktadır. Bu açıdan, bu tür anlaşmaların, adaletsizliğe neden olduğu, adalet

⁶²⁴ Bkz.: Aşağıda, s.484, dn.641.

hissini zedelediği söylenebilir. Bununla beraber, tarafların başvurabilecekleri yetkili mahkemeler bakımından bir eşitsizlik söz konusu olsa da, belirli bir ülke mahkemesi veya mahkemeleri münhasıran yetkili kılındığından, ihtilaf vuku bulduğunda seçim hakkı olmayan tarafın her daim başvurabileceği bir mahkeme bulunmaktadır. Bu nedenle, böyle bir yetki anlaşmasıyla bir tarafın mahkemeye erişim hakkının, dolayısıyla AİHS m.6/1'in ihlal edildiği söylenemez. Kaldı ki, bir tarafa münhasıran belirli bir ülke mahkemesinde dava açma zorunluluğu getiren, diğer tarafa söz konusu mahkeme yanından belirli mahkemelerde veya milletlerarası yetkiye sahip olabilecek ülke mahkemelerinde dava açma yetkisi tanıyan yetki anlaşmalarının seçim hakkına sahip olmayan tarafın aleyhine olduğu her zaman söylenemez. Yukarıdaki bazı kararlarda, genellikle ekonomik olarak güçlü olduğu varsayılan tacirin işyeri/yerleşim yerinin veya şubesinin bulunduğu ülke mahkemelerinin münhasıran yetkili kılındığını görmekteyiz⁶²⁵. Şüphesiz, banka veya distribütörlük veren taraf, kendisine karşı açılacak olan muhtemel davaların kendi işyeri/yerleşim yerinin bulunduğu ülke mahkemelerinde görülmesini temin etmek amacıyla böyle bir yetki şartı dikte etmiş olabilir. Ancak, seçim hakkına sahip olmayan tacirler, böyle bir yetki anlaşması olmasaydı da, davalı bankanın/distribütörlük verenin yerleşim yeri veya şubesinin bulunduğu ülke mahkemesinde dava açabilecektir. Bu bakımdan, kendisine seçim hakkı verilmeyen taraf, asimetrik yetki anlaşması yapılmıyaydı içinde bulunacağı durumdan daha kötü bir duruma düşmemekte, sadece diğer tarafın sahip olduğu avantaja sahip olamamaktadır⁶²⁶.

Ayrıca, yukarıda incelediğimiz kararların tamamında, -genel işlem şartı olarak tanzim edilmiş olsun veya olmasın- yetki şartının seçim hakkına sahip olan tarafça hazırlanıp hazırlanmadığı veya söz konusu tarafın ekonomik olarak güçlü taraf olup olmadığı veya karşı tarafa dayatılıp dayatılmadığının tartışılmadığını da görmekteyiz. Bu açıdan, mahkemelerin banka, sigorta şirketi veya distribütörlük veren gibi bir tarafın

⁶²⁵ Yukarıda incelediğimiz kararlardan, Fransız şirket ICH ile İsviçre bankası Credit Suisse arasındaki kredi sözleşmesinden doğan uyuşmazlığa konu yetki şartında Zürih mahkemeleri; Fransız distribütör MJA ile İrlandalı distribütörlük veren şirket Apple Sales International kararına konu yetki şartında İrlanda mahkemeleri; İtalyan şirket Sportal Italia ile ABD menşeli Microsoft Corporation arasındaki uyuşmazlığa konu yetki şartında Washington mahkemeleri, Madame X ile merkezi Lüksemburg'da bulunan Banque Privée Edmond de Rothschild arasındaki banka hesabı sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkla Lüksemburg mahkemeleri münhasıran yetkili kılınmıştır.

⁶²⁶ Demir Gökyayla, **Asimetrik Yetki**, s.447.

ekonomik olarak güçlü konumda olup olmadığından ziyade, her iki tarafın yetkili mahkemenin tayini konusundaki iradelerine itibar ettiğini söylemek mümkündür. Zira yaptıkları milletlerarası karakterli maddi hukuk sözleşmelerinin sonuçlarını öngörebilecek ve bunu müzakere edebilecek, dolayısıyla çeşitli menfaatler elde edebilecek tacirler, akdetmiş oldukları sözleşmelerden doğabilecek muhtemel uyuşmazlıkların nerede, hangi kurallara göre ve ne şekilde çözümleneceğini ve bu konudaki menfaatlerini de gözetebilecek kapasiteye sahiptir veya en azından böyle olması beklenir. Dolayısıyla, bu tür sözleşmelerde bir tarafa seçim hakkının tanınmasının temelinde söz konusu tarafın maddi hukuka ilişkin menfaatinin korunması ve bunun karşı tarafça kabul edilmesi yer almaktadır ve bu tür yetki sözleşmeleri de irade serbestisinin bir sonucudur.

Bununla bağlantılı olarak, seçim hakkına sahip olan veya böyle bir seçim hakkını sözleşmenin koşulları gereği karşı tarafa kabul ettiren tarafın münhasıran yetkili kılınan mahkeme dışında diğer mahkemelerde dava açma hakkını saklı tutmakta korunmaya değer haklı bir menfaati de bulunmaktadır. Çünkü bu tür anlaşmalar, genellikle taraflardan birinin alacağını elde edememe riski taşıdığı ticari kredi veya distribütörlük sözleşmeleri bakımından tercih edilmektedir. Nasıl ki ticari faaliyetlerini sürdürebilmek için bir banka ile bir ticari kredi sözleşmesi akdeden bir tarafın kredi elde edebilmekte menfaati varsa, bankanın da kredinin geri ödenmemesi ihtimaline istinaden söz konusu şirketin mallarının bulunduğu ülkelerde dava açabilme konusunda menfaati bulunmaktadır. Dolayısıyla bu tür yetki anlaşmaları, bir taraftan kredi veya distribütörlük veren tarafa karşı açılacak davalarda belirli bir mahkemenin münhasıran yetkili olmasına hizmet ederken, diğer taraftan vermiş olduğu kredinin veya satmış olduğu malın bedelini tahsil edememe riski altında olan tarafa, ödeme borcu altında olan tarafın malvarlığının bulunduğu yerlerde dava açabilme imkânına sunmaktadır⁶²⁷.

⁶²⁷ Tahsilat riskini taşıyan taraf, alacağını yargı yoluyla takip etmek zorunda kaldığında, seçilen mahkemede dava açıp elde ettiği kararı davalının malvarlığının bulunduğu ülkede tenfiz ettirmek yerine, davalının yerleşim yeri veya mallarının bulunduğu yerde dava açmayı tercih etmektedir. Söz konusu tarafın, borçlunun malvarlığına hızlı ve kolay bir şekilde ulaşabilmesini temin etmesi itibarıyla, tahsilat riskini azaltmakta ve tahsilatı hızlandırmaktadır. Asimetrik yetki sözleşmeleriyle, bir tarafın milletlerarası yetkiye sahip mahkemelerden birisinde dava açma konusundaki seçim hakkını kendisinde tutmasının altında bu anlayış yatmaktadır. Bu açıklamalar, asimetrik yetki sözleşmelerinin, milletlerarası ticaret hayatının, özellikle finans sektöründe faaliyet gösteren tacirlerin korunma ihtiyaçlarının bir sonucu

Netice itibariyle, milletlerarası ticari sözleşmelerin taraflarından birine sadece belirli bir mahkemede dava açma zorunluluğu getirirken diğer tarafa seçim hakkı tanıyan yetki anlaşmalarının erişime müsait mahkemelerin sayısı bakımından eşitsizlik yarattığı söylenebilirse de, tek başına bu husus yetki anlaşmasını seçim hakkına sahip olmayan tarafın mahkemeye erişim hakkını zedeleyen bir anlaşma olarak nitelendirmek için yeterli değildir. Burada, asimetrik yetki anlaşmaları ile ilgili problem yaratabilecek temel husus, seçim hakkına sahip olan tarafın sahip olduğu seçim hakkının kapsamıdır. Seçim hakkı sahibi olan tarafa “herhangi bir (yetkili) mahkemede” dava açma hakkı tanıyan yetki anlaşmalarına, seçilen mahkemenin belirli veya belirlenebilir olması koşulunu karşılamadığı gerekçesiyle kısmen veya tamamen etki tanınmaması söz konusu olabilir. Ancak, her devletin kendi mahkemelerinin milletlerarası yetkisini münhasıran kendisinin tayin ettiği ve devletlerin de yabancı unsurlu davalarda kendi mahkemelerinin yetkisini büyük ölçüde davanın konusu, sebebi veya taraflarıyla belirli bir bağlantıya istinaden tesis ettiği de göz ardı edilmemelidir. Dolayısıyla, seçim hakkı sahibinin söz konusu hakkını davalıya karşı kullanabileceği yetkili mahkemeler, önceden objektif olarak belirlenmiş yetki esasları ile sınırlanmaktadır. Kaldı ki, seçim hakkına sahip olan tarafın söz konusu hakkını kullanmak üzere başvurabileceği mahkeme veya mahkemeler, davanın özelliklerine bağlı olarak, seçim hakkına sahip olmayan tarafa uzak ve elverişli bir mahkeme olarak nitelendirilmeyebileceği gibi, söz konusu uyuşmazlıkla yeterli ve sıkı bir irtibata sahip bir mahkeme olarak da nitelendirilebilir. Ayrıca, münhasıran yetkili kılınan mahkemenin, seçim hakkına sahip olan tarafın yerleşim yeri veya mallarının bulunduğu ülkede olması da, seçim hakkına sahip olmayan tarafın menfaatine hizmet edebilir. Son olarak, seçim hakkına sahip olmayan tarafın, belirlenen mahkemeye başvurmak zorunda bırakılmasıyla usuli bir dezavantaja uğrayacağı iddia edilebilir. Ancak, bu yetki anlaşmasının akdedildiği esnada düşünülmesi gereken bir husus olup, söz konusu tarafın gerek belirlenen mahkemeye erişim konusunda gerekse seçilen mahkemede yapılacak yargılamada usuli bir dezavantaja uğrayıp uğramayacağını tam olarak belirlemek, bu aşamada pek mümkün görünmemektedir.

olarak ortaya çıktığını göstermektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Demir Gökyayla, **Asimetrik Yetki**, s.419-420, 442.

iii. Davanın Seçilen Mahkemede Görülmesinin Mümkün Olmadığı
Seçilen Mahkemeye Başvurmadan Evvel Açıkça Anlaşılmasına
Rağmen Yetki Anlaşmasına Etki Tanınması

a) Genel Olarak

Yetki anlaşmasıyla yetkisi bertaraf edilen mahkeme, söz konusu anlaşmanın geçerli bir şekilde yapılmış olduğunu tespit etmesi halinde, prensip olarak, yetkisizlik kararı vererek davayı reddetmek zorundadır. Bu konuda, ne Türk hukukunda ne de uluslararası düzenlemelerde yetki anlaşmasının hüküm ve sonuç doğurabilmesi için aranan koşullar dışında başka bir nedenle yetki anlaşmasını etkisiz kılma imkanı tanıyan bir takdir yetkisi mahkemelere tanınmamıştır⁶²⁸. Bununla beraber, geçerli bir yetki anlaşması olsa dahi, lehine yetki anlaşması yapılan mahkemenin söz konusu anlaşmaya rağmen davayı görmesinin mümkün olmadığı, dolayısıyla davacının başvurabileceği herhangi bir mahkemenin bulunmadığı durumlar da söz konusu olabilir. Dolayısıyla, kanunen milletlerarası yetkisi bulunan mahkemelerce yetkisizlik kararı verilmesi, davacının iddiası hakkında herhangi bir karar verecek bir mahkemeye ulaşabilmesini mutlak bir şekilde engelleyecektir. Bu nedenle, bu tür istisnai hallerde, kanunen milletlerarası yetkiye sahip olan bir mahkemenin, yabancı mahkeme lehine yapılan bu anlaşmaya etki tanımaması gerekmektedir⁶²⁹.

Mahkemelerin hakkaniyetin zorunlu kıldığı bu tür hallerde istisnai nitelikte bir takdir yetkisine sahip olduğu ve bu yetkiye istinaden yetki anlaşmasına etki tanımayı reddetmesi gerektiği belirtilmektedir⁶³⁰. Ancak, bu takdirî yetkinin davanın her halükarda Türk mahkemesinde görülmesini sağlayan bir vasıta olarak kullanılmaması da gerekmektedir⁶³¹. Bu nedenle, davanın açıldığı tarih itibarıyla, seçilen mahkemenin

⁶²⁸ Bkz.: Sargın, **Yetki Anlaşmaları**, s.182. Benzer anlayış Brüksel Ibis Tüzüğü m.25'te ve kısmen de olsa, Yetki Anlaşmalarına dair Lahey Sözleşmesinde benimsenmiştir (m.5). AB üyesi devlet hukuklarında da, bir yetki anlaşmasının aranan koşulları karşılaması halinde yetkisizlik kararı vermek zorunda olduğunun genellikle kabul edildiği belirtilmektedir. Bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s. 75.

⁶²⁹ Nitekim, Yetki Anlaşmalarına dair Lahey Sözleşmesi m.6/d'de, tarafların kontrolünde olmayan istisnai nedenlerden dolayı, yetki anlaşmasının ifa edilmesi makul bir şekilde beklenemeyecekse, kendisine başvuru taraf devlet mahkemesinin yetkisizlik kararı veremeyeceği açıkça ifade edilmiştir.

⁶³⁰ Sargın, **Yetki Anlaşmaları**, s.182. Benzer şekilde, bazı Kıta Avrupası hukuklarında (Avusturya, Belçika, Fransa, İtalya ve Slovenya) mahkemeler, davanın koşullarına bağlı olarak, yetki anlaşmasına etki tanıyıp tanınamama konusunda belirli bir takdir yetkisine sahiptir. Yine, *forum non conveniens* doktrininin benimsendiği ülke hukuklarında (İngiltere ve İrlanda), mahkemelerin bu konuda belirli bir takdire sahip olduğunu söylemek mümkündür. Bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s. 75-76.

⁶³¹ Sargın, **Yetki Anlaşmaları**, s.182.

yetki anlaşmasına etki tanımayacağının veya çeşitli nedenlerle davayı karara bağlamayacağının açıkça belli olduğu hallerde, mahkemelerin davacıya mahkemeye etkili bir erişim imkanı sunmayan yetki anlaşmasına etki tanımaması AİHS m.6/1'in bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır⁶³². Bu açıdan, yetkisiyle ilgili her türlü kararının da AİHS m.6/1'e uygun olması gereken bir taraf devlet mahkemesinin, bu yükümlülüğün bir gereği olarak, yetki anlaşmalarına etki tanıyıp tanımama konusunda belirli bir takdir yetkisine sahip olduğunu, ancak bu yetkinin dikkatli bir şekilde kullanılması gerektiğini belirtmek gerekir.

b) Yetki Anlaşmasının Seçilen Mahkemenin Hukukunda Aranılan Bazı Koşulları Karşılamayacağının Dava Açmadan Önce Anlaşılması

Seçilen mahkemenin taraflar arasındaki ihtilafı karara bağlamayacağının önceden belli olabileceği hallerin başında, seçilen mahkemenin hukukuna göre yetki anlaşmasının geçerli olabilmesi için veya etki doğurabilmesi için gerekli olan bazı koşulları karşılamayacağının söz konusu mahkemeye başvurmadan evvel anlaşılması hali gelmektedir. Seçilen mahkeme, kendi hukukunda yetki anlaşmasının geçerliliği veya kabul edilebilirliği için bazı koşulları karşılamadığı gerekçesiyle yetki anlaşmasına istinaden yetkisi olmadığına karar verecekse, yetki anlaşması davacıya etkin bir yargısal koruma imkanı sağlayamayacaktır. Ancak, bunun için, seçilen mahkemenin yetki anlaşmasına etki tanınmayacağının ve yetkisizlik kararı vereceğinin ispatlanması gerekmektedir⁶³³. Buna göre, davacı seçilen mahkemenin yetki anlaşmasını kendi yetkisini doğuran bir neden olarak kabul etmeyeceğini ve davayı reddedeceğini ispatladığı takdirde, Türk mahkemesi davanın önce seçilen mahkemede açılarak reddedilmesini beklemeksizin, davayı görmeye yetkili olduğuna karar vermelidir.

Aslında, bu durum büyük ölçüde yetki anlaşmasıyla yetkisi bertaraf edilen mahkemenin hukukunda böyle bir anlaşmaya etki tanımak için aranan koşullar ile

⁶³² Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, a.g.e., s.431.

⁶³³ Sargın, **Yetki Anlaşmaları**, s.183; Şanlı, **Ticari Akitler**, s.113; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, a.g.e., s.431.

seçilen mahkemenin hukukunda yetki anlaşmasının seçilen mahkemenin yetkisini tesis edebilmesi için aranan koşulların farklılık arz etmesinden kaynaklanabilir. Örneğin, bir devlet yetki anlaşmasıyla kendi mahkemelerinin yetkili kılınabilmesi için davanın konusu veya taraflarının ülkeyle belirli bir bağlantıya sahip olmasını arayabilir, ancak kendi mahkemelerinin yetkisinin bertaraf edilebilmesi için seçilen mahkeme ile uyumsuzluk arasında bir bağlantının varlığını aramayabilir. Örneğin Türk hukukunda yetki anlaşmasıyla mahkemelerin yetkisinin tesisi için ihtilafla davanın konusu veya tarafları arasında bir bağlantının bulunması koşulu aranmayacağı kabul edilmektedir⁶³⁴. Buna mukabil, İsviçre hukukunda seçilen mahkemenin kendini yetkili kabul etmesi için belirli bir bağlantının varlığı aranmaktadır (İsviçre DÖHK m.5/3). Dolayısıyla, bir İsviçre mahkemesini yetkili kılmalarına rağmen, taraflar ile mahkeme arasında İsviçre DÖHK m.5/3'te aranan bağlantılarından herhangi biri mevcut değilse, söz konusu mahkeme yetkisizlik kararı verecektir. Dolayısıyla, aslında belirli bir hukuki ilişkiden kaynaklanan uyumsuzlukların belirli bir mahkemede karara bağlanması hususunda tarafların karşılıklı iradelerini yansıtan geçerli bir yetki anlaşması bulunmasına rağmen, davacı bir taraftan aranan bu koşullar nedeniyle seçilen mahkemede dava açamamakta diğer taraftan yetki anlaşmasının varlığı nedeniyle yetkisi bertaraf edilen mahkemede dava açamamaktadır.

Seçilen mahkeme hukukunda sadece belirli kişilere yetki anlaşmasıyla yetkili mahkemeyi tayin etme imkanı verilen hallerde de benzer bir durumla karşılaşılabilir. Buna en yakın ve güncel örnek olarak, bir Türk mahkemesinin yetkili kılınması için yetki anlaşmasının tacirler veya kamu tüzel kişileri tarafından akdedilmiş olması koşulunu arayan HMK m.17 hükmü verilebilir. Yabancılık unsuru içeren ve ticari nitelik arz etmeyen bir sözleşmenin tarafları, sırf iki tarafa da aynı mesafede olduğundan bahisle, sözleşmeden kaynaklanan ihtilafların çözümü için Türk mahkemesini yetkili kılabilir. İhtilaf vuku bulduğunda kendisine başvurulmuş mahkeme, anlaşmanın tacirler veya kamu tüzel kişileri arasında akdedilmediği gerekçesiyle yetki anlaşmasına istinaden milletlerarası yetkisinin doğmadığına karar verecektir. Böyle bir durumda,

⁶³⁴ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.634; Nomer, **DHH**, s.484; Sargın, **Yetki Anlaşmaları**, s.230; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.132; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.410; Doğan, **MÖH**, s.82; Ziya Akıncı, “Milletlerarası Usul Hukukunda Seçilen Mahkemenin Bağlantılı Olması Koşulu”, **MHB, Prof.Dr. Ergin Nomer’e Armağan**, C.22., S.2, 2002, s.10.

Türkiye’de milletlerarası yetkiye sahip bir Türk mahkemesi de bulunmuyorsa, davacının davanın konusu ve taraflarıyla bağlantısı nedeniyle milletlerarası yetkisi bulunan diğer ülkelerin mahkemelerinin yetki anlaşmasına etki tanıyarak yetkisizlik kararı vermesi söz konusu olabilir. Aynı durum, seçilen yabancı mahkemenin hukukunda benzer bir koşul arandığı yetki anlaşmasına rağmen bir Türk mahkemesine başvurulması halinde de ortaya çıkabilir⁶³⁵.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, kendi mahkemelerinin milletlerarası yetkisini serbestçe düzenleme yetkisine sahip olan devletler, belirli bir hukuki işlem veya ilişkiden doğan uyuşmazlıklar bakımından yabancı bir devletin mahkemelerini münhasıran yetkili kılarak kendi mahkemelerinin milletlerarası yetkisini bertaraf eden yetki anlaşmalarının geçerlilik şartlarını da serbestçe belirleyebilir. Taraf devlet hukukunda bu tür bir yetki anlaşmasının hukuki sonuç doğurması için aranan şartlardan herhangi birinin yokluğu halinde, geçerli bir yetki anlaşmasından söz etmek mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, münferit bir yetki anlaşması veya yetki şartında –yetkisi bertaraf edilmek istenen mahkemenin hukukuna göre- olması gereken bir şartın mahkemelerce yorumlanması, duruma göre davacının seçilen mahkemeye veya yetkisi bertaraf edilen mahkemeye erişimini engelleyebilecektir. Seçilen mahkemenin hukuku ile yetkisi bertaraf edilen mahkemenin hukukunda, yetki anlaşmasıyla seçilen mahkemenin belirli olması şartının farklı yorumlanması böyle bir problemin ortaya çıkmasına neden olabilir. Örneğin, Türk hukukunda MÖHUK m.47’de açıkça yer verilmiş olmasa da, yetki anlaşmasının geçerliliği için yetkili kılınan yabancı mahkemenin belirli veya belirlenebilir olması koşulunun aranması gerektiği kabul edilmektedir⁶³⁶. Bununla beraber, seçilen mahkemenin anlaşmada ismen zikredilmesine gerek olup olmadığı veya belirli bir devletin mahkemelerini –örneğin İngiliz mahkemeleri- genel olarak yetkili kılan bir anlaşmanın söz konusu koşulu karşılayıp karşılamadığı tartışmalıdır.

⁶³⁵ Çeşitli ülke hukuklarında da yetki anlaşması yapabilme imkanı sadece belirli kişilere tanınmış veya belirli kişiler bakımından sınırlamaya tabi tutulmuştur. Örneğin, bazı ülkelerde sadece tacirler veya işadamlarının yetki anlaşması yapabileceği öngörülürken, bazılarında bu imkan taraflardan en az birinin yabancı olduğu veya tüketici, işçi veya sigortalı gibi zayıf akit tarafın olmadığı hukuki işlemlerle sınırlanmıştır. Bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.74.

⁶³⁶ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, 414-415; Doğan, **MÖH**, s.76; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.181.

Bir görüşe göre, seçilen mahkemenin belirli olduğunu kabulü için ismen zikredilmiş olması gerekli değildir ve yabancı bir devletin mahkemelerini genel olarak yetkili kılan bir anlaşmanın yapılması halinde de bu şart gerçekleşmiş olacaktır⁶³⁷. Benzer şekilde, Brüksel Ibis Tüzüğü m.25 uyarınca, ülke içinde yer itibariyle yetkili bir mahkeme belirtilmeksizin, genel olarak bir devletin tüm mahkemelerini yetkili kılan bir anlaşmanın yapılabileceği belirtilmektedir⁶³⁸. Buna göre, mahkemeleri genel olarak yetkili kılınan devletin kendi yerel usul hukuku kurallarına göre ülke içinde yer itibariyle yetkili bir mahkeme belirlenecektir⁶³⁹.

Diğer bir görüşe göre ise, ülkenin içinde belirli bir mahkeme yetkili kılınmadıkça, genel olarak o ülke mahkemelerini yetkili kılan bir yetki anlaşmasının pratik bir sonuç vermeyeceği ve geçerli olmayacağı belirtilmektedir⁶⁴⁰. Yargıtay ise, bazı kararlarında⁶⁴¹

⁶³⁷ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.619; Nomer, **DHH**, s.491; Sargın, **Yetki Anlaşmaları**, s.171.

⁶³⁸ Bkz.: Magnus/Mankowski/Magnus, **Art.25**, s.622; Hartley, **Choice-of-Court Agreements**, s.141.

⁶³⁹ Magnus/Mankowski/Magnus, **Art.25**, s.622, 666. Ülke içinde yer itibariyle yetkili bir mahkemenin yokluğu halinde davacının söz konusu ülkede dilediği mahkemede dava açabilmesi önerilmektedir. bkz.: Briggs, **Civil Jurisdiction**, s.188. Bu konuda çeşitli çözüm önerileri için bkz.: Magnus/Mankowski/Magnus, **Art.25**, s.622.

⁶⁴⁰ Nuray Ekşi, “Uluslararası Ticarete İlişkin İki Güncel Sorun: Sözleşme Bedelinin Yabancı Para Olarak Ödenmesi ve Yabancı Mahkemenin Yetkisinin Tesisi”, **İBD**, C.72, S.10-11-12/1998, s.873; Emre Esen, “Critique of a Turkish Court of Cassation Decision on the Validity of Choice-of-Law and Choice-of-Forum Clauses in an Insurance Agreement”, **Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**, Vol.42, No.59, 2010, s.372.

⁶⁴¹ Yargıtay bir kararında davacı Türk şirketi ile davalı İran şirketi arasında akdedilen sözleşmede yer alan “*nihaî ihtilafların... sadece İran mahkemelerinde İran kanun ve yönetmeliklerine göre çözümlenmek zorunda olduğu*” ifadesini içeren yetki şartını yetkili kılınan İran mahkemelerinin yetki şartında açıklanmamış olması nedeniyle geçersiz saymıştır. Bkz.: Yargıtay 19.HD, E.1170, K.9992, T.21.11.1995 (Sargın, **Yetki Anlaşmaları**, s.171, dn.473). Başka bir kararda ise, taraflar arasındaki sigorta sözleşmesinden doğabilecek ihtilaflar bakımından İngiliz mahkemelerini yetkili kılan yetki şartının “*yetki sözleşmesinde somut bir mahkeme belirlenmemiş olmasından ötürü*” geçersiz sayılmıştır. Bkz.: Yargıtay 11.HD, E.2006/8585, K.2006/12877, T.07.12.2006, (Nuray Ekşi, **Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları**, Arıkan, İstanbul 2007, s.105 vd.). Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.2001/4159, K.2001/5459 sayılı ve 15.6.2001 tarihli kararında, dava konusu sigorta sözleşmesinin ayrılmaz bir parçası olan genel sigorta şartlarında uyuşmazlıkların İngiliz yasaları uyarınca Birleşik Krallık mahkemelerinde çözüleceğine ilişkin yetki şartının, hangi mahkemenin yetkili olduğu açıkça belirtilmediği ve yetkili mahkemenin belirlenmesine imkân verecek bilgiler taşımadığı gerekçesiyle Türk mahkemelerinin yetkisinin bertaraf edilmediğine hükmedilmiştir. Bkz.: (Çevrimiçi, www.kazanci.com, 14 Ekim 2017). Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 28.10.2015 ve 17.2.2016 tarihli iki farklı kararında “*yetki anlaşmasıyla yetkilendirilen yabancı devlet mahkemesinin HMK 17 ve 18. maddelerindeki düzenlemeye paralel olarak “belirli olması” şartının MÖHUK m.47 yönünden de aranması gerektiğini, seçilen mahkemenin belirli olduğunun kabulü için yetkili mahkemenin ismen zikredilmiş olması gerektiğini, “davaya bakmaya İngiliz mahkemelerinin yetkili olduğu” şeklindeki “belirli olma” kriterini taşımayan yetki şartının yerel mahkemece geçerli kabul edilmesinin yerinde olmadığına*” karar vermiştir. Bkz.: Yargıtay 11.HD, E.2014/15681, K.2015/11244, T.28.10.2015; Yargıtay 11.HD, E.2015/7244, K.2016/1657, T.17.2.2016, (Çevrimiçi, <https://emsal.yargitay.gov.tr>, 22 Kasım 2017). Aynı daire, E.2014/19019, K.2015/8454 sayılı ve 17.06.2015 tarihli kararında “*konşimentoda uyuşmazlıkların ABD Mahkemeleri'nde çözümleneceği belirtilmiş olduğu, yetki sözleşmesinde somut bir mahkemenin*

somut bir mahkemenin belirlenmemiş olması nedeniyle yetki anlaşmasını geçersiz olarak kabul etmekte iken, bazı kararlarında⁶⁴² ise yabancı ülke mahkemelerine genel olarak yetki bahşeden bir yetki anlaşmasını geçerli olarak kabul etmektedir. Her ne kadar Yargıtayın yakın tarihli bazı kararlarında⁶⁴³, HMK m.17 ve 18'deki düzenlemeye paralel olarak yetki anlaşmasıyla yetkilendirilen yabancı devlet mahkemesinin "*belirli olması*" şartının MÖHUK'un 47. maddesi yönünden de aranması gerektiğini açıkça ifade etse de, yetkili kılınan mahkemenin belirli veya belirlenebilir olması şartı bakımından yaşanan bu belirsizlik, çeşitli ihtimallere göre, davacının Türk mahkemelerine başvurabilme imkânını etkileyebilecektir.

Eğer, yetki anlaşmasına rağmen bir Türk mahkemesinde dava açan taraf, genel olarak bir devletin tüm mahkemelerini yetkili kılan bir anlaşmanın söz konusu devlet hukuku uyarınca geçerli sayılmayacağını ispatlarsa, doğal olarak kendisine başvurulmuş Türk mahkemesi söz konusu anlaşmaya etki tanımayacaktır⁶⁴⁴. Zira mahkemeleri lehine yetki anlaşması yapılan ülke hukukunda yetki anlaşmasının geçerli sayılabilmesi için seçilen mahkemenin belirli olması şartı aranabilir ve yetki anlaşmasının anlaşmada yer alan ifadelerden bu şartı karşılamadığı, söz konusu ülke mahkemelerine herhangi bir dava açarak yetkisizlik kararı elde etmeksizin açıkça anlaşılabilir. Örneğin, ülke içinde yer itibarıyla yetkili mahkeme veya mahkemeler gösterilmeksizin, genel olarak Türk

belirlenmemiş olması, daha doğru bir deyişle yetki sözleşmesinin yetkili mahkemenin belirlenmesine imkan verecek bilgileri içermemiş olması nedeniyle geçersiz olduğuna", E.2015/5193, K. 2015/12216 sayılı ve 18.11.2015 tarihli kararında "“ *Taraflar arasındaki banka hesabı sözleşmesinin 11.2 maddesinde yer alan “tartışmayı taraflar kendi aralarında çözemedikçe tartışma ...Cumhuriyetinin ilgili mahkemesinde yapılacaktır” şeklindeki yetki şartının belirli olma şartını taşımadığı gerekçesiyle söz konusu şartının geçersiz olduğuna karar vermiştir. Kararlar için bkz.: Çevrimiçi, <https://emsal.yargitay.gov.tr>, 22 Kasım 2017.*

⁶⁴² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.2008/10853, K.2010/1688 sayılı ve 15.2.2010 tarihli kararında, konişmentonunun arka yüzündeki 35. maddesinde konişmentodan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde ABD Federal Mahkemelerinin yetkili kılındığı gerekçesiyle konişmentoda yer alan yetki şartının geçerli olduğuna karar vermiş ve yerel mahkemenin kararını onamıştır. Karar için bkz.: Çevrimiçi, www.kazanci.com, 20 Temmuz 2017. Aynı daire, E.2015/10685, K.2015/11230 sayılı ve 19.10.2015 tarihli kararında, taraflar arasındaki nakliyat emtia sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta konişmentonun yetkili hukuk başlıklı 21. maddesindeki ABD’de yapılan taşımalarda Amerikan hukuku ve Amerikan Federal Mahkemesinin, bunun dışındaki taşımalardan kaynaklanan her türlü uyuşmazlık bakımından Singapur mahkemelerinin yetkili kılınmasını geçerli kabul ederek yetki anlaşmasına dayanan yetki itirazını kabul etmiştir. Karar için bkz.: Çevrimiçi, <https://emsal.yargitay.gov.tr>, 22 Kasım 2017.

⁶⁴³ Bkz.: Yargıtay 11.HD, E.2014/15681, K.2015/11244, T.28.10.2015; Yargıtay 11.HD, E.2015/7244, K.2016/1657, T.17.2.2016; Yargıtay 11.HD, E.2015/5193, K.2015/12216, T.18.11.2015, (Çevrimiçi, <https://emsal.yargitay.gov.tr>, 22 Kasım 2017).

⁶⁴⁴ Sargın, **Yetki Anlaşması**, s.171.

mahkemelerinin yetkisini öngören veya Türkiye'nin herhangi bir yerindeki mahkemenin yetkili olacağını öngören anlaşmalar, yer itibarıyla yetkili mahkeme belirlenmemiş olduğundan seçilen mahkemenin belirli olması şartını arayan HMK m.18 uyarınca geçersiz sayılacaktır⁶⁴⁵. Benzer şekilde, Fransız Yargıtayın da asimetrik yetki anlaşmalarında seçim hakkı tanınan tarafın başvurabileceği mahkemelerin belirli veya belirlenebilir olması koşulunu aradığını ve bu tür kayıtlar içeren yetki şartlarını geçersiz saydığını belirtmek gerekir. Dolayısıyla, HMK m.18'de olduğu gibi, yabancı bir devletin mahkemelerini genel olarak yetkili kılan bir anlaşmanın, söz konusu devletin hukukuna göre belirli olma şartını karşılamayacağı önceden ispat edilebiliyorsa, söz konusu anlaşmanın MÖHUK m.47 uyarınca geçersizliğine karar vermek gerekir.

Buna karşın, böyle bir anlaşmanın söz konusu yabancı devletin hukuku uyarınca seçilen mahkemenin belirli olması koşulunu karşılayıp karşılamayacağı belirsiz ise⁶⁴⁶, yetki anlaşmasına rağmen kendisine başvurulmuş Türk mahkemesi, davacının objektif yetki kurallarına göre yetkili olan Türk mahkemelerine başvurma imkânını engellemek adına nasıl hareket etmesi gerektiği problemi ortaya çıkmaktadır. Çünkü yetki anlaşmasıyla mahkemeleri genel olarak yetkili kılınan bir devletin herhangi bir mahkemesine başvurulduğunda, söz konusu mahkemenin, yetkili kılınan mahkemenin belirli veya belirlenebilir olmadığı gerekçesiyle böyle bir anlaşmayı geçersiz kabul ederek yetkili olduğuna veya geçerli kabul ederek yetkisiz olduğuna karar verme ihtimali bulunmaktadır. Davanın yabancı mahkemede daha önce açılmış olması halinde, yabancı mahkeme yetki anlaşmasının “belirli olma” şartını karşılamadığı gerekçesiyle yetkisizlik kararı verirse, davacının MÖHUK m.47/1 c.2 uyarınca kanunen yetkili Türk mahkemelerine başvurma imkânı doğmaktadır. Dolayısıyla, yetki anlaşmasının taraflarına etkin bir yargı yoluna başvurma imkânı sağlamaması ihtimali kanun koyucu tarafından dikkate alınarak, tarafların yetkili Türk mahkemelerine başvurabilecekleri açıkça hüküm altına alınmıştır.

⁶⁴⁵ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.633; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.129; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.408.

⁶⁴⁶ Bu belirsizlik, MÖHUK m.47'de olduğu gibi, mahkemeleri genel olarak yetkili kılınan ülke hukukunun mevzuatında bu konuda bir açıklığın veya herhangi bir uygulamamanın bulunmamasından ya da Yargıtay kararlarında olduğu üzere, mahkemelerin bu konuda farklı yönde kararlar vermesinden kaynaklanabilir.

Burada mahkemeye erişim hakkı bakımından asıl problem, henüz mahkemeleri genel olarak yetkili kılınan yabancı devletin herhangi bir mahkemesine başvurulmadan evvel Türk mahkemesine başvurulması halinde ortaya çıkmaktadır. Taraflardan biri, önceden akdedilmiş yetki anlaşmasını dolanmak amacıyla değil de, gerçekten yetki anlaşmasının yetkili kılınan devlet mahkemesince geçerli olarak kabul edilmeyeceği düşüncesiyle hareket etmiş ve yetkili Türk mahkemesinde dava açmak istemiş olabilir. Eğer Türk mahkemesi, -Yargıtay’ın bu yöndeki kararlarına istinaden- *yabancı mahkemeyi yetkili kılan yetki anlaşmasının belirli olma şartını karşılamadığı gerekçesiyle yetki anlaşmasına etki tanımayarak davayı görmeye devam ederse, davacı, yetki anlaşmasına rağmen, iddiası hakkında bir karar verebilecek bir mahkemeye erişmiş olacaktır. Bu bakımdan, Türk mahkemelerinin davacının mahkemeye erişim hakkına aykırı bir tasarrufta bulunduğu söylenemez. Şüphesiz, yabancı bir devletin mahkemelerini genel olarak yetkili kılan bir anlaşmaya “belirli olma” şartını yerine getirmediği gerekçesiyle etki tanınmamasıyla, davalı tarafın yetkili mahkemenin tayini konusundaki iradesinin yok sayıldığı ileri sürülebilir. Ancak, bu noktada, yetki anlaşmasına “belirli olma” şartını taşımadığı gerekçesiyle etki tanımayan ve davayı görmeye devam eden Türk mahkemesinin, esasen MÖHUK m.47’ye istinaden yetki anlaşmasına konu uyumsuzluğa ilişkin davayı görebilme yetkisinin ortadan kalkıp kalmadığı hakkında karar verdiğini belirtmek gerekir. Böyle bir kararla Türk mahkemesi, yetki anlaşmasıyla yetkili kılınan yabancı mahkemenin yetkisi hakkında herhangi bir şey söylememektedir. Yetkili kılınan yabancı mahkemenin gerçekten davayı görmeye yetkili olup olmadığı, mahkemenin bağlı olduğu devletin hukukunu ilgilendiren bir meseledir ve ancak yabancı devletin mahkemelerinde bir dava açıldığında açıkça anlaşılabilir. Dolayısıyla, bu aşamada yetkili bir Türk mahkemesinin varlığının yanı sıra, gerek davacı gerekse davalı, yetkili kılınan yabancı mahkemelere başvurma imkânına prensip olarak halen sahiptir.*

Buna mukabil, Türk mahkemesinin -Yargıtay’ın bu yöndeki kararlarına istinaden- *yabancı mahkemeyi yetkili kılan yetki anlaşmasına etki tanıyarak yetkisizlik kararı vermiş olması* halinde, davanın koşullarına göre, davacı sadece yetki anlaşmasıyla yetkili kılınan yabancı devlet mahkemelerine başvurabilecektir. Yalnız, yetki anlaşmasıyla mahkemeleri genel olarak yetkili kılınan devletin herhangi bir

mahkemesine başvurulduğunda, söz konusu mahkemenin “*belirli olma*” şartını veya söz konusu mahkemenin hukukunda aranan başka bir şartı karşılamadığı gerekçesiyle yetki anlaşmasının geçersizliğine karar vermesi ihtimali bulunmaktadır. Eğer, böyle bir ihtimal gerçekleşirse, Türk mahkemelerine erişim imkânı daha evvel yetki anlaşması geçerli sayılarak ortadan kaldırılmış olan tarafların başvurabilecekleri başka herhangi bir ülke mahkemesi bulunmayabilir⁶⁴⁷. Bu nedenle, böyle bir ihtimal göz önüne alındığında, bir Türk mahkemesinin MÖHUK m.47 uyarınca yetki anlaşmasına etki tanımayarak –eğer yetkili ise- davayı görmeye devam etmesinin, davacının ülke mahkemelerine erişimini engellemek adına daha ihtiyatlı bir davranış olacağı söylenebilir. Belirli olma şartı bakımından, Türk mahkeme tatbikatında yaşanan bu belirsizlik, Türk mahkemesinde dava açan tarafı, mahkemeleri genel olarak yetkili kılınan yabancı devletin herhangi bir mahkemesinde -yetki açısından- akıbeti belirsiz bir dava açmak zorunda bırakabilir. Hatta böyle bir karar, davanın koşullarına göre, belki de sırf kanunen milletlerarası yetkiye sahip bir Türk mahkemesinde dava açabilmek amacıyla davacıya -bir yetkisizlik kararı elde etmek üzere- yabancı ülke mahkemelerinde dava açma külfeti yükleyebilir. Bu nedenle, “belirli olma” şartının MÖHUK m.47 bakımından da aranıp aranmayacağı konusunda yaşanan belirsizlik nedeniyle, yabancı devlet mahkemelerini genel olarak yetkili kılan bir yetki anlaşmasını MÖHUK m.47 uyarınca geçerli olarak kabul etmek ve yetkisizlik kararı vermek, duruma göre dava açan tarafın Türk mahkemelerine erişimini kısmen veya tamamen kısıtlayabilecek niteliktedir.

Bu açıdan, seçilen mahkemenin belirli veya belirlenebilir olması şartının MÖHUK m.47 açısından da aranıp aranmayacağı açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu noktada, yetki anlaşmasına etki tanımak için belirli olma şartının aranmasının da aranmamasının da çeşitli sakıncalar doğurabileceğini kabul etmek gerekir. Belirli olma şartının aranmaması halinde, yetki anlaşmasına etki tanınarak yetkisizlik kararı verilecektir. Yetki anlaşmasıyla yetkili kılınan devletin herhangi bir mahkemesinde

⁶⁴⁷ Hiç şüphesiz, davanın çeşitli maddi ve hukuki unsurları itibariyle uyumsuzlukla bağlantılı olması nedeniyle milletlerarası yetkisi doğabilecek olan ve hukukunda yabancı bir mahkemeyi yetkili kılan bir yetki anlaşmasının geçerliliği için yetkili kılınan mahkemenin belirli olması şartını açıkça arayan hukuk düzenleri (Türk ve Fransız hukuku) olabilir. Dolayısıyla davacının milletlerarası yetkisi doğabilecek bu tür devlet(lerin) mahkemelerine başvurabilmesi söz konusu olabilir.

dava açıldığında, söz konusu mahkeme yetki anlaşmasını geçerli kabul ederek yetkili olduğuna karar verirse, davacının mahkemeye erişim hakkı bakımından herhangi bir problem ortaya çıkmayacaktır. Buna mukabil, söz konusu mahkeme yetkisizlik kararı verirse nasıl hareket etmek gerekecektir? Şüphesiz, böyle bir durumda yetki anlaşmasının etkin bir yargı yoluna başvurma imkânı sağlamaktan uzak olduğu, yabancı mahkemeye başvuran davacı tarafından açıkça tespit edilmiş olacaktır. Böyle bir durumda, davacının kanunen yetkili Türk mahkemelerinde dava açabileceği konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak, davacı Türk mahkemesinin vermiş olduğu yetkisizlik kararı nedeniyle yabancı ülkede dava açmak zorunda kalarak gereksiz yere külfet altına sokulmuş olacaktır. Hatta milletlerarası karakterli sözleşmelerden doğan davalarda, davacının uğramış olduğu zarar ve külfet, sadece yabancı ülkede dava açılmasıyla sınırlı olmayabilir. Türk mahkemelerinin vermiş olduğu yetkisizlik kararı ile davanın yeniden Türk mahkemelerinin önüne getirilmesi arasında geçen süre, davanın aktüalitesini yitirmesine ve davacının ekonomik olarak daha fazla zarar görmesine yol açabilir. Bu bakımdan, belirli olma şartının aranmaması, davacının Türk mahkemelerine erişim imkânını bir süreliğine de olsa kısıtlamış olacaktır.

Belirli olma şartının MÖHUK m.47 bakımından da aranması halinde, yetki anlaşmasıyla yetkili kılınan yabancı mahkemeler yetkisizlik kararı versin veya vermesin, Türk mahkemesi yetki anlaşmasına etki tanımayarak davayı görmeye devam edecektir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, buna rağmen yetki anlaşmasıyla mahkemeleri yetkili kılınan devletin herhangi bir mahkemesinde, özellikle Türk mahkemesindeki davalı tarafından dava açılabilir. Böyle bir davanın açılması halinde başvurulmuş yabancı mahkeme davayı görmeye yetkisiz olduğuna karar verirse, uyuşmazlığı karara bağlayacak bir Türk mahkemesi olacağından mahkemeye erişim hakkı bakımından bir problem ortaya çıkmayacaktır. Ancak, yabancı mahkeme yetkili olduğuna karar verirse, yetki anlaşmasının varlığına rağmen, bu sefer aynı davanın iki farklı ülkede aynı anda görülmesi gibi bir durum ortaya çıkacaktır. Böyle bir durumda, yabancı ülkede özellikle yetki anlaşmasından kaynaklanan bir derdest davanın varlığı halinde nasıl hareket edilmesi gerektiği problemi ortaya çıkmaktadır.

Türk hukukunda, yabancı mahkemede görülmekte olan dava lehine derdestlik kararı verilmesinin mümkün olup olmadığı konusunda mahkemeleri bağlayıcı normatif bir düzenleme bulunmamaktadır. Haliyle, Türk mahkeme tatbikatında farklı ülkelerde derdest yargılamalar açısından nasıl hareket edilmesi gerektiği konusunda belirsizlik hâkimdir. Ortaya çıkan derdestlik problemine MÖHUK m.47 hükmünden hareketle bir çözüm bulunabilirse de, Türk mahkemesinin yabancı bir devletin mahkemelerini yetkili kılan bir anlaşmaya MÖHUK m.47 uyarınca “belirli olma” şartını karşılamadığı gerekçesiyle etki tanımadığı ve objektif yetki kurallarına göre davayı görmeye yetkili olduğuna karar verdiği göz ardı edilmemelidir. Dolayısıyla, yetkili olduğuna dair böyle bir karar verdikten sonra, mahkemenin bu sefer de yetki anlaşmasına istinaden yabancı ülkede açılan bir dava lehine derdestlik kararı vermesi, birbiriyle çelişen iki farklı karar olarak nitelendirilebilir. Bu durumda, Türk mahkemesinin sonradan derdestlik kararı vererek davadan el çekmesi mümkünse de, Türk hukukunda HMK m.114/i ve -açıkça belirtilmemiş olsa da- MÖHUK m.47 uyarınca yabancı bir mahkemede görülmekte olan bir dava lehine derdestlik kararı verilebilmesi için, söz konusu davanın daha önce açılmış olması gerekmektedir. Türk mahkemelerindeki dava daha önce açıldığından, yabancı mahkeme lehine derdestlik kararı verilmesi, prensip olarak mümkün görünmemektedir. Bununla birlikte, belirli olma şartının MÖHUK m.47 açısından gerek içtihaden gerekse –gelecekte yapılacak bir kanun değişikliği ile- normatif olarak aranmasının yaratabileceği bu tür bir sakınca, söz konusu hükmün tarafların yetkili mahkemenin tayini konusundaki iradelerinin ayakta tutulmasını sağlayacak şekilde yorumlanabilir. Böylece, tarafların Türk mahkemelerinin sağlamış olduğu korumadan kısmen de olsa mahrum kalmamaları sağlanmış olacaktır. Bu amaçla, MÖHUK m.47 hükmü uyarınca davanın yetkili kılınan yabancı mahkemede görülmekte olduğu itirazı (derdestlik itirazı), Türk mahkemesi tarafından davanın Türk mahkemesinden önce veya sonra açılıp açılmadığına değil, davanın yetki anlaşmasıyla yetkili kılınan mahkemede –daha sonra da olsa- açılmış olması vakıasına istinaden kabul edilmelidir. Şüphesiz, taraf iradelerine mümkün mertebe etki tanımayı amaçlayan böyle bir yorum tarzı, özellikle HMK m.114/ı’da benimsenen öncelik prensibiyle çelişmektedir. Ancak, belirli olma şartının yaratabileceği böyle bir mahzurun önlenmesi için, Türk hukukunda

kabul edilen katı bir derdestlik anlayışına, kaynağını tarafların yetkili mahkemenin tayini konusunda karşılıklı iradelerinden alan böyle bir istisna getirilebilir⁶⁴⁸.

Netice itibariyle, belirli olma şartının aranması, mahkemeleri genel olarak yetkili kılınan devlet hukukuna göre böyle bir yetki anlaşmasının geçerli olup olmadığının belirsiz olduğu hallerde, muhtemel davacıların yetki anlaşmasıyla mahkemeleri genel olarak yetkili kılınan yabancı devletin herhangi bir mahkemesinin yetkisizlik kararı vermesi nedeniyle dava açamaması tehlikesini ortadan kaldıracaktır. Belirli olma şartının aranmasıyla ortaya çıkabilecek paralel davalar ise, öncelik prensibine dayanan derdestlik anlayışına yetki anlaşmalarından kaynaklanan bir istisna ile önlenebilir. Kanaatimizce, böyle durumlarda, konuya ilişkin normatif veya içtihadi bir düzenleme yapılana kadar, yetkili kılınan yabancı mahkemenin belirli olması şartının MÖHUK m.47 açısından da aranması, davacının ülke mahkemelerine erişimini kısmen de olsa engellemek adına yerinde olacaktır. Böylece, muhtemel davacıların ülke mahkemelerine erişimleri güvence altına alınmış veya objektif yetki kurallarına göre zaten yetkisiz olan Türk mahkemesince yetkisizlik kararı verilmek suretiyle AİHS m.6/1'e uygun bir şekilde sınırlandırılmış olacaktır.

c) Seçilen Mahkemeye Erişimi Ortadan Kaldıran Hukuki veya Fiili Engellerin Varlığı

Yetki anlaşmasının, seçilen mahkemenin hukukunda yetki anlaşmasının geçerliliği ve kabul edilebilirliğine ilişkin aranan koşullardan kaynaklanmayan çeşitli hukuki veya fiili engeller nedeniyle de taraflara etkin bir yargı yoluna erişim imkanı sağlayamaması söz konusu olabilir. Bu engeller, yetki anlaşmasının akdedildiği esnada taraflarca öngörül(e)memiş olması nedeniyle ortaya çıkabileceği gibi anlaşmanın akdedilmesiyle ihtilafın vuku bulması arasında geçen zaman içerisinde de ortaya

⁶⁴⁸ MÖHUK m.47 uyarınca, derdestlik kuralına yetki anlaşmalarını etkin kılmak amacıyla getirilebilecek böyle bir istisna aslında milletlerarası usul hukukuna yabancı değildir. Brüksel yetki rejiminde, Brüksel Ibis Tüzüğü m.31/2-3 uyarınca, bir üye devlet mahkemesi, önünde gelen ve hakkında bir üye devlet mahkemesi lehine bir yetki anlaşması yapılmış olan bir uyumsuzluk hakkında, *dava daha önce açılmış olmasına rağmen*, üye devlet mahkemesi lehine yetki anlaşmasının varlığı nedeniyle yetkisizlik kararı vermek zorundadır. Diğer bir ifadeyle, yetki anlaşmasının bulunduğu hallerde dava daha önce başka bir üye devlet mahkemesinde açılmış olsa da, davanın açıldığı üye devlet mahkemesi, yetki anlaşmasına etki tanıyarak davayı reddetmektedir. Bu konuda bkz.: Magnus/Mankowski/Magnus, **Art 25**, s.664.

çıkabilir. Nadiren karşılaşılabilecek olsa da, seçilen mahkemenin hukukunda taraf iradesinin mahkemelerin milletlerarası yetkisini tayin eden bir yetki esası olarak kabul edilmemiş olması ilk duruma örnek verilebilir. Yine, yetki anlaşmasının akdedilmesinden sonra seçilen mahkemenin uygulayacağı hukukta meydana gelen değişiklikler ikinci duruma örnek verilebilir. Bu tür değişiklikler nedeniyle, davacının ihtilafa bağlı bazı talep haklarını yitirecek olması veya bazı talepler bakımından çok kısa zamanaşımı veya hak düşürücü sürenin öngörölmüş olması mahkemelerce dikkate alınmalıdır⁶⁴⁹. Yine, ihtilafın vuku bulduğu tarih itibariyle seçilen mahkeme devletinin savaş halinde olması da, verilebilecek bir diğer örnektir⁶⁵⁰. Şüphesiz, seçilen mahkeme devletinin savaş halinde olması, yetki anlaşmasını etkisiz kılmak için yeterli değildir. Mahkemenin bulunduğu bölge hali hazırda devam eden fiili bir savaş veya çatışma ortamının varlığı nedeniyle söz konusu mahkemede dava açılması imkansız hale gelmiş veya olağanüstü güçleşmişse, artık davacıyı adalet talebiyle söz konusu mahkemeye başvurmaya zorlamak yerinde olmayacaktır.

Bu örneklerden hareketle, seçilen mahkemede dava açmayı engelleyen, açılrsa dahi seçilen mahkemenin davayı reddeceğini açıkça ortaya koyan çeşitli hukuki veya fiili engeller nedeniyle yetki anlaşmaları, etkin bir yargı yoluna başvuru imkanı sağlamaktan mahrum olabilir. Bununla beraber, bu tür engellerin kabul edilerek yetki anlaşmasının bertaraf edilebilmesi için, söz konusu engellerin davacının seçilen mahkemede hakkını elde etmesini olağanüstü güçleştiriyor veya söz konusu mahkemeye başvurarak hakkını elde etme imkanından mahrum edecek ölçüde büyük ve aşıkâr bir elverişsizlik yaratıyor olması gerekmektedir. Şüphesiz, ne tür bir engelin yetki anlaşmasının etkisini ortadan kaldıracığı veya kaldırıp kaldırmayacağı, büyük ölçüde davanın koşullarına bağlı olarak değişebilir. Dolayısıyla davacı tarafından ileri sürölen engelin gerçekten seçilen mahkemede dava açılmasını engelleyen veya dava açılrsa da mahkemenin davayı reddetmesine yol açan bir engel olup olmadığını belirleme konusunda mahkemelerin takdir yetkisinin bulunduğunu belirtmeliyiz.

⁶⁴⁹ Sargın, **Yetki Anlaşmaları**, s.183.

⁶⁵⁰ Sargın, **Yetki Anlaşmaları**, s.184.

iv. Seçilen Mahkemenin Adil Bir Yargılama Yapmayacağını İleri Sürülmesi

Seçilen mahkeme dışında, yetkisi bertaraf edilen herhangi bir mahkemede dava açan bir taraf, yetki anlaşmasına aykırı hareket etmiş olacaktır. Davacı seçilen mahkemede adil bir yargılamanın yapılamayacak olduğu gerekçesiyle, yetkisi bertaraf edilen mahkemede dava açmak zorunda kaldığını ileri sürebilir. Peki, seçilen mahkemede adil bir yargılama yapılamayacağı iddiası karşısında bir taraf devlet mahkemesi nasıl hareket etmelidir? Davacıya adil bir yargılama elde etmesinin mümkün olmadığı bir mahkemeye başvurma zorunluluğu getirdiği gerekçesiyle yetki anlaşmasını etkisiz kılmak, mahkemenin AİHS m.6/1’den kaynaklanan sorumluluğunu etkileyebilir mi? Bu sorulara cevap aramadan evvel, konunun büyük ölçüde objektif yetki kurallarına istinaden milletlerarası yetkiye sahip sadece bir mahkemenin bulunduğu ve davanın açıldığı mahkemenin yetkisizlik kararı vermesi halinde davacının AİHS m.6/1’e uygun bir yargılama yapmayacak bu mahkemeye başvurmak durumunda kalması ihtimaliyle benzerlik arz ettiğini belirtmek gerekir. Esasen iki durum arasındaki farklılık, burada taraf iradesiyle bir veya birkaç mahkemenin yetkisinin tesis edilmesinden kaynaklanmaktadır.

Hatırlanacağı üzere, tarafların yetki anlaşması akdetmek suretiyle belirli bir mahkemeyi yetkili kılarak diğer mahkemelere başvurma hakkından feragat edebileceğini, böyle bir feragatin AİHS m.6/1’e aykırı düşmediğini belirtmiştik. Yine, davacının uyuşmazlığı görmeye yetkili yabancı bir devletin mahkemesinin yetkili olduğu, ancak bu mahkemede yapılacak yargılamanın AİHS m.6/1 açısından adil bir şekilde yapıl(a)mayacağını ileri sürmenin çeşitli sakıncalarının olabileceğine, diğer taraftan mahkemeye erişim hakkının aynı zamanda bir medeni iddianın adil bir yargılama sonucunda adil bir karar verebilecek bir mahkemeye erişimi ifade ettiğine de değinmiştik⁶⁵¹. Dolayısıyla, yetki anlaşmasıyla yetkili kılınan bir mahkemenin de tarafların özel hukuk karakterli hak iddialarını tarafsız ve bağımsız bir şekilde, makul bir süre içinde ve hakkaniyete uygun bir şekilde karara bağlaması gerekmektedir. Seçilen mahkemenin AİHS m.6/1’de öngörülen bu kriterleri karşılamaktan uzak olması

⁶⁵¹ Bkz.: Yukarıda, s.440 vd.

halinde, yetki anlaşmasına etki tanıyarak yetkisizlik kararı vermek, davalının AIHS m.6/1’de yer alan güvenceleri karşılayacak bir mahkemeye ulaşmasını da imkansız hale getirebilecektir. Bu nedenle, prensip olarak, bir taraf devletin taraflarca seçilen mahkemede usuli açıdan adalete muvafık bir yargılamanın yapılmasının mümkün olmadığı hallerde yetki anlaşmasına etki tanımama yükümlülüğü altında olduğunu söylemek mümkündür. Bununla beraber, problem böyle bir iddianın gerek taraf devlet mahkemeleri gerekse AIHM tarafından nasıl ve hangi kriterlere istinaden kabul edileceği veya edilmeyeceği noktasında ortaya çıkmaktadır.

Genellikle, taraflarca seçilen mahkemenin somut uyuşmazlık bakımından politik, dini, ırki veya benzeri bir nedenle tarafsız davranamayacağını veya adil bir yargılama sonucunda adil bir karar vermesinin mümkün görülmediği hallerde, yetki anlaşmasına etki tanınmayabileceği belirtilmektedir⁶⁵². Bazı ülke hukuklarında, (AB üyesi olmayan) bir ülke mahkemesi lehine yapılan bir yetki anlaşmasının kabul edilebilmesi için, tarafların seçilen mahkemede adil bir yargılama elde edebilecek olması gerektiği belirtilmektedir⁶⁵³. Uygulamada, genellikle mahkemelerin seçilen mahkemenin tarafsızlığını etkileyecek nedenlerden dolayı adil bir yargılama yapamayacağı düşüncesiyle yetki anlaşmalarına etki tanınmadığını görmekteyiz.

Örneğin, dava yabancı mahkeme lehine yapılan yetki anlaşmasına aykırı olarak bir İngiliz mahkemesinde açıldığında, söz konusu mahkemenin yetki anlaşmasına istinaden yetkisizlik kararı vermesi için, davacı tarafından davanın yabancı mahkemede görülmemesine yönelik güçlü bir nedeninin (a strong reason) varlığını ispat etmesi gerekmektedir. Davacının politik, dini, ırki veya diğer nedenlerle adil bir yargılama elde etmesinin mümkün olup olmaması da, mahkemenin bu konuda sahip olduğu takdir yetkisini etkileyen nedenlerden biri olarak kabul edilmektedir⁶⁵⁴. Benzer şekilde, bir

⁶⁵² Fawcett, **The Impact of Art.6(1)**, s.9; Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.319; Sargın, **Yetki Anlaşmaları**, s.76-77; Hartley, **Choice-of-Court Agreements**, s.184; Cemile Demir Gökyayla, “Seçilen Mahkemede Adil Yargılama Yapıl(a)macağı Şüphesi Yetki Anlaşmasının Geçerliliğini Etkiler mi?”, **DEÜHFD**, C.13, S.2, 2011, s.68.

⁶⁵³ Almanya, Avusturya, Kıbrıs. Bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.75.

⁶⁵⁴ The Eleftheria, [1970] P 94, 99-100. Ayrıca davacının yurt dışındaki mahkemede adalete muvafık bir karar elde edemeyeceğini gösteren ikna edici delillerin varlığı halinde yetkisizlik (grant to stay of action) veremeyeceğine dair bkz.: Spiliada Maritime Coprn v. Cansulex Ltd. (1987 AC 460; Lubbe and Others and Cape Plc. and Related Appeals [2000] UKHL 41, [2000] WLR 1545, para.32.

İngiliz mahkemesi Nazi Almanyası döneminde davacının seçilen Alman mahkemesi önünde hakkını elde edemeyeceğini göz önüne alarak yetki anlaşmasına geçerlilik tanımayı reddetmiştir⁶⁵⁵.

Yine, İran-ABD krizi sırasında, Amerikan mahkemeleri söz konusu krizin seçilen mahkemenin tarafsızlığını ortadan kaldıracığı gerekçesiyle ABD vatandaşları ile İran vatandaşları arasında İran mahkemelerini yetkili kılan anlaşmalara etki tanımayı reddetmiştir⁶⁵⁶. Bir Hollanda mahkemesinin 1996 tarihli bir kararında, Kuveyt Havayollarında çalışan Irak vatandaşı pilotların sahip oldukları bu vatandaşlık nedeniyle Kuveyt mahkemelerinde adil bir yargılanma elde edemeyecekleri iddiası kabul edilerek yetki anlaşması bertaraf edilmiştir⁶⁵⁷. Karardan anlaşılmasa da, mahkemenin Kuveyt ile Irak arasındaki savaş nedeniyle, Kuveyt mahkemelerinin davacıların vatandaşlığından dolayı tarafsız davranamayacağından hareket etmiş olması muhtemeldir.

Seçilen mahkemenin adil bir yargılama yap(a)mayacağı ileri sürüldüğünde mahkemelerin nasıl hareket etmesi gerektiği, 2005 tarihli Yetki Anlaşmalarına dair Lahey Sözleşmesinde açıkça belirtilmiştir. Sözleşmenin 6/c maddesine göre, yetki anlaşmasına etki tanımak aşikar bir adaletsizliğe (manifest injustice) yol açacaksa veya davanın açıldığı devlet mahkemesinin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edecekse, davanın açıldığı Sözleşmeye taraf devlet mahkemesi davayı bekletmekle/yetkisizlik kararı vermekle (suspend or dismiss proceedings) yükümlüdür. Sözleşmenin açıklayıcı raporunda, *“aşikar bir adaletsizlik”* ifadesinin, taraflardan birinin yolsuzluk veya önyargı gibi nedenlerle veya seçilen mahkemede dava açmasını veya savunma yapmasını engelleyen söz konusu tarafa özel nedenlerle seçilen yabancı mahkemede adil bir yargılama elde edemeyeceği istisnai halleri karşıladığı belirtilmektedir⁶⁵⁸. *“Kamu düzenine açıkça aykırılık”* kavramının, söz konusu devlet hukukunun temel ilke ve değerlerine atfen kullanıldığı belirtilmektedir. Böylece kamu düzeni müdahalesi bakımından yüksek bir seviye aranacak, sırf davanın açıldığı devletin emredici bir

⁶⁵⁵ Karar için bkz.: Sargın, **Yetki Anlaşmaları**, s.77, dn.19.

⁶⁵⁶ Karar için bkz.: Sargın, **Yetki Anlaşmaları**, s.77, dn.192.

⁶⁵⁷ Bkz.: Yukarıda, s.443, dn.555.

⁶⁵⁸ Hartley/Dogauchi Report, para.152.

kuralını ihlal edebileceği gerekçesiyle yetki anlaşması bertaraf edilmeyecektir⁶⁵⁹. Türk hukukunda bu konuda Türk mahkemelerini bağlayıcı yasal bir düzenleme olmasa da, yukarıda değindiğimiz Yargıtayın 1998 tarihli kararının 2005 tarihli sözleşmede belirtilen istisnai halleri fazlasıyla karşıladığını söylemek mümkündür. Söz konusu karara göre, yabancı mahkeme lehine yapılan yetki anlaşmasının geçerli olabilmesi için Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmaması, ahlak ve dürüstlük kurallarına, toplumun ve hukukun temel ilke ve değer yargılarına, adalet ve ahlak anlayışına aykırı olmaması, Anayasada yer alan temel hakları ciddi şekilde ihlal etmemesi gerekmektedir⁶⁶⁰. Dolayısıyla, bir temel hak olan adil yargılanma hakkını ciddi bir şekilde ihlal edecek veya aşık bir adaletsizliğe yol açacak bir yetki anlaşması geçersiz kabul edilecektir. Bunun doğal sonucu olarak, dava seçilen mahkemede açılmış ve görülmekte olsa dahi, Türk mahkemesi yetki anlaşmasına dayanan yetki itirazını reddederek davayı görmeye devam edecektir. Bununla beraber, Lahey Sözleşmesinde veya Yargıtay kararında, böyle bir aykırılığın veya adaletsizliğin ne zaman incelenmesi gerektiği veya davanın seçilen mahkemede açılmasından sonra mı ortaya çıkması gerektiği açıkça belirtilmemektedir.

Seçilen mahkemenin AİHS m.6/1'e uygun bir yargılama yapamayacağı, bu nedenle yetki anlaşmasına etki tanınarak yetkisizlik kararı verilmesinin davacının mahkemeye erişim hakkını ihlal edip etmeyeceği meselesi ise henüz AİHM tarafından ele alınmamıştır. Bununla beraber, AİHK'nun *Gauthier v. Belçika* kararı ile AİHM'nin *Eskinazi ve Chleouche v. Türkiye* kararındaki tespitleri, olası bir şikayet başvurusunda AİHM'nin nasıl hareket edebileceği konusunda yol gösterici olabilir.

Gauthier v. Belçika kararında, Brüksel'de mukim Belçika vatandaşı başvuru, Zaire (yeni adıyla Demokratik Kongo Cumhuriyeti) menşeli bir havayolu şirketi olan Air Zaire'de çalışmakta iken ekonomik nedenlerle iş sözleşmesi tek taraflı olarak feshedilmiştir. Başvurucunun iş sözleşmesinin feshi nedeniyle işverene karşı açmış olduğu dava, davalı tarafın taraflar arasında iş sözleşmesinden kaynaklanan her türlü ihtilafların çözümü için Leopoldville (yeni adıyla Kinhasa) mahkemelerinin yetkili

⁶⁵⁹ Hartley/Dogauchi Report, para.153.

⁶⁶⁰ Bkz.: Yargıtay HGK, E.1998/12-287, K. 1998/325, T.6.5.1998, (Çevrimiçi, www.kazanci.com, 25 Temmuz 2017).

kılındığı itirazı üzerine Brüksel iş mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Başvurucunun özellikle savunma hakları ile ilgili olarak yabancı devletin yargı sisteminin tarafsız ve hakkaniyete uygun yargılamaya ilişkin temel güvenceleri karşılamadığı konusundaki iddiaları, Belçika mahkemesi tarafından yabancı bir devletin adaleti sağlama yöntemlerini değerlendirmesinin veya taraflarca serbestçe akdedilmiş bir yetki şartını değiştirmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Belçika mahkemesi, bilhassa, başvurucunun kendisinin Zaire mahkemelerinde ikame ettiği başka bir davada bu yönde hiçbir iddiada bulunmadığını belirtmiştir. Ayrıca, davalı tarafın sunmuş olduğu delillerden Zaire mahkemelerinin davalı (Air Zaire) aleyhine ve Belçika vatandaşı davacılar lehine çeşitli kararlar vermiş olduğunu belirterek seçilen mahkemenin tarafsız olmadığından söz edilemeyeceğini dolaylı olarak belirtmiştir⁶⁶¹. Bunun üzerine başvuru, Belçika mahkemelerinin yetkisizlik kararı vermesinin, adil bir yargılamayı sağlamak için gereken koşulları yerine getirmeyen ve bağımsız ve tarafsız olmayan bir üçüncü bir devletin mahkemelerine gitmek zorunda bırakacağını, dolayısıyla bu kararla bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye serbestçe erişimin engellendiğini iddia etmiştir.

AİHK ise, yetkisizlik kararı verilmesinin sadece Belçika devletinin tek taraflı bir kararının sonucu olmaktan ziyade başvurucunun akdetmiş olduğu yetki anlaşmasından kaynaklandığını belirtmiştir. AİHK'na göre, AİHS m.6/1 bu tür yetki klozlarını yasaklamamaktadır. Ayrıca, AİHK taraf devletlerin AİHS m.6/1'den kaynaklanan yükümlülükleri kabul ederek, kendi yetki alanındaki kişileri, yetki anlaşması akdetmelerini engellemek taahhüdü altına girdiklerinin kabul edilemeyeceğini belirtmiştir⁶⁶². Sonuç olarak, AİHK, başvurucunun seçilen mahkemenin adil yargılama yapamayacağına ilişkin iddiasını, yetki anlaşmasının varlığı nedeniyle değerlendirmemiştir.

Bu ifade, yabancı bir mahkeme lehine yetki anlaşması yapılmışsa, artık kendisine başvuru bir taraf devlet mahkemesinin seçilen mahkemenin adil bir yargılamanın yapılamayacağı iddiası ile ilgilenmeyeceği, sadece yetki anlaşmasına etki tanıyarak

⁶⁶¹ Gauthier v. Belçika, En Droit, para.2.

⁶⁶² Gauthier v. Belçika, En Droit, para.2.

yetkisizlik kararı vereceği şeklinde yorumlanabilir. Bu bakımdan, AİHK'nun meseleyi, Belçika devletinin bir kişinin kendi iradesiyle yetki anlaşması yapmasını engelleme pozitif yükümlülüğüne sahip olup olmadığına, AİHS m.6/1'in bu tür anlaşmalara uygulanabilir olup olmadığına indirgediği söylenebilir⁶⁶³. Bununla beraber, böyle bir yaklaşımın, yukarıda ifade ettiğimiz bir taraf devlet mahkemesinin seçilen yabancı mahkemenin usuli açıdan adalete muvafık bir yargılama yapmasının mümkün olmadığı hallerde münhasır bir yetki anlaşmasına etki tanımama yükümlülüğü altında olduğu anlayışıyla bağdaşmadığını belirtmek gerekir. Her ne kadar, bir taraf devletin hangi hal ve şartlar altında böyle bir yükümlülüğe sahip olduğu henüz tam olarak netleşmemiş olsa da, yine de seçilen mahkemede adil bir yargılama yapılamayacağı iddiasının hem taraf devlet mahkemelerince hem de AİHM tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir.

Aslında, başvurunun seçilen mahkemede adil bir yargılamanın yapılamayacağı iddiasının geçerli bir yetki anlaşmasının varlığına dayanarak reddedilmesinden ziyade Belçika mahkemelerince ileri sürülen başka nedenlerden dolayı AİHK tarafından reddedilebilirdi⁶⁶⁴. Belçika mahkemelerinde dava açan başvuru, aynı zamanda tarafsız ve hakkaniyete uygun bir yargılama yapamayacağını iddia ettiği Zaire mahkemelerinde, başka bir ihtilafla ilgili olarak, yargılamanın niteliği ile ilgili herhangi bir şikayette bulunmaksızın bir dava açmıştır. Ayrıca Belçika mahkemeleri, bazı Belçikalıların Zaire'de açmış oldukları davalarda lehlerine kararlar elde ettiklerini tespit etmiştir. Bu nedenle, başvurunun seçilen yabancı devlet mahkemesinde tarafsız ve adil bir yargılama yapılamayacağını ileri sürerken aynı zamanda bu iddiasıyla çelişen bir davranışta bulunduğu söylenebilir. Dolayısıyla, AİHK söz konusu başvuruyu böyle bir argümana dayanarak reddetmiş olsaydı, daha tutarlı bir gerekçe ileri sürmüş olurdu⁶⁶⁵.

AİHM'nin olası bir şikayet başvurusunda *Eskinazi ve Chleouche v. Türkiye* kararında yapmış olduğu değerlendirmenin bir benzerini yetki anlaşmasıyla yabancı bir mahkemenin yetkili kılındığı haller bakımından da yapabileceğini söylemek

⁶⁶³ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.320; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.101.

⁶⁶⁴ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.320.

⁶⁶⁵ Benzer yönde bkz.: Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.320.

mümkündür. Söz konusu kararda AİHM, evlilikle ilgili muhtemel uyuşmazlıklar bakımından İsrail dini mahkemelerinin yetki kazanmasına başvurusunun Tel Aviv’de akdettiği evliliğin (başvurucunun seçiminin) neden olduğunu belirtmekle beraber bu ülkedeki yargılama standartlarını değerlendirerek, bunların başvuru açısından bazı güçlükler yol açabileceğini, ancak bunların aşırı adaletsizliğe neden olmayacağını belirtmiştir⁶⁶⁶. AİHM bir ihlalin söz konusu olabilmesi için, İsrail’deki muhtemel yargılamalarda başvuru sahiplerinin ihkak-ı haktan açıkça imtina teşkil edecek nitelikte aşikâr bir adaletsizliğe maruz kalabileceğini gösteren objektif faktörlerin bulunması gerektiğini belirtmiştir.

Yalnız bu kararda, böyle bir değerlendirmenin henüz İsrail’de henüz açılmamış veya yeni açılmış davalar bakımından, *a priori* olarak ve soyut bir şekilde yapıldığı unutulmamalıdır. Zaten AİHM de, yabancı bir mahkemenin vermiş olduğu kararın AİHS m.6/1’e uygun bir şekilde verilir verilmemesinin bir taraf devlet mahkemesince sadece söz konusu kararın tanınması ve tenfizinin talep edilmesi halinde söz konusu olacağını kabul ederek bu durumu dolaylı olarak teyit etmiştir. Ayrıca, karara konu başvurunun uluslararası çocuk kaçırma davasıyla ilgili olduğunu, yetki anlaşmalarına konu edilen uyuşmazlıkların ise bir tarafın veya her iki tarafın milletlerarası karakterli ticari veya ekonomik sözleşmelerinden kaynaklanan ihtilaflarla ilgili olabileceğini de göz ardı etmemek gerekir. Bu bakımdan, AİHM’nin önüne gelen davanın niteliği ile davanın kendine özgü koşulları, gerek AİHM’nin gerekse ulusal mahkemelerin yetki anlaşmasına etki tanınmasının böyle bir ihlale yol açıp açmayacağına yönelik değerlendirmesini doğal olarak etkileyebilecektir.

⁶⁶⁶ AİHM, İsrail yargı sisteminin bir parçasını oluşturan dini mahkemelerin AİHS m.6/1 anlamında yasayla kurulmuş bir mahkeme niteliğinde olduğunu, dini nitelikte mahkemeler olmasının yargılamanın adil olmayacağı konusunda tek başına belirleyici olmadığını belirtmiştir. Kendisinin bir dini mahkemenin esasen soyut olarak AİHS’ne ve özellikle AİHS m.6’ya aykırı olup olmadığını değerlendirmek gibi özel bir görevinin olmadığını ifade etmiştir. Buna göre, AİHM sadece -herhangi bir mahkeme gibi- bu tür bir mahkemede yapılan yargılamanın AİHS m.6’nın standartlarıyla bağdaşp bağdaşmadığını incelediğini, mevcut davada İsrail mahkemelerinin söz konusu standartları ihlal ettiğini veya edeceklerini gösteren bir durumun bulunmadığını belirtmiştir. AİHM ayrıca, İsrail bakanlık makamlarının dini mahkemelerce sağlanan usuli garantilerin uluslararası hukukun ilgili prensiplerine uygun olduğuna dair güvencesine önem verdiğini, İsrail mahkemelerinde görülecek muhtemel davaların başvurusunun iddiaları hakkında uygun bir inceleme ve denetimden yoksun, ivedilikle alınmış bir karara yol açmayacağını belirterek, söz konusu mahkemelerin kararlarının İsrail yüksek mahkemesinin denetimine tabi olduğunu belirtmiştir. Bkz.: Eskinazi ve Chelouche v. Türkiye, The Law, C-2.

AİHM'nin böyle bir aykırılık için adil yargılanma hakkının ihkak-ı haktan imtinaya yol açacak derecede ağır bir şekilde ihlal edilmesi tehlikesinin varlığını araması gayet olağan bir durumdur. Benzer bir yaklaşımın, yabancı devlet mahkemelerinin yetki anlaşmasıyla yetkili kılındığı hallerde de uygulanmaması için herhangi bir neden bulunmamaktadır. Doktrinde de belirtildiği üzere, seçilen yabancı mahkemede adil bir yargılamanın yapılıp yapılamayacağının tam olarak ispat edilmesi mümkün değildir⁶⁶⁷ ve yabancı mahkemede henüz davanın açılmadığı veya mahkemenin yetkisi hakkında bir karar dahi vermediği bir aşamada söz konusu mahkemenin adil bir yargılama yapmayacağını kabul ederek davayı görmenin çeşitli sakıncaları da bulunmaktadır. Ayrıca, yabancı unsurlu bir borç ilişkisinin taraflarının adil bir yargılamanın temel unsurlarından feragat etmeleri, dolayısıyla münhasır bir yetki anlaşmasıyla adaletsizliğin önceden açıkça kabul edilmesi mümkün görünmediği gibi tarafların yetki anlaşmasının akdedildiği esnada potansiyel ihlaller hakkında bilgi sahibi olma olasılığı da yoktur⁶⁶⁸. Seçilen mahkemedeki yargılamada karşılaşılabilecek güçlükler, muhtemelen sadece uyuşmazlığın ortaya çıkmasına müteakiben davanın yurt dışındaki seçilen mahkemede açıldığı veya yetki anlaşmasına rağmen bir taraf devlet mahkemesine başvurulduğu sırada ortaya çıkacaktır. Bu nedenle, seçilen mahkemenin AİHS m.6/1'in öngördüğü adil yargılama standartlarına açıkça aykırı bir yargılama yapacağını gösteren objektif ve esaslı nedenlerin varlığı halinde, kendisine başvurulmuş mahkemenin yetki anlaşmasını bertaraf ederek davayı görmesi gerekmektedir. Aksi halde, yetki anlaşmasında yetkili kılınan başka mahkeme(ler) bulunmadıkça, davacının adil bir yargılama yap(a)mayacak olan seçilen mahkemeye başvurmak dışında başka bir imkânı kalmayacaktır. Yetkisizlik kararıyla davacıyı böyle bir mahkemeye başvurmak zorunda bırakmak, adil bir yargılamanın yapılabileceği bir taraf devlet mahkemesine başvurma imkânından yoksun bırakmak anlamına gelecektir. Oysa taraflar, uyuşmazlıklarını adil bir şekilde karara bağlayacak bir mahkeme lehine yetki anlaşmasıyla milletlerarası yetkiye sahip diğer mahkemelere başvurmaktan feragat etmektedir. Diğer bir ifadeyle, yetki anlaşması akdederek sadece anlaşmada belirtilen mahkeme dışındaki diğer mahkemelere başvurmaktan feragat etmekte, seçilen mahkemedeki yargılama süreciyle ilgili AİHS m.6/1'in öngördüğü diğer güvencelerden

⁶⁶⁷ Demir Gökyayla, **Adil Yargılama**, s.67.

⁶⁶⁸ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.321.

feragat etmemektedir⁶⁶⁹. Bu nedenle, seçilen mahkemede davanın görülmesinin davacının adil yargılanma hakkını açıkça ihlal edeceğinin objektif ve esaslı faktörlerden anlaşıldığı hallerde, kendisine başvurulana -yetkili- mahkemece yetki anlaşmasına etki tanınmaması gerektiği prensip olarak söylenebilir.

Bu bakımdan, seçilen mahkemenin adil bir yargılama yapıp yapamayacağı olgusunun, büyük ölçüde yetki anlaşmasının yapılmasından sonra seçilen mahkemenin ülkesindeki hukuki ve siyasi anlayış ve koşulların radikal bir şekilde değişip değişmediğine bağlı olduğunu söylemek mümkündür. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, seçilen mahkemenin adil bir yargılama yap(a)mayacağı meselesi, genellikle seçilen mahkemenin tarafsızlığını veya bağımsızlığını ya da yargılama usulünü etkileyen etkileyen politik nedenlerle gündeme gelebilir. Örneğin, seçilen mahkemenin bulunduğu bölgede uzun süredir iç savaş ortamının olduğu, Anayasanın askıya alındığı ve usule ilişkin hükümlerin uygulanmadığı, bunun sonucu olarak hakimlerin iç savaşın liderlerinin politik ve sosyal etkileri altında karar verdikleri, rüşvet ve yolsuzluğun yaygın olduğu, mahkemelerin aleni bir şekilde faaliyetlerini devam ettiremediklerinin açıkça anlaşıldığı ve bunların mahkeme kararlarına yansıdığı bir ortamda⁶⁷⁰, davacıdan bağımsızlığı ve tarafsızlığı şüpheli olan bir mahkemeye başvurusu beklenmemeli, davacı kendisine başvurulana mahkeme tarafından seçilen mahkemeye başvurmak zorunda bırakılmamalıdır. Hiç şüphesiz, bu tür durumların ancak istisnai hallerde ve büyük ölçüde yetki anlaşmasının akdedilmesinden sonraki bir tarihte ortaya çıkabileceği söylenebilir.

Diğer taraftan, seçilen mahkemenin tarafsız ve adil yargılama yapamayacağı konusundaki şüphenin, mahkeme tarafından objektif bir şekilde ve somut olarak anlaşılması da gerekmektedir. Haliyle, uyuşmazlığın her iki tarafı da, seçilen mahkemede veya yetki anlaşmasına rağmen kendisine başvurulana mahkemede adil yargılanma hakkının bünyesinde yer alan çeşitli haklarının ciddi şekilde zedeleneceğini veya ihlal edileceğini ileri sürebilir. Örneğin, davacı seçilen yabancı mahkemenin

⁶⁶⁹ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.320.

⁶⁷⁰ Söz konusu örnek, Liberya mahkemelerince verilen bir kararın New York mahkemelerince tenfizi talebinin adil yargılanma ilkelerine aykırı bir şekilde verildiği gerekçesiyle reddedildiği bir karardan yola çıkarak verilmiştir. Karar için bkz.: Musa Aygöl, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Bazı Usul Hukuku Problemleri”, **MHB**, C.31, S.2, 2011, s.101, dn.58.

yargılamayı aşırı uzun bir sürede tamamlayacağını veya davayı aydınlatacak bilgi, belge ve tanıkların dinlenmesinde problem yaşanacağını, yargılama usulünün veya dilinin her iki tarafa da yabancı olduğunu veya davalının mahkemesi seçilen devlete bağlı bir kurum veya kuruluş olduğunu, bunların çeşitli usuli eşitsizlikler yaratacağını ileri sürebilir. Keza, davalı da davanın seçilen mahkemede görülüp karara bağlanmasının, kendisine nazaran davalıya daha fazla külfet yüklediğini belirtmekle beraber, bu tür usuli eşitsizliklerin veya eksikliklerin adil yargılanmaya ilişkin herhangi bir hakkın ihlalini doğuracak nitelikte olmadığını ileri sürebilir. Bu bakımdan, seçilen mahkemenin yapacağı yargılamada karşılaşılabilecek güçlükler, davanın açıldığı an itibarıyla seçilen mahkemedeki yargılama bakımından söz konusu olabileceği gibi kendisine başvurulmuş mahkeme bakımından da söz konusu olabilir. Kaldı ki, milletlerarası karakterli özel hukuk uyuşmazlıklarında, bu tür güçlüklerin az veya çok her dava bakımından mevcut olduğu söylenebilir. Seçilen mahkemenin yapacağı muhtemel yargılama, ilk başlarda davacı lehine adaletsiz gibi görünmekle beraber, yapılacak yargılamanın hem usulen hem de maddi olarak davacının lehine davalının aleyhine seyretmesi de mümkündür. Diğer bir ifadeyle, ihtilafın vuku bulduğu tarih itibarıyla seçilen mahkemenin tarafsız ve adil davranmayacağı şüphesini doğuran bu tür bir durum, her iki taraf bakımından da söz konusu olabilir. Dolayısıyla, bu tür durumlarda, her iki tarafın davanın seçilen mahkemede görülmesi halinde kendileri bakımından ne tür güçlüklerle sebebiyet verebileceğini yetki anlaşması akdedilmeden evvel veya akdedilmesi esnasında düşünmeleri gerekmektedir. Bu nedenle, sözleşmenin akdedilmesinden sonra tarafların kendilerinden kaynaklanmayan haller hariç olmak üzere, bir tarafın kendi iradesiyle yetkili kılmış olduğu bir mahkemenin tarafsız, eşit ve adil bir yargılama yapamayacağını söylemek ve kabul etmek pek mümkün görünmemektedir.

Sonuç olarak, taraflardan birinin seçilen mahkemede adil bir yargılama elde edemeyeceği şüphesi, büyük ölçüde seçilen mahkemenin bulunduğu bölgede yargılama sürecinin mahkemelerce bağımsız, tarafsız ve önceden belirlenmiş yargılama kurallarına uygun olarak sağlıklı bir şekilde yürütülmesini engelleyen veya imkânsızlaştıran, iç karışıklık veya savaş gibi hallerin varlığı halinde ortaya çıkabilir. Doğal olarak, bu tür bir durumun, yetki anlaşmasının akdedilmesinden veya ihtilafın

vuku bulmasından sonra gerçekleşmesi gerekir ve beklenir. Bu nedenle, böyle bir şüphenin varlığını gösteren nedenler mahkemece objektif bir şekilde ve somut olarak anlaşılabilirse, yetki anlaşmasına etki tanınmaması daha uygun olacaktır. Buna karşın, seçilen mahkemede dava açılmadan, hatta dava görülmekteyken, davacının davanın seçilen mahkemede görülmesi halinde diğer tarafa nazaran usuli açıdan ciddi bir şekilde dezavantajlı durumda kalacağını ileri sürmesine rağmen, seçilen mahkemenin tarafsız ve adil bir yargılama yap(a)mayacağını önceden objektif olarak doğrulanabilmesi mümkün görünmemektedir. Bu nedenle, yukarıda belirttiğimiz hal dışında, seçilen mahkemenin adil bir yargılama yapamayacağı iddiasının, gerek ulusal mahkemeler gerekse AİHM tarafından kabul görmemesi kuvvetle muhtemeldir.

Ancak bu, söz konusu mahkemelerin seçilen mahkemenin AİHS m.6/1'in öngördüğü standartları karşılamayan bir yargılama yapıp yapmayacağını hiçbir şekilde değerlendirmeyecekleri anlamına gelmemektedir. Mahkemelerin yine de somut olayın koşullarını dikkate alarak, seçilen mahkemenin AİHS m.6/1'de öngörülen standartlara uygun bir yargılama yapıp yapmayacaklarını *a priori* olarak incelemeleri de gerekmektedir. Bu noktada, böyle bir iddiayı değerlendirilirken öncelikle tarafların davanın seçilen mahkemede görülmesi konusundaki menfaatlerine ve iradelerine önem verilmeli ve öncelik tanınmalı, Belçika mahkemelerinin yaptığı gibi, davacı tarafın davranışının daha önce beyan etmiş olduğu iradeyle çelişip çelişmediği değerlendirilmelidir. Ayrıca, böyle bir değerlendirme yapılırken, aksi yöndeki bir anlayış veya uygulamanın, münhasır yetki anlaşmalarının amacı ve milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümü bakımından sahip olduğu işlevin ortadan kaldırılmasına yol açabileceği de göz ardı edilmemelidir.

v. Seçilen Mahkemenin Vereceği Kararın Ülkede Tanınmayacak veya Tenfiz Edilmeyecek Olması

Seçilen mahkemece verilecek kararın Türkiye'de tenfiz edilemeyecek olması ve diğer muhtemel ülkelerde de infaz kabiliyetine sahip olmaması halinde, kendisine başvurulmuş Türk mahkemesinin söz konusu anlaşmaya etki tanınmaması gerektiği ileri

sürülmektedir⁶⁷¹. Benzer şekilde, seçilen mahkemeden alınacak kararın borçlunun mallarının bulunduğu Türkiye’de tenfiz edilemeyeceğinin ispatlanması kaydıyla davanın yetki anlaşmasına rağmen Türk mahkemelerinde görülmesi gerektiği belirtilmektedir⁶⁷². Bazı ülke hukuklarında ise, seçilen mahkemenin vereceği kararın yerel tanıma-tenfiz koşullarını karşılaması halinde, kendisine başvurulmuş mahkemenin yetkisizlik kararı vereceği belirtilmektedir. Yalnız seçilen mahkemenin henüz kesinleşmiş bir karar vermediği bu aşamada, (kendisine başvurulmuş) bir mahkemenin davanın özelliklerini dikkate alarak, seçilen mahkemenin vereceği muhtemel kararın tanıma-tenfiz koşullarını karşılayıp karşılamayacağını değerlendirmesi gerekecektir⁶⁷³. Peki, böyle bir durumda, seçilen mahkemece verilecek olan kararın Türkiye’de tanınmayacak veya tenfiz edilemeyecek olmasına rağmen, yetki anlaşmasına istinaden yetkisizlik kararı vermesi, davacının Türk mahkemelerine erişim hakkına ölçsüz bir müdahale olarak nitelendirilebilir mi? Seçilen mahkemenin vereceği kararın bir Türk mahkemesince tanıma veya tenfiz edilme imkanına sahip olup olmadığı, henüz seçilen mahkemede davanın açılmadığı veya görülmekte olduğu, daha geniş bir ifadeyle seçilen mahkemenin vereceği kararın henüz tenfizinin dahi talep edilmediği bir aşamada nasıl ispat ve tespit edilecektir? Bu sorulara verilecek cevabın, büyük ölçüde yetki anlaşmasına rağmen kendisine başvurulmuş devlet mahkemesinin böyle bir durumu yetki anlaşmasına etki tanımayı önleyen bir neden olarak kabul edip etmeyeceğine bağlı olduğunu belirtmek gerekir.

Öncelikle, Türk hukukunda yabancı bir mahkeme lehine yapılan yetki anlaşmasının geçerli kabul edilebilmesi için hangi şartları taşıması gerektiğinin MÖHUK m.47’de açıkça belirtildiğini ve söz konusu maddede seçilen mahkemenin vereceği kararın tanınması ve tenfizinin mümkün olması gibi bir şarta yer verilmediğini belirtmeliyiz. Yetki anlaşmasıyla yetkili kılınan mahkemenin vereceği kararın Türk mahkemesince tanıma ve tenfiz edilme şansına sahip olup olmaması, yetki anlaşmasının geçerliliğini etkilememektedir. Dolayısıyla, davacı yabancı mahkemece verilecek kararın Türk hukukunda tanıma-tenfiz kabiliyetine sahip olmadığı

⁶⁷¹ Baki Kuru, “Sözleşme ile Yabancı Mahkemelerin Yetkili Kılınması”, **MHB**, C.6, S.2. 1986, s.145.

⁶⁷² Nomer, **DHH**, s.494; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.431.

⁶⁷³ Bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.75.

gerekçesiyle bir Türk mahkemesine müracaat ettiğinde, prensip olarak Türk mahkemesinin yetkisizlik kararı vermesi gerekmektedir.

Bununla beraber, yabancı bir mahkemenin yetkisini kabul eden bir anlaşmanın, bir tarafın Türk mahkemelerinin yetkisinden tamamen feragat ettiği şeklinde yorumlanması da kabul edilemez⁶⁷⁴. Nasıl ki yabancı mahkemenin yetkisizlik kararı vermiş olduğu (MÖHUK m.47) veya yetkisizlik kararı vereceğinin önceden belli olduğu hallerde kendisine başvurulmuş -yetkili- mahkemenin davayı görmesi gerekiyorsa, seçilen mahkemenin *vermiş olduğu* kararın Türkiye’de tanınması veya tenfizi talebinin reddedilmiş olması halinde de yetki anlaşmasının varlığına rağmen açılan davayı görmesi gerekmektedir⁶⁷⁵. Çünkü, böyle bir durumda yetki anlaşmasıyla yetkili kılınan mahkeme, bir tarafın ileri sürdüğü bir özel hukuk iddiası hakkında nihai bir karar vermiş olsa da, aslında ne kararın verildiği ülkede ne de tanınması veya tenfizi talep edilen ülkede böyle bir davayla istenen hukuki netice elde edilememiş olacaktır. AİHS m.6/1, sadece özel hukuk karakterli bir hak iddiası ile ilgili bir yargılama sonucunda adil bir karar verecek bir mahkemeye erişimi güvence altına almamakta, aynı zamanda yargılama sonucunda mahkeme tarafından tespit edilerek hukuk düzeninde tanınmış olan bir hakkın gerçekleştirilmesini (kararın icrasını) de güvence altına almaktadır.

Gerçekten, seçilen mahkemenin vermiş olduğu kararın, çeşitli nedenlerle seçilen mahkemenin hukukunda arzu edilen hukuki neticeleri karşılamamış olması söz konusu olabilir. Örneğin, taraflar yabancı bir mahkemeyi sadece her iki tarafa eşit mesafede, tarafsız olduğu gerekçesiyle yetkili kılmış olabilir veya davalının seçilen mahkemede icra edilebilecek bir malvarlığı bulunmayabilir. Diğer bir ifadeyle, taraflar yabancı bir devletin mahkemesini yetkilendirerek, seçilen mahkemece verilecek kararın seçilen ülkenin hukukunda hukuki sonuçlar doğurmasını veya bir tarafın o ülkede bulunan malları üzerinde icrai etkiler doğurmasını amaçlamamış olabilirler. Ancak, aynı durum, seçilen mahkemece verilen bir kararın başka bir ülkede tanınması veya tenfizi talebinin reddedilmesi halinde söz konusu olmayabilir. Zira böyle bir durumda, davacı seçilen

⁶⁷⁴ Nomer, **DHH**, s.494.

⁶⁷⁵ Nomer, **DHH**, s.494; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.431; Sargın, **Yetki Anlaşmaları**, s.188; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s. 190; Akıncı, **Derdestlik**, s.67.

mahkemede bir ilam elde etmiş olsa da, ne seçilen mahkemenin hukukunda ne de tanıma veya tenfiz davasının görüldüğü ülke (Türk) hukukunda arzu ettiği hukuki neticeyi elde edememiş olacaktır. Dolayısıyla, bu tür hallerde, bir tarafa etkin bir yargısal koruma imkanı sağlayamayan bir yetki anlaşmasının varlığı nedeniyle kanunen yetkili bir Türk mahkemesinin yetkisizlik kararı vermesi, ihkak-ı haktan imtina etmesi anlamına gelecek ve AİHS m.6/1'e ölçüsüz bir sınırlama olarak nitelendirilebilecektir.

Burada asıl problem, davacının seçilen mahkemece verilecek kararın *tanınmayacağı veya tenfiz edilmeyeceği* iddiasıyla kendisine başvurulmuş mahkemenin böyle bir iddiayı nasıl değerlendireceği noktasında ortaya çıkmaktadır. Bu aşamada, seçilen mahkemenin vereceği kararın yetki anlaşmasıyla yetkisi bertaraf edilen mahkemenin hukukunda yer alan tenfiz şartlarını karşılayıp karşılamayacağı belirsizdir. Dolayısıyla, seçilen mahkemenin vereceği kararın tanınması veya tenfizini engelleyen bir şartın varlığının yetki anlaşmasının akıbetini, dolayısıyla kendisine başvurulmuş mahkemenin yetkisini ne yönde etkileyeceği önem arz etmektedir. Bu konuda mahkemenin iki farklı şekilde hareket edebileceği söylenebilir.

İlkine göre, seçilen mahkemenin vereceği kararın tanınmayacak ve tenfiz edilmeyecek olmasının, tanıma ve tenfiz devleti mahkemelerinin yetkisini bertaraf eden taraf iradelerini etkisiz kılacak bir neden olarak değerlendirilmemesi gerektiği ileri sürülebilir. Buna göre, yetki anlaşmasıyla yetkisi bertaraf edilen bir mahkeme, seçilen mahkemenin vereceği kararın kendi ülkesinde tanınması veya tenfizi imkân ve ihtimalini dikkate almaksızın seçilen mahkeme lehine yetkisizlik kararı verecektir⁶⁷⁶. Benzer şekilde seçilen mahkeme de, kendi önüne gelen davada, vereceği kararın yetki anlaşmasıyla yetkisi bertaraf edilen mahkeme devletinde tanınıp tanınmayacağını dikkate almaksızın yetkili olup olmadığına karar verecektir.

Diğer yaklaşıma göre ise, kendisine başvurulmuş mahkemenin seçilen mahkemenin vereceği kararın tenfiz devletinin hukukunda yer alan şartları karşılayıp karşılamayacağını değerlendirmesi ve buna göre yetki anlaşmasına etki tanıyıp tanımayacağına karar vermesi gerekmektedir. Buna göre, böyle bir iddia karşısında bir

⁶⁷⁶ Sargın, **Yetki Anlaşmaları**, s.84.

Türk mahkemesi MÖHUK m.54'te yer alan tenfiz koşullarına göre bir değerlendirme yapacaktır. Bu noktada, henüz yabancı mahkemede dava açılmamış veya sonuçlandırılmamış olduğundan, seçilen mahkemenin vereceği kararın kamu düzenine açıkça aykırı olarak veya savunma haklarına riayet edilmeyerek verilmiş olduğu iddia edilemeyecektir. Yetki anlaşmasına konu uyuşmazlığın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi kapsamında olmaması zaten MÖHUK m.47'de arandığından ve yabancı mahkemenin yetkisinin de taraf iradesine dayandığı için aşırı yetki olarak da nitelendirilemeyeceğinden, Türk mahkemesi sadece seçilen mahkemenin bağlı olduğu devlet ile Türkiye arasında karşılıklılığın bulunmadığı gerekçesiyle yetki anlaşmasına etki tanımayı reddedebilir⁶⁷⁷. Bu bakımdan, davayı görmeyi kabul etse bile, seçilen mahkemenin vereceği kararın ülkede icra kabiliyeti kazanmayacak olmasını göz önüne alması ve yetki anlaşmasına rağmen davayı görmeyi reddetmesi gerektiği belirtilmektedir⁶⁷⁸.

Belirtmek gerekir ki, yabancı bir mahkemenin bir Türk mahkemesinin münhasır yetkisinin kapsamına giren bir uyuşmazlık hakkında yetkili kılınmış olması dışında, kendisine başvuru Türk mahkemesinin yabancı mahkemenin vereceği kararın Türk hukukunda aranan tenfiz şartlarını taşıyıp taşımadığını seçilen mahkemece bir karar verilmeden evvel tespit etmesi mümkün değildir. Örneğin, seçilen mahkemenin bağlı olduğu devlet ile Türkiye arasında yabancı ilamların tenfizi konusunda karşılıklılığın bulunmadığı ispat ve tespit edilse dahi, seçilen mahkemede davanın açılması ile söz konusu mahkemeden elde edilen ilamın bir Türk mahkemesince tenfizine karar verilene kadar geçen süre içinde karşılıklılık koşulunun gerçekleşme ihtimali her zaman bulunmaktadır⁶⁷⁹. Yabancı mahkemece verilecek olan kararın Türkiye'de tanınması veya tenfiz edilmesi zarureti yetki anlaşmasının akdedilmiş olmasından sonra ortaya çıkmış olsa dahi, yabancı mahkemenin vereceği kararın tenfiz edilip edilmeyeceği yine de belirsizdir. Kaldı ki, somut uyuşmazlık bakımından yetkili bir Türk mahkemesi bulunsa da, yabancı bir mahkemenin vereceği kararın her halde ve mutlaka Türkiye'de tenfizi de şart değildir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, taraflar tamamen ihtilafı tarafsız

⁶⁷⁷ Sargın, **Yetki Anlaşmaları**, s.186-187.

⁶⁷⁸ Bkz.: Sargın, **Yetki Anlaşmaları**, s.84, dn.220-222'deki yazarlar.

⁶⁷⁹ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s.411; Akıncı, **Derdestlik**, s.67; Sargın, **Yetki Anlaşmaları**, s.187.

bir yargı merciine götürmek saikiyle Türk mahkemelerinin yetkisinden feragat etmiş olabilirler. Hatta seçilen mahkeme, yetkisi hakkında karar verirken, vereceği kararın davalının malvarlığının bulunduğu ülkede infaz edilmesi bir yana, kendi ülkesinde bile icra ediliş edilmeyeceğini dahi dikkate al(a)mayabilir. Nitekim Türk hukukunda, HMK m.17-18 hükümleri kapsamında bir yetki anlaşmasının geçerliliğinin, Türk mahkemesinin vereceği kararın davalının ülkesinde veya mallarının bulunduğu ülkede tenfiz edilmesi şartına bağlanmadığı, bunun yetki anlaşması yapılırken tarafların üzerinde düşünmesi gereken bir mesele olduğu belirtilmektedir⁶⁸⁰.

Benzer şekilde, Türk hukukunda olduğu üzere (MÖHUK m.47), yetkisi bertaraf edilen bir devlet mahkemesinin hukukunda da yabancı bir mahkemeyi yetkilendiren bir yetki anlaşmasının kabulü için böyle bir koşulun varlığı aranmayabilir. Ayrıca, somut olayın koşullarına bağlı olarak, davalının malvarlığının bulunduğu diğer ülke mahkemelerinde de söz konusu kararın tenfizine karar verilmesi söz konusu olabilir. Hatta davalının verilen karara rızaen uyması ihtimali de bulunmaktadır. Dolayısıyla, yabancı bir mahkeme lehine Türk mahkemelerinin yetkisinden feragat eden bir tarafın henüz yabancı mahkemeye başvurmaksızın yabancı mahkemenin vereceği kararın Türkiye’de tanınmayacağı veya tenfiz edilmeyeceği gerekçesiyle akdetmiş olduğu bir yetki anlaşmasını etkisiz kılma çabalarının Türk mahkemelerince kabul edilmesi pek mümkün görünmemektedir. Böyle bir durumda, kanunen tanınan bir yetkiyi kullanarak kendi isteğiyle Türk mahkemelerinin vereceği kararın Türkiye’deki icrai etkisinden vazgeçen bir tarafın, Türk mahkemelerinin vereceği kararın icrai etkisinden yeniden yararlanmak amacıyla MÖHUK m.47 hükmünü bertaraf etmeye yetecek seviyede korunmaya değer bir menfaati bulunmamaktadır⁶⁸¹.

Diğer taraftan, davacının seçilen mahkemenin vereceği kararın tenfiz edilmeyeceği iddiasının reddedilerek yetkisizlik kararı verilmesi, somut olayın koşullarına göre, alacağını sadece davalının Türkiye’de bulunan mallarına el atılması suretiyle elde edebilecek olan davacıyı, seçilen mahkemece yapılacak bir yargılama sonucunda tekrar bir Türk mahkemesinde akıbeti belirsiz bir tenfiz davası açmak

⁶⁸⁰ Bkz.: Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.411.

⁶⁸¹ Sargın, **Yetki Anlaşmaları**, s.187.

zorunda bırakacaktır. Bu durumda, yetkisizlik kararı verilmesi davacıya gereği olmayan bir külfet yüklemesi nedeniyle adalet hissini zedeler gibi görünse de, böyle bir sonucun ortaya çıkmasında davacının kendi iradesinin de etkisinin olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla, seçilen mahkemenin vereceği kararın, gerek kararın verildiği ülkede gerekse diğer ülkelerde ne ölçüde bir infaz edilebilme kabiliyetine sahip olduğu yetki anlaşmasının müzakereleri esnasında taraflarca düşünülmelidir. Ayrıca, kanunun kendisine tanımış olduğu yetkiyi kullanan ve buna istinaden yetki itirazında bulunan davalıyı, Türkiye’de ikamet etse dahi, iradesine aykırı bir şekilde Türk yargı organlarına tabi tutmak, bu sefer de davalı bakımından haksızlık teşkil edecektir.

Bu bakımdan, tıpkı seçilen mahkemenin adil bir yargılama yapamayacağını iddia edilmesi halinde olduğu gibi, kendisine başvurulmuş mahkemenin mümkün mertebe taraf iradesine öncelik vererek yetki anlaşmasını ayakta tutacak şekilde bir değerlendirme yapması yerinde olacaktır. Şüphesiz, seçilen mahkemenin icra edilebilir bir karar vermekten uzak olduğu gerekçesiyle yetki anlaşmasına etki tanınmasının AİHS m.6/1’i ihlal edeceği ileri sürülebilir. Ancak, böyle bir ihlal iddiası, muhtemelen özellikle davacının böyle bir duruma kendi iradesinin neden olması ile davalının davanın seçilen mahkemede görülmesine yönelik iradesi ve bu konudaki korunmaya değer menfaati göz önüne alınarak kabul görmeyecektir. Bu nedenle, seçilen mahkemenin vereceği kararın davalının mallarının bulunduğu Türkiye’de tenfizi ihtimali bulunmasa veya başka bir ülkede tenfizi imkânı bulunsa dahi, yetki anlaşmasına etki tanımamak yerinde olmayacaktır.

4. Milletlerarası Yetkiye Davanın Konusuna Bağlı Olarak Getirilen Sınırlamaların⁶⁸² Bireylerin Mahkemeye Erişim Hakkına Olan Etkisi

Milletlerarası yetki kurallarının devletler tarafından davanın konusuna, sebebine veya taraflarına bağlı olarak tanzim edildiğini belirtmiştik. Milletlerarası yetki

⁶⁸² Milletlerarası yetki üzerindeki sınırlamalar sadece davanın konusundan kaynaklanan sınırlamalardan ibaret değildir. Milletlerarası yetkiye anayasa hukukundan kaynaklanan sınırlamalar getirilmesi de mümkündür. Nitekim, AY m.142’de mahkemelerin yetkisinin kaynağı ile ilgili bir sınırlama getirilerek Türk mahkemelerinin yetkilerinin sadece kanunla belirlenebileceğini öngörmüştür. Bu konuda bkz.: Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.242 vd. Bunun yanında, devletler hukukunun da milletlerarası yetki üzerinde etkilere sahip olduğu dolayısıyla milletlerarası yetkinin kullanımına sınırlamalar getirebileceği söylenebilir. Devletler hukukunun yabancı unsurlu davalarda mahkemelerin yetkisinin düzenlenmesinde

kurallarının tanziminde genellikle ülkeyle bağlantıyı tesis eden ikametgâh, mutad mesken veya ifa yeri gibi çeşitli bağlama noktalarından hareket edilmektedir. Bu bakımdan, bireylerin vatandaş veya yabancı olması, Türk hukukunda milletlerarası yetkiyi ortadan kaldıracak veya sınırlayacak bir sebep olarak görülmemiştir⁶⁸³. Bununla beraber, devletler yabancı unsurlu bazı uyuşmazlıklar bakımından, davanın konusunun üçüncü bir ülkeyle çok yakın bir irtibata sahip olmasından hareketle milletlerarası yetkili bir mahkeme tayin etmeyebilir veya genel bir yetkisizlik anlayışı benimseyebilir. Bu tür uyuşmazlıklar bakımından, milletlerarası yetkinin tesis edilmemesinin veya bu konuda yetkisizlik anlayışının benimsenmesinin davacının ülke mahkemelerine erişimine ölçüsüz bir müdahale olup olmayacağı meselesi gündeme gelebilecektir.

Dava konusunun üçüncü bir ülkeyle sıkı sıkıya bağlı olduğu uyuşmazlıklarla ilgili olarak AB üyesi (ve AİHS'ne taraf) devlet hukuklarında söz konusu uyuşmazlıklar bakımından yetkisizlik kararı vermesi gerektiği anlayışının büyük ölçüde benimsendiği görülmektedir. Milletlerarası yetkinin dava konusuna bağlı olarak sınırlanmasıyla ilgili olarak, akla yabancı ülkede bulunan taşınmazların aynına ilişkin davalar gelmektedir. Avrupa ülkelerinin birçoğunda özellikle yurt dışında bulunan taşınmaz mallarla ilgili aynı hak uyuşmazlıklarında mahkemelerin davayı *reddetmesi gerektiği veya reddedebileceği* öngörülmüştür⁶⁸⁴. Yabancı fikri veya sınai mülkiyet haklarının tescili veya geçerliliği ile ilgili davaların da üçüncü bir ülkeyle yakından irtibatlı olduğu kabul edilmekte ve davanın reddedilmesi haklı görülebilmektedir⁶⁸⁵. Bazı ülkelerde, şirketler hukukuyla ilgili bazı konularda (kuruluş yeri üçüncü bir ülkede olan şirketlerin geçerliliği, işleyişi, infisahı ve tasfiyesi) ortaya çıkan uyuşmazlıklarda mahkemelerin yetkili olmadığını re'sen tespit etmesi gerektiği ifade edilmektedir⁶⁸⁶. Bu noktada,

ne ölçüde etkili olduğu veya gerçekten bir etkisinin olup olmadığı konusunda bkz.: Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.250.

⁶⁸³ Bkz.: Nomer, **DHH**, s.464; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.256.

⁶⁸⁴ Avusturya, İrlanda, İspanya, İsveç, İtalya, Güney Kıbrıs, Letonya, Lüksemburg, Macaristan, Polonya, Slovakya, Slovenya. Bazı ülke hukuklarında (Belçika) bu husus belirsizken, Almanya, Fransa, Danimarka, Hollanda gibi ülkelerde ise dava konusunun üçüncü bir ülkeyle yakından irtibatlı olması nedeniyle yetkisizlik kararı verme konusunda spesifik bir yükümlülüğün olmadığı belirtilmektedir. Bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.79.

⁶⁸⁵ Avusturya, Belçika, İspanya, İsveç, Güney Kıbrıs, Macaristan, Letonya, Slovenya, Slovakya. Buna mukabil, bazı ülkelerde (İskoçya ve Polonya) yabancı fikri mülkiyet haklarının tescili ve geçerliliği, açıkça fikri mülkiyet hakkının tescil edildiği ülkeyle yakın irtibatlı bir konu olarak kabul edilmemektedir. Bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.79-80.

⁶⁸⁶ Bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.80.

yukarıda belirtilen uyuşmazlıklar bakımından yetkisizlik kararı verilmesinin genel olarak yabancı mahkemenin (kendi yetki kurallarına göre) münhasır yetkiye sahip olduğunun ispat edilmesi şartına bağlı olmadığını belirtmek gerekir. Diğer bir ifadeyle, dava konusunun yabancı ülkeyle yakından irtibatlı olup olmadığı konusu tamamen tek taraflı olarak *lex fori*'ye göre belirlenmekte, forum devleti hukukunun konuyu nasıl değerlendirdiğine bağlı olarak yetkisizlik kararı verilip verilmeyeceği tespit edilmektedir⁶⁸⁷. Netice itibariyle, karşılaştırmalı hukukta dava konusunun yabancı ülkeyle yakından irtibatlı olduğu bu tür davalar bakımından genel bir yetkisizlik anlayışının benimsendiği söylenebilir.

Türk hukukunda, milletlerarası yetkinin dava konusuna bağlı olarak sınırlanması meselesinin daha çok yabancı ülkede bulunan taşınmazlar hakkında Türk mahkemelerinde açılan davalarla ilgili olarak tartışıldığını görmekteyiz. Türkiye’de bulunan taşınmazlarla ilgili aynı hak davalarında taşınmazın bulunduğu mahal mahkemesini yetkili kabul eden HMK m.12 (mülga HUMK m.13) hükmü münhasır nitelikte olduğundan, Türkiye’de bulunan taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin yabancı mahkemelerce verilen ilamların tanınması ve tenfizi mümkün olmadığı gibi⁶⁸⁸, sadece Türkiye’de bulunan taşınmazlarla ilgili olarak Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis etmektedir. Dolayısıyla, yabancı ülkedeki taşınmazlarla ilgili olarak söz konusu yetki kuralının tatbiki mümkün değildir. Şüphesiz, taşınmazın bulunduğu yabancı devletin, kendi ülkesindeki taşınmazların aynına ilişkin davalarda mahkemelerinin yetkisini münhasır olarak nitelendirip yabancı ilamların ülkesinde sonuç doğurmasını engelleyebileceği gibi farklı bir düzenleme de getirebilir⁶⁸⁹. Türk

⁶⁸⁷ Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.79.

⁶⁸⁸ Örneğin, Türk hukukunda telif hakları ile patent, marka, coğrafi işaret ve endüstriyel tasarımlar üzerindeki hakların korunması konusunda 5846 sayılı kanun ile 551 ve 554-556 sayılı KHK’larda yer alan yetki kurallarının –fikri hak sahibine karşı açılan fikri hakkın hükümsüzlüğüne ilişkin davalarda– münhasır nitelikte olduğu kabul edilmekteydi. Bkz.: Erdem, **Fikri Haklarda Mahkemelerin Yetkisi**, s.197. Günümüzde ise, sınai mülkiyet hakkı sahibine karşı açılan sınai mülkiyet hakkının hükümsüzlüğüne ilişkin davalarda, davalının yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesini yetkili kılan 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu m.156/5 hükmünün Türk milletlerarası usul hukuku açısından münhasır nitelikte olduğu belirtilmektedir. Bkz.: Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.582; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.391-392.

⁶⁸⁹ Örneğin İsviçre hukukunda taşınmazın aynına ilişkin davalarda taşınmazın bulunduğu mahal mahkemesinin münhasır yetkisi kabul edilmiş (İsviçre DÖHK m.97), diğer taraftan yabancı ülkede bulunan bir taşınmazın aynına ilişkin bir kararın taşınmazın bulunduğu ülkede verilmiş olması veya o ülkede tanınmış olması kaydıyla tanınabileceği (İsviçre DÖHK m.108) kabul edilmiştir.

doktrinde, yabancı ülkede bulunan taşınmazların aynına ilişkin davalar bakımından HMK m.12 dışındaki diğer yetki kurallarının tatbik kabiliyetine sahip olduğu, dolayısıyla bu tür davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkiye sahip olabileceği belirtilmektedir⁶⁹⁰. Bununla beraber, Yargıtay'ın oldukça eski tarihli kararlarının⁶⁹¹ yanı sıra doktrinde ileri sürülen çeşitli sebepler⁶⁹² dikkate alındığında, yabancı ülkelerde bulunan taşınmazlara ilişkin aynı hak davalarında Türk mahkemelerinin yetkisizlik kararı vermesi gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Aynı hususun üçüncü bir ülkeyle yakın irtibata sahip olan yabancı fikri mülkiyet hakları veya yabancı tüzel kişilere ilişkin davalar bakımından söz konusu olup olmadığı ise belirsizdir.

Peki, bir Türk mahkemesince yabancı ülkede bulunan bir taşınmaz veya yabancı ülkede tescil edilmiş bir fikri hakka ilişkin bir davanın bu nedenle reddedilmesinin AİHS m.6/1'le bir ilişkisi var mıdır? Diğer bir deyişle, ülke mahkemelerine erişime davalıyla değil de, dava konusuyla ilgili bir sınırlama getirilmiş olması vakıası karşısında bu sınırlamanın usuli nitelikte değil de maddi nitelikte bir sınırlama olduğu, dolayısıyla böyle bir sınırlamanın AİHS m.6/1'le bir irtibatlı olmadığı söylenebilir mi? Bu noktada, AİHM'in içtihatları bize yol gösterici olacaktır. AİHM, ulusal hukuktaki ilgili hükümleri ve bu hükümlerin ulusal mahkemelerce nasıl yorumlandığını dikkate alarak bir sınırlamanın maddi veya usuli nitelikte olup olmadığını belirlemektedir. Buna göre maddi sınırlamalar, davalının sorumluluğunu sınırlayan veya sorumluluktan bağışık tutan sınırlamaları, usuli sınırlamalar ise bir hak/yükümlülük bulunmakla

⁶⁹⁰ Nomer, **DHH**, s.456-457.

⁶⁹¹ Yargıtay'ın 1954 tarihli kararında Almanya'da bulunan bir taşınmazın kendi adına tescilini talep eden davacının davasını milletlerarası yetkisizlik gerekçesiyle reddeden yerel mahkeme kararı onanmıştır. Bkz.: Yargıtay Ticaret Dairesi, E.3695 K.4078 7.22.6.1954, (Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.258, dn.1029). Ayrıca bkz.: Yargıtay 2.HD, E.401 K.655 T.27.1.1977 (**MHB**, C.1, S.2, 1981, s.61-63).

⁶⁹² Doktrinde hemen her devletin kendi ülkesinde bulunan taşınmazlara ilişkin davalarda milletlerarası yetkisini münhasır nitelikte düzenlemesi ve taşınmazların bir ülkenin esaslı parçasını teşkil etmesi nedeniyle bu konudaki yetkinin kamu düzenine ait olduğu gerekçesiyle Türk mahkemelerinin yabancı ülkede bulunan taşınmazlar bakımından kesin yetkisiz olduğu belirtilmektedir. Bkz.: Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, C.1, İstanbul 2001, s.635. Bunun yanında, özellikle yabancı ülkede bulunan bir taşınmaz hakkında Türkiye'de bir dava açmanın pratik olmayacağı belirtilmektedir. Zira taşınmaz yurt dışında olduğundan bir taraftan söz konusu dava sonunda verilen kararın Türkiye'de icra edilebilmesi mümkün değildir. Diğer taraftan, taşınmazın bulunduğu devletin kendi mahkemelerini münhasır yetkili olarak kabul etmesi nedeniyle verilen kararın tenfiz edilmesi şansı da bulunmamaktadır. Ayrıca, yabancı ülkede bulunan taşınmazla ilgili bir davanın Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis edecek derecede ülkeyle yakın bir bağlantısının olduğunun söylenemeyeceği belirtilmektedir. Bkz.: Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.260.

beraber davalının kendisine karşı dava takibinden bağışık olmasını sağlayan, dava açılmasını engelleyen sınırlamaları ifade etmektedir⁶⁹³. AİHM tarafından kabul görmüş bu kuralı, konumuza uygulayacak olursak, dava konusunun yabancı ülkeyle yakından irtibatlı olması nedeniyle benimsenen yetkisizlik anlayışının (sınırlamanın) davalının sorumluluğunu ortadan kaldırmaktan ziyade kendisine karşı ilgili ülke mahkemelerinde dava takibinden bağışık tutan bir sınırlama olduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla, AİHS m.6/1 ülke mahkemelerine erişimin milletlerarası yetkinin dava konusuna bağlı olarak sınırlandığı durumlarda da uygulanabilir niteliktedir⁶⁹⁴. Hiç şüphesiz, böyle bir sınırlamanın meşru olup olmadığı ise, sınırlamayla meşru bir amaç izlenip izlenmediğine ve sınırlamayla izlenen meşru amacın ölçülü olup olmadığına bağlıdır.

Yabancı ülkede bulunan taşınmazlarla ilgili olarak böyle bir sınırlama, taşınmazla ilgili olarak verilen herhangi bir kararın sadece taşınmazın bulunduğu yer mahkemelerinin söz konusu taşınmazla ilgili verecekleri kararın fiilen ve etkili bir şekilde yerine getirilebilecek olmasına dayanmaktadır⁶⁹⁵. Gerçekten, taşınmazla ilgili her türlü hukuki işlemin sadece taşınmazın bulunduğu mahalde icra edilebilmesinin yanı sıra, taşınmazın bulunduğu yerin dava konusu uyuşmazlıkla en yakın ve gerçek bağlantıyı tesis ettiği kabul edilmektedir. Ayrıca, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisinin münhasır nitelikte olduğu anlayışının genel kabul gören bir yetki esası olduğu göz önüne alındığında, üçüncü ülkelerde taşınmazla ilgili bir aynı hak davası açmanın herhangi bir anlamı da olmayacaktır. Bu bakımdan, söz konusu sınırlamanın amacının, adalet hizmetlerinin sağlıklı ve etkin bir biçimde yönetilmesiyle ilgili olduğu söylenebilir⁶⁹⁶. Buna karşın, yabancı fikri mülkiyet haklarının geçerliliği ve korunması bakımından aynı amacın varlığından söz etmek zordur. Böyle bir sınırlamanın daha çok yabancı ülkedeki taşınmazlarla ilgili sınırlamanın yabancı fikri

⁶⁹³ AİHM'nin konuya ilişkin içtihatları için bkz.: Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.66 ve 364.

⁶⁹⁴ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.364.

⁶⁹⁵ Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s.478; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.220-221; Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.364; Jenard Report, s.35; Fernandez Arroyo, **a.g.m.**, s.177-178. Ayrıca bkz.: Morris/McClean/Ruiz Abou-Nigm, **a.g.e.**, s.87; Ulrich Magnus/Peter Mankowski/Luis de Lima Pinheiro, **Brussels Ibis Regulation (2016)**, Article 24, Ed. Ulrich Magnus/Peter Mankowski, Verlag, Köln, 2016, s.565-566.

⁶⁹⁶ Bkz.: Jenard Preport, s.35.

hakları kapsayacak şekilde genişlemesine dayandığı belirtilmektedir⁶⁹⁷. Fikri haklarda günümüzde büyük ölçüde ülkesellik prensibinin benimsendiği⁶⁹⁸, bir ulusal patentin verilmesinin devletin egemenliğinin bir uygulaması olarak nitelendirildiği⁶⁹⁹ göz önüne alındığında, yabancı bir fikri hakkın geçerliliğine (ve ihlaline) ilişkin dava hakkında yetkisizlik kararı verilerek dava açma hakkının sınırlanması başka bir nedenle meşru sayılabilir. Örneğin, bir yabancı fikri hakkın geçerliliğinin diğer bir devlet mahkemesince sorgulanması ve geçersiz kabul edilmesi, devletler arası nezaketin (comity) ihlali olarak görülebilir⁷⁰⁰. Bu noktada, AİHM'nin de “devletlerarası nezaket ve iyi ilişkileri geliştirmek için devletler hukukuna uyma” meşru amacına sıkça atıf yaptığını belirtmeliyiz.

Dava konusunun üçüncü bir ülkeyle yakın ve gerçek bir bağlantısının bulunduğu durumlarda yetkisizlik gerekçesiyle davanın reddedilmesi meşru bir amaca sahip olsa da ölçülü bir müdahale olmayabilir. Yabancı ülkede bulunan taşınmazlar veya yabancı ülkede tescil edilmiş ve korunmakta olan fikri haklara ilişkin davalar bakımından ülke hukuklarında benimsenen yetkisizlik anlayışının bünyesinde herhangi bir istisnayı ihtiva etmeyecek kadar geniş kapsamlı bir sınırlama olduğu, bu nedenle böyle bir sınırlamanın ölçüsüz olarak nitelendirilebileceği belirtilmektedir⁷⁰¹. Ancak, bu tür durumlarda davacının iddialarını ileri sürebileceği başka bir forumun daima mevcut olduğu unutulmamalıdır. Zira davacılar, taşınmazın bulunduğu veya fikri mülkiyet hakkının tescil edildiği üçüncü ülkede etkili bir hukuki çözüm yoluna başvuru imkanına her zaman sahiptir. Hatta, taşınmazın bulunduğu veya fikri hakkın tescil edildiği ve korunduğu ülke hukukunun bu konuda olabilecek en pratik ve en etkili çözümü sunacağı da bir gerçektir. Bu nedenle, prensip olarak milletlerarası yetkiye yönelik böyle bir sınırlama ölçülü görünmektedir. Burada akla, üçüncü ülkedeki yargılamanın

⁶⁹⁷ Bkz.: James J. Fawcett/Paul Torremans, **Intellectual Property and Private International Law**, 2nd Ed., Oxford University Press, Oxford 2011, s.296.

⁶⁹⁸ Bkz.: Erdem, **Fikri Haklarda Mahkemelerin Yetkisi**, s.52; Esra Dardağan, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı**, Betik, Ankara 2000, s.141 vd; B.Bahadır Erdem, **Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk**, 2.Bası, Beta, İstanbul-2002, s.39-41, s.43.

⁶⁹⁹ Jenard's Report, s.36; Fügen Sargın, **İnternet Aracılığıyla Gerçekleşen Marka İhlalleri Hakkında Milletlerarası Yetkiyi Haiz Mahkemeler ve Uygulanacak Hukuk**, Yetkin, Ankara 2005, s.222.

⁷⁰⁰ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.365.

⁷⁰¹ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.365.

AIHS m.6/1'in standartlarına uygun bir şekilde gerçekleşmeyecek olması ihtimali gelebilir. Böyle bir durumda, mahkemeye etkili bir erişimden söz etmek mümkün olmayacağından, yetkisizlik kararı verilmesi mahkemeye erişim hakkına ölçsüz bir sınırlama olarak nitelendirilebilir⁷⁰². Sonuç olarak, dava konusunun üçüncü bir ülkeyle yakın ve gerçek bir irtibata sahip olduğu yabancı ülkede bulunan taşınmazlar ile tescil edilmiş fikri haklar bakımından kabul edilen sınırlamalar (yetkisizlik kararı), kural olarak AIHS m.6/1'e uygun olsa da, bu hallerde yetkisizlik kararı verilmesi suretiyle bir ihlalin gerçekleşmesinin büyük ölçüde davanın koşullarına bağlı olduğunu söylemek mümkündür.

5. Mahkemelerin Yetkisini Tayin Eden Kuralların Taraflarca Kötüye Kullanılması ve Bunun AIHS m.6/1'le İlişkisi

Her devletin mahkemelerinin milletlerarası yetkisini serbestçe tayin edebileceğine, bunun da aynı uyumsuzluk bakımından birden fazla devlet(in) mahkemelerinin yetkisinin tesis edilmesine neden olabileceğine ve bu tür durumlarda davanın –milletlerarası yetkili- hangi ülke mahkemesinde karara bağlanacağını büyük ölçüde davacının tercihine kaldığını belirtmiştik. Hiç şüphesiz, davacı milletlerarası yetkiye sahip olan birden fazla mahkemeden kendi menfaatine en uygun ve en elverişli olan ülke mahkemesinde dava açmayı tercih edecektir ki buna *forum shopping* denilmektedir⁷⁰³. Buna göre, davacı milletlerarası yetki kurallarını kendi çıkarına kullanarak gerek usul hukuku gerekse maddi hukuktan kaynaklanan mülahazalarla⁷⁰⁴ en avantajlı mahkemede davasını açarak davanın sonucuna etkili olabilmektedir. Doktrinde, davalıyı özellikle usuli konularda davacıya nazaran dezavantajlı konuma düşürmesi ve paralel yargılamalara neden olacağı endişesiyle oldukça eleştirilse⁷⁰⁵ de, bir İngiliz mahkeme kararında da belirtildiği üzere, eğer davacıya davasını açmak için başvurabileceği alternatif mahkemeler sunulursa, davacı da doğal olarak bunlar

⁷⁰² Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.365. Gerçi böyle bir ihtimalde de, bir taraf devlet mahkemesi kendi milletlerarası yetki kurallarına istinaden yetkili olduğunu kabul edip bir karar verse de, söz konusu karar yabancı ülkede münhasır yetki nedeniyle tenfiz edilmeyebilecektir.

⁷⁰³ Nomer, **DHH**, s.494; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.264; Vischer, **a.g.m.**, s.224-225; von Mehren, **a.g.e.**, s.264-265; Aguirre, **a.g.m.**, s.333.

⁷⁰⁴ *Forum shopping*'i teşvik eden çeşitli faktörler ve bunların davacıların tercihi üzerindeki etkileri hakkında bkz.: Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.265 vd.; Vischer, **a.g.m.**, s.225-226.

⁷⁰⁵ Bkz.: Aguirre, **a.g.m.**, s.333; Vischer, **a.g.m.**, s.227.

arasında en elverişli olanını seçecektir ve böyle bir seçim şaşırtıcı bir durum olmadığı gibi kınanacak bir davranış olarak da nitelendirilmez⁷⁰⁶. Dolayısıyla, birden fazla ülke hukukunca tanınan usuli bir yetkiyi kullanarak dava açan davacının böyle bir davranışı eleştirilemeyeceği gibi, dava açma hakkının kötüye kullanılması olarak da görülemez. Diğer bir ifadeyle, *forum shopping* tek başına hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurmamakta⁷⁰⁷, bilakis davacı hukuki ve meşru bir vasıtaya başvurmaktadır⁷⁰⁸.

Davacının kendisine açık birden fazla ülke mahkemesinden en avantajlı olanı seçme hakkına sahip olmakla beraber, böyle bir seçim hakkının sınırını evrensel bir hukuk ilkesi olan dürüstlük kuralının çizdiği de unutulmamalıdır. Gerçekten, usul kanunlarında MK m.2 hükmü gibi genel bir hükme yer verilmese de, dürüstlük kuralının usulde de uygulanacağı, bunun kapsamına davanın dürüstlük kuralına uyularak açılması ve yürütülmesi yükümlülüğünün de girdiği kabul edilmektedir.⁷⁰⁹ Bu yükümlülüğün, yabancı unsurlu davalarda mahkemelerin yetkisini tayin eden kurallar bakımından da geçerli olduğu şüphesizdir⁷¹⁰. Bu nedenle, bireylerin AİHS m.6 ve AY m.36 hükümleriyle güvence altına alınan dava açma hakkının, söz konusu hakkın yabancı unsurlu davalarda ne ölçüde ve hangi şartlar altında kullanılabilceğini öngören usuli hak ve yetkilerinin de bu kurala riayet edilerek kullanılması gerekmektedir. Örneğin, davacının milletlerarası yetkili mahkemeyi tercih ederken sırf davalıya zarar vermek kasıtlı olarak davalıyla en az irtibatlı olan, oldukça uzak ve aşina olmadığı ülkede dava açması halinde davacının dava açma hakkını kötüye kullandığı ileri sürülebilir. Yine, haksız olan davalının sırf karşı tarafın yetki anlaşmasıyla yetkilendirilen yabancı mahkemede dava açmasını engellemek veya yargılamayı sürüncemede bırakmak amacıyla yetkisiz ülke mahkemelerinde dava açması veya haksız olmasına rağmen yetki itirazında bulunması gibi hallerde kendisine tanınan bu yetkileri kötü niyetle kullandığı söylenebilir. Dolayısıyla, *forum shopping* olgusunun varlığının aynı zamanda

⁷⁰⁶ Bkz.: The Atlantic Star, [1974] AC 436, s.471.

⁷⁰⁷ Nomer, DHH, s.495, Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.272-273; Aguirre, **a.g.m.**, s.333.

⁷⁰⁸ Bkz.: Nomer, DHH, s.495; Aguirre, **a.g.m.**, s.333. “Davacının birden çok yetkili mahkeme arasında kendi menfaatlerinin en uygun şekilde yerine getirilebileceği devlet mahkemesini seçmesinin, haksız ve zararlandırıcı bir eylem olarak düşünülmemeyeceğini” belirten Yargıtayın da *forum shopping*’in hukuki ve meşru bir yol olduğunu kabul ettiğini söylemek mümkündür. Bkz.: Yargıtay 11.HD, E.2008/10582 K.2009/4282 T. 8.4.2009, (Çevrimiçi, www.kazanci.com, 19.12.2016).

⁷⁰⁹ Bkz.: Ramazan Arslan, **Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, Ankara 1989, s.57-62.

⁷¹⁰ Benzer yönde bkz.: Adrian Briggs, “The Impact of Recent Judgments of the European Court on English Procedural Law and Practice”, **ZSR**, Band 124, 2005, Heft.2, s.235.

milletlerarası yetkiye ilişkin usuli kuralların kötüye kullanılmasına neden olabileceğini belirtmek gerekir. Eğer böyle bir kötüye kullanım söz konusuysa, davalının savunma haklarına aykırılık gibi veya davacının makul sürede yargılanma hakkı gibi bir temel hakkın ihlali gündeme gelebilir⁷¹¹. Böyle bir ihlal vakıası ise, ilk olarak milletlerarası yetkinin tesisinde kullanılan bağlama noktalarının hileli bir şekilde değiştirilmesi suretiyle⁷¹² ortaya çıkabileceği gibi, milletlerarası yetkinin taraf iradesine istinaden tesis edildiği hallerde de ortaya çıkabilir. Bu nedenle, usuli yetkilerin kötü niyetli bir şekilde kullanılmasına mahkemelerce dolaylı olarak etki tanınmasının AİHS m.6/1'e aykırı olup olmayacağının ele alınması faydalı olacaktır.

Milletlerarası yetkiyi tesis eden bağlama noktalarının hileli bir şekilde değiştirilmesi veya kullanılması diğer yetki esasları bakımından da ortaya çıkabilir olmakla beraber, bu noktada akla ilk olarak, birden fazla davalının varlığı halinde yetkili mahkemeyi tayin eden HMK m.7 (mülga HUMK m.9) hükmünün davacı tarafından veya davacı ile davalılardan birinin anlaşarak diğer bir davalıyı başka bir yargı alanına getirmek amacıyla kullanılması ihtimali gelmektedir. Söz konusu hükme göre, birden fazla davalının bulunduğu yabancı unsurlu davalarda, davalılardan birinin Türkiye'de yerleşim yerine sahip olması halinde bu yer mahkemesi söz konusu uyuşmazlık bakımından milletlerarası yetkiye sahip olacaktır. Böyle bir yetki kuralı, aynı zamanda Bürksel Ibis Tüzüğü m.8/1 (Brüksel I Tüzüğü m.6/1) ile üye devletlerin kahir ekseriyetinde benimsenmiştir⁷¹³.

⁷¹¹ Benzer yönde bkz.: Aguirre, **a.g.m.**, s.333. Gerçi böyle bir durumda, *forum non conveniens* veya kamu düzeni müdahalesi gibi milletlerarası özel hukukun bünyesinde bulunan çözüm yollarına başvurulmasının gerekli ve yeterli olduğu da ileri sürülebilir. Bkz.: Aguirre, **a.g.m.**, s.333.

⁷¹² Bkz.: Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.263. Ayrıca bkz.: Arslan, **a.g.e.**, s.83.

⁷¹³ AB üyesi devlet hukuklarında söz konusu yetki esasının tatbiki için dava sebepleri arasında belirli bir bağlantının bulunması şartı aranmaktadır, ancak bu şartın niteliği ve kapsamı hakkında bir yeknesaklık bulunmadığı belirtilmektedir. Bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.52-53. Buna mukabil, Brüksel Sözleşmesi m.6/1 hükmünde açıkça böyle bir şart aranmamış olmakla beraber, ABAD bir kararında söz konusu hükmün sırf davalının ikametgahı mahkemesinin yetkisini öngören kuralı dolanmak amacıyla kullanılmasını engelleyecek şekilde yorumlanması gerektiğini belirterek, söz konusu hükmün tatbiki için her bir davalıya karşı açılan davalar arasında bir bağlantının bulunmasının gerekli olduğuna hükmetmiştir. Bkz.: Athanasios Kalfelis v Bankhaus Schröder, Münchmeyer, Hengst & Co ve et al, Case C-189/87, (1998), ECR 5565, para.8-9. Ayrıca bkz.: Jenard Report, s.25. Doktrinde de, ABAD'ın açıkça söz etmese de, aslında burada söz konusu yetki kuralının suistimalini önlemek amacıyla hakkın kötüye kullanılması veya kanuna karşı hile doktrinini dolaylı olarak kullandığı belirtilmektedir. Bkz.: Arnaud Nuyts, "The Enforcement of Jurisdiction Agreements Further to Gasser and the Community Principle of Abuse of Right", **Forum Shopping in the European Judicial Area**, Ed. Pascal de Vareilles-Sommières,

Söz konusu yetki esasının, davacılar tarafından yabancı ülkede ikamet eden davalıları sırf kendi yerleşim yeri mahkemelerinden (doğal hakiminden) uzaklaştırarak kendi yargı alanlarına çekmek amacıyla hileli bir şekilde kullanılması mümkündür. Böyle bir ihtimal, Türkiye’de ikamet eden bir kişinin suni bir şekilde davalı olarak gösterilmek suretiyle gerçekleşebileceği gibi, davalılardan birinin davacı ile anlaşarak yerleşim yerini Türkiye’de göstermek suretiyle ortaya çıkabilir. Pek çok ülke hukukunda olduğu gibi⁷¹⁴, Türk hukukunda da, davacıların usuli yetkilerini kötüye kullanmasını engellemek amacıyla temelinde dürüstlük kuralının yattığı özel bir hükme yer verilmiştir. Buna göre, söz konusu yetki kuralının böyle bir amaçla kullanıldığı, belirtiler veya başka delillerle anlaşılması halinde, ilgili davalının itirazı üzere, bu davalı açısından yetkisizlik kararı verecektir (HMK m.7/2). İşte, birden fazla davalıya karşı davalılardan herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesinde dava açma imkanı sunan böyle geniş kapsamlı bir yetki esasının davacılar (ve davalılar) tarafından kötüye kullanılabileceğinden hareketle herhangi bir davalının adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edip etmeyeceği tartışılmıştır⁷¹⁵.

Gerçekten, söz konusu yetki esası, duruma göre davacının ne davanın konusuyla ne de diğer davalılarla alakası olmayan bir ülke mahkemesinde dava açmasını sağlayacak kadar geniş bir şekilde kullanılabileceği gibi davanın diğer davalılar bakımından uzak veya ulaşması zor bir ülkede açılmasına yol açabilir. Örneğin davanın sırf delillerin bulunduğu ülkede veya davacının kendi ülkesinde dava açmak amacıyla ilk davalının suni bir şekilde yaratıldığı hallerde bu durumdan söz edilebilir. Doktrinde ise, AB üyesi devletler arasında söz konusu yetki esasının çok geniş olmadığı ve özellikle mahkemelerce dikkatli bir şekilde uygulanırsa adil yargılanma hakkını ihlal etmeyeceği konusunda genel bir konsensüsün bulunduğu belirtilmekte, çeşitli ülke hukuklarındaki uygulamalardan yola çıkılarak söz konusu yetki kuralının tatbikinin

Hart Publishing, Oxford, 2007, s.65; Gilles Cuniberti, “The Discreet Influence of Abuse of Law in International Civil Procedure”, **Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?**, Ed. Rita de la Faria/Stefan Vogenauer, Hart Publishing, Oxford, 2011, s.283-285. Nitekim, ABAD’ın bu içtihadı daha sonra Brüksel I Tüzüğü m.6/2 (Brüksel Ibis m.8/2) hükmünde normatif olarak benimsenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ulrich Magnus/Peter Mankowski/Horatia Muir Watt, **Brussels Ibis Regulation (2016)**, Article 8-9, Ed. Ulrich Magnus/Peter Mankowski, Verlag, Köln, 2016, s.374 vd.

⁷¹⁴ Bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.53.

⁷¹⁵ Bkz.: Hess/Pfeiffer/Schlosser, **a.g.e.**, s.60, para.209-210.

mahkemelerce muhtemel davalıları aşırı uzak ve elverişsiz bir mahkemedeki yargılamaya karşı korumak amacıyla daraltılabileceği ileri sürülmektedir⁷¹⁶.

Meseleyi AİHS m.6/1 açısından ele almadan evvel, dava sebebinin aynı veya bağlantılı olduğu uyuşmazlıklar bakımından böyle bir yetki esasının davanın tek bir yerde görülmesini temin ederek aynı anda birden fazla derdest davanın görülmesinin önüne geçilmesini sağlayacağını söyleyebiliriz. Dolayısıyla, böyle bir yetki esası aslında gereksiz yere zaman ve masraf kaybı ile tarafları birden fazla derdest davayı takip etme külfetinden kurtarmakta, genel olarak adaletin etkili ve verimli bir şekilde işlenmesini temin etmektedir. Bu bakımdan, bu tür bir yetki kuralının AİHS m.6/1 ile uyumlu olduğunu söylemek mümkündür⁷¹⁷. Ayrıca, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, söz konusu yetki esasının kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla hukuk düzenlerinde çeşitli tedbirlerin veya koşulların da arandığını görmekteyiz. Örneğin, İngiliz hukukunda diğer davalılarla irtibatı sağlayan (ülkede ikamet eden) asıl davalıya karşı gerçek bir iddianın bulunması ve ikinci davalının da asıl davalıya karşı açılan davanın uygun veya zorunlu bir tarafı olması gerekmekte, böylece kendisiyle bağlantısı olmayan bir iddia nedeniyle ikinci davalının başka bir ülke mahkemesinin önüne getirilmesi engellenmektedir⁷¹⁸.

Peki, örneğin sadece delillerin bulunduğu ülkede yargılamanın yapılmasını sağlamak amacıyla davanın ülkede ikamet eden davalıya karşı açıldığı ve ikinci davalının da bu amaçla davaya dahil edildiği bir durumda, adil yargılanma hakkının hangi yönünün ihlal edildiğinden söz edilebilir mi? Eğer ilk davalı sırf dava malzemesinin elde edilmesi amacıyla davalı olarak gösterilmişse ve gerçekte kendisine karşı davanın esasına yönelik bir iddia söz konusu değilse, ikinci davalının katlanmış olduğu külfetin tek nedeni, ilk davalıya karşı kullanılmayacak olan delillerin davacı tarafından mahkemeye ibraz edilmek istenmesi olacaktır. Böyle bir durumda, ilk davalının esas hakkında bir savunma yapmayacak olduğu varsayılırsa, söz konusu davalının savunma haklarının zedelenmesinden veya silahların eşitliği ilkesinin ihlalden söz edilmeyecektir. Buna mukabil, davanın açıldığı ülkenin ikinci davalıyla

⁷¹⁶ Hess/Pfeiffer/Schlosser, **a.g.e.**, s.60, para.210-212.

⁷¹⁷ Magnus/Mankowski/Muir Watt, **Art.8-9**, s.373; Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.98.

⁷¹⁸ Bkz.: Hess/Pfeiffer/Schlosser, **a.g.e.**, s.60, para.210; Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.98.

hiçbir bağlantısının bulunmadığı ve davaya iştirak edip iddia ve savunmada bulunmasını güçleştirecek derecede uzak veya ulaşılması zor bir ülke olması söz konusu olabilir. Bu da, söz konusu yetki kuralının aşırı yetki teşkil edecek kadar geniş bir şekilde kullanıldığı gerekçesiyle AİHS m.6/1'e aykırılık teşkil ettiği iddialarını gündeme getirebilir⁷¹⁹. Hatırlanacağı üzere, yetkinin aşırı yetki teşkil edecek kadar geniş bir şekilde kullanılmasının bir ihlale neden olup olmayacağının büyük ölçüde davanın koşullarına ve özellikle davalının konumuna bağlı olduğunu belirtmiştik. Buna ilaveten, davacının söz konusu yetki kuralını asıl amacı dışında sırf davalıya zarar vermek kastıyla kullanması ve ulusal mahkemelerin de –yetkisizlik kararı vermeyerek- buna etki tanınması vakiasının da böyle bir değerlendirmede dikkate alınması gerektiği şüphesizdir.

Mahkemelerin milletlerarası yetkisini tayin eden kuralların sadece davalı(lar) aleyhine kötüye kullanılması söz konusu olmayabilir. Bazı hallerde *muhtemel davacıların* AİHS m.6/1'de güvence altına alınan haklarının kötüniyetli davalılar tarafından tehlikeye atılması ihtimali ortaya çıkabilir. Örneğin, maddi hukuk bakımından haksız olduğunu bilen muhtemel davalı, sırf karşı tarafın yetki anlaşmasıyla yetkilendirilen bir mahkemede dava açmasını önlemek veya yargılamayı geciktirmek amacıyla davaların aşırı ağır ve uzun sürdüğü bilinen başka bir ülke mahkemesinde dava açabilir. İşte, taraflardan birinin uyuşmazlığın nihai olarak karara bağlanmasını engellemek veya geciktirmek amacıyla mahkemenin yetkisini düzenleyen kurallardan hileli bir şekilde faydalanması, karşı tarafın duruma göre mahkemeye erişim ve/veya makul sürede yargılanma haklarını tehlikeye sokabilir. Henüz AİHM tarafından bu konu ele alınmamış olsa da, özellikle ABAD'ın *Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl* davasındaki tespitleri, mahkemelerin yetkisini tayin eden kuralların kötü niyetli davalılarca uyuşmazlığın çözümünü engellemek veya geciktirmek maksadıyla kullanılabileceğini göstermektedir.

Söz konusu kararda MISAT, birkaç yıldır kendisine çocuk elbiseleri satışı yapan Gasser firmasına karşı Roma mahkemelerinde sözleşmenin kendiliğinden sona erdiği ve zararının karşılanması talebiyle dava açmıştır. Bundan birkaç ay sonra, Gasser

⁷¹⁹ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.99.

ödenmemiş borçların tahsili amacıyla MISAT'a göndermiş olduğu faturalarda yer alan ve MISAT'ın da itiraz etmediği Avusturya mahkemelerini yetkilendiren yetki şartına istinaden Avusturya'da dava açmıştır. Ancak MISAT mevcut bir yetki anlaşmasının bulunmadığı ve daha önce İtalyan mahkemelerinde açılmış bir davanın varlığı nedeniyle derdestlik itirazında bulunmuştur⁷²⁰. Bunun üzerine Avusturya (Innsbruck) mahkemesi, ABAD'a başvurarak Brüksel Sözleşmesi m.21'deki derdestlik kuralının münhasır yetki anlaşmasının varlığı halinde de uygulanıp uygulanmayacağını ve yetki anlaşmasının varlığına rağmen davanın önce açıldığı taraf (üye) devlet (İtalya) mahkemesindeki yargılamanın genellikle bir tarafın maddi zararına sebep olacak kadar aşırı uzun sürmekte olmasının bu kuralın uygulanmasına bir istisna teşkil edip etmeyeceğini sormuştur⁷²¹. ABAD ise, m.21'de yer alan derdestlik kuralının açıkça ve sadece davanın açıldığı mahkemeler arasındaki kronolojik sıraya (öncelik prensibi) dayandığını belirterek Avusturya mahkemesinin taraflarca seçilmiş olmasının bu kuralı etkilemeyeceğini, ayrıca davanın sonradan açıldığı mahkemenin (Avusturya) ilk mahkemenin yetkisi hakkında karar verme konusunda daha iyi bir pozisyonda olmadığını belirtmiştir⁷²². Böylece, lehine yetki anlaşması olsa da, bir üye devlet mahkemesi davanın ilk açıldığı mahkeme yetkisi hakkında karar verinceye kadar davayı bekletmesi gerekecektir. Bu kararlar derdestlik kuralının yetki anlaşmalarını da kapsayacak şekilde uygulanmasının, yetki anlaşmalarının etkinliğini ortadan kaldırdığı gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmiştir⁷²³. Davanın ilk açıldığı devlette yargılamaların genel olarak aşırı uzun sürmekte olması vakıası karşısında derdestlik kuralına bir istisna getirilmesinin ve bu kuralın AİHS m.6/1'e uygun olarak yorumlanmasının gerekli olup

⁷²⁰ Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl, Case C-116/02, (2003) ECR I-14694, para.11-18.

⁷²¹ Erich Gasser v. MISAT Srl, para.19-20.

⁷²² Erich Gasser v. MISAT Srl, para.47-48.

⁷²³ Bkz.: **Comission Proposal for Recast**, section 1.2; Briggs, **Recent Judgments**, s.256 vd.; Richard Fentiman, "Access to Justice and Parallel Proceedings in Europe", **Cambridge Law Journal**, Vol.63(2), 2004, s.312-314; Trevor Hartley, "Choice-of-court agreements, Lis Pendens, Human Rights and the Realities of International Business: Reflections on the Gasser Case", **Le droit international privé: esprit et methodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde**, Ed. Pierre Mayer; Marie-Noëlle Jobard-Bachelier, Dalloz, Paris, 2005, s.388-389; Diana Sancho Villa, "Jurisdiction over Jurisdiction and Choice of Court Agreements: Views on the Hague Convention of 2005 and Implications for the European Regime", **Yearbook of Private International Law**, Vol.12, 2010, s.402; Ian Bergson, "The Death of the Torpedo Action? The Practical Operation of the Recast's Reforms to Enhance the Protection for Exclusive Jurisdiction Agreements within the European Union" **JPIL**, Vol.11, No.1, 2015, s.4.

olmadığı ile ilgili olarak⁷²⁴ ise ABAD, Brüksel rejiminin taraf devletlerin birbirlerinin hukuk sistemlerine ve yargısal kurumlarına karşı duydukları karşılıklı güvene dayanan bir sistem üzerine inşa edildiğini ve böylece hangi mahkemenin yetkili olacağını yeterli kesinlikle öngörebilmelerini sağlayan bir hukuki kesinlik sağlamayı gözettiğini belirtmiştir. Böylece, davanın ilk açıldığı üye devlet mahkemelerinde yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle derdestlik kuralının uygulanmaması bakımından bir gerekçe olarak kabul edilmesinin bu sistemin amacı ve ruhuna aykırı olacağına hükmetmiştir⁷²⁵. Bu kararla ABAD’ın taraflarca seçilmiş olsun veya olmasın, her bir üye devlet mahkemesinin kendi yetkileri hakkında karar verme konusunda eşit konumda gördüğünü⁷²⁶ ve özellikle davanın ilk açıldığı mahkemenin yetkili olup olmadığına karar verirken geçecek sürenin aşırı uzun olmasının ve birkaç yıl sürecektir olmasının bu konuda bir öneminin olmadığını⁷²⁷ dolaylı olarak kabul ettiği belirtilmektedir.

Doktrinde ise, bunun yetki anlaşmasına istinaden kendisine karşı bir dava açılacağına bilincinde olan ve uyuşmazlığın süruncemede kalmasını isteyen taraf(lar)a, mahkemelerindeki yargılamaların aşırı yavaş ve uzun sürmesi nedeniyle kötü şöhrete sahip olan üye devlet mahkemelerine gitme fırsatı sunduğu, böylece Brüksel rejiminin “İtalyan torpedo”⁷²⁸ olarak adlandırılan kötü niyetli tarafların geciktirme ve oyalama taktiklerine yeşil ışık yaktığı ileri sürülmüştür⁷²⁹. Gerçekten, AB üyesi birçok devlet,

⁷²⁴ Bu noktada, davaya katılan Birleşik Krallık hükümeti de, derdestlik kuralının AİHS m.6/1’le bağdaşır bir şekilde yorumlanması gerektiğini iddia etmiştir. Hükümete göre, böyle bir kuralın yetki anlaşmalarını da kapsayacak şekilde tatbik edilmesi, özellikle ticari bir davada muhtemel borçlunun yargılamanın oldukça uzun süreceği bilinciyle aleyhine verilecek bir kararı birkaç yıl daha ötelemek için dilediği bir ülkede dava açmasına imkan sağlayacak, bu da muhtemel davalılara haksız bir avantaj sağlayacaktır. Dolayısıyla, Birleşik Krallık hükümeti, muhtemel davalının sırf yargılamayı bloke etmek amacıyla kötü niyetli bir şekilde yetkisiz mahkemede dava açtığı hallerde ve davanın ilk açıldığı mahkemenin yetkisi hakkında makul bir süre içinde karar vermemiş olduğu hallerde bu kurala bir istisna getirilerek davanın açıldığı ikinci mahkemeye ilk mahkemenin yetkili olup olmadığını inceleme yetkisi tanınması gerektiğini belirtmiştir. Bkz.: Erich Gasser v. MISAT Srl, para.59-64.

⁷²⁵ Erich Gasser v. MISAT Srl, para.70,72.

⁷²⁶ Bkz.: Matthias Weller, “Choice of Court Agreements under Brussels Ia and under the Hague Convention: Coherences and Clashes”, *JPIL*, Vol.13, No.1, 2017, s.114.

⁷²⁷ Bergson, *a.g.m.*, s.3.

⁷²⁸ “İtalyan torpedo” deyimi, davanın açılmasıyla kararın verilmesi (kesinleşmesi) arasında gereğinden fazla gecikmelerin yaşandığı İtalyan mahkemelerinin yavaşlığına atfen kullanılmaktadır. Kendisine karşı diğer bir ülke mahkemesinde kısa bir süre içinde dava açılacağı inancında olan muhtemel davalının, uyuşmazlığı kısa sürede karara bağlaması mümkün olmayan diğer bir ülke mahkemesinde dava açarak bu davayı engellemeye veya geciktirmeye çalışması olarak tanımlanabilir. Bkz.: Nuyts, *Jurisdiction Agreements*, s.56.

⁷²⁹ Nuyts, *Jurisdiction Agreements*, s.57; Magnus/Mankowski/Magnus, *Art.25*, s.592; Hartley, *Commercial Litigation*, s.281 vd.; Fawcett, *The Impact of Art.6(1)*, s.14-16;

mahkemelerinde cereyan eden yargılamaların aşırı yavaşlığı ve uzun sürmesi nedeniyle devamlı olarak AİHM nezdinde mahkum edilmektedir⁷³⁰. Dolayısıyla, örneğin kötüniyetli taraflar sırf karşı tarafın yetki anlaşmasıyla yetkilendirilen İngiliz mahkemesinde davanın görülmesini geciktirmek veya engellemek amacıyla yetkisiz İtalyan mahkemelerinde daha önce dava açtığında, yetkilendirilen mahkemenin İtalyan mahkemesinin yetkiye ilişkin kararını beklemesi gerekecektir. Bu noktada, özellikle İtalyan mahkemelerinin yetkileri hakkında karar vermesinin yıllar sürdüğü göz önüne alındığında, *muhtemel davalının kötüniyetli davranışının bir sonucu olarak yetki anlaşmasıyla yetkilendirilen mahkemenin -ABAD’ın kararına uyarak- derdestlik kararı vermesi, sadece yetki anlaşmasına aykırı davranılması anlamına gelmeyecek, aynı zamanda muhtemel davacının makul sürede yargılanma ile mahkemeye etkili erişim hakkının da ihlal edilmesine yol açabilecektir*⁷³¹. Hatta, yetki anlaşmasının hileli bir şekilde dolandırılmasının, aynı zamanda AB Temel Haklar Şartı m.16’da yer alan ticari faaliyette bulunma özgürlüğünü de olumsuz yönde etkileyebileceğini söyleyebiliriz⁷³². Bu bakımdan, daha önceki kararlarında temel hakların AB hukukunun genel prensiplerinin bir parçası olduğunu ve AİHS’nın bu noktada özel bir konumda olduğunu belirtmesine⁷³³ rağmen, ABAD’ın Brüksel rejiminin amaçlarını ve işleyişini AİHS m.6/1’in koruduğu değerlere tercih ettiğini söylemek mümkündür⁷³⁴. Gasser kararının yetki anlaşmaları açısından yarattığı problem Brüksel Ibis Tüzüğü m.31/2 hükmüyle bertaraf edilmiş görünse de, aynı problemlerin ortaya çıkması ihtimalinin

Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.128-129; Hartley, **Human Rights**, s.388-389; Martin Gebauer, “Lis Pendens, Negative Declaratory-Judgment Actions and the First-in-Time Principle”, **Conflict of Laws in a Globalized World**, Ed. Eckart Gottschalk vd., Cambridge University Press, Cambridge 2007, s.94; Peter Arnt Nielsen, “Exclusive Choice of Court Agreements and Parallel Proceedings”, **A Commitment to Private International Law – Essays in honour of Hans van Loon**, Ed. The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, Intersentia, Cambridge 2013, s.415; Işıl Özkan, “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ile Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel Ibis Recast Tüzüğü (AB 1215/2012): Uygulama Alanı-Yetki Kuralları”, **Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku**, Ed. Işıl Özkan/Ceyda Süral/Uğur Tütüncübaşı, Adalet, Ankara 2016, s.74.

⁷³⁰ 2014 Aralık itibarıyla İtalya (1189), Türkiye (574), Yunanistan (475), Polonya (425), Ukrayna (298) ve Fransa (282), AİHM tarafından makul sürede yargılanma hakkını en çok ihlal ettiği tespit edilen ülkeler olarak görünmektedir. Bkz.: Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.128, dn.306.

⁷³¹ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.132-133; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.138.

⁷³² Commission Recast Impact Assessment, s.32; Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.132.

⁷³³ Bkz.: Krombach v. Bamberski, para.25.

⁷³⁴ Bkz.: Fawcett, **The Impact of Art.6(1)**, s.16; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.138.

halen bulunduğunu belirtmek gerekir⁷³⁵. Ayrıca, Brüksel yetki sisteminde karşılaşılan bu tür kötüniyetli davranışlar, mahkemelerin yetkisini tayin eden ulusal menşeli usul kurallarının tatbiki halinde de ortaya çıkabilir.

Yukarıdaki açıklamalar, yetkiye ilişkin bir kuralın mahkemelerce belirli amaçlara⁷³⁶ bağlı olarak yorumlanması veya uygulanmasının, davalının söz konusu kuralı karşı tarafın adil yargılanma haklarının zedelenmesine yol açacak derecede kötüye kullanmasına yol açabileceğini göstermektedir. Başka bir deyişle, bir uyuşmazlıkta davalının hukuk düzeni tarafından kendisine tanınan usuli yetkiyi (derdestlik itirazını) sırf yargılamayı geciktirmek veya engellemek amacıyla kötüye kullanması ve mahkemenin de duruma göre –yabancı mahkeme lehine yetkisizlik kararı vererek- bu kötüniyetli davranışa etki tanınması, aslında davacının yine aynı hukuk düzenince kendisine tanınan yetkiyi kullanarak başvurduğu mahkemenin AIHS m.6/1’de öngörülen standartlara uygun bir yargılama yap(a)mamasına yol açabilir. Dolayısıyla, bir taraftan objektif veya subjektif yetki kuralları uyarınca davacılara dava açma imkanı tanınırken diğer taraftan bu imkanın kötü niyetli davalılarca -derdestlik kuralı veya diğer usuli kurallar vasıtasıyla- suistimal edilmesine mahkemelerce izin verilmesinin davacıların AIHS m.6/1’de yer alan haklarını etkileyip etkilemediği veya ne ölçüde etkileyeceğinin incelenmesi gerekir.

Bununla birlikte, davalının kötü niyetli davranışının bir sonucu olarak davanın ikinci açıldığı mahkemenin derdestlik kararı vermesi ile milletlerarası derdestliğin

⁷³⁵ Esasen, söz konusu problemin Brüksel Ibis Tüzüğü m.31/2 hükmüyle münhasır yetki anlaşmaları bakımından bertaraf edilmiş olduğu söylenebilir. Ancak, yetki anlaşmasına rağmen, kötü niyetli tarafın yine davaların çok uzun sürdüğü -yetkisiz- bir üye devlet mahkemesinde dava açması ve bu mahkemenin karar vermesinin uzun zaman alması, dolayısıyla torpedo etkisinin yine ortaya çıkması mümkündür. Keza, yetki anlaşmasının bulunmadığı hallerde de, kötü niyetli tarafın -davaların uzun sürdüğü- yetkisiz bir üye devlet mahkemesine başvurması mümkündür. Her ne kadar bu olasılığı bertaraf etmek amacıyla davanın ilk açıldığı mahkemenin, böyle bir kararı imkansızlaştıran istisnai haller dışında, altı ay içinde yetkisi hakkında karar vermesi önerilmişse de (**Commission Proposal for Recast**, Art 29/2), bu teklif kabul edilmemiştir. Söz konusu olasılığın torpedoya yol açacağı hakkında ayrıca bkz.: Tena Ratković & Dora Zgrabljic Rotar, “Choice-of-Court Agreements under the Brussels I Regulation (Recast)”, **JPIL**, Vol.9, No.2, 2013, s.264 vd.

⁷³⁶ Bu amaç, Brüksel Sözleşmesi ve Tüzüklerinde olduğu gibi üye devletlerin birbirlerinin hukuk sistemlerine ve yargısal kurumlarına karşı duydukları karşılıklı güvenin korunması olabileceği gibi bir yetki kuralının vaz edilmesindeki amaç da olabilir. Örneğin, yetki anlaşmasına etki tanımının altında tarafların uyuşmazlığı karara bağlayacak merciye öngörebilmeleri konusunda sahip oldukları menfaat yataken, derdestlik kuralının amacı ise aynı uyuşmazlık hakkında birden fazla derdest davanın varlığını ve olası çelişkili kararları engellemektir.

kabul edildiği hukuk düzenlerinde derdestliğin davalı tarafından iyi niyetle ve belki de haklı olarak ileri sürülmüş olması arasında, davanın sonradan açıldığı devletin sorumluluğu bakımından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Her iki halde de, davanın sonradan açıldığı devletin AİHS m.6/1’de güvence altına alınan haklara riayet etmediği ileri sürülebilecekken davanın ilk açıldığı mahkemenin sorumluluğu, forum devletinin AİHS’ne taraf olup olmamasına göre değişebilecektir. Bu nedenle, bir mahkemenin davacının kötüniyetli davranışına istinaden davayı derdestlik gerekçesiyle reddetmesinin, davacının AİHS m.6/1’de yer alan haklarını ihlal edip etmeyeceği meselesini, taraf devlet mahkemelerinin –kaynağını ulusal hukuk kurallarından alan veya uluslararası düzenlemelere dayanan- “milletlerarası derdestliğin kabul edilmesi veya edilmemesine yönelik tasarrufları ile AİHS m.6/1 arasındaki ilişkinin incelendiği kısımda ele almak, gereksiz tekrara düşmemek adına daha yerinde olacaktır.

IV. YABANCI MAHKEMELERDE GÖRÜLMEKTE OLAN DAVALARIN DERDESTLİK VEYA BEKLETİCİ SORUN KARARLARINA KONU YAPILMASI ile AİHS m.6/1 ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. Milletlerarası Derdestlik

1. Genel Olarak

Her devletin kendi mahkemelerinin milletlerarası yetkisini serbestçe belirleyebilmesinin, aynı uyumsuzluk bakımından aynı anda birden fazla devlet mahkemesinin milletlerarası yetkisinin doğmasına, bunun da pozitif yetki çatışmasına neden olabileceğini belirtmiştik. Yetkili mahkemenin çokluğundan yararlanılarak, dava yetkili bir ülke mahkemesinde derdest iken, taraflardan herhangi biri başka bir devlet mahkemesinde konusu, sebebi ve tarafları aynı olan başka bir davayı açabilmektedir⁷³⁷. Böylece, konusu, sebepleri ve tarafları aynı olan bir uyumsuzluk, eş zamanlı olarak farklı ülke mahkemelerinde görülebilmektedir. Aynı uyumsuzluğun milletlerarası yetkiye sahip farklı ülkelerin mahkemelerinde dava konusu yapılmasının, diğer bir ifadeyle

⁷³⁷ Her iki davanın aynı tarafça açılması şeklinde ortaya çıkabilecek olmakla beraber, bu durumun genellikle uyumsuzluğun taraflarının birbirleri aleyhine farklı devlet mahkemelerinde dava açması suretiyle ortaya çıkabileceği belirtilmektedir. Bkz.: Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.435; Ulrich Magnus/Peter Mankowski/Richard Fentiman, Article 29-34, **Brussels Ibis Regulation (2016)**, Ed. Ulrich Magnus/Peter Mankowski, Verlag, Köln, 2016, s.714; Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.44.

milletlerarası usul hukukunda paralel davalara izin verilmesinin çeşitli mahzurlarının olduğunu da kabul etmek gerekir. Aynı davanın birden fazla devlet mahkemesinde görülmesi, öncelikle gerek mahkemeler gerekse taraflar açısından emek, zaman ve para kaybına neden olabilir. Dahası, paralel davaların varlığı ve kabulü, aynı uyuşmazlığa ilişkin birbiriyle çelişen kararların ortaya çıkması ihtimaline yol açabilir. Aynı davanın açıldığı farklı devlet mahkemeleri, önlerindeki davaya kendi usul hukuku kurallarını ve kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayacağından, aynı davaya farklı usul hukuku ve maddi hukuk kurallarının uygulanması, aynı uyuşmazlık bakımından farklı maddi sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilir⁷³⁸. İşte, bu mülahazalarla, paralel davaların milletlerarası usul hukuku bakımından ortaya çıkarabileceği problemlerin “milletlerarası derdestlik (*lis pendens*, *litispendenz*, *Rechtshängigkeit*)”⁷³⁹ veya karşılaştırmalı hukukta kabul edilen benzeri müesseselerle önlenebileceği anlayışı, günümüzde ulusal hukuk düzenlerinde ve uluslararası düzenlemeler vasıtasıyla büyük ölçüde benimsenmiştir⁷⁴⁰.

Gerçekten, farklı devletlerin mahkemelerinde görülmekte olan paralel davaların önlenerek davanın tek bir devletin mahkemesinde karara bağlanması, mahkemelerin iş yükünü azaltmakta ve yargısal ve idari masrafların israf edilmesini engellemektedir. Yine, bir tarafın haklı ve meşru bir beklentisinin olduğu bazı haller hariç tutulursa, aynı davanın farklı devletlerin mahkemelerinde görülmesinin engellenmesi, uyuşmazlığın taraflarına aynı davayı iki farklı mahkeme önünde takip etmenin getireceği maddi ve manevi külfeti de ortadan kaldıracaktır. Bu açıdan bakıldığında, kamu kaynaklarının diğer uyuşmazlıklara kullanılabilmesine, adalet hizmetlerinin sağlıklı ve etkin bir şekilde yürütülmesine hizmet etmektedir. Dolayısıyla, bir taraf devlet mahkemesinin

⁷³⁸ Paralel davaların engellenmesi gerektiğine yönelik gerekçeler için bkz.: Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.52.

⁷³⁹ Türk milletlerarası özel hukuk literatüründe, yabancı ülke mahkemelerinde görülmekte olan davalar lehine derdestlik kararı verilip verilemeyeceği meselesinin “yabancı derdestlik” başlığı (Bkz.: Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.635; Doğan, **MÖH**, s.50; Ergin Nomer, “Milletlerarası Yetki Alanında Derdestlik İtirazı”, **İÜHF**, C.35, S.1-4, 1969, s.343; Vahit Doğan, “Türk Hukukunda Yabancı Derdestliğin Nazara Alınması”, **MHB**, Prof.Dr. Ergin Nomer’e Armağan, C.22., S.2, 2002, s.121) veya “milletlerarası derdestlik” başlığı (Bkz.: Nomer, **DHH**, s.457; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.435; Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.31; Günseli Öztek, “Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 10.1.1986 Tarihli 1486/2090 Sayılı Kararının Eleştirisi”, **MHB**, C.13, S.1-2, 1993, s.27; Ersin Erdoğan, “Milletlerarası Derdestlik (*Lis Alibi Pendens*)”, **DEÜHFD**, C.16, Özel Sayı 2014, Prof.Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, s.1857) altında ele alındığı görülmektedir. Biz çalışmamızda, milletlerarası derdestlik kavramını kullanmayı tercih ettik.

⁷⁴⁰ Bkz.: Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.54-58.

milletlerarası derdestlik veya benzeri bir müesseseye istinaden yabancı bir devlet mahkemesi lehine önündeki davayı bir süreliğine bekletmesi/askıya almasının/durdurmasının (stay of proceedings/suspend proceedings)⁷⁴¹ veya davadan nihai olarak el çekmesinin/davayı usulden reddetmesinin (decline jurisdiction/dismiss proceedings), meşru bir amacının olduğu söylenebilir. Zira adalet hizmetlerini imkânları ölçüsünde yerine getirmekle yükümlü olan devlet, derdestlik kararıyla davacının ülke mahkemelerine erişimine bir sınırlama getirmektedir⁷⁴².

Şüphesiz, lehine derdestlik kararı verilen yabancı mahkemenin, davanın taraflarının AIHS m.6/1’de yer alan ve birbirleriyle çatışan hakları arasında makul bir denge gözeterek uyumsuzluğu karara bağlaması halinde herhangi bir problem ortaya çıkmayacaktır. Peki, lehine derdestlik kararı verilen yabancı mahkemenin davacı konumunda olan tarafın açmış olduğu davayı yetkisizlik veya uygun olmayan forum (*forum non conveniens*) olduğu gerekçesiyle reddetmiş olması, davacının derdestlik kararı veren mahkemeye erişimini gereksiz yere sınırlamak anlamına gelmeyecek midir? Ayrıca, derdestlik kararı veren mahkemede dava açan taraf (davacı), lehine derdestlik kararı verilen yabancı mahkemede davalı konumunda da olabilir. Böyle bir durumda derdestlik kararı verilmesi, yabancı mahkemede davalı konumunda olan tarafın sadece derdestlik kararı veren mahkemede dava açma hakkının engellenmesine değil, aynı zamanda yabancı mahkemenin yetkisini tesis ederken aşırıya kaçıp kaçmamasına bağlı olarak davalının savunma haklarının ihlal edilmesine de neden olabilir. Dolayısıyla derdestlik kararı veren mahkemenin, böyle bir tasarrufu nedeniyle

⁷⁴¹ Yabancı bir mahkemede görülmekte olan dava lehine eldeki davanın bekletilmesi, askıya alınması veya durdurulması (stay of proceedings/suspend proceedings), genellikle İngiliz hukukunda kullanan bir kavramdır. Dolayısıyla, söz konusu kavram, bir mahkemenin yabancı mahkemenin kararını verinceye kadar eldeki davayı “*bekletici sorun*” yapması şeklinde de anlaşılabilir. Ancak, bekletici sorun Türk medeni usul hukukunda şartları ve sonuçları açıkça hükme bağlanmış bir müessese olduğundan, yabancı hukuk sistemlerinde kullanılan davanın bekletilmesi veya askıya alınması ifadesinin Türk hukukunda kabul edilen bekletici sorun müessesesiyle en azından konumuz itibarıyla aynı anlama gelmediğini belirtmek gerekir.

⁷⁴² Nitekim AIHK, yerel karakterli bir uyumsuzluğa ilişkin yapılan bir başvuruda, davalı devletin usul kanununda yer alan ve derdestlik (lis pendens) ve kesin hüküm (res judicata) ilkelerini ihtiva eden hükmün, adaletin doğru bir şekilde yönetilmesi (proper administration of justice) ilkesinin önemli unsurlarından birini oluşturduğunu ifade etmiştir. Bkz.: Kawecka v. Polonya, 31206/96, 9 Eylül 1998, The Law, para.2.

kendi mahkemesinde davacı konumunda olan tarafın adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediği tartışma konusu olabilir.

AİHS m.6/1'in ihlal edildiği iddiaları, farklı ülkelerde görülmekte olan her iki davanın davacısının aynı taraf olduğu hallerde de gündeme gelebilir. Örneğin, davalının derdestlik itirazı, derdestlik itirazında bulunulan mahkemenin hukukunda milletlerarası derdestliğin açıkça kabul edilmemiş olması nedeniyle reddedilmiş olabilir. Böyle bir durumda davalı taraf, derdestlik itirazının reddedilmesi kararının kendisini farklı ülkelerde iki ayrı davayı savunma ve takip etme külfeti altında bıraktığı gerekçesiyle AİHS m.6/1'in ihlal edildiğini ileri sürebilir. Keza, davalı tarafından yapılan derdestlik itirazının kendi hukukunda aranan şartları karşıladığı gerekçesiyle taraf devlet mahkemesince kabul edilmesi, duruma göre davacının söz konusu mahkemede dava açma konusunda sahip olduğu hukuki yararı göz ardı etmesi itibariyle dava açma hakkının ihlali sonucunu doğurabilir. Örneğin, davacı derdestlik kararı verilen davayı salt alacağını güvence altına almak gayesiyle açtığını, yabancı ülkede elde edeceği alacak kararının tenfizi amacıyla yeni bir dava açma külfetinden kurtulmak amacıyla açtığı davanın reddedilmesinin dava açma hakkına aykırılık teşkil ettiğini ileri sürebilir.

Son olarak, niteliği itibariyle derdestlik kararı veren mahkemede makul sürede karara bağlanabilecek olan bir davanın, lehine derdestlik kararı verilen yabancı mahkemede aşırı uzun bir sürede tamamlaması veya tamamlayacağının anlaşılması halinde, derdestlik kararı veren mahkemenin makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmesine sebebiyet verdiği ileri sürülebilir. Böyle bir durumda, yabancı ülkede gerçekleşen yargılama nedeniyle mahkemesi derdestlik kararı veren devletin AİHM nezdinde sorumluluğuna gidilebilir mi? Aslında bu sorulara verilebilecek cevaplar, tek başına yabancı mahkeme lehine eldeki davayı derdestlik veya benzeri bir müesseseye istinaden bekleten veya reddeden mahkemenin hukukunda aranan şartların varlığına bağlı değildir. Bazı hallerde, derdestlik kararı verilmesine rağmen, lehine derdestlik kararı verilen yabancı mahkemenin yetkili olup olmadığının, uygun forum (*forum conveniens*) olup olmadığının veya hangi davanın daha önce açıldığının tam olarak tespit edilmesi mümkün olmayabilir. Yine, yabancı mahkemenin makul sürede bir yargılama yapıp yapmayacağı ya da vereceği kararın tanınması veya tenfizinin mümkün

olup olmadığı da hiçbir zaman derdestlik kararı verecek olan mahkeme tarafından mutlak olarak tespit edilemeyecektir.

Belirtmek gerekir ki, milletlerarası derdestlik veya benzeri bir anlayışın kabul edilmesi veya edilmemesine istinaden ortaya çıkabilecek bu ihtimallerin tamamında, bir taraf devlet mahkemesi kendi yetki alanına giren bir uyuşmazlığı görüp karara bağlama hakkını, çeşitli nedenlerle yabancı bir devletin yargı organının ellerine terk etmektedir. Kendi yargı yetkisinin kapsamına giren bir uyuşmazlığın çözümünü, dolaylı olarak başka bir devletin yargı organına bırakmak veya bırakmamak yönündeki tasarruflarının, bireylerin AİHS m.6/1’de yer alan haklarına müdahale ettiği ölçüde AİHM denetimine tabi olduğunda tereddüt bulunmamaktadır. Bununla beraber, bir taraf devlet mahkemesinin milletlerarası derdestliğin kabulü veya reddine ilişkin bir kararının, tespit edebildiğimiz kadarıyla, AİHM veya AİHK önünde şikâyet konusu yapılmamış olduğunu belirtmek gerekir. Bu noktada, lehine derdestlik kararı verilen yabancı mahkemedeki davayı hangi tarafın açtığı ile lehine derdestlik kararı verilen mahkemenin bağlı olduğu devletin AİHS’ne taraf olup olmadığının da, gerek yapacağımız incelemeyi gerekse AİHM’nin gelecekte yapacağı muhtemel bir AİHS m.6/1’e uygunluk denetimini etkileyebileceğini de belirtmeliyiz. Bu nedenle, milletlerarası karakterli davalarda paralel davaların önlenmesine yönelik taraf devlet mahkemelerinin tasarruflarının bir tarafın AİHS m.6/1’de yer alan herhangi bir hakkını ihlal etme ihtimalini, bu konuda ileri sürülen görüşler ve konuya kısmen de olsa değinen mahkeme kararlarından hareketle inceleyeceğiz. Ancak öncesinde, paralel davaların önlenmesine ilişkin çeşitli hukuk sistemlerinde geliştirilen kural ve müesseseleri AİHS m.6/1’i ilgilendirdiği ölçüde incelemek, özellikle milletlerarası derdestliğin açıkça kabul edilmediği Türk hukukunda, adil yargılanma mülahazalarını dikkate alan bir düzenlemenin gerekli ve mümkün olup olmadığını tespit etmek bakımından faydalı olacaktır.

2. Farklı Ülke Mahkemelerinde Derdest Davaların Önlenmesine Yönelik Taraf Devletlerin Hukuk Sistemlerinde Kabul Edilen Müesseseler

a. Genel Olarak

Farklı iki ülke mahkemesinde derdest olan ve tarafları, konusu ve sebebi aynı paralel davaların milletlerarası usul hukuku bakımından ortaya çıkarabileceği problemlerin ortadan kaldırılması amacıyla çeşitli kural ve müesseseler karşılaştırmalı hukukta büyük ölçüde benimsenmiş olmakla beraber, bu konuda bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Özellikle AİHS'ne taraf devletlerin pek çoğunda, devletin ait olduğu hukuk geleneğine bağlı olarak ulusal hukuk düzenlerinde kabul edilen kural ve müesseseler, nitelik itibariyle birbirinden oldukça farklılık arz etmektedir⁷⁴³. Hatırlanacağı üzere, Anglo-Amerikan hukuk anlayışı ile Kıta Avrupası hukuk anlayışının cari olduğu ülkelerin milletlerarası yetki sistemlerinin birbirinden oldukça farklılık arz ettiğini belirtmiştik. Aşağıda görüleceği üzere, milletlerarası yetki kurallarının tanzimi ve uygulanışında karşılaşılan bu farklılığın, kendisini mahkemelerin milletlerarası yetkisiyle de yakın bir ilişkiye sahip olduğu su götürmez bir gerçek olan derdestliğe ilişkin kural ve doktrinler açısından da hissettirdiğini söyleyebiliriz. Ayrıca, bir taraf devlet kendi hukuk düzeninde milletlerarası derdestliği hangi şartlar altında düzenlemiş olursa olsun veya düzenlememiş olsun, tarafı olduğu diğer iki veya çok taraflı uluslararası anlaşmalarda yer alan derdestliğe ilişkin kuralları da uygulamak mecburiyetindedir. Benzer şekilde, AB üyesi olan taraf devlet mahkemeleri, ulusal hukuk düzenlerinde yer alan derdestliğe ilişkin kuralları yanı sıra, uygulama alanı bulması halinde AB tüzüklerinde yer alan derdestliğe ilişkin kuralları da uygulamak mecburiyetindedir. Bu farklılıklara bağlı olarak, Anglo-Amerikan hukuk anlayışının cari olduğu ülkelerde yabancı mahkeme lehine davayı bekletme/askıya alma konusunda mahkemelere takdir yetkisi sunulmuştur. Buna karşın, Kıta Avrupası ülkelerinde ve AB tüzüklerinde derdestlik kararı verilmesinin, esasen yabancı ülkede davanın daha önce açılmış olmasına ve/veya lehine derdestlik kararı verilen mahkemenin vereceği kararın tanınma-tenfiz edilme kabiliyetine sahip olup olmamasına bağlı olarak bir ayrıma tabi tutulduğunu söylemek mümkündür.

⁷⁴³ Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.58.

b. Paralel Davaların Mahkemelere Takdir Yetkisi Tanınmak Suretiyle Engellenmesi

Anglo-Amerikan hukuk anlayışının cari olduğu İngiltere, İskoçya, İrlanda gibi ülke hukuklarında, milletlerarası yetkisi tesis edilen mahkemelerin sahip oldukları takdir yetkisine istinaden davadan el çekebilmelerini temin eden *forum non conveniens* doktrini aynı zamanda yabancı ülkede derdest olan aynı veya bağlantılı davalar bakımından da uygulama alanı bulmaktadır⁷⁴⁴. Söz konusu doktrine göre, bir İngiliz mahkemesi milletlerarası yetkisi tesis edilmiş olmasına rağmen, önüne gelen davada başka bir ülke mahkemesinin dava bakımından daha elverişli ve “uygun forum” niteliğinde olduğunu tespit etmesi halinde yetkisizlik kararı verme konusunda takdir yetkisine sahiptir⁷⁴⁵.

Bununla beraber, bir İngiliz mahkemesi yabancı bir mahkemenin kendisine nazaran uygun forum olup olmadığını her davanın özelliklerine ve unsurlarına göre, içtihatlar yoluyla belirlenmiş çeşitli kriterler dâhilinde⁷⁴⁶ belirleyebilmektedir. Bu bakımdan, *forum non conveniens* aslında davanın en elverişli mahkemede görülmesini güvence altına alarak taraflar bakımından adaletin sağlanması amacına hizmet etmektedir⁷⁴⁷. Diğer taraftan, yabancı ülkede aynı veya bağlantılı bir davanın açılmış olup olmadığına bakılmaksızın tatbik imkânı bulmaktadır⁷⁴⁸. Dolayısıyla, aynı veya bağlantılı bir davanın yabancı bir mahkeme önünde derdest olması *forum non conveniens*’in tatbiki için tek başına yeterli olmayıp, mahkemenin dikkate alabileceği unsurlardan sadece birini oluşturmaktadır⁷⁴⁹. Bu çerçevede, İngiliz mahkemesi önünde *forum non conveniens* itirazında bulunan davalının, davanın yabancı ülkede derdest olduğu vakıası ile birlikte uyumsuzluğun diğer koşullarının, yabancı mahkemeyi İngiliz mahkemelerine oranla daha elverişli mahkeme haline getirdiğini ispatlaması gerekmektedir. İngiliz mahkemesi, yabancı mahkemenin daha elverişli forum olduğuna

⁷⁴⁴ Hartley, **Commercial Litigation**, s.224-225; Campbell McLachan, **Lis Pendens in International Litigation**, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden/Boston, 2009, s.69.

⁷⁴⁵ Clarkson/Hill, **a.g.e.**, s.127; Briggs, **Civil Jurisdiction**, s.425; Fentiman, **Commercial Litigation**, s.424-425; McLachan, **a.g.e.**, s.69.

⁷⁴⁶ Bkz: Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.78 vd.

⁷⁴⁷ Hartley, **Commercial Litigation**, s.225.

⁷⁴⁸ Hartley, **Commercial Litigation**, s.225.

⁷⁴⁹ Dicey/Morris/Collins, **a.g.e.**, s.482; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s.441-442; Briggs, **Civil Jurisdiction**, s.425-426; Fentiman, **Commercial Litigation**, s. 443; McLachan, **a.g.e.**, s.69.

kanaat getirmesi halinde, yabancı mahkeme lehine önündeki davanın bekletilmesine (*stay of proceedings*) karar verecektir⁷⁵⁰. Bu nedenle, aynı davanın yabancı ülkede de derdest olmasının İngiliz mahkemelerinin uyuşmazlık bakımından elverişli forum olup olmadığına yönelik değerlendirmesini ne ölçüde etkileyebileceği, her davanın özelliklerine göre değişebilecektir. Bu noktada, yabancı ülke mahkemesindeki yargılamada daha ileri bir aşamaya gelinmiş olmasının mahkemenin yapacağı değerlendirmeyi önemli ölçüde etkileyebileceğini de belirtmek gerekir⁷⁵¹. Netice itibarıyla, İngiliz mahkemeleri aslında yabancı mahkemede derdest bir davanın varlığı nedeniyle değil, yabancı mahkemenin uygun forum olup olmadığını dikkate alarak *forum non conveniens* olup olmadıklarına karar vermektedir. Bu özelliği nedeniyle, *forum non conveniens*'in sadece paralel davalardan kaynaklanan sorunların çözümüne özgü bir müessese olmadığı belirtilmektedir⁷⁵².

Forum non conveniens'in tatbiki için aranan bazı kriterler ile Kıta Avrupası hukuklarında derdestlik için aranan kriterler arasında paralelliğin bulunduğunu da belirtmek gerekir. Yabancı ülkede derdest bir davanın varlığının yanı sıra, yabancı mahkemece verilecek kararın İngiliz mahkemelerince tanınması veya tenfiz edilebilme imkânının bulunup bulunmadığı, yabancı ülkede etkin bir hukuki korumadan yararlanmanın mümkün olup olmadığı gibi hususlar da dikkate alınmaktadır. Bunun dışında, uyuşmazlıkla yabancı mahkeme arasındaki bağlantı, yabancı mahkemenin yetkisini tesis ederken kullandığı yetki esası, yabancı mahkemede yetki itirazı yapılmış olması halinde yetki itirazının sonucu ile yabancı ülkedeki davanın uyuşmazlığın aynı tarafınca açılıp açılmadığı da, *forum non conveniens* doktrinine istinaden davanın bekletilip bekletilmeyeceğinde dikkate alınmaktadır.

Yetkili oldukları bir davadan çekilebilme konusunda belirli bir takdir yetkisine sahip olan Anglo-Amerikan hukuk anlayışının cari olduğu ülke mahkemelerinin, aynı zamanda önlerine gelen uyuşmazlığın taraflarından birinin yabancı ülkede dava açmasını veya açmış olduğu davaya devam etmesini engellemek üzere karar verme

⁷⁵⁰ Kruger, **a.g.e.**, s.277; Jonathan Hill/Adeline Chong, **International Commercial Disputes - Commercial Conflict of Laws in English Courts**, Fourth Edition, Hart Publishing, Oxford 2010, s.302.

⁷⁵¹ Briggs, **Civil Jurisdiction**, s.426; Fawcett, **General Report**, s.29; Hill/Chong, **a.g.e.**, s.302; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.199.

⁷⁵² Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.60, 69

konusunda da takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir⁷⁵³. Bu kapsamda, İngiliz mahkemeleri yabancı ülkede paralel bir davanın açılması veya açılan davaya devam edilmesini, tedbir niteliğinde olan⁷⁵⁴ bir “*anti suit injunction*” kararı vermek suretiyle de önleyebilmektedir. Yalnız burada, *forum non conveniens* doktrininin farklı olarak, *anti suit injunction* kararlarıyla İngiliz mahkemelerinin kendi yetkisinden yabancı bir mahkeme lehine feragat etmediğini belirtmek gerekir. Ayrıca, *anti suit injunction* kararı, niteliği itibarıyla yabancı mahkemeye yönelik bir tedbir kararı olmayıp, sadece önüne gelen uyuşmazlıkta davalı konumunda olan tarafın veya her iki davanın aynı tarafça açılması halinde davacının yabancı mahkemede dava açmasını veya davaya devam etmesini engellemeye yöneliktir⁷⁵⁵. Eğer aleyhine *anti suit injunction* kararı verilen taraf, söz konusu karara uymayarak yabancı mahkemede önündeki davaya devam ederse, söz konusu mahkeme kararının tanınması veya tenfizi talebinin reddedilmesi de dâhil çeşitli yaptırımlara maruz kalabilir⁷⁵⁶. Özellikle taraflar arasında münhasır bir yetki anlaşmasının varlığına rağmen, anlaşmaya aykırı şekilde yabancı ülkede dava açılması tek başına haksız bir davranış olarak nitelendirilecektir. Yetki anlaşmasının bulunmadığı hallerde ise, böyle bir kararın verilmesi yabancı ülkede dava açan tarafın bu davranışının haksız olması şartına bağlıdır⁷⁵⁷. Sonuç olarak, *anti suit injunction* kararlarını, çalışmamız kapsamında, İngiliz mahkemesi önündeki davada davalı veya her iki davanın aynı tarafça açılması halinde davacıya yönelik yabancı bir ülkede “*dava açmama emri*”, davanın açılmış olması halinde “(açılan) davaya devam etmeme emri” olarak⁷⁵⁸ nitelendirmek mümkündür.

⁷⁵³ Kruger, **a.g.e.**, s.313-314; Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.118.

⁷⁵⁴ Bkz.: Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s.706; *Anti suit injunction*’ın farklı türleri hakkında bkz.: Fentiman, **Commercial Litigation**, s.495

⁷⁵⁵ Briggs, **Civil Jurisdiction**, s.544; Fentiman, **Commercial Litigation**, s.493; Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s.706.

⁷⁵⁶ Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s.455; Rogerson, **a.g.e.**, s.195. *Anti suit injunction* kararına aykırı davranan tarafın, yabancı mahkemece verilen kararın tanınması veya tenfizi talebinin reddinin yanı sıra, İngiliz mahkemesinde devam etmekte olan davaya katılmaktan belirli bir süreliğine men edilme, İngiltere’deki mallarına el konulması, para veya hapis cezası verilmesi gibi çeşitli yaptırımlara maruz kalabileceği belirtilmektedir. Bkz.: Rogerson, **a.g.e.**, s.195-196; Nuray Ekşi, “Milletlerarası Tahkimde İki Güncel Sorun: Hakemlerce *Anti suit injunction* ve Punitive Tazminat Kararı Verilmesi”, **UTTDER**, C.3, S.2, 2014, s.10.

⁷⁵⁷ Bunun içinse, davanın sırf davalıyı tedirgin etmek veya üzerinde baskı kurmak amacıyla açılmış olması veya uygun forum niteliğinde olan İngiliz mahkemesindeki yargılamayı etkilemek amacıyla açılmış olması gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.123-134.

⁷⁵⁸ Türk doktrininde *anti suit injunction* kavramının karşılığı olarak kullanılan çeşitli ifadeler hakkında bkz.: Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.63 dn.153.

Bununla beraber, her ne kadar davalıya yönelik bir emir niteliğinde olsa ve yabancı mahkemeyi bağlamadığı ileri sürülse de, yabancı mahkemedeki yargılamayı da etkilemekte olan *anti suit injunction* kararlarının milletlerarası nezakete (comity)⁷⁵⁹ ve AİHS m.6/1’de güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkına⁷⁶⁰ aykırı nitelikte olduğu da doktrinde dile getirilmektedir. Nitekim bu gerekçelerin Kıta Avrupası mahkemelerince bu tür kararlara etki tanınmasına da engel olduğu görülmektedir⁷⁶¹. Konuyu AİHS m.6/1 açısından ele alacak olursak, tespit edebildiğimiz kadarıyla

⁷⁵⁹ Doktrinde, özel hukuk davalarında mahkemelerin yetkisini kullanabilmesi ancak davanın uyuşmazlığın bir tarafınca açılması halinde mümkün olduğundan, uyuşmazlığın taraflarının dava açmalarının veya açılmış olan davaya devam etmelerinin yasaklanması, yabancı mahkemenin de davaya bakmasını engelleyecektir. Bir taraf aleyhine *anti suit injunction*’a hükmeden mahkeme, aynı zamanda yabancı devlet mahkemesinin taraflar arasındaki davaya bakmaması yönünde de karar vermiş olmaktadır. Bu nedenle, yabancı devletin yargılama yetkisini ve egemenliğini etkilemesi nedeniyle milletlerarası nezakete aykırı görülmektedir. Bkz.: Kruger, **a.g.e.**, s.314. Türk doktrininde de, bu tür kararlara etki tanınmasının gerek bu tür kararların genellikle tedbir kararı niteliğinde olması gerekse Türk mahkemelerinin yargı yetkisine dolaylı bir müdahale olarak kabul edilmesi nedeniyle mümkün olmadığı belirtilmektedir. Bkz.: Nomer, **DHH**, s.512.

⁷⁶⁰ Doktrinde, hiçbir devlet mahkemesinin diğer bir devlet mahkemesine emir veremeyeceği ve faaliyetlerini dolaylı olarak etkileyemeyeceği, Türk mahkemesinde dava açılmasını veya derdest bir davaya devam edilmesini engelleyen bir *anti suit injunction* kararının Türk mahkemelerinin yargılama gücüne, AY m.36 ile AİHS m.6/1’de güvence altına alınan hak arama özgürlüğüne ve AY m.138’e aykırı olduğu belirtilmektedir. Bkz.: Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s.715; Serdar Acar, “Son Gelişmeler Işığında Anti-suit Injunction”, **Prof.Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, Ss.1638. Bu nedenle, bu tür kararların kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle tanınmayabileceği de belirtilmektedir. Bkz.: Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s.715.

⁷⁶¹ Mahkemelerin *anti suit injunction* kararlarını genellikle milletlerarası nezakete veya yargı egemenliğine aykırılık gerekçesiyle tanımayı reddettiklerini söyleyebiliriz. Örneğin, bir Alman mahkemesi, 1996 tarihli bir kararında İngiliz mahkemesince tahkim anlaşmasının varlığı nedeniyle Alman mahkemelerinde dava açan taraf aleyhine verilen *anti suit injunction* kararının tanınması talebini reddetmiştir. Mahkeme, *anti suit injunction*’ı egemenlik yetkisine aykırı bulmuş ve yargı yetkisini kullanıp kullanmama bakımından yabancı mahkemeden talimat alamayacağını belirtmiştir. Karar için bkz.: Kruger, **a.g.e.**, s.314, dn.208. Fransız hukukunda da, *anti suit injunction* kararlarına etki tanınmasının egemenlik prensibine ve kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle reddedildiğine dair bkz.: Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.146. ABAD da, üye devlet mahkemelerinin yetkisinin AB tüzükleri uyarınca tesis edildiği hallerde bir üye devlet mahkemesinin *anti suit injunction* kararı vermesinin, diğer bir üye devlet mahkemesinin yargı yetkisine müdahale teşkil ettiğine ve Sözleşmenin getirdiği üye devlet mahkemeleri arasındaki karşılıklı güvene dayanan sisteme aykırı olduğuna, bu nedenle bu tür kararlara diğer bir üye mahkemesinde görülen davaların engellenemeyeceğine hükmetmiştir. Bkz.: Gregory Paul Turner v. Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd & Changepoint SPA, Case C-159/02, (2004), ECR I-3578. Bununla beraber, münhasır yetki anlaşmalarının varlığı halinde, mahkemelerin bu tür kararlara etki tanıdığı da görülmektedir. Fransız Yargıtayı 2009 tarihli bir kararında, ABD’nin Georgia mahkemelerinin yetki anlaşmasına rağmen Fransız mahkemelerinde dava açan tarafın davaya devam etmesini engellemek amacıyla verdiği *anti suit injunction* kararına etki tanıyan temyiz mahkemesi kararını onamıştır. Fransız Yargıtayı, taraflar arasında yetki anlaşmasının varlığını dikkate alarak bir tarafın yetki anlaşmasına aykırı davranışını cezalandırmayı amaçlayan böyle bir karar ile uluslararası hukuk arasında bir uyumsuzluk olmadığına hükmetmiştir. Karar için bkz.: Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.148. Bununla beraber, nadiren de olsa, bu tür kararların kendisine karşı tedbire hükmedilen tarafın hak arama özgürlüğünü sınırlandırdığı gerekçesiyle reddedildiği kararlara rastlamak mümkündür. Örneğin, bir Belçika mahkemesi, Nevada mahkemesince verilen *anti suit injunction* kararının tanınması talebini, adil yargılanma hakkına aykırı olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Karar için bkz.: Kruger, **a.g.e.**, s.314-315.

AİHM'nin bir *anti suit injunction* kararının bireylerin mahkemeye erişim hakkına aykırılık teşkil ettiğine dair herhangi bir içtihadı bulunmamaktadır. Esasen, böyle bir kararın verilmesinin veya böyle bir karara diğer bir ülke mahkemesince etki tanınmasının, yabancı ülkede dava açmak isteyen veya açmış olduğu davaya devam etmek isteyen tarafın mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği ileri sürülebilirse de, AİHM'nin böyle bir ihlalin varlığına hükmetmesi pek mümkün görünmemektedir. Çünkü, her devlet kendi mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, diğer devletlerden bağımsız olarak, serbestçe belirleme hakkına sahiptir. Dolayısıyla, aslında İngiliz mahkemesince bir taraf aleyhine verilen *anti suit injunction* kararı, söz konusu tarafın milletlerarası yetkiye sahip yabancı mahkemede dava açmasını veya açmış olduğu davaya devam etmesini tek başına engellememektedir. Kaldı ki, aleyhine tedbir kararı verilen tarafın başvurabileceği ülkelerin milletlerarası usul hukuklarında yer alan düzenlemelerin, bu tür kararların diğer ülke mahkemelerince yerine getirilmesine insan hakları veya uluslararası hukuktan kaynaklanan nedenlere başvurulmaksızın engel olması da söz konusu olabilir⁷⁶². Sonuç olarak, İngiliz mahkemelerinin vermiş olduğu *anti suit injunction* kararı, aleyhine böyle bir karar verilen tarafın ne İngiliz mahkemelerinde davaya katılmasına, ne de söz konusu tarafın milletlerarası yetkiye sahip yabancı bir ülke mahkemesinde dava açmasına engel teşkil etmemektedir⁷⁶³.

⁷⁶² *Anti suit injunction* kararları, niteliği itibarıyla tedbir niteliğinde kararlar olduğundan veya kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi nedeniyle tanınması veya tenfiz edilmemesi söz konusu olabilir. Ayrıca, yabancı bir mahkeme lehine münhasır nitelikte bir yetki veya tahkim anlaşması varsa, yetkili kılınan mahkemede veya tahkim mahkemesinde dava açılmasına rağmen, söz konusu davaya paralel bir davanın açıldığı Türk mahkemesi, yetki veya tahkim anlaşmasına dayanan yetki itirazı nedeniyle davayı görmekten kaçınabilecektir. Dolayısıyla, bu tür hallerde paralel davanın açıldığı veya açılma ihtimalinin bulunduğu yabancı mahkemenin hukukunda yer alan düzenlemeler, *anti suit injunction* kararlarının söz konusu mahkeme önüne gelmesine gerek bırakmayabilir.

⁷⁶³ Nitekim, İngiliz Yüksek Mahkemesi daha önce değindiğimiz *OT Africa Line Ltd v. Hijazy (The Kribi)* kararında, AİHS m.6/1 bakımından önemli olan hususun, AİHS m.6/1'de yer alan hakların davanın taraflarından birince nerede kullanılacağı değil, medeni hakların AİHS m.6/1 hükümlerini yerine getiren bir mahkeme önünde yapılan bir yargılamayla belirlenmesi olduğunu belirtmiştir. Ardından, tarafların uyuşmazlığın İngiliz mahkemelerinde karara bağlanması konusunda anlaşmış olduklarını, söz konusu seçimin keyfi olduğunu veya davalıların İngiltere'de adil bir yargılamadan mahrum kalacaklarını ya da İngiliz mahkemesinin tarafsız ya da bağımsız olmadığına ilişkin bir iddianın da bulunmadığını belirtmiştir. Böylece, yabancı mahkemede açılan davaya devam etmeyi önleyen söz konusu kararın AİHS m.6/1'e aykırı olmadığına hükmetmiştir. Bkz.: *OT Africa Line Ltd v. Hijazy (The Kribi)*, para.42-43.

c. Paralel Davaların Öncelik Prensibine İstinaden Engellenmesi

Farklı devlet mahkemeleri önündeki davaların aynı dava olması ve yabancı mahkeme önündeki davanın daha önce açılmış ve görülmekte olması şartlarına bağlı olarak milletlerarası derdestliğin dikkate alınabileceği anlayışı, doktrinde öncelik prensibi olarak adlandırılmaktadır⁷⁶⁴. Bu anlayış, tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir davanın daha önce başka bir devlet mahkemesinde açılmış olması nedeniyle, söz konusu mahkemeye, uyuşmazlığın çözümü bakımından elverişli forum olup olmadığından bağımsız olarak öncelik tanınmasına dayanmaktadır. İlk olarak Kıta Avrupası hukuklarının medeni usul hukuku düzenlemelerinde kabul edilen böyle bir derdestlik anlayışı, zamanla iki veya çok taraflı milletlerarası anlaşmalar vasıtasıyla ve AB hukukunda, farklı taraf/üye devlet mahkemesinde görülmekte olan paralel davaların önlenmesi amacıyla tercih edilmeye başlanmıştır⁷⁶⁵.

Özellikle 1968 tarihli Brüksel Sözleşmesinden günümüze kadar yürürlükte olan başta Brüksel Ibis Tüzüğü olmak üzere pek çok AB tüzüğünde⁷⁶⁶, üye devlet mahkemelerine herhangi bir takdir hakkı tanımayan ve mekanik bir şekilde işlemesi öngörülen, kolay uygulanabilir olması nedeniyle hukuki kesinliğe ve öngörülebilirliğe hizmet eden derdestlik kurallarına yer verilmiştir⁷⁶⁷. Örneğin, Brüksel Ibis Tüzüğünde, davanın açıldığı üye devlet mahkemesinin, aynı davanın başka bir üye devlet mahkemesinde daha önce açılmış olduğunu tespit ederse, söz konusu mahkeme lehine önündeki davayı re'sen bekleteceği (m.29/1) veya davanın daha önce açıldığı mahkemenin yetkili olduğuna karar vermesi halinde davayı reddedeceği (m.29/3) kabul edilmiştir⁷⁶⁸. O kadar ki, bu kuralın tek istisnasını, üye bir devlet mahkemesi lehine yapılan münhasır yetki anlaşmasının varlığı teşkil etmektedir (m.31/2-3)⁷⁶⁹.

⁷⁶⁴ Kruger, **a.g.e.**, s.260; Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.77; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.196; McLachan, **a.g.e.**, s.60.

⁷⁶⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: McLachan, **a.g.e.**, s.48 vd.; Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.162-163.

⁷⁶⁶ Brüksel Ibis Tüzüğü m.29, (Brüksel I Tüzüğü, m.27); Brüksel IIbis m.19; Nafaka Tüzüğü m.12; Miras Tüzüğü m.17; 2007 tarihli Lugano Sözleşmesi m.27; Evlilik Mal Rejimleri Tüzüğü m.17.

⁷⁶⁷ Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.196; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s.305; Kruger, **a.g.e.**, s.259; McLachan, **a.g.e.**, s.95.

⁷⁶⁸ Brüksel I Tüzüğü m.27/1-2; Nafaka Tüzüğü m.12/1-2; Miras Tüzüğü m.17/1-2; Evlilik Mla Rejimleri Tüzüğü m.17/1 ve 3; Lugano Sözleşmesi, m.27/1-2.

⁷⁶⁹ Brüksel I Tüzüğü'nün yürürlükte olduğu dönemde, öncelik prensibine dayanan derdestlik anlayışı, taraflarca bir üye devlet mahkemesi lehine yetki anlaşmasının yapılmış olduğu hallerde dahi katı bir

Öncelik prensibine dayanan derdestlik anlayışının, uluslararası anlaşmalar⁷⁷⁰ ile AB tüzükleri dışında, Kıta Avrupası ülkelerinin kahir ekseriyetinde⁷⁷¹ benimsenmediğini veya lehine derdestlik kararı verilen mahkemenin vereceği kararın tanınma-tenfiz edilme kabiliyetine sahip olup olmamasına (tanıma öngörüsü) ve/veya başka koşullara bağlı olarak kabul edildiğini belirtmek gerekir. Şüphesiz, AB hukukunda öncelik prensibinin baskın bir şekilde kabul edilmesinin arka planında, AB üyesi devletlerin birbirlerinin hukuk sistemlerine ve mahkemeleri arasında karşılıklı güvene dayanan, tüm üye devlet mahkemelerinin eşit konumda olduğu bir sistemin benimsenmiş olması bulunmaktadır⁷⁷². Diğer taraftan bu ifade, aynı zamanda üye devlet mahkemelerinin AB tüzüklerine istinaden yetkili olduğu davalara münhasıran uygulanan öncelik prensibinin, üye devletlerin ulusal hukuklarında neden sadece öncelik prensibine dayanan derdestlik anlayışına yer vermediklerini, buna ilaveten bazı ek şartlar aradıklarını da açıklamaktadır.

şekilde uygulanmaktaydı ve taraflarca yetkili kılınan üye devlet mahkemesi, sırf bir tarafça dava daha önce açıldığı gerekçesiyle davanın ilk açıldığı üye devlet mahkemeleri lehine yetkisizlik kararı vermek mecburiyetindeydi. Bunun da, yukarıda incelediğimiz *Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl* davasında olduğu gibi, kötü niyetli davalıların yargılamaların oldukça uzun sürdüğü üye devlet mahkemelerinde daha önce dava açmalarına imkan tanınması nedeniyle eleştirilmesine, Brüksel Ibis Tüzüğünde böyle bir istisnanın kabulüne yol açmıştır.

⁷⁷⁰ Öncelik prensibinin ilk olarak iki taraflı anlaşmalarla kabul edilmeye başlandığı söylenebilir. Ancak günümüzde Boşanma ve Ayrılıkların Tanınmasına Dair 1970 tarihli Lahey Sözleşmesi m.12 ile Türkiye'nin tarafı olduğu Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması Hakkında Sözleşme m.10'da (RG:14.9.1975 – 15356); Uluslararası Hava Taşımacılığına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Varşova Anlaşması m.28'de (RG: 3.11.1977 – 16128); Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi m.13'te (RG: 22.5.2016 - 29719) ve Türkiye Cumhuriyeti ile Ukrayna Arasında Hukuki Konularda Adli Yardımlaşma ve İşbirliği Sözleşmesi m.17'de (RG: 22.12.2003 – 25324), milletlerarası derdestliğin sadece aynı davanın diğer taraf devlette daha önce açılmış olması şartına bağlandığı görülmektedir.

⁷⁷¹ İstisnaen de olsa, milletlerarası derdestliğin öncelik prensibine istinaden kabul edildiği ülkeler de bulunmaktadır. Örneğin Hırvatistan MÖHK m.80'de, Hırvatistan mahkemelerinin yabancı bir ülke mahkemesinde daha evvel açılan aynı konuda ve aynı taraflar arasındaki bir dava lehine, dava konusu bakımından Hırvat mahkemelerinin münhasır yetkisinin olmaması ve karşılıklılığın gerçekleşmiş olması şartıyla, derdestlik kararı vererek davayı bekleteceği emredici olarak hükme bağlanmıştır. Bkz.: Çevrimiçi, [https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/ZRS_eng\[1\].doc](https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/ZRS_eng[1].doc), 29 Aralık 2017.

⁷⁷² Nitekim, Brüksel Ibis Tüzüğü önsözünde de, Avrupa yargı alanının uyumlu bir şekilde işleyişinin sağlanabilmesi için, üye devlet mahkemeleri önündeki paralel davaların varlığı ihtimalinin asgariye indirilmesinin ve farklı üye devlet mahkemelerince çelişkili kararların önlenmesinin gerekli olduğu ve bunun da derdestlik ve bağlantılı davalara ilişkin açık ve etkili çözüm mekanizmaları ile gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. Bkz.: Brüksel Ibis Tüzüğü önsözü para.21. Şüphesiz, AB hukukunda benimsenen böyle bir derdestlik anlayışının tüzükte benimsenen yetki rejimiyle de yakın bir ilişkisinin olduğunu belirtmek gerekir.

Öncelik prensibine dayanan derdestlik anlayışının eleştiriye açık yönleri de bulunmaktadır. İlk olarak, öncelik prensibi ilk davayı açan taraf lehine sonuç doğurduğundan uyuşmazlığın taraflarını mahkemeye daha evvel ulaşma yarışına teşvik etmekte, kendisine karşı başka bir üye devlet mahkemesinde dava açılmasını engellemek isteyen tarafın kendisine en uygun mahkemede dava açmasına imkân tanımaktadır. Daha da önemlisi, üye devlet mahkemelerinin eşit konumda olduğu ve birbirlerine karşı güven duymaları gerektiği anlayışına dayanan öncelik prensibi, taraflarca yargılamaların oldukça uzun sürdüğü üye devlet mahkemelerinde, sırf yargılamayı geciktirmek veya engellemek amacıyla kötüye kullanılabilir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, yabancı unsurlu özel hukuk davalarında AİHS m.6/1'in gereklerine uygun bir yargılama yapılmadığı gerekçesiyle pek çok AB üyesi devletin AİHM tarafından mahkûm edildiği, bazı devletlerin özellikle makul sürede yargılanma hakkına riayet etme konusunda kötü bir şöhrete sahip olduğu bir gerçektir⁷⁷³. Davanın daha önce açıldığı üye devlet mahkemesinin AİHS m.6/1'e uygun bir yargılama yap(a)maması ihtimalinin varlığı nedeniyle Brüksel yetki rejiminde yer alan öncelik prensibine bir istisna getirilmesi önerisini, ABAD'ın üye devlet mahkemelerinin eşit konumda olduğu ve böyle bir istisna getirilmesinin üye devletlerin birbirlerinin yargı sistemleri ve mahkemelerine duyması gereken karşılıklı güveni zedeleyeceği gerekçesiyle reddettiği, bu konudaki farklı önerilerin de Brüksel Ibis Tüzüğünde tercih edilmediği de diğer bir gerçektir. Bu bakımdan, öncelik prensibine dayanan derdestlik anlayışının, AİHS m.6/1'e riayet etme konusunda problemlili olan üye devlet mahkemeleri lehine derdestlik kararı vermekle yükümlü olan üye devlet mahkemelerini, birbiriyle çatışan iki farklı yükümlülükle karşı karşıya bıraktığını söylemek mümkündür.

d. Milletlerarası Derdestliğin Lehine Derdestlik Kararı Verilen Yabancı Kararın Tanınacağı veya Tenfiz Edilebileceği Öngörüsüne İstinaden Kabul Edilmesi

Yukarıdaki iki farklı derdestlik anlayışından farklı olarak, yabancı bir devlet mahkemesinde görülmekte olan bir dava lehine milletlerarası derdestliğin dikkate

⁷⁷³ Bkz.: Yukarıda s.523 vd.

alınabilmesi için, söz konusu mahkeme önünde devam eden yargılama sonunda verilecek olan kararın, lehine derdestlik kararı verilen devlet mahkemesince tanınabileceğinin veya tenfiz edilebileceğinin öngörülebilir olması koşulu aranmaktadır. Doktrinde tanıma öngörüsü olarak adlandırılan⁷⁷⁴ bu yaklaşım, ilk olarak iki taraflı anlaşmalarda yer bulmuş⁷⁷⁵, ardından gerek uluslararası düzenlemelerde⁷⁷⁶ gerekse Kıta Avrupası devletlerinin ulusal hukuklarında yaygın olarak benimsenmiştir.

Bu yaklaşımın, niteliği itibariyle lehine derdestlik kararı verilen yabancı mahkemenin önündeki davanın daha önce açılmış olması zorunluluğunu içermediği, ancak Kıta Avrupası ülke hukuklarında bu koşulun yanı sıra yabancı mahkemedeki davanın daha önce açılmış olması koşulunun da büyük ölçüde arandığı belirtilmektedir⁷⁷⁷. Örneğin, Almanya, İsviçre, Fransa, Belçika gibi pek çok ülke hukukunda milletlerarası derdestliğin dikkate alınabilmesi için hem yabancı ülkedeki davanın daha önce açılmış olması hem de söz konusu dava sonunda verilecek kararın tanınması veya tenfizinin öngörülebilir olması şartı aranmakta iken⁷⁷⁸, Avusturya⁷⁷⁹ ve İtalya⁷⁸⁰ gibi ülkelerde lehine derdestlik kararı verilecek yabancı mahkemedeki davanın daha önce açılmış olması gibi bir şart aranmamıştır.

⁷⁷⁴ Fawcett, **General Report**, s.36; McLachan, **a.g.e.**, s.129; Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.223.

⁷⁷⁵ Bkz.: Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.223-225.

⁷⁷⁶ Örneğin, Medeni ve Ticari Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine dair 1971 tarihli Lahey Sözleşmesi m.20; Eşyaların Karayoluyla Uluslararası Nakliyatına Dair Milletlerarası Sözleşme (CMR) m.31 (RG: 4.1.1995 – 221621); Uluslararası Demiryolu Taşımalarının İlişkin Sözleşmesine (COTIF) (RG: 1.6.1985 – 18771) ek CIV tek tip kurallar m.57/2 ve CIM tek tip kurallar m.46/2. Söz konusu kurallara ilişkin ayrıntılı bilgil için bkz.: Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.227-228, 283-289.

⁷⁷⁷ Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.226.

⁷⁷⁸ Almanya, Avusturya, Belçika, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Fransa, İspanya, İsveç, Slovenya. Bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.77, dn.217. Ayrıca, İsviçre DÖHK m.9'da yabancı mahkemenin vereceği kararın İsviçre'de tanınmasının mümkün olması halinde önündeki davayı bekletebileceği belirtilmektedir. Polonya Usul Kanunu m.1098'de de, derdestlik kararı verilebilmesi için lehine derdestlik kararı verilen yabancı mahkeme kararının Polonya hukukunda aranan tanıma şartlarını karşılaması şartı aranmaktadır.

⁷⁷⁹ Bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.77.

⁷⁸⁰ Örneğin, İtalya MÖHK m.7/1 hükmü uyarınca İtalyan mahkemesi, tarafları, konusu, sebebi aynı olan bir davanın yabancı bir mahkeme önünde de derdest olduğu itirazında bulunulması durumunda, yabancı mahkemenin vereceği kararın İtalyan hukuk sisteminde etki doğurabileceğine kanaat getirirse, önündeki davayı bekletecektir. Yabancı mahkemenin davayı reddetmesi veya verdiği kararın tanınmaması durumunda, İtalyan mahkemesi ilgili tarafın yapacağı itiraz üzerine İtalya'da başlamış olan yargılamaya devam edecektir. Ayrıca, İtalya MÖHK m.7/2 uyarınca, İtalyan mahkemesi derdestlik itirazını değerlendirirken, yabancı mahkeme önündeki davanın derdest olup olmadığını yabancı mahkemenin hukukuna göre değerlendirecektir. Bkz.: Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.254 dn.355.

AB hukukunda da Brüksel Ibis Tüzüğüyle birlikte, aynı uyumsuzluğun üçüncü (üye olmayan) bir devlet mahkemesinde daha önce açıldığı hallerde, üye devlet mahkemelerinin üçüncü devlet mahkemesince verilecek kararın tanınabilir veya tenfiz edilebilir olduğunun öngörülebilir olması halinde görmekte olduğu davayı bekletebileceği kabul edilmiştir (m.33/1-a). Böylece, üye devletlerin birbirlerinin mahkemelerine karşı duydukları güvene dayanan öncelik prensibinin yerini, üçüncü bir ülke mahkemesinde daha önce açılmış paralel davalar bakımından söz konusu mahkemenin vereceği kararın aynı davanın sonradan açıldığı üye devlette tanınabilir veya tenfiz edilebilir bir karar olduğunun öngörülmesi şartı almıştır ⁷⁸¹.

Şüphesiz, böyle bir şartın arandığı hukuk düzenlerinde, derdestlik kararı verecek olan mahkemenin yabancı mahkemenin vereceği kararın kendi hukukunda tanınmasının veya tenfiz edilmesinin mümkün olup olmadığına yönelik değerlendirmesi, henüz yabancı mahkemede dava devam etmekte olduğundan sadece bir tahminden ibaret kalacaktır⁷⁸². Bu noktada, gerek Brüksel Tüzüğü m.33 kapsamında gerekse tanıma öngörüsünün kabul edildiği ülke hukuklarında, davanın sonradan açıldığı mahkemenin böyle bir değerlendirme bakımından önemli bir takdir yetkisine sahip olduğu belirtilmektedir⁷⁸³.

Tanıma öngörüsünün kabul edildiği bazı düzenlemelerde, aynı zamanda lehine derdestlik kararı verilecek olan yabancı mahkemenin vereceği kararın tanınabilir veya tenfiz edilebilir olması şartına ek bazı şartlar da aranmaktadır. Örneğin, Brüksel Ibis Tüzüğü m.33/1-b’de ve Belçika MÖHK m.14’te, derdestlik kararı verecek olan mahkemenin, yabancı mahkeme lehine derdestlik kararı verebilmesi için yabancı ülke

⁷⁸¹ Bununla beraber, yabancı mahkeme kararının tanınabilir olmasının mı yoksa tenfiz edilebilir olmasının mı yeterli olduğu konusunda karşılaştırmalı hukukta bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Kimi ülke hukuklarında (İsviçre DÖHK m.9/1) milletlerarası derdestliğin dikkate alınabilmesi için yabancı mahkeme kararının tanınmasının mümkün olması şartı aranırken, Belçika MÖHK m.14 ve Brüksel Ibis Tüzüğü m.33’te tanınabilmesi veya tenfiz edilebilmesinin öngörülebilir olması aranmıştır. Bazı ülke hukuklarında ise, lehine derdestlik kararı verilen yabancı mahkemenin vereceği kararın derdestlik kararı veren mahkemenin hukuk sisteminde etki doğurabileceğine kanaat getirmesi gerektiği koşulu aranmaktadır (İtalya MÖHK m.7). Bu husus, özellikle tanıma-tenfiz şartlarının karşılanıp karşılanmadığının derdestlik kararı verecek olan mahkeme tarafından değerlendirilmesi bakımından önem arz etmektedir. Zira, Türk hukukunda olduğu gibi, kimi ülke hukuklarında tanıma ile tenfiz taleplerinin kabul edilmesi için gerekli olan şartlar farklılık arz edebilmektedir.

⁷⁸² Doğan, **Derdestlik**, s.134; Erdoğan, **Derdestlik**, s.1874; Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.246.

⁷⁸³ Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.241; Fawcett, **General Report**, s.36.

mahkemesi önündeki davayı bekletmesinin adaletin doğru bir şekilde yönetilmesi (proper administration of justice) için gerekli olduğu kanaatine ulaşması gerektiği aranmaktadır. Yabancı bir mahkeme lehine derdestlik kararı verilebilmesi için aranan bir diğer şart da, yabancı mahkemenin kararını makul bir süre içinde verebilecek olmasıdır. Örneğin İsviçre hukukunda, lehine derdestlik kararı verilecek yabancı mahkemenin kararını makul bir süre içinde vermesi gerektiği açıkça hüküm altına alınmıştır (İsviçre DÖHK m.9). Brüksel Ibis Tüzüğü m.33/2-c uyarınca, üçüncü bir ülke mahkemesindeki davayı dikkate alarak önündeki davanın bekletilmesine karar veren bir üye devlet mahkemesi, yabancı mahkemedeki yargılamanın makul bir süre içinde tamamlanma imkânının bulunmaması halinde davaya görmeye devam edebilecektir. Alman hukukunda ise, milletlerarası derdestliğin reddedilebilmesi için, mahkemenin yabancı mahkemedeki yargılamanın makul sürede tamamlanamaması nedeniyle tarafların yabancı mahkeme önünde etkin bir hukuki korumadan yararlanamadıklarına kanaat getirmesi gerektiği belirtilmektedir⁷⁸⁴. Bu bakımdan, yabancı mahkemenin yargılamayı makul sürede tamamlamış olması şartının, aslında milletlerarası derdestliğin dikkate alınarak eldeki davanın bekletilmesi açısından değil, verilmiş olan derdestlik kararının –bir tarafın itirazına istinaden- kaldırılması ve davaya devam edilmesi bakımından aranan bir şart olduğu söylenebilir. Ayrıca, bu paragrafta

⁷⁸⁴ Alman Federal Mahkemesinin 1983 tarihli kararına konu olan İtalya’da ikamet eden iki Alman vatandaşı arasındaki boşanma davasında Alman mahkemeleri, İtalya-Almanya arasındaki iki taraflı anlaşmaya istinaden derdestlik kararı vermiştir. Alman Federal Mahkemesi, yabancı mahkemedeki boşanma davasında davalı konumda olan kocanın etkin bir hukuki korumadan makul bir şekilde yararlanamayacak olması halinde derdestliğin dikkate alınamayacağına hükmetmiştir. Federal Mahkeme, yabancı mahkemedeki davanın bu tür davalardaki ortalama sürenin üzerine çıkılmasını öngören bir özellik arz etmediğini, söz konusu davanın dört yıldan fazladır sürmesinin yabancı ülkede dava açmayı tercih etmeyen koca açısından makul olmaktan çıktığını belirtmiştir. Ardından, yabancı ülkedeki derdest dava nedeniyle davalı kocanın Alman hukukunca kendisine sunulan hukuki imkânlar bakımından esaslı bir zarar göreceğini, kendi ülkesinde hak aramaktan yoksun bırakılamayacağını belirterek alt derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Bkz.: BGH 26.1.1983, IVb ZR 335/81, (Çevrimiçi, https://www.jurion.de/urteile/bgh/1983-01-26/ivb-zr-335_81/, 22 Aralık 2017). Söz konusu mahkeme 1985 tarihli başka bir kararında, Türk mahkemelerinde bir alacak davası açmış olan davacının aynı davayı Alman mahkemelerinde de açması üzerine davalı derdestlik itirazında bulunmuştur. Federal Mahkeme, öncelikle yabancı mahkemece verilecek kararın tanınmasının mümkün olup olmadığının araştırılması gerektiğini belirtmiş, ardından milletlerarası derdestlik bakımından yargılama süresinin uzunluğunun tek başına yeterli olmadığını, yabancı mahkemedeki derdest dava nedeniyle hukuki korunma hakkının zedelendiğinin kabulü için özel koşulların bulunması gerektiğini ifade etmiştir. Ardından, yukarıdaki karardaki vakıalara atıf yaparak, yukarıdaki karardan farklı olarak bu davada farklı ülke mahkemelerindeki her iki davanın aynı kişi tarafından açıldığını belirterek Türk mahkemesindeki dava on yıldır devam etmesine rağmen, milletlerarası derdestliğin dikkate alınmasını gerektirecek özel koşulların varlığının ortaya konulmadığını belirterek talebi reddetmiştir. Bkz.: BGH, 10.10.1985, I ZR 1/83, (Çevrimiçi, https://www.jurion.de/urteile/bgh/1985-10-10/i-zr-1_83, 22 Aralık 2017).

incelediğimiz bu şartların, nitelikleri gereği, derdestlik kararının verileceği aşamada, derdestlik kararı verecek mahkemenin davanın tüm koşullarını kapsayan bir değerlendirme yapmasını gerekli kıldığını da belirtmek gerekir. Bu nedenle mahkemelerin bu şartlar açısından da bir takdir yetkisi olduğunu söylenebilir.

Milletlerarası derdestliğin yukarıda incelenen şartların varlığına bağlı olarak dikkate alınmasında mahkemelerin takdir yetkisine sahip olduğu kabulünün doğal sonucu olarak, mahkemelerin önlerindeki davayı bekletmek bakımından da takdir yetkisine sahip olduğu veya olması gerektiği söylenebilir. En azından ulusal veya uluslararası düzenlemelerin metinlerinden anlaşıldığı kadarıyla, bu konudaki genel eğilim milletlerarası derdestliği dikkate alan mahkemenin önündeki davayı reddetmesi değil, bekletmesi gerektiği yönündedir⁷⁸⁵. Buna mukabil, mahkemelerin önlerindeki davayı bekletip bekletmeme konusunda sahip oldukları takdir yetkisinin ülkeden ülkeye farklılık arz ettiği de görülmektedir⁷⁸⁶. Böyle bir gereklilik, aslında milletlerarası derdestliğin yabancı mahkemenin vereceği kararın tanınabileceği veya tenfiz edilebileceğine yönelik bir öngörüye dayanmasından kaynaklanmaktadır⁷⁸⁷. Zira mahkemenin milletlerarası derdestliği kabul ederek davayı reddetmesinin ardından yabancı mahkemenin de davayı usulden reddetmesi veya vermiş olduğu kararın tanınması-tenfizi talebinin reddedilmesi gibi bir durum söz konusu olursa, davacıya aynı mahkemede yeniden bir dava açma külfeti yükletilmiş olacaktır⁷⁸⁸. Daha da önemlisi davanın reddedilmesi ile yabancı mahkemenin vermiş olduğu kararın tanınması ve tenfizi talebinin reddedilmesi arasında geçen süre zarfında, davayı reddeden mahkemenin hukukuna göre söz konusu talep bakımından zamanaşımı süresinin dolması da söz konusu olabilir⁷⁸⁹. Kaldı ki, derdestlik kararının verileceği an itibariyle ilgili düzenlemede yer alan gerekli şartların sağlandığına kanaat getirilmiş olsa bile, sonradan ortaya çıkan nedenlerden dolayı bekletilen davaya devam edilmesi zarureti ortaya çıkabilir. Örneğin, yabancı mahkemenin önündeki davayı makul sürede

⁷⁸⁵ Bkz.: İsviçre DÖHK m.9/1; Belçika MÖHK m.14; İtalya DÖHK m.7/1; Brüksel Ibis Tüzüğü m.33/1.

⁷⁸⁶ Örneğin, Brüksel Ibis Tüzüğü m.33/2'de ve Belçika MÖHK m.14'de mahkemenin önündeki davayı bekletebileceği açıkça belirtilmekte iken, İsviçre ve İtalyan kanunlarındaki düzenlemeden mahkemelerin önlerindeki davayı bekletmek zorunda oldukları anlaşılmaktadır.

⁷⁸⁷ Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.266-267.

⁷⁸⁸ Nomer, **Derdestlik**, s.362; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.200.

⁷⁸⁹ Nomer, **Derdestlik**, s.366; Erdoğan, **Derdestlik**, s.1874; Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.139.

tamamlayamayacağı sonradan anlaşılabilir. Lehine derdestlik kararı verilen mahkemenin ülkesinde veya bulunduğu bölgede yargılamanın sağlıklı bir şekilde gerçekleşmesini engelleyen savaş veya iç karışıklık hali ortaya çıkabilir. İşte bu nedenle, milletlerarası derdestlik kararıyla söz konusu mahkemenin sağlayacağı hukuki korumadan kısmen mahrum kalan bir tarafın aynı mahkeme önünde hak arama özgürlüğünden tamamen mahrum kalması ihtimalini bertaraf etmek adına genellikle davanın bekletilmesi gerektiği anlayışı benimsenmiştir. Örneğin, İtalyan hukukunda yabancı mahkemenin davayı usulden reddetmesi veya yabancı mahkemenin vereceği kararın İtalya’da tanınmayacağına anlaşılması durumunda, ilgili tarafın başvurusu üzerine mahkemenin önündeki davaya devam edeceği hüküm altına alınmıştır. Brüksel Ibis Tüzüğü m.33/2’de de, üçüncü bir devlet mahkemesinin önünde davanın bekletildiği veya durdurulduğu veya yabancı mahkemedeki davanın makul süre içinde bitirilmesinin mümkün olmadığına anlaşılması ya da davaya devam edilmesinin adaletin doğru bir şekilde yönetilmesi için gerekli olması halinde, üye devlet mahkemesinin önündeki davaya her zaman *devam edebileceği* belirtilmektedir. Böylece, derdestlik kararıyla birlikte mahkemelere gerek önlerindeki davayı reddetmeyerek bekletme gerekse bekletme kararının verilmesinden sonra değişebilecek koşullar nedeniyle önündeki davaya devam edebilme imkânı tanınmasıyla, aynı zamanda bireyleri hak arama özgürlüklerinden tamamen mahrum bırakmama ve AİHS m.6/1’in ihlali tehlikesinin mümkün mertebe engelleme imkânının da tanındığını belirtmek gerekir.

e. Türk Hukukunda Durum: Milletlerarası Derdestliğin Genel Olarak Kabul Edilmemiş Olması

Türk hukukunda tarafları, konusu ve sebebi aynı olan yabancı unsurlu bir özel hukuk uyuşmazlığının diğer bir Türk mahkemesinde daha önce açılmış ve görülmekte olması halinde, davanın daha sonra açıldığı Türk mahkemesi, önündeki davayı HMK m.114/1-ı ve m.115 uyarınca, resen veya ilgili tarafın itirazı üzerine dava şartı yokluğundan reddedebilecektir. Buna mukabil, tarafları, konusu ve sebebi aynı davanın yabancı bir mahkeme önünde de derdest olduğu vakıasının, diğer bir ifadeyle milletlerarası derdestliğin Türk mahkemelerince dikkate alınıp alınmayacağı,

Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası anlaşmalar ve bazı özel düzenlemeler hariç tutulursa, Türk mahkemelerini bağlayıcı, genel bir pozitif düzenlemeye konu olmamıştır. Bu da doğal olarak, Türk mahkemelerinin yabancı mahkemelerde görülmekte olan tarafları, konusu ve sebebi aynı davalar lehine derdestlik kararı vermesinin mümkün olup olmadığı meselesini Türk milletlerarası usul hukukunda üzerinde en çok tartışma yaşanan konulardan biri haline getirmiştir.

Türk doktrinde konuya ilişkin görüşlerden ilki, aynı davanın yabancı ülkede derdest olmasına hukuki bir sonuç bağlayan açık bir düzenleme bulunmadığı müddetçe, Türk mahkemelerinin yabancı ülke mahkemelerinde görülmekte olan bir dava lehine derdestlik kararı veremeyeceği yönündedir⁷⁹⁰. Dolayısıyla, Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası anlaşmalarda yer alan düzenlemeler ile MÖHUK m.41 ile m.47 hükümlerinin düzenleniş biçiminden kaynaklanan derdestlik durumları dışında, prensip olarak milletlerarası derdestliğin kabul edilmediği söylenebilir. Bu yöndeki görüşlerden ilkinе göre, Türk hukukunda açıkça düzenlenmedikçe, derdestliğin yabancı mahkemede görülmekte olan davalar bakımından da kabul edilmesi, Türk mahkemelerinin yabancı mahkeme lehine yargı yetkisinden feragat etmesi anlamına gelir ki bu devletin egemenliği ilkesine aykırıdır⁷⁹¹.

Ayrıca, HMK m.114/1-1'nin aynı davanın iki Türk mahkemesinde derdest olduğu hallerde uygulanabilir nitelikte olduğu ve söz konusu maddenin aynı davanın yabancı bir mahkemede derdest olduğu halleri de kapsadığına dair bir açıklığın olmadığı belirtilmektedir. MÖHUK m.41 ve m.47'nin kapsamına giren uyuşmazlıklar bakımından aynı davanın yabancı bir ülkede derdest olması vakıasına bir hukuki sonuç bağlanmış olması gerekçe gösterilerek, söz konusu istisnai düzenlemelerin milletlerarası derdestliğin Türk hukukunda kabul edilmediğini açıkça ortaya koyduğu belirtilmektedir⁷⁹². Bu konuda ileri sürülen bir diğer gerekçe ise, milletlerarası derdestliğin dikkate alınarak yabancı mahkeme lehine davanın reddedilmesinin, Türk mahkemesinde dava açan tarafın hak arama özgürlüğüne ciddi bir engel teşkil edeceği

⁷⁹⁰ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.640; Nomer, **DHH**, s.457; Altuğ, **Yargı Yetkisi**, s.208; Nomer, **Derdestlik**, s.367 vd.; Akıncı, **Derdestlik**, s.45; Mine Tan Dehmen, "Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar Bakımından 5718 Sayılı MÖHUK'ta Kabul Edilen Yetki Kuralı", **MHB**, C.33, S.1, 2013, s.181.

⁷⁹¹ Altuğ, **Yargı Yetkisi**, s.208; Tan Dehmen, **a.g.e.**, s.181.

⁷⁹² Tan Dehmen, **a.g.e.**, s.182-183.

yönündedir⁷⁹³. Ayrıca, usul ekonomisi, davacının hileli davranışlarının ve çelişkili kararlar verilmesinin önlenmesi gibi iç hukuktaki derdestliğin kabulüne yönelik gerekçelerin milletlerarası derdestliğin kabulü açısından her zaman geçerli bir gerekçe olarak nitelendirilmeyeceği gerekçesiyle milletlerarası derdestliğin kabulüne karşı çıkmaktadır⁷⁹⁴.

Yabancı mahkemede görülmekte olan bir davanın Türk mahkemelerince derdestlik itirazına esas alınabilmesi için buna cevaz veren bir düzenlemenin bulunması gerektiği anlayışının Yargıtay kararlarına da yansıdığını söylemek mümkündür. Örneğin, davalı kadının davacı koca aleyhine Moskova mahkemelerinde açmış olduğu boşanma davasının derdest bulunduğu dayanarak açılan davayı reddeden yerel mahkeme kararını bozduğu yakın tarihli bir kararında Yargıtay, milletlerarası derdestliğin ancak Türkiye'nin tarafı olduğu bir milletlerarası anlaşma uyarınca veya MÖHUK m.47/1 kapsamında dikkate alınabileceğini belirtmiştir. Bu haller dışında yabancı mahkemede derdest bir davanın nazara alınmasının, yabancı mahkemenin yetkisini ulusal sınırlar içinde kabul etmek anlamına geleceğini, bu durumun devletin egemenlik haklarıyla bağdaşmayacağını açıkça ifade etmiştir⁷⁹⁵. Yargıtay, daha önceki kararlarında da, yabancı ülkede görülmekte olan bir davanın derdestlik itirazına esas alınabilmesi için, milletlerarası derdestliğe cevaz veren bir hukuki düzenlemenin veya milletlerarası anlaşmanın varlığını gerekli görmüştür⁷⁹⁶.

Buna mukabil, doktrinde milletlerarası derdestliğin açıkça düzenlenmemiş olmasının reddedildiği anlamına gelmediği görüşünden hareketle milletlerarası derdestliğin dikkate alınabileceği de geçmişten beri savunulmaktadır⁷⁹⁷. Bununla

⁷⁹³ Buna göre, derdestlik kararı verilmesi, kendisine karşı yabancı mahkemede dava açılan -Türk mahkemesindeki- davacıyı, kendi iradesi dışında veya maddi imkanları olmamasına rağmen yabancı ülkede savunma yapmak durumunda bırakabilecektir. Ayrıca, yabancı mahkemece verilecek kararın tanınması-tenfiz edilmesi ihtimaline istinaden davanın taraflarından birini yabancı mahkeme önünde yargılanmaya mahkum bırakmak ve hakkını Türk mahkemesinde aramasını engellemek, yabancı mahkemece verilecek kararın Türk mahkemelerince tanınması ve tenfiz edilmesi hiçbir zaman kesin olmadığından, doğru değildir. Bkz.: Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.639.

⁷⁹⁴ Bu konuda bkz.: Nomer, **Derdestlik**, s.354-359.

⁷⁹⁵ Yargıtay 2.H.D., E.2014/12316, K.2014/23427, T.20.11.2014, (Çevrimiçi, <https://emsal.yargitay.gov.tr>, 22 Kasım 2017).

⁷⁹⁶ Bkz.: Yargıtay 2.HD., E.2009/13541, K.2010/11899, T.15.6.2010; Yargıtay 2.HD., E.2010/6713, K.2011/8635, T.17.5.2011, (Çevrimiçi, www.kazanci.com, 22 Kasım 2017).

⁷⁹⁷ Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.204; Doğan, **Derdestlik**, s.145; Doğan, **MÖH**, s.52-53; Şanlı, **Ticari Akitler**, s.171; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.439; Erdoğan, **Derdestlik**, s.1879; Baki Kuru,

beraber, milletlerarası derdestliğin dikkate alınmasının hukuki dayanağının yanı sıra şartları ve usulü hakkında görüş farklılıkları da bulunmaktadır. Milletlerarası derdestliğin dikkate alınması için doktrinde önerilen şartlar incelendiğinde, bu şartların Kıta Avrupası ülke hukuklarında aranan şartlarla büyük ölçüde paralellik arz ettiği görülmektedir. Bu bakımdan, milletlerarası derdestliğin dikkate alınabilmesi için yabancı mahkemedeki davanın daha önce açılmış ve görülmekte olması⁷⁹⁸ ile yabancı mahkemenin vereceği kararın Türkiye’de tanınması ve tenfizinin öngörülebilir olması⁷⁹⁹ şartlarının karşılanması gerektiği genellikle ileri sürülmektedir. Doktrinde, yabancı mahkemenin vereceği kararın tanınması veya tenfizinin öngörülebilir olması şartının aranması gerektiği kabul edilmekle beraber, bu konuda kesin bir sonuca varılması mümkün olmadığından tanıma-tenfiz için aranan şartlar arasında bir ayrım yapılması gerektiği, mahkemenin söz konusu şartlardan sadece karşılıklılık ile yetkiye ilişkin şartların sağlanıp sağlanmadığını tespit etmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir⁸⁰⁰.

Milletlerarası derdestliğin yabancı mahkemenin vereceği kararın tanınması veya tenfiz edilmesi şartıyla kabul edilebileceği yönündeki görüşe, böyle bir şartın tam bir kesinlikle tespit edilmesinin mümkün olamayacağı gerekçesiyle karşı çıkılmaktadır. Buna göre, milletlerarası derdestliğin kabulü için karşılıklılık şartının yerine geldiğinin tespitinin tek başına yeterli olmadığı⁸⁰¹, yabancı mahkeme kararının kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi nedeniyle tanınmama veya tenfiz edilmeme ihtimalinin bulunmasının dahi milletlerarası derdestlik itirazının kabul edilmemesi için tek başına yeterli bir sebep olduğu⁸⁰² belirtilmektedir. Gerçekten, yabancı mahkemenin vereceği kararın tanınması veya tenfizinin söz konusu kararın tanınması-tenfizi anına kadar belirsizlik arz etmesi, bu görüşün en mahzurlu kısmını teşkil etmektedir. Buna rağmen,

Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6.Baskı, Demir Demir Yayıncılık, C.4, İstanbul 2001, s.4223; Süha Tanrıver, **Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı**, 2. Bası, Adalet, Ankara 2007, s.46; Sargın, **Marka İhlalleri**, s.252.

⁷⁹⁸ Doğan, **MÖH**, s.57; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.204; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.439; Doğan, **Derdestlik**, s.146; Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.304.

⁷⁹⁹ Kuru, **C.4**, s.4222; Tanrıver, **Derdestlik**, s.46; Doğan, **Derdestlik**, s.145; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.204; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.439; Şanlı, **Ticari Akitler**, s.171; Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.305.

⁸⁰⁰ Doğan, **Derdestlik**, s.145-146; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.204-205.

⁸⁰¹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.639.

⁸⁰² Nomer, **Derdestlik**, s.361.

Yargıtay'ın böyle bir şartın varlığını mülga 2675 sayılı MÖHUK'un yürürlüğünden önce dahi aradığı da bir gerçektir⁸⁰³.

Türk doktrinde, milletlerarası derdestliğin kabulü için yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizinin öngörülebilir olması şartına ek bazı şartların da aranması gerektiği farklı yazarlarca savunulmaktadır. Bir görüşe göre, Türk mahkemesinin milletlerarası derdestliği dikkate alabilmesi için lehine derdestlik kararı verilecek mahkemenin hukukunda da Türk mahkemeleri önündeki derdest davalar lehine derdestlik kararının verilip verilmediği, diğer bir ifadeyle karşılıklılığın bulunup bulunmadığı aranmalıdır. Bu görüşe göre, karşılıklılığın yanı sıra, yabancı devlet mahkemesinin uygun bir süre içinde karar vermesinin mümkün olup olmadığı da değerlendirilmelidir⁸⁰⁴. Diğer bir görüşe göreyse, lehine derdestlik kararı verilmesi istenen yabancı mahkemenin uyumsuzluk bakımından yetkisini tesis eden yetki esasının, mahkeme ile dava arasındaki objektif bağlantıyı yeterince sağlamış olması halinde derdestlik kabul edilebilecektir⁸⁰⁵. Bunların dışında, aynı davanın Türk mahkemelerinde daha sonra açılmış olması halinde milletlerarası derdestliğin dikkate alınabilmesi için, aynı davanın Türk mahkemelerinde açılması konusunda davacının hukuki yararının bulunmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Özellikle, yabancı mahkemenin vereceği kararın Türkiye'de tanınması veya tenfizinin mümkün olmadığı

⁸⁰³ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E.1973/4413, K.1973/4363 sayılı ve 2.7.1973 tarihli bir kararında, davanın derdest bulunduğu Alman mahkemesince verilecek kararın Türkiye'de tenfizi imkanı bulunmadığı gerekçesiyle Türk mahkemesindeki davaya devam edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Karar için bkz.: Kuru, C.4, s.4223. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin E.1985/123, K.1985/1209 sayılı ve 6.3.1985 tarihli kararıyla onadığı Kırıkhan Asliye Hukuk Mahkemesi, davanın açıldığı tarihte Türkiye ile Suriye arasında yabancı mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin bir adli yardım anlaşması bulunmadığı, dolayısıyla Halep mahkemelerinde görülmekte olan dava sonucunda verilecek kararın Türkiye'de tenfizinin mümkün olmadığından bahisle ileri sürülen derdestlik itirazını reddetmiştir. Söz konusu kararlar için bkz.: **MHB**, C.6, S.1, 1986, s.79-81. Yargıtay, milletlerarası anlaşma veya bu konuda hukuki bir düzenleme olmadıkça milletlerarası derdestlik itirazının dikkate alınamayacağını belirttiği bazı kararlarında, aynı zamanda yabancı mahkeme lehine derdestlik kararı verilebilmesi için söz konusu mahkeme kararının Türkiye'de tenfiz kabiliyetine sahip olması gerektiğini de aramıştır. Bkz.: Yargıtay 2.HD, E.2009/13541, K.2010/11899, T.15.6.2010; Yargıtay 2.HD., E.2010/6713, K.2011/8635, T.17.5.2011, (Çevrimiçi, www.kazanci.com, 22 Kasım 2017). Bu karşın, Yargıtay'ın milletlerarası derdestlik itirazının dikkate alınması için yabancı mahkemede davanın daha önce açılmasını yeterli gördüğü ve başka bir şart aramadığı kararları da bulunmaktadır. Bkz.: Yargıtay 2.HD, E.1998/10337, K.1998/12221, T.13.11.1998, (Kuru, C.4, s.4223).

⁸⁰⁴ Doğan, **Derdestlik**, s.147.

⁸⁰⁵ Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.204.

hallerde, davacının aynı davayı Türk mahkemelerinde açmakta hukuki yararının bulunduğu belirtilmektedir⁸⁰⁶.

Yabancı mahkemelerde görülmekte olan davaların derdestliğe esas alınıp alınamayacağı veya hangi şartlar altında esas alınabileceği konusunda Türk milletlerarası özel hukuk doktrininde ileri sürülen görüşleri, genel hatları ile incelemiş bulunmaktayız. Anlaşıldığı kadarıyla, milletlerarası derdestliğin dikkate alınamayacağını savunan görüşlerin hareket noktasını, Türk mahkemelerine böyle bir yetki tanıyan genel bir yasal düzenlemenin bulunmayışı oluşturmaktadır. Diğer taraftan, milletlerarası derdestliğin belirli bir usul ve şartlar altında uygulanabileceği görüşünde olan yazarlar dahi, Türk hukukunda bu konuda milletlerarası usul hukukunun niteliğine ve ihtiyaçlarına uygun, açık bir hükme yer verilmesi gerektiğini belirtmektedir⁸⁰⁷. Bu bakımdan, milletlerarası anlaşmalardan ve bazı özel düzenlemelerden kaynaklanan haller hariç tutulursa, Türk milletlerarası usul hukukunda aynı davanın yabancı bir mahkemede görülmekte olmasına hukuki bir sonuç bağlayan bir yasal bir düzenlemenin bulunmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

- f. Taraf Devlet Hukuklarında Kabul Edilen Milletlerarası Derdestliğe İlişkin Kuralların veya Milletlerarası Derdestliğin Kabul Edilmemiş Olmasının AİHS m.6/1 Çerçevesinde Değerlendirilmesi
- i. Genel Olarak

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, milletlerarası karakterli uyuşmazlıklarda paralel davaların engellenmesi konusunda, AİHS'ne taraf devletlerin bağlı oldukları hukuk geleneklerine ve anlayışlarına ve/veya üyesi oldukları uluslararası organizasyonun hedefleri doğrultusunda öngörülen kurallara bağlı olarak, milletlerarası derdestliğe yönelik birbirinden oldukça farklı kurallar ihdas ettikleri veya –Türk hukukunda olduğu gibi- etmedikleri görülmektedir. Bu bakımdan, tespit edebildiğimiz kadarıyla AİHS'ne taraf pek çok devletin, tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir uyuşmazlığın yabancı bir mahkemede önünde derdest olması vakıasına hukuki sonuç bağlamış, diğer bir ifadeyle, milletlerarası derdestlik itirazının hangi usul ve şartlar

⁸⁰⁶ Doğan, **MÖH**, s.54.

⁸⁰⁷ Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.204; Doğan, **MÖH**, s.56-57; Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.362.

dâhilinde kabul edileceğini yasal veya yargısal yollarla açıkça kabul etmiştir. Buna karşın, Türk hukuku gibi, milletlerarası derdestliğin, milletlerarası anlaşmalar veya özel hükümler dışında, genel olarak kabul edilmediği devletler de bulunmaktadır⁸⁰⁸.

Belirtmek gerekir ki, milletlerarası derdestliğin kabul edildiği devlet hukuklarında, milletlerarası yetkiye sahip bir taraf devlet mahkemesi, vermiş olduğu derdestlik kararıyla bir taraftan uyuşmazlığın çözümü konusunda sahip olduğu yargı yetkisinden, belirli bir süreliğine de olsa, aynı davanın başka bir devletin yargı organınca karara bağlanacağı gerekçesiyle ve amacıyla feragat etmektedir. Diğer taraftan, söz konusu mahkeme, böyle bir kararla maddi hukuka ait bir netice elde etmek üzere dava açan veya davaya iştirak eden bireylerin hak arama özgürlüğünü, salt aynı dava yabancı bir mahkeme önünde de derdest olduğu gerekçesiyle sınırlamaktadır. Şüphesiz, devletler; usul ekonomisi, farklı ülkelerde çelişkili kararların ortaya çıkmasının veya tarafların hileli davranışlarının önlenmesi gibi çeşitli saiklerle, aynı davanın yabancı bir ülke mahkemesi önünde açılmış ve görülmekte olduğu vakiasının belirli şartlar altında hukuki sonuç doğurabileceğini öngörebilir. Devletler, milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıklarının sayısı ve çeşitliliğindeki artış nedeniyle, belirli şartların varlığı halinde veya belirli uyuşmazlıklarla sınırlı olarak, milletlerarası derdestliği kabul edebilir. Bu açıdan bakıldığında, aynı davanın yabancı mahkemede görülmekte olması vakiasına çeşitli şartlar altında hukuki sonuç tanınmasının, adaletin doğru ve etkin bir şekilde yönetilmesi amacına hizmet ettiği söylenebilir. Nitekim AİHS'ne taraf devletlerin kahir ekseriyeti, bu yolu tercih etmiştir. Böylece, söz konusu devletler, milletlerarası yetkiye sahip mahkemelerine medeni iddiaları hakkında AİHS m.6/1'e uygun bir şekilde karar verilmesini isteyen kişilerin, özellikle mahkemeye erişim hakkını sınırlayabilme imkânı tanımıştır. Dolayısıyla, bir devlet tarafından aynı davanın yabancı bir mahkemede görülmekte olduğu vakiasına izin verilmemesinin veya belirli usul ve şartlar altında izin verilmesinin, diğer bir ifadeyle milletlerarası

⁸⁰⁸ Örneğin Romanya hukukunda, yabancı ülkede derdest bir dava lehine Romanya mahkemelerinin davadan el çekmesini mümkün kılan bir düzenlemenin olmadığı, iç hukukta kabul edilen öncelik prensibinin milletlerarası karakterli davalarda uygulanamayacağı belirtilmektedir. Bkz.: **Comparative Study of "Residual Jurisdiction" in Civil and Commercial Disputes In the EU National Report for: Romania**, Prepared by Simona Negau & Madalin Niculeasa, s.14. Danimarka, Finlandiya, Portekiz gibi ülke hukuklarında da, uluslararası bir anlaşma olmadıkça, milletlerarası derdestliğin kabul edilmediği belirtilmektedir. Bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.76.

derdestliğin sadece devletin sahip olduğu yargı yetkisiyle değil, bireylerin adil yargılanma haklarıyla da yakın ve hassas bir ilişkisi bulunmaktadır.

Bu bakımdan, Türk hukuku gibi, milletlerarası derdestliğin normatif olarak kabul edilmediği, dolayısıyla mahkemelerine de milletlerarası derdestliği dikkate alma imkânının tanınmadığı hukuk düzenlerinde, daha çok davalılarca ileri sürülmesi muhtemel milletlerarası derdestlik itirazları, doğal olarak mahkemelerce reddedilecektir ve dava görülmeye devam edecektir. Şüphesiz ki, aynı davanın yabancı mahkemede de derdest olmasına rağmen, taraf devlet mahkemesince verilen bu tür red kararlarının da kural olarak AİHS m.6/1'e uygun olması gerekmektedir. Bu açıdan, akla ilk olarak milletlerarası derdestliğin normatif olarak düzenlenmemiş olmasının tek başına AİHS m.6/1'le bağdaşıp bağdaşmadığı, diğer bir ifadeyle AİHS'nin milletlerarası derdestliği normatif olarak kabul etmeyen devletlere milletlerarası derdestliğe ilişkin yasal düzenlemeler tanzim etme ve uygulama yükümlülüğü getirip getirmediği sorusu gelmektedir. Diğer taraftan, ister ulusal isterse uluslararası menşeli olsun, prensip olarak, milletlerarası derdestliğin dikkate alınması için taraf devletlerce getirilen kuralların (tatbikinin), kendi mahkemelerinde davacı veya davalı konumunda olan bireylerin başta mahkemeye erişim hakkı olmak üzere, AİHS m.6/1'de yer alan haklarını ölçüsüz bir şekilde sınırlamaması da gerekmektedir. Bu açıklamalar ışığında, prensip olarak, bir taraf devletin milletlerarası derdestliği açıkça kabul etmek suretiyle sahip olduğu ve mahkemeleri vasıtasıyla kullandığı yargı yetkisinden, aynı uyuşmazlığın yabancı mahkemede görülmekte olduğu vakıasına istinaden feragat etmesinin sınırını, yargı yetkisinin kapsamına giren bireylerin AİHS m.6/1'de yer alan hakları çizmektedir. Aynı prensip, milletlerarası derdestliği kabul etmeyerek aynı uyuşmazlık yabancı mahkeme önünde görülmekte olmasına rağmen mahkemelerine söz konusu uyuşmazlığı görüp karara bağlama yükümlülüğü getiren devletler bakımından da geçerlidir. Bu kapsamda ilk olarak, milletlerarası derdestliği kabul eden ülke hukuklarında milletlerarası derdestlik itirazlarının kabul edilmesi için aranan şartların AİHS m.6/1'de yer alan çeşitli haklarla olan ilişkisini, ardından AİHS m.6/1'in milletlerarası derdestliği kabul etmeyen devletlere yabancı mahkemede görülmekte olan davaları dikkate alma yükümlülüğü getirip getirmediğini inceleyeceğiz.

ii. Milletlerarası Derdestliğin Kabul Edildiği Taraf Devlet Hukukları Bakımından

Milletlerarası derdestliği hukuk düzenlerinde açıkça kabul eden Almanya, İsviçre, İtalya gibi pek çok taraf devletin, aynı zamanda mahkemelerinin milletlerarası derdestlik kararlarıyla davanın taraflarının AİHS m.6/1’de yer alan haklarını ihlal etmemesi için, milletlerarası derdestliği hangi usul ve şartlar altında dikkate alabileceğini açıkça belirlediklerini söylemek mümkündür. Bu bakımdan, önüne gelen uyuşmazlık hakkında milletlerarası yetkiye sahip bir taraf devlet mahkemesinin, aynı uyuşmazlığın yabancı bir mahkemede görülmekte olduğu vakıasına, kendi hukukunda aranan şartların varlığı halinde hukuki sonuç bağlayarak sahip olduğu yargı yetkisinden feragat etmesi, dava açan tarafın mahkemeye erişim hakkına ölçülü bir müdahale olarak nitelendirilebilir. Yalnız bu noktada, milletlerarası derdestlik kararıyla davanın çözümünü dolaylı olarak yabancı bir mahkemeye havale eden bir taraf devlet mahkemesi, aynı zamanda söz konusu mahkemenin AİHS m.6/1’e uygun bir yargılama yap(a)maması riskini de göz önüne almaktadır.

Gerçekten, lehine derdestlik kararı verilen mahkemenin aleyhine derdestlik kararı verilen davacının savunma haklarına riayet etmemesi veya makul sürede yargılama yapmaması ihtimali her zaman vardır. İşte, milletlerarası derdestliğin bünyesinde barındırdığı ve her zaman barındıracağı bu belirsizlik, milletlerarası derdestliğin kabul edildiği ulusal veya uluslararası hukuk düzenlerinde aranan şartları veya ne tür şartların aranması gerektiği fikrini de doğal olarak etkilemiştir. Kimi hukuk düzenleri, söz konusu hukuk düzeninin amaçları doğrultusunda sadece öncelik prensibine yer vermiştir. Kimi hukuk düzenlerinde öncelik prensibine ilaveten, yabancı mahkemenin makul sürede karar verebilecek olması veya vereceği kararın tanınması veya tenfizinin öngörülebilir olması, söz konusu mahkeme lehine derdestlik kararı verilmesinin adaletin doğru yönetilmesi/adaletin gerekleri açısından gerekli olup olmadığı, karşılıklılık gibi bazı ek şartlar aranmış veya aranması teklif edilmiştir. Aslında bu tür koşulların aranmasının temelinde, aleyhine derdestlik kararı verilen tarafın AİHS m.6/1’de yer alan haklarının ihlal edilmesi ihtimalinin mümkün mertebe asgariye indirilmesi amacı yatmaktadır. Ancak, yukarıda incelediğimiz müessese ve kurallardan hangisi benimsenirse benimsensin, milletlerarası derdestliğin kabul edilmesiyle ortaya

ıkan belirsizlikten kaynaklanan böyle bir ihtimali tamamen ortadan kaldırmak mümkün görünmemektedir.

Milletlerarası derdestlik müessesesinin niteliğinden kaynaklanan bu belirsizliğın bir sonucu olarak, milletlerarası derdestlik itirazının kabulü veya reddi için karşılaştırmalı hukukta aranan ve Türk doktrinince de önerilen hemen hemen tüm şartlar da, nitelikleri gereğı, bir belirsizliğı bünyelerinde barındırmaktadır. Aslında, milletlerarası derdestlik itirazının kabulü için aranan şartların hemen tamamı, aynı dava sadece yabancı bir mahkeme önünde görülmekte olduğu gerekçesiyle davanın taraflarının hukuki korumadan gereksiz yere mahrum kalmamalarını temin etmek gayesiyle aranmaktadır. Ancak, aranan şartlar incelendiğinde derdestlik kararının verileceğı an itibariyle bu şartların karşılanıp karşılanmayacağını tam olarak tespit etmek mümkün değildir. Örneğın, milletlerarası derdestlik kararı vermek için aranan veya aranması teklif edilen şartlardan biri olan, lehine derdestlik kararı verilecek yabancı mahkemenin vereceğı kararın tanınması veya tenfizinin öngörülebilir olması şartının, söz konusu şartın niteliğı gereğı, derdestlik kararının verildiğı anda tam bir kesinlikle tespiti mümkün değildir⁸⁰⁹. Her şeyden önce, lehine derdestlik kararı verilen mahkemenin önündeki yargılamayı tamamlayıp tamamlamayacağı dahi belirsizdir. Zira yabancı devlet mahkemesinin davayı usulden reddetmesi mümkün olabileceğı gibi davacının talebini geri çekmesi ya da tarafların uzlaşmaya varması da söz konusu olabilir⁸¹⁰. Hatta lehine derdestlik kararı verilen mahkemenin henüz yetkisi hakkında dahi karar vermemiş olması söz konusu olabilir⁸¹¹. Dahası, derdestlik kararının verildiğı an ile lehine derdestlik kararı verilen yabancı mahkemenin vereceğı karara istinaden bir tanıma-tenfiz davası açılıp da söz konusu kararın tanınmasına veya tenfizine karar verilmesi anına kadar geçen süre zarfında, derdestlik kararı veren mahkemenin

⁸⁰⁹ elikel/Erdem, **a.g.e.**, s.638-639; Nomer, **Derdestlik**, s.360; Ekşı, **Milletlerarası Yetki**, s.200; Doğan, **Derdestlik**, s.138-139.

⁸¹⁰ Bayraktaroğlu zelik, **a.g.e.**, s.261.

⁸¹¹ örneğın, lehine derdestlik kararı verilecek olan yabancı mahkemenin usul hukukunda, Türk hukukundan farklı olarak, dava şartları ile ilk itirazlar incelenmeksizin davanın esasına girilmesini emredici bir şekilde yasaklayan bir ön inceleme aşaması bulunmuyor olabilir. Dolayısıyla, mülga HUMK döneminde olduğu gibi, mahkemenin henüz usule ilişkin dava şartları veya ilk itirazlarını incelememiş olabileceğinden, yargılamanın ileri aşamalarında yetkisiz olduğuna karar vermesi söz konusu olabilir.

hukukunda aranan tanıma-tenfiz şartlarının değişmesi ihtimali her zaman bulunmaktadır.

Gerçekten, yabancı mahkeme kararının, derdestlik kararı veren mahkemenin/tanıma-tenfiz devletinin kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediği ve/veya davalının savunma haklarına riayet edilip edilmediği, ancak yabancı mahkemede yargılama gerçekleşip nihai bir kararın verilmiş olması halinde tam olarak anlaşılabilir⁸¹². Davacı yabancı ülkedeki yargılamada savunma haklarının ciddi bir şekilde ihlal edildiğini (ve kararın tenfiz edilmeyeceğini), dolayısıyla aynı davanın derdestlik kararı veren mahkemede görülmesini istemiş olabilir veya derdestlik kararına rağmen görülmeye devam edilmesini isteyebilir. Yine, Türk hukukunda yabancı ilamların tenfizi için aranan karşılıklılık şartının sağlanıp sağlanmadığı, lehine derdestlik kararı verilen yabancı mahkemenin vereceği kararın tenfizi anına kadar değişebilir. Hatta yabancı mahkemenin henüz kendi yetkisi hakkında dahi bir kesin bir karar vermemiş olması söz konusu olabilir ki böyle bir durumda münhasır yetkiye veya aşırı yetkiye ilişkin sağlıklı bir değerlendirme yapmak mümkün olmayabilir. Bu noktada, uzun bir süre geçmesine rağmen yabancı mahkemenin henüz yetkisi hakkında dahi kesin bir karar vermemiş olması söz konusu olabilir ki bunun yargılamayı gereksiz yere uzattığını veya uzatacağını her iki taraf da ileri sürülebilir.

Daha da önemlisi, davacı yabancı ülkede bir alacak davası açmış olmasına rağmen, davalının malvarlığının bulunduğu ülkede yeni bir dava açmakta hukuki yararının olduğunu, derdestlik kararı verilmesi halinde yabancı mahkemede görülen alacak davası sonucunda verilen kararı tenfiz ettirebilmek amacıyla tekrar bir dava (tenfiz davası) açmak zorunda kalacağını iddia edebilir. Böyle bir durumda derdestlik kararı vermenin, çelişkili kararları önlediği ileri sürülebilirse de, kamuya ve taraflara daha az külfet yüklediği ve usul ekonomisine uygun olduğu doğal olarak ileri sürülemeyecektir. Kısacası, milletlerarası derdestliğin yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizinin öngörülebilir olması şartına bağlı olarak kabul edilmesi, ister istemez, en azından davanın bir tarafını salt aynı dava yabancı bir mahkemede

⁸¹² Nomer, **Derdestlik**, s.369; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.639; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.200.

görülmekte olduğu gerekçesiyle yabancı bir mahkeme önünde davayı takip etmeye, doğal olarak söz konusu tarafı bir belirsizliğe itmektedir.

Böylece, önündeki davadan aynı dava yabancı mahkemede görülmekte olduğu gerekçesiyle –belirli bir süreliğine de olsa- feragat eden bir mahkeme, aynı zamanda böyle bir tasarrufuyla, özellikle aleyhine derdestlik kararı verdiği tarafın AİHS m.6/1’de güvence altına alınan haklarının yabancı mahkeme tarafından ihlal edilmesi tehlikesini de göze almaktadır. Doktrinde bu konuda ileri sürülen çözüm önerilerine rağmen⁸¹³, tarafların etkin bir hukuki korumadan mahrum kalmalarını engellemek üzere aranan böyle bir şart, davacıları yabancı ülkede derdest bir davaya devam etmek zorunda bırakmak, davanın şartlarına göre, davacının mahkemeye erişim hakkının ve/veya makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurabilir. Bu noktada, böyle bir belirsizliğin sadece böyle bir şartın normatif olarak öngörüldüğü hukuk düzenlerinde değil, *forum non conveniens* doktrinine istinaden yabancı bir mahkemede görülmekte olan dava lehine derdestlik kararı verilmesi halinde de ortaya çıkabileceğini belirtmek gerekir. Bu nedenle, milletlerarası derdestliğin yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizinin öngörülebilir olmasına bağlı olarak benimsendiği tüm hukuk düzenlerinde, mahkemelerin yabancı mahkemenin vereceği kararın tanınması veya tenfizinin mümkün ve muhtemel olup olmadığını değerlendirmek bakımından belirli bir takdir yetkisiyle donatıldığı söylenebilir.

Aynı belirsizlik, kimi ülke hukuklarında aranan, yabancı mahkemenin makul sürede yargılama yapmasının mümkün olup olmadığı, derdestlik kararı verilmesinin adaletin iyi yönetilmesi için gerekli olup olmadığı veya derdestlik bakımından karşılıklılığın gerçekleşip gerçekleşmediğinin ya da davacının hukuki yararının bulunup bulunmadığının belirlenmesi bakımından da söz konusudur. Örneğin, lehine derdestlik kararı verilecek yabancı mahkemenin önündeki davayı makul sürede bitirip bitiremeyeceği, derdestlik kararının verildiği an itibariyle hiçbir zaman tam olarak tespit

⁸¹³ Bu konuda, yabancı mahkemece verilecek müstakbel kararın tanınması ve tenfizi için gerekli olan tüm şartların değil, önceden tespit edilebilecek, objektif nitelikli şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması gerektiği belirtilmektedir. Bkz.: Doğan, **MÖH**, s.55; Doğan, **Derdestlik**, 134. İkinci görüş ise, yabancı mahkeme kararına etki tanınmayabileceğine ilişkin en küçük şüphenin dahi milletlerarası derdestliğin dikkate alınmasına engel olması gerektiği, bu nedenle yabancı kararın tanınabileceğine dair kesin bir yargıya varıldığı durumlarda derdestlik kararı verilmesi gerektiği yönündedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.262.

edilemez. Ulusal mahkeme, yabancı ülkedeki yargılamada geline aşama itibariyle davanın makul sürede bitirilebileceğini tespit etse dahi, yargılamanın makul sürede karara bağlanmaması ihtimali yine de bulunmaktadır. Ayrıca, aleyhine derdestlik kararı verilen davacı, aynı davayı ikinci kez söz konusu mahkemede açmasında hukuki bir menfaatinin bulunduğunu, derdestlik kararı verilmesiyle söz konusu mahkemeden talep ettiği hukuki korunma ihtiyacının reddedileceğini ileri sürebilir. Dolayısıyla, derdestlik kararı verilmesinin adaletin doğru bir şekilde yönetilmesi için gerekli olup olmadığı noktasında bir tereddüt yaşanabilir. Ayrıca, makul süre, adaletin doğru yönetilmesinin gerekleri gibi kavramlar, nitelikleri gereği, mahkemelerin davanın özelliklerini bir bütün olarak dikkate alarak bir değerlendirme yapmalarını gerektirmektedir. Bu bakımdan, milletlerarası derdestliğin kabul edildiği ülke hukuklarında milletlerarası derdestlik itirazının kabulü için aranan koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda mahkemelerin belirli bir takdire sahip olduğunu kabul etmek gerekir⁸¹⁴. Diğer bir ifadeyle, milletlerarası derdestliğin normatif olarak kabul edildiği ülke hukuklarında, milletlerarası derdestlik itirazında bulunulan mahkemelerin bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda belirli bir takdir yetkisine sahip olduğu, söz konusu şartların niteliğinden anlaşılmaktadır.

Bu kapsamda, kimi ülke hukuklarında milletlerarası yetkiye ilişkin konularda mahkemelere tanınan takdir yetkisi, milletlerarası derdestliğin kabul edilip edilmemesi anlayışına da dolaylı olarak sirayet etmiştir. Örneğin, İngiliz hukuku gibi yetkileri hakkında karar verip vermeme konusunda belirli bir takdir yetkisiyle donatılan mahkemeler, aynı davanın yabancı bir mahkemede görülmekte olduğu vakıasını, önlerine gelen dava bakımından uygun forum olup olmadıklarını değerlendirirken sadece bir kriter olarak dikkate alsa da, aynı zamanda yabancı mahkemenin uyuşmazlıkla bağlantısı, makul bir sürede etkin bir hukuki koruma sunup sunmayacağı, vereceği kararın tanınması veya tenfizinin mümkün olup olmaması gibi unsurları da değerlendirmektedir.

Her ne kadar, Kıta Avrupası hukuklarında milletlerarası yetkinin önceden belirlenmiş soyut yetki esaslarına istinaden tesis edilmesi nedeniyle mahkemelerin bu

⁸¹⁴ Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s. 249.

konuda takdir yetkisine sahip olmadıkları söylenebilirse de, aynı şeyi milletlerarası derdestlik bakımından söylemek pek mümkün değildir. Zira İsviçre, İtalya, Almanya gibi pek çok ülke hukukunda milletlerarası derdestliğin kabulü için gerekli olan bazı şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirme konusunda mahkemelere belirli bir takdir yetkisi tanındığı görülmektedir. Örneğin, İsviçre DÖHK m.9 ve Brüksel Tüzüğü m.33/2'nin lafzından, mahkemelere yabancı mahkeme lehine derdestlik kararı verirken veya derdestlik kararına istinaden beklettiği davaya devam ederken yabancı mahkemenin yargılamayı makul sürede tamamlayıp tamamlamayacağına ilişkin bir değerlendirme yapma yetkisi tanındığı anlaşılmaktadır. Bununla beraber, söz konusu düzenlemelerde makul sürenin ne olduğu veya hangi kriterlere göre belirleneceği açıkça belirtilmemiştir. Doktrinde, yargılama süresinin dava konusu uyuşmazlığın karmaşık olup olmadığına ve tarafların tutumlarına bağlı olarak değişebileceği, davanın görüldüğü ülkede normal şartlarda davaların karara bağlanma sürelerinin yol gösterici olabileceği belirtilmektedir⁸¹⁵. Uygulamada, Alman ve İsviçre mahkemelerinin yabancı ülkedeki yargılama süresinin uzunluğunu dikkate alarak yapılan derdestlik itirazlarını dikkate almadıkları görülmektedir⁸¹⁶.

Diğer bir şart olan “adaletin doğru bir şekilde yönetilmesi” bakımından, mahkemelerin derdestlik kararı verilmesinin adaletin doğru bir şekilde yönetimi bakımından gerekli olup olmadığını değerlendirirken davaya ilişkin tüm koşullarını dikkate alması gerektiği ifade edilmiştir⁸¹⁷. Bu açıdan, Kıta Avrupası hukuklarında kabul edilen -tanıma öngörüsü merkezli- derdestlik anlayışı, yukarıdaki şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlenirken davaya ilişkin tüm koşulların dikkate alınıp değerlendirilmesini araması itibariyle *forum non conveniens* doktriniyle paralellik arz

⁸¹⁵ Doğan, **Derdestlik**, s. 135. Ayrıca bkz.: Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.263.

⁸¹⁶ Örneğin, Alman hukukunda boşanma davaları için öngörülen bir yıllık bekleme süresinin, bazı İsviçre mahkeme kararlarında makul süre olarak kabul edilebileceğine dair bkz.: Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.264 dn.402.

⁸¹⁷ Bu kapsamda Brüksel Ibis Tüzüğü'nün önsözü para.24'te, uyuşmazlığa konu olan vakıaların, uyuşmazlığın tarafları ile üçüncü ülke arasındaki bağlantının, üye devlet mahkemesinde dava açıldığında üçüncü ülke mahkemesindeki davada hangi aşamaya gelindiği ile söz konusu mahkemenin yargılamayı makul bir süre içinde bitirip bitiremeyeceğinin değerlendirilebileceği belirtilmektedir. Benzer bir şartın arandığı Belçika MÖHK m.14'te de, mahkemenin somut olayın koşulları çerçevesinde yabancı devlet mahkemesinin vakıalara ve delillere yakınlığı açısından bir değerlendirme yapma imkanı tanındığı belirtilmektedir. Bkz.: Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.265.

etmektedir. Ancak söz konusu doktrinden farklı olarak böyle bir değerlendirmede temel amacın daha elverişli bir mahkemenin varlığının araştırılması olmadığını belirtmeliyiz.

Sonuç olarak, milletlerarası derdestliğin kabul edildiği ülke hukuklarında milletlerarası derdestlik itirazının kabulü için aranan yukarıdaki şartların gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda mahkemelerin belirli bir takdire sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Hatta milletlerarası derdestlik itirazının kabulü için aranan ve Türk doktrinince de teklif edilen söz konusu şartlar incelendiğinde, yabancı mahkemedeki davanın daha önce açılmış olması şartının, mahkemelere takdir imkanı bırakmayan tek şart olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır ki yabancı ülkedeki davanın hangi anda açıldığını tespit etmek dahi başlı başına bir problem teşkil edebilir⁸¹⁸. Kaldı ki, yerel karakterli davalar için kabul edilebilir bir şart olan davanın daha önce açılmış olmasının, milletlerarası derdestlik bakımından da kabul edilebilir bir şart olup olmadığı tartışmaya açıktır. Zira dava daha önce açılmış olsa da, yabancı mahkemenin makul sürede ve usulen adalete muvafık olacak bir yargılama yürüt(e)memesi, sadece derdestlik kararının verildiği an itibariyle değil, her zaman ihtimal dâhilindedir.

Milletlerarası derdestliğin açıkça kabul edildiği yukarıda incelediğimiz tüm düzenlemelerde, gerekli şartların karşılanması halinde mahkemenin önündeki davayı *bekletebileceği* veya bekletmesi *gerektiğinin*, belirli koşulların gerçekleşmesi halinde de mahkeme tarafından bekletilmiş olan davaya *devam edebileceğinin* öngörülmüş olması, milletlerarası derdestliğin kabulü için aranan yukarıdaki şartların dahi, aleyhine derdestlik kararı verilen tarafın AİHS m.6/1’de yer alan haklarını tam anlamıyla güvence altına almak için yeterli olmadığını göstermektedir. Çünkü, yukarıda ayrıntılı bir şekilde incelediğimiz üzere, davanın önce açılmış olması hariç olmak üzere, milletlerarası derdestliğin kabul edildiği hukuk düzenlerinde milletlerarası derdestlik itirazının dikkate alınabilmesi için aranan şartların derdestlik kararının verildiği an itibariyle karşılandığını tam olarak tespit edebilmek hiçbir zaman mümkün olmadığı gibi, derdestlik kararının verildiği an itibariyle karşılandığına kanaat getirilen herhangi bir şartın daha sonradan değişmesi de her zaman mümkündür. Dolayısıyla, bu konudaki en güncel düzenlemeyi ihtiva eden Brüksel Ibis Tüzüğü m.33/2’de olduğu üzere,

⁸¹⁸ Bkz.: Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.139 vd.

mahkemelere gerek re'sen gerekse ilgili tarafın talebine istinaden, üye devlet mahkemesinde açılan davanın derdestlik kararı verilmek suretiyle reddedilmesi yerine bekletilmesi ve böylece değişen koşullar nedeniyle bekletilen davaya devam edebilme imkânı tanınması, mahkemeye erişim hakkı kısmen engellenen davacıların bu haktan mutlak bir şekilde mahrum kalmalarını engellemektedir.

Bu açıklamalar ışığında, milletlerarası derdestliğin açıkça kabul edildiği hukuk düzenlerinde, milletlerarası derdestlik itirazının dikkate alınması için aranan şartların tespitinin tam olarak mümkün olmaması nedeniyle söz konusu şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirilmesi bakımından mahkemelerin takdir yetkisine sahip olduğunu söyleyebiliriz. Benzer şekilde, mahkemelerin gerek derdestlik kararı vermek suretiyle önündeki davayı bekletmek gerekse sonradan değişen koşullar nedeniyle bekletmiş olduğu davaya devam etmek bakımından da takdir yetkisinin bulunduğunu kabul etmek gerekir. Yukarıdaki değerlendirmelerden de anlaşılacağı üzere, taraf devlet mahkemelerine gerek milletlerarası derdestliğe ilişkin şartları değerlendirebilme gerekse önündeki davayı derdestlik kararıyla bekletebilme veya bekletmiş olduğu davayı görmeye devam edebilme imkânının tanınması AİHS m.6/1'in gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Zira bir hukuk devletinde, bireylerin dava açmak veya açılan davaya iştirak etmek suretiyle maddi hukuka ait bir netice elde etme imkânını tamamen kapatmış olmak, söz konusu devletin kendi mahkemesine müracaat eden bir kişiyi hukuki himayeden kaçınması, ihkak-ı haktan imtina etmesi anlamına gelmektedir. Oysa bir devletin mahkemesi vasıtasıyla kullandığı yargı yetkisinden feragat edebileceği söylenebilirse de, devletin aynı zamanda kendi mahkemelerine başvuran bireyler arasında adalet dağıtma (adaleti sağlama) yükümlülüğü de bulunmaktadır. Diğer taraftan, hukuk devleti ilkesinin benimsendiği hukuk düzenlerinde insan hakları mülahazaları, devletlerin yargı yetkisini kullanma ve bundan feragat etme iktidarını etkilemektedir. Diğer bir ifadeyle, devletlerin sahip olduğu yargı yetkisinin söz konusu yargı yetkisinin kapsamına giren bireyler lehine ulusal (AY m.36) veya uluslararası insan hakları belgelerinde (AİHS m.6/1) sınırladığını da unutmamak gerekir. Bu nedenle, bir devlet milletlerarası derdestliğe ilişkin kurallar nedeniyle bir davadan yabancı mahkeme lehine –belirli bir süreliğine de olsa- yargı yetkisinden feragat edebilirse de, böyle bir feragatle kendi mahkemelerine başvuran bireylerin adalet

taleplerini reddetmekten mutlak bir şekilde imtina edemeyecektir. Dolayısıyla, milletlerarası derdestliğin açıkça kabul edildiği hukuk düzenlerinde, mahkemelerin AİHS m.6/1'i ihlal etmemek adına, yabancı mahkeme lehine vermiş oldukları derdestlik kararlarını gerek re'sen gerekse ilgili tarafın itirazı üzerine her zaman yeniden değerlendirmeleri, devletlerin de, Brüksel Ibis Tüzüğü m.33/2'de olduğu gibi, buna imkân tanıyacak düzenlemeler tanzim etmeleri gerekmektedir.

iii. Milletlerarası Derdestliğin Kabul Edilmediği Taraf Devlet Hukukları Bakımından

Milletlerarası derdestliğin kabul edildiği ülkelerde mahkemelerin milletlerarası derdestliğe yönelik tasarrufları ile AİHS m.6/1 arasındaki ilişki, genel hatları ile bu şekilde ifade edilebilir. Türk hukuku gibi, milletlerarası derdestliğin genel olarak kabul edilmediği ülke hukuklarında ise, aynı davanın yabancı bir mahkemede görülmekte olduğu gerekçesiyle davalılarca yapılan derdestlik itirazları doğal olarak reddedilecek ve mahkeme davayı görmeye devam edecektir. Mahkemelerce verilen derdestlik itirazının reddine ilişkin kararların da, bireylerin AİHS m.6/1'de yer alan haklarına uygun olması gerektiği göz önüne alındığında, tek başına milletlerarası derdestliğin normatif olarak düzenlenmemiş olmasının AİHS m.6/1'le bağdaşp bağdaşmadığı sorusu gündeme gelebilir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, bir devlet, milletlerarası karakterli özel hukuk ilişkilerinin ulaşmış olduğu çeşitlilik ve yaygınlık nedeniyle aynı uyuşmazlığın yabancı ülke mahkemesinde de derdest olmasının yaratacağı çeşitli mahzurları dikkate alarak milletlerarası derdestliği açıkça benimseyebilir. Nitekim pek çok taraf devlet bu yolu tercih etmiş, milletlerarası derdestlik itirazının hangi usul ve şartlar dâhilinde kabul edileceğini açıkça öngörerek milletlerarası derdestliğin doğasında var olan belirsizlik nedeniyle ortaya çıkabilecek hak ihlallerini asgariye indirmeye çalışmıştır. Kimi devletler ise, özellikle kendi mahkemesine başvuran tarafları yabancı bir ülkede adil bir yargılama elde edip edemeyecekleri noktasında bir belirsizlikle karşı karşıya bıraktığı gerekçesiyle yabancı ülke mahkemesinde görülmekte olan uyuşmazlıklar lehine sahip olduğu yargı yetkisinden belirli bir süreliğine de olsa feragat etmeyebilir ve milletlerarası derdestliği kabul etmeyebilir. Türk hukuku gibi, milletlerarası derdestliğin genel olarak kabul edilmediği ülke

hukuklarında ise, milletlerarası derdestliğin kabulünün en azından bireylerin hak arama özgürlüklerinin ihlaline ve devlet bakımından ihkak-ı haktan imtinaya yol açabileceği ya da yargı egemenliğine aykırılık teşkil edeceği gerekçesiyle kabul edilmediği ve ikinci yolun tercih edildiği teorik olarak söylenebilir.

Bu gerekçelerden milletlerarası derdestliğe istinaden bir mahkemenin önündeki davayı görmekten feragat etmesinin devletin ülkesi üzerinde sahip olduğu yargı egemenliğine aykırılık teşkil ettiği argümanının, milletlerarası karakterli uyuşmazlıkların sayısının ve çeşitliliğinin oldukça arttığı, buna paralel olarak önüne gelen dava sayısının artması itibariyle mahkemelerin iş yükünün de arttığı günümüzde pek kabul edilmesi mümkün değildir. Zira nasıl ki bir devlet, sahip olduğu yargı yetkisinin bir sonucu olarak, yabancı unsurlu bazı davaların kendi mahkemelerinde görülüp görülmemesi konusunda veya yabancı ülke mahkemelerince verilmiş olan kararların etkilerini belirli şartlar altında kendi hukukunda kabul edip etmeme konusunda takdire sahipse, milletlerarası derdestliğin kendi mahkemelerinde yürütülen yargılama faaliyetleri üzerinde etkiler doğurup doğurmayacağını belirlemek bakımından da bir serbestiye sahiptir. Dolayısıyla, bir devlet yabancı bir mahkemede görülmekte olan bir yargılamanın kendi mahkemelerindeki devam eden yargılamalar üzerinde etki doğurabilmesini açıkça kabul edebileceği gibi, diğer bir ihtimal olarak milletlerarası derdestliğin kabul edilmesinin kendi mahkemelerine başvuran bireylerin adalet taleplerinin mahkemelerince reddedilmesi (ihkak-ı haktan imtina) tehlikesini de beraberinde taşıdığı gerekçesiyle kabul etmeyebilir. Bu bakımdan, bir devletin milletlerarası derdestliği kabul ederek yargı yetkisine sahip olduğu bir uyuşmazlık bakımından bu yetkiden feragat etmesinin devletin egemenliğine aykırılık teşkil ettiği söylenemez. Bilakis, yargı yetkisine sahip olan devletin, aynı zamanda kendi yargı yetkisinin –ve mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin- kapsamına giren bir uyuşmazlık bakımından bireylerin ileri sürmüş olduğu adalete erişim taleplerini yerine getirme, diğer bir ifadeyle bireyler arasında adalet dağıtma yükümlülüğü bulunmaktadır.

Bu yükümlülük, aynı zamanda devletin anayasada veya AİHS m.6/1 gibi uluslararası insan hakları belgelerinde güvence altına almayı taahhüt ettiği usuli bir temel hak olan adil yargılanma hakkının bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Bir

devletin mahkemeleri vasıtasıyla kendi yargı yetkisinin kapsamına giren bireylere karşı söz konusu yükümlülüğünü yerine getir(e)memesi, o devletin gerek ulusal gerekse uluslararası insan hakları denetim organları önünde bireylerin hak arama özgürlüğüne aykırılık nedeniyle sorumluluğunu gündeme getirecektir. İşte bir devlet, henüz yabancı mahkemede derdest olan ve AİHS m.6/1'e uygun bir şekilde gerçekleştirileceği tam olarak tespit edilemeyecek bir yargılama nedeniyle kendi mahkemelerine başvuran bireylerin adalet taleplerini reddetme tehlikesini göz önüne almak yerine, aynı uyuşmazlığı milletlerarası yetkiye sahip kendi mahkemelerinde görüp karara bağlamayı daha uygun bulabilir. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere, bir taraf devlet mahkemesi, davalılarca yapılan milletlerarası derdestlik itirazının kabulüne karar vererek önündeki davayı adil bir yargılama yapıp yapmayacağı belirsiz olan başka bir yargı organına bir nevi havale etmektedir. Dolayısıyla, bir devletin milletlerarası derdestliği kabul ederek davalılara böyle bir itirazda bulunma ve mahkemelerine önlerindeki davayı bekletebilme veya davadan el çekebilme imkânı tanınması, yabancı mahkemeden adalete muvafık bir karar elde edemeyen bireylerin adalete erişim taleplerinin milletlerarası derdestlik kararıyla reddedilmesi sonucunu doğurabilir. Yine yukarıda belirttiğimiz üzere, milletlerarası derdestlik itirazının kabulü için aranan ve büyük ölçüde yabancı mahkemedeki yargılamaya bağlı olan şartlar, nitelikleri gereği bir belirsizliği de bünyelerinde barındırmaktadır. Dolayısıyla, bir devlet milletlerarası derdestliği kabul ederek yabancı mahkemedeki yargılama nedeniyle kendi mahkemelerine başvuran bireylerin adalet taleplerini reddetmesi nedeniyle AİHS m.6/1'i ihlal etme tehlikesini göz önüne almaktansa, aynı uyuşmazlığı milletlerarası yetkiye sahip kendi mahkemelerinde görüp karara bağlamayı daha uygun bulabilir ve milletlerarası derdestliği kabul etmeyebilir.

Gerçi, milletlerarası derdestliği genel olarak kabul etmeyen devletlerin dahi milletlerarası derdestliği iki veya çok taraflı anlaşmalarla veya özel hükümlerle kısmen benimsemiş olduğu dikkate alındığında, devletlerin insan hakları mülahazalarıyla milletlerarası derdestliği düzenlememe tercihinde bulundukları pek söylenemez. Bu bakımdan, Türk hukukunda milletlerarası derdestliği normatif olarak kabul etme ihtiyacı hissedilmediği ve bu konuda bir susma hali veya kanun boşluğu olduğu

söylenebilir⁸¹⁹. Bununla beraber, insan hakları mülahazalarından ziyade, milletlerarası özel hukuk ilişkilerinin ulaşmış olduğu çeşitlilik ve yaygınlık dikkate alındığında milletlerarası özel hukukun ihtiyaçlarının bu konuda yasal bir düzenleme yapılmasına vesile olacağını söylenebilir. Nasıl ki, Türk hukukunda milletlerarası adli yardımlaşma ve işbirliği amacıyla akdedilen iki veya çok taraflı anlaşmalarda milletlerarası derdestliğin dikkate alınması yoluna gidilmişse, benzer mülahazalarla bireylerin AİHS m.6/1’de yer alan hakları bakımından yaratabileceği mahzurları mümkün mertebe asgariye indiren açık bir hükme Türk hukukunda yer verilebilir.

3. Yabancı Mahkemede Görülmekte Olan Bir Dava Lehine Derdestlik Kararı Verilmesi veya Verilmemesi Yönündeki Mahkeme Tasarrufların Tarafların AİHS m.6/1’de Yer Alan Çeşitli Haklarıyla İlişkisi

a. Genel Olarak

Taraf devlet mahkemelerinin, ulusal veya uluslararası menşeli kurallara istinaden davalının yapmış olduğu milletlerarası derdestlik itirazını kabul ederek davayı bekletme veya davadan el çekme şeklinde ortaya çıkan tasarrufları davacının AİHS m.6/1’de yer alan çeşitli haklarına müdahale teşkil edebilir. Yine, bu konuda yasal veya yargısal bir kuralın varlığına istinaden milletlerarası derdestlik itirazının kabul edilmeyerek açılan davanın görülmesi de davalının AİHS m.6/1’de yer alan haklarına müdahale edebilir. Şüphesiz, taraf devlet mahkemelerinin davanın en az bir tarafının mahkemeye erişim veya makul sürede yargılanma veya AİHSm.6/1’de yer alan bir başka bir hakkına müdahale edip etmediği, eğer müdahale ediyorsa, AİHS m.6/1’e aykırılık teşkil edip etmediği önem arz etmektedir. Bu noktada, AİHM’nin veya ulusal anayasa mahkemelerinin bu konuda yapacağı değerlendirme, şikâyeteye konu hakka, uyumsuzluğun taraflarının her iki farklı devlet mahkemesindeki konumlarına (davacı veya davalı olup olmasına), davanın ilk açıldığı mahkemenin AİHS’ne taraf olup olmasına, davanın konusuna, koşullarına ve taraflar açısından arz ettiği öneme bağlı olarak değişebilir.

⁸¹⁹ Türk hukukunda bu konuda kanun koyucunun bilinçli bir susmasının veya kanun boşluğunun bulunup bulunmadığı hakkında bkz.: Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.301 vd; Erdoğan, **Derdestlik**, s.1870 vd.

b. Milletlerarası Derdestliğin Kabul Edilmediği Ülke Hukuklarında

Türk hukuku gibi, milletlerarası derdestliğin açıkça kabul edilmediği taraf devlet hukuklarında, davalı tarafından aynı davanın yabancı bir mahkemede görülmekte olduğu gerekçesiyle davalılarca yapılan derdestlik itirazı doğal olarak reddedilecek ve mahkeme davaya devam edecektir. Böylece, aynı uyuşmazlık hakkında iki farklı ülkede yargılama yapılacaktır. Bu durumda, her iki davanın da aynı tarafça açılmış olması halinde davacı, doğal olarak ne mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğinden ne de yabancı ülkede cereyan eden yargılamanın makul sürede karara bağlanamayacağından şikâyet edebilecektir. Çünkü ikinci dava ya somut olayın özelliklerine göre davacının amacına ulaşmak bakımından ihtiyaç duyduğu garanti ile izah edilebilir veya yabancı mahkemedeki yargılamada geline aşama itibarıyla yargılamanın makul sürede bitirilemeyeceği kanaatiyle açılmış olabilir⁸²⁰.

Bu noktada, davacının yabancı mahkemede açmış olduğu davaya ilaveten milletlerarası yetkiye sahip bir Türk mahkemesinde de dava açmak konusunda gerçekten hukukten korunmaya değer bir yararının da bulunması gerekmektedir. Zira bireylerin AİHS m.6 ve AY m.36 hükümleriyle güvence altına alınan dava açma hakkını, söz konusu hakkın yabancı unsurlu davalarda ne ölçüde ve hangi şartlar altında kullanılabileceğini öngören usuli hak ve yetkilerini dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanması gerektiğini belirtmek gerekir. Davacının sırf davalıya zarar vermek kastıyla, davalıyla en az irtibatlı olan, davayı aydınlatacak delillere oldukça uzak olan ve davalının savunma haklarını kullanmasını oldukça kısıtlayan bir ülkede açması halinde, mahkeme davacının dava açmakta hukuki yararının bulunmadığı gerekçesiyle davayı usulden reddedebilir⁸²¹. Dolayısıyla, davacı tarafından açılan ikinci dava, milletlerarası derdestlik itirazının reddedilmesi suretiyle engellenemezse de, hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği ölçüde engellenebilir. Ayrıca, dava açma hakkının kötüye

⁸²⁰ Şüphesiz her iki tarafın da, derdestlik itirazının reddi kararından veya konumlarından bağımsız olarak, söz konusu (ikinci) mahkemenin AİHS m.6/1'i ihlal ettiğini ileri sürme imkanı bulunmaktadır. Buna göre, derdestlik itirazını reddederek davayı görmeye devam eden, ancak oldukça ağır hareket eden veya geçen süreye kıyaslandığında belirli bir aşama kat edememiş olan söz konusu (ikinci) mahkemenin makul sürede yargılama hakkını ihlal ettiği veya davayı görüp karara bağlayan mahkemenin hakkaniyete uygun bir yargılama yapmadığı gerekçesiyle mahkemenin bağlı olduğu devlete karşı Anayasa mahkemesine ve/veya AİHM'ne başvurma imkanı her zaman bulunmaktadır.

⁸²¹ Arslan, **a.g.e.**, s.72-74.

kullanılması, sadece her iki davanın aynı tarafça açıldığı hallerde değil, ikinci davanın ilk davanın davalısı tarafından açılması halinde de söz konusu olabilir.

Her iki tarafın birbirleri aleyhine farklı devlet mahkemelerinde dava açtığı hallerde, ikinci davanın açıldığı Türk mahkemesinde milletlerarası derdestlik itirazının reddedilmesi, davacı açısından herhangi bir problem teşkil etmeyecektir. Zira davacı diğer bir ülkede kendisine karşı davalı tarafından ikame edilen davaya karşılık kendisi de Türk mahkemesinde bir dava açmış olacaktır. Dolayısıyla, yukarıdaki ilk iki paragrafta bahsetmiş olduğumuz ifadeler ikinci davanın davacısı bakımından da geçerli olacaktır.

Buna mukabil, meseleye ikinci davadaki davalı açısından bakacak olursak, diğer itirazlarının yanı sıra milletlerarası derdestlik itirazı reddedilen davalı, söz konusu mahkemenin yetkisini aşırı yetki teşkil edecek şekilde tesis ettiğini ileri sürebilir. Böylece, aynı davanın zaten davacı (ilk davanın davalısı) açısından da doğal forum niteliğinde olan yabancı mahkemede görülmekte olduğunu, aynı davanın ikinci kez açıldığı mahkemeninse davanın konusu ve kendisiyle çok az irtibatının bulunduğunu, davanın açıldığı mahkemenin kendisine davaya katılıp savunma haklarını kullanmasını engelleyecek veya güçleştirecek kadar uzak ve ulaşılması zor olduğunu ileri sürebilir. Buna ilaveten, davayı aydınlatacak bilgi, belge ve tanık delillerinin büyük ölçüde aynı davanın daha önce açıldığı ülkede olduğundan uluslararası istinabeye gerek kalmayacağını, bunun yargılama süresini daha da kısaltacağını, söz konusu davaya devam edilmesinin aynı ülkede birbiriyle çelişen kararların ortaya çıkmasına neden olacağını iddia edebilir. Hatta davalı, aynı dava yabancı mahkemede kendisi tarafından dava açılmış olsa da, davacının (ilk davanın davalısının) muhtemel zarar-ziyanı ile yargılama masraflarını karşılamak üzere zaten teminat yatırdığını ileri sürebilir. Dolayısıyla, derdestlik itirazı reddedilen davalılar, doğal olarak, davaya katılmak ve savunma yapmak, dolayısıyla bundan kaynaklanan maddi ve manevi külfetlere katlanmak zorunda bırakılacaktır. Peki, böyle bir durumda derdestlik itirazları bu konuda açık bir düzenleme olmadığından reddedilen davalılara, milletlerarası derdestliğin kabul edilmemiş olması nedeniyle yükletilen böyle bir külfet AİHS m.6/1'e aykırılık teşkil edebilir mi? Diğer bir ifadeyle, davalı milletlerarası derdestliğin açıkça

kabul edilmemiş olması nedeniyle davacı tarafından kendisine oldukça uzak ve silahların eşitliği ilkesinden yararlanmasını aşırı güçleştiren bir mahkemede açılan bir davaya maruz bırakıldığı gerekçesiyle, söz konusu aşırı yetki tesisinin AİHS m.6/1’de yer alan hakkaniyete uygun yargılanma hakkını ihlal ettiğini ileri sürebilir mi?

Aşırı yetki tesisinin davalının AİHS m.6/1’de yer alan haklarıyla olan ilişkisinde incelediğimiz üzere, derdestlik itirazını reddeden mahkemenin milletlerarası yetkisini aşırı yetki teşkil edecek şekilde kullanmış olması, büyük ölçüde davalının hakkaniyete uygun yargılanma hakkını, silahların eşitliği ilkesinden yararlanmasını etkileyip etkilemediği ile ilgilidir. Bu bakımdan, AİHM’nin davacı karşısında aşırı yetki tesisinin davalının hakkaniyete uygun yargılanma hakkından yararlanmasını güçleştiren/engelleyen vakıaların yanında, yabancı mahkeme lehine derdestlik kararı verilmemesinin davalının söz konusu haklardan yararlanmasını gerçekten güçleştirip güçleştirmediğini de değerlendirebileceğini, bunun dışında iki durum arasında bir farklılığın olmadığını söyleyebiliriz. Bu noktada, yetkili mahkemenin büyük ölçüde davacının menfaatlerine/tercihine binaen belirlendiği milletlerarası karakterli davalarda, muhtemel davalıların mahkemenin bulunduğu ülkeye bağlı olarak yargılamanın çeşitli yönlerine ilişkin pek çok güçlkle karşılaşması muhtemeldir. Bununla birlikte, milletlerarası karakterli davaların niteliği gereği, bu tür güçlüklerin hemen her dava bakımından az veya çok söz konusu olabileceğini de belirtmek gerekir. Burada özellikle yetkinin tesisinde kullanılan irtibatın yanı sıra davalının ülkeyle olan bağlantıları ile bu bağlantıların davalı bakımından yeterli ve elverişli olup olmadığı, bunun aynı davayı ikinci kez takip etmek zorunda kalan davalının savunma haklarından etkin bir şekilde yararlanmasını zorlaştırıp zorlaştırmadığı değerlendirilmelidir. Ayrıca, aynı davanın görülmekte olduğu yabancı mahkemedeki davayı davalının açıp açmadığı ile eğer açmışsa o mahkemenin yetkisinin aşırı olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, davacının söz konusu mahkemeye müracaat etme konusundaki menfaatlerinin de göz önünde bulundurulması ve ulusal mahkemelerin davanın konusuna ve koşullarına bağlı olarak tarafların milletlerarası yetkiye ilişkin birbiriyle çatışan menfaatleri arasında bir denge kurması da gerekmektedir. Netice itibarıyla, derdestlik kararının davalıyı aşırı yetkiye sahip bir mahkemede aynı davayı ikinci kez takip etme külfeti altında bıraktığı, bunun da davalının hakkaniyete uygun

yargılanma hakkını ihlal ettiği iddialarının, büyük ölçüde somut olayın koşullarına, davanın konusu ve taraflarına bağlı olarak belirleneceğini söylemek mümkündür.

c. Milletlerarası Derdestliğin Kabul Edildiği Ülke Hukuklarında

i. Genel Olarak

Milletlerarası derdestliğin, öncelik prensibine, tanıma-tenfiz öngörüsüne veya *forum non conveniens* doktrinine istinaden genel olarak kabul edildiği veya genel olarak kabul edilmemekle beraber bir milletlerarası anlaşmaya veya özel bir düzenlemeye istinaden kabul edildiği ülke hukuklarında mahkemeler, ilgili düzenlemede aranan şartlara ve usule göre, milletlerarası derdestliği dikkate alacak veya almayacaktır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, milletlerarası derdestliğin normatif olarak kabul edildiği ülkelerde davalı tarafından yapılan derdestlik itirazını kabul eden mahkeme, önündeki davayı reddetmek⁸²² yerine bekletecektir. Bu durumda, her ne kadar açılmış olan dava milletlerarası derdestliğin varlığı nedeniyle usulden reddedilmemiş ve davaya gelecekte davacının yapacağı itiraz üzerine devam edilebilecek olsa da, böyle bir kararla en azından kararın verildiği an itibariyle davalının herhangi bir hakkına müdahale edildiği söylenemez. Zira söz konusu kararla davalı, belirli bir süreliğine de olsa, aynı anda iki farklı ülkede derdest olan aynı davayı takip etme külfetinden kurtulmaktadır. Davalının AİHS m.6/1’de yer alan haklarına müdahale, ancak mahkemenin milletlerarası derdestlik itirazının kabulü için ilgili düzenlemede aranan şartların karşılanmadığına kanaat getirilmesi veya karşılanmasına rağmen kendisine tanınan takdir yetkisini derdestlik itirazını reddederek davayı görmeye devam etmesi halinde söz konusu olabilir. Böyle bir durumda, yukarıda incelediğimiz üzere, davalı forum devleti tarafından derdestlik itirazının reddedilmesi nedeniyle kendisinin AİHS m.6/1’de güvence altına alınan haklarından yararlanmasını oldukça güçleştiren, aşırı

⁸²² Aynı davanın başka bir devlet mahkemesinde derdest olduğu gerekçesiyle bir mahkemenin davayı bekletmek yerine reddedebileceğini öngören düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin, Türkiye’nin tarafı olduğu bazı sözleşmelerde (Türkiye Cumhuriyeti ile Ukrayna Arasında Hukuki Konularda Adli Yardımlaşma ve İşbirliği Sözleşmesi; Eşyaların Karayoluyla Uluslararası Nakliyatına Dair Milletlerarası Sözleşme) yer alan derdestliğe ilişkin hükümlerden, Türk mahkemelerinin aynı davanın söz konusu sözleşmelere taraf diğer bir devletin mahkemesinde derdest olduğunu tespit ettiğinde önündeki davayı reddetmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz.: Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.278-280; 283 vd. Yine, Brüksel Ibis Tüzüğü m.29’te de, AB üyesi devlet mahkemelerine diğer bir üye devlet mahkemesinde daha önce açılan aynı dava bakımından yetkisinin tesis etmiş olması halinde beklettikleri davayı reddetme yükümlülüğü getirilmiştir.

yetkili bir mahkemede savunma yapmak zorunda kaldığını ileri sürebilir. Dolayısıyla davalı, mahkemenin aşırı yetki tesisi nedeniyle aynı davayı görme imkânına sahip olduğu, bunun da hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlaline yol açtığı/açacağını iddia edilebilir. Tıpkı, milletlerarası derdestliğin normatif olarak kabul edilmemesi nedeniyle reddedilmesi ihtimalinde olduğu gibi, burada da derdestlik itirazını reddeden mahkemenin milletlerarası yetkisini aşırı yetki teşkil edecek şekilde kullanmış olması büyük ölçüde davalının hakkaniyete uygun yargılanma hakkıyla ilişkili olup, AİHM'nin bu hak üzerinden bir değerlendirme yapabileceğini söyleyebiliriz. Bu durum, milletlerarası derdestliğin açıkça normatif olarak kabul edilmediği ülke hukuklarında davalının derdestlik itirazının reddedilmesi ile benzerlik arz ettiğinden, söz konusu kısma atıf yapmakla yetineceğiz⁸²³.

Buna mukabil, davacının AİHS m.6/1'de yer alan mahkemeye erişim ile makul sürede yargılanma gibi haklarına müdahale eden böyle bir karar, söz konusu hakları ihlal etme potansiyeline sahiptir. Şüphesiz, böyle bir ihlalin söz konusu olup olmayacağı, uyuşmazlığın taraflarına, lehine derdestlik kararı verilen mahkemedeki yargılamanın hangi aşamada olduğuna, AİHS'ne taraf olup olmadığına ve ilgili hakka bağlı olarak değişebilecektir.

ii. Davacının Mahkemeye Erişim Hakkı Bakımından

Milletlerarası derdestliğin kabul edilmesi halinde davacı ilk olarak böyle bir kararla ülke mahkemelerine erişiminin engellendiğini ileri sürebilir. Gerçekten, böyle bir durumda AİHS'ne taraf bir devlet mahkemesinin, (AİHS'ne taraf olsun veya olmasın) yabancı bir mahkeme lehine derdestlik kararı vererek önündeki davayı karara bağlamaması, davacının AİHS m.6/1 uyarınca makul sürede ve hakkaniyete uygun bir yargılamanın gerçekleşeceği bir taraf devlet mahkemesine erişimini kısıtlamaktadır. Gerçi burada, davacının açmış olduğu davanın yetkisizlik veya derdestlik kararı nedeniyle reddedilmeyip sadece bir süreliğine bekletildiği, mahkemenin gerek resen gerekse talep üzerine davaya devam edebileceği, dolayısıyla aslında davacının ülke mahkemelerine erişiminin mutlak şekilde sınırlanmadığı ileri sürülebilir. Ancak,

⁸²³ Bkz.: Yukarıda, s.565 vd.

derdestlik kararı veren mahkeme, aslında AIHS m.6/1'e uygun bir yargılama yapıp yapmayacağı, en azından makul bir sürede karar verip vermeyeceği belirsiz olan bir mahkeme lehine *belirsiz bir süreliğine* önündeki davayı bekletmektedir. Ayrıca, verilen derdestlik kararı bir taraftan dava konusu edilen talep bakımından öngörülen zamanaşımı veya hak düşürücü süreden daha uzun bir süreliğine dava tehdidi altında kalmasına neden olabileceğinden davalının da aleyhinedir. Özellikle yabancı mahkemenin vereceği kararın tanınması veya tenfizi mümkün değilse ya da yargılama aşırı uzun sürmüştse bu durum daha da belirgin hale gelecektir. Dolayısıyla, tıpkı dava açmak için ulusal hukuklarda getirilen aşırı uzun veya aşırı kısa zamanaşımı sürelerinin dava açma hakkına ölçüsüz bir sınırlama teşkil etmesinde olduğu gibi⁸²⁴, benzer şekilde derdestlik kararıyla davaların aşırı uzun süre bekletilmesi ve davacıların belirsizliğe terk edilmesinin, hukuki kesinliği ve öngörülebilirliği ortadan kaldırdığı ileri sürülebilir. Bu nedenle böyle bir durum, mahkemeye etkili bir erişimin ölçüsüz bir şekilde engellenmesi olarak nitelendirilebilir. Buna karşın, milletlerarası derdestliğin kabulü için aranan şartların varlığı halinde taraf devlet mahkemesinin önündeki davayı usulden reddetmek yerine bekletilmesinin, davacıya yabancı ülke mahkemesindeki davanın akıbetine bağlı olarak yeniden bir dava açma külfeti yüklenmediği de ileri sürülebilir. Ayrıca, açılmış olan davanın bekletilmesinin dava konusu talebin zamanaşımına uğramasını önleyecek olması nedeniyle, davacının ülke mahkemelerine erişiminin tamamen engellenmesinin önüne geçildiği ileri sürülebilir.

Yukarıdaki örnekten de anlaşılacağı üzere, derdestlik kararıyla davacının mahkemeye erişim hakkından mutlak bir şekilde mahrum kalıp kalmadığı veya böyle bir ihtimalin söz konusu olup olmadığı davadan davaya farklılık arz edebilir. Öncelikle, her iki davanın da aynı tarafça açıldığı hallerde, davacının her halükarda iddiasını karara bağlayabileceği bir mahkeme bulunacağından, davacının mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğinden söz etmek prensip olarak mümkün olmayacaktır⁸²⁵. Aynı davanın

⁸²⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi ve AIHM içtihatları için bkz.: İncoğlu, **Adil Yargılama**, s.131 vd.

⁸²⁵ AB üyesi devlet mahkemelerinin yetkisinin Brüksel Ibis Tüzüğüne göre tayin edildiği ve AB üyesi ülkeler dışında yetkili bir mahkemenin bulunmadığı hallerde, davanın daha sonra açıldığı mahkeme ilk mahkeme yetkisi hakkında karar verinceye kadar davayı bekletmekte, ilk mahkemenin yetkisi hakkında herhangi bir karar verememektedir. Davanın dava önce açıldığı mahkeme yetkisizlik kararı verdiğinde, ikinci mahkeme yetkili olup olmadığına karar verecek ve belki de yetkisiz olduğuna hükmedecektir. Böyle bir durumda, mahkemeye erişimin tamamen reddedilmesi gibi bir durum ortaya çıkabileceği belirtilmektedir. Bkz.: Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.138. Ancak, Brüksel Ibis Tüzüğü'nün tatbik

açıldığı yabancı mahkemede davalı konumunda olsa da, kendisine karşı yönetilen bu dava muhtemelen kendi ikametgâhı, mutad meskeni veya mallarının bulunduğu ya da dava konusu uyuşmazlıkla belirli bir bağlantıya sahip bir mahkemede dava açılabilecektir. Dolayısıyla, söz konusu mahkemenin yetkisinin aşırı ve AİHS m.6/1'e aykırı olduğu da kolay kolay ileri sürülemeyecektir.

Ayrıca, davanın taraflarına ve koşullarına bağlı olarak, derdestlik kararıyla AİHS'nin gereklerine uygun bir yargılama yapacak bir mahkemeye erişimi engellenen davacı açısından, milletlerarası derdestliği yasal veya yargısal olarak kabul etmeyen milletlerarası yetkiye sahip üçüncü bir devletin mahkemelerine başvurma imkânı da söz konusu olabilir. Şüphesiz, davacının böyle bir imkâna sahip olup olmadığı, uyuşmazlığın mahkemelerin milletlerarası yetkisini tesis eden maddi veya hukuki unsurlarının, ilgili uyuşmazlık bakımından milletlerarası derdestliğin yasal veya yargısal olarak kabul edilmediği üçüncü bir ülkeyle olan irtibatına bağlıdır. Bu da, derdestlik kararının verilmesiyle davacının mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlamanın ölçülü olup olmadığını etkileyebilecektir. Diğer bir ifadeyle, davacının yurt dışında başvurabileceği milletlerarası yetkiye sahip alternatif (üçüncü) bir mahkemenin varlığı halinde, milletlerarası derdestlik kararıyla getirilen sınırlamanın ölçsüz olarak nitelendirilmeyeceği söylenebilir. Buna ilaveten, milletlerarası derdestliğin kabul edildiği hukuk düzenlerinin çoğunda, mahkemelere gerek kendiliğinden gerekse ilgili tarafın (doğal olarak davacının) derdestlik kararını kaldırarak davaya devam edilmesine karar verme imkânı tanındığı unutulmamalıdır. Dolayısıyla, davacı kendisine tanınan bu hakkı kullanarak derdestlik kararı veren mahkemeye başvurarak söz konusu kararın kaldırılmasını ve davanın görülmeye devam edilmesini her zaman isteyebilir⁸²⁶. Aslında, davacı en azından yabancı mahkeme

imkanı bulabilmesi için davalının ikametgâhının üye bir devlette bulunması gerektiği arandığından ve davacının başvurabileceği bir yetkili mahkeme her zaman bulunacağından, söz konusu görüş yerinde değildir.

⁸²⁶ Bu noktada, Türkiye'nin tarafı olduğu bazı milletlerarası sözleşmelerde (Bkz.: Yukarıda, s.537 dn.770), milletlerarası derdestlik itirazını dikkate alan taraf devlet mahkemesine yabancı mahkeme lehine önündeki davayı reddetme yükümlülüğünün getirildiğini belirtmek gerekir. Dolayısıyla, söz konusu düzenlemelerin kapsamına giren hallerde dava usulden reddedildiğinden, davacının derdestlik kararının kaldırılarak davaya devam edilmesini isteme şansı olmayacak, eğer dava konusu talep zamanaşımına uğramamışsa, usulden reddedilmesi muhtemel yeni bir dava açmak zorunda kalacaktır. Dolayısıyla, milletlerarası derdestliğe ilişkin mahkemelere veya taraflara böyle bir imkan yasal olarak tanınsa da, söz

önünde davalı konumunda olsa da, söz konusu mahkemede sadece kendisine karşı ileri sürülen bir medeni iddia hakkında savunmada bulunma değil, aynı zamanda özel hukuk karakterli bir hakkına yönelik hukuki koruma talebinde (karşı dava) bulunabileceği teorik olarak⁸²⁷ söylenebilir. Bu bakımdan, yukarıda çeşitli ihtimallerden hareket edildiğinde, milletlerarası derdestlik kararıyla davacının mahkemeye erişim hakkına ölçüsüz bir müdahalenin oldukça nadir hallerde ortaya çıkabileceğini belirtmek gerekir.

Bununla beraber, davacının yabancı mahkemede görülmekte olan davaya ilaveten tarafları, konusu ve sebebi aynı ikinci bir davayı farklı bir devlet mahkemesinde açmakta hukuki bir yararının bulunduğu haller de söz konusu olabilir. Dolayısıyla, yabancı mahkemede görülmekte olan davada davacı veya davalı konumunda olsun, davacının milletlerarası yetkiye sahip bir diğer devlet mahkemesinde ikinci bir dava açmak hususunda korunmaya değer bir menfaati bulunmasına rağmen, milletlerarası derdestlik kararının verilmesi, davacının ülke mahkemelerine erişiminin gereksiz yere engellenmesi sonucunu doğurabilir. Böyle bir durumda, açılan davanın reddedilmesi veya bekletilmesinin davacının mahkemeye erişim hakkına aykırılık teşkil edip etmeyeceği gündeme gelebilir. Gerçekten, davacı milletlerarası yetkiye sahip yabancı bir devlet mahkemesinde dava açtıktan sonra, çeşitli nedenlerden dolayı milletlerarası yetkiye sahip diğer bir devletin mahkemesinde aynı davayı ikinci kez açma ihtiyacı duyabilir. Bu noktada milletlerarası derdestliğin kabul edilip edilmemesi bakımından, davacının yabancı bir mahkemede açılan aynı davayı Türk mahkemelerinde de ikame etmekte hukuki bir menfaatinin bulunup bulunmadığı belirleyici olacaktır. Eğer, ikinci davanın açılmasındaki sebep sırf davalıya zarar vermek, onu tedirgin etmek veya üzerinde baskı kurmak ise, dava açma hakkının kötüye kullanılması olarak

konusu uluslararası düzenlemelere istinaden davaların usulden reddedilmesinin, Türk mahkemelerine başvuran davacıların hak arama özgürlüğünü ciddi bir şekilde zedeleyebileceği unutulmamalıdır.

⁸²⁷ Böyle bir iddia teorik olarak ileri sürülebilirse de, davanın daha önce açıldığı yabancı mahkemede davacıya karşı davalının bir karşı dava açması yasal olarak mümkün olmayabilir. Örneğin, Portekiz hukukunda asıl dava açısından milletlerarası yetkiye sahip bir mahkemenin, davalının ileri sürdüğü karşı iddia bakımından da milletlerarası yetkiye sahip olabilmesi için karşı davanın davalısının Portekiz mahkemelerinin yetkisi dahilinde olması gerekmektedir. Yine karşı davanın yabancı bir mahkemenin münhasır yetkisinin kapsamına girmesi halinde, asıl dava bakımından milletlerarası yetkiye sahip olan taraf devlet mahkemelerinin karşı dava bakımından kullanmayacağı belirtilmektedir. Bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.55.

nitelendirilerek, dava milletlerarası derdestlik itirazının kabulü için aranan şartların var olup olmadığına bakılmaksızın reddedilecektir.

Buna mukabil, aynı davanın yabancı mahkemede derdest olmasına rağmen, davacının halen güncel ve hukuken korunmaya değer olan yararına istinaden hukuki korunma talebiyle başvurduğu yabancı mahkemede söz konusu korumadan yararlanmasını engelleyen çeşitli nedenler, davacıyı başka bir devletin mahkemesine başvurmaya sevk edebilir veya zorlayabilir. Bu noktada, Türk usul hukukunda bir dava şartı (HMK m.114/1-h) olarak kabul edilen hukuki yararın varlığını katı bir şekilde yorumlamamak, bunu yabancı mahkemelerde görülmekte olan davalara da mutlak bir şekilde teşmil etmemek gerekir. Zira bir uyuşmazlığın aynı anda birden fazla devlet mahkemesinde dava konusu yapılabilmesi, milletlerarası karakterli davalar bakımından sıkça karşılaşılabilecek bir durum olup, böyle bir durum her devletin sahip olduğu yargı yetkisini aynı dava bakımından farklı irtibatlarla istinaden kullanmasının dolaylı bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Aynı davayı ikinci kez aynı devletin mahkemelerinde açmakta hukuki yararı olmayan bir davacının, uyuşmazlığın milletlerarası bağlantıları nedeniyle aynı davayı ikinci kez başka bir devletin mahkemesinde dava konusu yapmakta güncel ve meşru bir menfaati olabilir. Ayrıca derdestliğin temelinde de, aynı davanın ikinci kez mahkeme önüne getirilmesinde davacının hukuken korunmaya değer güncel bir yararı kalmadığı düşüncesi yatmakta, derdestlik hukuki yarar eksikliğinin özel bir biçimi olarak kabul edilmektedir⁸²⁸. Aynı düşüncenin milletlerarası karakterli davalar bakımından da mutlak bir şekilde aranması, derdestliğin davacının Türk mahkemelerinde dava açmakta hukuki yararının bulunmasına rağmen uygulanması anlamına gelir. Dolayısıyla, aranan şartları karşılaması nedeniyle milletlerarası derdestliği milletlerarası karakterli özel hukuk uyuşmazlıklarına da aynen uygulamak, her zaman ve her dava bakımından milletlerarası usul hukukunun bünyesine uygun

⁸²⁸ HMK m.114/1-ı'nın gerekçesinde, derdestliğin temelinde açılmış ve görülmekte olan bir davanın davacısı hukuki korunma sürecini başlattığından, artık onun aynı davayı yeniden başka bir mahkemenin önüne getirmesinde hukuken korunmaya değer güncel bir yararı kalmadığı düşüncesinin yattığı, görülmekte olan aynı dava hangi saikle açılmış olursa olsun, davacının ikinci davayı açmakta hukuki yararının olmadığı belirtilmektedir. Derdestlik itirazının da hukuki yarar eksikliğinin somut ve özel planda düzenleniş biçimi olduğu belirtilmiştir.

düşmeyebilir ve bazı hallerde davacıların hukuki korunma taleplerinin gereksiz yere reddedilmesi sonucunu doğurabilir.

Aşağıdaki örneklerden de anlaşılacağı üzere, şartlarının oluşması halinde milletlerarası derdestliğin kabul edilerek davanın reddedilmesi veya bekletilmesine rağmen, yabancı mahkemede dava açan veya davalı konumda olan bir tarafın aynı davayı diğer bir devletin mahkemeleri önüne getirmekte halen güncelliğini koruyan ve hukuken korunmaya değer bir menfaati olabilir. Örneğin, yabancı mahkemede derdest olan dava, maddi hukuk açısından haksız olduğunun bilincinde olan kötü niyetli davalı tarafından, kendisine karşı davacı tarafından malvarlığının bulunması nedeniyle milletlerarası yetkiye sahip olan ve milletlerarası derdestliğin kabul edildiği bir mahkemede sözleşmeden kaynaklanan bir alacak davası açmasını engellemek gayesiyle açılmış olabilir⁸²⁹. Böyle bir durumda, davacı tarafından alacağını tahsil etmek gayesiyle davalının malvarlığının bulunduğu ülkede açılan bir alacak davası, davalının yapacağı derdestlik itirazına istinaden reddedilecek veya bekletilecektir. Dolayısıyla, davacı (davanın ilk açıldığı mahkemedeki davalı) lehine elde ettiği kararı, davalının malvarlığının bulunduğu (ikinci davanın açıldığı) ülkede veya üçüncü bir ülkede icra ettirebilmek amacıyla tenfiz davası açmak zorunda kalabilecektir.

Diğer bir örnek olarak, davacının Türkiye’de sadece uyuşmazlık konusu malvarlığının bulunduğu mahal mahkemesinde bir alacak veya tazminat davası açması ihtimali verilebilir. Böyle bir dava uyuşmazlık konusu malvarlığı Türkiye’de bulunduğundan açılmakla beraber, davanın özelliklerinden, söz konusu malvarlığının ve/veya davalının Türkiye’deki diğer malvarlıklarının dava konusu alacağın değerini karşılamaya yetmeyeceği önceden açıkça ve kolaylıkla anlaşılabilir. Dolayısıyla, böyle bir durumda davacının davalının malvarlığının bulunduğu, ancak öncelik prensibine veya tanıma-tenfiz öngörüsüne istinaden derdestliğin kabul edildiği diğer bir ülke mahkemesinde mükerrer bir dava açmasında hukuki bir yararının bulunmadığı kolay kolay söylenemez. Böyle bir durumda, derdestlik kararı vermek suretiyle davacıyı ilk

⁸²⁹ Böyle bir durum, doğal olarak öncelik prensibinin kabul edildiği Brüksel Ibis Tüzüğü bakımından söz konusu olabileceği gibi, tanıma-tenfiz öngörüsünün kabul edildiği ancak aynı davanın açıldığı diğer bir devletin mahkemesinin vereceği kararın tanınması veya tenfizinin mümkün olmadığı veya mümkün olmadığının daha sonradan anlaşıldığı hallerde de ortaya çıkabilir.

davanın açıldığı mahkemenin vereceği karara istinaden bir tenfiz davası açmaya yönlendirmenin veya zorlamanın hiçbir mantığı ve gereği bulunmamaktadır. Hatta böyle bir karar, davalıya yüklenen külfetle kıyaslandığında, davacının alacağını garanti almak amacıyla açmış olduğu davayı engelleyecek ve ona alacağın önemsiz bir kısmına tekabül eden bir malvarlığına istinaden açılan bir davayı takip etme külfeti yükleyecektir. Türk mahkemesince verilen karar, AİHS'ne taraf devlet hukukunda aranan tüm tenfiz şartlarını karşılıyor, hatta lehine derdestlik kararı verilen davalı tarafından davacının derdestlik kararı nedeniyle uğrayacağı zarar-zıyanı karşılamak üzere teminat gösterilmiş olsa dahi, sadece yabancı ülkede açılan davayı değil, bekletilen davanın da sonuçsuz kalmasına sebebiyet verebilir. Zira lehine derdestlik kararı verilen Türk mahkemesi kararının tenfizi anına kadar geçen süre zarfında, dava konusu alacağın tamamı teminat altına alınmadıkça, davalının mal ve alacakları üzerindeki tasarrufları nedeniyle davacı alacağını elde edemeyebilecektir. Dolayısıyla, derdestlik kararının verildiği an itibariyle makul süre, tanıma veya tenfizin mümkün veya muhtemel olması gibi şartları karşılayan bir derdestlik kararına rağmen, derdestlik kararının sadece yabancı mahkemece verilecek kararın tenfiz edilmesine tabi kılınması, davacının dava açmak suretiyle talep ettiği hukuki korumayı elde edememesine neden olabilir. Bu ise, maddi hukuka ait bir sonuç elde etmek gayesiyle başvurduğu mahkemenin davacıya sağlaması gereken hukuki korumayı sağlayamaması ve davacının AİHS m.6/1 uyarınca sahip olduğu mahkemeye etkili bir erişimden mahrum kalması anlamına gelmektedir.

Netice itibariyle, milletlerarası derdestliğin genel olarak veya ilgili düzenlemeye istinaden kabul edildiği –ve kabul edilmesinin teklif edildiği- hukuk düzenlerinde, derdestlik kararına rağmen bazı hallerde davanın görülüp karara bağlanmasında davacının hukuki yararının söz konusu olabileceği göz ardı edilmemelidir. Böyle bir durum, derdestlik kararının verilmesinden sonraki bir aşamada ortaya çıksa dahi, derdestlik kararı veren ve davayı bekleten mahkemelere davacının ikinci davayı açmakta hukuki yararının bulunup bulunmadığını değerlendirme imkânı her zaman tanınmalıdır.

iii. Davacının Makul Sürede Yargılanma Hakkı Bakımından

Milletlerarası derdestlik itirazının kabul edilerek davanın reddedilmesi veya bekletilmesi nedeniyle davacının makul sürede yargılanma hakkını ihlal edilmesi daha muhtemeldir. Ulusal veya uluslararası düzenlemelerde hangi şartlar aranırarsa aransın, milletlerarası derdestlik kararıyla bir taraf devlet mahkemesi, AİHS'ne taraf olsun veya olmasın, yabancı bir mahkemede görülmekte olan aynı davanın makul bir süre zarfında karara bağlan(a)maması, dolayısıyla AİHS m.6/1'i ihlal etme tehlikesini de göze almaktadır⁸³⁰.

Gerçekten, bir taraf devlet mahkemesi, davanın niteliği ve koşullarının yanı sıra, her iki ülkedeki yargılamalarda geline aşama itibariyle yabancı mahkemenin davayı daha kısa sürede veya makul bir sürede bitirilebileceği kanaatiyle önündeki davayı reddedebilir veya bekletebilir. Derdestlik kararı veren mahkeme, yabancı ülkedeki yargılamanın makul sürede bitirilemediği veya bitirilemeyeceği gerekçesiyle derdestlik kararını kaldırarak davayı görmeye devam etse de, yabancı mahkeme önünde geçirilen zaman zarfı, doğal olarak, bekletmiş olduğu davayı görmeye devam eden mahkemenin yargılamayı makul sürede tamamlayıp tamamlamayacağını da az veya çok etkileyebilir. Bunun yanında, lehine derdestlik kararı verilen mahkeme adalet hizmetlerinin işleyişinde haddinden fazla gecikmelerin yaşanmadığı bir devlete ait olabileceği gibi, mahkemelerinde yargılama sürelerinin uzunluğu konusunda kötü şöhrete sahip olan bir devlete de ait olabilir. Ayrıca, yargılamaların genellikle aşırı uzun sürmediği devlet mahkemeleri lehine derdestlik kararı verilse de, lehine derdestlik kararı verilen yabancı mahkemedeki davanın niteliği ve özellikleri söz konusu yargılamada makul sürenin aşılmasına veya aşılması ihtimaline de yol açabilir. İşte böyle bir durumda, derdestlik kararıyla ülke mahkemelerine erişimi belirli bir süreliğine de olsa engellenen davacı, böyle bir kararla derdestlik kararı veren mahkemelerin açmış olduğu davayı makul süre içerisinde karara bağla(ya)madığını ve AİHS m.6/1'in ihlal edildiğini ileri sürebilir. Hatta böyle bir iddia, dava derdestlik kararı veren mahkemenin

⁸³⁰ Bkz.: Hartley, **Human Rights**, s.389; Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.130.

önünde bekletilmekte veya görülmekte iken ileri sürebileceği gibi, dava sona ermiş olsa dahi ileri sürülebilir.

AİHM derdestlik kararı verilmek suretiyle yargılamada yaşanan gecikmenin taraf devlet mahkemesine isnat edilebilir olup olmadığını, muhtemelen davanın karmaşıklığı, aleyhine derdestlik kararı verilen davacının/başvurucunun tutumu, yetkili makamların tutumu ve uyuşmazlığın makul sürede bitirilmesinin başvuru açısından arz ettiği önem kriterleri ışığında değerlendirecektir⁸³¹. Bu noktada, uyuşmazlığın çeşitli maddi ve hukuki unsurları itibarıyla uluslararası unsurlara sahip olması, yerel karakterli davalara nazaran davanın daha da karmaşıklık arz etmesine ve yargılama süresinin uzamasına sebebiyet verebilir. Bu noktada, bu hususların somut davanın özelliklerine göre değişebilecek olmakla birlikte, yabancı unsurlu davaların AİHM tarafından yerel karakterli davalara nazaran daha karmaşık olarak nitelendirilmesine neden olabileceğini belirtmek gerekir. Dolayısıyla, yabancı mahkemenin veya derdestlik kararı veren mahkemenin daha süratli şekilde karar vermesini kolaylaştırabilecek haller dışında, her iki ülkedeki yargılamanın tarafları, sebebi ve konusu aynı olduğundan, davanın karmaşıklığı makul süre değerlendirmesinde tek başına yol gösterici olamayabilir. Bu nedenle, AİHM'nin böyle bir gecikmeye derdestlik kararı vererek önündeki yargılamayı yabancı mahkeme lehine bekleten mahkemenin mi yoksa aynı uyuşmazlığı ikinci kez söz konusu mahkemenin önüne getiren davacının mı sebebiyet verdiğini veya bunlardan hangisinin gecikmede daha fazla katkısının olduğunu tespit etmesi gerekecektir⁸³².

Burada önündeki uyuşmazlığı yabancı mahkemeye dolaylı olarak havale eden taraf devlet mahkemesinin makul sürede yargılama yapmadığı gerekçesiyle AİHM nezdinde sorumluluğu muhtemelen iki halde ortaya çıkabilir. Bunlardan ilki, somut olayın koşullarına göre, derdestlik kararı veren mahkemenin kendi ülkesindeki benzer özellikteki ve koşullardaki uyuşmazlıklara kıyasla lehine derdestlik kararı verilen yabancı mahkemenin önündeki dava bakımından makul süreyi aşmış olması ihtimalidir. Diğeri ise, yabancı ülke mahkemesindeki yargılamanın makul süreyi aşip aşmadığından

⁸³¹ Makul süre değerlendirmesinde AİHM tarafından geliştirilen bu kriterler hakkında bkz.: Yukarıda, s.126 vd. Ayrıca bkz.: Harris/O'boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.279 vd.; İnceoğlu, **Adil Yargılama**, s.381 vd.

⁸³² Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.130.

bağımsız olarak, derdestlik kararının verilmesi ile söz konusu kararın kaldırılması ve davaya devam edilmesi arasında geçen süre zarfının, derdestlik kararı veren mahkemenin yapmış olduğu yargılamanın süresini etkilemesi ihtimalidir.

Bunlardan ilkinde, derdestlik kararı veren mahkemenin davanın yabancı mahkemede açılmasından söz konusu mahkeme lehine derdestlik kararının verildiği tarihe kadar geçen süreden sorumlu tutulamayacağı ileri sürülebilir. Bununla beraber, mahkemenin derdestlik kararı verirken, yabancı mahkemenin makul süre içinde yargılama yapıp yapmayacağını, bu kapsamda yabancı mahkemede gelinen aşamayı ve geçirilen süreyi de dikkate alması gerektiğini, yabancı mahkemede geçirilen sürenin de makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğine yönelik değerlendirmeyi etkileyebileceğini belirtmiştik. Dolayısıyla, mahkeme tarafların derdestlik kararının verilip verilmemesine yönelik iddia ve savunmalarından yabancı mahkemedeki davanın açıldığı tarih ile derdestlik kararının verildiği tarih arasındaki ne kadar bir süre geçtiğini, söz konusu sürenin kendi önünde devam etmesi muhtemel yargılamanın süresini de etkileyebileceğini tahmin edebilecektir. Bu bakımdan, yabancı mahkemede geçirilen süre de, AİHM'nin makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğine yönelik değerlendirmesini etkileyecektir. İkinci ihtimalde ise, derdestlik kararının verilmesiyle söz konusu kararın kaldırılarak davanın görülmeye devam edilmesine karar verildiği tarih arasında geçen süre, derdestlik kararı veren taraf devlet mahkemesindeki yargılamaya yönelik makul süre değerlendirmesinde zaten dikkate alınacaktır. Zira yukarıda incelediğimiz düzenlemelerden de anlaşılabileceği üzere, mahkeme aranan şartların varlığı halinde derdestlik kararı vererek açılan davayı beklete(bile)cektir. Dolayısıyla, makul sürenin değerlendirilmesinde dikkate alınacak süre, davanın açıldığı tarihten itibaren hesaplanacaktır.

Derdestlik kararı aleyhine olduğundan dolayı, davacının yargılama süresinin uzamasında herhangi bir katkısının olmadığı veya olamayacağı, hatta davalı tarafın bu konuda daha fazla katkısının olabileceği ileri sürülebilir. Gerçekten, davacının derdestlik kararı veren mahkemede aynı davayı açmasının veya aynı davayı ikinci kez açmasının çeşitli nedenleri olabilir. Örneğin, davacı aynı dava yabancı mahkemede açılmış ve görülmekte olmasına rağmen, söz konusu mahkemedeki yargılamada

karşılaşılan aşırı gecikme veya aşırı gecikme tehlikesi nedeniyle aynı davayı milletlerarası yetkiye sahip bir diğer devlet mahkemesinde açma ihtiyacı duyabilir. Yukarıda ayrıntılı olarak incelediğimiz üzere, davacının aynı davayı ikinci kez başka bir ülke mahkemesinin önüne getirmesinde gerçekten hukuki yararı bulunabilir. Böyle bir durumda, milletlerarası derdestlik itirazı değerlendirilirken, diğer şartların yanı sıra davacının böyle bir dava açmakta hukuki bir yararının olup olmadığının da dikkate alınması gerekmektedir. Bununla beraber, derdestlik kararı veren mahkemedeki yargılamanın uzamasına davacının tasarruflarının da neden olabileceğini de belirtmek gerekir. Özellikle her iki davanın aynı tarafça açıldığı hallerde, davacı ikinci davayı hukuki bir yararı olmamasına rağmen açmış olabilir.

Benzer şekilde, başvurduğu mahkemenin hukukunda kendisine tanınan usuli hak ve yetkileri süresinde kullanmayarak yargılama süresinin uzamasına neden olmuş olabilir. Buna İngiliz mahkemelerinin önüne gelen bir dava örnek verilebilir. Söz konusu davada, davacı ikametgâhı Yunanistan'da olan davalıya İngiltere'de dava evrakını tebliğ ettirmiş, ancak kendisine tanınan süre zarfında dava gerekçelerini (particulars of claim) tebliğ edememiştir. Davacı, davalıya yeni bir tebligat yapılabilmesi için süre uzatımı talebinde bulunana kadar dava yaklaşık on sekiz ay boyunca uzamıştır⁸³³. İngiliz mahkemesi süre uzatımı talebi hakkındaki takdir yetkisini kullanmadan evvel, aynı davanın daha sonra açılmış olduğu Yunan mahkemesindeki yargılamanın daha süratli olduğu ve duruşma gününün dahi belirli olduğu vakiasını dikkate almıştır⁸³⁴. İngiliz mahkemesi, başvurunun kabul edilerek davanın tekrar yenilenmesine izin verilmesinin, eldeki davanın Yunan mahkemesinde görülmekte olan davaya tercih edilmesi ve davacının böylece söz konusu davayı akamete uğratma çabalarına imkân tanınması anlamına geleceğini, bunun da karşı tarafa zarar vereceğini dolaylı olarak ifade etmiştir⁸³⁵. İngiliz mahkemesi, özellikle yetkiye ilişkin ciddi meselelerin tartışıldığı bir durumda, prensip olarak bir tarafın bir iddiasını (mahkeme nezdinde) depo etmesine izin verilemeyeceğini belirtmiştir⁸³⁶. Hatta başka bir İngiliz

⁸³³ Katsouris Fresh Foods Limited and others v. Haitoglou Brothers S.A, [2011] EWHC 111 (QB), para.46, (Çevrimiçi, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2011/111.html>, 22 Aralık 2017).

⁸³⁴ Katsouris v. Haitoglou, para.60.

⁸³⁵ Katsouris v. Haitoglou, para.71.

⁸³⁶ "...as a matter of principle a party should not be allowed to "warehouse" a claim, particularly where there are serious jurisdiction issues.": Bkz.: Katsouris Brothers v.Haitogolu, para.59.

mahkemesi de, söz konusu ifadeye de atfı yaparak yargılamanın mümkün olduğunca hızlı şekilde tamamlanmasının AİHS m.6'nin gereği olduğunu ifade etmiştir⁸³⁷. Böylece, İngiliz mahkemesi, yabancı mahkemede görülmekte olan davada geline aşamayı dikkate alarak, davacı tarafından uzun bir süre sürüncemede bırakılan davaya devam edilmesinin yerinde olmadığına hükmederek, yabancı mahkemede görülmekte olan dava lehine kendi mahkemesinde yeniden görülmeye başlanması istenen davanın durdurulmasına karar vermiştir.

Aynı durum, davacının lehine derdestlik kararı verilen yabancı mahkemede görülmekte olan davanın hızlı bir şekilde karara bağlanmasına engel olacak tasarruflarda bulunması halinde de söz konusu olabilecektir. Buna göre, lehine derdestlik kararı verilen yabancı mahkemedeki davada usuli hak ve yetkilerini kendi iradesiyle kullanmayan ve yargılamanın uzamasına sebep olan davacı, bu sürenin geçirilmesine yabancı mahkemenin yol açtığını ileri süremeyebileceği gibi, derdestlik kararı vererek davayı bekleten taraf devlet mahkemesinin de sorumluluğuna gidilemeyecektir. Diğer bir ifadeyle, yabancı mahkemede davacının katkısının olduğu nedenlerden dolayı geçen süre, makul sürede yargılama yapmadığı ileri sürülen mahkemede geçirilen yargılama süresine doğal olarak dâhil edilemeyecektir. Aksi bir durum, taraflardan birine bir yargı alanında görülmekte olan bir davanın sürüncemede kalmasına veya yargılamanın devam etmesine engel olmasına diğer bir yargı alanında görülmekte olan davalar vasıtasıyla izin verilmesi anlamına gelir. Bu da yargılamanın gecikmesine, dolayısıyla adalet erişimin sağlanamamasına yol açabilir⁸³⁸.

Milletlerarası derdestlik kararının davacının makul sürede yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmesi, daha çok derdestlik kararı veren taraf devlet mahkemelerinin milletlerarası derdestlik itirazına yönelik değerlendirmelerinden kaynaklanabilir. Daha önce de bahsettiğimiz üzere, pek çok taraf devlet mahkemesi gerek derdestlik kararı verebilmek için aranan makul süre şartı bakımından gerekse bu şartın varlığına rağmen yabancı mahkeme lehine önündeki davayı bekletip bekletmemek bakımından geniş bir

⁸³⁷ Excalibur Ventures LLC v. Texas Keystone Inc and others, [2011] EWHC 1624 (Comm), [2011] ArbLR 27, para.83, (Çevrimiçi, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2011/111.html>, 22 Aralık 2017).

⁸³⁸ Benzer yönde bkz.: Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.144.

takdir yetkisine sahiptir. Ayrıca, mahkemelerin yabancı mahkemenin makul sürede yargılama yapamayacakları kanaatine ulaştıkları takdirde beklettikleri davaya, davacının talebine gerek olmaksızın, her zaman devam edebilme imkânı bulunmaktadır. Dolayısıyla, milletlerarası derdestliğin kabul edildiği –ve kabul edilmesinin teklif edildiği- hukuk düzenlerinde, mahkemeler çeşitli kriterlerden hareketle yabancı mahkemenin makul süre içinde yargılama yapmasının mümkün ve muhtemel olup olmadığını değerlendirebilir ve milletlerarası derdestlik itirazını kabul veya reddedebilir. Yabancı mahkemede davanın ne zaman açıldığı ve hangi aşamada olduğu, özellikle yabancı mahkemenin davayı usulden reddetmesine neden olabilecek yetkiye ilişkin konuların karara bağlanıp bağlanmadığı veya herhangi bir duruşmanın yapıp yapılmadığı, benzer nitelikteki uyuşmazlığın her iki ülke hukukunda yaklaşık olarak ne kadar süre zarfında karara bağlandığı dikkate alınabilir. Ayrıca, kimi devlet mahkemelerinin milletlerarası yetkiye sahip olup olmadıklarını karara bağlamaları dahi yıllar sürebilmekte ve davaların genellikle aşırı uzun sürdüğü belirtilmektedir. Bu kriterlerden yola çıkılması, yabancı mahkeme lehine derdestlik kararı verilmesini veya verilmemesini, dolayısıyla derdestlik kararından kaynaklanan olası bir gecikmeyi önleyebileceği gibi, mahkemenin derdestlik kararı verirken tedbirli bir şekilde hareket ettiğine karine teşkil edecektir.

Bununla beraber, söz konusu kriterler değerlendirilse dahi, derdestlik kararı veren mahkemenin sorumluluğunun otomatikman ortadan kalkmadığını belirtmek gerekir. Zira derdestlik kararının verilmesinden sonraki aşamada gerek yabancı mahkemenin gerekse tarafların tutumlarından dolayı yabancı mahkemenin davayı makul sürede karara bağlayamaması ihtimali bulunabilir. Örneğin, davanın esasına girilmiş olması bir yana, açıldığı tarihten itibaren iki yıl geçmesine rağmen yabancı mahkemenin yetkisi hakkında karar vermediği bir aşamada söz konusu mahkeme lehine derdestlik kararı vermek, derdestlik kararı veren mahkemenin aynı uyuşmazlığın çözümü konusunda kendisine başvuran bireylerin adalet taleplerini sürüncemede bırakmasına neden olacaktır⁸³⁹. Benzer şekilde, dört yıl sürmesine rağmen boşanma davası hakkında hala bir karar vermemiş olan yabancı mahkeme lehine verilen derdestlik kararında ısrar

⁸³⁹ Örneğin İtalyan mahkemelerinin yetkisiz olduğuna karar verinceye kadar yıllar geçtiği ifade edilmektedir. Bkz.: Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.133.

etmek de aynı sonuca yol açabilecektir⁸⁴⁰. Dolayısıyla, yabancı mahkemedeki davanın görülmeye başlanmış olması veya belirli bir aşama kat edilmiş olmasına rağmen ağır hareket etmekte olan veya uzun süre geçmesine rağmen yargılamada pek bir aşama kat edememiş olan bir mahkeme lehine derdestlik kararı vermek veya verilen kararda ısrar etmek, yargılama süresinin makullüğünü etkileyebilecektir. Yine, davanın konusuna ve özelliklerine göre, yabancı mahkemenin veya davalı tarafın tutum ve davranışları nedeniyle yargılama gereksiz yere uzamasına rağmen derdestlik kararı kaldırılarak davaya devam edilmemesi makul sürenin aşıp aşılmadığını doğal olarak etkileyecektir.

Burada, kendisine başvuran davacıların iddialarını AİHS m.6/1'e uygun bir yargılama yaparak karara bağlamakla yükümlü olan taraf devlet mahkemesi, derdestlik kararı veren taraf devlet mahkemesi olduğundan, söz konusu mahkeme yabancı ülkedeki yargılamanın makul sürede karara bağlanmasının mümkün olup olmadığını sadece ilgili tarafın talebi üzerine değil, her zaman değerlendirmesi gerekmektedir⁸⁴¹. Bunun dolaylı bir sonucu olarak, davalı devletin davacının kendisine tanınan derdestlik kararının kaldırılarak davanın görülmeye devam edilmesi yönündeki talep hakkını kullanmamış olmasını gerekçe göstererek gecikmeye davacının da katkısının olduğu iddiasının, AİHM tarafından büyük ölçüde dikkate alınmayacağını belirtmeliyiz.

Bu noktada, özellikle milletlerarası derdestlik itirazında bulunan davalının tutum ve davranışları da derdestlik kararı veren mahkemenin makul süreyi aşp aşmamasını, dolayısıyla AİHM'nin makul süre değerlendirmesini etkileyebilecektir. Bu konuda akla ilk olarak, derdestlik itirazında bulunan davalının kötü niyetli bir şekilde mahkemelerindeki yargılamaların aşırı uzunluğuyla meşhur bir devlet mahkemesinde dava açmış olması gelmektedir. Örneğin, davacı, aynı davanın maddi hukuk açısından haksız olduğunun bilincinde olan davalı tarafından lehine derdestlik kararı verilen yabancı mahkemede salt uyuşmazlığı sürüncemede bırakmak amacıyla açılmış

⁸⁴⁰ Nitekim, Alman Federal Mahkemesi de, İtalyan mahkemesinde dört yıldır görülmekte olan dava lehine derdestlik kararının verilmesinin İtalya'daki yargılamada davalı konumunda olan davacı kocanın etkin bir hukuki korumadan makul bir şekilde yararlanamayacak olmasına yol açtığından derdestlik kararını kaldırmıştır. Bkz.: Yukarıda, s.542, dn.784.

⁸⁴¹ Zira böyle bir değerlendirme yapılmaması sadece davacının adil yargılanma hakkının ihlaline ve forum devletinin AİHS m.6/1'in ihlali nedeniyle AİHM tarafından cezaya mahkûm edilmesine değil, uluslararası toplum nezdinde itibarının zedelenmesine neden olacaktır.

olduğunu, davalının derdestlik itirazının kabul edilmesinin kötü niyetli davacının bu amacına hizmet ettiğini ileri sürebilir. Davalının dava açma hakkını kötüye kullanmasının yanı sıra yabancı mahkemedeki davayı sürüncemede bırakmaya yönelik davranışları delillerden veya diğer belirtilerden anlaşılmasına rağmen, davacının bu yöndeki iddialarının dikkate almayan veya ihmal eden taraf devlet mahkemesi, doğal olarak derdestlik kararına istinaden davanın bekletilmesiyle yaşanan gecikmeden sorumlu olacaktır.

AİHM'nin milletlerarası derdestlik kararı vermek suretiyle önündeki davayı bekleten ve davacının makul sürede yargılanma hakkına müdahale eden bir taraf devlet mahkemesinin, böyle bir tasarrufuyla AİHS m.6/1'i ihlal edip etmediğini veya hangi hallerde ihlal edebileceğini AİHM'nin makul süre değerlendirmesinde kullandığı kriterler ışığında değerlendirmeye çalıştık. Bununla beraber, böyle bir ihlal iddiasının AİHM'nin önüne gelmesini veya önüne gelen davada ihlalin varlığına karar vermesini engelleyebilecek çeşitli hususların varlığından da söz etmek gerekir.

İlk olarak, milletlerarası derdestlik kararı verilmesinin bireylerin AİHS m.6/1'de yer alan haklarının ihlaline yol açabileceğinin bilincinde olan taraf devlet mahkemelerinin varlığı, bu devletlere karşı olası bir şikâyetin yapılması ihtimalini azaltmaktadır. Zira milletlerarası derdestliği açıkça kabul eden bazı taraf devlet mahkemelerinin bu konuda kendi mahkemelerine müracaat eden davacıların yabancı ülkede etkin bir hukuki korumadan makul bir süre içinde yararlanmalarının mümkün olmadığına kanaat getirerek derdestlik kararı vermedikleri veya vermiş oldukları kararı kaldırarak davanın görülmesine karar verdikleri görülmektedir⁸⁴².

İkinci olarak, lehine derdestlik kararı verilen yabancı mahkemenin bağlı olduğu devletin AİHS'ne taraf bir devlet olmasının, AİHM'nin yapacağı makul süre denetimini etkileyebileceği ileri sürülebilir. Gerçekten, davacı, derdestlik kararı verilen taraf devlet mahkemesinin makul sürede yargılama yap(a)madığı gerekçesiyle, söz konusu mahkemenin bağlı olduğu devlete karşı başvuruda bulunulabilir ve söz konusu devletin sorumluluğuna gidilebilir⁸⁴³. AİHM'nin de, lehine derdestlik kararı verilen taraf devlet

⁸⁴² Bu konuda Alman ve İngiliz mahkeme kararları için bkz.: Yukarıda, s.542, dn.784 ve s.536 dn.763.

⁸⁴³ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.130-131.

mahkemesinin bağılı olduğu devlete karşı makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla bir başvuruda bulunabileceğini belirterek davacının başvurusunu kabul edilemez olarak nitelendirmesi ihtimali her zaman bulunmaktadır⁸⁴⁴. Ancak, burada mahkemesi derdestlik kararı veren devletin sorumluluğunu gündeme getiren gecikme, yargılamayı makul sürede bitirebilme imkânına sahip olan kendi mahkemesinin önündeki davayı başka devletin yargı organı lehine bekletmesinden kaynaklanmaktadır⁸⁴⁵. Aynı davanın yabancı mahkemede görülmekte olduğu vakıasına istinaden yargı yetkisinden feragat ederek kendisine başvuran bireylerin hukuki korunma taleplerini belirli bir süre de olsa karara bağlamaktan imtina eden bir taraf devlet, aynı zamanda AİHS m.6/1 uyarınca söz konusu bireylerin makul sürede yargılanma haklarını da güvence altına almayı taahhüt etmiştir. Bir devletin milletlerarası derdestlik durumuna istinaden sahip olduğu yargı yetkisinden AİHS m.6/1’de yer alan herhangi bir hakkı ihlal edecek ölçüde feragat etmesi ve AİHM’nin de buna imkân tanınması kabul edilemeyeceği gibi, böyle bir anlayış insan haklarının korunması konusunda AİHS tarafından getirilen denetim sisteminin akamete uğratılması sonucunu doğurur. Kaldı ki, lehine derdestlik kararı verilen mahkemenin bağılı olduğu devlete başvurmak, davacının açmış olduğu davada başarılı olacağı anlamına gelmediği gibi, lehine derdestlik kararı verilen yabancı mahkemenin makul sürede yargılanma hakkına riayet etmediğinin AİHM tarafından tespit edilmesi, derdestlik kararı veren mahkemenin de makul sürede yargılama yapmadığı veya yapamayacağı iddialarını kuvvetlendirmekten başka bir işe yaramayacaktır. Ayrıca, lehine derdestlik kararı verilen mahkemenin bağılı olduğu devlet, makul sürede yargılanma hakkının ihlalinden mahkûm edilse veya edilmese bile, derdestlik kararı veren mahkemenin sorumluluğunu etkileyebilecek farklı unsurlar da söz konusu

⁸⁴⁴ Örneğin, İtalyan makamlarınca iadesi talep edilen çocuğun iadesine ilişkin kararın Avusturya makamlarınca Brüksel IIbis Tüzüğü hükümlerine istinaden yerine getirilmesinin anne ve çocuğun AİHS m.8’de yer alan haklarını ihlal ettiği iddiasıyla yapılan bir başvuruda AİHM’nin, başvuruçuların mahkemelerinin iade kararı verdiği İtalyan devletine karşı şikayet başvurusunda bulunabilecekleri şeklinde bir çözüm yolunun varlığına istinat etmiştir (*Povse ve Povse v. Avusturya*, no.3890/11, 18 Haziran 2013, para.86). AİHM’nin, AİHS m.8 açısından başvuruçulara önerdiği böyle bir çözüm yoluna, genel olarak AİHS m.6/1, özel olarak makul sürede yargılanma hakkı bakımından da atıfta bulunmaması için herhangi bir sebep bulunmamaktadır.

⁸⁴⁵ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.130.

olabilir. Bu nedenlerden dolayı, AİHM'nin böyle bir yöntem izlemesi ve bireyleri böyle bir yönteme sevk etmesinin sadece teorik nitelikte bir ihtimal olduğu kanaatindeyiz.

Üçüncü ve daha önemlisi, özellikle forum devletinin bir uluslararası anlaşmanın tarafı veya uluslararası örgütü üyesi olmaktan kaynaklanan bir yükümlülüğü yerine getirmek üzere derdestlik kararı verilerek davanın bekletilmiş olması, AİHM'nin yapacağı makul süre değerlendirmesini etkileyebilir. Özellikle derdestlik kararı veren mahkemenin bağlı olduğu devletin aynı zamanda AB üyesi olması ve AB milletlerarası özel hukuk kurallarını tatbik etmiş olması, AİHM'nin yapacağı denetimi etkileyebilir. Hatırlanacağı üzere, *Erich Gasser v. MISAT Srl* kararında davanın daha sonra açıldığı mahkeme olan Avusturya mahkemesi, davanın ilk açıldığı mahkemenin makul sürede yargılama yapmayacağına kanaat getirmesine rağmen, AB hukuku tarafından emredilen ve ABAD tarafından da uyulması gerektiği teyit edilen bir kuralı tatbik etmiştir⁸⁴⁶.

AB milletlerarası özel hukuk kurallarının tatbikinin AİHS'nde yer alan hakları ihlal ettiğine dair yapılan şikâyet başvurularında AİHM'nin, temel hakların Birlik hukuku tarafından korunmasının, prensip olarak AİHS sisteminin sağlamış olduğu korumaya eşit olduğunu pek çok kez belirttiğini görmekteyiz⁸⁴⁷. Bu açıdan bakıldığında, AİHM'nin AB milletlerarası özel hukuk kurallarına saygı gösterme/riayet etme eğiliminde olduğu görülmektedir. Bu kararlar dikkate alındığında, AİHM'nin davacının derdestlik kararıyla makul sürede yargılanma hakkından mahrum kalması

⁸⁴⁶ Aslında bu kararla ABAD, adil (makul sürede) yargılanma hakkının gereklerini yerine getirmekte yetersiz veya başarısız olan üye devletlerde daha önce açılan davalar bakımından, söz konusu üye devlet mahkemelerinin yargılamaların aşırı uzun sürmesinden kaynaklanan kötü özellikleri nedeniyle öncelik prensibine dayanan derdestlik kuralına bir istisna getirilmesinin AB üyesi devletler arasında karşılıklı güveni ve Brüksel rejiminin işleyişini ortadan kaldıracak gerekçesiyle, haklı olarak engellemiştir. Çünkü, derdestlik kuralına böyle bir istisna getirilmiş olsaydı, mahkemelerindeki davaların yavaşlığıyla bilinen üye devlet mahkemeleri lehine derdestlik kararı verilmesi engellenmiş olacaktı. Bu da, söz konusu devletlerin (mahkemelerinin) AİHS m.6/1'i zaten ihlal edeceğinin, diğer üye devlet mahkemeleri tarafından önceden ve zımnen kabul edilmesi sonucunu doğuracaktı.

⁸⁴⁷ AİHM, İrlanda makamlarının 990/93 sayılı AB Tüzüğü uyarınca uygulamış olduğu yaptırımların başvuruçunun P-1 m.1'de güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edilip edilmediği ile ilgili olan *Bosphorus Havayolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. İrlanda* kararında, Birlik hukukunun temel hakların korunması bakımından getirmiş olduğu korumanın AİHS sistemine eşit olduğunu belirtmiş, ardından Birlik hukukuna istinaden alınan tedbirlerin izlenen meşru amaçla ölçülü olup olmadığını incelemenin gerekli olmadığını dolaylı olarak ifade etmiştir (Bkz.: para.155-167). Yukarıda değindiğimiz *Povse ve Povse v. Avusturya* kararında, çocuğun iadesine ilişkin kararın Avusturya makamlarınca Brüksel IIbis Tüzüğü hükümlerine istinaden yerine getirilmesinin anne ve çocuğun AİHS m.8'de yer alan haklarını ihlal ettiği iddiasını değerlendiren AİHM'nin AB (milletlerarası özel) hukuku ile AİHS arasındaki ilişki bakımından aynı mülahazayla hareket ettiği görülmektedir (Bkz.: para.74-88).

tehlikesine rağmen, AİHM'nin Brüksel rejiminin ve doğal olarak derdestlik kuralının işleyişine karşı gelmeme ihtimali oldukça yüksektir.

Peki, AB hukukunun temel haklar konusunda AİHS'ne eşit bir koruma sağladığı varsayımından hareket edilmekle beraber, makul sürede yargılama yapamayacağı açıkça anlaşılmasına rağmen eşit koruma faraziyesine istinaden AİHM'nin gecikmenin makul olduğuna karar vermesi mümkün müdür? Böyle bir durumda, Brüksel Ibis ve diğer tüzüklerde –hatta ulusal hukuklarda yer alan- öncelik prensibi uyarınca açmış olduğu davası reddedilen davacı, mecburen makul sürede yargılanma hakkına riayet edilemeyecek bir üye devlet mahkemesine gitmek zorunda bırakılacaktır. Bu da, davacının derdestlik kararıyla AİHS m.6/1'de yer alan güvenceleri karşılayan etkin bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasından mahrum kalmasına neden olabilecektir. Dolayısıyla, AB hukukunun temel hakların korunması konusunda AİHS'ne eşit bir koruma sağlamakta olmasına rağmen, makul sürede yargılanma hakkının tarafların açmış oldukları davaların/yargılamaların sürüncemede bırakılmasına karşı sağlamış olduğu koruma yetersiz kalabilir. Bununla birlikte, AB milletlerarası özel hukuku kurallarına saygı gösterdiği göz önüne alındığında, AİHM'nin Brüksel rejiminin işleyişinin doğruluğunu veya yerindeliliğini sorgulayacak herhangi bir karar vereceğini söylemek pek mümkün görünmemektedir⁸⁴⁸. Hatta AİHM'nin böyle bir şikâyet başvurusunu davanın ilk açıldığı ve lehine derdestlik kararı verilen mahkemenin bağlı olduğu üye devlete karşı yöneltmesi muhtemeldir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, AİHM tarafından önerilen böyle bir çözüm yolu, AB üyesi olmayan bir taraf devlet mahkemesinin diğer bir taraf devlet mahkemesi lehine vermiş olduğu derdestlik kararları bakımından da önerilebilir olmakla beraber, böyle bir çözüm önerisinin çeşitli sakıncalarının olduğu ve her zaman olumlu netice vermeyebileceği kanaatindeyiz.

B. Bekletici Sorun

1. Genel Olarak

Tarafları, konusu ve sebebi aynı davanın farklı devletlerin mahkemelerinde eşzamanlı olarak görülmesiyle ortaya çıkan sorunları çözmek üzere taraf devletlerce

⁸⁴⁸ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.130.

getirilen ulusal veya uluslararası menşeli kurallarla AİHS m.6/1 arasındaki ilişki ve söz konusu kuralların mahkemelerce tatbikinin tarafların AİHS m.6/1’de yer alan haklarına olan muhtemel etkileri yukarıda incelenmiştir. Bununla beraber, aynı anda farklı devlet mahkemelerinde yargılamaya konu olan paralel davaların, sadece tarafları, konusu ve sebebi aynı olan davalarla sınırlı olmadığını belirtmek gerekir. Farklı devletlerin mahkemeleri önündeki davaların aynı dava olarak nitelendirilmedikleri, ancak söz konusu davalar arasında her iki davanın tarafları, konusu veya sebebinden kaynaklanan bağlantı nedeniyle mahkemelerden birinin vereceği kararın diğer mahkemede görülmekte olan davayı etkileyebileceği haller de paralel davalar kapsamında kabul edilmektedir⁸⁴⁹. Milletlerarası derdestlikte olduğu gibi, görmekte olduğu bir özel hukuk davasının sonucunu etkileyebilecek olan yabancı mahkeme önündeki davanın mahkemece dikkate alınıp alınmayacağı ve yabancı mahkemede görülmekte olan davanın sonucuna kadar eldeki davanın bekletilip bekletilmeyeceği veya hangi şartlar altında bekletilebileceği, genellikle “*bağlantılı dava itirazı*” veya “*bekletici sorun*” müessesesi kapsamında değerlendirilmektedir⁸⁵⁰.

Birbiriyle bağlantılı iki farklı davanın aynı devletin farklı mahkemelerinde dava konusu yapılması halinde, bir mahkemenin görmekte olduğu davanın karara bağlanabilmesi, diğer mahkemede görülmekte olan davanın kısmen veya tamamen sonucuna bağlı ise, mahkeme söz konusu dava kesin karara bağlanana kadar önündeki davayı ihtiyari veya zorunlu olarak erteleyebilmektedir⁸⁵¹. Bu bakımdan, yabancı mahkemede veya Türk mahkemesinde görülmekte olan bağlantılı bir davanın Türk mahkemesindeki bir dava bakımından bekletici sorun kararına konu yapılması arasında amaç bakımından bir fark bulunmamaktadır. Her ikisinde de, bağlantılı bir davanın

⁸⁴⁹ Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.47.

⁸⁵⁰ Karşılaştırmalı hukukta, yabancı mahkeme önündeki bağlantılı dava nedeniyle mahkemenin önündeki davayı bekletip bekletmeyeceği genellikle AB milletlerarası özel hukuk tüzüklerinde açıkça kabul edilmektedir. Türk hukukunda ise, Türk mahkemelerinde görülmekte olan yabancı unsurlu bir davanın sonucunu etkileyebilecek yabancı ülke mahkemesindeki bağlantılı bir davanın bekletilip bekletilmeyeceği problemi, genellikle HMK’da düzenlenen bekletici sorun müessesesi kapsamında tartışılmaktadır (Bkz.: Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.640 vd; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.440 vd; Nomer, **DHH**, s.459; Şanlı, **Ticari Akitler**, s.171; Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.336 vd.). Aslında, her iki hukuk düzeninde, yabancı mahkemelerde görülmekte olan bağlantılı davaların varlığına istinaden mahkemelerin önündeki davayı bekletebileceği kabul edildiğinden, biz de çalışmamızda Türk hukukundaki bekletici sorun kavramını kullanmayı tercih ettik.

⁸⁵¹ Bkz.: Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 6.Baskı, Demir Demir Yayıncılık, C.3, İstanbul 2001, s.3211; Muhammet Özkes, **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, 15. Bası, İstanbul 2017, s.1403; Süha Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku**, C.1., Yetkin, Ankara 2016, s.718;

bekletilmesinin çelişkili kararların verilmesini ve her iki davaya paralel olarak devam edilmesiyle ortaya çıkan zaman, masraf ve emek israfını engellemekte olduğundan usul ekonomisine hizmet ettiğini⁸⁵² söylemek yanlış olmayacaktır⁸⁵³. Diğer taraftan, yargılamayı belirli bir süre geciktirmesi nedeniyle davacının açmış olduğu davanın hızlı bir şekilde karara bağlanması konusundaki menfaatine aykırı olduğu söylenebilirse de, bekletici sorun kararı, adil bir karar verilmesine ve davacının talep ettiği hukuki korumanın tam olarak sağlanmasına da hizmet etmektedir. Bu yönüyle, hem kamusal hem de bireysel menfaatlerin korunmasına hizmet ettiğini söylemek mümkündür⁸⁵⁴.

Bununla beraber, bağlantılı bir davanın bekletici sorun kararına konu yapılmasının davanın uzamasına yol açmak gibi bir sakıncasının bulunduğunu, ayrıca davaların uzamasında menfaati olan davalının bekletici sorun müessesesini kötüye kullanmasına olanak tanıdığını belirtmek gerekir⁸⁵⁵. Söz konusu sakıncaların özellikle yabancı bir mahkemede görülmekte olan bağlantılı bir davanın bekletici sorun yapılması halinde daha da arttığını belirtmek gerekir. Hatta yabancı mahkeme kararının ülkede hukuki sonuç doğurabilmesi için tanıma-tenfiz prosedürüne tabi kılınması zarureti, davanın uzaması ihtimalini daha da yükseltmektedir. Dolayısıyla, tıpkı milletlerarası derdestliğin dikkate alındığı hallerde olduğu gibi, bir taraf devlet mahkemesi ilgili hukuki düzenlemeye istinaden başka bir devletin yargı yetkisinin kapsamına giren bir davanın sonuçlanmasına kadar eldeki davayı bekleterek, sahip olduğu yargı yetkisini kullanmaktan belirli bir süreliğine de olsa imtina etmiş olacaktır. Şüphesiz ki, hakkında bekletici sorun kararı verilen davada karar aşamasına gelinmiş olabileceği gibi, söz konusu davanın öngörülemez şekilde gecikmesi de söz konusu olabilir. Bu da, yabancı mahkeme önündeki bağlantılı dava sonuçlanana kadar önündeki davayı bekletme kararı alan bir taraf devlet mahkemesinin, hukuki korunma talebiyle kendisine başvuran davacının AİHS m.6/1’de yer alan bazı haklarının ihlal edilmesi tehlikesini göze alması anlamına gelmektedir.

⁸⁵² Bkz.: Kuru, **C.3**, s.3211; Tanrıver, **Usûl**, s.719; Özkes, **Pekcanitez Usûl**, s.1404; İbrahim Aşık, **Medenî Usul Hukukunda Bekletici Sorun**, Seçkin, Ankara 2012, s.28-30.

⁸⁵³ Fawcett, **General Report**, s.43; Kruger, **a.g.e.**, s.308.

⁸⁵⁴ Aşık, **a.g.e.**, s.29.

⁸⁵⁵ Kuru, **C.3**, s.3212; Hakan Pekcanitez, “Bekletici Sorun (Meselei Müstehire)”, **Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1. S.1. 1980, s.254.

Böylece, tıpkı milletlerarası derdestlikte olduğu gibi, bir devlet mahkemesinin yabancı mahkemelerde görülmekte olan bağlantılı davayı bekletici sorun kabul ederek önündeki davayı yabancı mahkemenin kararına kadar erteleme, mahkemenin bağlı olduğu devletin sahip olduğu yargı yetkisinden *bir süreliğine* feragat etmesi sonucunu doğuracaktır. Bu da, bir devletin kendi yargı yetkisinin kapsamına giren bireylerin AİHS m.6/1’de yer alan haklarını ihlal etme potansiyeline sahip bu tür tasarrufları nedeniyle AİHM nezdinde sorumluluğunu gündeme getirecektir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla AİHM’nin herhangi bir içtihadının bulunmadığı bu konuda, bekletici sorun kararlarının taraf devletlerin sorumluluğuna yol açıp açmayacağı, doğal olarak, yabancı mahkemelerde görülmekte olan davalar bakımından bekletici sorun kararı vermesinin mümkün olup olmamasına veya hangi usul ve şartlar altında mümkün olduğuna bağlıdır. Bu kapsamda, öncelikle konuya ilişkin karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerle Türk mahkeme tatbikatı ve doktrindeki görüşleri inceleyeceğiz, ardından yabancı mahkemede derdest bağlantılı davaların bekletici sorun yapılabilmesi için aranan ve/veya aranması önerilen şartlarla AİHS m.6/1 arasındaki ilişkiyi değerlendireceğiz.

2. Karşılaştırmalı Hukukta Yabancı Devlet Mahkemeleri Önündeki Bağlantılı Davaların Dikkate Alınması

Karşılaştırmalı hukukta, milletlerarası derdestlik konusunda düzenleme getiren devletler, yabancı ülkedeki bağlantılı davaların dikkate alınması konusunda yasal düzenlemeler getirmeyi pek tercih etmedikleri gibi, milletlerarası derdestliğe ilişkin hükümlerin bağlantılı davalar bakımından uygulanmasının kabul edilmediği belirtilmektedir⁸⁵⁶. Anglo-Amerikan hukukunun cari olduğu ülkelerde, *forum non conveniens* doktrininin aynı zamanda tarafları, konusu veya sebebinin aynı olmadığı paralel davaları engellemek üzere de kullanıldığı belirtilmekte⁸⁵⁷, buna karşın milletlerarası derdestliğin öncelik prensibi veya tanıma öngörüsüne istinaden belirlenmesinden dolayı Kıta Avrupası hukuklarında yabancı mahkeme önündeki bağlantılı davaların dikkate alınması bakımından ayrı bir düzenlemenin gerekli olduğu

⁸⁵⁶ Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.269.

⁸⁵⁷ Fawcett, **General Report**, s.43.

belirlenmektedir⁸⁵⁸. Bu bakımdan, yabancı mahkemelerde görülmekte olan bağlantılı davalar bakımından milletlerarası derdestliğe paralel bir gelişmenin olmadığını söylemek mümkündür. Ancak, yabancı mahkeme önündeki bağlantılı davanın dikkate alınabileceğini öngören yasal düzenlemelere istisnaen de olsa rastlanmaktadır. Örneğin, milletlerarası derdestliğin tanıma öngörüsüne istinaden kabul edildiği İtalyan hukukunda, İtalya MÖHK m.7 hükmünün, aynı zamanda yabancı mahkeme önündeki bağlantılı dava bakımından da kabul edildiği, ancak İtalyan mahkemesinin yabancı mahkemedeki bağlantılı davayı dikkate alıp almamak konusunda takdir yetkisinin olduğu belirtilmektedir⁸⁵⁹. Bu konuda açık bir düzenleme olmamakla beraber, Alman ve Fransız usul kanunlarında yer alan bekletici sorun ve bağlantılı davalara ilişkin hükümlerin yabancı devlet mahkemesi önündeki bağlantılı davalar bakımından da kıyasen uygulanabileceği belirtilmektedir⁸⁶⁰.

AB hukukunda ise, tıpkı milletlerarası derdestlikte olduğu gibi, üye devlet mahkemelerinde görülmekte olan bağlantılı davaların öncelik prensibine istinaden dikkate alınabileceği başta Brüksel Ibis Tüzüğü olmak üzere pek çok tüzükte kabul edilmiştir⁸⁶¹. Söz konusu düzenlemeler arasında uygulama alanı en geniş olan Brüksel Ibis Tüzüğü m.30'da, üye devlet mahkemelerine önündeki davayı *bekletebilme* veya *reddedebilme* konusunda bir takdir yetkisi tanınmıştır⁸⁶². Diğer bir ifadeyle, derdestlikten farklı olarak, bağlantılı davanın varlığı halinde davanın daha sonra açıldığı üye devlet mahkemesine söz konusu davayı dikkate alıp almama konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. Ayrıca Tüzükte bağlantılı dava kavramı açıkça tanımlanmamış, ancak farklı yargılamalar sonucunda birbiriyle çelişen kararların verilmesi tehlikesini bertaraf etmek amacıyla birlikte yargılama yapılmasını ve karar verilmesini gerektirecek kadar çok yakın bağlantının olduğu davalar, birbiriyle bağlantılı davalar olarak kabul edilmiştir (m.30/3)⁸⁶³. Brüksel Ibis Tüzüğü m.30/1 uyarınca, bağlantılı

⁸⁵⁸ Fawcett, **General Report**, s.44.

⁸⁵⁹ Bu konuda bkz.: Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.270.

⁸⁶⁰ Bkz.: Fawcett, **General Report**, s.45; Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.271, dn.441-450'deki yazarlar.

⁸⁶¹ Bkz.: Brüksel Ibis Tüzüğü m.30 (Brüksel I Tüzüğü m.28); Brüksel Ibis Tüzüğü, m.19; Miras Tüzüğü m.18; Nafaka Tüzüğü m.13; Evlilik Mal Rejimleri Tüzüğü m.18.

⁸⁶² Magnus/Mankowski/Fentiman, **Art.30**, s.738; Fentiman, **Commercial Litigation**, s.392; Peter Stone, **EU Private International Law**, Second Edition, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2010, s.202.

⁸⁶³ Doktrinde, farklı üye devlet mahkemelerinde görülmekte olan davaların aynı dava olarak nitelendirilemeyeceği, ancak farklı üye devlet mahkemelerince çelişkili kararların verilmesinin söz konusu olabileceği her durumda uygulanmak üzere geniş bir şekilde yorumlanması gerektiği, dolayısıyla

davaların farklı üye devlet mahkemelerinde açılmış ve görülmekte olduğu hallerde, ikinci davanın açıldığı üye devlet mahkemesi önündeki davayı bekletebilecektir. İkinci davanın açıldığı üye devlet mahkemesi, davanın daha önce açıldığı bağlantılı dava lehine önündeki davayı, tarafların talebine gerek olmaksızın, re'sen bekletebilmektedir.

Brüksel Ibis Tüzüğü aynı zamanda, üye devlet mahkemelerinde görülmekte olan bağlantılı davaların ilk davanın açıldığı üye devlet mahkemesinde birleştirilmesi ve her iki davanın tamamen tek bir mahkeme tarafından çözülebilmesi imkânı da tanımaktadır⁸⁶⁴. Brüksel Ibis Tüzüğü m.30/2 uyarınca, ikinci davanın açıldığı üye devlet mahkemesinin önündeki davayı reddedebilmesi için çeşitli koşulların karşılanması gerekmektedir. Buna göre, bağlantılı davalardan ilkinin açıldığı üye devletin ilk derece mahkemesinde görülmekte olması, söz konusu mahkemenin her iki dava bakımından yetkili bulunması ve bu mahkemenin hukukuna göre davaların birleştirilmesinin mümkün olması gerekmektedir. Buna ilaveten, Brüksel Ibis m.30/1'den farklı olarak, davanın daha sonra açıldığı mahkemenin davayı reddedebilmesi, taraflardan birinin talebine bağlıdır. İkinci davanın açıldığı üye devlet mahkemesi, ilk davanın açıldığı mahkemenin her iki dava bakımından yetkili ve davaların birleştirilmesinin mümkün olup olmadığına, söz konusu mahkemenin hukukuna göre karar verecektir⁸⁶⁵. Sonuç olarak, Brüksel Ibis Tüzüğü m.30'un tanıdığı takdir yetkisi çerçevesinde, ikinci davanın açıldığı üye devlet mahkemesi, ilk davanın açıldığı üye devlet mahkemesindeki bağlantılı davayı dikkate alarak önündeki davayı bekletme veya şartları oluştuğunda reddetmek veya her iki imkânı da reddederek davayı görmeye devam etmek konusunda takdir yetkisine sahiptir⁸⁶⁶. Bu bakımdan, ikinci mahkeme bağlantılı davanın görüldüğü diğer bir üye devlet mahkemesindeki yargılamanın esaslı bir gecikme ihtimalinin varlığını dikkate alarak söz konusu üye devlet mahkemesi lehine önündeki davayı bekletmekten veya reddetmekten imtina edebilecektir.

farklı üye devlet mahkemelerinde açılan iki farklı davadan konusu, tarafları ve/veya sebebi farklı olan davaların bağlantılı dava olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir. Bkz.: Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.**, s.312-314; Magnus/Mankowski/Fentiman, **Art.30**, s.737.

⁸⁶⁴ Stone, **a.g.e.**, s.202.

⁸⁶⁵ Magnus/Mankowski/Fentiman, **Art.30**, s.738-739.

⁸⁶⁶ Stone, **a.g.e.**, s.202.

Brüksel Ibis Tüzüğü, seleflerinden farklı olarak üye devlet mahkemelerine üçüncü bir ülke mahkemesinde görülmekte olan bağlantılı davalar lehine önlerindeki davayı bekletme veya reddetme imkânı tanımıştır⁸⁶⁷. Buna göre, üye devlet mahkemelerine üçüncü bir devlet mahkemesinde görülmekte olan bağlantılı davayı m.34/1’de yer alan şartların varlığı halinde dikkate alarak önündeki davayı bekletmek veya m.34/2’te yer alan şartlardan herhangi birinin karşılanamaması halinde bekletmiş olduğu davaya devam edebilmek konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. Üye devlet mahkemeleri, söz konusu yetkiyi taraflardan birinin talebi üzerine veya ulusal hukuklarınca mümkün olması halinde re’sen kullanabilecektir (m.34/4). Bu noktada, Brüksel Ibis Tüzüğü m.34’de davanın bekletilmesi veya bekletilen davaya devam edilmesi için aranan şartların, bağlantılı davalara ilişkin şart dışında, derdestliğe ilişkin m.33 hükmüyle kelimesi kelimesine benzerlik arz ettiği belirtmek gerekir. Dolayısıyla bir üye devlet mahkemesinin üçüncü bir ülke mahkemesinde görülmekte olan bağlantılı davayı dikkate alarak bekletebilmesi için, diğer koşullara⁸⁶⁸ ilaveten, iki dava arasında farklı yargılamalar sonucunda birbiriyle çelişen kararların verilmesi tehlikesini bertaraf etmek amacıyla birlikte yargılama yapılmasını ve karar verilmesini gerektirecek kadar çok yakın bağlantının olması gerekmektedir (m.34/1). Brüksel Ibis Tüzüğü m.34/1’de yer alan koşulların karşılandığı kanaatiyle önündeki davayı bekleten üye devlet mahkemesinin, büyük ölçüde m.34/1’de yer alan şartlarla sıkı bağlantı içinde olan m.34/2’deki şartlardan herhangi birinin varlığı halinde önündeki davaya devam edebileceği de öngörülmüştür. Mahkeme, çelişkili kararlar verilmesi tehlikesinin ortadan kalktığına kanaat getirmesi, üçüncü devlet mahkemesi önündeki davanın bekletildiği veya durdurulduğu, söz konusu mahkemede davanın makul süre içinde bitirilmesinin mümkün olmadığının anlaşılması veya davaya devam edilmesinin adaletin doğru bir şekilde yönetilmesi için gerekli olduğuna kanaat getirmesi halinde davaya devam edebilecektir.

⁸⁶⁷ Fentiman, **Commercial Litigation**, s.401.

⁸⁶⁸ Brüksel Ibis m.34/2’ye göre davanın bekletilebilmesi için, Tüzüğün belirli hükümlerine göre yetkisinin doğmuş olması, iki dava arasında birlikte yargılama yapılmasını ve karar verilmesini gerektirecek kadar çok yakın bağlantının olması, üçüncü devlet mahkemesince verilecek kararın tanınması veya tenfizinin öngörülebilir olması ve mahkemenin söz konusu davanın bekletilmesinin adaletin doğru bir şekilde yönetilmesi için gerekli olduğu kanaatinde olması gerekmektedir.

Görüldüğü üzere, üye devletlerin ulusal hukuklarından farklı olarak, AB hukukunda üye devlet mahkemelerinde görülmekte olan bağlantılı davaların mümkün mertebe tek bir üye devlet mahkemesi önünde karara bağlanması temin edilmeye çalışılmıştır. Ancak, derdestliğe ilişkin m.29 hükmünden farklı olarak üye devlet mahkemesine diğer üye devlet mahkemesindeki bağlantılı dava daha önce açılrsa da, söz konusu dava lehine önündeki davayı bekletmeme veya reddetmeme yetkisi de tanınmıştır. Üçüncü devlet mahkemelerinde görülmekte olan bağlantılı davaların dikkate alınıp alınamayacağı konusunda, derdestliğe ilişkin m.33'te yer alan düzenlemenin büyük ölçüde bağlantılı davalar bakımından da benimsenmiş olduğu görülmektedir. Böylece, üçüncü bir devlet mahkemesindeki bağlantılı davanın varlığına istinaden üye devlet mahkemelerine önlerindeki davayı bekletme ve hal ve şartlara göre, önündeki davaya her zaman devam edebilme imkânına sahip olması, kendisine başvuran bireylerin AİHS m.6/1'de yer alan haklarının ihlal edilmesi ihtimalinin mümkün olduğunca engellenmesini temin etmektedir. Bu bakımdan Tüzüğün derdestliğe ilişkin 33. maddesine yönelik değerlendirmelerimizin aynı zamanda bağlantılı davalar bakımından da geçerli olduğunu belirtmek gerekir.

3. Türk Hukukunda Yabancı Mahkemedeki Bağlantılı Davaların Bekletici Sorun Yapılmasının Mümkün Olup Olmadığı

Türk milletlerarası özel hukukunda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)⁸⁶⁹ m.1361'de yer alan özel bir düzenleme dışında, yabancı ülke mahkemelerinde görülmekte olan bağlantılı davaların Türk mahkemelerince dikkate alınabileceğine yönelik genel nitelikte pozitif bir düzenleme bulunmamaktadır. Söz konusu maddede de, haksız ihtiyati haciz talebinde bulunan davacıya karşı açılan tazminat davası bakımından yabancı mahkemelerde veya hakem önünde açılan deniz alacağının esasına ilişkin davaların Türk mahkemelerince bekletici sorun oluşturacağı açıkça kabul edilmiştir. Bu konuda HMK m.165'te yer alan bekletici sorun müessesesinin, bir Türk mahkemesine diğer bir Türk mahkemesinde görülmekte olan yabancı unsurlu bir bağlantılı davanın sonuçlanmasına kadar önündeki -yabancı unsurlu- davayı erteleme

⁸⁶⁹ RG: 14.2.2011 - 27846

yetkisi getirdiği⁸⁷⁰ konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır⁸⁷¹. Buna mukabil, Türk hukukunda yabancı mahkemelerde görülmekte olan bağlantılı davaların bekletici sorun yapıp yapılamayacağı konusunda açık bir hükmün bulunmaması, HMK m.165 hükmünün, yabancı mahkemelerde görülmekte olan davalar bakımından da tatbikinin mümkün olup olmadığı konusunda farkı görüşlerin ileri sürülmesine, mahkeme tatbikatında farklı yönde kararların verilmesine neden olmuştur.

Yabancı mahkemede görülmekte olan bağlantılı davaların Türk mahkemelerince bekletici sorun yapılmasının mümkün olup olmadığı konusundaki görüşlerin, büyük ölçüde milletlerarası derdestliğin kabulü veya reddi yönündeki argümanlarla benzerlik arz ettiğini belirtmek gerekir. Bu bağlamda, yabancı mahkemede görülmekte olan bağlantılı davanın dikkate alınmasının Türk mahkemelerinin yabancı mahkemeler lehine yargı yetkisinden feragat etmesi anlamına geleceği ve bunun devletin egemenliği ilkesine aykırı olduğu savunulmuştur⁸⁷².

Diğer bir görüşe göre, TTK m.1361’de olduğu gibi, bu konuda yasal bir zorunluluğun öngörüldüğü hallerde yabancı bir mahkemede görülmekte olan bir davanın bekletici sorun yapılabileceği, bu konuda yasal bir zorunluluk öngörülmedikçe yabancı mahkemedeki davanın bekletici sorun yapılmasının Türk milletlerarası usul hukuku sistemi bakımından doğru olmadığı ileri sürülmektedir⁸⁷³. Bu konuda ileri sürülen temel argüman, tıpkı milletlerarası derdestlikte olduğu üzere, bekletici sorun kararı verilen yabancı mahkeme kararının Türk mahkemesinde kesin hüküm veya kesin delil olarak dikkate alınabilmesi için söz konusu kararın tanınması gerektiği, ancak bekletici sorun kararı verildiği an itibariyle yabancı mahkemenin vereceği kararın tanınıp tanınmayacağı kesin olmadığından, bekletici sorun kararı verilmesinin mümkün

⁸⁷⁰ HMK m.165’te Türk mahkemelerinin başka bir davayı bekletici sorun saymalarının, çeşitli kanunlarda sayılan zorunlu bekletici sorun halleri dışında, ihtiyari nitelikte olduğunu belirtmek gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Kuru, **C.3**, s.3214; Aşık, **a.g.e.**, s.71-72.

⁸⁷¹ Türk medeni usul hukukunda Türk mahkemeleri önünde görülmekte olan bağlantılı davalar bakımından “davaların birleştirilmesi (HMK m.166)” müessesesi de öngörülmüştür. Dolayısıyla, HMK m.166’da yer alan şartların varlığı halinde, bir Türk mahkemesinin diğer bir Türk mahkemesinde görülmekte olan yabancı unsurlu bağlantılı dava ile önündeki davanın birleştirilmesine karar verebilir. Ancak, yabancı mahkemede görülmekte olan bağlantılı dava ile Türk mahkemesinde görülmekte olan davanın Türk mahkemesince birleştirilmesi, bu konuda Türk mahkemesi ile yabancı mahkemeyi bağlayıcı uluslararası bir anlaşma hükmü olmadıkça, mümkün görünmemektedir. Benzer yönde bkz.: Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.346.

⁸⁷² Altuğ, **Yargı Yetkisi**, s.208.

⁸⁷³ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.642.

olmadığına yöneliktir⁸⁷⁴. Bu nedenle, ihtiyari bekletici sorunun yabancı devlet mahkemesi önündeki davalar bakımından kabul edilmeyeceği⁸⁷⁵, Türk mahkemesinin önündeki davayı yabancı mahkemenin –bekletici sorun kararı verildiği an itibariyle tanınacağı veya tenfiz edileceği tam olarak tespit edilemeyecek yabancı mahkeme kararı verilinceye kadar bekletilmesinin, ihkak-ı haktan imtina anlamına geleceği⁸⁷⁶ belirtilmektedir.

Buna mukabil, özellikle son yıllarda yabancı devlet mahkemesinin vereceği kararın Türkiye’de tanınabilir veya tenfiz edilebilir olduğunun öngörülmesi durumunda yabancı mahkeme önündeki bağlantılı davanın HMK m.165 hükmüne istinaden bekletici sorun yapılabileceği görüşü ileri sürülmektedir⁸⁷⁷. Özellikle TTK m.1361 hükmü gerekçe gösterilerek Türk milletlerarası usul hukukunda bekletici sorun müessesesinin kabul edilmesinin mümkün olduğu, bu konuda yabancı mahkeme kararlarının beklenilmesine izin veren genel bir hüküm bulunmamakla beraber, açıkça yasaklayan bir hükmün de bulunmadığı ifade edilmektedir⁸⁷⁸. Bu nedenle, milletlerarası özel hukuk alanındaki gelişmeler ve ihtiyaçlar dikkate alınarak, en azından yabancı mahkemenin vereceği kararın tanınması veya tenfizi mümkün ve muhtemel gözükmekte ise, yabancı mahkemedeki bağlantılı davaların bekletici sorun yapılabileceği belirtilmektedir⁸⁷⁹.

Uygulamada, yabancı mahkemede görülmekte olan bağlantılı bir davanın Türk mahkemelerince bekletici sorun yapıp yapılamayacağı konusunda Yargıtay’ın birbiriyle çelişen kararlarının bulunduğunu belirtmek gerekir. Örneğin, Yargıtay yabancı devlet mahkemelerinde görülmekte olan dava sonucunda kurulacak hükmün görülmekte olan davayı etkileyeceğinden bahisle yabancı mahkemede görülmekte olan davanın sonucunun beklenilmesi gerektiğine pek çok kez hükmetmiştir⁸⁸⁰. Yakın tarihli

⁸⁷⁴ Nomer, **DHH**, s.459; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.642.

⁸⁷⁵ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.642-643.

⁸⁷⁶ Nomer, **DHH**, s.459.

⁸⁷⁷ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.443; Şanlı, **Ticari Akitler**, s.173; Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.346, 350; Özekes, **Pekcanitez Usûl**, s.1405-1406; Aşık, **a.g.e.**, s.156.

⁸⁷⁸ Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.347.

⁸⁷⁹ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.443.

⁸⁸⁰ Örneğin, Yargıtay 1986 tarihli bir kararına konu davada, ABD mahkemesindeki derdest davanın Türk mahkemelerince görülmekte olan davada bekletici sorun yapılarak sonucunun beklenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Söz konusu karara konuda olayda, davacı ABD Pensilvanya Eyalet Mahkemesinde distribütörlük sözleşmesinden doğan haklarının korunması amacıyla Commodore şirketi aleyhine dava

bir diğer kararında da, Türk mahkemelerinde görülmekte olan dava bakımından, Romanya mahkemelerinde görülmekte olan davanın bekletici sorun yapılabileceğine karar vermiştir⁸⁸¹. Söz konusu kararlarda Yargıtay yabancı mahkeme kararlarının sonucuna kadar eldeki davanın bekletebileceğini belirtmekle beraber, derdestliğe ilişkin kararlarından farklı olarak, yabancı mahkemenin vereceği kararın tanınması veya tenfizinin öngörülebilir olması gibi bir şartın aranması gerektiğinden söz etmemiştir. Buna mukabil, 2000 tarihli başka bir kararında Yargıtay HGK, yabancı mahkemelerde görülmekte olan bağlantılı davanın bekletici sorun yapılamayacağına hükmederken, gerekçe olarak yabancı mahkemede henüz derdest bulunan bir davada, söz konusu mahkemenin maddi ve hukuki nitelendirmelerinin kanun yollarından geçerek kesinleşmedikçe Türk mahkemesinde delil olarak kullanılamayacağını ve ön mesele oluşturmayacağını belirtmiştir⁸⁸². Karardan anlaşıldığı kadarıyla, söz konusu mahkemenin vereceği kararın tanınması veya tenfizi öngörülebilir olsa da, söz konusu şartın yabancı mahkeme önündeki bağlantılı dava hakkında bekletici sorun kararının

açmıştır. Commordore şirketi de, ABD mahkemesinde dava açan davacı distribütör aleyhine Türkiye’de bir haksız rekabet davası açmıştır. Yargıtay, Türk mahkemesindeki davada, davalının eyleminin haksız olup olmadığını tespit etmek için, sözleşmenin halen geçerli olup olmadığını tespiti de zorunlu görülüyorsa, davalının ABD Eyalet mahkemesinde açtığı davanın bekletici sorun yapılarak sonucunun beklenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bkz.: Yargıtay 11.HD, E.1486/1986, K.2090/1986, T.10.4.1986, (Nuray Ekşi, **Milletlerarası Özel Hukuk I Pratik Çalışma Kitabı**, 3. Bası, Beta, İstanbul 2016, s. 305-306). 1999 tarihli bir diğer kararında Yargıtay, Alman mahkemelerinde görülmekte olan teminat mektubunun tazminine ilişkin davanın davalı E.bank lehine sonuçlandığı ve davacı A.bankasının davasının reddedildiğinin dava dosyasından anlaşıldığına, Almanya’da açılan dava sonunda verilecek hükmün görülmekte olan kefalet sözleşmesinden kaynaklanan davayı etkileyeceğinin kuşkusuz olduğuna, yabancı mahkemede davanın kesinleşmesinin beklenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bkz.: Yargıtay 19.HD, E.1999/4504, K.1999/5230, T.24.9.1999, (Çevrimiçi, www.kazanci.com, 22 Ocak 2018).

⁸⁸¹ “...davalı MKJV’nin iflâs davasında BIAT SRL’nin alacağı olduğu kabul edildiği gibi, adı geçen alacak istemiyle MKJV şirketi hakkında Romanya mahkemelerinde açılan dava bulunduğu dosyadaki beyanlardan anlaşılmaktadır. Taşeronun bakiye alacağı bulunduğu sabit olduğu takdirde, ... eldeki bu davanın görülmesi açılan davanın sonuçlarına bağlıdır. O halde yapılması gereken iş, taraflar arasında görülmekte olan dava sonuçlarını beklemek, BIAT SRL’nin avans borcu olup olmadığı ve sözleşmenin feshinde tarafların kusurunun saptanmasına göre, avans borcu varsa bunun mahsubuyla avans teminat mektubunun serbest bırakılıp bırakılmayacağına karar verilmesinden ibarettir...”. Bkz.: Yargıtay 15.HD, E.2011/2901, K.2012/4661, T.11.6.2012, (Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.442, dn.210).

⁸⁸² Bkz.: Yargıtay HGK, E.2000/19-1074, K.2000/1126, T.5.7.2000. Söz konusu karara konu davada, Alman mahkemesi önünde derdest bulunan davanın sonucunda verilecek kararın Türk mahkemesinde görülmekte olan sözleşmeden kaynaklanan davanın sonucuna kadar beklenip beklenmeyeceği tartışılmıştır. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E.1999/4504, K.1999/5230 sayılı ve 24.9.1999 tarihli kararında Alman mahkeme kararının sonucunun Türk mahkemesinin vereceği kararı etkileyeceği gerekçesiyle Alman mahkemesi kararının kesinleşmesinin beklenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Yerel mahkemenin direnmesi üzerine Yargıtay HGK, yukarıda değindiğimiz ifadelerle Alman mahkemesinde görülmekte olan davanın bekletici sorun yapılamayacağına karar vermiştir. Her iki karar için bkz.: Çevrimiçi, www.kazanci.com, 22 Ocak 2018.

verilmesi için yeterli olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Neticeten, uygulamada yabancı mahkemelerde görülmekte olan aynı davalar lehine derdestlik kararı verilebilmesi için aranan bazı şartların, yabancı mahkemelerde görülmekte olan bağlantılı davalar bakımından da aranması gerektiği konusunda bir anlayışın oluşmadığı görülmektedir. Muhtemeldir ki bunda, yabancı mahkemelerde görülmekte olan davaların bekletici sorun yapılmasını emreden ulusal veya uluslararası menşeli hükümlerin bulunmamasının katkısı bulunmaktadır.

4. Bağlantılı Davaların Dikkate Alınmasına Yönelik Karşılaştırmalı Hukukta Kabul Edilen Düzenlemelerle Türk Doktrinde İleri Sürülen Görüşlerin AİHS m.6/1 Çerçevesinde Değerlendirilmesi

a. Yabancı Mahkemede Derdest Bağlantılı Davaların Dikkate Alınmasını Mümkün Kılan Ulusal veya Uluslararası Düzenlemeler Bakımından

Bir devlet mahkemesinin yabancı mahkemelerde görülmekte olan bağlantılı bir davayı bekletici sorun yaparak önündeki davayı söz konusu mahkemenin kararına kadar ertelemesi, kimi ülke hukuklarında ve uluslararası düzenlemelerde açıkça kabul edilmişken, kimi ülkelerde bu konuda açık bir düzenlemenin olmadığı görülmektedir. Mahkemelerine böyle bir yetki tanınan ülke hukuklarında, bir taraf devlet mahkemesi, bağlantılı bir davanın yabancı mahkemede görülmekte olduğu vakıasına istinaden kendi önüne gelen bir uyuşmazlığın çözümü konusunda sahip olduğu yargı yetkisinden belirli bir süreliğine de olsa belirli şartlar ve usul dairesinde feragat etmektedir. Aynı zamanda böyle bir tasarruf, maddi hukuka ait bir netice elde etmek amacıyla dava açan bireylerin hak arama özgürlüğünü, salt yabancı bir mahkemede görülmekte olan bağlantılı dava sonucunda verilecek kararın önündeki davanın sonucunu etkileyebileceği gerekçesiyle sınırlamaktadır. Şüphesiz, yabancı mahkeme önündeki dava sonucunda verilecek kararın beklenilerek bu karardan yararlanılması, mahkemeler ve taraflar açısından emek, zaman ve masraftan tasarruf edilmesine ve farklı devletlere ait olsa da birbiriyle bağlantılı davalar bakımından mahkemelerin birbiriyle uyumsuz/tutarsız kararlar vermelerinin engellenmesine hizmet etmektedir⁸⁸³. Bu bakımdan, tıpkı milletlerarası derdestlikte olduğu gibi, devletlerin ulusal veya uluslararası menşeli kurallara istinaden,

⁸⁸³ Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.347.

bağlantılı bir davanın yabancı bir mahkemede açılmış ve görülmekte olduğu vakıasına belirli şartlar altında hukuki sonuç tanınmasının, adaletin doğru ve etkin bir şekilde yürütülmesi meşru amacına hizmet ettiği söylenebilir. Diğer taraftan, milletlerarası derdestliğe ilişkin değerlendirmelerimizde belirttiğimiz üzere, yabancı mahkemede görülmekte olan bağlantılı davanın varlığına istinaden eldeki davanın bekletilmesiyle özel hukuka ilişkin iddiaları hakkında AİHS m.6/1'e uygun bir şekilde karar verilmesini isteyen davacıların özellikle mahkemeye erişim hakkı ile makul sürede yargılanma hakkına müdahale edilmektedir. Bu açıklamalar ışığında, yabancı mahkeme önünde bağlantılı bir davanın derdest olduğu vakıasının belirli usul ve şartlar altında bekletici sorun yapılmasının veya yapılmamasının, bir taraftan devletin sahip olduğu yargı yetkisinden feragat edip edemeyeceği ile diğer taraftan tarafların AİHS m.6/1'de yer alan haklarıyla yakın bir ilişkisinin olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Yabancı ülkedeki bağlantılı davaların çeşitli usul ve şartlar altında beklenilmesi, milletlerarası derdestliğin kabul edildiği hukuk düzenlerinde olduğu gibi, bir belirsizliği de bünyesinde barındırmaktadır. Çünkü taraf devlet mahkemesi önündeki davayı karara bağlayabilmek için bekletici sorun yaptığı yabancı mahkemenin bağlantılı dava bakımından adil bir yargılama yap(a)maması, özellikle makul süre içinde yargılama yapamaması ihtimali her zaman bulunmaktadır. Böyle bir durumda, AİHS m.6/1'i ihlal eden veya edecek bir mahkeme kararını beklemek, hal ve şartlara göre, önündeki davayı bekleten mahkemenin davacının makul sürede yargılama hakkını veya mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir. Dolayısıyla, yabancı mahkemede bağlantılı davanın sonucunun beklenmesine karar verilmesi, tıpkı milletlerarası derdestlikte olduğu gibi, AİHS m.6/1'in ihlaline dahi yol açabilecek bir belirsizliği bünyesinde her zaman barındırmaktadır.

Bu belirsizliğin yabancı mahkemede görülmekte olan bağlantılı davanın beklenebileceğini öngören düzenlemelerde milletlerarası derdestlik itirazının kabulü için aranan şartların bekletici sorun bakımından da aranmasına ve Türk doktrinince de önerilmesine neden olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, konunun açıkça düzenlendiği İtalyan MÖHK m.7 ve Brüksel Ibis Tüzüğü m.34'te, yabancı mahkemelerde görülmekte olan bağlantılı davaların bekletici sorun yapılmasına izin veren düzenlemelerde yabancı mahkeme

kararının beklenilmesinin koşulları ve usulü, milletlerarası derdestlik itirazının kabulü için aranan şartlar ve usul ile benzerlik arz etmektedir⁸⁸⁴. Böylece, mahkemelere yabancı mahkemelerde derdest bağlantılı davaların davalı tarafından bağlantılı dava itirazına/bekletici sorun yapılması talebine istinaden bekletilmesi veya beklenilen davaya bağlantılı davanın görüldüğü yabancı mahkemedeki değişen koşullara bağlı olarak devam edilmesi konusunda geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Bu bakımdan, yukarıda değindiğimiz düzenlemelerde yabancı mahkemedeki bağlantılı davaların bekletilmesi veya beklenilen davaya devam edilmesi suretiyle davacıların AİHS m.6/1’de yer alan haklarına meşru bir sınırlama getirebilme imkânı tanındığını söylemek mümkündür.

Karşılaştırmalı hukukta yer alan ve Türk doktrinince kısmen önerilen bu şartların, aleyhine bekletici sorun kararı verilen tarafın AİHS m.6/1’de yer alan haklarının ihlal edilmesi tehlikesini mümkün mertebe önleme gayesi güttüğünü söylemek mümkünse de, söz konusu şartlar da, tıpkı milletlerarası derdestlikte olduğu gibi, nitelikleri gereği bir belirsizliği bünyesinde barındırmaktadır. Örneğin, yabancı mahkeme kararının beklenilmesi için aranan söz konusu kararın tanınması veya tenfizinin mümkün olup olmadığı, söz konusu mahkeme kararının tanınması veya tenfizi talep edilinceye kadar bilinemez. Keza, bağlantılı davanın beklenilmesinin adaletin doğru yönetilmesi için gerekli olduğu kanaati bekletici sorun kararının verildiği an itibariyle hâsıl olsa da, sonradan bağlantılı davanın sonucunda verilecek kararın asıl dava sonucunda verilecek kararı etkilemeyeceği anlaşılabılır. Aynı şey, makul süre şartı açısından da geçerlidir. Zira bekletici sorun kararı verilmesinden yabancı mahkemenin önündeki davayı karara bağlaması anına kadar geçen süre, asıl davanın aşırı uzamasına yol açabilir.

Aynı zamanda milletlerarası derdestlik bakımından da ayrıntılı bir şekilde ele aldığımız bu örneklerden anlaşılacağı üzere, Türk doktrininde yabancı mahkeme önündeki bağlantılı davaların bekletici sorun yapılamayacağı görüşünün temelinde de esasen bu belirsizlik yatmaktadır. Bu bakımdan, yabancı mahkemedeki bağlantılı davaların bekletici sorun yapılması, hem amaç ve nitelik itibariyle hem aranan koşullar

⁸⁸⁴ Brüksel Tüzüğü m.34’te, milletlerarası derdestlikten farklı olarak, sadece bağlantılı dava ifadesinden ne anlaşılması gerektiğine yer verilmiş, bunun dışında gerek eldeki davanın bekletilmesi gerekse bekletilen davaya devam edilmesi konusunda aynı şartlara ve usule bağlantılı davalar açısından da yer verilmiştir.

itibariyle hem de bireylerin hakları ile devletin AİHS m.6/1'den kaynaklanan yükümlülükleri açısından yaratabileceği mahzurlar bakımından, milletlerarası derdestlik müessesesiyle büyük bir benzerlik arz etmektedir. Dolayısıyla, milletlerarası derdestliğin kabul edildiği ulusal veya uluslararası düzenlemelerde yer alan şartlar ve usule ilişkin yapmış olduğumuz değerlendirmelerin, yabancı mahkemelerdeki derdest bağlantılı davaların bağlantılı dava itirazına veya bekletici sorun kararlarına konu yapılması halinde de geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Bu nedenle, milletlerarası derdestliğin kabulü için ulusal/uluslararası düzenlemelerde yer alan ve Türk doktrinince önerilen şartlara ve usule ilişkin AİHS m.6/1 kapsamında yaptığımız değerlendirmeler, yabancı mahkemedeki bağlantılı davanın bekletilebilmesi için karşılaştırmalı hukukta aranan veya Türk hukukunda aranması teklif edilen şartlar için de geçerlidir.

Bu noktada, somut bir uyuşmazlıkta yabancı bir mahkemede bağlantılı bir davanın varlığına istinaden yapılan bağlantılı dava itirazı veya bekletici sorun yapılması talebinin, ilgili düzenlemede yer alan koşullar karşılanmasına rağmen, kabul edilmesinin veya reddedilmesinin, tarafların AİHS m.6/1'de yer alan diğer haklarına da bir müdahalede bulunduğu tereddüt bulunmamaktadır. Yukarıda, milletlerarası derdestliğin kabul edildiği ülke hukuklarında davalının milletlerarası derdestlik itirazının mahkemece kabul edilerek beklenmesinin davacının mahkemeye erişim ve makul sürede yargılanma hakkına müdahale teşkil ettiğini, söz konusu müdahalenin hangi hallerde ihlale yol açabileceğini veya açmayacağını çeşitli ihtimallere göre değerlendirmiştik⁸⁸⁵. Benzer şekilde, yabancı bir mahkemede derdest bağlantılı davanın sonucuna kadar eldeki davanın bekletilmesi veya bekletici sorun yapılması da, çeşitli ihtimallere göre davacının yukarıda değindiğimiz haklarının ihlal edilmesine yol açabilir. Burada, eldeki davanın yabancı mahkemede görülmekte olan tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir davaya istinaden bekletilmesi ile yabancı mahkemede görülmekte olan bağlantılı davanın bekletilmesi arasında, davacının AİHS m.6/1'de yer alan haklarına yönelik müdahale bakımından herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Bu nedenle, milletlerarası derdestlik kararı verilerek eldeki davanın bekletilmesi şeklinde ortaya çıkan müdahalenin davacının AİHS m.6/1'de yer alan haklarının hangi hal ve şartlar altında ihlal edebileceğine dair değerlendirmelerimiz, yabancı mahkemede

⁸⁸⁵ Bkz.: Yukarıda, s.568-585.

derdest bağlantılı davaların beklenilmesi veya bekletici sorun yapılması hallerinde de geçerlidir.

Buna mukabil, milletlerarası derdestlikten farklı olarak, yabancı mahkemede bağlantılı davanın varlığına istinaden davalının bağlantılı dava itirazının/bekletici sorun yapılması talebinin –şartların varlığı halinde dahi- reddedilmesi, böyle bir red kararının davalının AİHS m.6/1’de yer alan haklarının (hakkaniyete uygun yargılanma hakkının) ihlal sonucu doğurmayabilir. Zira böyle bir durumda, aynı davanın değil bağlantılı davanın varlığı söz konusu olduğundan, davalı tek başına böyle bir kararın aşırı yetkili bir mahkemede davanın görülmesine yol açtığını ileri süremeyecektir. Aynı husus, yabancı mahkemede görülmekte olan bağlantılı davanın beklenilmesinin yasal olarak mümkün olmadığı ülke hukuklarında, mahkemelerin davalılarca yapılan bağlantılı dava itirazını veya bekletici sorun taleplerini reddetmesi bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla, her iki halde de davalı sadece bağlantılı dava/bekletici sorun itirazından bağımsız olarak aşırı yetki tesisinin AİHS m.6/1’i ihlal ettiğini ileri sürebilir. Ki aşırı yetki tesisi ile AİHS m.6/1 arasındaki ilişki yukarıda ayrıntılı bir şekilde incelendiğinden, söz konusu kısma atıf yapmakla yetineceğiz.

b. Yabancı Mahkemede Derdest Bağlantılı Davaların Dikkate Alınmasının Kabul Edilmediği Hukuk Düzenleri Bakımından

Aralarında Türkiye’nin de olduğu kimi ülke hukuklarında, milletlerarası derdestliğin genel olarak normatif bir şekilde kabul edilmemiş olmasının AİHS m.6/1’le bağdaşıp bağdaşmadığı, bu konuda lehe veya aleyhe ileri sürülebilecek çeşitli argümanlara istinaden incelemiş ve söz konusu maddenin prensip olarak devletlere milletlerarası derdestlik müessesesi tanzim etmek gibi bu tür bir yükümlülük getirmediğini yukarıda tespit etmiştik. Bu konuda, bir devletin aynı zamanda AİHS m.6/1’de teccessüm etmiş olan, kendi yargı yetkisinin –ve milletlerarası yetkisinin- kapsamına giren bireyler arasında adalet dağıtma yükümlülüğünün bulunmasının, söz konusu devletin milletlerarası derdestlik müessesesini çeşitli şartlar altında dahi olsa kabul etmemesi için yeterli bir gerekçe olduğunu ifade etmiştik. Aynı davanın yabancı bir mahkemede görülmekte olması nedeniyle bir devletin (mahkemesinin) yargı

yetkisinden –belirli bir süre de olsa- imtina etmesi, aynı zamanda bireylerin adalet taleplerinin reddedilmesi tehlikesini beraberinde getirmektedir.

Benzer şekilde, milletlerarası derdestlik itirazının kabulü için aranan ve büyük ölçüde yabancı mahkemedeki yargılamanın akıbetine bağlı olan şartlar, nitelikleri gereği bir belirsizliği bünyelerinde barındırmaktadır. Söz konusu şartların, az veya çok yabancı mahkemede görülmekte olan bağlantılı davalar bakımından da arandığı göz önüne alındığında, aynı belirsizlik yabancı mahkemede bağlantılı bir davanın varlığına istinaden eldeki davanın bekletildiği hallerde de ortaya çıkmaktadır. İşte nasıl ki bir devlet aynı davanın yabancı mahkemede derdest olması vakıasına istinaden kendi mahkemesine başvuran bireylerin adalet taleplerini reddederek AİHS m.6/1'in ihlali riskini üstlenmek yerine aynı davanın kendi mahkemesinde görülmesini tercih ederek milletlerarası derdestliği kabul etmeyebilirse, aynı gerekçeyle bağlantılı dava itirazını veya bekletici sorun müessesesini de kabul etmeyebilir. Diğer bir ifadeyle, bir devlet, milletlerarası derdestlikte olduğu gibi, mahkemelerinin yabancı mahkeme önünde bağlantılı bir davanın sonucuna kadar önündeki davayı bekletmelerinin davacının en azından makul sürede yargılanma hakkını ihlal edebileceği mülahazasıyla milletlerarası karakterli davalarda bekletici sorun müessesesini kabul etmeyebilir.

Devletler, milletlerarası derdestlik veya bekletici sorun müesseselerini, üstlenmiş oldukları temel haklara ilişkin anayasal veya Sözleşmesel yükümlülüklerine aykırı davranmamak amacıyla kabul etmemiş olabilirler. Bununla beraber, tıpkı milletlerarası derdestlikte olduğu gibi, devletlerin mahkemelerine yabancı mahkemedeki bağlantılı bir davayı dikkate alma yetkisi tanıyan veya yükümlülüğü getiren normatif bir düzenlemeyi tercih etmemesi, insan haklarının korunması mülahazasından ziyade, büyük ölçüde bu konuda bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmamasından kaynaklanmaktadır. En azından Türk hukukunda, milletlerarası derdestlikte olduğu gibi, yabancı mahkemelerde görülmekte olan bağlantılı davaların dikkate alınması konusunda müstakil bir bekletici sorun hükmüne normatif olarak yer verme ihtiyacının hissedilmediğini ve bu konuda bir susma halinin veya kanun boşluğunun⁸⁸⁶ olduğunu söylemek mümkündür. Özellikle, milletlerarası derdestliğe ilişkin ulusal veya

⁸⁸⁶ Bkz.: Aşık, **a.g.e.**, s.156.

uluslararası menşeli pek çok hükmün varlığına rağmen bekletici soruna ilişkin -TTK m.1361 dışında- herhangi bir yasal düzenlemenin bulunmayışının, bu düşüncüyü kuvvetlendirdiği kanaatindeyiz. Aksi halde, yabancı mahkemede bağlantılı davanın dikkate alınması gerektiğine yönelik bir ihtiyaç hâsıl olsaydı, tıpkı TTK m.1361’de olduğu gibi, bu konuda özel düzenlemelere veya genel bir hükme kanun koyucu tarafından yer verilebilirdi.

Bu bakımdan, milletlerarası derdestlikte olduğu gibi, milletlerarası karakterli davalarda yabancı mahkemede görülmekte olan davaların bekletici sorun kararlarına konu yapılmasına yönelik bir düzenlemenin yapılmasına, büyük ölçüde Türk milletlerarası özel hukuk alanında duyulan ihtiyaçların vesile olabileceğini söylemek mümkündür. Aynı veya bağlantılı davaların yabancı mahkemede de derdest olmasının yaratabileceği çeşitli mahzurlar da dikkate alınarak, Türk mahkemelerinde görülmekte olan aynı veya bağlantılı bir davanın görülmekte olduğu vakıasına çeşitli şartlar ve usule istinaden hukuki sonuç tanıyan bir hükme Türk hukukunda da açıkça yer verilmesi ihtiyacı ortaya çıkabilir. Şüphesiz, böyle bir düzenleme yapılırken, Türk mahkemelerinin önüne gelen bireylerin AİHS m.6/1’de yer alan haklarını mümkün mertebe gözetecek usul ve şartların getirilmesi gerekmektedir.

C. AİHS m.6/1 Açısından Yabancı Mahkemelerde Derdest Olan Aynı veya Bağlantılı Davaların HMK Hükümlerine Uyarınca Türk Hukukunda Dikkate Alınmasının Yerindeliği ve Bu Konuda AİHS m.6/1’e Uygun Bir Yasal Düzenlemede Olması Gereken Unsurlar

1. Genel Olarak

Yabancı devlet mahkemelerinde görülmekte olan aynı veya bağlantılı davaların derdestlik itirazına veya bekletici sorun kararlarına konu yapılmasının açıkça kabul edilmediği Türk hukukunda, kanun koyucunun böyle bir düzenleme ihtiyacı hissetmediğinden ortada bir kanun boşluğu veya susma halinin söz konusu olabileceğini, böyle bir düzenlemenin yapılmasına büyük ölçüde Türk milletlerarası özel hukukunda ihtiyaç duyulup duyulmamasının neden olacağını belirtmiştik. Bu noktada, geçmişe nazaran milletlerarası özel hukuk işlem ve ilişkilerinde yaşanan gelişmelerin, bu alandaki uyumsuzlıkların çeşitliliğini ve yaygınlığını, dolayısıyla aynı

anda Türk mahkemelerinde görülmekte olan bir davayla aynı veya bağlantılı diğer bir davanın başka bir devletin mahkemesinde görülmesi ihtimalini de doğal olarak artırdığını belirtmek gerekir. Nitekim Türk hukukunda milletlerarası derdestliğin veya bekletici sorunun dikkate alınması gerektiğini savunan yazarların temel dayanak noktasını bu vakıa oluşturmaktadır. Konuya ilişkin Türk doktrin ve mahkeme tatbikatından anlaşıldığı kadarıyla, yabancı mahkemelerde görülmekte olan aynı veya bağlantılı davaların dikkate alınması konusunda Türk mahkemelerinin birbiriyle çelişen kararlarının varlığı dahi, bu konuda yasal bir düzenleme yapılması ihtiyacını dolaylı olarak ortaya koymaktadır⁸⁸⁷. Aslında Türk doktrininde her iki konuda ileri sürülen birbirinden farklı görüşlerin ortaya çıkmasının temelinde, yabancı mahkemede görülmekte olan aynı veya bağlantılı davaların Türk mahkemelerince dikkate alınmasını sağlayan, bağlayıcı bir yasal bir dayanağın bulunmamasının etkili olduğunu belirtmek gerekir. Biz burada, bu tespitlerimizle yetinerek, Türk hukukunda yabancı mahkemelerde görülmekte olan aynı veya bağlantılı davaların Türk mahkemelerince dikkate alınmasına izin veren yasal bir düzenleme ihtiyacının bulunup bulunmadığından ziyade, Türk medeni usul hukukunda yer alan derdestliğe veya bekletici soruna ilişkin HMK hükümlerinin AİHS m.6/1 açısından yerindeliğini inceleyeceğiz. Ardından, özellikle karşılaştırmalı hukukta kabul edilen düzenlemelerden yola çıkarak, milletlerarası derdestlik ve bekletici soruna ilişkin muhtemel bir yasal düzenleme ihtiyacı hâsıl olduğunda, söz konusu düzenlemenin hangi şartları ihtiva etmesi gerektiğine değineceğiz.

2. Yabancı Mahkemelerde Derdest Olan Aynı veya Bağlantılı Davaların HMK Hükümleri Uyarınca Dikkate Alınmasının AİHS m.6/1 Açısından Yerindeliği

Türk doktrininde esasen Türk mahkemelerinde görülmekte olan tarafları, konusu ve sebebi aynı veya bağlantılı davalar lehine derdestlik veya bekletici sorun kararı verilebileceğini öngören HMK hükümlerinin, yabancı mahkemelerde görülmekte olan aynı veya bağlantılı davalar bakımından da uygulanabileceği ileri sürülse de, bu yönde muhtemel uygulamanın AİHS m.6/1 açısından yerindeliği tartışmalıdır. Özellikle,

⁸⁸⁷ Bu yönde bkz.: Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.352.

milletlerarası derdestliğin HMK m.114-115 hükümlerine istinaden kabul edilmesinin AİHS m.6/1'in ihlaline yol açabilecek kadar ağır usuli sonuçlara yol açabileceğini belirtmek gerekir.

Türk milletlerarası özel hukuk doktrininde milletlerarası derdestliğin kabulünü savunan yazarların bu konuda aranması gerektiğini ileri sürdüğü şartlarla Kıta Avrupası hukuklarında aranan şartlar arasında paralellik görmek mümkün olmakla birlikte, aynı paralelliği milletlerarası derdestliğin ileri sürülmesi, şekli ve sonuçları bakımından ileri sürmek pek mümkün görünmemektedir. Zira bu görüşte olan yazarlara göre, usul hukukunda *lex fori*'nin uygulanması gerektiği prensibinden hareketle, milletlerarası derdestlik itirazı bakımından da HMK m.114 hükmünün kıyasen veya doğrudan uygulanabileceği belirtilmektedir⁸⁸⁸. HMK m.114/1-ı uyarınca derdestlik bir dava şartı sayıldığından, Türk mahkemesi milletlerarası derdestliğin varlığını davanın her aşamasında re'sen araştırabileceği gibi, taraflarca da her zaman ileri sürülebilecektir⁸⁸⁹.

Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, gerekli şartların gerçekleşmiş olması halinde, milletlerarası derdestliğin HMK m.114 uyarınca bir dava şartı olarak kabul edilebileceği, söz konusu pozitif düzenleme karşısında derdestliğin bir dava şartı olmadığının kabulünün zor olduğu belirtilmektedir⁸⁹⁰. Dolayısıyla, mevcut düzenleme uyarınca milletlerarası derdestliğin bir dava şartı olarak kabul edilmesinin doğal sonucu olarak, kendi önündeki davanın daha sonra açıldığını tespit eden Türk mahkemesi önündeki davayı usulden reddedecektir (HMK m.115). Bu durumda, açmış olduğu dava derdestlik gerekçesiyle reddedilen taraf, yabancı mahkemece verilen kararın Türkiye'de tanınması veya tenfizinin mümkün olmadığı bir Türk mahkemesince tespit edilene kadar Türk mahkemesinde dava açamayacaktır. Ancak, bu süre zarfında davacının ileri sürdüğü hakkın zamanaşımına uğramış olması nedeniyle dava açamaması ve hak kaybına uğraması ihtimali de her zaman bulunmaktadır. Ayrıca, Türk mahkemesinde

⁸⁸⁸ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.440; Doğan, **MÖH**, s.56; Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.310.

⁸⁸⁹ Tanrıver, **Usûl**, s. 654; Hakan Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, 15. Bası, İstanbul 2017, s.950-951.

⁸⁹⁰ Bu görüşe göre, MÖHUK m.40'ta Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına göre tayin edileceği hükme bağlandığı, derdestliğe ilişkin HMK m.114'te ise iç hukuk ile milletlerarası özel hukuk arasında bir ayırım yapılmadığı, dolayısıyla mevcut pozitif düzenleme karşısında derdestliğin dava şartı olmadığını söylemenin zor olduğu belirtilmektedir. Bkz.: Doğan, **MÖH**, s.56.

açılan dava, dava şartı yokluğundan dolayı usulden reddedileceğinden, yabancı mahkemede görülmekte olan davanın makul sürede karara bağlanamayacağı veya yabancı mahkemenin vereceği kararın tanınmayacağı veya tenfiz edilemeyeceği kanaatinde ve iddiasında olan davacı, yeni bir dava açmak zorunda kalacaktır. Hatta yabancı mahkemede açılan davanın söz konusu mahkemece yetkisizlik veya başka bir usuli sebepten ötürü reddedilmesi dahi söz konusu olabileceği gibi yabancı mahkemede dava açan tarafın davayı takip etmemesi nedeniyle dosyanın işlemiden kaldırılması veya davadan feragat edilmesi söz konusu olabilir. Böyle bir durumda, davanın usulden reddedilmesi, davacıya yeniden bir dava açma külfeti yüklenmesi anlamına gelecektir. İşte bu nedenle, doktrinde milletlerarası derdestliğin dikkate alınması gerektiğini ileri süren yazarlar dahi, Türk mahkemelerinde dava açan bireylerin mahkemeye erişim haklarının aşırı sınırlandırılması anlamına geleceği gerekçesiyle, derdestliğin yabancı ülke mahkemelerinde görülmekte olan davalar bakımından da bir dava şartı olarak öngörülmesi ve dikkate alınmasının yerinde olmadığını belirtmektedir⁸⁹¹.

Bu noktada, yabancı mahkemedeki derdest dava lehine Türk mahkemesinin önündeki davayı HMK m.165 uyarınca bekletici sorun yapabileceği de ileri sürülebilir. Bununla beraber, bir Türk mahkemesinin tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir davayı yabancı mahkeme bir karara varıncaya kadar bekletici sorun yapması, Türk hukukunda kabul edilen bekletici sorun müessesesinin amacına ve niteliğine uygun düşmemektedir⁸⁹². Zira Türk hukukunda HMK m.165/1'e istinaden bekletici sorun kararı verilebilmesi için bekletici sorun teşkil eden hususun mahkemenin görevine girmiyor olması gerekmektedir⁸⁹³. Oysa aynı zamanda yabancı mahkemede görülmekte olan aynı dava, Türk mahkemesinin hem görevinin hem yetkisinin kapsamına girdiğinden, HMK m.165/1'de aranan koşul gerçekleşmediği için yabancı mahkemedeki davanın bekletici sorun yapılması mümkün olmayacaktır.

Burada, bekletici sorun müessesesinin “*sadece bekletici sorun kararının eldeki davayı bekletmek*” şeklinde ortaya çıkardığı hukuki sonucun milletlerarası derdestlik bakımından da kabul edilebileceği ileri sürülebilir. Ancak, bir mahkemenin önündeki

⁸⁹¹ Erdoğan, **Derdestlik**, s.1874; Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.310-311.

⁸⁹² Nomer, **Derdestlik**, s.369-370; Erdoğan, **Derdestlik**, s.1875.

⁸⁹³ Kuru, **C.3**, s.3218, 3270; Aşık, **a.g.e.**, s.79; Özekes, **Pekcanitez Usûl**, s.1404.

davayı başka bir davanın sonucuna kadar bekletebilmesine imkân tanıyan HMK m.165/1 hükmünde⁸⁹⁴ yer alan “*başka bir dava*” ifadesinin kapsamına yabancı mahkemede görülmekte olan davaları da dâhil etmek yerinde değildir. HMK m.165/1’in kapsamını yabancı mahkemelerde görülmekte olan aynı veya bağlantılı davaları da kapsayacak şekilde genişletmenin, söz konusu maddenin lafzını aşan bir yorum olduğu kanaatindeyiz. Burada, kanun koyucunun yabancı mahkemelerde görülmekte olan aynı veya bağlantılı davaların bekletici sorun yapılmasını açıkça yasaklamadığı, dolayısıyla burada bir kanun boşluğunun olduğu ve söz konusu boşluğun yabancı mahkemenin vereceği kararın tanınması veya tenfizinin öngörülebilir olması şartıyla doldurulabileceği ileri sürülebilir. Ancak, yabancı mahkemede görülmekte olan bir davanın sonucuna kadar eldeki davanın bekletilmesinin ihkak-ı haktan imtinaya ve AİHS m.6/1’in ihlaline varan ciddi sonuçlarının bulunduğu unutulmamalıdır. Yukarıda ayrıntılı olarak incelediğimiz üzere, yabancı bir mahkemede görülmekte olan bir davaya istinaden eldeki davayı bekletici sorun yaparak karara bağlamaktan imtina etmek, aynı zamanda mahkemenin ihkak-ı haktan imtina etmesi sonucunu ve davacının adil yargılanma haklarını ihlal edebilecek derecede ciddi sonuçlar doğurabilecektir. Kaldı ki, böyle bir yorum tarzı Türk mahkemelerinin başka hiçbir şart aramaksızın yabancı mahkemede derdest aynı veya bağlantılı davayı bekletici sorun yapmalarına sebebiyet verebilir⁸⁹⁵. Bu da, yabancı mahkemelerde derdest bulunan aynı veya bağlantılı davaları bekletici sorun yaparak önündeki davadan zımnî el çeken Türk mahkemelerinin kanun koyucu tarafından kendilerine bahşedilmeyen bir yetkiyi kullanmaları anlamına gelecektir. İşte, yukarıda değindiğimiz mahzurları nedeniyle, bu konuda açıkça yasal bir düzenleme olmadıkça, HMK m.114 ve HMK m.165 hükümlerinde yer alan lehine derdestlik kararı verilecek veya bekletici sorun kararına konu yapılabilecek “*dava*” kavramının, yabancı mahkemelerde görülmekte olan aynı veya bağlantılı davalara da teşmil edilemeyeceği kanaatindeyiz.

⁸⁹⁴ HMK m.165/1: “*Bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya, idari makamın tespitine yahut dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise mahkemece o davanın sonuçlanmasına veya idari makamın kararına kadar yargılama bekletilebilir.*”

⁸⁹⁵ Ki yukarıda değindiğimiz kararlarından anlaşıldığı kadarıyla Yargıtay’ın bu konuda bekletici sorun yapılan yabancı mahkemenin vereceği kararın tanınmasının öngörülebilir olup olmadığı veya makul sürede yargılama yapmasının mümkün olup olmadığına yönelik herhangi bir şart aramadığı görülmektedir. Söz konusu kararlar için bkz.: Yukarıda, s.594, dn.880-882.

Bir önceki paragrafta yer alan değerlendirmelerimiz yabancı mahkemede görülmekte olan gerek aynı gerekse bağlantılı davalar bakımından geçerlidir. Dolayısıyla, yabancı mahkemenin vereceği kararın tanınması veya tenfizinin öngörülebilir olması halinde dahi, HMK m.165/1 hükmüne istinaden yabancı mahkemede görülmekte olan bağlantılı bir dava bekletici sorun yapılarak eldeki dava söz konusu davanın sonucuna kadar bekletilemeyecektir. Bununla beraber, yabancı mahkemede derdest bağlantılı davayı bekletici sorun yapamayan bir Türk mahkemesinin HMK m.165/2 hükmünden istifade etmesinin mümkün olduğu söylenebilir. HMK m.165/2’de, bir davanın incelenmesi ve sonuçlandırılması başka bir davanın çözümüne bağlı ise mahkemenin, ilgili tarafa görevli mahkemeye başvurusu için uygun bir süre verebileceği, söz konusu süre içinde görevli mahkemeye başvurulmaması halinde ilgili tarafın bu husustaki iddiasından vazgeçmiş sayılacağı ve davaya devam edeceği belirtilmektedir. Aslında, Türk medeni usul hukukunda asıl davayı görmekte olan yetkili bir mahkeme, bekletici sorun yapılması istenen bir bağlantılı davayı kendi görevinin kapsamına girmediği için görememekte, aksi takdirde söz konusu davayı bir ön sorun olarak kabul ederek karara bağlayabilmektedir. İşte, yabancı mahkemelerde görülmekte olan bağlantılı davanı bekletici sorun yapıp yapılamayacağı problemi, HMK m.165/2 hükmünden istifade edilerek, kısmen de olsa çözüme kavuşturulabilir.

Buna göre, bekletici sorun yapılması istenen yabancı mahkemedeki bağlantılı dava bakımından Türkiye’de yetkili ve görevli bir mahkeme söz konusu ise, asıl davayı görmekte olan Türk mahkemesi HMK m.165/2 hükmünden yararlanarak, ilgili tarafa yetkili ve görevli Türk mahkemesine başvurusu için uygun bir süre verecektir. Böylece, asıl davayı görmekte olan Türk mahkemesi, yabancı mahkemede görülmekte olan ve sonucunda verilecek kararın tanınması veya tenfizi meçhul olan bir davayı bekletici sorun yapma külfetinden kurtulacaktır. Eğer, yabancı mahkemedeki bağlantılı davanın bekletici sorun yapılmasını isteyen taraf, kendisine verilen süre zarfında yetkili ve görevli Türk mahkemesine başvurmazsa, bağlantılı davaya ilişkin iddiasından vazgeçmiş sayılarak dava karara bağlanacaktır.

Kanaatimizce, asıl davayı görmeye yetkili olan bir Türk mahkemesinin bağlantılı dava bakımından yetkili ve görevli bir Türk mahkemesinin bulunduğunu tespit ettiği ve bekletici sorun kararı için aranan diğer şartların da varlığına kanaat getirdiği takdirde, ilgili tarafa söz konusu Türk mahkemesinde dava açmak için uygun bir süre verebilir. Türk medeni usul hukukunda zorunlu olduğuna dair bir açıklık bulunmayan hallerde bekletici sorunun ihtiyari olduğu ve HMK m.165'in de ihtiyari bekletici sorun kurumunu düzenlediği dikkate alındığında, Türk mahkemesinin HMK m.165/2 hükmünden istifade ederek, ilgili tarafça açılan davaya istinaden bekletici sorun kararı verebileceğini söylemek mümkündür⁸⁹⁶. Yalnız burada, HMK m.165/2 hükmünden istifade edilebilmesi için, yabancı mahkemede derdest bağlantılı dava bakımından Türkiye'de yetkili ve görevli bir mahkemenin bulunması gerektiğini, yetkili ve görevli bir Türk mahkemesinin bulunmadığı hallerde yabancı mahkemelerde görülmekte olan bağlantılı davaların bekletici sorun yapılmasının mümkün olmadığını belirtmek gerekir.

3. Yabancı Mahkemede Derdest Aynı ve Bağlantılı Davaların Dikkate Alınması için AIHS m.6/1'e Uygun Bir Yasal Düzenlemede Olması Gereken Usul ve Şartlar

HMK'da yer alan derdestliğe ve bekletici soruna ilişkin hükümlerin yabancı mahkemelerde görülmekte olan aynı ve/veya bağlantılı davalar bakımından da uygulanması mümkün ve yerinde olmadığı gibi, bağlantılı davalar açısından HMK m.165/2 hükmünün tatbik edilmesi mümkünse de, söz konusu hükmün her bağlantılı

⁸⁹⁶ Bu noktada, asıl davayla bağlantılı olan ve yabancı mahkemede dava konusu olan bir uyuşmazlığı Türk mahkemelerinde de derdest kılmak için ilgili tarafa baskı uygulanamayacağı, bu konuda dava açmak üzere eldeki davanın durdurulamayacağı ileri sürülebilir. Bununla beraber, her ne kadar HMK m.24/2'de bir kimsenin kendi lehine olan bir davayı açmaya zorlanamayacağı belirtilmişse de, Türk mahkemesinden de mevcut HMK hükümlerine istinaden yabancı mahkemede görülmekte olan bağlantılı davaya istinaden bekletici sorun kararı verilmesi, doğal olarak beklenemez. Beklense dahi, yabancı mahkemede bağlantılı davayı bekletici sorun yapmak Türk mahkemesinin takdirine kalmıştır. Ayrıca, meseleye milletlerarası karakterli davalar bakımından bakıldığında, yabancı mahkemede bağlantılı bir davanın bekletici sorun yapılmasını talep eden –iyiniyetli- tarafın, Türkiye'de bağlantılı davayı tekrar açmakta hukukten menfaati de bulunmaktadır. Zira söz konusu yabancı ülkedeki bağlantılı davanın karara bağlanarak tanınmasını talep etmek ve asıl davanın sonucunu etkilemesini beklemektense, aynı davayı Türkiye'de açma yolunu tercih edebilir veya etmesi gerekir. Bu bakımdan, yabancı mahkemede derdest bağlantılı davayı bekletmenin Türk mahkemelerine –ve devlete- getirebileceği külfetler dikkate alındığında, HMK m.165/2 hükmüne istinaden, yabancı mahkemede derdest bağlantılı davanın sonucundan istifade etmek isteyen ilgili tarafa, yetkili ve görevli bir Türk mahkemesinde söz konusu bağlantılı davayı açma zorunluluğu getirilmesi ve ilgili tarafa dava açmak için makul bir süre verilmesi daha yerinde görünmektedir.

dava bakımından uygulanamama ihtimali her zaman bulunmaktadır. Yabancı mahkemelerde derdest aynı veya bağlantılı davaların Türk mahkemelerince dikkate alınmasına açıkça izin veren yasal bir düzenleme olmadıkça, söz konusu davaların hem usuli açıdan hem de AİHS m.6/1 açısından yaratabileceği mahzurlar kaçınılmaz görünmektedir. Gerçi, bu konuda hangi şartlara ve usule yer verilirse verilsin, yabancı bir mahkemede derdest bir davanın varlığına istinaden eldeki davanın bekletilmesinin bir belirsizliği, dolayısıyla yukarıda değindiğimiz mahzurları bünyesinde barındırdığını kabul etmek gerekir. Bununla beraber, Türk mahkemelerinde görülmekte olan aynı veya bağlantılı bir davanın görülmekte olduğu vakıasına hukuki sonuç tanıyan bir hükme Türk hukukunda da açıkça yer verilmedikçe, bu konuda Türk mahkeme tatbikatında farklı görüş ve uygulamaların ortaya çıkmaya devam edeceği de bir gerçektir. Böyle bir gerçeğin varlığı dahi, tek başına yabancı mahkemelerde aynı veya bağlantılı bir davanın görülmekte olduğu vakıasına hukuki bir sonuç tanıyan ve Türk mahkemelerini bağlayıcı yasal bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğunu göstermektedir. Diğer taraftan, böyle bir düzenlemeyle Türk mahkemesine yabancı mahkemelerde görülmekte olan aynı veya bağlantılı davalar lehine önündeki davayı bekletme imkânı tanınmasının, hal ve şartlara göre, hukuki korunma talebiyle kendisine müracaat eden yabancı veya vatandaşların adil yargılanma hakkından tam olarak yararlanamamalarına neden olabileceği de unutulmamalıdır. Bu nedenle, bu konuda gerek Türk mahkemelerinde davacı veya davalı konumunda olan tarafların menfaatlerini gerekse devletin menfaatlerini mümkün mertebe dengeleyecek ve AİHS m.6/1'in olası ihlalini mümkün mertebe asgariye indirecek bir düzenlemenin yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Bu kapsamda, özellikle Türk medeni usul hukukunda kabul edilmiş olan ihtiyari bekletici sorun müessesesinden yararlanılarak, gerek yabancı mahkemelerde görülecek aynı davaları gerekse bağlantılı davaları da kapsayan ve söz konusu davaların bekletici sorun yapılmasına imkân veren bir yasal düzenlemeye yer verilebilir. Özellikle karşılaştırmalı hukukta yer alan düzenlemelerin hemen tamamında, yabancı mahkemede görülmekte olan aynı veya bağlantılı davalar bakımından önlerindeki davayı bekletmenin söz konusu ülke mahkemelerinin takdirine bırakıldığı görülmektedir. Açıkça bekletici sorun yapılabileceği belirtilmese de, bu konuda kabul

edilen düzenlemelerden, milletlerarası derdestliğin varlığı halinde derdestlik itirazının kabulü için gerekli şartların oluştuğuna kanaat getiren mahkemelerin önlerindeki davayı bekletebileceği açıkça kabul edilmektedir⁸⁹⁷. Aynı anlayış, üçüncü devlet mahkemelerinde görülmekte olan bağlantılı davalar bakımından Brüksel Ibis Tüzüğü m.34'te ve İtalya MÖHK m.7'de de kabul edilmiştir. Bunun sonucu olarak, davanın milletlerarası derdestliğin varlığına istinaden dava şartı yokluğundan usulden nihai olarak reddedilmesi yerine, bir ara karar (bekletici sorun kararı) ile yabancı mahkemede davanın akıbetine bağlı olarak bekletilebilecektir.

Kanaatimizce, Türk hukukunda da, yerel karakterli davalardan farklı olarak, yabancı mahkemede aynı davanın derdest olması vakıasının bir dava şartı ve ilk itiraz olarak nitelendirilmesi yerine bekletici sorun müessesesi kapsamında değerlendirilmesi ve buna göre hukuki sonuçlar doğurması, milletlerarası karakterli özel hukuk uyuşmazlıklarının mahiyetine daha uygun düşmektedir. Ayrıca, Türk hukukunda bir davanın bekletici sorun yapılabilmesi için gerekli olan dava sonucunda verilen kararın sonucunun görülmekte olan davanın sonucunu kısmen veya tamamen etkileyebilecek olması, geniş anlamda aynı davanın yabancı mahkemede görülmekte olduğu halleri de kapsamaktadır. Zira yabancı mahkemede derdest aynı dava sonucunda verilecek karar, tanınmış veya tenfiz edilmiş olmak kaydıyla, Türk mahkemesinde görülmekte olan aynı davanın akıbetini de etkileyecektir. Dahası, yabancı mahkemede derdest aynı veya bağlantılı davaların bekletici sorun yapılmasına imkân veren böyle bir yöntem, doğal olarak, yukarıda HMK m.114-115 hükmünün tatbikiyle ortaya çıkabilecek mahzurları bertaraf edebilecek ve özellikle Türk mahkemelerine başvuran davacıların AİHS m.6/1'de yer alan haklarını daha fazla güvence altına alacaktır.

Yalnız, HMK m.165'ten farklı olarak, burada bekletici sorun teşkil eden husus, sadece yetkili bir Türk mahkemesinin görevine girmeyen bir davanın varlığı değil, *Türk mahkemesinde derdest olan bir davanın sonucunu etkileyebilecek aynı veya bağlantılı bir davanın yabancı mahkemede açılmış ve görülmekte* olmasıdır. Bu noktada, HMK m.165/2 hükmünde olduğu gibi, yabancı mahkemede derdest bağlantılı dava bakımından görevli ve yetkili bir Türk mahkemesi mevcutsa, asıl davanın görüldüğü

⁸⁹⁷ Brüksel Ibis Tüzüğü m.33; İsviçre DÖHK m.9; İtalyan MÖHK m.7; Belçika MÖHK m.14.

Türk mahkemesinin nasıl hareket etmesi gerektiği problemi ortaya çıkacaktır. Kanaatimizce burada da mahkemelere takdir yetkisi tanıyan bir hükme yer verilmelidir. Dolayısıyla, asıl davanın görüldüğü Türk mahkemesi, yabancı mahkemede görülmekte olan bağlantılı davanın durumuna ve gelinen aşamaya bağlı olarak ilgili tarafa⁸⁹⁸, söz konusu yetkili ve görevli Türk mahkemesine başvurmak için makul bir süre verebileceği gibi, gerekli şartların varlığına kanaat getirmesi halinde yabancı mahkeme önündeki davayı bekletici sorun yapabilir. Zira bağlantılı davanın görüldüğü yabancı mahkeme, yargılamanın sonuna gelmiş veya dava temyiz veya karar düzeltme aşamasında olabilir. Dolayısıyla, bu tür hallerde bekletici sorun kararından yararlanan ilgili tarafa Türkiye’de yetkili ve görevli mahkemeye başvurma külfeti yüklenmesi yerinde olmayacaktır. Bu nedenle, HMK m.165/2’den farklı olarak, mahkemelere her iki yola da müracaat edebilme yetkisi tanınmalıdır.

Bu açıklamalarımız ışığında, yabancı mahkemede görülmekte olan aynı veya bağlantılı davaların derdestlik veya bekletici sorun kararlarına konu yapıp yapılamayacağı meselesinin, esasen Türk usul hukukunda kabul edilen bekletici sorun müessesesinin mahiyetine uygun düştüğünü belirtmek gerekir. Bu nedenle, yabancı mahkemelerde görülmekte olan davaların bekletici sorun yapılması konusunda Türk mahkemelerine takdir yetkisi tanıyan, her iki dava türü bakımından da uygulanabilir, müstakil bir hükme yer verilebilir. Yine, yabancı mahkemede görülmekte olan bağlantılı bir dava bakımından Türkiye’de de yetkili ve görevli bir mahkemenin bulunduğu hallerde, asıl davanın görüldüğü mahkemeye yabancı mahkemedeki bağlantılı davayı bekletici sorun yapma veya ilgili tarafa yetkili ve görevli Türk mahkemesine başvurma konusunda takdir yetkisi tanıyan bir hükme de yer verilebilir. Bunun dışında, Türk medeni usul hukukunda kabul edilen ihtiyari bekletici sorun için kabul edilen hususlar, esasen yabancı mahkemede görülmekte olan aynı veya bağlantılı bir davanın bekletici sorun yapılabilmesi için Türk mahkemelerince izlenmesi gereken usul bakımından da geçerli kabul edilebilir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla, bekletici sorunun ileri sürülmesi, şekli veya bekletici sorun kararının niteliği ile sonuçları, bekletici sorun kararı verilmesi ile söz konusu kararın kaldırılması, bekletici sorun teşkil

⁸⁹⁸ Ki ilgili taraf, muhtemelen yabancı mahkemede görülmekte olan davanın bekletici sorun yapılmasını isteyen taraf olacaktır.

eden davanın yabancı bir mahkemede görülmekte olması bakımından bir farklılık arz etmemektedir.

Buna mukabil, aynı şey bekletici sorun kararı verilebilmesi için gerekli olan şartlar bakımından söylenemez. Yabancı mahkemede görülmekte olan aynı veya bağlantılı bir davanın bekletici sorun yapılabilmesi için *yabancı mahkemedeki dava ile Türk mahkemesindeki dava arasında ayniyetin veya bağlantının bulunması* gerekmekte birlikte, bu şartın sağlanması tek başına yeterli değildir. Konunun mahiyeti gereği, yabancı bir devletin yargı organının önünde görülmekte olan bir davanın diğer bir devletin yargı organınca dikkate alınabilmesi için aynı zamanda buna ek bazı ek şartların aranması zarureti doğal olarak ortaya çıkmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta yer alan yabancı mahkemede derdest tarafları, konusu ve sebebi aynı davanın daha önce açılmış olması, yabancı mahkemenin vereceği kararın tanınması veya tenfizinin öngörülebilir olması, yabancı mahkemedeki yargılamanın makul sürede tamamlanabilecek olması gibi çeşitli şartlara⁸⁹⁹ bu konuda yapılacak yasal bir düzenlemede yer verilmesi gerektiği Türk doktrinince de belirtilmektedir. Yukarıda bahsettiğimiz şartlar, aynı zamanda bu konuda en kapsamlı düzenleme olan Brüksel Ibis Tüzüğü m.34'te üçüncü ülke mahkemelerinde derdest bağlantılı davaların beklenilebilmesi için de öngörülmüştür. Bu bakımdan, yabancı mahkemede görülmekte olan bir dava lehine bekletici sorun kararı verebilmek için gerekli olan ve büyük ölçüde yabancı mahkemede yapılan veya yapılacak yargılamaya bağlı olan şartlar bakımından, yabancı mahkemedeki davanın aynı veya bağlantılı olması açısından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Bu nedenle, söz konusu şartların her iki dava türü açısından da aranması, diğer bir ifadeyle bekletici sorun kararı verecek mahkemenin varlığına kanaat getirmesi gerekmektedir.

Hatırlanacağı üzere, Türk doktrin ve mahkeme tatbikatında, yabancı mahkemede derdest tarafları, konusu ve sebebi aynı davanın yabancı mahkemedeki davanın daha önce açılmış olması şartının arandığına, karşılaştırmalı hukukta da genel eğilimin bu yönde olduğuna değinmiştik. Bağlantılı davalar bakımından ise, Türk hukukunda bir

⁸⁹⁹ Brüksel Ibis Tüzüğü m.30; İsviçre DÖHK m.9; Belçika MÖHK m.14; İtalya MÖHK m.7.

öncelik-sonralık ilişkisinin aranmadığını⁹⁰⁰, buna mukabil Brüksel Ibis Tüzüğü m.34/1’de üçüncü bir devlet mahkemesindeki davanın daha önce açılması koşulunun açıkça arandığını görmekteyiz. Yabancı mahkemelerde görülmekte olan aynı veya bağlantılı davanın varlığına istinaden bekletici sorun kararı verilebilmesi için gerekli olan, aşağıda inceleyeceğimiz şartlar dikkate alındığında, yabancı mahkemede görülmekte olan davanın Türk mahkemesinde açılan davadan daha önce açılmış olup olmamasının bu konuda en az öneme sahip şart olduğu kanaatindeyiz. Daha doğru bir ifadeyle, özellikle yerel karakterli davalarda derdestlik kararı için aranan davanın daha önce açılmış olması şartının, milletlerarası karakterli davalar bakımından tek başına veya diğer şartlarla birlikte aranması her zaman yeterli olmayabilir.

Burada, aynı davanın daha önce açıldığı yabancı mahkemede uyuşmazlığın daha evvel sonuçlanabileceği gerekçesiyle öncelik prensibinin kabul edilebileceği iddia edilebilirse de, iki davadan davanın daha sonra açıldığı mahkeme, hal ve şartlara göre, davanın daha önce açıldığı mahkemeye kıyasla yargılamayı daha kısa sürede karara bağlayabilir. Örneğin, davayı aydınlatacak delillere daha kolay bir şekilde ulaşılmış olması, davaya ilişkin bilgi ve belgelerin tebliğinde yaşanan kolaylıkları davanın daha hızlı bir şekilde yürütülmesini temin edebilir. Dolayısıyla, aynı davanın daha önce açıldığı yabancı mahkemede uyuşmazlığın daha evvel sonuçlanabileceği her zaman söylenemez.

Buna mukabil, aynı uyuşmazlığın aynı devletin iki farklı mahkemesinde derdest olması halinde ortaya çıkabilecek mahzurları tek başına bertaraf edebilen öncelik prensibi, aynı davanın farklı devlet mahkemeleri önüne geldiği hallerde, daha farklı mahzurları da beraberinde getirebilir. Örneğin, öncelik prensibine dayanan derdestlik anlayışının temelinde, aynı davanın tekrar açılıp görülmesinde davacının hukuki yararının bulunmadığı anlayışı yatmaktadır. Ancak yabancı mahkemede daha önce açılan davanın bir Türk mahkemesinde açılmasında davacının hukuki yararının olabileceğini ayrıntılı olarak ele almıştık⁹⁰¹. Hatta öncelik prensibinin yabancı

⁹⁰⁰ Bkz.: Pekcanıtez, **Bekletici Sorun**, s.266; Özekes, **Pekcanıtez Usûl**, s.1410. Zaten HMK m.165/2’den de anlaşılacağı üzere, henüz açılmamış bir dava dahi, açılmış olmak kaydıyla bekletici sorun kararına konu teşkil edebilir.

⁹⁰¹ Bkz.: Yukarıda, s.571-574.

mahkemedeki dava sonunda verilen kararın tanınmayacağı veya tenfiz edilmeyeceği veya yabancı mahkemenin makul sürede yargılama yapmayacağı kanaatinde olan bireylerin Türk mahkemelerine başvurmasını engelleyebileceği de unutulmamalıdır. Ayrıca, kendi önüne gelen davanın ne zaman açıldığını tespit edebilecek olan bir Türk mahkemesi, yabancı mahkemedeki davanın hangi anda açıldığını yabancı mahkemenin hukukuna göre tespit etmek durumunda da kalacaktır. Yine, uyuşmazlığın taraflarını öncelik prensibine dayanan bir derdestlik anlayışının cari olduğu bir devlet mahkemesinde dava açma yarışına sevk edebilecek ve haksız davalılarca kötüye kullanılabilecek olması şeklinde mahzurlarının olduğu da göz ardı edilmemelidir. Sonuç olarak, aynı uyuşmazlığın aynı devletin iki farklı mahkemesinin önüne geldiğinde ortaya çıkabilecek usul hukukundan kaynaklanan mahzurları tek başına bertaraf edebilen öncelik prensibi, farklı devletlerin mahkemelerinde derdest aynı davalar bakımından hem taraflara hem de mahkemelere çeşitli külfetler ve mahzurlar da getirmektedir. Bu nedenle, yerel karakterli davalar bakımından tatbiki zaruri olan öncelik prensibinin, yabancı mahkemelerde derdest aynı davalar bakımından aranmamasının daha yerinde olduğu kanaatindeyiz. Bununla birlikte, bu mahzurlarına rağmen, öncelik prensibinin bu konuda karşılaştırmalı hukukta aranan ve bizim de önerdiğimiz aşağıdaki bazı şartlardan daha objektif ve öngörülebilir bir şart olduğunu, aşağıda inceleyeceğimiz şartların da milletlerarası derdestliğe konu aynı davalarla bağlantılı davaların mahiyetinden kaynaklanan bir belirsizliği daima ihtiva ettiğini belirtmeliyiz.

Karşılaştırmalı hukukta yer alan düzenlemelerle Türk doktrin ve mahkeme uygulaması dikkate alındığında, “*yabancı mahkemenin vereceği kararın bekletici sorun kararının verildiği an itibariyle tanınması veya tenfizinin öngörülebilir olması*”, yabancı mahkemedeki aynı veya bağlantılı bir davanın bekletici sorun kararı yapılarak beklenilebilmesi için en temel şart gibi görünmektedir. Kanaatimizce, böyle bir şartın genel bir kabule mazhar olmasının temelinde, bir devletin mahkemelerinin vermiş olduğu kararın sadece kendi ülkesinde hukuki sonuçlar doğurması ve diğer bir devletin hukukunda açıkça izin verilmedikçe söz konusu devletin hukukunda herhangi bir hukuki etkisinin olmaması anlayışı yatmaktadır. Dolayısıyla, yabancı unsurlu bir özel hukuk davası açısından sahip olduğu ve mahkemeleri vasıtasıyla kullandığı yargı

yetkisinden aynı davanın yabancı mahkemede derdest olduğu gerekçesiyle feragat eden devletler, böyle bir feragati ancak söz konusu yabancı mahkemenin vereceği kararın tanınması veya tenfizinin mümkün ve muhtemel olması karşılığında kabul etme yoluna gitmektedir. Doğal olarak böyle bir şart, milletlerarası yetkiye sahip taraf devlet mahkemelerine başvuran bireylerin AİHS m.6/1’de yer alan haklarının mümkün mertebe korunmasına hizmet etmektedir. Bu bakımdan, yabancı mahkemelerde görülmekte olan aynı veya bağlantılı davaların bekletilebilmesi için aranması gereken beklenen yabancı mahkemenin vereceği kararın tanınması veya tenfizinin bekletici sorun kararının verildiği an itibariyle öngörülebilir olması şartı, milletlerarası derdestliğin veya bekletici sorunun kabul edilmesinin bir sonucu ve gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, Türk hukuku bakımından da böyle bir şartın varlığı aranmalıdır. Dolayısıyla, bir Türk mahkemesi, diğer şartlara ilaveten, yabancı mahkemenin vereceği kararın tanınması veya tenfizinin öngörülebilir olduğuna kanaat getirmesi koşuluyla yabancı mahkemede görülmekte olan hem aynı hem bağlantılı davayı bekletici sorun yapabilmelidir.

Türk hukukunda bir davanın bekletici sorun yapılabilmesi için, dava sonucunda verilen kararın sonucunun görülmekte olan davayı etkilemesi gerekmektedir ve sadece yabancı mahkemede görülmekte olan bağlantılı davanın değil, aynı davanın sonucu da Türk mahkemelerinde görülmekte olan davanın sonucunu etkileyebilir. Yalnız, bunun söz konusu olabilmesi için, öncelikle bekletici sorun kararına konu teşkil eden yabancı mahkemede görülmekte olan dava sonucunda verilecek kararın, tanınması veya tenfiz edilmesi gerekmektedir⁹⁰². Dolayısıyla tanınması veya tenfizi muhtemel olsa da, yabancı mahkemede derdest aynı veya bağlantılı dava sonucunda verilecek karar Türk mahkemelerindeki davanın sonucunu etkileyeceğinden, yabancı mahkemedeki davanın bekletici sorun yapılması için herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Bununla beraber, yabancı mahkemede derdest davanın bekletici sorun yapıldığı an itibariyle, söz konusu mahkemenin vereceği kararın tanınacağı veya tenfiz edileceği

⁹⁰² Bu noktada, tanınmadıkça veya tenfiz edilmedikçe, yabancı mahkemece verilmiş olan bir karara Türk mahkemelerinde sadece takdiri bir delil olarak dayanılabilir ki yabancı mahkeme kararının tek başına takdiri delil olarak kullanılabilecek olması, doğal olarak yabancı mahkeme lehine önündeki davayı görmekten feragat eden mahkemenin –ve devletin- AİHS m.6/1’den doğan sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır.

tam olarak bilinemez. Yukarıda ayrıntılı olarak incelediğimiz üzere, henüz yabancı mahkemede görülmekte olan dava sonucunda verilecek kararın MÖHUK m.50 ve 54'te yer alan bazı şartları karşılayabileceği açıkça anlaşılabilse de, doğal olarak kamu düzenine aykırılık gibi bazı tanıma-tenfiz şartlarının var olup olmadığı tanınma-tenfiz anına kadar tespit edilemeyecektir. Diğer bir ifadeyle, bekletici sorun kararının verildiği an itibariyle yabancı mahkemedeki dava halen görülmekte olduğundan söz konusu mahkemenin vereceği kararın Türk hukukunda aranan tanıma-tenfiz şartlarını tam olarak karşılayacağı bilinemeyeceği gibi, yabancı mahkemenin AİHS m.6/1'de yer alan kriterlere uygun bir yargılama gerçekleştirip gerçekleştirmeyeceği, dolayısıyla tanımaya-tenfize ehil bir karar verip vermediği yabancı mahkemenin vereceği kararın tanınması-tenfizi aşamasında anlaşılabilecektir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, bu husus, söz konusu şartın en problemli yanını teşkil etmektedir.

Doktrinde bu konuda, Türk mahkemesinin yabancı mahkemede davanın derdest bulunduğu aşamada tespiti mümkün olan tanıma-tenfiz şartları çerçevesinde bir değerlendirme yapabileceği, bu kapsamda yabancı mahkeme kararının tanınabileceği veya tenfiz edilebileceğine dair olumlu bir öngöründe bulunması halinde mahkemenin önündeki davayı bekletebileceği belirtilmektedir⁹⁰³. Buna karşın, özellikle yabancı mahkemede geline aşama itibariyle taraflardan birinin AİHS m.6/1'de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edileceği konusunda haklı ve makul şüphelerin oluşması durumunda, bekletici sorun kararı vermemesi gerekmektedir. Örneğin, yabancı mahkemede geline aşamada, Türk hukukunda bir tenfizin reddi sebebi olarak görülen MÖHUK m.54/ç uyarınca davalının savunma haklarına açıkça riayet edilmemiş/edilmemekte olduğu anlaşılabılır veya MÖHUK m.54/ç'nin kapsamına girmeyen bir savunma hakkı veya diğer bir ihlali söz konusu olabilir. Bu tür hallerde, usuli bir temel hak olan AİHS m.6/1'e aykırı bir şekilde gerçekleştirilen yabancı mahkemedeki yargılamanın Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edebileceği kanaatiyle bekletici sorun kararı verilmeyebilir. Bu bakımdan, yabancı mahkemede görülmekte olan aynı veya bağlantılı bir davanın beklenilmesi için aranması gerektiğini

⁹⁰³ Bayraktaroğlu Özçelik, **a.g.e.**, s.307.

belirttiğimiz yukarıdaki şartın, aynı zamanda ve doğal olarak AİHS m.6/1’de güvence altına alınan haklarla yakın bir ilişkisinin olduğunu belirtmek gerekir.

Yabancı mahkemelerde görülmekte olan aynı veya bağlantılı bir davanın Türk mahkemesince bekletici sorun kararına konu yapılabilmesi için Türk hukukunda aranması gereken bir diğer şart da, “*yabancı mahkemenin makul bir süre içinde yargılama yapabilecek olması*”dır. Yabancı mahkemenin vereceği kararın büyük ölçüde tanınmaya veya tenfize ehil olduğu, bekletici sorun kararının verileceği an itibariyle açıkça anlaşılabilirse de, kararı beklenen yabancı mahkemenin önündeki davayı makul bir süre içinde karara bağla(ya)maması ihtimali her zaman bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle, tanıma-tenfiz öngörüsü gibi, yabancı mahkemenin makul sürede yargılama yapabilecek olması şartının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği de tam olarak tespit edilemeyecektir. Bu nedenle, bekletici sorun kararının verileceği an itibariyle yabancı mahkemedeki aynı veya bağlantılı davanın hangi aşamada olduğu değerlendirilerek, makul süre şartının karşılanıp karşılanmadığına kanaat getirilmelidir. Yabancı mahkemedeki aynı veya bağlantılı bir davada yargılamanın sonuna gelinmiş veya dava temyiz aşamasında ise veya Türk mahkemesindeki davayla kıyaslandığında önemli bir aşama kaydedilmişse, yabancı mahkemedeki davanın makul süre içinde tamamlanabileceği söylenebilir. Burada da, söz konusu şart ile AİHS m.6/1’de yer alan makul sürede yargılanma hakkı arasında yakın bir ilişkinin olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, beklenen yabancı mahkemenin makul sürede yargılama yap(a)mamasının, bekletici sorun kararı veren Türk mahkemelerinin de sorumluluğuna yol açabileceğini belirtmek gerekir.

Belirtmek gerekir ki, yukarıda incelediğimiz ve yasal bir düzenlemede olması gerektiğini düşündüğümüz her iki şart, aynı zamanda konunun mahiyetinden kaynaklanan bir belirsizliği ihtiva etmektedir. Şöyle ki, kararın verildiği an itibariyle varlığına kanaat getirilmesine ve bekletici sorun kararı verilmesine rağmen, yabancı mahkemedeki yargılamanın akıbetine bağlı olarak bu iki şartın varlığının değişkenlik gösterebilir. Diğer bir ifadeyle, bekletici sorun kararının verildiği an itibariyle tanınabilir veya tenfiz edilebilir bir karar verebileceğine kanaat getirmekle beraber, daha sonra yabancı mahkemedeki yargılamada gelinen aşama itibariyle yabancı

mahkemenin tenfize ehil bir karar ver(e)meyeceği veya önündeki davayı makul bir sürede bitir(e)meyeceği anlaşılabilir. Böyle bir durum, özellikle bekletici sorun kararının verildiği an itibariyle tam olarak tespit edilemeyecek olan kamu düzenine aykırılık, savunma haklarına riayet edilmemiş olması veya karşılıklılık şartları bakımından söz konusu olabilir. Ayrıca, mahkemenin kararın verildiği an itibariyle tespiti mümkün olan tanıma-tenfiz şartlarını yanlış bir şekilde değerlendirmiş olması da söz konusu olabilir. Keza, bekletici sorun teşkil eden husus yargılamayı uzatmak için kötüye kullanılıyorsa veya sonucu beklenen dava farklı sebeplerle (ihmal, yeni tarafların katılması, sürekli hâkim değişikliği, dosyanın işleminden kaldırılması ve yenilenmesi vs.) uzuyorsa, eldeki davayı bekletmek makul süre aşımına neden olabilir.

Yabancı mahkemede görülmekte olan davanın akıbetine bağlı olan bu iki şarta ilaveten, Türk mahkemesinin vermiş olduğu bekletici sorun kararını kaldırmasını ve önündeki davaya devam etmesini gerektiren başka haller de ortaya çıkabilir. Bu hallerin en başında, bekletici sorun kararına konu aynı veya bağlantılı davanın açıldığı yabancı mahkemenin yetkisizlik kararı vermesi veya başka bir nedenden dolayı usulden reddetmesi gelmektedir. Yine, yabancı mahkemedeki söz konusu mahkemenin hukukuna göre davanın durdurulmuş veya dosyanın işleminden kaldırılmış olması nedeniyle davaya devam edilememesi söz konusu olabilir. Yabancı mahkemede derdest bağlantılı bir davanın beklenildiği hallerde, söz konusu bağlantılı davanın sonucunun Türk mahkemesindeki dava sonucunda vereceği kararı etkilemeyeceği anlaşılmışsa, yabancı mahkemedeki davanın sonucunun beklenmesine gerek kalmayabilir⁹⁰⁴. Yabancı mahkemedeki aynı veya bağlantılı davanın, sulh, feragat gibi taraf iradesiyle sona erdiği hallerde de, aynı durum söz konusu olabilir.

İşte bekletici sorun kararının verilmesinden sonra ortaya çıkabilecek bu gibi nedenlerden dolayı yabancı mahkemedeki davanın sonuçlanmasını beklemek, daha önce ayrıntılı olarak anlattığımız üzere, özellikle Türk mahkemesindeki davacının hak kaybına uğramasına yol açabilir. Bu nedenle, Türk mahkemelerine gerek resen gerekse

⁹⁰⁴ Türk mahkemesinin önündeki yargılamada gerçekleşen bir değişiklik de, bekletici sorun kararının kaldırılmasını gerektirebilir. Örneğin, dava konusunda veya delillerde meydana gelen bir değişiklik, verilen bekletici sorun kararının kaldırılmasını ve/veya yeni bir karar verilmesini gerekli kılabilir. Bu konuda bkz.: Özekes, **Pekcanıtez Usûl**, s.1424.

ilgili tarafların talebi üzerine, büyük ölçüde yabancı mahkemede görülmekte olan davanın akıbetine bağlı olan yukarıdaki iki şartın halen mevcut olup olmadığını, bekletici sorun kararının verilmesinden sonra da değerlendirme ve gerektiğinde vermiş olduğu bekleme kararını kaldırarak önündeki davayı görme imkânı tanınmalıdır. Benzer şekilde, bir önceki paragrafta değindiğimiz, yabancı mahkemenin davanın esası hakkında karar vermesinin mümkün olmadığı, dolayısıyla yabancı mahkemenin vereceği kararı beklemenin gereğinin kalmadığı hallerde de, Türk mahkemelerinin bekletici sorun kararını kaldırarak önündeki davayı karara bağlayabilmeleri gerekmektedir. Bu kapsamda, yabancı mahkemede görülmekte olan aynı veya bağlantılı bir davanın bekletici sorun yapılabilmesi için gerekli şartların var olup olmadığını değerlendirme ve bekletici sorun kararı verme konusunda takdir yetkisi tanınması gereken Türk mahkemelerinin, doğal olarak davayı bekletip bekletmeme konusunda da takdir yetkisine sahip olduğunun kabulü gerekir. Dolayısıyla, yabancı mahkeme kararının bekletici sorun yapılmasının niteliği itibarıyla bir ara karar olduğu dikkate alındığında, mahkeme gerekçesini de belirterek bekletici sorun kararından her zaman dönebilir ve önündeki davayı görmeye devam edebilir.

Son olarak, yabancı mahkemenin aynı veya bağlantılı davanın esası hakkında bir karar vermiş olması halinde Türk mahkemelerinin nasıl hareket etmesi gerektiğine değinmek gerekir. Bu noktada, bekletici sorun kararı veren Türk mahkemesinin yabancı mahkemede davanın sonuçlanmış ve kararın kesinleşmiş olduğundan bahisle önündeki davayı usulden reddetmesi yerinde olmayacaktır. Çünkü yabancı bir mahkeme kararının Türk hukukunda aranan tanıma-tenfiz şartlarını karşılayan bir karar olup olmadığı tespit edilmeksizin dikkate alınması mümkün değildir. Ayrıca, tanıma-tenfiz anına kadar yabancı mahkeme kararının tanınması-tenfizi için gerekli olan şartların değişebilmesi söz konusu olabileceği gibi, tanıma-tenfize engel başka bir durum⁹⁰⁵ da çıkabilir. İlgili tarafça bir tanıma-tenfiz talebinde bulunulmaksızın, yabancı mahkemenin kararının kesinleştiği gerekçesiyle eldeki davanın reddedilmesi, ilgili tarafa bir müstakil bir tanıma veya tenfiz davası açma külfeti yüklenmesi sonucu

⁹⁰⁵ Aynı davanın açıldığı yabancı mahkemenin vermiş olduğu kararın yabancı ülkede kısmen veya tamamen yerine getirilmiş olması söz konusu olabilir. Örneğin, yabancı mahkemece verilen alacak kararı, davalının söz konusu ülkedeki mallarının icraya ve satışa konu yapılması suretiyle kısmen veya tamamen yerine getirilmiş olabilir.

doğuracaktır. Hatta yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizinin reddi halinde, davacıya yabancı mahkemedeki aynı davayı Türk mahkemesinde bir daha açma külfeti yüklenecektir. Bununla beraber, muhtemelen aynı veya bağlantılı davanın görüldüğü yabancı mahkemeden lehine bir karar elde eden taraf, bekleyen Türk mahkemesine söz konusu kararın tanınması talebinde bulunacaktır. Eğer, tenfiz edilmesi gereken bir karar söz konusuysa, bekletici sorun kararı veren Türk mahkemesinin, yabancı mahkemenin kararı yetkili herhangi bir Türk mahkemesince tenfiz edilinceye kadar önündeki davayı bekletmesi daha uygun olup, tenfiz talebinin ileri sürülmüş olması tek başına yeterli sayılmamalıdır.

V. AİHS’nde YER ALAN HAKLARIN TARAF DEVLETLERİN YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ REJİMLERİNE ETKİSİ

A. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması-Tenfizi ile AİHS Arasındaki İlişkinin Teorik Temelleri/Temel Prensipler

1. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinin Hukuki Temeli

Yabancı unsurlu bir özel hukuk uyuşmazlığını çözüme kavuşturan bir mahkeme kararı, kararı veren mahkemenin bağlı olduğu ve söz konusu uyuşmazlık bakımından yargı yetkisini kullanan devletin bir egemenlik tasarrufudur. Devletlerin sahip olduğu yargı yetkisi, egemenliklerinin ifadesi olarak ellerinde tuttukları ve başka devletlere bırakmak istemedikleri bir yetkidir. Dolayısıyla, bir devlet kural olarak ülkesi üzerinde yaşayan yabancı devlet vatandaşları da dâhil olmak üzere, herkes ve her şey hakkında sahip olduğu yargı yetkisini kullanabilir. Uluslararası hukuk tarafından egemen devletlere eşit bir şekilde dağıtılan yargı yetkisi, yine uluslararası hukuk tarafından getirilen bazı sınırlamalar (örneğin yargı bağımsızlığı) istisna tutulursa, münhasır niteliktedir. Bu ilkenin doğal sonucu olarak, yargı yetkisini mahkemeleri vasıtasıyla kullanan devletlerin mahkemelerince verilen kararlarının etki alanları da prensip olarak ülkesiyle sınırlıdır⁹⁰⁶.

⁹⁰⁶ Arat, **a.g.e.**, s.422; Nomer, **DHH**, s.424; Şeref Ertaş, “Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi”, **DEÜHFD**, C.3, S.1-4, 1988, (Kudret Ayieter’e Armağan’dan Ayrı Bası), s.366,369; Işıl Özbakan, **Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, 1987, s.1-2; Patrick Kinsch, “Enforcement as a Fundamental Right”, **NIPR**, Vol.32/4, 2014, s.540; Theodor Schilling, “The

Bir devletin yargı organınca verilen karar, her türlü hukuki etkilerini, sadece o devletin ülkesinde bulunan kişiler ve şeyler üzerinde doğurabilir ve o devletin yetkili diğer adli ve idari makamlarını bağlayabilir. Dolayısıyla, prensip olarak uluslararası hukuk uyarınca bir devletin diğer bir devletin yargı yetkisinin tezahürü olan mahkeme kararının etkilerini kendi hukuk düzeni içerisinde tanımak gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, bir devlete diğer bir devletin mahkemesince verilen bir kararı tanıma ve bunların icra edilmesine imkân tanıma zorunluluğu getiren bir uluslararası hukuk kuralı bulunmamaktadır⁹⁰⁷. Diğer taraftan, devletin yargı yetkisinin bu niteliği gereği, hiçbir devlet de kendi mahkemesince verilen bir kararın başka bir ülkede/diğer bir devletin egemenlik sahasında etkiler doğurmasını talep edemez⁹⁰⁸. Benzer şekilde, bir devlet diğer bir devleti kendi mahkeme kararlarını ülkesinde tenfiz/icra etmeye zorlayamaz⁹⁰⁹. Bu noktada, uluslararası bir anlaşmaya taraf olarak diğer taraf devlet mahkemelerince verilen kararları tanıyacağına/tenfiz edeceğine dair taahhütte bulunmadıkça, yabancı mahkeme kararlarını tanımak veya tenfiz etmek zorunda değildir. Bununla beraber, bir uluslararası anlaşmanın var olduğu hallerde de söz konusu prensibin varlığını muhafaza ettiğini söylemek mümkündür. Zira diğer taraf devletin mahkemelerince verilen kararları tanıyacağı veya tenfiz edeceği şeklinde bir taahhütte bulunsada dahi, bir devlet diğer taraf devlet mahkemesine ait kararlarına kendi hukukunda hukuki sonuçlar tanımayı fiilen kabul etmeyebilir. Uluslararası hukuktan doğabilecek sorumluluğu bir tarafa bırakılırsa⁹¹⁰, böyle bir taahhüdün yerine getirilmemesinin en somut yaptırımı, söz konusu taahhüdünü yerine getirmeyen devlete ait mahkeme kararlarını tanımamak-tenfiz etmemek olacaktır.

Devletin sahip olduğu yargı yetkisinin münhasır karakterinin, milletlerarası karakterli özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından ortaya çıkardığı sonuç şudur: Özel

Enforcement of Foreign Judgments in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, **Rivista di diritto internazionale privato e processuale**, Anno.XLVIII, No.3, 2012, s.546.

⁹⁰⁷ Nomer, **DHH**, s.503; Kinsch, **Enforcement**, s.540; Ertaş, **a.g.m.**, s.367; Ralf Michaels, “Recognition and Enforcement of Foreign Judgments”, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, 2012, para.11.

⁹⁰⁸ Sakmar, **a.g.e.**, s.8; Ertaş, **a.g.m.**, s.369; Michaels, **Foreign Judgments**, para.11.

⁹⁰⁹ Michaels, **Foreign Judgments**, para.11.

⁹¹⁰ Bu noktada burada devletin uluslararası hukuktan doğan sorumluluğu ile, devletin tarafı olduğu insan haklarına ilişkin uluslararası anlaşmalardan değil, yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizine ilişkin anlaşmalara taraf olmakla taahhüt ettiği yükümlülüğünü yerine getirmemesine karşı uluslararası hukuktan sorumluluğuna yol açabilecek yaptırımların kastedildiğini belirtmek gerekir.

hukuk kişileri arasındaki bir uyuşmazlığı görüp karara bağlayan bir devlet mahkemesi kararı, diğer bir devletin egemenlik sahasında, söz konusu devlet buna yasal/yargısal yollarla imkân tanımadıkça veya izin vermedikçe sonuç doğuramaz. Dolayısıyla, yabancı bir mahkeme kararıyla tevsik edilen ve o ülke hukukunda kabul edilen hukuki statünün veya özel hukuka ilişkin bir hakkın/yükümlülüğün başka bir devletin yargı alanında/hukukunda kabul edilmesi mümkün olmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, yabancı mahkemedeki yargılamanın taraflarının aynı konuda yeni bir dava açılmasını önleyen kesin hüküm kuvvetinden yararlanması veya söz konusu karara dayanarak yabancı ülkelerdeki icra organlarını doğrudan doğruya hareket geçirmesi mümkün değildir.

Bununla birlikte, gerek gerçek kişilerin gerekse tüzel kişilerin özel hukuk karakterli işlem veya ilişkilerinin belirli bir ülkeyle sınırlı olmaktan çıkarak birden fazla ülkeyle hukuki bağlantılarının bulunması, özel hukuka ait mahkeme kararlarının verildikleri ülke dışında da hukuki sonuçlar doğurması gerektiği realitesini ortaya çıkarmıştır⁹¹¹. Özellikle geçmişe nazaran ulaşım ve iletişim imkânlarının yaygınlaşması ve kolaylaşması, bireylerin tarafı olduğu özel hukuk işlem ve ilişkilerinin de aynı anda birden fazla devletle irtibatının ortaya çıkmasına, dolayısıyla birden fazla devletin yargı yetkisinin kapsamına dâhil olmasına neden olmaktadır. Ticari ve ekonomik ilişkilerin zamanla ülke sınırlarını aşması, farklı ülkelerde yaşayan/ticari faaliyette bulunan veya farklı ülke vatandaşlarının özel hukuk kişileri arasında akdedilen mal, sermaye veya hizmet dolaşımını öngören özel hukuk işlem veya ilişkilerin artışı da etkilemiştir. Dolayısıyla, bu tür işlem ve ilişkilerden doğan bir alacak davasının yargı yetkisine (ve milletlerarası yetkiye) sahip bir devlet mahkemesince karara bağlanması halinde, söz konusu karara uymayan davalının malvarlığının bulunduğu ülkede söz konusu alacağın tahsili ihtiyacı ortaya çıkabilir. Benzer şekilde, vatandaşı olduğu devletlerin dışında yaşayan bireylerin tarafı olduğu boşanma, yeniden evlenme, evlat edinme gibi kişiler ve aile hukuku kökenli olayların yabancı mahkemelerce karara bağlanması söz konusu olabilir. Ancak, söz konusu realiteye rağmen, prensip olarak yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlığını kesin olarak çözüme kavuşturan diğer bir devletin mahkeme kararının

⁹¹¹ Sakmar, **a.g.e.**, s.1-2.

hukuki sonuç doğurması, devletin egemenliği, dolayısıyla yargı yetkisinin varlığı engeline takılacaktır.

Şüphesiz, bu durum özel hukuk kişilerinin hukuki statüleri veya hakları bakımından çeşitli mahzurlar yaratabilir. Örneğin, bireylerin yaşadıkları ülke mahkemelerince verilen kararların sadece söz konusu ülke içinde geçerli sayılmaları ve taraflarının vatandaşı oldukları ülkelerde bir sonuç doğurmamaları, farklı ülkelerde birbiriyle çelişen hukuki durumların ortaya çıkmasına yol açabilir⁹¹². Benzer şekilde, lehine bir karar elde eden taraf, söz konusu engel nedeniyle aynı davayı yeniden açmak durumunda kalacaktır. Böyle bir durumda, farklı ülkelerde birbiriyle çelişen hukuki durumların düzeltilmesi için aynı uyumsuzluğun yeniden dava konusu yapılması ihtiyacı ortaya çıkabilecek, belki de söz konusu dava sonucunda yabancı mahkemenin vermiş olduğu kararla çelişen bir karar elde edilebilecektir. Buna karşın, prensip olarak egemen devletler, sahip oldukları yargı yetkisinden başka bir devletin egemenlik tasarrufuna istinaden feragat etmek yerine, hak iddiasında bulunan bireylerin kendi mahkemelerine müracaat etmeleri gerektiği anlayışını benimseyebilir. Dolayısıyla, söz konusu realiteye rağmen, prensip olarak devletlerin yabancı unsurlu özel hukuk uyumsuzluklarını karara bağlayan diğer devlet mahkemelerine ait kararların kendi hukuk düzeni içerisinde hukuki veya icrai etkiler doğurmasını temin etmek üzere, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi rejimi öngörme yükümlülüğü altında olduğu söylenemez.

Bununla birlikte, günümüzde dünya üzerindeki hemen hemen tüm devletlerin, az veya çok böyle bir realiteye karşı koyamadıkları da bir gerçektir. Devletler, sahip oldukları yargı yetkisini mutlak bir şekilde kullanmak yerine özel hukuka ilişkin (bazı) yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi rejimi öngörerek hem diğer devletlerin egemenlik tasarruflarına itibar etmekte hem de sahip oldukları yargı yetkisini bu şekilde muhafaza etme yoluna gitmektedir. Neredeyse tüm devletlerin yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizini öngördüğü belirtilmekle beraber, böyle bir devlet uygulamasının bir milletlerarası teamül hukuku kuralı olarak mütalaa edilemeyeceğini

⁹¹² Sakmar, **a.g.e.**, s.2; Özbakan, **a.g.e.**, s.2; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s.1; Michaels, **Foreign Judgments**, para.1; Patrick Kinsch, “Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad – Private International Law Rules and European Human Rights Law”, **Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurth Siehr**, Ed.K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Grisberger & S. Symeonides, Eleven International Publishing, The Hague, 2010, s.260.

de belirtmek gerekir⁹¹³. Dolayısıyla, sadece AİHS'ne taraf olan devletler değil, dünya üzerindeki pek çok devlet, diğer bir devletin mahkemelerince verilen kararlara kendi hukuk düzenlerinde de hukuki veya icrai etkiler doğurmasına belirli şartlar altında imkân tanıma ihtiyacı hissetmiş⁹¹⁴, söz konusu realiteye kayıtsız kalamamıştır.

Böylece devletler, bir ihtiyaç olarak ortaya çıkan bu konuyu, kendi hukukunda yer alan kurallarla düzenleme yoluna gitmiş ve mahkeme kararlarının etki alanlarının sadece verildiği ülkeyle sınırlı olduğuna yönelik anlayışın yarattığı mahzurları bertaraf etmeye çalışmıştır. Diğer bir ifadeyle, devletler bir taraftan diğer bir devletin yargı organınca verilen kararın hangi hal ve şartlar altında hukuki sonuçlar doğuracağını belirterek muhafaza ettikleri yargı yetkisinden ödün vermemiş olmaktadır. Zira *“yabancı mahkeme kararlarını tanıyan, tenfiz eden devlet, prensip olarak kendi mahkemelerinin çözmeye yetkili olduğu bir uyuşmazlığı çözüme yetkisinden vazgeçmekte”*⁹¹⁵, ancak uyuşmazlık yabancı bir devlet mahkemesince çözüldüğünden söz konusu yetkiyi kullanmaktan vazgeçmekte, daha doğrusu bu yönde bir tercihte bulunmaktadır. Diğer taraftan da, esasen aynı davayı yeniden kendi mahkemelerinde açmak durumunda kalabilecek olan bireylerin adalet taleplerine cevap vermekte ve bireyler arasında adaleti sağlama yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaktadır. Ezcümle, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi rejiminin ortaya çıkmasında ve benimsenmesinde devletin sahip olduğu mutlak ve münhasır nitelikteki yargı yetkisi ile bireylerin özel hukuka ilişkin taleplerini yerine getirme/adalet hizmetlerini yürütme yükümlülüğü arasında bir denge sağlama ihtiyacı etkili olmuştur.

Devletlerin yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi rejimi öngörmelerinin uluslararası hukuktan kaynaklanan bir yükümlülüğün bir sonucu olarak ortaya çıkmadığını tekrar etmek gerekir⁹¹⁶. Diğer taraftan, devletler adalet hizmetlerini yerine getirmek ve bu kapsamda bireylerin adalet taleplerini karşılamak şeklinde bir yükümlülüğü altındadır. Devletler, yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi rejimi öngörmek suretiyle bireylere başka bir devlet mahkemesinden elde

⁹¹³ Michaels, **Foreign Judgments**, para.11.

⁹¹⁴ Arat, **a.g.m.**, s.423; Sakmar, **a.g.e.**, s.2,8; Ertaş, **a.g.m.**, s.369; Ekşi, **Tanıtma-Tenfiz**, s.1.

⁹¹⁵ Bkz.: Yargıtay İBK, E.2010/1, K.2010/1, T.10.02.2012.

⁹¹⁶ Nomer, **DHH**, s.503; Kinsch, **Enforcement**, s.540; Ertaş, **a.g.m.**, s.367.

ettikleri kararları tanıtma veya tenfiz ettirme imkânı sağlasalar dahi, prensip olarak devletlerin kendi yargı yetkisinin kapsamına giren bireylerin adalet taleplerini/aynı uyuşmazlığın görülüp karara bağlanmasını sağlama hakkı/yükümlülüğü varlığını halen muhafaza etmektedir. Bu bakımdan, diğer bir devlete ait bir mahkeme kararının tanınması veya tenfizinin kabul edilip edilmemesinin, büyük ölçüde devletin bu konudaki tercihinin kaldığını belirtmek gerekir. Haliyle, böyle bir tercihin kullanılmasını da, devletin böyle bir müesseseyi kabul etmeye ne derece ihtiyaç duyduğu belirleyici olacaktır. Bu bağlamda, devletlerin başka devletlere ait mahkeme kararlarını tanımak veya tenfiz etmek suretiyle kendi hukuk düzeninde çeşitli sonuçlar doğurmasına imkân tanınmasında, kendi yargı alanında olan bireylerin menfaatleri kadar kendi menfaatlerinin de bulunduğu söylenebilir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, aynı uyuşmazlığın aynı anda farklı ülke mahkemelerinde dava konusu yapılması, aynı zamanda farklı ülke mahkemelerinden birbiriyle çelişen mahkeme kararlarının ortaya çıkması tehlikesini de beraberinde getirmektedir. Farklı ülkelerde birbiriyle çelişen hukuki durumların önlenmesi, bireylerin menfaatlerine hizmet etmekte, hukuki kesinliğin temin edilmesini sağlamaktadır. Yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizinin normatif olarak mümkün olmaması halinde, lehine yabancı ülkede bir karar elde eden taraf aynı davayı ikinci kez açmak durumunda kalabilecektir. Bu durumda, söz konusu mahkemenin yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlığına aynı davanın daha önce görüldüğü yabancı mahkemeden farklı maddi hukuk ve usul hukuku kurallarını uygulaması söz konusu olabileceğinden, aynı davanın daha önce görüldüğü yabancı mahkeme kararından farklı bir sonucun, duruma göre birbiriyle çelişen iki farklı kararın ortaya çıkması söz konusu olabilir. Diğer yandan, yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfiziyle birlikte, yabancı mahkemede lehine bir karar elde eden taraf, aynı davayı bu ülkede tekrar açmak zorunda kalmayacak, dolayısıyla söz konusu ülke mahkemesi gereksiz yere aynı davayı görmekle meşgul edilmeyecektir. Böylece, kendi mahkemelerinin iş yükünü azaltmak suretiyle zaman ve masraf kaybının önüne geçilebilecektir⁹¹⁷. Zira yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi davalarında,

⁹¹⁷ Nomer, **DHH**, s.503; Özbakan, **a.g.e.**, s.2; Michaels, **Foreign Judgments**, para.1; Ertaş, s.367.

yabancı kararlar nihayete erdirilen uyuşmazlığın yeniden görülüp karara bağlanması veya yabancı kararın içeriğinin denetlenmesi söz konusu olmamakta, ilgili düzenlemeye bağlı olarak bir takım şartların varlığı yabancı kararın etkinliği için yeterli sayılmaktadır. Böylece, kendi yargı alanı içerisinde olan bireylere adalet hizmetini sağlamakla yükümlü olan devlet, sahip olduğu imkânları zaten sonuçlanmış bir uyuşmazlığın yeniden çözümüne hasretmek yerine, diğer özel hukuk davalarının çözümü için kullanabilir.

Ayrıca, milletlerarası karakterli özel hukuk ilişkilerinin dolayısıyla bu tür uyuşmazlıkların geçmişe nazaran oldukça yaygınlaşması, devletlerin yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizine olan bakışını da zaman içerisinde değiştirmiş, mahkeme kararlarının milletlerarası alanda etkinliğinin sağlanması veya kolaylaştırılması gerekli olduğu kanaatine yol açmıştır. Zira önceleri, devletler yabancı kararların kendi hukuk düzenlerindeki etkinliğini daha çok bir nezaket ve ihtiyatlılık olarak nitelendirilen milletlerarası nezaket ve mütekabiliyet anlayışına istinaden kullanmaktaydı⁹¹⁸. Kimi hukuk düzenlerinde bu anlayışın izlerine halen rastlanmakla beraber, günümüzde devletlerin bu yöndeki iradelerini çeşitli saiklerle mahkeme kararlarının mümkün mertebe tanınmasını ve tenfizini kolaylaştırma amacına yönelik kullandıkları görülmektedir. Bu kapsamda, hemen hemen pek çok devlet yabancı mahkeme kararlarına etki tanımak amacıyla gerek kendi menfaatlerini gerekse bireylerin menfaatlerini korumaya hizmet eden birtakım şartlar arayarak yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi rejimi tanzim etme yoluna gitmektedir. Daha da önemlisi, milletlerarası karakterli uyuşmazlıkların artışıyla beraber bu uyuşmazlıklarını çözümünü tevsik eden mahkeme kararlarının diğer devletlerde de etkilerini doğurması ihtiyacı, bu alanda devletlerarası adli yardımlaşma ve işbirliğinin ortaya çıkmasına ve gelişmesine de yol açmıştır. Başlarda aile hukukuna ilişkin mahkeme kararlarının tanınması-tenfizine ilişkin çok taraflı anlaşmalarla ortaya çıkan bu anlayış, uluslararası ticari ve ekonomik ilişkilerin artışıyla beraber hukuki ve ticari konularda verilen mahkeme kararlarının tanınması-tenfizine ilişkin iki veya çok taraflı uluslararası anlaşmaların akdedilmesine neden olmuştur. Bunun yanı sıra, üye/ta

⁹¹⁸ Michaels, **Foreign Judgments**, para.7; Schilling, **a.g.m.**, s.546.

devlet mahkemelerince verilen kararların serbest dolaşımını öngören bölgesel tanıma-tenfiz rejimleri de bulunmaktadır⁹¹⁹. Bu bakımdan, günümüzde, devletlerin yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi rejimlerinin önemli bir kısmını, mahkeme kararlarının daha kolay tanınmasını-tenfiz edilmesini temin eden hükümler ihtiva eden bu anlaşmalar oluşturmaktadır.

Sonuç olarak, yabancı mahkeme kararlarının ulusal hukukta belirli şartlar altında ve tanıma-tenfiz prosedürüne tabi kılınmak suretiyle hukuki sonuç doğurabilecek olması, esasen devletin sahip olduğu yargı yetkisinden feragat anlamına gelmediğini, söz konusu devletin bu konuda sahip olduğu yetkiyi halen muhafaza ettiğini göstermektedir. Uluslararası hukukça kendilerine tanınan yargılama yetkisini ellerinde tutan devletler, yabancı mahkeme kararlarını tanımak-tenfiz etmek yerine, yabancı mahkeme kararına konu aynı uyuşmazlığın kendi mahkemelerinde görülüp karara bağlanması gerektiği anlayışını kısmen veya tamamen benimseyebilir. Ayrıca, mahkeme kararlarının sınır ötesinde/uluslararası alanda da etkiler doğurmasını sağlamak amacıyla bu konuda pek çok uluslararası anlaşmanın hazırlanması ve uygulanması yoluna gidilmesi, aynı zamanda bu tür anlaşmaların/düzenlemelerin aktörü olan devletlerin sahip olduğu yargı yetkisinden kolaylıkla vazgeçmeyeceğini de göstermektedir. Zira bazı konularda yabancı kararların tanınması-tenfizi için gerekli şartları azaltarak veya usulleri basitleştirerek tanıma-tenfizi kolaylaştırma yolunu tercih etseler dahi, devletlerin yabancı kararların kendi hukuklarında derhal ve otomatikman sonuç doğurabileceğini kabul etmedikleri görülmektedir⁹²⁰. Bu husus, aynı zamanda

⁹¹⁹ Bu konudaki en somut ve güncel örnek olarak, AB üyesi devletlere ait mahkeme kararlarının AB üyesi ülkeler içinde serbest dolaşımını öngören Brüksel tanıma-tenfiz rejimi gösterilebilir. Üye devlet mahkeme kararlarının serbest dolaşımını esas alan Brüksel Ibis (Brüksel I) Tüzüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Yusuf Çalışkan/Zeynep Çalışkan, “The Free Movement of Judgments within the European Union”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.3 2010, s.13 vd.; Ceyda Süral, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi” **Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku**, Ed. Işıl Özkan/Ceyda Süral/Uğur Tütüncübaşı, Adalet, Ankara 2016, s.205 vd. Bu konuda, genel olarak veya özel hukukun muhtelif alanlarına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin belli başlı uluslararası veya bölgesel anlaşmalar veya düzenlemelerin derlendiği bir çalışma için bkz.: Michaels, **Foreign Judgments**, para.15-24.

⁹²⁰ Şüphesiz, devletler ulusal hukuklarında veya tarafı ya da üyesi oldukları uluslararası düzenlemelerden kaynaklanan yükümlülükleri gereği, özel hukuka ait bazı adli veya idari kararların tanıma-tenfiz prosedürüne tabi kılınmaksızın hukuki veya icrai sonuçlar doğuracağını öngörme yetkisine sahiptir. Ancak, devletler başta aleyhine tanıma-tenfiz kararı istenen davalının haklarının korunması olmak üzere, çeşitli mülahazalarla gerek ulusal hukuklarda gerekse uluslararası düzenlemelerde yabancı mahkeme kararının kendiliğinden hukuki sonuç doğurmayacağı anlayışını muhafaza ettikleri görülmektedir. Bu konuda ilk olarak Brüksel Ibis Tüzüğü örnek verilebilir. Tüzük, üye devlet mahkemelerince verilen

egemen bir devletin yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi rejimi öngörüp görmeme konusunda da tamamen bir takdire sahip olduğu göstermektedir.

2. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi ile Taraf Devletlerin AİHS’nden Kaynaklanan Yükümlülükleri Arasındaki İlişkinin Temel İlkeleri

a. Genel Olarak

Yukarıda yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinin hukuki temellerini incelemeye çalıştık. Bu kapsamda, egemenlik yetkisine sahip olan devletlerin yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi rejiminin öngörülmüş

kararların, AB üyesi diğer devlet hukuklarında serbetçe dolaşımını temin etmek üzere, tanıma-tenfiz prosedürünün mümkün olduğunda basitleştirilmesini ve kolaylaştırılmasını öngörmüştür. Buna göre, üye devlet mahkemelerince verilen kararların diğer bir üye devlette icra edilebilmesi için gerekli olan exequatur prosedürü ortadan kaldırılmış ve tenfiz usulünün ihtilafsız olarak karara bağlanacağı öngörülmüştür. Ancak, kendisine karşı tenfiz kararı verilen davalıya kararın icrasının talep edilmesi üzerine söz konusu karara karşı itiraz edebilme hakkı da tanınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Süral, **Tanıma-Tenfiz**, s..213 vd. 690 sayılı KHK (RG: 24.9.2017-30052) m.4 hükmüyle birlikte Türk hukukunda da MÖHUK’ta öngörülen evliliği sona erdirilmesi konusunda verilmiş olan mahkeme kararının tanınması için dava açma gerekliliği ortadan kaldırılmış, ancak Türk mahkemelerinin bu konudaki denetimi tamamen ortadan kaldırılmamıştır. Nüfus Hizmetleri Kanunu m.27/A hükmüne göre, taraflar yabancı adli veya idari makamlarca verilen evliliğin sona ermesine ilişkin kararların tescilli talebiyle nüfus müdürlükleri ve dış temsilciliklere birlikte başvurabilecektir. Ancak söz konusu Kanunun 27/A maddesinde aralarında kamu düzenine açıkça aykırı olmama şartının da yer aldığı tanıma şartlarını sağlanmadığı gerekçesiyle tescil talebinin nüfus müdürlüklerince reddedilmesi yine de mümkündür. Böyle bir durumda, bireylerin MÖHUK hükümlerine göre tanıma davası açmaları gerektiği öngörülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Burak Huysal, “Nüfus Hizmetleri Kanunu Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili”, **MHB**, C.37, S.2, 2017, s.473 vd. Türkiye’nin taraf olduğu bazı uluslararası anlaşmalarda da ilgili uluslararası anlaşmanın kapsamına giren taraf devlet mahkemelerine ait kararların anlaşmaya taraf diğer bir devlet mahkemesince doğrudan tanınması veya tenfiz edilmesi usulünün öngörüldüğü belirtilmektedir. Yabancı kararlarının tanınması ve tenfizini kolaylaştırmak için Türkiye’nin taraf olduğu kimi uluslararası anlaşmalarda kişi, konu ve zaman bakımından ilgili anlaşmanın kapsamına giren yabancı adli veya idari makam kararlarının doğrudan tanınması usulü öngörülmüş ve yabancı kararın herhangi bir tanıma şartına/engeline tabi tutulmaksızın ve tanıma kararına gerek olmaksızın kesin hüküm ve kesin delil etkisinin ortaya çıkacağı kabul edilmiştir. Ancak bu anlaşmalardan bazılarında yabancı adli veya idari kararların doğrudan tanınması usulü öngörülse de, yabancı kararın tanıma devletinin kamu düzenine açıkça aykırı olmaması şeklinde bir tanıma engelinin yine de muhafaza edildiği görülmektedir. Yabancı adli veya idari makamlar kararlarının doğrudan tanınması usulü ve bu usulün öngörüldüğü uluslararası anlaşmalar hakkında bkz.: Ebru Şensöz, “Türkiye’nin Taraf Olduğu Bazı Milletlerarası Sözleşmeler Çerçevesinde Doğrudan Tanıma Usulü”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:11 Sayı: 22 Güz 2012/2 s.389 vd.; İbrahim Doğan Takavut, “Türkiye’nin Taraf Olduğu Milletlerarası Sözleşmeler Kapsamında Çocuklara İlişkin Verilen Adli ve İdari Kararların Doğrudan Tanınması” **Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler**, Ed. Günseli Öztekin Gelgel/Faruk Kerem Giray, İstanbul, Beta 2017, s.191 vd.

Bu anlaşmalardan bazılarında ilgili anlaşmada herhangi bir tanıma engeli/şartı öngörülmemiş olup, yabancı kararın kesin hüküm ve kesin delil etkisi herhangi bir tanıma kararına gerek olmaksızın kabul edileceği öngörülmüştür.

olmasının veya olmamasının, prensip olarak devletin sahip olduğu yargı yetkisini sınırlamadığını, bilakis bunun aynı zamanda devletin egemenliğinin dolaylı bir göstergesi olduğunu belirtmiştik. Bu bakımdan, yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizini öngörmesinin, uluslararası hukuktan kaynaklanan bir yükümlülük olmadığı, bu konunun tamamen devletlerin takdirinde olduğu sonucu karşımıza çıkmaktadır. Diğer taraftan, esasen ulusal anayasalarında bireylerin temel hak ve özgürlüklerine saygı göstereceğini ve yerine getireceğini veya koruyacağını öngören devletlerin uluslararası insan hakları sözleşmelerine taraf olmakla üstlendikleri yükümlülükleri, onların sorumluluğuna yol açabilir. Dolayısıyla, AİHS'ne taraf olarak, AİHS m.1 uyarınca bireylerin AİHS'nde güvence altına alınan hak ve özgürlüklerine saygı göstereceğini taahhüt eden bir devletin yetkili adli makamlarının bağlı olduğu devlet tarafından buna izin verilmediği gerekçesiyle tanıma-tenfiz taleplerini reddetmeleri nedeniyle AİHS'ne aykırı davrandığı iddia edilebilir. Böyle bir durumda, bireylerin AİHS'nin koruması altında olan hak ve özgürlüklerinin taraf devletlerin yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi rejimi öngörme/tanzim etme yetkisini sınırlayıp sınırlamadığını, dolayısıyla taraf devletleri yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi rejimi tanzim etmek şeklinde bir yükümlülük altına sokup sokmadığını tespit etmeye çalışacağız. Ardından, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi rejimini öngören devletlerin, aynı zamanda AİHS'ne taraf olmakla ortaya çıkan yükümlülükleri ile bu konudaki ulusal mahkeme uygulamaları arasındaki ilişkiyi AİHM içtihatları ışığında inceleyerek, bu konudaki temel prensipleri ortaya koymaya çalışacağız.

b. AİHS'nde Yer Alan Hakların Devletin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Rejimi Öngörme Yetkisini Sınırlayıp Sınırlamadığı

Daha önce de belirttiğimiz üzere, AİHS m.1 uyarınca devletler yargı yetkilerinin kapsamına giren bireylerin AİHS'nde yer alan ve ilgili hükmün koruma alanına giren hak ve özgürlüklerine saygı göstermek/müdahale etmemek yükümlülüğü altındadır. Söz konusu negatif yükümlülüğün yanı sıra, taraf devletler AİHM içtihatları vasıtasıyla Sözleşmesel hakları üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı korumak veya hakkı yerine

getirmekle yükümlü kılınmıştır. Bu kapsamda, ilgili Sözleşmesel hakkın muhatabı olan taraf devletler, özel hukuka ilişkin bir hakkın varlığı, geçerliliği ve/veya üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı korunmasına yönelik olarak bireylerin hangi adli veya idari mekanizmaları işleterek hak iddiasında bulunabileceklerini öngörebilirler. Zaten AİHM de Sözleşmesel hakların taraf devletlerce ne şekilde yerine getirileceğinin taraf devletlerin ulusal hukuklarına ait bir mesele olduğunu kabul etmektedir.

Bu bakımdan, AİHS m.1 anlamında yargı yetkisi kapsamına giren bir kişinin açmış olduğu herhangi bir özel hukuk davasının usule veya esasa ilişkin herhangi bir nedenle reddedilmesi, bireylerin AİHS m.6/1’de yer alan mahkemeye erişim veya hakkaniyete uygun yargılanma haklardan yararlanamadıkları gerekçesiyle taraf devletin sorumluluğuna neden olabilir. Yine, bir mahkeme kararıyla elde edilsin veya edilmesin, özel hukuka ilişkin yabancı ülkede kazanılmış bir hakkın taraf devletin yetkili makamlarınca yerine getirilmemesi veya hakkın kullanımının engellenmesi, söz konusu özel hukuka ilişkin hakkın niteliğine bağlı olarak, hakkın öznesinin AİHS m.8’in veya benzeri bir hakkını ihlaline yol açabilir. AİHM uygulamasında, özel hukuka ilişkin bir hak iddiasının varlığının, korunmasının veya yerine getirilmemesinin taraf devletlerin ulusal mevzuata istinaden yetkili kılınan adli makamlarca yerine getirilmemesinin gerek AİHS m.6/1’in gerekse diğer temel hakların ihlaline yol açtığına ilişkin pek çok karara rastlamak mümkündür.

Özel hukuka ilişkin bir hakkın varlığını tevsik eden herhangi bir yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizi talebi, söz konusu talebin yöneltilmiş olduğu taraf devletin ulusal hukukunda öngörülmemiş olduğu gerekçesiyle doğal olarak reddedilecektir. Böyle bir durumda, büyük ölçüde taraf devlet mahkemelerine yöneltilecek olan böyle bir talep reddedilmiş olacak, dolayısıyla hem yapılan başvuru reddedilmiş, hem de ilgili hakkın niteliğine bağlı olarak AİHS m.8 veya P-1 m1’in koruma alanına giren bir haktan taraf devlette yararlanılamamış olacaktır. Burada, tarafı olduğu bir insan hakları anlaşması, örneğin AİHS, uluslararası hukuk anlamında herhangi bir yükümlülük altında olmayan bir devleti, özel hukuka ilişkin mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi rejimi öngörme/tanzim etme gibi bir yükümlülük altına sokmakta mıdır? Günümüzde hemen hemen pek çok devletin yabancı mahkeme

kararlarının tanınması veya tenfizi rejimini belirli şartlar altında kısmen veya tamamen öngördüğü ve uyguladığı belirtilmektedir. Bununla beraber, teorik mahiyet arz etse de, konu devletin mahkemelerince verilen tanıma veya tenfize ilişkin kararları nedeniyle insan haklarından doğan sorumluluklarının (yükümlülüklerinin) mahiyeti ve kapsamının anlaşılması açısından önem arz etmektedir.

Bilindiği üzere, AİHS'ne taraf devletler, AİHS m.6/1 uyarınca, yargı yetkilerinin kapsamına giren ve mahkemelerinin yer itibariyle yetkisini tesis edecek derecede ülkeyle bağlantısı olan bireylerin özel hukuka ilişkin hak iddialarının çözümü için kendi mahkemelerine etkili bir erişim imkânı sunmakla yükümlüdür. AİHS m.6/1'in bireylere sağlamış olduğu koruma, aynı zamanda söz konusu mahkemelerin yapacağı yargılamanın AİHS m.6/1'de yer alan usuli güvencelere uygun bir şekilde yürütülüp karara bağlanmasını da kapsamaktadır. Aynı zamanda, AİHS m.6/1 uyarınca taraf devletlerin mahkemelerince verilen kararların kendi makamlarınca uygulanmasını sağlamakla yükümlü olduğu, mahkeme kararlarının uygulanmasının yargılamanın ayrılmaz bir parçası ve mahkemeye erişim hakkının zorunlu bir unsuru olduğu kabul edilmektedir⁹²¹. Doğal olarak, kendi mahkemelerince verilen kesinleşmiş ve bağlayıcı bir kararın uygulanmaması nedeniyle taraf devletin AİHS m.6/1'den sorumluluğu doğabilir. Böyle bir durumda, AİHS m.6/1'de yer alan usuli güvencelere uygun bir yargılama yapacak bir mahkemeye erişim imkânı sunmanın herhangi bir anlamı kalmayacaktır. Buna karşın, prensip olarak yabancı mahkeme kararı tanınmamak veya tenfiz edilmemek suretiyle uygulanmadığı gerekçesiyle, yabancı karardan istifade etmek isteyen tarafın AİHS m.6/1'de veya kararda tevsik edilen hakkın niteliğine bağlı olarak herhangi bir temel hakkın ihlal edildiğinden aşağıdaki gerekçelerle söz edilemez:

Şüphesiz, kendi mahkemelerince yabancı kararın tanınabileceğini veya tenfiz edilebileceğini yasal/yargısal olarak öngörmeyen bir devletin böyle bir tercihi, uluslararası hukuka aykırı değildir. Bununla birlikte, söz konusu devletin yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi rejimini öngörmemesi veya bir hukuk politikası olarak bunu tercih etmemesi, söz konusu taraf devletin ihkak-ı haktan imtina etme

⁹²¹ Hornsby v. Yunanistan, no.18357/97, 19 Mart 1997, para.40; Burdov v. Rusya, no.59498/00, 7 Mayıs 2002, para.33-38.

yasağından ve yargı yetkisinin kapsamına giren bireylere adalet erişim imkânı sağlama yükümlülüğünden bağışık olduğu anlamına gelmemektedir. Başka bir deyişle, yargı yetkisine sahip olan egemen bir devlet, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi rejimi öngörsün veya öngörmesin, AİHS m.1 hükmü uyarınca kendi yargı yetkisinin kapsamına giren bireylerin adalete taleplerini yerine getirmekten kaçınamayacaktır. Dolayısıyla, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi rejimi öngörmeyen bir devlet, bir taraftan lehine bir karar elde eden tarafın söz konusu talebini reddederken, diğer taraftan prensip olarak yabancı kararın kendi hukuk düzeninde hukuki sonuçlar doğurmasını arzu etmeyen söz konusu devletin ilgili tarafa özel hukuka ilişkin iddiası hakkında karar vermek üzere kendi mahkemelerine erişebilmesi imkânı tanımak durumundadır.

Yalnız, milletlerarası yetki bahsinde ifade ettiğimiz üzere, bu yükümlülüğün de bir sınırının olduğunu unutmamak gerekir. AİHS m.6/1 uyarınca yargı yetkisi kapsamına giren bireylerin ülke mahkemelerine erişimini mümkün kılacak olan taraf devletlerin, bu konuda yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlığının niteliğini, taraflarını ve unsurlarını dikkate alan, makul ve objektif esaslara dayanan yetki kuralları tanzim etmek durumundadır. Diğer taraftan, tanıma-tenfiz talebine konu uyuşmazlığın konusu, tarafları veya diğer unsurları, aynı zamanda tanıma-tenfiz rejimi öngörmeyen devletin mahkemelerinin yetkisini tesis edecek derecede ülkeyle yeterli bir irtibata da sahip olabilir. Örneğin, lehine/aleyhine karar verilen kişinin vatandaşlığı, tanınması mümkün olmayan şahsi statüye ilişkin bir yabancı karara rağmen, aynı davanın yeniden dava konusu yapılabilmesini büyük ölçüde temin edebilecek niteliktedir. Benzer şekilde, yabancı bir alacak kararı davalının mallarının bulunduğu devlet hukukunda tanıma-tenfiz rejimi öngörülmediğinden tenfiz davasına konu yapılamayabilir. Ancak söz konusu malvarlığı unsuru veya malvarlığının değeri, genellikle aynı davanın söz konusu devlet mahkemesinde görülebilmesini sağlayabilecek niteliktedir. Bu bakımdan, yukarıdaki ifadeler, özel hukuka ilişkin olarak yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizini normatif/içtihaden kabul etmeyen bir devletin, mahkemelerinin milletlerarası yetkisini yukarıdaki yükümlülüğünü de göz önünde bulunduracak şekilde tesis etmesi gerektiğini göstermektedir.

Strasburg organlarının yabancı mahkeme kararlarının tanınması taleplerinin reddedilmesinin AİHS m.6/1, P-1 m.1 ve AİHS m.8 açısından şikâyeteye konu yapıldığı bazı içtihatlarında yer verdiği ifadeler de AİHS anlamında bir taraf devletin yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi rejimi öngörmekle yükümlü olmadığını göstermektedir. Örneğin, AİHK *Akın v. Hollanda* kabul edilebilirlik kararında⁹²² bu hususu açıkça ortaya koymuştur. AİHK, P-1 m.1’le ilgili değerlendirmesinde, *“Sözleşmenin ne bu (P-1 m.1) hükmünün ne de başka bir hükmünün, yabancı bir yargısal makama ait kararların, başka bir devletin ülkesinde söz konusu devletin hukuk düzenince benimsenen herhangi bir yargısal tanıma/onaylama kararı olmaksızın, derhal hukuki sonuç doğurmasını istemek gibi bir hakkı güvence altına almadığını”* ifade etmiştir⁹²³. Dolayısıyla, mahkemeleri yabancı bir mahkeme kararını tanımadığı veya tenfiz etmediği gerekçesiyle davalı devletin AİHS’nden sorumluluğuna gidilebilmesi için, devletin yabancı mahkeme kararıyla elde edilen özel hukuka ilişkin bir hakkı –belirli şartlar altında- kendi hukuk düzeninde kabul edeceğini (tanıma) ve/veya kendi makamları vasıtasıyla yerine getirileceğini (tenfiz) kabul etmesi gerekmektedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, devletin gerek uluslararası hukuk gerekse insan hakları hukuku anlamında temel yükümlülüğü bireylerin ileri sürdükleri adalet taleplerini kendi mahkemelerini kullandırmak suretiyle yerine getirmek veya kendisine karşı dava ikame edilen tarafın haklarını korumaktır. Dolayısıyla, bu konuda açıkça bir kabulü olmadıkça, yabancı mahkeme kararıyla tevsik edilen özel hukuka ilişkin bir hakkın kabul edilmesinin ve/veya uygulanmasının talep edilmesi, prensip olarak devletin insan hakları hukuku açısından sorumluluğuna yol açmayacaktır.

Nitekim bazı içtihatlarında bu düşünciyi dolaylı olarak destekleyen ifadelere rastlamak da mümkündür. Örneğin, aşağıda sıkça zikredeceğimiz *McDonald v.*

⁹²² *Akın v. Hollanda*, no.34986797, 1 Temmuz 1998. Söz konusu başvuruda, Hollanda kanunlarının sağladığı çocuk yardımı alma hakkı elde edebilmek amacıyla başvurucuyla çocuk arasındaki evlat edinme ilişkisini tevsik eden Türk mahkeme kararının tanınmaması şikâyeteye konu yapılmıştır. Başvurucu, tanıma talebinin reddedilmesinin AİHS m.6/1, AİHS m.8’ AİHS m.14 ve P-1 m.1’in ihlal edildiğini ileri sürmesine rağmen, AİHK tüm ihlal iddialarını kabul edilemez bulmuştur.

⁹²³ Bkz.: *Akın v. Hollanda*, no.34986/97, 1 Temmuz 1998, The Law, para.6: *“...the Commission considers that neither this provision nor any other provision of the Convention guarantees, as such, a right that decisions by a foreign judicial authority obtain immediate legal effect in a given domestic jurisdiction without any form of judicial recognition in the latter legal order)”*.

Fransa⁹²⁴ kararında AİHM, öncelikle AİHS m.6/1'in ulusal mahkeme kararları gibi yabancı mahkeme kararlarının icra edilmesine (*l'exécution des jugements étrangers*) de uygulanacağını belirtmiş, ardından *exequatur* (tanıma-tenfiz) prosedürünün uyulması gereken bir ön gereklilik/formalite olduğunu ifade etmiştir⁹²⁵. Bu kapsamda, *Pellegrini v. İtalya*⁹²⁶ kararına da atıf yaparak, İtalyan mahkemelerinin yabancı mahkemelerin yapmış olduğu yargılamanın AİHS m.6/1'e uygun olup olmadığını da araştırmakla yükümlü olduğunu vurgulayarak, taraf devletçe öngörülen tanıma-tenfiz prosedürüne uyulmamasının davalı devletin AİHS'nin ihlalinden sorumluluğuna yol açabileceğini dolaylı olarak ifade etmiştir⁹²⁷. AİHM'nin yabancı kararın *exequatur* prosedürüne tabi kılınması gerektiğine yönelik ifadeleri, bir taraftan *exequatur* prosedürünün AİHS'ne uygun bir şekilde yerine getirilmemesinin tanıma-tenfiz devletinin sorumluluğuna yol açabileceğini açıkça ifade ederken, diğer taraftan böyle bir sorumluluğunun *exequatur* prosedürünün, dolayısıyla yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi rejiminin davalı devletçe önceden yasal/yargısal olarak açıkça kabul edilmesi gerektiğini dolaylı olarak ortaya koymaktadır.

Yabancı boşanma kararının tanınması davasının aşırı uzunluğunun şikâyeteye konu yapıldığı *Sylvester v. Avusturya* kararındaki ifadelerden de benzer bir sonuca varmak mümkündür. Söz konusu kararda AİHM, davalı devletçe ileri sürülen yabancı boşanma kararına kendi hukukunda hangi koşullar altında izin vereceğinin devletin egemenliği ilkesini yansıttığı iddiasını, davalı devletin kendi hukukunda bireylere belirli şartları

⁹²⁴ McDonald v. Fransa, no.18648/04, 29 Nisan 2008.

⁹²⁵ Bkz.: McDonald v. Fransa, En Droit, B.: “*De plus, la Cour rappelle qu'elle a déjà jugé qu'en matière de contestation dont l'issue est déterminante pour des droits de caractère civil, l'article 6 de la Convention s'applique aussi bien à l'exécution des jugements nationaux (Hornsby c. Grèce, arrêt du 19 mars 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-II) qu'à l'exécution des jugements étrangers (Pellegrini c. Italie, no 30882/96, CEDH 2001-VIII).*”

⁹²⁶ Pellegrini v. İtalya, no.30882/96, 20 Temmuz 2001.

⁹²⁷ Bkz.: McDonald v. Fransa, En Droit B.: “*Or, la procédure d'exequatur est une formalité préalable indispensable pour qu'un jugement étranger soit exécutoire sur le territoire français. Dans l'affaire Pellegrini précitée, la Cour a examiné si dans le cadre de la procédure d'exequatur, les juridictions italiennes avaient dûment vérifié la régularité de la procédure suivie devant les juridictions étrangères, au regard de l'article 6. De même, la Cour considère que l'article 6 implique un contrôle des règles de compétence en vigueur dans les Etats contractants aux fins de s'assurer que celles-ci ne portent pas atteinte à un droit protégé par la Convention.*”

karşılayan yabancı boşanma kararlarının tanınmasını talep etme hakkı tanıdığı gerekçesiyle kabul etmemiştir⁹²⁸.

Bu ifadeden hareketle, bir devletin özel hukuka ilişkin bir hakkı veya yükümlülüğü tevsik eden yabancı bir kararın tanınması veya tenfizi talebiyle kendi mahkemelerine başvurabilme hakkı tanıyan bir düzenlemeye yer vermediği gerekçesiyle ne uluslararası hukuktan ne de tarafı olduğu AİHS nezdinde sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Zaten, aksi bir düşünce, yargı yetkisini mahkemeleri vasıtasıyla kullanan egemen devletlerce kabul edilmeye(bile)ceği gibi, taraf devletlere AİHS m.1 uyarınca taahhüt etmedikleri ve AİHS m.6/1'in kapsamına girmeyen bir yükümlülük yüklemek anlamına gelecektir.

Bu açıklamalar ışığında, prensip olarak devletler çeşitli nedenlerle ulusal mevzuatında özel hukuka ait yabancı mahkeme kararlarının tanınmasını veya tenfizini öngörmemişse veya hiçbir şekilde kabul etmemişse, kendi mahkemelerini bu tür taleplerle bireylerin kullanımına sunmamaları onların otomatikman AİHS'nden sorumluluğuna yol açmayacaktır⁹²⁹. Diğer taraftan, esasen sahip olduğu mutlak ve münhasır yargı yetkisinin karşılığı olarak, devletin kendi yargı yetkisinin kapsamına giren bireyler arasında adalet dağıtma yükümlülüğü bulunmaktadır ve bu yükümlülük varlığını devletin yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi rejimi öngörme/tanzim etme yetkisinden bağımsız olarak ve her zaman muhafaza etmektedir. Dolayısıyla, hem özel hukuk uyumsuzluğunun niteliğine bağlı olarak ülkesiyle makul ve yeterli bir bağlantıya sahip, dolayısıyla dava açmakta hukuki menfaati olan bireylere bu hakkı tanımayıp hem de yabancı ülkede elde ettikleri kararlardan kendi hukuk düzenlerinde hiçbir şekilde kabul edilmeyeceğini benimsemek, söz konusu devletin insan hakları açısından sorumluluğuna neden olabilir. Böyle bir durumda AİHM, yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizi rejimi öngörülmediğinden ziyade, ülkesiyle yeterli ve makul bir irtibata sahip olmasına, dolayısıyla dava açmak bakımından makul ve öngörülebilir olmasına rağmen, mahkemelerinin milletlerarası

⁹²⁸ Sylvester v. Avusturya, no.54640/00, 9 Ekim 2003, The Law.

⁹²⁹ Bununla beraber, yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizini bir prensip olarak tamamen kabul etmemek yönündeki bir tutumun, AİHS'nin ciddi bir ihlali riskini de beraberinde getirdiği de ifade edilmektedir. Bkz.: Kinsch, **Enforcement**, s.543.

yetkisini tesis etmemesi veya yetki kuralına rağmen yetkisizlik kararı vermesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlaline hükmedebilecektir⁹³⁰.

Son olarak, aralarında Türkiye'nin de olduğu pek çok ülke hukukunda, genel olarak özel hukuka ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tenfizinin mütekabiliyet temelleri üzerine inşa edildiği veya özel hukuka ilişkin bazı kararların tenfizinin taraf devletlerce öngörülen tanıma-tenfiz rejimi kapsamı dışında tutulduğu görülmektedir. Başka bir ifadeyle, tenfize konu kararın verildiği devlete veya kararın niteliğine bağlı olarak yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi mümkün kılınmamış olabilir. Örneğin, Hollanda hukukunda yabancı bir kararın tenfizi, Hollanda ile tenfize konu kararın verildiği devlet arasında mahkeme kararlarının tenfizine dair bir uluslararası anlaşmanın varlığı halinde mümkündür (Hollanda MUK m.431). Benzer şekilde, sadece Türk hukukunda değil pek çok ülke hukukunda tenfiz davasına konu yapılabilecek kararlara konu itibarıyla bir sınırlama getirildiği de görülmektedir. Örneğin, tenfize konu yabancı kararın tenfiz devleti mahkemelerinin münhasır yetkisinin kapsamına giren bir konuya ilişkin olması halinde, bu tür kararların mahkemelerce tenfizine karar vermek mümkün olmayacaktır. İşte, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi rejimini hukuken öngören, ancak bir hukuk politikasının gereği olarak veya çeşitli menfaatlerle, özel hukuka ilişkin bazı yabancı kararların tenfizini öngördüğü tanıma-tenfiz rejimi haricinde tutan bir taraf devletin, söz konusu hariç tutma nedeniyle sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği problemi hâsıl olabilir.

Esasen, herhangi bir taraf devletin hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi rejiminin genel olarak öngörülmemesi nedeniyle yabancı karara konu hakkın yerine getirilmemesi, doğal olarak, tek başına tanıma-tenfiz talebinde bulunulan devletin adalet sisteminin işleyişini engellememektedir. Benzer şekilde, özel hukukun bazı alanlarına ilişkin verilen yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizini bir hukuk politikası gereği kabul etmeyen devletler bakımından da aynı husus söz konusudur. Yalnız bu durumda da, devletlerin yargı yetkisinin kapsamına giren bireyler arasında adalet dağıtma/adaleti gerçekleştirme yükümlülüğü, varlığı yine muhafaza etmektedir. Bu kapsamda, özel hukuka ait bazı yabancı mahkeme kararlarının

⁹³⁰ Bkz.: Arlewin v. İsveç, para.59-73.

kendi mahkemelerince tanınması veya tenfizini bir hukuk prensibi olarak kabul etmeyen devletlerin de, genellikle yabancı mahkeme kararına konu uyuşmazlık hakkında kendi mahkemelerinin yetkisini tesis ederek, ilgili tarafın adalete erişim hakkından tamamen mahrum kalmamasını temin ettiği görülmektedir⁹³¹. Yukarıdaki örneklerden hareket edecek olursak, taşınmazın bulunduğu veya fikri mülkiyet hakkının tescil edildiği yer olması itibariyle kendi mahkemelerinin münhasır yetkisinin kapsamına giren bir uyuşmazlık neticesinde verilen bir kararı tanımayacağını-tenfiz etmeyeceğini açıkça öngörülmesi, doğal olarak ilgili tarafın başvurabileceği yetkili bir mahkemenin de her zaman mevcut olması anlamına gelmektedir. Benzer şekilde davalının malvarlığının bulunduğu Hollanda'da yabancı mahkemede elde ettiği alacak kararını, kararın verildiği ülke ile Hollanda arasında tenfize ilişkin bir anlaşma olmadığından tenfiz ettiremeyen taraf, en kötü ihtimalle Hollanda MUK m.9'da yer alan *forum necessitatis* kurallarına göre Hollanda mahkemelerinde bir alacak davası açabilecektir.

Dolayısıyla yukarıda belirttiğimiz üzere, özel hukuka ilişkin yabancı kararların tanınması-tenfizini büyük ölçüde kendi menfaatlerini korumak gayesiyle tanıma-tenfiz rejimi dışında tutan AİHS'ne taraf devletlerin, mahkemelerinin milletlerarası yetkilerini tesis ederken yukarıda değindiğimiz asli yükümlülüğünü göz önünde bulunduracak şekilde hareket etmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, yabancı kararı tenfiz etmek istemeyen bir devletin, lehine bir karar elde eden ve söz konusu kararda tevsik edilen haktan söz konusu devlette de yararlanmakta gerçekten hukuki yararı olan bireylere ülkeyle makul ve yeterli bir irtibata sahip olan uyuşmazlığı yeniden dava konusu yapabilme hakkı tanınmalıdır. Aksi halde, hem kendi mahkemelerinde dava açmakta hukuken korunmaya değer bir menfaati olan bireylere kendi mahkemelerine erişim imkânı tanımayıp hem de söz konusu bireylerin yabancı ülkede elde ettikleri kararların kendi hukuk düzeninde hiçbir şekilde kabul edilmeyeceğini benimsemenin, söz konusu taraf devletin AİHM nezdinde sorumluluğuna yol açabileceğini de unutmamak gerekir⁹³².

⁹³¹ Kinsch, **Enforcement**, s.542.

⁹³² Buna örnek olarak, Türkiye ile tenfize konu alacak kararının verildiği yabancı ülke arasında mahkeme kararlarının tenfizine dair karşılıklığın bulunmadığı, ancak davalının uyuşmazlık konusu olmayan

c. Taraf Devletlerin AİHS'nden Kaynaklanan Yükümlülükleri ile Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Arasındaki İlişkinin Sınırları

i. Tanıma-Tenfiz Davalarını Bireylerin Sözleşmesel Haklarıyla Bağdaşır Bir Şekilde Yürütme Yükümlülüğü

Özel hukuka ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınacağını veya tenfiz edileceğini ulusal hukukunda genel olarak veya kısmen kabul eden devletler, yabancı mahkeme kararlarının hangi usule istinaden yürütüleceğini ve yabancı kararla ortaya çıkan hukuki sonuçların ne tür şartlar altında ve hangi kapsamda kendi hukukunda sonuçlar doğuracağını da prensip olarak serbestçe belirleyebilir. Bu kapsamda, yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi taleplerinin, genellikle mahkemelerince ulusal hukuklarında belirlemiş oldukları usul ve şartlar altında karara bağlanacağı öngörülmektedir. Dolayısıyla, tıpkı özel hukuk davalarında olduğu gibi, yabancı bir kararla elde edilen bir hakkın veya statünün belirli şartlar altında tanınacağını veya tenfiz edileceğini kabul eden bir devletin, doğal olarak, söz konusu karardan/haktan istifade etmek isteyen bireylerin kendi mahkemelerine başvurarak bir tanıma-tenfiz kararı elde edebilmelerine imkân tanınması gerekmektedir. Keza, yabancı ülkede aleyhine bir karar verilen ve tanıma-tenfiz devletinde sahip olduğu hakları veya şahsi statüsü etkilenebilecek olan bireylere de buna karşı koyabilme imkânı tanınmalıdır. Dolayısıyla, tanıma-tenfiz devletin hukuk düzeninde her iki tarafın özel hukuka ilişkin hak veya yükümlülüklerini etkileyebilecek böyle bir talep mahkeme tarafından karara bağlanırken, gerek talepte bulunan tarafın/davacının gerekse davalının adil yargılanma haklarına riayet edilmesi, her iki tarafın birbiriyle çatışması muhtemel temel haklarına riayet edilmesi gerekir ve beklenir.

malvarlığının ülkede bulunması dışında uyuşmazlığın Türkiye ile başka hiçbir irtibatının bulunmaması hali örnek verilebilir. Böyle bir durumda, yabancı kararın tenfizi MÖHUK m.54/a uyarınca mümkün olmayacaktır. Lehine alacak kararı elde eden taraf, Türk mahkemelerinde bir dava açmak istediğinde, diğer yetki kurallarına göre yetkili bir mahkeme bulamayacaktır. MÖHUK m.40 atfı gereği HMK m.9 hükmüne istinaden bir dava açmak istese de, Türkiye'deki malvarlığı uyuşmazlıkla alakalı olmadığından söz konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu mahal mahkemesi, davalının itirazı üzerine yetkisizlik kararı verecektir.

Bu bakımdan, AİHS m.1'in gereği olarak, devletlerin kendi mahkemesinde açılan bir tanıma-tenfiz davasının taraflarının AİHS'nde yer alan temel hak ve özgürlüklerine riayet etmesi, bu kapsamda söz konusu hak ve özgürlüklerin korunmasına hizmet eden AİHS m.6/1 hükmüne uygun bir yargılama yapması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, prensip olarak tanıma-tenfiz rejimi tanzim etmek gibi bir yükümlülük altında olmayan bir devlet, bir kere iç hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tanınacağını veya tenfiz edilebileceğini tanzim ettiği kurallar vasıtasıyla kabul ettikten sonra, artık mahkemelerince verilen yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizine ilişkin her türlü kararın AİHS'ne uygun olması gerekmektedir. Bu nedenle, AİHS'nden kaynaklanan yükümlülükleri, taraf devletlerin (mahkemelerinin) yabancı bir kararın tanınmasına veya tenfizine karar verip vermeme konusundaki yetkisinin sınırlarını çizmektedir. Hatta, taraf devlet mahkemelerinin yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi davalarını sadece tanıma-tenfiz talebinde bulunan şahsın değil, (varsa) karşı tarafın veya tanıma-tenfiz kararı verilmesi halinde durumu etkilenebilecek olan üçüncü kişilerin AİHS'nde yer alan ilgili haklarıyla bağdaşır bir şekilde yürütmek ve karara bağlamak yükümlülüğü altındadır.

İlgili devletin söz konusu yükümlülüğü, Sözleşmesel hakların kullanımına müdahale etmeme şeklindeki negatif yükümlülükten ziyade, ulusal mahkemelerin tanıma-tenfiz yargılaması yaparak, yabancı kararla tevsik edilen hakkı kendi hukukunda da diğer bireylerin müdahalelerine karşı koruma veya niteliğine göre yerine getirme şeklinde pozitif bir yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, yabancı kararın tanınması veya tenfizi talebinde bulunan taraf, yabancı kararın tanınması veya tenfiz edilmesi suretiyle, yabancı ülkede elde etmiş olduğu (Sözleşmesel bir hakkın koruma alanına giren) özel hukuka ilişkin bir hakkının tanıma-tenfiz devletinde de kabul edilerek korunmasını ve/veya yerine getirilmesini istemektedir. Davacı mahkemeden, yabancı ülkede hukuken kabul edilen bir haktan yararlanmasına veya hakkı kullanmasına müdahale etmemesini istememekte, bu haktan tanıma devletinde de yararlanabileceğinin ve söz konusu hakkın hukuk düzenince korunacağını tespitini, duruma göre hakkın icra edilmesini istemektedir⁹³³. Benzer şekilde, davalının yabancı

⁹³³ Örneğin, yabancı ülkede geçerli bir şekilde tesis edilen evlat edinme ilişkisinin tanınması talep edildiğinde, aslında böyle bir taleple yabancı ülkede geçerli kabul edilen aile ilişkisinin tanıma devletinde

mahkemede AİHS m.6/1’de güvence altına alınan savunma haklarının ihlal edildiği iddiasıyla yabancı alacak kararının tenfizinin reddedilmesini talep ettiğini varsayalım. Davalı böyle bir taleple, aslında yabancı ülkede gayri adil bir yargılama sonucunda tespit edilen hakkın (davalı açısından yükümlülüğün/borcun) tenfiz mahkemesince reddedilmesini, böylece tenfiz devleti hukukunca da kendisine tanınan adil yargılanma haklarının tanıma-tenfiz devletinde de korunmasını talep etmektedir⁹³⁴.

Diğer taraftan, tanıma-tenfiz mahkemeleri, kendi hukukunda yer alan tanıma-tenfiz usulü ve şartlarını karşılayıp karşılamamasına bağlı olarak, ya tanıma-tenfiz kararı vermek ya da tanıma-tenfiz talebini reddetmek zorundadır. Diğer bir ifadeyle, tanıma-tenfiz taleplerine veya bu tür taleplerin reddi taleplerine cevap vermeyerek, taraf devlet mahkemelerinin AİHS’nde yer alan haklara müdahale etmeme yükümlülüğünü yerine getirdiği söylenemez. Zira aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere, tanıma-tenfiz davalarında, genellikle tanıma-tenfiz talebinde bulunan taraf ile (varsa) davalının AİHS’nin koruma alanına giren hakları/menfaatleri arasında bir çatışma ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, ulusal mahkemelerin, tanıma-tenfiz usulüne ve şartlarına ilişkin kuralları tatbik ederek, davacının AİHS’nde yer alan hakları ile davalının AİHS m.6/1 ve diğer hükümlerde yer alan hakları arasında makul ve adil bir denge kurması gerekecektir. Davanın koşullarına göre de, ulusal mahkemece bir tarafın veya üçüncü bir kişinin haklarını diğerinin haklarına nazaran korunmaya değer görecektir. Böylece, ulusal mahkemeler, böyle bir denge kurmak kaydıyla, bir taraftan yabancı kararı tevsik eden hakkın niteliğine ve/veya yargılamanın özelliklerine bağlı olarak, ilgili tarafın AİHS’nde korunan hakkına⁹³⁵ uygun bir şekilde davranmış ve ilgili

de hukuken kabul edilmesi ve aynı hukuk düzeninde diğer evlat edinme ilişkileriyle ortaya çıkan hukuki sonuçlardan yararlanılması istenmektedir. Nitekim, bu tür talepler AİHM önünde sıkça şikâyet konusu olmuştur. Bkz.: *Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan*, no.56759/08, 3 Mayıs 2011; *Wagner ve JMWL v. Lüksemburg*, no.76240/01, 28 Haziran 2007.

⁹³⁴ Örneğin bkz.: Bkz.: *Pellegrini v. İtalya*, no.30882/96, 20 Temmuz 2001; *Saccoccia v. Avusturya*, no.69917/01, 5 Temmuz 2007 (kabul edilebilirlik); *Avontis v. Letonya*, no.17502/07, 23 Mayıs 2016.

⁹³⁵ Bu hak, lehine tanıma-tenfiz kararı verilen davacının AİHS m.8’in veya P-1’in koruma alanına giren özel hukuka ilişkin bir hak olabileceği gibi, söz konusu özel hukuka ilişkin haktan yararlanılmasını temin etmek üzere davacı tarafından ileri sürülebilecek olan mahkemeye erişim hakkı veya hakkaniyete uygun yargılanma hakkı gibi AİHS m.6/1’in koruması altında olan bir usuli temel hak da olabilir. Benzer şekilde, yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizi talebini reddeden bir taraf devlet mahkemesi, davalının tanıma-tenfiz şartlarının karşılanmadığına ilişkin itirazlarına bağlı olarak, davalının hakkaniyete uygun yargılanma hakkı gibi usuli bir temel hakkını ve/veya P-1 m.1 gibi ya da AİHS m.8 gibi bir temel hakkını korumuş veya yerine getirmiş olmaktadır.

haktan kaynaklanan koruma/yerine getirme pozitif yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaktadır. Diğer taraftan, aleyhine karar verilen tarafın Sözleşmesel hakkına müdahale niteliğindeki bu karar, makul ve ölçülü olmak kaydıyla, söz konusu tarafın Sözleşmesel hakkına meşru bir müdahale olarak kabul edilebilecektir. Bu bakımdan, AİHS’nde yer alan ve tanıma-tenfiz davaları bakımından uygulanabilir nitelikte olan haklar, ulusal mahkemelere yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizi davasının Sözleşmesel haklarına müdahale etmeme şeklinde negatif bir yükümlülük değil, böyle bir hakkın kendi hukuk düzeninde geçerli ve korunmaya değer olup olmadığını tespit etme pozitif yükümlülüğü yüklemektedir⁹³⁶.

Esasen, AİHM, taraf devletlerin AİHS’nden kaynaklanan yükümlülüklerini ulusal seviyede ne şekilde yerine getirdiğiyle değil, ulusal hukukun bir parçası olan kuralların yorumlanması ve tatbikiyle ortaya çıkan kararın, AİHS’nin koruma alanına giren hak(lar)la bağdaşıp bağdaşmadığını değerlendirmektedir. Dolayısıyla, yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizine izin veren devletler, mahkemelerinin yabancı bir mahkeme kararının tanınmasına-tenfizine ya da tanıma-tenfiz talebinin

⁹³⁶ Bu açıklamalar ışığında, doktrinde ileri sürülen ve esasen AİHM içtihatlarıyla şekillenen pozitif-negatif yükümlülükler doktriniyle tam olarak bağdaşmayan, dolayısıyla gerek doktrinde gerekse uygulamada yanlış anlaşılmaya mahal verebilecek olan bir hususa değinmek yararlı olacaktır. Doktrinde, *Pellegrini v. İtalya* kararına atfen, AİHM’nin taraf devletlere adil yargılama hakkını göz ardı eden yabancı mahkeme kararlarını tanımama-tenfiz etmeme konusunda olumsuz bir yükümlülük yüklediği ifade edilmektedir. İkinci olarak, AİHS m.6/1’in taraf devletlere *Hornsby v. Yunanistan* kararıyla AİHS m.6/1’in koruması altında kabul edilen ve mahkemeye erişim hakkının ayrılmaz bir parçası olan “*kesinleşmiş ve bağlayıcı mahkeme kararlarının icrası hakkı*” kapsamında değerlendirilen tanıma ve tenfiz hakkını gerçekleştirmeye yönelik “*olumlu yükümlülük*” yüklediği ifade edilmektedir. Bkz.: Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.**, s.151, 421, 425. Anlayabildiğimiz kadarıyla, olumlu yükümlülük ile tanıma-tenfiz yargılamasının AİHS m.6/1’de yer alan güvenceleri karşılayacak bir yargılama yapılması gerektiği ifade edilmek istenmiştir. Gerçekten, aşağıda detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere, taraf devlet mahkemeleri, her iki tarafın AİHS m.6/1’de güvence altına alınan haklarına uygun bir şekilde tanıma-tenfiz yargılamasını yürütme ve onların usuli haklarından mümkün mertebe yararlanmalarını temin edecek tedbirler almakla yükümlü olduğundan, buradaki “*olumlu yükümlülük*” ifadesi ile AİHS sisteminde öngörülen pozitif yükümlülük doktrini birbiriyle örtüşmektedir. Yalnız, “*yabancı kararı tanımama-tenfiz etmeme*” ifadesi anlamsal olarak olumsuzluk içerirse de, aslında böyle bir karar kendisine karşı tanıma-tenfiz talebinde bulunulan kişinin menfaatine olan, nihayetinde onun Sözleşmesel haklarının davacının haklarına tercih edilerek korunduğunu ve gözetildiğini gösteren bir yargılama tasarrufudur. Böyle bir karar, davacının Sözleşmesel haklarına makul ve ölçülü bir müdahale olduğu müddetçe, davalının Sözleşmesel haklarının kendi hukukunda korunmasına/yararlanmasına hizmet eden, olumlu/pozitif bir tedbir niteliğindedir. Burada, sadece davacı açısından olumsuz bir netice ortaya çıkmaktadır ki bu da AİHS sistematüğinde negatif (müdahale etmeme) yükümlülük anlamına gelmemektedir. Kaldı ki, söz konusu kararında taraf devlet mahkemesine yabancı mahkeme kararının AİHS m.6/1’deki usuli güvenceleri karşılayıp karşılamadığını araştırmakla yükümlü olduğunu ifade eden AİHM, kararın hiçbir yerinde AİHS m.6/1’in taraf devletlere olumsuz bir yükümlülük yüklediğine değinmemiştir. Ki böyle bir görüş zaten pozitif yükümlülükler doktrininin amacına ve mantığına aykırı olurdu.

reddine karar verebilmesi için, gerek bireylerin ve mahkemelerin izlemesi gereken gerekse mahkemelerinin tanıma-tenfiz kararı verilebilmesi için araması gereken bir takım kurallar ihdas edebilmektedir.

Bu kurallardan bir kısmını, tanıma-tenfiz prosedürünün başlatılmasına ve yürütülmesine ilişkin usuli kurallar oluşturmaktadır. Örneğin, Türk hukukunda yabancı bir mahkeme kararının tanınması veya tenfizi talebinde bulunan kişinin taraf ehliyetinin veya hukuki yararının olup olmadığı, kime karşı hangi mahkemede ve ne şekilde bir talepte bulunabileceği, teminat veya harç yatırma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı gibi pek çok husus HMK ve MÖHUK'ta düzenlenmiştir. Yine, (varsa) davalının kendisine karşı yöneltilen böyle bir talebe karşı hangi süre zarfında, ne şekilde ve hangi itirazlarda bulunabileceği ve tanıma-tenfiz şartlarının karşılanıp karşılanmadığının kim tarafından, ne şekilde ve hangi delillere istinaden ispat/tespit edilebileceği gibi hususlar açıkça belirlenmiştir.

Tek başına tanıma-tenfiz davalarına özgü olarak tanzim edilmiş olsun veya olmasın, niteliği itibariyle tanıma-tenfiz yargılamasının yürütülmesine ilişkin bu kurallardan bazıları soyut olarak davalının menfaatlerinin, bazıları ise davacının menfaatlerinin korunması amacıyla tanzim edilmiştir. Doğal olarak, bazıları da bu tür davaların mümkün mertebe hızlı bir şekilde, ancak hakkaniyete uygun bir şekilde görülüp karara bağlanması amacıyla tanzim edilmiştir. Bu bakımdan, taraf devlet mahkemelerinin, tıpkı diğer özel hukuk davalarında olduğu gibi, yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizi davasının yürütürken gerek davacının gerekse davalının söz konusu usuli kurallarla korunmakta olan haklarını/menfaatlerini dikkate alarak, somut uyuşmazlıkta onların birbiriyle çatışan menfaatleri arasında bir denge kurması gerekmektedir. Dolayısıyla, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin usuli kuralları yorumlayan ve davaya tatbik eden taraf devlet mahkemelerinin, bunu gerçekleştirirken tarafların AİHS m.6/1'de güvence altına alınan usuli haklarına mümkün olduğunca eşit bir şekilde riayet etmesi gerekir ve beklenir.

Nitekim AİHM'nin yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizine ilişkin içtihadi birikiminin büyük bir kısmını, tanıma-tenfiz taleplerinin ulusal hukukta yer alan tanıma-tenfiz davalarına uygulanabilir bir usuli kural veya ilkelerin uygulan(ma)ması

nedeniyle yapılan şikâyetler oluşturmaktadır. Örneğin, tanıma veya tenfiz talebinin hukuki yararın yokluğu⁹³⁷ nedeniyle veya yabancı mahkemece hükmolunan alacağın zamanaşımına uğradığı⁹³⁸ gerekçesiyle reddedilmesi ya da tanıma-tenfiz yargılamasının aşırı uzun sürmesi⁹³⁹ buna örnek verilebilir. Benzer şekilde, tanıma-tenfiz yargılamasını yürüten mahkemenin, ilgili tarafın -yabancı kararın tanınma(ma) veya tenfiz edilme(me)sine yönelik- doğrudan davayla ilgili olan iddialarını ve belgelerini dikkate alıp değerlendirmeksizin tanıma-tenfiz talebinin hangi gerekçeyle reddedildiği veya kabul edildiği anlaşılmaksızın bir karar vermesi hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlaline neden olabilmektedir⁹⁴⁰. Bu bakımdan, tarafların AİHS m.6/1’de yer alan karşılıklı hakları arasında bir denge gözetilmemesi, taraf devletin genel olarak AİHS m.1 hükmüyle üstlenmiş olduğu ilgili tarafın AİHS m.6/1’de yer alan haklarına aykırılık teşkil edebilecektir. Diğer taraftan, yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi davasının görülmesi için gerekli olan bir usuli kuralın karşılanmadığı gerekçesiyle tanıma veya tenfiz talebinin reddedilmesi, aynı zamanda bireylerin AİHS’nde yer alan herhangi bir temel hakkına aykırı bir sonuca da yol açabilmektedir⁹⁴¹. Bu nedenle, prensip olarak taraf devlet mahkemelerinin yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizine ilişkin bu tür kuralları, davanın her iki tarafının da sahip olduğu AİHS’ndeki haklarını, bunun karşılığında AİHS’nden kaynaklanan yükümlülüklerini göz önünde bulundurarak yorumlamaları ve uygulamaları gerekmektedir.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizine ilişkin kuralların önemli bir kısmını, tanıma-tenfiz şartları/engelleri olarak ifade edilen ve yabancı kararın tanınmasına-tenfizi kararı verilebilmesi için karşılanması gereken şartlar oluşturmaktadır. Yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi amacıyla yetkili adli –veya idari- makamlarına başvurabileceğini öngören devletlerin, bunu hiçbir şarta bağlı olmaksızın kabul ettikleri düşünülemez. Başka bir ifadeyle, yabancı bir kararın

⁹³⁷ Öztürk v. Türkiye, no.39523/03, 13 Ekim 2009.

⁹³⁸ Vrbica v. Hırvatistan, no.32540/05, 1 Nisan 2010; Jovanoski v. Makedonya, no.31731/03, 7 Ocak 2010; Ateş Mimarlık Mühendislik A.Ş v. Türkiye, no.33275/05, 25 Eylül 2012.

⁹³⁹ Sylvester v. Avusturya (no.2), no.54640/00, 3 Şubat 2005; Hussin v. Belçika, no.70807/01, 6 Mayıs 2005; Hohenzollern (De Roumanie) v. Romanya, no.18811/03, 27 Mayıs 2010.

⁹⁴⁰ Wagner ve JMWL v. Lüksemburg; Sholokhov v. Emenistan ve Moldova, no.40358/05, 31 Temmuz 2012.

⁹⁴¹ Bkz.: Vrbica v. Hırvatistan; Öztürk v. Türkiye.

kendi hukukunda etki doğurması için gerekli bazı şartların varlığını arayabilir. Zira kendi mahkemesinde cereyan eden bir yargılamadan ve yargılama sonucunda verilen karardan dolayı sorumluluğu doğabilecek olan devletlerin, kendi mahkemelerince verilen kararlara tanımış olduğu gücü ve etkiyi başka bir devlete ait mahkeme kararlarına da tanımamak konusunda çeşitli nedenler öngörmeleri mümkündür⁹⁴². Yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizine engel bu nedenler, tanıma-tenfiz şartları (engelleri) olarak ifade edilen bir takım soyut ve genel nitelikli kurallarda vücut bulmuştur. Böylece, hemen her devlet, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi alanını düzenlerken, yabancı karara karşı bir takım devlet menfaatlerinin korunması amacıyla veya kendi hukuk düzeni içerisinde yer alan birtakım adalet ilkelerine ve temel değerlerine uygunluğunu denetlemek amacıyla bu şartları ihdas etme yoluna gitmiştir.

Haliyle, devletler zaman içerisinde devlet menfaatleri ve politikalarının gereği olarak veya izlemiş oldukları ticari veya ekonomik politikalara bağlı olarak, söz konusu şartların sayısını ve ağırlığını artırma veya hafifletme yolunu tercih edebilmektedir. Ancak, ülkeden ülkeye veya devletlerin bu konudaki uluslararası anlaşmaların amacına ve niteliğine bağlı olarak farklılık gösterse de, kimi tanıma-tenfiz şartları pek çok ülke hukukunda ve uluslararası sözleşmelerde her zaman yer almıştır ve almaktadır. Yabancı mahkeme kararının kesinleşmiş olması⁹⁴³, tanıma tenfiz devletinin mahkemelerince verilen başka bir kararla çelişmemesi⁹⁴⁴, kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmemesi⁹⁴⁵, yabancı mahkemece davalının (bazı) savunma haklarına riayet edilmiş olması⁹⁴⁶ buna örnek verilebilir. Bunun dışında, tenfize konu kararın verildiği mahkemenin ait olduğu devlet ile tenfiz devleti arasında yabancı ilamların tenfizine dair müteakibliyetin varlığı⁹⁴⁷, kanuna karşı hile bulunmaması veya tenfize konu kararı veren yabancı mahkemenin yetkisinin tenfiz mahkemesince denetlenmesi⁹⁴⁸ gibi farklı

⁹⁴² Schilling, **a.g.m.**, s.546.

⁹⁴³ MÖHUK m.50/1; İsviçre DÖHK m.25/1-b; ZPO m.723.

⁹⁴⁴ Brüksel Ibis Tüzüğü m.45/1-c,d; İsviçre DÖHK m.27/2-c; Belçika MÖHK m.25/1-b.5.

⁹⁴⁵ MÖHUK m.54/1-c, Brüksel Ibis Tüzüğü m.45/1-a; İsviçre DÖHK m.27/1, m.27/2-b.2; ZPO m.328/1. Belçika MÖHK m.25/1-b.1.

⁹⁴⁶ MÖHUK m.54/1-ç; Brüksel Ibis Tüzüğü m.45/1-b; ZPO m.328/1-b.2; Belçika MÖHK m.25/1-b.2.

⁹⁴⁷ MÖHUK m.54/a; ZPO m.328/1-b.5.

⁹⁴⁸ Kimi ülke hukuklarında tenfize konu kararın tenfiz devleti mahkemelerinin münhasır yetkisinin kapsamına giren bir konuda olması (MÖHUK m.54/b; Belçika MÖHK m.25/1-b.7) halinde tanıma-tenfiz talebinin reddedileceği kabul edilmiştir. Kimi ülke hukuklarında yabancı mahkemenin yetkisinin aşırı yetki teşkil etmeyen, makul bir yetki esasına göre tesis edilmiş olması aranmakta (MÖHUK m.54/b;

şartların da kimi devletlerce benimsendiği görülmektedir. Bu bağlamda, kimi devletler bu konuda katı bir tutum⁹⁴⁹, kimi devletlerse bu konudaki olması gereken asgari şartları belirleyerek oldukça liberal bir tutum sergileyebilmektedir⁹⁵⁰. Ancak bu konudaki genel anlayış, ilgili düzenlemede yer alan tanıma-tenfiz şartlarını karşılayan yabancı bir kararın tanınmasına veya tenfizine karar verilmesi gerektiğidir (*favor recognitionis*)⁹⁵¹.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi için karşılanması gereken şartların bir kısmı, yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfiziyle ortaya çıkabilecek sonuçlara karşı, aleyhine karar verilen tarafın, dolayısıyla davalının şahsında genel kamu/hukuk düzeninin korunmasına hizmet etmektedir. Şöyle ki, taraf devlet mahkemeleri, lehine bir karar elde eden tarafın ileri sürdüğü tanıma-tenfiz talebini dikkate alırken, yabancı kararın kesinleşmiş olup olmadığını, yabancı ülkedeki yargılamanın ve/veya söz konusu yargılama sonucunda verilen bu kararın usulen veya maddi anlamda gerçekten adalete muvafık olup olmadığını önceden öngöremez. Örneğin, yabancı ülkede kesinleşmiş ve bağlayıcı olmayan bir kararın tanıma-tenfiz davasına konu yapılması, davalının henüz kesin hüküm vasfına sahip olmayan, dolayısıyla verildiği ülke hukukunda özel hukuka ilişkin bir hakkın varlığını kesin olarak ortaya koymayan yabancı karara istinaden bir dava tehdidi altına sokulmasına neden olabilecektir. Zira, duruma göre tanınmasına veya tenfiz edilmesine karar verilen yabancı kararın verildiği devletin mahkemelerince iptal edilmesi/bozulması, söz konusu

Belçika MÖHK m.25/1-b.8), kimilerinde ise yabancı mahkemenin tenfiz devleti hukukuna göre yetkisiz olmaması (ZPO m.328/1-b.1) aranmaktadır.

⁹⁴⁹ Örneğin Hollanda hukukunda, Hollanda Medeni Usul Kanunu m.431 hükmünün sadece Hollanda ile tenfize konu kararın verildiği devlet arasında mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin uluslararası bir anlaşma olmadığı müddetçe yabancı mahkeme kararlarının tenfiz edilmeyeceği, bunun ise aynı davanın Hollanda’da tekrar görülmesi sonucu doğurduğu belirtilmektedir. Benzer yaklaşımın İskandinav ülkelerinde de benimsendiği belirtilmektedir. Bkz.: Kinsch, **Enforcement**, s.540.

⁹⁵⁰ Örneğin Brüksel Ibis Tüzüğünde, üye devlet mahkemelerince verilen kararın diğer bir üye devlette yerine getirilebilmesi için gerekli olan “*exequatur*” proserüdü tamamen ortadan kaldırılmıştır. Dolayısıyla, tenfiz talebi üye devlet mahkemesince ihtilafsız olarak incelenecek, ancak aleyhine tenfiz kararı istenen tarafın söz konusu karara itiraz etmesi üzerine, üye devlet mahkemesi kararının Tüzükte yer alan şartları karşılayıp karşılamadığını inceleyecektir. Bkz.: Süral, **Tanım-Tenfiz**, s.213 vd.

⁹⁵¹ Türk hukukunda olduğu gibi pek çok ülke hukukunda tenfiz mahkemesinin yabancı mahkeme kararının esasına ilişkin bir inceleme yapamayacağının öngörülmüş olması, bu görüşü destekler niteliktedir. Literatürde esasa girme (revizyon) yasağı olarak ifade edilen bu prensip Türk hukukunda MÖHUK m.55/2 hükmünden dolayı olarak anlaşılmakta iken, İsviçre DÖHK m.27/3’te, Belçika MÖHK m.25/2 açıkça ifade edilmiştir. Fransa, İngiltere gibi ülke hukuklarında da esasa girme yasağının olduğuna dair bkz.: Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.511-512.

olabilir. Bu ise, hem davalı açısından hem de tanıma-tenfiz devleti açısından bir külfet anlamına gelecektir.

İkinci olarak, davalının, yabancı mahkemedeki yargılamada, tanıma-tenfiz devleti mahkemesinde aynı dava açılmış olsaydı yararlanabileceği bazı usuli haklardan mahrum bırakılmış olması söz konusu olabilir. Örneğin, tenfize konu kararın verildiği mahkemede, kendisine karşı ileri sürülen bir hak iddiasına karşı savunma yapabilmesi için yeterli zaman ve imkân tanınmamış olabilir. Yine, bu haklardan yararlanmakla birlikte verilen kararı etkileyebilecek birtakım iddia, bilgi ve belgeler dikkate alınmamış ve değerlendirilmemiş olabilir. Dolayısıyla, davalının menfaatleri gözetilmeksizin yapılan yargılama sonucunda ortaya çıkarılan maddi netice, tanıma-tenfiz devletinin hukuk ve adalet anlayışını yansıtan vazgeçilmez temel değerleriyle bağdaşmayabilir. Bir devletin böyle bir kararla ortaya çıkan hukuki neticeleri tanıma-tenfiz kararıyla kabul etmesi, verildiği ülke hukuku uyarınca adil kabul edilse de, kendi hukuk düzeninin temel adalet ilkelerini yansıtmayan böyle bir adalet anlayışını kendi hukuk düzenine teşmil etmek anlamına gelecektir. Daha da önemlisi, AİHS'ne taraf olsun veya olmasın, yabancı mahkemedeki yargılama, tanıma-tenfiz devletinin usul hukukunda benimsemiş olduğu ve AİHS m.6/1'de de somutlaşan temel adil yargılanma ilkelerine aykırı bir şekilde yürütülmüş veya ilgili tarafın AİHS'nde güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerine aykırı bir sonuca yol açmış olabilir.

Bu nedenle, taraf devletlerin hukuklarında yer alan tanıma-tenfiz şartlarının bir kısmının tanzim edilmesindeki gaye, kendi hukuk düzenlerinin vazgeçilmez temel değerlerini yansıtan ve gerek devlete gerekse üçüncü kişilere karşı korunması gereken, bireylerin temel haklarının korunmasıdır. İşte, yabancı mahkeme kararlarının kendi hukuk düzeninde hukuki veya icrai sonuçlar doğurmasına izin veren devletler, mahkemelerinin davalının temel hak ve özgürlükleriyle bağdaşmayan bir kararı tanımak veya tenfiz etmek suretiyle ilgili temel hakların olası bir ihlalini ulusal seviyede engelleme yoluna gitmiş ve buna özgü tanıma-tenfiz engelleri tanzim etmiştir⁹⁵². En azından, Türk hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta genel kabul gören bir tanıma-tenfiz engeli olan, kamu düzenine aykırı olmama ve davalının (bazı) savunma haklarına riayet

⁹⁵² Bkz.: Fawcett, **The Impact of Art.6(1)**, s.24; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.271.

edilmiş olması gibi şartların bu amaca yönelik olduğunda herhangi bir tereddüt yoktur⁹⁵³. Bu kapsamda, yabancı hukukun tatbikiyle ortaya çıkan temel hak ihlallerini ulusal seviyede önleme vazifesi gören kamu düzeni müdahalesi, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi davalarında da aynı vazifeyi görmekte, ancak AİHS m.6/1’de yer alan usuli temel hakları da kapsamı itibariyle daha fazla rol oynamaktadır⁹⁵⁴. Benzer şekilde, tanıma-tenfize konu kararı veren yabancı mahkemenin yetkisiz olması veya aşırı yetkili olmasına matuf tanıma-tenfiz şartlarının da, davalıyı kendisine uzak ve savunma haklarından yararlanması bakımından elverişli olmayan bir ülkede bir davaya maruz kalmasına karşı korumak gayesiyle kabul edildiğini söylemek mümkündür.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi için devletlerce aranan bazı şartlar, davalının haklarını ve/veya bir bütün olarak genel kamu düzenini korumak yoluyla bir bütün olarak ülkede bulunan bireylerin menfaatlerinin korunmasına hizmet etmektedir. Bununla beraber, bazı tanıma-tenfiz şartları, genellikle bireylerin haklarını veya genel olarak toplumun menfaatlerini gözetmekten ziyade, tamamen devletin menfaatini veya sahip olduğu egemenliğini muhafaza etmek veya milletlerarası toplum nezdinde varlığını yansıtmak gayesiyle tanzim edildiği söylenebilir. Yukarıda, tenfize konu kararı veren mahkemenin bağlı olduğu devlete veya uyumsuzluğun konusuna bağlı olarak, bazı yabancı kararların tanınması-tenfizinin, devletin öngördüğü tanıma-tenfiz rejimi dışında tutulabileceğini belirtmiştik.

Bu kapsamda, mütekabiliyet ve yabancı kararın tenfiz devleti mahkemelerinin münhasır yetkisinin kapsamına giren bir konuya ilişkin olmaması şartlarının, devletin bu konulardaki çeşitli menfaatlerini yansıttığı varsayımından yola çıkıldığında, bu şartları karşılamayan yabancı kararlarda yer alan haklardan/statülerden tanıma-tenfiz devletinde yararlanmak mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, böyle bir menşe veya nitelikteki yabancı kararların tanınması veya tenfizi talepleri, aslında söz konusu şartlar

⁹⁵³ Benzer yönde bkz.: Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.375.

⁹⁵⁴ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.204; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.271; Monique Hazelhorts, **Free Movement of Judgments in the European Union and the Right to a Fair Trial**, Springer, The Hague, 2017, s.87; Jerca Kramberger Škerl, “European Public Policy (With An Emphasis on Exequatur Proceedings)”, **JPIL**, Vol.7, No.3, 2011, s.466-467; Jan Oster, “Public Policy and Human Rights”, **JPIL**, Vol.11, No.3, 2015, s.542-543.

davalının herhangi bir menfaatini gözetmemesine rağmen, mutlak olarak reddedilecektir. Diğer taraftan, milletlerarası ilişkilerinin geldiği nokta itibariyle ve bireylerin haklarına uluslararası alanda da saygı gösterilmesi gerektiği düşüncelerin giderek yaygınlaştığı günümüzde, devletlerin diğer devletleri belirli bir davranışta bulunmaya icbar etme vasıtası olarak kullanılan mütekabiliyetin halen aranmasının yerindeliği geçmişten beri fazlasıyla sorgulanmaktadır. Mütekabiliyetin davaya iştirak etmiş şahısların menfaatlerini hiçbir şekilde dikkate almayan, politik maksatlara hizmet etmek üzere konulmuş bir şart olduğu⁹⁵⁵ yaygın bir şekilde ifade edilmektedir. Nitekim bu anlayışın bir yansıması olarak, karşılıklılık şartının aranmasının AİHS’nde yer alan haklara aykırılık teşkil etme potansiyeline sahip olduğu ileri sürülmektedir⁹⁵⁶.

Benzer şekilde, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin kapsamına giren uyuşmazlıklar bakımından, davayı görüp karara bağlayan yabancı mahkemenin yetkisi tanınmamakta, kendi mahkemesinin bu konudaki yetkisine aykırı bir şekilde verilen mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi talepleri de reddedilmektedir⁹⁵⁷. Diğer bir ifadeyle, bazı yetki kuralları uyuşmazlığın mutlak şekilde ve sadece Türk mahkemelerinde görülmesini sağlamak amacıyla ve bunu temin etmek gayesiyle konulmakta⁹⁵⁸, buna bağlı olarak bazı uyuşmazlıklar tanıma-tenfiz rejimi dışında tutulmaktadır. Örneğin, taşınmazların aynına ilişkin davalar veya fikri mülkiyet haklarının tesciliyle ilgili davalar münhasır yetki kapsamında mütalaa edilmektedir. Dolayısıyla, münhasır yetkinin kapsamına giren konularda mahalli devletin karar vermede menfaatinin bulunduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle, Türkiye’de bir taşınmaz veya fikri hak üzerinde hak sahipliği sonucu doğuran, belki de tarafların bu konudaki ortak iradesini tevsik eden yabancı bir mahkeme kararından, salt bu konularda Türk devletinin karar vermede menfaati olduğu gerekçesiyle tarafların yararlanması

⁹⁵⁵ Bkz.: Sakmar, **a.g.e.**, s.88 vd.; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.49; Nomer, **DHH**, s.520; Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s.174; Kinsch, **Enforcement**, s.543, dn.30; Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.**, s.475-477; Uğur Tütüncübaşı, **Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması**, Adalet, Ankara 2014, s.195-196; Özüm Demirkol, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde Karşılıklılık Koşulu**, On İki Levha, İstanbul 2017, s.39, 50.

⁹⁵⁶ Bkz.: Kinsch, **Enforcement**, s.543, dn.30; Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.**, s.477.

⁹⁵⁷ Emre Esen, **Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı**, **MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan**, Y.22, S.2, 2002, s.187.

⁹⁵⁸ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.714; Nomer, **DHH**, s.521; Doğan, **MÖH**, s.115; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.216; Esen, **Münhasır Yetki**, s.204.

mümkün olmayacaktır. Böylece, tıpkı müttekabiliyet şartında olduğu gibi, münhasır yetkinin içeriğinin geniş bir şekilde belirlenmesi, bireylerin tanıma-tenfiz davası açmaktaki menfaatleriyle bağdaşp bağdaşmadığı problemini gündeme getirebilir.

Buraya kadar, yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizine ilişkin şartlardan ve bunların hizmet ettiği amaçlardan bahsettik. Buna göre, AİHS'ne taraf bir devlet mahkemesi kendi hukukunda yer alan tanıma-tenfize ilişkin şartları karşılamasına veya karşılamamasına bağlı olarak, tanıma veya tenfiz talebini kabul veya reddedecektir. Böylece, başka bir devletin egemenlik tasarrufunu yansıtan mahkeme kararına kendi mahkemelerince verilen bir karar kuvveti kazandırmış, bir taraftan aynı uyuşmazlığın yeniden bir davaya konu yapılması engellenmiş olacaktır. Dolayısıyla, yabancı kararla tevsik edilen hakkın varlığı ve yerine getirilmesi kendi mahkeme kararıyla kabul edildiğinden, egemenliğinden taviz vermemiş olacaktır. Kendi hukukunda yer alan herhangi bir tanıma-tenfiz şartını karşılamayan bir yabancı kararı tanımayarak-tenfiz etmeyerek, esasen tanıma-tenfiz şartlarında vücut bulan kendi hukukunun vazgeçilmez temel değerlerini ve ulusal menfaatlerini korumuş olacaktır.

Bununla beraber, taraf devlet mahkemelerinin kendi hukukunun bir parçasını teşkil eden tanıma-tenfiz şartlarının anlamı, içeriği ve kapsamının yorumlanması veya uygulanması bakımından, AİHM'nin denetiminden bağışık olmadığını da belirtmek gerekir. Başka bir ifadeyle, taraf devletlerin AİHS m.1 uyarınca üstlenmiş oldukları gerek tanıma-tenfiz talebinde bulunan gerekse karşı tarafın AİHS'nde yer alan haklarına saygı gösterme ve koruma yükümlülüğü, tanıma-tenfiz şartlarının uygulanması bakımından da varlığını muhafaza etmektedir. Bu kapsamda, bir taraf devlet mahkemesinin bir tanıma-tenfiz şartının var olup olmadığına yönelik yorum ve değerlendirmeleri, doğal olarak söz konusu şartın gerçekleşmiş olup olmadığını, dolayısıyla tanıma-tenfiz talebinin reddine veya kabulüne yönelik kararını da etkileyebilecektir. Şüphesiz, yabancı mahkeme kararının tanınması-tenfizinin, tanıma-tenfiz davasının açılmasını engelleyen usuli kurallar gibi, bir tanıma-tenfiz şartının karşılanmadığı gerekçesiyle reddedilmesi, doğal olarak davacının AİHS'nde yer alan

haklarına müdahale teşkil edecek⁹⁵⁹, red kararına dayanak teşkil eden tanıma-tenfiz şartının korumakta olduğu değerler davacının menfaatlerine tercih edilmiş olacaktır. Benzer şekilde, yabancı kararın tanınması-tenfizine karar verilmesi de davalının haklarına müdahale teşkil edebilecek⁹⁶⁰, dolayısıyla davacının yabancı kararın tenfizi konusundaki menfaati, tanıma-tenfiz şartlarıyla vücut bulan davalının menfaatleri ile devletin menfaatlerine tercih edilmiş olacaktır. Bu nedenle, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi şartlarının karşılanıp karşılanmadığının belirlenmesinde, ilgili tenfiz şartının niteliğine bağlı olarak davacının AİHS kapsamında korunmaya değer menfaatleri ile davalının bu kapsamdaki menfaatleri ve/veya devletin menfaatlerinin çatışması söz konusu olabilir. Haliyle, taraf devlet mahkemelerinin yapması gereken, birbiriyle çatışması muhtemel bu menfaatler/haklar arasında makul bir denge kurmak ve somut olayın özelliklerine göre çatışan haklardan birini diğerine tercih etmek olacaktır.

Bu bakımdan, gerek davacı ve davalının Sözleşmesel hakları gerekse davacının hakları ile tanıma-tenfiz devletinin yabancı kararın tanınması-tenfizine engel teşkil eden menfaati arasında böyle bir dengenin kurulabilmesi açısından, ilgili tanıma-tenfiz şartının ulusal mahkemeler tarafından ne şekilde değerlendirileceği belirleyici olacaktır. Diğer taraftan, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi için aranan şartların, hatta bu şartlarda yer alan kamu düzeni veya münhasır yetki gibi kavramların genel nitelikte olduğu da bir gerçektir. Kendi hukuk düzenlerinin temelini teşkil eden temel değerleri, geniş kapsamlı maddi hukuk düzenlemeleri vasıtasıyla veya detaylı kurallar ihtiva eden usul kanunlarına istinaden koruma yolunu tercih eden devletler, söz konusu temel değerleri ihlal edebilecek yabancı mahkeme kararlarının denetimi için genel ifadelere yer verdiği birkaç koşul/kuralın varlığını arama yoluna gitmiştir. Dolayısıyla, yabancı kararın kamu düzeni aykırı olmaması veya karara konu uyumsuzluğun tenfiz devleti mahkemelerinin münhasır yetkisinin kapsamına giren bir konuda olmaması gibi koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmek durumunda olan mahkemeler,

⁹⁵⁹ Schilling, **a.g.m.**, s.546. AİHM bazı içtihatlarında, yabancı mahkeme kararının tanınması talebinin reddedilmesinin yabancı mahkemeden lehine bir karar elde eden tarafın Sözleşmesel haklarına müdahale ettiğini açıkça ifade etmektedir. Örneğin bkz.: McDonald v. Fransa; no.18648/04, 29 Nisan 2008; Vrbica v. Hırvatistan, no. 32540/05, 1 Nisan 2010; Öztürk v. Türkiye, no:39523/03, 13 Ekim 2009.

⁹⁶⁰ Schilling, **a.g.m.**, s.546.

kamu düzeni veya münhasır yetki kavramlarının ne anlama geldiğini veya kapsamına nelerin girdiğini belirlemekte hataya düşebilir, bu da AİHS’ne aykırı sonuçlara yol açabilir.

Nitekim yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizi talebinin bir tanıma-tenfiz şartının karşılanmadığı gerekçesiyle reddedilmesinin şikâyetle konu yapıldığı kimi başvurularda, AİHM’nin yabancı kararın tanınması talebinin reddine temel teşkil eden ilgili tanıma-tenfiz şartının varlığını değil, ulusal mahkemelerce anlamı, amacı ve içeriğinin ne şekilde yorumlandığını değerlendirdiğini söylemek mümkündür⁹⁶¹. Örneğin, yabancı evlat edinme kararının Yunan kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle reddedildiği *Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan* kararında, kamu düzeni kavramının içeriğini davacının aile hayatına saygı hakkıyla bağdaşmayacak bir şekilde belirlemeleri, öncelikle AİHS m.8’in ihlaline, dolaylı olarak AİHS m.6/1’in ve P-1 m.1’in ihlaline neden olmuştur. Benzer şekilde, davalının yabancı mahkemedeki yargılamada bazı savunma haklarından yararlanamadığını ileri sürmesine rağmen, tanıma-tenfiz mahkemesinin yabancı mahkemedeki yargılamada gerçekten böyle bir durumun söz konusu olup olmadığını kamu düzeni müdahalesi veya savunma haklarına riayet edilmiş olma şartları çerçevesinde yeterince denetlememesi AİHS m.6/1’in ihlali iddialarını gündeme getirecektir⁹⁶². Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere, ulusal mahkemelerin bir tanıma-tenfiz şartının mevcut olup olmadığını değerlendirirken, tıpkı tanıma-tenfiz usulüne ilişkin kurallarda olduğu gibi, her iki tarafın Sözleşmesel haklarıyla bağdaşacak şekilde yorumlaması ve uygulaması gerektiğini tekrar vurgulamak gerekir.

Burada, taraf devletlerin yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizine ilişkin mahkemelerince verilen kararların bireylerin Sözleşmesel haklarına uygun

⁹⁶¹ Örneğin bkz.: *Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan*, no.56759/08, 3 Mayıs 2011; *McDonald v. Fransa*; *Hussin v. Belçika*. Benzer şekilde, yabancı evlat edinme kararlarının tanınması taleplerini karara bağlayan taraf devlet mahkemelerinin, evlat edinme işleminin evlat edinme ehliyet ve şartlarına uygulanacak ülke hukukunun maddi hukuk kurallarının aradığı şartlara uygun olmadığı gerekçesiyle yabancı evlat edinme kararlarının tanınması taleplerinin bazı taraf devlet mahkemelerince reddedilmesinin AİHS m.8’e aykırı olduğu iddiaları da bu kapsamda mütalaa edilebilir. Bkz.: *Wagner ve JMWL v. Lüksemburg*, no.76240/01, 28 Haziran 2007; *Harroudj v. Fransa*; no. 43631/09, 4 Ekim 2012; *Chbihi Loudoudi ve diğerleri v. Belçika*, no.52265/10, 16 Aralık 2014.

⁹⁶² Bkz.: *Pellegrini v. İtalya*, no.30882/96, 20 Temmuz 2001; *Saccoccia v. Avusturya*, no.69917/01, 5 Temmuz 2007 (kabul edilebilirlik); *Avontis v. Letonya*, no.17502/07, 23 Mayıs 2016.

olması gerektiği prensibini, bu prensibin normatif temellerini tespit etmeye çalıştık. Bu kapsamda, söz konusu prensip ile taraf devlet mahkemelerinin tanıma-tenfiz kararlarına dayanak teşkil eden ulusal/uluslararası menşeli tanıma-tenfiz usulüne veya şartlarına ilişkin kurallar arasındaki ilişkiyi genel hatlarıyla açıklamaya çalıştık. Çalışmamızın daha sonraki safhalarında, tanıma-tenfiz davalarının yürütülmesine ilişkin usuli kuralların yorum ve tatbiki ile başta AİHS m.6/1 olmak üzere, AİHS’nde yer alan haklar ekseninde ayrıntılı olarak ve somut vakalardan hareketle incelemeye çalışacağız. Ardından, özellikle AİHM’nin tanıma-tenfiz davalarına ilişkin içtihatlarında yapmış olduğu tespitlerden hareketle, taraf devletlerin bireylerin yabancı kararın tanınması-tenfizi konusunda birbiriyle çatışan Sözleşmesel haklarına riayet etme yükümlülüğü ile teorik olarak her biri farklı amaca hizmet eden tanıma-tenfiz şartları arasındaki ilişkiyi ayrı başlıklar altında inceleyeceğiz. Ancak öncesinde, AİHM’nin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin kimi içtihatlarından ortaya çıkan tanıma-tenfize konu yabancı kararın AİHS’nde yer alan haklara uygunluğunu denetleme yükümlülüğünü ve bu yükümlülüğün kapsamını ele alacağız.

ii. Tanıma-Tenfize Konu Yabancı Kararın AİHS’nde Yer Alan Haklara Uygunluğunu Denetleme Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Kapsamı

Prensip olarak, AİHS m.1 uyarınca taraf devlet mahkemelerinin gerek tanıma-tenfiz usulüne ilişkin kuralları gerekse yabancı kararın niteliğine bağlı olarak aranacak tanıma-tenfiz şartlarını bireylerin AİHS’nde yer alan haklarıyla bağdaşacak şekilde değerlendirmeleri ve buna göre tanıma-tenfiz talebinin reddine veya kabulüne karar vermeleri gerekmektedir. Dolayısıyla, bu prensipten hareketle, yabancı kararın niteliğine ve içeriğine bağlı olarak, taraf devletler yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizi ya da tanıma-tenfiz talebinin reddi suretiyle bireylerin AİHS’nin koruma alanına (örneğin AİHS m.6/1’in veya m.8’in kapsamına) giren bir hakkını koruma veya yerine getirme pozitif yükümlülüğü altındadır. Aşağıda, taraf devletlerin AİHS’ndeki çeşitli haklardan kaynaklanan söz konusu yükümlülüğü ile tanıma-tenfiz taleplerinin reddine veya kabulüne karar veren taraf devlet mahkemelerinin söz konusu kararlarına dayanak teşkil eden ulusal/uluslararası menşeli tanıma-tenfiz usulüne veya şartlarına

ilişkin kurallar arasındaki ilişkiyi, AİHS’nde yer alan haklar ekseninde ayrıntılı olarak incelemeye çalışacağız. Ancak, bu noktada söz konusu yükümlülüğün başka bir boyutunu veya bir alt unsurunu, yabancı mahkeme kararının AİHS’ne uygunluğunu denetleme yükümlülüğünün oluşturduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle, öncelikle böyle bir denetim yükümlülüğünün anlamı, kapsamı ve ulusal tanıma-tenfiz şartları arasındaki ilişkiye değinmenin yararlı olacağız kanaatindeyiz.

Böyle bir yükümlülüğün kaynağını, doğal olarak, AİHM’nin yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizine ilişkin çeşitli içtihatları oluşturmaktadır. Başka bir deyişle, AİHM’nin bazı kararlarından, AİHS’ne taraf devlet mahkemelerinin tanıma-tenfize konu kararın verildiği yargılamanın AİHS m.6/1’de yer alan usuli güvenceleri karşılayıp karşılamadığını araştırmakla/doğrulamakla yükümlü kılındığı anlaşılmaktadır⁹⁶³. Örneğin, *Pellegrini v. İtalya* kararında, Vatikan mahkemelerince evliliğin geçersizliğine ilişkin kararın İtalyan mahkemelerince tanınması üzerine davalı kadın eş, Vatikan mahkemeleri önünde savunma hakları zedelendiği gerekçesiyle söz konusu yargılamanın adil olmadığını, dolayısıyla AİHS m.6/1’e aykırı bir yargılama sonucunda verilen yabancı kararı tanıyarak AİHS m.6/1’i ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Vatikan AİHS’ne taraf olmadığından İtalya’ya karşı yöneltilen şikâyetle AİHM, “görevinin kilise mahkemeleri önündeki yargılamanın AİHS m.6/1’e uygun olup olmadığını incelemek olmadığını, ancak İtalyan mahkemelerinin, evliliği geçersiz kılan kararın tanınmasını onaylamadan evvel, ilgili yargılamanın AİHS m.6’daki usuli güvenceleri yerine getirdiğine tam olarak kanaat getirip getirmediğini incelemek olduğunu”⁹⁶⁴ belirtmiştir. AİHM ayrıca, bu tür bir denetimin, tanınması (tenfizi) istenen yabancı kararın AİHS’ni uygulamayan bir devletin mahkemelerinden sadır olduğu

⁹⁶³ Kinsch, *The Impact of Human Rights*, s.222; Kiestra, *The Impact of ECHR*, s.256; Fawcett, *The Impact of Art. 6(1)*, s.21-23; Skerl, *a.g.m.*, s.467; Juratowitch, *a.g.m.*, s.176-177, 198; Hazelhorst, *a.g.e.*, s.69; Trevor Hartley, “Human Rights as a bar to Enforcement of a Foreign Judgment”, *Law Quarterly Review*, Vol.120, April 2004, s.214.

⁹⁶⁴ Bkz: *Pellegrini v. İtalya*, para.40: “...The Court’s task therefore consists not in examining whether the proceedings before the ecclesiastical courts complied with Article 6 of the Convention, but whether the Italian courts, before authorising enforcement of the decision annulling the marriage, duly satisfied themselves that the relevant proceedings fulfilled the guarantees of Article 6.”.

hallerde gerekli olduğunu, tanıma kararının sonuçlarının taraflar açısından çok önem arz ettiği hallerde özellikle gerekli olduğunu ifade etmiştir⁹⁶⁵.

AİHM, yabancı kararın tanınmasına karar vermeden evvel, taraf devlet mahkemelerinin ilgili yargılamanın AİHS m.6/1’de yer alan güvenceleri karşılayıp karşılamadığını araştırmak zorunda olduğuna dair içtihadını daha sonraki kararlarında da tekrar etmiştir. Örneğin, ABD ceza mahkemesince verilen para/müsadere cezasına ilişkin kararın ABD ile Avusturya arasındaki adli yardım anlaşması hükümlerine istinaden tenfiz edilmesinin AİHS m.6/1’e aykırılığı iddiasını değerlendirdiği *Saccoccia v. Avusturya*⁹⁶⁶ kararında, ulusal mahkemelerin böyle bir denetim yükümlülüğü altında olduğunu vurgulamıştır. Ancak bu davada AİHM, *Pellegrini*’den farklı olarak, Avusturya mahkemelerinin ilgili yargılamanın hakkaniyete uygun bir şekilde yapılıp yapılmadığını denetlemek yerine, ilgili kararın ihkak-ı haktan açıkça imtinanın (adaletin açıkça inkârının) bir sonucu olmadığına kanaat getirip getirmediğini denetlemekle yükümlü olduğunu belirtmiştir⁹⁶⁷.

Son olarak, AİHM, yakın tarihli *Avontis v. Letonya* kararında ise, bu sefer AİHS’ne taraf bir devlet olan Kıbrıs mahkemelerince verilen bir alacak kararının tenfizine karar veren Letonya mahkemelerinin, yabancı kararın AİHS m.6/1’de yer alan güvencelere uygunluğunu yeterince denetleyip denetlemediğini ele almıştır. Söz konusu kararda, gıyabında verilen Kıbrıs mahkeme kararının gayri adil bir yargılamanın ürünü olduğunu düşünen davalı, Letonya mahkemelerinin bu kararın tenfiz edilebilir olduğuna karar vererek Brüksel I Tüzüğü m.34/2 hükmünü, AİHS m.6/1 terminolojisinde hakkaniyete uygun yargılanma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür⁹⁶⁸. Süresinde yapılmadığı gerekçesiyle Kıbrıs’a yönelik şikâyet bakımından yetkisiz olduğunu⁹⁶⁹ belirten AİHM, *Pellegrini* kararında da atıf yaparak, Kıbrıs mahkeme kararının tenfiz edilebilir olduğuna karar veren Letonya mahkemelerinin AİHS m.6/1’e uygun davranıp davranmadıklarını incelemek durumunda olduğunu belirtmiştir. Ancak kararın AİHS’ne taraf veya taraf olmayan bir devletten sadır olmasına özel bir vurgu

⁹⁶⁵ Pellegrini v. İtalya, para.40.

⁹⁶⁶ Saccoccia v. Avusturya, no.69917/01, 5 Temmuz 2007, (kabul edilebilirlik).

⁹⁶⁷ Saccoccia v. Avusturya, The Law, 2.

⁹⁶⁸ Avontis v. Letonya, para.69.

⁹⁶⁹ Avontis v. Letonya, para.97.

yapmamıştır⁹⁷⁰. Söz konusu kararın en temel özelliği, mahkeme kararlarının karşılıklı tanınmasına dayanan bir AB tüzüğünün tatbiki kapsamında, hakkaniyete uygun bir yargılamanın güvencelerine riayet edilip edilmediğinin AİHM tarafından ilk kez incelenmiş olmasıdır⁹⁷¹. Bununla beraber, AİHM, yabancı bir kararın tanınması veya tenfizi talebini inceleyen bir mahkemenin, yabancı kararı hakkaniyete uygun bir yargılamanın güvenceleri ışığında yapılacak bir denetime tabi tutmaksızın söz konusu talebi kabul edemeyeceğine dair daha önce uygulamış olduğu genel kuralın burada da geçerli olduğunu belirtmiştir⁹⁷². Daha da önemlisi, böyle bir denetimin yoğunluğunun davanın özelliklerine bağlı olarak değişebileceğini vurgulamış ve mevcut davada üye devlet mahkemesince gerçekleştirilen böyle bir denetimin davanın koşulları ışığında AİHS m.6/1 açısından yeterli olup olmadığını değerlendirmiştir⁹⁷³. Sonuç olarak, Letonya mahkemelerinin, yabancı kararın tenfiz edilebilirliğine karar verirken, büyük ölçüde Kıbrıs mahkemelerindeki yargılamanın özelliklerine ve davalının tutumlarına

⁹⁷⁰ Bkz.: Avontis v. Letonya, para.98.

⁹⁷¹ Bu kapsamda AİHM, konumuzla ilgili olmasa da, somut olayda temel hakların korunması konusunda AB hukukunun sağlamış olduğu korumanın AİHS'nin sağlamış olduğu korumaya eşit olduğuna dair *Bosphorus Hava Yolları v. İrlanda* kararıyla tesis ettiği eşit koruma faraziyesinin bu davada bakımından da uygulanabilir olduğunu belirtmiştir. Zira, Letonya mahkemeleri, Brüksel I Tüzüğünü uygulayıp uygulamama konusunda herhangi bir takdir yetkisi olmadığından ve başvuru da savunma haklarının ihlal edilip edilmediğine yönelik ön karar usulüne başvurulması talep etmediğinden, Letonya'nın AB üyeliğinden kaynaklanan yasal yükümlülüklerini yerine getirmekten başka hiçbir şey yapmamıştır. Dolayısıyla, AİHM, görevinin AİHS'nde yer alan hakların sağladığı korumanın mevcut davada eşit koruma faraziyesini çürütecek kadar açıkça yetersiz olup olmadığını belirlemekle sınırlı olduğunu belirtmiştir. Bkz.: Avontis v. Letonya, para.105-116. Sonuç olarak, AİHM bir taraftan Avrupa devletleri arasındaki işbirliğinin gereklerini benimsediğini kabul ederken, diğer taraftan AB hukukuna göre otomatik ve mekanik bir şekilde uygulandığı ölçüde, üye devlet mahkemeleri arasındaki karşılıklı tanıma-tenfiz mekanizmasının AİHS'yle (temel haklarla) bağdaşıp bağdaşmadığı konusundaki genel kaygılarını dikkatli ve detaylı bir şekilde ifade etmiştir. AİHM'ne göre, üye devlet mahkemelerinin birbirlerine karşı duydukları karşılıklı güven, yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfiziyle kendisine başvuru ulusal mahkemenin (temel hakların korunması konusundaki) denetim yetkisinin ölçüsüz/orantısız bir şekilde sınırlandırılmasına neden olamaz. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Giacomo Biagioni, "Avontis v. Latvia: The Uneasy Balance Between Mutual Recognition of Judgments and Protection of Fundamental Rights", *European Papers*, Vol.1, 2016, No.2, s.584-585.

⁹⁷² AİHM burada, Drozd ve Janousek v. Fransa ve İspanya ile Pellegrini v. İtalya kararlarına da atıf yapmıştır. Bkz.: Avontis v. Letonya, para.98.

⁹⁷³ Bkz.: Avontis v. Letonya, para.98: "...the intensity of that review may vary depending on the nature of the case (see, *mutatis mutandis*, *Drozd and Janousek v. France and Spain*, 26 June 1992, § 110, Series A no. 240, and *Pellegrini*, cited above, § 40). In the present case the Court must therefore determine, in the light of the relevant circumstances of the case, whether the review conducted by the Senate of the Latvian Supreme Court was sufficient for the purposes of Article 6 § 1."

dayanarak AİHM içtihatlarıyla koşulları tespit edilen eşit koruma faraziyesini çürütecek kadar aşikâr bir noksanlık ihtiva etmediğine kanaat getirmiştir⁹⁷⁴.

2004 tarihli *Lindberg v. İsveç* kararı⁹⁷⁵ ise, tanınması-tenfizi istenen yabancı kararın niteliğinden ziyade, şikâyetle konu olan hakkın niteliği itibariyle yukarıdaki kararlardan ayrılmaktadır. Söz konusu kararda, Norveç mahkemelerince hakaret/iftira davası sonucunda verilen tazminata ve dava masraflarına ilişkin kararın ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini düşünen başvuru gazeteci, İsveç mahkemelerinin Norveç mahkeme kararının tenfizine karar vererek AİHS m.10’da yer alan ifade özgürlüğü ve m.13’te yer alan etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Davanın konusunun usule değil, esasa ilişkin olduğunu vurgulayan AİHM, söz konusu kabul edilebilirlik kararında, İsveç mahkemelerinin İsveç hukukuna göre yabancı kararın tenfizine İsveç kamu düzeninin veya başka bir durumun engel teşkil etmediğine karar verdiğini belirtmiştir. AİHM’ne göre, İsveç mahkemeleri Norveç kararının tenfizine yönelik başvuru hakkının iddialarının özünü “yeterli derecede” incelemiştir. AİHS m.13’ün ihlali söz konusu olmadığı gibi, söz konusu kararla gerçekleşen müdahalenin/tenfiz kararının diğer bireylerin haklarının ve yargı makamlarının otoritesini korumak açısından gerekli (necessary) olduğuna ve AİHS m.10’un ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

Görüldüğü üzere, tanıma-tenfiz yargılamasını yürüten taraf devlet mahkemeleri, yabancı ülkedeki yargılamanın AİHS m.6/1’le ve/veya yabancı ülkedeki yargılama sonucunda verilen kararın AİHS’nde yer alan bir temel hakla bağdaşp bağdaşmadığını denetlemek/araştırmak durumundadır. Yukarıdaki kararlardan anlaşıldığı üzere, böyle bir yükümlülük daha çok yabancı ülkede AİHS m.6/1 uyarınca hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında mütalaa edilen bazı usuli haklardan davalının yararlanamaması ile ilgili olarak ortaya çıkmıştır. Ancak, böyle bir yükümlülüğün kapsamının tam olarak ne olduğu, yabancı ülkedeki yargılamada davalının AİHS’nde yer alan haklarının ihlal edilip edilmediğine yönelik taraf devlet mahkemelerinin nasıl

⁹⁷⁴ Avontis v. Letonya, para.120-125.

⁹⁷⁵ *Lindberg v. İsveç*, no.48198/99, 15 Ocak 2004. Norveç’te yapmış olduğu haber nedeniyle açılan hakaret/iftira davası sonucunda Norveç mahkemelerince verilen tazminat kararının İsveç mahkemelerince tenfizine karar verilmesinin AİHS m.10’da yer alan ifade özgürlüğünü ve m.13’te yer alan etkili başvuru hakkını ihlal ettiğinin ileri sürüldüğü bu kararı ileride ayrıntılı olarak ele alacağız.

bir araştırma yapmaları gerektiği, yapılacak denetimin sınırının veya ölçüsünün nasıl belirleneceğine ilişkin, kaynağını AİHM'nin farklı konulara ilişkin içtihatlarından alan bir belirsizlik bulunmaktadır. O kadar ki, bu belirsizlik de doktrinde taraf devlet mahkemelerinin yükümlülüğünün mahiyetine, yapacakları denetimin seviyesine ilişkin oldukça geniş teorik tartışmalara yol açmıştır.

Birinci bölümde de değindiğimiz üzere, doktrinde yabancı mahkemenin AİHS'ne uygun karar verip vermediğine ilişkin denetleme yükümlülüğü ile AİHS'nin sınır ötesi etkisine/dolaylı etkisine ilişkin olarak taraf devletlere izafe edilen yükümlülükle bir benzerlik kurulmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda AİHS m.6/1'in bu tür davalar bakımından dolaylı etkiye sahip olduğu (indirect effect of Article 6/1), dolayısıyla taraf devletlerin bireylere dolaylı bir koruma sağladığı ifade edilmektedir⁹⁷⁶.

AİHS'nin sınır ötesi/dolaylı etkisinin varlığına ilişkin kararlarda, yukarıdaki içtihatlardan farklı olarak, yabancı ülkede gerçekleşen/gerçekleştiği ileri sürülen gayri adil bir yargılamanın etkilerinin tanıma-tenfiz devleti hukuk düzenine de teşmil edilmesi söz konusu değildir. Bilakis, taraf devlet mahkemelerince verilen bir kararın AİHS'ne taraf olmayan bir ülkede ilgili şahsın AİHS'nde yer alan herhangi bir hakkının ihlaline/ihlal etmesi tehlikesine neden olması söz konusudur⁹⁷⁷. Başka bir ifadeyle, taraf devlet makamlarınca AİHS'ne uygun bir şekilde verildiği düşünülen bir kararın AİHS'nin (bölgesel) koruma alanı dışında bir ülkede ihlale neden olması, yabancı ülkede gerçekleşme ihtimali olan bir ihlalden dolayı sorumluluğuna yol açmaktadır ki buna AİHS'nin dolaylı/sınır ötesi etkisi denmektedir.

⁹⁷⁶ Bkz.: Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.185 vd.

⁹⁷⁷ Örneğin, bu konudaki emsal içtihatlardan olan *Drozd ve Janousek v. Fransa ve İspanya* kararında, yabancı ceza mahkemesi kararının icrası amacıyla suçluların iadesine karar verilmesi halinde böyle bir kararın AİHS'yle bağlı olmayan bir ülkede AİHS m.5'in ihlaline yol açacağı iddiası tartışılmıştır. AİHM ise, AİHS'nin taraf devletleri (AİHS) standartlarını üçüncü ülkelere veya bölgelere empoze etmekle/dayatmakla yükümlü kılmadığını, davalı devletin mahkumiyetle sonuçlanan (yabancı ülkedeki) yargılamanın AİHS m.6'nın tüm gerekleriyle bağdaşıp bağdaşmadığını soruşturma yükümlülüğü altında olmadığını belirtmiştir. AİHM'ne göre, AİHS'yle bağlı olmayan bir devlet mahkemesinin AİHS m.6'daki prensipleri uygulayıp uygulamadığına yönelik böyle bir denetimi gerekli kılmak, adaletin işleyişine ilişkin uluslararası işbirliğini geliştirmeye yönelik, aynı zamanda bireylerin menfaatine olan güncel anlayışı sekteye uğratacaktır. Ancak AİHM, taraf devletlerin yabancı mahkemece verilen mahkûmiyet kararının ihkak-ı haktan açık bir imtinanın sonucu olarak ortaya çıkması halinde, uluslararası adli işbirliğini/iade talebini reddetmekle yükümlü olduğunu belirtmiştir. Bkz.: *Drozd ve Janousek v. Fransa ve İspanya*, para.110.

Oysa yabancı ülkede gerçekleştiği iddia olunan AİHS m.6/1'in ihlalinin, taraf devlet mahkemesince yabancı kararı tanımamak-tenfiz etmemek suretiyle kendi hukuk düzenine teşmilinin engellenmesi halinde AİHS'nin/AİHS m.6/1'in dolaylı etkisi söz konusu olmamaktadır. Davalı, iade/sınır dışı etme kararlarından farklı olarak, böyle bir kararlar yabancı ülkede de bir ihlale/ihlal tehlikesine karşı korunmuş olmamaktadır. Bilakis, yabancı ülkede gerçekleşen/gerçekleştiği ileri sürülen AİHS m.6/1'e veya diğer Sözleşmesel haklara aykırılığın kendi hukuk düzeninde de etki doğurmasını –büyük ölçüde kamu düzeni müdahalesiyle- engelleyerek, aslında doğrudan davalının Sözleşmesel haklarını ve yabancı karara karşı kendi hukuk/kamu düzenini korumaktadır⁹⁷⁸. Başka bir ifadeyle, davalının AİHS m.6/1'de yer alan usuli güvencelerine aykırı bir yargılama sonucunda verilen yabancı kararı tanıyan veya tenfiz eden bir taraf devlet mahkemesi, tanıma-tenfiz kararıyla doğrudan davalının AİHS m.6/1'deki haklarına aykırı davranmış ve söz konusu hükümden kaynaklanan pozitif yükümlülüğünü doğrudan ihlal etmiş olacaktır⁹⁷⁹. Aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere, yabancı mahkeme kararının AİHS'ne uygunluğunu denetleme yükümlülüğünün ulusal seviyede yerine getirilmesini sağlayan yasal enstrümanlar, yabancı kararın kamu düzenine aykırı olmaması ve davalının savunma haklarına riayet edilmiş olması gibi tanıma-tenfiz şartlarıdır. Dolayısıyla, *Pellegrini* ve *Avontis* kararından da anlaşılacağı üzere, AİHS m.6/1'in veya diğer bir Sözleşmesel hakkın böyle bir ihlali, büyük ölçüde söz konusu tanıma-tenfiz şartlarının taraf devlet mahkemesince davalının AİHS'nde yer alan haklarını dikkate alacak şekilde değerlendirilmemesi nedeniyle ortaya çıkacaktır. Bu açıklamalar ışığında, AİHS m.6/1'in veya başka bir Sözleşmesel hakkın dolaylı etkisinden veya Sözleşmesel hakkın

⁹⁷⁸ Olster, **a.g.m.**, s.566; Stürner, **a.g.m.**, s. 11. Gerçi, yabancı kararın AİHS'ne uygunluğunu denetleme yükümlülüğü altında olan taraf devletler, doğal olarak tanıma-tenfize konu kararı veren yabancı mahkeme kararının AİHS m.6/1'deki adil yargılanma ilkelerine aykırı bir şekilde verilir verilmeyişi veya AİHS'nde yer alan temel haklarla bağdaşır olup olmadığını araştıracaktır. Dolayısıyla, AİHS'nin taraf devlet mahkemeleri vasıtasıyla taraf olmayan devletlere ait mahkeme kararlarına da uygulandığı, bunun da AİHS'nin bölgesel uygulama alanının genişletmiş olduğu ileri sürülebilir (Bkz.: Hazelhorst, **a.g.e.**, s.69). Ancak, burada tanıma-tenfize konu kararın verildiği yargılamanın AİHS m.6/1'e aykırı olduğu gerekçesiyle tanıma-tenfiz talebinin reddedilmesi, davacının haklarına makul ve ölçülü bir müdahale olduğu müddetçe tanıma-tenfiz devletinin AİHS m.6/1'den kaynaklanan yükümlülüğünü ortadan kaldırmaktadır.

⁹⁷⁹ Kinsch, **The Impact of Human Rights**, s.222; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.256; Huysal, **Adil Yargılanma**, s.76-77; Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s.683; Oster, **a.g.m.**, s.566; Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.**, s.427-428.

AİHS'ne taraf olmayan ülkede de hakkın öznesine sağlamış olduğu dolaylı korumadan bahsetmenin mümkün ve yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

İkincisi ve daha önemlisi, taraf devlet mahkemelerinin, yabancı kararın AİHS'ne uygun olup olmadığını denetleme yükümlülüğünü yerine getirirken, yabancı mahkemedeki yargılamanın veya yargılama sonucunda verilen kararın AİHS'ne uygunluğunu ne derecede denetlemesi ve ne tür maddi/usuli eksikliklerin varlığı halinde yabancı kararın tanınması-tenfizi talebini reddetmesi gerekmektedir? Zira yukarıda görüldüğü üzere, AİHM'nin önüne gelen tanıma-tenfize ilişkin pek çok kararda, tanıma-tenfize konu karar AİHS'ne taraf olmayan bir devlet mahkemesinden sadır olabilmekte, yabancı kararın tenfizinin sadece AİHS m.6/1'i veya başka temel hakkı ihlal ettiği iddiası da ileri sürülebilmektedir. AİHS'yle bağlı olmayan bir devlet mahkemesinin yapmış olduğu yargılamanın/vermiş olduğu kararın, temel hakların korunmasına ilişkin AİHS'nin öngördüğü standartları karşılamaması ihtimali her zaman bulunmaktadır. Söz konusu mesele, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizini karara bağlayan taraf devlet mahkemelerinin AİHS'nden ihlali nedeniyle sorumluluğuna yol açabilecek olması itibarıyla doktrinde yoğun olarak tartışılmıştır.

AİHM'nin yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizine ilişkin başvurularda sıkça atıf yapmış olması nedeniyle, suçluların iadesi/sınır dışı kararlarına ilişkin davalarla tanıma-tenfiz davaları arasında uygulanacak denetim seviyesi (level of review) bakımından benzerlik kurulduğu görülmektedir⁹⁸⁰. AİHM iade ve sınır dışı kararlarının şikâyetle konu yapıldığı ilk içtihatlarında, öncelikle yabancı ülkede gerçekleşen yargılamada ihkak-ı haktan açıkça imtina/adaletin açıkça inkârı⁹⁸¹ veya adil bir yargılamanın inkarı veya böyle bir riskin varlığının söz konusu olması halinde⁹⁸², iade/sınır dışı kararı verilemeyeceğini belirtmiştir. Böylece, yabancı ülkede aşikâr bir ihlal (*flagrant breach*) olmadıkça, bir taraf devletin taraf olmayan bir devletin vermiş olduğu kararın/yargılamanın AİHS m.6'nin öngördüğü prensiplere uygunluğunu araştırmakla yükümlü olmadığını açıkça ifade etmiştir. AİHM, bu kararların ardından,

⁹⁸⁰ Bkz.: Drozd ve Janousek v. Fransa ve İspanya, no.12747/87, 26 Temmuz 1992, Yargıç Matscher'in Yargıç Matscher'in (farklı gerekçe ihtiva eden) mutabık kararı. Ayrıca bkz.: Kinsch, **The Impact of Human Rights**, s.211-212.

⁹⁸¹ Drozd ve Janousek v. Fransa ve İspanya, para.110.

⁹⁸² Soering v. Birleşik Krallık, para.113.

Prince Hans Adam II of Liechtenstein v. Almanya kararında başvurucunun dedesine ait tablonun Çekoslovakya makamlarınca müsadere edilmesini onaylayan Çekoslovakya'daki idare mahkemesi kararına ilişkin olarak Alman mahkemelerinin söz konusu kararla sonuçlanan yargılamanın standardının, özellikle AİHS'nin usuli güvenceleri karşısında, yeterli olup olmadığını değerlendirmek zorunda olmadığını belirtmiştir⁹⁸³. Ancak bu kararında AİHM ne adaletin açıkça reddinden ne de adil yargılanmanın açıkça ihlalinden söz etmemiştir⁹⁸⁴.

Buna mukabil, kronolojik olarak yukarıdaki kararlardan sonra gelen ve spesifik olarak yabancı bir mahkeme kararının tanınması veya tenfiziyle ilgili olan kararlarda, taraf devlet mahkemelerinin yabancı kararın AİHS'ne uygunluğunu araştırmakla yükümlü olduğunu açıkça vurgulayan AİHM, bir karar hariç tutulursa, böyle bir denetimin yerine getirilmesi bakımından adaletin/adil bir yargılamanın açıkça inkârı/ihlali gibi bir ölçüte yer vermemiştir. Böyle bir yükümlülüğün içtihadı temelini oluşturan *Pellegrini v. İtalya* kararında, ne bir önceki paragrafta yer alan içtihatlarla ne de yabancı karara etki tanımamak için adaletin açıkça inkârının (flagrant denial of justice) gerekli olduğunu ima eden herhangi bir ifadeye AİHM tarafından yer verilmediği görülmektedir. Tam aksine, AİHM İtalyan mahkemelerinin davalının Vatikan mahkemelerinde hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamına giren bazı haklardan yararlanamadığı iddiasını yeterince değerlendirmediyi tespit etmiştir⁹⁸⁵. Dolayısıyla, yukarıdaki kararlardan farklı olarak, bu karardan yabancı kararı tanımamak-tenfiz etmemek için, yabancı ülkede AİHS m.6/1'in aşikâr bir ihlalinin gerçekleşmiş olmasının yeterli olmadığı, aşikâr olmayan bir ihlalin de yeterli olacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle, *Pellegrini* kararı, tanıma-tenfiz devleti mahkemelerinin AİHS m.6/1'in öngördüğü usuli standartları karşılamayan bir yargılamaya istinat eden yabancı kararı tanımayı-tenfizi reddetmekle yükümlü olduğunu ortaya koymaktadır. Bu bakımdan, tanıma-tenfiz devleti mahkemelerinin, AİHS m.6/1'i ihlal etmemek adına, kendi mahkemelerinin riayet etmesi gereken AİHS

⁹⁸³ Prince Hans Adam II of Liechtenstein v. Almanya, para.64.

⁹⁸⁴ Bunda, Bratislava idare mahkemesinin vermiş olduğu kararın 1951 tarihinde verilmiş, çok eski tarihli bir karar olması da AİHM'nin görüşünü etkilemiş olabilir.

⁹⁸⁵ Bkz.:Pellegrini v. İtalya, para.42-47.

m.6/1'deki usuli prensiplere yabancı mahkemece de tamamen riayet edilip edilmediğini denetlemek zorunda olduğu söylenebilir.

Gerçekten, tanınması-tenfizi istenen yabancı karara konu uyumsuzluğun niteliği, AİHM'nin bu tür davalarda uygulanması gereken denetimin seviyesine/yoğunluğuna ilişkin bakış açısını etkilemektedir. Örneğin, *Drozd ve Janousek ve Fransa ve İspanya* kararında olduğu gibi, yabancı ceza mahkemesince yapılan yargılamanın AİHS m.6/1'e aykırılığının ileri sürüldüğü *Saccoccia v. Avusturya* kararında AİHM'nin ihkak-ı haktan açıkça imtina ölçütüne yeniden başvurduğu görülmektedir⁹⁸⁶. AİHM'ne göre, yabancı ceza mahkemesi kararının tenfizine karar vermeden, söz konusu kararın ihkak-ı haktan açıkça imtinanın (adaletin açıkça inkârının) bir sonucu olmadığına kanaat getirip getirmediği denetlenmelidir. Diğer taraftan AİHM, mevcut davada AİHS açısından hangi denetim seviyesinin gerekli olduğuna soyut olarak karar vermesinin beklenemeyeceğini belirtmiş, ancak *Pellegrini v. İtalya* kararındakine benzer bir inceleme yapmıştır.

Diğer taraftan, AİHM'nin *Lindberg v. İsveç* kararındaki ifadelerinden *Drozd ve Janousek* ve *Pellegrini* kararlarında yabancı mahkeme kararlarına ilişkin uygulamış olduğu ölçütler (açık ihlalin varlığı-AİHS m.6/1'e tam riayet) arasındaki farklılığın farkında olduğu, ancak bu farklılığa fazla önem atfetmediği de görülmektedir⁹⁸⁷. Ancak, tenfize konu kararın sadır olduğu devletin de AİHS'ne taraf olması nedeniyle ve davanın konusu usuli değil esasa ilişkin bir mesele (ifade özgürlüğü) olduğundan hangi standardın/ölçütün uygulanması gerektiğini belirlemeye gerek olmadığını belirtmiştir ve yukarıda değindiğimiz incelemeyi yapmıştır. Buna mukabil, *Avontis* kararında yabancı karara yönelik denetimin hakkaniyete uygun yargılanmaya ilişkin güvenceler ışığında yürütülmesi gerektiğini vurgulayan AİHM, *Drozd ve Pellegrini* kararlarına atıf yaparak, söz konusu denetimin yoğunluğunun davanın niteliğine bağlı olarak

⁹⁸⁶ *Saccoccia v. Avusturya*, The Law, 2.

⁹⁸⁷ Bkz.: *Lindberg v. İsveç*, The Law 1.b.: “Comparable issues have previously been examined in the context of co-operation between States inside and outside the Convention territory...The Court attached decisive weight to whether the impugned conviction was the result of a “flagrant denial of justice” (see *Drozd and Janousek*, § 110; and *Iribarne Pérez*, § 31; see also *Pellegrini v. Italy*, no. 30882/96, ECHR 2001-VIII, even though no express mention was made of the said criterion in that judgment)”

değişebileceğini de vurgulamıştır⁹⁸⁸. Bu bakımdan, bu konudaki son karar olması itibarıyla, AİHM'nin yabancı kararın niteliğinin bu konuda belirleyici olduğunun farkında olduğu görülmektedir.

Yukarıdaki ilgili kısımlarını özetlediğimiz kararlardan, AİHM'nin uygulanması gereken denetim seviyesine ilişkin değerlendirmelerinin esasen yabancı karara konu davanın niteliğine ve şikâyetle konu hakka bağlı olarak farklılık arz ettiği ortaya çıkmaktadır. Bu noktada, yukarıdaki kararlarda büyük ölçüde yabancı mahkemedeki yargılamanın AİHS m.6/1'e aykırılığı meselesi tartışılmış olup, sadece *Lindberg v. İsveç* kararında bir temel hakkın (ifade özgürlüğü) yabancı kararın tenfizi halinde ihlal edileceği iddiası ele alınmıştır. Söz konusu kararda, zaten şikâyetin usule ilişkin değil, esasa ilişkin olduğunu ve tenfize konu kararın bir taraf devlete ait olduğunu belirterek ne tür bir denetimin yapılması gerektiği hakkında yorum yapmaktan kaçınmıştır⁹⁸⁹. Bu nedenle, AİHM içtihatlarının çokluğuna paralel olarak, bu konudaki teorik tartışmaların genellikle AİHS m.6/1 ekseninde yapıldığı görülmektedir⁹⁹⁰.

Bu kapsamda doktrinde, AİHM'nin taraf devlet mahkemelerinin yabancı kararın AİHS m.6/1'e uygunluğuna ilişkin izlemeleri gereken denetim bakımından birbirinden farklı iki standarttan/ölçütten hareket ettiği belirtilmektedir. Bunlardan ilki, AİHM'nin esasen suçluların iadesi ve sınır dışı edilme davalarına ilişkin olarak yabancı ülkede adil

⁹⁸⁸ Bkz.: *Avontis v. Letonya*, para.98: “...it has always applied the general principle whereby a court examining a request for recognition and enforcement of a foreign judgment cannot grant the request without first conducting some measure of review of that judgment in the light of the guarantees of a fair hearing; the intensity of that review may vary depending on the nature of the case (see, *mutatis mutandis*, *Drozd and Janousek v. France and Spain*, 26 June 1992, § 110, Series A no. 240, and *Pellegrini*, cited above, § 40). ”

⁹⁸⁹ Oster, **a.g.m.**, s.563-564. Bu bakımdan, yabancı kararın tenfizinin bir temel hakka aykırılığının ileri sürüldüğü hallerde, esasen taraf devlet mahkemelerinin nasıl bir denetim yapması gerektiği belirsizdir. Ancak, gelecekte yabancı bir kararın tanınması-tenfizinin AİHS'nde yer alan bir temel hakkı ihlal ettiği iddiasında AİHM'nin nasıl bir değerlendirmede bulunacağı büyük ölçüde taraf devlet mahkemesinin kamu düzeni müdahalesini hem davacının hem de davalının AİHS'nde yer alan haklarını göz önünde bulunduracak şekilde değerlendirip değerlendirmedigine bağlı olacaktır.

⁹⁹⁰ Yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi davalarında, genellikle yabancı mahkemenin AİHS m.6/1'e aykırı bir yargılama yaptığı iddiasıyla yabancı kararın tenfizinin (usuli) kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği iddiaları ulusal mahkemeleri önüne gelmektedir. Pek çok taraf devletin tanıma-tenfiz hukukunda, yabancı kararın esasına ilişkin bir değerlendirme yapılması esasa girme yasağı nedeniyle mümkün olmadığından, maddi kamu düzenine aykırılık iddiaları nadiren tartışılmaktadır. Dolayısıyla, ulusal tanıma-tenfiz mahkemesinin kararından memnun olmayan taraf, AİHS m.6/1'in ihlali iddiasıyla AİHM'ne müracaat edebilecektir. Bu nedenle, AİHS m.6/1'e aykırılık iddialarının AİHM içtihatlarına daha çok sirayet etmesi gayet olağandır.

bir yargılamadan mahrum kalındığının veya mahrum kalma tehlikesinin varlığının ileri sürüldüğü hallerde, yabancı ülkede AİHS m.6/1'in ihkak-ı haktan imtina teşkil edecek kadar açık bir ihlalin varlığı gibi ağır bir ihlalin aranması gerektiğidir⁹⁹¹. Yabancı mahkemedeki yargılamanın AİHS m.6/1'e aykırılığı için böyle bir koşulun varlığının aranması itibariyle, doktrinde bu asgari (minimal) veya hafifletilmiş (attenuated) denetim standardı olarak ifade edilmektedir⁹⁹². İkinci olarak, *Pellegrini* kararı uyarınca AİHS'nin öngördüğü usuli güvencelere, sanki söz konusu yargılama tanıma-tenfiz devleti mahkemesince görülmüş gibi, yabancı devlet mahkemesince de tam olarak riayet (full compliance with the procedural standards of the ECHR) edilip edilmediğinin aranmasıdır. Burada, yabancı mahkemedeki yargılamada da AİHS m.6/1'deki temel usuli güvencelere riayet edilmesi arandığından, bu kriter ideal (optimal) standart olarak mütalaa edilmektedir⁹⁹³. Yakın tarihli *Avontis* kararına kadar teorik mahiyet arz eden böyle bir ayırımın, taraf devlet mahkemelerinin yapacağı AİHS m.6/1'e uygunluk denetiminin seviyesinin davanın niteliğine bağlı olarak değişebileceğini vurgulaması itibariyle, söz konusu kararla tevsik edildiğini söylemek mümkündür.

Doktrinde, asgari standart olarak ifade edilen ve daha yumuşak bir denetim öngören AİHS m.6/1'in açık ihlalinin aranmasının, özellikle AİHS'nde öngörülen insan hakları standartlarıyla bağlı olmayan devlet mahkemelerinden verilecek kararların tanınması-tenfizini mümkün kılmasını sağlayacak mahiyette olduğu ifade edilmektedir⁹⁹⁴. Buna göre, yabancı karar, AİHS m.6/1'de yer alan temel güvencelerden birine açıkça aykırı koşullar altında verilmiş olmadıkça, tanınacak veya tenfiz edilecektir. Bu nedenle, yabancı kararın bir taraf devlete ait olmadığı hallerde, AİHS m.6/1'de öngörülen koşullardan birine tamamen uymayan bir prosedüre istinaden verilen kararın tanınması-tenfizi ihtimalinin yüksek olduğu belirtilmektedir⁹⁹⁵. Bu

⁹⁹¹ Bkz.: *Drozd ve Janousek v. Fransa ve İtalya*; *Soering v. Birleşik Krallık*, *Saccoccia v. Avusturya*. Bu bakımdan, AİHM'nin ABD ceza mahkemesince verilen para cezasının icrasına ilişkin *Saccoccia v. Avusturya* kabul edilebilirlik kararında da aynı kriteri kullanmış olması, ancak yabancı kararın esasen ceza mahkemesi kararı olmasıyla açıklanabilir.

⁹⁹² Kinsch, *Droits l'homme*, s.292; Kiestra, *The Impact of ECHR*, s.254.

⁹⁹³ Kinsch, *Droits l'homme*, s.292; Kinsch, *The Impact of Human Rights*, s.222. Ayrıca bkz.: Sarıöz Büyükalp, *a.g.e.*, s.430.

⁹⁹⁴ Kiestra, *The Impact of ECHR*, s.255.

⁹⁹⁵ Örneğin, tenfize konu kararın verildiği yabancı ülkede, söz konusu kararı veren bir veya birkaç yargıcın söz konusu kararın temyizi davasında da görev alması halinde davalının tarafsız mahkeme önünde yargılanma hakkının ihlal edildiğinden söz edilebilir mi? AİHM'ne göre, böyle bir durumun

görüŖe göre, tenfize konu kararı veren devlet, sonuçta AİHS'yle baēlı deēildir ve aralarında AİHS m.6/1'de yer alan güvencelerin de bulunduēu AİHS'nin standartlarına baēlı kalmakla yükümlü deēildir. Bu nedenle her tanıma-tenfiz davasında yabancı kararın AİHS m.6/1'de yer alan koŖullara tamamen uygun olmasını aramak, yabancı kararların tanınması-tenfizi taleplerinin reddedilmesinde bir artışa, belki de tanıma-tenfiz talebinin davanın koŖullarına göre –ilgili tanıma-tenfiz Ŗartının AİHS m.6/1'le baēdaŖmayacak Ŗekilde yorumlanması nedeniyle- reddedilmesine neden olabilecektir.

Bu baēlamda, AİHS m.6/1'in aramıŖ olduēu güvenceleri AİHS'ne taraf olmayan, dolayısıyla bu güvencelerle baēlı olmayan diēer devletlere uygulamanın gerçekten uygun olup olmadıēı da sorgulanmaktadır. Hatta bir devletin benimsemiŖ olduēu insan hakları standartlarını üçüncü bir devlete dayatması veya ondan da –mahkeme kararlarının AİHS'nde öngörülen standartlara uygunluēunu denetlemek suretiyle- kendi insan hakları standartlarına uymasını beklemesi üçüncü devletin sahip olduēu egemenliēe saygı gösterilmediēi anlamına dahi gelebilir⁹⁹⁶. Bu bakımdan, yabancı devletlerden de -yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi davalarında AİHS'ne uygunluk denetimine tabi kılmak suretiyle- bire bir AİHS standartlarında bir yargılama yapmasını beklemenin ve bu nitelikte olmayan kararları tanımamanın-tenfiz etmemenin, uluslararası adli yardımlaŖma ve iŖbirliēinin yürütölmesini sekteye uēratacaēı ve devletlerarası nezakete aykırı düŖtüēü dahi ileri sürülebilir. Bunun yanında, yabancı ölkede cari olan insan hakları anlayıŖı ile Avrupa deēerlerinin/standartlarının yabancı hukukun tatbiki veya yabancı kararın tanınması-tenfizi vasıtasıyla çatıŖması da söz konusu olabilir⁹⁹⁷. Dolayısıyla Avrupa deēerlerinin

AİHS m.6/1'de yer alan tarafsızlık Ŗartıyla baēdaŖıp baēdaŖmadıēı davanın kendi koŖulları içerisinde deēerlendirilmesi gerektiēinden, tarafsızlık ilkesine aykırı olduēu otomatikman söylenemez. Örneēin bkz.: Warsicka v. Polonya, no.2065/03, 16 Ocak 2007, para.38-47; Perus v. Slovenya, no.35016/05, 27 Eylöl 2012, para.38-39.

⁹⁹⁶ Bu konuda bkz.: Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.191.

⁹⁹⁷ Buna en somut örnek olarak yabancı ölkede kocanın tek taraflı iradesiyle gerçekteŖen boŖanmayı tevsik eden yabancı boŖanma kararlarının, eŖler arasındaki eŖitlik ilkesiyle baēdaŖmayan koŖullar altında verilmiŖ olması verilebilir. Örneēin, Fransız mahkemeleri Fransa'da ikamet eden koca tarafından vatandaŖı oldukları Fas veya Cezayir mahkemelerinden elde etmiŖ oldukları tek taraflı boŖanma kararlarının tanınması taleplerini deēerlendirirken, yabancı ölkede kadın eŖin savunma haklarından yararlanıp yararlanmadıēı (yani Fransız yazarlarca usuli kamu düzenine aykırı olup olmadıēı) ile evliliēin sona ermesiyle ortaya çıkan sonuçlar bakımından eŖlerin eŖitliēi ilkesine riayet edilip edilmediēine bakarak bu tür boŖanmalar hakkında karar vermektedir. Bkz.: Marie-Elodie Ancel, "The New Policy of the Cour de Cassation Regarding Islamic Repudiations: A Comment on Five Decisions Dated 17 Feb 2004", **Yearbook of Private International Law**, Vol.7. 2005, s.261-267.

kültürel çeşitliliğe bakılmaksızın yabancı hukuk sistemlerine aktarımı vasıtasıyla Avrupa standartlarının uygulanmasının kültürel emperyalizmin bir türü olduğu iddiası ileri sürülebilir⁹⁹⁸. Bu endişenin bir karşılığı olarak, tanıma-tenfiz talebinde bulunulan devletin sadece AİHS’nde yer alan bir hakkın aşıkâr/açık ihlali nedeniyle sorumluluğuna gidilmesi suretiyle insan haklarından doğan yükümlülüklerinin hafifletilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁹⁹⁹.

Buna karşın, yabancı kararın tanınması-tenfizi davalarında yabancı mahkemenin AİHS m.6/1’de yer alan temel usuli güvencelere riayet edip etmediğinin kesinlikle aranması gerektiği de ileri sürülebilir. Zira bir devlet, başka bir devlete ait mahkeme kararını tanıyarak veya tenfiz ederek, söz konusu karara kendi hukukunda çeşitli etkiler tanımaktadır. Söz konusu devlet, yabancı ülkede gerçekleşen ve bağlı olduğu AİHS m.6/1’de yer alan güvencelerden birini açıkça ihlal eden bir yargılama sonucunda verilmiş olan bir kararın tanınmasına veya tenfizine onay vermiş olması halinde, artık tanıma-tenfiz devleti de yabancı ülkede gerçekleşen söz konusu ihlali üstlenmiş ve kendi ihlali haline getirmiş olacaktır¹⁰⁰⁰. Sonuçta, bir devlet böyle (arzu edilmeyen) bir karara tanımak-tenfiz etmek suretiyle kendi hukukunda, daha önce sahip olmadığı bir etki tanımaktadır. Ayrıca, bu tür davaların esasen özel hukuka ilişkin çeşitli haklardan diğer bir devlette de yararlanmak gayesiyle ikame edildiği ve tanıma-tenfiz yargılamalarında da temel amacın, varmış olduğu maddi neticeye (adli hakikate) güvenil(e)meyecek bir tarzda verilmiş bir yabancı mahkeme kararına etki tanınmasını önlemek olduğu da unutulmamalıdır. Dolayısıyla, AİHS m.1 uyarınca yargı alanında bulunan bireylerin Sözleşmesel haklarını her daim gözetmek zorunda olan bir taraf devletin, yabancı kararın AİHS’ne uygunluğunu denetlerken, özellikle davalının menfaatlerini göz ardı edecek bir yaklaşımı tercih etmesi pek mümkün

⁹⁹⁸ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.191. Doktrinde, milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıklarının bünyesinde barındırdığı uluslararası/yabancılık unsuru, özellikle yabancı hukukun/yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin davalar nedeniyle, (Avrupa) insan hakları standartlarının hafifletilmesi için yeterli bir gerekçe olarak öngörülmektedir. Bu argümana göre, Avrupa insan hakları standartları karşısında olan Avrupa-dışı bir devletin kanunlarının veya mahkeme kararlarının uygulanabilirliğini denetlemek, (her zaman) uygun olmayabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.48.

⁹⁹⁹ Bkz.: Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.49-50.

¹⁰⁰⁰ Oster, **a.g.m.**, s.564; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.256; Skerl, **a.g.m.**, s.470-471; Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.**, s.437.

görünmemektedir¹⁰⁰¹. Başka bir ifadeyle, salt yabancı ülkede –tanıma-tenfiz devletinin insan hakları anlayışına göre- aşikar/açık bir ihlal söz konusu olmadığından bahisle, yabancı ülkede gayri adil bir yargılamaya maruz kalan ve prensip olarak AİHS m.6/1’deki güvencelerden tanıma-tenfiz devletinde de yararlanma hakkına sahip olan davalı açısından mahzurlu olabilir.

Bu teorik tartışmalar bir yana bırakılırsa, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi davaları bakımından geliştirilmemiş olan AİHS m.6/1’in açık ihlalinin varlığı gibi bir kriterin tanıma-tenfiz davalarında da aranmasının yerindeliği ve gerekliliği tartışmaya açıktır. Esasen ceza hukuki kökenli veya henüz yabancı ülkede davanın açılmadığı veya görülmekte olduğu bazı özel hukuk davaları bakımından¹⁰⁰² kullanılan “adaletin/adil yargılamanın açık inkarı/ihlali” ifadesinin ne anlama geldiği yukarıdaki kararlarda açıklanmamıştır. Dolayısıyla, “AİHS m.6/1’in açık ihlali” ile “AİHS’nin öngördüğü usuli güvencelere tam olarak riayet” arasında ne tür bir farklılık veya benzerlik olduğu da anlaşılamamaktadır. Bu konuda AİHM’nin bir kararındaki ifadeleri bize yol gösterici olabilir. AİHM, yine bir iade kararıyla ilgili olan *Othman v. Birleşik Krallık* kararında, bunun katı bir hakkaniyetsizlik testi olduğu ve bunun için bir taraf devlette gerçekleşmiş olsaydı AİHS m.6/1’in ihlaline yol açabilecek olan, yargılama sürecinde basit/önemsiz düzensizlik veya güvencelerin bulunmayışının da ötesine geçen bir haksızlığın varlığını gerektirdiği belirtilmiştir. Yani, ihlali halinde AİHS m.6/1’de yer alan adil yargılanma hakkının özüne zarar verilmesi veya onun etkisiz hale getirilmesi anlamına gelecek kadar temel/esaslı olan bir adil yargılanma ilkesinin ihlal edilmiş olması gerekmektedir¹⁰⁰³.

¹⁰⁰¹ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, 191.

¹⁰⁰² Hatırlanacağı üzere *Eskinazi ve Chleouche v. Türkiye* kararında başvuru anne çocuğun İsrail’e iadesi halinde boşanma ve velayet davası bakımından yetkili olan İsrail mahkemelerinin AİHS m.6/1’e aykırı bir yargılama yapacağını ileri sürmüştü, AİHM ise, henüz İsrail’deki yargılamada başvuruçuların menfaatlerini etkileyen bir kararın verilmiş olmadığını, dolayısıyla ancak ihkak-ı haktan imtina teşkil edecek seviyede bir aykırılığın objektif olarak anlaşılması halinde davalı devletin iade talebini reddetmekle yükümlü olduğunu prensibini ortaya koymuştur. Ardından, İsrail’deki muhtemel yargılamanın başvuruçuların adalete erişiminin aşikar bir şekilde engellenmesine yol açıp açmadığını a priori değerlendirmiştir. AİHM’nin benzer bir incelemeyi, aynı iddianın çocuğun iadesine karar veren Fransız mahkemelerine yöneltildiği başka bir kararda da yaptığı görülmektedir. Bkz.: Maumousseau ve Washington v. Fransa, no.39388/05, 6 Aralık 2007, para.95-104.

¹⁰⁰³ Bkz.: *Othman (Abu Qatada) v. Birleşik Krallık*, no.8139/09, 17 Ocak 2012, para.260. Ayrıca bkz.: *Mamatkulov and Askarov v. Türkiye*, no.46827/99-46951/99, 4 Şubat 2005, Yargıç Bratza, Bonello ve Hedigan’nın kısmi karşı oy yazısı, para.14.

Buna göre, yabancı ülkedeki gerçekleşen ne tür bir yargılama “adil bir yargılamanın özüne zarar vermiş veya onu etkisiz hale getirmiş” olabilir? Meseleye bireylerin temel haklarının tanıma-tenfiz devleti hukukunda da korunması gerektiği noktasından baktığımızda, adil yargılanma hakkının açık ihlali bakımından şu örnekler verilebilir. Yabancı ülkede aleyhine açılan bir davanın yenilendiğinden haberdar edilmeyen ve aleyhine verilen karardan söz konusu kararın tenfizi davasının açılmasıyla haberdar olan bir kişinin, yabancı ülkede adil yargılanma hakkının özünden zedelendiğinde tereddüt bulunmamaktadır¹⁰⁰⁴. Hatta böyle bir durumda davalının gayri adil bir yargılama bir yana, gerçek bir yargılamanın muhatabı dahi olmadığı söylenebilir. Peki, kendisine karşı yöneltilen iddiaların dayanağını oluşturan delillere veya dava dosyasındaki mütalaa veya bilgilere erişmesine izin verilmediği, dolayısıyla bunlara karşı yorum yapma ve delil ibraz etme hakkının tam anlamıyla tanınmadığını varsayalım¹⁰⁰⁵. Yabancı mahkemenin sahip olunan usuli haklar bakımından taraflar arasında eşitliğe riayet etmediği veya hakkaniyete uygun bir denge sağlamadığı bir durumda, davalının yabancı mahkemenin kararına etki edebildiği objektif olarak, söylenebilir mi? Aleyhine verilen kararın gerekçesinden davanın sonucunu doğrudan etkileyebilecek ilgili bilgi ve belgelerin (delillerin) yabancı mahkemece hiç dikkate alınmadığı ve değerlendirilmediği bir durumda, ilgili taraf iyi ve adil bir yargılamanın yapıldığı konusunda tatmin ve ikna edilmiş olmakta mıdır?

Bu örnekler, esasen AİHS m.6/1’in özünü/temelini teşkil eden hakkaniyete uygun yargılanma hakkının içtihatlarla ortaya çıkan çeşitli temel unsurlarına yabancı mahkemelerce de riayet edilmeyebileceğini göstermektedir. Bir yargılamanın bir bütün olarak hakkaniyete uygun olması gerektiğinden, AİHS m.6/1’de yer alan diğer haklara riayet edilmiş olması tek başına adil bir yargılamanın varlığı için yeterli olmayacaktır. Dolayısıyla, somut olayın özellikleri bir bütün olarak incelendiğinde, söz konusu hakka taraf devlet mahkemesince riayet edilmemiş olması, aslında AİHS m.6/1’in açıkça ihlali anlamına gelecektir. Zira yapılan bir yargılamayla hukuki durumu etkilenecek kişilerin bu haktan mahrum bırakıldığı bir yargılamada, ne kadar doğru bir karar verilirse verilsin, aleyhine karar verilen tarafın adaletin/yargının işleyişine güven duyması ve

¹⁰⁰⁴ Bkz.: Maronier v. Larmer [2002] EWCA Civ 774, [2003] Q.B. 620.

¹⁰⁰⁵ Bkz.: Pellegrini v. İtalya, para.40 vd.

verilen karardan tatmin olması mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, yabancı ülkede ortaya çıkan bu tür eksiklikleri, adil yargılanma hakkının özüne zarar vermeyen veya söz konusu hakkı anlamsız hale getirmeyen basit eksiklikler olarak görmenin adalet hissiyle bağdaşmayacağı kanaatindeyiz.

Nitekim günümüze kadar vermiş olduğu içtihatları incelendiğinde, AİHM'nin de bu kanaatte olduğunu, taraf devlet mahkemelerinin yabancı kararın hakkaniyete uygun yargılanma ilkelerine riayet edilerek verilip verilmediğini araştırması gerektiğini söylemek mümkündür. Çünkü *Pellegrini v. İtalya* kararında, yabancı mahkemenin yapmış olduğu yargılamanın silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine aykırı bir şekilde görülüp karara bağlandığını detaylı olarak analiz eden AİHM, İtalyan mahkemelerinin davalının kilise hukukuna göre adil bir yargılama elde edip etmediğini araştırmakta başarısız olduğuna kanaat getirmiştir¹⁰⁰⁶. *Saccoccia v. Avusturya* kararında da, Avusturya mahkemelerinin davalının iddiaları karşısında ABD mahkemelerindeki yargılamaların AİHS m.6/1'in gereklerini karşılayıp karşılamadığını detaylı olarak incelediğini tespit etmiş ve söz konusu denetim yükümlülüğünü yerine getirdiğine hükmetmiştir¹⁰⁰⁷. *Avontis v. Letonya* kararı ise, aleyhine karar verilen davalının yabancı ülkede yerine getirmesi gereken usuli davranışlarının veya tutumunun, tanıma-tenfiz devleti mahkemesinin yapması gereken denetimi ne şekilde etkileyeceğini somut olarak göstermektedir. Başvurucunun gıyabında verilen Kıbrıs mahkeme kararının tenfizine karar veren Letonya mahkemelerinin ilk bakışta Letonya mahkemelerinin Brüksel I Tüzüğü m.34/2 hükmünü uygulamakta başarısız olduğunu kabul eden AİHM, daha sonra bunun büyük ölçüde davalının tutumundan kaynaklandığına kanaat getirmiştir¹⁰⁰⁸.

Görüldüğü üzere, taraf devlet mahkemelerinin yabancı kararın AİHS'ne uygunluğunu denetlerken hakkaniyete uygun yargılanmaya ilişkin prensiplere yabancı mahkemece riayet edilip edilmediğini yeterince dikkate almamaları ve değerlendirmemeleri, somut olayın koşulları bir bütün olarak ele alındığında ve davalıya atfedilebilir önemli bir neden olmadıkça, AİHS m.6/1'in ihlaline sebebiyet

¹⁰⁰⁶ Bkz.: *Pellegrini v. İtalya*, para.40-48.

¹⁰⁰⁷ *Saccoccia v. Avusturya*, The Law, 2.

¹⁰⁰⁸ Kararın ilgili kısmının özeti ve değerlendirmesi için bkz.: Yukarıda, s.851-855.

verecektir. Bu nedenle, aynı özel hukuk davasını kendi mahkemelerinde hakkaniyete uygun bir şekilde yürütmemesi halinde AİHS m.6/1'in ihlalden sorumlu olabilecek bir devletin, yabancı ülkede gerçekleşen AİHS m.6/1'in bu denli ihlaline müsamaha göstermesini beklemek pek yerinde ve gerçekçi bir yaklaşım değildir. Bu bakımdan, tanıma-tenfiz davalarında yabancı mahkemenin yapmış olduğu yargılamanın AİHS m.6/1'e, özellikle hakkaniyete uygun yargılanma güvencelerine uygun bir şekilde yürütülüp yürütülmediğinin denetlenmesi, tanıma-tenfiz hukukunun amacına ve mahiyetine daha uygun görünmektedir.

Bu tespitimiz doğrultusunda, yabancı mahkemenin AİHS m.6/1'deki güvencelere tam olarak riayet edip etmediğini denetlemenin taraf devlet mahkemelerinin iş yükünün artmasına neden olacağı¹⁰⁰⁹ veya AİHS m.6/1'in standartlarını üçüncü ülkelere dayatmak anlamına geleceği¹⁰¹⁰ şeklindeki görüşlere katılmak pek mümkün değildir. Zira AİHS'ne taraf hemen her devletin tanıma-tenfiz rejimlerinde, davalının hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamına giren (bazı) savunma haklarına riayet edilmiş olması veya bu kapsama girmeyen haller bakımından kamu düzenine açıkça aykırı olmama gibi tanıma-tenfiz şartları bulunmaktadır. Bu şartlar, esasen davalının Sözleşmesel haklarının ulusal seviyede korunmasına hizmet edebilecek mahiyettedir. Zaten taraf devlet mahkemelerinin de, böyle bir denetimi büyük ölçüde davalının somut olarak ortaya koyduğu iddialar ışığında ve/veya karardan anlaşılabilirdiği kadarıyla söz konusu tanıma-tenfiz şartları ekseninde yerine getirmesi gerekir ve beklenir. Yabancı kararın adil yargılanmaya ilişkin temel ilkelere uygunluğunun esasen bu şartlara göre araştırılması gerektiğinin öngörüldüğü bir rejimde, bunun mahkemelerin iş yükünü artıracakını söylemek pek gerçekçi görünmemektedir. Yine, devletler, bu şartlar vasıtasıyla yabancı kararın/yargılamanın kendi hukuk anlayışının vazgeçilmez temel maddi ve usuli adalet ilkelerine uygun olup olmadığını araştırarak, hem bireylerin kendi hukuk düzeni içerisinde korunmasını, dolaylı olarak kamu düzeninin korunmasını temin etmektedir. Dolayısıyla, bu şartların temel gayesi, bir taraf devletin üçüncü bir devlete kendi (AİHS'nin) insan hakları standartlarını dayatmak ve mahkemelerince verilen kararlara etki tanımayarak onun egemenliğine veya devletlerarası ilişkilere zarar

¹⁰⁰⁹ Bkz.: Juratowitch, **a.g.m.**, s.181; Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.** s.435.

¹⁰¹⁰ Bkz.: Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, 191.

vermekten ziyade, kendi yetki alanları içerisindeki bireylere AİHS'ne taraf olmakla taahhüt etmiş olduğu korumayı sağlamaktır.

Son olarak, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizine karar verirken söz konusu kararların AİHS'ne uygunluğunu denetlemekle yükümlü olan bir taraf devlet mahkemesinin, söz konusu yükümlülüğünün kapsamı ve yoğunluğunun, yabancı kararın menşesine, yani AİHS'ne taraf bir devlete ait olması halinde farklılık arz edip etmeyeceğine değinmek gerekir. Hatırlanacağı üzere, Pellegrini v. İtalya kararında AİHM “*bu tür bir denetimin tenfizi (tanınması) istenen yabancı kararın Sözleşmeyi uygulamayan bir devletin mahkemelerinden sadır olduğu hallerde öncelikle gerekli olduğunu*” ifade etmiştir. Dolayısıyla, Pellegrini v. İtalya kararıyla, böyle bir denetimin tanıma-tenfize konu kararın bir taraf devletten sadır olduğu hallerde de uygulanıp uygulanmayacağı cevapsız bırakılmıştır.

Bu belirsizlik karşısında, kimi yazarlar tanıma-tenfize konu kararın bir taraf devletten sadır olduğu hallerde yabancı kararın AİHS m.6/1'e uygunluğu denetiminin ihtiyari olduğunu, dolayısıyla sadece AİHS'ne taraf olmayan bir devletlere ait kararlar bakımından denetleme yükümlülüğü altında olduğu ifade edilmektedir¹⁰¹¹. Buna karşın, yabancı kararın AİHS'ne taraf bir devletten sadır olup olmamasına bakılmaksızın, taraf devletlerin yabancı kararın tanınmasına-tenfizine karar verilmeden evvel, adil yargılanma hakkının yeterince korunmadığını denetlemesi gerektiği de ifade edilmektedir¹⁰¹². Bu noktada, doğrudan tanıma-tenfize konu kararı veren taraf devletin hukuk sistemi içerisinde bir çözüm yolu bulunması gerektiği (iç hukuk yollarının tüketilmesi), davalının bir çözüme ulaşamaması halinde söz konusu devlete karşı AİHM'ne müracaat etmesi gerektiği de ifade edilmektedir¹⁰¹³. Avontis v. Letonya kararı, tenfize konu kararın AİHS m.6/1'e aykırı olduğunu iddia eden bireylerin

¹⁰¹¹ Kinsch, **The Impact of Human Rights**, s.227-228; Kinsch, **Droits l'homme**, s.325; Hazelhorst, **a.g.e.**, s.181-182; Dean Spielman, “Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions-Requirements Under the European Convention on Human Rights: An Overview”, **Cyprus Human Rights Law Review**, Vol.1 No.1, 2012, s.9.

¹⁰¹² Fawcett, **The Impact of Art 6(1)**, s.5; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.258; Skerl, **a.g.m.**, s.471; Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, 194; Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.**, s.430, dn.405; Gilles Cuniberti, “The Recognition of Foreign Judgments Lacking Reasons in Europe: Access to Justice, Foreign Court Avoidance, and Efficiency”, **ICLQ**, Vol.57, January 2008, s.31.

¹⁰¹³ Bu konuda bkz.: Hazelhorst, **a.g.e.**, s.180; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.258-259; Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, 194.

öncelikle tenfize konu kararı veren ülkedeki iç hukuk yollarını tüketmesi gerektiği görüşünü destekler niteliktedir. Diğer taraftan, davalı, bir taraf devlette aleyhine açılan bir davadan ve verilen bir karardan söz konusu kararın tenfizi davası açılana kadar haberdar olmayabilir ve bu süre zarfında menşe taraf devlette temyize gitme imkânı ortadan kalkmış olabilir¹⁰¹⁴ veya başka nedenlerle söz konusu devlete AİHM'ne başvurmak mümkün olmayabilir.

Şüphesiz, AİHS m.6/1'de öngörülen usuli güvencelerin diğer taraf devletlerde de korunması gerektiğinde tereddüt yoktur. Bu bakımdan, AİHS'ne taraf bir devlet mahkemesince verilen bir kararın AİHS m.6/1'e riayet edilerek verilmiş olduğu varsayılabilir. Diğer taraftan, adil yargılanma hakkına ilişkin mevcut istatistikler¹⁰¹⁵, böyle bir varsayımın ve bu yönde ileri sürülen görüşlerin kolaylıkla çürütülebilir olduğunu göstermektedir. Örneğin, Rusya veya Ukrayna mahkemesince verilen bir kararın kıyaslandığında, bir ABD mahkemesince verilen bir kararın adil yargılanma hakkını ihlal etme ihtimalinin daha fazla olduğu kolaylıkla söylenemez. Yukarıda, AİHS'ne taraf olmayan bir devlet mahkemesince verilen kararı AİHS m.6/1'de usuli güvencelere uygunluk denetimine tabi kılmanın daha uygun olduğunu belirtmiştik¹⁰¹⁶. AİHS, ulusal hukukların bir parçası olması itibariyle temel hakların korunması konusunda ortak bir Avrupa standardını yansıtmaktadır ve tüm unsurlarının AİHS'nin bölgesel sınırları içerisinde bulunduğu bir milletlerarası özel hukuk uyumsuzluğunda tarafların beklentileri, doğal olarak –uyumsuzlukla ilgili- Sözleşmesel haklarının bu ortak standarda göre korunacağı yönündedir¹⁰¹⁷. AİHS'nin, hususen AİHS m.6/1'in öngördüğü standartların taraf devletlerce tam anlamıyla karşılanmadığı da göz önüne alındığında, prensip olarak AİHS'ne taraf bir devletin AİHS'ne taraf diğer bir devlet mahkemesince verilen kararın AİHS m.6/1'e uygun olup olmadığını denetleme yükümlülüğünü sadece adaletin açıkça inkarı/ihkak-ı haktan açıkça imtinanın sonucu

¹⁰¹⁴ Bkz.: Maronier v. Larmer [2002] EWCA Civ 774, [2003] Q.B. 620.

¹⁰¹⁵ AİHS'ne daha geç bir tarihte taraf olmalarına rağmen, 2017 itibariyle Rusya (774), Ukrayna (529), Romanya (437) gibi devletlerin adil yargılanma hakkını en çok ihlal eden devletler olduğu, bunun dışında Türkiye, Fransa ve İtalya gibi ülkelerin de başı çektiği görülmektedir. Aslında, tüm taraf devletlerin adil yargılanma hakkının ihlali nedeniyle AİHM tarafından mahkum edildiği görülmektedir. Bkz.: Çevrimiçi, <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c>, 18 Mayıs 2018).

¹⁰¹⁶ Benzer yönde bkz.: Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.195.

¹⁰¹⁷ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.49.

olan kararlarla sınırlamak için herhangi bir haklı neden de yok gibi görünmektedir¹⁰¹⁸. Ayrıca, AİHM'nin bu konudaki en son içtihadı olan *Avontis v. Letonya* kararındaki ifadelerinden, *Pellegrini v. İtalya* kararında ortaya koyduğu prensibin yabancı kararın AİHS'ne taraf bir devlete ait olup olmadığına bakılmaksızın uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır¹⁰¹⁹.

Sonuç olarak, tanıma-tenfize konu karar AİHS'ne taraf bir devletten sadır olsun veya olmasın, taraf devlet mahkemeleri söz konusu kararın AİHS'ne, özellikle AİHS m.6/1'deki temel usuli güvencelere uygun bir şekilde verilip verilmediğini denetlemek zorundadır. Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, taraf devletler söz konusu yükümlülüğü genellikle “*yabancı kararın kamu düzenine aykırı olmaması*” ve/veya “*davalının savunma haklarına riayet edilmiş olması şartları*” şeklindeki birbiriyle yakın irtibatlı iki farklı tanıma-tenfiz şartının karşılanıp karşılanmadığını araştırmak suretiyle yerine getirmektedir. Diğer taraftan, davalının Sözleşmesel haklarının korunmasıyla yakın bağlantıya sahip olan bu şartların ne anlama geldiğinin ve kapsamına nelerin girdiğinin somut bir davada hiç veya yeterince araştırılmaması, mahkemelerin ilgili şart(lar)ın yerine getirildiği konusunda yanlış bir karar vermelerine sebep olabilir. Dolayısıyla, yabancı kararın/yargılamanın davalının AİHS'nde yer alan haklarıyla bağdaşır bir şekilde verilip verilmediğini denetlemekle yükümlü olan taraf devlet mahkemeleri, prensip olarak böyle bir denetimin yerel seviyedeki enstümanları olan söz konusu tanıma-tenfiz şartlarının somut bir davada karşılanıp karşılanmadığını tarafların AİHS'den kaynaklanan haklarıyla bağdaşır şekilde tespit etmekle durumundadır. Aşağıda, söz konusu tanıma-tenfiz şartları ile AİHS m.6/1 ve AİHS'de yer alan temel haklar arasındaki ilişkiyi, AİHS'nin söz konusu tanıma-tenfiz şartlarının

¹⁰¹⁸ Bkz.: Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.258; Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.195.

¹⁰¹⁹ Kararın ilgili kısmında, davaya müdahil olan Estonya hükümeti, taraf devlet mahkemesinin yapacağı denetim bakımından, tenfize konu kararın AİHS'ne taraf diğer bir devletten sadır olması ile AİHS'ne taraf olmayan bir devletten sadır olması arasında önemli bir farklılık olduğunu belirtmiştir. Buna göre, ilk halde, tarafların tenfize konu kararı veren taraf devlette Sözleşmesel haklarının korunacağı varsayımı söz konusu olduğundan, tenfiz devleti mahkemesinin ikinci duruma nazaran daha sınırlı bir denetim yapması gerekmektedir. AİHM, bu konuda taraf devlet mahkemelerinin AİHS m.6/1 yer alan hakkaniyete uygun yargılama ilkelerine riayet edilip edilmediğini denetleme yükümlülüğü altında olduğuna dair genel prensibin geçerli olduğunu belirterek, Estonya hükümetinin iddiasını dolaylı olarak reddetmiş ve Letonya mahkemelerinin bu yükümlülüğü yerine getirip getirmediğini somut olarak incelemiştir. Bkz.: *Avontis v. Letonya*, para.98.

anlamı, içeriği ve uygulanmasına yönelik etkilerini AİHM'nin emsal niteliğindeki kararları ekseninde ayrıntılı olarak analiz edeceğiz.

d. AİHS'nde Yer Alan ve Tanıma-Tenfiz Davalarına Uygulanabilir Haklar Arasındaki İlişki ve Bu Hakların Birbirlerine Etkileri

i. Genel Olarak

Taraf devletlerin, yabancı mahkeme kararıyla elde ettikleri bir haktan veya statüden bir taraf devlette de yararlanmak isteyen bireylerin bu yöndeki taleplerini ve karşı tarafın aksi yöndeki talebini, her iki tarafın AİHS'nde güvence altına alınan haklarıyla bağdaşır bir şekilde görüp karara bağlama yükümlülüğü altında olduğunu belirtmiştik. Böyle bir yükümlülüğün, doğal olarak söz konusu taraf devletin mahkemelerine –istisnaen de olsa idari makamlarına- yöneltilmesi halinde ortaya çıkacağına tereddüt yoktur. Bunun yanında, yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizi talebinin reddedilmesi, aynı zamanda yabancı mahkeme kararıyla tespit edilen bir şahsi statünün veya özel hukuka ait bir hakkın tanıma-tenfiz devleti hukukunca kabul edilmemesi anlamına gelmektedir. Bu da, doğal olarak, yabancı hukuk düzeninde kabul edilen ve hukuki sonuçlar bağlanan bir hakkın, tanıma-tenfiz devletinde çeşitli hukuki veya icrai sonuçlar doğuramamasına neden olmaktadır. Dolayısıyla, yabancı bir mahkeme kararının tanınması-tenfizi talebinin reddedilmesi, hem açılan davanın reddedilmesi hem de yabancı kararda vücut bulan özel hukuka ilişkin haktan yararlanılamaması sonucunu doğuracaktır.

Haliyle böyle bir durum, aşağıda inceleyeceğimiz üzere, davacının tanıma-tenfiz talebinin hangi gerekçeyle reddedildiğine bağlı olarak AİHS m.6/1'de yer alan herhangi bir hakkına¹⁰²⁰, yabancı kararla tevsik edilen hakkın niteliğine bağlı olarak AİHS

¹⁰²⁰ Mahkemeye erişim hakkına yönelik olarak bkz.: *Vrbica v. Hırvatistan*; *Öztürk v. Türkiye*. Hakkaniyete uygun yargılanma hakkına yönelik bkz.: *McDonald v. Fransa*; *Wagner ve JMWL v. Lüksemburg*; *Negreponis-Giannisis v. Yunanistan*; *Shokolov v. Moldova ve Ermenistan*.

m.8¹⁰²¹, P-1 m.1¹⁰²² veya başka bir temel hakkına müdahale edilmesi anlamına gelecektir. Benzer şekilde, yabancı kararın tanınması-tenfizine karar verilmesi, davalının tanıma-tenfiz talebinin reddedilmesi gerektiğine ilişkin ileri sürdüğü itirazın mahiyetine bağlı olarak, adil yargılanma hakkına¹⁰²³ ve/veya herhangi bir temel hakkına¹⁰²⁴ müdahale teşkil edecektir. Bu bakımdan, yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizine ilişkin bir karar, tarafların adil yargılanma hakkına müdahale teşkil etmenin yanı sıra, AİHS’nde korunmakta olan bir hakkın kapsamına girdiği ölçüde, ilgili temel hak ve özgürlüğe de müdahale edebilir. Şüphesiz, bunda tanıma-tenfiz davalarının mahiyeti itibarıyla, yabancı mahkemece çözülen uyuşmazlığın yeniden çözümüne değil, yabancı kararla tevsik edilen özel hukuka ilişkin haktan tanıma-tenfiz devletinde de istifade edilme(me)sine yönelik olması rol oynamaktadır.

Bununla beraber, böyle bir müdahalenin AİHM tarafından dinlenebilmesi için, tanıma-tenfiz davasına konu yabancı kararda vücut bulan özel hukuka ilişkin hakkın veya şahsi statünün, AİHS kapsamında korunmakta olan bir hakkın kapsamına girmesi gerekmektedir. Bu bakımdan, yabancı kararın tanınması-tenfizinin reddi veya kabulü kararı, tek başına davacının adil yargılanma hakkında müdahale teşkil edebilirse de, bunun her zaman ve otomatikman davacının AİHS’nde yer alan herhangi bir temel hakkına veya haklarına müdahale ettiği söylenemez. Örneğin, boşanma hakkı AİHS kapsamında korunan haklardan biri olmadığından, yabancı boşanma kararının

¹⁰²¹ Örneğin, yabancı evlat edinme kararının (Wagner ve JMWL v. Lüksemburg; Negrepontis Giannisis v. Yunanistan), yabancı babalık kararının (Hussin v. Belçika) veya yabancı velayet ve kişisel ilişki kurma kararının (V.P. v. Rusya, no.61362/12, 23 Ekim 2014; Hromadka ve Hromadkova v. Rusya, no.22909/10, 11 Aralık 2014) tanınması taleplerinin reddedilmesi, başvuruçuların AİHS m.8’de güvence altına alınan aile ve özel hayata saygı hakkına müdahale etmektedir.

¹⁰²² Örneğin, yabancı evlat edinme (Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan) veya boşanma (Öztürk v. Türkiye) kararlarının tanınması talebinin reddi, aynı zamanda davacının/başvuruçunun miras hakkından yoksun bırakılmasına neden olduğundan mülkiyet hakkına da müdahale etmektedir. Yabancı mahkemece verilen alacak kararının (Vrbica v. Hırvatistan) veya nafaka kararının (Hussin v. Belçika) tanınması talebinin reddedilmesi de P-1 m.1’e müdahale teşkil edebilir.

¹⁰²³ Örneğin, tanıma-tenfize konu kararın verildiği yabancı mahkemede davalının savunma haklarına riayet edilmediği itirazına rağmen tanıma-tenfiz kararı verilmesi, davalının adil (hakkaniyete uygun) yargılanma hakkına (Pellegrini v. İtalya; Avontis v. Letonya) müdahale anlamına gelmektedir.

¹⁰²⁴ Örneğin, yabancı mahkemece verilen tek taraflı boşanma (talak) kararının tanınması (D.D. v. Fransa, no.3/02, 8 Kasım 2005) eşler arasında eşitliği güvence altına alan P-7 m.5’e, basın yoluyla gerçekleşen kişilik hakkı ihlaline karşı açılan hakaret/iftira davası sonucunda verilen yabancı kararın tenfizi AİHS m.10’da güvence altına alınan ifade özgürlüğüne (Lindberg v. İsveç, no. 48198/99, 15 Ocak 2004), yabancı ceza mahkemesince verilen kararın tenfizi mülkiyet hakkına (Saccoccia v. Avustura, no.69917/01, 18 Aralık 2008) müdahale teşkil edebilmektedir.

tanınması talebinin reddedilmesi, davacının herhangi bir temel hakkına müdahale teşkil etmeyebilirken, verilen red kararı davacının şahsi statüsü bakımından doğrudan belirleyici olduğundan AİHS m.6/1'in kapsamına girebilmektedir.

AİHM uygulamasında ise, özellikle yabancı kararların tanınması-tenfizi taleplerinin reddedilmesinin şikâyet konu yapıldığı kararlarda, tanıma-tenfiz talebinin reddi doğal olarak yabancı kararla tespit edilen statünün veya hakkın, taraf devletin hukuk düzeninde kabul edilmemesine neden olmaktadır. Dolayısıyla, davacının aile hayatına saygı hakkına ve/veya mülkiyet hakkına aykırılık teşkil ettiği iddiaları sıkça gündeme gelmektedir. Başta yabancı adli makam kararları vasıtasıyla tesis edilen evlat edinme ilişkileri olmak üzere, aile hukukuna ilişkin yabancı kararların tanınması taleplerinin reddedilmesi nedeniyle AİHS m.8'in ihlal edildiği iddiaları sıkça şikâyet konu olmaktadır. Benzer şekilde, davacıya bir alacak hakkı bahşeden bir yabancı mahkeme kararının tenfizinin çeşitli nedenlerle reddedilmesinin veya kabul edilmesinin, davacının veya davalının mülkiyet hakkına aykırılık teşkil edebileceği AİHM'nin bazı kararlarından anlaşılabilmektedir.

Bazı hallerdeyse, yabancı mahkemece verilen aile hukukuna ilişkin bir kararın tanınmaması, başvurucunun yabancı kararın tanınması halinde elde edebileceği nafaka veya mirasa ilişkin haklarından mahrum kalmasına neden olabilmektedir. Örneğin, yabancı evlat edinme veya babalık kararının tanınmaması, söz konusu soybağı ilişkisinin hukuken kabul edilmemesine neden olduğundan, tarafların birbirlerine karşı söz konusu hukuki ilişkiye dayanan nafaka taleplerinin veya üçüncü kişilere karşı ileri sürebilecekleri mirasa ilişkin iddialarının kabul edilmemesine sebebiyet verebilmektedir. Dolayısıyla, böyle bir red kararı, ilgili tarafların doğrudan veya dolaylı olarak müstakbel malvarlığı haklarından yararlanamamasına yol açabilmektedir. Bu durumda, davacının AİHS m.6/1'de veya AİHS m.8'de yer alan haklarına yönelik böyle bir müdahale, başvurucunun mülkiyet hakkına da müdahale teşkil edebilmektedir. AİHM, bu tür şikâyet başvurularında, mülkiyet hakkının ihlal edilip edilmediğini değerlendirirken genellikle AİHS m.8'e yönelik tespitlerine atıfta bulunmaktadır¹⁰²⁵. Bu açıdan, söz konusu hakların birbiriyle bağlantılı olduğunu ve AİHM'nin bir hakka

¹⁰²⁵ Bkz.: Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan, para.98-103.

yönelik değerlendirmelerinin diğer hakka yönelik değerlendirmelerini de etkileyebileceğini belirtmek gerekir.

Görüldüğü üzere, yabancı mahkeme kararının tanınması-tenfizine ilişkin herhangi bir karar, davacının veya davalının sadece adil yargılanma hakkına değil, duruma göre AİHS’nde yer alan bir veya birkaç temel hakka aynı anda müdahale edebilmektedir. Söz konusu müdahale (tanıma-tenfiz kararı veya tanıma-tenfizin reddi kararı), ilgili tarafın AİHM nezdinde şikâyeteye konu ettiği haklarına yönelik meşru bir müdahale niteliğindeyse, yani hakkın koruma alanını gösteren ilgili AİHS hükmünde hakkın sınırlandırılması için aranan koşulları karşılamakta ise, herhangi bir problem ortaya çıkmayacaktır. Yani, bir devlet tanıma-tenfiz talebini kabul veya reddetmek suretiyle bir tarafın AİHS’nen kaynaklanan hak(lar)ını meşru sınırlar dâhilinde sınırlayarak, karşı tarafın veya üçüncü bir kişinin AİHS’den kaynaklanan aynı veya başka bir hakkını veya haklarını yerine getirmiş veya korumuş olmaktadır¹⁰²⁶.

Buna karşın, söz konusu müdahale ilgili hakkın sınırlandırılması için gereken yasaya uygun/yasayla öngörülmüş değilse veya meşru bir amaç izlememekteyse ya da ölçülü değilse meşru olarak nitelendirilmeyecek ve ilgili hak ihlal edilmiş olacaktır. Başka bir ifadeyle, aslında yabancı kararın tanınmasına-tenfizine karar vermesi gerekirken bu talebi tanıma-tenfize ilişkin herhangi bir kurala istinaden reddetmesi, AİHS’ne taraf olmanın bir gereği olarak ortaya çıkan davacının AİHS m.6/1’de yer alan hakkına ve duruma göre AİHS m.8’e veya P-1 m.1’deki hakkına aykırılık teşkil edebilecektir¹⁰²⁷. Yine, aslında herhangi bir tanıma-tenfiz kuralına istinaden reddedilmesi gereken bir yabancı kararın tanınmasına-tenfizine karar verilmesi, bu sefer de davalının AİHS’nin koruması altında olan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının

¹⁰²⁶ Örneğin, *Hromadko ve Hromadkova v. Rusya* kararında AİHM, Çek mahkemelerince verilen velayet kararının, Çek mahkemesinde görülmekte olan davada çocuğu Rusya’ya kaçıran annenin savunma haklarına riayet edilmemesi nedeniyle Rusya mahkemelerince tenfiz etmemesini haklı bulmuş, ancak daha da önemlisi velayet kararının tenfizine karar verilmesinin çocuğun üstün menfaatine olmadığından bahisle tenfiz talebini reddeden Rus mahkemelerinin çocuğun menfaatlerini babanın AİHS m.8’de korunan haklarına tercih etmesini yerinde bulmuştur. Bkz.: *Hromadka ve Hromadkova v. Rusya*, para.155-163.

¹⁰²⁷ Örneğin, *Öztürk v. Türkiye* kararında yabancı boşanma kararının tanınması talebinin davacının/başvurucunun hukuki yararının yokluğu nedeniyle reddedilmesi, AİHM tarafından öncelikle başvurucunun mahkemeye erişim hakkına aykırı olarak nitelendirilmiş, ardından söz konusu karar nedeniyle mirasın tamamından mahrum kalan mirasçının mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz.: *Öztürk v. Türkiye*, para.36-43.

ve/veya bir temel hakkının taraf devletçe –davalının müdahalesine/iddiasına karşı-yeterince korunmaması anlamına gelecektir.

Muhtemelen AİHM'nin bu tür davalarda yukarıdaki gibi bir denetim izlemesi, doktrinde AİHS'nde yer alan hakların taraf devletlere (doğal olarak davacı lehine) yabancı mahkeme kararlarını tanıma-tenfiz etme yükümlülüğü¹⁰²⁸ ve (doğal olarak davalı lehine) yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi taleplerini reddetme yükümlülüğü¹⁰²⁹ getirdiği şeklinde bir anlayışın ortaya çıkmasına neden olmuştur. Şüphesiz bu ifade, taraf devletlerin yabancı kararları tanıma-tenfiz etme veya tanıma-tenfiz taleplerini reddetme şeklinde mutlak bir yükümlülük altında olduğu gibi bir izlenim uyandırabilir. Ancak AİHS m.6/1'den AİHS m.8'e, P-1 m.1'den AİHS m.10'a kadar, özel hukuka ilişkin bir haktan tanıma-tenfiz talebinin reddi veya kabulü nedeniyle ilgili tarafın yararlanamadığı gerekçesiyle ihlal edildiğini ileri sürebileceği tüm Sözleşmesel hakların sınırlandırılabilir olduğu, dolayısıyla kullanımına devletler tarafından çeşitli sınırlamalar getirilebileceği de bir gerçektir. Dolayısıyla, AİHS'de güvence altına alınan her bir hak, söz konusu hakkın muhatabı olan devletlere, ilgili hakka meşru bir müdahale (tanıma-tenfiz talebinin reddi veya kabulü) için gerekli koşulları sağlamadığı ölçüde, söz konusu yabancı mahkeme kararının tanınması-tenfizi talebinin kabulüne veya reddine karar verme yükümlülüğü yüklediğini belirtmek gerekir. Örneğin, yabancı nafaka kararının tenfizi talebinin reddedilmesi, davacının nafaka alacağından tenfiz devletinde istifade edememesi nedeniyle mülkiyet hakkından yoksun bırakılmasına neden olabilmektedir. Davacının P-1 m.1'de yer alan hakkına yönelik böyle bir müdahale (tenfiz talebinin reddi) yasayla öngörülmüş veya ölçülü olmaması halinde, mülkiyet hakkını ihlal etmiş olacak, aslında devlet P-1 m.1'den kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmemiş olacaktır. Kısacası, yabancı bir mahkeme kararının tanınması-tenfizine karar verilmesi davacının söz konusu taraf devlet tarafından korunması gereken Sözleşmesel hakkının bir gereği olarak, tanıma-

¹⁰²⁸ Bkz.: Schilling, **a.g.m.**, s.561-562; Kinsch, **Enforcement**, s.543; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.341; Spielman, **a.g.m.**, s.4; Pietro Franzina, "Some remarks on the relevance of Article 8 of the ECHR to the recognition of family status judicially created abroad", **Diritti umani e diritto internazionale**, Vol.5 No.3, 2011, s.610; Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.**, s.444 vd.; Işıl Özkan, "Adil Yargılanma Hakkı'nın Uluslararası Özel Hukuka Etkisi", **DEÜHFD**, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C.19, Özel Sayı-2017, s. 1807.

¹⁰²⁹ Speialmann, **a.g.m.**, s.5 vd.; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.201.

tenfiz talebinin reddedilmesi de davalının davacının hakkına tercih edilmesi gereken ilgili Sözleşmesel hakkının bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, esasen taraf devletin yabancı mahkeme kararının tanınması-tenfizi davasını ilgili tarafın Sözleşmesel hakkıyla bağdaşır bir şekilde görüp karara bağlama yükümlülüğünü yerine getirmediğinden söz etmek, AİHS sistemine ve AİHM'nin geliştirdiği yükümlülük kavramına daha uygundur.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, özellikle yabancı bir mahkeme kararının tanınması veya tenfizi talebinin reddedilmesi veya kabul edilmesi, aynı anda ilgili tarafın birden fazla Sözleşmesel hakkına müdahale ve belki de ihlal teşkil edebilmektedir. AİHM, kimi hallerde bu haklardan birine istinaden bir değerlendirme yapmakta, bu değerlendirmede varmış olduğu sonuç diğer hakka yönelik müdahalenin meşru olup olmadığını da etkilemektedir. Kimi hallerdeyse, bir hakkın ihlalini tespitle yetinmekte ve diğer hakka yönelik müdahalenin meşru olup olmadığını incelemeye gerek dahi duymayabilmektedir. AİHM'nin yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizine ilişkin içtihadi birikimi analiz edildiğinde, hemen hemen tüm kararlarında AİHS m.6/1'de yer alan herhangi bir hakkın ihlal edildiği şikâyetine muhatap olduğunu görülmektedir. Kimi hallerde, yabancı kararın tanınması veya tenfizi talebinin reddedilmesi veya kabul edilmesi, AİHS m.6/1'le birlikte yabancı kararla tevsik edilen özel hukuka ilişkin hakkın niteliğine bağlı olarak AİHS m.8 ve/veya P-1 m.1'in ihlal edildiği şikâyetlerine de konu olmaktadır. Aşağıda ulusal mahkemelerce tanıma-tenfiz talebinin kabul veya reddedilmesi suretiyle aynı anda ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü bu haklar arasındaki ilişkiyi yarışan haklar doktrini ve taraf devletlerin aynı anda söz konusu haklardan kaynaklanan farklı yükümlülükleri arasındaki ilişkiyi ele alacağız.

ii. Yarışan Haklar Doktrini Bakımından

Özellikle yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi taleplerinin reddedilmesi nedeniyle taraf devletlere karşı yöneltilen başvurularda, genellikle böyle bir kararın AİHS m.6/1'le birlikte, AİHS m.8'de güvence altına alınan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ve/veya P-1 m.1'de yer alan mülkiyet hakkının da şikâyet konusu yapıldığı görülmektedir. Yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi talebinin kabul edilmesi nedeniyle AİHM nezdinde ileri sürülen şikâyet başvurularında

genellikle tek başına AİHS m.6/1'in ihlal edildiği ileri sürülmekte, usuli bir hakla birlikte bir temel hakkın ihlal edildiği iddiası nadiren AİHM önüne gelmektedir.

Gerçekten, tanıma-tenfiz taleplerinin reddedilmesi veya kabul edilmesi, ilgili tarafın aynı anda farklı hukuki çıkarlarını koruyan farklı Sözleşmesel haklarına müdahale sonucu doğurabilir. Örneğin, *Hussin v. Belçika* kararında yabancı babalık kararının tanınması talebinin, tanımaya konu kararı veren yabancı mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddedilmesi AİHS m.6/1'e aykırılık iddiasını gündeme getirmiştir. Tamamen usuli bir gerekçeyle reddedilen böyle bir talep, dolaylı olarak çocuk ile baba arasında soybağının tesis edilmemesi ve babaya karşı nafaka talebinde bulunulamaması nedeniyle, çocuğun AİHS m.8 ve P-1 m.1'e yönelik haklarını da etkilemektedir¹⁰³⁰. Dolayısıyla, “*yabancı kararın tanınmaması-tenfiz edilmemesi*” olgusu, aynı öznenin/hak sahibinin AİHS çerçevesinde korunmakta olan birden fazla hakkının kapsama alanına girmesi ve bunların ihlalinin ileri sürülmesi söz konusu olmaktadır ki, buna hakların yarışması olgusu denilmektedir¹⁰³¹.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, genellikle tanıma-tenfiz taleplerinin reddedilmesinin şikâyeteye konu yapıldığı başvurularda AİHS m.6/1, AİHS m.8 ve P-1 m.1'in birbirleriyle sıkça kesiştiği görülmektedir. Bu nedenle, birbiriyle yarışma potansiyeline sahip olan bu hakların birlikte ileri sürüldüğü hallerde, AİHM genellikle bu haklardan birini tercih ederek o hakka yönelik müdahalenin meşru olup olmadığını değerlendirmekte, diğer hak(lar) ekseninde ayrıntılı bir değerlendirme yapmamaktadır. Örneğin, yabancı evlat edinme kararının tanınması talebinin kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle reddedilmesinin şikâyeteye konu yapıldığı *Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan* kararında AİHM, aşağıda inceleyeceğimiz üzere, Yunan mahkemelerinin başvurusunun aile hayatına saygı hakkına ölçüsüz bir müdahalede bulunduğunu tespit etmiştir. Bu hakka ilişkin tespitlerinden yola çıkarak AİHS m.6/1 ve P-1 m.1'in ihlaline hükmetmiştir¹⁰³². Tanınmasına karar verilmiş yabancı mahkeme kararının tenfizi talebinin zamanaşımı gerekçesiyle reddedildiği *Vrbica v. Hırvatistan* kararında, Hırvat

¹⁰³⁰ Bkz.: *Hussin v. Belçika*, En Droit, 3-5.

¹⁰³¹ AİHS kapsamında hakların yarışması veya yarışan haklar doktrini hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.59-62; Gemalmaz B., **Mülkiyet Hakkı**, s.218.

¹⁰³² *Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan*, para.61-76; para.89-91 ve para.93-96.

makamlarının tasarrufunun P-1 m.1’de aranan “yasayla öngörülmüş olma/kanunilik” koşulunu karşılamadığına kanaat getiren AİHM, ardından başvurunun mahkemeye erişim hakkının ölçüsüz bir şekilde sınırlandığına karar vermiştir¹⁰³³.

Bununla beraber, yukarıda söylediğimiz hususlar aynı olay örüntüsü içerisinde söz konusu olan hallerde geçerli olup, ilgili hakka yönelik müdahalenin meşruluğunu etkileyebilecek bazı unsurların veya vakıaların varlığı halinde her bir hakkın ayrı ayrı incelenmesi de mümkündür¹⁰³⁴. Buna örnek olarak, *Wagner ve JMWL v. Lüksemburg* kararı verilebilir. Yabancı evlat edinme kararının tanınması talebini reddeden Lüksemburg mahkemelerinin başvurunun ileri sürdüğü ve tanıma talebinin reddedilmesiyle doğrudan ilgili olan iddialara sunduğu gerekçelerin yeterli olmaması AİHS m.6/1’in ihlaline yol açmıştır. Aynı mahkemelerin, özellikle kararın tanınmamasının yaratabileceği sonuçları ve başvurulardan çocuğun durumunu fiilen incelemeksizin, kendi kanunlar ihtilafı kurallarına istinaden tespit edilen Lüksemburg hukukunu uygulamakta ısrar etmesi ise AİHS m.8’in ihlaline yol açmıştır¹⁰³⁵.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi davalarının yabancı ülkede elde edilen özel hukuka ilişkin bir hak veya statüden tanıma-tenfiz devletinde yararlanmak gayesiyle açıldığından, özellikle bu tür taleplerin reddedildiği hallerde aynı anda hem AİHS m.6/1’in hem de bir temel hakkın ihlal edildiği iddialarının gündeme gelmesi gayet olağandır. Bu nedenle, AİHM’nin yapmış olduğu müdahalenin meşruluğu değerlendirmesini, tanıma-tenfiz talebinin reddine/kabulüne temel teşkil eden kuralın (tanıma-tenfiz usulüne veya şartlarına ilişkin) kuralların mahiyetine bağlı olarak, ilgili her bir hak bakımından ayrı başlık altında ele alacağız.

iii. AİHS’nde Yer Alan Hakların/Taraf Devletlerin Yükümlülüklerinin Mahiyeti Açısından

Yabancı kararlarının tanınması veya tenfizi ile yukarıda saydığımız haklar arasındaki ilişkiyi, yarışan haklar doktrinini dikkate almaksızın ele alan bazı yazarlar,

¹⁰³³ Vrbica v. Hırvatistan, para.51-56 ve para.71-72.

¹⁰³⁴ Gemalmaz B., **Mülkiyet Hakkı**, s.218; Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.62.

¹⁰³⁵ Wagner ve JMWL v. Lüksemburg, para. 89-98 ve para.118-136.

AİHS m.6/1 ile AİHS m.8, P-1 m.1 gibi temel haklar bakımından taraf devletlerin üstlendiği yükümlülüklerin birbirinden farklılık arz ettiğini ileri sürmektedir. Buna göre, tanıma-tenfiz taleplerinin reddedilmesiyle ortaya çıkan AİHS m.6/1'in ihlaline yönelik iddiaların asli/birincil nitelikte olduğu, buna mukabil temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlerin de yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizini gerektirdiğine yönelik iddiaların ise feri/tali/ikincil olduğu belirtilmektedir¹⁰³⁶. Anlaşıldığı kadarıyla, böyle bir ayrımın temelinde AİHS m.6/1'in, diğer Sözleşmesel haklardan farklı olarak, söz konusu hakların korunmasına matuf usuli güvenceler ihtiva eden bir hak niteliğinde olması yatmaktadır. Başka bir ifadeyle, AİHS m.6/1'in, tıpkı özel hukuk davalarında olduğu gibi, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi davalarında da taraf devlet mahkemelerince riayet edilmesi gereken haklardan olması bu ayrımın temelini teşkil etmektedir.

Meseleye yarışan haklar doktrini açısından bakıldığında, böyle bir görüşün pek yerinde olduğu söylenemez. Zira aşağıda inceleyeceğimiz pek çok kararda, bir tanıma-tenfiz talebinin reddinin veya kabulünün, aynı anda birden fazla hakkın kapsama alanına girdiği hallerde AİHM'nin, ilgili başvuruyu her zaman ve öncelikle AİHS m.6/1 ekseninde incelemediği görülmektedir¹⁰³⁷. Kaldı ki, bir şikâyet başvurusunda aynı olay örüntüsü içinde yer alan farklı olguların, aynı anda ilgili tarafın farklı haklarını ihlal etmesi söz konusu olabilir. Dolayısıyla, AİHS m.6/1'e ilişkin hak veya yükümlülüğün asli/birincil nitelikte olduğu ve AİHM'nin öncelikle AİHS m.6/1'e yönelik şikâyeti inceleyeceği söylenemez.

Meseleyi yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi açısından ele alacak olursak, özellikle tanıma-tenfiz talebinin reddedildiği her durumda, red kararının hangi gerekçeyle verildiğine bağlı olarak, ilgili tarafın AİHS m.6/1'de yer alan herhangi bir hakkına müdahaleden söz edilebilir. Çünkü yabancı bir kararın tanınması veya tenfizi talebi, genellikle bir dava ikame etmek şeklinde gerçekleşmekte olup, ulusal mahkemelerin de bu tür davaları, söz konusu davaların açılmasından tanınması-tenfizine karar verilen yabancı kararın uygulanmasına kadar bireylerin AİHS m.6/1'de

¹⁰³⁶ Schilling, **a.g.m.**, s.551.

¹⁰³⁷ Örneğin, Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan; Vrbica v. Hırvatistan; Öztürk v. Türkiye.

yer alan haklarına uygun olarak yürütülmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, bireyler yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi taleplerinin reddine karşı, AİHS m.6/1'in kapsamına giren herhangi bir hakkın, örneğin, mahkemeye erişim veya makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürebilir. Bu bakımdan, tanıma-tenfiz talebi reddedilen bireylerin, herhangi bir temel hakka dayanmaksızın doğrudan AİHS m.6/1'e istinat etmesi de mümkündür. Benzer şekilde, davalı aleyhine açılan bir tanıma-tenfiz davasında davacının dava açmakta hukuki yararı olmamasına rağmen yabancı kararın tenfizine karar verilmesinin hakkaniyete uygun yargılanma hakkına aykırı olduğunu veya makul sürede yargılama yapılmadığını ileri sürebilir. Bu açıdan bakıldığında, AİHS m.6/1'in taraf devletlere yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi davaları bakımından asli (principal)¹⁰³⁸ ve genel¹⁰³⁹ bir yükümlülük yüklediğini söylemek mümkündür.

Ayrıca, böyle bir iddia bakımından, yabancı mahkeme kararıyla ortaya çıkan statünün veya özel hakkın, mutlaka AİHS'de yer alan herhangi bir temel hakkın kapsamına girmesi de gerekmemektedir. Bunun en somut örneğini, *McDonald v. Fransa* kararı oluşturmaktadır. Söz konusu kararda yabancı boşanma kararının tanınması talebi uyuşmazlık Fransız mahkemelerinin münhasır yetkisinin kapsamına girdiği gerekçesiyle Fransız mahkemelerince reddedilen başvuru, sadece AİHS m.6/1'in ihlal edildiğini ileri sürmüş, başka bir hakka istinat etmemiştir. Çünkü ne AİHS 8. maddesi ne de başka bir hüküm, bireylere boşanma hakkı gibi bir hakkı zımnen dahi olsa tanımamaktadır. Dolayısıyla, aynı zamanda kaynağını AİHS'nden alan/AİHS'nin koruması altında olan bir temel hakka istinat edemeyeceği bir durumda, başvuru şikâyetine konu davalı devlet mahkemelerindeki tanıma-tenfiz yargılamasının konusundan bağımsız olarak, sadece AİHS m.6/1'e dayanabilecektir¹⁰⁴⁰. Başka bir ifadeyle, tanıma-tenfiz talebinin haksız bir şekilde reddedildiğini veya aleyhine verilen tanıma-tenfiz kararının haksız olduğunu düşünen taraf, böyle bir kararla ilgili temel hakkının ihlal edildiğini ileri sürmek yerine, doğrudan ve sadece AİHS m.6/1'de yer alan bir hakkının ihlal edildiğini ileri sürebilir. Bu husus, yabancı mahkeme kararlarının

¹⁰³⁸ Schilling, **a.g.m.**, s.551-552.

¹⁰³⁹ Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.211.

¹⁰⁴⁰ Kinsch, **Enforcement**, s.542.

tanınması-tenfizine ilişkin olarak taraf devletlerin AİHS m.6/1'den kaynaklanan yükümlülüklerinin, diğer (temel) haklara ilişkin yükümlülüklerinden kapsam itibarıyla farkını ortaya koymaktadır. Hatta *McDonald v. Fransa* kararında AİHM'nin AİHS m.6/1'in ulusal mahkeme kararları gibi özel hukuka ilişkin yabancı mahkeme kararlarına da uygulanacağına dair tespitinden yola çıkan bazı yazarlar, AİHS m.6/1'in bireylere yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi hakkı (right to an exequatur) tanıdığını ileri sürmektedir¹⁰⁴¹.

Diğer taraftan, yabancı ülkede tesis edilen bir hukuki statüden veya bir özel haktan bir taraf devlette yararlanmak isteyen bir kişinin açtığı tanıma-tenfiz davasının reddedilmesi, söz konusu hakkın o hukuk düzeninde kabul edilmemesi ve/veya uygulanmaması anlamına gelecektir. Haliyle, böyle bir tasarruf yabancı mahkemece zaten tespit edilmiş olan ve taraf devletin hukuk düzenince –mahkeme kararına istinaden yararlanılabileceği- kabul edilen özel hukuka ilişkin bir haktan veya statüden yararlanılamaması sonucunu doğuracaktır. Bu da, doğal olarak, AİHS m.6/1'e olduğu kadar, tanıma-tenfiz davasına konu hakkın niteliğine bağlı olarak AİHS'de yer alan bir temel hakka müdahale teşkil edecek, hatta söz konusu hakkı ihlal edebilecektir. Doktrinde, tanıma-tenfiz talebinin reddedilmesinin bir temel hakkın kapsamına girdiğini ve bunun söz konusu hakka müdahale ettiğini tespit eden AİHM'nin, zorunlu olarak bireylerin ilgili temel hakla bağlantılı bir yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizini isteme hakkının bulunduğu varsayımından hareket ettiği belirtilmektedir. Bu bakımdan, tıpkı AİHS m.6/1'de olduğu gibi, AİHS'nde yer alan bazı temel hakların, kaynağını AİHS'nde yer alan ilgili temel haktan alan, ilgili temel hakkı korumaya hizmet eden bir tanıma-tenfiz hakkı (right to an exequatur) ihtiva ettiği kabul edilmektedir¹⁰⁴². Bunun karşılığında da, taraf devletlere ilgili temel haktan kaynaklanan bir yabancı mahkeme kararını tanıma-tenfiz etme yükümlülüğü getirdiği belirtilmektedir. Kaynağını AİHS m.8 veya P-1 m.1 gibi bir temel haktan alan böyle bir tanıma-tenfiz hakkı/yükümlülüğünün, ilgili temel hakkı korumaya hizmet eden ve ilgili

¹⁰⁴¹ Bkz.: Kinsch, **Enforcement**, s.543; Spielmann, **a.g.m.**, s.24; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.211; Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.**, s.439 vd.

¹⁰⁴² Spielmann, **a.g.m.**, s.24; Kinsch, **Enforcement**, s.543; Schilling, **a.g.m.**, s.551; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.211.

temel hakkın yabancı kararın tanınmasını-tenfizini gerektirdiği, tamamlayıcı/paralel (collateral) nitelikte bir usuli hak ihtiva ettiği de ileri sürülmektedir¹⁰⁴³.

AİHS m.6/1'in taraf devletlere asli ve genel nitelikte bir yükümlülük, temel hakların ilgili temel hakla yan yana/paralel/tamamlayıcı bir usuli hak/yükümlülük getirdiği veya bireylere tanıma-tenfiz hakkı bahsettiği yönündeki doktriner tartışmalar bir yana bırakılırsa, AİHM'nin yukarıda sözünü ettiğimiz tüm hakları aynı muameleye tabi tuttuğu görülmektedir. Başka bir deyişle, bu başlık altında ele alınan ve doktrince ifade edilen hususlar AİHM tarafından dile getirilmemiş olup, AİHM içtihatlarının yorumlanması ve tartışılması sonucunda ortaya çıkan görüşlerden ibarettir. Örneğin, AİHM, yabancı bir kararın tanınmamasının veya tenfiz edilmemesinin, AİHS m.6/1'e veya başka bir temel hakka müdahale teşkil ettiğini, çoğunlukla yapacağı denetimin bir gereği olarak, pek çok kez belirtmiştir. Ancak, tespit edebildiğimiz kadarıyla, herhangi bir Sözleşmesel hakkın, aynı zamanda tanıma-tenfiz hakkı/yükümlülüğü gibi bir hak/yükümlülük ihtiva ettiğine/edebileceğine hiçbir zaman değinmemiştir.

Ayrıca, şurası bir gerçektir ki, yabancı karara konu teşkil eden hukuki statü veya özel hakkın AİHS m.8 gibi Sözleşmede korunmakta olan bir hakla ilgili olduğu ölçüde, tanıma-tenfiz talebinin reddine/kabulüne karşı bireylerin hem AİHS m.6/1'e hem de ilgili temel hakka istinat ettiklerini ve edebileceklerini söyleyebiliriz. Dolayısıyla, ne şekilde ifade edilirse edilsin, taraf devlet mahkemelerinin tanıma-tenfiz yargılamasını tarafların -birbiriyle çatışan- taleplerini AİHS m.6/1'den ve/veya temel haklardan kaynaklanan çeşitli haklarına uygun bir şekilde görüp karara bağlama ve bireylerin birbiriyle çatışan hakları arasında adil bir denge kurma yükümlülüğü varlığını her zaman muhafaza etmektedir. Bununla beraber, gerek ilgili Sözleşmesel hakkın/yükümlülüğün kapsamının, gerek AİHM'nin ilgili Sözleşmesel hakka yönelik denetiminin, gerekse taraf devletlerin bu kapsamda ileri sürebilecekleri meşru amaçlar ile sahip oldukları takdir marjlarının haktan hakka farklılık arz edebileceği unutulmamalıdır.

¹⁰⁴³ Schilling, **a.g.m.**, s.551.

B. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarına İlişkin Usuli Kuralların Yorumu ve Tatbiki ile AİHS’nde Yer Alan Haklar Arasındaki İlişki

1. Genel Olarak

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi rejimi öngören devletlerin, bu tür davaların kendi mahkemelerince hangi usule istinaden görülüp karara bağlanacağını belirlemekte serbest olduğunu ve bu kuralların mühim bir kısmını tanıma-tenfiz prosedürünün başlatılmasından yürütülmesine ilişkin bir takım usuli kuralların oluşturduğunu yukarıda ayrıntılı olarak ifade etmiştik. Prensip olarak, MÖHUK’ta ve HMK’da yer alan bu kurallar, tanıma-tenfiz prosedürünü başlatan davacının ve (varsa) aleyhine böyle bir dava ikame edilen davalının birbiriyle çatışan menfaatlerini korumak amacıyla tanzim edilmiştir. Diğer taraftan, tanıma-tenfiz yargılamasının üçüncü süjesi olan yargılamanın gerçekleştiği devletin menfaatlerinin, tanıma-tenfiz usulüne ilişkin kuralların tanzim edilmesinde daha fazla etkiye sahip olduğunu, hatta AİHS’den kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmenin bir vasıtası olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır. Zira –tanıma-tenfiz şartlarıyla birlikte- bu kurallar vasıtasıyla, somut bir tanıma-tenfiz yargılamasının makul bir süre zarfında, her iki tarafın da haklarına riayet edilerek hakkaniyete uygun bir şekilde görülüp karara bağlanması temin edilmiş olacaktır.

Bu bakımdan, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizine ilişkin usuli kuralların, esasen tanıma-tenfiz yargılamasının yürütülmesiyle ilgili olması itibariyle, bu kuralların hemen tamamının, tanıma-tenfiz yargılamasının taraflarının AİHS m.6/1’de güvence altına alınan haklarıyla irtibatlı olduğu tartışmasızdır. Nitekim AİHM’nin bu konudaki AİHS m.6/1’e ilişkin içtihadi birikiminin mühim bir kısmını tanıma-tenfiz prosedürünün AİHS m.6/1’e uygun bir şekilde yürütülmediği şikâyetleri oluşturmaktadır. Bu nedenle, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizine ilişkin usuli kurallar ile AİHS m.6/1 arasındaki ilişkiyi, AİHM’nin içtihatlarından hareketle ilgili her bir usuli hak ekseninde ele almak yararlı olacaktır.

AİHM’nin bazı içtihatları, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizine ilişkin usuli kurallar ile AİHS arasındaki ilişkinin sadece AİHS m.6/1’le sınırlı olmadığını göstermektedir. Özellikle açılan bir tanıma-tenfiz davasının bir tanıma-

tenfiz şartının/engelinin varlığı nedeniyle değil de bir usuli kuralın karşılanmadığı gerekçesiyle reddedildiği hallerde, böyle bir red kararının davacının bir temel hakkına aykırılık teşkil ettiği iddialarının AİHM tarafından dinlendiği görülmektedir. Şüphesiz bu durum, tanıma-tenfiz davalarının mahiyetinden kaynaklanmaktadır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, bu tür davalar, yabancı mahkemece çözölen uyuşmazlığın yeniden çözümüne yönelik olmayıp, yabancı kararla tevsik edilen özel hukuka ilişkin haktan tanıma-tenfiz devletinde de istifade edilmesine yöneliktir. Bu nedenledir ki, AİHM tanıma-tenfiz usulüne ilişkin bir kuralın yorumu ve uygulanması sonucunda verilen kararın/müdahalenin aynı zamanda davacının P-1 m.1’de güvence altına alınan mülkiyet hakkını ihlal edip etmediğini inceleme yoluna gitmiştir¹⁰⁴⁴.

Söz konusu içtihatlar, tanıma-tenfize ilişkin bir usuli kuralın uygulanmasının sadece AİHS m.6/1’le değil, bireylerin AİHS’de yer alan temel haklarıyla da bir irtibata sahip olduğunu ve onların söz konusu haklarına aykırılık teşkil edebileceğini göstermektedir. Diğer taraftan, AİHM içtihatları incelendiğinde bu nitelikteki şikâyet başvurularının henüz sadece P-1 m.1’e ilişkin olarak AİHM’nin önüne geldiği görölmektedir. Ancak, P-1 m.1 açısından yapacağımız değerlendirmeler, büyük ölçüde diğer Sözleşmesel hakların tanıma-tenfize usulüne ilişkin bir kuralın uygulanması suretiyle sınırlandığı haller bakımından da geçerlidir. Başka bir ifadeyle, taraflardan birinin AİHS m.8’de veya başka maddede yer alan bir temel hakkına tanıma-tenfize ilişkin herhangi bir usuli kuralın yorumlanması ve uygulanması nedeniyle gerçekleşen müdahalenin (tanıma-tenfiz talebinin reddi/kabulü) meşru olup olmadığı, AİHM tarafından büyük ölçüde P-1 m.1 açısından izleyeceği yönteme benzer şekilde değerlendirilecektir. Bu nedenle, diğer Sözleşmesel haklar bakımından da yol gösterici olabileceğinden, burada sadece yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizine ilişkin usuli bir kuralın yorumu ve tatbiki ile P-1 m.1 arasındaki ilişkinin incelenmesinin yeterli olacağı kanaatindeyiz.

¹⁰⁴⁴ Bkz.: Öztürk v. Türkiye; Vrbica v. Hırvatistan.

2. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarına İlişkin Usuli Kuralların Yorumu ve Tatbikinin AİHS m.6/1 Açısından Ele Alınması

a. Genel Olarak

AİHS’ne taraf devlet mahkemeleri, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi davalarını tarafların AİHS m.6/1’in bünyesinde yer alan haklara uygun bir şekilde yürütme ve karara bağlamakla yükümlüdür. Söz konusu yükümlülük açısından, aynı taraf devlet mahkemesinde görülmekte olan bir (yabancı unsurlu) özel hukuk davası ile yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizi davası arasında, tanıma-tenfiz davalarına özgü bir takım özellikler dışında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Ayrıca, tanıma-tenfiz davalarına tatbik edilecek kuralların taraf devletin iç hukukuna ait olması veya tarafı olduğu iki veya çok taraflı uluslararası bir anlaşmadan kaynaklanması da, prensip olarak tanıma-tenfiz devletin AİHS m.6/1’den kaynaklanan sorumluluğunu etkilememektedir. Dolayısıyla, yabancı mahkeme kararlarının kendi adli (veya idari) makamlarınca tanınacağını veya tenfiz edileceğini öngören devletlerin, prensip olarak hem söz konusu kararın tanınması veya tenfizini isteyen tarafın hem de –eğer varsa- karşı tarafın AİHS m.6/1’de yer alan haklarından yararlanmalarını mümkün kılacak usuli kurallar tanzim etmesi gerekmektedir.

Söz konusu usuli kuralların bir kısmı, tıpkı özel hukuk davalarında olduğu gibi, bireylerin tanıma-tenfiz talebiyle kendi mahkemelerine başvurabilmelerini sağlayan ve/veya sınırlayan kurallardan oluşabilir. Örneğin, Türk hukukunda tanıma-tenfiz davası açılabilmesi için davacının hukuki yararının olması veya harç ve teminat yatırmakla yükümlü kılınması gibi pek çok usuli kurallar, esasen davalının gereksiz yere dava tehdidi altına kalmasına engel olmak veya davalının/devletin uğrayabileceği zararları karşılamak amacıyla getirilmektedir. Söz konusu kurallar, soyut olarak bireylerin tanıma-tenfiz davası açmak amacıyla ülke mahkemelerine erişimini sınırlayıcı mahiyettedir.

Benzer şekilde, tanıma-tenfize ilişkin usuli kuralların bir kısmı da, davalı tarafın sahip olduğu bazı usuli haklardan yararlanma imkânını sınırlayabilmektedir. Bu kapsamda, davalının kendisine karşı yöneltilen tanıma-tenfiz talebine karşı hangi süre

içerisinde, ne şekilde ve ne tür delillere istinaden itirazda bulunabileceğinin açıkça öngörülmesi, hem davacının hem de yargılamayı yürüten devletin menfaatine hizmet etmektedir. Örneğin, esasen mahkeme tarafından re'sen araştırılması gerekmele birlikte, tanıma-tenfiz şartlarından herhangi birinin karşılanmadığını ispat etme yükünün esasen davalıya yüklenmesi itibariyle, prensip olarak davacının yabancı kararla tevsik edilen hakkından tanıma-tenfiz devletinde elde etme konusundaki menfaatinin korunduğunu söylemek mümkündür. Diğer taraftan, tanıma-tenfiz yargılamasının diğer bir süjesi olan yargılamanın gerçekleştiği devletin menfaatlerinin, tanıma-tenfiz usulüne ilişkin kuralların tanzim edilmesinde daha fazla etkiye sahip olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır. Zira –tanıma-tenfiz şartlarıyla birlikte- bu kurallar vasıtasıyla, somut bir tanıma-tenfiz yargılamasının makul bir süre zarfında, her iki tarafın da haklarına riayet edilerek hakkaniyete uygun bir şekilde görülüp karara bağlanması temin edilmiş olacaktır.

Söz konusu kuralların tatbikinin, doğal olarak davanın koşullarına göre, tarafların AİHS m.6/1'de yer alan bir veya birden fazla hakkının kapsamına giren birtakım (usul hukuku anlamındaki) usuli yetkilerini/haklarını sınırlayıcı bir nitelik arz etmesi kaçınılmaz görünmektedir. Bununla beraber, yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi davalarına uygulanmak üzere taraf devletlerce tanzim edilen veya kabul edilen bu tür kuralların varlığının veya herhangi bir usuli kuralın bulunmayışının, tek başına ne davacının ne de davalının AİHS m.6/1'de yer alan herhangi bir hakkına aykırılık teşkil ettiği söylenemez. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, AİHM taraf devletlerin hukukunda yer alan bir kuralın veya herhangi bir kuralın bulunmamasının AİHS açısından yerindeliğini incelememektedir. Sadece, davalı devletin yetkili makamlarınca (mahkemelerince) söz konusu kuralın uygulanmasıyla veya böyle bir kuralın yokluğu nedeniyle uygulanmamasıyla başvurucunun ilgili hakkına yönelik müdahalenin söz konusu hakkı ihlal edip etmediğini değerlendirmektedir¹⁰⁴⁵.

Bu bakımdan, aşağıda Türk veya diğer taraf devlet hukuklarında yer alan (veya almayan) kuralların AİHS m.6/1'e uygunluğunu tek tek incelemekten ziyade, tanıma-tenfiz davalarının çeşitli yönlerinin ele alındığı AİHM içtihatlarından hareketle, taraf

¹⁰⁴⁵ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.176.

devlet mahkemelerinin yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi davalarını AİHS m.6/1'e uygun şekilde yürütme yükümlülüğünü inceleyeceğiz. Böyle bir yöntem, hem bireylerin AİHS m.6/1'de yer alan ve tanıma-tenfiz davaları bakımından da geçerli olan haklarına yönelik benzeri müdahalelerin AİHM tarafından nasıl değerlendirileceğini öngörebilmek hem de gereksiz tekrara düşmemek açısından daha yararlı olacaktır.

Bu kapsamda, özellikle yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi davalarına uygulanmak üzere tanzim edilmiş kuralların taraf devlet mahkemelerince yorum ve tatbiki suretiyle gerçekleşen müdahalenin hangi hal ve şartlar altında ölçüsüz, keyfi ve hakkın özünü zedeler bir müdahale olarak nitelendirilebileceğini ele alacağız. Zira AİHM uygulamasından anlaşıldığı kadarıyla, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi davalarına uygulanmak üzere getirilen bu tür kuralların yorumlanması ve uygulanması veya herhangi bir kuralın bulunmaması, bazı hallerde (davacının) mahkemeye erişim veya makul sürede yargılanma hakkına bazı hallerde ise hakkaniyete uygun yargılanma hakkına müdahale edebilmektedir.

b. Tanıma veya Tenfiz Davası Açma Hakkına Getirilen Sınırlamaların Mahkemeye Erişim Hakkına Uygunluğu

Taraf devlet mahkemeleri, bir taraftan yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi talebiyle bireylerin kendi mahkemelerine başvurabilmelerine imkân tanırken, diğer taraftan yetkiden göreve, dava ve taraf ehliyetinin veya hukuki yararın varlığından harç veya teminat yatırma yükümlülüğüne kadar, yabancı mahkeme kararını tanıtmak veya tenfiz ettirmek isteyen tarafa çeşitli sınırlamalar da getirmektedir. Bu sınırlamalar, esasen yabancı ülkedeki asıl davanın taraflarının haklarının korunmasına hizmet etmektedir. Özellikle yabancı ülkede yargılamaya katılan ve aleyhine bir karar verilen tarafa, diğer bir ülkede yeniden ve belki de gereksiz bir dava takip etme külfeti yüklenmemesini veya gereksiz bir dava tehdidine maruz kalmamasını ya da davalının muhtemel zarar ve ziyanının karşılanmasını temin etmektedir. Haliyle, pek çoğu bir dava şartı mahiyetinde olan bu kurallardan birinin karşılanmadığı gerekçesiyle davanın reddedilmesi gerektiği ileri sürülmesine rağmen, mahkemenin aksi yönde bir karar vermesi davalının AİHS m.6/1'de yer alan

hakkaniyete uygun yargılanma hakkına müdahale anlamına gelecektir. Henüz bu konuda meseleyi davalı açısından ele alan bir AİHM kararı olmasa da, teorik olarak söz konusu müdahalenin yerinde olup olmadığı, tanıma-tenfiz mahkemesinin davalının ileri sürdüğü iddiayı ne derece dikkate aldığı ve değerlendirdiğine bağlı olarak farklılık arz edebilecektir.

Bununla beraber, AİHM uygulamasında daha çok tanıma-tenfiz talebinin bir usuli kuralın tatbiki suretiyle reddedilmesinin şikâyeteye konu yapıldığı görülmektedir. Başka bir ifadeyle, bazı hallerde tanıma-tenfiz taleplerinin bireylerin dava açma hakkını sınırlayan bir takım usuli kurallara istinaden reddedilmesi, davanın hal ve şartlarına göre, davacının mahkemeye erişim hakkının özünü zedeleyen, ölçüsüz bir müdahale haline dönüşebilir. Böyle bir müdahaleye en somut ve güncel örnek olarak, açılan tanıma davasının davacının hukuki yararı bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmesinin şikâyeteye konu yapıldığı *Öztürk v. Türkiye*¹⁰⁴⁶ kararını vermek yanlış olmayacaktır.

Söz konusu karara konu olayda, Alman mahkemelerince verilen 13 Nisan 2001 tarihli kesinleşmiş boşanma kararıyla Alman vatandaşı eşinden boşanan başvurunun babası, söz konusu kararın tanınması ve tenfizi davası açamadan, yaklaşık kırk gün sonra vefat etmiştir. Ankara Sulh Hukuk Mahkemesi, 8 Haziran tarihinde murisin mirasının dörtte üçünün evlilik dışı ilişkisinden olma başvurusuna dörtte birinin ise Alman vatandaşı eşine kaldığını gösteren bir mirasçılık belgesi düzenlemiştir. Bunun üzerine, reşit olmayan başvuru adına annesi, Ankara 32. Asliye Hukuk Mahkemesinde başvurunun babası ile Alman eşi hakkında Alman mahkemesince verilmiş ve kesinleşmiş mahkeme kararının tanınması davası açmıştır. Mahkemenin vermiş olduğu tanıma kararı, Yargıtay tarafından yabancı boşanma kararının taraflarından muris babanın 22 Mayıs 2001’de ölmesiyle evliliğin sona erdiği, bu durumda çocuğun boşanmanın ve boşanmanın ferî hükümlerine ilişkin ilamın tamamının veya bir kısmının tenfizi veya tanınması için dava açamayacağı gerekçesiyle bozulmuştur¹⁰⁴⁷. Yerel mahkeme, Yargıtay’ın kararına uyarak başvurunun babasının

¹⁰⁴⁶ Öztürk v. Türkiye, no.39523/03, 13 Ekim 2009.

¹⁰⁴⁷ Buna karşın muhalefet şerhinde, yabancı mahkeme kararının Türkiye’de yerine getirilmesinde veya tanınmasında hukuki yararı olan herkesin tanıma veya tenfiz davası açabileceği savunulmuştur. Bkz.: Yargıtay 2. HD, E.2001/15944, K.2001/17222, 6.12.2001, (Ahmet Cemal Ruhi, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun**, 3.Baskı, Seçkin, Ankara 2009, s.527 vd.)

tarafı olduğu boşanma kararının tanınması ve tenfizi için dava açma hakkına sahip olmadığına hükmetmiştir. Yargıtay'ın temyiz itirazını ve karar düzeltme talebini reddetmesi üzerine başvuru, hukuki yararın yokluğu gerekçesiyle dava açma yetkisinin olmadığından açmış olduğu tanıma davasının reddedildiği gerekçesiyle mahkemeye başvuramadığı ve bu sınırlama nedeniyle mirasın dörtte birinden mahrum kaldığı, bu nedenle AİHS m.6/1'in ve P-1 m.1'in ihlal edildiğini ileri sürmüştür¹⁰⁴⁸.

AİHM, mahkemeye erişim hakkına yönelik her zamanki değerlendirmelerini yaptıktan sonra, o tarihte yürürlükte olan 2675 sayılı Kanun'da kimlerin tanıma veya tenfiz davası açma yetkisine sahip olduğuna dair bir açıklığın olmadığını, ancak Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre sadece yabancı ülkedeki yargılamanın taraflarının yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizi davası açabileceğini belirtmiştir¹⁰⁴⁹. Bu da doğal olarak, boşanmış ebeveynlerin çocuklarının bu tür taleplerde bulunma imkânını önlemektedir. AİHM'ne, MÖHUK m.42'in tatbikine yönelik Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarından kaynaklandığından, böyle bir kuralın yasal dayanağı bulunmaktadır ve söz konusu kural, yabancı mahkemedeki yargılamanın taraflarının haklarını koruduğundan meşru bir amaca sahiptir. AİHM, burada ölen babasına ait boşanma kararının tanınması için dava açma imkânından mahrum bırakmakla, davalı devlet mahkemelerinin yabancı mahkeme kararının taraflarının haklarının korunması konusundaki meşru amaç ile başvuru hakkının mahkemeye erişim hakkı arasındaki makul dengeyi bozan, ölçüsüz bir külfet dayatıp dayatmadığının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁰⁵⁰.

AİHM'ne göre, söz konusu sınırlama başvuru hakkının babasına ait boşanma kararının tanınmasını engellemekle kalmayıp, aynı zamanda ölen babasından kalan mirasın tamamı üzerinde hak sahibi olma girişimlerinin önüne aşılması mümkün olmayan bir engel koymuştur. Başvuru, babasıyla ilgili hukuki statünün tanınması ve tüm miras haklarının kabul edilmesi yönündeki taleplerin mutlak bir şekilde engellendiği bir durumla karşı karşıya kalmıştır. Başvuranın babasının yabancı boşanma kararının kesinleşmesinden yaklaşık kırk gün sonra vefat ettiğini de belirterek,

¹⁰⁴⁸ Öztürk v. Türkiye, para.3-15.

¹⁰⁴⁹ Öztürk v. Türkiye, para.36-39.

¹⁰⁵⁰ Öztürk v. Türkiye, para.40.

Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarının, boşanmış eşin yabancı kararın tanınmasını talep etmeksizin çok kısa bir süre içinde vefat ettiği mevcut davaya benzer davalara uygulanabilir bir istisna öngörmediğini ifade etmiştir. Ayrıca, 2007 yılında yürürlüğe giren kanunla hukuki yararı olan herkesin tenfiz davası açabileceğinin öngörüldüğünü ve Yargıtay'ın yakın tarihli kararlarında hukuki yararı olan herkesin yabancı bir kararının tanınması ve tenfizi talebinde bulunabileceği ifade eden bu kuralı uyguladığını belirtmiştir. Bu açıklamaların ardından AİHM, yabancı boşanma kararlarının tanınması talebinin mutlaka boşanmanın taraflarınca yapılabileceğini öngören ve tanıma kararının elde edilmesi imkânından mahrum bırakan söz konusu kuralın başvurucuya ölçsüz bir külfet yüklediğine ve mahkemeye erişim hakkının özünü zedelediğine hükmetmiştir¹⁰⁵¹.

Gerçekten, bütün özel hukuk davalarında olduğu gibi, yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizi davalarının dinlenebilmesi için de, ilgili kişilerin böyle bir davayı açmakta hukuki yararının bulunması gerektiğinde tereddüt bulunmamaktadır¹⁰⁵². Burada temel problem, Yargıtay'ın yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi davalarında da uygulama alanı bulan hukuki yarar müessesesini son derece dar ve katı şekilde yorumlaması ve uygulamasından kaynaklanmaktadır¹⁰⁵³. Yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizinde hukuki yararı olanlar, şüphesiz öncelikle yabancı kararın taraflarıdır. Bununla beraber, mirasa, velayete veya nafakaya ya da sosyal güvenliğe ilişkin konularda hukuki korunma ihtiyacı içinde olan kişilerin haklarının korunabilmesi, bazı hallerde yabancı boşanma kararının tanınmasına bağlı olabilir. Dolayısıyla, bir hakkın ancak mahkeme kararıyla elde edilebileceği hallerde, hak iddiasında bulunan bireylerin hukuki yararının olduğunun kabulü gerekir¹⁰⁵⁴. Yukarıdaki kararda da, başvurucunun Türk hukukuna göre ölenin tek mirasçısı olarak mirasın tamamına hak kazanabilmesi yabancı mahkeme kararının Türk mahkemesince tanınması kararına bağlı olduğundan, başvurucunun hukuki yararının olmadığını

¹⁰⁵¹ Öztürk v. Türkiye, para.41-43.

¹⁰⁵² Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 6. Baskı, C.6, Ankara 2001, s.5794; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.589-590.

¹⁰⁵³ Bkz.: Kazım Sedat Sirmen, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Taraf Sıfatı Sorunu ve Hukuki Yarar: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Selin Aslı Öztürk/Türkiye Kararı”, **Prof.Dr. Tuğrul Arat’a Armağan**, Yetkin, Ankara 2012, s.1021.

¹⁰⁵⁴ Nomer, **DHH**, s.538; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.696; Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s.61-62; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.589; Sirmen, **Hukuki Yarar**, s.1021.

söylemek mümkün değildir¹⁰⁵⁵. Kaldı ki, davanın hal ve şartlarına göre, yabancı mahkeme kararının taraflarının dahi, böyle bir dava açmakta hukuki yararı bulunmayabilir. Bu bakımdan, söz konusu karar yabancı kararın tarafı olmayan bazı kişilerin tanıma-tenfiz davası açmakta gerçekten hukuken korunmaya değer yararının olabileceğini, taraf devlet mahkemelerinin hukuki yarar müessesesini hiçbir istisnaya ver vermeksizin, aşırı şekilci ve katı bir şekilde uygulamalarının dava açma hakkına makul olmayan, ölçüsüz bir müdahale olabileceğini göstermektedir¹⁰⁵⁶.

Hukuki yararın yanı sıra, bir tenfiz davasının görülüp karara bağlanması için, söz konusu tenfiz davasının belirli bir zamanaşımı süresinde açılması gerekebilir. Aksi halde, yabancı ülkede lehine bir alacak kararı elde eden tarafın bir tenfiz davası açma imkânı, davalının itirazına bağlı olarak ortadan kalkabilir. Böyle bir zamanaşımı süresinin öngörülmesi, şüphesiz bireylerin dava açma hakkına meşru bir müdahale olarak nitelendirilebilir. Ancak bu noktada, yabancı kararın tenfizi davası açmaya engel teşkil edebilecek olan zamanaşımına ilişkin hususların hangi ülke hukukuna göre belirleneceği sorunu ortaya çıkabilmektedir. Türk hukukunda, yabancı kararın verildiği tarihten itibaren ne kadarlık bir süre içerisinde tenfiz davası açılabilmesine veya bu konuda Türk hukukunun mu yoksa tenfize konu kararı veren mahkemenin hukukunun mu uygulanacağına dair açık bir hüküm bulunmamaktadır¹⁰⁵⁷. Doktrinde, yaygın kanaat, tenfize konu kararın verildiği ülkede kararın icrası için zamanaşımı süresinin öngörülüp öngörülmediği, öngörülmüşse bunun niteliği ve kapsamına ilişkin hususların

¹⁰⁵⁵ Doktrinde de belirtildiği üzere, hukuki yararı bulunan herkesin tanıma veya tenfiz davası açabileceğine dair 5718 sayılı MÖHUK m.52/1 hükmüne yer verilmeseydi dahi, Türk usul hukukunun genel ilkelerinden hareketle, hukuki yararı olan herkesin tanıma ve tenfiz davası açabileceği, dolayısıyla çocukların ebeveynlerinin tarafı olduğu yabancı boşanma kararının tanınmasını talep etmekte hukuki yararının olduğu kabul edilebilirdi. Bkz.: Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s.63; Sirmen, **Hukuki Yarar**, s.1021-1022; Fügen Sargın/Rifat Erten, “MÖHUK Hükümleri Dairesinde Tanınmanın Hukuki Niteliği, Usûlü ve Karşılaşılan Sorunlar: ‘Yeni Bir Düzenleme Yapma Gereği’”, **UTTDER**, Yıl.2014, C.3, S.2, s.81. Bu bakımdan, söz konusu hükümle beraber, Yargıtay uygulamasının da bu yönde değiştiği görülmektedir. Bkz.: Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s.63-74.

¹⁰⁵⁶ Türk milletlerarası özel hukuk mevzuatında ve buna uygun gelişen mahkeme tatbikatıyla bu konuda ortaya çıkabilecek muhtemel bir AİHS m.6/1’in ihlali ihtimali büyük ölçüde ortadan kalkmıştır. Bununla beraber, AİHM’nin vermiş olduğu kararlar sadece davalı devlet açısından bağlayıcı olsa da, söz konusu karar bu konuda gerek Türkiye’ye gerekse diğer taraf devletlere karşı ileri sürülebilecek ihlal iddiaları bakımından emsal niteliğini halen muhafaza etmektedir.

¹⁰⁵⁷ Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s.156; Fügen Sargın, “Yabancı Mahkeme İlâmlarına Dayalı İcra Yoluyla Takip Edilebilirliğe Bir Engel Olarak “Zamanaşımı””, **UTTDER**, Yıl.2017, C.6 S.2, s.340.

karar yeri hukukuna göre belirlenmesi gerektiği yönünde iken¹⁰⁵⁸ uygulamada İİK ve BK'da öngörülen zamanaşımı sürelerine, yani Türk hukukuna istinat edildiği görülmektedir¹⁰⁵⁹. Bu konunun tanıma-tenfiz davaları bakımından pratik önemi, verildiği ülke hukukunda icraya ilişkin bir zamanaşımı süresi öngörülmüş olması halinde, söz konusu süre zarfında yabancı ülkede icraya/tenfiz devletinde tenfize konu yapılmayan bir mahkeme kararı icra edilebilirlik vasfını yitirebilecek olmasıyla ortaya çıkmaktadır. Kararın verildiği ülke hukukunda kararın icrası veya tenfizi için bir süre öngörülmüşse ve bu süre geçirilmişse, davalının tenfiz davasında bu hususu MÖHUK m.55/2 uyarınca tenfize engel bir sebep olarak ileri sürülebileceği kabul edilmektedir¹⁰⁶⁰.

Diğer taraftan, aşağıdaki AİHM içtihatlarında da görüleceği üzere, yabancı bir alacak kararının tenfizi veya bir alacak davasında bir yabancı kararın tanınması talep edildiğinde, ulusal mahkemelerin alacağın zamanaşımına uğrayıp uğramadığını tespit ederken, karar yeri hukuku veya esasa uygulanacak hukuktan ziyade, doğrudan kendi hukuklarında yer alan zamanaşımı düzenlemelerini uyguladıkları görülmektedir. Esasen ulusal hukuk kurallarının doğru tatbik edilip edilmediğinden ziyade bu kuralların AİHS'ne bağdaşır bir şekilde yorumlanıp yorumlanmadığını denetleyen AİHM açısından bu durum teorik olarak herhangi bir önem arz etmemektedir. Bu nedenle konumuz açısından, yabancı kararın tenfizine engel bir sebep olarak zamanaşımının hangi hukuka göre belirleneceğinden ziyade¹⁰⁶¹, Türk mahkemelerinin bu konudaki uygulamalarının ne derece tutarlılık arz ettiği ve ne derece bireylerin haklarını gözeterek şekilde uygulandığı belirleyici olacaktır. Nitekim AİHM

¹⁰⁵⁸ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.565; Nomer, **DHH**, s.540; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s.156, 320-321; Güven, **a.g.e.**, s.214-216; Mesut Aygün/Alı Önal, "Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Özel Hukukta Zamanaşımı", **Legal Hukuk Dergisi**, C.14, S.165, 2016, s.4930-4931.

¹⁰⁵⁹ Örneğin bkz.: Yargıtay 11.HD, E.1998/383, K.1998/3945, T.28.5.1998; Yargıtay 4.HD, E.2003/10163, K.2004/1408, T.13.2.2004, (Çevrimiçi, www.kazanci.com, 16 Mayıs 2018).

¹⁰⁶⁰ Bkz.: Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.565; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s.321; Güven, **a.g.e.**, s.215-216; Aygün/Önal, **a.g.m.**, s.4931; İnci Ataman-Figanmeşe, **Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıklara İlişkin Mahkeme ve Tahkim Yargılamasında Takas**, İstanbul 2015, s.280.

¹⁰⁶¹ Türk hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tenfizi davalarının açılması herhangi bir süreye tabi kılınmamıştır. Bununla birlikte, yabancı kararın tenfizine engel bir sebep olarak yabancı kararın zamanaşımına uğrayıp uğramadığının tespitinde, zamanaşımının başlangıcı, sona ermesi, kesilmesine ilişkin hususlarda tenfize konu kararın verildiği (karar yeri) veya tenfiz devleti (Türk) hukukunun uygulanması gerektiği konusunda çeşitli argümanlar ileri sürülebilir. Söz konusu argümanlar ve karar yeri hukukunun uygulanabilirliği için yasal düzenlemenin gerekli olup olmadığı hakkında bkz.: Sargın, **Zamanaşımı**, s.345-362.

tatbikatında, bazı hallerde taraf devlet mahkemelerinin zamanaşımına ilişkin kuralları yorumlamaları veya uygulamaları nedeniyle açılan bir tenfiz davasında veya müstakil bir davada yabancı kararın zamanaşımına uğrayıp uğramadığı veya böyle bir davayla zamanaşımının kesilip kesilmediği gibi problemlerin ortaya çıkabileceğine dair örneklerle rastlamak mümkündür. Söz konusu örnekler, aynı zamanda bu tür problemler nedeniyle davacının mahkemeye erişi hakkının ihlal edilebileceğini de göstermektedir.

Bunlardan ilkinin, *Ateş Mimarlık Mühendislik A.Ş. v. Türkiye*¹⁰⁶² kararı oluşturmaktadır. Aslında söz konusu kararda, esasen zamanaşımı müessesesi yabancı kararın tenfizine engel bir neden olarak ortaya çıkmamış, tanıma şartlarını karşılamasına rağmen Türk mahkemelerinde görülmekte olan davada alacağın muacceliyeti/zamanaşımının başlama anını tespit eden yabancı kararın tanınması talebinin reddedilmesi şikâyetine konu olmuştur. Ancak, yine de karar ulusal mahkemelerinin zamanaşımına ilişkin kuralları ne şekilde yorumlamaları gerektiğini göstermesi bakımından incelenmeye değerdir.

Söz konusu kararda, başvuru, Alman devletiyle arasında yapılan restorasyon sözleşmesinin Alman devletince feshedilmesi üzerine, yetki anlaşmasıyla yetkili kılınan Berlin mahkemelerine başvurmuştur. Berlin mahkemeleri, sözleşmenin geçerli bir nedene bağlı olarak tek taraflı feshedildiğine hükmetmiş, sözleşmeye göre başvurunun talep ettiği ödenmemiş bedelin kesin maliyet hesabı çıkartıldıktan sonra muaccel olacağını belirterek, ancak kesin hesabın çıkarılmasından sonra başvurunun talebini inceleyeceğine hükmetmiştir. Söz konusu kararın kesinleşmesinin ardından Alman devleti kesin hesabı göndermiş, ancak başvuru kesin hesabı daha fazla bir miktar olarak belirleyip faturayı Alman devletine göndermiştir. Alman devletinin ödeme talebini reddetmesinin ardından başvuru Türk mahkemelerinde dava açmış, sözleşme hükümleri ve Berlin mahkemesi kararı uyarınca kesin hesabın muaccel olduğunu ileri sürmüştür¹⁰⁶³. Yerel mahkeme, Berlin mahkeme kararının (o zaman yürürlükte olan) 2675 sayılı MÖHUK'ta yer alan tanıma şartlarını karşıladığını tespit

¹⁰⁶² Ateş Mimarlık Mühendislik A.Ş. v. Türkiye, no.33275/05, 25 Eylül 2012.

¹⁰⁶³ Ateş Mimarlık Mühendislik A.Ş. v. Türkiye, para.7-13.

etmiş, ancak iki davanın konu itibariyle birbirinden farklı¹⁰⁶⁴ olduğu gerekçesiyle Berlin mahkeme kararının kesin hüküm teşkil edemeyeceğini belirtmiştir. Ardından sözleşmeye Alman hukukunun uygulanacağı kararlaştırılmasına rağmen, o tarihte yürürlükte olan BK¹⁰⁶⁵ hükümlerini uygulayan yerel mahkeme, BK m.126-128 hükümleri uyarınca zamanaşımı sözleşmenin feshi tarihinden itibaren başlatarak alacağın (beş yıllık) zamanaşımına uğradığına hükmetmiştir. Dolayısıyla, Berlin mahkemesince tespit edilen başvurucunun ileri sürdüğü alacağın kesin hesabın çıkartılmasından sonra muaccel olacağına ilişkin kararını dikkate almamıştır¹⁰⁶⁶. İki kez Yargıtay'ın önüne giden söz konusu davada başvuru, yargılamanın muhtelif aşamalarında ödenmemiş alacağın muacceliyet (zamanaşımının başlama) anını açıkça tespit eden Berlin mahkeme kararının kesin hüküm ve kesin delil olarak sonuç doğurması için tanınmasını talep etmiştir¹⁰⁶⁷. Ancak bu iddialara rağmen, dava Türk hukukunda öngörülen zamanaşımı süresi dışında açıldığından reddedilmiş ve bu karar Yargıtayca onaylanmıştır.

AİHM, Türk mahkemelerinin Berlin mahkeme kararının o tarihte yürürlükte olan 2675 sayılı MÖHUK m.38'de yer alan tanıma şartlarını karşıladığını tespit ettiğini, 2675 sayılı MÖHUK m.42 uyarınca bu kararı tanımakla yükümlü olmasına rağmen, Berlin mahkeme kararını başvurucunun alacağının icra/talep edilebileceği tarihin belirlenmesi açısından kesin delil olarak dikkate almadığını belirtmiştir¹⁰⁶⁸. AİHM'ne göre, MÖHUK uyarınca yabancı karar tanıma şartlarını karşılıyorsa, ulusal mahkemelerin bu karara hem kesin hüküm hem de kesin delil etkisi tanımaları gerekmektedir. Mevcut davada, ilk olasılığı (kesin hüküm etkisini) açıkça reddetmiş olan yerel mahkeme, başvuru tarafından defaatle talep edilmesine rağmen, söz konusu kararın kendi önündeki yargılamada kesin delil olarak dikkate alınıp

¹⁰⁶⁴ Zira yerel mahkemeye göre, Berlin mahkemesi önündeki dava proje devam ederken tahakkuk eden harcamaların talep edilmesiyle ilgili iken yerel mahkeme önündeki dava ödenmemiş toplam bedelin ödenmesi talebine ilişkindir. Bkz.: Ateş Mimarlık Mühendislik A.Ş. v. Türkiye, para.14.

¹⁰⁶⁵ RG: 29.4.1926 – 359.

¹⁰⁶⁶ Bkz.: Ateş Mimarlık Mühendislik A.Ş. v. Türkiye, para.14.

¹⁰⁶⁷ Ateş Mimarlık Mühendislik A.Ş. v. Türkiye, para.16-24. Bu bağlamda, başvuru Berlin mahkemelerinin kendi talebini esastan reddetmediğinden, yalnızca uygulanmasını ileri bir tarihe ertelediğinden hareketle, ödenmemiş bedelin tamamını yasal ve meşru olarak talep etmeye hakkı olduğunu ileri sürmüştür. Bkz.: Ateş Mimarlık Mühendislik A.Ş. v. Türkiye, para.22.

¹⁰⁶⁸ Ateş Mimarlık Mühendislik A.Ş. v. Türkiye, para.42.

alınmayacağına yönelik herhangi bir değerlendirmede bulunmamıştır. Alman mahkemelerinin varmış olduğu sonuca dayanan başvuru, taraflar arasındaki sözleşmeye göre muaccel olan ödenmemiş alacağını talep etme konusunda meşru bir beklentiye sahiptir. Dahası, Alman mahkemeleri tarafından varılan sonuç (alacağın muacceliyeti anı) ile başvurunun aynı sözleşmeden doğan ödenmemiş bedelin ödenmesine yönelik Türk mahkemelerinde açmış olduğu dava arasında bağlantı bulunmaktadır¹⁰⁶⁹. Dolayısıyla, Türk mahkemelerinin başvurunun alacağının zamanaşımına uğradığına ilişkin kararı, aynı konuda Alman mahkemelerinin vermiş olduğu kararla çelişmektedir. Türk mahkemeleri, alacağın muacceliyet anının belirlenmesi konusunda sahip olduğu kesin delil kuvvetini göz ardı etmiş, aynı zamanda başvurunun pek çok talebine rağmen, yabancı kararın neden kesin delil olarak dikkate alınmadığı konusunda herhangi bir gerekçe de sunmamıştır. Bu nedenle AİHM, söz konusu koşullar altında Türk mahkemelerince ulusal mevzuatın yorumlanma ve uygulanma şeklinin başvurunun alacak iddiasının bir yargısal otorite tarafından esastan görülmesini mahkemeye erişim hakkını özünden zedeleyecek derecede engellediğine hükmetmiştir¹⁰⁷⁰.

Tenfize konu kararın verildiği veya tenfiz devleti hukukunda kararın icrası/tenfizi için öngörülen zamanaşımı sürelerinin yorumu ve uygulanması ile AİHS m.6/1 arasındaki ilişki, dolaylı da olsa, *Vrbica v. Hırvatistan*¹⁰⁷¹ kararında ortaya konmuştur. Söz konusu kararda, Karadağ vatandaşı başvuru, davalı sigorta şirketlerine karşı Karadağ mahkemelerinde trafik kazası nedeniyle uğramış olduğu zararların karşılanması amacıyla bir tazminat davası açmış ve 6 Ocak 1992 tarihinde kesinleşen alacak kararının tanınması talebiyle 16 Ekim 2001 tarihinde Hırvat mahkemelerinde dava açmıştır. Hırvat mahkemesinin 20 Kasım 2001’de vermiş olduğu tanıma kararına istinaden 3 Aralık 2001 tarihinde aynı mahkemeye, tanınmış kararın tenfizi talebiyle başvurmuştur. Davalıların tanıma kararına ait dosya numarasının yanlış olduğu itirazı üzerine başvuru, yazım hatasının düzeltilmesi için aynı mahkemeye başvuru yapmıştır. Aynı mahkeme, Nisan 2002’de problemin yazım hatasından kaynaklandığını

¹⁰⁶⁹ Ateş Mimarlık Mühendislik A.Ş. v. Türkiye, para.44-45.

¹⁰⁷⁰ Ateş Mimarlık Mühendislik A.Ş. v. Türkiye, para.46-47.

¹⁰⁷¹ *Vrbica v. Hırvatistan*, no.32540/05, 1 Nisan 2010.

belirtmesine rağmen, tenfiz (icra) prosedürünün katı şekli kurallarına öncelik vererek icra emrini iptal ederek davaya ara vermiştir. Yeniden başlayan yargılamada, aynı mahkeme başvurucuyu düzeltilmiş tanıma kararını ibraz etmeye davet etmiştir. Başvurucunun düzeltilmiş kararı süresinde ibraz etmemesi üzerine, tenfiz başvurusunu reddetmiştir. Yapılan temyiz itirazı, üst mahkemece kendi elinde olan düzeltilmiş tanıma kararını salt başvuru mahkemeye sunmadığı, bu nedenle mahkemenin talebini yerine getirmediği gerekçesiyle verilen red kararının yerinde olduğu gerekçesiyle Aralık 2002’de reddedilmiştir. Bunun üzerine başvuru, tanınmış kararın tenfizi talebiyle aynı mahkemeye ikinci kez başvurmuştur. Bu esnada davalılar, tenfize konu yabancı kararın kesinleştiği tarihten itibaren on yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu itirazıyla aynı mahkemede dava açmış ve başvuru mahkemenin yapacağı tenfiz talebinin kabul edilemez olduğuna dair (menfi tespit kararı niteliğinde) 8 Haziran 2004 tarihli bir karar elde etmiştir. Bu karara istinaden başvuru mahkemenin yapmış olduğu ikinci tenfiz talebi de reddedilmiştir¹⁰⁷². Hırvat Anayasa Mahkemesine yapılan başvurunun da kabul edilmemesi üzerine başvuru, tanınmış yabancı kararın tenfizi talebinin reddedilmesinin AİHS m.6/1’i ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

AİHM, tanınmasına kararı verilen yabancı mahkeme kararının tenfizi talebinin söz konusu kararın zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle reddedilmesinin, başvuru mahkemeye erişim hakkına getirilen bir sınırlama olarak kabul edilebileceğini, dolayısıyla bu kararın başvuru mahkemeye erişim hakkını aşırı derecede sınırlayıp sınırlamadığının incelenmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁰⁷³. Bu bağlamda, zamanaşımı sürelerinin hukuki belirlilik ve kesinliği sağladığını, mahkemelerden uzak geçmişte gerçekleşmiş ve geçen süre zarfında yetersiz ve sağlam olmayan delillere dayanılarak bir karar verilmesi istendiğinde karşı konulması zor olan eskimiş iddialara karşı potansiyel davalıları korumaya ve haksızlıkları önlemeye hizmet ettiğini

¹⁰⁷² Hırvat mahkemeleri, çekişmesiz bir şekilde gerçekleşen yabancı mahkeme kararının tanınması davasını başlatan başvuru mahkemenin 16 Ekim 2001 tarihli başvurusunun, tanınmış bir yabancı kararın tenfiz edilebilmesi için öngörülen yasal zamanaşımı süresini kesmediği gerekçesiyle reddetmiştir. Davalı tarafın söz konusu yargılamaya taraf olmadığını, dolayısıyla davacının kararın tenfizi için harekete geçtiğinden haberdar olmadığını, davacının bu yola başvurmak yerine doğrudan tenfiz davası açma imkânını kullanmadığını, başvuru mahkemenin ilk tenfiz (icra) davasının on yıllık süre içinde başlattığı ancak tenfiz başvurusunun reddedilmesi nedeniyle Hırvat Borçlar Kanununa göre, zamanaşımının kesilmediğini belirtmiştir. Bkz.: Vrbica v. Hırvatistan, para.28.

¹⁰⁷³ Vrbica v. Hırvatistan, para.62-63.

belirtmiştir. Böyle bir sürenin varlığının tek başına AİHS'ne aykırı olmadığını belirterek, söz konusu zamanaşımı süresinin niteliğinin ve/veya uygulanma yönteminin AİHS'yle bağdaşıp bağdaşmadığının tespit edilmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁰⁷⁴.

Ardından, yabancı kararın tanınması amacıyla açılan davanın on yıllık zamanaşımı süresini kesmediğine ilişkin kararı ile bu süreye uyulmamasıyla ortaya çıkan yaptırımın ölçülülük ilkesini ihlal edip etmediğini değerlendirmiştir. Bu kapsamda, P-1 m.1'in ihlali iddialarına yönelik değerlendirmelerine atıf yaparak, söz konusu red kararının ölçülü olup olmadığını değerlendirmiştir.

AİHM, ulusal mahkemelerin açılan tanıma davasının Hırvat Borçlar Kanunu m.388 anlamında bir dava olmadığına dair görüşünün, borçlunun böyle bir davanın tarafı olmaması ve kararın tenfizi için davacı tarafından atılan adımlardan haberdar olmaması varsayımına dayandığı iddialarını kabul etmemiştir. Zira ulusal mahkemelerin bu varsayımının, tanıma davalarının da çekişmeli bir şekilde yürütülmesi ve davalının açılan davadan haberdar edilmesi ve davaya katılmasına izin verilmesi gerektiğine dair Hırvat yüksek mahkemesinin yerleşik içtihatlarıyla¹⁰⁷⁵ çeliştiğini ve davalıların tanıma davasına katılmamasının ise yerel mahkemenin davalılara dava evrakını tebliğ etmemesinden kaynaklandığını belirtmiştir. Yerel mahkemenin söz konusu hatası başvuru açısından olumsuz sonuçlara yol açmasa da, aynı mahkemenin davalılar tarafından açılan yabancı kararın tenfiz edilemeyeceğine dair davayı kabul etmiş olması, başvuruçunun açmış olduğu tanınmış yabancı kararın tenfizi talebinin alacağın zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle reddine neden olmuştur¹⁰⁷⁶.

AİHM, ulusal hukuka ilişkin mülahazalar bir yana, ulusal mahkemelerin yabancı bir kararın tanınması davası açılmasının zamanaşımı süresinin işleyişini kesmeyeceğine dair görüşünün savunulamaz bir sav olduğunu belirtmiştir. Böyle bir görüşün kabulü, davacının yabancı kararın tanınması için açılan davada yaşanacak muhtemel gecikmeler nedeniyle, diğer bir ifadeyle kendi kontrolünde olmayan sebeplerden dolayı, yabancı kararın tenfizini talep etme hakkını kaybetmesine yol açacaktır. Bu durum, hukuki

¹⁰⁷⁴ Vrbica v. Hırvatistan, para.66.

¹⁰⁷⁵ Vrbica v. Hırvatistan, para.34.

¹⁰⁷⁶ Vrbica v. Hırvatistan, para.54.

kesinlik ilkesini ciddi bir şekilde tehlikeye atabilecektir ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacaktır. AİHM, yukarıdaki nedenlerle, yerel mahkemenin ulusal hukuk kurallarını, özellikle Hırvat Borçlar Kanunu m.388 hükmünü yorumlama ve uygulama yönteminin, yabancı mahkeme kararın tanınması davasını açmakla kanuni zamanaşımı süresinin kesileceğini makul bir şekilde bekleyen başvuru açısından öngörülebilir olmadığına karar vermiştir. Böylece, mahkemenin 8 Haziran 2004 tarihli kararıyla gerçekleşen müdahalesinin kanunilik (yasayla öngörülmüş olma) ilkesine aykırı olduğuna ve P-1 m.1'i ihlal ettiğine hükmetmiştir¹⁰⁷⁷.

Böylece AİHM, başvurunun yabancı mahkeme kararının tanınması davasının açılmasının kanuni zamanaşımını keseceğine dair makul bir beklentiye sahip olduğunu, tanınmış olan yabancı kararın tenfizi talebinin tenfize konu kararın zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle reddedilmesine ilişkin yerel mahkeme kararının Hırvat Yüksek Mahkemesinin yerleşik içtihatlarıyla bağdaşmadığını belirtmiştir. Bu şartlar altında, tanınmış yabancı mahkeme kararının tenfizi talebinin ulusal mahkemelerde reddedilmesinin ölçülülük ilkesini ihlal ettiğine, böylece mahkemeye erişim hakkının özüne zarar verdiğine hükmetmiştir¹⁰⁷⁸. Bu noktada, AİHM'nin iki üyesi¹⁰⁷⁹, diğer üyelerden farklı olarak, AİHS m.6/1'in ihlalini, başvurunun mahkemeye erişim hakkının aşırı derecede sınırlandırılmasına değil, ulusal mahkemelerin hem aşırı şekilcilik sergilemesine¹⁰⁸⁰ hem de ilgili yasal düzenlemeleri keyfi bir şekilde yorumlamaları ve uygulamalarına¹⁰⁸¹ dayandırmıştır. Bunun da başvuru hakkaniyete uygun yargılanma hakkından (*right to a fair hearing*) mahrum bıraktığını iddia edilmiştir¹⁰⁸².

¹⁰⁷⁷ Vrbica v. Hırvatistan, para.55-56.

¹⁰⁷⁸ Vrbica v. Hırvatistan, para.72.

¹⁰⁷⁹ Bkz.: Concurring Opinion of Judge Spielmann, para.2; Concurring Opinion of Judge Malinverni, para.14-15.

¹⁰⁸⁰ Bkz.: Yargıç Malinverni, tanıma kararı veren ulusal mahkemenin kendisinin dosya numarasına ilişkin yazım hatasını kendisinin de düzeltebileceğini, ancak davalıların temyiz itirazı üzerine problemin yazım hatasından kaynaklandığını kabul etmesine rağmen, tenfiz (icra) emrini iptal ettiğini belirterek yetkili ulusal mahkemelerin aşırı şekilcilikten suçlu olduğunu belirtmiştir. Bkz.: Concurring Opinion of Judge Malinverni, para, 9-12.

¹⁰⁸¹ Bkz.: Concurring Opinion of Judge Malinverni, para.12-14.

¹⁰⁸² Gerçekten, yabancı kararın tenfizine engel bir sebep olan yabancı kararın zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle reddedilmesini mahkemeye erişim hakkından ziyade hakkaniyete uygun yargılanma hakkıyla ilişkilendirmek bir bakıma daha yerinde görünmektedir. Zira buradaki zamanaşımı, esasen tanıma-tenfiz davasının açılmasını, dolayısıyla dava açma hakkını engelleyen bir usuli kural olmaktan

Netice itibariyle yukarıdaki iki örnek, taraf devletlerce bireylerin yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi davası açma hakkını sınırlayan tanıma-tenfiz usulüne ilişkin bazı yasal veya yargısal kuralların, tek başına bireylerin dava açma hakkına aykırılık teşkil etmediğini, böyle bir aykırılığın söz konusu kuralların ulusal mahkemelerce yorumlanması veya uygulanmasından kaynaklanabileceğini göstermektedir. Esasen davalıların haklarının korunması amacı güden bu tür kuralların davanın hal ve şartları gözetilmeksizin ve hiçbir istisnaya yer verilmeksizin katı bir şekilde uygulanması, bazı hallerde bireylerin tanıma-tenfiz davası açma hakkını ortadan kaldırarak onlara ölçüsüz bir külfet yüklenmesi sonucuna yol açabilecektir. Dolayısıyla, bu tür kuralların mümkün mertebe hem davalıların haklarının korunması hem de yabancı mahkeme kararından istifade etmek isteyen bireylerin dava açabilmelerini sağlayacak, bu iki menfaat arasında adil bir denge kuracak şekilde yorumlanması ve uygulanması gerekmektedir.

Bu bakımdan, tespit edebildiğimiz kadarıyla bu konuda henüz bir AİHM içtihadı bulunmasa da, yabancı kararın tenfizi talebinin, teminat¹⁰⁸³ veya harç yatırma yükümlülüğü¹⁰⁸⁴ yerine getirilmediği gerekçesiyle reddedildiği hallerde de bu

ziyade, bir tanıma-tenfiz şartı olmasa da, bir tenfiz engeli niteliğindedir. Yani, açılmış olan bir tenfiz davası, tıpkı bir tenfiz şartının karşılanmadığı gerekçesiyle reddedilmesinde olduğu gibi, bir tenfiz engelinin varlığı nedeniyle reddedilmektedir. Aşağıda göreceğimiz üzere, AİHM'nin bir tenfiz şartının karşılanmadığı gerekçesiyle verilen tanıma-tenfiz talebinin reddi kararlarının AİHS m.6/1'e uygunluğunu, mahkemeye erişim hakkına değil, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında mütalaa ederek bu kapsamda değerlendirme yaptığı görülmektedir (Bkz.: McDonald v. Fransa; Negreptontis-Giannisis v. Yunanistan). Bu bakımdan, yabancı kararın tenfizine engel bir sebep olan yabancı kararın zamanaşımına uğrayıp uğramadığı meselesi, amaç ve nitelik itibariyle bir benzerlik arz etmektedir. Buna karşın AİHM muhtemelen, karardan anlaşılmasa da, bu tür kararlarında yabancı kararın tenfizine engel zamanaşımı ile özel hukuka ilişkin davalar bakımından öngörülen zamanaşımı arasında, gördükleri fonksiyon itibariyle bir benzerlik görmüş olabilir.

¹⁰⁸³ Türk hukukunda tıpkı yabancı unsurlu özel hukuk davalarında olduğu gibi yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi davaları bakımından da, davacının vatandaşlığına veya ülkede mutad meskene sahip olup olmamasına bağlı olarak, teminat yatırma yükümlülüğünün doğabileceğini belirtmek gerekir. Dolayısıyla, bu tür davalarda tenfiz mahkemelerince takdir edilecek teminatın, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, davacının tenfiz davası açma hakkını güçleştirecek veya ortadan kaldıracak kadar aşırı yüksek olmaması gerekmektedir. Aksi halde, davacının ülke mahkemelerine erişimine getirilen bu tür ölçüsüz bir mali külfet AİHS m.6/1'in ihlaline neden olabilir.

¹⁰⁸⁴ Türk hukukunda Harçlar Kanunu (RG: 17.7.1964 – 11756) m.4 uyarınca, yabancı bir mahkeme tarafından verilen ilamların tenfizi için açılacak davalarda, söz konusu ilamlarda hükmolunmuş şeyin değerine, nev'i ve mahiyetine bağlı olarak nispi harç alınacaktır. Doktrinde, söz konusu hüküm, dava konusu değer üzerinden ödenen ilk harcın yabancı mahkemede ödenmiş olduğu, Türkiye'de bir tenfiz davası açmak zorunda olan davacının ikinci kez harç ödemek zorunda bırakıldığı gerekçesiyle eleştirilmektedir (Bkz.: Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.695; Aygül, **a.g.m.**, s.88-89; Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.**, s.457-458.; Cemal Şanlı, "Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Tahsil

hususların geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Bu konuda genel olarak, tanıma veya tenfiz davasının görülüp karara bağlanabilmesi için yatırılması gereken teminat veya harç miktarının veya bunların yatırılması için öngörülen sürenin, davanın koşulları

Olunacak “Karar ve İlam Harcı”na ve Ticaret Mahkemelerinin Bulunduğu Yerlerde “Görevli Mahkeme”ye İlişkin Bazı Sorunlar”, **İBD**, C.69, S.10-12, 1993, s.768-769). Söz konusu hükmün açık ifadesine rağmen, Yargıtay bazı kararlarında, tenfiz davalarının niteliği itibarıyla eda davası değil, tespit davası mahiyetinde olduğundan, nispi harca değil maktu harca tabi olması gerektiğini belirtmektedir (Bkz.: Yargıtay 11. HD, E.201273715, K.2012/8307, T.18.5.2012; Yargıtay 11. HD, E.2012/3713, K.2012/8328, T.18.5.2012, (Çevrimiçi, www.kazanci.com., 18 Mart 2018). Meseleye konumuz açısından bakacak olursak, böyle bir yükümlülüğün davacıya az veya çok mali bir külfet yüklediğinde herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Diğer taraftan, tenfiz davalarında bu tür bir harcın istenmesindeki temel amaç ile yabancı unsurlu özel hukuk davalarında istenmesindeki amaç aynıdır. Devlet, yüklenmiş olduğu adalet hizmetini yerine getirebilmek amacıyla çeşitli kaynaklara ihtiyaç duyabilmektedir. Bireylerin özel menfaatlerine ilişkin olarak devletin söz konusu hizmetinden yararlanmaları karşılığında, söz konusu hizmetin maliyetlerine katılma yükümlülüğü öngörülebilir. Böyle bir yükümlülük, aynı zamanda adalet hizmetlerinin devamlı surette işleyişine de katkı sağlayacağı gibi, bireyler dava açarken düşünmeye sevk edilmekte, içi boş ve ciddi olmayan iddiaların ileri sürülerek yargı ve icra organlarının, dolaylı olarak üçüncü kişilerin meşgul edilmesi de önlenmiş olmaktadır. Bu nedenle, yargılama sürecinde, yasayla harca tabi kılınmış bir hizmetten yararlanmak isteyen taraf söz konusu hüküm uyarınca harcını ödeyerek bu hizmetten yararlanabilir. (Bkz.: AYM, E.2009/27, K.2010/9, T.14.1.2010). Dolayısıyla, tenfiz davalarında davacılar getirilen –nispi harç şeklindeki- böyle bir mali külfetin otomatikman davacının mahkemeye erişim (tenfiz davası açma) hakkına aykırılık teşkil ettiği söylenemez. Gerçekten, tenfiz davalarında ulusal mahkemelerin davayı esastan görüp karara bağlamadığı, dolayısıyla bu tür davalarda nispi harç yerine maktu harç alınması gerektiği iddialarında haklılık payı bulunmaktadır. Ancak, çekişmeli olarak yürütülen tenfiz yargılaması sonucunda verilen karar, hem yabancı mahkemece tevsik edilen hakkın/alacağın varlığına yönelik bir tespit, hem de söz konusu hakkın/alacağın icrasına yönelik bir eda hükmü niteliğindedir (Sakmar, **a.g.e.**, s.126). Ayrıca, tenfiz davası açarken ödenen harç, yabancı mahkemenin yapmış olduğu yargılama için değil, tenfiz devletinin adalet hizmetlerini yerine getirmek üzere katlandığı maliyeti azaltmak amacıyla talep edilmektedir. Kaldı ki, böyle bir güçlüğü ortaya çıkmasında, kendi iradesi ve tasarrufuyla davayı yabancı mahkeme önüne götüren ve lehine elde ettiği kararı tenfiz ettirmek isteyen davacının kendi katkısı da bulunmaktadır. Dolayısıyla böyle bir güçlüğü karşılamak istemeyen davacının yetkili mahkemeyi ileride Türkiye’de bir tenfiz davası açmayı zorunlu kılmayacak biçimde belirlemesi gerekmektedir (Bkz.: Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.600; Şanlı, **Ticari Akitler**, s.242). Bu nedenle, tenfiz yargılamasında davacının mükerrer (nispi) harç ödemek zorunda bırakılması argümanı, AİHS m.6/1’in ihlali için tek başına yeterli değildir. Burada, böyle bir mali yükümlülük nedeniyle mahkemeye erişimin ihlalden söz edilmemesi için, belirlenen harç miktarının, davacının dava açma imkânını ortadan kaldırmayacak şekilde makul ve ölçülü olması gerekmektedir. Bu noktada da, davacının ekonomik imkânları dikkate alınmaksızın ve gerektiğinde adli yardım imkanından yararlanmasına izin verilmeksizin böyle bir yükümlülük altına sokulmasının AİHS m.6/1’e aykırı olup olmadığında, davacının ülke mahkemelerine erişim konusundaki menfaati ile devletin yargılama harcı elde etme konusundaki menfaati arasındaki dengenin davacı aleyhine bozulup bozulmadığı belirleyici olacaktır. Ayrıca, tenfiz devletinin sadece kendi mahkemelerince hükmolunan yargılama harcı nedeniyle AİHS m.6/1’den doğan sorumluluğuna gidilebilir. Bu nedenle, mükerrer harç ödemek zorunda bırakılan bir davacı, hem yabancı mahkemede hem de Türk (tenfiz) mahkemesinde ödemiş olduğu toplam harç miktarının yüksekliğinden şikâyet ederek, Türk tenfiz mahkemesinin söz konusu tasarrufunun mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğini ileri süremez, meğer ki Türk tenfiz mahkemesince hükmolunan harç miktarı tek başına aşırı yüksek olsun. Dolayısıyla, söz konusu harçların toplam miktarının, tenfiz davası açan davacın mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmesine yol açabileceğini ileri sürmek (Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.**, s.458), tenfiz devletini kendi mahkemelerine ait olmayan bir tasarruf nedeniyle sorumlu tutmak anlamına gelecektir. Böyle bir şey de, AİHS m.1 uyarınca taraf devletlere yüklenen Sözleşmesel haklara saygı gösterme/koruma yükümlülüğüyle bağdaşmayacaktır.

ve davacının imkânlarıyla kıyaslandığında, davacının dava açma imkânını ortadan kaldırmayacak şekilde makul ve ölçülü olmasının gerekli olduğunu söyleyebiliriz. Haliyle, bu durumda davacının ekonomik imkânları dikkate alınmaksızın ve gerektiğinde adli yardım imkânından yararlanmasına izin verilmeksizin böyle bir yükümlülük altına sokulmasının AİHS m.6/1'e aykırı olup olmadığında, davacının ülke mahkemelerine erişim konusundaki menfaati ile devletin yargılama harcı elde etme konusundaki menfaati arasındaki dengenin davacı aleyhine bozulup bozulmadığı belirleyici olacaktır. Ezcümle, tenfiz mahkemesinin ilgili şartlara/mali yükümlülöklere yönelik yorum ve değerdendirmeleri, ilgili tarafın tenfiz davası açma hakkına ölçüsüz bir müdahale olmadığı müddetçe AİHS m.6/1'e uygun görölecektir.

c. Makul Sürede Yargılanma Hakkı ile Tanıma-Tenfiz Yargılaması Arasındaki İlişki

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi davalarında, tanıma-tenfiz kararına konu uyuşmazlığın esası hakkında yeniden bir inceleme yapılmayıp sadece belirli şartların varlığı arandığından, doğal olarak, aynı konudaki bir özel hukuk davasına nazaran yargılamanın daha hızlı ve kısa bir sürede karara bağlanacağı düşünölebilir. Ayrıca, yabancı bir mahkeme kararının varlığı halinde, öncelikle bu kararın tanınması veya tenfizi yoluna başvurulması lehine karar elde eden taraf için daha avantajlı olmasının yanı sıra, bu durumun usul ekonomisi ilkesinin bir gereğı olarak ortaya çıktığı da ileri sürölebilir¹⁰⁸⁵. Gerçekten, prensip olarak yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi davalarında esasa ilişkin bir değerdendirme yapılmamasının (esasa girme yasağının) ve basit yargılama usulünün tatbik edilmesinin bu tür davaların hızlı ve etkin bir şekilde yürütölmesine, dolayısıyla makul sürede tamamlanmasına ve usul ekonomisine hizmet ettiğı söylenebilir. Bununla beraber, niteliğı itibariyle daha kısa sürede karara bağlanması gereken ve beklenen bu tür davaların da, makul olarak nitelendirilemeyecek kadar uzun sürebileceğı, tanıma-tenfiz yargılamalarında makul süreye riayet edilmediğı iddialarının sıkça AİHM önüne gelmesinden anlaşılmaktadır. Biz burada, ulusal hukukta yer alan tanıma-tenfiz usulüne ilişkin kural ve ilkelerin soyut olarak AİHS'e uygunluğunu tartışmayacağız. Bu tür

¹⁰⁸⁵ Sarıöz Büyökalp, **a.g.e.**, s.441-442.

davaların niteliğinin sürenin makullüğünde veya AİHM'nin yaptığı makul süre değerlendirmesinde herhangi bir etkisinin veya katkısının olup olmadığını incelemenin, AİHM'nin bu tür davaların niteliğini göz önünde bulundurup bulundurmadığını tespit etmenin daha yararlı olacağı kanaatindeyiz.

AİHM önünde tanıma-tenfiz yargılamalarında makul sürede yargılama yapılmadığı şikâyetlerinin ilki *Hussin v. Belçika* kararıdır. Daha sonra pek çok kez zikredeceğimiz bu kararda, anne ile iki çocuğu Alman mahkemelerince verilen babalık ve nafaka kararının tanınması-tenfizi davasının reddedilmesi üzerine, AİHS m.8, m.14 ve P-1 m.1'le birlikte Belçika mahkemelerinin adil ve makul bir yargılama yapmadığı gerekçesiyle AİHS m.6/1'in ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AİHM, yargılama süresinin makullüğünün davanın koşullarına göre ve içtihatlarla ortaya çıkan kriterlere göre değerlendirileceğini belirtmiştir. Ardından, mevcut davanın nafaka ödemeyi reddeden doğal babayı nafaka ödemeye mahkûm etmek amacıyla açıldığını, dolayısıyla davanın başvuruçuların yargılamanın uzamasıyla önemli ekonomik güçlüklerle maruz kalmış olan aile hayatının tam merkezini teşkil ettiğini, bu bakımdan başvuruçular açısından önem arz ettiğine kanaat getirmiştir. Dikkate alınması gereken sürenin beş buçuk yıl olduğunu tespit etmekle beraber, davanın karmaşıklığı göz önüne alındığında bunun aşırı olarak nitelendirilmeyeceğini belirterek, başvuruçuların tutumlarının da yargılamanın uzamasında etkisinin olduğuna kanaat getirmiştir¹⁰⁸⁶.

Sylvester v. Avusturya (no.2) kararında¹⁰⁸⁷ ise AİHM, üç farklı yargılama aşamasından geçtiğini ve karmaşıklık arz ettiğini kabul ettiği yabancı boşanma kararının tanınması davasında, beş yıllık sürenin üç yılını hareketsiz bir şekilde geçiren mahkemenin tutumuna ve özellikle davanın başvuruçusu için arz ettiği öneme istinaden geçirilen sürenin makul olarak nitelendirilemeyeceğine hükmetmiştir. Söz konusu kararda başvuruçusu, ABD mahkemesince verilen boşanma kararının tanınması talebiyle Avusturya Adalet Bakanlığına başvuruda bulunmuştur. Yabancı mahkemedeki yargılamada davalı konumunda olan başvuruçusunun eşine herhangi bir tebligat

¹⁰⁸⁶ AİHM, yabancı mahkeme kararının çeşitli yönleriyle ilgili davaların başvuruçular tarafından ayrı ayrı açıldığını, görece karmaşık olan davaların hepsinin bir yıldan az sürdüğünü, iki kararın aynı mahkemece tenfizine karar verilmesini istemek yerine, söz konusu davaları iki yıl arayla açtığını, bu nedenle yargılama süresinin aşırı olmadığını belirtmiştir. Bkz.: *Hussin v. Fransa*, En Droit, 3.

¹⁰⁸⁷ *Sylvester v. Avusturya (no.2)*, no.54640/00, 3 Şubat 2005.

yapılmamış, ancak buna rağmen davaya katılmadığı gerekçesiyle gıyabında karar verilmiştir. Dolayısıyla, Avusturya makamlarınca, davalı eş yabancı mahkeme tarafından dinlenmediği gerekçesiyle yabancı boşanma kararının tanınması talebi Avusturya kamu düzenine aykırı bulunarak reddedilmiştir. Bu karara karşı açılan davada idare mahkemesi, –anayasa mahkemesine müracaat ettikten sonra- başvurusunun talebini reddetmiştir¹⁰⁸⁸.

AIHM, davanın belirli bir hukuki karmaşıklık ihtiva ettiğini, üç ayrı yargılama aşamasından geçtiği göz önüne alındığında geçen beş yıllık sürenin makul görüldüğünü, ancak beş yılın üç yılının hiçbir usuli adım atılmadan geçirildiğini tespit etmiştir¹⁰⁸⁹. AIHM, yargılama süresinin tek başına aşırı olmadığı ancak sürenin önemli bir kısmının hareketsiz geçirildiği hallerde, davanın başvuru açısından arz ettiği önemin belirleyici rol oynadığını ifade etmiştir. Bu kapsamda, kabul edilebilirlik kararına atfen¹⁰⁹⁰ yabancı boşanma kararının tanınması talebinin başvurusunun medeni hali ve velayet hakları ile doğrudan ilgili olduğunu belirtmiştir. Ardından, yargılamanın aşırı uzunluğunun özellikle aile hayatına saygı hakkının kullanılmasını etkileyecek muhtemel sonuçları olabileceğinden, bu tür davalarda özel bir özen/titizlik gösterilmesinin gerekli olduğunu vurgulamıştır. Mevcut davada böyle bir özenin gösterilmediğine, beş yıllık sürenin makul olarak nitelendirilemeyeceğine kanaat getirmiştir¹⁰⁹¹.

Yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizi davasının görülmekte olduğu hallerde de, yargılamanın süresinin aşırı uzunluğu nedeniyle AIHS m.6/1’in ihlal edildiği ileri sürülebilir. Örneğin, *De Hohenzollern (De Roumanie) v. Romanya* kararında¹⁰⁹², Portekiz mahkemesince verilen babalık kararının tanınması talebiyle açılan dava, yerel mahkemece kararın tanınmasına karar verilmesine rağmen çeşitli

¹⁰⁸⁸ Sylvester v. Avusturya (no.2), para.7-24.

¹⁰⁸⁹ AIHM’ne göre, idare mahkemesi, tarafların beyanlarının alınmasından konunun anayasa mahkemesine götürülmesine kadar geçen yaklaşık iki yıl boyunca hareketsiz kalmıştır. Aynı konuya ilişkin üç davayı anayasa mahkemesinin önüne götüren mahkemenin, diğer üç dayaya ilişkin ek iddialarını iletmesine rağmen, başvurusunun davasına ilişkin ek iddialarını yaklaşık bir yıl boyunca iletmemesinin hiçbir açıklaması bulunmamaktadır. Bkz.: Sylvester v. Avusturya (no.2), para.30.

¹⁰⁹⁰ Sylvester v. Avusturya, no. 54640/00, 9 Ekim 2003.

¹⁰⁹¹ Sylvester v. Avusturya, para.31-33.

¹⁰⁹² De Hohenzollern (De Roumanie) v. Romanya, no.18811/02, 27 Mayıs 2010.

nedenlerle pek çok kez temyiz mahkemeleri ile yerel mahkeme arasında gidip gelmiştir¹⁰⁹³. AİHM, AİHS'nin Romanya açısından yürürlüğe girdiği 1994 yılında söz konusu tanıma davasının yaklaşık üç yıldır derdest olduğunu, söz konusu davanın yaklaşık on beş yıldan daha uzun süredir devam ettiğini ve halen devam etmekte olduğunu belirterek bunun AİHS m.6/1'le bağdaşmadığını belirtmiştir. Ulusal mahkemelerin, başvurunun davasının hızlı bir şekilde görülmesini sağlamak için yeterince özen göstermediklerini, özellikle davanın temyiz mahkemesinde üç yıl beklediğini belirterek yargılamada makul süreye riayet edilmediğine hükmetmiştir¹⁰⁹⁴.

Yukarıdaki örneklerden hareketle, söz konusu davaların niteliğinin AİHM'nin yapmış olduğu makul süre değerlendirmesi bakımından, -en azından şimdilik- herhangi bir özellik arz etmediğini söylemek yanlış olmayacaktır. AİHM, *Hussin v. Belçika* ve *Sylvester v. Avusturya (no.2)* kararlarına konu davaların karmaşık nitelikte olduğu ifade etmiş, buna mukabil diğer kararda –muhtemelen yargılamanın zaten fazlasıyla uzadığını düşündüğünden- davanın karmaşıklığına hiç değinmemiştir. Bu bakımdan, yabancı kararın esasına ilişkin yeniden bir inceleme yapılmadığına ilişkin tespitleri de dikkate alındığında, AİHM'nin bu tür davaların her zaman karmaşık nitelik arz ettiği kanaatinde olduğu söylenemeyecektir. Ayrıca, bu tür davaların karmaşıklık arz edip etmediği davanın özelliklerine göre farklılık arz edebilir ve makul süre değerlendirmesini etkileyebilir. Bu bakımdan, uyuşmazlığın esası hakkında yeniden bir inceleme yapılmayıp sadece belirli şartların varlığının aranıyor olması vakıası, makul süre değerlendirmesi veya ne kadarlık sürenin bu tür davalar bakımından makul sayılabileceğinin tespiti bakımından herhangi bir farklılık arz etmemektedir.

¹⁰⁹³ Lizbon mahkeme kararının tanınması davası, ilk kez 1991 yılında Bükreş yerel mahkemesinde açılmış, ardından 1993 yılında Teleorman mahkemesine havale edilmiştir. 1995 yılında verilen karara karşı yapılan temyiz başvurusu 1999 tarihinde reddedilmiştir. Bunun üzerine, davalı tarafından yapılan temyiz itirazına ilaveten Romanya başsavcılığı 2002 tarihinde davaya dahil olarak Yüksek Mahkemeden bozma talebinde bulunmuştur. Davayı yeniden gören yerel mahkemenin 2002 tarihinde tanıma kararı vermesi üzerine yapılan temyiz itirazları sonucu Yüksek Mahkeme dosyayı temyiz mahkemesine göndermiş, temyiz mahkemesi de 2005'te yerel mahkemenin 2002 tarihli kararını iptal ederek davayı yeniden yerel mahkemeye göndermiştir. İlk başvurunun ölümü üzerine 2006 yılında ertelenen davaya 2007 yılında devam edilmiş, 2008 Aralık ayında verilen karara davalılarca 2009 yılında itiraz edilmiştir. Bkz.: *De Hohenzollern (De Roumanie) v. Romanya*, para.8-29.

¹⁰⁹⁴ *De Hohenzollern (De Roumanie) v. Romanya*, para.37-40.

Diğer taraftan makul süre değerlendirmesinde, yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizi davasının başvuru açısından arz ettiği önemin daha belirleyici olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre, yargılama süresi tek başına uzun olsa da, medeni hal, nafaka, velayet gibi başvuru için özel bir önem arz eden hallerde, davanın hızlı bir şekilde karara bağlanması için gerekli özenin gösterilmemesi, sürenin makul olarak değerlendirilmemesinde etkili olabilecektir. Dolayısıyla, borçlar hukuku kökenli bir alacak kararının tenfizi davalarında AİHM'nin makul süre değerlendirmesinde kullandığı söz konusu kriterleri nasıl tartacağına, aile hukuku kökenli davalara nazaran farklılık arz edebileceği kanaatindeyiz.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi davalarının mümkün mertebe daha hızlı, basit ve çabuk bir şekilde görülüp karara bağlanmasında sadece tarafların değil, devletin de menfaatinin olduğunda tereddüt yoktur. Bu kapsamda, her ne kadar AİHM'nin bazı kararları aksini gösterse de, teorik olarak yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi davalarında esasa ilişkin bir değerlendirme yapılmamasının ve basit yargılama usulünün tatbik edilmesinin davaların makul sürede tamamlanmasına ve usul ekonomisine hizmet ettiğini söylemek mümkündür. Peki, salt bu gayeyle, yetkili Türk mahkemesinde esas hakkında bir dava açmak isteyen tarafı, yabancı bir mahkemeden aynı konuda bir karar elde ettiği gerekçesiyle söz konusu kararı tanıtmaya veya tenfiz ettirme zorlamak mümkün müdür? Kamu düzeninden sayılan bazı özel hukuk uyuşmazlıklarında dahi bir dava açmanın ve açılan davayı yürütmenin bireylerin tamamen kendi takdirine bırakıldığı bir usul hukuku sisteminde, ilgili tarafı böyle bir dava açmaya zorlamanın usul ekonomisi ilkesinin ve makul sürede yargılanma hakkının bir gereği olduğu ileri sürülebilir mi?

Mahkemelerin bireylerin bir hakka ulaşması için, mümkün olan çeşitli hukuki imkânlar arasında daha ucuz, basit ve hızlı olanından sonuç alınmasını sağlayacak olan imkânın gerçekleştirilmesine gayret göstermesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁹⁵. Yargıtay'ın bazı kararları da, usul ekonomisi ilkesinin prensip olarak yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi davalarında da riayet edilmesi gereken bir ilke olduğunu, buna riayet edilmesinin AİHS m.6/1'de yer alan hakların bir gereği olduğunu

¹⁰⁹⁵ Güray Erdönmez, **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, 15. Bası, İstanbul 2017, s.887.

göstermektedir. Örneğin, yabancı mahkemece verilen kısıtlama kararının tanınması mümkün iken, böyle bir kararın aslında Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin kapsamına girmemesine rağmen münhasır yetki kapsamında mütalaa edilmesi, söz konusu kararın tanınması talebinin reddedilmesine neden olacaktır. Dolayısıyla, böyle bir karar, ilgili tarafı aynı davayı Türk mahkemelerinde yeniden açmak zorunda bırakacaktır. Yargıtay böyle bir anlayışın hem 5718 sayılı MÖHUK'un amacıyla hem de AIHS m.6/1'le bağdaşmadığını vurgulamıştır¹⁰⁹⁶.

Bununla beraber, lehine bir alacak kararı elde etmiş olmasına rağmen, alacak kararına konu uyuşmazlığı yeniden Türk mahkemesi önünde dava konusu yapan tarafı, öncelikle yabancı kararın tenfizi davası açmaya zorlamak yerinde midir? Böyle bir durumun Yargıtay'ın yukarıda değindiğimiz kararıyla farklılık arz ettiği aşikârdır. Doktrinde, bu tür hallerde yabancı mahkemeden lehine karar elde eden tarafın öncelikle tanıma-tenfiz davası açması gerektiği, aksi halde davanın esası hakkında yetkili bir Türk mahkemesinde dava açmalarının beklenemeyeceği, bunun makul sürede yargılanma hakkına uygun düşmeyeceği ifade edilmektedir¹⁰⁹⁷. Ancak, böyle bir düşünce/uygulamanın, usul hukukundaki temel ilkelerden tasarruf ilkesiyle bağdaşmayacağı bir gerçektir. Zira bu ilkeye göre, bir kimse kendi lehine olan bir davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamayacağı gibi, mahkeme de iki taraftan birinin talebi olmadıkça, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz. Bu noktada hâkimin davayı aydınlatma ödevinin varlığı ileri sürülebilirse de, bu ödevin kapsamı talep edilmeyenin ortaya çıkartılması değil, talep edilenin netleştirilmesinden ibarettir¹⁰⁹⁸. Dolayısıyla, kanun koyucu tarafından bu ilkeye tanıma-tenfiz davalarına özgü bir istisna getirilmediği müddetçe, bir Türk mahkemesinin yabancı ülkeden lehine bir karar elde eden tarafı söz konusu kararın tanınması-tenfizi davası açmaya yönlendirmesi veya icbar etmesi bir yana, böyle bir hatırlatmada bulunması dahi mümkün değildir. Diğer taraftan, tarafların yabancı bir mahkeme

¹⁰⁹⁶ Bkz.: Yargıtay 18.HD, E.2012/12365, K.2013/483, T.17.1.2013. Benzer yönde bkz.: Yargıtay 18.HD, E.2013/16914, K.2014/5145, 20.3.2014; Yargıtay HGK, E. 2013/18-1628 K. 2015/894 T. 4.3.2015. Söz konusu kararlar için bkz.: (Çevrimiçi, www.kazanci.com, 19 Mayıs 2018).

¹⁰⁹⁷ Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.**, s.442.

¹⁰⁹⁸ Bkz.: Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s.794.

kararının varlığına rağmen bu kararın tanınması veya tenfizini istemek yerine aynı konuda dava ikama etmeleri her zaman mümkündür¹⁰⁹⁹.

AİHM, bu hususu sadece aleyhine tanıma-tenfiz kararı verilen tarafın/davalının yabancı kararın tanınması gerektiği itirazında bulunduğu takdirde dikkate alabilir¹¹⁰⁰. Gerçekten, böyle bir ihtimalde Türk mahkemesinde açılan aynı konudaki ikinci davada ileri sürülen netice-i taleple kıyaslandığında, yabancı mahkemece verilen alacak kararından memnun olan davalı, söz konusu alacak kararının tanınmasını isteyebilir. Diğer taraftan, kendisine karşı yöneltilen esasa ilişkin bir davada lehine bir karar elde ederek yabancı kararın forum devletinde ortaya çıkarılabileceği sonuçları bertaraf etme fırsatı bulan davalının yabancı bir kararın tanınması veya tenfiz edilmesi gerektiğini ileri sürmesi çok az bir ihtimaldir. Ayrıca, bir an için usul ekonomisi ilkesi/makul sürede yargılanmanın bir gereği olarak ilgili tarafın tanıma-tenfiz talebinde bulunmaya zorlanması gerektiği kabul edilebilirse, lehine yabancı mahkemece verilen karardan memnun olmayan tarafın aynı konuda Türk mahkemesinde dava açmasını haklı kılan haller de söz konusu olabilir¹¹⁰¹.

Bu açıklamalar ışığında, usul hukuku alanında tasarruf ilkesinin hâkimiyeti karşısında, lehine bir alacak kararı elde etmiş olmasına rağmen, alacak kararına konu uyumsuzluğu yeniden Türk mahkemesi önünde dava konusu yapan taraftan bir tenfiz davası açmasını beklemek, kanun koyucu tarafından mahkemelere bu konuda bir yetki verilmediği müddetçe, bir temenni olarak kalmaya mahkûm görünmektedir. Dolayısıyla, yabancı unsurlu bir davanın esası hakkında dava açıp açmama veya açılan davaya katılıp katılmama ya da davayı yürütmeme konusunda tasarruf yetkisine sahip olan bireylerin söz konusu menfaatleri karşısında, devletin makul süre konusundaki menfaatinin tali nitelikte kalabileceğini belirtmek gerekir. Kaldı ki, ulusal mahkemeye

¹⁰⁹⁹ Bkz.: Yargıtay 2.HD, E. 1985/11103, K.1986/97, T.14.1.1986 (İKİD, C.27, S.317, 1987, s.4913.); Nomer, **DHH**, s.503; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, 6.bası, s.505.

¹¹⁰⁰ Böyle bir durumda, davalının ileri sürdüğü tanıma talebi aynı mahkemece bir önsorun olarak dikkate alınabilecektir. Davalının bir tenfiz davası açılması gerektiğini ileri sürmesi halinde, davacının yetkili olması halinde aynı mahkemede veya yetkili diğer bir Türk mahkemesinde bir tenfiz davası açması gerekmekte olup mahkemenin HMK m.165 uyarınca böyle bir davanın açılması için davacıya süre vererek bekletici sorun kararı vermesi gerekecektir.

¹¹⁰¹ Örneğin, yabancı mahkemece hükmolunan alacağın miktarının yanlış veya eksik hesaplandığını düşünen taraf, uğramış olduğu zararın bakiye kısmını tahsil edebilmek gayesiyle aynı davanın yeniden Türk mahkemesi önünde görülmesini isteyebilir.

bu konuda yetki verilmiş olsa da olmasa da, teorik olarak davacının tanıma-tenfiz davası açmak yerine esas hakkında bir dava açmış olmasının, AİHM'nin yapacağı makul süre değerlendirmesine herhangi bir katkısı olmayacaktır. Zira davalı devlet, sürenin uzamasında yabancı mahkeme kararının tanınması-tenfizi talebinde bulunma imkânına sahip olan tarafın bu yola başvurmamasının etkili olduğunu ileri sürülebilir. Yine, davalı devletin kendisine karşı esas hakkında ikinci kez dava açılan davalı tarafından yapılacak makul süre şikâyeti bakımından da aynı hususu ileri sürmesi mümkündür. Ancak, başvurucunun ulusal hukukta kendisine tanınmış bir usuli hak veya yetkiyi kullanmaması, başvuru bu konuda kötüniyetli bir şekilde hareket etmediği müddetçe, doğal olarak makul süre değerlendirmesinde başvurucunun aleyhine kullanılamayacaktır.

d. Tanıma-Tenfiz Davalarının Duruşma Yapılmaksızın/Dosya Üzerinden Yürütülmesinin AİHS m.6/1'e Uygunluğu

AİHS m.6/1 aynı zamanda bireylere mahkeme tarafından davanın aleni olarak, kamuya açık görülmesini isteme hakkını da güvence altında almaktadır. Aleniyet ilkesi veya aleni yargılanma hakkı, taraf devletlere davaların kamuya açık bir şekilde yapılması ile duruşma sonucunda verilen kararın aleni olarak açıklanması yükümlülüğü getirmektedir. Yargılamanın aleni olması, yargılamanın tarafları bakımından adil yargılanma hakkının gerçekleşmesine hizmet eden unsurlardan biridir. Bu ilke sayesinde, adli mekanizmaların nasıl işlediğinin kamuoyu tarafından görülebilmesi temin edilmekte, halkın denetimi olmaksızın gizli bir yargılama sonucunda adaletin dağıtılmasının önüne geçilmektedir. Daha önemlisi halkın verilen kararın adil bir yargılama sonucunda ortaya çıktığına inanacak ve yargı sistemine güven duyması sağlanacaktır¹¹⁰². Aleniyet ilkesi, davanın kamuya açık görülmesinin yanı sıra, yargılama sırasında duruşma yapılmasını gerektirmektedir. Ayrıca, kamuya açık bir duruşma yapılmasını isteme hakkı, bu tür bir duruşmanın yapılmamasını haklı kılan istisnai nedenler olmadıkça, sözlü bir duruşma yapılmasını da gerektirmektedir¹¹⁰³. Dolayısıyla, genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin

¹¹⁰² İncoğlu, **Adil Yargılanma**, s.342; Harris/O'boyle/Warbrick, s.271; Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.288; White/Ovey, **a.g.e.**, s.270; Aktepe Artık, **a.g.e.**, s.305-306.

¹¹⁰³ Bkz.: İncoğlu, **Adil Yargılanma**, s.343 vd.; Harris/O'boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.271 vd.

korunması amacıyla, tarafların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde ya da adaletin selametine zarar verebileceği hallerde duruşmaların kısmen veya tamamen üçüncü kişilere kapalı yapılması söz konusu olabilir¹¹⁰⁴.

Prensip olarak, yukarıdaki açıklamalar yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi davaları bakımından geçerlidir. Yani, yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi davalarının da, kamuya açık bir şekilde ve bir duruşma yapılarak görülüp karara bağlanması gerekmektedir. Bununla beraber, bu tür davalarda yabancı karara konu uyuşmazlığın yeniden görülüp karara bağlanması söz konusu olmadığından, daha basit bir yargılama usulüne uyularak, gerektiği hallerde duruşma yapılmaksızın karara bağlanması gerektiği, hatta bunun daha uygun olacağı da ileri sürülebilir. Ancak bu sefer de, davanın duruşma yapılmaksızın karara bağlanması nedeniyle AİHS m.6/1'in ihlal edildiği iddiaları gündeme gelebilir. Örneğin, *Saccoccia v. Avusturya*¹¹⁰⁵ kararında, böyle bir iddia ileri sürülmüştür. AİHM'nin bu kararındaki değerlendirmeleri, bu tür davaların dosya üzerinden görülmesinin AİHS m.6/1'e uygun olup olmadığını veya hangi hallerde uygun olabileceğini öngörmek bakımından faydalı olacaktır.

Söz konusu kararda başvuru, davalı devlet mahkemelerinin ABD mahkemelerince verilen para cezasına ilişkin kararın tenfizi davasını herhangi bir aleni duruşma yapılmaksızın karara bağlamalarının AİHS m.6/1'i ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Ayrıca, kendisinin (sahip olduğu) malvarlığının yasalara uygun ticari faaliyetlerinden kaynaklandığını ispat etmek üzere şahsen dinlenmesi gerektiğini iddia etmiştir¹¹⁰⁶. AİHM, öncelikle duruşmanın kamuya açık olarak gerçekleştirilmesinin davanın taraflarını adaletin gizli bir şekilde ve kamunun hiçbir denetimi olmaksızın yürütülmesine karşı koruduğunu, kamuya açık duruşma hakkının, böyle bir duruşma yapılmamasını haklı kılan istisnai koşullar olmadıkça, sözlü bir duruşma yapılmasını

¹¹⁰⁴ Bu kapsamda, bir özel hukuk uyuşmazlığında, çocukların veya aile mahremiyetinin korunması, bireylerin özel hayatlarının korunması ya da ticari veya mesleki sırların korunması amacıyla ilgili duruşmanın veya yargılamanın tamamının gizli yapılmasına, ilgili tarafların talebi üzerine veya re'sen karar verebilir. Bkz.: Aktepe Artık, **a.g.e.**, s.334.

¹¹⁰⁵ *Saccoccia v. Avusturya*, no.69917/01, 18 Aralık 2008.

¹¹⁰⁶ *Saccoccia v. Avusturya*, para.66.

isteme hakkını da gerektirdiğini belirtmiştir¹¹⁰⁷. Ardından, davadaki koşulların mahkemelerin duruşma yapmaktan vazgeçmelerini haklı kılacak nitelikte olup olmadığını değerlendirmiştir. AİHM'ne göre, duruşma yapılmasını gerektirecek tartışmalı vakıaların veya güvenilirlik sorunlarının olmadığı durumlarda duruşma yapılması gerekli olmayabilir ve mahkemeler tarafların beyanlarına veya diğer yazılı belgelere istinaden yargılamayı hakkaniyete uygun ve makul bir biçimde karara bağlayabilir¹¹⁰⁸. Ayrıca, sözlü duruşma yapmaktan vazgeçilmesini haklı kılan istisnai koşullar, esasen mahkemelerce hakkında karar verilecek meselelerin çokluğuna değil, niteliğine bağlıdır. Örneğin, sosyal güvenliğe ilişkin oldukça teknik konuların tartışıldığı veya sadece sınırlı nitelikteki veya herhangi bir karmaşık durum arz etmeyen hukuki meselelerinin ileri sürüldüğü davalarda duruşmadan vazgeçilmesi meşru olarak kabul edilmektedir¹¹⁰⁹.

AİHM de, ulusal mahkemelerin söz konusu kararın tenfizi için sadece Avusturya hukukunda ve iki taraflı anlaşmada yer alan koşulların sağlanıp sağlanmadığını incelemek zorunda olduğunu, mevcut davanın yabancı para cezası (müsadere) kararının icrası vasıtasıyla kara para aklamayla mücadele konusunda devletler arası işbirliğiyle ilgili teknik bir konu olduğunu tespit etmiştir¹¹¹⁰. Avusturya mahkemelerinin tek yapması gerekenin sadece yabancı kararın tenfizi için aranan şartların var olup olmadığını tespit etmek olduğundan ve söz konusu davanın yabancı mahkeme kararını esastan incelenmesini kapsamadığından, sınırlı nitelikteki bir hukuki meselenin ele alındığını belirtmiştir. Mevcut dava, tanık dinlenmesini veya diğer sözlü delillere başvurulmasını gerektirmediği gibi, mahkemelerin başvurucuyu şahsen dinlemelerine de gerek bulunmamaktadır. Zira söz konusu davada başvurucunun itibarı (güvenilirliği) ile ilgili bir mesele ileri sürülmediği gibi, dava mahkemenin başvuru hakkında kişisel bir izlenim edinmesini gerektirecek bir durumla da ilgili değildir. Bu şartlar altında, tarafların yazılı beyanlarına ve diğer yazılı belgelere istinaden hakkaniyete uygun ve

¹¹⁰⁷ Adaletin işleyişinin görünür, aleni hale getirilmesi, AİHS m.6/1'in amacına, yani adil yargılama amacına ulaşılmasına katkıda bulunacaktır. Bkz.: Saccoccia v. Avusturya, para. 70.

¹¹⁰⁸ Saccoccia v. Avusturya, para.73. AİHM, bu ifadelerin yanı sıra söz konusu hakkın mutlak olmadığını, daha önceki pek çok kararında tekrar etmiştir. Örneğin bkz.: Jussila v. Finlandiya, no. 73053/01, 23 Kasım 2006, para.41 ve para.41'deki kararlar.

¹¹⁰⁹ Saccoccia v. Avusturya, para.74-76.

¹¹¹⁰ Saccoccia v. Avusturya, para.77-78.

makul bir şekilde karara bağlanabileceğinden, duruşmadan vazgeçilmesinin AİHS m.6/1'i ihlal etmediğine hükmetmiştir¹¹¹¹.

Bu açıklamalardan hareketle, tanıma-tenfiz davalarının duruşma yapılmaksızın görülüp karara bağlanmasının, prensip olarak aleniyet ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği söylenebilir. Zira niteliği itibariyle bu tür davalarda karmaşık hukuki problemlerin çözümü veya maddi vakıaların mahkemece toplanması veya değerlendirilmesi gerekmeyip, sadece kanunda (veya uluslararası anlaşmada) aranan şartların var olup olmadığının değerlendirileceği öngörülmüştür. Ayrıca, tanıma-tenfiz davalarının tabi olduğu basit yargılama usulünde de asıl olan duruşmalı yargılama olsa da, duruşma yapılmadan da karar verilmesi mümkün olan hallerde duruşma yapılmaksızın, dosya üzerinden karar verilebileceği öngörülmektedir¹¹¹². Dolayısıyla, yargılamanın duruşmasız yürütülmesini temin edecek (yukarıdaki kararda yer alan) hususların yeterince gerekçelendirilmesi halinde, tanıma-tenfiz davasının kısmen veya tamamen duruşmasız yürütülmesi mümkündür. Diğer taraftan, taraflarca duruşma talep edilsin veya edilmesin, yabancı kararın tanınması veya tenfizi davasının karara bağlanabilmesi için duruşma yapılmasını gerektirecek haller de ortaya çıkabilir. Örneğin, yabancı karara konu alacağın kararın verildiği tarihten sonra kısmen veya tamamen ifa edildiği ileri süren taraf, bu konuda karşı tarafın veya üçüncü kişilerin mahkeme huzurunda dinlenmesini isteyebilir.

e. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması-Tenfizi Davalarının
Tarafların Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkına Uygun Olarak
Yürütülmesi

i. Genel Olarak

Tıpkı diğer (yabancı unsurlu) özel hukuk davalarında olduğu gibi, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi davalarının da, gerek davacının gerekse davalı tarafın hakkaniyete uygun yargılanma hakkına riayet edilerek yürütülmesi ve karara bağlanması gerekmektedir. Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı (*right to a fair*

¹¹¹¹ Saccoccia v. Avusturya, para.79-80.

¹¹¹² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Murat Atalı, **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, 15. Bası, İstanbul 2017, s.2100-2102.

hearing), literatürde genel olarak adil yargılanma hakkı olarak ifade edilen ve bünyesinde pek çok hakkı barındıran AİHS m.6'nın özünü oluşturmakta ve soyut bir tanımla açıklamak mümkün olmasa da çok geniş kapsamlı olduğu belirtilmektedir¹¹¹³. Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, belirli bir hak ihlal edilmemiş olsa dahi, yargılama faaliyetinin bir bütün olarak değerlendirilmesi suretiyle adil bir yargılama yapıp yapılmadığını değerlendirme fırsatı sunmaktadır¹¹¹⁴. Söz konusu hak, somut olayda ulusal mahkemelerce varılan maddi neticenin ne kadar adil olduğu değil, yargılamanın hakkaniyete uygun bir şekilde gerçekleşip gerçekleşmediği ile ilgilenmektedir¹¹¹⁵. Başka bir ifadeyle, yapılan bir şikâyet başvurusunda iddia olunan eşitsizliğin var olup olmadığı, varsa yargılamayı gerçekten ve fiilen gayri adil bir hale getirip getirmediği incelenmektedir.

Bu bakımdan, AİHS m.6/1'de yer alan diğer hakların kapsamına girmeyen ihlal iddiaları bakımından uygulanabilir, açık uçlu bir hak olarak nitelendirilmektedir¹¹¹⁶. Bu niteliği sayesinde, AİHS m.6/1'de belirtilmemiş olan, ancak hakkaniyete uygun bir yargılama için zaruri olduğu düşünülen temel nitelikteki bazı zımni unsurlar, AİHM içtihatları yoluyla hakkaniyete uygun yargılanma başlığı altında madde kapsamına alınmıştır¹¹¹⁷. Böylece, AİHS m.6/1 metninde açıkça yer almayan silahların eşitliği ilkesi, çelişmeli yargılama, duruşmada hazır bulunma, gerekçeli karar ve susma hakkı gibi pek çok hak ve ilke, bu hakkın kapsamında görülmüştür¹¹¹⁸.

Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, mahkemenin ulaştığı sonucun adil olup olmadığını değil, yargılamanın bir bütün olarak hakkaniyete uygun bir şekilde yürütülüp yürütülmediğini güvence altına alması itibarıyla, kural olarak aleyhine karar verilen taraf tanıma-tenfiz yargılamasının hakkaniyete uygun bir şekilde yürütülmediği şikâyetinde bulunabilir. Bu kapsamda, tanıma-tenfiz mahkemesinin silahların eşitliği/çelişmeli yargılama ilkesine riayet etmediği¹¹¹⁹, yabancı kararın tanınması taleplerinin bir tanıma şartının karşılanmadığı gerekçesiyle reddedilmesinin AİHS

¹¹¹³ İnceoğlu, **Adil Yargılanma**, s.217-218.

¹¹¹⁴ Harris/O'boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.246.

¹¹¹⁵ Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.291.

¹¹¹⁶ Harris/O'boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.246.

¹¹¹⁷ Harris/O'boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.246.

¹¹¹⁸ Harris/O'boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.246.

¹¹¹⁹ Bkz.: Hussin v. Belçika.

m.6/1'e (hakkaniyete uygun yargılanma hakkına) aykırı olduğu¹¹²⁰ iddiaları gündeme gelebilir. Yine, aşağıda inceleyeceğimiz üzere, tanıma-tenfiz talebinin reddine karar veren bir taraf devlet mahkemesinin, böyle bir kararı neden verdiğine dair yeterli gerekçe göstermemesi de söz konusu hakkın ihlal edilmesine yol açabilir¹¹²¹. İlgili başlıklar altında ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz bu kararlar, tanıma-tenfiz davaları ile hakkaniyete uygun yargılanma hakkı arasındaki ilişkiyi fazlasıyla ortaya koymaktadır. Biz burada, hakkaniyete uygun yargılanma hakkına, daha doğrusu söz konusu hakkın bazı temel unsurlarına tanıma-tenfiz yargılamaları özelinde değineceğiz.

Ayrıca, taraf devlet mahkemelerinin yabancı mahkeme kararının AIHS m.6/1'e uygun bir şekilde verilip verilmediğini denetleme yükümlülüğünün mühim bir kısmını, yabancı ülkede davalının hakkaniyete uygun yargılamaya ilişkin haklarına riayet edilip edilmediğinin denetlenmesi oluşturmaktadır. Bu nedenle, hakkaniyete uygun yargılanma hakkının kapsamına nelerin girdiğini tespit etmek, mahkemelerin yapacağı usuli kamu düzenine/AIHS m.6/1'e uygunluk denetiminin kapsamı bakımından da yol gösterici olacaktır.

ii. Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkının Unsurlarının Tanıma-Tenfiz Davaları Açısından Değerlendirilmesi

Hakkaniyete uygun yargılama hakkının iki temel unsuru olan silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri, diğer özel hukuk davalarında olduğu gibi, tanıma-tenfiz davalarının da adalete muvafık bir şekilde sonuçlanması bakımından özel bir öneme sahiptir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla, tanıma-tenfiz prosedürünü yürüten taraf devlet mahkemelerinin söz konusu ilkelere riayet edip etmediğinin ayrıntılı bir şekilde analiz edildiği bir AIHM kararı bulunmamaktadır. Söz konusu ilkelerin ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü *Hussin v. Belçika* kararında, AIHM'in başvuruçuların bu konudaki iddialarını diğer ihlal iddialarına nazaran yüzeysel bir şekilde değerlendirdiği görülmektedir. Söz konusu kararda AIHM, başvuruçuların silahların eşitliği ilkesinden yararlandıklarını ve Belçika mahkemeleri önünde davalarıyla ilgili olduğunu düşündükleri tüm iddiaları ileri sürebilme imkânı bulduklarını ve bunların da

¹¹²⁰ Bkz.: McDonald v. Fransa; Negreponitis-Giannisis v. Yunanistan.

¹¹²¹ Bkz.: Wagner ve JMWL v. Lüksemburg; Sholokhov v. Emenistan ve Moldova.

mahkemelerce incelendiği gerekçesiyle başvurunun bu kısmını reddetmiştir¹¹²². Karardan Belçika mahkemelerinin söz konusu ilkelere ne şekilde riayet edildiği tam olarak anlaşılmasa da, taraf devlet mahkemelerinin bu iki ilkenin kapsamına giren hususlara riayet ederek tanıma-tenfiz davalarını yürütmesi gerekmektedir. Birbiriyle yakından ilgili olduğu ve AİHM tarafından birbirini tamamlar nitelikte kullanıldığı ifade edilen bu iki ilkeden birine riayet edilmemesi, yargılamanın hakkaniyete uygun bir şekilde gerçekleşmediği anlamına gelecektir.

Bunlardan silahların eşitliği ilkesine göre, bir davanın tarafı olan herkes davasını takip ederken karşı tarafın sahip olduğu şartlara nazaran daha dezavantajlı bir duruma sokulmadan iddialarını mahkemeye sunabilmelidir¹¹²³. Yargılama sürecinde taraflar iddialarını ileri sürme, dinlettirme ve mahkemeye kabul ettirme konusunda eşit olanaklara sahip olması ve bu konuda birinin mahkeme tarafından daha avantajlı duruma sokulmaması gerekmektedir. Kısacası, sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından taraflar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması ve mahkemece bu dengenin tüm yargılama boyunca korunması gerekmektedir¹¹²⁴. Burada silahların eşitliği ilkesine uyulup uyulmadığında belirleyici olan, şikâyet konusu işlemin yargılamadaki önemidir. AİHM, bu konuda değerlendirme yaparken, şikâyet konu yapılan eşitsizliğin, yargılamayı fiilen ve gerçekten adaletsiz kılıp kılmadığına bakmaktadır¹¹²⁵.

Bu ilkeyi tanıma-tenfiz davaları özelinde inceleyecek olursak, davalı davacının mahkemeye sunduğu ve yabancı kararın tanınması-tenfiz edilmesi gerektiğine yönelik bilgi ve belgelere, benzer şekilde davacı da davalı tarafından aksi yönde sunulan bilgi ve belgelere ulaşabilmelidir. Başka bir ifadeyle, bir taraf diğer tarafın mahkemeye sunduğu bilgi ve belgelerden (delil ve mütalaalardan) haberdar edilmeli ve bunlar hakkındaki yorumlarını mahkemeye aktarabilmelidir. Benzer şekilde, tanıma-tenfiz davasında taraflara iddialarını ispata yarayan delillerin mahkemeye sunulması

¹¹²² Hussin v. Belçika, En Droit, 3.

¹¹²³ İncoğlu, **Adil Yargılanma**, s.221; Harris/O'boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.251; Mole/Harby, **a.g.e.**, s.46; White/Ovey, **a.g.e.**, s.261.

¹¹²⁴ Dombo Beheer B.V. v. Hollanda, para.33; Hentrich v. Fransa, para.56; Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis v. Yunanistan, para.46; Suominen v. Finlandiya, para.33; Rozhin v. Rusya, para.31; Gillissen v. Hollanda, para.50.

¹¹²⁵ Bkz.: İncoğlu, **Adil Yargılanma**, s.221.

bakımından da eşit imkân tanınmalıdır. Bazı tanıma-tenfiz şartlarının karşılanıp karşılanmadığının mahkemece re'sen araştırılması gerekse de, taraflar tanıma-tenfiz şartlarının karşılanıp karşılanmadığına veya bu tür bir davanın bir usuli kurala istinaden reddedilmesi veya reddedilmemesi gerektiğine yönelik iddialarda bulunma ve delil sunma konusunda eşit imkâna sahip olmalıdır.

Tarafların iddia ve savunmalarını dayandırdıkları delillerin mahkemeye sunulması, bunların mahkemece kabulü veya reddi, ispat kuvvetinin takdiri gibi hususlar iç hukuk meselesi olsa da, bu işlemlerin yargılamanın bütünü açısından yargılamayı gayri adil bir hale getirip getirmediği yine de AİHM'nin denetimindedir¹¹²⁶. Diğer taraftan, silahların eşitliği ilkesi, taraflarca sunulan her türlü delilin mahkemece kabul edilmesini gerektirmez. Dolayısıyla, sunulan delil(ler) davanın aydınlatılmasında rol oynamayacaksa veya yargılamanın devamını zorlaştıracaksa, mahkemece kabul edilmeyebilir¹¹²⁷. Eğer, taraflardan biri, karşı tarafa nazaran aleyhine sunulan bilgi veya belgelerden haberdar edilmemişse veya haberdar olmasına rağmen bunlara çeşitli makul olmayan nedenlerle ulaşamıyorsa, söz konusu eşitsizlik yargılamayı fiilen ve gerçekten adaletsiz kıldığı ölçüde, silahların eşitliği ilkesi/hakkaniyete uygun yargılanma hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Eğer üçüncü kişilerce mahkemeye sunulan beyan (bilirkişi raporu, idari makamlarca sunulan belge) her iki tarafa da bildirilmemişse, bu durum silahların eşitliği açısından sorun yaratmasa da, aşağıda inceleyeceğimiz üzere, çelişmeli yargılama bağlamında adil yargılanma hakkını etkileyebilir¹¹²⁸.

Taraflara yargılama sürecinde mahkemenin kararını etkilemek amacıyla taraflarca –eşit imkânlarla- sunulan veya bağımsız bir otoritenin (örneğin, bilirkişinin) sunduğu delil, mütalaa ve görüşlerin her biri hakkında bilgi sahibi olma ve bunlar hakkında yorum yapma ve bunları tartışabilme imkânının tanınması, çelişmeli yargılama ilkesinin bir gereğidir¹¹²⁹. Bu ilkenin Türk medeni usul hukukunda hukuki dinlenilme hakkı olarak ifade edilen ilke kapsamında değerlendirildiği

¹¹²⁶ Harris/O'boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.256; Reid, **a.g.e.**, s.149; Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s.292; İncoğlu, **Adil Yargılanma**, s.222.

¹¹²⁷ Aktepe Artık, **a.g.e.**, s.349.

¹¹²⁸ İncoğlu, **Adil Yargılanma**, s.237.

¹¹²⁹ Bkz.: İncoğlu, **Adil Yargılanma**, s.249.

görülmektedir¹¹³⁰. Yargılama sırasında mahkemeye sunulan tüm dava malzemesi hakkında bilgi sahibi olma ve bunları tartışabilme hakkının, hukuki dinlenilme hakkının ilk iki unsuru olan bilgilenme ve açıklama hakkına tekabül ettiği ifade edilmekte ve bu kapsamda değerlendirilmektedir¹¹³¹.

Bunlardan bilgi sahibi olma/bilgilenme hakkı, geniş anlamda yargılamanın başından sonuçlanmasına kadar, yargılamadan ve yargılamanın seyrinden tam olarak haberdar olmayı ifade eder. Dolayısıyla, tarafların sadece davanın başında ileri sürülen iddia ve savunmalar hakkında bilgi sahibi olması yetmez; yargılamanın her aşamasından ve dosya kapsamındaki tüm bilgi ve belgelerden haberdar edilmesi gerekir¹¹³². Bu bağlamda, bir tanıma-tenfiz davasında ilgili tarafın tartışabilme (açıklama) hakkını kullanarak hakkını koruyabilmesi için öncelikle böyle bir davanın varlığından ve içeriğinden, belirlenmişse duruşma gününden haberdar edilmesi, bilgi sahibi olma hakkının bir gereğidir. Taraflara duruşmada hazır bulunmak, iddia ve savunmada bulunmak için imkân verilmeli, taraflar usulüne uygun olarak duruşmaya davet edilmelidir¹¹³³. Ayrıca, tarafların mahkemenin yapmış olduğu işlemler hakkında bilgilendirilmiş olması gerekmektedir ki söz konusu işleme karşı koyma, değiştirme veya düzeltilmesini isteme gibi hakların kullanılması için bunların taraflara tefhim veya tebliğ edilmesi gerekir¹¹³⁴. Mahkeme işlemlerinin yanı sıra, tarafların, karşı tarafın veya diğer ilgililerin açıklamaları ve yapmış olduğu işlemler hakkında, özellikle ileri sürülen iddialarla bu iddiaların ispatına ilişkin delillerden haberdar edilmesi gerekmektedir¹¹³⁵. Zira karşı tarafça yabancı kararın tanınma(ması)-tenfiz edilme(me)sine yönelik herhangi bir iddia/delil hakkında veya bilirkişi tarafından bu konuda hazırlanan bir rapora cevap verilmesi, savunma yapılması ve karşı iddiada bulunularak bu konuda

¹¹³⁰ Bkz.: Aktepe Artık, **a.g.e.**, s.341.

¹¹³¹ Aktepe Artık, **a.g.e.**, s.341, 362 vd.; Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.**, s.157 vd.; Muhammet Özkes, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Yetkin, Ankara 2003, s.58-59.

¹¹³² Harris/O'boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.254; Pekcanitez/Atalay/Özkes, **a.g.e.**, s.393; Özkes, **Hukuki Dinlenilme**, s.86-87; Süha Tanrıver, "Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", **TBBD**, S.53, Temmuz Ağustos 2004, s.207.

¹¹³³ Taraflar, duruşmada bulunma hakkına sahip olmakla birlikte, bu haktan açıkça veya zımnen feragat edebilir. Ancak duruşmaya katılmamanın feragat olarak nitelendirilebilmesi için, ilgili tarafın duruşma tarihinden makul süre önceden ve usulüne uygun davet edilmiş olması gerekir. Bkz.: Harris/O'boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.247-248.

¹¹³⁴ Harris/O'boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.254; Pekcanitez/Atalay/Özkes, **a.g.e.**, s.388,393; Özkes, **Hukuki Dinlenilme**, s.91-92; Aktepe Artık, **a.g.e.**, s.377,382.

¹¹³⁵ Pekcanitez/Atalay/Özkes, **a.g.e.**, s.393; Aktepe Artık, **a.g.e.**, s.377.

ispat faaliyetine girişilmesi, ancak bu şekilde mümkün olabilir. Haliyle, bu hak, aynı zamanda dosyadaki bilgi ve belgelerin incelenmesini de kapsamaktadır. Aksi takdirde, haberdar edilmesine rağmen ilgili tarafa söz konusu bilgi ve belgeleri yeterince inceleyebilme imkânı tanınmaması söz konusu hakka uygun düşmeyeceği gibi, açıklama/tartışabilme hakkının da etkili kullanılmasını engelleyecektir¹¹³⁶. Şüphesiz, bu hakkın kullanılmasını sağlamak büyük ölçüde mahkemelerin yükümlülüğünde olmakla birlikte, ilgili taraf kendi kusuru nedeniyle bu haktan kısmen veya tamamen yararlanmamışsa devletin sorumluluğuna gidilemez.

Çelişmeli yargılama ilkesi uyarınca, taraflara yargılama sonucunda verilecek karara etkide bulunabilecek şekilde kendi iddialarını/görüşlerini açıklayabilme, karşı tarafın ileri sürdüğü vakıalar ile delilleri tartışabilme ve görüşlerini açıklayabilme imkânı (açıklama hakkı) tanınmalıdır¹¹³⁷. Bu kapsamda, ilgili tarafa hazırlık yapabilmesine ve açıklamalarını mahkemeye gereği gibi sunabilmesine yetecek imkân ve zaman tanınmalı, ayrıca yargılama devam ederken ortaya çıkan yeni vakıa veya uyuşmazlık unsuru bakımından açıklama hakkının kullanılmasına izin verilmelidir. Aksi takdirde, bir tarafın silahların eşitliği ilkesinden tam olarak yararlanmasının veya bilgilenme hakkından yeterince istifade etmesinin herhangi bir anlamı kalmayacaktır.

Diğer taraftan, tarafların sınırsız bir açıklama hakkına sahip olduğu da düşünülemez¹¹³⁸. Öncelikle, bu hakkın doğruyu söyleme ödevi ve dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanılması gerekmekte olup, hakkın kullanım şekline, zamanına ve yerine ilişkin çeşitli sınırlamalar getirilebilir, yeter ki hakkın özünü zedelemesin. Aksi takdirde, bir taraf, uyuşmazlıkla ilgili olmayan hususlar ileri sürmek veya daha önceki beyanlarını tekrar etmek suretiyle bu hakkı suiistimal etmeye ve makul sürenin geçirilmesine neden olabilir. Dolayısıyla, açıklama hakkı usul ekonomisi ilkesine uygun olarak kullanılmalıdır. Ayrıca, açıklama hakkı kullanılması davanın aydınlatılması ile sınırlı olduğundan, ilgili vakıanın yeterince aydınlatıldığına kanaat getiren mahkeme, ilgili tarafı aynı konu ile ilgili olarak dinlemeyebilir¹¹³⁹. Bu konuda

¹¹³⁶ Aktepe Artık, **a.g.e.**, s.384.

¹¹³⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.394; Özekes, **Hukuki Dinlenilme**, s.106; Tanrıver, **Adil Yargılanma**, s.208; Harris/O'boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.254.

¹¹³⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.394.

¹¹³⁹ Aktepe Artık, **a.g.e.**, s.394.

ulusal mahkemelerin görevi, açıklama hakkı ile yargılama makul sürede tamamlama yükümlülüğü arasında doğru bir denge kurmaktadır¹¹⁴⁰.

Açıklama hakkının kapsamına yargılamaya esas olan vakıalar ile bunların ispatı faaliyeti ve hukuki sebepler girmektedir¹¹⁴¹. Bu kapsamda, kim tarafından getirilirse getirilsin, isterse re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı bir davada mahkemece getirilsin, tarafların karara etki edebilmesi muhtemel olan tüm vakıalar hakkında açıklama yapabilmesine izin verilmelidir. Haliyle, tarafların iddia ve savunmalarını dayandırdıkları söz konusu vakıaların ispatı için delil ibraz etmeleri, yani ispat faaliyeti de açıklama hakkının kapsamına girmektedir¹¹⁴². Aksi takdirde, bu bir vakıanın ileri sürülmesine izin verip ispatına izin vermemek anlamına gelir ki bu açıklama hakkıyla bağdaşmaz. Dolayısıyla, ispat hakkının bir gereği olarak ispat faaliyetine girişerek iddialarını ve savunmalarını dayandırdıkları vakıaların doğruluğunu ispat edebilmek için delillerini gösterebilme, delillerin toplanması faaliyetine katılabilmek, deliller hakkında karşılıklı tartışmada bulunabilme imkânı sağlanmalıdır¹¹⁴³. Bu bağlamda, tanıma-tenfiz mahkemelerinin de yabancı kararın tanınması-tenfiz edilmesi gerektiği veya tanıma-tenfize engel bir sebebin bulunduğunu iddia eden veya savunan tarafın bu iddiasını doğruluğunu ispat edebilmek için yukarıdaki imkânlardan istifade etmesine imkân tanınmalıdır. Taraflardan birinin delil gösterme imkânının tamamen ortadan kaldırılması veya gereğinden fazla sınırlandırılması, çelişmeli yargılama/hukuki dinlenilme hakkının ihlaline yol açabilecektir.

iii. Tanıma-Tenfiz Davalarında Hakkaniyete Uygun Yargılanma ve Gerekçeli Karar Hakkı Arasındaki İlişki

Taraflar silahların eşitliği ilkesinden tam olarak yararlanmış, bu kapsamda bilgilenme hakkından yararlanmış, karara etkide bulunabilecek şekilde kendi iddialarını açıklayabilme, karşı tarafın ileri sürdüğü vakıaları ile delilleri tartışabilme ve

¹¹⁴⁰ Mole/Harby, **a.g.e.**, s.59.

¹¹⁴¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s.393-394; Özekes, Hukuki Dinlenilme, s.108; Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s.874; Aktepe Artık, s.39.

¹¹⁴² İncoğlu, **Adil Yargılanma**, s.314-315; Clayton/Tomlinson, **a.g.e.**, s.101; Özekes, Hukuki Dinlenilme, s.123.

¹¹⁴³ Aktepe Artık, **a.g.e.**, s.397.

görüşlerini açıklayabilme hakkını kullanmış olsa dahi, yapılan açıklamaların mahkemece dikkate alınmamış ve değerlendirilmemiş olması halinde hakkaniyete uygun bir yargılamadan söz edilmeyecektir. Tarafların karara etki edebilmek üzere iddia ve savunmaları bağlamında ileri sürdükleri vakıalarla bunların doğruluğunu ortaya koyan ispat vasıtalarının mahkemece tartışılıp tartışılmadığının, bir değerlendirmeye tabi tutulup tutulmadığının ve kısmen veya tamamen neden diğeri nazaran üstün tutulduğunun kararın gerekçesinde gösterilmesi gerekmektedir¹¹⁴⁴. Bu husus, Türk medeni usul hukukunda dikkate alınma hakkı, tarafların açıklamalarının mutlaka mahkeme tarafından dikkate alınması ve değerlendirilmesi gerektirmesi itibariyle dikkate alma ve değerlendirme yükümlülüğü olarak ifade edilmektedir¹¹⁴⁵. Türk hukukunda açıkça hukuki dinlenilme hakkının bir unsuru olarak mütalaa edilen bu hak, AİHM tatbikatında çelişmeli yargılama ilkesinin bir unsuru olarak değil, gerekçeli karar hakkı şeklinde hakkaniyete uygun yargılama hakkının ayrı bir unsuru olarak neşet etmiştir.

Bu bağlamda, taraflarca ileri sürülen her türlü açıklamaların, vakıa ve delillerin mahkemece dikkate alınıp alınmadığı en belirgin şekilde kararın gerekçesinde gösterilecektir. Başka bir ifadeyle, yargılamanın hakkaniyete uygun bir şekilde gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti bakımından en temel ölçüt kararın gerekçesidir. Zira tarafların dinlenilip dinlenilmediği, ileri sürülen iddiaların mahkemece tartışılıp tartışılmadığı, hangi vakıa ve delillerin hükme dayanak teşkil ettiği ancak kararın gerekçesinden anlaşılabilir¹¹⁴⁶. Böylece, gerekçeli karar, bir tarafın hakkını neden alamadığı ya da haksız bulunduğu konusunda tatmin olmasını, böylece karara saygı duymasını, bireylerin/kamunun yargıya güven duymasını temin eder. Ayrıca, gerekçe, karara karşı sağlıklı savunma yapılabilmesini, karara karşı itiraz hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını ve yargısal denetimin sağlıklı şekilde gerçekleştirilmesini sağlar. Dolayısıyla, bireylerin kararın gerekçesini öğrenmeden kanun yoluna başvurmak

¹¹⁴⁴ Tanrıver, **Adil Yargılanma**, s.208-209.

¹¹⁴⁵ Özekes, **Hukuki Dinlenilme**, s.154; Aktepe Artık, **a.g.e.**, s.341.

¹¹⁴⁶ Yargıtay HGK, E.2003/4-776, K.2003/720, T.3.12.2003, (Çevrimiçi, www.kazanci.com, 19 Mayıs 2018).

zorunda bırakılması, bu yola etkili bir başvuruyu engellediği için adil yargılanmanın ihlaline yol açabilmektedir¹¹⁴⁷.

Diğer taraftan, mahkeme kararlarının gerekçeli olması bir anayasal zorunluluk olsa da, gerekçeli karar hakkı/gerekçe gösterme yükümlülüğü, taraflarca ileri sürülen her iddianın tartışılması ve bunlara detaylı olarak cevap verilmesi zorunluluğu getirmemektedir¹¹⁴⁸. AİHM'ne göre, gerekçe gösterme yükümlülüğü, kararın niteliğine ve davanın koşullarına bağlı olarak farklılık gösterebilmektedir¹¹⁴⁹. Bununla birlikte, ulusal mahkemelerin yargılama sürecinde açıkça ve somut bir şekilde ileri sürülen, davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte ve davayla doğrudan ilgili iddialara gerekçesinde cevap vermesi gerekmektedir. Bu tür bir iddia veya savunmaya ilişkin ayrı ve açık bir değerlendirmeye kararın gerekçesinde yer verilmesi gerektiği de belirtilmektedir¹¹⁵⁰. Nitekim Peru mahkemelerince “*tam evlat edinme*” şeklinde karara bağlanan evlat edinme ilişkisinin Lüksemburg mahkemelerince tanınması talebinin reddedilmesine ilişkin *Wagner ve JMWL v. Lüksemburg* kararında, başvuruçuların AİHS m.8'in yabancı kararın tanınmasını gerektirdiğine yönelik iddialarına mahkemelerce cevap verilmemesi, hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlaline neden olmuştur.

Söz konusu karara konu olayda, Lüksemburg vatandaşı olan ve dört çocuğu ve evli olmadığı partneriyle birlikte söz konusu ülkede yaşayan ilk başvuruçusu, Peru vatandaşı ikinci başvuruçusu küçüğü Peru mahkemelerince verilen karara istinaden evlat edinmiştir. İlk başvuruçunun evlat edinme kararının tanınması talebiyle başvurduğu yerel mahkeme, evlat edinmeye ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı (Lüksemburg MK m.370) uyarınca evlat edinme ilişkisinin evlat edinen(ler)in milli hukukunun aradığı şartlara

¹¹⁴⁷ Örneğin bkz.: AYM, Vesip Parlak Başvurusu, B.No.2012/1034, 20 Mart 2014, para.39: “...başvuruçunun 8 günlük temyiz süresi içerisinde süre tutum dilekçesiyle yaptığı temyiz başvurusunun Yargıtay’ca ilk derece mahkemesinin gerekçeli kararı başvuruçuya tebliğ edilmeden onanması nedeniyle, başvuruçusu temyiz başvurusunu mahkemenin gerekçesini bilmeksizin yaptığından ve Yargıtay başvuruçunun temyiz itirazlarını almaksızın temyiz incelemesi yaptığından gerekçeli karar hakkına uyumlu bir yargılama yapılmadığı ve gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği açıktır.”. Ayrıca bkz.: Hadjianatassiou v. Yunanistan, no.12945/87, 16 Aralık 1992, para.33.

¹¹⁴⁸ Van de Hurk v. Hollanda, no.16034/90, 19 Nisan 1994, para.61.

¹¹⁴⁹ Ruiz Torja v. İspanya, no.18390/91, 9 Aralık 1994, para.29.

¹¹⁵⁰ Ruiz Torja v. İspanya, para. 30; Hiro Balani v. İspanya, no.18064/91, 9 Aralık 1994, para.28; İncoğlu, *Adil Yargılanma*, s.327; Harris/O’boyle/Warbrick, *a.g.e.*, s.268.

uygun olması gerektiğini tespit etmiştir. Ardından evlat edinenin milli hukuku olan Lüksemburg aile hukukunda (Lüksemburg MK m.367) sadece evli çiftler bakımından tam evlat edinme ilişkisinin tesis edilebileceğinin öngörüldüğünü ve evli olmayanların bu şekilde evlat edinmesinin yasaklandığını belirterek¹¹⁵¹ Peru mahkemelerince verilen tam evlat edinme kararının Lüksemburg hukukuna aykırı bir şekilde verildiği gerekçesiyle tanıma talebini reddetmiştir¹¹⁵².

Başvurucular, -Lüksemburg mahkemelerine yapılan tam evlat edinme başvuruları için aranan bir şart olan- MK m.367 hükmünün yabancı kararın tanınması başvurusunu reddetmek için bir gerekçe olmadığı, mahkemelerin tanımaya konu kararı yeniden incelemeye ve Peru mahkemesince verilen evlat edinme kararının etkilerini değiştirmeye yetkili olmadığı gerekçesiyle temyize gitmiştir. Ayrıca, ÇHS'ne istinaden, özellikle vatandaşlık ve miras hakları bakımından, çocuğun üstün menfaatinin tam evlat edinmenin etkilerinin kabul edilmesine bağlı olduğunu, Lüksemburg'da yeniden basit bir evlat edinme ilişkisinin tesisinin mümkün olduğunu kabul etmekle beraber, bunun çocuğa daha az hak bahşedeceğini ileri sürmüştür. Evlatlığın diğer kardeşleriyle aynı haklardan yararlanması ve belirsizlik yerine aileler içinde hukuki istikrarın hüküm sürmesi için tanıma kararı verilmesinin kamu düzeninin bir gereği olduğunu iddia etmiş, yerel mahkemenin Lüksemburg hukukuna öncelik tanıyan kararının çocuğu cezalandırdığını ve AİHS m.8'e aykırı olduğunu ileri sürmüştür¹¹⁵³. Temyiz mahkemesi, ilgili hükümlerin doğru uygulandığına, evlat edinme için gerekli olan ilgili şart sağlanmadığından tanıma kararı için gerekli olan uluslararası kamu düzeni ve

¹¹⁵¹ Bu esnada yerel mahkeme tanıma davasını karara bağlamadan evvel, kararın verildiği tarih itibarıyla evlilik dışı yaşam birliklerinin genel olarak kabulünün evli olmayan anne ve babayla birlikte bir evde yaşayan çocuk sayısında da artışa yol açtığını ve çocukların anne ve babanın bulunduğu bir evde yetişmesi için evliliğin gerekli olup olmadığını belirsizlik arz ettiğini belirterek söz konusu hükmün Anayasaya uygun olup olmadığını sormuş, Anayasa Mahkemesi de söz konusu hükmün Anayasaya uygunluğuna karar vermiştir. Bkz.: Wagner ve JMWL v. Lüksemburg, para.13-14,18.

¹¹⁵² Wagner ve JMWL v. Lüksemburg, para.19. Başvurucu, yerel mahkeme önünde kamu düzeni ve ÇHS uyarınca yabancı evlat edinme kararının tanınması gerektiğini, bu konuda çocuğun üstün menfaatinin esas olduğunu, ÇHS'nin 3.maddesi uyarınca evlat edinilmiş çocuğun, evlat edinenin evlilik dışı çocukları olan kızkardeşleriyle aynı haklara sahip olması gerektiği ileri sürmüştür. Ancak yerel mahkeme bu iddiaları, çocuğun menfaatlerinin yasama organınca değerlendirilebileceğini, Lüksemburg hukukunda da sadece evli çiftlerin tam evlat edinme yoluyla evlat edinmelerinde çocukların menfaatlerinin olduğunun kabul edildiğini belirterek mevcut hükmü uygulamıştır. Bkz.: Wagner ve JMWL v. Lüksemburg, para.23.

¹¹⁵³ Wagner ve JMWL v. Lüksemburg, para.26-28.

kanuna karşı hile koşullarını incelemeye gerek olmadığına karar vermiştir¹¹⁵⁴. Yargıtay da, her iki mahkemenin değerlendirmelerinin doğru olduğuna, temyiz dilekçesinde ileri sürülen (evlat edinmenin) kamu düzenine ilişkin sonuçları başlıklı bölümünde yer alan temyize ilişkin iddiaların şüpheli, belirsiz ve kesin olmayan nitelik arz ettiğine, dolayısıyla bu iddiaların AİHS m.8/2'nin ihlal edildiğine yönelik iddialarına yanıt verilmesi gereken bir temyiz sebebi olmadığına hükmetmiştir¹¹⁵⁵. Sonuç olarak, başvuru Peru mahkeme kararının tanınmasının (evlat edinen) annenin evli olması gerektiği şartına bağlanmasının AİHS m.8/2'ye aykırı bir şekilde özel hayatlarına müdahale ettiğini ulusal mahkemeler önünde tutarlı bir şekilde ileri sürmesine rağmen, mahkemelerden yeterli bir cevap alınamamıştır¹¹⁵⁶.

AİHM, AİHS m.6/1'in mahkemelere gerekçeli karar verme yükümlülüğü yüklemekle beraber, bunun tarafların ileri sürdüğü her iddiaya ayrıntılı bir cevap verilmesini gerektirdiği şeklinde anlaşılmasının mümkün olmadığını ve söz konusu yükümlülüğün kapsamının kararın niteliğine göre değişiklik gösterebileceğini belirtmiştir. Ayrıca, ileri sürülen iddiaların çeşitliliği ile hukuki ve örfi kurallarla ve kararların sunumu ve hazırlanmasıyla ilgili taraf devletlerdeki farklılıkların da dikkate alınması gerektiğini, bu nedenle gerekçe gösterme yükümlülüğünün sadece davanın kendine has koşulları ışığında değerlendirilebileceğini ifade etmiştir¹¹⁵⁷. Ardından, Lüksemburg mahkemelerinin başvuru Peru mahkemesinin AİHS m.8'e yönelik iddialarına cevap vermeksizin karar vermelerinin yukarıdaki kriterlere uygun olup olmadığını değerlendirmiştir.

AİHM, ulusal mahkemelerin bir tarafın ileri sürdüğü her iddiayı reddederken gerekçe göstermek zorunda olmasa da, ilgili tarafça ileri sürülen temel

¹¹⁵⁴ Bkz.: Wagner ve JMWL v. Lüksemburg, para.29-32. Temyiz mahkemesi, ÇHS hükümlerinin ulusal kurallara aykırı olarak elde edilen tam evlat edinme kararının tanınmasını sağlamak amacıyla doğrudan uygulanamayacağını belirtmiştir. Ardından, ÇHS m.21 uyarınca evlat edinme sistemini kabul eden ve/veya buna izin veren devletlerin çocuğun üstün menfaatini temel düşünce olarak dikkate alacaklarını öngördüğünü, ancak bu hükmün kendi ulusal yasalarını değiştirmeyi gerektirmediğini, evleviyetle böyle bir değişikliğin çocuğun üstün menfaatine olacağının ortaya konulmadığını belirterek, genel olarak evli olmayanların (tam) evlat edinmesinin yasaklanmasının altında da çocuğun üstün menfaatinin bulunduğu sonucuna varmıştır. Bkz.: Wagner ve JMWL v. Lüksemburg, para.31.

¹¹⁵⁵ Wagner ve JMWL v. Lüksemburg, para.34.

¹¹⁵⁶ Wagner ve JMWL v. Lüksemburg, para.81-84.

¹¹⁵⁷ Wagner ve JMWL v. Lüksemburg, para.89-90.

iddiaları/itirazları doğru bir şekilde inceleme ve bunlara cevap verme yükümlülüğünden kurtulamayacağını belirtmiştir. Bu noktada, özellikle AİHS ve protokollerde güvence altına alınan hak ve özgürlüklere ilişkin iddiaların ileri sürüldüğü hallerde, ulusal mahkemelerin bunları özel bir önem ve dikkatle incelemeleri gerektiğini ifade etmiştir¹¹⁵⁸. Buna göre, ilk derece mahkemesi kararının AİHS m.8'e –özellikle uluslararası kamu düzenine- uygun olup olmadığı itirazı başvurusularca ileri sürülen temel iddialar arasında olup, açık ve kesin bir gerekçenin varlığını gerektirmektedir. Temyiz mahkemesi ise, -AİHS m.8'e istinaden- ileri sürülen kamu düzeninin özellikle Peru mahkeme kararının tanınmasını gerektirdiğine yönelik temyiz itirazını yanıtlamamıştır¹¹⁵⁹. AİHM, ayrıca, başvurusuların ileri sürdüğü iddiaların açıklık ve kesinlikten yoksun olduğu iddialarına cevaben, temyiz mahkemesinin başvurusuları temyiz gerekçeleri hakkında daha detaylı gerekçeler sunmaya davet etme imkânından yararlanmadığını, kaldı ki başvurusuların söz konusu savunmalarının yeterince açık ve kesin ifadelerle formüle edildiğini de ifade etmiştir¹¹⁶⁰. Daha önceki içtihadında AİHS'nin Lüksemburg hukuk düzeninde doğrudan etkilere sahip olduğuna karar vermesine rağmen¹¹⁶¹, vaka mahkemelerinin kararlarını onayladığını belirterek Yargıtayın AİHS'ni dikkate almadığına, bu açıklamalar ışığında ulusal mahkemelerin AİHS m.6/1 bağlamında hakkaniyete uygun bir yargılama yapamadığına kanaat getirmiştir¹¹⁶².

İkinci bir ihtimal olarak, kararda davada uygulanabilir olan yasal düzenlemeye dayanmaksızın verilen gerekçe hakkaniyete uygun yargılanma hakkına aykırı olarak nitelendirilebilir¹¹⁶³. Yabancı kararın tanınması-tenfizi talebini reddeden mahkemenin, vermiş olduğu gerekçede söz konusu red kararının yasal dayanağını oluşturması gereken ilgili tanıma-tenfiz şart(lar)ına veya davanın reddine neden olan ilgili usuli kurala yer vermiş olması gerekir. Örneğin, Türk mahkemelerinin yabancı bir kararın tanınması-tenfizi talebinin reddine veya kabulüne karar verirken, böyle bir kararını MÖHUK'ta aranan yasal koşullar/tanıma-tenfiz şartları dışındaki bir hususa

¹¹⁵⁸ Wagner ve JMWL v. Lüksemburg, para.96.

¹¹⁵⁹ Wagner ve JMWL v. Lüksemburg, para.97.

¹¹⁶⁰ Wagner ve JMWL v. Lüksemburg, para.92.

¹¹⁶¹ P Wagner ve JMWL v. Lüksemburg, para.79.

¹¹⁶² Wagner ve JMWL v. Lüksemburg, para.97-98.

¹¹⁶³ Bkz.: Reid, **a.g.e.**, s.237.

dayandırmışsa veya bu şartların hiçbirine değinmeksizin yabancı kararının tanınması-tenfizi talebinin reddine/kabulüne karar vermişse, gerekçeli karar verme yükümlülüğünün ihlali gündeme gelebilir.

Benzer şekilde ve üçüncü bir ihtimal olarak, dava ayrıntılı gerekçe verilmeksizin, sadece ilgili iç hukuk hükmüne atıf yapılarak karara bağlanmışsa, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı açısından ihlal oluşacaktır¹¹⁶⁴. Bu bağlamda, özellikle tanıma-tenfiz talebinin reddine karar veren bir taraf devlet mahkemesinin yabancı kararın tanınması-tenfizine engel teşkil eden tanıma-tenfiz şartının/engelinin veya bir usuli kuralın hangi nedenlerle karşılanmadığını yeterince açıklamaksızın sadece ilgili tanıma-tenfiz şartına/engeline veya ilgili kurala atıfla yetinmesi gerekçeli karar verme yükümlülüğüyle bağdaşmayacaktır. Hakkaniyete uygun yargılanma hakkının bu şekilde ihlaline, *Sholokhov v. Ermenistan ve Moldova*¹¹⁶⁵ kararı örnek verilebilir.

Söz konusu kararda, Ermenistan menşeli davalı şirket, Moldova mahkeme kararıyla fabrikasında yaralanan ve iş göremez hale gelen başvurucuya aylık şekilde tazminat ödemeye, ardından 1988 tarihli Ermenistan mahkeme kararıyla da söz konusu kaza nedeniyle başvurucunun yararlandığı ek tıbbi tedavi ve bakım giderlerini tazmin etmeye mahkûm edilmiştir¹¹⁶⁶. Başvurucu, hem davalı tarafından kendisine 1992-2001 yılları arasında hiçbir ödeme yapılmadığı gerekçesiyle hem de ilaç, protez, tekerlekli sandalye gibi pek çok sağlık giderinin karşılanması talebiyle Moldova mahkemelerinde dava açmış ve 2003 yılında kesinleşen kararın tenfizi talebiyle Ermenistan mahkemelerine başvurmuştur ve yerel mahkeme tenfiz kararı vermiştir. Yapılan temyiz itirazı temyiz mahkemesince, taraflar arasında tıbbi tedavi ve bakım masraflarına ilişkin 1988 tarihli kesinleşmiş bir mahkeme kararı bulunduğu gerekçesiyle kabul edilmiştir. Ermenistan mahkemeleri, böyle bir karar verirken, “tarafları, konusu ve sebebi aynı olan dava hakkında daha önceden verilmiş ve kesinleşmiş bir mahkeme kararının varlığı”nı bir tenfiz engeli olarak kabul eden iki taraflı adli yardım anlaşmasına

¹¹⁶⁴ İncoğlu, *AIHS ve Anayasa*, s.252.

¹¹⁶⁵ *Sholokhov v. Ermenistan ve Moldova*, no.40358/05, 31 Temmuz 2012.

¹¹⁶⁶ *Sholokhov v. Ermenistan ve Moldova*, para.10-28.

dayanmıştır. Netice itibariyle, 1988 ve 2003 tarihli davaların konu itibariyle birbirinden farklı olduğu ileri sürülmesine rağmen, herhangi bir sonuç elde edilememiştir¹¹⁶⁷.

AİHM, gerekçe gösterme yükümlülüğüne ilişkin prensipleri tekrarladıktan sonra, tenfiz talebinin reddedilmesine ilişkin tarafları, konusu ve sebebi aynı yabancı kararın bir ulusal mahkeme kararıyla çelişmesini bir tenfiz engeli olarak öngören kuralın tek başına makul olduğunu, ancak temyiz mahkemesinin söz konusu kararı verme biçiminin burada dikkat çeken husus olduğunu ifade etmiştir. AİHM'ne göre, temyiz mahkemesinin kararı sadece adli yardım anlaşmasının ilgili hükmüne yapılan şekli bir atıf ihtiva etmektedir. Ancak 1988 tarihli Ermenistan mahkeme kararı ile 2003 tarihli Moldova mahkeme kararının neden konu itibariyle aynı olduğuna dair hiçbir gerekçe gösterilmemiştir. Dolayısıyla, 2003 tarihli kararda tazmini istenen masrafların başvuru lehine hükmedilen 1988 tarihli kararda yer alan ek tıbbi tedavi ve bakım ihtiyaçları kapsamına girdiğine karar veren temyiz mahkemesinin böyle bir kararın hangi gerekçeyle verildiğini de belirtmesi gerekmektedir. Bu nedenle, AİHM söz konusu gerekçenin yetersiz olduğuna kanaat getirmiştir¹¹⁶⁸. Sonuç olarak, temyiz mahkemesinin yabancı mahkeme kararının tenfizi talebini reddetme biçiminin, yani iki taraflı adli yardım anlaşmasının ilgili hükmüne usulen bir atıf yapılmasının ve her iki kararın konu itibariyle aynı olduğuna karar verilirken hiçbir gerekçe gösterilmemesinin, adil yargılanma kriterlerini karşılamadığına hükmetmiştir¹¹⁶⁹.

Sonuç olarak, bu kararlar taraf devlet mahkemelerinin yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizi taleplerini herhangi bir tenfiz şartını karşılamadığı gerekçesiyle reddederken, davacının veya davalının ilgili tenfiz şartının karşılandığına veya karşılanmadığına yönelik iddia ve delillerin tamamını dikkate alıp değerlendirmesinin yeterli olmadığını göstermektedir. Tarafların ileri sürdükleri ve davanın sonucuyla doğrudan ilgili ve belirleyici iddia ve savunmaların dikkate alınıp alınmadığı, doğal olarak sadece gerekçeyle anlaşılabilir. Bu bakımdan yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizi talebini reddeden bir mahkemenin, tarafların ilgili tenfiz engelinin varlığına/yokluğuna yönelik iddialarını dikkate aldığını ve

¹¹⁶⁷ Sholokhov v. Ermenistan ve Moldova, para.29-39.

¹¹⁶⁸ Sholokhov v. Ermenistan ve Moldova, para.69.

¹¹⁶⁹ Sholokhov v. Ermenistan ve Moldova, para.71.

değerlendirdiğini göstermemesi, özellikle kanun metniyle yetinmesi gerekçeli karar hakkına, dolayısıyla AİHS m.6/1'den kaynaklanan yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecektir.

f. Değerlendirme

Yabancı devletlerin adli –ve/veya idari- makamlarınca verilen özel hukuka ait kararların kendi ülkelerinde tanınıp tenfiz edilebileceğini öngören taraf devletler, yabancı kararların tanınması ve tenfizi davalarını sadece böyle bir talepte bulunan tarafın değil karşı tarafın da AİHS m.6/1'de güvence altına alınan haklarına uygun bir şekilde gerçekleştirmekle yükümlüdür. AİHS m.6/1'de kaynaklanan böyle bir yükümlülük, taraf devletlerin kendi mahkemelerinin yabancı kararları belirli usul ve şartlar altında tanıyıp tenfiz edeceklerini normatif veya içtihadi olarak kabul etmelerinden kaynaklanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, taraf devletlerin yabancı mahkeme kararlarının tanınmasına veya tenfizine karar verme zorunluluğu, başvurucunun sahip olduğu ve taraf devletlerin yerine getirmeyi taahhüt ettiği AİHS m.6/1'de yer alan hakların bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan, teorik olarak AİHS m.6/1'in bireylere yabancı bir ülkeden elde ettiği mahkeme kararının tanınması veya tenfiz edilmesini isteme hakkı (*right to an exequatur*) bahsettiği şeklindeki görüşlerde haklılık payı bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Taraf devletlerin AİHS m.6/1'in ihlalinden sorumlu tutulabilmesi için, özel hukuka ait yabancı kararın mutlaka AİHS kapsamında korunmakta olan bir temel hakkın kapsamına girmesi gerekli değildir. Diğer bir ifadeyle, yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizi talebi reddedilen bir kişi, AİHS'nde yer alan bir temel hakkın ihlal edilip edilmediğinden bağımsız olarak, sadece AİHS m.6/1'de güvence altına alınan herhangi bir hakkının ihlal edildiğini ileri sürebilecektir. Bu nedenle, AİHS m.6/1'in taraf devletlere davacının ileri sürdüğü yabancı kararların tanınması ve tenfizi taleplerini AİHS m.6/1'e uygun bir şekilde görüp karara bağlama konusunda genel bir yükümlülük getirdiğini söylemek mümkündür.

Diğer taraftan, AİHS m.6/1'de yer alan bazı haklar ve ilkeler, sadece lehine yabancı bir mahkeme kararı elde eden/tanıma-tenfiz talebinde bulunan başvurucunun

değil, kendisine karşı dava ikame edilen taraf olan davalının da yararlanması gereken haklardandır. Örneğin, *Sacoccia v. Avusturya* kararında tenfiz yargılamasının duruşmasız yapılmasının aleni yargılanma hakkına aykırılık teşkil ettiği davalı tarafından ileri sürülmüştür. Bu bakımdan, her iki tarafın tanıma-tenfiz yargılamasının makul sürede veya hakkaniyete uygun yargılanma hakkına ya da aleni yargılanma hakkına aykırı bir şekilde yürütüldüğünü ileri sürmesi mümkündür. Dolayısıyla, davalının AİHS m.6/1’de yer alan haklarının bir gereği olarak, taraf devletlerin yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi davalarını AİHS m.6/1’de yer alan haklarına uygun bir şekilde görüp karara bağlama ve duruma göre tanıma-tenfiz talebini reddetme yükümlülüğü altında olduğu söyleyebiliriz.

Esasen yukarıda incelediğimiz AİHM içtihatlarında, yabancı bir mahkeme kararının tanınması veya tenfizinin reddi kararının AİHS m.6/1’e aykırı olduğuna, hatta AİHS m.6/1’in yabancı mahkeme kararlarını tanıma-tenfiz etme yükümlülüğü getirdiği ve karşılığında böyle bir hak tanıdığına dair bir açık bir ifade bulunmamaktadır. Bu da, doğal olarak, sanki bu tür kararların tanınması veya tenfizinin reddedilmesinin tek başına AİHS m.6/1’e aykırılık teşkil ediyormuş ve taraf devletlere bu tür kararları daima tanıma-tenfiz etme zorunluluğu getiriyormuş gibi bir izlenim uyandırmaktadır¹¹⁷⁰. Bununla beraber, aşağıdaki nedenlerden dolayı AİHS m.6/1’in taraf devletlere böyle bir yükümlülük yüklediğini söylenemez:

AİHS m.6/1’in taraf devlet mahkemelerine yabancı mahkeme kararlarını her zaman ve daima tanıma veya tenfiz etme yükümlülüğü getirdiğini kabul etmek, yabancı kararın hukuki sonuçlarının taraf devletçe koşulsuz şartsız kabul edilmesi demektir. Böyle bir kabul, tanımamak veya tenfiz etmemek konusunda haklı bir nedenin varlığına rağmen, yabancı mahkeme kararının taraf devlet mahkemesince daima tanınması ve tenfiz edilmesi anlamına gelecektir ki günümüzde bu konuda oldukça liberal bir tanıma-tenfiz rejimi öngören devletlerin dahi bunu kolaylıkla kabul edeceği söylenemez. Kaldı ki, özellikle davalı tarafın haklarını korumayı amaçlayan bazı tanıma-tenfiz kurallarının karşılan(a)maması, yabancı mahkeme kararının tanınmaması ve tenfiz edilmemesi için

¹¹⁷⁰ Benzer yönde bkz.: Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.177.

gayet haklı bir nedendir¹¹⁷¹. Ayrıca, AİHM de, yukarıda incelediğimiz üzere, taraf devlet mahkemelerinin yabancı kararın AİHS’nde yer alan haklara uygunluğunu denetlemekle yükümlü olduğunu vurgulamaktadır. Dolayısıyla, bazı hallerde yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi taleplerinin reddedilmesi, AİHS m.6/1’in bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır¹¹⁷². Dolayısıyla, yabancı kararının hukuki sonuçlarını, söz konusu mahkemenin kararını veya yapmış olduğu yargılamayı AİHM tarafından uyulması gerekli olan bir ön formalite olarak nitelendirilen exequatur prosedürüne veya benzeri bir denetime tabi kılmaksızın kabul etmek, bu sefer de davalı tarafın adil yargılanma haklarına aykırılık teşkil edebilecektir. Bu bakımdan, taraf devlet mahkemelerinin, tanıma-tenfiz usulü ve şartları vasıtasıyla korunan davalının haklarını veya devletin menfaatlerini ölçüsüz olarak zedelediği ölçüde yabancı mahkeme kararlarını tanıma-tenfiz etme, davacının yabancı mahkeme kararının tanınması-tenfizi konusundaki menfaatlerini ölçüsüz bir şekilde zedelediği ölçüde tanımama-tenfiz etmeme yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediği de, doğal olarak her iki tarafın veya üçüncü bir kişinin gerek AİHS m.6/1’de gerekse davanın niteliğine bağlı olarak diğer Sözleşmesel hakları arasında adil bir denge kurulup kurulmadığına bağlıdır.

Ayrıca, AİHM’nin yukarıda analiz ettiğimiz kararlarında da anlaşılabileceği üzere, AİHS m.6/1’in bünyesinde yer alan haklar, nitelikleri gereği mutlak olmayıp, taraf devletlerce belirli sınırlamalara tabi kılınabilmektedir. Dolayısıyla, tanıma-tenfiz talebi reddedilen başvuru AİHS m.6/1’deki hangi hakka dayanırsa dayansın, taraf devlet mahkemelerinin yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizi talebine ilişkin tasarruflarıyla gerçekleşen başvuruçunun AİHS m.6/1’de yer alan ilgili hakkına yönelik müdahalesi, ölçülü olduğu veya keyfilikten uzak olduğu ölçüde, meşru olarak kabul edilecektir. Nitekim tanıma-tenfiz davasının hukuki yarar yokluğu veya zamanaşımı kuralına uyulmadığı gerekçesiyle reddedilerek mahkemeye erişim hakkına bir sınırlama getirilebilecektir¹¹⁷³. Bu bakımdan, teminat gösterilmediği veya harç yatırma yükümlülüğü yerine getirilmediği gerekçesiyle tenfiz talebinin reddedilmesi halinde,

¹¹⁷¹ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.177; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.212.

¹¹⁷² Bkz.: İtalya, Pellegrini v. İtalya, no.30882/96, 20 Temmuz 2001.

¹¹⁷³ Öztürk v. Türkiye; Vrbica v. Hırvatistan.

tenfiz mahkemesinin ilgili koşula yönelik yorum ve değerlendirmeleri, ilgili tarafın tenfiz davası açma hakkını özünden zedeleyecek derece keyfilığe ve ölçsüzlüğe kaçmadığı müddetçe AİHS m.6/1'e uygun görülebilir. Yine, davanın karmaşıklığı ve davacının kendi tutum ve davranışları nedeniyle uzayan bir tanıma-tenfiz prosedüründen dolayı, taraf devletin davacının makul sürede yargılanma hakkının ihlalininden söz edilemeyecektir¹¹⁷⁴. Benzer şekilde, yabancı kararın tanınması veya tenfizine engel teşkil eden bir kurala veya bir tenfiz şartına sadece atıfta bulunmakla yetinmeksizin, davacının iddia ve savunmalarının dikkate alındığını ve değerlendirildiğini gösteren bir red kararı, prensip olarak hakkaniyete uygun yargılanma hakkına uygun düşecektir¹¹⁷⁵. Dolayısıyla, tarafların kararın sonucuyla ilgili olmayan ve belirleyici nitelikte olmayan iddialarına gerekçesinde yer vermemesi, bireylerin gerekçeli karar hakkına aykırı olarak nitelendirilmeyecektir. Sonuç olarak, tanıma-tenfiz talebinde bulunan tarafın AİHS m.6/1'deki hakları taraf devletlerce belirli şartlar altında sınırlanabildiğine göre, taraf devletlerin söz konusu haklardan kaynaklanan yabancı kararları tanıma-tenfiz etme yükümlülüğünün de mutlak olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, bireylerin AİHS m.6/1'den kaynaklanan yabancı bir mahkeme kararının tanınması-tenfizini isteme hakkından ziyade, yabancı mahkeme kararının tanınması-tenfizi taleplerinin AİHS m.6/1'de yer alan haklarına uygun bir şekilde görülüp karara bağlanmasını isteme hakkından söz etmek daha uygun olacaktır. Bu açıklamalar ışığında, AİHS m.6/1'in söz konusu maddede yer alan diğer haklardan bağımsız, müstakil (free-standing) bir tanıma-tenfiz hakkı öngörmekte olduğunu söylemek mümkün değildir.

Benzer şekilde, yabancı bir mahkeme kararının tanınması veya tenfizini isteme hakkını, doğrudan AİHS m.6/1 uyarınca korunmakta olan kesinleşmiş ve bağlayıcı mahkeme kararlarının icrasını isteme hakkına dayandırmak mümkün olmadığı gibi, adil yargılanma hakkının bir parçası olarak nitelendirmek de yerinde değildir. Doktrinde AİHM'nin *McDonald v. Fransa* kararındaki ifadelerinden hareketle, AİHS m.6/1 açısından yabancı mahkeme kararları ile ulusal mahkeme kararları arasında bir fark bulunmadığı ifade edilmekte ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi

¹¹⁷⁴ Bkz.: *Hussin v. Belçika*; *De Hohenzollern (Roumanie) v. Romanya*

¹¹⁷⁵ Bkz.: *Shokolov v. Ermenistan ve Moldova*; *Wagner ve JMWL v. Lüksemburg*

hakkının, davacının kesinleşmiş ve bağlayıcı mahkeme kararlarının icrasını isteme hakkı ekseninde mütalaa edildiği görülmektedir¹¹⁷⁶. Yine, tanıma-tenfiz (isteme) hakkının adil yargılanma hakkının bir parçası olarak nitelendirildiği görülmektedir¹¹⁷⁷. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, yabancı mahkeme kararlarının tanınmasını veya tenfizini isteme hakkı, başvurucunun sahip olduğu ve taraf devletlerin yerine getirmeyi taahhüt ettiği AİHS m.6/1’de yer alan hakların bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Yabancı mahkeme kararının tanınması-tenfizi talebinin reddedilmesi, haliyle davacının AİHS m.6/1’de yer alan herhangi bir hakkına müdahale edecektir. AİHM böyle bir tasarrufun AİHS m.6/1’i ihlal edip etmediğini değerlendirirken, doğrudan (genel olarak) adil yargılanma hakkına değil, AİHS m.6/1’in bünyesinde yer alan bir hakka istinaden bir değerlendirme yapmaktadır ve yapacaktır. Buna göre, tanıma-tenfiz talebinin reddi kararına temel teşkil eden kuralın niteliğine ve amacına bağlı olarak, davacının mahkemeye erişim veya hakkaniyete uygun yargılanma haklarından birinin kapsamında görülecektir¹¹⁷⁸. Bu nedenle, yabancı kararın tanınması-tenfizini isteme hakkının, adil yargılanma hakkının bir parçası olarak değil, adil yargılanma hakkında mündemiç herhangi bir hakkın bir gereği ve sonucu olarak ortaya çıktığını söylemek daha uygun olacaktır.

Bunun doğal sonucu olarak, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizini isteme hakkını, kesinleşmiş ve bağlayıcı mahkeme kararlarının icrasını isteme hakkına istinat etmek her zaman doğru ve yerinde olmayacaktır. Zira yabancı bir kararın bir ulusal/yerel mahkeme kararı muamelesi görebilmesi, dolayısıyla kesinleşmiş ve bağlayıcı bir mahkeme kararı olarak icra edilebilmesi için exequatur prosedürüne tabi tutulması gerekmektedir. Dolayısıyla, lehine bir karar elde eden tarafa, söz konusu kararın tanınması veya tenfizi davası açması veya açılan davanın görülüp karara

¹¹⁷⁶ Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.204; Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.**, s.439.

¹¹⁷⁷ Bkz.: Kinsch, **Status**, s.267-68; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.204; Sargın, **Zamanaşımı**, s.332.

¹¹⁷⁸ Örneğin AİHM, *Vrbica v. Hırvatistan* ve *Öztürk v. Türkiye* kararlarında, yabancı mahkeme kararının tanınması talebinin reddedilmesini davacının mahkemeye erişim hakkına müdahale ve ihlal olarak nitelendirmiştir. *McDonald v. Fransa* ve *Negrepontis-Giannis v. Yunanistan* kararında bir tanıma-tenfiz şartının yorum ve uygulanması nedeniyle reddedilen tanıma talebinin reddi kararı, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmiştir. Buna mukabil, *K. v. İtalya* kararında, tenfizine karar verilen bir nafaka alacağının hızlı ve etkin bir şekilde icra edil(e)memesinin AİHM tarafından, mahkemeye erişim hakkının ayrılmaz bir parçası olan mahkeme kararının icrasını isteme hakkı kapsamında mütalaa edildiği görülmektedir.

bağlanması için ulusal hukukça çeşitli usuli engeller öngörülmüş olması, (yabancı) mahkeme kararının icra edilmesi hakkından önce davacının mahkemeye erişim veya hakkaniyete uygun yargılanma hakkına müdahale etmektedir. Kaldı ki, AİHS m.6/1'in, özellikle mahkemeye erişim hakkının zorunlu bir unsuru olan kararın icrasını isteme hakkı ile ulusal mahkemelerce verilmiş ve kesinleşmiş bir kararın gereğinin ulusal makamlarca icra edilmesi/uygulanması kastedilmekte olup, bunun yabancı kararlara da doğrudan teşmil edilmesi mümkün değildir. Tanıma-tenfiz devletinin AİHS m.6/1'den sorumluluğu, ancak exequatur prosedürü sonucunda tanınmasına-tenfizine karar verilmiş ve artık bir taraf devlet mahkemesi kimliği ve kuvveti kazanmış olan bir yabancı kararın gereğinin ulusal makamlarca icra edilmemesi/uygulanmaması halinde ortaya çıkabilir¹¹⁷⁹. Nitekim *McDonald v. Fransa* kararından sonraki içtihatları dikkate alındığında, AİHM'nin yabancı kararların tanınması-tenfizi taleplerinin reddedilmesini hiçbir şekilde mahkeme kararlarının icrasını isteme hakkı kapsamında incelemeyeceği de görülmektedir¹¹⁸⁰.

AİHM'nin, yabancı kararlarının tanınması-tenfizi taleplerinin reddedilmesi suretiyle gerçekleşen AİHS m.6/1'e yönelik müdahaleleri/sınırlamaları genellikle ölçülülük ilkesi ışığında değerlendirdiği görülmektedir. AİHM'nin ölçülülük değerlendirmesi, şüphesiz sınırlandırılabilir/sınırlı haklar bakımından izlemiş olduğu müdahalenin meşruluğu denetimine uygun düşmektedir. Özellikle yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizi talebinin reddedilmesinin, mahkemeye erişim hakkına müdahale teşkil ettiğinin ileri sürüldüğü hallerde ölçülülük ilkesine müracaat ettiği görülmektedir. Dolayısıyla, taraf devletlerin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine kendi milletlerarası özel hukuk rejimleri kapsamında getirmiş oldukları sınırlamaların da ölçülülük ilkesine uygun olması gerekmektedir. Nitekim bu husus, tanıma-tenfiz prosedürünün işleyişine ilişkin kuralların¹¹⁸¹ makul olarak nitelendirilemeyecek şekilde ve keyfi bir şekilde yorumlanması veya uygulanmasının

¹¹⁷⁹ Bkz.: K v. İtalya, para.32-38.

¹¹⁸⁰ Örneğin bkz.: *Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan*.

¹¹⁸¹ Ki bu kurallar taraf devletin medeni usul hukukunda yer alan yargılama usulüne ilişkin genel nitelikteki düzenlemelerden kaynaklanabileceği gibi, münhasıran tanıma-tenfiz davalarının yürütülmesine ilişkin kanunlardan da kaynaklanabilir.

AIHS m.6/1'in ihlal ettiğine dair AIHM içtihatlarından gayet net bir şekilde anlaşılmaktadır.

3. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarına İlişkin Usuli Kuralların Yorumu ve Tatbiki ile P-1 m.1 Arasındaki İlişki

a. Genel Olarak

AIHS m.6/1 ve AIHS m.8'e nazaran oldukça az olsa da, P-1 m.1 ile yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi arasındaki ilişki pek çok kez AIHM içtihatlarına konu olmuştur. Ancak, daha önce de belirttiğimiz üzere, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi veya tanıma-tenfiz taleplerinin reddi suretiyle gerçekleşen P-1 m.1'e yönelik müdahaleler, genellikle tek başına AIHM içtihatlarına konu olmamaktadır. Başka bir deyişle, tanıma-tenfize konu yabancı kararın niteliğine ve içeriğine bağlı olarak AIHS m.6/1 ve m.8'le birlikte ileri sürüldüğü ve uygulandığı görülmektedir. Bu husus, sadece yabancı kararın ulusal hukukta öngörülen tanıma-tenfiz şartlarını karşılayıp karşılamadığına ilişkin ulusal mahkemeler tarafından yapılan denetim bakımından değil, özellikle tanıma-tenfiz talebinin bir usuli kurala istinaden reddedildiği haller bakımından da geçerlidir ki bu konudaki AIHM uygulaması henüz sadece ikinci durum bakımından ortaya çıkmıştır. Bu bakımdan, tanıma-tenfiz davaları açısından mülkiyet hakkının ihlalinin aslında bir başka hakkın ihlali sonucunda ortaya çıkması veya mülkiyet hakkının ihlaline yönelik tespit ve değerlendirmelerin diğer bir hakkın ihlal edilip edilmediğini etkilemesi mümkündür. Nitekim, yukarıda incelediğimiz *Öztürk v. Türkiye* ve *Vrbica v. Hırvatistan* kararlarında, tanınma veya tenfiz talebinin bir usuli kuralın yorumu ve tatbiki suretiyle AIHS m.6/1'in veya P-1 m.1'in ihlal edildiği sonucuna varırken yapmış olduğu tespitlere atıf yaparak, P-1 m.1'in veya AIHS m.6/1'in ihlal edilip edilmediğini değerlendirdiği görülmektedir.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, özel hukuk işlem veya ilişkilerinden doğan bir uyuşmazlığı karara bağlayan bir yabancı mahkeme kararının tanınma(ma)sı veya tenfiz edilme(me)si, malvarlığına yönelik haklarını etkilediği ölçüde, lehine karar elde eden tarafın P-1 m.1'de güvence altına alınan mülkiyet hakkını etkileme potansiyeline sahiptir. Şüphesiz, böyle bir tasarrufun P-1 m.1'in ihlali sonucunu doğurabilmesi için, öncelikle P-1 m.1'e yönelik bir müdahalenin var olup olmadığı, böyle bir müdahaleden

söz edilebilirse bunun meşru sınırlar dâhilinde gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti gerekir. İlk bölümde incelediğimiz üzere, mülkiyet hakkı mutlak nitelikte bir hak olmayıp, taraf devletlerce yasal, idari veya yargısal tasarruflar vasıtasıyla mülkiyetten yararlanma haklarına –belirli şartları altında- müdahale edebilir. Yalnız, bu noktada P-1 m.1’in, yani mülkiyet hakkının, AİHS’nde yer alan diğer haklara nazaran, konu itibariyle birtakım farklılıkları bünyesinde barındırdığını özellikle vurgulamak gerekir. P-1 m.1’in bazı temel özelliklerine ve yabancı bir mahkeme kararının tanınması-tenfizi ile olan ilişkisine genel hatlarıyla değinmek yararlı olacaktır. Zira yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizine ilişkin herhangi bir karar, kaçınılmaz olarak tarafların malvarlığı değerleri üzerine olumlu/olumsuz bir etki yaratacaktır. Bu nedenle, AİHM tatbikatı henüz bu yönde ortaya çıkmış olduğundan, yabancı kararın tanınmadığı/tenfiz edilmediği gerekçesiyle ileri sürülen ihlal iddialarının P-1 m.1’in koruma alanına girip girmediğinin, yani söz konusu iddianın AİHM tarafından dinlenebilmesi için P-1 m.1’in konu itibariyle uygulanabilir olup olmadığının tespiti gerekir.

b. P-1 m.1’in Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davaları Bakımından Uygulanabilirliği

P-1 m.1 hükmü açıkça mülkiyet hakkından değil, “*mülkiyetinden müdahale edilmeksizin/serbestçe/barışçıl yararlanılmasından*” söz etmektedir. Ancak AİHM içtihatlar yoluyla herkesin mülkiyetinden müdahale edilmeksizin yararlanma hakkını tanıdığını belirtmek suretiyle, P-1 m.1’in özünde mülkiyet hakkını (right of property) korumuş olduğunu kabul etmiştir¹¹⁸². Bunu belirtmemizdeki husus, mülkiyet hakkının AİHS’nde yer alan diğer haklardan farklı olarak, münhasıran hak sahibinin/hakkın öznesinin kişiliğinde mündemiç olmayan bir hak olması ve bir kimsenin mülkiyet hakkından söz edebilmek için, hak sahibinin müdahale edilmeksizin yararlanabileceği bir eşya veya ekonomik bir değer ifade eden bir hakkın varlığının gerekli olmasıdır¹¹⁸³. Haliyle, nelerin P-1 m.1 anlamında mülk/mamelek olarak kabul edileceği veya mülkiyet hakkının konusunu teşkil edeceği, P-1 m.1’in sağlayacağı koruma bakımından önem arz etmektedir. Zira P-1 m.1 kapsamında mülkiyet/mamelek kavramı, otonom bir

¹¹⁸² Bkz.: Marckx v. Belçika, para.63; Lithgow ve diğerleri v. Birleşik Krallık, no.9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, 8 Temmuz 1986, para.106.

¹¹⁸³ Bkz.: Gemalmaz B., **Mülkiyet Hakkı**, s.25.

kavram olarak, iç hukukta yer alan mülkiyet/mamelek kavramından tamamen farklı bir manada kullanılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, ulusal eşya hukuklarında düzenlenen mülkiyet hakkı anlayışından daha farklı, oldukça geniş bir anlama sahiptir¹¹⁸⁴.

AİHM içtihatları uyarınca, mülkiyet hakkının kapsamına giren şeyin, taşınır-taşınmaz mal gibi, mutlaka fiziksel bir varlığı olan bir şey olması gerekli değildir. Bir şeyin mamelek/mülkiyet kavramı kapsamında mütalaa edilmesi ve hak sahibinin P-1 m.1'in korumasından yararlanabilmesi için öncelikle ekonomik bir değere sahip olması gerekmektedir¹¹⁸⁵. Nitekim uygulamada, ekonomik değeri bulunan/başvurucuya maddi bir çıkar bahşeden pek çok şeyin mülkiyet hakkının konusunu teşkil ettiğine dair ilginç örnekler ortaya çıkmıştır. Taşınmaz¹¹⁸⁶ ve taşınırlar¹¹⁸⁷ üzerindeki haklar dışında, para¹¹⁸⁸, hisse senetleri ve diğer kıymetli evraklar¹¹⁸⁹, fikri mülkiyet hakları¹¹⁹⁰ ile çalışma ve ticari faaliyette bulunma özgürlüğü kapsamında elde edilen gayri maddi malvarlığı değerleri¹¹⁹¹, alacak hakları¹¹⁹², kiracılık¹¹⁹³ veya emeklilik hakları¹¹⁹⁴, miras hakları¹¹⁹⁵ ve benzeri birçok malvarlığı değeri P-1 m.1 kapsamında değerlendirilmektedir.

Bunun çalışmamız bakımından önemi ise, yukarıda saymış olduğumuz pek çok hakkın niteliği itibariyle yabancı mahkeme veya tahkim mahkemesi kararları sonucunda ortaya çıkabilecek olmasıdır. Bir alacak hakkı veya ayni hak sahipliği sonucunu doğuran veya bir miras hakkı bahşeden yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizi talep edildiğinde, böyle bir talebin reddi yabancı mahkeme kararıyla tespit edilen özel hukuka ait bir haktan (P-1 m.1 anlamında ekonomik değerden)

¹¹⁸⁴ Bkz.: Gemalmaz B. **Mülkiyet Hakkı**, s.125 vd., özellikle s.131-135.

¹¹⁸⁵ Örneğin bkz.: Anheuser-Busch INC v. Portekiz, no.73049/01, 11 Ocak 2007, para.63; Beyeler v. İtalya, no.33202/96, 5 Ocak 2000, para.100; Broniowski v. Polonya, no.311443/96, 22 Temmuz 2004, para.129; Balan v. Moldova, no.19247/03, 29 Ocak 2008, para.32.

¹¹⁸⁶ Örneğin bkz.: Loizidou v. Türkiye, (GC) no.15318/89, 18 Aralık 1996, para.62-63.

¹¹⁸⁷ Örneğin bkz.: Bosphorus Havayolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. İrlanda, para.142; Sildedzis v. Polonya, no.45214/99, 24 Mayıs 2005, para.45.

¹¹⁸⁸ Para ve altın gümüş gibi değerli madeni paraların P-1 m.1'in kapsamında görüldüğü AİHM içtihatları için bkz.: Gemalmaz B., **Mülkiyet Hakkı**, s.243, dn.774-781.

¹¹⁸⁹ Örneğin bkz.: Sovtransavto Holding v. Ukrayna, no.48553/99, 25 Temmuz 2002, para.91-92.

¹¹⁹⁰ Örneğin bkz.: Balan v. Moldova, para.34; Anheuser-Busch INC v. Portekiz, para.78.

¹¹⁹¹ Bu konudaki AİHM uygulaması için bkz.: Gemalmaz B., **Mülkiyet Hakkı**, s.347-390.

¹¹⁹² Örneğin bkz.: Zöhre Akyol v. Türkiye, no.28668/03, 4 Kasım 2008, para.37.

¹¹⁹³ Örneğin bkz.: Posti ve Rahko v. Finlandiya, no.27824795, 24 Eylül 2002, para.76.

¹¹⁹⁴ Örneğin bkz.: Carson ve diğerleri v. Birleşik Krallık, 42184/05, 16 Mart 2010, para.63-64.

¹¹⁹⁵ Örneğin bkz.: Fabris v. Fransa, no.16574/08, 7 Şubat 2013, para.54-55.

yararlanılamaması sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla, böyle bir tasarrufun ilgili tarafın mülkiyet hakkına aykırılık teşkil edip etmediği sorunu gündeme gelecektir. Bunun için ise, öncelikle davalı devlet hukukuna göre koruma gören bir hakkın, AİHM içtihatlarıyla şekillen mülkiyet/mamelek kavramının kapsamına, diğer bir ifadeyle P-1 m.1'in norm alanına girip girmediğinin tespiti gerekmektedir.

Mülkiyet hakkı, diğer haklardan farklı olarak, kişinin doğumla sahip olduğu varsayılan haklardan biri olmadığından, kazanılmış olması gereken bir hak¹¹⁹⁶. Bu bakımdan, P-1 m.1, hak sahibine mülkiyetinin korunması hakkı veya mülkiyetinden müdahale edilmeksizin yararlanma hakkını vermekte olup, mülkiyet edinme hakkını korumamaktadır¹¹⁹⁷. Dolayısıyla, mevcut bir hakkın bulunmadığı hallerde P-1 m.1'in sunduğu korumadan yararlanmak mümkün olmayacaktır. Bir örnekle açıklamak gerekirse, muris ölmeden potansiyel mirasçılık gerek medeni hukuk gerekse P-1 m.1 anlamında bir malvarlığı hakkı olarak kabul edilmemektedir. Zira potansiyel mirasçının miras hakkı, bir beklenen hak (P-1 m.1 anlamında bir meşru beklenti) olmayıp, sırf kuru umuttan ibarettir¹¹⁹⁸.

Bununla birlikte AİHM, mevcut/kazanılmış hakkın varlığı dışında P-1 m.1'in uygulanabilir olup olmadığını tespit etmek için makul beklenti testine başvurmaktadır. Diğer bir ifadeyle, hakkın mevcudiyetine yönelik başvuruçuların meşru beklentilerinin bulunduğu hallerde de P-1 m.1 uygulanmaktadır. AİHM'ne göre, bireylerin bir değer/kıymetin (assets) elde edileceği konusunda kuru bir umuttan ziyade, daha somut bir niteliğe sahip olan ve bir kanun hükmü veya nihai bir mahkeme kararı gibi – ulusal makamlara ait- hukuki bir tasarrufa (legal act) dayanan meşru bir beklentiye sahip olmaları gerekmektedir. AİHM'nin sıkça kullandığı bu ifade, bir hakkın mevcudiyeti yönünde meşru bir beklentinin bulunup bulunmadığının belirlenmesinde,

¹¹⁹⁶ Gerek AİHM gerekse AİHK'nun açıkça kazanılmış hak (vested right) terimini kullandığı görülmektedir. Bkz.: AİHK, Greek Federation of Custom Officers ve diğerleri v. Yunanistan, no.24581/94, 6 Nisan 1995; AİHM, Kirilova ve diğerleri v. Bulgaristan, no.42908/98; 44038/98; 44816/98;7319/02, 9 Haziran 2005, para.14; Lazarov v. Bulgaristan, no. 21352/02, 22 Mayıs 2008, para.27; Balezdrovi v. Bulgaristan, no. 36772/06, 20 Eylül 2011, para.30.

¹¹⁹⁷ Marckx. Belçika, para.50; Kopecký v. Slovakya, no.44912/98, 28 Eylül 2004, para.35; J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd v. Birleşik Krallık, [GC], no. 44302/02, 20 Ağustos 2007, para.61.

¹¹⁹⁸ Örnek için bkz.: Gemalmaz B, **Mülkiyet Hakkı**, s.399.

doğal olarak davalı devletin ulusal hukukunun referans alınacağını göstermektedir. Dolayısıyla, bir mameleki yararın meşru beklenti olarak kabul edilebilmesi için ulusal hukukta yeterli bir temelinin (yasal dayanağın) olması gerekmektedir. Buna göre, kanunda açıkça hukuki sonuçlar bağlanmış bir hukuki işlem/tasarruf neticesinde belirli bir uygulamanın gerçekleşeceği veya belirli bir hukuki sonucun elde edileceği hallerde, bireylerin meşru beklentiye sahip olduğu kabul edilmektedir¹¹⁹⁹. Yine, talep niteliğindeki bir malvarlığı yararının P-1 m.1 anlamında bir değer/kıymet (assets) olarak nitelendirilebilmesi için, bu talebi destekleyen yerleşik içtihatlar gibi, ulusal hukukta yeterli temelinin bulunması gerekmektedir¹²⁰⁰. Örneğin, potansiyel mirasçının aynı zamanda saklı paylı mirasçı olduğu hallerde, böyle bir mirasçılık statüsünün ulusal hukuk çerçevesinde kazanılması mümkün olduğu ölçüde, böyle bir statü meşru beklenti kapsamında mütalaa edilebilir¹²⁰¹. Bu bakımdan, yabancı mahkeme kararına dayanan bir evlat edinme ilişkisinin tanınmaması nedeniyle birbirlerine mirasçı olmadıkları gerekçesiyle P-1 m.1'in ihlali ileri sürüldüğünde, miras hakkı henüz doğmamış olduğundan, böyle bir iddia doğal olarak reddedilecektir¹²⁰².

Bu ifadeler bizi, tek başına bir yabancı mahkeme kararının P-1 m.1 anlamında mülkiyet hakkının mevcudiyetine yönelik bir meşru beklenti olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği tartışmasına götürmektedir. Mahkeme kararları, daha doğru bir ifadeyle nihai ve icra edilebilir bir mahkeme kararına dayanan bir borcun/alacağın varlığı¹²⁰³, alacaklı nezdinde bir meşru beklenti oluşturmakta ve P-1 m.1 kapsamında görülmektedir¹²⁰⁴. Dolayısıyla, yerel karakterli davalara ilişkin AİHM içtihatları uyarınca, devletler kendi mahkemelerince verilen icra edilebilir bir alacak kararının yerine getirilmesini sağlamakla yükümlü olup, bu tür kararların gecikmeksizin ve etkin bir şekilde yerine getirilmemesi AİHS m.6/1'le birlikte P-1 m.1'in ihlaline neden

¹¹⁹⁹ Bkz.: Pine Valley Developments Ltd. ve diğerleri v. İrlanda, 1272/87, 29 Kasım 1991, para.51.

¹²⁰⁰ Kopecky v. Slovakya, para.52.

¹²⁰¹ Örnek için bkz.: Gemalmaz B., **Mülkiyet Hakkı**, s.399-400.

¹²⁰² Bkz.: Marckx v. Belçika, para.50.

¹²⁰³ Nihai ve bağlayıcı bir tahkim mahkemesince tespit edilen bir alacak kararının da bu kapsamda mütalaa edildiğine dair bkz.: Stran-Greek Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis v. Yunanistan, no.13427787, 9 Aralık 1994, para.61-62; Kin-Stib ve Majkic v. Sırbistan, no.12312/05, 20 Nisan 2010, para.84.

¹²⁰⁴ Agrokompleks v. Ukrayna, no.23465/03, 6 Ekim 2011, para.166; Ponomaryov v. Ukrayna, no.3236/03, 3 Nisan 2008; para.43.

olabilmektedir¹²⁰⁵. Haliyle, alacak hakkının veya başka bir hakkın yabancı bir mahkeme kararından sadır olduğu hallerde, meşru beklentinin ve taraf devletlerin böyle bir yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı konusunda bir tereddüt hâsıl olabilir. Diğer bir ifadeyle, tanınması-tenfizi –henüz- meçhul bir mahkeme kararına dayanan alacak veya benzeri bir hakkın varlığı, tek başına mülkiyet hakkının varlığına yönelik bir meşru beklenti olarak nitelendirilebilir ve P-1 m.1 kapsamında görülebilir mi?

AIHM'nin konumuza ilişkin içtihatlarında, yerel karakterli davaların aksine, yabancı mahkeme kararının bir mevcut hak/meşru beklenti oluşturduğuna yönelik bir ifadeye rastlanmamaktadır. Aşağıda inceleyeceğimiz üzere, bu durum büyük ölçüde söz konusu kararların özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Diğer taraftan yabancı kararın tanınması veya tenfizi taleplerini kabul etmek veya buna izin vermek için gerekli bazı adımları atmayan bir taraf devletin P-1 m.1'den sorumluluğu doğabilir¹²⁰⁶. Dolayısıyla, henüz tanınmamış bir yabancı karara dayanan alacağın/hakkın¹²⁰⁷ tanıma-tenfiz devleti hukukuna göre mevcut ve geçerli olduğu bir hak olduğu söylenemese de, aşağıdaki gerekçelerle ulusal hukukta yeterli bir temele sahip olduğu ölçüde alacak hakkının varlığı konusunda meşru bir beklentinin oluşacağı kanaatindeyiz.

Özel hukuka ilişkin yabancı mahkeme kararlarında yer alan adli hakikatin ve bu adli hakikat sonucunda ortaya çıkan şahsi statünün veya bir hakkın, söz konusu yabancı kararın tanıma-tenfiz prosedürüne tabi kılınmak suretiyle kabul edileceği, tüm taraf devletlerde yasal/yargısal olarak öngörülmüştür¹²⁰⁸. Dolayısıyla, yabancı mahkemeden lehine özel hukuk anlamında bir hak elde eden taraf, tanıma-tenfiz devletinde de söz konusu hakkı tevsik eden yabancı kararın tanınıp tenfiz edilebileceğini ve söz konusu haktan yararlanabileceğini öngörebilir¹²⁰⁹. Başka bir ifadeyle, ilgili tarafın tanıma-tenfiz

¹²⁰⁵ Örneğin bkz.: Burdov v. Rusya; Ponomaryov v. Ukrayna; Cingilli Holding A.Ş. ve Cingillioglu v. Türkiye, no.31833/06 37538/06, 21 Temmuz 2015.

¹²⁰⁶ Vrbica v. Hırvatistan, para.40.

¹²⁰⁷ Burada AIHM, ulusal mahkeme kararıyla veya hakem kararıyla kabul edilen nihai ve icra edilebilir bir alacak hakkı bakımından alacaklının meşru beklentisinden söz etse de, bunu yabancı mahkemece karara bağlanan taşınır veya taşınmaz mallar üzerindeki ayni veya şahsi bir hakkın varlığını ya da miras hakkının varlığını veya kapsamını belirleyen yabancı kararları da kapsayacak şekilde genişletmek mümkündür.

¹²⁰⁸ Bu konuda bir karşılaştırmalı hukuk çalışması için bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s. 67 vd.

¹²⁰⁹ Öngörülebilirlik ile meşru beklenti arasındaki ilişki için bkz.: Gemalmaz B., **Mülkiyet Hakkı**, s.146 vd.

prosedürüne tabi kılınmak suretiyle yabancı mahkemece tespit edilmiş bir hakka (P-1 m.1 anlamında mameleki değer/assets) sahip olabileceği yönünde objektif ve makul bir beklentisinin bulunduğunu söylemek mümkündür. Bu noktada, henüz tanınmamış bir mahkeme kararının, dolayısıyla kararda yer alan hakkın, tanıma-tenfiz devleti hukukunda maddi vakıa/takdiri delil olmak dışında herhangi bir etkisinin olmayacağı itirazı ileri sürülebilirse de, esasen davalı devlet ilgili tarafa maddi vakıadan daha fazlasını, yani yabancı kararla belgelenen hakkı talep etme imkânını sunmaktadır.

Bu açıklamaların P-1 m.1 terminolojisi bakımından anlamı şudur: İlgili tarafa mameleki bir yarar temin eden yabancı kararın tanınacağına/tenfiz edileceğinin taraf devlet hukukunca yasal/yargısal olarak kabul edilmesi, söz konusu mameleki yararın meşru beklenti olarak kabulü için gerekli olan “ulusal hukukta yeterli bir temelinin olması” ölçütünü karşılamaktadır. Böylece, kanunda öngörülen tanıma-tenfiz prosedürüne tabi kılınmak ve bir tanıma-tenfiz kararı elde edilmek suretiyle belirli bir hukuki sonucun (yabancı mahkeme kararında yer alan mameleki yarar/alacak/aynı hak/miras hakkı) elde edileceği konusundaki meşru beklenti de P-1 m.1’in kapsamına ve koruması altına girecektir.

Yukarıda da değindiğimiz üzere, AİHM’nin yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizine ilişkin kararları incelendiğinde, söz konusu kararların kendine has özellikleri, AİHM’nin yabancı mahkeme kararının, daha doğru bir ifadeyle yabancı kararla ortaya çıkan bir mameleki yararın/hakkın bir meşru beklenti olarak kabul edilip edilmeyeceğine yönelik bir değerlendirmede bulunmasını zaten engellemiştir. Bu kararlardan bazılarında, P-1 m.1’in kapsamına giren mevcut/kazanılmış bir hakkın varlığı zaten ulusal hukukça kabul edilmiştir¹²¹⁰. Bazılarında ise, AİHM’nin AİHS

¹²¹⁰ Öztürk v. Türkiye kararında, yabancı boşanma kararının tanınması talebi, söz konusu ilişkinin bir tarafını teşkil eden murisin vefatından sonra kanuni mirasçısı tarafından ileri sürülmüştür. Yani, davalı devlet olan Türk hukukuna göre, başvuru, murisin evlilik dışı çocuğu olarak nüfusa kayıtlı olan başvuruçunun murisin kanuni mirasçısı sıfatına zaten sahiptir. Başvuru, muristen yabancı mahkeme kararıyla boşanan, ancak Türk hukukuna göre murisin ölümü anında onunla halen evli görüldüğü için sağ kalan eş sıfatıyla mirasa ortak olan diğer kanuni mirasçının mirasçılığını bertaraf etmek ve tek mirasçı olmak gayesiyle yabancı boşanma kararının tanınmasını talep etmiştir. Nitekim AİHM, başvuruçunun P-1 m.1 anlamında, mirasın kalan kısmını elde etmek konusunda meşru beklentiye sahip olduğunu belirterek P-1 m.1’in davaya uygulanabilir olduğuna kanaat getirmiştir. Bkz.: Öztürk v. Türkiye, para.48-51. *Vrbica v. Hırvatistan* kararında ise, yabancı mahkemece verilen bir alacak kararının tanınması talep edilmiş ve Hırvat mahkemeleri de yabancı alacak kararının tanınmasına karar vermiştir. Böylece, tanınmış, yani Hırvat hukukunca kabul edilmiş bir alacak hakkına istinaden açılan tenfiz davasının

m.8'e yönelik değerlendirmeleri, P-1 m.1'e yönelik Şikâyetin konu bakımından kabul edilebilirliğine (yani yabancı evlat edinme kararının meşru beklenti olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğine) yönelik muhtemel bir değerlendirmede bulunmasını haklı olarak engellediği söylenebilir¹²¹¹. Bu kararlar dışında, bir taraf lehine bir alacağa hükmedilen bazı tahkim kararlarının tenfizi taleplerinin reddedilmesinin Şikâyetle konu yapıldığı bazı kararlarında da AİHM'nin herhangi bir meşru beklenti değerlendirmesinde bulunmadığı görölmektedir¹²¹².

Bu bakımdan, hakkın mevcudiyetine ve elde edilebileceğine yönelik meşru bir beklentinin bulunup bulunmaması açısından, AİHM'nin yabancı/ulusal mahkeme kararı ayrımı yapmadığını ve muhtemelen yapmayacağını söylemek mümkündür. Böyle bir iddia davalı devlet tarafından ileri sürölse dahi, AİHM başvurucunun yabancı mahkeme kararının tanınacağı/tenfiz edileceği, dolayısıyla yabancı kararda belgelenen haktan yararlanacağı konusunda ulusal kanun hükmüne dayanan bir meşru beklentiye sahip olduğuna karar verebilir. Ezcümle, ulusal hukuka göre özel hukuka ilişkin bir uyuşmazlığın mahkemeye başvurmak suretiyle çözölü neticesinde lehine bir alacak/tazminat veya ayni hak elde edeceği konusunda meşru bir beklentiye sahip olan bir kişi, aynı hakkın yabancı mahkeme kararının tanınması-tenfizi davası açmak suretiyle elde edebileceği konusunda da meşru bir beklentiye sahip bulunmaktadır. Yeter ki, ulusal hukukta söz konusu hakkı tevsik eden yabancı kararın belirli şartlar altında tanınacağı/tenfiz edileceği öngörölüş olsun. Aksi takdirde, tanıma-tenfiz talebinin reddedilmesi başvurucunun P-1 m.1'de güvence altına alınan hakkına müdahale ettiğinden, haliyle müdahalenin meşru olup olmadığından söz edilemez.

zamanaşımının dolduğu gerekęesiyle reddedilmesi Şikâyet edilmiştir. Bkz.: *Vrbica v. Hırvatistan*, para.35.

¹²¹¹ *Negrepointis-Giannisis v. Yunanistan* kararında, yabancı evlat edinme kararına istinaden yeğenini evlat edinen dayının ölölümünden sonra evlatlık/başvurucu tarafından yabancı evlat edinme kararının tanınması talebinin Yunan mahkemelerince reddedilmesi, evlatlık ilişkisinin Yunan hukukunca kabul edilmemesine yol ağmıştır. Haliyle, söz konusu aile ilişkisinin hukuken kabul edilmemesi, söz konusu ilişkinin taraflarının birbirlerine karşı veya üçölncü kişilere karşı ileri sürebilecekleri maddi (P-1 m.1 anlamında ekonomik bir değer ihtiva eden) taleplerin de kabul edilmemesi sonucunu doğuracaktır. Aşağıda, ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz söz konusu kararda, AİHM yabancı evlat edinme kararının tanınması talebinin reddedilmesini, başvurucunun aile hayatına ölçölüsöl bir müdahale olarak nitelendirmiştir. Yunan mahkemelerinin söz konusu evlat edinme ilişkisinin tanınmasını haksız bir şekilde kabul etmemeleri, başvurucunun yasal mirasçılık statölüsüne ve miras hakkına sahip olmasını engellemiştir. Bkz.: *Negrepointis-Giannisis v. Yunanistan*, para.98-100.

¹²¹² Bkz.: *Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis v. Yunanistan*, para.61-62.

c. Tanıma veya Tenfiz Talebinin Tanıma-Tenfiz Usulüne İlişkin Bir Kurala İstinaden Reddedilmesinin P-1 m.1'e Uygunluğu

Yabancı bir mahkeme kararının tanınması-tenfizi talebinin reddedilmesi, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, ya tanıma-tenfiz prosedürüne ilişkin bir kuralın ya da herhangi bir tanıma-tenfiz şartının karşılanmadığı gerekçesine dayanılarak verilecektir. Dolayısıyla, tanımamak-tenfiz etmemek şeklinde gerçekleşen P-1 m.1'e yönelik bir müdahalenin ihlal sonucunu doğurması, iki şekilde karşımıza çıkabilir. Bunlardan ilki olan, tanıma-tenfiz ulusal hukukta yer alan herhangi bir tanıma-tenfiz şartının karşılanmadığı gerekçesiyle reddedilmesi ihtimalini ve AİHM'nin bu konudaki içtihatlarını, çalışmanın ilgili bölümünde ayrıntılı olarak ele alacağız. Bunlardan ikincisi olan, tanıma-tenfiz talebinin yabancı kararın tanınmasını veya tenfizini engelleyen herhangi bir usuli kuralın tatbiki suretiyle tanıma-tenfiz talebinin reddedilmesi ise bu başlığın konusu oluşturmaktadır¹²¹³.

Birinci bölümde açıkladığımız üzere, P-1 m.1 de mutlak nitelikte bir hak olmadığı gibi, P-1 m.1'in devletlere bireylerin mülkiyetlerinden yararlanmalarına müdahale etmeme şeklinde mutlak bir yükümlülüğünden söz edilemez. Zaten, P-1 m.1/1 c.2 ve P-1 m.1/2, devletlerin mülkiyet hakkının kullanımına hangi koşullar altında meşru bir müdahalede bulunabileceğini göstermektedir. Bunlardan ilkinde, bireylerin mülkiyetlerinden ancak "*kamu yararı*" sebebiyle ve "*hukukun/yasanın öngördüğü*" biçimde yoksun bırakılacağı öngörülmüş, diğerinde ise, taraf devletlerin "*genel yarar*" uyarınca ve bu amaçla gerekli yasaları icra ederek bireylerin mülkiyetin kullanımını kontrol etme yetkisi tanınmıştır. P-1 m.1'de yer alan bu iki müdahale tipi/kural arasında, müdahalenin şiddeti dışında, aranan şartlar açısından bir örtüşme bulunmakta olup, son tahlilde ulusal makamların sahip olduğu mülkiyetin kullanımını sınırlama yetkisi, AİHM'nin yapacağı ölçülülük denetimine tabidir¹²¹⁴. Aşağıda inceleyeceğimiz AİHM

¹²¹³ Yabancı mahkeme kararının tanınmasına/tenfizine karar verilmiş olmasına rağmen yabancı kararda vücut bulan alacağın yetkili makamlara atfedilen nedenlerle icra edilememesi, AİHS m.6/1'in olduğu kadar P-1 m.1'in de ihlaline sebebiyet verebilir. Ancak bu durumda doğal olarak, artık yabancı mahkeme kararının tanınması-tenfizi prosedürü tamamlanmış olacaktır. Dolayısıyla, P-1 m.1'in olası ihlali, tanıma-tenfiz mahkemesinin tasarrufundan değil, lehine bir tenfiz kararı elde eden tarafın bu kararı yetkili makamlar vasıtasıyla icra ettirememesinden kaynaklanacaktır. Bu nedenle, bu husus ayrı başlık altında ele alınacaktır.

¹²¹⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Gemalmaz B., **Mülkiyet Hakkı**, s.20-21, 452.

içtihatlarından da anlaşılacağı üzere, bu hususlar prensip olarak yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi taleplerinin reddine/kabulüne karar verildiği haller bakımından da geçerlidir.

Bu bağlamda, taraf devlet mahkemelerince verilen tanıma-tenfize ilişkin herhangi bir karar, ilgili tarafın mülkiyet hakkını güvence altına alan P-1 m.1’de öngörülen koşullara uygun olduğu ölçüde meşru bir müdahale olarak nitelendirilecek, aksi takdirde başvuru mülkiyetinden haksız bir şekilde yoksun bırakılmış olacaktır. Uygulamaya bakıldığında, yabancı mahkeme kararının tanınmaması-tenfiz edilmemesi şeklinde gerçekleşen P-1 m.1’e yönelik müdahalenin meşru olup olmadığının, büyük ölçüde ulusal hukukta yer alan tanıma-tenfiz şartının veya tanıma-tenfiz şartı dışındaki herhangi bir kuralın ulusal mahkemelerce ne şekilde yorumlandığına/uygulandığına bağlı olduğu görülmektedir. Bunlardan ikincisine, daha önce AİHS m.6/1’e ilişkin olarak ayrıntılı bir şekilde ele aldığımız *Öztürk v. Türkiye* ve *Vrbica v. Hırvatistan* kararları örnek verilebilir.

Hatırlanacağı üzere, *Öztürk v. Türkiye* kararında, yabancı boşanma kararının tanınması halinde mirisin tek mirasçısı sıfatını kazanabilecek olan başvurucuya böyle bir dava açmakta hukuki yararının bulunmadığı gerekçesiyle dava açma imkânının tanınmaması, mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak nitelendirilmişti. AİHM, 2675 sayılı MÖHUK m.42’ye ilişkin olarak içtihaden benimsenen hukuki yarar (boşanma kararının tanınması talebinin sadece taraflarca yapılabileceği) şartının Türk mahkemelerince dar ve istisnaya yer vermeyecek şekilde yorumlanmasının davacıya ölçüsüz bir külfet yüklediğini vurgulamıştı. İşte, AİHS m.6/1 açısından yapmış olduğu bu tespit, büyük ölçüde P-1 m.1’e yönelik müdahalenin meşruluğu denetiminde de etkili olmuştur.

Başvurucunun miras hakkına yönelik müdahalenin/mülkiyetten yoksun bırakan red kararının meşru olup olmadığının P-1 m.1/1’deki genel kurala göre belirlenmesi gerektiğini belirten AİHM’nin değerlendirmesinde ölçülülük/adil denge ilkesi belirleyici olmuştur. Esasen, bu tespit şaşırtıcı değildir. Zira 2675 sayılı MÖHUK m.42’te açıkça yer almayan hukuki yarar şartı, Yargıtayın yerleşik içtihatlarıyla tanıma-tenfiz davalarında da aranan ve uygulanan bir şart haline gelmiş olduğundan, yasayla

öngörölüş olma/kanunilik şartını karşılamaktadır. Zaten AİHM de, ulusal mevzuatın soyut olarak incelenmesinden ziyade, müdahaleye neden olan kuralın AİHS'yle bağdaşır bir şekilde yorum ve uygulamaya tabi tutulup tutulmadığının belirlenmesi gerektiğini belirterek bu hususu dolaylı olarak teyit etmiştir¹²¹⁵.

AİHM, AİHS m.6/1'e ilişkin değerlendirmelerine atıf yaparak, ulusal mahkemelerce yorumlanan ilgili kuralın/şartın, bir tanıma kararı elde etme imkânından somut bir şekilde mahrum bırakan ölçüsüz bir külfet yüklediğini ve mahkemeye erişim hakkının özünü zedelediğini vurgulamıştır (para.43). Başvurucunun mahkemeye erişim konusunda maruz kaldığı imkânsızlık, başvurucuyu açık bir şekilde babasına ait boşanma kararının Türkiye'de tanınması imkânından, dolaylı olarak mirasın tamamını elde etmekten mahrum kalmasına yol açmıştır¹²¹⁶. Dolayısıyla, ilgili kuralın/şartın ulusal mahkemelerce çocukların ebeveynlerine ait yabancı kararın tanınmasını – ebeveynleri ölmüş olmasına rağmen- talep edemeyecek şekilde katı ve sınırlayıcı bir şekilde yorumlanması, toplumun genel yararının gerekleri ile mevcut davada babasının malvarlığı üzerinde hak iddia edemeyen başvurucunun haklarının korunması gerekleri arasındaki adil dengeyi bozmuştur¹²¹⁷. Görüldüğü üzere, yabancı kararların tanınması-tenfizi taleplerinin reddedilmesi suretiyle gerçekleşen mülkiyetten yoksun bırakma tasarrufunun ölçülü olup olmadığı, red kararına dayanak teşkil eden ulusal hukuktaki yasal düzenlemenin ulusal yargı organlarınca nasıl yorumlandığına bağlı olarak değişebilir. Ayrıca, bu karar, aşağıda görüleceği üzere, taraf devletlerin P-1 m.1'den kaynaklanan pozitif yükümlülüklerinin yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi davaları bakımından da söz konusu olduğunu göstermektedir.

Öztürk v. Türkiye kararında, P-1 m.1'e yönelik müdahalenin meşruluğunda, söz konusu müdahalenin ölçülülüğü belirleyici rol oynamıştır. Ancak, bu yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizi talebinin reddedildiği her şikâyet başvurusunda red kararıyla neşet eden müdahaleden yoksun bırakmanın ölçülülük temelinde bir değerlendirmeye tabi tutulacağı anlamına gelmemektedir. AİHM, toplumun genel yararının bir gereği olarak ortaya çıkan müdahalenin ölçülülüğünü incelemekten evvel,

¹²¹⁵ Öztürk v. Türkiye, para.52.

¹²¹⁶ Öztürk v. Türkiye, para.53.

¹²¹⁷ Öztürk v. Türkiye, para.54.

söz konusu müdahalenin davalı devletin ulusal mevzuatında yasal temelini olup olmadığı noktasından bir denetim yapmakta ve P-1 m.1'e yönelik müdahalenin kanunilik ilkesine aykırı olduğunu bulgulayabilmektedir.

Örneğin, tanınmasına karar verilen yabancı alacak kararının tenfizi talebinin talebe konu alacağın zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle reddedildiği *Vrbica v. Hırvatistan* kararında, ulusal mahkemelerin yabancı kararın tanınması talebiyle açılan davanın, tanıma davasının Hırvat hukukunda öngörülen zamanaşımının¹²¹⁸ işleyişini kesmediğine dair yorum ve uygulaması P-1 m.1'in kanunilik testini geçememiştir. Zira söz konusu müdahale, yasal bir temele (Hırvat BK hükümleri) sahip olmakla beraber, ulusal hukuktaki hükümlerin ulaşılabilir, öngörülebilir ve belirli olması gerekmektedir. Hırvat mahkemeleri/devleti, tanıma davasının Hırvat BK m.388 anlamında - zamanaşımını kesecek nitelikte- bir dava olmadığı görüşünü desteklemek üzere ileri sürdüğü, bu tür davalarının çekişmesiz bir şekilde görüldüğü iddiaları, bu tür davaların çekişmeli şekilde görülmesi gerektiğine dair Hırvat Yüksek Mahkemesinin yerleşik içtihatlarıyla çelişmektedir¹²¹⁹.

AIHM, aşağıdaki ifadelerle, yabancı mahkeme kararının tanınması davasının açılmasının ulusal hukukta öngörülen zamanaşımını kesmeyeceği şeklindeki yorumun kabul edilemez olduğunu net bir şekilde ortaya koymuştur. Ki bu ifadeler, pek çok ülke hukukunda yabancı kararın tenfizine engel bir sebep olarak görülen zamanaşımı sürelerinin başlangıcı ve işleyişinin ulusal mahkemelerce ne şekilde yorumlanması gerektiğini ortaya koymaktadır. Yabancı bir kararın tanınması için açılan davanın kanuni zamanaşımı süresinin işleyişini kesmeyeceği görüşünün kabulü, davacının yabancı kararın tanınması için açılan davada yaşanacak muhtemel gecikmeler nedeniyle, diğer bir ifadeyle kendi kontrolünde olmayan sebeplerden dolayı, yabancı kararın tenfizini talep etme hakkını kaybetmesine yol açacaktır. Bu durum, hukuki kesinlik ilkesini ciddi bir şekilde tehlikeye atabilecektir ve hukuk devleti ilkesiyle

¹²¹⁸ Karardan anlaşıldığı kadarıyla, zamanaşımı yabancı kararın kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlamıştır. Esasen, yukarıda ayrıntılı olarak ele aldığımız bu kararda, başvuru tarafından zamanaşımı süresi içinde başlatılan tenfiz prosedürü, yerel mahkemeden kaynaklanan çeşitli hatalar nedeniyle birkaç kez sona erip yenilenmiştir. Ancak aynı mahkeme, –davalıların yabancı alacak kararının tenfiz edilemeyeceğine dair itirazı üzerine- tanıma/tenfize konu alacağın Hırvat hukukunda öngörülen kanuni zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle reddetmiştir.

¹²¹⁹ *Vrbica v. Hırvatistan*, para.53-54.

bağdaşmayacaktır. Hırvat mahkemesinin ilgili ulusal hukuku, özellikle Borçlar Kanunu m.388 hükmünü yorumlama ve uygulama yönteminin yabancı kararın tanınması davasını açmakla kanuni zamanaşımı süresinin kesileceğini makul bir şekilde bekleyen başvuru açısından öngörülebilir olmadığından, söz konusu mahkeme kararı şeklindeki müdahale kanunilik ilkesiyle bağdaşmamış ve P-1 m.1’i ihlal etmiştir¹²²⁰.

Sonuç olarak, buraya kadarki tüm açıklamalarımızdan, gerek yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi rejimi ile taraf devletlerin P-1 m.1’den kaynaklanan yükümlülükleri arasındaki ilişkiyi gerekse tanıma-tenfiz taleplerinin bir usuli kurala istinaden reddi/kabulü şeklinde gerçekleşen P-1 m.1’e yönelik müdahalenin meşruluğu denetimi açısından bazı genel çıkarımlarda bulunmak mümkündür.

Bu kapsamda, P-1 m.1’in bireylere mülkiyetlerinden müdahale edilmeksizin yararlanma konusunda mutlak bir hak bahsetmediğini, devletin P-1 m.1’de yer alan koşullar altında mülkiyete müdahale edebileceğini belirtmek gerekir. İkinci olarak, P-1 m.1 lafzından taraf devletlerin bu konudaki yükümlülüğünün mülkiyetin kullanımına müdahale etmeme şeklinde negatif bir mahiyet arz etse de, AİHM’nin içtihadı birikimi P-1 m.1’in aynı zamanda mülkiyet hakkının korunması için gerekli bazı tedbirler alma pozitif yükümlülüğü altında olduğunu göstermektedir¹²²¹. Devletin bu konudaki temel pozitif yükümlülüğü, hak sahibinin özel hukuk kişilerinin hukuka aykırı müdahalelerine karşı koruyacak bir hukuki rejim tanzim etmektir¹²²². Buna göre, taraf devletler özel hukuk kişileri arasındaki yargısal uyuşmazlıklarla ilgili davalarda, bireylerin malvarlığından yararlanabilmeleri için gerekli usuli güvenceleri içeren yargısal usuller sağlamakla yükümlüdür¹²²³. Bu usuller, ulusal yargı organlarının özel hukuk kişileri arasındaki hukuki işlem veya ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda, söz konusu işlem veya ilişkilerden doğan davalara uygulanacak hukuk ışığında etkili ve adil bir yargılama

¹²²⁰ Urbica v. Hırvatistan, para.55-56.

¹²²¹ Örneğin bkz.: Broniowski v. Polonya, para.143.

¹²²² Taraf devletlerin P-1 m.1’e ilişkin pozitif yükümlülükleri ve bu konudaki AİHM’nin içtihadı birikimi hakkına ayrıntılı bilgi için bkz.: Gemalmaz B., **Mülkiyet Hakkı**, s.417-446.

¹²²³ Sovtransavto Holding v. Ukrayna, para.97; Anheuser-Busch INC v. Portekiz, para.83; Kotov v. Rusya, no.54522/00, 3 Nisan 2012, para.114. Diğer taraftan AİHM, *Saccoccia v. Avusturya* kararında, P-1 m.1’in, AİHS m.6/1 gibi, bu konuda açık bir usuli güvence/gereklik ihtiva etmediğini, dolayısıyla bu usuli güvencelerin zorunlu olarak AİHS m.6/1’le aynı olması gerekmediğini de vurgulamıştır. Bkz.: *Saccoccia v. Avusturya*, para.89.

yapabilmelerini sağlamalıdır. Yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizinin kabul edildiği bir hukuk düzeninde, tanıma-tenfiz devleti mahkemesince verilecek herhangi bir karar, doğal olarak davacının veya davalının tanıma-tenfiz devleti hukukunca kabul edilen (P-1 m.1 anlamında) malvarlığı hakları üzerinde olumsuz bir etkiye (müdahaleye) yol açacaktır. Bu bakımdan, prensip olarak, P-1 m.1'in taraf devletlere, bireylerin bu tür davalar yoluyla mülkiyet haklarının korunmasını temin etmek için, P-1 m.1'le bağdaşır (yasaya uygun, meşru ve ölçülü bir müdahale teşkil edecek) bir tanıma-tenfiz usulü, dolayısıyla buna ilişkin kurallar tanzim etme yükümlülüğü getirdiği söylenebilir.

Bununla beraber, bir taraf devlet ulusal hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi için yargısal usuller tanzim etme konusunda mutlak bir yükümlülük altında değildir¹²²⁴. Diğer bir ifadeyle, tıpkı AİHS m.6/1'de olduğu gibi, P-1 m.1 bireylere sahip oldukları mülkiyet hakkından mutlak bir şekilde yararlanma hakkı bahşetmemektedir. Esasen bu husus, AİHS m.6/1'e ilişkin değerlendirmelerimizin mantıki sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Yani, bireylerin maddi hukuka yönelik adalet taleplerini bir hukuk devletinde olması gereken adil yargılanma ilkelerine uygun bir şekilde karara bağlamakla yükümlü olan devletler, prensip olarak yabancı mahkeme kararlarının ortaya çıkardığı sonuçlara kendi hukukunda da her hal ve şartta etki tanımak, bu amaçla yargısal usuller tanzim etmek zorunda değildir. Dolayısıyla, nasıl ki taraf devletlerin özel hukuka ilişkin –bazı- yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizini yasal veya yargısal yollarla hukuken kabul etmedikçe, onların AİHS m.6'den kaynaklanan bir sorumluluğundan söz edilemezse, P-1 m.1 bakımından da benzer bir sorumluluğun var olduğu söylenemeyecektir.

Nitekim bazı özel hukuk ilişkilerini karara bağlayan yabancı mahkeme kararlarının konu itibariyle taraf devletin tanıma-tenfiz rejiminin kapsamı dışında bırakılması buna örnek verilebilir. Örneğin, Türkiye'de bulunan bir taşınmaz üzerinde aynı hak sahipliği değişikliğine yol açan yabancı karar, hakkın varlığı konusunda meşru bir beklentiği ihtiva ettiğinden P-1 m.1'in kapsamına girmektedir. Ancak MÖHUK m.54/b hükmü dolaylı olarak bu tür kararların tenfiz edilebilirliğinin Türk tanıma-tenfiz

¹²²⁴ Bkz.: Akın v. Hollanda, The Law, para.6.

hukukunca kabul edilmediğini göstermektedir. Diğer bir ifadeyle, Türk devleti ülkesinde bulunan taşınmazlar üzerindeki aynı hak sahipliği değişikliğine yol açan davaların münhasıran kendi mahkemelerince görülmesi anlayışını benimsemiş olduğundan, bireylerin mülkiyet hakkının yabancı kararın tanınması-tenfizi suretiyle korunması için bireylere başvurabilecekleri bir yol (tanıma-tenfiz prosedürü) öngörülmemiştir. Dolayısıyla, ulusal mevzuatta bu tür taleplerin P-1 m.1'in (veya AİHS m.8'in) korumasından yararlanamayacağı taraf devletçe önceden öngörülebilir. Şüphesiz, böyle bir korumadan yararlanıp yararlanılamayacağı, yani yabancı kararın konu itibarıyla Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin kapsamına girip girmediğine ilişkin yorum ve değerlendirmeleri AİHM'nin denetimine tabidir.

Diğer taraftan, ulusal hukukunda açıkça kabul etse dahi yabancı bir mahkeme kararını tanıma(ma)sı veya tenfiz etme(me)si, söz konusu devletin zorunlu olarak ve otomatikman P-1 m.1 anlamında sorumluluğunu doğurmayacaktır. Buna göre, başvurucunun devletin öngörmüş olduğu yargısal mekanizmaları (tanıma-tenfiz prosedürünü) harekete geçirmiş olmasına rağmen, açıkça keyfi ve ölçsüz bir müdahalede bulunulmadığı müddetçe, ulusal yargı organlarının sorumluluğu gündeme gelmeyecektir. Bu bakımdan, yabancı mahkeme kararıyla ortaya çıkan bir haktan tanıma-tenfiz devletinde yararlanmak isteyen bir kişinin, öncelikle bu konuda öngörülen yargısal yollara müracaat etmesi gerekmekte olup, ancak söz konusu talebin reddedilmesi halinde tanıma-tenfiz devletin P-1 m.1'den sorumluluğu gündeme gelebilir. Benzer şekilde, yabancı kararın tanınmasına-tenfizine karar verilmesi nedeniyle hukuk düzenince korunan mülkiyet hakkına müdahale edilen davalı söz konusu hakkının korunması amacıyla kendisine tanınan yetkileri (tanıma-tenfiz talebinin reddine yönelik itirazlarını) ileri sürmedikçe, aleyhine karar veren taraf devletin (mahkemesinin) sorumluluğuna gidilemeyecektir.

Böyle bir sorumluluğun ne şekilde ortaya çıkabileceği ise, AİHM'nin yukarıda incelediğimiz kararlarından az da olsa anlaşılmaktadır. Buna göre, P-1 m.1'e yönelik müdahale, yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi prosedürüne uygulanacak hukuki yarar, zamanaşımı veya harç veya teminat yükümlülüğüne ilişkin bir usuli kuralın veya ileride inceleyeceğimiz üzere, herhangi bir tanıma-tenfiz şartının

karşılanmadığı gerekçesiyle reddedilmesi veya –davalının itirazına rağmen- karşılandığı gerekçesiyle kabul edilmesi halinde ortaya çıkabilecektir. Dolayısıyla, mahkemece yabancı mahkeme kararının tanınmasına-tenfizine engel teşkil ettiği veya etmediği belirtilen ilgili yasal düzenlemenin anlamı veya kapsamına ilişkin yorum ve uygulanmasıyla gerçekleşen müdahalenin meşru olup olmadığının tespiti gerekecektir. Hatta bu ifadelerimizin sadece P-1 m.1 açısından değil, AİHS’nde yer alan tüm haklara yönelik gerçekleşen bu tür müdahaleler bakımından geçerli olduğunu belirtmek gerekir.

Bu kapsamda, AİHS m.8’le oldukça benzerlik arz eden P-1 m.1’e yönelik sınırlama rejiminin/müdahalenin meşruluğu denetimi bakımından yabancı kararın tanınması-tenfizi talebinin reddinin/kabulünün yasayla öngörölmüş/kanuni olup olmadığı şartının genellikle karşılanacağını söylemek mümkündür. Zira tanıma-tenfiz taleplerinin reddi ulusal hukukta yer alan çeşitli yasal kurallara veya bu kuralların yorumlanmasıyla elde edilen ulusal mahkeme içtihadına dayanmaktadır. *Vrbica v. Hırvatistan* kararı hariç tutulursa, AİHM P-1 m.1’e yönelik bu tür şikâyet başvurularında tanıma-tenfiz talebinin reddinin ulusal hukukta yer alan bir kurala istinat ettiğini belirtmiş, ardından red kararının ölçülü olup olmadığını değerlendirmiştir. Ayrıca, tanıma-tenfize ilişkin kararlar büyük ölçüde ulusal hukukta yer alan bir usuli kurala veya tanıma-tenfiz şartına dayanacağından, bu tür şikâyet başvurularında AİHM’nin kanunilik testi eksenli bir ihlal bulgulama ihtimali, ölçülölük testine nazaran oldukça düşük olacaktır.

P-1 m.1’e yönelik bu tür bir müdahalenin, yani tanıma-tenfize ilişkin herhangi bir kararın sadece kamu yararı/genel yarar amacıyla gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Bu bakımdan, özellikle her iki tarafının özel hukuk kişisi olduğu ve yabancı kararın tanınma(ma)sına-tenfiz edilme(me)sine bağılı olarak mülkiyet haklarının etkileneceğı bir durumda, bu tür bir müdahalenin nasıl kamu yararı/genel yarara hizmet ettiğı sorusu akla gelebilir. Örneğın, AİHM’nin aile hukukuna ilişkin bir yabancı kararın tanınması talebinin reddedildiğı hallerde, kararın niteliğine bağılı olarak, böyle bir kararın başkalarının haklarının, örneğın davalının veya bir çocuk söz konusuysa çocuğın menfaatlerini koruduğuna kanaat getirdiğı görölmektedir¹²²⁵. P-1

¹²²⁵ Örneğın bkz.: *Hromadka ve Hromadkova v. Rusya*, para.155-163.

m.1'e yönelik müdahalenin meşru olarak kabulü içinse, bunun kamu yararı/genel yarar amacıyla yerine getirilmiş olması aranmaktadır. Bu ifadeden, sanki bireysel yararların korunması amacıyla mülkiyet hakkının sınırlanamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Ancak AİHM, üçüncü kişilerin bireysel yararını sağlamak için yapılan müdahalelerinin kamu yararı amacı güttüğünü kabul ettiği, bireysel yarar ile kamusal yarar özdeşleştirdiği görülmektedir¹²²⁶. Esasen, bireysel çıkarların korunması da, nihayetinde bir bütün olarak kamunun çıkarlarına, insan haklarına uygun demokratik bir sistemin sürdürülmesi amacına hizmet etmektedir. Diğer bir ifadeyle, bireysel yarar üzerinden korunan bir kamusal yarar bulunmaktadır¹²²⁷. Dolayısıyla, bu tür davalarda, yabancı mahkeme kararının tenfizi talebinin reddedilmesinin, bireysel yarar üzerinden kamunun yararını koruma meşru amacına sahip olduğunu söylemek mümkündür. Şöyle ki, tenfiz kararıyla yabancı kararın tenfizini talep eden tarafın/başvurucunun mülkiyet hakkı ve buna bağlı çıkarları ile aleyhine tenfiz talebinde bulunulan tarafın AİHS'nde korunan herhangi bir hakkı (örneğin mülkiyet hakkı) çatışabilir. Örneğin, başvurucuya ait malvarlığı değerlerinde bir artışa neden olacak yabancı karar, yetkisiz mahkemede açılmış veya davalıya tebligat yapılmaksızın veya yeterli savunma imkânı sunulmaksızın yürütülen bir yargılama sonunda veya sahte belge kullanılarak elde edilmiş olabilir. Böyle bir durumda, yabancı mahkemece verilen alacak kararının tenfizine karar verilmesi, AİHS m.6/1'in yanı sıra, aleyhine tenfiz kararı verilen tarafın P-1 m.1'de yer alan hakkına ölçsüz bir müdahale olarak nitelendirilebilir. Hemen hemen tüm taraf devletlerin tanıma-tenfiz rejimlerinde kabul edilen birtakım tenfiz engelleri, somut bir davada bir taraftan davalının adil yargılanma ve dolayısıyla mülkiyet haklarını korumak mülahazasıyla devreye sokulmaktadır. Bu nedenle, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi taleplerinin reddedilmesi, bireylerin adaletin işleyişine güven duymalarını da sağlaması itibarıyla, bireylerin Sözleşmesel haklarının ve buna bağlı olarak menfaatlerinin korunması zımında bir bütün olarak kamunun yararının korunmasına hizmet etmektedir. Bu nedenle, AİHM'nin bu tür davalarda tanıma-tenfiz talebinin reddedilmesinin kamu yararı/genel yarara hizmet ettiğine kanaat getirmesi kuvvetle muhtemeldir.

¹²²⁶ Bu konudaki içtihatlar için bkz.: Gemalmaz B., **Mülkiyet Hakkı**, s.478-480.

¹²²⁷ Gemalmaz B., **Mülkiyet Hakkı**, s.478.

Yabancı mahkeme kararının tanınması-tenfizi talebinin reddedilmesine dayanak teşkil eden ve esasen ulusal hukukta yasal bir temele sahip olan ilgili usuli kuralın veya tanıma-tenfiz şartının varlığının, tek başına P-1 m.1'in ihlaline yol açmayacağı, özellikle *Öztürk v. Türkiye* ve aşağıda inceleyeceğimiz *Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan* kararlarından açıkça anlaşılmaktadır. P-1 m.1'in ihlaline yol açacak husus, tıpkı AİHS m.6/1'de olduğu gibi, ulusal mahkemelerce ilgili ulusal hukukta yer alan ilgili kuralın, daha doğrusu kuralın içeriğinin ve kapsamının yorumlanmasından kaynaklanabilecektir. Bu bakımdan, her ne kadar P-1 m.1'in metninde açıkça yer almasa da, ulusal mahkemelerin toplumun menfaatleri ile başvurucunun hakları arasında adil bir denge kurup kurmadıkları, diğer bir ifadeyle ölçülülük ilkesinin/testinin bu noktada belirleyici olduğu görülmektedir. Nitekim *Öztürk v. Türkiye* kararında, ulusal hukukta yer alan bir kural katı bir şekilde yorumlamak suretiyle başvurucuyu tanıma davası açmaktan ve mülkiyetinden yoksun bırakan ulusal mahkemeler, toplumun bu konudaki genel yararının korunması gereğiyle kıyaslandığında, başvurucunun mülkiyet hakkına ölçüsüz bir müdahalede bulunmuş, her iki menfaat arasında adil bir denge kuramamıştır. Bu nedenle, AİHS m.6/1'de olduğu gibi, P-1 m.1 ve hatta diğer Sözleşmesel haklar açısından ulusal mevzuatta yer alan tanıma-tenfize ilişkin bir kuralın tek başına AİHS'ne aykırı olarak nitelendirilemeyeceğini tekraren vurgulamak gerekir. Burada, ilgili kuralın getirilmesiyle korunmak istenen menfaat ile tanıma-tenfiz davasının taraflarının veya üçüncü bir kişinin menfaatleri arasında makul ve adil bir dengenin tesis edilip edilmediği önem arz etmektedir.

C. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması-Tenfizi Şartlarının Yorumu ve Tatbiki ile AİHS'nde Yer Alan Haklar Arasındaki İlişki

1. Genel Olarak

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi rejimi tanzim etmek suretiyle, yabancı kararın kendi hukuk düzeninde çeşitli hukuki sonuçlar doğurmasını kabul eden devletlerin, bunu tanıma-tenfiz şartları (engelleri) olarak ifade edilen, birtakım soyut ve genel nitelikli kurallarda vücut bulmuş şartlara tabi kıldığını belirtmiştik. Türk hukukunda yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve

verildiği devlet kanunlarına göre kesinleşmiş mahkeme kararlarının tanıma-tenfiz davalarına konu yapılabileceği öngörülmüştür (MÖHUK m.50). Tanıma-tenfizin ön koşulları olarak ifade edilen bu şartları karşılayan bir yabancı kararın, tanıma-tenfizin asıl şartları olarak ifade edilen, tenfize konu kararı veren mahkemenin bağlı olduğu devlet ile Türkiye arasında mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin karşılıklılığın varlığı, yabancı kararı veren mahkemenin yetkisinin Türk tanıma-tenfiz hukukunca benimsenen yetkiye ilişkin kriterleri (aşkın yetki-münhasır yetki denetimi) karşılaması, yabancı kararın kamu düzenine açıkça aykırı olmaması, yabancı mahkemede davalının (bazı) savunma haklarına riayet edilmiş olması şartlarına tabi tutulacaktır (MÖHUK m.54).

Karşılaştırmalı hukukta da kısmen veya tamamen benimsenen bu şartların bir kısmının tamamen tanıma-tenfiz devletin menfaatlerini veya sahip olduğu egemenliğini muhafaza etmek veya milletlerarası toplum nezdinde varlığını yansıtmak gayesiyle tanzim edildiğini belirtmiştik. Bazı tanıma-tenfiz şartlarının temel amacının ise, esasen kendi hukuk düzenlerinin temelini teşkil eden birtakım temel adalet ilkelerinin ve temel değerlerinin, bu kapsamda –davalının- temel hak ve özgürlüklerinin korunması olduğunu söylemek mümkündür. Kural olarak, hangi amaçlarla ve ne şekilde düzenlenirse düzenlensin, açılan bir tanıma-tenfiz davasında bu şartların her birinin karşılanıp karşılanmadığının (ve hangi gerekçeyle karşılan(ma)dığının) gerek davacının gerekse davalının AİHS’nde güvence altına alınan haklarıyla bağdaşır bir şekilde tespiti, dolayısıyla tanıma-tenfiz talebinin reddi veya kabul edilmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, taraf devletlerin insan haklarından kaynaklanan yükümlülükleri, söz konusu tanıma-tenfiz şartlarının somut bir davada mevcut olup olmadığını, dolayısıyla kararın tanıma-tenfize ehil olup olmadığını denetlerken hem davalının hem davacının korunması gereken haklarını gözetmeyi gerektirmektedir.

Bu da, esasen, davacıların yabancı mahkeme kararının tanınmasındaki menfaati/taraf devletin tanıma yükümlülüğü ile davalıların tanıma-tenfiz talebinin reddedilmesi konusundaki menfaatleri/tanınamama yükümlülüğü arasında, davanın özelliklerini de dikkate alarak ve söz konusu şartları bu kapsamda değerlendirerek bir denge kurmayı gerektirmektedir. Bu bakımdan, prensip olarak, görülmekte olan bir tanıma-tenfiz davasında, karşılanıp karşılanmadığı tartışma konusu olan bir tanıma-

tenfiz şartının/engelinin anlamı, içeriği ve kapsamının AİHS’nde yer alan temel hak ve özgürlüklerle bağdaşacak bir şekilde yorumlanması veya değerlendirilmesi ve uygulanması böyle bir dengenin tesisinde ulusal mahkemelere yol gösterici olacaktır. Bu nedenle, söz konusu tanıma-tenfiz şartlarından hareketle taraf devletlerin AİHS’nden kaynaklanan çeşitli yükümlülükleri ekseninde yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi şartları ile AİHS’nde yer alan haklar arasındaki ilişkiyi, AİHM içtihatlarına yansıdığı ölçüde ele alacağız. Böylece, ilgili her bir şartın amacı, anlamı ve içeriğinin belirlenmesinde ve/veya uygulanmasında AİHS’nde yer alan hakların mevcut veya muhtemel etkilerini incelemek, bir tanıma-tenfiz şartının AİHS’yle bağdaşmayacak şekilde yorumu ve tatbikiyle gerçekleşebilecek olası bir ihlali önlemek bakımından yararlı olacaktır.

Bu bağlamda, bazı tanıma-tenfiz şartları ile yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi davalarını AİHS’yle bağdaşır bir şekilde görüp karara bağlama yükümlülüğünün bir alt unsuru olarak mütalaa ettiğimiz yabancı mahkeme kararlarının AİHS’ne uygunluğunu denetleme yükümlülüğü arasında yakın ve sıkı bir ilişkinin bulunduğu unutulmamalıdır. Hatırlanacağı üzere, AİHM’nin çeşitli içtihatları uyarınca, taraf devlet mahkemeleri, tanıma-tenfize konu kararın verildiği yabancı ülkedeki yargılamanın AİHS m.6/1’le ve/veya yabancı ülkedeki yargılama sonucunda verilen kararın davalının AİHS’nde yer alan bir temel hakkıyla bağdaşır bağdaşmadığını denetlemek/araştırmak durumundadır¹²²⁸. Böyle bir yükümlülüğün ulusal seviyedeki izdüşümünü sadece ulusal hukuklarda değil uluslararası anlaşmalarda da ittifakla benimsenen “kamu düzenine açıkça aykırı olmama” ile bu şartın özel bir görünümü mahiyetindeki “davalının savunma haklarına riayet edilmiş olma” şartlarının oluşturduğunu söylemiştik. Dolayısıyla, AİHM’nin bu konudaki kararlarından da anlaşıldığı üzere, bir taraf devlet mahkemesinin davalının Sözleşmesel haklarını korumaya matuf bu iki tanıma-tenfiz şartının karşılanıp karşılanmadığı konusundaki yorum ve değerlendirmeleri, haliyle AİHS’nden kaynaklanan denetleme yükümlülüğüne riayet edilip edilmediğinin tespitinde belirleyici olacaktır. Bu nedenle, aslında aynı amaca hizmet eden bu iki tanıma-tenfiz şartı ile taraf devletlerin

¹²²⁸ Pellegrini v. İtalya; Avontis v. Letonya; Sacoccia v. Avusturya; Lindberg v. İsveç.

AİHS’nden kaynaklanan yabancı kararın/yargılamanın AİHS’ne uygunluğunu denetleme yükümlülüğü arasındaki ilişkiyi, AİHM’nin konuya ilişkin içtihatlarını referans alarak inceleyeceğiz.

2. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfiz Taleplerinin Mütakabiliyet Şartına Bağlanması ile AİHS Arasındaki İlişki

a. Genel Olarak

Genellikle yabancılar hukukunda uygulama alanı bulan¹²²⁹ mütakabiliyet (karşılıklılık) esas, yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde de uygulama alanı bulmaktadır. Türk hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tenfizine karar verilebilmesi için tenfize konu kararın verildiği ülke ile Türkiye arasında karşılıklılık esasına dayanan bir uluslararası anlaşmanın ya da o devlette Türk mahkemelerince verilmiş kararların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiili uygulamanın bulunması gereklidir (MÖHUK m.54/a). Buna göre, bu şartın karşılanması için, benzer bir konudaki Türk mahkemesi kararının tenfize konu kararın verildiği devlette de tenfiz edilebileceğini gösteren bir uluslararası anlaşmanın veya fiili bir uygulamanın ya da söz konusu devlet hukukunda –aynı veya benzer şartlar altında- buna imkân tanıyan bir yasal düzenlemenin varlığının tespiti yeterlidir. Türk pozitif hukukunda 2675 sayılı MÖHUK’tan önce de kabul edilmiş olan mütakabiliyet, pek çok devletin ulusal tanıma-tenfiz rejiminde öngörülen bir şart olmaktan çıktığı görülmekle birlikte¹²³⁰, karşılaştırmalı hukukta tanıma-tenfiz şartı olarak varlığını genel olarak ve büyük oranda muhafaza etmektedir¹²³¹. Bununla beraber, diğer ülke hukuklarına nazaran

¹²²⁹ Bkz.: Aysel Çelikel/Günseli Öztekin Gelgel, **Yabancılar Hukuku**, 23. Bası, İstanbul 2017, s.70 vd.; Gülören Tekinalp, **Türk Yabancılar Hukuku**, 8.Bası, Beta, İstanbul 2003, s.20; Vahit Doğan, **Türk Yabancılar Hukuku**, 2. Bası, Ankara 2017, s.38-39; Bülent Çiçekli, **Yabancılar Hukuku**, 4.Bası, Seçkin, Ankara 2013, s.48.

¹²³⁰ İsviçre, Belçika, Litvanya, Bulgaristan, Makedonya, Polonya, Karadağ, İspanya, Venezuela gibi ülkelerde mütakabiliyet şartının bir tanıma-tenfiz şartı olarak terkedildiği belirtilmektedir. Bkz.: Belight Elbalti, “Reciprocity and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A lot of Bark but not much bite”, **JPIL**, Vol.13, No.1, 2017, s.187.

¹²³¹ Örneğin, Slovenya, Çekya, Romanya, Tunus gibi ülkelerde karşılıklılık yasal bir tanıma-tenfiz şartı olarak kabul edilmişken, kimi ülkelerde (Almanya, İsrail, Japonya) mevcut mütakabiliyet şartı mahkeme tatbikatıyla yumuşatılmış ve tenfize konu kararın verildiği devlette tenfiz devleti mahkemesince verilen kararın tenfizinin mümkün/muhtemel olması yeterli kabul edilmiştir. Bkz.: Elbalti, **a.g.m.**, s.188, 194-195. Pek çok devlette (örneğin, Hollanda, İsveç, Norveç, Danimarka, Finlandiya, Avusturya, Rusya, Belarus, Ermenistan, Özbekistan, Çin, Kuzey Kore, Ukrayna, Vietnam), mütakabiliyetin varlığı yabancı kararların tenfizi rejiminin temelini oluşturmakta olup, mütakabiliyet resmi olarak bir anlaşma veya

mütekabiliyetin mümkün olan her halinin benimsenmiş olması karşısında, prensip olarak Türk hukukunun karşılaştırmalı hukukta benimsenen mütekabiliyet anlayışına nazaran daha geniş kapsamlı ve yabancı kararın tenfizini daha da mümkün kılacak mahiyette olduğu söylenebilir.

Türk hukukunda, MÖHUK m.54/a'nın lafzından anlaşıldığı kadarıyla, akdi, kanuni veya fiili mütekabiliyetten herhangi birinin mevcudiyeti, esasen mütekabiliyet şartının karşılandığının tespiti bakımından yeterlidir¹²³². Bu bakımdan, tenfiz mahkemesince resen araştırılması gereken bir şart olarak, hukuki veya fiili mütekabiliyetin var olup olmadığı araştırılmaksızın, sadece iki devlet arasında mahkeme kararlarının tenfizini mümkün kılan bir anlaşmanın bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmesi yerinde olmayacaktır¹²³³. Yine, ilamların tenfizi konusunda akdi veya fiili bir mütekabiliyetin olmadığı durumlarda, mahkemelerin kanuni mütekabiliyetin var olup olmadığını araştırmaları gerekmektedir¹²³⁴. Burada kanuni mütekabiliyet ile tenfize konu kararın verildiği ülkede benzer nitelikteki Türk mahkeme kararlarının bu konudaki bir kanun hükmüne istinaden tenfizinin mümkün olması kastedilmektedir¹²³⁵. Nitekim uygulamada, tenfize konu kararın verildiği devlet ile Türk hukukunda yer alan tanıma-tenfiz şartları arasında bir denkliğin veya benzerliğin varlığı halinde

devletin bu yöndeki bir beyanıyla tesis edilmekte, tek başına fiili mütekabiliyetin varlığı veya varlığı ihtimali tek başına yeterli olmamaktadır. Buna rağmen, kimi devletlerde bu tür katı bir mütekabiliyet anlayışı içtihatlar yoluyla (örneğin, Rusya) yumuşatılmış veya yasal değişikliklerle etkisi yumuşatılmıştır. Örneğin Ukrayna hukukunda, tenfize konu kararı veren devlette Ukrayna mahkeme kararlarının tenfiz edilmediği ispat edilmedikçe, mütekabiliyetin olduğu varsayılmaktadır. Bkz.: Elbalti, **a.g.m.**, s.196-200. Ayrıca, kimi devletlerde, bu konudaki yasal düzenlemelerin sınırlayıcı ifadelerine rağmen, bazı hallerde yabancı kararların tanınmak suretiyle kesin hüküm etkisinden yararlanılabileceği öngörülmektedir. Örneğin, Hollanda hukukunda bir uluslararası anlaşmanın yokluğu nedeniyle tenfiz edilmeyen bir kararın tenfizi amacıyla yeni bir dava açılarak (pseudo-enforcement proceedings, sözde bir tenfiz davası) yabancı kararın tanınmasının talep edilebileceği ve bu tanıma kararının Hollanda mahkemelerince verilecek yeni kararda esas alınabileceği ifade edilmektedir. Yine, tenfize konu kararın münhasır nitelikteki bir yetki anlaşmasına istinaden yetkili kılınan bir mahkemece verildiği hallerde söz konusu kararın etkisinin içtihaden (Hollanda, İsveç ve Danimarka) veya kanunen (Norveç) kabul edildiği belirtilmektedir. Bkz.: Elbalti, **a.g.m.**, s.209-212.

¹²³² Nomer, **DHH**, s.518-519; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.48.

¹²³³ Bkz.: Yargıtay 2. HD, E. 1984/9493 K. 1984/9667 T. 22.11.1984, (Çevrimiçi, www.lexpera.com.tr, 28 Haziran 2018).

¹²³⁴ Bkz.: Yargıtay 2. HD, E.1996/2955, K.1996/5085, 7.14.5.1996 (Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s.162, dn.247).

¹²³⁵ Bkz.: Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.705-706; Nomer, **DHH**, s.520; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s.170; Ertaş, **a.g.m.**, s.392;393; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.526.

mütekabiliyetin var olduğu kabul edilmiştir¹²³⁶. Şüphesiz, akdi veya kanuni mütekabiliyetin yokluğuna rağmen, benzer nitelikteki Türk mahkeme kararlarının tenfizine karar verildiğinin tespiti halinde mütekabiliyet koşulu gerçekleşmiş sayılacaktır¹²³⁷. Diğer taraftan, Türk mahkeme tatbikatında¹²³⁸ ve doktrininde¹²³⁹, bu üç mütekabiliyet türünden fiili mütekabiliyetin, akdi veya kanuni mütekabiliyete rağmen etkin olduğu, akdi veya kanuni mütekabiliyetin varlığına rağmen tenfize konu kararın verildiği devlet mahkemelerince Türk mahkeme kararlarının fiilen tenfiz edilmiyor olması halinde, mütekabiliyet şartının gerçekleşmemiş olduğu kabul edilmektedir. Bu noktada, yabancı ülkede benzer nitelikteki herhangi bir Türk mahkeme kararının tenfizine yönelik bir talep olmadığından henüz bir uygulamaya rastlanmamış olması¹²⁴⁰ veya Türk mahkemesince verilen kararın tenfizi talebinin haklı bir nedenle reddedilmesi halinde olumsuz bir uygulamanın varlığından söz edilemeyecektir¹²⁴¹. Buna karşın, fiili mütekabiliyeti akdi veya kanuni mütekabiliyete üstün kabul eden bu yaklaşımın yerinde olmadığı, her birinin birbirine alternatif teşkil edecek şekilde düzenlenmiş olduğu da ileri sürülmektedir¹²⁴² ki maddenin lafzına bakıldığında bu görüşte haklılık payı vardır.

¹²³⁶ Örneğin Yargıtay tarafından Türkiye ile tenfize konu kararın verildiği İsviçre (Yargıtay 11.HD E.1985/6511, K.6766, T.6.12.1985 tarihli kararı ile onanan İstanbul 3. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin E.1983/367, K.1983/773 ve 14.11.1984 tarihli kararı. Bkz.: Aysel Çelikel/Ergin Nomer/F. Kerem Giray/Emre Esen, **Milletlerarası Özel Hukuk – Pratik Çalışma Kitabı**, 14. Baskı, Beta, İstanbul, 2018, s.497), Almanya (Yargıtay HGK, E.1990/13-3, K.1990/347, T.13.6.1990. Bkz.: Çelikel/Nomer/Giray/Esen, **14.bası**, s.532 vd.), İngitere (Yargıtay 11. HD E.2011/76, K.2012/6825, T.25.4.2012. Bkz.: Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s.172.) ve Bulgaristan (Yargıtay 2. HD, E.2007/11442, K.2007/1293, T.6.2.2007. Bkz.: Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s.162, dn.247) arasında kanuni mütekabiliyetin varlığı kabul edilmiştir.

¹²³⁷ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.709. Örneğin, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.2005/14315, K.2007/1989 ve 12.2.2007 tarihli kararında, Türk mahkemelerince verilen kararların İsrail mahkemelerince fiilen tenfiz edildiğine dair İsrail Adalet Bakanlığınca gösterilen yazıdan hareketle, tenfiz için fiili uygulamanın yeterli olduğunu gözetmeyen yerel mahkeme kararını bozmuştur. Karar için bkz.: Ruhi, **a.g.e.**, s.352-353.

¹²³⁸ Örneğin, E.2008/1284, K.2009/980 ve 30.1.2009 tarihli kararında, Suriye Medeni Usul Kanununa göre, kanuni mütekabiliyetin var olduğu sonucuna ulaşan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, sözleşme veya kanuni mütekabiliyet olmasına rağmen, yabancı ülke mahkemeleri Türk mahkeme kararlarını fiilen tenfiz etmiyor ise, mütekabiliyetin gerçekleşmeyeceğini, olumsuz yöndeki fiili mütekabiliyetin akdi veya kanuni mütekabiliyete karşı etkin olduğunu belirtmiştir. Buna göre, Türk mahkemesi kararının yabancı ülkedeki kanuni hükümlere istinaden tenfizi mümkün olmasına rağmen, tenfizin fiilen reddedildiğinin ispatı halinde, mütekabiliyet şartı karşılanmamış olacaktır. Karar için bkz.: Ruhi, **a.g.e.**, s.334-336.

¹²³⁹ Bkz.: Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.710; Nomer, **DHH**, s.519; Doğan, **MÖH**, s.114; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.526 dn.371; Cemal Şanlı, “Türk Hukukunda Çocukların Velayetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, **MHB**, Yıl.16, S.1-2, 1996, s.75.

¹²⁴⁰ Nomer, **DHH**, s.519; Doğan, **MÖH**, s.114; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.534.

¹²⁴¹ Yargıtay 11. HD, E.2008/1284, K.2009/980, T.30.1. 2009, (Ruhi, **a.g.e.**, s.336).

¹²⁴² Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s.161.

Yukarıda, yabancı mahkeme kararlarının tenfizi için gerekli olan mütakabiliyetin kapsamı ve türleri ile bunların ne şekilde tatbik edildiğine genel hatlarıyla değindik. Mevcut hukuki durum bir yana bırakılırsa, söz konusu şartın bir tenfiz engeli olarak benimsenmiş olması, tanıma-tenfiz hukuku açısından yerindeliği ve gerekliliği geçmişten beri tartışılmalı bir konu olup güncelliğini halen muhafaza etmektedir. Bu konudaki eleştirilerin temelinde, bu şartın tarafların menfaatlerini ilgilendirmemesi, tamamen tenfiz devletinin menfaatlerini gözetmek gayesiyle tanzim edilmiş siyasi nitelikte bir şart olması yatmaktadır¹²⁴³. Dolayısıyla bu hususun ele alınması, mütakabiliyetin varlığı nedeniyle tenfiz talebinin reddi kararlarının, özellikle hukuki veya fiili mütakabiliyetin var olup olmadığına yönelik değerlendirmelerinin AİHS'ne uygunluğunu değerlendirmek bakımından yararlı olacağı düşüncesindeyiz. Böyle bir inceleme, AİHS'nin olası bir ihlalini engellemek adına Türk mahkemelerinin nasıl hareket etmesi gerektiğini veya olası bir şikâyet başvurusunda AİHM'nin nasıl hareket edebileceğini değerlendirmek bakımından yol gösterici olacaktır.

b. Mütakabiliyetin Bir Tenfiz Engeli Olarak Aranmasının Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi Hukuku Bakımından Yerindeliği

Milletlerarası özel hukuk doktrinde, yabancı ilamların tenfiz edilebilmesi için mütakabiliyetin aranmasının gerekliliği ve yerindeliği haklı olarak sorgulanmaktadır. Bir devletin, yabancı kararın taraflarının menfaatlerinin ikinci plana atılmasını haklı gösterecek ne tür bir menfaatinin olduğu veya bu konuda bir menfaatinin olup olmadığı bu sorgulamanın temelini oluşturmaktadır.

Genellikle yabancılar hukuku alanında uygulama alanı bulan mütakabiliyet, esasen siyasi, hukuki veya ekonomik bir fedakârlığa katlanan devletlerin, diğer devletleri belirli bir davranışta bulunmaya icbar etme vasıtası olarak nitelendirilmektedir¹²⁴⁴. Mütakabiliyet, kişilerin vatandaşı oldukları devletin belirli davranışlarının sonuçlarına katlanmakta olduğu fikrine dayanmakta ve hukuki olmaktan çok siyasi bir mukabele tedbiri teşkil etmektedir¹²⁴⁵. Bu açıdan bakıldığında, bu şartın

¹²⁴³ Nomer, **DHH**, s.519-520; Sakmar, **a.g.e.**, s.90; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.49; Tütüncübaşı, **Çekişmesiz Yargı**, s.195-196; Demirkol, **a.g.e.**, s.39.

¹²⁴⁴ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.336.

¹²⁴⁵ Sakmar, **a.g.e.**, s.89.

temel gayesinin Türk mahkemelerinden verilen kararların yurt dışında tenfizini sağlamak olduğu söylenebilir¹²⁴⁶. Buna karşın, tenfizde bu şartın varlığının yabancı devletlerin davranışlarına herhangi bir etkisinin olup olmadığı da belirsizdir. Oldukça uzun bir geçmişe sahip olmasına, hatta yabancı kararlarının tenfizi sisteminin teorik temelini teşkil ettiği belirtilmesine¹²⁴⁷ rağmen, devletlerin yabancı kararların tenfizi konusundaki politikalarını değiştirmeye sevk ettiği kolaylıkla söylenemez¹²⁴⁸. Diğer taraftan, mahkemelerince verilen kararların başka bir devlette tenfiz edilmesinde herhangi bir menfaati olmayan bir devletin, sahip olduğu egemenliğin bir sonucu olarak, yabancı kararların tenfizine imkân tanımayan herhangi bir devlete ait mahkeme kararlarına ülkesinde icrai etkiler tanıyıp tanımamakta tamamen serbest olduğu da bir gerçektir.

Bu bakımdan, tamamen tenfiz devletinin tercihine kalmış olan mütekabiliyet yabancı kararın taraflarına değil, tenfize konu kararı veren mahkemenin bağlı olduğu devlete yönelik bir şart olması itibariyle, bir devletin böyle bir şartı tanıma-tenfiz rejiminin bir parçası olarak öngörmesi, tamamen psikolojik/manevi bir gereksinimin varlığıyla izah edilebilir. Örneğin, devletin itibarı ve onurunu koruması, devletin ulusal egemenliğini yabancı yargısal otoritelerin müdahalelerine karşı korunması, egemen devletler arasındaki eşitliğin korunması amacıyla bu kuralın varlığının muhafaza edildiği söylenebilir. Nitekim doktrinde de, Türk mahkeme kararlarını tenfiz etmeyen bir devletin mahkeme kararlarına Türk mahkemelerinde etki tanınmasının herhangi haklı nedeni olmadığı, bunun devletin sahip olduğu yargı yetkisinden fedakârlık anlamına geleceği, bu nedenle bu fedakârlığın karşılığının beklenmesinin normal olduğu ifade edilmektedir¹²⁴⁹. Ayrıca, tenfiz mahkemesinin yabancı yargı sisteminin bağımsızlığı veya tarafsızlığı gibi hassas meselelerin yargılama esnasında tartışılmasından kaçınmasına imkân tanınması itibariyle yararlı olarak dahi görülebilir. Bu açıdan bakıldığında, devletlerin yabancı kararların kendi ülkelerindeki etkinliğine

¹²⁴⁶ Arat, **a.g.m.**, s.503.

¹²⁴⁷ Arat, **a.g.m.**, s.503; Güven, **a.g.e.**, s.91; İhsan Saracoğlu, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi”, **İBD**, C.49, S.9-10, 1975, s.817; Mehmet Tezgel, **Türk Hukukunda Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.153.

¹²⁴⁸ Bkz.: Elbalti, **a.g.m.**, s.214; Sakmar, **a.g.e.**, s.89.

¹²⁴⁹ Bkz.: Demirkol, **a.g.e.**, s.50 dn.180'deki yazarlar.

izin verip vermemek bakımından sahip oldukları yetkiyi/kozu her zaman ellerinde bulundurma ihtiyacı hissettikleri söylenebilir¹²⁵⁰.

Bununla beraber, aynı zamanda verildiği devletin egemenliğinin bir tezahürü olan bir mahkeme kararına koşulsuz olarak etkinlik tanınmadığı da unutulmamalıdır. Yabancı bir mahkeme kararı ülkede icra edilebilirlik vasfını, tenfiz devleti mahkemelerince yürütülen bir prosedür sonucunda verilen ve yabancı kararın kendi hukukuna uygunluğunu kabul eden bir mahkeme kararından almaktadır¹²⁵¹. Haliyle, mütekabiliyet şartının aranmaması, pratikte tenfiz devletin yargısal bir kapitülasyona maruz kalacağı ve egemenliğinin zedeleneyeceği anlamına gelmemekte, bilakis tenfiz devletin de yargısal egemenliğe sahip olduğunu dolaylı olarak göstermektedir. Dolayısıyla, bu tür psikolojik ve soyut gerekçeler bir tarafa bırakılırsa, -tenfiz devleti açısından- mütekabiliyet şartının aranmasını haklı gösteren herhangi bir neden veya bir devlet menfaati bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, yabancı kararların tenfizini hukuken kabul eden bir devletin, bunu akdi, kanuni veya fiili mütekabiliyet esaslarına istinaden belirli devletlere ait mahkeme kararlarıyla sınırlamak bakımından da tamamen bir serbestiye sahip olduğu, dolayısıyla bunun bir tercih sorunu olduğu da gerçektir. Zira belirli devletlere ait mahkeme kararlarını tenfiz edeceğini öngörmek, prensip olarak yargı yetkisine sahip devletin uluslararası hukuk açısından herhangi bir sorumluluğuna yol açmayacaktır, meğerki tenfiz talebini söz konusu şart nedeniyle reddettiği ilgili tarafa kendi mahkemelerine erişim imkânı tanımamış olsun.

Meseleye yabancı mahkeme kararlarının tenfizi davalarının amacı ve bireylerin bu konudaki menfaatleri açısından bakacak olursak, tenfizde bu şartın aranmasının ne kadar yerinde ve gerekli olduğu daha somut bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Öncelikle, tenfizde aranan mütekabiliyet, yabancılar hukukunda veya teminat yatırma yükümlülüğünde öngörülen mütekabiliyetten farklı olarak, yabancı devletin vatandaşlarına yönelik bir tedbir mahiyetinde değildir. Şöyle ki, tenfiz talebinde

¹²⁵⁰ Bkz.: Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.49; Elbalti, **a.g.m.**, s.216.

¹²⁵¹ Bu husus doktrinde yabancı ilamların tenfizi bakımından şu şekilde ifade edilmiştir: “...icra kabiliyeti yabancı ilama değil, Türk mahkemesinin kararına bağlanmakta ve icra organı sonuç itibariyle Türk milleti adına verilen karara uyarak işlem yapmış olmaktadır.” Bkz.: Sakmar, **a.g.e.**, s.144.

bulunan kiři her zaman kararın verildiği devlet vatandaşı olmayabileceği gibi, tenfiz devleti vatandaşı da olabilir. Yine, kararın verildiği devlet vatandaşı olmayan, ancak belki de söz konusu devlet mahkemesine başvurmak veya o ũlkede aleyhine ačılan bir davayı savunmak zorunda kalan bireyler de söz konusu olabilir. Bu durumda, ister vatandaş isterse yabancı olsun, salt ũçũncũ devletler ile –belki de henũz olmayan- siyasi ilişkilere dayanarak bireylerin elde etmiş oldukları ũzel hukuka ilişkin haklarından istifade etmeleri kısıtlanmış olmaktadır¹²⁵². Ayrıca, yabancılar hukukunda benimsenen mũtekabiliyetin temelinde, Tũrk vatandaşlarının yabancıнын vatandaşı olduğu ũlkede aynı veya benzer haklardan yararlanmasını temin etme dũřũncesi yatmaktadır¹²⁵³. Yabancılar hukukunda teorik mahiyette de olsa Tũrk vatandaşlarının menfaatlerine hizmet eden mũtekabiliyet, tenfizde ise bireylerin menfaatleri bir yana, duruma gũre lehine bir karar elde eden Tũrk vatandaşlarının zarara uğramasının gũze alınması anlamına gelmektedir¹²⁵⁴. Bu bakımdan, mũtekabiliyetin bulunmadığı hallerde, tenfize konu kararı veren devlet değil, doğrudan yabancı mahkemece tevsik edilen ũzel hukuka ilişkin bir haktan tenfiz devletinde yararlanmak isteyen taraf cezalandırılmaktadır¹²⁵⁵. Dolayısıyla, bu ũrnek dahi mũtekabiliyetin bir tenfiz şartı olarak aranmasının teorik olarak herhangi bir amaca hizmet etmediğini ve hişbir yarar sağlamadığını tek başına gũstermektedir.

İkinci olarak, yabancı bir kararın tenfizi, bireyler tarafından yabancı ũlkede elde edilen ũzel hukuka ilişkin bir haktan tenfiz devletinde yararlanmak gayesiyle ačılmaktadır. Daha ũnce de belirttiğimiz ũzere, yabancı kararların tanınması-tenfizinin dũnya ũzerinde bu denli kabule mazhar olmasında, milletlerarası karakterli ũzel hukuk ilişkilerin yaygınlaşması nedeniyle bu tũr ilişkiler çerçevesinde elde edilen kararların tenfiz ettirilmesine duyulan ihtiyacın artması etkili olmuřtur¹²⁵⁶. Őnceleri teorik olarak mũtekabiliyet şartına yer verilmesi, milletlerarası nezaket ve iyiniyet ilkelerine

¹²⁵² Sakmar, **a.g.e.**, s.89-90.

¹²⁵³ Bkz.: Çelikel/Gelgel, **a.g.e.**, s.66-67; Doğan, **Yabancılar**, s.38; Gũnseli Öztekin Gelgel, “Yabancıların Taşınmazlara İlişkin Mũlkiyet ve Sınırlı Ayni Haklardan Yararlanmasında Mũtekabiliyet İlkesi”, **MHB, Prof. Dr. Gũlŕren Tekinalp’e Armağan**, C.23, S.1-2, 2003, s.407; Fũgen Sargın, **Yabancı Gerçek Kişilerin Tũrkiye’de Taşınmaz Mal Edinmeleri ve Sınırlı Ayni Haklardan Yararlanmaları**, Yetkin, Ankara 1997, s.61.

¹²⁵⁴ Nomer, **DHH**, s.520; Aybay/Dardağan, **a.g.e.**, s.301.

¹²⁵⁵ Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s.177.

¹²⁵⁶ Benzer yŕnde bkz.: Demirkol, **a.g.e.**, s.51-52.

dayandırılmaktaydı. Günümüzde yabancı kararın tenfiz edilmesinin sebebi, yabancı devletlere karşı bir nezaket veya iyi niyet göstermek değil, milletlerarası ilişkilerin özel hukuk alanında düzenli bir şekilde yürütülebilmesini sağlamaktır¹²⁵⁷. Bu nedenledir ki devletler geçmişe nazaran giderek artan bir şekilde gerek ulusal gerekse uluslararası tanıma-tenfiz rejimlerinde yabancı kararlarının tanınması-tenfizini mümkün mertebe kolaylaştıracak normatif düzenlemeler tanzim etme yoluna gitmektedir. Mütakabiliyetin bir tenfiz engeli olarak kaldırılmasında veya kanun koyucular tarafından benimsenen bu şartın içtihatlar yoluyla yumuşatılmasında bu düşüncenin etkili olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır¹²⁵⁸. Bu nedenle, bir taraftan yabancı kararların tenfizini mümkün mertebe kolaylaştıran birtakım asgari şartlar öngören devletin, diğer taraftan bunu mütakabiliyet gibi ne devletin ne de bireylerin menfaatlerini korumaya hizmet eden bir koşula bağlamaları, hatta mahkemelerinin tenfizin engellenmesi zımnında söz konusu şartı daraltıcı bir şekilde yorumlamamaları günümüz ihtiyaçlarıyla bağdaşmamaktadır.

Üçüncü ve daha önemlisi, yabancı ülkede tamamen dürüst ve adil bir yargılama sonucunda verilen ve tenfize ilişkin tüm şartları karşılayan bir yabancı kararın salt mütakabiliyet nedeniyle tenfiz edilmemesi, özel hukuk kişilerinin –esasen yine aynı devlet tarafından korunması gereken- menfaatlerinin devletin aslında olmayan bir menfaatine kurban edilmesi manasına gelmektedir. Oysa iki özel hukuk kişisi arasındaki hak uyuşmazlığının, çeşitli nedenlerle kendi mahkemelerinden önce yabancı bir mahkemece karara bağlanmış olmasında tenfiz devletin menfaatlerini haleldar edecek bir hal bulunmamaktadır. Siyaseten limoni olunan bir devlet mahkemesinden sadır olduğu hallerde dahi, devletin ekonomik veya mali menfaatlerini ya da egemenliğini zedeleyebileceği düşünülen söz konusu karara karşı kamu düzeni müdahalesinin devreye sokulması tek başına yeterlidir¹²⁵⁹. Söz konusu kararın davalının menfaatlerini haleldar edebileceği iddialarına karşı, kamu düzeni müdahalesi gerek davalının gerekse davalının şahsında toplumun menfaatlerinin yeterince korunmasını temin edebilecek mahiyettedir.

¹²⁵⁷ Sakmar, **a.g.e.**, s.89.

¹²⁵⁸ Karşılaştırmalı hukukta bu yöndeki mahkeme tatbikatı hakkında bkz.: Elbalti, **a.g.m.**, s.190-200.

¹²⁵⁹ Benzer yönde bkz.: Demirkol, **a.g.e.**, s.52.

Bu noktada, davacının yabancı ülkede dava açmadan evvel Türk hukukunda yer alan mütekabiliyet şartını göz önünde bulundurması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak, yabancı ülkede davanın açıldığı an itibariyle, davacının mütekabiliyetin var olup olmadığını önceden araştırması gerekmebileceği gibi, her iki tarafın bunu önceden öngörebilecekleri de söylenemez. Zira daha önce de ifade ettiğimiz üzere, yabancı mahkemedeki taraflar, söz konusu mahkemece verilen kararın başka bir ülkede tenfiz davasına konu olabileceğini her zaman öngöremeyebilir. Ayrıca, fiili mütekabiliyetin diğer mütekabiliyet türlerine üstün tutulduğu Türk hukukunda, kararın verildiği devlet ile Türkiye arasında mütekabiliyetin her an değişmesi ihtimali bulunmaktadır. Tüm bu açıklamalar bir yana, hangi devlet mahkemesince verilirse verilsin, yabancı karar bir yönüyle verildiği devletin egemenliğini yansıtsa da, diğer yönüyle iki özel hukuk kişisi arasında hak uyuşmazlığını çözüme kavuşturmakta, bir taraf lehine adli bir hakikati ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, lehine bir karar elde eden tarafa, bir taraftan tenfiz davası açabilme imkânı tanırken, diğer taraftan somut bir davada devletin hangi menfaati koruduğu veya hangi amaca hizmet ettiği tam olarak anlaşılamayan mütekabiliyetin varlığını dayatılmasının hakkaniyetle bağdaştığı kolayca söylenemez.

Yukarıda doktrindeki görüşlerden hareketle yaptığımız açıklamaları özetleyecek olursak, mütekabiliyet şartının ne kararın verildiği devlete ne tenfiz devletine ne de davacıya herhangi bir faydası bulunmaktadır. Zira yabancı ülkede adalete muvafık bir şekilde verilen yabancı karara salt bu şart nedeniyle etki tanımayan bir devletin, ilgili tarafa hakkını elde edebilmesi için aynı uyuşmazlığı yeniden dava konusu yapabilmesi imkânı tanınması gerekecektir. Bu durumda, yabancı karara konu uyuşmazlığın tarafları ve konusuna bağlı olarak yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmaması ihtimali bulunmaktadır¹²⁶⁰. Ayrıca, kendi mahkemelerine erişim imkânı sağladığından prensip olarak tenfiz devletin insan haklarından sorumluluğu gündeme gelmese dahi, devletin böyle bir şart öngörmesi mahkemelerine diğer tenfiz şartlarını karşılayan yabancı kararın tenfizine hükmetmek yerine aynı davayı esastan görüp karara bağlama külfeti yüklemekten başka bir mana ifade etmemektedir.

¹²⁶⁰ Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.**, s.476.

Mütekabiliyetin bir tenfiz engeli olarak aranması, doğal olarak asıl etkisini yabancı kararın/tenfiz yargılamasının tarafları üzerinde göstermektedir. Şöyle ki, mütekabiliyet nedeniyle açmış olduğu tenfiz davası reddedilen taraf, aynı davayı davalıya karşı yeniden açmak zorunda kalacak, belki de davalıya karşı –yetkili bir mahkeme yokluğundan- tenfiz devletinde söz konusu dava açma imkânından mahrum kalacaktır. Yabancı ülkede dava açmayı tercih eden davacının kendisinin bu duruma yol açtığı ileri sürülebilirse de, bu her zaman ve otomatikman davacıya yüklenebilecek bir husus olarak görülemeyecektir¹²⁶¹. Bu bakımdan, mütekabiliyet şartının, tenfiz davasının süjelerinden sadece davalının yararına olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır. Zira davalı, diğer tenfiz şartlarının varlığına rağmen, böyle bir şart sayesinde kendisine yöneltilen bu tür bir dava tehdidinden kurtulmuş olacaktır. Oysa doktrinde de ifade edildiği üzere, Türk hukukunda yer alan diğer tenfiz engelleri, yabancı ülkede gayri adil bir yargılamaya/karara maruz kaldığını düşünen davalıları, bu tür bir kararın tenfizine karşı yeterince koruyacak mahiyettedir ve doğrudan muhtemel davalıların korunmasına matuftur¹²⁶². Dolayısıyla, tenfiz devletinin elle tutulur bir menfaatine hizmet etmeyen mütekabiliyet, tenfiz devletince davalıya bahşedilen, gerçekte davacıya karşı davalıya hiç gereği olmayan, ekstra bir koruma sağlamaktan başka bir şey ifade etmemektedir. Başka bir ifadeyle, söz konusu şart özelinde davacının tenfiz davası açmaktaki menfaatine nazaran davalının yabancı kararın tenfiz edilmemesini gerektiren herhangi bir korunmaya değer menfaati yoktur. Bu bakımdan, objektif olarak bakıldığında, mütekabiliyet şartı, yabancı kararın tenfizi konusunda taraflar arasındaki menfaat dengesini bir taraf aleyhine bozan, hakkaniyetle bağdaşmayan bir tenfiz engeli niteliğindedir. Sonuç olarak, bu açıklamalarımız mütekabiliyetin bir tenfiz engeli olarak aranmasının ve mütekabiliyetin karşılanmadığı gerekçesiyle tenfiz taleplerinin reddedilmesinin yerinde olmadığını fazlasıyla ortaya koymaktadır.

¹²⁶¹ Örneğin, davacı tenfiz devleti mahkemelerinde dava açmak yerine tarafı olduğu münhasır yetki anlaşmasında yetkili kılınmış olan yabancı mahkemede bir dava açmış ve lehine bir karar elde etmiş olabilir. Yine, tenfiz talebinde bulunan taraf, yabancı ülkede dava açan taraf değil, aleyhine bir dava açılan taraf olabilir.

¹²⁶² Nomer, **DHH**, s.519.

c. Mütakabiliyet Şartının Tatbiki Suretiyle Verilen Tenfize İlişkin Kararların AİHS'ne Uygunluğu

i. Genel Olarak

Yabancı mahkeme kararlarının tenfizi kurumunun amacı göz önüne alındığında, genel ve soyut olarak mütakabiliyet şartının yabancı karara müstenit bir haktan tenfiz devletinde de yararlanmak isteyen tarafın bu konudaki menfaatini hiç dikkate almadığı, daha doğrusu davalıya esaslı bir avantaj sağladığı bir gerçektir. Bu nedenle bir tenfiz engeli olarak mütakabiliyetin AİHS'yle bağdaşmadığı¹²⁶³, mütakabiliyetin karşılanmaması nedeniyle ortaya çıkan sonucun, adil yargılanma hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil ettiği, hakkın özüne zarar verdiği¹²⁶⁴ iddialarında haklılık payı olduğu da bir gerçektir.

Diğer taraftan, yukarıda sıkça ifade ettiğimiz üzere, bir devletin başka bir devlete karşı olan/olmayan tutumu, kendi yargı alanında olan bireylerin –ki bu bireyler başka bir devletin vatandaşı olabileceği gibi o devletin vatandaşı da olabilir- AİHS'nde yer alan haklarından yararlanmasını engellemektedir. Bu açıdan, mütakabiliyet şartının bizatihi kendisinin AİHS'nin öngörmüş olduğu insan haklarını koruma sistemiyle bağdaşmadığı söylenebilir. Nitekim AİHM, mütakabiliyet şartının tatbikinin P-1 m.1'e aykırılığının tartışma konusu yapıldığı bazı kararlarında, AİHS'nin klasik uluslararası sözleşmelerden farklı olarak insan haklarını kolektif güvenceye alan ve taraf devletlere objektif yükümlülükler yükleyen bir belge olduğuna vurgu yapmıştır. Devletlerin AİHS'ne taraf olmasındaki amacın kendi çıkarlarını korumak olmadığını, özgürlükler ve hukukun üstünlüğü gibi ortak değerleri korumak amacıyla ortak bir kamu düzeni yaratmak olduğunu ifade etmiştir¹²⁶⁵. Her ne kadar AİHM, aşağıda kısmen değineceğimiz kararlarda mütakabiliyet şartının AİHS açısından yerindeliğini değil, tatbikinin başvuru sahiplerinin haklarına olan etkilerini ele almış gibi görünse de, soruna yaklaşımı, taraf devletlerin temel hak ve özgürlüklerden istifade edilmesinde

¹²⁶³ Sakmar, **a.g.e.**, s.89; Kinsch, **Droits l'homme**, s.105-106.

¹²⁶⁴ Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.**, s.477. Yazar, bu şartın karşılanmaması halinde ortaya çıkan sonucun AİHS m.6/1'e, yani adil yargılanma hakkına aykırılığı AİHS m.6/1'in bir unsuru olan "kararın icrası hakkı"na dayandırmaktadır.

¹²⁶⁵ Apostolidi v. Türkiye, no.45628/99, 27 Mart 2007, para.71; Nacaryan ve Deryan v. Türkiye, no.19558/02, 8 Ocak 2008, para.49.

mütekabiliyet şartını aramasının AİHS'ne aykırı olduğu düşüncesinde olduğu izlenimi uyandırmaktadır¹²⁶⁶.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, AİHM'nin henüz salt mütekabiliyet şartının karşılan(ma)dığı gerekçesiyle reddedilen (veya kabul edilen) bir tenfiz talebinin AİHS'ne aykırı olup olmadığını ele aldığı herhangi bir kararı bulunmamaktadır. Ancak, AİHM'nin mütekabiliyet şartının bir tenfiz engeli olarak aranması nedeniyle yapılacak olası bir şikâyet başvurusunda da, incelemesine yukarıdaki kararlara atfen benzer bir vurgu yaparak başlaması ve benzer bir izlenimin ortaya çıkması kuvvetle muhtemeldir. Diğer taraftan, yukarıda mütekabiliyet şartının bir tenfiz engeli olarak aranmasının yerindeliği bahsinde yapmış olduğumuz açıklamalar da göz önüne alındığında, mütekabiliyet şartının temel hak ve özgürlüklerin korunması alanında tatbikinin yerinde olmadığı da bir gerçektir. Bu bakımdan, mütekabiliyet esasının kategorik olarak insan haklarına uygun olmadığı görüşüne¹²⁶⁷ katılmamanın mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, henüz tenfiz talebinin salt mütekabiliyet şartının karşılan(ma)dığı gerekçesiyle reddedilen (veya kabul edilen) bir tenfiz talebinin AİHS'ne aykırılığının ileri sürüldüğü bir AİHM içtihadı bulunmamaktadır. Haliyle, milletlerarası özel hukuk doktrininde ileri sürülen söz konusu şartın (tatbikinin) ilgili tarafın Sözleşmesel hakkıyla bağdaşmadığı iddiaları –henüz- teorik niteliktedir ve AİHM'nin olası bir şikâyet başvurusunda meseleye nasıl bakacağı ele alınmamış görünmektedir. Bu nedenle, AİHM'nin konuyu ne şekilde değerlendireceğini ele almanın, mütekabiliyet şartının bir tenfiz engeli olarak tatbikinin AİHS'ne uygun olup olmadığının anlaşılması bakımından daha yararlı olacağı kanaatindeyiz. Bu kapsamda akla ilk olarak, mütekabiliyet şartının karşılanıp karşılanmadığını resen araştırmak zorunda olan bir Türk mahkemesinin söz konusu şartın yokluğunu *doğru bir şekilde tespit ederek* yabancı kararın tenfizi talebini reddetmesi ihtimalinde, AİHM'nin nasıl bir değerlendirme yapacağı sorusu gelmektedir. Başka bir ifadeyle, niteliği itibariyle

¹²⁶⁶ Gemalmaz B., **Mülkiyet Hakkı**, s.459, dn.1420; Ayşe Yasemin Aydoğmuş, **AİHS'e Ek 1 No'lu Protokole Göre Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz Edinmesi**, On İki Levha, İstanbul 2016, s.454.

¹²⁶⁷ Gemalmaz B., **Mülkiyet Hakkı**, s.459, dn.1420; Aydoğmuş, **a.g.e.**, s.454. Türk yabancılar hukuku doktrininde de, özellikle bireylerin AİHS'nde yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarının mütekabiliyet şartına bağlanmadığından hareketle, yabancıların temel haklardan yararlanmasının bu şarta bağlanmasının yerinde olmadığı dolaylı olarak ifade edilmektedir. Bkz.: Doğan, **Yabancılar**, s.39; Çiçekli, **a.g.e.**, s.47-48.

AİHS'yle bağdaşmadığı ileri sürülen mütekabiliyetin bir tenfiz engeli olarak mevcut olup olmadığını doğru bir şekilde araştırarak ve sonucunda mütekabiliyetin bulunmadığına karar vererek davacının AİHS'nde yer alan haklardan kendi hukuk düzeninde yararlanmasına izin vermeyen bir ulusal mahkemenin söz konusu tasarrufu AİHS'yle bağdaşmakta mıdır?

İkinci olarak, bir tenfiz engeli olarak mütekabiliyetin gerçekleşip gerçekleşmediğini resen araştırmakla yükümlü olan bir Türk mahkemesinin, mütekabiliyetin varlığını ve kapsamını *eksik veya hatalı bir şekilde araştırması ve/veya tespit etmesi* söz konusu olabilir ki bunun duruma göre davacının veya davalının Sözleşmesel haklarına aykırı bir sonuca yol açtığı ileri sürülebilir. Böyle bir durum, esasen birbiriyle irtibatlı olan iki farklı şekilde ortaya çıkabilir. Birincisi, kararın verildiği ülke ile Türkiye arasında benzer nitelikteki ilamların tenfizine dair akdi, kanuni veya fiili mütekabiliyetin var olup olmadığı konusunda yeterli ve doğru bilgi sahibi olmaksızın söz konusu şartın karşılan(ma)dığına kanaat getirmesi, ilgili tarafın hakkaniyete uygun yargılanma hakkına aykırı olarak nitelendirilebilir. İkincisi, MÖHUK m.54/a'da mütekabiliyet şartının, yabancı kararın tenfizini engelleyecek surette dar bir şekilde yorumlanması AİHS m.6/1'in ve diğer temel hakların ihlaline yol açabilir. Bu bakımdan, yukarıdaki iki farklı ihtimalden hareketle mütekabiliyet şartının tatbiki suretiyle gerçekleşen, özellikle davacının AİHS m.6/1 ve/veya P-1 m.1'deki haklarına yönelik müdahalenin meşru olup olmadığı konusunda AİHM'nin nasıl bir değerlendirme yapabileceğini tahmin etmeye çalışacağız. Bu noktada, olası bir başvuruda, AİHM'nin tarafımızca yapılmış olan mütekabiliyetin karşılanıp karşılanmadığının doğru/yanlış veya eksik bir şekilde tespit edilmesi gibi bu tür bir ayırımdan hareket etmeyeceğini belirtmek gerekir. Zira AİHM, ulusal mevzuatın doğru veya yanlış bir şekilde tatbik edilip edilmediği ile ilgilenmemekte, söz konusu kuralların tatbiki suretiyle ortaya çıkan durumun başvuruçuların ilgili Sözleşmesel hakkını ihlal edilip etmediğini incelemektedir. Dolayısıyla, böyle bir ayırımın, AİHM'nin izlemiş olduğu denetim sisteminden değil, mütekabiliyet şartının kategorik olarak AİHS'yle bağdaşmadığı anlayışından ilham alınarak yapıldığını belirtmeliyiz.

ii. AİHS m.6/1 Açısından

a) Genel Olarak

Yabancı mahkemece verilen kararın tenfizinin Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmediğini ve diğer tenfiz koşullarının gerçekleştiğini tespit eden bir Türk mahkemesinin mütekabiliyetin yokluğu nedeniyle yabancı kararın tenfiz talebini reddetmesi, doğal olarak davacının adil yargılanma hakkına müdahale teşkil edecektir. Benzer şekilde, mütekabiliyetin varlığına kanaat getirmesi halinde ise, yabancı kararın tenfizine karar verecektir ki bu da davalının adil yargılanma hakkına müdahale anlamına gelecektir. Bu müdahalenin hangi hallerde meşru sayılacağına tespiti için, öncelikle bu şartın tatbikinin AİHS m.6/1’de yer alan hangi hakla ilişkili olduğunun tespiti gerekmektedir.

Burada, davacının ileri sürdüğü talep bir usuli kuraldan ziyade, bir tenfiz şartının yorumu ve tatbiki suretiyle reddedilmiş olacağından, AİHM’nin böyle bir şikâyeti AİHS m.6/1’in temel unsuru olan hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında mütalaa edeceğini söylemek mümkündür. Zira aşağıda inceleyeceğimiz üzere, tanıma-tenfiz taleplerinin yabancı mahkemenin yetkisizliği veya kamu düzeni müdahalesi gibi bir tenfiz şartı nedeniyle reddinin şikâyet konusuna yapıldığı başvurularda, AİHM böyle bir kararın hakkaniyete uygun yargılanma hakkına müdahale teşkil ettiğini kabul etmiştir¹²⁶⁸. Bu nedenle, AİHM’nin mütekabiliyet şartının AİHS m.6/1’e uygunluğunu, mahkemeye erişim hakkı veya kararın icrası hakkı kapsamında değil, kendisine yargılamanın bir bütün olarak hakkaniyete uygun olup olmadığını değerlendirme imkânı sunan bu hak kapsamında değerlendireceğini söylemek mümkündür¹²⁶⁹.

¹²⁶⁸ Örneğin bkz.: McDonald v. Fransa, En Droit, B. “*La Cour reconnaît que le refus d’accorder l’exequatur des jugements du tribunal américain a représenté une ingérence dans le droit au procès équitable du requérant.*”

¹²⁶⁹ Bu noktada, McDonald v. Fransa kararının, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi taleplerinin herhangi bir tanıma-tenfiz şartının yorumu ve tatbiki suretiyle reddildiği veya kabul edildiği hallerde, böyle bir karara istinaden yapılan şikâyet başvurularında AİHS m.6/1’de yer alan hangi hakka istinat edilmesi gerektiği konusunda teorik tartışmalara yol açtığı görülmektedir. Esasen Fransızca olan kararın metninde “*le droit au procès équitable*” ifadesinden dolayı, AİHM’nin söz konusu kararda (genel) adil yargılanma hakkına mı atıf yaptığı yoksa AİHS m.6/1’de yer alan haklardan en önemlisi olan ve AİHS m.6/1’in özünü teşkil eden hakkaniyete uygun yargılanma hakkına yönelik bir müdahaleden mi bahsettiği tereddüdü hasıl olabilmektedir. Bazı yazarlar (Spielmann, **a.g.m.**, s.16; Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.176), AİHM’nin burada hakkaniyete uygun yargılanma hakkına (right to a fair hearing) değindiğini ifade etmekte, bazı yazarlar (Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.203-

*b) Mütakabiliyetin Sağlanmadığının Doğru Bir Şekilde
Araştırılıp Tespit Edilmesi Halinde*

Mütakabiliyet esasının niteliği itibariyle AİHS'yle bağdaşmadığına yönelik görüşler dikkate alındığında, bir tenfiz mahkemesinin mütakabiliyetin karşılanıp karşılanmadığını *doğru bir şekilde tespit ederek* yabancı kararın tenfizi talebini reddetmesi/kabul etmesi halinde, ilgili tarafın böyle bir kararın hakkaniyete uygun

204; Sargın, **Zamanaşımı**, s.332) ise AİHM'nin söz konusu kararına ilişkin değerlendirmelerini, genel olarak adil yargılanma hakkı kapsamında yaptığı görülmektedir. Kimi yazarlar ise, yabancı kararların tanınması-tenfizi talebinin reddedilmesiyle gerçekleşen böyle bir müdahaleyi, AİHM tarafından AİHS m.6/1'in koruması altında kabul edilen ve mahkemeye erişim hakkının ayrılmaz bir parçası olan "kesinleşmiş ve bağlayıcı mahkeme kararlarının icrası hakkı" kapsamında değerlendirdikleri görülmektedir (Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.**, s.477).

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, AİHM konuya ilişkin daha sonraki içtihatlarında böyle bir ifadeye yer vermemiştir. Ancak, adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS'nin 6. maddesi, pek çok hak ve ilkeyi içeren genel bir madde olup, hakkaniyete uygun yargılanma hakkını (right to a fair hearing), 6.maddede yer alan pek çok hak ve ilkeden sadece biri olarak kabul görmektedir (İnceoğlu, **Adil Yargılanma**, s.2-4.). Ayrıca, daha önce de belirttiğimiz üzere, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, 6.maddedeki belirli bir hak ihlal edilmemiş olsa dahi, yargılama faaliyetinin bir bütün olarak değerlendirilmesi suretiyle adil bir yargılama yapıp yapılmadığını değerlendirme fırsatı sunması itibariyle, 6. maddedeki diğer hakların kapsamına girmeyen ihlal iddiaları bakımından uygulanabilir, açık uçlu bir hak olarak nitelendirilmektedir (Harris/O'boyle/Warbrick, **a.g.e.**, s.246.). Bu nedenle, AİHM'nin burada, genel olarak adil yargılanma hakkını değil, hakkaniyete uygun yargılama hakkını istihdaf ettiği ve bu yönde değerlendirmede bulunduğu kanaatindeyiz. Ayrıca, *Vrbica v. Hırvatistan* kararında Mahkeme çoğunluğundan farklı olarak, iki Yargıçın AİHS m.6/1'in ihlalini mahkemeye erişim hakkı yerine hakkaniyete uygun yargılanma hakkına dayandırmaları da bu görüşü destekler niteliktedir. Bkz.: Bkz.: Concurring Opinion of Judge Spielmann, para.2; Concurring Opinion of Judge Malinverni, para.14-15. Bizce de, yabancı kararın tanınması veya tenfizinin, tanıma-tenfiz şartlarından birinin yokluğu nedeniyle reddedildiği hallerde, söz konusu tenfiz şartına dayanılarak verilen red kararının AİHS m.6/1'e uygunluğu, AİHM tarafından hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmiştir ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Şüphesiz bu görüşe, yabancı kararın tanınması-tenfizi talebinin yabancı kararla ortaya çıkan hukuki veya icrai etkilerin tanıma-tenfiz devletinde de kabul edilmesine yönelik olduğu gerekçesiyle karşı çıkılabilir. Böyle bir talebin bir tanıma-tenfiz şartı nedeniyle reddedilmesinin, yabancı kararın –ulusal mahkeme kararı gibi- uygulanmasını engellediği ileri sürülebilir. Bu kapsamda, tıpkı hukuki yararın yokluğu gibi bir usuli nedenle reddedilmesinde olduğu gibi, böyle bir nedenle red kararı verilmesi de mahkemeye erişim hakkıyla ilişkilendirilebilir. Dolayısıyla, herhangi bir tanıma-tenfiz şartının karşılanmadığı gerekçesiyle verilen red kararının, davacının mahkemeye erişim hakkına müdahale ettiği ileri sürülebilir. Ancak, burada mahkemeye erişim hakkı –tenfiz davalarında da- bireylere erişilen mahkemeden mutlaka kendi lehlerine bir karar elde etme hakkını güvence altına almadığı gibi, tenfiz şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini tartışma imkânı bulan bir davacının mahkemeye erişim hakkından yararlanmadığını iddia etmek pek mantıklı gelmemektedir. Ayrıca, burada bir özel hukuk davası sonucunda verilmiş ve kesinleşmiş bir mahkeme kararının uygulanması söz konusu olmadığı gibi, açılan tanıma-tenfiz davası böyle bir davanın açılmasını engelleyen herhangi bir usuli kuralın varlığı nedeniyle de reddedilmemektedir. Bilakis, davacı tanıma-tenfiz devletinin öngördüğü usuli kurallara istinaden tanıma-tenfiz davası açarak mahkemeye erişim hakkından yararlanmıştır. Artık bu noktadan sonra, tıpkı dava şartlarının varlığına kanaat getirerek esastan incelemeye geçen bir mahkeme gibi, tanıma-tenfiz mahkemesi de ilgili tanıma-tenfiz şartlarının karşılanıp karşılanmadığını değerlendirmektedir. Ayrıca, ulusal mahkemelerin, ilgili tanıma-tenfiz şartının hangi gerekçeyle karşılanmadığını da gerekçeli olarak açıklamak zorunda olması dahi, tanıma-tenfiz davalarının bir tenfiz şartının yokluğu nedeniyle reddedilmesini hakkaniyete uygun yargılanma hakkıyla ilişkilendirmek için yeterlidir.

yargılanma hakkına aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmesi mümkündür. Böyle bir durumda, davacının mütekabiliyet şartının ne kendisinin ne de davalının haklarının korunmasına hizmet etmeyen bir şart olduğunu, bu şartın davalının korunmaya değer bir menfaatine hizmet etmediğini, daha yargılamanın başında böyle bir şartın yabancı kararın tenfiz edilip edilmemesi konusunda taraflar arasında bir eşitsizliğe yol açtığını ileri sürmesi kuvvetle muhtemeldir.

Gerçekten, yabancı kararın tenfizinin davalı devletin hukuk düzeni açısından herhangi bir mahzuru olmamasına rağmen, salt başka bir devletin yargı organınca tespit edildiğinden bahisle bir hakka/yükümlülüğe kendi hukuk düzeninde icrai etki tanımamak yerinde değildir. Bir devletin, diğer bir devletle olan, belki de olmayan ilişkilerini/rekabetlerini mütekabiliyet esası üzerinden yürütmeleri, vatandaşlarının veya vatandaş olmayan bireylerin özel hukuka yönelik adalet taleplerinin reddedilmesine yol açmaktadır¹²⁷⁰. Hatta aynı hakkın yabancı ülkede hakemlerce tespit/tevsik edildiği düşünüldüğünde, söz konusu şartın AİHS m.6/1 açısından yerinde olmadığı açıkça ortaya çıkmaktadır. Ancak, yukarıdaki hususlara rağmen, AİHM'nin aşağıdaki nedenlerden dolayı aksi yönde bir kanaati varması kuvvetle muhtemeldir.

Öncelikle, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi kurumu, yargı yetkisine sahip egemen devletlerin kabul ettiği veya bu kuruma izin verdiği ölçüde ortaya çıkmış ve gelişmiştir. Dolayısıyla, AİHM'nin bir devletin yabancı kararların kendi hukuk düzenindeki etkilerini kabul edip etmeme veya yabancı kararın konusuna ve menşesine bağlı olarak kısmen kabul etme konusunda tamamen bir serbestiye sahip olduğunu, bunun söz konusu taraf devletin tercihinde olduğunu dikkate alabileceğini belirtmek gerekir. Bu kapsamda, yabancı kararların tenfizi konusunda sahip olduğu yargı yetkisini belirli devletlere ait mahkeme kararları bakımından kullanmak istemediğini mütekabiliyet şartını öngörerek beyan eden bir devletin, bu konuda sahip olduğu yargı yetkisine saygı gösterilmesi gerektiği söylenebilir. Bu nedenle, AİHM büyük ihtimalle mütekabiliyet şartının tatbikinin, devletin devletler hukukunca sahip olduğu yetkiye saygı gösterilmesi meşru amacına hizmet ettiği sonucuna varacaktır.

¹²⁷⁰ Benzer yönde bkz.: Kinsch, **Enforcement**, s.543, dn.30.

Burada esasen, yabancı kararın tenfizinin mütakabiliyet şartına istinaden reddedilmesinin davacının hakkaniyete uygun yargılanma hakkına yönelik meşru ve ölçülü bir müdahale olup olmadığı belirleyici olacaktır. Burada söz konusu tenfiz şartının karşılanmadığının tenfiz mahkemesince yanlış veya eksik bir şekilde tespiti¹²⁷¹ değil, bu şartın kendisinin bir tenfiz davasında (doğru bir şekilde de olsa) tatbikinin AİHS m.6/1'e uygunluğu dahi tek başına AİHM nezdinde şikâyetle konu yapılabilir. Zira bu şart o kadar net ve objektiftir ki, davacı silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinden istifade ederek mütakabiliyetin gerçekleşip gerçekleşmediğini tenfiz mahkemesi huzurunda tartışma imkânı bulsa da, bir kere mütakabiliyetin gerçekleşmediği tespit edildiğinde ulusal mahkeme tenfizin reddine karar verecektir. Bu bakımdan muhtemel bir şikâyet başvurusunda AİHM'nin söz konusu şartın tatbiki suretiyle gerçekleşen müdahalenin davanın tüm koşullarını dikkate alarak bir değerlendirme yapacağı söylenebilir.

Bu kapsamda, aşağıdaki nedenlerle mütakabiliyet şartının tatbikinin AİHS m.6/1'e aykırı olarak nitelendirilmeyeceği düşüncesindeyiz: Öncelikle AİHM, pek çok kararında yaptığı gibi, müdahalenin/sınırlamanın meşru olup olmadığını tespit ederken bir karşılaştırmalı hukuk analizi yapabilir. Böyle bir analiz, mütakabiliyet şartının bir tenfiz engeli/sınırlamada kullanılan araç olarak seçilmesinde ne kadar geniş bir takdir marjına sahip olduğunun, dolayısıyla AİHS m.6/1'e yönelik müdahalenin ölçülülüğünün tespitinde belirleyici olacaktır. Yukarıda incelediğimiz üzere, AK üyesi olan yaklaşık on beş devlette mütakabiliyetin bir tenfiz şartı olarak kabul edildiği görülmektedir¹²⁷². Dolayısıyla, bir sınırlama aracı/tenfiz engeli olarak mütakabiliyet şartı konusunda AK üyesi devletlerde yeknesak bir anlayış söz konusu olmadığından, AİHM'nin davalı devletin (örneğin Türkiye'nin) bu konuda geniş bir takdir marjına sahip olduğuna kanaat getirmesi kuvvetle muhtemeldir.

AİHM'nin üzerinde durabileceği ikinci ve en önemli husus, tenfiz talebi mütakabiliyetin yokluğu nedeniyle reddedilen başvurucuya tenfiz devletinde hakkını

¹²⁷¹ Aşağıda inceleyeceğimiz üzere, tıpkı kamu düzeni müdahalesi gibi (Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan), ulusal tenfiz rejiminin bir parçasını teşkil eden mütakabiliyet şartının mahkemelerce AİHS'yle bağdaşmayacak şekilde yanlış veya eksik değerlendirilmesi de söz konusu olabilir.

¹²⁷² Bkz.: Yukarıda, s.757, dn.1231.

elde edebilmek için başvurabileceği alternatif bir imkânın davalı devletçe sunulup sunulmadığıdır. Hatırlanacağı üzere, uluslararası örgütlerin yargı bağımsızlığına ilişkin kararlarında AİHM, uluslararası örgüte karşı devlet mahkemeleri dışında başvurulabilecek uygun ve yeterli bir alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolunun bulunması halinde, yargı bağımsızlığı gerekçesiyle verilen yetkisizlik kararını AİHS m.6/1'e uygun olarak nitelendirilmişti. AİHM'nin benzer bir gerekçeye burada da istinat etmesi mümkündür. Ayrıca, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizinin hukuken öngörülmüş olması her yabancı kararın mutlaka tanınacağı-tenfiz edileceği anlamına gelmediği gibi, bireylere sunulan bu imkâna rağmen devletler yargı yetkilerinin kapsamına giren bireylerin adalet taleplerini dikkate alma ve yerine getirme yükümlülüğü varlığını yine de muhafaza etmektedir. Dolayısıyla, yargı yetkisine giren davacıya sunmuş olduğu tanıma-tenfiz talebinde bulunma hakkından yararlanmasını çeşitli amaçlarla engelleyen bir devletin, davacıya yabancı ülkede elde ettikleri hakkı tenfiz devletinde de elde edebilmesi için kendi mahkemelerinde dava açabilme imkânı tanınmalıdır. AİHM, yabancı karara konu uyuşmazlık bakımından davacının tenfiz devletinde başvurabileceği bir yetkili mahkeme bulunmakta ise, AİHS m.6/1'in ihlal edilmediğine kanaat getirebilir. Aksi halde, devletin büyük ölçüde aynı zamanda kendi yargı yetkisinin kapsamına giren bir uyuşmazlık bakımından mahkemelerini davacıya kullandırmaması, ilgili bireyin hak arama özgürlüğünün ölçsüz bir şekilde kısıtlanması anlamına gelecektir¹²⁷³.

¹²⁷³ Haliyle, bu noktada yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi ile milletlerarası yetki kuralları arasındaki ilişki bir kez daha gündeme gelmektedir. Burada, hem tenfize konu kararın verildiği devletin hem de tenfiz devletinin yargı yetkisinin kapsamına giren bir uyuşmazlığın (örneğin bir alacak hakkı iddiasının) varlığı halinde, davacı tercihini yabancı devletin yargı organlarından yana kullanabilir. Böyle bir durumda, söz konusu devlet mahkemesince verilen kararın tenfizi talebinin mütekabiliyet gibi ne davacının ne davalının haklarının korunmasına hizmet etmeyen bir şart nedeniyle reddedilmesi halinde, başvuru hakkını elde edebilmek için ya aynı uyuşmazlık bakımından yargılama yetkisine sahip olan tenfiz devletinin mahkemelerine veya milletlerarası yetkiye sahip olan üçüncü bir devlet(ler)in mahkemesine başvurmak durumunda kalacaktır. Şüphesiz, ilk ihtimalde böyle bir başvurunun yapılabilmesi için, tenfiz devletinin ülke içindeki mahkemelerinin yetkisini tayin etmek üzere, ülke için bir yetki düzenlemesinde bulunması gerekmektedir. Söz konusu yetki düzenlemesinin, aynı zamanda yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizine ilişkin kurallarla entegre olacak şekilde geniş bir biçimde yapılması gerekmektedir. Aksi takdirde, söz konusu devletin yabancı kararı tenfiz etmediği gerekçesiyle AİHS m.6/1'i ihlal etmediğinden söz edilemezse de, mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği iddiaları gündem gelebilecektir. Bunu milletlerarası yetki bahsinde ele aldığımız bir örnekten mühlhem bir örnekle açıklayabiliriz: Sözleşmeden kaynaklanan bir alacak/tazminat davasında, davalının Türkiye ile olan irtibatı sadece uyuşmazlık konusu olmayan malvarlığı değerlerinin (örneğin banka hesaplarındaki paranın) ülkede bulunmasıyla sınırlı olduğunu ve lehine bir alacak kararı elde eden davacının mütekabiliyet şartı nedeniyle yabancı kararı tenfiz ettiremediğini varsayalım. Bu durumda, davalının

Üçüncü olarak, aralarında mütekabiliyetin de bulunduğu yasal tanıma-tenfiz şartları genellikle ulusal mahkemelerin uygulamalarına bağlı olarak zaman içerisinde değişebilecek kurallardan değildir. Dolayısıyla, özel hukuka ilişkin bir hak iddiasında olan tarafın, gerek davasını açacağı mahkemeyi belirlerken, gerekse lehine elde ettiği yabancı kararın tenfizi davası açarken, ileride bir tenfiz davası açma zaruretinin hâsıl olup olmayacağını, tenfiz devletinin tanıma-tenfiz rejiminde ne tür tenfiz şartlarının bulunduğunu da göz önünde bulundurması gerekmektedir. Şüphesiz ki bu, uyuşmazlığın taraflarının bu konuda sahip olduğu bilince, davanın konusuna ve talep edilen hakkın niteliğine bağlıdır. Özellikle, ticari şirketlerin veya gerçek kişilerce yapılsa bile ticari ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların çözümü neticesinde verilen alacak kararlarının tenfizi taleplerinin mütekabiliyetin yokluğu nedeniyle reddedildiği hallerde, bireylerin böyle bir sonucu önceden öngörebilecek ve buna göre hareket edebilecek basirete sahip olması gerektiği söylenebilir. Buna mukabil, aile hukuku ilişkilerinden doğan davalarda, bireylerin yabancı aile hukuku kararının tenfize konu yapılabileceğini ve yabancı ülkede bir tenfiz davası açabileceklerini öngörecektir basirete sahip olabilecekleri kolaylıkla söylenemez. Dolayısıyla AİHM, bu mülahazadan hareketle yapacağı meşruluk/ölçülülük değerlendirmesinde, daha önce başka bir tenfiz şartı bakımından benimsemiş olduğu *“bir kimsenin ortaya çıkmasında kendi katkısının olduğu bir durumdan şikâyetçi olamayacağı”* içtihadına istinat etmesi de mümkündür¹²⁷⁴. Doğal olarak, devletin sınırlama aracı vazifesi gören mütekabiliyet şartı bakımından sahip olduğu geniş takdir marjı kapsamında mütalaa edilebilecek bir husus olduğundan, bu durum davalı devlet lehine yorumlanabilecektir.

yetki itirazında bulunması halinde, ne HMK m.9 ne de diğer yer itibarıyla yetki kurallarına istinaden milletlerarası yetkili bir mahkeme bulunmayacaktır. Dolayısıyla, yabancı kararı tenfiz ettiremeyen davacı, salt uyuşmazlık konusu malvarlığı unsuru Türkiye’de olmadığından hak arama imkânından mahrum kalabilecektir.

¹²⁷⁴ Dolayısıyla, davalı devletin mahkemelerince de ileri sürülebilecek bu gerekçe karşısında davacının, yabancı kararın bir takdiri delilden başka bir anlam ifade etmediğini ve aynı davayı ikinci kez ikame etmenin kendisine çeşitli mali külfet yüklediği iddiasıyla böyle bir gerekçenin yerinde olmadığını ileri sürebilir.

*c) Mütakabiliyetin Eksik veya Hatalı Bir Şekilde Araştırılması
ve/veya Tespit Edilmesi Halinde*

AIHS m.6/1'in, daha doğrusu hakkaniyete uygun yargılanma hakkının, bununla bağlantılı olarak kapsamına girdiği ölçüde P-1 m.1'in veya AIHS m.8'in ihlali, esasen mütakabiliyet şartının *eksik veya hatalı bir şekilde araştırılması ve/veya tespiti* halinde ortaya çıkabilir. Yine, mütakabiliyet şartının varlığını araştırmaksızın yabancı kararın tenfizine karar verilmesi halinde de, benzer bir sonuç, bu sefer davalının Sözleşmesel haklarına müdahale/ihlal anlamına gelecektir. Burada, mütakabiliyet şartının hiç araştırılmamasıyla söz konusu şartın eksik veya hatalı bir şekilde araştırılması ve tespiti arasında AIHS'ne olan etkileri bakımından herhangi bir farklılık olmayıp, sadece hakların süjesi bakımından bir farklılık bulunmaktadır. Dolayısıyla, aşağıda davacının hakkaniyete uygun yargılanma hakkı ekseninde yapacağımız değerlendirmelerimiz, uygun düştüğü ölçüde, davalının ileri sürebileceği AIHS m.6/1'in ihlali iddiaları bakımından da geçerli olacaktır.

Türk hukukunda, prensip olarak tenfiz şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda resen araştırma ilkesi geçerli kabul edilmektedir¹²⁷⁵. Dolayısıyla, kararın verildiği ülke ile tenfiz devleti arasında mütakabiliyetin var olup olmadığını resen araştırmak zorunda olan bir devlet mahkemesinin, mütakabiliyetin varlığı konusunda yeterli ve gerekli bir araştırma yapmaksızın söz konusu şartın karşılanmadığına kanaat getirmesi, davacının AIHS m.6/1 ve diğer haklarıyla bağdaşmayan sonuçlara yol açabilir. Burada, yukarıdaki ihtimalden farklı olarak, AIHS'nin olası bir ihlaline, mütakabiliyet şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin resen araştırmakla yükümlü olan tenfiz mahkemesinin söz konusu araştırmayı yaparken gerekli özeni göstermemesi neden olacaktır.

Bu kapsamda, ulusal mahkemeler her üç mütakabiliyet türü açısından doğrudan kendi bilgi ve araştırmasına dayanabileceği gibi, özellikle fiili ve hukuki mütakabiliyetin tespiti hususunda çeşitli vasıtalarla başvurabilecek, hatta başvurması

¹²⁷⁵ Nomer, **DHH**, s.537; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.511.

gerekecektir¹²⁷⁶. Doğal olarak, tıpkı yabancı hukukun temininde olduğu gibi, tenfiz yargılamasının tarafları da, fiili veya kanuni mütekabiliyetin varlığı/yokluğunu ispat etmek amacıyla kararın verildiği devlet mahkemelerine ait karar örneklerini veya yasal metinleri mahkemeye ibraz edebilecektir. Yalnız, tarafların bu şartın tespiti bakımından herhangi bir iddia veya ispat faaliyeti içerisine girişmemiş olmaları, AİHM'nin yapacağı denetim açısından onların sorumluluğuna yol açmayabileceği gibi, bu konudaki yükümlülük her halde mahkemenin üzerindedir. Dolayısıyla, ister doğrudan kendi bilgi ve araştırmasına dayansın isterse bu konudaki bir veya birkaç vasıtaya başvurarak bilgi edinsin, mütekabiliyetin varlığını/yokluğunu araştırmak ulusal mahkemenin sorumluluğundadır.

Bu noktada, akdi mütekabiliyete nazaran kanuni mütekabiliyetin tespitinde mahkemelerin hataya düşmesi daha olasıdır. Zira akdi mütekabiliyetin varlığına (yokluğuna) rağmen, mahkemenin yokluğuna (varlığına) karar verme ihtimali her zaman bulunmaktadır. Bununla beraber, günümüzde pek çok devletin, büyük ölçüde belirli şartları taşıyan yabancı kararların tanınmasına-tenfiz edilmesine yasal olarak izin verdiği görülmektedir¹²⁷⁷. Dolayısıyla, tenfiz davalarının pek çoğunda kanuni mütekabiliyetin gerçekleşeceği söylenebilirse de, mahkemenin yine de, kararın niteliği ve türüne bağlı olarak, kararın verildiği ülke hukukundaki tenfiz şartları ile MÖHUK'taki tenfiz şartları arasında bir denkleğin var olup olmadığını somut olarak değerlendirmesi gerekmektedir¹²⁷⁸. Zira kararın verildiği ülkede yabancı kararların

¹²⁷⁶ Bu kapsamda, mahkemenin yabancı hukukun içeriğinin temin edilmesi amacıyla başvurabileceği vasıtalarla burada da başvurabileceğini belirtmek gerekir. Uygulamada yerel mahkemelerin sıkça Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne başvurdukları, hatta Yargıtay'ın da bu konuda söz konusu kuruma başvurulması gerektiğini ifade ettiği pek çok kararda görülmektedir. Söz konusu kararlar ve kararların analizi için bkz.: Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s.159-173. Bunun yanı sıra doktrinde, hukuki ve fiili mütekabiliyetin tespiti amacıyla Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Sözleşme uyarınca kararın verildiği devletin yetkili makamlarına, kararın verildiği devletin Türkiye'deki dış temsilciliklerine, hukuk fakültelerinin mukayeseli hukuk ve milletlerarası özel hukuk anabilim dallarına veya enstitülere, bilirkişi atanmak suretiyle konu hakkındaki uzman hukukçuların görüşüne başvurulabileceği ifade edilmektedir. Bkz.: Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.534.

¹²⁷⁷ Bkz.: Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s.174.

¹²⁷⁸ Bkz.: Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.706-707; Nomer, **DHH**, s.520; Şanlı, **Velayet**, s.74-75; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.526-527.

tenfizinin hukuken kabul edilmiş olması, duruma göre kanuni mütekaliliyetin tespiti açısından tek başına yeterli olmayabilir¹²⁷⁹.

Bu bakımdan, tıpkı tenfiz ön şartları gibi öncelikle incelenmesi gereken bir şart olan mütekaliliyetin var olup olmadığının tespitinde, mahkemelerin gerekli özeni göstererek ve titiz bir şekilde araştırma yapmaları gerekmektedir. Aksi takdirde, mütekaliliyetin gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda yeterli ve doğru bilgi sahibi olunmaksızın verilen karar, AİHS m.6/1'in ihlaline, dolaylı olarak başka bir temel hakkın da ihlaline neden olabilir. Bu noktada, nasıl ki yabancı gerçek kişilerin miras yoluyla Türkiye'de bulunan taşınmazları iktisap edebilmeleri için getirilen bir sınırlama olan mütekaliliyetin tespitinde yaşanan sorunlar, P-1 m.1'in ihlali nedeniyle Türkiye'nin mahkûmiyetine neden olmuşsa, benzer bir sonuçla karşılaşmamak adına Türk mahkemelerinin mütekaliliyet şartının varlığını dikkatli bir şekilde araştırmaları gerekmektedir. Bu bağlamda, AİHM'nin söz konusu içtihatlarını kısaca değinmenin, konunun anlaşılması açısından yararlı olacağı kanaatindeyiz:

Türk hukukunda 19.7.2003 tarihindeki değişiklikten evvel, 2644 sayılı Tapu Kanunu¹²⁸⁰ m.35 hükmü uyarınca yabancı gerçek kişilerin miras yoluyla Türkiye'de taşınmaz edinmeleri, "kanuni sınırlamalara uyulması" ve mütekaliliyet" olmak üzere iki sınırlamaya tabi tutulmuştu¹²⁸¹. Bu dönemde, yabancı gerçek kişilerin Türkiye'de bulunan taşınmaz tereke üzerinde miras hakkına sahip olabilmeleri¹²⁸² için

¹²⁷⁹ Zira kimi ülke hukuklarında yabancı kararların tenfizi için Türk hukukuna nispetle daha hafif şartlar öngörülebileceği gibi daha ağır tenfiz şartları da öngörülebilir. Örneğin, kararın verildiği devlette mütekaliliyet gibi tenfizi mutlak bir şekilde engelleyici mahiyetteki bir şart öngörülmemiş olabilir. Ancak daha ağır bir şart olarak, tenfize konu kararın kendi hukukuna uygunluğunu (revizyon sistemi) tetkik koşulu benimsenmiş olabilir.

¹²⁸⁰ RG: 29.12.1934 – 2892.

¹²⁸¹ Yabancıların Türkiye'de taşınmaz edinmelerine ilişkin temel yasal düzenleme olan Tapu Kanunu m.35-36 hükümleri, ilk olarak 3.7.2003 tarih ve 4916 sayılı kanunla (RG: 19.7.2003 – 25173) esaslı değişikliklere uğramıştır. Ardından 3.5.2012 tarihli ve 6302 sayılı kanunun (RG: 18.5.2012 – 28296) yürürlüğe girişine kadar pek çok değişikliğe uğrayan Tapu Kanunu m.35-36 hükümlerine göre yabancı gerçek ve tüzel kişilerin Türkiye'de taşınmaz edinmelerine ilişkin güncel ve ayrıntılı bilgi için bkz.: Çelikel/Gelgel, **a.g.e.**, s.321 vd.; Aydoğmuş, **a.g.e.**, s.9 vd.; Nuray Ekşi, **Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz İktisabı**, 2. Bası, Beta, İstanbul 2012, s.55 vd.; Ömür Karaağaç, **Türk Hukukunda Yabancı Yatırımcı Olarak Şirketlerin Taşınmaz Mal Edinmeleri**, Lykeion, Ankara 2017, s.100 vd.

¹²⁸² Yabancıların Türkiye'de taşınmaz edinmeleri konusunda temel yasal düzenleme olan Tapu Kanunu m.35'te 19.7.2003 tarihinde gerçekleştirilen değişiklikten evvel, yabancı gerçek kişilerin gerek sağlararası gerekse miras yoluyla Türkiye'de taşınmaz edinmesi "kanuni sınırlamalara uygun olmak" ve "mütekaliliyet" şartlarının karşılanmasına bağlıydı. Dolayısıyla, bu tarihe kadar gerçekleşen ölüm olayları sonucunda yabancı bir gerçek kişinin miras terekesinde bulunan Türkiye'deki taşınmazı kanuni

mütekabiliyet şartının gerekli olduğuna kanaat getiren Türk mahkemeleri, hepsi Yunan vatandaşı olan kanuni mirasçılar bakımından Yunanistan ile Türkiye arasında bu şartın gerçekleşmediği gerekçesiyle mirasçılık belgelerinin iptaline ve tapu kütüğüne yapılmış tescilin iptaline karar vermiştir.

AİHM ise, diğer hususların yanı sıra, Türk mahkemelerinin Türk vatandaşlarının Yunanistan’da miras yoluyla taşınmaz edinmesi bakımından yasal bir engel olmadığına dair Adalet Bakanlığının raporlarını dikkate almaksızın ve bu konuda fiili engellerin (fiili mütekabiliyetin) olup olmadığını yeterince araştırmaksızın mütekabiliyetin sağlanmadığı gerekçesiyle mirasçılık ehliyetlerine sahip olamayacaklarına karar verdiklerini tespit etmiştir¹²⁸³. Başka bir ifadeyle, Türk mahkemeleri Yunanistan ile mütekabiliyetin sağlanıp sağlanmadığı konusundaki değerlendirmelerinde hataya düşmüştür. Mütekabiliyetin sağlanmış ve Yunanistan aleyhine misilleme tedbirinin kaldırılmış olması karşısında, kimi kararlarında başvuruçuların miras yoluyla taşınmazı iktisap ettiklerini, kimisinde ise edinebileceklerine yönelik meşru beklentiye sahip olmalarının makul olduğunu belirten AİHM, mütekabiliyet şartının uygulanmasının yeterince öngörülebilir olmadığına, dolayısıyla P-1 m.1’e yönelik müdahalenin

mirasçı sıfatına istinaden iktisap edebilmesi, yani tapuya tescil ettirebilmesi için yukarıdaki iki şartın karşılanması gerekmektedir. Ancak, söz konusu dönemde, Tapu Kanunu m.35 hükmüyle yabancıların Türkiye’deki taşınmazları miras yoluyla iktisap edebilmelerini değil, taşınmazlar üzerindeki miras haklarının yukarıdaki şartlarla sınırlandırıldığı doktrinde yaygın olarak kabul edilmiş, bu görüş Türk mahkeme tatbikatına yansımıştır. Dolayısıyla, Türk mahkemelerince Türk miras hukukuna ilişkin temel düzenleme olan MK hükümleri uyarınca kanuni mirasçı olarak gözüken yabancı gerçek kişilerin, murisin Türkiye’de bulunan taşınmazları üzerine kanuni mirasçı olabilmeleri/mirasçılık ehliyetine sahip olabilmeleri, mütekabiliyet şartına bağlanmıştır. Tapu Kanunu m.35’te yer alan koşulların taşınmazın miras yoluyla iktisabına değil de, miras hakkına yönelik sınırlama olarak mütalaa edilmesinin kaçınılmaz sonucu olarak, Türk mahkemelerince mütekabiliyet ve diğer koşulların belirlenmesinde murisin ölüm tarihi esas alınmıştır. Dolayısıyla, 19.7.2003 tarihinden önce gerçekleşen bir ölüm olayında, murisin Türkiye’de bulunan taşınmaz terekesi üzerinde yabancı gerçek kişilerin miras hakkına sahip olabilmesi için vatandaşı olduğu devlet ile Türkiye arasında –murisin ölüm tarihi itibarıyla- mütekabiliyetin varlığı aranmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Aydoğmuş, **a.g.e.**, s.269 vd.; Emre Esen, “Türkiye’de Bulunan Taşınmazlar Üzerinde Yabancı Gerçek Kişilerin Kanunî Miras Hakları Konusunda Güncel Gelişmeler”, **Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. M. İlhan Ulusan’a Armağan, C.15, S.2, 2016, s.676-681. Burada, meselenin AİHM önüne kadar gitmesine neden olan temel problem Tapu Kanunu m.35’te yer alan sınırlamaların Türk mahkemelerince yabancı gerçek kişilerin Türkiye’de bulunan bir taşınmazı kanuni mirasçı sıfatıyla iktisap edebilmelerini engelleyen bir şart olarak değil, söz konusu taşınmaz üzerine kanuni miras hakkını engelleyen/mirasçılık ehliyetine ilişkin bir şart olarak kabul edilmiş olmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Aydoğmuş, **a.g.e.**, s.443 vd.

¹²⁸³ Bkz.: Nacaryan ve Deryan v. Türkiye, no.19558/02, 8 Ocak 2008, para.46-57; Fokas v. Türkiye, no.31206/02, 29 Eylül 2009, para.38-40.

AİHM, yukarıdaki kararlardan farklı olarak konuya ilişkin ilk kararı olan *Apostolidi ve diğerleri v. Türkiye* başvurusunda, yabancıların taşınmazlar üzerindeki miras hakkı ve bu hakkın bir meşru beklenti olarak koruma görüp görmeyeceğine dair bir inceleme yapmamıştır. Bkz.: Aydoğmuş, **a.g.e.**, s.451.

kanunilik ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir¹²⁸⁴. AİHM, bu kararların hiçbirinde, soyut olarak mütakabiliyet koşulunun aranmasının/uygulanmasının AİHS açısından yerindeliğine ilişkin doğrudan bir değerlendirme yapmamış, somut olayda uygulanış şeklinin AİHS'yle bağdaşıp bağdaşmadığını incelemiştir¹²⁸⁵. Bu bakımdan, yabancı gerçek kişilerin miras yoluyla taşınmaz edinebilmeleri için artık gerekli olmayan mütakabiliyet şartının belirlenmesine yönelik AİHM'nin bu değerlendirmelerinin, yabancı kararların tenfizinde aranan mütakabiliyet şartının tespiti bakımından da emsal teşkil edebileceğini söyleyebiliriz.

Dolayısıyla, mütakabiliyetin sağlanıp sağlanmadığının tespitinde mahkemelere atfedilen bu tür eksiklik veya hatalar, mütakabiliyet şartının karşılanıp karşılanmadığının tespitiyle doğrudan ilgili veya belirleyici olduğu ölçüde, duruma göre, davacının veya davalının hakkaniyete uygun yargılanma hakkına, aşağıda inceleyeceğimiz üzere, bununla bağlantılı olarak P-1 m.1'in ihlaline yol açabilecektir.

İkinci olarak, mütakabiliyet şartının düzenlendiğini yasa metninin yabancı kararın tenfizini haksız yere engelleyecek derecede dar bir şekilde yorumlanması, başka bir ifadeyle mahkemece mütakabiliyetin kapsamının yanlış veya eksik bir şekilde tespit edilmiş olması, mütakabiliyetin karşılanıp karşılanmadığına ilişkin kararı da etkileyebilecektir. Dolayısıyla, böyle bir yorum tarzı, davanın koşullarına göre, ilgili tarafın Sözleşmesel haklarına aykırı bir sonuca yol açabilir. Özellikle MÖHUK m.54/a hükmü, böyle bir ihlal potansiyeline fazlasıyla sahiptir. Somutlaştıralım:

MÖHUK m.54/a'nın lafzından bir tenfiz engeli olarak mütakabiliyetin her üç türünün, yani akdi, kanuni ve fiili mütakabiliyetin basamaklı veya birbirine üstün olarak değil, eşit derecede ve birbirine alternatif olacak şekilde tanzim edildiği anlaşılmaktadır. Buna göre, akdi, kanuni veya fiili mütakabiliyetin araştırılarak bunlardan birinin varlığının tespit edilmesi yeterli kabul edilecektir¹²⁸⁶. Böyle bir yorum tarzıyla, hem MÖHUK m.54/a hükmünün lafzına uygun bir şekilde tatbik edilmiş olacak, hem de

¹²⁸⁴ Apostolidi ve diğerleri v. Türkiye, para.73-78; Nacaryan ve Deryan v. Türkiye, para.58-60; Fokas v. Türkiye, para.41-45; Ağnidis v. Türkiye, no.21668/02, 23 Şubat 2010, para.39-43, özellikle para.41. Söz konusu kararlar hakkında detaylı bilgi ve analiz için bkz.: Aydoğmuş, **a.g.e.**, s.442-468.

¹²⁸⁵ Gemalmaz B., **Mülkiyet Hakkı**, s.459; Esen, **Miras Hakkı**, s.689; Aydoğmuş, **a.g.e.**, s.467.

¹²⁸⁶ Bkz.: Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s.161.

mütekabiliyet şartının muhtemel davacılar açısından yaratabileceği olumsuz sonuç bertaraf edilmiş olacaktır. Bununla beraber, Türk hukukunda Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2009 tarihli kararıyla birlikte, akdi veya kanuni mütekabiliyetin varlığına rağmen, fiili mütekabiliyetin belirleyici olduğu, yabancı ülkede benzer nitelikteki Türk mahkeme kararlarının tenfizine yönelik olumsuz bir uygulamanın varlığı halinde mütekabiliyetin gerçekleşmemiş sayılması gerektiği anlaşıyor kabul edilmektedir¹²⁸⁷. Yukarıda sıkça değindiğimiz üzere, yabancı kararın mütekabiliyet şartına istinaden reddedilmesi, Türk mahkeme kararlarını tenfiz etmeyen yabancı devletlere karşı bir yaptırım olmaktan çıkmakta, lehine karar elde eden tarafı mağdur eden bir uygulamadan başka bir anlama gelmemektedir. En azından MÖHUK m.54/a'da yer alan üç mütekabiliyet türünden birinin varlığının –söz konusu hükümde olduğu üzere- mahkemece resen tespit veya davacı tarafça ispat edilmesinin yeterli görülmesi, objektif olarak ne devletin ne de tarafların menfaatiyle ilgili olmayan bu şartın davacı açısından yaratabileceği mahzurların bertaraf edilmesini sağlayacaktır. Böylece, hem mahkemece veya davacı tarafça ispatı/tespiti daha kolay olan akdi veya kanuni mütekabiliyetin varlığı halinde, olumlu-olumsuz yönde bir fiili mütekabiliyetin var olup olmadığına yönelik zahmetli bir araştırmaya girilmeyecektir.

Bu bakımdan, bir tenfiz şartı olarak vazgeçilmesi gerektiği ileri sürülen mütekabiliyetin – Yargıtay 11. Hukuk Dairesi gibi- dar bir şekilde yorumlanması, Türk mahkemelerini öncelikle ve her zaman fiili mütekabiliyetin varlığını araştırmaya sevk edecek, akdi veya kanuni mütekabiliyetin varlığının mahkemece gerek resen gerekse davacının ispatı üzerine tespit edilmesi yeterli olmayacaktır. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca, zaten tenfiz talebinde bulunan şahsı fazlasıyla mağdur etme potansiyeline sahip olan mütekabiliyet şartının bu şekilde dar bir şekilde yorumlanması, MÖHUK m.54/a hükmüne açıkça aykırı olduğu gibi, karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda yabancı kararların tanınacağı-tenfiz edileceği yönündeki genel eğilimle bağdaşmayacaktır¹²⁸⁸. Dahası, böyle bir yaklaşım, mahkemeleri tenfizin mümkün mertebe engellenmesi gerektiği şeklinde yanlış bir düşünceye sevk etme tehlikesini de beraberinde taşımaktadır. Ayrıca, yabancı ülkelerdeki tatbikatın her an değişmesi

¹²⁸⁷ Bkz.: Yargıtay 11.HD, E. E.2008/1284, K.2009/980, T.30.1.2009, (Ruhi, **a.g.e.**, s.334-336).

¹²⁸⁸ Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s.161, 177.

ihhtimali karşısında tenfiz mahkemesinin fiili mütakabiliyetin varlığına/yokluğuna ilişkin değerlendirmeleri her zaman sağlıklı olmayabilecektir. Bu nedenle, MÖHUK m.54/a hükmünün açık ifadesine karşısında, fiili mütakabiliyetin gerçekleşmediği veya olumsuz yönde bir fiili uygulamanın varlığı gerekçe gösterilerek akdi veya kanuni mütakabiliyetin gerçekleştiği iddialarının Türk mahkemelerince dikkate alınmaması ve değerlendirilmemesi davacının AİHS m.6/1’de yer alan hakkaniyete uygun yargılanma hakkından istifade edememesi anlamına gelecektir. Burada, mütakabiliyetin bir tenfiz engeli olarak doğru bir şekilde tatbik edilip edilmediği değil, mütakabiliyet şartının kapsamının MÖHUK m.54/a’nın açık ifadesine rağmen, dar bir şekilde yorumlanması, dolayısıyla yanlış uygulanması böyle bir ihlalin ortaya çıkmasına neden olabilecektir. Zira hakkaniyete uygun yargılanmanın kapsamını açıklarken ifade ettiğimiz üzere, ulusal mevzuatta yer alan her bir tenfiz şartının karşılanıp karşılanmadığına ilişkin gerek mahkemece tespit edilen gerekse taraflarca ileri sürülen, davanın sonucuyla doğrudan ilgili ve belirleyici bilgi ve delillerin dikkate alınması gerekmektedir.

iii. AİHS’nde Yer Alan Temel Haklar Açısından

Mütakabiliyet şartının tatbiki, yabancı kararın tenfizine engel olması itibariyle, sadece açılan davanın reddedilmesine yol açmamakta, yabancı kararla tevsik edilen özel hukuka ilişkin bir hakkın tenfiz devleti hukukunca kabul edilmesini ve/veya elde edilmesini engellemektedir. Dolayısıyla, mütakabiliyet şartının tatbiki, AİHS m.6/1’e olduğu kadar, büyük ölçüde elde edilmek istenen hakkın niteliğine bağlı olarak davacının P-1 m.1’de veya AİHS m.8’deki haklarına müdahale edebilecektir. Örneğin, yabancı kararla davacı lehine tevsik edilen bir hak, büyük ölçüde sözleşmeden kaynaklanan bir tazminat veya bir nafaka ya da mal rejiminin tasfiyesi sonucu elde edilen bir katkı payı alacağı gibi bir alacak hakkı niteliğinde olacaktır. Henüz, tenfiz devleti hukukunca kabul edilmeyen ancak, ulusal mevzuatta öngörülen tanıma-tenfiz prosedürüne tabi kılınmak ve bir tanıma-tenfiz kararı elde edilmek suretiyle bu tür hakların elde edileceği konusundaki meşru beklentinin P-1 m.1’in kapsamına gireceğini belirtmiştik. Böyle bir hakkı tevsik eden yabancı kararın tenfizine karar verileceği konusunda meşru bir beklentiye sahip olan tarafın söz konusu talebinin reddedilmesi,

davacının yabancı kararla tevsik edilen alacak/malvarlığı değerinden yararlanamaması sonucunu doğuracaktır.

Benzer şekilde, velayet veya kişisel ilişki kurma kararları da, niteliği itibarıyla tenfize konu kararlardan olduğundan, prensip olarak, mütekabiliyetin yokluğu nedeniyle tenfiz talebinin reddedilmesi, velayet hakkı sahibi ebeveynin aile hayatına saygı hakkına müdahale teşkil edecektir. Özellikle ebeveynlerden biri, diğer ebeveynin velayet hakkına veya kişisel ilişki kurma hakkına aykırı olarak çocuğu üçüncü bir ülkeye götürmekte veya orada alıkoymakta ve çocuğun ebeveyniyle ilişki kurmasını engellemektedir. Bu durumda, sahip olduğu velayet veya kişisel ilişki hakkı bir mahkeme kararına dayanan veya mahkemeye başvurarak bir karar elde eden geride kalan ebeveyn, söz konusu hakkını kullanabilmek için, prensip olarak, çocuğun bulunduğu ülkenin mahkemelerine başvurarak yabancı kararın tenfizine karar verilerek çocuğun kendisine iade edilmesini isteyecektir. Nitekim AİHM'nin yabancı velayet veya kişisel ilişki kurma haklarına ilişkin yabancı kararların tenfizi taleplerinin diğer tenfiz şartlarına istinaden reddedilmesinin AİHS m.8'e aykırılığını incelediği bazı örnekler¹²⁸⁹, benzer bir denetimin mütekabiliyet ekseninde de yapılabileceğini göstermektedir.

AİHM, mütekabiliyet şartının tatbikiyle birbirinden farklı nitelikte olan ancak benzer bir sınırlama rejimine tabi olan AİHS m.8 ve P-1 m.1'e yönelik müdahalenin/sınırlamanın meşru olup olmadığını, doğal olarak meşru amaç, yasaya uygun/yasayla öngörülmüş olma ve ölçülülük/adil denge koşullarına bağlı olarak değerlendirecektir. Bu kapsamda, AİHS m.6/1 açısından yapmış olduğumuz tespitlerin ve varmış olduğumuz sonuçların AİHS m.8 ve P-1 m.1 açısından da kısmen geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Zira, mütekabiliyet şartının tatbiki suretiyle tenfiz talebinin reddine veya kabulüne karar verilmesiyle, AİHS m.6/1'deki hakkından yararlanamayan ilgili taraf, olası bir şikâyetinde, AİHS m.8 ve/veya P-1 m.1'de güvence altına alınan hakkından da yararlanamadığı/hakkının korunmadığı şikâyetinde bulunacaktır. Dolayısıyla, AİHS m.6/1'e yönelik varmış olduğu sonuca istinaden AİHS m.8 ve P-1 m.1'in ihlal edildiğine veya edilmediğine hükmetmesi kuvvetle

¹²⁸⁹ Örneğin bkz.: Hromadka ve Hromadkova v. Rusya, no.22909/10, 11 Aralık 2014.

muhtemeldir. Bu nedenle, AİHS m.6/1 açısından yapmış olduğumuz ikili ayırmadan hareketle söz konusu şartta dayanan müdahalenin AİHM tarafından yukarıda saymış olduğumuz koşullardan hangisine istinaden gayri meşru olarak nitelendirilebileceğini analiz etmeye çalışacağız.

Bu kapsamda ilk olarak, mütakabiliyet şartının ulusal mahkemelerce *yanlış veya eksik bir şekilde araştırılıp tespit edilmesi*¹²⁹⁰ veya mütakabiliyet şartının yasa metnine aykırı olarak *dar bir şekilde yorumlanması* hallerinde, nasıl ki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlali ihtimali yüksekse, aynı ihtimalin söz konusu haklar bakımından da geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Zira bir tenfiz engelinin AİHS m.6/1’le bağdaşmayacak derecede keyfi ve ölçüsüz bir şekilde yorumlanması ve tespit edilmesi, tenfiz talebinin reddedilmesine, bu da dolaylı olarak davacının AİHS m.8’in ve/veya P-1 m.1’in koruma alanına giren özel hukuka ilişkin hakkın yerine getirilmesi talebinin haksız bir şekilde reddedilmesine sebep olacaktır. Daha önce bahsettiğimiz *Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan* kararında, Yunan mahkemelerinin kamu düzeni müdahalesinin anlamı ve içeriğini başvurucunun aile hayatına saygı hakkıyla bağdaşmayacak şekilde ölçüsüz ve keyfi yorumlamaları, başvurucunun yabancı evlat edinme kararın tanınması talebinin haksız yere reddedilmesine neden olmuştur. Bu da, doğal olarak başvurucunun evlat edinen-muristen kendisine kalan mirası iktisap etmesine engel olduğu için P-1 m.1’in ihlaline neden olmuştur¹²⁹¹. Bununla beraber, söz konusu iki durumda da AİHS m.8’e veya P-1 m.1’in ihlal edildiğine kanaat getirmesi ihtimali oldukça yüksek olan AİHM’nin, bunu kanunilik koşulunun karşılanmadığına dayandırması muhtemeldir.

Meseleyi P-1 m.1 açısından ele alacak olursak, öncelikle sınırlamada kullanılan aracın, yani mülkiyetten yoksun bırakılmada kullanılan mütakabiliyet şartının meşru amaç/kamu yararı güdüp gütmmediğinin tespiti gerekecektir. Şüphesiz burada, mülkiyetten yoksun bırakılmayı gerektiren önlemin/mütakabiliyet koşulunun tatbikinin nasıl kamu yararına hizmet ettiği sorusu akla gelecektir. Bununla birlikte, devletler

¹²⁹⁰ Bunun kapsamına mütakabiliyet şartının varlığı hiç araştırılmaksızın yabancı kararın tenfizine karar verilen hallerin de girdiğini, ancak burada şikâyet başvurusunun doğal olarak davalı tarafından yapılmasının söz konusu olabileceğini yukarıda belirtmiştik.

¹²⁹¹ *Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan*, para.61-76; para.89-91 ve para.93-96.

mülkiyet hakkından yoksun bırakmada meşru amaç olarak rol oynayan kamu yararı/genel yararı belirlenmesinde mutlak, sınırlama araçlarının seçilmesinde kuvvetli bir takdir marjına sahiptir¹²⁹². Buna göre, sınırlamada kullanılan aracın, yani mütekabiliyetin kamu yararı güdüp gütmeyeceğinin tespitinde geniş bir takdir marjına sahip olduğu göz önüne alındığında¹²⁹³, tıpkı AİHS m.6/1’de olduğu gibi, devletin sahip olduğu egemenliğe ve yargı yetkisine saygı gösterilmesi meşru amacının mülkiyetten yoksun bırakılmada da geçerli olduğu söylenebilir. Gerçi burada, mütekabiliyetin bir tenfiz engeli olarak aranmasının yerindeliliğine ilişkin açıklamalarımız karşısında, böyle bir amaç ile kamu yararının birbiriyle ilişkilendirilmesinin ne kadar yerinde olduğu da tartışmalıdır. Ancak yine de, davalı devletçe istinat edilebilecek bu amaç AİHM tarafından mülkiyetten yoksun bırakılma önlemini gerektiren kamusal bir mülahaza olarak nitelendirilebilir. Kaldı ki, AİHM’nin bazı kararlarında davalı devletlerin başvuruçuyu mülkiyetten yoksun bırakan müdahalenin meşru amaç güttüğünü gösteremediklerini kabul etmesine rağmen, ölçülülük ilkesine aykırılıktan ötürü P-1 m.1’in ihlaline hükmettiği görülmektedir¹²⁹⁴. Dolayısıyla, meşru amaç/kamu yararının varlığı davalı devletçe gösterilmemiş olsa bile, AİHM’nin kanunilik veya ölçülülük koşulları temelinde bir ihlal bulgulası kuvvetle muhtemeldir. Bu bağlamda, sadece mütekabiliyetin değil, diğer tenfiz şartlarının tatbiki bakımından da AİHM’nin meşru amaç noktasından P-1 m.1’in ihlalini bulgulamayacağını söyleyebiliriz.

Diğer taraftan, burada mütekabiliyet şartının eksik veya yanlış bir şekilde araştırılması ve tespit edilmesi veya ilgili yasa metninin dar bir şekilde yorumlanması nedeniyle gerçekleşen mülkiyetten yoksun bırakmanın/sınırlamanın kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edebileceği kanaatindeyiz. Zira ilk durumda, kendisinin ileri sürdüğü bilgi ve belgelerin yanı sıra mahkemenin mütekabiliyetin var olup olmadığına yönelik araştırmaya istinaden yabancı kararın tenfizi için aranan söz konusu şartın karşılanıp

¹²⁹² Gemalmaz B., **Mülkiyet Hakkı**, s.481-482.

¹²⁹³ Gemalmaz B., **Mülkiyet Hakkı**, s.482.

¹²⁹⁴ Örneğin, AİHM başvuruçunun lehine hükmedilen kesin hükmün bir şekilde işlevsiz kılınarak taşınmazından yoksun bırakıldığı *Brumarescu v. Romanya* kararında, davalı devletin kesin hükmün neden işlevsiz kılındığını meşrulaştıramadığını (Bkz.: no.28342/05, 16 Nisan 2002, para.79-80); başvuruçunun satım sözleşmesinin geçersizliği nedeniyle ulusal hukuka uygun olarak satın aldığı sosyal konuttan tahliye edildiği *Gashi v. Hırvatistan* kararında, satım sözleşmesinin geçersizliğini meşrulaştıracak amacın varlığını gösteremediklerini (Bkz.: *Gashi v. Hırvatistan* no.32457705, 13 Aralık 2007, para.43) tespit etmiştir.

karşılanmayacağı davacı tarafından az veya çok öngörülebilecektir. Tıpkı yabancı gerçek kişilerin miras yoluyla taşınmaz iktisabında olduğu gibi, tenfiz mahkemesinin gerek davacının gerekse diğer kurumların (örneğin adalet veya dışişleri bakanlığının) sunduğu aksi yöndeki raporlara rağmen, mütekabiliyet şartının karşılanmadığına karar vermesi, mütekabiliyet şartının karşılandığını ve tenfiz kararı verileceğini makul bir şekilde bekleyen başvuru açısından öngörülebilir olmayacaktır. Bu nedenle AİHM mütekabiliyet şartının (MÖHUK m.54/a hükmünün) uygulanmasının yeterince öngörülebilir olmadığına, dolayısıyla P-1 m.1'e yönelik müdahalenin kanunilik ilkesine aykırı olduğuna karar verebilecektir.

Benzer bir durumun, mütekabiliyete ilişkin MÖHUK m.54/a hükmünün yabancı kararın tenfizini mümkün mertebe güçleştirmeye yönelik, dar bir şekilde yorumlanması halinde de ortaya çıkabileceği düşüncesindeyiz. Buna göre, somut bir davada mütekabiliyete ilişkin MÖHUK m.54/a hükmünün açık ifadesi uyarınca akdi, kanuni veya fiili mütekabiliyetin herhangi birinin varlığının söz konusu şartın sağlanması bakımından yeterli olacaktır. Ancak, tenfiz mahkemelerinin somut bir davada bu üç mütekabiliyet türünün tamamının varlığının tespit edilmesi gerektiği veya bunlardan birinin veya ikisinin varlığının tespitine rağmen Türk mahkeme kararlarının –haklı neden olmaksızın- fiilen tenfiz edilmediğinin tespit edildiği gerekçesiyle tenfiz talebini reddetmeleri söz konusu olabilir. Böyle bir karar, MÖHUK m.54/a hükmünün açık ifadesine rağmen, söz konusu hükmün yabancı kararın tenfizini haksız yere engelleyecek derecede dar bir şekilde yorumlanması, yani mütekabiliyetin kapsamının yanlış veya eksik bir şekilde tespit edilmiş olması anlamına gelecektir. Dolayısıyla böyle bir karar, ulusal mevzuatta yer alan yasal düzenleme uyarınca mütekabiliyet şartının karşılanacağı ve lehine bir tenfiz kararı verileceğini makul olarak bekleyen başvuru açısından öngörülebilir olarak nitelendirilemeyecektir.

Meseleyi AİHS m.8 açısından ele aldığımızda, mütekabiliyet şartının tatbikinin P-1 m.1'e uygunluğu açısından yukarıda ifade ettiğimiz hususlar, esasen yabancı velayet veya kişisel ilişki kurma kararlarının tenfizinin söz konusu şarta istinaden reddedilmesi nedeniyle ileri sürülen AİHS m.8'e aykırılık iddiaları bakımından da geçerlidir. Çocuk ile anne-baba arasındaki aile hayatından kaynaklanan hakların

başında gelen velayet hakkı, çocuğun velayeti kendisine verilmeyen ebeveynin çocuğuyla kişisel ilişki kurma ve onunla görüşme hakkı AİHS m.8'in koruması altında olduğu gibi¹²⁹⁵, AİHS m.8'nin sağlamış olduğu koruma bu tür hakları tevsik eden yabancı kararların tenfizi halinde varlığını muhafaza edecektir¹²⁹⁶. Dolayısıyla, bir ebeveynin yabancı bir karara istinaden elde etmiş olduğu velayet/kişisel ilişki kurma hakkına ilişkin kararın tenfizi talebinin, sadece mütekabiliyet değil başka bir tenfiz şartının karşılanmadığı gerekçesiyle reddedilmesi, başvurucunun aile hayatına saygı hakkına müdahale teşkil edecektir.

Burada, P-1 m.1'de olduğu gibi, ebeveynin çocuğuyla bir araya gelmesini ve aile hayatının korunmasını engelleyen mütekabiliyet şartının tatbikinin AİHS m.8/2'de yer alan meşru amaç kategorilerinden hangisinin kapsamında mütalaa edileceği problemi hâsıl olabilir. Burada da, ebeveynin AİHS m.8'de korunan söz konusu haklarına müdahalede kullanılan mütekabiliyet şartını bir sınırlama aracı olarak seçen davalı devlet, söz konusu şartın (tatbikinin) AİHS m.8/2'de yer alan meşru amaçlardan birine veya birkaçına istinaden seçildiğini ikna edici bir şekilde göstermelidir¹²⁹⁷. AİHM'nin başvurucunun aile hayatına saygı hakkından yararlanmasını engelleyen müdahalenin meşru amaca uygunluğu/sınırlama ölçütlerine uygunluğu noktasında aykırılığa nadiren hükmettiği göz önüne alındığında¹²⁹⁸, zorlama da olsa, devletin egemenliği/yargı yetkisine saygı gösterilmesini temin etmek amacıyla tanzim edilen mütekabiliyet şartı ulusal güvenliğin korunması meşru amacı kapsamında mütalaa edilebilir. Bu bakımdan, P-1 m.1'de olduğu gibi, AİHM MÖHUK m.54/a hükmünde yer alan mütekabiliyet şartının tenfiz mahkemelerince yanlış veya eksik bir şekilde araştırılması ve tespiti edilmesi veya dar bir şekilde yorumlaması suretiyle gerçekleşen müdahalenin meşru amaca sahip olmadığı noktasından ziyade, kanunilik ilkesine aykırılıktan AİHS m.8'in ihlaline hükmedebilir. Kısaca, P-1 m.1'dekine benzer gerekçelerle, mütekabiliyet

¹²⁹⁵ Bkz.: Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.272-273.

¹²⁹⁶ AİHM, velayet/kişisel ilişki kararlarının tanınması ve tenfizi taleplerinin reddedilmesinin şikâyet konu yapıldığı bazı kararlarda, AİHS m.8'in ebeveynle çocuğun bir araya gelmesi ve aile hayatının korunması ve geliştirilmesi gerekli tedbirlerin alınmasını isteme hakkının olduğunu ve bu konuda ulusal makamlara yükümlülük yüklediğini vurgulamıştır. Bkz.: Hromadka ve Hromadkova v. Rusya, para. 157, 165-169; V.P. v. Rusya, no.61362/12, 23 Ekim 2014, para.142.

¹²⁹⁷ Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.369.

¹²⁹⁸ Bu konuda bkz.: Arai, **a.g.m.**, s.340; Arslan Öncü, **a.g.e.**, s.369.

şartının bu şekilde uygulanmasına dayanan kararın, başvuruçularca öngörülebilir olmadığı söylenebilir.

Son olarak, mütekabiliyetin karşılanmadığının ulusal mahkemelerce *doğru bir şekilde tespit edilmesi* nedeniyle AİHS m.6/1'in ihlal edilmediğine kanaat getirmesi kuvvetle muhtemel olan AİHM, bu konuda varmış olduğu sonuçtan hareketle P-1 m.1'in (veya AİHS m.8'in) de ihlal edilmediği sonucuna varabilir. Şüphesiz, bu ihtimalde de, P-1 m.1'e veya AİHS m.8'e yönelik bu tür bir müdahalenin AİHM tarafından nasıl meşru amaca sahip olup olmadığı ve ölçülü olarak nitelendirileceği burada da belirsizlik arz etmektedir. Ancak, AİHM'nin AİHS m.6/1'in ihlal edilmediğine veya ihlal edildiğine kanaat getirmesi halinde, böyle bir karar dolaylı olarak –sırasıyla- diğer temel hakların ihlal edilmemiş veya edilmiş olduğu anlamına gelecektir. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere, bu durum tenfiz davalarının mahiyeti gereği, özel hukuka ilişkin bir uyuşmazlığın karara bağlanması değil, doğrudan özel hukuka ilişkin bir haktan tanıma-tenfiz devletinde de yararlanılması/korunması amacıyla açılmasının doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, bu zamana kadar vermiş olduğu kararlarında, yabancı kararın tanınması-tenfizi talebinin herhangi bir tanıma-tenfiz şartına veya başka bir kurala istinaden reddedilmesinin AİHS m.6/1'i ihlali ettiğine/ihlal etmediğine hükmeden AİHM'nin, aynı nedenle bir temel hakkın ihlal edilmediğine/ihlaline hükmetmediğini, daha doğrusu henüz böyle bir karara rastlamadığımızı belirtmeliyiz.

3. Kararı Veren Yabancı Mahkemenin Yetkisinin Denetimini Öngören Tanıma-Tenfiz Şartı ile AİHS Arasındaki İlişkinin Değerlendirilmesi

a. Genel Olarak

Milletlerarası yetki bahsinde de belirttiğimiz üzere, tanıma-tenfize konu kararı veren yabancı mahkemenin yetkisine giren hususlar, kararın verildiği ülke hukukuna tabi olup, prensip olarak Türk hukukunu ilgilendirmemektedir. Yabancı mahkemenin yetkisi, ancak söz konusu mahkemenin verdiği kararın tanınması-tenfizi talep edildiğinde, tenfiz devleti mahkemelerince dikkate alınması gereken bir husus olarak

karşımıza çıkmaktadır¹²⁹⁹. Doğal olarak, yabancı mahkemenin milletlerarası yetkisi, tanıma-tenfiz devleti mahkemesine, kararı veren yabancı mahkemenin yetkisini inceleme zorunluluğu getiren yasal bir hükmün/tanıma-tenfiz şartının varlığı halinde gündeme gelecektir. Bu bağlamda, yabancı mahkemenin yetkisinin tanıma-tenfiz mahkemelerince inceleme konusu yapılmasını gerektiren iki farklı esasın olduğu görülmektedir.

Bunlardan ilki, gerek MÖHUK m.54/b’de gerekse karşılaştırmalı hukukta yaygın olarak kabul edildiği üzere, tanıma-tenfiz devleti mahkemelerinin yabancı mahkeme kararına konu uyuşmazlık bakımından münhasır yetkiye sahip olmasıdır. Türk hukukunda, başta taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıklar olmak üzere, pek çok özel hukuk davası bakımından Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu kabul edilmektedir. Yabancı karara konu uyuşmazlık, tenfiz devleti mahkemelerinin münhasır yetkisinin kapsamına girdiği ölçüde, söz konusu kararın tanınması-tenfizi mümkün olmayacaktır. İkinci olarak, kararı veren yabancı mahkemenin milletlerarası yetkiye sahip olup olmadığının incelenmesi, bu konuda kabul edilen bir diğer esastır. Yalnız, münhasır yetkiye nazaran, bu konuda Türk hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta birbirinden farklı anlayışlar benimsenmekte ve farklı düzenlemeler yer almaktadır. Aşağıda, bu farklılıklara kısaca ve konumuzu ilgilendirdiği ölçüde değinmek konumuzun amacı ve kapsamı bakımından yararlı olacaktır.

Türk hukukunda “*yabancı kararın dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı halde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmemiş olması*”, yani yabancı mahkemenin aşırı yetkili olmaması şartı aranmış iken (MÖHUK m.54/b), kimi ülke hukuklarında, yabancı mahkemenin yetkili olmaması bir tanıma-tenfiz engeli olarak kabul edilmiştir¹³⁰⁰. Bu düzenlemelerden anlaşıldığı kadarıyla, yabancı karara konu uyuşmazlığın niteliği, tenfiz devleti mahkemelerinin yapacağı yetki denetimi bakımından prensip olarak önem arz etmemektedir. Diğer taraftan,

¹²⁹⁹ Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.207.

¹³⁰⁰ İsviçre hukuku buna örnek verilebilir. İsviçre DÖHK m.25/1 uyarınca uyuşmazlığın konusuna bakılmaksızın, yabancı kararın tanınması-tenfizi için yabancı mahkemenin yetkili olması şartı aranmıştır. Alman hukukunda da, ZPO m.328/1 b.1’de ise yabancı mahkemenin Alman hukukuna göre milletlerarası yetkiye sahip olmaması bir tenfize engeli olarak öngörülmüştür. İngiliz hukukunda tenfize konu kararı veren mahkemenin kendi hukukuna göre yetkili olması şartının arandığı belirtilmiştir. Bkz.: Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s.177-178.

yabancı mahkemenin yetkisine ilişkin denetim tenfiz devleti hukukuna göre (*lex fori*) yerine getirilecek olmakla beraber¹³⁰¹, asıl farklılık böyle bir denetimi kendi hukukuna göre yürütecek olan tenfiz mahkemesinin ne şekilde hareket edeceği veya hangi yetki esaslarından hareketle yerine getireceği konusunda ortaya çıkmaktadır¹³⁰². Örneğin, Alman hukukunda böyle bir denetimin Alman hukukuna (tenfiz devletinin yetki kurallarına) göre yapılacağı açıkça ifade edilmiş, İsviçre ve Belçika hukuklarında yabancı mahkemenin yetkili olup olmadığını tayin etmek üzere dolaylı yetki kurallarına/esaslarına yer verilmiştir¹³⁰³. Türk hukukunda ise, kanun koyucu tarafından tenfiz devleti mahkemesine “*davanın konusu veya taraflarıyla gerçek bir bağlantı*”nın var olup olmadığını, yani yabancı mahkemenin aşırı yetkili olup olmadığını araştırma yükümlülüğü getirmiş, ancak yetkinin aşırı olup olmadığının tespitinde hangi esaslardan hareket edileceğini belirtmemiştir¹³⁰⁴.

Yabancı mahkemenin yetkisinin denetimini öngören her iki tanıma-tenfiz şartı arasında, ortaya çıkardığı sonuçlar itibariyle benzerlik bulunmaktadır. Kararı veren yabancı mahkemenin Türk tanıma-tenfiz hukukunca benimsenen yetkiye ilişkin kriterleri (aşkın yetki-münhasır yetki denetimi) karşılamamış olması, bu kriterleri karşılamayan yabancı kararın hükümsüz olması sonucunu doğurmaz. Söz konusu tanıma-tenfiz şartları, davayı görüp karara bağlayan yabancı mahkemenin yetkisi/yetkisizliği hakkında herhangi bir şey söylememekte, sadece tenfiz devletinin milletlerarası usul hukukunca benimsenen yetkiye ilişkin kriterlere aykırı olarak nitelendirilmekte, dolayısıyla yabancı kararı tanımamakta veya tenfiz etmemektedir. Bu kapsamda, yabancı karara konu uyuşmazlık, tenfiz devleti mahkemelerinin münhasır yetkisinin kapsamına girdiği veya yabancı mahkeme tenfiz devleti hukukuna göre aşırı

¹³⁰¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Burak Huysal, “Yabancı Mahkemenin Dava ve Taraflar ile Gerçek Bağlantısının Tanıma ve Tenfiz Üzerindeki Etkisi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof.Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, 2011/1, s.474-479.

¹³⁰² Huysal, **Gerçek Bağlantı**, s.479.

¹³⁰³ Bkz.: ZPO m.328/1.b.1; İsviçre DÖHK m.26; Belçika DÖHK m.25/1 b.8. Yabancı mahkemenin yetkisinin denetiminin, tenfiz devleti hukukunca öngörülen yetkiye ilişkin kurallar/yetki esasları dikkate alınarak veya kararın verildiği devletin yetki kuralları esas alınarak yürütülmesi, tali yetki kurallarıyla denetim olarak nitelendirilmektedir. Yabancı mahkemenin yetkisinin denetiminin, tenfiz devleti tarafından kendi tanıma-tenfiz hükümleri arasında yer alan ve salt yabancı mahkemenin yetkisinin denetimine matuf bir takım yetki esasları tanzim edilmek suretiyle yürütülmesi de mümkündür ki bu kurallara dolaylı yetki kuralları denilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.207-208; Huysal, **Gerçek Bağlantı**, s.474 vd.; Süzen, **a.g.e.**, s.111 vd.

¹³⁰⁴ Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s.272-273; Huysal, **Gerçek Bağlantı**, s.483.

yetkili/yetkisiz olduğu ölçüde, söz konusu kararın tanınması-tenfizi mümkün olmayacaktır.

Haliyle, ne tür uyuşmazlıkların tenfiz devleti mahkemelerinin münhasır yetkisinin kapsamına girdiği veya girmediğinin tespiti, açılan bir tenfiz davasının akıbetini, dolayısıyla tarafların AİHS’nde yer alan herhangi bir hakkın koruma alanına giren özel hukuka ilişkin haktan yararlanmasını/hakkının korunmasını etkileyecektir. Benzer şekilde, tıpkı münhasır yetki denetiminde olduğu gibi, tenfiz mahkemesinin kendi kanun koyucusunun çizdiği sınırlar dâhilinde yapacağı aşırı yetki denetimi, yabancı mahkeme kararının tanınması-tenfizi davasının akıbetini doğrudan etkileyecektir. Dolayısıyla, yabancı mahkemenin davanın koşullarına göre aşırı yetkili olup olmadığının ne şekilde tespit edildiği veya edilip edilmediği, sadece davacının değil, davalının da AİHS’nde yer alan haklarını etkileyebilecektir. Dolayısıyla, prensip olarak tenfiz mahkemesinin uyuşmazlığın tenfiz devleti mahkemelerinin münhasır yetkisi kapsamına girip girmediğini ve/veya yabancı mahkemenin aşırı yetkili olup olmadığını her iki tarafın AİHS’nde yer alan haklarıyla bağdaşır bir şekilde araştırması ve tespit etmesi gerekecektir.

Diğer taraftan, iki tenfiz şartı gerek niteliği ve amacı itibariyle gerekse somut bir tanıma-tenfiz yargılamasında mahkemece resen araştırılma/davalı tarafından ileri sürülme açısından oldukça farklılık arz etmektedir. Nitelik ve amaç itibariyle farklılığına ilgili başlıklar altında ayrıca değineceğimiz bu iki şarttan, münhasır yetkinin tenfiz mahkemesince resen araştırılması gerekmekte iken, yabancı mahkemenin aşırı yetkili olup olmadığı, davalının itiraz etmiş olması kaydıyla denetlenebilecektir (MÖHUK m.54/b). Türk hukukunda, karşılaştırmalı hukuktan farklı olarak¹³⁰⁵, davalının yabancı mahkemenin yetkisine tenfiz devletinde de itiraz etmiş olmasının aranması akla aşağıdaki soru(n)ları getirmektedir. Yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi şartlarının varlığını resen araştırmak zorunda olan bir Türk mahkemesi, yabancı mahkemenin gerek kendi hukuku gerekse Türk hukukuna göre aşırı yetkili, yani davanın konusu/taraflarıyla gerçek bir bağlantıya sahip olduğunu

¹³⁰⁵ Örneğin, Almanya, Avusturya, İsviçre, İtalya, İspanya gibi ülkelerde aşırı yetki denetiminin böyle bir şarta bağlanmadığı belirtilmektedir. Bkz.: Huysal, **Gerçek Bağlantı**, s.94, dn.64.

tespit etmesine rağmen, salt davalı itiraz etmediğinden böyle bir denetim yapamayacak mıdır? İkinci olarak, MÖHUK m.54/b hükmünün lafzı karşısında, tenfiz mahkemesi nezdinde böyle bir itirazda bulunan davalının, aynı/benzer itirazlarını kararın verildiği yabancı mahkeme önünde sürme(me)sinin, tenfiz mahkemesinin yapacağı denetime herhangi bir etkisinin olup olmayacağı da anlaşılamamaktadır. Diğer taraftan, davalı yabancı ülkede/tenfiz mahkemesi önünde yetki itirazında bulunsun bulunmasın, tenfiz devleti mahkemesinin önündeki davayı AİHS'ne uygun bir şekilde görüp karara bağlama, bu kapsamda yabancı mahkeme kararının AİHS'nde güvence altına alınan haklara uygun bir şekilde verilip verilmediğini denetleme yükümlülüğü karşısında nasıl hareket etmesi gerekecektir?

Biz bu başlık altında, bir taraf devlet mahkemesinin, yabancı kararın tanınması-tenfizi davasını AİHS'ne uygun bir şekilde yürütme yükümlülüğü ile aynı zamanda yabancı mahkemenin kendi hukukunca öngörülen yetkiye ilişkin ölçütleri karşılayıp karşılamadığını denetleme yükümlülüğünü, her iki tarafın AİHS'nde yer alan haklarıyla ne şekilde uzlaştırması gerektiğini/uzlaştırabileceğini ele alacağız. Dolayısıyla, Türk doktrin ve mahkeme tatbikatınca kabul edilen münhasır yetki kurallarından¹³⁰⁶ bahsetmeyeceğimiz gibi, bu kuralların soyut ve genel olarak AİHS'ne uygun olup olmadığını tek tek incelemenin gereği olmadığı kanaatindeyiz. Yine, milletlerarası yetki bahsinde, aşırı yetkinin ne anlama geldiği, hangi yetki kuralların bu kapsamda mütalaa edildiğini ve bu tür yetki kurallarının tatbikinin hangi hallerde AİHS'ne aykırı olabileceğini zaten incelemiştik. Bu nedenle, yabancı kararın tanınması-tenfizi davasını AİHS'ne uygun bir şekilde yürütmek yükümlülüğü altında olan bir taraf devlet mahkemesinin, AİHS'ne uygun davranmak amacıyla, bir tanıma-tenfiz engeli olarak kabul edilen münhasır yetki kavramının anlamı, amacı ile ne şekilde yorumlanıp tespit edilmesi gerektiğinden bahsedeceğiz. Benzer şekilde, tenfiz mahkemesinin, kendi kanun koyucusunun çizdiği sınırlar dâhilinde yabancı mahkemenin aşırı yetkili olup olmadığını ne şekilde araştırıp tespit etmesi gerektiğini ele alacağız. Bu kapsamda, tenfiz devleti mahkemelerinin yapacağı münhasır yetki/aşırı yetki denetimi bakımından

¹³⁰⁶ Türk doktrin ve mahkeme tatbikatına benimsenen münhasır yetki kuralları hakkında bkz.: Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s.179 vd.; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.714 vd.; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.534 vd.; Esen, **Münhasır Yetki**, s.188; Süzen, **a.g.e.**, s.23 vd.

davalının gerek kararın verildiği gerekse tenfiz mahkemesi önünde tenfiz mahkemesinin münhasır/yabancı mahkemenin aşırı yetkili olduğuna yönelik itirazda bulunmasının veya bulunmamasının, AİHM'nin yapacağı denetim bakımından herhangi bir önem/farklılık arz edip etmediğini ele alacağız.

Şüphesiz, böyle bir inceleme AİHM'nin konuya ilişkin kararlarından bağımsız ve soyut bir şekilde yapılamaz. Mütakabiliyet şartından farklı olarak, yabancı mahkeme bir mahkeme kararının tanınması-tenfizi talebinin tenfize konu kararı veren yabancı mahkemenin yetkisizliği gerekçesiyle reddedilmesinin davacılar tarafından şikâyeteye konu yapıldığı bazı kararlar bulunmaktadır. Öncelikle, AİHM'nin bu tür davalarda ne şekilde hareket edebileceğine ve Türk mahkemelerinin ne şekilde hareket etmesi gerektiğine dair fikir yürütmemizi sağlayacak, konuya yüzeysel de olsa değindiği bu kararları inceleyeceğiz.

b. AİHM'nin Konuya Bakışı: *Hussin v. Belçika* ve *McDonald v. Fransa* Kararları ve Bu Kararların Değerlendirilmesi

AİHM'nin tanıma-tenfiz talebinin tanıma-tenfiz devleti hukukunda yer alan yabancı mahkemenin yetkisinin tenfiz devleti hukukunda yetkiye ilişkin şartı karşılamadığı gerekçesiyle reddedilmesinin şikâyeteye konu yapıldığı bazı kararlarda, yabancı mahkemenin yetkisine ilişkin tanıma-tenfiz şartının karşılanıp karşılanmadığına ilişkin denetimin AİHS açısından yerindeliliğini tartışmadığı görülmektedir. AİHM, bunun yerine, başvuruçuların gerek yabancı mahkemede gerekse tanıma-tenfiz devleti mahkemesi önündeki tutum ve davranışlarını değerlendirerek söz konusu maddenin ihlal edilmediğine hükmettiği görülmektedir. Bu kararlardan ilki *Hussin v. Belçika* kararıdır.

Söz konusu kararda, Belçika'da mukim Belçika vatandaşına karşı verilen babalık kararının tanınması ile söz konusu karara istinaden hükmedilen nafaka kararının tenfizi talebi, tenfize konu kararın verildiği Alman mahkemelerinin yetkisiz olduğu gerekçesiyle Belçika mahkemelerince reddedilmiştir. Çünkü davalı taraf, soybağının kurulmasına ve buna bağlı olarak nafaka alacağına ilişkin farklı tarihlerdeki Alman mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi davasına, kişisel statüye ve soybağına ilişkin

kararlar 1968 tarihli Brüksel Sözleşmesi kapsamı dışında tutulduğundan, sadece 1958 tarihli Belçika-Almanya arasındaki anlaşmanın uygulanacağını iddia etmiştir. Bu anlaşmaya göre, iki devletten birinin mahkemesince verilen kararın tanınabilmesi için, söz konusu anlaşmanın 4. maddesine göre şahsi statüye ilişkin davaların davalının vatandaşı olduğu veya ikametgâhı ya da mutad meskeninin bulunduğu devletin mahkemesinde açılması gerekmektedir. Dolayısıyla Belçika mahkemeleri, Alman mahkemelerinin yetkisiz olduğu gerekçesiyle babalık kararını tanımamıştır¹³⁰⁷. Nafaka kararının tenfizi için soybağına ilişkin kararın tanınmasının da gerekli olduğunu, bu nedenle soybağına ilişkin kararların da Brüksel Sözleşmesinin kapsamına girdiğini ileri süren başvurucular, söz konusu red kararıyla, AİHS’nde güvence altına alınan diğer hakların yanı sıra¹³⁰⁸, mahkemeye erişim haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

AİHM, AİHS’nde yer alan haklardan birinin ihlaline yol açmadıkça, görevinin ulusal mahkemelerin vakıaları veya hukuku yanlış uygulayıp uygulamadığını değerlendirmek olmadığını belirterek Brüksel Sözleşmesini yorumlamaya yetkili olmadığını belirtmiştir. AİHM, 1958 tarihli Belçika-Almanya anlaşmasının davaya uygulanması gerektiğini, buna göre başvurucuların Belçika’da söz konusu davaları açması gerektiğini, nitekim kendilerinin bu yolu tercih ettiğini ve Belçika ilk derece mahkemesince de babalık kararının verildiğini belirtmiştir¹³⁰⁹. Sonuç olarak, Belçika hukukunda aranan tanımaya konu kararın yetkili bir mahkemece verilmiş olması şartının yerine getirilmemiş olması, böyle bir davayı yetkisiz yabancı mahkemede açan başvuruculara yükletilmiştir. Ayrıca, AİHM’nin böyle bir karara varmasında, başvurucuların aynı davayı Belçika mahkemesinde açmış ve bir babalık kararı elde etmiş olmalarının, başvurunun kabul edilmemesinde etkili olduğu kanaatindeyiz.

Yukarıda sıkça değindiğimiz *McDonald v. Fransa* kararında ise, yabancı mahkeme kararının tanınması talebinin reddedilmesinde de, yabancı mahkemenin yetkisizliği değil, tanıma devletinin hukukunda yer alan münhasır yetkiye ilişkin

¹³⁰⁷ Hussin v. Belçika, En Fait, 1. Nafaka kararının tenfizi için çözülmesi gereken bir ön sorun olan soybağı kararının tanınmaması üzerine başvuru anne, ikinci başvuru olan çocuğu ile davalı baba arasında soybağının kurulması amacıyla Belçika mahkemelerinde dava açmış ve babalık kararı verilmiştir. Hussin v. Belçika, En Fait, 3.

¹³⁰⁸ Başvurucular, AİHS m.6/1’e ilişkin çeşitli ihlal iddialarının yanı sıra, AİHS m.8 ve P-1 m.1’in de ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

¹³⁰⁹ Hussin v. Belçika, En Droit, 3.

Fransız MK m.15 hükmü, yabancı mahkemenin aşırı yetkili olması ve davalının çelişkili davranışları rol oynamıştır. Söz konusu kararda, ABD vatandaşı bir diplomat olan başvuru, Fransız vatandaşı karısına karşı Fransız mahkemelerinde boşanma davası açmış, ancak söz konusu dava reddedilerek –anlaşıldığı kadarıyla- ayrılık kararına hükmedilmiştir. Ayrıca, mahkeme başvuru aleyhine nafakaya hükmetmiş ve başvuru mütterek velayet altındaki çocukla görüşme hakkını düzenlemiştir. Bunun üzerine başvuru, söz konusu karara karşı temyize gitmek yerine, kısa bir süre sonra Florida mahkemelerinde eşine karşı bir boşanma davası açmıştır. Davalının yapmış olduğu (yetki) itirazına rağmen başvuru Florida’da ikamet ettiği gerekçesiyle yetkili olduğuna karar veren Florida mahkemeleri, Fransız mahkemesince hükmedilen velayet/kişisel ilişki kurma ve evlilik içi nafaka konusunda yetkisiz olduğuna karar vermiş, ancak boşanma davası bakımından yetkili olduğuna hükmederek boşanma kararı vermiştir.

Başvuru ABD mahkemesince verilen boşanma kararının tanınması talebi, ilk derece mahkemelerince aleyhine boşanma kararı verilen davalı kadının Fransız vatandaşlığından dolayı MK m.15 hükmünün Fransız mahkemelerine münhasır yetki bahşettiği ve başvuru davalı kadının MK m.15’in kendisine tanımış olduğu yetkiye ilişkin ayrıcalıktan –yabancı mahkemedeki yargılamada- feragat ettiğini ispat edemediği gerekçesiyle reddedilmiştir¹³¹⁰.

Temyiz mahkemesi de, söz konusu maddenin uygulanmamasını mümkün kılan herhangi bir uluslararası anlaşma olmadığını, davalının lehine olan dolaylı münhasır yetki kuralının (m.15) tatbikinin başvuru davasını açtığı –çoğunlukla yurt dışında ikamet ettiğinden geçici nitelikteki- oturma yeri (Florida) mahkemesinin sahip olduğu yetkiden daha aşırı (*exorbitant*) olmadığını belirtmiştir. Dolayısıyla, eski aile konutunun veya davalı karısı ile çocuğunun oturduğu Fransa yerine, kendi doğumla kazandığı ikametgâhı mahkemesinin yetkisinin reddedilmesinin başvuru adil yargılanma hakkına veya ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil etmediğini belirtmiştir. Ayrıca mahkeme, Florida mahkemelerinin seçilmesinin, daha önce Fransa’da

¹³¹⁰ Bu noktada, Fransız tenfiz mahkemesi, davalı eşin hem ABD hem Fransız vatandaşlığına sahip olmasının, onun davalının vatandaşlığına dayanan bir münhasır yetki kuralı ihtiva eden MK m.15 hükmünden istifade etme hakkını engellemediğini belirtmiştir.

reddedilen boşanma talebine karşı yeni bir boşanma kararı elde etmekten ve evliliğin başvurucuya getirmiş olduğu ve ABD mahkeme kararının kesinleşmesiyle yerine getirmekten vazgeçtiği evliliğe ilişkin yükümlülüklerden kurtulmaktan başka bir amacının olmadığını belirterek başvurucunun hileli davrandığına kanaat getirmiştir¹³¹¹.

Başvurucu, Fransız vatandaşı davalı lehine Fransız mahkemelerine münhasır yetki tanıyan MK m.15 hükmüne istinaden ABD mahkeme kararının reddedilmesinin AIHS m.6/1'i ve m.14'ü ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Bu kapsamda, ABD mahkemesindeki davanın taraflarından birinin salt Fransız vatandaşı olduğu gerekçesiyle yabancı kararı göz ardı edemeyeceğini ve tenfiz talebini reddedemeyeceğini, m.15'in tek amacının Fransız vatandaşlarına yabancıların sahip olamayacağı bir avantaj sağlamak olduğunu ileri sürmüştür. Davalı devlet ise, başvuru aleyhine verilen red kararının, MK m.15'te yer alan dolaylı yetki kuralının münhasır karakterine ilişkin Fransız Yargıtayının yerleşik içtihatlarının uygulanmasıyla ilgili olmadığını, Fransız mahkemelerinin somut olayın koşullarına bağlı olarak değerlendirme yaparak karar verdiklerini belirtmiştir. Ayrıca, ABD mahkemesinin yetkisini tesis eden yetki esasının davayla olan irtibatın varlığı nedeniyle aşırı olduğunu, sonuç olarak uyuşmazlıkla olan irtibatının esaslı/nitelikli olmadığını belirtmiştir. Ayrıca, boşanma davası bakımından Fransız mahkemelerinin *doğal forum* olduğunu, davalının mutad meskeninin ve menfaatlerinin temel merkezinin Fransa olduğunu, başvurucunun lehine olmayan ve kesin hüküm (res judicata) teşkil eden Fransız mahkeme kararından kaçmak amacıyla –davacının geçici oturma yeri esasına dayanan- aşırı nitelikteki ABD yetki kuralına istinaden *forum shopping*'e başvurduğunu da iddia etmiştir. Bu iddiaya karşı başvuru, çeşitli gerekçelerle hileye veya *forum shopping*'e başvurmadığını ileri sürmüştür¹³¹².

İncelemesine, AIHS m.6/1'in tanıma-tenfiz davaları bakımından da uygulanabilir olduğunu vurgulayarak¹³¹³ başlayan AIHM, ABD mahkeme kararının tanınması

¹³¹¹ McDonald v. Fransa, En Fait, A.

¹³¹² McDonald v. Fransa, En Droit, A.

¹³¹³ AIHS m.6/1'in bir hakkın varlığı, kapsamı veya kullanılmasıyla ilgili uyuşmazlıklar bakımından uygulama alanı bulduğunu belirten AIHM, genellikle tanıma veya tenfiz yargılamalarının, sadece yabancı karara davalı devletin hukuk düzeninde etki tanınmasıyla ilgili olmadığını, aynı zamanda başvurucunun medeni durumu veya haklarını da belirlemekte olduğunu ifade etmiştir. Yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizi yargılamasının sonucu, başvurucunun davalı devletteki hukuki statüsü ve hakları

talebinin reddedilmesinin başvuruçunun hakkaniyete uygun yargılanma hakkına müdahale teşkil ettiğini kabul etmiştir¹³¹⁴. Bununla birlikte, bir genel kural olarak, hiç kimsenin kendi hareketsizliği nedeniyle ortaya çıkmasında katkısının/yardıminın olduğu bir durumdan yakınamayacağını belirtmiştir. Tarafların iddialarını ve vakıaları inceleyen AİHM, başvuruçunun kendisinin boşanma talebinin Fransız mahkemesince reddine karşı- temyize başvurma süresini kaçırdığını kabul ettiğini gözlemlemiştir. AİHM’ne göre, boşanma talebinin reddedilmesinden sonra Florida’da kısa bir süre kalan başvuruçunun aynı davayı orada da açmış, açmış olduğu davaya müteakiben ABD mahkemesince bu konuda bir karar verilmemiş olmasına rağmen, karısına nafaka ödemeyi bırakmıştır. Başvuruçunun, bu yola başvurmak yerine, başlangıçta boşanma davası açmayı tercih ettiği Fransız mahkemelerinin kararına karşı temyize başvurabilirdi. Bu nedenle, başvuruçunun kendi hareketsizliği nedeniyle, uygulanacak usuli kurallara zarar vermek amacıyla yabancı mahkeme kararını tanımayı reddettikleri için Fransız mahkemelerinin eleştirilemeyeceğine karar vermiştir¹³¹⁵.

Bu noktada, bir kişinin ortaya çıkmasında kendi katkısının olduğu bir durumdan dolayı yakınamayacağı kuralı AİHM tarafından ilk kez bu kararda kullanılmamıştır. Daha önce *Hussin v. Belçika* kararında, ancak AİHS m.8 ile P-1 m.1’e ilişkin değerlendirmesinde de Alman mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi talebinin reddedilmesinde, yetkisiz mahkemede dava açan başvuruçuların yetkisiz mahkemenin verdiği kararın tanınması talebinin reddedilmesinden yakınamayacaklarına hükmetmiştir¹³¹⁶.

bakımından doğrudan belirleyici olduğundan, AİHS m.6/1’in bu tür davalara da uygulanacağını açıkça kabul etmektedir. Bkz.: *Sylvester v. Avusturya*, The Law; *Saccoccia v. Avusturya*, para.62. *McDonald v. Fransa* kararında da, AİHM tanınması istenen Florida mahkeme kararının AİHS m.6/1 anlamında medeni haklarına, yani evlilik statüsüne ilişkin olduğunu belirtmiştir. Bkz.: *McDonald v. Fransa*, En Droit, B.

¹³¹⁴ “*La Cour reconnaît que le refus d’accorder l’exequatur des jugements du tribunal américain a représenté une ingérence dans le droit au procès équitable du requérant.*” Bkz.: *McDonald v. Fransa*, En Droit, B.

¹³¹⁵ *McDonald v. Fransa*, En Droit, B. Ayrıca AİHM, AİHS m.6/1’e yönelik şikâyeti kabul edilemez bulunduğu, ayrımcılık yasağına ilişkin m.14’ün AİHS’nde güvence altına alınan diğer haklarla bağlantılı olarak uygulandığını belirterek, AİHS m.14’e ilişkin başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.

¹³¹⁶ Bu kararında da AİHM, Alman mahkemesince verilen babalık ve nafaka kararının tanınması ve tenfizi talebinin reddedilmesinin başvuruçuların aile hayatına saygı hakkı ile çocukların mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğini ifade etmiştir. Ardından, davanın özelliklerine göre, tanıma-tenfiz talebinin reddedilmesinin ve bundan kaynaklanan zararların, öncelikle başvuruçuların yetkili mahkemeye başvurmamış olmalarından, bu nedenle yetkisiz mahkemece verilen kararı tenfiz ettirememelerinden

Böylece, önemli noktalarını özetlediğimiz söz konusu kararda AİHM, yabancı mahkeme kararının tanınması talebinin Fransız milletlerarası özel hukukunda yer alan yetkiye ilişkin kuralın tatbiki suretiyle reddedilmesinin AİHS m.6/1'e müdahale ettiğini tespit etmiş, ancak söz konusu müdahalenin meşru olup olmadığını incelememiştir. Esasen burada, AİHM'nin Fransız mahkemelerinin münhasır yetkiye ilişkin m.15 hükmüyle ABD mahkemelerinin aşırı yetkisine ilişkin yorumlarının ölçsüz ve keyfi olup olmadığını değerlendirmesini, başvurucunun kendi davranışı engellemiştir. Bununla beraber, AİHS m.6/1'in sağlamış olduğu korumanın AİHS'nde korunan bir hakkın ihlal edilmemesini sağlamak amacıyla taraf devletlerde yürürlükte olan yetki kurallarının denetlenmesini kapsadığını açıkça belirten¹³¹⁷ AİHM, Fransız mahkemelerinin yabancı mahkemenin yetkisine ilişkin bir denetim yaptığını tespit etmekle beraber, bu hususa değil başvurucunun çelişkili davranışlarına itibar ettiği görülmektedir. Başka bir ifadeyle, AİHM, tanıma devleti mahkemesinin kararı veren yabancı mahkemenin yetkisine ilişkin aşırı/münhasır yetki denetimini ne şekilde yaptığı veya başvurucunun hakkaniyete uygun yargılanma hakkıyla bağdaşır bir şekilde yapıp yapmadığını analiz etmek yerine, daha kolay bir yol olarak davalının davranışlarına istinaden başvuruyu kabul edilmez bulmuştur. Artan iş yükü karşısında, AİHM'nin böyle bir gerekçeyle başvuruyu kabul edilmez olarak nitelendirmesi gayet olağan karşılanabilirse de, davalının tanıma-tenfiz devleti mahkemesinin yabancı mahkemenin yetkisine ilişkin yapmış olduğu denetimin AİHS m.6/1'e aykırı olduğunu ileri sürdüğünde AİHM'nin bunu nasıl değerlendireceği belirsizlik arz etmektedir. Haliyle, davalının gerek tenfiz mahkemesi gerekse kararı veren mahkeme önünde yetkisizlik/aşırı yetki/münhasır yetki itirazlarında bulunmasının, AİHM tarafından yapılacak denetim açısından herhangi bir öneminin/etkisinin olup olmadığı da belirsizlik arz etmektedir.

Ancak yine de, AİHM'nin olası yabancı mahkemenin yetkisinin denetimini öngören bir tanıma-tenfiz şartının AİHS m.6/1'le bağdaşır bir şekilde incelenip incelenmediğini değerlendirseydi dahi, Fransız mahkemelerinin münhasır ve aşırı yetki

kaynaklandığını belirtmiştir. Dolayısıyla, Belçika makamlarının, kendilerine yetkiye ilişkin mevcut kuralları dikkate alınmaksızın verilmiş görünen yabancı kararları tanımamaları nedeniyle suçlanamayacaklarına karar vermiştir. Bkz.: Hussin v. Belçika, En Droit, 5.

¹³¹⁷ Bkz.: McDonald v. Fransa, En Droit, B.

esasına ilişkin iddialarını haklı bulabilecekti. Çünkü somut olayda, başvuru boşanma davasının açıldığı tarih itibarıyla söz konusu dava bakımından doğal forum olan Fransız mahkemelerinde kendisince açılan davayı takip etmek ve Fransız kanunlarınca tanınan usuli yetkileri kullanmak yerine, milletlerarası yetkiye sahip mahkemelerin çokluğundan yararlanmayı tercih etmiştir. Böyle bir tercihin sonucunda ortaya çıkan yabancı karara istinaden, Fransız usul hukukunda kabul edilen ve Fransız mahkeme kararıyla da somutlaşan, kesin hüküm veya münhasır yetki gibi, bazı kural ve ilkeleri dolanmaya çalışması büyük rol oynamıştır. Bu bakımdan, AİHM'nin gerekçesi mükemmel olarak nitelendirilmese de¹³¹⁸, yabancı ülkede yetki kurallarından hileli bir şekilde istifade ederek elde ettiği diğer boşanma kararına etki tanıtmasında başvuru meşru bir beklentisinin olmadığı ifade edilmektedir¹³¹⁹.

Bu kararlar ışığında, yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizi talebinin tenfize konu kararı veren mahkemenin yetkisizliği veya tanıma-tenfiz devletinin münhasır/aşırı yetkiye ilişkin kriterleri karşılamadığı gerekçesiyle reddedilmesi, teorik olarak *forum shopping*'i engellemek gibi bir meşru ve haklı bir nedene dayandırılabilir¹³²⁰. Çünkü milletlerarası yetki alanında, bazı istisnai yetki kuralları hariç olmak üzere, davanın hangi ülkenin mahkemesinde açılacağı büyük ölçüde davacının tercihinin kalmaktadır ve davacının böyle bir tercihi uyumsuzluk bakımından doğal forum olarak nitelendirilmeyecek bir ülke(nin) mahkemesine başvurmak suretiyle kullanabilecektir. Esasen, yetkiye ilişkin tanıma-tenfiz şartının kabul edilmesinin temelinde davacının davalının usuli menfaatlerini göz ardı edecek şekilde *forum shopping*'e başvurmasını –dolaylı da olsa- engellemek yatmaktadır. Aşırı yetki bahsinde ayrıntılı olarak değindiğimiz üzere, davalının adil yargılamaya ilişkin bazı haklardan yararlanamayacağı yönündeki endişeler, milletlerarası yetkinin (kullanımının) sınırlandırılması gerektiği anlayışının ortaya çıkmasında etkili olmuştur. Söz konusu anlayışın asıl etkisini, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi alanında, böylece devletlerin mahkemelerine yabancı mahkemenin aşırı yetkili/uyumsuzlukla gerçek bağlantısının olup olmadığını dolaylı olarak araştırmalarını

¹³¹⁸ Kinsch, **Status**, s.269.

¹³¹⁹ Kinsch, **Status**, s.268-269; Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.176.

¹³²⁰ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.176.

gerektiren bir tanıma-tenfiz şartı/engeli olarak gösterdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu bakımdan, tanıma-tenfiz devletin hukukunda benimsenen birtakım usuli prensipleri etkisiz kılmaya çalışan bir tarafın, böyle bir davranışıyla tarafların veya uyumsuzluğun sıkı irtibatının bulunduğu diğer ülkelerde ortaya çıkabilecek hukuki sonuçlarına katlanması, milletlerarası usul hukuku açısından gayet olağan karşılanmalıdır. Bu nedenle, yabancı mahkemenin yetkisizliği nedeniyle tanıma-tenfiz talebinin reddedilmesi AİHM nezdinde şikâyeteye konu yapıldığında, AİHM'nin *Hussin v. Belçika* ve *McDonald v. Fransa* kararlarında benimsediği kuraldan hareketle, “*davacının yetkisiz mahkemede dava açarak elde ettiği kararın yabancı mahkemece tanınmamasında veya tenfiz edilmemesinde kendi katkısının olduğuna*” karar vermesi muhtemeldir.

Bunun yanında, AİHM'nin gelecekte bu tür kuralların bir tanıma-tenfiz engeli olarak kabul edilmesinin temelinde hangi düşüncelerin yattığını dikkate alarak ulusal mahkemelerin söz konusu tenfiz şartını makul bir şekilde yorumlayıp yorumlamadığını, diğer bir ifadeyle ölçülülük ilkesine riayet edip etmediğini değerlendirmesi de her zaman mümkündür. Meselenin insan hakları mülahazaları açısından, yani kararın verildiği yabancı mahkemenin yetkisinin denetiminin tarafların Sözleşmesel haklarıyla bağdaşır bir şekilde nasıl yapılması gerektiğini aşağıda, gerek münhasır yetki gerekse aşırı yetki denetimine ilişkin ayrı başlıklar altında ele alacağız.

c. Tenfiz Devleti Mahkemelerince Yapılan Münhasır Yetki Denetiminin AİHS'ne Uygunluğu

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi rejimi öngören devletlerin, bazı özel hukuk uyumsuzluklarına ilişkin yabancı kararları, tanıma-tenfiz rejimleri dışında tutabileceklerini belirtmiştik. Bu amaçla, gerek Türk hukukunda gerekse karşılaştırmalı hukukta yabancı kararın tenfiz devleti mahkemelerinin münhasır yetkisinin kapsamına girmemiş olması şeklinde bir tanıma-tenfiz şartına/engeline yer verilmektedir. Başka bir deyişle, devletler kendi ülkeleriyle yakın bağlantılı bazı hukuki işlem veya ilişkilerden doğan davaların sadece kendi mahkemelerinde görüleceğine karar vererek

yabancı mahkemelerin yetkisini tamamen dışlamayı tercih etmiştir¹³²¹. Dolayısıyla, yabancı bir kararın tanınması-tenfizi talebiyle kendisine başvurulmuş bir Türk mahkemesi, diğer şartların yanı sıra, MÖHUK m.54/b uyarınca yabancı karara konu uyuşmazlığın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi kapsamına girip girmediğini resen araştırmak ve buna göre tanıma-tenfiz talebi hakkında bir karar vermek zorundadır. Doğal olarak, münhasır yetki denetiminin doğru bir şekilde yapılabilmesi için, öncelikle MÖHUK m.54/b anlamında münhasır yetkinin ne alama geldiğinin, bu kapsamda hangi tür uyuşmazlıklar bakımından Türk mahkemelerinin yetkisinin veya Türk hukukundaki hangi yetki kurallarının münhasır nitelikte olduğunun mahkemece tespiti gerekmektedir.

Bu husus, yani tenfiz mahkemesinin münhasır yetkiye ilişkin yapacağı inceleme, tanıma-tenfiz yargılamasının akıbetini, dolayısıyla tarafların hak ve yükümlülüklerini fazlasıyla etkileyebilecek mahiyettedir. Örneğin, yabancı karara konu uyuşmazlık, tenfiz devleti mahkemelerinin münhasır yetkisi kapsamına girmemesine rağmen bu kapsamda mütalaa edilmesi, açılan davanın reddedilmesine veya tenfiz devleti mahkemelerinin münhasır yetkisi kapsamına girmesine rağmen bunun tenfiz mahkemesince ihmal edilmesi veya yanlış değerlendirilmesi davalının aleyhine olacaktır. Haliyle, tanıma-tenfiz devleti mahkemelerinin, böyle bir denetimi yerine getirmemesi veya davalının itirazına rağmen yanlış veya eksik bir şekilde yerine getirmesi, davanın özelliklerine göre ilgili tarafın hakkaniyete uygun yargılanma hakkına aykırılık teşkil edebilecektir. Bu noktada, elde etmiş olduğu yabancı kararı tanıtamayan-tenfiz ettiremeyen davacı, en azından aynı davayı ikinci kez tenfiz mahkemesince münhasır yetkili olduğu tespit edilen Türk mahkemesinde açma imkânına sahipken, -iç hukuk yollarını tüketen- davalının AİHM'ne başvurmadan başka bir çaresi kalmayacaktır.

Bu açıklamalar, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi davalarının akıbeti açısından tenfiz devleti mahkemelerince yapılacak münhasır yetki denetiminin önemini ortaya koymaktadır. Burada, asıl önem arz eden yabancı bir kararın tanınması-tenfizine engel teşkil eden münhasır yetki kavramından ne anlaşılması gerektiğidir.

¹³²¹ Sakmar, *a.g.e.*, s.99; Ekşi, *Milletlerarası Yetki*, s.216.

Bununla birlikte, hangi yetki kurallarının veya hangi tür uyuşmazlıklar bakımından Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır nitelikte olduğuna dair bir ifadeye MÖHUK'ta yer verilmemiştir¹³²². Diğer taraftan, geçmişten beri bir yetki kuralının MÖHUK m.54/b anlamında, yani yabancı kararın tanınması-tenfizini engeller nitelikte bir münhasır yetki kuralı olup olmadığı doktrin ve mahkeme tatbikatına istinaden tespit edilegelmiştir. Buna göre, medeni usul hukukunda kesin yetki kuralı olarak ifade edilen her kural, MÖHUK m.54/b anlamında tanıma-tenfizi engelleyici bir münhasır yetki kuralı teşkil etmeyebilir. Bir yetki kuralının yabancı mahkeme kararının tanınması-tenfizini önleyebilmesi için, uyuşmazlığın mutlak şekilde ve sadece Türk mahkemelerince görülmesini sağlamak amacıyla konulmuş olması gerekir. Bu doğrultuda, bir yetki kuralının yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizine engel bir münhasır yetki tesis edip etmediği meselesinin çözümünde, söz konusu yetki kuralının ifadesi ve konuluş gayesi dikkate alınacak ve kanun koyucunun bu yetki kuralı ile dava konusunun mutlak şekilde ve sadece Türk mahkemelerinde görülmesini amaçlayıp amaçlamadığına bakılacaktır¹³²³.

Şüphesiz, bir yetki kuralının münhasır nitelikte olup olmadığı tenfiz devleti hukukuna göre belirleneceğinden, ne tür uyuşmazlıkların münhasır yetki kapsamında değerlendirileceği veya münhasır yetki teşkil eden kuralların/uyuşmazlıkların kapsamı, her devletin kendi hukuk anlayışına bağlı olarak farklılık arz edebilir. Örneğin, geçmişte uzun bir süre Fransız vatandaşlarının davalı konumda olduğu uyuşmazlıklar bakımından, devletin kendi vatandaşları üzerindeki egemenlik hakkı sebebiyle, Fransız

¹³²² Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.713; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s.178.

¹³²³ Bkz.: Sakmar, **a.g.e.**, s.99; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s.216; Nomer, **DHH**, s.521; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.715; Şanlı, **Ticari Akitler**, s.261; Doğan, **MÖH**, s.115; Aybay/Dardağan, **a.g.e.**, s.256; Sargın, **Yetki Anlaşmaları**, s.152; Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s.40-41; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.534-535; Esen, **Münhasır Yetki**, s.204; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s.178; Süzen, **a.g.e.**, s.67; Tütüncübaşı, **Çekişmesiz Yargı**, s.148-149; Ergin Nomer, “Yabancı Mahkeme İlâmlarının Tenfizinde Mahkemelerin Yetkisi ve Kamu Düzeni”, **MHB, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan**, C.23, S.1-2, 2003, s.566; Cemile Demir Gökyayla, “Milletlerarası Özel Hukukta Vesayet”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof.Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, 2011/1, s.415; Ebru Şensöz Malkoç, **Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması**, Oniki Levha, İstanbul 2017, s.371. Ayrıca bkz.: Yargıtay HGK, E.1998/12-287, K. 1998/325, T.6.5.1998; Yargıtay HGK., E.2015/543, K.2015/1286, T. 29.4.2015; Yargıtay 18. HD., E. 2014/13941 K. 2014/15498 T. 4.11.2014; Yargıtay 18.HD., E.2013/18352, K.2014/4459,T.11.3.2014; Yargıtay 18. HD., E. 2012/12365 K. 2013/483 T. 17.1.2013, (Çevrimiçi, www.lexpera.com.tr, 22 Temmuz 2018).

mahkemelerinin münhasır yetkili olduklarına dair anlayış¹³²⁴, münhasır yetkinin kapsamının en geniş şekilde kabul edilmiş olmasına örnek verilebilir. Günümüzde, ülkeden ülkeye değişmekle beraber, münhasır yetki teşkil eden yetki kurallarının belirli özel hukuk uyumsuzlukları bakımından sınırlı olarak kabul edildiğini söylemek mümkündür¹³²⁵. Bu kapsamda, Türk mahkemelerinin yer itibarıyla ve milletlerarası yetkisini tayin eden bazı kuralların, MÖHUK m.54/b anlamında münhasır nitelikte olduğu kabul edilmektedir¹³²⁶. Haliyle, tenfiz devletin hukukunca münhasır yetkinin kapsamı ne kadar geniş tutulursa, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizine o ölçüde izin verilmeyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, önemli olan husus, ulusal mahkemelerin bir yetki kuralının/esasının hangi gerekçelerle münhasır nitelikte olduğunu yeterli açıklıkta ve kendi hukuk düzeninde kabul edilen anlayışa uygun olarak araştırıp tespit etmesidir. Somut bir tanıma-tenfiz davasında, tanıma-tenfize konu kararın kendi mahkemelerinin münhasır yetkisinin kapsamına girip girmediğini, bu konuda kendi hukuk düzeninde benimsenen anlayışa uygun olarak tutarlı bir şekilde araştırıp tespit eden bir tenfiz mahkemesinin (devletin) AİHS’nden sorumluluğunun gündeme gelmeyeceğini söylemek mümkündür.

Bununla beraber, taraf devlet mahkemeleri münhasır yetki denetimini kendi hukukunda benimsenen anlayışa uygun olarak doğru bir şekilde yerine getirmiş olsa da, tenfiz talebi reddedilen davacı, münhasır yetki şartının bir tenfiz engeli olarak aranmasının (daha doğrusu tatbikinin) AİHS m.6/1’e aykırılık teşkil ettiğini yine de ileri sürebilir. AİHM, böyle bir durumda da, tıpkı mütekabiliyet şartının doğru bir şekilde tatbik edilmesi ihtimalinde olduğu gibi, ancak bu sefer daha sağlam gerekçelerle

¹³²⁴ Fransız MK m.15 uyarınca Fransız vatandaşlarının davalı olduğu uyumsuzluklar bakımından Fransız mahkemeleri münhasır yetkili kabul edildiğinden, bir Fransız vatandaşına karşı elde edilen yabancı kararın tanınması-tenfizi mümkün olmamaktaydı. Fransız Yargıtayının 2006 yılında vermiş olduğu bir kararla münhasır yetki kuralı olmaktan çıkarılmıştır ki bu hükmün en son yukarıda incelediğimiz *McDonald v. Fransa* kararında uygulandığı belirtilmektedir. Bkz.: Kinsch, **Enforcement**, s.541-542.

¹³²⁵ Taşınmazlar üzerindeki ayni veya kiracılık haklarına, sicile kayıtlı fikri mülkiyet haklarının varlığı ve geçerliliğine, şirketlerin organlarının kararlarının geçerliliğine veya işleyişine ilişkin bazı uyumsuzluklar, şirketlerin iflas ve tasfiyesine ilişkin veya rekabet hukuku ya da çevresel zararlardan kaynaklanan uyumsuzluklar bakımından taraf devlet mahkemelerinin yetkilerinin münhasır olup olmadığı ülkeden ülkeye değişmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.68-70.

¹³²⁶ Örneğin, Türkiye’de bulunan taşınmazlar üzerinde ayni hak değişikliğine yol açan davalar bakımından taşınmazın bulunduğu yer mahkemesini yetkili kılan HMK m.12 hükmü ile iflas davalarında borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi (İİK m.154) münhasır nitelikte kabul edilmektedir.

başvuruyu kabul edilmez bulacaktır. Zira AİHM'nin münhasır yetki şartına istinaden bazı yabancı kararların tanıma-tenfiz rejimi dışında tutulmasında, devletin – mütekabiliyette olduğu gibi- birtakım soyut değil, somut menfaatlerinin olduğuna kanaat getirmesi, davalı devletin bu konudaki argümanlarını inandırıcı bulması kuvvetle muhtemeldir. Gerek Türk hukukunda gerekse karşılaştırmalı hukukta bir devletin kendi mahkemelerine münhasır yetki tanımmasının temelinde, öncelikle devletin dava konusuna ilişkin menfaatleri ve uyuşmazlık ile olan sıkı ilişkisi yattığı belirtilmektedir¹³²⁷. Örneğin, taşınmazın aynına ilişkin davalar bakımından taşınmazın bulunduğu devletin mahkemelerinin yetkisinin münhasır nitelikte olduğu anlayışı, geçmişten beri devletin egemenliğine, günümüzdeyse böyle bir yetkinin kabulü genellikle pratik ihtiyaçlara dayandırılmaktadır¹³²⁸. Devletin egemenliği ve sahip olduğu yargı yetkisinin Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi üzerindeki etkisi, cebri icra prosedürlerinin yürütülmesine ilişkin davalarda daha somut bir şekilde ortaya çıkmaktadır¹³²⁹. Yine, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisine nazaran, Türkiye’de kayıtlı fikri hakların varlığı/tesciline ilişkin davalar bakımından mutlaka yetkili bir mahkeme tesis edilmesinde de devletin somut menfaatleri bulunmaktadır¹³³⁰. Benzer şekilde, bazı hallerde ekonomik olarak zayıf konumda olduğu iddia edilen bireyleri korumak gayesiyle münhasır yetki kurallarına yer verme ihtiyacının ortaya çıkmasında da benzer düşüncelerin etkili olduğunu söylemek mümkündür. Bu bakımdan, somut olayda, sınırlamada seçilen araca, yani münhasır yetki kuralının varlığına istinaden gerçekleşen böyle bir müdahale/tanıma-tenfiz talebinin reddinin meşru bir amaca sahip olduğunda herhangi bir tereddüt yaşanmayacaktır.

¹³²⁷ Süzen, **a.g.e.**, s.9-10.

¹³²⁸ Gerçi doktrinde, taşınmazları aynına ilişkin davalarda taşınmazın bulunduğu ülke mahkemelerinin münhasır yetkili kabul etmelerinin günümüzde bu iki anlayışa da dayandırılmasının yerindeliği sorgulanmaktadır. Bkz.: Mustafa Erkan, “Bir Tabu: Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Yetki”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.20, S.1 2012, s.26 vd.

¹³²⁹ Bkz.: Yargıtay HGK, E.1998/12-287 K.1998/325, T.6.5.1998, (Çevrimiçi, www.kazanci.com, 25 Temmuz 2017).

¹³³⁰ Devletin bu konudaki menfaati iki farklı esasa dayandırılmaktadır. Birincisi, Türk mahkemelerinin bu konudaki yetkisini idari veya kamusal nitelikteki kurallara istinaden kullanıyor ve kamu düzenini ilgilendiren işlemler ve kayıtlar hakkına karar veriyor olmasına dayandırılmaktadır. İkincisi, fikri hakların tescili, terkini, tashihi veya iptali konusunda Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır olduğunu kabulünde, fikri hakkın hukuken tanınmasıyla ortaya çıkan ekonomik sonuçların etkisi belirleyici olmaktadır. Yabancı devletin Türk patent siciline kayıtlı bir patentin hükümsüzlüğüne yönelik bir kararın tanınması halinde, bu karar devletin ekonomik düzeni üzerinde doğrudan etki yaratacağı. Süzen, **a.g.e.**, s.43-54.

AİHM, davacının/davalının münhasır yetkili bir Türk mahkemesinin bulunup bulunmadığına yönelik iddialarını dikkate alıp değerlendirilmemiş olması hali dışında, böyle bir kararın davacının hakkaniyete uygun yargılanma hakkına makul olmayan, ölçüsüz bir müdahale olmadığına karar verecektir. Çünkü mütekabiliyet şartının tatbiki suretiyle gerçekleşen müdahalenin AİHS m.6/1'e uygunluğuna ilişkin belirttiğimiz hususlar, burada kendini daha kuvvetli bir şekilde hissettirmektedir. AK üyesi ülkelerin pek çoğunda yabancı ilamın tanıma-tenfiz devleti mahkemelerinin münhasır yetkisinin kapsamına giren bir konuda olması, uyuşmazlığın niteliğine bağlı olarak, bir tanıma-tenfiz engeli olarak nitelendirilmektedir¹³³¹. Daha da önemlisi, kendi mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu gerekçesiyle mahkemeleri vasıtasıyla tanıma-tenfiz talebini reddeden devlet, böyle bir gerekçeyle aynı zamanda davacıya ülke içinde başvurabileceği yetkili bir mahkemenin bulunduğunu da kabul etmektedir. Gerçi bu noktada, yabancı kararın tanınması-tenfizi talebinin bu gerekçeyle reddedilmesi suretiyle, davacının esas hakkında yeniden dava açmaya zorlandığı, bunun usul ekonomisine aykırı olduğu ileri sürülebilir¹³³². Ancak, daha önce yetkili mahkemenin tayininde davacıların sınırsız bir serbestiye sahip olmadığını, davanın konusu ve taraflarıyla tercih edilen mahkeme arasındaki ilişkinin gerek yetki tesisinin meşruiyetini gerekse verilen kararların milletlerarası alanda etkinliğini fazlasıyla etkilediğini belirtmiştik. Münhasır yetkinin kapsamına giren uyuşmazlıkların, genellikle kendi hukukuyla yakın bir ilişki içinde olan ve doğrudan veya dolaylı olarak kendi menfaatlerini yakından ilgilendiren, hatta kamusal yönü ağır basan uyuşmazlıklar olduğu göz önüne alındığında, bireylerin söz konusu davalarını aslında doğrudan tenfiz devleti mahkemelerinde açmalarında sadece devletin değil, davacının da menfaati bulunmaktadır. Dolayısıyla, bir nevi aşırı yetkili mahkemede dava açarak böyle bir tercihte bulunan bir kişinin, söz konusu tercihinin diğer ülke hukuklarında ortaya çıkaracağı hukuki sonuçlarına da katlanmaları gerektiği, bunun devlete atfedilebilecek ve devletin saygı göstermesi gereken bu husus olarak nitelendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Bu açıklamalar ışığında, AİHM'nin McDonald ve Hussin kararlarında benimsemiş olduğu *"bir kimsenin ortaya çıkmasında kendi katkısının olduğu bir*

¹³³¹ Bkz.: Nuyts, **Residual Jurisdiction**, s.68, Tablo M.

¹³³² Bkz.: Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.**, s.481.

durumdan şikâyetçi olamayacağı” içtihadına istinat etmeye devam edeceğini söylemek mümkündür.

Burada, esasen münhasır yetki kavramının içeriğinin oldukça geniş bir şekilde yorumlanması, yani tenfiz devleti hukukunda yer alan bazı yetki kurallarının söz konusu yetki kurallarının amacı ve niteliğine bakılmaksızın münhasır yetki kuralı olarak nitelendirilmesi problem yaratabilir. Diğer tanıma-tenfiz şartlarının varlığı halinde, yabancı karara konu uyuşmazlık bakımından tenfiz devleti mahkemelerinin münhasır yetkisinin kapsamına girmeyen bir yetki kuralının bu kapsamda mütalaa edilmesi, tanıma-tenfiz talebinin gereksiz yere reddedilmesine, dolayısıyla davacının hakkaniyete uygun yargılanma hakkına aykırı bir sonuca yol açabilir. Şöyle ki:

Yukarıda, bazı özel hukuk davalarının sadece ve mutlaka tenfiz devleti mahkemelerince görülmesini sağlamak amacıyla tanzim edilen yetki kurallarının münhasır nitelikte olduğunu ve uyuşmazlığın ülkeyle olan irtibatı ile devletin dava konusuna ilişkin menfaatinin bu tür yetki kurallarının ortaya çıkmasında etkili olduğunu belirtmiştik. Kısacası, doğruluğu veya yerindeliği bir yana, münhasır yetkinin tesisinde, tarafların menfaatlerinden ziyade, devletin dava konusuna ilişkin menfaatleri rol oynamaktadır. Dolayısıyla, yabancı karara konu uyuşmazlığın mutlaka ve sadece Türk mahkemelerinde görülmesini gerektirecek derece bir menfaatin söz konusu olmadığı hallerde, tenfiz devleti mahkemelerinin münhasır yetkili olduğunu kabul etmek, davacının yabancı kararın tanınması-tenfizi konusundaki menfaatinin -bu konuda menfaati olmamasına rağmen- tenfiz devletince (mahkemesince) göz ardı edilmesi anlamına gelecektir. Gerçi, münhasır yetkiye ilişkin böyle bir tasarrufla davalının yetkiye ilişkin menfaatlerinin gözetildiği ileri sürülebilirse de, yabancı mahkemenin her zaman aşırı yetkili olduğu veya yetkisinin aşırı şekilde tesis edildiği de söylenemez¹³³³. Bu noktada, davacının uyuşmazlığı münhasıran yetkili olduğu iddia olunan tenfiz devleti mahkemesinde yeniden dava konusu yapabileceği ileri sürülebilir. Ancak, böyle bir iddianın kabulü halinde, yabancı kararla çözüme kavuşturulan uyuşmazlığın

¹³³³ Örneğin, Türkiye bulunan bir taşınmaz üzerindeki aynı hak ihtilafının veya Türkiye’de sicile kayıtlı bir patentin hükümsüzlüğüne ilişkin bir davanın davalının ikametgahının bulunduğu yabancı ülkede ikame edildiği varsayımında, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin kapsamına giren bir konuda kendini yetkili kabul eden yabancı mahkemenin aşırı yetkili olduğunu veya davalının davacı karşısında aşırı dezavantajlı konumda olduğunu söylemek mümkün değildir.

münhasır yetki kapsamına girip girmediğini kendi hukuk düzeninde münhasır yetkiye ilişkin anlayışa uygun ve tutarlı bir şekilde tespit edemeyen ulusal (tenfiz) mahkemelerinin söz konusu başarısızlığı davacıya yüklenmiş olacaktır. Bu bakımdan, münhasır yetki kavramının içeriğinin aşırıya kaçacak derecede geniş bir şekilde yorumlanması, yabancı kararın tenfizini gereksiz yere engelleyecek, davacının yabancı kararın tanınması-tenfizi konusundaki hukuken korunmaya değer menfaati ile davalının aksi yöndeki menfaati arasındaki dengenin davalı lehine bozulması anlamına gelecektir. Bu nedenle tenfiz mahkemesince yapılacak bir münhasır yetki denetiminde, münhasır yetki kavramının, dolayısıyla münhasır yetki denetiminin amacı ve koruduğu menfaatlerin göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Özellikle mahkemelerin yetkisinin kesin yetki kurallarıyla tayin edildiği hallerde veya kamu düzenine ilişkin veya kamu yararının ağır bastığı birtakım özel hukuk davaları bakımından öngörülen yetki kuralları, mahkemelerce münhasır yetki kuralı olarak algılanmaya müsaittir. Gerçekten, münhasır yetkinin kamu düzeni kavramıyla ilişkisi bulunmaktadır, ancak kamu düzenine ilişkin veya kamu yararının ağır bastığı, örneğin aile veya kişiler hukukuna ilişkin pek çok uyuşmazlık, hiçbir zaman münhasır yetki kapsamında mütalaa edilmemiştir¹³³⁴. Zaten, ailenin, çocukların veya bireylerin korunması ya da vatandaşların bazı haklarının korunması amacıyla tanzim edilen bir yetki kuralının münhasır olarak nitelendirilmesi, yani bu tür davaların sadece Türkiye’de görüleceğinin kabulü ilgili bireylerin haklarını daha fazla gözeten veya daha fazla koruma sağlayan yabancı kararlara etki tanınmaması anlamına gelecektir. Bu da, duruma göre, ilgililere Türk mahkemeleri önünde dava açma külfeti yüklemekten başka bir mana ifade etmeyecektir. Buna en güzel ve en güncel örnek olarak, vesayete ilişkin yabancı kararların tanınması konusunda zaman içerisinde değişen Yargıtay tatbikatı verilebilir.

Yargıtay, vasi tayinine ilişkin yabancı kararın tanınmasına ilişkin bazı kararlarında, vesayete ilişkin konularda Türk mahkemelerinin yetkisinin kamu düzenine ilişkin olup münhasır nitelikte olduğu, milletlerarası yetki açısından münhasır yetki teşkil ettiği, bu nedenle vasi tayini kararlarının tanınmasının mümkün olmadığı

¹³³⁴ Benzer yönde bkz.: Süzen, **a.g.e.**, s.11.

sonucuna varmıştır. Yargıtay'ın o zamanki düşüncesine göre, yabancı vasi tayini kararın tanınmasına karar verilse dahi, vesayet makamı olarak görevine devam edecek yabancı mahkemece verilecek her izin veya onay yeniden tanıma-tenfiz prosedürüne tabi kılınacaktır. Bu durum yabancı mahkemenin verdiği her kararda ortaya çıkacağından, Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu bir konudaki yabancı kararın tanınması mümkün değildir.¹³³⁵.

Daha sonraki kararlarında ise, özellikle 5718 sayılı MÖHUK m.9-10 hükümlerinin etkisiyle, Yargıtay'ın vesayet hukukuna ilişkin yabancı kararlar bakımından, özellikle bir Türk vatandaşının kısıtlanması/vesayet altına alınmasına ilişkin kararlar ile vesayetin yöntemine ilişkin kararlar olmak üzere ikili bir ayrıma gittiği görülmektedir. Bunlardan, yabancı mahkemece verilen kısıtlılık/vesayet kararlarının tanınabileceğini, yabancı mahkemece verilen vesayet kararının tanınmasının aynı zamanda vesayet altına alınanın Türkiye'deki hukuki çıkarlarını korumaya hizmet edeceğini, bu nedenle yabancı mahkemece verilen kararın münhasır yetkiyle veya kamu düzeniyle bir alakasının bulunmadığını belirtmiştir. Yargıtay, vasi tayinine ilişkin yabancı kararın tanınması talebinin münhasır yetki ve kamu düzeni gerekçesiyle reddedildiği önceki kararın¹³³⁶ vesayete ilişkin tüm alanlarda uygulanması halinde, yabancı kısıtlılık kararlarının Türkiye'de tanınmasına karar verilemeyeceğini, bunun ise yabancı ülkede (zaten) karara bağlanan vesayet için Türkiye'de tekrar dava açmaya zorlamak anlamına geleceğini belirtmiştir. AİHM'ne göre, böyle bir durum 5718 sayılı MÖHUK'un amacına aykırı olduğu gibi, aynı zamanda AİHS m.6'da yer alan adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkını ciddi bir şekilde engelleyecek mahiyettedir.

Vesayetin yönetimi yabancı kararların tanınması ile ilgili olarak, öncelikle Yargıtay uygulamalarında bu konudaki kararların idari nitelikte kararlar olduğunu, kazai nitelik taşımadığını ve bu nedenle tenfiz edilemeyeceğini belirtmiştir. Ardından Yargıtay uygulamasında Türk Medeni Kanunu'nun 411 ve 412.maddelerindeki yetkinin

¹³³⁵ Bkz.: Yargıtay HGK., E.2009/2-280, K.2009/326, T.08.07.2009; Yargıtay HGK., E.2009/2-557, K.2009/527, T.18.11.2009, (Çevrimiçi, www.lexpera.com.tr, 22 Temmuz 2018). Aynı yönde bkz.: Demir Gökyayla, **Vesayet**, s.418.

¹³³⁶ Yargıtay HGK., E.2009/2-280, K.2009/326, T.08.07.2009, (Çevrimiçi, www.kazanci.com, 22 Temmuz 2018).

kesin ve kamu düzenine ilişkin olduğunu kabul edildiğini, ancak kesin ve kamu düzenine ilişkin her yetki kuralının milletlerarası hukuk yönünden münhasır yetki kuralı olmadığını vurgulamıştır¹³³⁷. Yargıtaya göre, “...İç hukuk yönünden vesayette, kamu düzeni ve kesin yetki ilkeleri benimsenmiş ise de, burada amaç, kendisini ve malvarlığını, yönetmekten ve korumaktan yoksun olanlarla (Türk Medeni Kanunu'nun 404, 405.maddeleri), kendisini ve malvarlığını, yönetmek ve korumaktan yoksun bırakılanların (Türk Medeni Kanunu'nun 406, 407, 408.maddeleri) korunmasıdır. Bu hükümlerin devletin egemenlik ve hükümranlık hakkıyla ilgisi bulunmamaktadır.”¹³³⁸. Sonuç olarak, Yargıtay'ın, 18. Hukuk Dairesinin 17.1.2013 tarihli kararıyla beraber yerleşik hale gelen içtihatları, vesayet hukukuna ilişkin yabancı mahkemelerce verilen kararların tanınması taleplerinin bu konuya ilişkin Türk yetki kurallarının münhasır nitelikte olduğu gerekçesiyle reddedilemeyeceğini göstermektedir¹³³⁹.

Gerçekten, yukarıda yaptığımız açıklamalar ışığında, vesayete ilişkin konuların münhasır yetki kapsamında görülmesi, başka bir ifadeyle münhasır yetkinin geniş

¹³³⁷ Yargıtay bu tespitinden evvel, münhasır yetki kurallarının dava konusunun sadece Türk mahkemelerinde görülmesini sağlamak amacıyla konulan ve bunu temin eden kurallar olduğunu ve bunların temel dayanağını kamu düzeninin teşkil ettiğini belirterek “Türk hukukunda, kamu düzenine ilişkin yetki kurallarından bazıları münhasır yetki hükmüdür. Münhasır yetki kuralları devletin kendi ülke ve sınırları içerisinde haiz olduğu mutlak güç ve yetkiyi ifade eden, devletin egemenlik ve hükümranlık haklarının kullanmasını gösteren ve simgeleyen kurallardır. Burada önemli olan Türk Hukukundaki kamu düzenine ilişkin her yetki kuralının münhasır bir yetki kuralı olmamasıdır. Yetki kuralının münhasır yetki hükmü getirmiş olup olmadığı, yetki kuralının ifadesinden ve konuluş gayesinden hareketle belirlenebilir. Münhasır yetki kuralı o maddenin ifadesinden, konuluş amacından ve yabancı unsurlu davaların özellikleri nazara alınarak tayin edilir.” şeklinde tespitte bulunmuştur.

¹³³⁸ Bkz.: Yargıtay 18.HD., E.2012/12365, K.2013/483, T.17.1.2013; Yargıtay 18.HD., E.2013/18352, K.2014/4459, T.11.3.2014; Yargıtay 18.HD., E.2013/16914, K.2014/5145, T.20.3.2014; Yargıtay 18.HD., E.2013/19774, K.2014/6261, T.7.4.2014; Yargıtay 18.HD., E.2014/13941, K.2014/15498, T.4.11.2014; Yargıtay HGK., E.2013/1628, K.2015/894, T.4.3.2015; Yargıtay 18.HD., E.2015/5194, K.2015/18432, T.14.12.2015; Yargıtay 18.HD., E.2016/3763, K.2016/6542, T.25.4.2016; Yargıtay 8.HD., E.2017/2899, K.2017/11513, T.26.9.2017; Yargıtay 8.HD., E.2017/6212, K.2017/13546, T.24.10.2017; Yargıtay 8.HD., E.2017/6589, K.2017/15189, T. 14.11.2017; Yargıtay 8.HD., E.2017/8099, K.2018/405, T.15.1.2018; Yargıtay 8.HD., E.2017/6609, K.2018/1418, T.25.1.2018, (Çevrimiçi, www.lexpera.com.tr, 22 Temmuz 2018).

¹³³⁹ Türk doktrininde Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarından gerek önce gerekse sonra vesayete ilişkin konularda Türk mahkemelerinin yetkisi tayin eden kuralların (MK m.411, MÖHUK m.41-42), vesayete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınmasını engelleyecek nitelikte bir münhasır yetki kuralı olmadığı kabul edilmektedir. Bkz.: Musa Aygül, “Yabancı Mahkemeden Verilen Vesayet Kararlarının Tanınması (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Bir Kararının Değerlendirilmesi)”, **Prof.Dr. Tuğrul Arat’a Armağan**, Yetkin, Ankara 2012, s.146; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s.22-223; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.718; Süzen, **a.g.e.**, s.92. Buna mukabil, kimi yazarlarca vesayet/kısıtlılık kararlarının tanınmaya ehil olduğu, vesayetin yönetimine ilişkin konularda söz konusu yetki kurallarının münhasır nitelikte olduğu görüşlerine de rastlamak mümkündür. Bkz.: Nomer, **DHH**, s.547.

yorumlanması bu tür kararların tanınmasını gereksiz yere engelleyeceğinden MÖHUK'un öngörmüş olduğu tanıma-tenfiz sisteminin amacıyla bağdaşmayacaktır¹³⁴⁰. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, münhasır yetkinin geniş bir şekilde yorumlanması nedeniyle açmış olduğu vesayet kararının tanınması talebi reddedilen ilgili taraf, doğal olarak münhasır yetkili Türk mahkemesine başvurmak zorunda kalacaktır. Bu bakımdan, Yargıtay'ın yabancı vesayet kararlarının münhasır yetki gerekçesiyle tanınmamasının bireyleri Türk mahkemelerinde aynı davaya açmaya zorlayacak olmasının adil yargılanma hakkını ciddi bir şekilde engelleyeceği şeklindeki görüşüne katılmamak mümkün değildir.

Nitekim doktrinde de, özellikle Yargıtay'ın AİHS m.6'ya yönelik tespitinden ilhamla, yabancı kararın münhasır yetki gerekçesiyle tanınmamasının bireyleri Türk mahkemelerinde aynı davaya açmaya zorlayacak olması itibatiyle hak arama özgürlüğü veya genel olarak adil yargılanma hakkıyla ilişkilendirildiği görülmektedir¹³⁴¹. Yargıtay'ın ifadeleri karşısında, doktrinde ileri sürülen böyle bir görüşte haklılık payı olmakla birlikte, konunun önemini ifade etmek üzere ileri sürülen bu görüşler, aynı zamanda doktrin ve uygulamada bir yanlış anlaşılmayı da beraberinde getirecek mahiyettedir. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, tanıma-tenfiz şartlarının karşılanıp karşılanmadığının taraflarca ispatı/mahkemece resen araştırılıp tespit edilmesi, tarafların mahkemeye erişim hakkıyla değil, hakkaniyete uygun yargılanma hakkıyla ilgilidir. İlgili tarafın söz konusu tanıma-tenfiz şartının karşılandığı yönündeki iddialarını dikkate alsın veya almasın, tanıma-tenfiz mahkemesinin mütekabiliyet şartı gibi, münhasır yetki şartının da karşılanıp karşılanmadığını doğru bir şekilde araştırıp tespit etmesi gerekmektedir. Haliyle, vesayete ilişkin yabancı kararı tanınmaması münhasır yetkiye ilişkin tanıma şartının yorumu ve tatbikinden kaynaklandığından, böyle bir kararın/müdahalenin hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında mütalaa edilmesi daha yerinde olacaktır. Olası bir şikâyet başvurusunda AİHS m.6/1'in

¹³⁴⁰ Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s.697.

¹³⁴¹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.719; Süzen, **a.g.e.**, s.92. Doktrinde kimi yazarlar, vesayet kararlarının münhasır yetki şartının doğru bir şekilde uygulanmaması nedeniyle tanıma talebinin reddedilmesinin, tıpkı Yargıtay'ın yaptığı gibi, adil yargılanma ve/veya hukuki dinlenilme hakkının ihlali sonucu doğuracağını ifade etmekle birlikte, bunun AİHS m.6/1'de yer alan hangi hak kapsamında değerlendirilebileceğine hiç değinmedikleri görülmektedir. Bkz.: Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s.697; Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.**, s.482.

ihlali açısından ilgili tarafın Türk mahkemelerinde aynı davayı açmak zorunda kalacak olması gibi bir gerekçeye dahi istinat etmesine gerek kalmayacaktır. Dolayısıyla, münhasır yetki şartının/denetiminin tenfiz mahkemesince maksadını aşacak şekilde geniş bir şekilde yorumlanması, ilgili tarafın ikinci bir dava açmak zorunda kalacak olması nedeniyle hak arama özgürlüğüne değil, davanın hakkaniyete uygun bir şekilde görülüp karara bağlanmaması nedeniyle AİHS m.6/1'in ihlaline neden olacaktır. Ezcümle, herhangi bir tanıma-tenfiz şartının ilgili tarafın Sözleşmesel haklarıyla bağdaşmayacak derecede geniş bir şekilde yorumlanması ve tatbiki, AİHM nezdinde AİHS m.6/1'in ihlal edildiğini ileri sürmesi ve AİHM'nin bu yönde bir karar vermesi için yeterlidir.

Meseleye aleyhine tanıma-tenfiz davası ikame edilen davalı açısından bakacak olursak, münhasır yetki şartının karşılanmadığına ilişkin iddiaları tenfiz mahkemesince dikkate alındığı sürece, tenfiz mahkemesinin uyuşmazlığın tenfiz devleti mahkemelerinin münhasır yetkisi dâhilinde olup olmadığını doğru bir şekilde veya geniş bir şekilde tespit etmesinin, davalının hakkaniyet uygun yargılanma hakkını ihlal edeceği kolayca söylenemez. Zira tenfiz mahkemesi yabancı karara konu uyuşmazlık bakımından tenfiz devleti mahkemelerinin münhasır yetkisinin kapsamına girip girmediğini resen araştırmak durumundadır. Davalının, münhasır yetki şartının karşılanmadığına yönelik ileri sürdüğü iddiasıyla doğrudan ilgili ve belirleyici iddia ve delillerini dikkate almaksızın söz konusu şartın karşılandığı gerekçesiyle tanıma-tenfiz kararı vermesi halinde, tenfiz mahkemesi davalıya karşı dikkate alma ve değerlendirme (hakkı) yükümlülüğünü yerine getirmemiş olacaktır.

Bunun dışında kalan hallerdeyse, tenfiz mahkemesinin münhasır yetki denetiminin amacı ve korumakta olduğu menfaatleri ne derece göz önünde bulundurduğu belirleyici olacaktır. Buna göre, tenfiz devleti mahkemelerinin münhasır yetkisi kapsamına girmesine rağmen, münhasır yetki kavramının kapsamının kendi hukuk düzeninde bu konuda benimsenen anlayışla ve amaçla bağdaşmayacak şekilde dar bir şekilde yorumlanması, aslında reddedilmesi gereken tanıma-tenfiz talebinin kabul edilmesine yol açacaktır. Bu sefer de, münhasır yetki kavramının içeriğinin gereksiz yere ve aşırıya kaçacak derecede dar bir şekilde yorumlanması davalının aslında yabancı kararın tanınmaması-tenfiz edilmemesi konusunda -aynı zamanda

devletin de- sahip olduğu korunmaya değer menfaatinin davacı lehine göz ardı edilmesi anlamına gelecektir.

d. Aşırı Yetki Denetimi ile AİHS m.6/1 Arasındaki İlişki

i. Aşırı Yetki Denetiminin AİHS m.6/1'e Uygunluğu

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi rejimini öngören devletler, münhasır yetkinin yanı sıra, mahkemelerine yabancı mahkemenin kendi hukukuna göre gerçekleşen yetkisinin, kendi hukukunca benimsenmiş olan yetkiye ilişkin kriterler/ilkeler çerçevesinde denetleme yükümlülüğü getirmektedir. Tenfiz devleti mahkemelerinin münhasır yetkiye sahip olmadıkları davalarda, kararı veren yabancı mahkemenin yetkisinin araştırılması, taraf menfaatlerinin korunması ve davalının savunma haklarının ihlal edilmemesi açısından büyük önem taşımaktadır¹³⁴². Hatırlanacağı üzere, davanın konusu veya tarafları ile mahkeme arasında gerçek ve esaslı bir bağlantı yerine zayıf ve geçici irtibatlarla dayanan, bu nedenle makul ve adil olmadığı kabul edilen aşırı yetki kurallarına yönelik temel eleştiri, doğal hâkim ilkesine aykırı ve davalının savunma haklarını, dolayısıyla adil yargılanma hakkını engelleyici mahiyette oluşudur. Bu konuda ideal olan, bireylerin kolaylıkla başvurabilecekleri, haklarını adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerden etkin ve eşit bir şekilde yararlanabileceği ve uyuşmazlıkla objektif esaslara göre bağlantısı olan mahkemeler önünde haklarını savunabilmelerini sağlayacak yetki kurallarının tanzim edilmesidir. Böylece, yabancı mahkemenin yetkisinin araştırılması, özellikle davalının menfaatlerinin ve savunma haklarının güvence altına alınmasına hizmet etmekte, uyuşmazlıkla gerçek bir bağlantıya sahip olmayan mahkemelerce verilmiş olan kararların milletlerarası etkinlik kazanması engellenmektedir.

İşte bu mülahazalarla, devletlerin yabancı mahkemenin kendi hukukuna göre gerçekleşen yetkisinin, milletlerarası yetki konusunda izlemiş olduğu amaçlara uygun olarak kabul edilebilir olup olmadığını tespit etme, bu amaçla bir tanıma-tenfiz şartı/engeli tanzim etme yoluna gittiklerini söylemek mümkündür. Bu bağlamda, yabancı mahkemenin yetkisine/aşırı yetkili olup olmadığına yönelik tenfiz

¹³⁴² Sakmar, **a.g.e.**, s.108; Nomer, **DHH**, s.526.

mahkemesince yapılan denetim sonucunda yabancı kararın tanınması-tenfizi talebinin reddine karar verilmesi halinde, söz konusu yetki/aşırı yetki denetimi kendi hukukunda bu konuda öngörülen anlayışa uygun bir şekilde yapıldığı ölçüde, böyle bir kararın AİHS m.6/1'e, dolayısıyla diğer temel haklara aykırılığı ileri sürülemeyecektir. Zaten, yabancı mahkemenin yetkisiz/aşırı yetkili olduğu gerekçesiyle tanıma-tenfiz talebinin reddedilmesinin, genel olarak davacı karşısında davalının (diğer bireylerin) haklarının korunması meşru amacına hizmet ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Burada önemli olan husus, tıpkı münhasır yetki denetiminde olduğu gibi, aşırı yetki denetiminin de tenfiz mahkemesince kendi hukukunda bu konuda benimsenen anlayışa uygun bir şekilde gerçekleştirilmesidir. Esasen, her devlet kendi mahkemelerinin böyle bir denetimi hangi hukuka göre ve hangi kriterlere göre yapacağını/yapması gerektiğini belirlemekte serbest olup, bu husus AİHM'nin yapacağı olası bir incelemeyi etkilemeyecektir.

Bu konuda kimi ülke hukuklarında, tanıma-tenfiz mahkemelerinin böyle bir denetimi yaparken yabancı mahkemenin yetkisinin denetimi için öngörülmüş ve bir liste halinde hazırlanmış veya tenfiz devleti mahkemelerinin yetkisini tesis eden yetki kuralları/esaslarına başvurabilecekleri öngörülmüştür. Örneğin, somut bir tanıma-tenfiz davasında, İsviçre hukukuna göre, davalının yerleşim yeri veya malvarlığına ilişkin bir davada yetki itirazında bulunulmayan bir devlet mahkemesince verilen kararlar bakımından, yetki koşulu karşılanmış sayılacaktır (İsviçre DÖHK m.26). Örneğin, Alman hukukuna göre, somut bir tanıma-tenfiz davasında, yabancı mahkemenin yetkisini tesis eden bağlantı, tenfiz devleti mahkemelerinin yetkisini de tesis etmeye elverişli ise, yabancı karar yetkili bir mahkemeden verilmiş sayılacaktır. Şüphesiz, bu iki yöntem, tenfiz mahkemelerinin yetkiye ilişkin tanıma-tenfiz şartının sağlanıp sağlanmadığını doğru bir şekilde tespit etmek bakımından oldukça bir kolaylık sağlamaktadır. Dolayısıyla, tenfiz mahkemesi yetki şartının karşılanıp karşılanmadığını doğru bir şekilde ve tarafların ileri sürdüğü iddiaları da dikkate alarak tespit ettiği sürece, AİHS açısından herhangi bir problem ortaya çıkmayacaktır.

Buna mukabil, karşılaştırmalı hukuktaki emsallerinden oldukça farklılık arz eden Türk hukukundaki yetki/aşırı denetimi açısından –en azından şimdilik- aynı şey

söylenemeyecektir. Zira, MÖHUK m.54/b hükmüyle kanun koyucu, tenfiz devleti mahkemesine “*davanın konusu veya taraflarıyla gerçek bir bağlantı*”nın var olup olmadığını, yani yabancı mahkemenin aşırı yetkili olup olmadığını araştırma yükümlülüğü getirmiş, ancak yetkinin aşırı olup olmadığının tespitinde hangi esaslardan hareket edileceğini belirtmemiştir¹³⁴³. Haliyle, söz konusu hüküm, yabancı mahkemenin yetkili olup olmadığını denetlemekle yükümlü olan Türk tenfiz mahkemesinin bu denetimi hangi hukuka ve/veya ölçütlere göre yapacağı konusunda belirsizliğe yol açtığı ve uygulamada sorunlara yol açabileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir¹³⁴⁴. Tespit edebildiğimiz kadarıyla, henüz MÖHUK m.54/b anlamında aşırı yetki denetiminin ne şekilde yerine getirileceği konusunda Türk mahkemelerine yol gösterici bir Yargıtay kararının da yokluğu karşısında, söz konusu belirsizlik varlığını halen muhafaza etmektedir¹³⁴⁵.

Diğer taraftan, söz konusu hükmün, karşılaştırmalı hukuktaki örneklerden farklı olarak, yabancı mahkemenin yetkili olup olmadığının değil, aşırı yetkili olup olmadığının/gerçek bağlantının varlığının denetlenmesini öngördüğü de unutulmamalıdır¹³⁴⁶. Dolayısıyla, MÖHUK m.54/b’nin lafzı karşısında, böyle bir denetimin mutlaka belirli bir hukuk düzenine tabi olması gerekmediği¹³⁴⁷, yabancı

¹³⁴³ Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s.272-273; Huysal, **Gerçek Bağlantı**, s.483.

¹³⁴⁴ Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s.277; Nuray Ekşi, “Yabancı Mahkemenin “Aşırı” Yetkisinin Tenfiz Mahkemesi Tarafından Denetlenmesi (5718 Sayılı MÖHUK md. 54/b)”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl.9, C.9, S.2, 2010, s.64.

¹³⁴⁵ Tespit edebildiğimiz kadarıyla, uygulamada sadece Kadıköy 4. Asliye Ticaret Mahkemesinin kararında yabancı mahkemenin aşırı yetkisi/gerçek bağlantının var olup olmadığının tartışıldığı görülmektedir. Yerel mahkeme, söz konusu kararda, Özbekistan mahkemelerinin davaya bakma yönünden gerçek bir ilişkisinin bulunduğunu, sözleşme ifa yeri sıfatıyla davaya bakmaya yetkili olduğunu, sözleşmenin ifa yerinin Özbekistan olduğunu, (muhtemelen Türk hukukunda da benimsenen bir yetki esası olduğundan hareketle) Türk hukukuna göre de Özbekistan mahkemelerinin yetkili olduğunu gösterdiğini belirtmiştir. Yalnız, yerel mahkeme davalı tarafın Özbekistan mahkemelerinin tahkim şartını reddederek davayı görmesi sebebiyle davalı tarafça yapılan aşırı yetki itirazını, “*taraflardan birinin Özbekistan menşeli, Sözleşmenin ifa yerinin Özbekistan olması ve tahkim itirazının reddedilmesi Özbekistan mahkemesinin yetkisini ortadan kaldırmadığı karşısında tenfizi talep edilen Özbekistan mahkemesinin yetkisinin aşırı olduğunun uyuşmazlıkla ilgili bulunmadığının kabulünün...hukuken mümkün olmadığına*” karar vermiştir. Kadıköy 4. Asliye Ticaret Mahkemesinin E.2007/1020, K.2008/386 sayılı ve 17.6.2008 tarihli kararı için bkz.: Ekşi, **Pratik I**, s.206-209.

¹³⁴⁶ Bu bakımdan, yabancı mahkemenin kendi hukukuna göre yetkisiz olması veya davanın konusu ve taraflarıyla herhangi bir bağlantısı olmamasına rağmen kendini yetkili kabul etmiş olması halinde de MÖHUK m.54/b anlamında aşırı yetkili olarak kabul edilebilecektir.

¹³⁴⁷ Doktrinde, yabancı mahkemenin yetkisinin denetiminin söz konusu mahkemenin hukukuna göre yerine getirileceği savunulmakla birlikte (Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.713), yabancı mahkemenin aşırı yetkili olup olmadığının tenfiz devleti, yani Türk hukukuna göre belirlenmesi gerektiği de savunulmaktadır. Bkz.: Güven, **a.g.e.**, s.127; Huysal, **Gerçek Bağlantı**, s.483-484.

mahkeme ile uyumsuzluk veya taraflar arasında gerçek bağlantının var olup olmadığının uyumsuzluğun niteliğine ve davanın koşullarına istinaden araştırıp tespit edilmesi yeterli olacağı anlaşılmaktadır. Gerçekten, MÖHUK m.54/b gerekçesinden anlaşılsa da, böyle bir denetimin doğrudan tenfiz devleti/yabancı mahkemenin hukukunda öngörülen yetki kurallarında yer alan bağlantılardan/yetki esaslarından hareketle veya bunların mukayesesi yoluyla yapılması, gerçek bağlantının tespiti bakımından her zaman yeterli ve yerinde olmayabilir. Öncelikle mahkemelerin yer itibarıyla yetkisini tesis eden her kuralın, milletlerarası yetkinin tesisinde kullanılmasının dahi yerinde olmadığı ve hakkaniyetle bağdaşmayan sonuçlara yol açacağı gerekçesiyle eleştirildiği günümüzde, bu yetki kurallarının yabancı mahkemenin yetkisini kontrol etme amacı taşıdığı söylenemez¹³⁴⁸. Dolayısıyla, yabancı mahkemenin yetkisini tayin eden bağlantının/esasın Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tayin eden kurallara tamamen uygun olması veya yabancı mahkemenin yetkisini tesis eden bağlantının Türk hukukunda da kabul edilmiş bir yetki esası olması, söz konusu bağlantının her zaman MÖHUK m.54/b anlamında gerçek bir bağlantı olduğu anlamına gelmeyebilir. Hatta davanın koşulları dikkate alındığında, Türk hukukunda da benimsenen söz konusu yetki esasının aşırı nitelik teşkil etmesi dahi söz konusu olabilir. Yine, yabancı mahkemenin yetkisini tesis eden bir bağlantının/esasın Türk hukukunda bir yetki esası olarak benimsenmemiş olması, otomatikman yabancı mahkemeyle uyumsuzluk veya davalı arasında gerçek bir bağlantının olmadığı anlamına da gelmeyecektir¹³⁴⁹.

Bu açıklamalar, yabancı mahkemenin yetkisini sağlayan esasın Türk hukukunda benimsenen yetki esaslarıyla/bağlantılara tamamen uygun veya birebir aynı olmasının her zaman tek başına yeterli olmayabileceğini, yabancı mahkemenin uyumsuzlukla veya özellikle davalıyla gerçek bir irtibata sahip olup olmadığının her somut olayda ve uyumsuzluğun niteliğine bağlı olarak farklılık arz edebileceğini göstermektedir. Dolayısıyla, somut olayda yabancı mahkemenin yetkisi davanın konusuyla veya özellikle davalıyla gerçek ve kabul edilebilir bir bağlantıya/yetki esasına dayanmakta ise, aşırı yetki şartının karşılandığı söylenebilecektir. Kanaatimizce, yabancı mahkemenin yetkisinin aşırı olup olmadığını, tarafların bu konudaki iddia ve

¹³⁴⁸ Benzer yönde bkz.: Huysal, **Gerçek Bağlantı**, s.486-487.

¹³⁴⁹ Huysal, **Gerçek Bağlantı**, s.485.

savunmaları ile delillerini kanun koyucunun çizdiği sınırlar dâhilinde (davalının itirazı şartıyla gerçek bağlantının araştırılması) doğru ve yeterli bir şekilde araştırıp tespit eden bir tenfiz mahkemesinin AİHS'nden sorumluluğundan söz edilemeyecektir.

Bunun dışında, gerçek bağlantının var olup olmadığı araştırılmaksızın, yabancı mahkemenin aşırı yetkili olduğuna veya olmadığına karar vermek, tanıma-tenfiz davasının akıbetini bir taraf aleyhine haksız bir şekilde sonuçlandıracak bir karar olacağından, tenfiz devletinin AİHS m.6/1'in ihlalinden sorumluluğuna yol açabilir. Nasıl ki münhasır yetkinin maksadını aşacak derecede geniş veya dar bir şekilde yorumlanması suretiyle tanıma-tenfiz talebinin reddedilmesi/kabul edilmesi, davacının/davalının hakkaniyete uygun yargılanma hakkıyla bağdaşmayacaksa, aşırı yetkinin/gerçek bağlantının varlığının yeterince ve doğru bir şekilde araştırılmaması da benzer sonuçlara yol açabilecektir.

ii. Aşırı Yetki Denetimi için Davalının İtiraz Etmesi Koşulunun Aranmasının AİHS Açısından Yerindeliği ve Gerekliliği

Türk hukukunda, yabancı mahkeme kararının tanınması-tenfizi talebinin, kararı veren yabancı mahkemenin davanın konusu veya taraflarıyla gerçek bir bağlantısı olmadığı gerekçesiyle reddedilebilmesi için, davalının yetki itirazında bulunması gerekmektedir (MÖHUK m.54/b). Kanun koyucu, karşılaştırmalı hukuktaki genel tablonun aksine¹³⁵⁰, yabancı mahkemenin aşırı yetkili/yetkisiz olup olmadığını, davalının itiraz etmiş olması kaydıyla denetlenebileceğini öngörmüştür. Yabancı karara konu uyuşmazlığın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girip girmediği ise, tanıma-tenfiz mahkemesince resen denetlenecektir.

Yetkiye ilişkin bu iki farklı tanıma-tenfiz şartı bakımından getirilen böyle bir ayırım, ancak her iki yetki denetiminin koruduğu menfaatlerin farklılığı ile açıklanabilir. Başka bir deyişle, özel hukukun belirli konularında kamusal menfaatlerin korunması amacıyla yabancı mahkemenin yetkisinin münhasır yetki açısından resen araştırılmasını arayan kanun koyucu, muhtemel davalıların adil bir yargılamadan eşit ve etkin bir

¹³⁵⁰ Örneğin Almanya, Avusturya, İsviçre, İtalya, İspanya gibi ülkelerde aşırı yetki denetiminin böyle bir şarta bağlanmadığı belirtilmektedir. Bkz.: Huysal, **Gerçek Bağlantı**, s.94, dn.64.

şekilde yararlanabilmeleri için bir ön gereklilik/teminat vazifesi gören yabancı mahkemenin yetkisi bakımından resen araştırma yükümlülüğü getirmemiştir. Buna göre, MÖHUK m.54/b'nin lafzından, yabancı mahkemenin yetkisiz veya aşırı yetkili olduğu, yani davanın konusu/ taraflarıyla gerçek bir bağlantıya sahip olmadığı tarafların ileri sürdüğü delillerden açıkça anlaşılmasına rağmen, salt davalı itiraz etmediği gerekçesiyle böyle bir denetimin yapıl(a)mayacağı anlaşılmaktadır.

Öte yandan, davalının aşırı yetki itirazında bulunmasını gerektirmeyecek çeşitli nedenler de söz konusu olabilir ki böyle durumlarda yabancı mahkemenin aşırı yetkili olup olmadığını denetlemenin mahkeme için iş yükünden başka bir anlam ifade etmeyeceği söylenebilir. Örneğin, davalı, aşırı yetkili/yetkisiz olmasına rağmen yabancı mahkemede yetki itirazında bulunmamış veya başka bir ihtimal olarak yabancı mahkemenin kendi hukukuna göre zaten yetkili olduğunu düşünerek herhangi bir yetki itirazında bulunmamış olabilir. Davalı, örneğin mütekabiliyetin yokluğu veya yabancı kararın gıyapta verilmiş olması gibi, diğer tanıma-tenfiz şartlarının karşılanmadığı, dolayısıyla tanıma-tenfizin bu noktadan reddedileceğini düşünerek aşırı yetki itirazında bulunmayabilir.

Bununla beraber, yabancı mahkemenin yetkisinin denetlenmesindeki amaç ve taraf devletlerin AİHS'nden kaynaklanan yükümlülükleri göz önüne alındığında, davalının tanıma-tenfiz mahkemesi önünde aşırı yetki itirazında bulunması şartının aranmasının yerinde ve gerekli olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Hatırlanacağı üzere, AİHS'ne taraf devletlerin prensip olarak yabancı mahkemenin yapmış olduğu yargılamanın davalının AİHS m.6/1'deki haklarına uygun olup olmadığını araştırmakla yükümlü olduğunu belirtmiştik. Buna göre, kaynağını Anayasadan ve AİHS m.6/1'den alan Türk usul hukukunun temel prensiplerine aykırılık teşkil eden usul hukuku kurallarına dayanılarak verilmiş bir yabancı kararın tanınması veya tenfizi, (usuli) kamu düzeni müdahalesine uğrayacak, aksi halde Türkiye'nin AİHS m.6/1'den sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Bir mahkemenin yetkisini tesis eden yetki kuralları da usul hukukunun bir parçasını teşkil ettiğinden, prensip olarak yabancı mahkemeyi yetkilendiren yetki kurallarının da Türk yetki

kurallarının dayandığı ve bir hukuk devletinde olması gereken yetkiye ilişkin temel prensiplere uygun olması gerekmektedir¹³⁵¹.

Türk usul hukukunca benimsenen yetki sistemi, kaynağını Anayasadan (AY m.36, m.142) almakta olup, mahkemelerin görev ve yetkisi adil bir yargılamanın teminatını teşkil etmektedir¹³⁵². Bu bakımdan, Türk usul hukukunda yetki kurallarının dayandığı sistem, adil bir yargılanmayı teminat altına alan anayasal bir prensibe dayanmaktadır. Türk usul hukukunun yetki sistemi, davayı görebilecek mahkemelerin yetkilendirilmesinde mahkeme ile dava arasında objektif ve gerçek bir ilişkiyi temin edecek yerleşim yeri, ifa yeri, malın bulunduğu yer gibi adil ve makul olarak nitelendirilen yetki esasları/bağlama noktaları üzerine bina edilmiştir. Olağan yetki kuralları olarak ifade edilen yetki kurallarından oluşan bu yetki sisteminin temel gayesi, davalının korunmasını esas alan bir sistem içerisinde, taraflar için en doğru kararı verebilecek en uygun mahkemenin yetkilendirilmesi, yani adil yargılamayı gerçekleştirmektir¹³⁵³. Dolayısıyla, bu tür yetki kurallarının kullanılması, adil yargılanmanın gerçekleştirilmesinde ilk basamağı teşkil etmektedir.

Bu bakımdan, yabancı mahkemenin yetkisini tesis eden aşırı, yani uyuşmazlıkla veya davalıyla gerçek bir irtibata sahip olmayan yetki kuralları, tarafların menfaatlerini eşit şekilde korumak suretiyle adil bir yargılamayı gerçekleştirmeyi amaçlayan Türk yetki sistemiyle bağdaşmayacaktır. Dolayısıyla, yabancı mahkemenin yetkisinin söz konusu prensibe aykırı bir şekilde tesis edildiğini tanıma-tenfiz yargılamasında açıkça tespit eden bir Türk mahkemesi, davalının böyle bir itirazda bulunmamış olmasına rağmen, MÖHUK m.54/c hükmünde yer alan kamu düzeni müdahalesine dayanarak söz konusu talebi reddedebilecektir¹³⁵⁴. Burada, MÖHUK m.54/b uyarınca öngörülen aşırı yetki denetiminin de aynı amacı gerçekleştirmek üzere öngörülmüş olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır. Ancak, davalının itirazı olmaksızın mahkemenin bu hususu dikkate alamayacağı, doğal olarak gerek davacı gerekse olası bir şikâyetle davalı devlet tarafından ileri sürülebilecektir. Diğer taraftan, her ne kadar yabancı mahkemenin

¹³⁵¹ Nomer, **Tenfizde Yetki**, s.569.

¹³⁵² Nomer, **DHH**, s.526; Nomer, **Tenfizde Yetki**, s.569; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.541-542.

¹³⁵³ Nomer, **Tenfizde Yetki**, s.570, 576.

¹³⁵⁴ Nomer, **DHH**, s.526-527.

yetkisinin denetlenmesi esasen davalının korunmasına hizmet etse de, böyle bir denetim aynı zamanda yabancı mahkemece istinat edilen/edilmeyen yetki kuralına karşı Türk usul hukukunun temelini teşkil eden prensiplerden birinin korunmasına da hizmet etmektedir. Nasıl ki, Türk mahkemeleri kaynağını AİHS m.6/1 ve Anayasa hükümlerinden alan Türk usul hukukunun temel prensipleriyle bağdaşmayan usuli kurallara istinaden yürütülen bir yargılamanın usuli kamu düzenine aykırı olup olmadığını resen araştırmak zorunda ise, yabancı mahkemenin yetkisinin de resen araştırmaları gerektiği ileri sürülebilir. Başka bir deyişle, Türk tanıma-tenfiz mahkemeleri, yabancı mahkemenin yetkisinin adil bir yargılamayı gerçekleştirme prensibinden hareket eden Türk yetki sistemiyle bağdaşmayacak bir şekilde tesis edilmediğini, dolayısıyla Türk kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığını resen araştırması gerektiği ileri sürülebilir¹³⁵⁵. Ayrıca, bu noktada taraf devletlerin tenfize konu kararın verildiği yargılamanın AİHS m.6/1'e uygun bir şekilde gerçekleşip gerçekleşmediğini denetleme yükümlülüğü altında olduğu da unutulmamalıdır. Bu nedenle, tanıma-tenfiz mahkemelerinin, bu yükümlülüklerinin bir gereği ve sonucu olarak, tarafların bu konudaki itirazlarını aramaksızın, sadece yargılamanın adilliğini değil, adil bir yargılamanın ön koşulu olarak tarafların yargılamayı yapan mahkemenin yetkisinin de her iki tarafa eşit ve adil bir şekilde tesis edilip edilmediğini de araştırmaları gerektiği söylenebilir. Türk mahkemelerinin AİHM nezdinde olası bir mahkûmiyeti önlemek adına ihtiyatlı davranmaları ve bu hususu, dava dosyasından anlaşılabilirdiği ölçüde, göz önünde bulundurmaları gerektiği söylenebilir.

Diğer taraftan, meseleye (milletlerarası) yetki müessesesinin niteliği ve düzenleniş biçimi açısından bakıldığında, tanıma-tenfiz yargılamalarında davalının aşırı yetki itirazında bulunması gerekliliği, yetki müessesesinin mahiyetinin bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Zira Türk hukukunda kesin yetkili olduğu haller hariç olmak üzere, mahkemeler yetkili olup olmadıklarını kendiliğinden inceleyememekte, davalının cevap dilekçesinde yetki itirazında bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla, yetkisiz mahkemede açılmış bir davaya karşı yetki itirazının yapılmamış olması, söz konusu mahkemeyi milletlerarası yetkili hale getirecektir (HMK m.19). Karşılaştırmalı hukukta

¹³⁵⁵ Bu yönde bkz.: Nomer, **DHH**, s.526-527; Kaya, **a.g.e.**, s.229-230.

da, davalının yabancı mahkeme önündeki yargılamada yetki itirazında bulunmaması halinde, başka bir ifadeyle yargılamaya katılıp esasa ilişkin savunmada bulunması halinde, söz konusu mahkemenin yetkili hale geleceği kabul edilmektedir¹³⁵⁶. Dolayısıyla, yabancı mahkemenin yetkili olup olmadığının büyük ölçüde davalının bu yönde yapacağı bir itiraza bağlı olarak belirlendiği göz önüne alındığında, tenfiz mahkemesinin de yabancı mahkemenin yetkisine ilişkin böyle bir denetim yapabilmesi için davalının bu yönde bir itirazda bulunması şartının aranması olağan görülebilir.

Ayrıca, davalının bu yönde bir itirazına ve ispat faaliyetine girişmesine gerek olmadığı kabul edilmesi halinde, yabancı mahkemenin yetkisiz/aşırı yetkili olduğunun tenfiz mahkemesince kamu düzenine başvurmak suretiyle dahi olsa, resen araştırılıp tespit edilmesi kolay olmayacaktır. Zira mütekabiliyet, münhasır yetki gibi tanıma-tenfiz şartlarının varlığını kararın verildiği devletten veya karara konu uyumsuzluğun niteliğinden hareketle resen araştırıp tespit edebilecek olan Türk mahkemeleri, prensip olarak sadece hüküm/hüküm fıkraları üzerinden yabancı kararın kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığını araştırabilmektedir. Dolayısıyla, yabancı kararın veya yabancı ülkedeki yargılamanın Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediğini, esasen davalının bu yöndeki ve/veya davacının aksi yöndeki iddia ve delillerine istinaden araştırıp tespit edebileceği söylenebilir. Başka bir ifadeyle MÖHUK m.54/c uyarınca yabancı mahkemenin yetkisinin Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığını resen araştırabileceği kabul edilse dahi, dava dosyasındaki bilgilerden ve özellikle kararın gerekçesinden anlaşılmadıkça, Türk mahkemeleri böyle bir denetimi yerine getirmek için davalının bu yöndeki itirazlarına ve ileri süreceği delillere muhtaç görünmektedir.

Bir taraf devlet mahkemesinin yabancı mahkemece yapılan yargılamanın davalının adil yargılanma haklarıyla bağdaşır bir yargılama yürütüp yürütmediğini öncelikle bu konudaki tanıma-tenfiz şartlarının karşılanıp karşılanmadığını tespit

¹³⁵⁶ Örneğin Brüksel yetki rejiminde (Brüksel Ibis Tüzüğü m.26; Brüksel Sözleşmesi m.18), davalının tek başına yetki itirazında bulunmasının yanı sıra yetki itirazıyla birlikte davanın esasına ilişkin itirazlarını da ileri sürdüğü hallerde, mahkemenin yetkisini örtülü olarak kabul ettiğinden (submission) söz edilemeyeceği kabul edilmektedir.Bkz.: Ulrich Magnus/Peter Mankowski/Alfonso-Luis Carvo Caravaca/Javier Carrascosa Gonzalez, **Brussels Ibis Regulation (2016)**, Article 26, Ed. Ulrich Magnus/Peter Mankowski, Verlag, Köln, 2016, s.673 vd. İngiliz ve Fransız hukukunda da benzer anlayışın benimsenmiş olduğu hakkında bkz.: Süzen, **a.g.e.**, s.147.

etmeye çalışacağı bir gerçektir. Yalnız, tanıma-tenfiz mahkemesinin, bunlardan aşırı yetki (MÖHUK m.54/b) ve kamu düzenine aykırılık (MÖHUK m.54/c-ç) şartlarının karşılanıp karşılanmadığını büyük ölçüde davanın koşullarını ve bu koşullara bağlı olarak yabancı mahkemenin izlemiş olduğu prosedürü/ usuli işlemleri analiz ederek tespit etmeye çalışacağı da diğer bir gerçektir. İşte bu noktada, doğal olarak gerek davalı gerekse davacı, lehine bir karar elde edebilmek amacıyla doğrudan yabancı ülkedeki dava dosyasından temin edeceği belgelerle veya temin edeceği diğer delillerle ilgili şartın karşılanmadığına veya karşılandığına yönelik ispat faaliyetine girişecek, hatta girişmeleri gerekecektir. Şüphesiz, mahkemenin bu amaçla istinabe yoluna başvurarak yabancı mahkemeden ilgili bilgi ve belgeleri temin etmeye çalışması gerekmekte ise de, mahkemeden kaynaklanmayan nedenlerle istinabe usulünden bir sonuç alınamaması da söz konusu olabilir. Dolayısıyla, davalının yabancı mahkemenin yetkisiz/aşırı yetkili olduğu gerekçesiyle tanıma-tenfize engel olabilmesi için, sadece yabancı mahkemenin yetkisiz/aşırı yetkili olduğu itirazında bulunması değil, bunu belgeleyen delilleri de mahkemeye ibraz etmesi gerekecektir. Bu açıklamalar ışığında, gerek milletlerarası yetkinin mahiyeti ve düzenleniş biçimi gerekse tanıma-tenfiz şartlarının karşılanıp karşılanmadığı noktasında mahkemenin/ tarafların rolü dikkate alındığında, yabancı mahkemenin yetkisinin davalının itirazına bağlı olarak veya resen araştırılması arasında herhangi bir farklılığın bulunmadığı, dolayısıyla mutlaka davalının aşırı yetki itirazında bulunması şartının aranmasına gerek olmadığı kanaatindeyiz.

Kanaatimizce, aşırı yetki denetimi için davalının itirazının gerekli olup olmadığı konusundaki tek temel farklılık, tarafların dava dosyasına koymuş oldukları bilgi ve belgelerden yabancı mahkemenin yetkisiz/aşırı yetkili olduğunun mahkemece açıkça anlaşılması halinde ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, mahkemenin yabancı mahkemenin yetkisini MÖHUK m.54/c kapsamında değerlendirmesi, MÖHUK m.54/b'nin lafzı karşısında davacının aleyhine bir usuli tasarruf niteliğindedir. Özellikle davalının yabancı mahkemedeki yargılamada yetki itirazında bulunabilecekken esasa girmiş olması halinde, yabancı mahkemenin yetkisinin kamu düzeni müdahalesi kapsamında değerlendirilmesi davacı açısından açık bir haksızlık olarak görülebilir. Ancak, kamu düzeni müdahalesi sadece davalının temel hak ve özgürlüklerini değil, devletin kendi maddi ve usul hukukunun temel değerlerini/prensiplerini, dolayısıyla

kendi kamu düzenini korumaya da hizmet ettiği unutulmamalıdır. Bu nedenle AİHM, Türk mahkemelerinin davalının aşırı yetki itirazında bulunmamasına rağmen, yabancı mahkemenin yetkisini MÖHUK m.54/c kapsamında değerlendirerek tanıma-tenfiz talebinin reddetmelerini AİHS m.6/1'e uygun bulabilir. Hatta AİHM'nin yukarıda incelemiş olduğumuz *McDonald* ve *Hussin* kararlarındaki içtihadını burada da benimseyebileceğini söyleyebiliriz. Buna göre, davacının yetkisi tanıma-tenfiz devletinin yetkiye ilişkin temel prensipleriyle bağdaşmayacak bir şekilde tesis edilen yabancı mahkemede kendi istek ve iradesiyle dava açtığından hareketle, yetkisiz/aşırı yetkili mahkemede dava açan davacının bu davranışının başka bir devletçe tasvip edilmemesi nedeniyle söz konusu devlete sorumluluk atfedilemeyeceğine kanaat getirmesi kuvvetle muhtemeldir. Ezcümle, AİHM, yetkisi Türk usul hukukunun yetkiye ilişkin temel ilkeleriyle bağdaşmayan bir yabancı mahkemece verilen yabancı kararın tanınmamasını-tenfiz edilmemesini haklı bulabilir.

iii. AİHS m.6/1 Açısından Aşırı Yetki Denetimi İçin Davalının Yabancı Mahkemede Yetki İtirazında Bulunma(ma)sına Gerek Olup Olmadığı

MÖHUK m.54/b hükmünde, tanıma-tenfiz mahkemesinin aşırı yetki denetimi yapabilmesi için, davalının yabancı mahkemenin yetkisiz/aşırı yetkili olduğuna yönelik itirazda bulunması şartı aranmakla beraber, tanıma-tenfize konu kararın verildiği yabancı mahkemedeki yargılamada söz konusu mahkemenin yetkisiz olduğuna dair yetki itirazında bulunmuş olması gibi bir şarta yer verilmemiştir. MÖHUK m.54/b'nin lafzından, tanıma-tenfiz mahkemesi önünde aşırı yetki itirazında bulunan davalının, tanıma-tenfize konu kararı veren mahkeme nezdinde yetki itirazında bulunması gibi bir gerekliliğin olmadığı anlaşılmaktadır.

Öte yandan, yabancı mahkeme önünde yetki itirazında bulunarak davanın görülmesini engelleyebilecek olan davalının, bir taraftan yabancı ülke hukukunca kendisine tanınan bu usuli yetkiyi kullanmaması, diğer taraftan da Türk tanıma-tenfiz mahkemesi önünde yabancı mahkemenin yetkisiz olduğu itirazında bulunmasının

yerindeliği de doktrinde tartışma konusu olmaktadır¹³⁵⁷. Tespit edebildiğimiz kadarıyla henüz Yargıtay'ın bu konuda emsal olabilecek bir kararı da bulunmadığı göz önüne alındığında, aşırı yetki denetimi için davalının yabancı ülkede yetki itirazında bulunması gibi bir şartın, MÖHUK m.54/b hükmünün lafzına rağmen aranmasının AİHS m.6/1 açısından yerinde olup olmadığı gündeme gelecektir. Zira davacının menfaatine hizmet eden böyle bir şartın aranması, davalının yabancı kararın tanınması-tenfizine engel olabilecek bir şarttan yararlanamamasına neden olacağından hakkaniyete uygun yargılanma hakkına müdahale anlamına gelecektir.

Şüphesiz, yabancı mahkemedeki davanın hal ve şartlarına göre, davalının yabancı mahkeme nezdinde yetki itirazında bulunmadığı veya bulunamayacağı ya da bulunmasını gerektirmeyen haller de söz konusu olabilir. Örneğin, aleyhine bir tanıma-tenfiz davası ikame edilen taraf, yetkisiz veya Türk hukukuna göre aşırı yetkili olan yabancı mahkemede dava açan taraf olabilir. Böyle bir durumda, yetkisiz/aşırı yetkili mahkemeye başvuran davacının (tenfiz yargılamasında davalının), yabancı mahkemenin yetkisiz/aşırı yetkili olduğunu ileri sürmesi doğal olarak beklenemeyecektir. Keza, yabancı mahkemedeki yargılamaya hiçbir şekilde katılmamış olan davalının aleyhine verilen kararın tanınması-tenfizi davasında yabancı mahkemede yetki itirazında bulunmadığından doğal olarak söz edilemeyecektir¹³⁵⁸.

Tenfiz aşamasında yabancı mahkemede yetki itirazında bulunma şartının aranmayacağı diğer bir hal, yabancı mahkemenin yetkisinin geçici ve zayıf irtibat noktalarına istinaden tesis edildiği kendi hukukuna göre yetki kazanmasıdır. Esasen tenfiz devleti (Türk) hukukuna göre yabancı mahkemenin yetkisi aşırı nitelikte olmasına rağmen, yabancı mahkemenin kendi hukukuna göre yetkili olduğunun bilincinde olarak yetki itirazında bulunmayan (mahkemenin yetkisini kabul eden davalı), esasa ilişkin itiraz ve savunmalarını ileri sürerek davacıya karşı koyma yolunu tercih edebilir. İşte böyle bir durumda, davalıya kendi hukukuna göre zaten yetkili olan mahkeme önünde yetki itirazında bulunmadığı gerekçesiyle Türk mahkemesi önünde ileri sürdüğü aşırı yetki itirazının dinlenemeyeceğine hükmetmek, davalıya haksızlık

¹³⁵⁷ Bkz.: Huysal, **Gerçek Bağlantı** s.497-499; Huysal, **Bazı Tespitler**, s.94; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, 278-279; Süzen, **a.g.e.**, s.147-149.

¹³⁵⁸ Bkz.: Süzen, **a.g.e.**, s.149.

anlamına gelecektir. Zira her şeyden önce (aşırı) yetkili yabancı mahkemenin vereceği kararın Türk mahkemeleri önünde davaya konu olacağı davalı tarafından her zaman öngörülemezdir. Davalı da, yabancı mahkemenin yetkisizliğine değil, söz konusu yetkinin Türk hukukuna göre aşırı/gerçek bir bağlantı bulunmaksızın tesis edildiği vakıasına istinaden aşırı yetki itirazında bulunabilmelidir. Haliyle, bir tanıma-tenfiz engeline yönelik itirazının dikkate alınmaması anlamına gelecek olan bu durum, hal ve şartlara göre AİHS m.6/1 uyarınca hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlaline yol açabilecektir. Bu bakımdan, aşırı yetki denetimi için davalının yabancı ülkede yetki itirazında bulunması gibi bir şartın, yabancı mahkemenin Türk hukukuna göre aşırı yetkili olduğu haller bakımından değil, kendi hukukuna göre yetkisiz olduğu haller bakımından aranması gerektiği kanaatindeyiz.

Bu konuda karşılaştırmalı hukukta tanıma-tenfiz aşamasında yabancı mahkemenin yetkisine itiraz eden davalının yabancı mahkemedeki yargılamada da yetki itirazında bulunması gerektiği, böyle bir itirazda bulunmaksızın davanın esasına girerek mahkemenin yetkisini zımnen kabul eden davalının, artık tanıma-tenfiz aşamasında yetki itirazında bulunamayacağı anlayışının kabul edildiği görülmektedir¹³⁵⁹. Karşılaştırmalı hukukta benimsenen bu anlayışın Türk doktrininde de ileri sürüldüğü görülmektedir: Yabancı mahkemede yetki itirazında bulunmamış bir davalının Türk mahkemeleri önünde tanıma veya tenfize konu kararı vermiş olan yabancı mahkemenin yetkisizliğini ileri sürmesi mümkün olmamalıdır. Bu görüşe göre, gerek Türk hukukunda gerekse karşılaştırmalı hukukta (yetkinin kamu düzeninden veya münhasır nitelikte olduğu haller dışında) davalının yetki itirazında bulunmamış olması, mahkemenin yetkisinin örtülü kabulü/yetkisiz mahkemenin yetkili hale gelmesi sonucunu doğurmaktadır ki bu prensibin MÖHUK m.54/b açısından da kabul edilmesi mümkündür. İkinci olarak, (yetkisiz olmasına rağmen) yabancı mahkemenin yetkisine itiraz etmeyen davalı, bir taraftan lehine verilen kararı Türkiye’de kullanma imkânını muhafaza edecekken, diğer taraftan Türk mahkemesindeki davada yabancı

¹³⁵⁹ Örneğin, Almanya, Avusturya, İspanya, İtalya ve İsviçre gibi ülke hukuklarında yetki itirazında bulunmak kaydıyla davalının esasa ilişkin savunmalarını ileri sürmesi yetki bakımından örtülü bir kabul olarak değerlendirilmemiştir. Diğer taraftan davalının yetki itirazında bulunmaksızın davanın esasına girmesi ise bir yetki kabulü olarak değerlendirilmiş ve davalının tanıma ya da tenfiz aşamasında artık yetki itirazında bulunamayacağı kabul edilmiştir. Bkz.: Huysal, **Gerçek Bağlantı**, s.497, dn.99.

mahkemenin yetkisinin gerçek bir ilişkiye dayanmadığını ileri sürerek kendisine karşı yöneltilen tanıma-tenfiz talebini bertaraf edebilecektir. Sonuç olarak davalı böyle bir tutumuyla, bir hukuk ilkesi olan ve usul hukukunda geçerli olan dürüstlük kuralını ihlal etmiş olacaktır¹³⁶⁰.

Kanunda açık bir düzenleme olmamasına rağmen, davalıya böyle bir hakkın tanınmasıyla ortaya çıkabilecek sakıncaların, gerek (milletlerarası) yetkinin mahiyetinden gerekse dürüstlük kuralından hareketle çözüme kavuşabileceğini savunan bu görüşe, MÖHUK m.54/b hükmünde böyle bir kısıtlama/önkoşul bulunmadığı gerekçesiyle karşı çıkmıştır. Bu görüşe göre, söz konusu hükmün amacı yabancı mahkemenin yetkisinin doğal hâkim ilkesine uygun olarak tesis edilmesi olup, eğer yabancı mahkemenin yetkisi bu ilkeye aykırı bir şekilde tesis edilmişse, tenfiz aşamasında bu durumla mücadele etmesi için davalıya böyle bir imkân tanınmalıdır¹³⁶¹. Anlaşıldığı kadarıyla bu görüş, kaynağını yabancı mahkemenin kendi hukukuna göre yetkisiz olması hali ile yabancı mahkemenin yetkisinin Türk hukukuna göre aşırı olması arasında herhangi bir farklılığa değinmeksizin, MÖHUK m.54/b metninde böyle bir ön koşulun/kısıtlamanın yokluğundan almaktadır.

Burada, yabancı mahkemenin yetkisinin geçerli bir şekilde tesis edildiği ancak söz konusu yetkinin Türk hukukuna göre aşırı olduğu haller ile yabancı mahkemenin yetkisiz olduğu ancak davalının yabancı mahkemedeki yargılamada yetki itirazında veya benzeri bir ihtirazi kayıta bulunmadığı haller arasında bir ayırım yapılması yararlı olacaktır. Zira ilk halde, kendisine karşı bir tanıma-tenfiz davası ikame edilebileceğini öngöremeyecek durumda olan davalıdan kendi hukukuna göre yetkili/Türk hukukuna göre ise aşırı yetkili olan yabancı mahkeme önünde mutlaka yetki itirazında bulunmasını beklemek yerinde olmayacaktır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, davalı yabancı mahkemenin yetkisini açıkça kabul etmiş veya bu konuda bir yetki itirazında bulunmaksızın esasa ilişkin iddialarını ileri sürmüş olabilir. Dolayısıyla, burada davalıya yabancı ülkede yetki itirazında bulunmadığı gerekçesiyle Türk hukukuna göre yabancı mahkeme ile dava arasında gerçek bir irtibatın bulunmadığı bir dava

¹³⁶⁰ Huysal, **Gerçek Bağlantı**, s.498-499; Huysal, **Bazı Tespitler**, s.94-95.

¹³⁶¹ Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s.278.

bakımından MÖHUK m.54/b hükmünden istifade etmesini engellemek yerinde olmayacaktır.

İkinci halde ise, Türk mahkemelerinin yetkisiz yabancı mahkeme önünde söz konusu ülke hukukuna uygun olarak yetki itirazında bulunmayan davalının tenfiz aşamasında (aşırı) yetki itirazının dinlenemeyeceğine karar vermeleri ve AİHM'nin de böyle bir kararı AİHS m.6/1 açısından yerinde bulması kuvvetle muhtemeldir. Hatırlanacağı üzere, *Hussin v. Belçika* kararında davacıların babalık ve nafaka davalarını yetkili mahkemede açmamış olmaları, söz konusu mahkemenin vermiş olduğu kararın Belçika mahkemelerince tanınmamasına neden olmuştu. Diğer bir deyişle, sahip oldukları usuli yetkisiyi kullanmakta, yani yetkili mahkemenin belirlenmesinde hataya düşen davacılar, söz konusu usuli davranışlarının sonucuna yabancı mahkemede olmasa da tenfiz devletinde katlanmak durumunda kalmıştı. Benzer bir yaklaşımın, gerek Türk mahkemelerince gerekse AİHM tarafından, bu sefer de yabancı mahkeme önünde sahip olduğu ve kullanması gereken usuli yetkisini, yani yetki itirazını kullanmayan davalı açısından da benimsenebileceği söylenebilir. Zira her ne kadar davacı yetkisiz mahkemede dava açmış olsa da, yetkinin kesin yetki kurallarına istinaden tesis edilmediği hallerde, davalıya yabancı mahkemenin hukukunca süresi içinde ve usulüne uygun olarak yetki itirazında veya benzer bir savunmada bulunma hakkı tanınmış olacaktır¹³⁶². Sonuçta, özel hukuk davalarında tarafları özel hukuka ilişkin bir hakkının korunması/gerçekleşmesi amacıyla kendilerine tanınmış olan ve yapmaları gereken birtakım usuli yetkilerini kendilerine çizilen sınırlar dâhilinde kullanmamaları halinde, böyle bir yetkinin kullanılmamasıyla ortaya çıkan sonuçlara katlanmak durumunda kalacaktır. Daha da önemlisi, burada –böyle bir yetki tanınmasına rağmen- yetkisiz yabancı mahkemede söz konusu usuli yetkisini kullanmayan, dolayısıyla yabancı mahkemenin yetkisini örtülü olarak kabul eden davalının, daha sonra bunu tenfiz aşamasında ileri sürmesi, çelişkili bir davranıştan başka bir anlama gelmemektedir. Böyle bir davranışın, esasen yabancı mahkemede dava açarak lehine bir boşanma kararı elde eden eşin, diğer eş tarafından açılan boşanma

¹³⁶² Ki böyle bir yetki itirazının kararın verildiği devlet hukukunca tanınmamış olması, söz konusu devlet AİHS'ne tarafsız zaten onun sorumluluğuna yol açabileceği gibi, Türk mahkemelerinden de davalının böyle bir itirazda bulunup bulunmadığını iddia ve ispat etmesi beklenemeyecektir.

kararının tanınması davasında salt dava açan eşe zarar vermek kastıyla itiraz etmesinden bir farkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, yabancı mahkemenin hukuku uyarınca yetki itirazında bulunma hakkını kullanmayan veya kullanmakta hataya düşen muhtemel davalıların, söz konusu davranışlarının tanıma-tenfiz devletindeki sonuçlarından biri olarak ortaya çıkan MÖHUK m.54/b hükmüne bir tanıma-tenfiz engeli olarak istinat edememe külfetine katlanmak zorunda kalacakları söylenebilir. Bu noktada, davalı tarafından yapılacak bir AİHS m.6/1'e aykırılık iddiasında AİHM, *Hussin v. Belçika* kararında olduğu gibi meseleyi ayrıntılı bir şekilde ele almayabilir. Ancak öncesinde Yargıtay veya AYM'nin, somut olayda MÖHUK m.54/b hükmünün tatbiki için davalının yabancı mahkemede yetki itirazında bulunmasının bir ön şart olarak aranması gerektiğine hükmetmesi mümkündür. Bu kapsamda, özellikle Yargıtay'ın yetki müessesesinin niteliğinden hareketle, taraflara tanınan bir usuli yetki olarak yetki itirazının usul hukukuna ait ilkelerden tasarruf ilkesi ile dürüstlük kuralına uygun davranma yükümlülüğüne uygun olarak yerine getirilmesinin gerekli olduğu gerekçelerine istinat etmesi mümkündür.

e. Tenfiz Devleti Mahkemelerince Yapılan Aşırı-Münhasır Yetki Denetimi ile AİHS'nde Yer Alan Temel Haklar Arasındaki İlişki

Yukarıda, tanıma-tenfiz şartlarından herhangi birinin karşılanmadığı veya karşılandığı gerekçesiyle talebin red veya kabul edilmesinin, ilgili tarafın hakkaniyete uygun yargılanma hakkının yanı sıra yabancı kararda tevsik edilen özel hakkın niteliğine bağlı olarak AİHS m.8 ve/veya P-1 m.1'e de müdahale teşkil edeceğini söylemiştik. Söz konusu müdahalenin ihlal olarak nitelendirilmesi, büyük ölçüde ilgili tanıma-tenfiz şartının mahkemece ne şekilde araştırıldığına ve yorumlanıp uygulandığına bağlı olarak değişebilecektir. Bu bakımdan, mütakabiliyet şartına ilişkin yapmış olduğumuz açıklamaların, teorik olarak diğer bir tanıma-tenfiz şartı olan münhasır-aşırı yetki denetimi bakımından da geçerli olduğu söylenebilir.

Bununla beraber, AİHM'nin *McDonald v. Fransa* kararında AİHS m.6/1 açısından kullanmış olduğu “bir kişinin ortaya çıkmasında kendi katkısının olduğu bir durumdan dolayı yakınamayacağı” argümanını AİHS m.8 ve P-1 m.1 açısından da kullanması mümkündür. Zira AİHM, tanıma-tenfiz talebinin yabancı mahkemenin

yetkisizliği nedeniyle reddedilmesinin aynı zamanda AİHS m.8 ve P-1 m.1'i de ihlal ettiğinin ileri sürüldüğu *Hussin v. Belçika* kararında, AİHS m.8 ve P-1 m.1'e yönelik başvuruları yukarıdaki argümana istinaden kabul edilmez bulmuştur.

Aslında söz konusu kararın ilgili kısmında AİHM, Alman mahkemesince verilen babalık ve nafaka kararının tanınması ve tenfizi talebinin reddedilmesinin başvuruçuların aile hayatına saygı hakkı ile çocukların mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğini açıkça ifade etmiştir. Ardından, davanın özelliklerine göre, tanıma-tenfiz talebinin reddedilmesinin ve bundan kaynaklanan zararların, öncelikle başvuruçuların yetkili mahkemeye başvurmamış olmalarından, bu nedenle yetkisiz mahkemece verilen kararı tenfiz ettirememelerinden kaynaklandığını belirtmiştir. AİHM, başvuruçuların böyle bir davayı görmeye yetkili olmayan bir mahkemede açmalarının söz konusu kararın tanınmamasına yol açtığına, bu nedenle Belçika makamlarının milletlerarası yetkiye ilişkin kurallar doğru bir şekilde uygulanmaksızın verilen böyle bir kararı tanımamaları nedeniyle suçlanamayacağına karar vermiştir. Sonuç olarak, bir kimsenin ortaya çıkmasında kendi katkısının (hareketsizliğinin) olduğu bir durumdan dolayı yakınamayacağı prensibine istinaden, söz konusu haklara yönelik şikâyet başvurusunu dayanaktan yoksun bulmuştur¹³⁶³.

AİHM'nin, aralarında yabancı kararların tanınması-tenfizi davalarına ilişkin kararların da olduğu daha sonraki pek çok kararında söz konusu gerekçeye sıkça atıf yaptığı görülmektedir¹³⁶⁴. Dolayısıyla, gelecekte tanıma-tenfiz taleplerinin yabancı mahkemenin tenfiz devletinin yetki anlayışına istinaden yetkisiz olduğu gerekçesiyle reddedilmesinin AİHS m.8'e ve/veya P-1 m.1'i ihlal ettiği iddiaları bakımından kanunilik ve/veya ölçülülük/adil denge denetimi yapmak yerine söz konusu gerekçeye başvuracağını söylemek mümkündür. Bununla beraber, doktrinde AİHM'nin söz konusu hakların ihlal edilmediğine kanaat getirirken kullanmış olduğu gerekçenin pek tatmin edici olmadığı belirtilmektedir¹³⁶⁵. Şüphesiz, belirli bir Sözleşmesel hakka yönelik müdahale tek başına söz konusu hakkın ihlali anlamına gelmemektedir ve

¹³⁶³ *Hussin v. Belçika*, En Droit, 5.

¹³⁶⁴ Örneğin bkz.: *McDonald v. Fransa*; *Avontis v. Letonya*; *Shadel v. Fransa*, no.14599/06, 25 Eylül 2008; *Georgiadis v. Yunanistan*, no.40032708, 10 Ekim 2013.

¹³⁶⁵ Kinsch, *Status*, s.262.

sonuçta AİHM böyle bir müdahale için haklı nedenlerin varlığına kanaat getirebilir. Ancak, Belçika mahkemelerinin Brüksel Sözleşmesinin ilgili hükümlerini yorumlamak suretiyle başvuruçuların ileri sürdüğü talepleri reddettiğini ve esasen böyle bir yorum ve bu yoruma dayanan uygulamanın meşru olup olmadığının AİHM tarafından değerlendirilmesi gerektiği göz ardı edilmemelidir. Bu açıdan bakıldığında, Brüksel Sözleşmesinin Belçika mahkemelerince yorumlanmasından başvuruçuların sorumlu tutulduğu sonucu ortaya çıkmaktadır¹³⁶⁶.

4. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması-Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi ile AİHS’nde Yer Alan Haklar Arasındaki İlişki

a. AİHS’nde Yer Alan Hakları İlgilendiren Yönleriyle Tanıma-Tenfize Engel Kamu Düzeni Müdahalesinin Amacı ve Kapsamı

Yabancı bir mahkeme kararının tanınması veya tenfizine karar verilebilmesi için, Türk kamu düzeni müdahalesini gerektirebilecek bir hüküm ihtiva etmemesi şarttır. Yabancı kararın/hükmün kamu düzenine açıkça aykırı olmaması, sadece ulusal tanıma-tenfiz rejimlerinde değil, özel hukuka ilişkin muhtelif alanlarına ilişkin yabancı mahkeme (ve hakem) kararlarının tanınması-tenfizini öngören iki veya çok taraflı anlaşmalarda yaygın olarak benimsenmiş belki de tek şarttır. Devletler, yukarıda incelediğimiz şartlardan kısmen veya tamamen vazgeçebilmekte, ancak yabancı ilamların tanınması-tenfizini kolaylaştırma amacı güden uluslararası anlaşmalarda dahi bu şarttan vazgeçilmediği görülmektedir. Bunun temelinde ise, ikinci bölümde ayrıntılı olarak incelediğimiz üzere, kamu düzeni klozuyla korunmak istenen değerlerin niteliği ve önemi yatmaktadır. Devletler, hukuk düzeninin vazgeçilmez temel değerlerine aykırı sonuçlara yol açacak yabancı kararların tanınması-tenfizini kamu düzeni müdahalesine başvurmak suretiyle engelleme yoluna gitmiştir. Konumuz kapsamında, kamu düzeni müdahalesi, yabancı kararın tanınması veya tenfizine karar verilmesi halinde ortaya

¹³⁶⁶ Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.222; Kinsch, **Status**, s.262-263. Bu eleştirilere rağmen, AİHM’nin aile hukukuna ilişkin yabancı bir kararın tanınmamasının AİHS m.8 ve P-1 m.1’e yönelik bir müdahale teşkil ettiğini ilk kez ve açıkça ifade etmesi itibarıyla, böyle bir tespitin oldukça önemli olduğu ve başta Wagner ve Negrepointis-Giannisis kararları olmak üzere, daha sonraki içtihatlarındaki tespitlerine zemin hazırladığı belirtilmektedir. Bu kararlar, taraf devletlerin AİHS m.8’den kaynaklanan yükümlülüklerinin, sadece yerel karakterli/ulusal hukukun uygulandığı hallerle sınırlı olmadığını, milletlerarası karakterli aile hukuk uyumsuzlukları bakımından da söz konusu yükümlülüklerin geçerli olduğunu kabul ettiği belirtilmektedir. Bkz.: Franzina, **a.g.m.**, s.610; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.221.

çıkabilecek Anayasada ve AİHS’nde yer alan hak ve özgürlüklerin ihlallerine karşı söz konusu hakları, daha doğrusu hakların sùjelerini koruma vazifesi görmektedir.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, Türk mahkemeleri bir taraftan davalının AİHS’nde yer alan herhangi bir hakkına aykırı bir sonuca yol açan yabancı bir mahkeme kararının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığını araştırmak suretiyle AİHS’nden kaynaklanan yükümlölüklerini yerine getirmektedir. Diğer taraftan, tanınması-tenfiz edilmesi halinde kendi hukuk düzeninin temel değerlerinin mühim bir kısmını oluşturan temel hak ve özgürlüklerle bağdaşmayan hukuki sonuçlara yol açacak yabancı karara karşı kamu düzeni müdahalesini devreye sokarak davalının şahsında genel kamu/hukuk düzeninin korunması sağlamaktadır. Bu bakımdan, bir tanıma-tenfiz engeli olarak kamu düzeni müdahalesinin temel amacının, -en azından konumuz itibariyle- kendi hukuk düzenlerinin vazgeçilmez temel değerlerini yansıtan temel hak ve özgürlüklerin ve gerek devlete gerekse üçüncü kişilere karşı korunmasını, dolayısıyla hukuk güvenliğini ve genel kamu düzenini sağlamak olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine engel kamu düzeni müdahalesi, yabancı hukukun tatbikiyle ortaya çıkan temel hak ve özgürlükleri ihlal edici sonucun engellenmesine hizmet eden kamu düzeni müdahalesinden daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. Yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizinde, sadece maddi hukuka ait kamu düzeni müdahalesi değil, usul hukukuna ait kamu düzeni müdahalesi de ortaya çıkmaktadır¹³⁶⁷. Burada, kamu düzeni müdahalesinin maddi ve usuli kamu düzeni olarak ikiye ayrılması, esasen kamu düzeni müdahalesine temel teşkil eden ve koruması gereken ilke veya hakkın maddi hukuk veya usul hukuku alanına ilişkin, daha doğrusu o alanda tanzim edilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Her iki kamu düzeni anlayışı da, aynı hukuk düzenine ait olan ve yabancı kararlara karşı gözetilmesi gereken hakların ve ilkelerin korunması amacıyla kullanılmaktadır. Bu bakımından, böyle bir ayrımın öncelikle akademik nitelikte olduğu ve birçok durumda

¹³⁶⁷ Nomer, **DHH**, s.529; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.142; Hazelhorst, **a.g.e.**, s.44, 71; Yusuf Çalışkan, “Evlat Edinme ile İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türk ve Amerikan Hukuku’nda Tanınması”, **Prof.Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof.Dr. Rayegan Kender’e Birlikte 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı**, Ocak 2007, s.420.

maddi veya usuli meselelerin birbiriyle içi içe geçmiş olması¹³⁶⁸ nedeniyle uygulamada böyle bir ayrımı tespit etmenin çok zor olduğu belirtilmektedir¹³⁶⁹. Ancak, her ikisinin gerek kapsamı gerekse kullanılma yöntemleri itibariyle oldukça farklılık arz etmekte ve bu farklılık –kısmen de olsa- AİHM uygulamasına da yansımaktadır. Bu nedenle, maddi ve usuli kamu düzeni müdahalesinin tatbiki ile AİHS’nde yer alan haklar arasındaki ilişkiyi genel hatlarıyla ele almak gerekmektedir.

Maddi kamu düzeni müdahalesi, yabancı mahkemece yapılan yargılama sonucunda verilen kararın tanınması veya tenfizi halinde ortaya çıkacak sonucun, Türk maddi hukuku kurallarıyla düzenlenmiş ve korunmakta olan birtakım hak ve ilkelere aykırılık teşkil etmekte olması halinde devreye girmektedir. Örneğin, küçüklerin evlat edinilmesi veya velayet müesseseleri neredeyse tüm hukuk düzenlerinde maddi hukuk alanı içerisinde düzenlenmekte olup, bu alana ait hukuk kurallarının arka planında büyük ölçüde çocukların maddi ve manevi menfaatlerinin/kişiliklerinin korunması yatmaktadır. İşte yabancı mahkemenin kendi veya üçüncü bir ülke hukukuna ait maddi hukuk kurallarını tatbik etmek suretiyle bir çocuğun evlat edinilmesine veya velayetine ilişkin kararında ulusal/uluslararası insan hakları belgelerinde yer alan bu ilkeye riayet edilmemiş olduğunun tespiti, maddi kamu düzeni müdahalesini gerektirecektir. Bu ilkeyi göz önünde bulundurmaksızın verilen tanıma veya tenfiz kararı, duruma göre, hem davalı ebeveynin hem çocuğun AİHS m.8’de güvence altına alınan haklarının ihlaline neden olabilecektir. Benzer bir durum, çocuğun menfaatleri gözetilerek verilmesine rağmen, yabancı kararın tanınması veya tenfizi talebinin kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle reddedilmesi halinde de mümkün olup, bu sefer davacı ebeveynin ve çocuğun AİHS m.8’de güvence altına alınan haklarının zedelenmesi söz konusu olabilir.

¹³⁶⁸ Örneğin Bulgar mahkemelerince verilen bir kararın Hollanda mahkemelerince tanınması talebinin kamu düzenine aykırı olduğunun ileri sürüldüğü *Diageo Brands v Simiramida* kararda ABAD, davalı taraf, Bulgar mahkemelerinin AB hukukunu bilerek yanlış bir şekilde uyguladığını ileri sürmüştür. Ön karar usulüne istinaden kendisine başvurulmuş ABAD, kamu düzeni müdahalesinin maddi yönünün kapsamına giren maddi hukukun bilerek yanlış uygulanmasının aynı zamanda usuli kamu düzeni müdahalesine aykırılık teşkil edip etmediğini ele almıştır. Zira, maddi hukukun yanlış uygulanması, tarafların davaları hakkında tarafsız ve adil bir şekilde karar verilmesini engelleyecektir. Bkz.: *Diageo Brands BV v. Simiramida-04 EOOD*, Case C-681/13, 16 July 2015, para.53 vd. (Çevrimiçi, curia.europa.eu, 22 Temmuz 2018).

¹³⁶⁹ Bkz.: Hess/Pfeiffer/Schlosser, **a.g.e.**, s.1144; Hazelhorst, **a.g.e.**, s.306.

Bu örnekten hareketle, özel hukuka ilişkin bir hakkı/yükümlülüğü tevsik eden yabancı kararın tanınması veya tenfiz edilmesi, kararın niteliğine bağlı olarak AİHS m.8 veya P-1 m.1 gibi bir temel hakkı ihlal edebilecekse, taraf devlet mahkemelerinin kamu düzenine başvurmaları gerektiği şeklinde genel bir çıkarımda bulunmak mümkündür. Yine, taraf devlet mahkemelerinin maddi kamu düzeni müdahalesine başvurmamaları veya maddi kamu düzeni kavramının içeriğini ve kapsamını belirlerken AİHS’nde yer alan temel hakları göz önünde bulundurmamalarının devletin AİHS’nde yer alan hakların ihlali nedeniyle sorumluluğuna yol açabileceğini de unutmamak gerekir. Bu açıklamalar ışığında, teorik olarak maddi kamu düzeni müdahalesini, esasen AİHS’nde yer alan temel haklarla ilişkilendirmek mümkündür¹³⁷⁰.

Diğer taraftan bu, maddi kamu düzeni müdahalesi ile usuli bir temel hak olan kabul edilen ve esasen maddi hakların korunmasına matuf bir hak olan AİHS m.6/1’le de herhangi bir ilişkisi olmadığı anlamına da gelmemektedir. Maddi kamu düzeni müdahalesinin tatbiki, aynı zamanda yabancı kararın tanınması-tenfizi talebinin reddedilmesine veya kabul edilmesine yol açması itibariyle, ilgili tarafın sadece bir temel hakkına değil, AİHS m.6/1’de güvence altına alınan hakkaniyete uygun yargılanma hakkına da müdahale ve ihlal teşkil edebilecektir¹³⁷¹.

Yabancı mahkeme kararının usuli kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmemesiyle kastedilen ise, yabancı mahkemenin maddi neticeye ulaşırken kendi hukukuna ait usuli kurallara istinaden yapmış olduğu yargılamanın tanıma-tenfiz devletinin usul hukukunun temelini teşkil eden ilkelere uygun bir şekilde yürütülüp yürütülmediğinin incelenmesidir¹³⁷². Burada, tanıma-tenfiz mahkemelerince yapılacak inceleme, tanıma-tenfize konu kararı veren yabancı mahkemenin uygulamış olduğu usuli kuralların tenfiz devleti hukukundan farklı olmasına veya söz konusu kurallara riayet edip etmediğine ya da bu kuralların ihlal edilmiş olup olmadığına bağlı değildir. Asıl önemli olan, tanıma-tenfiz devleti usul hukukunun temelini teşkil eden prensiplere,

¹³⁷⁰ Bkz.: Hazelhorst, **a.g.e.**, s.304.

¹³⁷¹ Bkz.: Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan.

¹³⁷² Nomer, **DHH**, s.529-530; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.141.

başka bir ifadeyle bir hukuk devletinde olması gereken usul hukuku ilkelerine istinaden verilip verilmediğini denetlemektir.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, usuli kamu düzeninin çerçevesini, bir hukuk devletinde olması gereken asgari yargılama ilkelerini ihtiva eden AİHS m.6'de yer alan ve kapsamı AİHM içtihatlarıyla belirlenen adil yargılanma hakkına ilişkin haklar ve ilkeler çizmektedir. Türk usul hukuku kurallarının tatbikiyle somutlaşan söz konusu hak ve ilkeler, Türk devletince benimsenen temel hukuk ve adalet anlayışının usuli boyutunu oluşturmaktadır¹³⁷³. Nasıl ki Türk mahkemelerinin önlerine gelen (yabancı unsurlu) özel hukuk uyuşmazlıklarında bireylerin AİHS m.6'nın koruması altında olan söz konusu adil yargılanma hak ve ilkelerine riayet etmeleri gerekmekeyse, prensip olarak Türk mahkemelerinde tenfize konu edilen bir kararın verildiği ülkede de bu ilkelere riayet edilmiş olması gerekmektedir. Zira yabancı mahkemenin kendi hukuk ve adalet anlayışını yansıtan bir yargılama sonucunda ortaya çıkarılan maddi netice, tanıma-tenfiz devletinin adalet anlayışını yansıtan yukarıdaki ilkelerle bağdaşmayabilir. Böyle bir kararla ortaya çıkan hukuki neticeleri kendi hukuk düzenine teşmil etmek, her şeyden önce –belki de- başka bir devletin yargı organınca kabul edilen adaletsizliği kendi hukuk düzenince de kabul etmek anlamına gelecektir. Bu bakımdan, tıpkı maddi kamu düzeni müdahalesinde olduğu gibi, yabancı kararın usuli kamu düzenine aykırı olup olmadığını araştırmakla yükümlü olan taraf devlet mahkemelerinin usuli kamu düzeni kavramının amacı ve kapsamını belirlerken AİHS m.6/1'i ve bu konudaki AİHM içtihatlarını dikkate almamaları, davalının hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlaline yol açabilecektir¹³⁷⁴. Benzer şekilde, davanın koşullarına göre usuli kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmeyen yabancı mahkeme tasarrufu, AİHS m.6/1'in ve bu konudaki AİHM içtihatlarının yanlış veya eksik bir şekilde yorumlanması suretiyle usuli kamu düzenine açıkça aykırı olarak nitelendirilebilir. Ki bu sefer de tanıma-tenfiz talebi reddedilen davacının tanıma-tenfiz mahkemesi önünde hakkaniyete uygun bir yargılamadan istifade edememesine neden olabilir.

¹³⁷³ Bkz.: Yukarıda, s.174 vd.

¹³⁷⁴ Bkz.: Pellegrini v. İtalya.

Bu noktada, usuli kamu düzeni müdahalesinin kapsamı ile AİHS m.6/1’de yer alan haklar arasındaki ilişkiye değinmek gerekir. Bu bağlamda, taraf devlet mahkemelerince yapılacak usuli kamu düzenine uygunluk denetiminin, doğal olarak davalının AİHS m.6/1’de yer alan tüm haklarını kapsamayacağı da bir gerçektir. Bu husus, AİHS m.6/1’de yer alan bazı hakların mahiyetinden kaynaklanmaktadır. Örneğin, Türk mahkemesi, yabancı kararın adil bir yargılama sonucunda verilip verilmediğini denetleyeceğinden, davalının yabancı mahkemenin makul sürede yargılama yapmadığı gerekçesiyle kamu düzenine aykırılık itirazını dikkate almayacaktır. Zira bu husus, kararın verildiği devlet AİHS’ne tarafsız AİHM ve/veya söz konusu devlet hukukunda öngörülen ulusal insan hakları denetim organlarınca tespit edilecek bir husustur. Bu bakımdan, bir taraf devlet mahkemesinin yabancı kararın usuli kamu düzenine aykırı olup olmadığını denetlerken, esasen AİHS m.6/1’de yer alan haklardan “*bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma*” ile “*hakkaniyete uygun yargılanma*” haklarının kapsamına giren hak ve ilkelere riayet edilip edilmediğini dikkate alacağı söylenebilir. Özellikle, hakkaniyete uygun yargılanma hakkının alt unsurları olan silahların eşitliği, çelişmeli yargılama, duruşmada hazır bulunma hakkı, gerekçeli karar hakkı gibi pek çok hak ve ilkeden bir veya bir kaçının yabancı mahkemece ihlal edilmiş olması, usuli kamu düzenine açıkça aykırılık nedeniyle yabancı kararın tanınmamasına-tenfiz edilmemesine neden olabilecektir. Zaten, bu konudaki AİHM tatbikatının –henüz- hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında geliştiği görülmektedir.

Bu bağlamda, ister MÖHUK m.54/ç’de olduğu gibi bir kısmı ayrı bir tanıma-tenfiz şartında vücut bulsun, isterse MÖHUK m.54/c kapsamında değerlendirilsin, yabancı mahkemece riayet edilmesi istenen/gereken davalının savunma haklarının, esasen hakkaniyete uygun yargılanma hakkının kapsamına girdiğini söylemek mümkündür. Başka bir ifadeyle, ulusal mahkemelerce, yabancı mahkemelerce riayet edilip edilmediği denetlenecek olan davalının savunma hakları, AİHS m.6/1 terminolojisinde hakkaniyete uygun yargılanma hakkının temel unsurları olan silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri kapsamına girmekte olup, ulusal hukukta yapılan tasnife göre ise genellikle hukuki dinlenilme hakkıyla ilişkili haklar olarak

nitelendirilmektedir¹³⁷⁵. Doktrinde ise, AİHS m.6/1'in koruması altında olan davalının savunma haklarının, (usuli) kamu düzenine ilişkin olduğu ve yabancı mahkemece aleyhine karar verilen tarafın savunma haklarının ihlal edilmiş olup olmadığının Türk mahkemelerince resen dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir¹³⁷⁶. Bu bakımdan, usuli kamu düzeni müdahalesiyle yabancı mahkemenin tanıma-tenfize konu karara ulaşırken yürütmüş olduğu yargılamada davalının aynı zamanda AİHS m.6/1'in koruması altında olan hakkaniyet uygun yargılanma/savunma haklarına riayet edilip edilmediğinin denetlenmesi amaçlanmıştır.

AİHS m.6/1'in koruması altında olan davalının savunma haklarına yabancı mahkemece riayet edilip edilmediğinin kendi mahkemelerince hangi şartla veya ne tür tanıma-tenfiz şartlarına istinaden denetleneceği doğal olarak taraf devletlerin takdirindedir¹³⁷⁷. Bu bağlamda, karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi, Türk kanun koyucusunun da davalının yabancı mahkemece riayet edilmesi istenen/gereken bazı savunma hakları bakımından ayrı bir tanıma-tenfiz şartına yer vermeyi tercih ettiği görülmektedir. MÖHUK m.54/ç uyarınca kendisine karşı tenfiz talep edilen tarafın, tenfizi talep edilen kararın verildiği mahkemeye, kararın verildiği yer kanunları uyarınca usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyapta hüküm verilmiş olması halinde tanıma-tenfiz talebi reddedilecektir. Kapsam itibariyle farklılık arz etse de, karşılaştırmalı hukukta¹³⁷⁸ da bağımsız/ayrı bir tanıma-tenfiz engeli olarak açıkça düzenlenen böyle bir şartın AİHS m.6/1'le olan ilişkisini ortaya koyan aşağıdaki örnekler, aslında söz konusu şartın (usuli) kamu düzeninin özel bir görünümünden başka bir şey olmadığını yeterince ortaya koymaktadır:

¹³⁷⁵ Örneğin bkz.: Erdönmez, **Pekcanıtez Usûl**, s.862 vd.; Aktepe Artık, **a.g.e.**, s.341 vd; Sarıöz Büyükalp, **a.g.e.**, s. 153 vd.

¹³⁷⁶ Bkz.: Sakmar, **a.g.e.**, s.115; Nomer, **DHH**, s.529, 536; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.742; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.537; Tiryakioğlu, **a.g.e.**, s.81-82; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.214-217; Doğan, **MÖH**, s.124; Tütüncübaşı, **Çekişmesiz Yargı**, s.188; Şensöz Malkoç, **a.g.e.**, s.518; Emre Esen, “Alman Hukukunda İhtarlı Basit Dava Usulü (Mahnverfahren) Çerçevesinde Verilen Kararların Türk Hukukunda Tenfizi”, **MHB**, Y.27, S.1-2, 2007, s.73.

¹³⁷⁷ Taraf devletlerce öngörülen tanıma-tenfiz şartı tek başına AİHS m.6/1'in ihlaline neden olabilecek bir keyfilik taşımadıkça, AİHM'nin devletlerin bu konudaki tercihlerini meşru bir amaca sahip olarak yorumlaması kuvvetle muhtemeldir. Örneğin bkz.: Avontis v. Letonya, para.100 ve 118.

¹³⁷⁸ Örneğin bkz.: Brüksel Ibis Tüzüğü m.45/1-b; İsviçre DÖHK m.27/2-a; ZPO m.328/1-b.2; Belçika MÖHK m.25/1-b.2.

Davalının tanıma-tenfize konu kararı veren mahkemeye usulüne uygun olarak çağrılmamış/haberdar edilmemiş olması, kural olarak hukuki dinlenilme hakkı/çelişmeli yargılama ilkesi kapsamına giren bilgilenme/bilgi sahibi olma hakkından istifade etmediği anlamına gelmektedir. Yine, tanıma-tenfize konu kararın, verildiği ülkenin hukukuna aykırı olarak davalının yokluğunda veya gıyabında verilmiş olması, kimi hallerde davanın özelliklerine bağlı olarak, davalının duruşmada hazır bulunmak suretiyle yargılamaya etkili bir şekilde katılmasını da gerektiren hakkaniyete uygun yargılanma hakkına, dolayısıyla tanıma-tenfiz devletinin kamu düzenine aykırı bir sonuca yol açabilir. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda, yargılama esnasında davalının bir avukatla temsil edilmesi yeterli olabilmekle beraber, özellikle boşanmaya, velayet veya kişisel ilişki kurmaya gıyaben hükmeden yabancı mahkemenin davalıyı/başvurucuyu dinlememesi ve ileri sürülen delillere karşı çıkma imkânı vermemesi, çelişmeli yargılama ilkesine aykırı olarak nitelendirilebilecektir¹³⁷⁹. Bu bakımdan, MÖHUK m.54/ç hükmünde açıkça belirtilen ve prensip olarak Türk tanıma-tenfiz mahkemelerince davalının itiraz etmesi şartıyla dikkate alınabilecek olan “*davalının (bazı) savunma hakları*”, esasen AİHS m.6/1 terminolojisinde “*davalının hakkaniyete uygun yargılanma hakkı*”na tekabül etmektedir.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, AİHS m.6/1’in koruması altında, daha doğrusu hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında olan davalının savunma hakları, Türk mahkemelerince resen gözetilmesi gereken usuli kamu düzeninin bir parçasını teşkil etmektedir¹³⁸⁰. Muhtemelen bu nedenle, MÖHUK m.54/ç’deki söz konusu haklara riayet edilip edilmediğinin tespiti için davalının itirazı şartının aranmasının yerinde olmadığı ve Türk mahkemelerince tespit edilmesi halinde resen dikkate alınarak tanıma-tenfiz talebinin reddine gidilebileceği¹³⁸¹ kabul edilmektedir. Ki AİHM’nin konuya ilişkin aşağıdaki içtihatlarından anlaşıldığı kadarıyla böyle bir anlayışın tercih edilmesinde haklılık payı bulunmaktadır. Bu bakımdan, usuli kamu

¹³⁷⁹ Bkz.: İnceoğlu, **Adil Yargılanma**, s.260.

¹³⁸⁰ Benzer yönde bkz.: Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.199-200.

¹³⁸¹ Bkz.: Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.537; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s.217. Nitekim Yargıtayın da pek çok kararında, MÖHUK m.54/ç’nin kapsamına girmesine rağmen, usulüne uygun tebligat yapılmaksızın davalının gıyabında verilen kararların tanınması-tenfizi taleplerini, MÖHUK m.54/c uyarınca kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle reddettiği görülmektedir. Bkz.: Yargıtay 2.HD, E.2009/8144, K.2009/12603, T.25.6.2009 (Ruhi, **a.g.e.**, s.328); Yargıtay 2.HD, E.2005/10735, K.2005/13428, T.4.10.2005, (Ruhi, **a.g.e.**, s.361).

düzeni kapsamında, AİHS m.6/1 anlamında hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında mütalaa ettiğimiz savunma haklarının, sadece MÖHUK m.54/ç’de yer alan haklarla sınırlı olmadığını, kapsam itibariyle daha geniş olduğunu tekraren vurgulamak gerekir. Ayrıca, söz konusu hükmün tatbiki için davalının itirazının aranması, söz konusu savunma haklarının usuli kamu düzeninden olmadığı anlamına da gelmemektedir. Bu nedenle, davalının hakkaniyete uygun yargılanma/savunma haklarına aykırı bir şekilde yürütülmüş bir yargılama sonucunda verilmiş yabancı bir kararın tanınması-tenfizini engellemeye yönelik Türk kamu düzeni müdahalesinin normatif temellerini MÖHUK m.54/c hükmü ile söz konusu hükmün özel bir görünümü mahiyetindeki MÖHUK m.54/ç hükmünün oluşturduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Buraya kadarki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, kamu düzeni müdahalesinin, AİHS m.6/1’e aykırı bir şekilde yürütülmüş bir yargılama sonucunda verilen veya AİHS’nde yer alan bir temel hakka aykırılık teşkil eden kararların tanınması ve tenfizinin ulusal seviyede engellenmesi amacıyla tanzim edildiğinde herhangi bir tereddüt yoktur¹³⁸². Diğer taraftan, tanıma-tenfiz davalarını tarafların AİHS’ndeki haklarına uygun bir şekilde görüp karara bağlamakla yükümlü olan taraf devletlerin, bu kapsamda yabancı mahkemece verilen kararın/yapılan yargılamanın AİHS’nde yer alan haklarla bağdaşp bağdaşmadığını denetleme yükümlülüğü altında olduğunu belirtmiştik. Bu bağlamda, AİHM söz konusu yükümlülüğün ulusal mahkemelerce ulusal hukukta yer alan hangi tür kurallarla ve ne şekilde yerine getirildiğinden ziyade, söz konusu kuralların AİHS’nde yer alan haklarla bağdaşır bir şekilde tatbik edilip edilmediğini incelemektedir. Dolayısıyla, yabancı mahkemece verilen kararın/yapılan yargılamanın davalının AİHS’nde yer alan haklarını ihlal edici sonuçlara yol açmasını engellemek üzere yapılacak olan kamu düzenine uygunluk denetiminin/MÖHUK m.54/c-ç hükümlerinin tatbikinin de haliyle AİHM’nin yargısal denetimine tabi olduğu bir gerçektir. Zira yabancı kararın kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığını tespit etmek durumunda olan taraf devlet mahkemelerinin kamu düzeni gibi oldukça geniş ve genel nitelikteki bir kavramın ne anlama geldiğini veya kapsamına

¹³⁸² Benzer yönde bkz.: Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.375.

nelerin girdiğini belirlemekte hayata düşebilmekte ve söz konusu hatalar, aşağıda inceleyeceğimiz üzere, AİHM içtihatlarına konu olabilmektedir.

b. AİHM'nin Konuya Bakışı: Kamu Düzeni Müdahalesinin Tatbikinin AİHS'ne Aykırılığının İleri Sürüldüğü AİHM İçtihatları ve Bu İçtihatların Değerlendirilmesi

i. Genel Olarak

AİHS'ne taraf olsun veya olmasın, bir özel hukuk uyuşmazlığını çözüme kavuşturan yabancı bir mahkeme kararının tanınması veya tenfizi, diğer tanıma-tenfiz şartlarının yanı sıra, söz konusu kararın/hükmün kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmemesi kaydıyla mümkün olacaktır. Bu bakımdan, tıpkı diğer tanıma-tenfiz şartlarında olduğu gibi, tanınması-tenfizi istenen yabancı mahkeme kararının kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edip etmediğinin de araştırılıp tespit edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, yabancı kararın AİHS'ne aykırı bir sonuca yol açmasını engellemek üzere kullanılan kamu düzeni müdahalesi, davacının Sözleşmesel hakkını ihlal edici bir fonksiyon görmüş olacaktır. AİHM'nin aşağıda inceleyeceğimiz içtihatlarından, taraf devlet mahkemelerinin yabancı kararın maddi kamu düzenine aykırı olup olmadığını veya yabancı mahkemece usuli kamu düzeninin kapsamına giren birtakım savunma haklarına riayet edilip edilmediğini tam olarak denetlemedikleri veya denetlerken kamu düzeni kavramının anlamı ve içeriğinin ilgili Sözleşmesel hakla bağdaşır bir şekilde yorumlamadıkları anlaşılmaktadır. Bu bakımdan, aslında davalının Sözleşmesel haklarını korumaya matuf söz konusu tanıma-tenfiz şartının karşılanıp karşılanmadığı konusundaki ulusal mahkemelerin yorum ve değerlendirmeleri, haliyle taraf devlet mahkemelerinin AİHS'nden kaynaklanan denetleme yükümlülüğüne riayet edip etmediğinin AİHM tarafından tespitinde belirleyici olacaktır. Bu nedenle, aşağıda öncelikle AİHM'nin konumuza ilişkin içtihatlarını inceleyerek, kural olarak AİHS'ne aykırı sonuçlara yol açan yabancı kararlara karşı devreye sokulması gereken kamu düzeni müdahalesi ile davalının/davacının AİHS'nde güvence altına alınan hakları arasındaki ilişkinin AİHM tarafından nasıl ele alındığını incelemek yararlı olacaktır.

ii. Kamu Düzeni Kavramının Anlamı ve İçeriğinin AİHS’nde Yer Alan Haklarla Bağdaşır Bir Şekilde Belirlenmesi Gerektiği

Yabancı kararlar ortaya çıkan özel hukuka ilişkin bir hak/yükümlülüğünün yerine getirilmesi veya korunması amacıyla ileri sürülen bir tanıma-tenfiz talebi, herhangi bir tanıma-tenfiz şartı gibi, kamu düzenine açıkça aykırı olmama şartını karşılayıp karşılamamasına bağlı olarak kabul veya reddedilebilecektir. Diğer tanıma-tenfiz şartlarını da incelerken belirttiğimiz üzere, böyle bir tasarruf doğal olarak davalının veya davacının tanıma-tenfiz devletinin hukuk düzeninde korunan ve AİHS’nin koruma alanına giren hak(lar)ına müdahale teşkil edecektir. İlgili tarafın söz konusu hakkına yönelik böyle bir müdahalenin/sınırlamanın, yani tanıma-tenfiz talebinin kamu düzeni müdahalesine istinaden reddedilmesi veya kamu düzenine aykırı olmadığı gerekçesiyle kabul edilmesinin AİHS terminolojisine göre meşru ve ölçülü bir müdahale olarak nitelendirilmesi, doğal olarak ulusal mahkemelerin söz konusu şartı nasıl yorumlayıp tatbik ettiklerine bağlıdır. AİHS’nin söz konusu şartın tatbiki nedeniyle ihlal edilmesi, ya yabancı kararın kamu düzenine aykırı olup olmadığının hiç denetlenmemesi ya da kamu düzenine aykırılık denetimi yapılırken kamu düzeni kavramının amacı ve içeriğinin AİHS’nde yer alan haklar dikkate alınmaksızın belirlenmesi halinde söz konusu olabilir.

Bunlardan ilki, AİHS’nde yer alan haklarıyla bağdaşmadığı iddia olunan –veya olunmayan- yabancı kararın kamu düzenine aykırı olup olmadığının tanıma-tenfiz mahkemesince araştırılıp denetlenmemesi, davanın sonucuyla doğrudan ilgili ve belirleyici bir hususun mahkemece dikkate alınmaması anlamına gelecektir. Dolayısıyla, -diğer şartların da var olması kaydıyla- davacının tanıma-tenfiz talebini kabul eden ulusal mahkeme, davalının hakkaniyete uygun yargılanma hakkını ihlal edebilecektir. Burada, prensip olarak tarafların ilgili tanıma-tenfiz şartının karşılanıp karşılanmadığına yönelik itiraz ve savunmada bulunmalarına dahi gerek bulunmamaktadır¹³⁸³. Zira yabancı kararın kamu düzenine aykırı olup olmadığının

¹³⁸³ Şüphesiz, davalının/davacının yabancı kararın/yargılamanın AİHS’ne/kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ettiğine/etmediğine yönelik iddia ve delillerinin dikkate alınıp değerlendirilmemesi de, duruma göre söz konusu AİHS’nin ihlaline neden olabilir. Ancak bu, haliyle ikinci ihtimalin kapsamına girmektedir.

tanıma-tenfiz mahkemesince kendiliğinden dikkate alınıp araştırılması gerekmektedir. Ayrıca, bu durumda söz konusu şartın mahkemece dikkate alınabileceği başvuru/davalı tarafından makul olarak bekleneneğinden, söz konusu karar öngörülebilir olmadığından, AİHS m.8 ve/veya P-1 m.1 uyarınca kanunilik ilkesiyle de bağdaşmayacaktır.

İkinci ve daha önemlisi, yabancı kararın kamu düzeni aykırılığı denetlenirken niteliği itibariyle AİHS'yle yakın bir ilişki içinde olan kamu düzeni kavramının amacının ve içeriğinin göz önünde bulundurulmaması, duruma göre AİHS'nin ihlaline neden olabilir. Başka bir ifadeyle, yabancı kararın AİHS'ne aykırı bir sonuca yol açmasını engellemek üzere kullanılan kamu düzeni müdahalesi, ulusal mahkemelerin kamu düzeni kavramını ilgili tarafın Sözleşmesel haklarını dikkate almaksızın veya dışlar bir şekilde yorumlaması, aslında tanınması-tenfizi gereken yabancı kararın tanınmamasına-tenfiz edilmemesine neden olabilir. Nitekim bu husus, AİHM tarafından *Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan* kararında net bir şekilde ortaya konmuştur. AİHM'nin doktrinde de oldukça yankı bulan¹³⁸⁴ söz konusu karara ilişkin değerlendirmeleri, sadece kamu düzenine aykırı olmama şartının nasıl yorumlanması gerektiğinin değil, aynı zamanda bir tanıma-tenfiz şartının karşılanıp karşılanmadığına ilişkin yorum ve tespitlerinin aynı anda birden fazla hakkın ihlaline neden olabileceğinin anlaşılması bakımından önem arz etmektedir.

Söz konusu kararda, hatırlanacağı üzere, ABD mahkemelerince verilen bir kararla Yunan vatandaşı yeğen ile ABD'de ikamet eden dayısı arasında tesis edilmiş olan evlat edinme ilişkisinin tanınması talebinin Yunan mahkemelerince kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle reddedilmesinin AİHS m.6, m.8, m.14 ve P-1 m.1'le bağdaşp bağdaşmadığı tartışılmıştı¹³⁸⁵. AİHM, öncelikle söz konusu kararın tanınması talebinin kamu düzeni müdahalesine istinaden reddedilmesiyle gerçekleşen AİHS m.8'e yönelik

¹³⁸⁴ Bkz.: Franzina, **a.g.m.**, s.609 vd.; Spielmann, **a.g.m.**, s.22; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.208-209, 229-230; Charline Daelmann, "The Interaction Between Human Rights and Private International Law", **Tijdschrift Voor Internationaal Privaatrecht/Revue De Droit International Privé**, 2011/3, s.70 vd., (Çevrimiçi, www.ipr.be/sites/default/files/tijdschriften_pdf/tijdschrift40.pdf, 18 Temmuz 2018); Patrick Kinsch, "Private International Law Topics Before the European Court of Human Rights: Selected Judgments and Decisions (2010-2011)", **Yearbook of Private International Law**, Vol.713, 2011, s.44-45.

¹³⁸⁵ Kararın özeti ve AİHM'nin ayrıntılı gerekçesi için bkz.: Yukarıda, s.211 vd.

müdahalenin meşruluğunu incelemiş, ardından AİHS m.8'e ilişkin tespitinden hareketle diğer hakları ihlal edilip edilmediğini değerlendirmiştir. Söz konusu kararda, Yunan mahkemeleri, ulusal hukukta açıkça yasaklanmamış olmasına rağmen, 7-8. yüzyıllardan kalma eski kilise hukuku metinlerine göre rahiplerin evlat edinmesinin yasaklandığı, bu nedenle yabancı ülkede rahip olan dayı ile yeğeni arasındaki evlat edinme kararının kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle tanıma talebini reddetmiştir. AİHM ise, öncelikle ABD mahkemelerinin detaylı araştırmasına ve evlat edinme ilişkisinin iki yetişkinin kendi rızalarına binaen tesis edildiğine istinaden, başvuru ile evlat edinen-dayısı arasındaki aile ilişkisi realitesini ve bunun başvuru ve ailesi açısından ortaya çıkardığı sonuçları kabul etmemek için herhangi bir neden olmadığını belirtmiştir¹³⁸⁶. Böylece, yurt dışında geçerli bir şekilde tesis edilmiş ancak davalı devlette hukuken kabul edilmeyen aile ilişkisi AİHS m.8 kapsamında görülmüştür.

AİHS m.8'e yönelik müdahalenin –yabancı kararın kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle tanınmamasının- yasaya uygun ve meşru bir amaca sahip olduğunu kabul eden AİHM, ölçülülük değerlendirmesinde, Yunan mahkemelerinin bir rahibin evlat edinmesinin kamu düzenine aykırı olduğunu nitelendirirken dayandığı kuralların niteliği üzerinde durmuştur. Yunan mahkemelerinin rahiplerin evlat edinmesini yasaklayan güncel herhangi bir hukuki veya toplumsal gelişmenin yokluğuna, bilakis onların evlenebileceğini ve çocuk sahip olabileceğini öngören yasal gelişmelere rağmen, rahiplerin dünyevi hayatlarına ve bunların hukuki etkilerine izin vermeyen ve onları ölü olarak nitelendiren Ortodoks kilisesine ait eski kurallarına istinat ettiğini tespit etmiştir¹³⁸⁷. Karardan anlaşıldığı kadarıyla, AİHM bir Yunan vatandaşı rahibin tarafı olduğu bir evlat edinme kararının kabul edilmemesinin bu konuda Yunan toplumunda rahiplerin evlat edinmemesini gerekli kılan toplumsal bir ihtiyaçtan kaynaklanmadığına kanaat getirmiştir¹³⁸⁸. Bu bakımdan, evlenip çocuk sahibi olabilen bir rahibin evlat edinme yoluyla da çocuk sahibi olabileceği ve bu şekilde kurulan

¹³⁸⁶ Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan, para.56.

¹³⁸⁷ Bkz.: Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan, para.71-73.

¹³⁸⁸ Yunan temyiz mahkemelerince verilen kararlarda yer alan karşı oy yazılarında da yabancı evlat edinme kararının tanınmasının neden kamu düzenine aykırı olmadığı benzer gerekçelerle ifade edilmiştir. Bkz.: Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan, para.73.

soybağı ilişkilerine hukuki sonuç tanınabileceği konusunda başvurucunun *meşru bir beklentisinin* bulunduğunu söylemek mümkündür¹³⁸⁹.

Bununla beraber, AİHM Yunan mahkemelerinin kararının ölçüsüz olduğunu karar verirken sadece davalı devlet hukukunda rahiplerin tarafı olabileceği “*benzer nitelikteki aile ilişkilerini yasal olarak kabul etmiş olması*” vakıasına istinat etmemiştir. AİHM’nin, somut olaydaki bazı vakıalarla, söz konusu red kararının neden ölçüsüz olduğunu gerekçelendirdiğini görülmektedir. Bu kapsamda, *Wagner ve JMWL v. Lüksemburg* kararına atfen¹³⁹⁰ ulusal mahkemelerin *yurt dışında geçerli bir şekilde ortaya çıkan* ve AİHS m.8 anlamında aile hayatına karşılık gelen hukuki statüyü göz ardı edemeyeceğini belirtmiştir. AİHM’ne göre, ulusal mahkemeler önceden var olan fiili (de facto) aile bağlarını tanımayı reddedemeyeceğini ve mevcut durumu somut olarak incelemekten imtina edemeyeceğini vurgulamıştır¹³⁹¹. Ayrıca, AİHM yabancı ülkedeki evlat edinmenin başvuru yetişkin hale geldiğinde gerçekleştiğini ve Yunan mahkemesi red kararı verinceye kadar 24 yıl boyunca devam ettiğini de ifade etmiştir. Yine, dayının yeğeninin evlatlığı olarak kendisinin yasal mirasçısı olması konusundaki açık arzusunun varlığı da AİHS m.8’in ihlalinde etkili olmuştur¹³⁹². Buna göre, taraf devlet mahkemeleri yabancı ülkede söz konusu ülke hukukuna göre geçerli bir şekilde tesis edilen ancak kendi hukukuna göre fiili nitelik arz eden bir evlatlık veya başka bir aile bağına itibar etmek durumda olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır¹³⁹³. Başka bir ifadeyle, dayı ile yeğen arasında fiilen devam eden, devamlılık arz eden istikrarlı bir ilişkinin bulunması söz konusudur ve söz konusu ilişkinin bir *sosyal gerçeklik* halini aldığı tereddüt bulunmamaktadır¹³⁹⁴. Netice itibarıyla, AİHM Yunan mahkemelerinin başvuru evlatlık statüsünü tamamen hükümsüz kılması itibarıyla söz konusu sınırlamanın izlenen meşru amaçla ölçülü olmadığına kanaat getirmiştir. Zira yabancı evlat edinme kararına ve bunun sonuçlarına kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle etki tanımayı reddeden Yunan mahkemelerinin kamu düzenine aykırılık

¹³⁸⁹ Franzina, **a.g.m.**, s.611.

¹³⁹⁰ Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan, para.74.

¹³⁹¹ Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan, para.74.

¹³⁹² Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan, para.75.

¹³⁹³ Franzina, **a.g.m.**, s.611; Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.230.

¹³⁹⁴ Franzina, **a.g.m.**, s.611.

değerlendirmesinde dayandığı gerekçeler, zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın varlığını karşılamamaktadır¹³⁹⁵.

Kamu düzeni müdahalesinin, daha doğrusu kamu düzeni kavramının kapsamının Yunan mahkemelerince başvurucunun aile hayatına saygı hakkıyla bağdaşmayacak bir şekilde yorumlanıp uygulandığını kabul eden AİHM, AİHS m.6/1'e ilişkin değerlendirmelerinde bunun dolaylı olarak yabancı kararın tanınması davasının başarılı bir şekilde görülüp karara bağlanmasına da engel olduğunu belirtmiştir. AİHS m.8'e ilişkin değerlendirmelerine atıf yapan AİHM'nin bu konudaki değerlendirmeleri oldukça kısa, ancak nettir. AİHM, Yunan hukukuna göre yabancı kararların tanınması veya tenfiz edilebilmesi için, söz konusu ülke hukukunda yer alan bazı koşulların karşılanması gerektiğini, yabancı kararın Yunan kamu düzenine aykırı olmamasının da bu koşullardan biri olduğunu belirtmiştir. Ancak, kamu düzeni kavramının Yunan mahkemelerince keyfî ve ölçüsüz bir şekilde yorumlanmaması gerektiğini vurgulamıştır. Yunan Yargıtayının evlat edinme kararına etki tanımayı reddederken dayanmış olduğu –kamu düzeni kavramına ilişkin- gerekçeleri ve bunun sonucunda AİHS m.8 açısından varmış olduğu sonuçlar dikkate alındığında, ölçülülük ilkesine AİHS m.6/1 açısından da riayet edilmediğine karar vermiştir¹³⁹⁶.

Negreptis-Giannisis v. Yunanistan kararı, aynı zamanda yabancı –aile hukuku- kararının tanınması-tenfizi talebinin reddine temel teşkil eden tanıma-tenfiz şartının yorumlanış biçiminin AİHS m.8'in yanı sıra başvurucun P-1 m.1'de güvence altına alınan mülkiyet hakkını da ihlal edebileceğini göstermektedir. Burada da, AİHS m.8'e ilişkin tespitlerinden hareket eden AİHM, murisin/evlat edinmenin rahip statüsünde olduğunun kabulü halinde dahi, evlat edinme tarihi itibarıyla murisin ABD veya Yunanistan'da evlat edinmesini ve başvurucunun bu evlat edinme işleminden doğan haklarını ileri sürmesini teorik veya fiili olarak engelleyen bir şeyin olmadığını vurgulamıştır. Ayrıca, muris başvurucunun evlatlığı olarak kendisinin mirasçısı olma arzusunda olduğunu evlat edinme beyanında açıkça belirtmiştir¹³⁹⁷. Ulusal hukukun (yani Yunan Usul Kanunu m.780/2) Yunan mahkemelerince yorumlanması ve

¹³⁹⁵ Negreptis-Giannisis v. Yunanistan, para.76.

¹³⁹⁶ Negreptis-Giannisis v. Yunanistan, para.90-91.

¹³⁹⁷ Negreptis-Giannisis v. Yunanistan, para.102.

uygulanması, başvurusunun evlat edinenin/babasının malvarlığı üzerindeki miras hakkından mahrum kalması sonucunu doğurmuştur. Dolayısıyla, ulusal mahkemelerin evlat edinme ilişkisinin geçerliliğini ve bundan kaynaklanan mirasçılık statüsünü reddetmeleri, AİHS m.8'e ilişkin sonuçla birlikte dikkate alındığında, başvurunun mülkiyet hakkının ihlaline neden olmuştur. AİHM, böyle bir sonuç nedeniyle toplumun genel yararının gerekleri ile bireylerin haklarının korunması gereği arasındaki adil dengenin korunup korunmadığını araştırmaya gerek olmadığına kanaat getirmiştir¹³⁹⁸. Başka bir anlatımla, AİHS m.8'in ihlali, başvurusunun miras (P-1 m.1 anlamında mülkiyet) hakkından yoksun kalmasında o kadar belirleyici olmuştur ki AİHM, AİHS m.8'in ihlali nedeniyle ölçülülük/adil denge denetimi yapmaya gerek kalmadığına kanaat getirmiştir. AİHM'nin söz konusu tasarrufu, haliyle bu tür davalarda P-1 m.1'e yönelik müdahalenin meşruluğu denetiminin ferî nitelikte olduğunu göstermektedir.

Bu kararın, yabancı bir kararın tanınmasının taraf devletin hukukunda yer alan bir tenfiz engeli nedeniyle reddedilmesiyle ortaya çıkan AİHS m.8'e (ve AİHS m.6/1 ve P-1 m.1'e) yönelik müdahalenin ölçülü olup olmadığını gerçekten ve ayrıntılı bir şekilde ele alındığı ilk karar olduğunu belirtmek gerekir. Yalnız burada, AİHM'nin davalı devlet tarafından yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizine engel olarak kamu düzeni müdahalesine başvurulmasını değil, sadece onun ulusal mahkemelerce kullanılma yöntemini cezalandırdığı unutulmamalıdır¹³⁹⁹. Zaten, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi şartları, davalı tarafın haklarını veya forum devletinin belirli menfaatlerini korumaya yönelik olduğundan, bunların soyut olarak AİHS'nde yer alan herhangi bir hakka aykırı olduğu söylenemez. Kısacası, söz konusu karar, bir tanıma-tenfiz şartı olarak kamu düzeni müdahalesinin davacının AİHS'nde güvence altına alınan bir temel hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil edecek şekilde tatbik edilmemesi gerektiğini ortaya koymaktadır¹⁴⁰⁰.

Şüphesiz, mühim bir kısmını temel hak ve özgürlükler oluştursa da, taraf devletlerin ulusal kamu düzeni anlayışı sadece bunlardan oluşmayabilir ve birtakım ulusal/evrensel temel ilke ve değerlerin bu kapsamda görülmesi söz konusu olabilir.

¹³⁹⁸ Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan, para.103-104.

¹³⁹⁹ Fawcett/Shúilleabháin/Shah, **a.g.e.**, s.176.

¹⁴⁰⁰ Kiestra, **The Impact of ECHR**, s.230; Hazelhorst, **a.g.e.**, s.160.

Yukarıdaki kararda olduğu üzere, bir zamanlar kamu düzeninden sayılan bir hususun, zamanla bu kapsamda görülmemesi mümkündür. Bu açıdan bakıldığında, söz konusu kararla kamu düzeni müdahalesinin ulusal yargı organlarınca korunmak istenen birtakım ulusal/yerel değerler ile ulusal üstü değerlerin, yani insan haklarından kaynaklanan yükümlülüklerin birbiriyle karşılaştığı ve çatıştığı bir alan haline dönüşebildiği görülmektedir¹⁴⁰¹. Zira kararın verildiği dönem itibariyle Yunan kamu düzeninin kapsamına girmediği çeşitli vesilelerle anlaşılmasına rağmen, rahiplerin evlat edinmesini yasaklayan oldukça eski kilise hukuku metinlerinin kamu düzeni kapsamında görülmesi, böyle bir kararın verilmesinde etkili olmuştur. Diğer taraftan, aynı zamanda Yunan kamu düzeninin de bir parçasını oluşturan ve bireyler arasında evlat edinme yoluyla tesis edilen aile ilişkilerini güvence altına alan AİHS m.8 Yunan kamu düzeni kapsamında görülmemiş veya AİHS m.8'in varlığı, yabancı kararla ortaya çıkan aile hayatı realitesine rağmen göz ardı edilmiştir¹⁴⁰². Bu bakımdan, yukarıdaki karar, bir hususun kamu düzeni kapsamına girip girmediğini değerlendirirken, yargılamanın taraflarının aynı zamanda taraf devletin kamu düzeni kapsamına giren Sözleşmesel hakların da göz önünde bulundurulması gerektiğini göstermektedir.

Yukarıdaki kararda olduğu gibi, kamu düzeni müdahalesinin içeriğinin ve kapsamının belirlenmesinde aşırı katı bir tutum sergilenmesi veya bu konudaki - AİHS'deki hakları da kapsayan- güncel kamu düzeni anlayışının dikkate alınmaması, davanın hal ve şartlarına göre, ilgili tarafın Sözleşmesel haklarının tanıma-tenfiz devletince ölçüsüz bir şekilde sınırlandırılmasına neden olabilecektir. Bu nedenle, bir tanıma-tenfiz şartı olarak kamu düzeni müdahalesinin kapsamı tespit edilirken kamu düzeni kavramının kapsamına AİHS'nde yer alan hakların dâhil olduğu, bu kapsamda kamu düzeni kavramının anlamı ve içeriğinin AİHS'nde yer alan haklar da dikkate alınarak söz konusu haklarla bağdaşır bir şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmek gerekir.

Buraya kadarki açıklamalarımız bizi, prensip olarak “*kamu düzenine açıkça aykırı olmama*” şartı ile bu şartın özel bir görünümü mahiyetindeki “*davalının savunma*

¹⁴⁰¹ Franzina, **a.g.m.**, s.614.

¹⁴⁰² Benzer yönde bkz.: Kinsch, **PIL Topics**, s.45.

haklarına riayet edilmiş olma” şartlarının tatbiki suretiyle yerine getirilmesi gereken/beklenen kamu düzenine uygunluk denetiminin kendisinin de AİHS’yle bağdaşır bir şekilde yerine getirilmesi gerektiği sonucuna ulaştırmaktadır. Ulusal mahkemelerin yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizi halinde ortaya çıkacak AİHS ihlallerini önleyici bir vazife gören kamu düzenine aykırılık şartının anlamı ve içeriğini ya da uygulama alanını belirlerken, somut olayın özelliklerine bağlı olarak, insan hakları mülahazalarını da göz önünde bulundurmaları gerekmektedir. Bu nedenle, kamu düzenine aykırılık şartının içeriğinin doldurulmasında ulusal mahkemelerin bakış açısı, bu noktada hem tarafların haklarının hem de toplumun genelinin menfaatlerinin dengeleyecekleri insan hakları merkezli bir yaklaşımı tercih edip etmemeleri belirleyici olacaktır. Bu kapsamda, ulusal mahkemelerin kamu düzeni müdahalesinin anlamı ve içeriğini belirlerken bir taraftan yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi müessesesinin amacı ve varlık sebebini diğer taraftan tanıma-tenfiz yargılamasının taraflarının birbiriyle çatışması muhtemel haklarını göz önünde bulundurmaları gerekmektedir. Böylece, bir taraftan ulusal üstü değerlerin ulusal kamu düzeni kavramı içerisinde mütalaa edilmesiyle aile hayatına saygı hakkının korunması konusunda AİHS m.8’in öngördüğü asgari korumayı karşılamayan yabancı kararların tanınması engellenmiş olacaktır. Diğer taraftan da, yerel milletlerarası özel hukuk kurallarının veya uygulamalarının AİHS m.8’den kaynaklanan Avrupa standartlarının altında kaldığı hallerde, -ulusal ve uluslar üstü değerlerin birleştirildiği bir kavram olarak yorumlandığı ölçüde- kamu düzeni müdahalesi, ulusal mahkemelerin yetersiz yerel koruma standartlarına istinat etmesini önleyecek, böylece ulusal hukukun gelişmesini dolaylı olarak kolaylaştıracaktır¹⁴⁰³.

iii. Ulusal Mahkemelerin Yabancı Kararın AİHS’ne Uygunluğunu Denetleme Yükümlülüğü ile Kamu Düzeni Müdahalesi Arasındaki İlişki

AİHM’nin çeşitli içtihatlarından hareketle, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi davalarında, AİHS’de yer alan tanıma-tenfiz davalarına tatbiki kabil çeşitli hakların söz konusu kararların AİHS’ne uygun bir şekilde verilip verilmediğini

¹⁴⁰³ Franzina, **a.g.m.**, s.615.

denetleme yükümlülüğü getirdiği sonucuna varmıştık. Haliyle, AİHM tarafından taraf devlet mahkemelerine getirilen böyle bir yükümlülük, lehine bir karar elde eden tarafın değil, davalının AİHS’nde yer alan ve tanıma-tenfiz mahkemesince de gözetilmesi gereken haklarına yabancı mahkemece de riayet edilip edilmediğine yöneliktir. Böyle bir yükümlülüğün yerine getirilmesi konusunda ulusal mahkemelerin kullanımına sunulan temel enstrümanın bir tanıma-tenfiz engeli olarak kamu düzeni müdahalesi olduğunu zikretmiştik.

Bu bağlamda, sonuçları itibariyle herhangi bir farklılık ortaya çıkmasa da, davalının AİHS’nde yer alan herhangi bir temel hakkın koruma alanına giren özel hukuka ilişkin bir hakkına aykırılık teşkil eden yabancı kararın maddi kamu düzeni müdahalesine maruz kalabileceğini belirtmiştik. Diğer taraftan, davalılarca tanıma veya tenfiz kararının AİHS’ne aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle yapılan başvurulara ilişkin olarak davalı devlet mahkemelerinin böyle bir yükümlülük altında olduğunu vurgulayan AİHM, doğal olarak bu tür taleplerin ulusal hukukta yer alan hangi tanıma-tenfiz şartına istinaden reddedilmesi gerektiği ile ilgilenmemiştir. Ancak, AİHM’nin aşağıda inceleyeceğimiz kararlarından da anlaşılacağı üzere, ulusal mahkemelerin yabancı mahkemenin davalının AİHS’nde güvence altına alınan haklarına riayet edip etmediğini denetleme yükümlülüğü ile kamu düzenine aykırılık denetimi arasında bir paralelliğin bulunduğunu söylemek mümkündür. Özellikle, yabancı mahkemece AİHS m.6/1’de yer alan bazı savunma haklarına riayet edilmediği iddialarının tanıma-tenfiz mahkemelerince dikkate alınmamasının şikâyet konu yapıldığı bazı kararlarda, AİHM’nin aslında davalı devlet mahkemelerince ulusal tanıma-tenfiz şartına istinaden yapmaları gereken denetimin AİHS m.6/1’e uygun bir şekilde yerine getirilip getirilmediğini denetlediği görülmektedir.

Örneğin, *Pellegrini v. İtalya* kararında, Vatikan (kilise) mahkemelerince verilmiş olan evliliği sona erdiren bir kararın tanınabilmesi için, İtalyan mahkemelerinin İtalya ile Vatikan arasındaki iki taraflı anlaşmada yer alan hüküm uyarınca “*evliliğin geçersizliğine ilişkin yargılamada tarafların savunma haklarının İtalyan hukukunun temel prensipleriyle bağdaşır bir şekilde gerçekleştirilmiş*” olup olmadığını kontrol

etmesi gerekmektedir¹⁴⁰⁴. AİHM, her ne kadar söz konusu hükme kararında değinmemiş olsa da, davalı kadın eşin savunma haklarını ihlal ederek evliliğin geçersizliğine hükmeden Vatikan mahkeme kararının tanınmasına karar veren İtalyan mahkemelerinin AİHS m.6/1'i ihlal edip etmediğini denetlemiştir.

Karara konu olayda, davalı kadın eş/başvurucu, kocasına karşı İtalyan mahkemelerinde boşanma davası açarak lehine bir nafaka kararı elde etmiştir. Bu esnada, koca da kilise mahkemeleri önünde yakın (kan) hısımlığı nedeniyle evliliğin geçersizliği davası açmış ve yapılan yargılama sonucunda evliliğin geçersizliğine hükmedilmiştir. İtalyan mahkemeleri önündeki tanıma davası da aleyhine sonuçlanan başvuru, AİHM nezdinde yaptığı şikâyetinde, kilise mahkemesince evliliğiyle ilgili bazı soruları cevaplamak üzere mahkemeye çağrıldığını, ancak önceden kendisine karşı böyle bir dava açıldığından habersiz olduğunu ileri sürmüştür. Ayrıca, gerek mahkeme celbinde gerekse duruşma esnasında avukat yardımından yararlanma imkânı hakkında bilgilendirilmemiş, dolayısıyla eski kocasının iddialarına karşı uygun ve yeterli bir savunma hazırlayamadığını ileri sürmüştür. Söz konusu kararın tanınması talebiyle kendisine başvuru İtalyan mahkemelerinin kilise mahkemelerince yapılan yargılamanın çelişmeli ve adil olduğuyla yetinerek meseleyi ayrıntılı bir şekilde incelemeyi iddia etmiştir¹⁴⁰⁵.

AİHM, öncelikle yukarıda değindiğimiz prensibi, yani görevinin yabancı (kilise) mahkeme kararının tanınmasını onaylamadan evvel, İtalyan mahkemelerinin ilgili yargılamanın AİHS m.6'daki usuli güvenceleri yerine getirdiğine tam olarak kanaat getirip getirmediğini denetlemek olduğunu ortaya koymuş, ardından başvuru kilise mahkemelerince yapılan yargılamaya ilişkin şikâyetlerini reddeden İtalyan

¹⁴⁰⁴ Bkz.: Pellegrini v. İtalya, para.32.

¹⁴⁰⁵ Ayrıca başvuru, kilise mahkemelerince kocasının tanığı olarak dinlendiğini daha sonradan öğrendiği üç tanığın beyanlarını içeren dava dosyasını İtalyan mahkemelerine sunmak üzere yapmış olduğu talep reddedilmiş, böylece İtalyan mahkemelerindeki davada söz konusu delillere dayanmamıştır. Başvuru tarafından ileri sürülen iddiaların mahkemelerince dikkatli bir şekilde incelendiğini belirten davalı devlet, evliliğinin başvuru tarafından inkâr edilmeyen ve dava esnasında getirilen delillerle ispat edilen hısımlık gibi objektif bir delile istinaden reddedildiğini belirtmiştir. Ayrıca, evliliği sona erdiren böyle bir nedenden zaten haberdar olduğu vakıası karşısında, kilise mahkemesi önündeki davadan haberdar edilmemiş ve söz konusu davada avukatla temsil edilmemiş olmasının başvuru açısından herhangi bir zarara yol açmadığını ileri sürmüştür. Bkz.: Pellegrini v. İtalya, para.35-39.

mahkemelerinin gerekçelerinin yeterli olup olmadığını araştırmıştır. AİHM'ne göre, başvuru, (yabancı mahkemece) çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edildiğinden şikâyetçidir. Zira öncelikle, başvuru yabancı mahkemede eski kocası tarafından açılan evliliğin geçersizliğine ilişkin davadan detaylı bir şekilde haberdar edilmediği gibi, kocası lehine olduğu anlaşılan tanıkların beyanları ile diğer belgelerin yer aldığı dava dosyasına ulaşamamıştır. Ayrıca, avukat yardımından da istifade etmemiştir¹⁴⁰⁶.

İkinci olarak, başvurunun kilise mahkemesi huzuruna çıkması ve daha sonra temyiz talebinde bulunmasından yola çıkarak, başvurunun yabancı mahkemede çelişmeli yargılamadan yararlandığı sonucuna varan İtalyan temyiz mahkemesi ve Yargıtayın söz konusu gerekçesi AİHM tarafından tatmin edici bulunmamıştır. Zira İtalyan mahkemeleri başvurunun eski kocası tarafından ve “sözde tanıklar” tarafından sunulan delilleri inceleme imkânından yoksun bırakılmasına yeterince önem atfetmemiştir. Oysa AİHS m.6/1 anlamında hakkaniyete uygun bir yargılamanın unsurlarından biri olan çelişmeli yargılama hakkı, prensip olarak ceza veya hukuk yargılamasının her bir tarafına, mahkemenin kararını etkilemek amacıyla ileri sürülen tüm deliller ile sunulan görüş/mütalaalar hakkında bilgi sahibi olma ve bunlar hakkında yorumda bulunma fırsatı verilmesini gerektirmektedir¹⁴⁰⁷. O kadar ki, AİHM'ne göre, yabancı mahkemenin varmış olduğu maddi netice başvurunun hiçbir şekilde itiraz edemeyeceği kadar tartışmasız/kesin olduğu hallerde dahi, bu ilkeye riayet edilmelidir. Çünkü karşı tarafça veya tanıklarca sunulan delillerin kendi yorumlarını gerektirip gerektirmediğine karar vermek yalnızca uyuşmazlığın taraflarına aittir. Burada önem arz eden husus, tarafların adaletin/adil bir yargılamanın işleyişine güven duymasıdır ki, bu da dosyada yer alan her belge hakkında görüşlerini açıklama olanağına sahip olduklarını bilmelerine dayanmaktadır¹⁴⁰⁸.

AİHM, kilise mahkemeleri önünde bir avukatın yardımından yararlanamadığına yönelik iddialarını reddeden İtalyan mahkemelerinin gerekçelerini de yetersiz bulmuştur. İtalyan Yargıtayı, hızlı yargılama usulünün (summary procedure) öngörüldüğü bu tür davalarda kilise hukukuna göre avukat yardımının bir şart olmadığı

¹⁴⁰⁶ Pellegrini v. İtalya, para.42.

¹⁴⁰⁷ Pellegrini v. İtalya, para.43-44.

¹⁴⁰⁸ Pellegrini v. İtalya, para.45.

gibi yasaklanmadığını destekleyen içtihatların varlığını gerekçe göstererek, başvurucunun eğer isteseydi bir avukatın desteğinden yararlanabileceğini belirtmiştir. AİHM ise, başvurucudan bu konudaki kilise mahkemelerinin içtihadını bilmesinin beklenemeyeceğini, kilise mahkemelerinin de başvurucunun söz konusu içtihadın farkında olduğunu varsaymış olduğunu, oysa başvurucunun davanın konusundan habersiz olarak duruşmaya katıldığı göz önüne alındığında, söz konusu mahkemenin sorgulanmadan evvel avukat yardımından yararlanabileceğini bildirme yükümlülüğü altında olduğunu ifade etmiştir. Sonuç olarak, İtalyan mahkemelerinin, kilise mahkemesi kararının tanınmasına karar vermeden evvel, başvurucunun kilise hukukuna göre adil bir yargılanma elde edip etmediğine kanaat getirme yükümlülüğünü ihlal ettiğine hükmetmiştir.

Önemli kısımlarını özetlediğimiz bu kararda, aslında AİHM, İtalyan mahkemelerinin gerekçelerinden ve davalının iddialarından hareketle İtalyan mahkemelerinin yabancı mahkemenin davalının hakkaniyete uygun yargılanma haklarına riayet edip etmediğini layıkıyla denetleyip denetlemediğini kontrol etmiştir. Böylece, ulusal hukuk düzeninde farklı kavramlarla ifade edilse de, hakkaniyete uygun yargılanma hakkının kapsamına giren pek çok hakkın kilise mahkemesince, dolaylı olarak İtalyan mahkemesince ihlal edildiğine kanaat getirmiştir. Öncelikle davalı yabancı mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmış gibi görünmekle beraber, kendisine karşı herhangi bir dava açılıp açılmadığından haberdar edilmemiş, ancak duruşmaya başvurduğunda böyle bir davadan haberdar olmuştur. İkincisi ve daha da önemlisi, kilise mahkemeleri önündeki davada karşı tarafça ibraz olunan deliller hakkında açıklamada bulunma hakkından istifade edememiştir ki söz konusu savunma hakkı ihlalinin, belirli savunma haklarına riayet edilip edilmediğinin denetiminin öngörüldüğü MÖHUK m.54/ç veya benzeri tanıma-tenfiz şartlarının kapsamına girmediği açıkça görülmektedir.

Yukarıda sıkça değindiğimiz *Avontis v. Letonya* kararında da, davalının savunma haklarına tenfize konu kararın verildiği yabancı mahkemece riayet edilmediği iddiası tartışılmıştır. Yalnız, davalının birçok savunma hakkından, AİHS terminolojisinde hakkaniyete uygun yargılanma haklarından yararlanamadığı *Pellegrini v. İtalya*

kararından farklı olarak, burada daha spesifik bir savunma hakkı, yabancı mahkemenin tenfize konu kararı davalının gıyabında/yokluğunda vermiş olması şikâyeteye konu yapılmıştır. AİHM ise, Kıbrıs mahkemelerince davalının/başvurucunun gıyabında verilen alacak kararının tenfizine karar veren Letonya mahkemelerinin davalının hakkaniyete uygun yargılanma hakkını ihlal etmediğine hükmetmiştir. Bu karar, tanıma-tenfiz mahkemesinin yabancı kararın AİHS m.6/1'e uygunluğunu ilgili tanıma-tenfiz şartına istinaden denetlerken nasıl hareket etmesi gerektiğinin yanı sıra, aleyhine karar verilen davalının yabancı ülkede yerine getirmesi gereken usuli davranışlarının veya tutumunun, tanıma-tenfiz devleti mahkemesinin yapması gereken denetimi ne şekilde etkileyeceğini somut olarak ortaya koymaktadır.

Oldukça karmaşık olan söz konusu kararı konumuzla ilgili olduğu ölçüde şöyle özetlemek mümkündür: Yatırım danışmanı olarak çalışmakta olan Letonya vatandaşı ve orada mukim başvuru, bir Kıbrıs şirketiyle uygulanacak hukukun Kıbrıs hukuku ve Kıbrıs mahkemelerinin yetkili olduğuna dair bir klozun yer aldığı bir borç sözleşmesi akdetmiştir. Borcun vadesinde ödenmemesi üzerine Kıbrıs mahkemelerinde açılan davada, davacı şirketin talep ve yazılı taahhüdü (affidavit) üzerine davalının borç sözleşmesinde yer alan Letonya'daki adresine tebligat yapılmasına rağmen, davalı/başvuru davaya katılmamıştır. Zira başvuru, Letonya mahkemelerinde görülen tenfiz davasında, diğer hususların yanında Kıbrıs mahkemelerindeki davadan usulüne uygun olarak haberdar edilmediğini, her iki davada da resmi ikamet ve işyeri adresi biliniyor ve ulaşılabilir olmasına rağmen, davacı vekillerince kullanmadığı adreslerin mahkemelere bildirildiğini ileri sürmüştür. Ayrıca, Kıbrıs mahkeme kararında ne söz konusu kararın icra edilebilir olduğuna ne de başvurulabilecek itiraz yollarına herhangi bir atıf yapılmadığını ileri sürmüş, ancak sonuçta Letonya mahkemeleri söz konusu kararın tenfiz edilebilir olduğuna hükmetmiştir¹⁴⁰⁹. Bunun üzerine başvuru, aynı iddiaları AİHM önünde de ileri sürerek savunma haklarına aykırı olarak verildiğini ileri sürdüğü Kıbrıs mahkeme kararının tenfiz edilebilir olduğuna hükmeden Letonya Yüksek Mahkemesinin hakkaniyete uygun yargılanma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür¹⁴¹⁰.

¹⁴⁰⁹ Bkz.: Avontis v. Letonya, para.14-35.

¹⁴¹⁰ Avontis v. Letonya, para.69.

Pellegrini kararına da atıf yaparak, bu konudaki temel kuralı tekrar eden AİHM, söz konusu davada, davanın ilgili koşulları ışığında, Kıbrıs kararının tenfiz edilebilir olduğuna karar veren Letonya Yüksek mahkemesinin yapmış olduğu denetimin AİHS m.6/1 anlamında yeterli olup olmadığını tespit etmek durumunda olduğunu vurgulamıştır¹⁴¹¹. Ardından, mevcut davada Letonya Yüksek Mahkemesinin sağlamış olduğu temel haklara ilişkin korumanın eşit koruma faraziyesini çürütecek kadar yetersiz olup olmadığını, konumuz itibarıyla Brüksel Tüzüğü m.34/2 hükmünün Letonya mahkemelerince tatbikinin AİHS m.6/1'e aykırılık teşkil edip etmediğini ele almıştır. Bu kapsamda, ABAD tarafından davalının davayı başlatan evrakın kendisine tebliğ edilmediği itirazında bulunabilmesi için öncelikle menşe devlette aleyhine verilen gıyabi karara karşı itiraz yollarına başvurusu gerekir şeklinde bir iç hukuk yolu olarak yorumlanan Brüksel I Tüzüğü m.34/2'nin tek başına AİHS m.6/1 açısından herhangi bir problem yaratmadığını belirtmiştir. Zira söz konusu hüküm, usul ekonomisinin ruhuna uygun olarak adaletin doğru bir şekilde işleyişinin sağlanmasına hizmet etmekte ve iç hukuk yollarının tüketilmesini öngören AİHS m.35/1 hükmüyle aynı amacı gütmektedir¹⁴¹².

AİHM, usuli kamu düzeni kapsamına giren bu tür savunma haklarına riayet edilip edilmediğinin tespiti bakımından gerek tanıma-tenfiz mahkemelerinin gerekse ulusal mahkemelerin nasıl hareket etmesi gerektiği konusunda dikkate çekici tespitlerde bulunmuştur. Bu bağlamda öncelikle başvurunun şikâyetini doğal olarak çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkeleriyle ilişkilendirerek bu hakların yargılamanın tarafları arasında adil bir dengenin varlığını gerektirdiğini vurgulamıştır¹⁴¹³. Bu bağlamda, AİHM başvurunun Letonya mahkemeleri önünde ilk bakışta AİHS m.6/1'e aykırı ve Kıbrıs mahkeme kararının tenfizinin reddini gerektiren usuli bir

¹⁴¹¹ Bkz.: *Avontis v. Letonya*, para.97. Bu kapsamda, öncelikle başvurunun borcunu ödediği gibi kendisine karşı açılan dava önünde ileri sürebileceği maddi vakıalar ile başvurunun Letonya Yüksek Mahkemesince ihlal edildiğini ileri sürdüğü Brüksel I Tüzüğü m.34/2 hükmünün yorumu ve uygulanmasını denetlemeye yetkili olmadığını, yetkisinin sadece AİHS'nin, mevcut davada AİHS m.6/1'in gereklerine riayet edilip edilmediğini denetlemekle sınırlı olduğunu belirtmiştir. Meğer ki AİHS m.6/1 açısından bir problem yaratacak bir keyfilik söz konusu olsun. Bkz.: *Avontis v. Letonya*, para.99-100.

¹⁴¹² Bkz.: *Avontis v. Letonya*, para.117-118.

¹⁴¹³ *Avontis v. Letonya*, para.119.

eksikliğin varlığına yönelik ikna edici iddialara dayandığını belirtmiştir¹⁴¹⁴. Kıbrıs mahkemesindeki davadan hiç haberdar edilmediği veya Kıbrıs kararının kendisine tebliğ edilmediği şikâyetinde bulunan başvurunun, Brüksel I Tüzüğü m.34/2 hükmüne istinaden tenfiz talebine itiraz ettiğini, ancak söz konusu hükümde açıkça öncelikle kararın verildiği menşe ülke mahkemesinde itirazda bulunmak koşuluyla¹⁴¹⁵ söz konusu tenfiz şartına istinat edebileceğinin öngörüldüğünü belirtmiştir.

Bununla beraber AİHM, başvurunun Kıbrıs hukukunca kendisine tanınan gıyabi karara karşı itiraz etmeksizin m.34/2 hükmüne istinat etmesinin, zorunlu olarak davanın koşullarına göre Kıbrıs hukukunda böyle bir itiraz (remedy) imkânının olup olmadığı sorusunu gündeme getirdiğini belirterek, Letonya Yüksek Mahkemesinin bu konudaki tutumunu eleştirmiştir. Zira yabancı kararın tenfizine karar veren Letonya Yüksek Mahkemesinin kararın verildiği menşe ülkede bu tür bir itiraz imkânının varlığı ve elverişliliğine ilişkin ispat yükü bakımından sessiz kalmaya yetkisi olmadığı gibi, bunun sorumluluğu otomatikman menşe ülkesinde böyle bir itirazda bulunmayan davalıya/başvurucuya yüklenemeyecektir. AİHM'ne göre, AİHS m.6/1 hükmü, bu koşulun (gıyabi karara karşı elverişli bir itiraz yolunun varlığı) karşılanıp karşılanmadığının (ulusal mahkemece) doğrulanmasını gerektirir, yokluğu halinde başvurunun ileri sürdüğü itirazın incelenmesini reddetmeyi gerektirmemektedir. Başka bir deyişle, davalının/başvurucunun tenfize konu kararı veren mahkeme önünde böyle bir itiraz imkanı yoksa tenfiz talebi reddedilmeli, başvurunun tenfiz talebinin reddi talebi değil. Bu noktada ispat yükünün kimin üzerinde olduğunun tespitinin belirleyici olacağını vurgulayan AİHM, meselenin çelişmeli yargılama ilkesi

¹⁴¹⁴ Başvurucu, tıpkı Letonya mahkemeleri önünde olduğu gibi, AİHM önünde de Kıbrıs mahkemelerindeki davadan vaktinde ve usulüne uygun olarak haberdar edilmediğini, dolayısıyla savunmasını hazırlayamadığını bu nedenle söz konusu hükme istinaden tenfiz talebinin reddedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Ayrıca, davalı, dava/duruşma evraklarının gönderildiği adreslerin, davacının Kıbrıs ve Letonyalı avukatlarınca iş yeri adresi bilinmesine ve ikametgâhına da kolaylıkla ulaşabilecek olmalarına rağmen, dava evrakının fiziksel olarak ulaşamayacağı bir adrese gönderildiği iddiasında bulunmuştur. Bkz.: Avontis v. Letonya, para.120 ve 30.

¹⁴¹⁵ Brüksel I Tüzüğü m.34/2 uyarınca, tanıma-tenfize konu kararın verildiği üye devlet mahkemesinde davalının savunma haklarının ihlal edilmiş olması şeklindeki tenfiz engelinin tatbiki için öncelikle söz konusu kararın davalının yokluğunda verilmiş olması gerekmektedir. Üye devlet mahkemesince verilen kararın tenfizi talebinin reddedilmesi için, dava dilekçesi veya benzeri bir belgenin davalıya usulüne uygun olarak, yeterli bir süre içinde ve savunmasını hazırlamasını mümkün kılacak bir şekilde tebliğ edilmemiş olması ve davalının kararın verildiği ülke hukukuna göre başvurabileceği çeşitli hukuki yolların varlığına rağmen bu yollara başvurmamış olması gerekmektedir.

kapsamına girdiğini belirterek, Yüksek Mahkemenin dolaylı olarak ispat yükünün davalıya ait olduğunu veya böyle bir itiraz/çözüm yolunun aslında davalının erişimine açık olduğunu varsaydığı sonucuna varmıştır. Kısacası, AİHM ulusal mahkemenin başvurusunun menşe ülke mahkemesinde gıyabi karara karşı başvurabileceği mevcut ve elverişli bir itiraz/çözüm yolunun var olup olmadığını araştırmaksızın ispat yükünün davalıya ait olduğunu zımnen varsaydığını, salt davalının böyle bir itirazda bulunmadığı gerekçesiyle tenfiz kararı vermesinin hakkaniyete uygun yargılanma bakımından yerinde olmadığı sonucuna varmıştır¹⁴¹⁶.

Buna rağmen AİHM'nin, söz konusu usuli eksikliğe rağmen davanın kendine özgü koşulları karşısında, büyük ölçüde başvurusunun tutum ve davranışlarından kaynaklanan nedenlerle AİHS m.6/1'in ihlal edilmediği sonucuna vardığı görülmektedir. AİHM'nin bu konuda dayandığı ilk gerekçe, Kıbrıs hukukunun gıyabında bir karar verildiğini öğrenen davalılara, söz konusu karara karşı herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın itiraz etme imkânı sunmuş olmasıdır. Kıbrıs hukuku ve mahkeme tatbikatı uyarınca, gıyabi bir karara maruz kalan davalı kararı veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmaksızın verildiğini ileri sürerek kararın iptalini talep edebilmektedir. Böyle bir başvuruyu alan mahkeme ise, -takdir hakkının olmadığı hallerde- kararı iptal etmek zorundadır¹⁴¹⁷. Başvurucu, Kıbrıs mahkeme kararından haberdar olduğu (tenfiz dilekçesinin tebliğ edildiği) tarih ile tenfiz kararının verildiği tarih arasında, Kıbrıs hukukunca söz konusu kararı iptal ettirebilmek için tanınan imkâna başvurabilecek olmasına rağmen, sadece kendisinin bildiği nedenlerle, böyle bir imkâna teşebbüs etmemiştir. Dolayısıyla AİHM, Kıbrıs hukukunca tanınan bu imkân karşısında, başvurusunun böyle bir çözüm yolunun başarısız olacağının kesin olduğu iddiasını ikna edici bulmamıştır¹⁴¹⁸.

AİHS m.6/1'in ihlalini engelleyen bir diğer husus da, başvurusunun yukarıdaki gerekçeye paralel olarak yatırım danışmanı olarak tüm unsurlarının Kıbrıs

¹⁴¹⁶ AİHM, Brüksel I Tüzüğü m.34/2 hükmünün lafzi ve kendiliğinden (automatic) bir şekilde uygulanmasına dayanan böyle bir yaklaşımın, teorik olarak davalının AİHS m.6/1'de güvence altına alınan savunma hakları bakımında sağlanan korumanın eşit koruma faraziyesini çürütecek derecede aşikâr bir eksiklik içerdiği sonucuna yol açtığını belirtmiştir. Bkz.: Avontis v. Letonya, para.121.

¹⁴¹⁷ Bkz.: Avontis v. Letonya, para.68.

¹⁴¹⁸ Avontis v. Letonya, para.122.

mahkemelerinde kendisine karşı yöneltilecek bir davayı göstermesine rağmen Kıbrıs hukuku hakkına yeterli bilgi edinmeyi ve gerekli özeni göstermeyi ihmal etmesidir. Bu konuda AİHM, davalı devletin argümanlarına ve daire kararına¹⁴¹⁹ paralel olarak, bir yatırım danışmanı olarak başvurucunun akdetmiş olduğu bir borç sözleşmesinin hukuki sonuçlarını öngörebilecek durumda olduğundan hareket etmiştir. Zira söz konusu borç sözleşmesinin alacaklısı bir Kıbrıs şirketi olup, sözleşmeye uygulanacak hukuk ve sözleşmeden doğan davalar bakımından yetkili mahkeme olarak Kıbrıs hukuku ve mahkemeleri olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla, başvurucunun kendisine karşı Kıbrıs mahkemelerinde bir dava açılabilceğinin yeterince farkında olması gerekmektedir. Buna göre, konu (Kıbrıs hukuku) hakkında bilgi edinmeyi ihmal eden başvuru, kendi hareketsizliğinin ve özensizliğinin bir sonucu olarak, AİHM önünde yakındığı ve herhangi bir zarara uğramamak adına engelleyebileceği böyle bir durumun ortaya çıkmasına büyük ölçüde kendisi katkıda bulunmuştur¹⁴²⁰. Böylece, ileri sürdüğü böyle bir gerekçenin yerindeliği veya doğruluğu bir yana, AİHM *Hussin v. Belçika* ve *McDonald v. Fransa* kararlarına atıf yaparak, söz konusu kararlarında daha önce tanıma-tenfiz talebi reddedilen başvurularda karşı kullanmış olduğu içtihadını, bu sefer de aleyhine bir tenfiz kararına hükmedilen bir davalıya karşı kullanmıştır.

Yabancı mahkemedeki yargılamada taraflar arasında adil bir denge kurulmasını gerektiren silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin ihlal edilmiş olması, kimi hallerde evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda eşlerin medeni haklardan ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanacağını öngören P-7 m.5 hükmünden kaynaklanabilir. Böyle bir mesele, kocanın tek taraflı beyanına (talak) dayanan Cezayir mahkemesince verilen boşanma kararının, daha doğru bir ifadeyle boşanma hükmünün Fransız mahkemelerince tanınması üzerine AİHM'nin önüne gelmiştir¹⁴²¹. Söz konusu kararda, başvuru kadın eş kocasının tek taraflı arzusuna dayanarak boşanmaya hükmeden Cezayir mahkeme kararının tanınmasının P-7 m.5'te öngörülen eşler arasındaki eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmüştür¹⁴²². AİHM, söz konusu

¹⁴¹⁹ AİHM Dördüncü Dairesinin 25 Şubat 2014 tarihli kararı için bkz.: *Avontis v. Letonya*, no.17502/07, 25 Şubat 2014.

¹⁴²⁰ Bkz.: *Avontis v. Letonya*, para.124.

¹⁴²¹ Bkz.: *D.D. v. Fransa*, no.3/02, 8 Kasım 2005.

¹⁴²² *D.D. v. Fransa*, para.3.

başvurunun başvurusunun talebi üzerine kayıttan düşürülmesine karar vermiştir¹⁴²³, ancak öncesinde yapmış olduğu tespitler bu tür boşanma kararlarının tanınması davalarında nasıl hareket edebileceğinin izlerini ortaya koymuştur. İçtihat değişikliğine giderek artık bu tür boşanmaların tanınmasına izin vermeyen Fransız Yargıtayının içtihatlarına vurgu yaparak benzer bir şikâyet başvurusunda ihlal kararı verebileceğini ortaya koymuştur.: *“Adil ve çelişmeli bir yargılama sonucunda ortaya çıkmış olsa da, kadının olası itirazlarına herhangi bir hukuki sonuç tanımaksızın kocanın boşanmaya yönelik tek taraflı beyanına istinaden verilen bir karar, P-7 m.5 uyarınca tanınan eşlerin evliliğin sona erdirilmesi konusunda sahip olduğu eşitlik ilkesine aykırıdır”*¹⁴²⁴.

Anlaşıldığı kadarıyla tanıma kararına konu Cezayir mahkemelerindeki yargılamada, davalı kadın eş avukat vasıtasıyla temsil edilmiş, kocasının boşanma ve boşanmanın sonuçlarına ilişkin tüm hususlarda iddia ve savunmalarını ileri sürme fırsatına sahip olmuş, hatta nafaka, tazminat ve emeklilik haklarına ilişkin lehine karar da elde etmiştir¹⁴²⁵. Ancak başvuru kadın eş, Cezayir Aile Kanunu hükümlerine göre boşanma konusunda tek hak sahibinin kocası olması nedeniyle kendisinin ona tabi kılınmasından ve boşanma konusunda hiçbir şekilde bir itiraz veya söz hakkı tanınmamasından yakınmaktadır. Dolayısıyla, Cezayir maddi hukukuna göre sadece kocaya boşanma hakkının tanınmış olması, sadece koca tarafından ve kocanın iradesine binaen Cezayir mahkemelerine yöneltilecek boşanma talebine karşı gerek evliliğin devamına gerekse evliliğin sona erdirilmesine yönelik herhangi bir itiraz ve iddiada bulunma gibi bir haktan yararlanamaması sonucunu doğuracaktır. Haliyle, yabancı mahkemenin AİHS m.6/1’e uygun bir yargılama gerçekleştirip gerçekleştirmediğini denetlemekle yükümlü olan taraf devletin hukuk düzenince taraflar (eşler) arasında adil bir dengenin gözetilmesini gerektiren silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine aykırılık gerekçesiyle reddedilecektir. Bu bakımdan, boşanmanın sadece koca tarafından ve kocanın iradesine istinaden gerçekleşebilecek olmasını öngören Cezayir maddi hukukuna ilişkin bir kuralın tatbiki evliliğin sona erdirilmesine ilişkin bir medeni haktan (boşanma hakkı) eşit bir şekilde yararlanmayı engellemesi itibarıyla P-7 m.5’e,

¹⁴²³ D.D. v. Fransa, para.28.

¹⁴²⁴ D.D. v. Fransa, para.27. Fransız Yargıtayının ilgili kararı için bkz.: D.D. v. Fransa, para.25. Ayrıca bkz.: Ancel, **a.g.m.**, s.261-267.

¹⁴²⁵ Bkz.: D.D. v. Fransa, para.13-20.

dolayısıyla kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edecektir. Diğer taraftan, yabancı mahkeme tarafından ilgili kuralın tatbiki suretiyle ortaya çıkan eşitsizlik, aynı zamanda kadının yabancı mahkeme önünde çelişmeli yargılama hakkından istifade etmesini engellediğinden, ulusal mahkemelerce usuli kamu düzenine aykırı olarak da nitelendirilebilir.

Yukarıdaki kararlar, AİHS m.6/1'in koruması altında olan davalının savunma haklarına yabancı mahkemece uyulup uyulmadığını, daha genel olarak ulusal mahkemelerce yürütülecek usuli kamu düzenine aykırılık denetimi ile AİHS m.6/1'den kaynaklanan denetim yükümlülüğü arasındaki ilişkiyi ortaya koymaktadır. AİHM'nin *D.D. v. Fransa* kararındaki tespiti bu kapsamda sayılmazsa, maddi kamu düzenine aykırılık denetimi ile taraf devletlerin yabancı kararın AİHS'nde yer alan herhangi bir temel hakka uygunluğunu denetleme yükümlülüğü arasındaki ilişkinin AİHM tatbikatına neredeyse hiç yansımadığını söylemek hatalı olmayacaktır. Şüphesiz, böyle bir durum biraz da maddi kamu düzeni müdahalesinin mahiyetinden kaynaklanmaktadır. Zira daha çok yabancı kararın usuli kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği iddialarının ileri sürüldüğü, maddi kamu düzenine aykırılık iddialarının genellikle ulusal hukuklarda esasa girme yasağının benimsenmiş olmasından dolayı nadiren başarılı olduğu belirtilmektedir¹⁴²⁶. Dolayısıyla, ulusal mahkemelerin maddi kamu düzenine aykırılık denetimini yerine getiremediği iddialarının da AİHM huzuruna nadiren gelmesi gayet anlaşılabilir bir durumdur. Bununla beraber, konunun AİHM tarafından *Lindberg v. İsveç* kabul edilebilirlik kararında yüzeysel de olsa ele alındığını söylemek mümkündür.

Söz konusu kararda, İsveç'te yaşayan bir Norveç vatandaşı başvuru, fok avcılığı denetçisi sıfatıyla fok avcılığıyla uğraşanların bu konudaki düzenlemelere uyup uymadığını denetledikten sonra bir rapor hazırlamış ve bu rapor bir Norveç gazetesinde tüm raporu da kapsayacak şekilde yayınlanmıştır. Avcılık düzenlemelerinin birkaç kez ihlal edildiğine dair bilgiler ihtiva eden rapor kamuoyunda oldukça dikkate çekmiştir. Daha sonra başvuru, avcılık mevzuatına aykırılıkları gösteren kamera çekimlerini içeren bir film çekmiş ve söz konusu filmde klipler bir Norveç televizyonunda, filmin

¹⁴²⁶ Bkz.: Hazaelhorst, **a.g.e.**, s.72; Oster, **a.g.m.**, s.542-543.

tamamı ise İsveç televizyonunda yayınlanmıştır. Bunun üzerine, gemi mürettebatınca başvuru ve raporun yayınlandığı gazete de dâhil olmak üzere pek çok basın-yayın kuruluşuna karşı açılan hakaret/iftira davası sonucunda başvuru tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir¹⁴²⁷.

Başvurucunun İsveç'e karşı yapmış olduğu başvuru ise, Norveç mahkemelerince verilen kararın tenfizi talebinin İsveç mahkemelerince tenfizine karar verilmesiyle ilgilidir. Gemi mürettebatı, Norveç mahkemelerince hükmedilen tazminat alacağının tahsili talebiyle İsveç icra dairelerine başvurmuş, başvuru İsveç icra dairelerince gönderilen ödeme emrine karşı yargı yoluna başvurarak Norveç mahkeme kararının kendisinin AİHS m.10'da güvence altına alınan ifade özgürlüğüne aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmüştür. Ancak, İsveç mahkemeleri, Norveç mahkeme kararının İsveç'te icra edilmesine herhangi bir kamu düzeni mülahazasının engel olmadığına ve kararın tenfizine hükmetmiştir. Başvurucu, Norveç mahkemesince verilen kararın AİHS m.10'da yer alan ifade özgürlüğüne aykırılık teşkil ettiğine dair iddiasının İsveç Yüksek Mahkemesince doğru bir şekilde araştırılmadığını ileri sürerek AİHS m.10 ve AİHS m.10'la birlikte etkili başvuru hakkına ilişkin AİHS m.13'ün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

AİHM, öncelikle AİHS m.13 uyarınca etkili başvuru hakkının ihlali için gerekli olan AİHS m.10 kapsamında (söz konusu hükmün ihaline yönelik) tartışılabilir bir iddianın olmadığına yönelik değerlendirmelerine rağmen, AİHS m.13'ün uygulanabilir olduğu varsayımından hareket etmiş ve başvuru söz konusu haktan yararlandığı sonucuna varmıştır. İsveç mahkemeleri, üç farklı yargısal aşamada, başvuru tenfiz kararına karşı itirazlarını incelemiştir. Ancak AİHM'ne göre, buradaki asıl sorun söz konusu incelemenin AİHS m.13 anlamında başvurucu etkili bir çözüm yolu sağlamak açısından yeterli olup olmadığıdır. Bu kapsamda AİHM, yukarıda da belirttiğimiz üzere, hem tenfiz hem de menşee devletin AİHS'ne taraf ve dava konusu usulden ziyade esasa ilişkin (yani ifade özgürlüğüyle ilgili) olduğundan mevcut davada

¹⁴²⁷ İç hukuk yollarını tüketmesine rağmen, başvuru yapmış olduğu şikâyet başvurusu altı aylık süre içinde yapılmadığından –o zaman- AİHK tarafından reddedilmiştir. Bkz.: Lingberg v. İsveç, The Facts, A. Gemi mürettebatınca açılan dava sonucunda tazminata mahkûm edilen gazete ve editörü de şikâyetinde Norveç'e karşı şikâyetinde bulunmuş ve AİHM Büyük Dairesi, AİHS m.10 hükmünün ihlal edildiğine karar vermişti. Bkz.: Bladet Tromsø ve Stensaa v. Norveç, no.21980/93, 20 Mayıs 1999.

(tenfizi istenen yabancı kararın AİHS'ne uygunluğuna yönelik) uygulanması gereken denetimin seviyesine ilişkin genel bir konuyu tespit etmeyi gerekli görmemiştir. Davanın koşullarına göre, İsveç mahkemelerinin (Norveç mahkeme kararında yer alan tazminat ve masraf kararı bakımından) kararın tenfizine ne İsveç kamu düzeninin ne de İsveç hukukunda yer alan herhangi bir hususun engel teşkil etmediğine yönelik varmış olduğu tespitin yeterli olduğu sonucuna varmıştır. Böylece, İsveç mahkemelerinin Norveç kararının tenfizine karşı başvurusunun itirazının özünü, kendisine etkili bir çözüm sağlamaya yetecek derecede incelediklerine açıkça kanaat getirmiştir¹⁴²⁸.

Şüphesiz, AİHM'nin genel nitelikteki bu ifadelerinden İsveç mahkemelerinin nasıl bir denetim yaptığı anlaşılmamaktadır. Ancak İsveç mahkemelerinin, başvurusunun ifade özgürlüğüne aykırı bir şekilde verildiğini iddia ettiği Norveç mahkeme kararının iki ülke arasında akdedilen anlaşmada yer alan bir tenfiz şartı olan İsveç kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edip etmediğini ayrıntılı olarak inceledikleri görülmektedir. İsveç mahkemelerinin yabancı kararın İsveç (maddi) kamu düzenine/AİHS m.10'a aykırı olup olmadığına yönelik yapmış olduğu denetimi kısaca özetlemek, aynı zamanda AİHM'nin neden yabancı kararın tenfizine karar verilmesini AİHS m.10'a aykırı olarak nitelendirmediğini fazlasıyla ortaya koymaktadır:

İsveç ilk derece mahkemesi, uygulamada kamu düzeni müdahalesinin dar bir şekilde ve istisnai koşullar altında, yani İsveç hukuk sisteminin temel prensiplerinin veya zayıf tarafın menfaatlerinin korunmasının gerekli olduğu hallerde uygulanmakta olduğunu belirtmiştir. Ardından Norveç hukukundan farklı olarak, basın-yayın yoluyla açıklanan ifadelerden münhasıran yayıncının sorumlu olduğuna dair ilkenin İsveç anayasasında koruma altına alınan ifade özgürlüğünün önemli bir kısmını teşkil ettiğini belirten ilk derece mahkemesi, iki ülke hukukundaki bu farklılığın Norveç mahkeme kararının sonucu açısından kısmen belirleyici olduğunu kabul etmiştir. Ancak, söz konusu farklılığın kamu düzeni müdahalesini gerektiren istisnai bir durum olmadığına karar vermiştir. Temyiz mahkemesi önünde ise, İsveç hukukuna göre başvurusunun sorumluluğuna yol açmayacak olan ifadeleriyle ilgili olarak Norveç mahkemesince verilen tazminat kararının tenfizine izin verilmesinin İsveç hukukunun temel

¹⁴²⁸ Bkz.: Lindberg v. İsveç, The Law, 1.b.

prensiplerine aykırı olup olmadığı tartışılmıştır. Benzer şekilde, iki ülke hukukundaki farklılığa değinen temyiz mahkemesi, başka bir devletle özel bağlantılara sahip meselelerde sınırlayıcı bir tutumun benimsenmesi gerektiğine özel bir vurgu yapmış ve başvurucunun ifadelerinin Norveç’le ilgili olduğunu ve İsveç devletinin ve kamuoyunun menfaatlerini ilgilendirmeyen bir faaliyetle ilgili olduğunu belirtmiştir.

İsveç Yüksek Mahkemesi de, öncelikle yabancı kararın AİHS’ne uygunluğunu, bu kapsamda AİHS m.10’a aykırılık teşkil ettiği iddiasını incelemekle yükümlü olduğunu, ancak bunun söz konusu kararın tümüyle incelenmesi anlamına gelmediğini belirtmiştir¹⁴²⁹. Daha sonra, AİHS m.10 uyarınca ifade özgürlüğünün kapsamına ve hangi hallerde sınırlanabileceğine değindikten sonra, davanın koşulları dikkate alındığında yabancı mahkemenin yapmış olduğu ayrıntılı yargılama sonucunda başvurucunun ifade özgürlüğü ile her bir fok avcısının itibarının korunması konusunda sahip olduğu menfaatler arasında adil bir denge kurduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla, Yüksek Mahkemeye göre Norveç mahkemesi başvurucunun ifade özgürlüğünü ihlal etmediğinden, söz konusu kararın tenfizine bu açıdan bir engel bulunmamaktadır. Söz konusu kararın İsveç kamu düzeni anlayışına aykırılığı noktasında büyük ölçüde temyiz mahkemesinin görüşüne katılan Yüksek Mahkeme, başka bir ülkede gösterilen ve daha sonra İsveç’te yayınlanan bir programda iftira bulunan bir kişinin, kural olarak söz konusu ülke mahkemesince verilen ve iftiranın varlığını ortaya koyan bir kararın tenfizinden kurtulamayacağını belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, bu koşullar altında Norveç kamuoyunun çoğunluğu filmi sadece İsveç’te yayınlandığı esnada izlemiş olsaydı dahi, Norveç mahkeme kararının tenfizinin İsveç kamu düzenine aykırı olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir¹⁴³⁰.

Yukarıda özetlediğimiz mahkeme kararları, aynı zamanda yabancı kararın tenfizinin İsveç kamu düzenine/AİHS m.10’a aykırı olup olmadığına yönelik denetimin İsveç mahkemelerince ne şekilde yerine getirildiğini açıkça ortaya koymaktadır.

¹⁴²⁹ Bu kapsamda taraf devletlere ait kararların AİHS’ne uygun olup olmadığının soruşturulmasında tenfiz devlet mahkemelerinin daha kısa/detaylı olamayan (summary) bir değerlendirme yapmasının normal olarak yeterli olması gerektiğini, ancak yabancı kararın AİHS’nin gereklerine uygun olup olmadığını şüpheli hale getirebilecek istisnai bir durumun bir tarafça ileri sürülmesi halinde, daha sıkı bir denetimin yapılması gerektiğini belirtmiştir.

¹⁴³⁰ Bkz.: Lindberg v. İsveç, The Facts, C.

Dolayısıyla, başvurunun İsveç mahkemeleri önünde Sözleşmesel hakkının ihlal edildiğine yönelik iddiasının tartışıldığı etkili bir başvuru hakkından yararlandığını fazlasıyla göstermektedir. Bu nedenledir ki, AİHM, yukarıda da belirttiğimiz üzere, İsveç mahkemelerinin Norveç mahkeme kararının tenfizine karar vermek suretiyle başvurunun AİHS m.10'da yer alan ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin yasayla öngörülmüş olduğu ve *“başkalarının şöhretlerinin ve haklarının korunması”* ile *“yargının otoritesinin korunması”* meşru amaçlarına sahip olduğu sonucuna varmıştır. AİHS m.13'le ilgili gerekçelerini ve varmış olduğu sonucu dikkate alarak yabancı kararın tenfizi kararıyla başvurunun ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin AİHS m.10/2 anlamında “gerekli” bir müdahale olduğu sonucuna varmıştır¹⁴³¹.

Bu bakımdan, İsveç mahkemelerinin yapmış olduğu kamu düzeni denetiminden hareketle, tanınması veya tenfizi istenen yabancı kararın AİHS'nde güvence altına alınan herhangi bir hakka aykırılık teşkil ettiği ileri sürüldüğünde, ulusal mahkemelerin maddi veya usuli kamu düzeni müdahalesini gerektirecek bir aykırılığın olup olmadığının ilgili hakkı dikkate alarak değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir. Bu bağlamda, kamu düzeni müdahalesi ile AİHS'nin koruma alanına giren bir hakka yönelik müdahale arasında şöyle bir paralellik kurmak mümkündür. AİHS'nde yer alan herhangi bir hakka yönelik bir müdahalenin meşru olarak nitelendirilebilmesi için, bunun hakkın koruma alanını gösteren ilgili hükümde yer alan ve AİHM içtihatlarıyla şekillenen koşullar altında yerine getirilmesi ve ilgili hakkın özünü ortadan kaldırır bir şekilde yapılmaması gerekmektedir. Benzer şekilde, ulusal mahkemelerin yapacakları kamu düzeni denetiminde de, ilgili hakkı ihlal ettiği ileri sürülen yabancı mahkemenin söz konusu müdahalesinin meşru sınırlar dâhilinde yapılıp yapılmadığını, böylece kamu düzeni müdahalesine gerçekten gerek olup olmadığını denetlemesi mümkündür. Örneğin, AİHS m.8'in koruma alanına giren bir hakka yabancı mahkemece aykırı davranıldığı ileri sürüldüğünde, yabancı mahkemenin söz konusu tasarrufunun AİHS m.8/2'de öngörülen koşullara uygun olup olmadığının, kararın tenfizi halinde kamu düzenine açıkça aykırı bir neticenin ortaya çıkıp çıkmayacağını, tarafların iddialarını da dikkate alarak gerekçeli bir şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir. Böyle bir

¹⁴³¹ Bkz.: Lindberg v. İsveç, The Law, 2.

durumda, prensip olarak AİHS m.8/2'deki koşulları karşıladığı ölçüde yabancı kararın tanınması-tenfizinin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ettiği söylenemeyeceği gibi, aksi yöndeki bir kararın bu seferde davacının AİHS m.8'deki hakkına aykırı bir sonuca yol açabileceğini *Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan* kararı göstermektedir. Bu nedenle, davalının ilgili hakkına gayri meşru ve hakkın özünü zedeler nitelikteki yabancı kararların öncelikle kamu düzenine aykırılık teşkil edecek olması nedeniyle, tanınması-tenfizi istenen yabancı kararın AİHS'ne aykırılık teşkil etmesi ile tanıma-tenfiz devletinin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi arasında bir paralelliğin olduğunu söylemek mümkündür.

Bununla beraber, AİHM'nin yapacağı AİHS'nde yer alan ilgili hakka uygunluk denetimi ile ulusal mahkemelerin yapacakları yabancı kararın –AİHS'ne uygunluğunu incelemeye matuf- kamu düzenine uygunluk denetimiyle birebir paralellik arz ettiği söylenemez. Zira her şeyden önce, bu durumda –anayasa mahkemeleri hariç tutulursa- vaka mahkemesi olarak faaliyet gösteren ulusal mahkemelerin bir insan hakları denetim organı gibi bir vazife görmeleri beklenemez. Ancak, özellikle *Pellegrini v. İtalya* kararı göstermektedir ki, ulusal mahkemelerinin davalının yabancı mahkemenin yapmış olduğu yargılamanın veya varmış olduğu sonucun kamu düzenine/AİHS'ne aykırılık teşkil ettiği iddialarını, davanın konusuna ve koşullarına da bağlı olarak, yeterli bir şekilde dikkate almaları ve değerlendirmeleri gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, ulusal mahkemelerce/davalı devletçe davalının bu konudaki iddialarının dikkate alındığı ve değerlendirildiğinin belirtilmiş olması da tek başına yeterli olmayıp, bunun tanıma-tenfize ilişkin kararın gerekçesinden yeterince anlaşılması gerekmektedir. Bu bağlamda, prensip olarak ulusal mahkemelerin yabancı kararın kamu düzenine aykırı olup olmadığını denetlerken, olası bir ihlalin önüne geçmek amacıyla insan haklarının korunması konusunda taraf devlet arasında asgari bir standardı temsil eden AİHS hükümlerini, özellikle benzer nitelikteki davalara özgü AİHM içtihatlarını her zaman göz önünde bulundurmaları gerekmektedir. Türk mahkemelerinin bu tür davalarda yukarıda ifade ettiğimiz şekilde hareket etmeleri, yabancı kararın maddi veya usuli kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediği noktasından gerçekleşebilecek olası bir ihlalin engellenmesini kolaylaştıracaktır. En azından muhtemel bir şikâyet başvurusunda Türk mahkemelerinin yabancı kararın

kamu düzenine uygulugu denetimini yerine getirdigi noktasinda AIHM nezdinde olumlu bir kanaatin olusmasini temin edebilecektir.

c. AIHS’nde Yer Alan Haklar ile Kamu Düzeni Müdahalesi Arasındaki İlişkiyi Ele Alan ABAD İctihatları ile Bu İctihatların Değerlendirilmesi

AIHM’nin az sayidaki kararından anlasildiği kadarıyla, davalının tenfiz devletince de korunmak zorunda olan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının kapsamına giren birtakim hak ve ilkelere yabancı mahkemece de riayet edilip edilmediğini araştırmamak, tanıma-tenfiz devletin AIHS m.6/1’den sorumluluğuna yol açabilecektir. Bu bakımdan, yabancı kararın gayri adil bir yargılamanın ürünü olup olmadığı, prensip olarak taraf devlet hukukunun AIHS m.6/1’e ilişkin ictihatlarla şekillenen usuli kamu düzeni anlayışı çerçevesinde değerlendirilecektir. AIHM ictihatları vasıtasıyla taraf devletlere yüklenen yabancı kararın AIHS m.6/1’e uygunluğunu denetleme yükümlülüğü, usuli kamu düzeni anlayışını yansıtan bir tanıma-tenfiz şartları/engellerinin anlamı ve kapsamının da değişmesine neden olabilmektedir. Bu bakımdan, pozitif hukukumuzda arka planında aleyhine tenfiz talebinde bulunulan tarafın adil yargılanma haklarının korunmasının yattığı “(usuli) kamu düzenine aykırı olmama” veya “savunma haklarına riayet edilmiş olma” şeklindeki tenfiz şartlarının gerek kapsamının belirlenmesinde gerekse tatbikinde, kapsamına girdiği ölçüde, AIHS m.6/1’deki hakların referans alınması gerektiği söylenebilir. Örneğin, davalının savunma haklarını sadece MÖHUK m.54/ç hükmü ile sınırlamak veya gıyabında veya yokluğunda verilmeyen bir kararı, salt davalının mahkemeye çağrılmadığı gerekçesiyle reddetmek, Türkiye açısından *Pellegrini v. İtalya* kararına benzer bir sonuca yol açabilecektir.

Bunun yanı sıra, AIHS m.6/1’e aykırı bir şekilde verildiği gerekçesiyle yabancı kararın tanınması-tenfizi talebinin üye devlet mahkemelerince usuli kamu düzenine istinaden reddedilip reddedilmeyeceği meselesinin de pek çok kez tartışıldığı ve üye devletlerin kamu düzeni anlayışlarını şekillendiren ABAD’ın bazı kararlarına değinmek gerekir. Bu bağlamda, yukarıda sıkça zikrettiğimiz *Krombach v. Bamberski* kararı ise, yabancı ülkede davalının savunma haklarının ihlali ile kamu düzeni müdahalesi

arasındaki ilişkinin net bir şekilde konulduğu ilk karar olması itibariyle ayrıca ele alınmayı hak etmektedir.

Söz konusu kararda tenfize konu tazminat kararının verildiği Fransız ceza yargılamasında, davalı/sanık Krombach mahkemeye davet edilmesine ve hakkında yakalama kararı çıkarılmasına rağmen duruşmaya katılmamıştır. Biri Fransız biri Alman iki avukat tarafından temsil edilmiş, ancak mahkeme Fransız ceza usul hukukuna göre duruşmaya katılmadığından avukat tarafından temsil edilemeyeceğine ve yazılı savunmasının kabul edilemez olduğuna hükmetmiştir. Yargılama sonucunda gıyabında taksirle adam öldürmekten hapis cezasının yanı sıra aleyhine tazminata hükmedilmiş ve karar kesinleşmiştir. Verilen tazminat kararının tenfizi amacıyla açılan davada *Krombach* Fransız mahkemeleri önünde kendisini yeterince savunma fırsatı verilmediğinden, söz konusu kararın Brüksel Sözleşmesi m.27/1 (Brüksel I Tüzüğü m.34/1; Brüksel Ibis Tüzüğü m.45/1-a) uyarınca Alman kamu düzenine açıkça aykırı bir şekilde verildiğini ileri sürmüş, Alman Yüksek Mahkemesi de ABAD'ın ön karar prosedürüne başvurmuştur¹⁴³².

ABAD, yabancı kararın tanınması veya tenfizinin “*üye devletin hukuk düzenine göre vazgeçilmez/temel olarak kabul edilen bir hukuk kuralına*” veya “*o hukuk düzeni içerisinde temel (hak) olarak kabul edilen bir hakka açıkça aykırılık teşkil etmesi halinde*” kamu düzeni müdahalesine müracaatın doğru olacağını belirtmiştir¹⁴³³. Ardından, savunma hakkının adil bir yargılamanın işleyişinde ve yerine getirilmesinde önemli bir konum işgal ettiğini ve üye devletlerin anayasal geleneklerinden kaynaklanan temel haklardan biri olduğunu vurgulamıştır¹⁴³⁴. Bu gerekçeyle, bir taraf devlet mahkemesinin duruşmada bulunmayan bir sanığın/davalının savunmasını dinlemeyi reddetmesinin bir temel hakkın açık ihlali olacağını belirterek¹⁴³⁵, savunma

¹⁴³² Bkz.. *Krombach v Bamberski*, para.12-17.

¹⁴³³ *Krombach v. Bamberski*, para.37.

¹⁴³⁴ *Krombach v. Bamberski*, para.38. ABAD, “*Daha açık bir ifadeyle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ceza yargılamasıyla ilgili davalarda, her ne kadar mutlak olmasa da, bir suçla itham edilen her kişinin, icabında mahkemece atanan bir avukat tarafından etkili bir şekilde savunulma hakkının adil bir yargılamanın temel unsurlarından biri olduğuna ve suçlanan kişinin sadece duruşmada bulunmadığı için böyle bir hakkı kaybetmeyeceğine birçok kez hükmetmiştir.*” şeklindeki ifadesiyle yukarıdaki tespitini AİHM içtihatlarıyla da gerekçelendirmiştir. Bkz.: *Krombach v. Bamberski*, para.39.

¹⁴³⁵ *Krombach v. Bamberski*, para.40.

hakkının ihlalinin yabancı bir kararın tanınması veya tenfizine engel teşkil edeceğini ortaya koymuştur. Şüphesiz, ABAD, teknik olarak Fransız kararının tenfizinin Alman kamu düzenine aykırı olduğunu açık bir şekilde ifade etmese de, sunmuş olduğu gerekçelerden böyle bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Kamu düzeni müdahalesine, sadece tanınması veya tenfizi halinde esaslı bir hukuk kuralının veya bir temel hakkın aşikâr bir ihlalinin teşkil edecek olan yabancı karara karşı istinat edilebilecektir. Buna göre, savunma hakkı da bu tür bir haktır ve yargılamada hazır bulunmamanın cezası olarak bir avukat tarafından yapılacak etkili bir savunmanın engellenmesi bu hakkın açık ihlali niteliğindedir¹⁴³⁶. Nitekim ABAD’ın, bu şekildeki ön kararını dikkate alan Alman Yüksek Mahkemesi de, Alman Anayasasında güvence altına alınan (hukuki) dinlenilme hakkına atıf yaparak Fransız kararının ilgili kısmının Alman kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle tenfiz edilemez olduğuna karar vermiştir¹⁴³⁷.

Böylece, ABAD’ın söz konusu kararıyla, davalıya yabancı ülkedeki bazı usuli eksikliklere karşı koruma sağlayan m.27/2 hükmü (Brüksel Ibis Tüzüğü m.45/1-b) nedeniyle uygulanıp uygulanmayacağı konusunda daha önce tereddütle bakılan m.27/1 hükmünün, yani kamu düzeni müdahalesinin kapsamına temel usuli hak ihlallerinin de girdiğini açıkça ortaya koyduğu belirtilmektedir¹⁴³⁸. Bu bakımdan, söz konusu karar, tıpkı MÖHUK m.54/ç gibi, yabancı mahkemedeki yargılamadan (duruşmadan) yeterince haberdar edilmediği ve verilen karara karşı itiraz yollarını kullanamadığı durumları kapsayan m.27/2 hükmünün, *Krombach* kararındaki ihlali kapsamayan, oldukça dar bir koruma sağladığı açıkça anlaşılmaktadır. Zira söz konusu karara konu yabancı ülkede gerçekleşen yabancı ülkedeki yargılamadan haberdar olan davalı kendisini savunmak üzere bir avukat tayin etmiş, ancak Fransız usul hukuku kurallarına göre yargılamaya katılması fiilen engellenmiştir. Ayrıca, hangi hakların bir temel hak vasfında olduğunun ve ihlallerinin ne zaman tanıma veya tenfiz talebinin reddini gerektirecek kadar açık bir ihlal olarak görülebileceğinin belirlenmesi konusunda

¹⁴³⁶ Nitekim, Almanya’da tenfizi talep edilen Fransız mahkemesince tazminat kararının verildiği yargılamada Fransız mahkemelerinin AİHS m.6’ya aykırı bir yargılama yaptığını belirterek Fransa’yı mahkum etmiştir. Bkz.: *Krombach v. Fransa*, no.29731/96, 13 Şubat 2001.

¹⁴³⁷ Kararın ilgili kısmı için bkz.: Andreas F. Lowenfeld, “Jurisdiction, Enforcement, Public Policy and Res Judicata: The *Krombach* Case”, **Intercontinental Cooperation Through Private International Law – Essays in Memory of Peter E. Nygh**, Ed. Talia Einhorn/Kurth Siehr, TMC Asser Press, The Hague 2004, s.235-236.

¹⁴³⁸ Hazelhorst, **a.g.e.**, s.75.

başvurulacak bir yol olarak açıkça AİHM içtihatlarına atıf yapıldığı görülmektedir¹⁴³⁹. Buna göre, ulusal mahkemelerin yabancı kararın davalının AİHS m.6/1 uyarınca savunma haklarına aykırı bir şekilde verilmiş olup olmadığını göz önünde bulundurmaları gerekmektedir.

ABAD diğer bir üye (taraf) devlet mahkemesince verilen iflasın açılmasına ilişkin kararın tanınmasıyla ilgili *Eurofood* kararında da, söz konusu kararını takip etmiştir¹⁴⁴⁰. Söz konusu kararda ABAD, bir üye devletin diğer bir üye (taraf) devlette başlatılan iflas prosedürünün/takibinin başlatılmasına ilişkin kararın ilgili şahsın yararlanması gereken dinlenilme hakkına aykırı bir şekilde verilmiş olması halinde, söz konusu kararın tanınması talebini reddedebileceğini belirtmiştir¹⁴⁴¹. Bununla beraber, *Gambazzi v. Daimler Chrysler Canada Inc* kararı¹⁴⁴² ise, her usuli eksikliklerin kamu düzenine aykırı olarak nitelendirilmeyebileceğini göstermektedir.

Söz konusu kararda, bir ABD şirketinin iflasına karar verilmesi üzerine, şirketin alacaklıları, aralarında şirketin avukatlığını üstlenen İsviçre vatandaşı Gambazzi'nin de olduğu davalılara karşı dava açmıştır. İngiliz mahkemeleri, davalılardan Gambazzi'ye aralarında fonlarıyla ilgilenmesini yasaklayan ve malvarlığı hakkında bilgi vermesini ve davayla ilgili bazı belgeleri mahkemeye sunmasını emreden kararlar vermiştir. Gambazzi ise, talep edilen bazı bilgilerin açıklanmasının kendisi hakkında İsviçre'de ceza kovuşturmasına maruz bırakacağı gerekçesiyle söz konusu emre yönelik itiraz etmesine rağmen söz konusu itirazı reddedilmiştir. İngiliz Yüksek Mahkemesi, söz konusu emre uymadıkça davalının duruşmalara katılmaktan men edilmesine karar vermiştir. Sonuç olarak, Yüksek Mahkeme, davalının mahkemeye itaatsizlik ettiği gerekçesiyle yargılamayı gıyabında sürdürmüştür. İngiliz usul hukukuna göre, bu tür

¹⁴³⁹ Bkz.: *Krombach v. Bamberski*, para.39.

¹⁴⁴⁰ Bkz.: *Eurofood IFSC Ltd., Case C-341/04*, (2006) ECR-03813, (Çevrimiçi, curia.europa.eu, 22 Temmuz 2018). Söz konusu kararda, bir üye devletin, diğer bir devlette kendi kamu düzenince korunmakta olan bazı usuli kurallara riayet edilmeksizin başlatılan bir iflas prosedürünü tevsik eden kararı tanımak zorunda olup olmadığı ABAD'ın önüne getirilmiştir. ABAD, 1346/2000 sayılı Aciz (İflas) Usullerine İlişkin 29 Mayıs 2000 tarihli AB Tüzüğü AB ilgili olan bu başvuruda, Brüksel Sözleşmesi m.27/1'de yer alan kamu düzenine ilişkin *Krombach v. Bamberski* kararındaki tespitlerine atıf yaptıktan sonra, bu karardaki tespitin söz konusu Tüzüğün 26. maddesinin yorumlanmasına da uygulanabilir olduğunu belirtmiştir. Bkz.: *Eurofood*, para.60-66.

¹⁴⁴¹ *Eurofood*, para.67.

¹⁴⁴² *Gambazzi v. Daimler Chrysler Canada Inc. ve CIBC Mellon Trust Company, Case C-394/07*, (2009) I-02563, (Çevrimiçi, curia.europa.eu, 22 Temmuz 2018).

şartlar altında, İngiliz mahkemeleri davanın esası hakkında herhangi bir incelemeye girişmeksizin başvuruçuların iddiaları hakkında karar verebilmektedir. Sonuç olarak, İngiliz Yüksek Mahkemesi, davalıyı gıyabında verilen bir kararla yüksek bir tazminata mâhkum edilmiştir. İtalyan mahkemelerindeki tenfiz davasında, davalı duruşmadan men edilmesiyle savunma hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek temyize gitmiştir.

ABAD, ilk olarak savunma hakkının adil bir yargılamanın gerçekleşmesi bakımından arz ettiği öneme atıf yapmış¹⁴⁴³, ancak *Krombach* kararından farklı olarak, savunma haklarına saygı gibi temel hakların sınırsız bir ayrıcalık teşkil etmediğini ve kısıtlamalara tabi olabileceğini belirtmiştir. Ancak bu tür kısıtlamalar söz konusu tedbirle izlenen kamu yararıyla uyumlu olmalı ve izlenen amaç doğrultusunda, söz konusu hakka aşikâr ve ölçüsüz bir müdahale teşkil etmemelidir¹⁴⁴⁴. *Krombach* kararında savunma haklarının kamu düzeni müdahalesi vasıtasıyla yeterince korunmasına odaklanan ABAD, burada ise savunma haklarının meşru bir şekilde sınırlandırılabilmesini temin eden yaptırımlara vurgu yaparak, terazinin diğer tarafına ağırlık vermiştir. Buna göre, yargılamayı bir bütün olarak ve ilgili tüm koşullar ışığında göz önünde bulundurmak suretiyle, davalının adil bir yargılama elde etmiş olup olmadığını araştırmak tanıma veya tenfiz kararı verecek ulusal mahkemeye aittir¹⁴⁴⁵. Ulusal mahkemenin tenfiz kararı vermeden evvel, davalının, kendisine göre, iddiasını destekleyebilecek tüm maddi ve hukuki hususları ileri sürebilme fırsatına sahip olup olmadığını ve bunların çelişmeli yargılama ilkesine tamamen uygun bir şekilde esastan incelenip incelenmediğini araştırması gerekmektedir¹⁴⁴⁶. Bu bağlamda, ABAD ulusal mahkemenin davalıya karşı verilmiş olan çeşitli kararların/emirlerin savunma hakkının ihlali bakımından kabul edilebilir olup olmadığını belirleyebilmesi için birtakım yol

¹⁴⁴³ Bkz.: *Gambazzi v. Daimler*, para.28.

¹⁴⁴⁴ *Gambazzi v. Daimler*, para.29. Buna göre İngiliz Yüksek Mahkemesince verilen kararlar (order), adaletin sağlıklı bir şekilde yürütülmesini sağlamak amacıyla verilmiş olup, böyle bir amacın savunma haklarını sınırlandırmak açısından meşru olduğu, ayrıca pek çok üye devlet hukukunda bu tür yaptırımların sonucunda ihkakı haktan imtinaya yol açabilecek geciktirme taktiklerine karşı bir yaptırım olarak benimsendiği belirtilmiştir. Ancak, bu tür yaptırımların adaletin sağlıklı bir şekilde yürütülmesini sağlamak olan amaç bakımından açıkça ölçüsüz olmaması gerektiğini belirtmiştir. Bkz.: *Gambazzi v. Daimler*, para.30-33.

¹⁴⁴⁵ *Gambazzi v. Daimler*, para.40.

¹⁴⁴⁶ *Gambazzi v. Daimler*, para.42.

gösterici faktörlere yer vermiştir¹⁴⁴⁷. Böyle bir araştırmanın tamamlanmasını müteakiben, ulusal mahkemelerin, Yüksek mahkemece izlenen adaletin etkin bir şekilde yürütülmesi amacı ışığında, davalının yargılamadan men edilmesinin (AİHS m.6/1 anlamında müdahalenin) onun dinlenilme hakkına aşikâr ve ölçüsüz bir aykırılık olarak görünüp görünmediğini değerlendirmek amacıyla çeşitli faktörler arasında bir dengeleme/tartma faaliyetinde bulunması gerekmektedir¹⁴⁴⁸.

Görüldüğü üzere, ABAD *Krombach* kararında AİHS m.6/1'in ihlali konusunda daha açık/net bir tutum sergilemişken, yargılamadan men kararının gerçekten AİHS m.6/1'i ihlal edip etmediğini değerlendirmek yerine, topu ulusal mahkemeye atması nedeniyle eleştirilmiştir¹⁴⁴⁹. *Krombach* kararında doğrudan AİHM yargılamasına atıfta bulunan ABAD'n bu kararında, tıpkı AİHM gibi bir yargılama gerçekleştirmesi beklenemeyeceğinden, belirleyici bir cevap vermekte suskun kalması anlaşılabilir. Ancak yine yargılamadan men kararını davalının adil yargılanma hakkının bir ihlali olarak görmenin de zor olmadığı belirtilmektedir. Bu bakımdan, yargılamadan tamamen men edilmesini öngören böyle bir yaptırımın, izlenen amaç bakımından tümüyle ölçüsüz olduğu ileri sürülmektedir¹⁴⁵⁰.

Diğer taraftan, kamu düzeni müdahalesinin tatbik edilip edilmeyeceğinin değerlendirilmesi bakımından yabancı mahkemece verilen yargılamadan men kararının gerçekten belirleyici olabileceği sonucuna varan ABAD, ulusal mahkemelerce

¹⁴⁴⁷ ABAD'a göre, İngiliz mahkemelerince verilen bilgi ve belge açıklama emrine (disclosure order) riayet etmeyen davalının bu konuda ileri sürmüş olduğu gerekçenin çelişmeli bir yargılama prosedürü içerisinde ileri sürülebilip sürülemeyeceğini tespit etmek ulusal mahkemeye düşmektedir. Davalının mahkeme emrine uymadıkça duruşmadan men edileceğini öngören emre (unless order) gerçek bir karşı gelme fırsatı sunan usuli güvencelerden davalının feragat edebilmesinin mümkün olup olmadığını ulusal mahkeme araştırmalıdır. Davacıların iddialarını davalı yokmuş gibi karara bağlayan İngiliz Yüksek Mahkemesi kararları açısından, bu iddiaların dayanaktan yoksun olup olmadığının incelenip incelenmediği veya davalının konu hakkında görüşlerini sunabilme fırsatına ve temyize gitme hakkına sahip olup olmadığı sorularını araştırmak ulusal mahkemeye düşmektedir. ABAD'a göre, tek amacı dinlenilme hakkının açık ve ölçüsüz bir ihlalin var olup olmadığını tespit etmek olan bu hususların araştırılması, Yüksek Mahkemenin değerlendirmelerinin esastan incelenmesi anlamına gelmeyecektir. Söz konusu mahkeme, davalıya sunulan yasal yollarının varlığını tespit etmek ve davalıya çelişmeli yargılama ilkesine ve savunma haklarına tamamen riayet edilmiş olarak dinlenilme hakkından yararlanma olanağı sunulup sunulmadığını teyit etmekle sınırlandırmalıdır. Bkz.: *Gambazzi v. Daimler*, para.42-46.

¹⁴⁴⁸ *Gambazzi v. Daimler*, para.47.

¹⁴⁴⁹ Bkz.: Paul Beaumont/Emma Johnston, "Can Exequatur be Abolished in Brussels I whilst Retaining a Public Policy Defence?", *JPIL*, Vol.6. No.2, 2010, s.256.

¹⁴⁵⁰ Hazelhorst, *a.g.e.*, s.77.

yapılacak bir dengeleme eylemine, daha doğrusu bunun ne şekilde yerine getirilebileceğine yoğunlaşmıştır. Ulusal mahkemelerin dengeleme eyleminde, başka bir deyişle adil ve makul bir denge arayışında bulunurken, davalının savunma haklarının yanı sıra söz konusu hakları sınırlandırmayı haklı kılabilen kamu yararı güden hedefleri dikkate alması gerekecektir. Bu nedenle, kamu düzeni müdahalesi bu konuda ulusal mahkemeye bir takdir marjı sağlamaktadır. Nitekim İtalyan mahkemesi davanın tüm koşulları ışığında davalıya yabancı ülkede dinlenme fırsatı verildiğine ve bu hakkını kullandığına, dolayısıyla İngiliz kararının savunma hakkının aşikâr ve ölçüsüz bir ihlalinin söz konusu olmadığına karar verirken söz konusu takdir marjını kullanmıştır¹⁴⁵¹.

Netice itibariyle, yukarıdaki örneklerle ABAD, aynı zamanda içtihatlarıyla AİHM tarafından da kabul edilen kamu düzeni ile (usuli) temel haklar arasındaki bağlantıyı ortaya koyarak, AİHS’nde ve üye devletlerin anayasal geleneklerinde yer alan savunma hakkının ehemmiyetine vurgu yapmıştır. Buna göre, kamu düzeninin kapsamına giren temel ilkeler/değerler kategorisine adil yargılanma hakkı da girmektedir ve kamu düzeni müdahalesi bireylerin söz konusu hakkını da korumaya hizmet etmektedir.

D. Tenfizine Karar Verilmiş Yabancı Kararın Tenfiz Devletin Yetkili Makamları Tarafından Yerine Getirilmemesi ile Taraf Devletin AİHS’nden Kaynaklanan Sorumluluğu Arasındaki İlişki

1. Genel Olarak

Taraf devletlerin (yabancı unsurlu) özel hukuk davalarında olduğu gibi, yabancı bir mahkeme kararının tanınması veya tenfizi talebiyle kendi mahkemelerinde açılan davaları gerek tarafların gerekse hakları etkilenebilecek üçüncü kişilerin AİHS’nin koruma alanına giren haklarıyla bağdaşır bir şekilde görüp karara bağlaması, bireylerin birbiriyle çatışan hakları arasında denge kurması gerekmektedir. Ulusal mevzuatta yer alan tanıma-tenfiz usulüne ve şartlarına ilişkin kuralların bireylerin Sözleşmesel haklarıyla bağdaşmayacak şekilde yorumlanması veya tatbik edilmesinin sadece AİHS

¹⁴⁵¹ Bkz.: Hazelhorst, **a.g.e.**, s.77.

m.6/1'e değil, AİHS m.8 ve/veya diğer temel haklara aykırı sonuçlara yol açabileceği bir gerçektir. Bununla beraber, bir taraf devletin AİHS'nden kaynaklanan sorumluluğu, sadece tanıma-tenfiz prosedürlerinin bireylerin Sözleşmesel haklarıyla bağdaşır bir şekilde görülüp karara bağlanmasıyla da sona ermemektedir. Yabancı mahkeme kararıyla ortaya çıkan özel hukuka ilişkin bir hakkın, yabancı kararın tanınmasına-tenfizine karar verilmesine rağmen, taraf devletin yetkili makamlarınca yerine getirilmemesi, kimi hallerde lehine bir tanıma-tenfiz kararı elde eden tarafın Sözleşmesel hakkının ihlaline neden olabilmektedir. Şöyle ki;

Ulusal mahkemeler, tenfiz kararıyla, yabancı mahkemece ortaya çıkarılan adli hakikatin kendi hukuk düzeni bakımından da kabul edilebilir olduğuna (tanıma) ve kararın yetkili makamları aracılığıyla icra edilebileceğine (icra edilebilirlik vasfı) sahip olduğuna karar vermektedir¹⁴⁵². İşte, böyle bir kararın gereğinin yerine getirilmemesi de, tıpkı bir özel hukuk uyumsuzluğını kesin ve bağlayıcı olarak karara bağlayan bir ulusal mahkeme kararının söz konusu devleti yetkili makamlarınca yerine getirilmemesi/icra edilmemesiyle aynı sonuca yol açmaktadır. Bu da, aşağıda inceleyeceğimiz üzere, lehine bir karar elde eden tarafın AİHS m.6/1'de veya yabancı kararla ortaya konan hakkın niteliği gereği, P-1 m.1'de güvence altına alınan bir hakkına aykırı bir sonuca yol açabilmektedir. AİHM'nin aşağıda inceleyeceğimiz kararlarından anlaşıldığı kadarıyla, bu durum genellikle yabancı mahkemece tespit edilen alacak hakları bakımından ortaya çıkabilmektedir. Ayrıca, velayet veya kişisel ilişki kurma kararları da, niteliği itibarıyla tenfize konu kararlardan olduğundan, prensip olarak, tenfizine hükmedilen velayet veya kişisel ilişki kararlarının gereğinin, tenfiz devletinin yetkili makamlarınca gecikmeksizin ve etkin bir şekilde yerine getirilmemesi halinde de söz konusu devletin AİHS m.8'den sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

2. AİHS m.6/1 Açısından: Mahkeme Kararlarının İcrası Hakkına Aykırılık

Yabancı mahkeme kararıyla ortaya çıkan hukuki statünün veya özel hakkın, yabancı mahkeme kararının tanınmasına veya tenfizine karar verilmesine rağmen, taraf devletin yetkili makamlarınca dikkate alınmaması veya yerine getirilmemesi nedeniyle

¹⁴⁵² Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s.680-681; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s.506-507; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s.4.

de taraf devletin AİHS m.6/1'den sorumluluğuna gidilebilir. Gerçekten AİHS m.6/1, taraf devletlere sadece söz konusu maddede yer alan adil yargılanma kriterlerine uygun bir yargılama yaparak davayı sonuçlandıracak bir mahkemeye erişim sağlama yükümlülüğü değil, aynı zamanda kendi mahkemelerince verilen kararların uygulanmasını sağlama yükümlülüğü de getirmektedir.

AİHS m.6/1'in bireylere sağlamış olduğu koruma, sadece söz konusu maddede yer alan usuli güvencelere uygun bir yargılamanın cereyan edeceği bir mahkemeye erişimle sınırlı değildir. AİHM, ilk kez *Hornsby v. Yunanistan* kararında, ulusal hukuk sisteminde kesinleşmiş ve bağlayıcı yargı kararlarının bir tarafın zararına olacak şekilde işlevsiz hale getirilmesinin mahkemeye erişim hakkını hayali hale getireceğini, sadece yargılamanın işleyişine ilişkin usuli güvencelerin değil, mahkeme kararlarının uygulanmasının da AİHS m.6/1'i koruması altında olduğunu belirtmiştir¹⁴⁵³. Buna göre, taraf devletler mahkeme kararlarının gereksiz bir gecikme olmaksızın uygulanmasını sağlayan hem hukuken hem de pratikte etkili bir sistem düzenleme pozitif yükümlülüğü altında olup¹⁴⁵⁴, mahkeme kararlarının uygulanmasında yaşanan gecikmeler, hakkın özünü zedelediği müddetçe, meşru görülmektedir¹⁴⁵⁵. Aksi takdirde, taraf devletlerin kendi mahkemelerini bireylerin kullanımına açmalarının herhangi bir anlamı kalmayacaktır. Dolayısıyla, devletin bir özel hukuk kişisi lehine verilen mahkeme kararının uygulanmasına ilişkin sorumluluğu, söz konusu kararın icrası aşamasına dâhil olan kamu makamlarının gerekli özeni göstermeksizin hareket etmeleri veya kararın icrasını engellemeleri halinde de söz konusu olabilir. Bununla beraber, taraf devletlerin mahkeme kararlarının uygulanması konusundaki yükümlülüğü de mutlak değildir. Eğer, aleyhine karar verilen kişinin aczi nedeniyle mahkeme kararının icra edilememesi

¹⁴⁵³ Ayrıca AİHM, kesinleşmiş ve bağlayıcı bir yargı kararının uygulanmamasını, AİHS m.6/1 açısından, yargılamanın ayrılmaz bir parçası olarak kabul etmiştir. Bkz.: *Hornsby v. Yunanistan*, para.40. Ayrıca bkz.: *Burdov v. Rusya*, para.33-38.

¹⁴⁵⁴ *Jovanoski v. Makedonya*, para.24; *Fouklev v. Ukrayna*, no.71186/01, 7 Haziran 2005, para..83-84; *Apostol v. Gürcistan*, no.40765/02, 28 Kasım 2006, para.64; *Pecevi v. Makedonya*, no. 21839/03, 16 Mart 2009, para.29

¹⁴⁵⁵ *Burdov v. Rusya*, para.35. *Raylyan v. Rusya*, no.22000/03, 15 Şubat 2007, para.29. AİHM, kararın uygulanmasında makul bir gecikmenin, kararın uygulanması prosedürünün (enforcement proceedings) karmaşıklığına, başvurunun ve yetkili makamların tutumlarına, mahkeme kararının miktarı ve niteliğine bağlı olacağını belirtmektedir. Bkz.: *Raylyan v. Rusya*, para.31.

veya icra prosedürünün etkisizliği söz konusu ise, kararın icra edilememesinden devlet sorumlu tutulamayacaktır¹⁴⁵⁶.

AIHM'nin çeşitli kararlarında belirttiği üzere, yukarıdaki hususlar yabancı mahkeme kararlarının uygulanması bakımından da geçerlidir. Buna göre, tanınmasına veya tenfizine karar verilen bir yabancı mahkeme kararının, tanıma-tenfiz devletinin yetkili makamları tarafından gecikmeksizin ve gerekli özen gösterilmeksizin uygulanmaması veya kararın icra edilmesinin engellenmesi, tanıma veya tenfiz kararı elde eden tarafın böyle bir taleple taraf devlet mahkemelerine başvurmasını anlamsız hale getirecektir. Nitekim yabancı bir mahkeme kararının yetkili makamlar tarafından hızlı ve etkin bir şekilde yerine getirilmemesi veya kararın icrası konusunda yeterli dikkat ve özeni göstermemeleri, AIHS m.6/1'in ihlal edildiği iddialarına sıkça konu olmuştur.

Örneğin, *Jovanoski v. Makedonya* kararında, Makedonya vatandaşı başvuru 1991 yılında Hırvat şirketine karşı elde ettiği kararın tenfizi talebiyle dava açmış ve alacağını kısmen elde etmiştir. Bakiye alacağın tahsili talebiyle yapılan 1992 yılındaki başvuru sonucunda, Yugoslavya'da yaşanan savaş ve çatışmalarla söz konusu devletin dağılması nedeniyle kararın icra edilmesi mümkün olmamış, mahkemeler de davayı bekletmiştir. 2001 yılında, yabancı devlet vatandaşlarına ilişkin tüm dava dosyaları yetkili mahkemelerce ortadan kaldırılmıştır. Başvurucu, 2003 yılında yaptığı araştırmada, dosyanın arşive kaldırıldığını öğrenmesi üzerine, alacağının tenfiz edilmemesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür¹⁴⁵⁷.

AIHM, öncelikle taraf devletlerin mahkeme kararlarının uygulanması/icrası konusundaki pozitif yükümlülüğüne ve bu yükümlülüğün sınırlarına değinmiştir¹⁴⁵⁸. Ardından, başvurunun bakiye alacağın tenfizi talebiyle başvurduğu tarih ile dava dosyasının ortadan kaldırıldığı, dolayısıyla davanın resmi olarak sona erdiği tarih arasında sekiz yıllık bir sürenin geçtiğini, davanın Makedonya'nın AIHS'ne taraf olduğu tarih itibarıyla yaklaşık beş yıldır derdest olduğunu tespit etmiştir. Yerel

¹⁴⁵⁶ Romanczyk v. Fransa, no.7618/05, 18 Kasım 2009, para.55; Matrakas ve diğerleri v. Polonya ve Yunanistan, no.47268/06, 7 Kasım 2013, para.146.

¹⁴⁵⁷ Jovanoski v. Makedonya, para.5-12, 16.

¹⁴⁵⁸ Bkz. Jovanoski v. Makedonya, para.24.

mahkemece tenfiz (savaş nedeniyle) fiilen mümkün olmadığına karar verildiği tarih ile üst derece mahkemesinin davanın yeniden görülmesine karar verdiği 1995 yılı arasında yerel mahkeme hareketsiz kalmış, davalı devlet mahkemelerinin bundan sonraki tek eylemi dava dosyasının kaldırılması olmuştur. Ayrıca, dava dosyasının başvuruçunun talebi üzerinde işlem den kaldırıldığına dair bir kanıt da yer almamaktadır¹⁴⁵⁹.

Başvuruçunun tutumunu da inceleyen AİHM, başvuruçunun 1995'teki duruşmadan dava dosyasının kaldırıldığını öğrendiği 2003'e kadar hareketsiz kaldığını belirtse de, AİHS m.6/1'in ihlal edildiğine kanaat getirmiştir. AİHM'ne göre, tüm şartlar dikkate alındığında, ulusal mahkemeler başvuruçunun talebinin yerine getirilmesi için yeterli ve etkili tedbirler almaktan imtina etmiş ve başvuruçuyu AİHS m.6/1'in tüm yararlı etkilerinden yoksun bırakmıştır¹⁴⁶⁰. Sonuç olarak, başvuruçunun hareketsizliği ile kıyaslandığında, taraf devlet mahkemelerinin kesinleşmiş ve bağlayıcı bir kararın icra edilmesi için harekete geçmemesi AİHS m.6/1'in ihlalinde etkili olmuştur.

Bu karar dışında, yabancı mahkemelerden verilen nafaka kararlarının diğer bir taraf devlette, söz konusu devletin yetkili adli ve/veya idari makamlarının bu konuda yeterli ve gerekli özeni göstermemeleri nedeniyle icra edilememesi veya kararın icrasında uzun gecikmelerin yaşanması, AİHM nezdinde bir dizi şikâyet başvurusuna konu olmuştur. Söz konusu başvuruların hepsi, Nafaka Alacaklarının Yabancı Memleketlerde Tahsili ile İlgili New York Sözleşmesine istinaden ileri sürülen nafaka alacaklarının tahsili taleplerinin, Sözleşmeye taraf devletlerin yetkili makamlarının Sözleşmenin 6. maddesinden kaynaklanan nafaka alacaklılarına yardımcı olma yükümlülüğünü yerine getirirken gerekli ve yeterli özeni göstermediği iddiaları ile ilgilidir. Söz konusu Sözleşme, nafaka alacaklarının, nafaka alacaklısı ile nafaka borçlusunun bulunduğu Sözleşmeye taraf devletlerin belirlediği aracı makamlar devreye sokularak daha kolay bir şekilde tahsil edilmesi amacıyla tanzim edilmiş bir adli yardım anlaşmasıdır. Bu sözleşmeden yararlanmak isteyen nafaka alacaklıları, genellikle bir nafaka kararına istinaden, bulundukları taraf devletin yetkili gönderici

¹⁴⁵⁹ Jovanoski v. Makedonya, para.25-28.

¹⁴⁶⁰ Jovanoski v. Makedonya, para.29-30.

makamları vasıtasıyla nafaka borçlusunun bulunduğu devletin aracı makamına nafakanın tahsili talebinde bulunmaktadır. Sözleşmenin 6.maddesine göre, nafaka borçlusunun bulunduğu devletin yetkili aracı makamı, alacaklı tarafından ileri sürülen nafakanın sulh yoluyla ödenmesi veya nafaka alacaklısı adına bir nafaka davası veya adli veya idari makamlarca verilen kararların tenfizi için dava açmak gibi, nafakanın tahsil edilebilmesi için gerekli her türlü tedbiri almakla yükümlü kılınmıştır.

New York Sözleşmesince öngörülen nafaka alacağının tahsiline ilişkin yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle taraf devletlere karşı yapılan şikâyetlerde AİHM, genellikle aracı makamların New York Sözleşmesinin 6. maddesinde öngörülen nafakanın tahsiline ilişkin gerekli vasıtalarla başvurmakta ve süreci yürütmekte gerekli özeni göstermediği gerekçesiyle AİHS m.6/1'in ihlalini bulgulamaktadır. AİHM'nin bu konudaki kararları, nafakanın tahsilinde alacaklıya yardımcı olmakla yükümlü olan, nafaka borçlusunun bulunduğu devletin aracı makamının bir tenfiz davası açmış olup olmamasına bağlı olarak farklılık arz etmektedir. Aracı makamın nafaka alacaklısının başka bir ülke mahkemesinden elde etmiş olduğu nafaka kararına istinaden bir tenfiz davası açmak yerine, sulh ve müzakere yoluyla nafaka alacağının tahsil etmeye çalışırken bu konuda gerekli özeni göstermediği gerekçesiyle yapılan şikâyet başvurularında AİHM'nin nasıl bir değerlendirme yaptığı, çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır¹⁴⁶¹. Biz burada, AİHM'nin, aracı makamın nafaka alacaklısı adına/lehine bir tenfiz kararı elde etmiş olmasına rağmen, nafaka borçlusunun bulunduğu taraf devletin yetkili makamlarınca söz konusu kararın yerine getirilmemesi nedeniyle AİHS m.6/1'den doğan sorumluluğunu nasıl değerlendirdiğini inceleyeceğiz. Ancak, bu konudaki kararlardan anlaşıldığı kadarıyla, AİHM'nin sadece tenfiz kararının icra edilip edilmediğini değil, aracı makam tarafından tenfiz davasının açılmasıyla tenfizine karar verilen yabancı nafaka kararının fiilen yerine getiril(me)mesi aşamasına kadar geçirilen süreci, bir bütün olarak ele aldığı görülmektedir. Ancak yine de, burada inceleyeceğimiz içtihatlarla yorum ve tespitlerin,

¹⁴⁶¹ Bu konudaki AİHM içtihatları için bkz.: Romancyk v. Fransa, no.7618/05, 18 Kasım 2010; Huc v. Romanya ve Almanya, 7269/05, 1 Aralık 2009; Dinu v. Romanya ve Fransa, no.6152/02, 4 Kasım 2008.

büyük ölçüde nafaka alacağının tenfizi davasının açılmadığı haller bakımından da geçerli olduğunu söyleyebiliriz.

Örneğin, *K v. İtalya* kararında¹⁴⁶², taraf devletlerin yetkili kıldığı aracı makam tarafından açılan tenfiz davasının görülüp karara bağlanmasına rağmen, geçirilen süre zarfında tenfizine karar verilen alacak kararının nafaka borçlusunun acze düşmesi nedeniyle tahsili mümkün olmamıştır. Söz konusu kararda New York Sözleşmesi hükümlerine göre nafaka alacaklısı başvuru adına yabancı mahkeme kararının tenfizi davasını açmaya ve takip etmeye yetkili olan İtalyan aracı makamı, başvuru Polonya gönderici makamları vasıtasıyla doğrudan tenfiz davasının açılması talebinde bulunmasına rağmen, söz konusu davayı başvuru talebinden yaklaşık iki buçuk yıl sonra açmıştır¹⁴⁶³. AİHM, özellikle yabancı nafaka kararının tenfizine karar verilmesine rağmen bir buçuk yıl boyunca kararın cebri icrası için herhangi bir yola başvurulmamış olmasını dikkate almıştır. Dolayısıyla, davanın karmaşıklık arz ettiğini kabul etmesine rağmen, aracı makamca yaklaşık yarısı hareketsiz geçirilen sekiz yıllık yargılama süresinin, bir bütün olarak dikkate alındığında, makul olmadığına kanaat getirmiştir¹⁴⁶⁴.

Daha yakın tarihli *Matrakas ve diğerler v. Polonya ve Yunanistan* kararı¹⁴⁶⁵, AİHM'nin taraf devletlerin New York Sözleşmesinden doğan yükümlülükleri ile taraf devletlerin (yetkili makamlarının) AİHS m.6/1'den kaynaklanan yükümlülükleri arasındaki ilişkiyi ayrıntılı bir şekilde ortaya koymaktadır. Söz konusu kararda, aynı nafaka borçlusuna karşı çeşitli tarihlerde Polonya mahkemelerinden nafaka kararı elde eden başvuru, New York Sözleşmesinin sağlamış olduğu mekanizmadan yararlanarak, nafaka alacaklarının temin edilmesi amacıyla nafaka borçlusunun yaşadığı Yunanistan aracı makamlarına iletilmek üzere Polonya gönderici makamlarına

¹⁴⁶² K. v. İtalya, no.38805/97, 20 Temmuz 2004. Söz konusu kararda, Polonya mahkeme kararıyla tespit edilen nafaka alacağını icra ettirmek isteyen başvuru, Mayıs 1994'te Polonya gönderici makamı vasıtasıyla İtalyan aracı makamlarına Polonya mahkeme kararının tenfizi için dava açılması talebinde bulunmuştur. Yaklaşık iki yıl sonra, Kasım 1996'da dava görülmeye başlanmış ve verilen tenfiz kararı Nisan 1999'de kesinleşmiştir. İtalyan aracı makamı, pek çok kez nafaka borçlusunu borcunu ödemeye davet etmiş, borçlunun buna uymaması üzerine Aralık 2000'de başlatılan ilk icra takibi, borçlunun hiçbir malvarlığı olmadığı gerekçesiyle sonuçsuz kalmıştır. Bkz.: K. v. İtalya, para.11-17.

¹⁴⁶³ K. v. İtalya, para.35-36.

¹⁴⁶⁴ K. v. İtalya, para.36-37.

¹⁴⁶⁵ *Matrakas ve diğerleri v. Polonya ve Yunanistan*, no.47268/06, 7 Kasım 2013

başvurmuş, ancak nafaka alacaklarının etkin bir şekilde temin edilememesi ve izlenen prosedürün aşırı uzunluğu nedeniyle AİHS m.6/1'in ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Üç başvuru da, Yunan makamlarından Polonya mahkemelerince verilen çeşitli nafaka kararlarının tenfizi davasının açılmasına yönelik bir talepte bulunmuştur¹⁴⁶⁶.

AİHM, öncelikle New York Sözleşmesinin amacına ve Sözleşmeye taraf devletlerin üstlenmiş oldukları nafaka alacaklısına nafakanın tahsili konusunda yardımcı olmak üzere gerekli her türlü adımları atma pozitif yükümlülüğü altında olduğuna vurgu yapmış, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin taraf devletin sorumluluğuna yol açacağını belirtmiştir¹⁴⁶⁷. Ardından, Polonya makamlarının Sözleşme kapsamında üstüne düşen tüm yükümlülükleri gerekli özeni göstererek yerine getirdiğine kanaat getiren¹⁴⁶⁸ AİHM, Yunan makamlarının nafaka alacaklısına yardım etmek üzere almış olduğu tedbirlerin uygun ve yeterli olmadığına hükmetmiştir¹⁴⁶⁹.

Gerçekten, ilk iki başvurunun talep ettikleri nafaka alacakları, henüz Yunan mahkemelerince bir tenfiz kararı verilmeden evvel, Yunan aracı makamlarının gerekli prosedürleri zamanında başlatmamaları ve sürüncemede bırakmaları nedeniyle zaten fazlasıyla uzun sürmüştür¹⁴⁷⁰. Üçüncü başvuru ise, Yunan makamlarından kaynaklanan gecikmelere rağmen, yine de Polonya mahkemesince lehine verilen

¹⁴⁶⁶ Matrakas ve diğerler v. Polonya ve Yunanistan, para.115.

¹⁴⁶⁷ Matrakas ve diğerler v. Polonya ve Yunanistan, para.147-149.

¹⁴⁶⁸ AİHM, bazı gecikmelerin Polonya makamlarına atfedilebilir olduğunu kabul etse de, sürecin karmaşıklığı nedeniyle bunların makul olduğunu kabul etmiştir. Polonya makamları, gerekli bilgi ve belgelerin toplanması ve Yunan makamlarına iletilmesi için gerekli adımları atmış, Yunan makamlarınca yürütülen prosedürü takip etmiş, çeşitli defalar taleplere cevap vermeyen Yunan makamlarıyla iletişime geçmek üzere Polonya'nın Atina elçiliğinin yardımını istemiştir. Sonuç olarak, Polonya aracı makamlarının nafaka alacağının temini konusunda alacaklıya sağlamış olduğu yardımın uygun ve yeterli olduğuna karar vermiştir. Bkz.: Matrakas ve diğerler v. Polonya ve Yunanistan, para.127-129.

¹⁴⁶⁹ Bkz.: Matrakas ve diğerler v. Polonya ve Yunanistan, para.157-159; 161-163; 167. AİHM söz konusu yükümlülüğe daha önceki kararlarında da değinmiştir. Bkz.: Romancyk v. Fransa, para.58; Huc v. Romanya ve Almanya, para.46.

¹⁴⁷⁰ AİHM, ilk başvurunun talebi açısından, ilk başvurucuya ait Polonya mahkeme kararlarının tenfizi taleplerinin bazen Yunan makamlarınca bazen de mahkemelerince reddedildiğini, bunun da ilk başvurunun ileri sürdüğü nafaka alacağının tahsili bakımından gecikmeye yol açtığını belirtmiştir. Ancak, özellikle Yunan makamlarının, toplamda beş yılı aşan süre boyunca Polonya makamlarının taleplerine cevap vermemiş ve sadece elçiliğinin devreye sokulması üzerine söz konusu talepleri cevaplamış olması, AİHM'nin kararını fazlasıyla etkilemiştir. Bkz.: Matrakas ve diğerler v. Polonya ve Yunanistan, para.152-156. AİHM, ikinci başvurunun talebi ulaşmasına rağmen, Yunan aracı makamının yaklaşık üç yıl boyunca nafakanın temin edilmesi için herhangi bir hukuki adım atmamış olmalarının anlaşılmadığını, bu nedenle, Yunan devletinin özenli bir şekilde hareket ettiğinin söylenemeyeceğini belirtmiştir. Bkz.: Matrakas ve diğerleri v. Polonya ve Yunanistan, para.161, 61-78.

kararın Yunan mahkemelerince tenfiz edildiğine dair bir karar elde etmiş, borçlunun çeşitli malvarlığı bulunmasına rağmen, söz konusu kararın icra edilmesi mümkün olmamıştır.

Söz konusu başvuruyu değerlendiren AİHM ise, nafaka tahsil talebinin 2003 yılında Yunan makamlarına ulaşmasına rağmen, alacaklıya herhangi bir ödeme yapılmadığını, borçlunun aczi nedeniyle kararın icra edilememesinden devletin sorumlu tutulamayacağını kabul etmekle beraber, Yunan makamlarının aslında nafakanın hızlı bir şekilde temin edilmesi için gerekli özeni göstermediğine kanaat getirmiştir. Çünkü başvurucunun nafaka talebi ulaştıktan bir yıl sonra Yunan makamları, ilk başvuru talebine zaten eklenmiş olan belgelerin tekrar gönderilmesini istemiş, açılan ve duruşmaları çeşitli kere ertelenen tenfiz davası yaklaşık iki buçuk yılda tamamlanmış ve tenfiz kararı borçluya bir yıl sonra tebliğ edilmiştir. Borçlu çeşitli taşınır ve taşınmazlara sahip olmasına rağmen, yürütülen cebri icra prosedürü de çeşitli nedenlerle¹⁴⁷¹ sonuçsuz kalmıştır¹⁴⁷². Bu nedenle AİHM, Yunan aracı makamlarına atfedilebilir gecikmeler nedeniyle Yunan devletinin Sözleşme kapsamında nafaka alacaklarının temin edilmesine yardımcı olma yükümlülüğünü yerine getirme konusunda gerekli özeni göstermediğine kanaat getirmiştir.

Yukarıdaki iki kararda AİHM, süreci bir bütün olarak ele alarak, sadece tenfizine karar verilen yabancı mahkeme kararının icrası için gerekli girişimlerde bulunulmamasını değil, aynı zamanda aracı makamların nafaka alacağının tahsili için gerekli adımları gecikmeksizin ve tedbirli bir şekilde atmamış olmasını da dikkate almıştır. Bu yönüyle AİHM'nin Sözleşmeden kaynaklanan nafaka alacaklılarına yardımcı olmak yükümlülüğünün yerine getirilmemesini AİHS m.6/1 kapsamında ele alması ve mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirmesi gayet anlaşılabilir bir durumdur.

¹⁴⁷¹ Yunan makamlarınca 2008 yılı itibariyle başlatılan icra takibi sonucunda borçlunun çeşitli taşınmaz malları haczedilerek açık artırma suretiyle birkaç kez satılmaya çalışılmış, açık artırmayla satış işlemi davetlilerin katılmadığı, bedelin düşük bulunduğu gibi çeşitli gerekçelerle gerçekleşmemiştir. Ardından, söz konusu taşınmazların açıktan satışı talep edilmesine rağmen Yunan mahkemesi 2012 tarihli kararıyla böyle bir satışın kanunen mümkün olmadığı gerekçesiyle talebi reddetmiştir. Bkz.: Matrakas ve diğerleri v. Polonya ve Yunanistan, para.102-107.

¹⁴⁷² Bkz.: Matrakas ve diğerleri v. Polonya ve Yunanistan, para.164-166.

Sonuç olarak, taraf devletlerin kesinleşmiş ve bağlayıcı mahkeme kararlarının gecikmeksizin ve etkin bir şekilde uygulanmasını sağlama yükümlülüğü, tanınması veya tenfizine karar verilen yabancı kararlarının icra edilmesi bakımından da geçerlidir. Taraf devletlerin adli ve idari makamlarının, (yabancı) kararın yerine getirilmesi konusunda gerekli özeni göstermeksizin hareket etmeleri veya kararın icrası konusunda isteksiz veya ihmalkâr davranmaları AİHS m.6/1'e aykırılık teşkil edecektir. Şüphesiz, AİHM'nin de belirttiği üzere, kararın uygulanmasını geciktiren veya engelleyen hususların, taraf devlete veya başvurucuya atfedilebilir olup olmadığı da olaydan olaya değişebilecektir. Ayrıca, mahkeme kararının gecikmeksizin yerine getirilmesinin başvuru açısından arz ettiği önem veya başvurucunun menfaati de, AİHM'nin yapacağı değerlendirmeyi etkileyebilmektedir¹⁴⁷³.

3. P-1 m.1 Açısından: Tenfizine Karar Verilen Alacak Kararının İcra Edilmesi için Yetkili Makamların Gerekli Özeni Göstermemesi

AİHS m.6/1'in sadece yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi davalarının söz konusu hakka uygun bir şekilde görülüp karara bağlanmasını değil, tenfiz yargılaması sonucunda verilen kararın yerine getirilmesini de güvence altına aldığını belirtmiştik. Ulusal makamların tenfizine karar verilen yabancı kararın uygulanması/icra edilmesi talebini gecikmeksizin ve etkin bir şekilde yerine getirmemesi veya bu konuda gerekli özeni göstermemesi AİHS m.6/1'e olduğu kadar P-1 m.1'e de aykırılık teşkil edebilir. Bununla birlikte yukarıda AİHS m.6/1'e ilişkin incelediğimiz kararların hiçbirinde yabancı karara konu alacağın ulusal makamlarca icra edilmemesinin P-1 m.1'e de aykırılık iddiası ya hiç ileri sürülmemiş ya da AİHS m.6/1'e ilişkin tespitine atıf yaparak ayrı bir incelemeye gerek olmadığına karar vermiştir¹⁴⁷⁴.

¹⁴⁷³ Blz.: Matrakas ve diğerleri v. Polonya ve Yunanistan, para.150. Ayrıca bkz.: Romanczyk v. Fransa, para.61.

¹⁴⁷⁴ Örneğin, Matrakas ve diğerleri v. Polonya ve Yunanistan kararında, Yunan makamlarının nafaka alacağının tenfizi/icrası prosedürünün etkin bir şekilde yürütmemelerinin kendilerini Polonya mahkeme kararlarıyla sağlanan ekonomik haklardan mahrum bıraktığını, bunun da P-1 m.1 anlamında mülkiyetten yoksun bırakılmalarına yol açtığını ileri sürmüştür. AİHM ise, söz konusu şikâyetin AİHS m.6/1'le yakından bağlantılı olduğunu ve benzer şekilde kabul edilmesi gerektiğini ifade etse de, ayrı bir incelemeye gerek olmadığına karar vermiştir. Bkz.: Matrakas ve diğerleri v. Polonya ve Yunanistan, para.170-172. Benzer bir karar için bkz.: Huc v. Romanya ve Almanya, para.52-53.

Esasen, P-1 m.1'in uygulanabilirliğine ilişkin yaptığımız açıklamalar da dikkate alındığında, yabancı bir mahkeme kararının tanınması-tenfizi talebinin reddedilmesiyle, tanınmış veya tenfiz edilmiş yabancı mahkeme kararının yerine getirilmemesi (icrasının dolaylı olarak reddedilmesi) arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Her iki durumda da, lehine yabancı karar elde eden taraf, mülkiyetinden yoksun bırakılmaktadır. İlkinde başvurucunun mülkiyet hakkının varlığı konusunda meşru beklentisi söz konusu iken, ikincisinde artık taraf devletçe hukuken kabul edilmiş, kazanılmış bir hakkın varlığı söz konusudur.

Benzer şekilde, tenfizine karar verilmiş bir “yabancı mahkeme kararı” ile tenfizine karar verilmiş bir “hakem kararı”nın gereğinin yerine getirilmemesi arasında da P-1 m.1 anlamında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Zira her iki halde de, ulusal yargı organlarınca ulusal hukukta aranan tenfiz şartlarına uygunluğu tespit edilmiş ve söz konusu devlet hukukunca kesin hüküm vasfı kabul edilmiş bir karar vardır. Bu bakımdan, tenfizine karar verilen bir hakem kararının tenfiz devleti makamlarınca gerekli özen gösterilmeksizin yerine getirilmemesinin şikâyeteye konu olduğu *Kin-Stib ve Majkic v. Sırbistan* kararında varmış olduğu sonuçların yabancı mahkeme kararlarının icra edilmediği haller bakımından da geçerli olduğu söyleyebiliriz.

Söz konusu kararda, başvuru akdedilmiş sözleşmeye aykırı olarak bir gazinonun işletilmemesi nedeniyle tahkim mahkemesinde dava açmış, mahkeme başvuru lehine bir tazminat/alacak kararına hükmetmiş, ayrıca gazinonun beş yıllıkına işletim hakkı başvuru ilgililere verilmiştir. Sırbistan mahkemelerince tenfizine karar verilen tazminat alacağı, davalı tarafın halefi olan şirketlerce ödenmiş, ancak ilk başvuru ilgililerin gazinonun işletilmesi konusundaki hak sahipliğine ve başvuru ilgililerin gazinoyu beş yıllıkına işletilmesine dair karara riayet edilmemiştir. Sırbistan mahkemeleri, bu kararı yerine getirmeyen halefleri pek çok kez para cezasına çarptırmasına rağmen, kanunda öngörülen maksimum para cezası sınırına ulaştığından daha fazla yaptırım uygulayamamıştır¹⁴⁷⁵. Netice itibarıyla, herhangi bir sonuç alamayan başvuru ilgililer, tahkim kararının kısmen icra edilmemesi nedeniyle P-1 m.1'in

¹⁴⁷⁵ Kin-Stib ve Majkic v. Sırbistan, para.11-44.

ihlali edildiğini ileri sürmüştür. Sırbistan makamları, kararın tamamen icra edilmesi için ellerinden gelen her şeyi yaptıkları ileri sürmüştür¹⁴⁷⁶.

AİHM, devletin bağlayıcı bir hakem kararını icra etmek için elverişli tüm hukuki yolları kullanmakla sorumlu olduğunu, böyle bir kararın icrasının aşırı gecikme olmaksızın yürütülmesini ve tüm sistemin hem hukuken hem fiilen etkili olmasını sağlaması gerektiğini belirtmiştir¹⁴⁷⁷. Kararda P-1 m.1'in ihlaline, Sırp mahkemeleri hukuken mümkün olan en yüksek para cezası verdikten sonra, kararın geri kalan kısmının icra edilebilmesi için herhangi bir başka girişimde bulunulmamış olması neden olmuştur. Zira Sırbistan hukukuna göre, davalıların mahkeme kararına uymalarını sağlayacak başka herhangi bir hukuki yol bulunmamaktadır¹⁴⁷⁸. Sırbistan'ın P-1'e taraf olduğu tarihten itibaren yaklaşık altı yıl boyunca kararın icra edilememesini de dikkate alan AİHM, Sırbistan makamlarının kararın tamamen icra edilmesi için gerekli tedbirleri almamış olduklarına ve bu eksikliği haklı kılacak ikna edici gerekçeler de sunamadıklarına kanaat getirmiştir.

Bu karar, taraf devletlerin P-1 m.1 uyarınca tenfizine kararı verilen yabancı mahkeme/hakem kararlarının yetkili makamları vasıtasıyla gecikmeksizin ve etkili bir şekilde icra edilmesini sağlama yükümlülüğü altında olduğunu göstermektedir. Böyle bir yükümlülüğün, esasen AİHS m.6/1'den kaynaklanan nihai ve kesinleşmiş mahkeme kararlarının uygulanmasını sağlama yükümlülüğü ile birebir örtüştüğünü söylemek mümkündür. Hatta P-1 m.1'in ihlaline ilişkin tespite atıf yaparak, AİHS m.6/1'e yönelik ayrı bir incelemenin yapılmasına gerek olmadığını¹⁴⁷⁹ belirten AİHM, sadece AİHS m.6/1'e yönelik bir değerlendirme yapmış olsaydı dahi, benzer bir sonuca varabilirdi. Dolayısıyla, bu tür davalar bakımından, taraf devletlerin P-1 m.1 ile AİHS m.6/1'den kaynaklanan yükümlülüklerinin birbiriyle yakından irtibatlı olduğunu söylemek mümkündür. Ayrıca, kararda belirtilmemişse de, yetkili makamların kararın gereğini borçlunun aczi nedeniyle yerine getiremediği hallerde davalı devletin AİHS m.6/1'den

¹⁴⁷⁶ Kin-Stib ve Majkic v. Sırbistan, para.81.

¹⁴⁷⁷ Kin-Stib ve Majkic v. Sırbistan, para.83.

¹⁴⁷⁸ Kin-Stib ve Majkic v. Sırbistan, para.84. Sırbistan hukukunda, karara uymayan borçlulara verilen para cezasının da ödenmemesi üzerine, tazyik hapsine çarptırılması mümkün olmakla beraber, borçlular tüzel kişi şirketler olduğundan bu ceza uygulanamamıştır. Bkz.: Kin-Stib ve Majkic v. Sırbistan para.61.

¹⁴⁷⁹ Kin-Stib ve Majkic v. Sırbistan, para.86.

sorumlu olmayacağına dair anlayışın P-1 m.1 açısından da kabul edilebilir nitelikte olduğunu belirtmeliyiz. Meğerki davalı devletin yetkili makamları kararın gecikmeksizin ve etkili bir şekilde yerine getirilmesi için gerekli özeni göstermemiş olsun.

4. AİHS m.8 Açısından: Velayet veya Kişisel İlişki Kurma Kararlarının Yerine Getirilmemesi

Yabancı unsurlu aile hukuku ilişkilerinin önemli bir kısmını, ebeveynlerin çocukları üzerinde sahip oldukları velayet veya kişisel ilişki kurma hakkının kullanılmasına diğer ebeveyn tarafından yapılan haksız müdahalelere ilişkin uyuşmazlıklar oluşturmaktadır. Özellikle ebeveynlerden biri, diğer ebeveynin velayet hakkına veya kişisel ilişki kurma hakkına aykırı olarak çocuğu üçüncü bir ülkeye götürmekte veya orada alıkoymakta ya da çocuğun ebeveyniyle ilişki kurmasını engellemektedir. Bu durumda, sahip olduğu velayet veya kişisel ilişki hakkı bir mahkeme kararına dayanan veya mahkemeye başvurarak bir karar elde eden geride kalan ebeveyn, söz konusu hakkını kullanabilmek için, prensip olarak çocuğuyla yeniden bir araya gelebilmek için yabancı mahkeme kararını tenfiz ettirerek kararın uygulanmasını isteyebilecektir.

Bu tür uyuşmazlıkların bir tarafını çocuğun oluşturması itibariyle, bu tür ihlallerin çocuk bakımından yaratabileceği olumsuzlukları bertaraf etmek üzere devletlerin daha çabuk ve kapsamlı önlemler alabilmelerini sağlamak için pek çok uluslararası anlaşma akdedildiği görülmektedir. Bu anlaşmaların bir kısmı, yabancı velayet veya kişisel ilişki kararlarının tenfizini (icrasını) kolaylaştırmak amacıyla kaleme alınmıştır¹⁴⁸⁰. Bununla birlikte, velayet kararlarının tenfizinde amaç, genellikle başka bir ülkede bir ebeveyninin yanında bulunan çocuğun bu ebeveyninden alınarak velayet hakkına sahip olan ebeveyne iade edilmesidir. Haliyle, bir velayet kararının alınarak bu kararın çocuğun bulunduğu ülkede tenfiz prosedürüne tabi tutulması ve kararın icrası oldukça

¹⁴⁸⁰ Bkz.: Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine ilişkin Avrupa Sözleşmesi (RG:2.11.1999-23864); Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına dair Avrupa Sözleşmesi (RG: 17.11.2011-28155); Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine dair 1996 Tarihli La Haye Sözleşmesi (RG: RG. 22.05.2016-29719).

uzun sürebilmekte, geçen süre zarfında çocuk yeni ortamına alışabileceği gibi intibak problemleri yaşayabilmekte, çocuğu kaçıran ebeveynin bu davranışı yanına kalabilmektedir¹⁴⁸¹. Dolayısıyla, velayet veya kişisel ilişki hakkı ihlal edilen bireyler, genellikle tatbiki için ebeveynin kanundan doğan bir velayet hakkına sahip olmasının yeterli olduğu Uluslararası Çocuk Kaçırımlarının Hukukî Veçheleri Hakkında 1980 tarihli La Haye Sözleşmesinde¹⁴⁸² öngörülen prosedüre başvurmaktadır. La Haye Sözleşmesi, taraf devletlere çocuğun mutad meskenine bir an evvel iade edilerek, velayet veya kişisel ilişki kurma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını sağlama yükümlülüğü getirmektedir¹⁴⁸³. La Haye Sözleşmesinin getirmiş olduğu bu imkân nedeniyle, yabancı velayet kararlarının tanınması veya tenfizi davalarının reddedilmesi veya tenfizine karar verilen velayet kararının uygulanmaması nedeniyle AİHS m.8'e aykırılık iddiaları neredeyse hiç AİHM'nin önüne gelmemiştir.

Bununla birlikte, 1980 tarihli Sözleşmeye taraf olmayan bazı taraf devletlerde yabancı mahkemelerce verilen velayet kararlarını gecikmeksizin yerine getirilmemesi, çocuk ile ebeveynin bir araya gelerek aile hayatı içinde yaşamalarını, birbirleriyle görüşme ve ilişki kurmalarını kısmen veya tamamen engelleyebilmektedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, sadece yabancı velayet kararının tenfizi talebinin reddedilmesinin şikâyeteye konu yapıldığı bir AİHM içtihadı bulunmamaktadır. Ancak, genel olarak yabancı velayet kararının tenfizi (ve icrası) prosedürünün ne şekilde yürütüldüğü, AİHM'nin AİHS m.8'e yönelik değerlendirmesini de etkilemektedir. Şüphesiz, ebeveynler arasındaki (boşanma ve) velayet davasının açılmadığı veya karara bağlanmadığı süreçteki tutum ve davranışları da ihlalin tespitinde belirleyici olabilecektir. Ancak *V.P. v. Rusya* kararında¹⁴⁸⁴, Moldova mahkemesince verilen velayet kararının yerine getirilmemesinde, dolayısıyla AİHS m.8'in ihlalinde, genel olarak Rus makamlarının (mahkeme ve icra dairelerinin) hatalarının ve hareketsizliğinin etkili olduğu görülmektedir.

¹⁴⁸¹ Giray, **Çocuk Kaçırma**, s.24.

¹⁴⁸² RG: 15.05.2000-23965.

¹⁴⁸³ Giray, **Çocuk Kaçırma**, s.23-24.

¹⁴⁸⁴ V.P. v. Rusya, no.61362/12, 23 Ekim 2014.

Söz konusu kararda, başvuru ile karısı çocuk üzerinde ortak velayet hakkına sahip iken eşi çocuğu Rusya'ya kaçırmış, bir yıl sonra Moldova mahkemesi boşanma ve başvuru lehine velayet kararı vermiştir. Başvuru, ikili adli yardım anlaşmasına istinaden Adalet bakanlığı aracılığıyla velayet kararının tenfizi için Rusya makamlarının yardımına başvurmuştur. Ancak iki yıldan fazla süren velayet kararının tenfizi (icrası) prosedürü çocuğun annesi tarafından Ukrayna'ya kaçırılmasıyla sonuçsuz kalmıştır¹⁴⁸⁵.

AİHM, davalı devletin (kendi) mahkemelerince verilen tenfiz kararının başvuru lehine olduğu itirazına rağmen, burada şikâyetin kararın kendisinden kaynaklanmadığını, Rus mahkemelerinin davayı incelemelerinden ve etkin bir tenfiz mekanizmasının yokluğuna dayandığını belirtmiştir¹⁴⁸⁶. Kararın verildiği tarih itibarıyla Rusya 1980 tarihli Sözleşmeye taraf olmadığından Sözleşme hükümlerinin eldeki davaya uygulanamayacağını¹⁴⁸⁷ belirten AİHM, yine de başvuruyu 1980 tarihli Sözleşmenin tatbikine ilişkin önceki içtihatlarından yararlanarak incelemiş ve AİHS m.8'in bir ebeveynin çocuğuyla bir araya gelmesi için tedbir alınmasını isteme hakkını ve ulusal makamların da bu konuda yükümlülüğünün olduğunu belirtmiştir. AİHM'nin bu konudaki rolü, pozitif yükümlülüğe sahip olan ulusal makamların almış oldukları tedbirlerin yeterli ve etkili olup olmadığını incelemektir¹⁴⁸⁸. Bu kapsamda alınan tedbirlerin yeterli ve etkili olup olmadığı konusunda çeşitli kriterlerden hareket edilebileceğini belirten AİHM, tenfiz prosedürünün iki yıldan fazla sürdüğünü, gecikmenin büyük ölçüde Rus mahkemelerine ve idari makamlarına atfedilebilir olduğunu belirtmiştir¹⁴⁸⁹.

Gerçekten, gecikmenin önenli bir kısmı, Rus yerel mahkemesinin ikili anlaşma hükümlerini yanlış uygulamasından ve Moldova kararının kendiliğinden uygulanabilir (self-executing) olduğu şeklindeki yanlış kararından kaynaklanmıştır. Bu hata daha sonra Yüksek Mahkemece giderildikten sonra, dava belge eksikliği nedeniyle iki kez daha yeniden incelenmek üzere Yüksek mahkemece yerel mahkemeye

¹⁴⁸⁵ V.P. v. Rusya, no.61362/12, 23 Ekim 2014, para.9-64.

¹⁴⁸⁶ V.P. v. Rusya, para.121.

¹⁴⁸⁷ V.P. v. Rusya, para.129.

¹⁴⁸⁸ V.P. v. Rusya, para.142.

¹⁴⁸⁹ V.P. v. Rusya, para.149.

gönderilmiştir¹⁴⁹⁰. Bunlar tek başına ciddi bir eksiklik olmasa ve uluslararası unsurlara sahip olması itibariyle yargılama süresi normal olsa da, çocuğun nerede ikamet edeceğine (yaşayacağına) dair acil bir şekilde ele alınması gereken bir mesele var olup, mahkemelerin ve yetkili makamların etkili bir şekilde hareket etmesi ve gecikmelerden mümkün olduğunca kaçınması gerekmektedir. Davanın taraflarının mahkemelerle işbirliği yaptığını ve eksik belgelerle bilgilerin kolaylıkla temin edilebileceğini belirten AİHM, sürenin aşırı olduğunu vurgulamıştır¹⁴⁹¹.

Ayrıca, tenfiz yargılamasının yanı sıra yetkili icra dairelerinin tasarrufları da başvurusunun çocuğuyla bir araya gelmesini imkânsızlaştırmıştır. İcra dairesi, tenfize konu yabancı ilamın icra dairelerinden pozitif bir tedbir almayı gerektirmediği gerekçesiyle reddetmiş olması yeni bir yargılama yapılmasına, bu da annenin çocuğu alıp ülkeyi terk etmesi nedeniyle kararın icra edilememesine yol açmıştır. Yetkili Rus mahkemesince hukuka aykırı olarak nitelendirilen bu karar, başvurusunun ve çocuğun menfaatlerine gerçekten zarar vermiştir. Bunun yanında, uzun süredir Rusya’da yaşayan ve her zaman yetkili makamlarca erişilebilir olan anne, icra dairelerinin hareketsizliği nedeniyle serbestçe yaşamış ve başvurusunun çocuğundan ayrılık süresi daha da uzamıştır¹⁴⁹². Sonuç olarak, velayet kararının icrası, diğer bir ifadeyle 1980 tarihli Sözleşme uygulamasına benzer şekilde, çocuğun iade edilmesi için kaçırın ebeveyne yönelik tedbirlerin yetersiz olduğuna hükmetmiştir. Moldova mahkeme kararını tenfiz etmek ve başvurusunu çocuğuna kavuşturmak amacıyla Rus makamlarının aldığı tedbirlerin yetersiz ve etkili olmadığından AİHS m.8’in ihlaline karar vermiştir.

Sonuç olarak, yukarıdaki kararlar, tenfiz yargılamalarının başta AİHS m.6/1 olmak üzere, bireylerin birbiriyle çatışan Sözleşmesel hakları arasında makul ve adil bir denge kurulmak suretiyle görülüp karara bağlanmış olmasının tek başına yeterli olmadığını göstermektedir. Ulusal mahkemelerce verilmiş kesin ve bağlayıcı bir tenfiz kararının tenfiz devletinin yetkili makamlarınca, söz konusu makamlara atfedilemeyecek nedenlerle yerine getirilmemesi, öncelikle mahkemeye erişim

¹⁴⁹⁰ V.P. v. Rusya, para.150-153.

¹⁴⁹¹ V.P. v. Rusya, para.154.

¹⁴⁹² VP v. Rusya, para.155-156.

hakkının yargılamanın ayrılmaz bir parçası ve mahkemeye erişim hakkının zorunlu bir unsuru olan mahkeme kararının icrası hakkına, dolayısıyla AİHS m.6/1'in ihlaline neden olacaktır. Her ne kadar, yukarıda incelediğimiz kararlarda, böyle bir durum ortaya çıkmamışsa veya AİHM tarafından incelenmemişse de, yabancı kararla tevsik edilen hakkın niteliğine bağlı olarak, tenfiz kararının yerine getirilmemesi, aynı anda P-1 m.1in veya AİHS m.8'in de ihlaline neden olabilecektir. Bu bakımdan, genel bir ifadeyle, AİHS'nin ihlalinden kaçınmak adına, tenfiz devletinin yetkili makamlarının yabancı karara dayanan icra edilebilir nitelikteki bir hakkın yerine getirilmesi konusunda ilgili hakkın niteliğine ve davanın koşullarına bağlı olarak değişebilecek yeterli ve gerekli tedbirleri almaları veya en azından bu konuda isteksiz ve ihmalkâr davranmamaları gerektiğini söyleyebiliriz.

SONUÇ

Çalışmamızda, AİHS’nde yer alan temel hak ve özgürlükler ile yabancılik unsuru içeren özel hukuk uyuşmazlıklarına uygulanacak kurallardan oluşan milletlerarası özel hukuk alanı arasındaki ilişkiyi, milletlerarası özel hukuk alanını tanzim eden kuralların yorumu ve tatbiki suretiyle bireylerin AİHS’ndeki herhangi bir hakkına yapılan müdahalenin hangi hal ve şartlar altında taraf devletin sorumluluğuna yol açabileceğini ortaya koymaya çalıştık. Bu kapsamda, AİHS’nde yer alan hakların Türk milletlerarası özel hukukunun birbirinden tamamen farklı nitelikteki kurallarla ve farklı amaçlarla tanzim edilmiş alanları olan kanunlar ihtilafı ve milletlerarası usul hukuku kuralları açısından ne tür mevcut etkilere yol açtığını ve muhtemel etkilere yol açabileceğini tespit etmeye çalıştık. Çalışmanın hemen her alt-bölümünde her bir spesifik konuya ilişkin sonuçlar çıkarılıp değerlendirmeler yapılmıştır. Yine de, AİHS’nde yer alan haklar kanunlar ihtilafı hukuku ve milletlerarası usul hukukuna olan mevcut ve muhtemel etkilerine ilişkin varmış olduğumuz sonuçları özetlemek yararlı olacaktır. Ancak öncesinde, AİHS ve milletlerarası özel hukuk alanı arasındaki ilişkiye yönelik varmış olduğumuz birtakım genel değerlendirmelerde bulunmak da yararlı olacaktır.

Genel Bulgular

AİHS m.1 hükmü, taraf devletlere yargı alanlarına giren herkesin AİHS ve eki protokollerde yer alan hak ve özgürlüklere saygı gösterme, bunları korunma ve yerine getirme yükümlülüğü yüklemektedir. Taraf devletlerin (mahkemelerinin) yabancı unsurlu özel hukuk davaları bakımından temel yükümlülükleri ise, söz konusu haklara saygı göstermekten ziyade bu hakları özel hukuk kişilerinin müdahalelerine karşı bireylerin Sözleşmesel haklarını korumak ve gerektiği hallerde ilgili Sözleşmesel hakk yerine getirmek şeklindeki pozitif yükümlülüğünden ibarettir. Dolayısıyla, bu tür özel hukuk davaları bakımından, bir taraf devlet mahkemesi olarak Türk mahkemelerinin ilgili tarafın Sözleşmesel hakkının koruma alanına giren özel hukuka ilişkin bir hak iddiasını, bu konudaki usuli ve maddi hukuk kurallarını uygulamak suretiyle korumaktan ve/veya yerine getirmekten kaçınması AİHS m.1 uyarınca sorumluluğuna yol açacaktır.

Bununla beraber, bu sonuç, bireylerin AİHS'nin koruma alanına giren özel hukuka ilişkin bir hakkın ilgili taraf devlet tarafından mutlak bir şekilde ve her zaman korunacağı veya yerine getirileceği anlamına gelmemektedir. Yukarıda incelediğimiz AİHM içtihatları, milletlerarası özel hukuk menşeli uyuşmazlıklarla ilgili olarak şikâyeteye konu olan AİHS m.6/1, AİHS m.8, P-1 m.1 gibi Sözleşmesel hakların hemen tamamının mutlak nitelikte olmadığını, sınırlandırılabilir nitelikte olduğunu göstermektedir. Zaten, bu durum (yabancı unsurlu) özel hukuk davalarının mahiyeti gereği ortaya çıkmaktadır. Zira, bir taraf devlet mahkemesi, kendi yargı veya milletlerarası yetkisine ilişkin kurallardan başlamak üzere, milletlerarası özel hukuka ilişkin kuralları yorumlamak ve uygulamak suretiyle gerek davacının gerekse davalının ilgili Sözleşmesel hakkını sınırlandırabilir. Bu tür davalarda, davanın taraflarınca her iki tarafın AİHS'nde yer alan bir hakkın koruma alanına giren özel hukuka ilişkin bir hak iddiasının varlığı tartışılmakta ve taraf devlet mahkemesi, somut vakıalar ve deliller ışığında bir tarafın iddiasını diğer tarafın –karşı- iddialarına tercih etmekte, doğal olarak aleyhine karar verdiği kişinin ilgili Sözleşmesel hakkına müdahale etmektedir.

Bu durum, kimi hallerde yetkisizlik kararıyla davacının mahkemeye erişim hakkına veya tanıma tenfiz kararı vermek suretiyle aleyhine tanıma-tenfiz davası açılan tarafın AİHS m.6/1'de güvence altına alınan hakkaniyete uygun yargılanma hakkına meşru ve ölçülü bir müdahale olarak ortaya çıkabilmektedir. AİHM'nin içtihatları, konumuzun niteliği gereği çoğunlukla AİHS m.6/1'e ilişkin olsa da, kimi hallerde ulusal mahkeme kararları, duruma göre davacının veya davalının özel hayat ve aile hayatına saygı (AİHS m.8) veya mülkiyet hakkı (P-1 m.1) gibi kimi haklarına ölçülü bir müdahale teşkil edebilir. Şüphesiz, uygulamada aksi istikametteki AİHM içtihatlarına, yani yukarıda değindiğimiz haklara ölçüsüz bir müdahale teşkil eden mahkeme kararları da bulunmaktadır.

AİHS m.1, taraf devletlerin yargı alanına giren herkesin AİHS'nin koruma alanına giren haklardan yararlanabileceğini öngördüğünden, ülkeyle herhangi bir irtibatı olsun veya olmasın, bir taraf devlet mahkemesinde dava açıldığında, prensip olarak sadece davacı değil, davalı da söz konusu taraf devletin yargı alanına, yani AİHS'nin koruma alanına girmektedir. Bu bakımdan, bir önceki paragrafta varmış olduğumuz sonucun da gösterdiği üzere, AİHS'nin koruma alanına giren bir hakla ilgili

olduğu müddetçe, AİHS milletlerarası özel hukuk menşeli her türlü uyuşmazlık bakımından uygulama alanı bulacaktır. Bu, sadece davanın açıldığı ülke olmak dışında uyuşmazlığın konusu ve taraflarıyla çok az irtibatın olduğu veya hiç irtibatının olmadığı haller bakımından da geçerli olan ve kaynağını AİHS m.1'den alan bir prensiptir. Bu bakımdan, bir kişinin taraf devletlerden birinin ülkesinde cereyan eden bir yargılamaya dâhil olmuş olması, prensip olarak, bu bireyi AİHS m.1 anlamında söz konusu devletin yetki alanı içine sokmaktadır. Şüphesiz, devletler kendi mahkemelerinde görülecek olan davalar bakımından kendi mahkemelerinin yetkisini tesis etmek üzere çeşitli irtibatlardan hareketle yetki kuralları tanzim edebilir, duruma göre mahkemeleri de milletlerarası yetkinin tesisinde korunan menfaatlere bağlı olarak yetkisizlik veya yetkililik kararı verebilir. Ancak, kendi mahkemelerinde bir dava ikame edildiğinde, söz konusu mahkemenin milletlerarası yetkiye sahip olup olmadığına dair kararı dahi, söz konusu devletin AİHS m.1 ve m.6/1'den doğan yükümlülüğünün bir gereği olarak AİHM'nin yargısal denetimine tabi olacaktır.

Çalışmamızda vardığımız bir diğer genel sonuç, milletlerarası özel hukuk alanını tanzim eden kuralların tek başına bireylerin AİHS'nde güvence altına alınan herhangi bir hakkına doğrudan aykırılık sonucu doğurmayacağıdır. Gerek kanunlar ihtilafı kuralları gerekse milletlerarası usul hukuku kuralları, objektif ve soyut olarak bireyler arasında cereyan eden yabancı unsurlu bir özel hak uyuşmazlığının gerek usuli gerekse maddi anlamda adalete muvafık bir şekilde başlatılıp yürütülmesi ve sonuçlandırılması amacıyla tanzim edilmektedir. Diğer taraftan, bazı Türk milletlerarası özel hukuk kurallarının AİHS'de güvence altına alınan bir hakkı ihlal etme potansiyelini de bünyesinde barındırdığını müşahade etmiş bulunmaktayız. Örneğin, Türk mahkemelerince doğru bir şekilde tatbik edilse dahi, Türk mahkemelerinin yetkisini tayin eden bir takım yetki kurallarının (HMK m.9, m.390) belirli şartlar altında, davacının mahkemeye erişim hakkının ihlal edebilecek mahiyette olduğu bir gerçektir. Burada dikkate edilmesi gereken husus, somut bir uyuşmazlıkta bir milletlerarası özel hukuk kuralının yorumlanması ve tatbik edilmesinin, AİHS'nin koruma alanına giren bir hakkı ihlal edebilecek olmasıdır. Dolayısıyla, burada önem arz eden husus, somut bir davada taraf devlet mahkemelerinin, hususen Türk mahkemelerinin, milletlerarası

özel hukuk kurallarına ilişkin yorum ve uygulamalarının mümkün mertebe tarafların Sözleşmesel haklarıyla bağdaşır ve tutarlı bir şekilde olması gerektiğidir.

Bu noktada, AİHS'nin ruhuna sirayet etmiş, AİHS'de yer alan tüm hakların sınırlandırılmasında uygulanabilir bir ilke olan ölçülülük prensibi devreye girmektedir. Çalışmamızın hemen tamamında sıkça söz ettiğimiz ölçülülük prensibinin, sadece kanunlar ihtilafı kurallarının değil, milletlerarası usul hukuku kurallarının AİHS'yle bağdaşır bir şekilde yorumlanması ve uygulanmasında belirleyici nitelikte olduğu görülmektedir. Buna göre, bir milletlerarası özel hukuk kuralının ilgili tarafın Sözleşmesel hakkıyla bağdaşır ve tutarlı bir şekilde yorumlanması ve uygulanması, büyük ölçüde ilgili tarafın söz konusu kuralın tatbiki ile ilgili Sözleşmesel hakka meşru ve ölçülü bir müdahale niteliğinde olmasına bağlıdır. Örneğin, yetkisizlik kararı verilmesiyle davacının mahkemeye erişim hakkına getirilen müdahaleyle (sınırlama), böyle bir müdahaleyle izlenen amaç (adaletin sağlıklı ve etkin bir şekilde yönetilmesi) arasında makul bir orantılılık ilişkisinin olması gerekmektedir. Keza, bu konuda toplumsal bir ihtiyaç olmamasına, hatta aksi yönde yasal ve toplumsal gelişmeler olmasın rağmen, rahiplerin evlat edinmesinin yasak olduğu gerekçesiyle yabancı ülkede geçerli bir şekilde tesis evlat edinme ilişkilerini kamu düzenine aykırı olarak kabul etmek, ilgili bireylerin aile hayatına, duruma göre mirasçılığını etkilemesi halinde mülkiyet hakkına ölçülü bir müdahale olarak nitelendirilemeyecektir. Özellikle milletlerarası yetkiye veya yabancı ilamların tanınması veya tenfizine ilişkin kuralların aşırı dar bir şekilde yorumlanması, ölçüsüz ve hakkın özünü zedeler bir müdahale olarak nitelendirilmektedir. Bu husus, yabancı hukukun teminine ilişkin olarak *Karalyos ve Huber v. Yunanistan ve Macaristan* kararında, milletlerarası yetki kurallarının yorumlanmasına ilişkin *Arlewin v. İsveç* kararında, tanıma davası açmakta hukuki yarar şartının yorumlanmasına ilişkin *Öztürk v. Türkiye* kararında, tanıma-tenfize engel kamu düzeni müdahalesinin içeriğinin tespitine ilişkin *Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan* kararında net bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

Taraf devlet mahkemelerinin milletlerarası özel hukuk kurallarına ilişkin yorum ve uygulamalarının mümkün mertebe bireylerin Sözleşmesel haklarıyla bağdaşır ve ölçülü bir şekilde olması gerektiğinde tereddüt yoktur. Diğer taraftan, bu tür kuralların doğru veya yanlış ya da eksik bir şekilde yorumlanması veya tatbik edilmiş olmasının,

somut bir uyuşmazlıkta ilgili Sözleşmesel hakkın ihlaline neden olmayabileceği de unutulmamalıdır. Zira bir milletlerarası özel hukuk kuralı, yanlış veya eksik bir şekilde yorumlanmış ve uygulanmış olsa da, hatta başvurunun ilgili Sözleşmesel hakkına gerçekten ölçsüz bir müdahale ediyor olsa da, ihlal kararının verilmesini engelleyici bir takım ekstra unsurlar ortaya çıkabilir. Bu noktada, AİHS’nde yer alan kimi hakların sınırlandırılmasında meşru bir amaç olarak görülen başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması devreye girebilmektedir. Yabancı evlat edinme veya velayet kararının tanınması ve tenfizi davasında, üçüncü kişi konumunda olan çocuğun üstün menfaati buna örnek teşkil etmektedir. AİHM, özellikle, AİHS m.8’in koruma alanına giren velayet veya evlat edinmeye ilişkin uyuşmazlıklarda veya tanıma-tenfiz davalarında, ilgili başvurunun (genellikle ebeveynin) aile hayatına saygı hakkının taraf devlet mahkemesince ihlal edildiği iddiasını değerlendirirken, başkalarının hak ve özgürlüklerini de dikkate almaktadır. Şüphesiz, burada başkaları ile kastedilen, velayet veya evlat edinme ilişkisinin en temel süjesi ve menfaati öncelikle gözetilmesi gereken kişi olan çocuktur. Bu hallerde, AİHM’nin bir menfaat değerlendirmesi yaparak, başvurunun aile hayatına saygı hakkı kapsamında çocuğu veya evlatlığı ile aile hayatı içerisinde yaşama konusundaki menfaati ile çocuğun menfaatlerini tartmakta, duruma göre velayet kararının tenfizinin veya evlat edinme kararının tanınmasının kabul veya reddedilmesinin AİHS m.8’le bağdaşmadığına hükmedebilmektedir.

Milletlerarası özel hukuk kurallarının tanzim edilmiş olmasının tek başına bireylerin AİHS’nde güvence altına alınan herhangi bir hakkına aykırılık sonucu doğurmayacağını, önemli olanın bu kuralların ulusal mahkemelerce ilgili Sözleşmesel hakla bağdaşır bir şekilde uygulanması olduğunu vurgulamıştık. AİHS, sadece Türk hukuku bakımından değil, Avrupa ülkeleri bakımından ortak bir temel haklar manzumesi olarak hem ulusal hukuk sistemlerinin hem de ulusal kamu düzenlerinin bir parçasını teşkil etmektedir. Böylece AİHS, düzenlediği temel haklar bakımından, taraf devletler arasında temel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda ortak bir anlayış ve kültür oluşturmakta, taraf devletler arasında ortak bir kamu düzeni anlayışının oluşmasını ve gelişmesini sağlamaktadır. Diğer taraftan, Avrupa devletlerinin kendi yerel dini, kültürel ve ahlaki anlayışlarının da farklılık arz ettiğini, dolayısıyla bu anlayış farklılığının maddi hukuk kuralları kadar milletlerarası özel hukuk kurallarına da sirayet

ettiğini, en azından Türkiye örneğine bakarak söylemek mümkündür. Dolayısıyla, AİHS’nde güvence altına alınan birtakım hakların korunması ve bunların sınırlandırılması konusunda ülkeden ülkeye farklılıklar ortaya çıkabilir. Bunun bir sonucu olarak, devletler kendi özgürlük anlayışına, kendi toplumlarının kültürel ve ahlaki anlayışına bağlı olarak ve toplumun duymuş olduğu ihtiyaç ve müsamaha nispetinde, bir takım hukuki kurumların milletlerarası özel hukuk boyutunu tanzim etmiş ve bu tür kurallarla hukuki sonuçlar bağlamış olabilir. Bu konuda akla, Avrupa ülkelerinde dahi bir konsensüsün olmadığı aynı cinsten kişilerin evliliği veya evlat edinmeleri gelmektedir.

İşte, kimi devletlerin bu anlayışa paralel olarak kendi hukuk düzenlerinde ortaya çıkan birtakım hukuki kurumların milletlerarası özel hukuk boyutunu tanzim etmiş ve buna hukuki sonuçlar bağlamış olmaları, aynı veya benzer hukuki kurumların diğer taraf devletlerce de kabul edilmesini ve buna hukuki sonuçlar bağlamasını gerektirmediği gibi, diğer taraf devletlerin Sözleşmesel sorumluluğuna gidilmesini gerektirmemektedir. Örneğin, İtalyan mahkemelerinin yabancı ülkede gerçekleşen aynı cinsten evlilikleri veya aynı cinsten kişilerin evlat edinmelerini, İtalyan kanun koyucusu buna belirli şartlar altında izin vermesine rağmen kabul etmemeleri, AİHS m.8’i ihlaline neden olabilmektedir¹⁴⁹³. Benzer bir hukuki kurum ve bunun sonuçlarının Türk hukukunda düzenlenmemiş olması, salt bunu kendi hukukunda kabul etmediği veya yabancı ülkede gerçekleşen bu tür hukuki ilişkilerin sonuçlarını milletlerarası özel hukuk kuralları vasıtasıyla kabul etmediği gerekçesiyle Türkiye’nin sorumluluğunu doğurmayacaktır. Meğer ki bireylerin AİHS m.8’deki haklarının bunu gerektirdiği ve bu konuda toplum nezdinde zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın varlığı ile Avrupa ülkelerinde bir konsensüs olmasın. Bu nedenledir ki, bu tür hukuki ilişkilerin hukuki sonuçları, gerek yabancı hukukun tatbiki gerekse yabancı kararların tanınması veya tenfizi halinde kamu düzeni engeline takılma potansiyeline sahiptir. En azından günümüz itibarıyla, AİHM’nin AİHS m.8’e yönelik bu tür bir müdahaleyi devletin sahip olduğu takdir marjı kapsamında görmesi ve kamu düzeni müdahalesiyle gerçekleşen böyle bir sınırlamayı ölçülü olarak nitelendirmesi kuvvetle muhtemeldir.

¹⁴⁹³ Örneğin bkz.: Oliari ve Diğerleri v. İtalya, no.18766/11, 36030/11, 21 Temmuz 2015, para.159-187.

Kanunlar İhtilafı Hukuku Açısından

AİHS'nin kanunlar ihtilafı hukukunun muhtelif yönlerine olan mevcut ve muhtemel etkilerinin, milletlerarası usul hukukuna olan etkileriyle kıyaslandığında oldukça sınırlı kaldığı görülmektedir. Bu durum, çalışmamızın kapsamına ve hacmine yansıdığı kadar, varmış olduğumuz sonuçlara da yansımaktadır.

Bu kapsamda, temel hak ve özgürlüklerin, diğer bir ifadeyle AİHS'nde düzenlenen hakların Türk kanunlar ihtilafı kurallarına etkisi, ilk olarak bu kuralların tanzim edilmesinde ve yorumlanmasında ortaya çıkabilir. Burada, AİHS'ne aykırılık yabancı hukukun Türk mahkemelerince uygulanmasına izin verilmesinden değil, yabancı hukukun uygulanmasına izin verme veya yabancı hukuka göndermede bulunma biçiminden kaynaklanabilir. Eğer bir bağlama noktası taraflar arasında eşitlik ilkesi gözetilmeksizin belirlenmişse ve ulusal mahkemelerce uygulanmışsa, AİHS m.14'ün ihlaline neden olabileceği söylenebilir. Ancak, özellikle aile hukuku kapsamına giren bir çok konuda kanunlar ihtilafı kuralları tanzim edilirken uyuşmazlığın tarafları bakımından eşit veya ortak bir hukuka bağlanmayı mümkün kılan bağlama noktaları tercih edilmiştir. Bu bakımdan cinsiyete bağlı ayrımcılığın kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla gerçekleşmesi günümüz milletlerarası özel hukuk düzenlemelerine baktığımızda pek mümkün değildir. Yine, uygulanacak hukuku vatandaşlık esasına göre belirleyen bir kanunlar ihtilafı kuralının ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil edeceği söylenemez. Zira, farklı devlet vatandaşlığına sahip olan kişilere farklı hukukların uygulanması esasen bu kişiler arasında eşitsizlik yaratmamakta, bilakis kültürel olarak en çok vatandaşı oldukları ülkeyle ilişkileri bulunduğundan bu ülke hukukuna tabi tutulmalarında menfaatleri bulunmaktadır. Bu nedenle, özellikle AİHS m.14'te düzenlenen ayrımcılık yasağı başta olmak üzere, AİHS'nde yer alan kimi hakların kanunlar ihtilafı kurallarının tanzimini etkileyebileceği ileri sürülse de, günümüzde böyle bir ihlal iddiasının AİHM önüne gelmesi çok düşük bir ihtimaldir.

Davaya tatbik edilecek yabancı hukuk tespit edildikten sonra, yabancı hukukun eldeki uyuşmazlığa uygulanacak maddi hukuk kurallarını nasıl temin edileceği sorunu kanunlar ihtilafı hukukunun en önemli ve problemlili konularından birini teşkil etmektedir. Nitekim, AİHM'nin *Karalyos ve Huber v. Yunanistan ve Macaristan* kararı,

kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tespit edilen yabancı hukukun içeriğinin temin edilmesinde yaşanan gecikmelerin yargılamanın süresinin uzamasına ve makul olmaktan çıkmasına, duruma göre de bireylerin makul sürede yargılanma hakkının ihlaline neden olabileceğini açıkça göstermektedir. Bu karar uyarınca, AİHS'ne taraf devlet mahkemeleri olarak Türk mahkemeleri, bir taraftan tespit etmiş oldukları yabancı hukukun uyuşmazlığa uygulanacak maddi hukuk hükümlerine ulaşmaya çalışırken, diğer taraftan uyuşmazlığın her iki tarafının AİHS m.6/1'den kaynaklanan usuli haklarına da riayet etme, dolayısıyla AİHS m.6/1'in bir gereği olarak makul sürede yargılama yapma yükümlülüğü altındadır.

Şüphesiz, taraf devletlerin farklı hukuk anlayışlarına sahip olmaları, yabancı hukukun niteliğinin ve konumunun, dolayısıyla davaya uygulanacak yabancı hukukun kim tarafından ispat-tespit edileceği ve temin edileceği hususlarını da etkilemektedir. Kanun koyucu tarafından Türk mahkemelerinin yabancı hukuku resen uygulamakla yükümlü kılındığı Türk hukukunda ise, Türk mahkemeleri tespit etmiş oldukları yabancı hukukun içeriğini temin etmek konusunda yasal veya yargısal yollarla öngörölmüş birden fazla vasıtaya başvurma imkânına sahiptir. Bununla beraber, Yargıtay kararlarından anlaşıldığı kadarıyla, yerel mahkemelerin yabancı hukukun tespiti ve temini konusunda gerekli özeni göstermediği ve vermiş olduğu kararların bu noktadan sıkça bozulduğu görmekteyiz. Bu da, doğal olarak salt yabancı hukukun tespit ve temin edilmemiş olması nedeniyle aynı uyuşmazlığın yeniden yerel mahkemeler önüne gelmesine ve yargılama süresinin daha da uzamasına yol açmaktadır. Yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarını da makul süre içerisinde karara bağlama yükümlülüğü karşısında, salt yabancı hukukun içeriğinin hızlı bir şekilde temin edilmemesi nedeniyle yargılamanın gereksiz yere uzamasına sebep olabilecek bu tür gecikmeler, hal ve şartlara göre AİHS m.6/1'in ihlaline yol açabilir.

AİHM'nin yargılama süresinin makullüğüne ilişkin kullandığı kriterler ile *Karalyos v. Huber v. Macaristan ve Yunanistan* kararındaki tespitleri dikkate alındığında, makul sürenin aşılp aşılmadığının tespitinde yabancı hukukun temin edilmesi faaliyetine katılan yargısal veya idari tüm yetkili makamların yabancı hukuka ulaşma vasıtalarının kullanılmasındaki davranışları belirleyici olacaktır. İkinci olarak, yargılamanın makul sürede bitirilmesinin bireyler açısından arz ettiği önem, diğer bir

ifadeyle başvurucunun davanın kısa sürede bitilmesindeki menfaati, yabancı hukukun makul bir sürede temin edilip edilmediğinin belirlenmesinde etkili olacaktır. Bu bakımdan, Türk mahkemeleri, yabancı hukukun temin edilmesinde makul süreyi aşmamak için, davanın taraflar için kritik bir öneme sahip olup olmadığını da dikkate alarak, yabancı hukuka ulaşma vasıtalarını hızlı ve etkili bir şekilde kullanmalı ve bu konuda gerekli özeni göstermelidir.

Burada olası bir ihlal, Türk mahkemelerine sunulan yabancı hukukun içeriğine ulaşma vasıtalarının mahkemeler tarafından etkili bir şekilde ve gerekli özen gösterilerek kullanılmamasından kaynaklanabilir. Günümüzde iletişim koşulları göz önüne alındığında, yabancı hukuk hakkında bilgi edinilememesi, büyük ölçüde bu yöntemlerin yanlış veya eksik kullanılmasından ya da mahkemelerin yabancı hukuku temin etmede bu yöntemlerden sadece biriyle yetinmesinden kaynaklanabilir. Böylece, davanın özelliklerine göre yabancı hukuka ulaşmak için kullanılan bir vasitanın yeterli ve elverişli olmaması halinde, yabancı hukukun temin edilememesi nedeniyle yargılamanın uzaması engellenebilecektir. Ayrıca, sonuçsuz kalacağının az veya çok anlaşıldığı hallerde, söz konusu vasıtalarda ısrar edilmeyerek yabancı hukukun temini için öngörülen diğer vasıtalara başvurulması gerekmektedir. Ancak bu noktada, yabancı hukukun temini için öngörülen birden fazla vasitanın eş zamanlı olarak kullanılmasının, özellikle yabancı hukukun temini için başvuru idari makamların yoğun bir şekilde meşgul edilmesine neden olmak gibi sakıncasının olduğu da göz ardı edilmemelidir.

AİHS’nde yer alan temel hak ve özgürlükler ile kanunlar ihtilafı alanı arasındaki asıl ilişki, tespit ve temin edilen yabancı hukukun maddi hukuku kurallarının somut uyumsuzluğa tatbik edilmesiyle ortaya çıkmaktadır. Zira, Türk mahkemesince somut olaya uygulanacak hukuk, hâkimin hukukundan çok daha gelişmiş, ileri bir hukuk olabileceği gibi, temel hak ve özgürlükleri ihlal edici nitelikte hükümler de ihtiva edebilir. Dolayısıyla, yabancı hukukun tatbiki, Türk hukukunun kendisinden vazgeçilmeyecek temel değerleriyle bağdaşmayan bir sonuca yol açarsa, kamu düzeni müdahalesine maruz kalacaktır.

Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni müdahalesi, yabancı hukukun tatbikiyle veya yabancı bir mahkeme kararının tanınması veya tenfiziyle ortaya çıkan, forum

devleti hukukunun kendisinden vazgeçilemez olarak nitelendirilen birtakım temel değerlerine aykırı sonuçları engellemek üzere geçmişten beri kullanılan bir savunma mekanizması olarak vazife görmektedir. Kamu düzeni müdahalesine temel teşkil eden forum devletinin kamu düzeni anlayışının zamana, toplumdan topluma farklılık arz ettiği bir gerçekse de, günümüzde milletlerarası özel hukukta kamu düzeni anlayışının çerçevesini çizen en temel unsurlardan birini temel hak ve özgürlüklerin teşkil ettiği konusunda doktrin ve mahkeme tatbikatının hem fikir olduğunu söylemek mübalağa olmayacaktır. Özellikle AİHS’nde yer alan haklarla bu haklara ilişkin AİHM içtihatlarıyla birlikte, kamu düzeni müdahalesinin en temel unsurunu, kamu düzeninin sert çekirdeğini, temel hak ve özgürlükler oluşturmaktadır. Bu bağlamda, sadece temel hak ve özgürlükler açısından ele alınacak olursa AİHS, sadece AİHS’ne taraf devletlerin ulusal kamu düzeni anlayışlarının mühim bir parçasını oluşturmamakta, AİHS’ne taraf Avrupa ülkelerine müstakil, ortak bir kamu düzeni anlayışını temsil etmektedir. Buna göre, yabancı hukukun maddi hükümlerinin tatbikinin veya yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizinin temel hak ve özgürlüklerden birini veya birkaçının ihlaline yol açacak sonuçlar doğurması halinde kamu düzeni müdahalesi devreye girecek yabancı hukukun tatbiki veya yabancı kararın ülkede etki doğurması engellenecektir.

AİHS’ne aykırı sonuçlara yol açan yabancı hukukun uygulanmasına karşı kamu düzeni müdahalesinin devreye sokulabilmesi için gerekli olduğu belirtilen ülke ile belirli bir irtibatın varlığı koşulunun, temel hak ve özgürlüklere aykırılık söz konusu olduğunda aranmasına gerek bulunmamaktadır. Zira, kamu düzeninin sert çekirdeği veya dokunulmaz kısmı olarak ifade edilen değerlerin kapsamına temel hak ve özgürlükler de girmektedir. Dolayısıyla, AİHS’nde yer alan herhangi bir temel hakkın yabancı hukukun tatbiki veya yabancı bir kararın tanınması veya tenfizi suretiyle ihlal edilmesi halinde, artık uyuşmazlığın ülkeyle yoğun bir ilişkiye sahip olup olmadığı önem arz etmez. Başka bir deyişle, salt yabancı unsurlu davanın ülkeyle yakın bağlantılı olmadığı gerekçesiyle, yabancı hukukun AİHS’ne aykırı bir sonuca yol açması kabul edilemez. Aksi bir düşünce, Türk mahkemelerinin AİHS’nde güvence altına alınan haklara aykırılık gerekçesiyle kamu düzenini devreye sokmak için ülke ile daha yakın bir irtibatın varlığını araması, dolayısıyla böyle bir irtibatın yokluğu nedeniyle kamu

düzenini devreye sokmaması anlamına gelir. Böyle bir durumda, yabancı hukuku tatbik etmek veya yabancı kararı tanımak veya tenfiz etmek, taraflardan birinin AİHS'den kaynaklanan haklarının ihlaline yol açabilecektir. Bu nedenle yerel nitelikli uyuşmazlıklarda dahi AİHS'nde yer alan haklara riayet etmekle mükellef olan Türk mahkemelerinin yabancı unsurlu davalarda bu haklara riayet etmemesi için geçerli bir sebep bulunmamaktadır. Dolayısıyla, davanın konusu ve taraflarının ülkeyle mahkemenin milletlerarası yetkisini tesis etmeye yetecek kadar bir irtibatının bulunması, AİHS'nde yer alan bir hakka açıkça aykırılık teşkil eden yabancı hukukun tatbikine veya yabancı bir kararın tanınması veya tenfizine karşı, -davanın ülkeyle olan ilişkisine bakmaksızın- kamu düzeni müdahalesi için yeterlidir. Aslında, milletlerarası yetkinin davalının yetki itirazında bulunmadığı hallerde dahi tesis edilebildiği pek çok hukuk düzeni bakımından, bu husus AİHS m.6/1'in gereği olarak ortaya çıkmaktadır.

AİHS'nde güvence altına alınan herhangi bir hakka aykırı bir sonuca yol açan yabancı hukukun tatbikine karşı kamu düzeni müdahalesi, daha çok aile hukuku kökenli yabancı unsurlu davalar bakımından ortaya çıkmış ve çıkmaktadır. Burada, tespit edebildiğimiz kadarıyla taraf devletlerin AİHM nezdinde sorumluluğuna yol açabilecek husus, kamu düzeni müdahalesinin yabancı hukukun tatbik edilmesini gereksiz yere engelleyici bir şekilde uygulanmasıdır. Temel hak ve özgürlüklerin AİHM önüne gitmeden yerel seviyede korunmasını temin eden bir mekanizma vazifesi gören kamu düzeni müdahalesinin Türk mahkemelerince yabancı hukukun tatbikini gereksiz yere engelleyici mahiyette kullanılması, bu sefer de –uyuşmazlığın niteliğine bağlı olarak- ilgili Sözleşmesel hakkın ihlaline neden olabilir. Her ne kadar uygulamada AİHS ve eki protokollerde yer alan hakları dikkate alan Yargıtay kararlarına rastlamak mümkünse de, aile ve kişiler hukukuna ilişkin pek çok konu kamu düzeninden kabul edilerek, bu konulara ilişkin Türk maddi hukuk kurallarına aykırı yabancı hukuk kurallarının tatbikinin veya yabancı kararların tanınması veya tenfizinin reddedildiği görülmektedir. Niteliği itibariyle emredici kurallarla tanzim edilen aile ve kişiler hukukuna ilişkin pek çok konunun kamu düzeninden kabul edilmesinin temel gayesi, ailenin, çocuğun veya genel olarak bireylerin korunmasıdır. Dolayısıyla, yabancı unsurlu bir aile veya kişiler hukukuna ilişkin bir uyuşmazlıkta, yabancı maddi hukuk kurallarının söz konusu şahısları ilgili Sözleşmesel hakkın ihlaline yol açacak derecede koruyup korumadığı

değerlendirilmeksizin, salt yabancı maddi hukuk kurallarına tekabül eden Türk hukukundaki düzenlemelerin emredici niteliğinden hareket ederek yabancı hukuku engellemek, kamu düzeninin yanlış anlaşılması ve kullanılması anlamına gelmektedir.

Burada, yabancı hukukun tatbikinin kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle engellenebilmesi için, kamu düzeni kriterinin anlamı ve içeriğinin, yani neyin veya hangi değerlerin kamu düzeni anlayışının koruması altında olduğunun Türk mahkemelerince iyi bir şekilde analiz edilmesi gerekmektedir. AİHS’nde yer alan temel hak ve özgürlüklerin taraf devletlerin ulusal kamu düzeni anlayışının mühim bir parçasını teşkil ettiğini belirtmiştik. Bir Türk mahkemesinin de, yabancı hukukun tatbikiyle ortaya çıkan sonucun kamu düzeni müdahalesini gerektirip gerektirmediğini tespit ederken, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin de kamu düzeni kavramı kapsamında mütalaa edilmesi gereken değerlerden olduğunu göz ardı etmemesi gerekir. Başka bir ifadeyle, Sözleşmesel hakların kamu düzeni kavramının anlamını ve içeriğinin belirlenmesinde dikkate alınmaması, bu sefer yabancı hukukun tatbikinde menfaati olan ilgili tarafın AİHS’nde yer alan bir temel hakkına aykırı bir sonuca yol açabilir. Nitekim, yabancı bir evlat edinme kararının tanınmasına ilişkin olan *Negrepointis-Giannisis v. Yunanistan* kararında Yunan mahkemeleri, rahiplerin evlenmesini ve aile kurmasını yasal olarak öngören ancak rahiplerin evlat edinmesini açıkça yasaklamayan hükümlere rağmen, rahiplere evlat edinme yasağı öngören dini nitelikteki kuralları kamu düzeninden kabul ederek yabancı kararın tanınmasını kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle engellemiş, kamu düzeni anlayışının AİHS m.8’de güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkını göz ardı edecek şekilde yorumlanması da söz konusu hakkın ihlaline neden olmuştur. Kamu düzeni kavramının ulusal mahkemelerce bu şekilde yorumlanması, bir taraftan bireylerin temel haklarının ihlal edilmesine sebep olabilecektir. Diğer taraftan, milletlerarası özel hukuk kuralları öngörerek yabancı hukuk kurallarının mahkemelerinde uygulanmasını peşinen kabul eden bir devletin söz konusu kuralların/kararların ortaya çıkarabileceği sonuçlara baştan müsamaha göstermeyeceği anlamına gelir. Hiç şüphesiz, böyle bir durum milletlerarası özel hukukun amacının ve kendisinden beklenen işlevinin ortadan kalkmasına sebep olacaktır.

Ulusal mahkeme kararlarıyla kıyaslandığında yabancı hukukun tatbiki ile AİHS arasındaki ilişkinin AİHM önüne nadiren geldiğini söylemek mümkündür. Bunlardan *Ammdjadi v. Almany*a kararında, boşanma sonrası emeklilik haklarının denkleştirilmesi talebine uygulanacak hukuk olarak belirlenen yabancı hukukun tatbikinin P-1 m.1'e aykırı bir sonuca yol açtığı gerekçesiyle kamu düzenine aykırı olduğu iddiasının reddedilmesine ilişkin söz konusu dava AİHM önüne gelmiş, AİHM de esasen Alman mahkemelerinin kamu düzenine ilişkin yorum ve değerlendirmelerini haklı bulmuştur. Yine, tatbik edilen ve AİHS'ne aykırı bir sonuca yol açtığı ileri sürülen yabancı hukukun bir taraf devlete ait olduğu kimi hallerde, taraf devlet mahkemesince hukuku uygulanan diğer taraf devletin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Başka bir deyişle, bu tür bir ihlal iddiası bakımından, aynı anda iki devletin veya hukuku uygulanan devletin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Strasburg organlarınca da ortaya konduğu üzere, diğer taraf devlete ait olan hukuk kuralı objektif ve soyut bir şekilde Sözleşmesel hakkı ihlal edici mahiyette olsa da, burada söz konusu (yabancı) hukuk kuralını uygulayan taraf devlet mahkemesi olduğundan, söz konusu mahkemenin “*yabancı hukuku uygula(ma)ma*” tasarrufu nedeniyle sadece söz konusu devletin sorumluluğuna gidilebilecektir.

Son olarak, yabancı hukukun tatbik edilmesiyle bireylerin Sözleşmesel haklarına müdahale edildiği kimi hallerde, ulusal hukuk kurallarının tatbikiyle kıyaslandığında, yabancı hukukun tatbikine belirli bir müsamaha gösterilmesi veya esneklik tanınması gerektiği, bu hallerde AİHS'nin öngörmüş olduğu denetimin hafifletilmesi veya hafifletilmemesi gerektiği yönündeki görüşler tamamen teorik mahiyettedir. Başka bir deyişle, bu görüşlerin uygulamada –henüz- herhangi bir karşılığının bulunmadığını belirtmek gerekir. AİHS'nin taraf devlet hukuklarındaki konumu, taraf devletlerin AİHS'nin öngördüğü haklara ve bu haklara ilişkin sınırlama rejimine milletlerarası özel hukuk uyumsuzluklarında da riayet etmelerini gerektirmektedir. Milletlerarası özel hukukun varlığı ve amaçları bakımından böyle bir esnekliğin gerekli olduğu ve taraf devletlere sağlanması gerektiği ileri sürülebilirse de, taraf devletlerin AİHS m.1'den kaynaklanan yükümlülükleri ve AİHM'nin bu konuda nasıl bir karar verebileceğinin belirsiz oluşu, böyle bir hafifletme konusunda taraf devletlerin hareket alanının oldukça sınırlı olduğunu göstermektedir. Burada, böyle bir hareket alanı/esneklik, AİHS

tarafından izin verildiği ölçüde mümkündür. Zira AİHS, taraf devletlerin (mahkemelerinin) yabancı hukuku tatbik etmek veya etmemek suretiyle taraflardan birinin AİHS’nde yer alan haklarına ilgili AİHS hükmünde yer alan koşullar altında sınırlama getirmelerini mümkün kıldığından, AİHS kendi sistemi içerisinde belirli bir esnekliği de taraf devletlere sunmaktadır. Bu noktada, uyuşmazlığın milletlerarası niteliğe sahip oluşu yanında, davanın özellikleri ile taraflarının meşru beklentileri ve yabancı hukukun AİHS’nin öngördüğü standartları ne ölçüde karşıladığı özellikle taraf devletlerin takdir marjını ve dolayısıyla AİHM’nin (ölçülülük) denetimini etkileyebilecektir.

Kanunlar ihtilafı kurallarının tatbikiyle ortaya çıkan sonuç, her zaman uyuşmazlığa yabancı hukukun tatbiki değildir. Çoğu durumda, Türk mahkemelerinin gerek kanunlar ihtilafı kurallarının tatbiki suretiyle gerekse tatbikine rağmen uyuşmazlığa kendi hukukunu, yani *lex fori*’yi davaya tatbik etmesi söz konusu olabilir, dolayısıyla *lex fori*’nin tatbikinin AİHS’ni ihlal edip etmediği iddiaları gündeme gelebilir. Yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlığına *lex fori*’nin tatbik edilmesi, (1) kanunlar ihtilafı kuralının tatbikinin doğal sonucu olarak, (2) kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca tespit edilen yabancı hukukun uyuşmazlığa uygulanacak ilgili maddi hukuk kurallarının temin edilememesi halinde, (3) yabancılık unsuru dikkate alınmaksızın doğrudan *lex fori*’nin tatbiki halinde, (4) kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca tespit edilen yabancı hukukun tatbikinin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi halinde söz konusu olacaktır.

Yukarıdaki ihtimallerde bir Türk mahkemesinin yabancı unsurlu davaya kanunlar ihtilafı kurallarının olağan işleyişi sonucu *lex fori* olarak Türk hukukunu uygulamaları halinde, *lex fori*’nin yabancı unsurlu bir davaya uygulanması ile yerel karakterli bir davaya uygulanması arasında prensip olarak devletin AİHS’nden kaynaklanan yükümlülükleri açısından herhangi bir farklılık yoktur. Kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca tespit edilen yabancı hukukun maddi hukuk kurallarının temininde yeterli ve gerekli özenin gösterilmediği veya yabancı hukukun tatbikinin kamu düzeni kriterinin yanlış anlaşıldığı ve uygulandığı hallerde, Türk mahkemeleri yabancı unsurlu davaya *lex fori* olarak Türk hukukunun uygulayacaktır. Bu iki halde, Türk mahkemelerinin bu tür

tasarruflarının, sırasıyla AİHS m.6/1'in veya AİHS'ndeki herhangi bir temel hakkın ihlaline yol açabileceğine değinmiştik.

Burada Türk mahkemelerinin yabancılık unsurunu dikkate almaksızın doğrudan *lex fori* olarak kendi hukukunu tatbik etmesi, yabancı hukukun uygulanmasında menfaati olan tarafın –uyuşmazlığın niteliğine bağlı olarak- bir temel hakkına müdahale edecektir. Diğer yandan, AİHM'nin ulusal mahkemelerin MÖHUK'u yanlış veya eksik uygulayıp uygulamadığını değil, böyle bir uygulamanın ihlale sebebiyet verip vermediğini inceleyeceği göz önüne alındığında, böyle bir müdahale her hal ve şartta ihlale sebep olmayacaktır. Dolayısıyla, olası bir başvuruda, yabancı hukukun uygulanması ihtimalinin doğrudan engellenmesi değil, mahkemelerin *lex fori*'nin tatbikine yol açan böyle bir durumu, yani kanunlar ihtilafı kurallarının yabancı hukukun uygulanmasını gösterdiğine dair taraf(ların) iddialarının gereğince dikkate alınmaması ve değerlendirilmemesi, ihlale neden olabilecektir.

Benzer şekilde, yabancılık unsurunun tespit edilip kanunlar ihtilafı kurallarının, örneğin bir kanunlar ihtilafı kuralında yer alan bağlama noktalarının (maddi vakıaların) mahkemelerce yanlış yorumlanması halinde de *lex fori*'nin tatbik edilmesi gündeme gelebilir. Böyle bir durumda da esasen ulusal mahkeme tarafından taraflarca ileri sürülen bir maddi vakıanın yanlış değerlendirilmesi nedeniyle uygulanacak hukuk normlarının değişmesi söz konusu olmaktadır. Tıpkı yasal düzenlemelerin yanlış veya eksik uygulanmasında olduğu gibi, yabancı hukuk yerine *lex fori*'nin tatbikine sebebiyet veren uyuşmazlıkla ilgili maddi vakıaların yanlış veya eksik yorumlanması değil, böyle bir yoruma istinaden *lex fori*'nin tatbikinin AİHS'ni ihlal edip etmediği gündeme gelecektir.

Son olarak, AİHK'nin yabancı unsurlu özel hukuk davalarına ilişkin olmayan kimi kararlarından ilham alan yazarlarca, AİHS'nde yer alan bazı temel hakların taraf devletler yabancı unsurlu uyuşmazlıklara yabancı hukuku uygulama yükümlülüğü getirir şekilde yorumlanabileceğine dair fikirler ileri sürülmektedir. Bununla beraber, AİHS'nde yer alan bazı temel hak ve özgürlüklerin taraf devletlere, daha doğrusu mahkemelere yabancı hukuku tatbik etme yükümlülüğü yüklenmediğini, dolayısıyla bu yöndeki iddiaların –en azından- şimdilik teorik bir nitelik arz ettiğini belirtmek gerekir.

Dolayısıyla, yabancı unsurlu bir davada Türk kanunlar ihtilafı kurallarının olağan işleyişi sonucunda *lex fori*'nin tatbik edileceği sonucuna varılmışsa, uyuşmazlığın yabancılık unsuru ihtiva ettiği gerekçesiyle yabancı hukukun uygulanması gerektiği, aksi bir uygulamanın AİHS'ne aykırı olacağı iddiaları, ne Türk mahkemelerince ne de AİHM tarafından dinlenmeyecektir.

Milletlerarası Usul Hukuku Açısından

AİHS'nde yer alan temel hak ve özgürlüklerin milletlerarası özel hukuka, daha doğrusu milletlerarası özel hukuk alanını tanzim eden kurallara olan etkilerini, asıl olarak milletlerarası usul hukukunun kapsamına giren konularda göstermektedir. Milletlerarası usul hukuku adalet hizmetlerini yürüten devletin yargılama hukukunun bir parçası olması itibariyle, yabancı unsurlu özel hukuk davalarının yürütülmesine ilişkin yargılama kuralları, doğal olarak AİHS m.6/1'de güvence altına alınan ve bir hukuk devletinde olması gereken temel yargılama ilkelerini içeren adil yargılanma hakkıyla sıkı bir ilişki içindedir. Dolayısıyla, söz konusu hüküm, daha doğrusu söz konusu hükümde yer alan adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkeler, doğal olarak milletlerarası usul hukukunun çalışmamızın kapsamına giren tüm konular bakımından, az veya çok çeşitli etkilere sahiptir.

AİHS m.6/1 hükmü, yabancı unsurlu özel hukuk davalarında da adaletin sağlıklı bir şekilde gerçekleşmesi için taraf devletlere milletlerarası usul hukukunun kapsamına giren konularda belirli düzenlemeler yapmasını gerekli kılmaktadır. Adil yargılanma hakkının kapsamına giren hak ve ilkeler, mutlak nitelikte değildir ve devletler sahip oldukları kaynaklar ve toplumun ihtiyaçları nispetinde gerek uyuşmazlığın taraflarının menfaatlerinin dengelenmesi veya üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması amacıyla gerekse adaletin etkin bir şekilde gerçekleşmesini sağlamak amacıyla bu haklara çeşitli sınırlamalar getirebilir ve getirmektedir. Dolayısıyla devletler, adil yargılanma hakkına ilişkin güvenceleri yabancı unsurlu davalarda nasıl ve hangi şekillerde yerine getireceklerini belirleyerek bunları belirli sınırlamalara tabi tutabilir. Taraf devletler, adil yargılanma güvencelerini sağlayacak tedbirlerin şekli ve niteliği konusunda belirli bir takdir marjına sahiptir. Bununla beraber, taraf devletlerin bireylerin AİHS m.6/1'de yer alan haklarına yönelik alacakları tedbirler, diğer bir deyişle söz konusu hakların

hangi halde ve ne şekilde kullanılacağını öngören yasal düzenlemelere dayanan uygulamalar AİHM'nin denetimi altındadır.

AİHS m.6/1 ile milletlerarası usul hukuk arasındaki ilişkinin ilk ve en önemli kısmını, AİHS m.6/1'de güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkı ile taraf devletlerin yabancı unsurlu bir özel hukuk uyuşmazlığının taraflarının ülke mahkemelerine erişimine usuli kurallar vasıtasıyla getirmiş oldukları sınırlamalar oluşturmaktadır. Zira, bir Türk mahkemesinin yabancı unsurlu bir özel hukuk uyuşmazlığını dinleyebilmesi için gerekli olan ilk koşul, uyuşmazlık bakımından yargılama yapma yetkisine sahip olup olmadığıdır. Dolayısıyla, yabancı unsurlu özel hukuk davaları bakımından ülke mahkemelerinin yargı yetkisini ve milletlerarası yetkisini tayin eden kurallar, sadece kendisine başvuru mahkemenin yetkili olup olmadığını değil, aynı zamanda bireylerin ülke mahkemelerine erişimini de engelleyebilmektedir. Bu nedenle, taraf devlet mahkemelerinin yargı yetkisini ve milletlerarası yetkisini tayin eden kuralların yorumu ve tatbiki sonucunda yetkisizlik kararıyla davanın reddedilmesi, kaçınılmaz olarak davacının mahkemeye erişim hakkına müdahale edecektir.

Yabancılık unsuru içeren bir özel hukuk davasının Türk mahkemelerince görülebilmesi için, öncelikle Türk mahkemelerinin yargı hakkına sahip olması gerekmektedir. Uluslararası hukuk tarafından devletlere tanınan yargı yetkisi, yine uluslararası hukuk tarafından belirli kişilere yargı bağışıklığı tanınmak suretiyle çeşitli sınırlamalara tabi kılınmıştır. Dolayısıyla, yargı bağışıklığına sahip olan kişilere karşı bir dava açıldığında, Türkiye içinde milletlerarası yetkiye sahip bir mahkeme bulunsa dahi, dava Türk mahkemelerinin yargı yetkisinin yokluğu nedeniyle reddedilecektir. Bu bakımdan, yargı bağışıklığı, sadece taraf devlet mahkemelerinin yargı yetkisine değil, aynı zamanda bireyler tarafından etkili bir şekilde kullanmasını sağlamakla yükümlü olduğu mahkemelere erişim hakkına getirilen bir sınırlama mahiyetindedir. Kısacası, taraf devletlerin bir taraftan yargı bağışıklığına riayet ederek uluslararası hukuka uygun davranma yükümlülüğü ile bireylerin ülke mahkemelerine etkili bir şekilde erişebilmelerini sağlama yükümlülüğü arasında bir denge kurmaları gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. AİHM içtihadına bakıldığında ise, hem devletlerin yargı hakkına hem de bireylerin mahkemeye erişim haklarına getirilen böyle bir sınırlamanın AİHS

m.6/1'e uygunluğunun daha çok yabancı devletlerin ve uluslararası örgütlerin yargı bağımsızlığı açısından tartışıldığı görülmektedir.

AİHM içtihadı analiz edildiğinde, yabancı devletin tarafı oldukları hukuki işlem ve ilişkilerin niteliğine bağlı olarak ortaya çıkan sınırlı yargı bağımsızlığı anlayışı, AİHM tarafından da benimsenmiştir. AİHM de, tıpkı ulusal mahkemeler gibi, yabancı devlete atfedilen işlem veya eylemin niteliğinden hareketle söz konusu devletin yargı bağımsızlığından yararlanıp yararlanamayacağını tespit etmekte, ona göre taraf devletin mahkemeye erişim hakkının ihlal edilip edilmediğine hükmetmektedir. Buna göre, yabancı devletin bir özel hukuk işlem veya ilişkisinin tarafı olarak hareket ettiği hallerde, söz konusu işlem veya ilişki nedeniyle aleyhine açılan davada yabancı devlete yargı bağımsızlığı tanınması, karşı tarafın mahkemeye erişim hakkına ölçsüz bir sınırlama teşkil edebilecektir. Bu bakımdan, yabancı devletin bir özel hukuk kişisi gibi hareket ettiği bir özel hukuk uyuşmazlığında, taraf devletlerin (mahkemelerinin) gözetmesi gereken iki farklı menfaat arasında bir dengeleme yapmaksızın, yabancı devlete mutlak bağımsızlık bahşederek yargılamanın önünü tamamen kesmek, AİHS m.6/1'in ihlali anlamına gelecektir. Bu nedenle, bir Türk mahkemesinin yabancı devlete karşı ikame edilen bir davada, dava konusu işlemin egemenlik-özel hukuk tasarruflarından kaynaklanıp kaynaklanmadığı analizinin doğru bir şekilde yapılması gerekmektedir. Benzer şekilde, *Wallishauser v. Avusturya* kararı, yabancı devlete karşı açılan bir özel hukuk davasında, ulusal mahkemelerin davalı yabancı devlete (devlet temsilcisine) tebligat yapılamadığı gerekçesiyle önündeki davayı görmekten imtina etmesi halinde başvurusunun mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmiş olacağını ortaya koymaktadır. Bu bakımdan, bu tür davalarda, özellikle kendisine karşı dava açılan yabancı devletlerin diplomatik temsilcilerine tebligatın yapılamadığı gerekçesiyle davanın sürüncemede bırakılması, sadece MÖHUK m.49/2 hükmüne değil, AİHS m.6/1'e aykırılık teşkil edecektir.

Diğer yandan, AİHM'nin kimi içtihatları, her ne kadar bir haksız fiil mahiyetinde olsa da, yabancı devletlerin egemenlik tasarrufları kapsamında gerçekleştirmiş oldukları eylemlere ilişkin açılan tazminat davaları bakımından, yabancı devletlerin yargı bağımsızlığından istifade edeceğini ve davanın böyle bir gerekçeyle reddedilmesinin AİHS m.6/1'e aykırı olmayacağını ortaya koymaktadır. Buna göre,

yabancı devlet görevlileri tarafından gerçekleştirilen bir takım haksız fiil niteliğinden eylemler nedeniyle açılan bu davalarda, kendisine başvurulmuş taraf devlet mahkemeleri, yabancı devlete izafe edilen bu tür eylemi egemenlik tasarrufu olarak mütalaa ederek yargı bağımsızlığı kapsamında değerlendirmiştir. Türk mahkeme tatbikatında da bu anlayışı yansıtan kararlar bulunmakla birlikte, AİHM kararlarına konu davalarda yabancı devlete izafe edilen eylemler, işkence ve insanlık dışı muamele yasağına aykırı eylem niteliğindedir. Dolayısıyla, bu tür haksız fiillere dayanan taleplere istinaden, söz konusu eylemlerin yargı bağımsızlığı gerekçesiyle taraf devlet mahkemelerince tartışılmasının engellenmesi, şimdilik AİHM tarafından uygun bulunmuştur. Diğer yandan, AİHM'nin içtihaden benimsediği bu yaklaşım doktrinde eleştirilse de, uluslararası toplum tarafından somut adımlar atılmadığı sürece, hem uluslararası hukuk bakımından hem de AİHM uygulaması bakımından mevcut hukuki durumda herhangi bir değişikliğin olmayacağı bir gerçektir.

Yabancı devletlerden farklı olarak, uluslararası örgütler, faaliyet alanlarına ilişkin konularda, tarafı oldukları özel hukuk karakterli işlem ve ilişkiler bakımından da yargı bağımsızlığına sahiptir. Dolayısıyla, bir uluslararası örgüte karşı faaliyet alanıyla ilgili bir özel hukuk işlem ve ilişkisinden doğan bir uyuşmazlığa istinaden dava açmak mümkün olmayacaktır. AİHM'nin konuya ilişkin içtihatları analiz edildiğinde, uluslararası örgüt ile söz konusu örgütün faaliyet alanında çalışmak üzere istihdam edilmiş veya örgütle bir özel hukuk işlemi akdeden başvuru sahipleri arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda da uluslararası örgütün, taraf devletin yargısından bağımsız olduğu kabul edilmektedir. Ancak bunun için, uluslararası örgüte karşı başvurabilecekleri kabul edilebilir ve etkili alternatif yöntem(ler)in (reasonable alternative means) bireylerin kullanımına sunulması gerekmektedir. Buna göre, Türk mahkemeleri önünde bir uluslararası örgüte karşı özel hukuk işlem veya ilişkisinden doğan bir dava açıldığında, yapılması gereken uluslararası örgütün kurucu anlaşmasında veya evsahibi ülke anlaşmasında, davacının örgüte karşı ulusal mahkemelere alternatif, yargısal yetkilere sahip, kabul edilebilir ve etkili bir alternatif çözüm mekanizmasının var olup olmadığının analiz edilmesidir. Bu bakımdan, AİHM'nin mevcut içtihadi birikimi karşısında, tek başına uluslararası örgüte yargı bağımsızlığı tanındığı gerekçesiyle davanın usulden reddedilmesi doğru olmayacağı

gibi, kimi Türk mahkemelerinin yaptığı üzere, salt uluslararası örgütün işveren olarak görüldüğü gerekçesiyle yargı bağışıklığı itirazının reddedilmesi de yerinde değildir.

Taraf devletlerin AİHS m.6/1'den doğan yükümlülüklerini yerine getirdiğinden söz edebilmek için, öncelikle bireylerin mahkemelerine etkili bir şekilde erişebilmelerini sağlaması gerekmektedir. Bireylerin mahkemeye erişim hakkının sınırını ise, devletin adalet hizmetlerinin sağlıklı ve etkin bir şekilde işleyişini sağlama konusunda menfaatleri ile davanın karşı tarafının adil yargılanmaya ilişkin hakları oluşturmaktadır. Dolayısıyla, her taraf devlet gibi Türkiye de, yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından kendi mahkemelerinin hangi hallerde ve ne tür koşullar altında milletlerarası yetkiye sahip olacağını düzenleyerek veya belirli uyuşmazlıklar bakımından yetki düzenlemesi yapmayarak bireylerin mahkemeye erişim haklarına sınırlama getirmiştir. Buna göre, kendisine başvurulmuş bir Türk mahkemesi, uyuşmazlık bakımından milletlerarası yetkiye sahip değilse, vereceği yetkisizlik kararı davacının söz konusu mahkemeye erişimini engelleyecektir. Bu bakımdan, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tayin eden kurallar ile mahkemeye erişim hakkı arasında yakın ve yoğun bir ilişki bulunmaktadır. Bir taraf devlet mahkemesinde açılan özel hukuk davası bakımından, söz konusu mahkemenin ilgili milletlerarası yetki kuralını yorumlamak veya tatbik etmek suretiyle yetkisine ilişkin vermiş olduğu ilgili her türlü karar, AİHS m.1'in bir gereği olarak AİHS m.6/1'in kapsamına girmektedir. Dolayısıyla, bir taraf devlet mahkemesinin milletlerarası yetkisine ilişkin her türlü tasarrufu, AİHS m.6/1'de güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkı altında mütalaa edilecektir. Bu nedenle, taraf devlet vatandaşı olsun veya olmasın, bir kimse AİHS'ne taraf bir devletin mahkemelerinden birinde bir dava açtığında, söz konusu mahkemenin milletlerarası yetkisine veya yetkisizliğine ilişkin tüm kararları doğal olarak AİHM'nin denetimi altındadır.

Milletlerarası yetkinin gerek objektif gerekse sübjektif yetki esaslarına istinaden tanzim edildiği hallerde, kendisine başvurulmuş bir taraf devlet mahkemesinin ulusal yetki kuralları uyarınca yetkisizlik kararı verme ihtimali her zaman bulunmaktadır. Doğal olarak, davacının başvurmuş olduğu mahkemenin kendi milletlerarası yetki kurallarına göre yetkili olmaması, diğer bir ifadeyle yetkisizlik kararı vermiş olması halinde, davacının söz konusu mahkemeye erişimi engellenmiş olmaktadır. Böyle bir

durumda, Türk mahkemesi, söz konusu yetkisizlik kararını ilgili yetki kuralında yer alan ve uyuşmazlığı ülkeyle irtibatlandıran maddi vakıanın bulunmayışına dayandırdığı müddetçe, AIHS m.6/1'in ihlalinin söz edilemeyeceği *Bayrak v. Almanya* kararı ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, burada problem yaratacak husus, Türk mahkemelerinin yetkisizlik kararı vermesi değil, yetkisizlik kararının hangi gerekçeyle verildiğidir.

İkinci olarak, her ne kadar Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tayin eden kurallara göre mümkün olmasa da, salt uyuşmazlık bakımından yabancı ülkede alternatif bir mahkemenin var olduğu veya yabancı mahkemenin uyuşmazlıkla daha yakın irtibatlı olduğu gerekçesiyle yetkisizlik kararı vermek, mahkemeye erişim hakkının ihlaline yol açabilecektir. Zira her devletin mahkemelerinin milletlerarası yetkisini diğerlerinden bağımsız olarak serbestçe belirlediği göz önüne alındığında, yasal veya yargısal kurallarla buna izin verilmedikçe, bir Türk mahkemesi sadece kendisinin somut dava bakımından yetkisinin tesis edilip edilmediğini araştırmakla yükümlüdür. Dolayısıyla, hukuk sistemimizde mahkemelerin başka bir devletin mahkemesinin de milletlerarası yetkiye sahip olduğunu belirterek yetkisizlik kararı vermeleri olası olmadığı gibi, *Arlewin v. İsveç* kararı gösterdiği üzere, salt buna istinaden yetkisizlik kararı verilmesi, davacının mahkemeye erişim hakkının ihlaline neden olacaktır.

Üçüncü olarak, mahkemelerin milletlerarası yetkisini tayin eden objektif yetki kurallarında yer alan bağlama noktalarının veya birtakım koşulların ne şekilde yorumlandığı ve uygulandığı da, hal ve şartlara göre bireylerin mahkemeye erişim hakkını ihlal edici sonuçlara yol açabilir. Aslında, söz konusu yetki kurallarında yer alan bağlama noktaları veya bir takım şartlar uyuşmazlığın ülkeyle olan irtibatını ortaya koymak, böylece ülke mahkemelerinin korumasından yararlanmaya gerçekten ve objektif olarak ihtiyacı olmayan bireyler tarafından adalet mekanizmalarının gereksiz yere meşgul edilmemesini sağlamaktadır. Böylece, mahkemeye erişime milletlerarası yetki kurallarıyla getirilen sınırlamalar, adalet hizmetlerine ayrılan kaynakların israf edilmemesine, dolayısıyla devletin şahsında kamunun menfaatlerinin korunmasını temin etmektedir. Ancak yine de, mahkemelerin yetkisizlik kararı verirken, ilgili yetki kuralında yer alan bağlama noktalarını veya kimi şartları bireylerin ülke mahkemelerine

erişim hakkını özünden zedeleyecek derece aşırı katı ve dar veya aşırı geniş şekilde yorumlamamaları gerekmektedir. Bu bağlamda, örneğin sözleşmenin ifa yeri mahkemesini yetkili kılan HMK m.10 hükmünde yer alan ifa yeri bağlama noktasının, Kanun koyucunun iradesine ve HMK m.10 hükmünün açık ifadesine rağmen, milletlerarası yetki tesisi bakımından “*karakteristik edimin ifa yeri*” veya “*dava konusu edimin ifa yeri*”ni ifade edecek şekilde yorumlamak, bireylerin ülke içinde başvurabilecekleri yetkili mahkemelerin sayısını azaltmak, davanın koşullarına göre, ülke mahkemelerine erişim imkanını ortadan kaldırmak anlamına gelecektir. Bu bakımdan, HMK m.10 hükmünün yabancı unsurlu sözleşmelerden doğan davaların milletlerarası karakteri dikkate alınarak, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkinin tesisini sağlayacak genişlikte yorumlanmalıdır.

Kimi hallerde ise, bir yetki kuralının doğru ve eksiksiz bir şekilde uygulanması dahi, davanın hal ve şartlarına göre davacının menfaatlerine kıyasla davacıya aşırı ve ölçüsüz bir külfet yüklenmesi sonucuna yol açabilir. Özellikle Türk hukukunda yer alan kimi yetki kuralları bu durumun ortaya çıkabileceğini ortaya koymaktadır. Örneğin, MÖHUK m.40 atfı gereği yabancı unsurlu mal ve alacak davalarında “*uyuşmazlık konusu malvarlığının bulunduğu yer*” mahkemesini yetkili kılan HMK m.9 hükmü uyarınca, uyuşmazlık konusu olmayan malvarlığı değerleri dışında ülkeyle hiçbir irtibatı bulunmayan davalıya karşı Türkiye’de bir alacak davası açmak mümkün olmayacaktır. Keza, ihtiyati tedbir talepleri bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tayin eden HMK m.390 hükmü de benzer bir sonuca yol açabilecektir. Zira, söz konusu hükme göre, yabancı unsurlu davalarda ihtiyati tedbir talepleri bakımından yetkili mahkeme, “*asıl davanın açıldığı*” veya “*esas hakkına yetkili*” olan Türk mahkemesidir. Oysa, Türk milletlerarası yetki sistemine göre, yetki anlaşmasıyla yabancı bir mahkemenin veya tahkim anlaşmasıyla hakemlerin esas hakkında yetkili kılındığı veya –HMK m.9 örneğinde olduğu üzere- yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmaması söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla, davanın yabancı bir mahkemede açıldığı hallerde, esas hakkında yetkili bir Türk mahkemesi bulunmayacaktır. Dolayısıyla, davacı yabancı mahkemece verilecek nihai kararın Türkiye’de tenfizi anına kadar ihtiyati tedbir müessesesinin sağlamış olduğu hukuki korumadan yararlanamayacaktır. Bu iki örnek, bir yetki kuralının doğru ve eksiksiz bir

şekilde, belki de kanunun lafzına harfiyen uyulmak suretiyle uygulandığı hallerde dahi, yetkisizlik kararının bireylerin ülke mahkemelerine erişimini ölçüsüz bir şekilde kısıtlaması neden ve Türk mahkemelerinin sağlayacağı korumadan yararlanmasına engel olacaktır.

Esasen bu durum, mahkemelerin yer itibariyle yetkisini tayin eden kuralların MÖHUK m.40 uyarınca milletlerarası karakterli davalarda da uygulama alanı bulmasından kaynaklanmaktadır. Başka bir deyişle, bir yetki kuralının milletlerarası karakterli davalarda da uygulanması, davanın hal ve şartlarına göre, bireylerin Türk mahkemelerinin korumasından mahrum kalmasına neden olabilir. Dolayısıyla, yer itibariyle yetki kurallarının milletlerarası yetkinin tesisinde de kullanılması nedeniyle, bazı hallerde milletlerarası usul hukukunun amacı ve işleyişiyle bağdaşmayan uyumsuzluklar ortaya çıkabilir. Zira, başta yetki kuralları olmak üzere, HMK’da yer alan yargılama kuralları esasen yerel usul hukukunun ihtiyaçları hedeflenerek tanzim edilmiştir. Dolayısıyla, bu kuralların yabancı unsurlu davalarda da aynen kullanılması veya bunlarla yetinilmesi adil olmayan sonuçlara yol açabilir. Bu bakımdan, HMK m.9, m.10 veya m.390 hükmü gibi, yabancı unsurlu davalara tatbik edildiğinde AİHS m.6/1’i ihlal etme potansiyeline sahip olan bazı yetki kurallarının, olası ihlalleri önlemek amacıyla milletlerarası usul hukuku ve insan hakları hukukunun gereklerine uygun olarak değiştirilmesi veya mahkemeler tarafından daha esnek bir şekilde ve yetki kuralında aranan şart ihmal edilerek uygulanması gerekmektedir.

Milletlerarası yetkinin davanın konusu ve taraflarıyla olan bağlantıları dikkate alınmaksızın geçici, zayıf ve sübjektif esaslara istinaden tesis edilmesi, milletlerarası yetkinin aşırı yetki teşkil edecek şekilde belirlenmesi ve kullanılması sonucuna yol açmaktadır. Bu durum, AİHS m.6/1’de yer alan haklardan en az davacı kadar yararlanma hakkına sahip olan davalının savunma haklarını etkin bir şekilde kullanabileceği bir mahkemeye ulaşımını güçleştirmektedir. Bununla beraber, çalışmamızda ayrıntılı olarak ortaya koyduğumuz üzere, önceden ve soyut bir şekilde belirlenen bir yetki kuralının ne tür uyumsuzluklar bakımından ve hangi şartlar altında aşırı olarak kabul edileceğini belirlemenin kolay olmadığı da bir gerçektir. Bu nedenle, bir yetki kuralını tek başına ve otomatikman aşırı olarak kabul etmek her zaman mümkün değildir, sadece aşırı olarak nitelendirilmeye ve davalının da en az davacı

kadar sahip olduğu usuli haklarını zedelemeye adaydır. Diğer taraftan, uyuşmazlığın özellikleri ve sahip olduğu milletlerarası unsurları, davalının davanın açıldığı mahkemeye erişimini ve usuli haklarını ne derecede kullanabileceğini dolaylı olarak belirleyeceğinden, bir yetki esasının aşırı olarak nitelendirilmesi ile milletlerarası yetkinin aşırı veya çok geniş bir şekilde tesis edilmesi/kullanılması arasında esasen bir fark bulunmamaktadır. Bu bakımdan, bir milletlerarası yetki kuralının aşırı olup olmadığı veya aşırı şekilde kullanılıp kullanılmadığı, her bir davanın kendine özgü koşullarına ve bu koşullar altında söz konusu yetki tesisinin davalıyı ne derecede etkilediğine göre değişebilecektir. Ayrıca, bir yetki kuralının aşırı olup olmadığının belirlenmesinde, o yetki kuralının tanzim edilme amacı ve uygulanma yönteminin de etkisi olabilir. Somut uyuşmazlık bakımından mahkemelerin milletlerarası yetkisini belirleyen bir kuralın bulunmadığı hallerde, yerel nitelikli davalarda yetkinin tesisi için yeterli olan bazı yetki esasları (örneğin, zarar görenin yerleşim yeri) yabancı uyuşmazlığın niteliğine bağlı olarak aşırı olarak nitelendirilebilir.

Aşırı yetki kurallarının tatbiki suretiyle ortaya çıkabilecek AİHS m.6/1'in olası ihlallerinin önlenmesi amacıyla teklif edilen öneriler ise, problemi tamamen ortadan kaldıracak gibi görünmemektedir. Her şeyden önce, AİHS'ne taraf olan ülkelerin usul hukukundaki anlayış farklılıkları veya bu tür yetki kurallarının devletlerin vatandaşlarına bahşettiği bir hak olarak algılanması gibi sebepler bu kuralların tamamen ortadan kaldırılmasını engellemektedir. Kaldı ki, bu kuralları tümüyle ortadan kaldırmak da yeterli ve gerekli bir çözüm değildir. Zira bu kuralların birçoğu aynı zamanda –yerel karakterli davalarda da- mahkemelerin yer itibarıyla yetkisini tayin etmek üzere kullanılmaktadır. Ayrıca, bu kurallar her zaman ve her koşulda AİHS m.6/1'i ihlal edecek kadar aşırı şekilde kullanılmayabilir. Dolayısıyla, bu kuralların davanın koşullarına ve davalının konumuna bağlı olarak dar bir şekilde yorumlanması, olası ihlallerin ulusal mahkemeler nezdinde önlenmesini sağlayabilir. Bu nedenle, aşırı yetki kurallarının davalının adil yargılanma hakları bakımından yaratacağı sorunların, mahkemelere bu kuralların yorumlanması ve uygulanmasında dayanağını adil yargılanma doktrininin alan ve sınırlarını da yine aynı doktrininin çizdiği belirli bir takdir hakkı tanımak suretiyle çözülmesi mümkündür.

Diğer yandan, AİHM'nin konuya ilişkin yol gösterici bir içtihadının bulunmaması karşısında, milletlerarası yetkinin aşırı veya çok geniş esaslara istinaden kullanılması nedeniyle ileri sürülebilecek olası bir ihlal iddiasında, davalı devletin AİHS m.6/1'den sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği, büyük ölçüde somut olayın özellikle bağlı olarak belirlenecektir. Bunun doğal sonucu olarak, ne tek başına uyumsuzluğun ne de davalının forum ülkesiyle olan irtibatı, her zaman tek başına belirleyici olacaktır. Özellikle yetkinin tesisinde kullanılan irtibatın yanı sıra davalının ülkeyle olan bağlantıları ile bu bağlantıların yeterli ve elverişli olup olmadığı önem arz etmektedir. Bu noktada, ulusal mahkemelerin davanın konusuna ve koşullarına bağlı olarak tarafların milletlerarası yetkiye ilişkin birbiriyle çatışan menfaatleri arasında bir denge kurması da gerekmektedir. Buna göre, davalı için önemli bir zarara yol açmayacağı kabul edilebilir veya etkisi hafifletilebilir önemsiz güçlüklerin varlığı halinde, davacının mahkemeye erişim hakkına öncelik verilebilir. Davanın davalının savunma haklarından yararlanmasını oldukça zorlaştıran veya imkânsız hale getiren, uzak bir ülkede açıldığı ancak davacının davalı için daha uygun olan diğer bir ülke mahkemesinde dava açabilmesinin mümkün olduğu hallerde, AİHS m.6/1'in ihlal edilme ihtimali daha yüksek görünmektedir. Bu bakımdan, gelecekte milletlerarası yetkinin aşırı veya çok geniş şekilde kullanılması suretiyle gerçekleşen AİHS m.6/1'e yönelik bir müdahalenin ihlale yol açıp açmayacağı meselesinin, AİHM tarafından ölçülülük ilkesi çerçevesinde incelenmesi kuvvetle muhtemeldir. Diğer bir ifadeyle, ulusal mahkemelerin tarafların milletlerarası yetkiye ilişkin menfaatleri arasında adil bir denge kurup kurmadıkları, AİHM denetiminin temelini teşkil edecek gibi görünmektedir.

Mahkemeye erişim hakkının milletlerarası yetki alanında etkisinin ciddi bir biçimde hissedildiği hallerden birini, negatif yetki çatışması olarak da ifade edebileceğimiz, davacının dünya üzerinde iddiasını ileri sürebileceği milletlerarası yetkiye sahip bir ülke mahkemesinin bulunmaması olgusu oluşturmaktadır. Negatif yetki çatışmasının nadiren ve istisnai hallerde ortaya çıkabileceği belirtilse de, devletler negatif yetki çatışmalarına karşı istisnai nitelikte ve zorunluluğa dayanan yetki kuralları tanzim etme yoluna gitmektedir. *Forum necessitatis* olarak ifade edilen bu tür yetki esası, aynı zamanda davacıların kendi kontrolünde olmayan olağanüstü koşullardan kaynaklanan hukuki veya fiili imkansızlıklar nedeniyle dünya üzerinde mevcut

alternatif yetkili mahkeme(ler)e başvuramaması tehlikesini de bertaraf etmektedir. Şüphesiz, bireylerin mahkemeye erişim hakkını gözetmek amacıyla tanzim edilen bu tür kuralların, daha doğrusu bu kurallarda yer alan şartların yine AİHS m.6/1’le bağdaşır bir şekilde yorumlanması ve uygulanması gerekmektedir. Bu bakımdan, bir kimsenin dünya üzerinde başvurabileceği veya başvurmasının beklenebileceği hiçbir mahkeme yokken, ülke mahkemelerine erişimi yetkisizlik gerekçesiyle reddederek o kişinin mahkemeye erişim hakkını mutlak bir şekilde reddetmek, doğal olarak, söz konusu devletin ihkak-ı haktan imtina etmesine, dolayısıyla AİHS m.6/1 nezdinde sorumluluğunun doğmasına yol açabilecek şekilde yorumlanabilecektir.

Türk hukukunda, *forum necessitatis*’i anımsatsa da, kamu düzeni ve mücbir sebebin istisnai hallerde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis etmede kullanılan bir yetki esası olduğunu söylemek, çalışmamızda ayrıntılı olarak ortaya koyduğumuz üzere, ne yasal olarak ne içtihaden mümkün değildir. Dolayısıyla, günümüzde Türk milletlerarası yetki sisteminde yurt dışındaki doğal forum olarak nitelendirilebilecek diğer ülke mahkemelerine başvuramayan davacılar bakımından, istisnai hallerde Türk mahkemelerinin yetkisini tesis edecek bir yetki kuralının olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Hiç şüphesiz, bir taraftan davacının yabancı ülke mahkemesine başvurmasının mümkün olmadığı veya makul bir şekilde beklenemeyeceği, diğer taraftan Türk milletlerarası yetki sistemi uyarınca davacının başvurabileceği yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmadığı bir durum, istisnaen ve çok nadir hallerde ortaya çıkabilir. Ancak, böyle bir durumda yetkisizlik kararıyla bireylerin başvurmuş oldukları Türk mahkemesinin korumasından mahrum bırakılmasının da AİHS m.6/1 ve AY m.36’nın ihlaline neden olabileceği de aşıkardır. Örneğin, MÖHUK m.40’ın iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına yapmış olduğu atıf gereği, kapsamlarına giren konulara uygulanacak olan HMK m.9, m.10 ve m.390 hükümleri uyarınca, kimi hallerde yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmayabilir. Böyle bir durumda, davacının yurt dışında başvurabileceği milletlerarası yetkiye sahip bir mahkeme objektif olarak bulunmamakta veya söz konusu mahkemeye erişim imkânsız ise, Türk mahkemesince verilecek böyle bir karar, mahkemeye erişim hakkının ihlaline yol açabilecektir. Ayrıca, MÖHUK’un getirmiş olduğu Türk milletlerarası yetki sistemi, esasen iç hukukun yer itibariyle yetki

kurallarının tatbik edilmesine dayandığından ve bu kuralların da zaman içerisinde değişebilmesi veya yetersiz kalması söz konusu olabileceğinden yabancı unsurlu bazı özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmaması söz konusu olabilir. Bu nedenle, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin istisnai hallerde tesis edilmesini öngören, kaynağını ve dayanağını AİHS m.6/1 ve AY m.36'dan alan, istisnaen başvurulabilecek tali nitelikte bir yetki kuralına Türk milletlerarası yetki sistemi içinde yer vermek yararlı, hatta zaruri olacaktır.

Bunun yanı sıra, AİHS'nde yer alan temel hak ve özgürlükler Türk kamu düzeninin bir parçasını oluşturduğundan ve AİHS m.6/1'in bünyesinde yer alan hak ve ilkeler de bunun kapsamına girdiğinden, böyle bir yetki esasının kamu düzeni müdahalesinin değil, Türk kamu düzeni anlayışının bir gereği olarak ortaya çıktığını söyleyebiliriz. Zira, milletlerarası yetkinin bir cüzünü oluşturduğu milletlerarası usul hukuku kuralları, niteliği itibarıyla bireyler arasındaki yabancı unsurlu uyuşmazlıkların bireylerin adil yargılanma hakkına riayet edilecek şekilde çözülmesine, dolayısıyla kamu düzeninin sağlanmasına hizmet etmektedir. Diğer bir ifadeyle, milletlerarası yetki alanında –davalının da haklarını gözetmek kaydıyla- zarurete dayanan ve istisnai nitelikte bir yetki esasının varlığı, bireylerin AİHS m.6/1'den kaynaklanan adalet erişim haklarının güvence altına alınmasına, böylece kamu düzeninin gereğinin yerine getirilmesine de hizmet edecektir.

Tıpkı milletlerarası yetkinin objektif yetki kurallarına istinaden tesis edildiği hallerde olduğu gibi, mahkemelerin milletlerarası yetkisinin yetki anlaşmasına istinaden tesis edildiği veya bertaraf edildiği hallerde de, kendisine başvuru bir taraf devlet mahkemesinin yetkisiyle ilgili her türlü tasarrufunun adil yargılanma hakkına, özellikle mahkemeye erişim hakkına uygun olması gerekmektedir. Prensip olarak, bireylerin yetki anlaşması akdetmek suretiyle, belirli bir mahkemenin yetkisini kabul ederek milletlerarası yetkiye sahip olabilecek diğer tüm devlet mahkemelerine başvurma hakkından feragat etmeleri veya sadece milletlerarası yetkiye sahip kimi devlet(in) mahkemelerine başvurmadan feragat etmeleri mümkündür. Böylece, bireyler kendi iradeleriyle başvurabilecekleri mahkemeleri sınırlandırabilmekte, kendisine başvuru mahkemeler de kaynağını taraf iradesinden alan bu sınırlamaya etki tanıyarak -yetki veya yetkisizlik kararı vermek suretiyle- tarafların mahkemeye

erişim hakkına sınırlama getirebilmektedir. Bu bakımdan, prensip olarak, yabancı bir mahkeme veya bir Türk mahkemesi lehine yapılan bir yetki anlaşmasına etki tanınması, AİHS m.6/1’de ve AY m.36’da yer alan mahkemeye erişim hakkına uygundur.

Bununla beraber, tarafların mahkemelerin yetkisinden feragat etmelerinin de bir sınırının olduğunu belirtmek gerekir. Yetki anlaşmasının varlığına rağmen kendisine başvurulmuş mahkeme, yine de yapılan anlaşmanın geçerliliğini ve kendi yetkisi açısından kabul edilebilir olup olmadığını denetleme yetkisine (ve yükümlülüğüne) sahiptir. Zira, dünya üzerinde milletlerarası yetkiye sahip olabilecek tüm mahkemelere ve mahkemelere alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvuru hakkından feragat etme taahhüdünü içeren, böylece taraflardan en az birinin kendi iradesiyle adalet erişim hakkını mutlak bir şekilde sınırladıkları yetki anlaşmaları, kendisine başvurulmuş taraf devlet mahkemesince kabul edilmeyecektir. Bu bakımdan, yetki anlaşması akdetmek suretiyle dünya üzerinde kendisinin kullanımına sunulmuş mahkemelere başvurma hakkı taraflarca mutlak bir şekilde sınırlanamayacağı gibi, bu tür bir anlaşmaya bir taraf devletin mahkemelerince etki tanınması da mahkemeye erişim hakkına ölçsüz ve hakkın özünü ortadan kaldırır bir müdahale sonucunu doğurabilir. Bu nedenle, geçerli bir yetki anlaşmasının var olduğu hallerde dahi, yetki anlaşmasının bireylere gerçekten etkin bir yargı yoluna başvurma imkânı sağlayıp sağlamadığının, Türk mahkemelerince dikkate alınması gerekmektedir.

Milletlerarası yetkinin taraf iradesine istinaden tesis edildiği hallerde, geçerli bir şekilde akdedilmiş olmasına rağmen yetki anlaşmalarının akdedildikten sonra veya ihtilafın vuku bulduğu tarih itibarıyla bireylere başvurabilecekleri etkin yargı yolu olmaktan çıkabilir. Bu tür durumlarda, yetki anlaşmasıyla yetkisi bertaraf edilen bir Türk mahkemesinin davalının yetki anlaşmasına dayanan yetki itirazına istinaden yetkisizlik kararı vermesi halinde, davacının ülke mahkemelerine erişim hakkı etkin bir yargı yoluna başvuru hakkı tanımayan yetki anlaşması nedeniyle engellenmiş olacaktır. Bu nedenle, yetki anlaşmasına konu uyuşmazlığın yetki anlaşmasıyla yetkili kılınan yabancı mahkemede görülmesinin mümkün olmadığının seçilen mahkemeye başvurmadan evvel anlaşıldığı kimi hallerde Türk mahkemeleri, yabancı mahkeme lehine yapılan yetki anlaşmasına dayanan yetki itirazını –davacının iddia ve delillerine istinaden- reddetmek ve davayı dinlemek durumundadır.

Bu durum, yetki anlaşmasıyla yetkili kılınan yabancı mahkemenin hukukunda, yetki anlaşmasının geçerliliği için aranan herhangi bir koşulun karşılanmayacağına açıkça ortaya konduğu hallerde söz konusu olabilir. Örneğin, yetkili kılınan yabancı mahkemenin hukukunda uyuşmazlıkla ülke arasında bir bağlantının aranması, yetki anlaşması yapma yetkisinin kişi bakımından sınırlandırılması, seçilen mahkemenin belirli veya belirlenebilir olması gibi herhangi bir şartın karşılanmadığının seçilen mahkemeye başvurmadan evvel ispatlanması söz konusu olabilir. Benzer şekilde, münhasır bir yetki anlaşmasının geçerliliğine ilişkin şartlar dışındaki birtakım hukuki engellerin veya fiili engellerin varlığı, kimi hallerde bireylerin yetki anlaşmasına istinaden etkin bir yargı yolu olma vasfını ortadan kaldırabilir. Mahkemesi münhasıran yetkili kılınan ülke hukukunda, taraf iradesine mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis eden bir yetki esası olarak yer verilmemiş olabilir. Bu durumda davacının söz konusu mahkemeye başvurarak bir yetkisizlik kararı elde etmesini beklemek yerinde olmayacaktır. Yine, seçilen mahkemenin bulunduğu bölgede hali hazırda devam eden savaş veya fiili çatışma halinin varlığı bakımından da aynı şeyi söylemek mümkündür.

Yetki anlaşmaları, bir sözleşme olması itibariyle, sözleşmelerin kurulması ve geçerliliğine ilişkin koşullar prensip olarak yetki anlaşmaları bakımından da aranacaktır. Buna göre, yetkili mahkemenin tayini konusunda tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri mevcut olmalı ve bu irade sakatlanmamış olmalıdır. Yine, kamu düzenine, ahlak ve adalet anlayışına ve temel haklara aykırı şekilde kaleme alınan yetki anlaşmalarının geçersiz olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Bu noktada, yetkili mahkemenin tayini konusunda eşit pazarlık gücüne sahip olmayan, bireylere üzerinde düşünme, müzakere etme fırsatı sunulmadan yapılan yetki anlaşmalarının geçerli olup olmayacağı problemi tartışma konusu olabilmektedir. Türk hukukunda, yetki anlaşmasına konu hukuki işlem veya ilişkinin zayıf tarafının korunması gerektiği anlayışı, gerek Türk gerekse yabancı mahkemeler lehine yapılan yetki anlaşmaları bakımından da normatif olarak benimsenmiştir. HMK m.17’de sadece tacirler veya kamu tüzel kişilerinin yetki anlaşması akdedebilmelerine izin verilerek, özellikle tacir olmayan gerçek kişilerin bu kişiler karşısında daha zayıf konumda oldukları ve bu kişilerin daha güçlü olanlara karşı korunması gerektiği mülahazasıyla kişi itibariyle genel bir sınırlama getirilmiştir. Aynı şekilde, iş, tüketici ve sigorta sözleşmelerinin

zayıf tarafı konumunda olan işçi, tüketici ve sigortalıya karşı açılan davalarda yetkili Türk mahkemesini tayin eden MÖHUK m.44-46'da yer alan mahkemelerin yetkisinin, yabancı bir mahkeme lehine yapılan yetki anlaşmasıyla bertaraf edilemeyeceği kabul edilmiştir (MÖHUK m.47/2).

Bu düzenlemelerin temelinde, ekonomik olarak güçlü olan tarafın menfaatine en uygun olduğunu düşündüğü mahkemeyi tercih ederek zayıf tarafı kanunen tabi olduğu mahkemelerden uzaklaştırdığı, bunun başta yetkili mahkemenin tayini olmak üzere sözleşmenin zayıf tarafının usuli menfaatlerini açıkça tehlikeye düşürdüğü anlayışı yatmaktadır. İşte, dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde zayıf taraf aleyhine bozulan dengenin yeniden kurulması amacıyla, ekonomik yönden güçlü tarafa hizmet eden yetki anlaşmalarının geçersiz sayılması veya etkisinin sınırlandırılması anlayışı benimsenmiştir. Böylece, söz konusu düzenlemelerle yetki anlaşması akdetme serbestisinin zayıf tarafın durumunu ağırlaştıracak şekilde kötüye kullanılması ihtimali tamamen veya kısmen engellenmiş olmaktadır. Bu bakımdan, gerçek kişilerin yetkili mahkemenin tayini konusunda sahip oldukları irade serbestisinin de, yine bu kişilerin menfaatine olacak şekilde sınırlandırıldığını söyleyebiliriz. Bu nedenle, hukuk düzeni tarafından getirilen böyle bir koruma, zayıf konumda bulunan kişilerin adil yargılanmaya yönelik menfaatlerine hizmet etmektedir. Bununla beraber, her gün birden fazla gerçek kişiyle sözleşme akdetmekte olan tacirlerce yetkili mahkemenin tayin edilmesinin zarureten ortaya çıktığı ileri sürülebilirse de, bu konuda gerçek iradesini ortaya koy(a)mayan veya karşı tarafa kabul ettiremeyen bir tarafı böyle bir yetki anlaşmasıyla bağlı tutmanın hakkaniyetle bağdaşmadığı da bir gerçektir. Dolayısıyla, ulusal hukuk düzenlerince tacirlerin yetki anlaşması akdedebilme özgürlüğünü sınırlayan bu tür kuralların, tacirlerin hak arama özgürlüğüne, dolaylı olarak ticari faaliyette bulunma özgürlüğüne bir müdahale teşkil ediyor olsa da, böyle bir sınırlama kolay kolay ölçüsüz bir müdahale olarak nitelendirilmeyecektir.

Diğer taraftan, prensip olarak her iki tarafın da tacir olduğu hallerde, genel işlem şartlarında veya müstakil bir sözleşmede yer alan bir yetki şartı, doğrudan hükümsüz kabul edilmese de, bir tarafın hak arama yollarını diğer tarafın aleyhine kolaylaştırması itibarıyla taraflar arasındaki dengeyi bozduğu söylenebilir. Bununla beraber, çoğunlukla asimetrik yetki anlaşmaları olarak ifade edilen ve bir tarafa sadece

belirlenen mahkemede dava açma zorunluluğu getiren, diğer tarafa milletlerarası yetkisi doğabilecek mahkemelerden herhangi birinde dava açabilme imkanı tanınan yetki anlaşmalarının tarafların eşitliği gözetilmeksizin akdedildiğinden söz edilemez. Bu tür yetki anlaşmaları, tarafların başvurabilecekleri yetkili mahkemelerin sayısı konusunda bir eşitsizliğe yol açtığı, bir taraf seçim hakkı bahşederek *forum shopping*'i teşvik ettiği, öngörülebilirliği ortadan kaldırdığı gerekçesiyle eleştirilebilirse de, belirli bir ülke mahkemesi veya mahkemeleri münhasıran yetkili kılındığından, ihtilaf vuku bulduğunda seçim hakkı olmayan tarafın her daim başvurabileceği bir mahkeme bulunmaktadır. Bu nedenle, böyle bir yetki anlaşmasıyla bir tarafın mahkemeye erişim hakkının, dolayısıyla AİHS m.6/1'in ihlal edildiği söylenemez.

Bu tür anlaşmalarda, genellikle ekonomik olarak güçlü olduğu varsayılan tacirin işyeri/yerleşim yerinin veya şubesinin bulunduğu ülke mahkemelerinin münhasıran yetkili kılınmakta olduğundan, bu anlaşmaların seçim hakkına sahip olmayan tarafın aleyhine olduğu da söylenemez. Zira, kendisine seçim hakkı verilmeyen taraf, asimetrik yetki anlaşması yapılmasaydı içinde bulunacağı durumdan daha kötü bir duruma düşmemekte, sadece diğer tarafın sahip olduğu avantaja sahip olamamaktadır. Ayrıca, yabancı unsurlu sözleşmelerin sonuçlarını öngörebilecek ve bunu müzakere edebilecek, dolayısıyla çeşitli menfaatler elde edebilecek tacirler, akdetmiş oldukları sözleşmelerden doğabilecek muhtemel uyuşmazlıkların nerede, hangi kurallara göre ve ne şekilde çözümleneceğini ve bu konudaki menfaatlerini de gözetebilecek kapasiteye sahiptir veya en azından böyle olması beklenir. Dolayısıyla, bu tür sözleşmelerde bir tarafa seçim hakkının tanınmasının temelinde söz konusu tarafın maddi hukuka ilişkin menfaatinin korunması ve bunun karşı tarafça kabul edilmesi yer almaktadır ve bu tür yetki sözleşmeleri de irade serbestisinin bir sonucudur. Bu nedenle, milletlerarası ticari sözleşmelerin taraflarından birine sadece belirli bir mahkemede dava açma zorunluluğu getirirken diğer tarafa seçim hakkı tanıyan yetki anlaşmalarının erişime müsait mahkemelerin sayısı bakımından eşitsizlik yarattığı söylenebilirse de, tek başına bu husus, yetki anlaşmasını seçim hakkına sahip olmayan tarafın mahkemeye erişim hakkını zedeleyen bir anlaşma olarak nitelendirmek için yeterli değildir.

Türk hukukunda yetki anlaşmasıyla yetkili kılınan mahkemenin vereceği kararın Türk mahkemesince tanınma ve tenfiz edilme şansına sahip olup olmaması, kural olarak

yetki anlaşmasının Türk hukuku bakımından geçerliliğini etkilememektedir. Dolayısıyla, davacı yabancı mahkemece verilecek kararın Türk hukukunda tanıma-tenfiz kabiliyetine sahip olmadığı gerekçesiyle bir Türk mahkemesine müracaat ettiğinde, prensip olarak Türk mahkemesinin yetkisizlik kararı vermesi gerekmektedir. Bununla beraber, kimi hallerde seçilen mahkemenin *vermiş olduğu* kararın Türkiye’de tanınması veya tenfizi talebinin reddedilmiş olması halinde de yetki anlaşmasının varlığına rağmen açılan davayı görmesi gerekmektedir. Zira, burada taraf iradesiyle yetkili kılınan mahkeme, bir tarafın ileri sürdüğü bir özel hukuk iddiası hakkında nihai bir karar vermiş olsa da, aslında ne kararın verildiği ülkede ne de tanınması veya tenfizi talep edilen ülkede böyle bir davayla istenen hukuki netice elde edilememiş olacaktır. AİHS m.6/1, sadece özel hukuk karakterli bir hak iddiası ile ilgili bir yargılama sonucunda adil bir karar verecek bir mahkemeye erişimi güvence altına almamakta, aynı zamanda yargılama sonucunda mahkeme tarafından tespit edilerek hukuk düzeninde tanınmış olan bir hakkın gerçekleştirilmesini (kararın icrasını) de güvence altına almaktadır. Dolayısıyla, bu tür hallerde yetki anlaşmasının varlığı nedeniyle yetkisizlik kararı vermek, etkin bir yargı yolu olmaktan uzak yetki anlaşmasına istinaden ülke mahkemelerine erişimin mutlak olarak engellenmesine yol açacaktır.

Yetki anlaşmasıyla yetkili kılınan yabancı mahkemece verilecek kararın *tanınmayacağı veya tenfiz edilmeyeceği* gerekçesiyle tarafların serbest iradesini yansıtan böyle bir anlaşmayı etkisiz hale getirmemek gerekir. Zira, öncelikle, taraflarca yabancı bir mahkemenin yetkili kılınmasının temel gayesi, ihtilafın her iki tarafa eşit mesafede bir yargı organınca çözülmesi olabilir. Ayrıca, yetkili kılınan yabancı mahkemenin vereceği kararın her zaman bir tanıma-tenfiz davasına konu yapılması söz konusu olmayabilir. Dolayısıyla, bu tür bir iddia bakımından, kendisine başvurulmuş mahkemenin mümkün mertebe taraf iradesine öncelik vererek yetki anlaşmasını ayakta tutacak şekilde bir değerlendirme yapması yerinde olacaktır. Şüphesiz, seçilen mahkemenin icra edilebilir bir karar vermekten uzak olduğu gerekçesiyle yetki anlaşmasına etki tanınmasının AİHS m.6/1’i ihlal edeceği ileri sürülebilir. Ancak, böyle bir ihlal iddiası, muhtemelen özellikle davacının böyle bir duruma kendi iradesinin neden olması ile davalının davanın seçilen mahkemede görülmesine yönelik iradesi ve bu konudaki korunmaya değer menfaati göz önüne alınarak kabul görmeyecektir. Bu

nedenle, seçilen mahkemenin vereceği kararın davalının mallarının bulunduğu Türkiye’de tenfizi ihtimali bulunmadığı gerekçesiyle yetki anlaşmasına etki tanımamak yerinde olmayacaktır.

Milletlerarası yetkinin tayininde getirilen veya var olduğu düşünülen dava konusunda bağlı kimi sınırlamalar, örneğin taşınmazların aynına ilişkin davaların taşınmazın bulunduğu veya fikri haklara ilişkin kimi davaların fikri hakkın tescil edildiği ülke mahkemesinin yetkisini öngören kurallar, genel olarak meşru amaca sahiptir. Zira, söz konusu sınırlamanın amacının, adalet hizmetlerinin sağlıklı ve etkin bir biçimde yönetilmesiyle ilgilidir. Bu konularda, taşınmazın bulunduğu veya fikri hakkın tescil edildiği ve korunduğu ülke hukukunun bu konuda olabilecek en pratik ve en etkili çözümü sunacağı da bir gerçektir. Ayrıca, söz konusu konularda mahkemelerin yetkisinin çoğunlukla münhasır nitelikte olduğu anlayışı hakim olduğundan, davacının iddialarını ileri sürebileceği başka bir forum daima mevcut bulunacaktır. Bu nedenle, prensip olarak milletlerarası yetkiye yönelik böyle bir sınırlama, yani taşınmazın aynına veya fikri haklara ilişkin dava bakımından yer itibarıyla ve milletlerarası yetkili olmadığına karar vererek açılan davanın reddedilmesi, ölçülü bir müdahale olarak nitelendirilecektir.

Her devletin mahkemelerinin milletlerarası yetkisini serbestçe tayin etmesi, doğal olarak davacının milletlerarası yetkiye sahip olan birden fazla mahkemeden kendi menfaatine en uygun ve en elverişli olan devlet mahkemesinde dava açmayı tercih etmesine yol açacaktır. Davacının kullanımına açık mahkemeler arasından en elverişli olanını seçmesi, şaşırtıcı bir durum olmadığı gibi kınanacak bir davranış olarak da nitelendirilmez. Diğer yandan, böyle bir seçim hakkının sınırını dürüstlük kuralının çizdiği de unutulmamalıdır. Buna göre, dürüstlük kuralı usulde de uygulanmakta olup, bu kuralın kapsamına davanın dürüstlük kuralına uyularak açılması ve yürütülmesi yükümlülüğü de girmektedir. Bu nedenle, bireylerin AİHS m.6/1’de güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının, söz konusu hakkın yabancı unsurlu davalarda ne ölçüde ve hangi şartlar altında kullanılabileceğini öngören usuli hak ve yetkilerinin de bu kurala riayet edilerek kullanılması gerekmektedir. Dolayısıyla, milletlerarası yetkiyi tesis eden bağlama noktalarının hileli bir şekilde değiştirildiği ve kullanıldığı veya

HMK m.7 hükmünün davacı tarafından veya davacının davalılardan biriyle anlaşmak suretiyle diğer bir davalıyı kendi bir yargı alanına getirmek amacıyla kullanıldığı hallerde, davacının dürüstlük kuralına aykırı olan böyle bir davranışının tespit edilmesi halinde, hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilen bu durum karşısından verilecek yetkisizlik kararı mahkemeye erişim hakkına aykırı olarak nitelendirilemeyecektir.

Benzer şekilde, davalının hukuk düzeni tarafından kendisine tanınan usuli yetkiyi, örneğin yetki veya derdestlik itirazında bulunma hakkını sırf yargılamayı geciktirmek veya engellemek amacıyla kötüye kullanması da söz konusu olabilir. Bu tür hallerde, mahkemenin duruma göre –yabancı mahkeme lehine yetkisizlik kararı vererek- bu kötüniyetli davranışa etki tanınması, aslında davacının yine aynı hukuk düzenince kendisine de tanınan yetkiyi kullanarak başvurduğu mahkemenin AİHS m.6/1’de öngörülen standartlara uygun bir yargılama yap(a)mamasına yol açabilir. Dolayısıyla, bir taraftan objektif veya subjektif yetki kuralları uyarınca davacılar dava açma imkanı tanınırken diğer taraftan bu imkanın kötü niyetli davalılarca -usuli kurallar vasıtasıyla- suistimal edilmesine mahkemelerce izin verilmesi, davacının AİHS m.6/1’de yer alan makul sürede yargılanma ve mahkemeye erişim haklarını etkileyebilecek, davanın hal ve şartlarına göre söz konusu haklardan herhangi birinin ihlali söz konusu olabilecektir.

Her devletin mahkemelerinin milletlerarası yetkisini diğer devletlerden bağımsız olarak serbestçe tayin etmesi, tarafları konusu ve sebebi aynı veya birbiriyle bağlantılı davaların aynı anda farklı ülke mahkemelerinde görülmesi sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Birbirine paralel bu tür yargılamaların ortaya çıkaracağı sorunların, milletlerarası derdestlik ve bağlantılı dava itirazı yoluyla önlenebileceği anlayışının, pek çok taraf devlet hukukunda karşılık bulduğu görülmektedir. Diğer taraftan, görülmekte olan bir davanın salt aynı veya bağlantılı bir davanın yabancı ülke mahkemesinde görülmekte olduğu gerekçesiyle derdestlik veya bağlantılı dava itirazına bağlı olarak bekletilmesi veya reddedilmesi, devletin bir taraftan uyuşmazlığın çözümü konusunda sahip olduğu yargı yetkisinden, belirli bir süreliğine de olsa, feragat etmesi anlamına gelmektedir. Dahası, ulusal mahkemelerinin milletlerarası derdestlik veya bekletici sorun kararına istinaden eldeki davayı reddetmeleri veya bekletmeleri, aynı

zamanda AİHS m.6/1'den kaynaklanan bireylerin ülke mahkemelerine etkili bir şekilde erişebilmelerini sağlama ve makul sürede yargılama yapma yükümlülüğünü ciddi bir şekilde tehdit edebilecek bir tasarruf mahiyetindedir. Bu bakımdan, milletlerarası derdestlik veya bekletici sorun müesseseleri, milletlerarası yetkiye sahip mahkemelere medeni iddiaları hakkında AİHS m.6/1'e uygun bir şekilde karar verilmesini isteyen kişilerin, özellikle mahkemeye erişim hakkını sınırlayabilme imkânı tanımaktadır. Dolayısıyla, bir devlet tarafından aynı davanın yabancı bir mahkemede görülmekte olduğu vakıasına izin verilmemesinin veya belirli usul ve şartlar altında izin verilmesinin, diğer bir ifadeyle milletlerarası derdestliğin sadece devletin sahip olduğu yargı yetkisiyle değil, bireylerin adil yargılanma haklarıyla da yakın ve hassas bir ilişkisi bulunmaktadır.

Prensip olarak, bir taraf devletin milletlerarası derdestliği açıkça kabul etmek suretiyle sahip olduğu ve mahkemeleri vasıtasıyla kullandığı yargı yetkisinden, aynı uyuşmazlığın yabancı mahkemede görülmekte olduğu vakıasına istinaden feragat etmesinin sınırını, yargı yetkisinin kapsamına giren bireylerin AİHS m.6/1'de yer alan hakları çizmektedir. Aynı prensip, milletlerarası derdestliği kabul etmeyerek, aynı uyuşmazlık yabancı mahkeme önünde görülmekte olmasına rağmen mahkemelerine söz konusu uyuşmazlığı görüp karara bağlama yükümlülüğü getiren devletler bakımından da geçerlidir. Bu bakımdan, aralarında farklılıklar olsa da, hukuk sistemlerinin milletlerarası derdestlik veya bağlantılı dava itirazlarına istinaden davanın bekletilmesi/reddedilmesi konusunda aranan şartlar ve usul bakımından AİHS m.6/1'in olası ihlalini önlemek üzere, pek çoğu mahkemelerin takdir yetkisine dayanan birtakım kurallar tanzim ettikleri görülmektedir. Böylece, milletlerarası derdestlik ve bağlantılı dava itirazlarının normatif veya içtihadi olarak kabul edildiği hukuk düzenlerinde, devletlerin bir taraftan bireylerin AİHS m.6/1'de güvence altına alınan haklarını diğer taraftan kendi menfaatlerini gözeterek kurallar vasıtasıyla bu probleme çözüm bulma yoluna gittikleri görülmektedir.

Buna mukabil, Türk hukukunda bazı özel düzenlemelerle milletlerarası anlaşma hükümleri hariç tutulursa, Kanun koyucu bu konuda herhangi bir düzenleme yapma yoluna gitmemiştir. Burada, yabancı ülkede görülmekte olan aynı veya bağlantılı

davaların derdestlik ve bekletici sorun yapıp yapılamayacağı konusunda kanun koyucunun böyle bir düzenleme ihtiyacı hissetmediğini, büyük ölçüde Türk milletlerarası özel hukuk alanında böyle bir düzenlemeye ihtiyaç olup olmadığının belirleyici olacağını söylemek mümkündür. Bu noktada, geçmişe nazaran milletlerarası özel hukuk işlem ve ilişkilerinde yaşanan gelişmelerin, bu alandaki uyumsuzlukların çeşitliliğini ve yaygınlığını etkilediğini, bunun da söz konusu kurumlara olan ihtiyacı ortaya koyduğu söylenebilir. Diğer yandan, yabancı mahkemelerde görülmekte olan aynı veya bağlantılı davaların derdestlik ve bekletici sorun yapılması konusunda birbiriyle çelişen kararlar veren ve bu konularda birbirinden farklı kriterler arayan Türk mahkeme kararlarının varlığı da, bu konuda yasal bir düzenleme yapılması ihtiyacını dolaylı olarak ortaya koymaktadır.

Yabancı mahkemelerde görülmekte olan aynı veya bağlantılı davaların, HMK’nda yer alan derdestliğe ve bekletici soruna ilişkin kurallara istinaden milletlerarası derdestlik ve bekletici sorun kararlarına konu yapılabileceği söylenebilir de, söz konusu kuralları uygulamanın AİHS m.6/1 açısından yerinde olmayacağı düşüncesindeyiz. Özellikle, milletlerarası derdestliğin HMK m.114-115 hükümlerine istinaden kabul edilmesi, AİHS m.6/1’in ihlaline yol açabilecek kadar ağır usuli sonuçlara yol açabilecektir. Zira mevcut düzenleme uyarınca milletlerarası derdestliğin bir dava şartı olarak kabul edilmesinin doğal sonucu olarak, kendi önündeki davanın daha sonra açıldığını tespit eden Türk mahkemesi önündeki davayı usulden reddedecektir (HMK m.115). Bu durumda, açmış olduğu dava derdestlik gerekçesiyle reddedilen taraf, yabancı mahkemece verilen kararın Türkiye’de tanınması veya tenfizinin mümkün olmadığı bir Türk mahkemesince tespit edilene kadar Türk mahkemesinde yeni bir dava açamayacaktır. Bu nedenle, derdestliğin yabancı ülke mahkemelerinde görülmekte olan davalar bakımından da bir dava şartı olarak öngörülmesi ve dikkate alınması yerinde olmayacaktır. Bu noktada, yabancı mahkemede derdest dava lehine Türk mahkemesinin önündeki davayı HMK m.165 uyarınca bekletici sorun yapabileceği de söylenebilir de, tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir davanın yabancı mahkeme bir karara varıncaya kadar bekletici sorun yapılması, Türk hukukunda kabul edilen bekletici sorun müessesesinin amacına ve niteliğine uygun düşmemektedir. Zira Türk hukukunda HMK m.165/1’e istinaden

bekletici sorun kararı verilebilmesi için bekletici sorun teşkil eden hususun mahkemenin görevine girmiyor olması gerekmektedir. Oysa aynı zamanda yabancı mahkemede görülmekte olan aynı dava, Türk mahkemesinin hem görevinin hem yetkisinin kapsamına girdiğinden, HMK m.165/1’de aranan koşul gerçekleşmediği için yabancı mahkemedeki davanın bekletici sorun yapılması mümkün olmayacaktır.

Diğer taraftan, yabancı mahkemede derdest bağlantılı davayı bekletici sorun yapamayan bir Türk mahkemesinin HMK m.165/2 hükmünden istifade etmesi mümkündür. HMK m.165/2’de, bir davanın incelenmesi ve sonuçlandırılması başka bir davanın çözümüne bağlı ise mahkemenin, ilgili tarafa görevli mahkemeye başvurusu için uygun bir süre verebileceği, söz konusu süre içinde görevli mahkemeye başvurulmaması halinde ilgili tarafın bu husustaki iddiasından vazgeçmiş sayılacağı ve davaya devam edileceği belirtilmektedir. Aslında, Türk medeni usul hukukunda asıl davayı görmekte olan yetkili bir mahkeme, bekletici sorun yapılması istenen bir bağlantılı davayı kendi görevinin kapsamına girmediği için görememekte, aksi takdirde söz konusu davayı bir ön sorun olarak kabul ederek karara bağlayabilmektedir. İşte, yabancı mahkemelerde görülmekte olan bağlantılı davanın bekletici sorun yapıp yapılamayacağı problemi, HMK m.165/2 hükmünden istifade edilerek, kısmen de olsa çözüme kavuşturulabilir. Buna göre, asıl davayı görmeye yetkili olan bir Türk mahkemesinin bağlantılı dava bakımından yetkili ve görevli bir Türk mahkemesinin bulunduğunu tespit ettiği ve bekletici sorun kararı için aranan diğer şartların da varlığına kanaat getirdiği takdirde, ilgili tarafa söz konusu Türk mahkemesinde dava açmak için uygun bir süre verebilir. Türk medeni usul hukukunda zorunlu olduğuna dair bir açıklık bulunmayan hallerde bekletici sorunun ihtiyari olduğu ve HMK m.165’in de ihtiyari bekletici sorun kurumunu düzenlediği dikkate alındığında, Türk mahkemesinin HMK m.165/2 hükmünden istifade ederek, ilgili tarafça açılan davaya istinaden bekletici sorun kararı verebileceğini söylemek mümkündür. Yalnız burada, HMK m.165/2 hükmünden istifade edilebilmesi için, yabancı mahkemede derdest bağlantılı dava bakımından Türkiye’de yetkili ve görevli bir mahkemenin bulunması gerektiğini, yetkili ve görevli bir Türk mahkemesinin bulunmadığı hallerde yabancı mahkemelerde görülmekte olan bağlantılı davaların bekletici sorun yapılmasının yasal olarak mümkün olmadığını belirtmek gerekir.

HMK’da yer alan derdestliğe ve bekletici soruna ilişkin hükümlerin yabancı mahkemelerde görülmekte olan aynı ve/veya bağlantılı davalar bakımından da uygulanması mümkün ve yerinde olmadığı gibi, bağlantılı davalar açısından HMK m.165/2 hükmünün her bağlantılı dava bakımından uygulanamama ihtimali her zaman bulunmaktadır. Gerçi, bu konuda hangi şartlara ve usule yer verilirse verilsin, yabancı bir mahkemede derdest bir davanın varlığına istinaden eldeki davanın bekletilmesinin bir belirsizliği, dolayısıyla yukarıda değindiğimiz mahzurları bünyesinde barındırdığını kabul etmek gerekir. Bununla beraber, Türk mahkemelerinde görülmekte olan aynı veya bağlantılı bir davanın görülmekte olduğu vakıasına hukuki sonuç tanıyan bir hükme Türk hukukunda da açıkça yer verilmedikçe, bu konuda Türk mahkeme tatbikatında farklı görüş ve uygulamaların ortaya çıkmaya devam edeceği de bir gerçektir. Diğer taraftan, böyle bir düzenlemeyle Türk mahkemesine yabancı mahkemelerde görülmekte olan aynı veya bağlantılı davalar lehine önündeki davayı bekletme imkânı tanınmasının, hal ve şartlara göre, hukuki korunma talebiyle kendisine müracaat eden yabancı veya vatandaşların adil yargılanma hakkından tam olarak yararlanamamalarına neden olabileceği de unutulmamalıdır. Bu nedenle, bu konuda gerek Türk mahkemelerinde davacı veya davalı konumunda olan tarafların menfaatlerini gerekse devletin menfaatlerini mümkün mertebe dengeleyecek ve AİHS m.6/1’in olası ihlalini mümkün mertebe asgariye indirecek bir düzenlemenin yapılması gerekmektedir.

Bu kapsamda, yerel karakterli davalardan farklı olarak, yabancı mahkemede aynı davanın derdest olması vakıasının bir dava şartı ve ilk itiraz olarak nitelendirilmesi yerine bekletici sorun müessesesi kapsamında değerlendirilmesi ve buna göre hukuki sonuçlar doğurması, milletlerarası karakterli özel hukuk uyuşmazlıklarının mahiyetine daha uygun düşmektedir. Ayrıca, Türk hukukunda bir davanın bekletici sorun yapılabilmesi için gerekli olan dava sonucunda verilen kararın sonucunun görülmekte olan davanın sonucunu kısmen veya tamamen etkileyebilecek olması, geniş anlamda aynı davanın yabancı mahkemede görülmekte olduğu halleri de kapsamaktadır. Zira yabancı mahkemede derdest aynı dava sonucunda verilecek karar, tanınmış veya tenfiz edilmiş olmak kaydıyla, Türk mahkemesinde görülmekte olan aynı davanın akıbetini de etkileyebilecektir. Dahası, yabancı mahkemede derdest aynı veya bağlantılı

davaların bekletici sorun yapılmasına imkân veren böyle bir yöntem, doğal olarak, yukarıda HMK m.114-115 hükmünün tatbikiyle ortaya çıkabilecek mahzurları bertaraf edebilecek ve özellikle Türk mahkemelerine başvuran davacıların AİHS m.6/1’de yer alan haklarını daha fazla güvence altına alacaktır.

Yine, yabancı mahkemede görülmekte olan bağlantılı bir dava bakımından Türkiye’de de yetkili ve görevli bir mahkemenin bulunduğu hallerde, asıl davanın görüldüğü mahkemeye yabancı mahkemedeki bağlantılı davayı bekletici sorun yapma veya ilgili tarafa yetkili ve görevli Türk mahkemesine başvurma konusunda takdir yetkisi tanıyan bir hükme de yer verilebilir. Bunun dışında, Türk medeni usul hukukunda kabul edilen ihtiyari bekletici sorun için kabul edilen hususlar, esasen yabancı mahkemede görülmekte olan aynı veya bağlantılı bir davanın bekletici sorun yapılabilmesi için Türk mahkemelerince izlenmesi gereken usul bakımından da geçerli kabul edilebilir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla, bekletici sorunun ileri sürülmesi, şekli veya bekletici sorun kararının niteliği ile sonuçları, bekletici sorun kararı verilmesi ile söz konusu kararın kaldırılması, bekletici sorun teşkil eden davanın yabancı bir mahkemede görülmekte olduğu haller bakımından bir farklılık arz etmemektedir.

Yabancı mahkemede görülmekte olan aynı veya bağlantılı bir davanın bekletici sorun yapılabilmesi için yabancı mahkemedeki dava ile Türk mahkemesindeki dava arasında ayniyetin veya bağlılığın bulunması gerekmektedir birlikte, bu şartın sağlanması tek başına yeterli değildir. Bu noktada, özellikle yerel karakterli davalarda derdestlik kararı için aranan davanın daha önce açılmış olması şartının, milletlerarası karakterli davalar bakımından tek başına veya diğer şartlarla birlikte aranması yeterli ve yerinde olmayabilir. Örneğin, öncelik prensibine dayanan derdestlik anlayışının temelinde, aynı davanın tekrar açılıp görülmesinde davacının hukuki yararının bulunmadığı anlayışı yatmaktadır. Ancak aynı uyuşmazlığın aynı devletin iki farklı mahkemesinin önüne geldiğinde ortaya çıkabilecek usul hukukundan kaynaklanan mahzurları tek başına bertaraf edebilen öncelik prensibi, farklı devletlerin mahkemelerinde derdest aynı davalar bakımından hem taraflara hem de mahkemelere çeşitli külfetler ve mahzurlar da getirmektedir. Bu nedenle, yerel karakterli davalar bakımından tatbiki zaruri olan

öncelik prensibinin, yabancı mahkemelerde derdest aynı davalar bakımından aranmamasının yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

Yabancı mahkemedeki aynı veya bağlantılı davanın bekletici sorun yapılabilmesi için, yabancı mahkemenin vereceği kararın bekletici sorun kararının verildiği an itibariyle tanınması veya tenfizinin öngörülebilir olması gerekmektedir. Yabancı mahkemelerde görülmekte olan aynı veya bağlantılı bir davanın Türk mahkemesince bekletici sorun kararına konu yapılabilmesi için Türk hukukunda aranması gereken bir diğer şart da, yabancı mahkemenin makul bir süre içinde yargılama yapabilecek olmasıdır. Belirtmek gerekir ki, yukarıda incelediğimiz ve yasal bir düzenlemede olması gerektiğini düşündüğümüz her iki şart, aynı zamanda konunun mahiyetinden kaynaklanan bir belirsizliği ihtiva etmektedir. Dolayısıyla, yabancı mahkemede görülmekte olan aynı veya bağlantılı davaya istinaden bekletici sorun kararının verilmesinden sonra ortaya bu iki şarttan herhangi birinin karşılanmayacağıının anlaşıldığı veya yabancı kararın sonucunun beklenmesine gerek kalmadığı hallerde yabancı mahkemedeki davanın sonuçlanmasını beklemek, özellikle Türk mahkemesindeki davacının hak kaybına uğramasına yol açabilir. Bu nedenle, Türk mahkemelerine gerek resen gerekse ilgili tarafların talebi üzerine, büyük ölçüde yabancı mahkemede görülmekte olan davanın akıbetine bağlı olan yukarıdaki iki şartın halen mevcut olup olmadığını, bekletici sorun kararının verilmesinden sonra da değerlendirme ve gerektiğinde vermiş olduğu bekletici sorun kararını kaldırarak önündeki davayı görme imkânı tanınmalıdır. Bu kapsamda, yabancı mahkemede görülmekte olan aynı veya bağlantılı bir davanın bekletici sorun yapılabilmesi için gerekli şartların var olup olmadığını değerlendirme ve bekletici sorun kararı verme konusunda takdir yetkisi tanınması gereken Türk mahkemelerinin, doğal olarak davayı bekletip bekletmeme konusunda da takdir yetkisine sahip olduğunun kabulü gerekir. Dolayısıyla, yabancı mahkeme kararının bekletici sorun yapılmasının niteliği itibariyle bir ara karar olduğu dikkate alındığında, mahkeme gerekçesini de belirterek bekletici sorun kararından her zaman dönebilmeli ve önündeki davayı görmeye devam edebilmelidir.

AİHS'nin milletlerarası usul hukukuna olan etkileri, sadece AİHS m.6/1'de yer alan hak ve ilkelerle sınırlı değildir. AİHS m.8, P-1 m.1, P-7 m.5 gibi Sözleşmesel haklar da milletlerarası usul hukukunun önemli bir kısmını oluşturan yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi alanıyla yakın bir ilişki halindedir. Söz konusu haklar, AİHS m.6/1'in yanı sıra, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi usulü ve şartlarına ilişkin kuralların taraf devlet mahkemelerince yorumlanmasını ve uygulanmasını fazlasıyla etkilemektedir. Şüphesiz bunda, AİHM'nin yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi davalarına ilişkin ulusal mahkeme kararlarının şikâyeteye konu yapılması üzerine vermiş olduğu kararların zenginliği etkili olmuştur. Bu nedenle, bu konuya ilişkin AİHM içtihatlarından mülhem bir takım sonuçları şu şekilde özetlemek mümkündür:

Devletler, prensip olarak yabancı mahkeme kararlarının kendi hukuk düzeni içerisinde hangi hal ve şartlar altında hukuki ve icrai sonuç doğuracağını belirlemekte tamamen serbesttir. Devletlerin tarafı oldukları yabancı kararların tanınması veya tenfizine ilişkin uluslararası iki veya çok taraflı anlaşmalar veya bölgesel düzenlemelerin devletlerin tamamen egemenliklerinden kaynaklanan böyle bir yetkiyi belirli bir ölçüde sınırladığı söylenebilir. Dolayısıyla, devletin yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizini öngörmesi, uluslararası hukuktan kaynaklanan bir yükümlülüğün olmadığı, bu konunun tamamen devletlerin takdirinde olduğunu göstermektedir. Diğer taraftan, devletlerin bu konuda sahip oldukları yetkiyi tarafı oldukları uluslararası insan hakları sözleşmelerinden, özellikle AİHS'nden kaynaklanan yükümlülüklerinin sınırladığını, daha doğrusu AİHS'nin taraf devletlere bu yetkiyi bireylerin AİHS'nde yer alan haklarıyla bağdaşır bir şekilde kullanma yükümlülüğü getirdiğini söylemek mümkündür.

Özel hukuka ilişkin bir hakkın varlığını tevsik eden herhangi bir yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizi talebi, söz konusu talebin yöneltildiği taraf devletin ulusal hukukunda yasal/yargısal olarak bir tanıma-tenfiz rejimi öngörülmemiş olması halinde, doğal olarak reddedilecektir. Bir taraf devletin yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi rejimini öngörmemesi veya bir hukuk politikası olarak bazı özel hukuk alanlarında bunu tercih etmemesi, söz konusu taraf devletin ihkak-ı haktan imtina etme yasağından ve yargı yetkisinin kapsamına giren bireylere adalet

erişim imkânı sağlama yükümlülüğünden bağışık olduğu anlamına gelmemektedir. Başka bir deyişle, yargı yetkisine sahip olan egemen bir devlet, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi rejimi öngörsün veya öngörmesin, AİHS m.1 hükmü uyarınca kendi yargı yetkisinin kapsamına giren bireylerin adalet taleplerini yerine getirmekten kaçınamayacaktır. Dolayısıyla, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi rejimi öngörmeyen bir devlet, bir taraftan lehine bir karar elde eden tarafın söz konusu talebini reddederken, diğer taraftan ilgili tarafın kendi mahkemelerine erişebilmesini temin etmek durumundadır. Devletin gerek uluslararası hukuk gerekse insan hakları hukuku anlamında temel yükümlülüğü, bireylerin ileri sürdükleri adalet taleplerini kendi mahkemelerini kullandırmak suretiyle yerine getirmektir. Dolayısıyla, bu konuda açıkça bir kabulü olmadıkça, prensip olarak devletler çeşitli nedenlerle ulusal mevzuatında özel hukuka ait yabancı mahkeme kararlarının tanınmasını veya tenfizini öngörmemişse veya hiçbir şekilde kabul etmemişse, kendi mahkemelerini bu tür taleplerle bireylerin kullanımına sunmamaları onların AİHS’nden sorumluluğuna yol açmayacaktır.

Mahkemeleri yabancı bir mahkeme kararını tanımadığı veya tenfiz etmediği gerekçesiyle davalı devletin AİHS’nden sorumluluğuna gidilebilmesi için, devletin yabancı mahkeme kararıyla elde edilen özel hukuka ilişkin bir hakkı –belirli şartlar altında- kendi hukuk düzeninde kabul edeceğini (tanıma) ve/veya kendi makamları vasıtasıyla yerine getirileceğini (tenfiz) kabul etmesi gerekmektedir. Diğer taraftan, esasen sahip olduğu mutlak ve münhasır yargı yetkisinin karşılığı olarak, devletin kendi yargı yetkisinin kapsamına giren bireyler arasında adalet dağıtma yükümlülüğü bulunmaktadır ve bu yükümlülük varlığını devletin yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi rejimi öngörme/tanzim etme yetkisinden bağımsız olarak ve her zaman muhafaza etmektedir. Dolayısıyla, hem özel hukuk uyumsuzluğunun niteliğine bağlı olarak ülkesiyle makul ve yeterli bir bağlantıya sahip, dolayısıyla dava açmakta hukuki menfaati olan bireylere bu hakkı tanımayıp hem de yabancı ülkede elde ettikleri kararlardan kendi hukuk düzenlerinde hiçbir şekilde kabul edilmeyeceğini benimsemek, söz konusu devletin insan hakları açısından sorumluluğuna neden olabilir.

Prensip olarak tanıma-tenfiz rejimi tanzim etmek gibi bir yükümlülük altında olmayan bir devlet, bir kere iç hukukunda düzenleme yaparak yabancı mahkeme

kararlarının tanınacağını veya tenfiz edilebileceğini öngördükten sonra, artık mahkemelerince verilen yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizine ilişkin her türlü kararının bireylerin AİHS’nde yer alan haklarıyla bağdaşır mahiyette olması gereği ortaya çıkmaktadır. Böyle bir rejim öngören devletin tanıma-tenfiz taleplerine veya bu tür taleplerin reddedilmesi taleplerine cevap vermeyerek, taraf devlet mahkemelerinin AİHS’nde yer alan haklara müdahale etmeme yükümlülüğünü yerine getirdiğini iddia edemeyecektir. Ancak bunun için devletin, doğal olarak, söz konusu karardan/haktan istifade etmek isteyen bireylerin kendi mahkemelerine başvurarak bir tanıma-tenfiz kararı elde edebilmelerine imkân tanınması gerekmektedir. Keza, yabancı ülkede aleyhine bir karar verilen ve tanıma-tenfiz devletinde sahip olduğu hakları veya şahsi statüsü etkilenebilecek olan bireylere de buna karşı koyabilme imkânı tanınmalıdır.

Tanıma-tenfiz davalarında, genellikle tanıma-tenfiz talebinde bulunan taraf ile (varsa) davalının AİHS’nin koruma alanına giren hakları/menfaatleri arasında bir çatışma ortaya çıkmaktadır. Tek başına tanıma-tenfiz davalarına özgü olarak tanzim edilmiş olsun veya olmasın, niteliği itibarıyla tanıma-tenfiz yargılamasının yürütülmesine ilişkin bu kurallardan bazıları soyut olarak davalının menfaatlerinin, bazıları ise davacının menfaatlerinin korunması amacıyla tanzim edilmiştir. Dolayısıyla, taraf devlet mahkemelerinin, tıpkı diğer özel hukuk davalarında olduğu gibi, tarafların söz konusu usuli kurallarla korunmakta olan haklarını/menfaatlerini dikkate alarak, somut uyuşmazlıkta onların birbiriyle çatışan menfaatleri arasında bir denge kurması ve birinin menfaatini diğerininkine tercih etmesi gerekmektedir. Söz konusu usuli kuralları yorumlayan ve davaya tatbik eden taraf devlet mahkemelerinin, bunu gerçekleştirirken tarafların AİHS m.6/1’de güvence altına alınan usuli haklarına eşit bir şekilde muamele etmemesi, mensubu olduğu devletin AİHM nezdinde mahkum edilmesine neden olabilecektir. Nitekim, *Öztürk v. Türkiye, Ateş Mimarlık ve Mühendislik A.Ş. v. Türkiye* ve *Vrbica v. Hırvatistan* kararları, yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizi davası açma hakkını sınırlandıran bazı usuli kuralların uygulanmasında aşırıya kaçılmaması gerektiğini, aksi halde mahkemeye erişim hakkına aykırı bir sonucun ortaya çıkabileceğini ortaya koymaktadır. Yine, *Sylvester v. Avusturya* ve *De Hohenzollern v. Romanya* kararları, makul sürede yargılanma hakkı

ihlallerine belirli tanıma-tenfiz şartlarının aranması suretiyle esasa ilişkin bir yargılamanın yapılmadığı ve basit yargılama usulünün öngörüldüğü tanıma tenfiz davaları bakımından da rastlanabileceğini göstermektedir.

Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, bu kapsamda silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri, bu tür davaların niteliğine uygun düştüğü ölçüde, tanıma-tenfiz davaların bakımından da riayet edilmesi gereken temel yargılama ilkeleridir. Ancak AİHM'nin bu konudaki içtihadı yine aynı hak kapsamında mütalaa edilen gerekçeli karar özelinde ortaya çıkmıştır. Buna göre, tanıma-tenfiz yargılamasını yürüten mahkeme, ilgili tarafça yabancı mahkeme kararının tanınma(ma)sı veya tenfiz edilme(me)sine ilişkin ileri sürülen doğrudan ilgili ve belirleyici nitelikteki temel iddiaları doğru bir şekilde inceleme ve bunlara cevap verme yükümlülüğü altındadır (*Wagner ve JMWL v. Lüksemburg*). Yine, yabancı kararın tanınması-tenfizi talebini reddeden mahkemenin, vermiş olduğu gerekçede söz konusu red kararının yasal dayanağını oluşturması gereken ilgili tanıma-tenfiz şart(lar)ına veya davanın reddine neden olan ilgili usuli kurala yer vermiş olması gerekir. Mahkeme, kararını aranan yasal koşullar/tanıma-tenfiz şartları dışındaki bir hususa dayandırmışsa veya bu şartların hiçbirine değinmeksizin yabancı kararının tanınması-tenfizi talebinin reddine/kabulüne karar vermişse, gerekçeli karar verme yükümlülüğünün ihlali gündeme gelebilir. Benzer şekilde, *Sholokhov v. Moldova ve Ermesintan* kararı uyarınca, bir taraf devlet mahkemesinin ayrıntılı bir gerekçe vermeksizin yabancı kararın tanınması-tenfizine engel teşkil eden tanıma-tenfiz şartının/engelinin veya bir usuli kuralın hangi nedenlerle karşılanmadığını yeterince açıklamaksızın, kararında sadece ilgili tanıma-tenfiz şartına/engeline veya ilgili kurala atıfla yetinmesi gerekçeli karar verme yükümlülüğüyle bağdaşmayacaktır.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi taleplerinin tanıma-tenfiz davalarına ilişkin bir usuli kuralın karşılanmadığı gerekçesiyle reddedilmesi, sadece AİHS m.6/1'de yer alan ilgili hakkın ihlaline değil, aynı zamanda bireylerin AİHS'nde yer alan herhangi bir temel hakkına aykırı bir sonuca da yol açabilmektedir. P-1 m.1'de güvence altına alınan mülkiyet hakkına ilişkin içtihadi örnekler, aynı problemin AİHS'nde korunan diğer temel haklar bakımından da söz konusu olabileceğini ortaya koymaktadır. Bu bakımdan, AİHS'nde yer alan hakların, taraf devlet mahkemelerine

yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi davalarını tarafların Sözleşmesel haklarına uygun bir şekilde yürütme yükümlülüğü getirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi için karşılanması gereken tanıma-tenfiz şartları, yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfiziyle ortaya çıkabilecek sonuçlara karşı aleyhine karar verilen tarafın, dolayısıyla davalının şahsında genel kamu/hukuk düzeninin korunmasına hizmet etmektedir. Bu kapsamda, AİHS’nde yer alan hakların ihlalinin tanıma-tenfiz kararı vermek suretiyle ulusal seviyede engellenmesi amacıyla tanzim edilen bir takım tanıma-tenfiz şartlarının yorumu ve tatbikinin, davanın hal ve şartlarına göre, başta davalının AİHS m.6/1’de yer alan hakkaniyete uygun yargılanma hakkı olmak üzere, AİHS m.8, P-1 m.1 veya P-7 m.5 gibi haklarının ihlaline neden olduğu görülmektedir. Burada, ihlale neden olan asıl husus, hemen her taraf devlet hukukunda bir tanıma-tenfiz engeli olarak yer alan kamu düzeni müdahalesinin anlamı ve içeriğinin AİHS’nde güvence altına alınan haklarla bağdaşır bir şekilde belirlenmemesi, dolayısıyla uygulanmamasıdır. *Negreptontis-Giannisis v. Yunanistan* kararı ile bu husus AİHM tarafından net bir şekilde ortaya konmuştur. Emsal niteliğindeki bu içtihadı göre, kamu düzeni müdahalesinin davalının AİHS m.8, m.6/1 ve P-1 m.1’de yer alan haklarıyla bağdaşmayacak bir şekilde yorumlanması ve tatbik edilmesi, davalı devlet açısından bir ihlal mahiyetinde iken, diğer taraf devlet ve Türk mahkemeleri açısından bir ikaz mahiyetindedir.

Benzer şekilde, davalının hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında mütalaa edilen silahların eşitliği, çelişmeli yargılama ilkelerine riayet edilmeksizin verilen yabancı kararların tenfizi söz konusu olabilmekte ve taraf devlerin AİHS m.6/1’den sorumluluğu doğabilmektedir. Bu konuda, ulusal hukuk düzenlerinde spesifik bir tanıma-tenfiz engeli olan “*davalının (bazı) savunma haklarına riayet edilmiş olması*” şartının karşılanıp karşılanmadığının davalının AİHS m.6/1’deki usuli güvencelerine uygun olarak denetlenmemesi, *Pellegrini v. İtalya* kararına benzer sonuçlara yol açabilecektir. Bu bakımdan, tanıma-tenfiz davalarını AİHS’nde yer alan haklarla bağdaşır bir şekilde yürütme yükümlülüğü altında olan taraf devlet mahkemelerinin, büyük ölçüde tanıma-tenfiz şartları vasıtasıyla ortaya çıkan yabancı kararın davalının başta AİHS m.6/1 olmak üzere, Sözleşmesel haklarına uygun bir

şekilde verilip verilmediğini araştırma yükümlülüğü altında olduğunu söyleyebiliriz. Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı açısından *Pellegrini v. İtalya* ve *Avontis v. Letonya* kararıyla ortaya çıkan bu prensip, temel haklar bakımından *Lindberg v. İsveç* ve *D.D. v. Fransa* kararıyla kısmen de olsa AİHM tarafından ortaya konmuştur.

Taraf devletlerin AİHS'nden kaynaklanan sorumluluğu, sadece tanıma-tenfiz prosedürlerinin bireylerin Sözleşmesel haklarıyla bağdaşır bir şekilde görülüp karara bağlanmasıyla sona ermemektedir. Yabancı mahkeme kararıyla ortaya çıkan özel hukuka ilişkin bir hakkın, yabancı mahkeme kararının tanınmasına veya tenfizine karar verilmesine rağmen, taraf devletin yetkili makamlarınca yerine getirilmemesi, kimi hallerde lehine bir tanıma-tenfiz kararı elde eden tarafın Sözleşmesel hakkının ihlaline neden olabilmektedir. Zira ulusal mahkemeler, tenfiz kararıyla, yabancı mahkemece ortaya çıkarılan adli hakikatin kendi hukuk düzeni bakımından da kabul edilebilir olduğuna (kesin hüküm) ve kararın yetkili makamları aracılığıyla icra edilebileceğine (icra edilebilirlik vasfı) karar vermektedir. İşte, böyle bir kararın gereğinin yerine getirilmemesi de, tıpkı bir özel hukuk uyuşmazlığını kesin ve bağlayıcı olarak karara bağlayan bir ulusal mahkeme kararının söz konusu devletin yetkili makamlarınca yerine getirilmemesi/icra edilmemesiyle aynı sonuca yol açmaktadır. Bu da, lehine bir karar elde eden tarafın AİHS m.6/1'de veya yabancı kararla ortaya konan hakkın niteliği gereği, AİHS m.8 veya P-1 m.1'de güvence altına alınan bir hakkına aykırı bir sonuca yol açabilmektedir. AİHM içtihatları, bu durumun genellikle yabancı mahkemece tespit edilen alacak hakları bakımından ortaya çıkabileceğini göstermektedir. Velayet veya kişisel ilişki kurma kararları da, niteliği itibarıyla tenfize konu kararlardan olduğundan, prensip olarak, tenfizine hükmedilen velayet veya kişisel ilişki kararlarının gereğinin, tenfiz devletin yetkili makamlarınca gecikmeksizin ve etkin bir şekilde yerine getirilmemesi halinde, devletin AİHS m.8'den sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

KAYNAKÇA

- Abou-Nigm, Veronica Ruiz: **The Arrest of Ships in Private International Law**, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Acar, Serdar: “Son Gelişmeler Işığında Anti-suit Injunction”, **Prof.Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, İstanbul, Vedat, 2007, s.1609-1654.
- Akerhurst, Michael: “Jurisdiction in International Law”, **British Yearbook of International Law**, Vol.46, 1972-1973, s.145-257.
- Akıncı, Ziya: **Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik**, Ankara, Seçkin, 2002, (Derdestlik).
- Akıncı, Ziya: “Milletlerarası Usul Hukukunda Seçilen Mahkemenin Bağlantılı Olması Koşulu”, **MHB, Prof.Dr. Ergin Nomer’e Armağan**, C.22, S.2, 2002, s.1-27.
- Akkan, Mine: **Pekcanıtez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha, 2017.
- Akkutay, Berat Lale: “Devletin Jus Cogens Normlara Aykırı Fiillerinden Dolayı Hukuki Yargı Bağışıklığı”, **TBB**, S.113, 2014, s.99-125.
- Alkema, Evert Albert: “The Third-party Applicability or “Drittwirkung” of the European Convention on Human Rights”, **Protecting Human Rights: The European Dimension – Studies in Honour Gerard Wiarda**, Ed. Franz Matscher, Herbert Petzold, Köln, y.y. 1988, s.33-45.
- Altuğ, Yılmaz: “Amme İntizamı ve Tesirleri (Bir Özet)”, **AÜSFBD, Doç. Dr. Cem Sar’a Armağan**, Cilt. XXVII, S.3, 1973, s.371-385, (Amme İntizamı).
- Altuğ, Yılmaz: **Devletler Hususi Hukukunda Yargı Yetkisi**, 2. Bası, İstanbul, 1979, (Yargı Yetkisi).
- Amerasinghe, C.F.: **Principles of the Institutional Law of International Organisations**, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

- Ancel, Marie-Elodie: “The New Policy of the Cour de Cassation Regarding Islamic Repudiations: A Comment on Five Decisions Dated 17 Feb 2004”, **Yearbook of Private International Law**, Vol.7. 2005, s.261-267.
- Arai, Yutaka: “Chapter Five – The System of Restrictions”, **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, 4th Edition, Ed.Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn, Leo Zwaak, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, s.333-350.
- Arai-Takahashi, Yutaka: **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR**, Antwerp-Oxford, Intersentia, 2002.
- Arat, Tuğrul: “Yabancı İlâmların Tanınması ve Tenfizi”, **AÜHFD**, C.21, S.1-4, 1964, s.421-527.
- Arda, Atakan: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Bir İnceleme”, **MÜHFHAD**, C.16, S.3-4, 2010, s.29-36.
- Arroyo, Diego P. Fernandez: Exorbitant and Exclusive Grounds of Jurisdiction in European Private International Law: Will They Ever Survive?”, **Festschrift für Erik Jayme**, Band I, Ed. Heinz-Peter Mansel, Thomas Pfeiffer, Herbert Kronke, München, Sellier, 2004, s.169-186.
- Arsava, Füsun: “Yabancı Mahkeme Kararlarının İcrası ve Devletlerin Yargı Bağışıklığı”, **TAAD**, C.1, Y.3, S.8, Ocak-2012, s.1-20.
- Arslan, Ramazan: **Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, S Yayınları, Ankara,1989.
- Arslan Öncü, Gülay: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, Beta, İstanbul 2011.
- Artık Aktepe, Sezin: **Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, Seçkin, Ankara, 2014.
- Aşık, İbrahim: **Medenî Usul Hukukunda Bekletici Sorun**, Seçkin, Ankara, 2012.

- Atalı, Murat: **Pekcanıtez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, 15.Bası, İstanbul, On İki Levha, 2017.
- Atalı, Murat: “6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ve Hukuki Konularda Bilirkişilik”, **AÜHFD**, C.65, S.4, 2016, s.3271-3282.
- Ataman-Figanmeşe, İnci: **Milletlerarası Ticarî Uyuşmazlıklara İlişkin Mahkeme ve Tahkim Yargılamasında Takas**, Beta, İstanbul, 2015.
- Aybay, Rona: “Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı”, **TBBD**, S.72, 2007, s.109-122.
- Aybay, Rona/ Dardağan, Esra: **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)**, 2. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.
- Aydın, Bihter: “Türk İdari Yargı Düzeninde Mahkemeye Erişim Hakkı”, **TAAD**, Y.4, S.15, Ekim 2013, s.271-296.
- Aydoğmuş, Ayşe Yasemin: **AİHS’e Ek 1 No’lu Protokole Göre Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz Edinmesi**, İstanbul, On İki Levha, 2016.
- Aygül, Musa: “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Bazı Usul Hukuku Problemleri”, **MHB**, C.31, S.2, 2011, s.83-121.
- Aygül, Musa: “Yabancı Mahkemeden Verilen Vesayet Kararlarının Tanınması (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Bir Kararının Değerlendirilmesi)”, **Prof.Dr. Tuğrul Arat’a Armağan**, Yetkin, Ankara 2012, s.135-160.
- Aygün, Mesut/ Önal, Ali: “Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Özel Hukukta Zamanaşımı”, **Legal Hukuk Dergisi**, C.14, S.165, 2016, s.4907-4947.
- Ballarino, Tito/ Bonomi, Andrea: “The Italian Statute on Private International Law of 1995”, **Yearbook of Private International Law**, Vol.2, 2000, s.99-131.
- Batum, Süheyl: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İstanbul, y.y., 1993.
- Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm: **Milletlerarası Usûl Hukukunda Paralel Davalar**, Ankara, Yetkin, 2017.

- Beaumont, Paul/ Johnston, Emma: “Can Exequatur Be Abolished in Brussels I Whilst Retaining a Public Policy Defence?”, **JPIL**, Vol. 6, No.2, August 2010, s.249-279.
- Beaumont, Paul/ Walker Lara: “Post Neulinger Case Law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention”, **A Commitment to Private International Law – Essays in honour of Hans van Loon**, Ed. The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, Intersentia, Cambridge, y.y., 2013, s.17-30.
- Belling, Detlev W. / İnce, Nurten: “Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, **Legal Hukuk Dergisi**, C.12, S.137, Y.2014, s.3-58.
- Bergson, Ian: “The Death of the Torpedo Action? The Practical Operation of the Recast's Reforms to Enhance the Protection for Exclusive Jurisdiction Agreements within the European Union” **JPIL**, Vol.11, No.1, 2015, s.1-30.
- Berki, Osman Fazıl/ Ergüney, Hilmi: **Yabancılar Hukuku ve Kanunlar İhtilafı ile İlgili Yargıtay Kararlarının Tahlil ve İzahları**, Ankara, y.y., 1963.
- Biagioni, Giacomo: “Avotīņš v. Latvia: The Uneasy Balance Between Mutual Recognition of Judgments and Protection of Fundamental Rights”, **European Papers**, Vol.1, 2016, No.2, s.579-596.
- Bozkurt, Enver/ Özcan, Mehmet / Köktaş, Arif: **Avrupa Birliği Hukuku**, 4. Baskı, Ankara, Asil, 2008.
- Brems, Eva: “Procedural Protection – An examination of Procedural Safeguards Read into Substantive Convention Rights”, **Shaping Rights in The ECHR- The Role of European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights**, Ed. Eva Brems & Janneke Gerards, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- Brems, Eva: “Conflicting Human Rights: An Exploration in the Context of Right to a Fair Trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, **Human Rights Quarterly**, Vol.27, 2005, s.294-326.

- Brems, Eva: “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case Law of the European Court of Human Rights”, **Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht**, 1996, s.240-314, (Margin of Appreciation).
- Briggs, Adrian: “The Principle of Comity in Private International Law”, **Recueil Des Cours – Collected Courses**, Vol.354, 2011, s.68-182.
- Briggs, Adrian: **Civil Jurisdiction and Judgments**, Sixth Edition, London, Informa, 2015, (Civil Jurisdiction).
- Briggs, Adrian: **Agreements on Jurisdiction and Choice of Law**, Oxford, Oxford University Press, 2008, (Agreements on Jurisdiction).
- Briggs, Adrian: “The Impact of Recent Judgments of the European Court on English Procedural Law and Practice”, **ZSR**, Band 124, 2005, Heft.2, s.231-262, (Recent Judgments).
- Boyar, Oya: “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed.Sibel İnceoğlu, 3.Baskı, İstanbul, Beta, 2013, s.53-80.
- Cheshire/North/Fawcett: **Private International Law**, Fourteenth Ed., Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Chong, Adeline: “Transnational Public Policy in Civil and Commercial Matters”, **Law Quarterly Review**, Vol. 128, January 2012, s.88-113.
- Christoffersen, Jonas: **Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights**, Boston-Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Clapham, Andrew: **Human Rights in the Private Sphere**, London, Clarendon Paperbacks, 1993.
- Clayton, Richard/ Tomlinson, Hugh: **Fair Trial Rights**, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- Collins, Lawrence: “Comity in Modern Private International Law”, **Reform and Development of Private International Law – Essays in Honour of Sir**

- Peter North**, Ed. James Fawcett, Oxford, Oxford University Press, 2002, s.89-110.
- Cuniberti, Giles: **Conflict of Law A Comparative Approach – Text and Cases**, Cheltenham, Elgar Publishing, 2017.
- Cuniberti, Gilles: “The Discreet Influence of Abuse of Law in International Civil Procedure”, **Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?**, Ed. Rita de la Feria/Stefan Vogenauer, Oxford, Hart Publishing, 2011, s.279-288.
- Cuniberti, Gilles: “The Recognition of Foreign Judgments Lacking Reasons in Europe: Access to Justice, Foreign Court Avoidance, and Efficiency”, **ICLQ**, Vol.57, January 2008, s.25-52.
- Çağlar, Bakır: **Anayasa Bilimi**, İstanbul, y.y., 1989.
- Çalışkan, Yusuf: **Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, Beta, İstanbul, 2014.
- Çalışkan, Yusuf: “Evlat Edinme ile İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türk ve Amerikan Hukuku’nda Tanınması”, **Prof.Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof.Dr. Rayegan Kender’e Birlikte 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı**, İstanbul, y.y., 2007, s416-427.
- Çalışkan, Yusuf/Çalışkan, Zeynep: “The Free Movement of Judgments within the European Union”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.3 2010, s.13-22.
- Çalışkan, Zeynep: **Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat**, İstanbul, Vedat, 2014.
- Çayan, Gökhan: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı”, **TAAD**, Y.7, S.28, Ekim 2016, s.235-271.
- Çelikel, Aysel: **Ahkâmı Şahsiye Konusundaki Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması**, İstanbul, y.y., 1963.
- Çelikel, Aysel/ Erdem, B. Bahadır: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 15.Bası, İstanbul, Beta, 2017.

- Çelikel, Aysel/ Nomer, Ergin: **Devletler Hususî Hukuku (Örnek Olaylar Mahkeme Kararları)**, 7. Bası, Beta, İstanbul, 2001.
- Çelikel, Aysel/ Öztekin Gelgel, Günseli: **Yabancılar Hukuku**, 23. Bası, Beta, İstanbul, 2017.
- Çelikel, Aysel/ Şanlı, Cemal/ Esen, Emre: **Türk Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı**, 15. Bası, Beta, İstanbul 2016.
- Çelikel, Aysel/ Nomer, Ergin/ Giray, F. Kerem/ Esen, Emre: **Milletlerarası Özel Hukuk – Pratik Çalışma Kitabı (Çözümlemiş Örnek Olaylar – Seçilmiş Mahkeme Kararları)**, 13. Baskı, İstanbul, Beta, 2016.
- Çelikel, Aysel/ Nomer, Ergin/ Giray, F. Kerem/ Esen, Emre: **Milletlerarası Özel Hukuk – Pratik Çalışma Kitabı**, 14. Baskı, İstanbul, Beta, 2018, (14. Baskı).
- Çetin, Evra: **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları**, İstanbul, XII Levha, 2015.
- Çiçekli, Bülent: **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun-Yargıtay Kararları**, Ankara, Seçkin, 2014.
- Çiçekli, Bülent: **Yabancılar Hukuku**, 4.Bası, Ankara, Seçkin, 2013.
- Çörtoğlu Koca, Sema: **Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelerde Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi - İş, Tüketici ve Sigorta Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin, 2016.
- Daelmann, Charline: “The Interaction Between Human Rights and Private International Law”, **Tijdschrift Voor Internationaal Privaatrecht/Revue De Droit International Privé**, 2011/3, s.70-73.
- Dardağan, Esra: **Milletlerarası Usul Hukukunda “Aşkın Yetki” Kavramı**, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2005.
- Dardağan, Esra: **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı**, Ankara, Betik, 2000.
- Dardağan Kibar, Esra: “Yargı Kararları Işığında Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı Alanında Güncel Gelişmelere Bakış”, **Legal Hukuk Dergisi**, Akademik Yaşamının 55.

- Yılı Onuruna Rona Aybay’a Armağan, Özel Sayı-Aralık 2014, C.1, s.677-414.**
- Dayınlarlı, Kemal: **Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri**, Ankara, y.y., 1994.
- de Aguirre, C. Fresnedo: “Public Policy: Common Principles in the American States”, **Recueil des Cours – Collected Courses**, Vol.379, 2015, s.75-396.
- de Sutter, Olivier: “The Protection of Social Rights by the European Convention on Human Rights”, **Social, Economic and Cultural Rights: An Appraisal of Current European and International Devepolments**, Ed. Peter van der Auweraert, Tom De Pelsmaeker, Jeremy Sarkin, Maklu, Antwerpen-Apeldoorn, 2002.
- de Winter, L.I.: **Excessive Jurisdiction in Private International Law, ICLQ**, Vol.17, 1968, s.706-720.
- Demir Gökyayla, Cemile: **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni**, Ankara, Seçkin, 2001, (Kamu Düzeni).
- Demir Gökyayla, Cemile: “Asimetrik Yetki Sözleşmeleri”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan**, C.11 S.145-146 Eylül-Ekim, 2016, s.417-458, (Asimetrik Yetki).
- Demir Gökyayla, Cemile: “Seçilen Mahkemede Adil Yargılama Yapıl(a)macağı Şüphesi Yetki Anlaşmasının Geçerliliğini Etkiler mi?”, **DEÜHFD**, C.13, S.2, 2011, s.51-69, (Adil Yargılama).
- Demir Gökyayla, Cemile: “Milletlerarası Özel Hukukta Vesayet”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof.Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, 2011/1, s.403-427, (Vesayet).
- Demirkol, Özüm: **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde Karşılıklılık Koşulu**, İstanbul, On İki Levha, 2017.
- Dicey/Morris/Collins: **The Conflict of Laws**, Fourteenth Edition, Vol.1, London, Sweet & Maxwell, 2006.
- Doğan, Vahit: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 4. Bası, Ankara, Savaş Yayınları, 2016, (MÖH).

- Doğan, Vahit: “Türk Hukukunda Yabancı Derdestliğin Nazara Alınması”, **MHB, Prof.Dr. Ergin Nomer’e Armağan**, C.22, S.2, 2002, s.121-147, (Derdestlik).
- Doğan, Vahit: **Türk Yabancılar Hukuku**, 2. Bası, Ankara, Savaş Yayınları, 2017, (Yabancılar).
- Dolinger, Jacob: “World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflict of Laws”, **Texas International Law Journal**, Vol.17, 1982, s.67-193.
- Eide, Asbjorn: “Realization of Social and Economic Rights and Minimum Treshold Approach, **Human Rights Law Journal**, Vol.10, 1989.
- Eissen, Marc-Andre: “The European Convention on Human Rights and the Duties of the Individual”, **Nordic Journal of International Law**, Vol.32, I.1-4, 1962, s.229-253.
- Ekinci, Ahmet: “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı”, **GÜHFD**, C.18, S.3-4, 2014, s.821-848.
- Ekşi, Nuray: **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, İstanbul, Beta, 2013, (Tanıma-Tenfiz).
- Ekşi, Nuray: “Avrupa Birliği Brüksel IIbis Tüzüğüne Göre Boşanma Davalarında Üye Devlet Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, **DEÜHFD**, C.11, Özel S.2009, 2010, s.1139-1168.
- Ekşi, Nuray: **5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a İlişkin Yargıtay Kararları**, İstanbul, Beta, 2010, (5718 Kararlar).
- Ekşi, Nuray: “Medeni Kanunun Kadının Soyadına İlişkin Hükmünün AİHS, Anayasa, CEDAW ve MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi”, **YÜHFD Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan**, C.VIII, S.2 (2011)-C.IX, S.1 (2012), s.311-331.
- Ekşi, Nuray: **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, 2. Bası, İstanbul, Beta, 2000, (Milletlerarası Yetki).
- Ekşi, Nuray: **Yabancı Gemilerin İhtiyati Haczi**, İstanbul, Beta, 2004.

- Ekşi, Nuray: “Uluslararası Ticarete İlişkin İki Güncel Sorun: Sözleşme Bedelinin Yabancı Para Olarak Ödenmesi ve Yabancı Mahkemenin Yetkisinin Tesisi”, **İBD**, C.72, S.10-11-12/1998, s.864-881.
- Ekşi, Nuray: **Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları**, İstanbul, Arıkan, 2007.
- Ekşi, Nuray: “Milletlerarası Tahkimde İki Güncel Sorun: Hakemlerce *Anti suit injunction* ve Punitive Tazminat Kararı Verilmesi”, **UTTDER**, C.3, S.2, 2014, s.3-36.
- Ekşi, Nuray: **Milletlerarası Özel Hukuk I Pratik Çalışma Kitabı**, 3. Bası, İstanbul, Beta, 2016 (Pratik I).
- Ekşi, Nuray: **Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz İktisabı**, 2. Bası, İstanbul, Beta, 2012.
- Ekşi, Nuray: “Yabancı Mahkemenin “Aşırı” Yetkisinin Tenfiz Mahkemesi Tarafından Denetlenmesi (5718 Sayılı MÖHUK md. 54/b)”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl.9, C.9, S.2, 2010, s.25-70.
- Elbalti, Belight: “Reciprocity and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A lot of Bark but not much bite”, **JPIL**, Vol.13, No.1, 2017, s.184-218.
- Engle, Eric: “Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)”, **Hanse Law Review**, Vol.5, No.2, 2009, s.165-173.
- Erdem, B. Bahadır: **Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Tebligat**, İstanbul, Beta, 1992.
- Erdem, Bahadır: **Fikrî Hukukta Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, İstanbul, Beta, 2003, (Fikri Haklarda Mahkemelerin Yetkisi).
- Erdem, B.Bahadır: **Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk**, 2.Bası, İstanbul, Beta, 2002.
- Erdoğan, Ersin: **Medenî Usûl Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması**, Ankara, Yetkin, 2016.

- Erdoğan, Ersin: “Milletlerarası Derdestlik (Lis Alibi Pendens)”, **DEÜHFD**, Özel Sayı, Prof.Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, C.16, 2014, s.1857-1884, (Derdestlik).
- Erdönmez, Güray: **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha, 2017.
- Eren, Abdurrahman: **Türkiye’de İnsan Haklarının Korunması – Uluslararası Koruma Mekanizmaları ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü**, Ankara, y.y., 2007, (İnsan Hakları).
- Eren, Abdurrahman: **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri**, İstanbul, Beta, 2004 (Demokratik Toplum Düzeni).
- Ergül, Ozan: “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücreti Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine”, **Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan**, Cilt I, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2013, s.433-488.
- Erişir, Evrim: “Yetki Şartlarının Genel İşlem Koşulu Denetimi”, **DEÜHFD**, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, C.16, 2014, s.1141-1213.
- Erkan, Mustafa: “HMK Değişikliklerinin İhtiyati Tedbir Kararlarına Etkisinin Milletlerarası Usul Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, **Hukuk Biliminin Güncel Sorunları III**, Uluslararası Kongre Bildiri Kitabı, Cilt 2 (Özel Hukuk), Ed. Erdal Abdulhakimoğulları, Mübariz Yolçiyev, Yalçın Şahinkaya, 4-6 Mayıs 2012, Samsun, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- Erkan, Mustafa: “Bir Tabu: Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Yetki”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.20, S.1 2012, s.11-51.
- Erson Asar, Bilge: **Yabancı Devletlerdeki Yargılamalar Açısından Uluslararası Hukukta Devlet Görevlilerinin Yargı Bağışıklığı**, İstanbul, On İki Levha, 2016.
- Ertaş, Şeref: “Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi”, **DEÜHFD**, C.3, S.1-4, 1988, (Kudret Ayieter’e Armağan’dan Ayrı Bası).
- Esen, Emre: “Türk Vatandaşı Erkeğin Yabancı Eşinin Soyadını Alamayacağına İlişkin Bir Yargıtay Kararı Üzerine

- Düşünceler”, **MHB Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan**, Yıl:24, S.1-2, 2004, s.439-449, (Soyadı).
- Esen, Emre: “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ile Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel Ibis Recast Tüzüğü (AB 1215/2012): Akitte Zayıf Tarafın Korunmasına İlişkin Yetki Kuralları”, **Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku**, Ed. Işıl Özkan/Ceyda Süral/Uğur Tütüncübaşı, Ankara, Adalet, 2016, s.100-204.
- Esen, Emre: Critique of a Turkish Court of Cassation Decision on the Validity of Choice-of-Law and Choice of-Forum Clauses in an Insurance Agreement”, **Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**, Vol.42, No.59, 2010, s.365-375.
- Esen, Emre: Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı”, **MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan**, Y.22, S.2, 2002, s.183-206, (Münhasır Yetki).
- Esen, Emre: “Türkiye’de Bulunan Taşınmazlar Üzerinde Yabancı Gerçek Kişilerin Kanunî Miras Hakları Konusunda Güncel Gelişmeler”, **Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. M. İlhan Ulusan’a Armağan, C.15, S.2, 2016 (Miras Hakkı),
- Esen, Emre: “Alman Hukukunda İhtarlı Basit Dava Usulü (Mahnverfahren) Çerçevesinde Verilen Kararların Türk Hukukunda Tenfizi”, **MHB**, Y.27, S.1-2, 2007, s.21-79, (Mahnverfahren).
- Espluges, Carlos/ Iglesias, Jose Luis / Palao, Guillermo: **Application of Foreign Law**, Munich, Sellier, 2011.
- Fawcett, J.J.: “The Impact of Article 6(1) of the ECHR on Private International Law”, **ICLQ**, Vol.56, January 2007, s.1-47, (The Impact of Article 6(1)).
- Fawcett, James J.: “Chapter 1: General Report”, **Declining Jurisdiction in Private International Law**, Ed.

- James J. Fawcett, Oxford, OUP, 1995, s.1-70, (General Report).
- Fawcett, James J./ Torremans, Paul: **Intellectual Property and Private International Law**, 2nd Ed., Oxford, Oxford University Press, 2011.
- Fawcett, James J./ Shúilleabháin, Máire Ní/ Shah, Sangeeta: **Human Rights and Private International Law**, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- Fentiman, Richard: **International Commercial Litigation**, Second Edition, Oxford, Oxford University Press, 2015 (Commercial Litigation).
- Fentiman, Richard: “Access to Justice and Parallel Proceedings in Europe”, **Cambridge Law Journal**, Vol.63(2), 2004, s.312-314.
- Fox, Hazel: “Approaches of Domestic Courts to the Assertion of International Jurisdiction”, **Asserting Jurisdiction-International And European Legal Perspectives**, Ed. Patrick Capps/Malcolm Evans/Stratos Konstadinidis, Oxford, Hart Publishing, 2003, s.175-187.
- Fox, Hazel/ Webb, Philippa: **The Law of State Immunity**, Third Edition, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- Franzina, Pietro: “Some remarks on the relevance of Article 8 of the ECHR to the recognition of family status judicially created abroad”, **Diritti umani e diritto internazionale**, Vol.5 No.3, 2011, s.609-616.
- Gaillard, Emmanuel/ Pingel-Lenuzza, Isabella: “International Organisations and Immunity from Jurisdiction: to Restrict or to Bypass”, **ICLQ**, Vol.51, 2002, s.1-15.
- Gannage, Lena: **La Hiérarchie Des Normes et les Méthodes du Droit International Privé – Étude de Droit International Privé de la famille**, L.G.D.J., Paris, 2001.
- Gebauer, Martin: “Lis Pendens, Negative Declaratory-Judgment Actions and the First-in-Time Principle”, **Conflict of Laws in a Globalized World**, Ed. Eckart Gottschalk vd., Cambridge, Cambridge University Press, 2007, s.89-101.

- Gemalmaz, Mehmet Semih: **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 6. Bası, İstanbul, Legal, 2008.
- Gemalmaz, Mehmet Semih: **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, Cilt I, Bölgesel Sistemler**, İstanbul, Legal, 2011.
- Gemalmaz, H. Burak: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, İstanbul, Beta, 2009, (Mülkiyet Hakkı).
- Gemalmaz, H. Burak: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında “Adil Denge” İlkesi”, **İÜHFİM**, C.LXIX, S.1-2-, 2011, s.649-673, (Adil Denge).
- Giray, Faruk Kerem: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Aile İçİ Uluslararası Çocuk Kaçırma İhtilaflarına İlişkin Seçilmiş Kararları”, **MHB**, C.35, S.2, 2015, s.173-201.
- Giray, Faruk Kerem: “Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi”, **YÜHFD**, Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan, C.VIII, S.2 (2011)-C.IX, S.1 (2012), s.555-577, (MÖH Hakkaniyeti).
- Giray, Faruk Kerem: **Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi**, İstanbul, Beta, 2010 (Çocuk Kaçırma).
- Gökçe, Yasir: “Mutlak Yargı Bağışıklığından Sınırlı Yargı Bağışıklığına Geçiş Trendi, İş Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklarda Yargı Bağışıklığı ve Ülkemizdeki Durum”, **GÜHFD**, C.18, S.1, Y. 2014, s.91-111.
- Gölcüklü, Feyyaz: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde “Adil Yargılama”, **AÜSBF Dergisi, (İlhan Öztrak’a Armağan)**, C.49, No.1-2, Ocak-Haziran 1994, s.199-234.
- Gören, Zafer: “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi”, **Özel Hukuk ve Ana yasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar I**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001.
- Gören, Zafer: **Anayasa Hukuku**, Ankara, Yetkin, 2011.

- Gözler, Kemal: **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Cilt II, Bursa, Ekin, 2011.
- Gözübüyük, A. Şeref/ Gölcüklü, Feyyaz: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması – Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 10. Bası, Ankara, Turhan, 2013.
- Grant, John P./ Barker, J. Craig: **Encyclopædic Dictionary of International Law**, Third Edition, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Greer, Steven: **The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under The European Convention on Human Rights**, Council of Europe Human Rights Files No.17, Council of Europe Publishing, 2000.
- Grolimund, Pascal: “Human Rights and Jurisdiction: General Observations and Impact on the Doctrines of Forum Non Conveniens and Forum Conveniens”, **EJLR**, Vol.4, No.1, 2002, s.87-118.
- Gülnur, Erdoğan: **Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı**, Ankara, Adalet, 2011.
- Günel, H. Yılmaz: “İhkakı Haktan İmtina Halinde Devletin Milletlerarası Mes’uliyeti”, **AÜSBFD**, C.14, S.1, 1959, s.173-186.
- Gündüz, Aslan: **Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı ve Milletlerarası Hukuk**, İstanbul, y.y., 1984.
- Gürzumar, Aydanur: “Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri”, **MHB**, Y.14, S.1-2, 1994, s.21-54.
- Güven, Pelin: **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Yetkin, 2013.
- Habscheid, Edgar J.: “Die durch Art. 6 I EMRK beschränkte Immunität internationaler Organisationen im Erkenntnisverfahren”, **IPRax**, Vol.21, No.5, 2001, s.395-399.
- Harris, David/ O’Boyle, Michael/ Warbrick, Colin: **Law on The European Convention on Human Rights**, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2009.

- Hartley, Trevor C.: **International Commercial Litigation – Texts, Cases and Materials on Private International Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, (Commercial Litigation).
- Hartley, Trevor: **Choice-of-Court Agreements under the European and International Instruments**, Oxford, Oxford University Press, 2013, (Choice-of-Court Agreements).
- Hartley, Trevor: “Choice-of-court agreements, Lis Pendens, Human Rights and the Realities of International Business: Reflections on the Gasser Case”, **Le droit international privé: esprit et methodes, Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde**, Ed. Pierre Mayer; Marie-Noëlle Jobard-Bachelier, Paris, Dalloz, 2005, S.383-391, (Human Rights).
- Hartley, Trevor: “Human Rights as a bar to Enforcement of a Foreign Judgment”, **Law Quarterly Review**, Vol.120, April 2004, s.211-214.
- Hartley, Trevor/ Dogauchi, Masato: **Explanatory Report on Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements**.
- Hatemi, Hüseyin: **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**, İstanbul, y.y., 1976.
- Hazelhorts, Monique: **Free Movement of Judgmenrs in the European Union and the Right to a Fair Trial**, The Hague, Springer, 2017.
- Hess, Brukhard/ Pfeiffer, Thomas/ Schlosser, Peter: **The Brussels I-Regulation (EC) No 44/2001, The Heidelberg Report on the Application of Regulation in 25 Member States (Study JLS/C4/2005/03)**, München, Verlag C.H. Beck, 2008.
- Hill, Jonathan: “The Exercise of Jurisdiction in Private International Law”, **Asserting Jurisdiction: International and European Perspectives**, Ed. Patrick Capps/ Malcom Evans/ Stratos Konstadinidis, Oxford, Hart Publishing, 2003, s.39-62.
- Hill, Jonathan/ Shúilleabháin, Máire Ní: **Clarkson&Hill’s Conflict of Laws**, Fifth Edition, Oxford, Oxford University Press, 2016.

- Hill, Jonathan/ Chong, Adeline: **International Commercial Disputes - Commercial Conflict of Laws in English Courts**, 4th Ed., Oxford, Hart Publishing, 2010.
- Hirsch, Ernst: “Anayasa’nın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri”, **Birinci Türk Hukuk Kongresi’ne Sunulan Tebliğler**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 1972.
- Hoffmann, Rainer: “Human Rights and The Ordre Public Clause of German Private International Law”, **Tel Aviv University Studies in Law**, Vol.12, 1994, s.145-155.
- Hosko, Tena: “Public Policy as an Exception to Free Movement Within the Internal Market and The European Judicial Area: A Comparison”, **CYELP**, Vol.10, 2014, s.189-213.
- Huysal, Burak: “Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Milletlerarası Özel Hukuk’a İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, **Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı**, Ed. Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, Zeynep Derya Tarman, İstanbul, XII Levha, 2014, s.63-80, (Adil Yargılanma).
- Huysal, Burak: **Devletler Özel Hukukunda Velâyet**, İstanbul, Legal, 2015.
- Huysal, Burak: “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler”, **MHB**, C.31, S.2, 2011, s.71-101, (Tespitler).
- Huysal, Burak: “Nüfus Hizmetleri Kanunu Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili”, **MHB**, C.37, S.2, 2017.
- Huysal, Burak: “Yabancı Mahkemenin Dava ve Taraflar ile Gerçek Bağlantısının Tanıma ve Tenfiz Üzerindeki Etkisi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof.Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, 2011/1, s.467-502, (Gerçek Bağlantı).
- İnceoğlu, Sibel: “Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İlişkisi”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel**

- Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed. Sibel İnceoğlu, 3. Baskı, İstanbul, Beta, 2013.
- İnceoğlu, Sibel: “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed. Sibel İnceoğlu, 3. Baskı, İstanbul, Beta, 2013, s.23-52, (Sınırlama Rejimi).
- İnceoğlu, Sibel: “Adil Yargılanma Hakkı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Ed. Sibel İnceoğlu, 3. Baskı, İstanbul, Beta, 2013, s.209-286, (AİHS ve Anayasa).
- İnceoğlu, Sibel: **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, 4. Bası, İstanbul, Beta 2013 (Adil Yargılanma).
- İbili, Fatih: **Gewogen rechtsmacht in het IPR - Over forum (non) conveniens en forum necessitatis**, Deventer, Kluwer, 2007.
- Jayme, Erik: “Menschenrechte und Theorie des Internationalen Privatrechts”, **Internationales Privatrecht und Völkerrecht**, Band 3, Heidelberg, C.F.R., Müller Verlag, 2003, s.95-109.
- Jenard, P.: **Report on the Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters**, OJ, 5.3.1979, no.59.
- Joseph, David: **Jurisdiction and Arbitration Agreements and Their Enforcement**, Third Edition, London, Sweet&Maxwell, 2015.
- Juenger, Friedrich K.: “The German Constitutional Court and the Conflict Of Laws”, **American Journal of Comparative Law**, Vol.20, 1972, s.290-298.
- Juratowitch, Ben: “The European Convention on Human Rights and English Private International Law”, **JPIL**, Vol.3, No.1, April 2007, s.173-199.
- Kaboğlu, İbrahim Ö.: **Özgürlükler Hukuku**, 6. Baskı, İstanbul, İmge, 2002.

- Kalin, Walter / Künzli, Jörg: **The Law of International Human Rights**, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- Kanadoğlu, O. Korkut: **Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin  atışması ve Uyumlaştırılması**, Beta, İstanbul, 2000.
- Kaneti, Selim: **İsviçre Federal Mahkemesi’nin Borçlar Hukuku Kararları**, Ankara, y.y., 1968.
- Karaağaç,  m r: **Türk Hukukunda Yabancı Yatırımcı Olarak Şirketlerin Taşınmaz Mal Edinmeleri**, Ankara, Lykeion, 2017.
- Karslı, Abdurrahim: **Medeni Muhakeme Hukuku**, 3.Bası, İstanbul, Alternatif, 2012.
- Kaya, Ceren: **Milletlerarası  zel Hukukta Kamu Düzeni Kavramının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile İlişkisi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2015.
- Kessedjian, Catherine: **International Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters**, Preliminary Document No 7 of April 1997 for the attention of the Special Commission of June 1997 on the question of jurisdiction, and recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters, Hague Conference on Private International Law, April 1997.
- Keyes, Mary/ Marshall, Brooke Adele: “Jurisdiction Agreements: Exclusive, Optional and Asymmetrical”, **JPIL**, Vol.11 No.3, 2015, s.345-378.
- Kiestra, Louwrens R.: **The Impact of European Convention on Human Rights on Private International Law**, Maastricht, Springer, 2014, (The Impact of ECHR).
- Kiestra, L.R.: “Article 1 ECHR and Private International Law”, **NIPR**, Vol. 29, 2011/1, Special Issue: Human Rights and PIL, s.2-7, (Article 1 ECHR).
- Kinsch, Patrick: “The Impact of Human Rights on the Application of Foreign Law and on the Recognition of Foreign Judgments – A Survey of the Cases Decided by the European Human Rights Institutions”,

- Intercontinental Cooperation Through Private International Law**, Ed. Talia Einhorn and Kurth Siehr, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2004, s.197-228, (The Impact of Human Rights).
- Kinsch, Patrick: “Choice-of-law Rules and the Prohibition of Discrimination under the ECHR”, **NIPR**, Vol. 29, 2011/1, Special Issue: Human Rights and PIL, s.19-24, (Choice-of-law Rules).
- Kinsch, Patrick: “Droits l’homme, droits fondamentaux et droit international privé”, **Recueil Des Cours-Collected Courses**, Vol.318, 2005, s.11-331, (Droits l’homme).
- Kinsch, Patrick: “Enforcement as a Fundamental Right”, **NIPR**, Vol.32/4, 2014, s.540-544, (Enforcement).
- Kinsch, Patrick: “Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad – Private International Law Rules and European Human Rights Law”, **Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurth Siehr**, Ed.K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Grisberger & S. Symeonides, The Hague, Eleven International Publishing, 2010, s.259-275, (Status).
- Kinsch, Patrick: “Private International Law Topics Before the European Court of Human Rights: Selected Judgments and Decisions (2010-2011)”, **Yearbook of Private International Law**, Vol.713. 2011, s.37-49, (PIL Topics) .
- Klabbers, Jan: **An Introduction to International Institutional Law**, Second Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- Kloth, Matthias: **Immunities and Right of Access to Court Under the European Convention on Human Rights**, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
- Koch, Ida Elisabeth: **Human Rights as Indivisible Rights**, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- Kombe, Jean-François Akandji: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap No.7, Avrupa Konseyi, Strasburg, 2008.

- Kratochvil, Jan: “The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights”, **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Vol.29, No.3, 2011, s.324-357.
- Kruger, Thalia: **Civil Jurisdiction Rules of the EU and Their Impact on Third States**, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- Kruger, Thalia: “The Quest for Legal Certainty”, **Recueil Des Cours–Collected Courses**, Vol.380, 2015.
- Krüger, Hilmar: “Internationalrechtliche Probleme in Saudi-Arabien”, **IPRax**, Vol.25, No.4, 2005, s.386-389.
- Kuipers, Jan Jaap: “The Right to A Fair Trial And The Free Movement Of Civil Judgments”, **CYELP**, Vol.6, 2010, s.23-51.
- Kuru, Baki: “Sözleşme ile Yabancı Mahkemelerin Yetkili Kılınması”, **MHB**, C.6, S.2. 1986, s.140-145.
- Kuru, Baki: **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 6. Baskı, C.1, İstanbul Demir Demir Yayıncılık, 2001 (C.1).
- Kuru, Baki: **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 6.Baskı, C.3, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, 2001, (C.3).
- Kuru, Baki: **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 6.Baskı, C.4, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, 2001, (C.4).
- Kuru, Baki: **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 6. Baskı, C.6, Ankara, Demir Demir Yayıncılık, 2001.
- Lagarde, Paul: “Chapter 11: Public Policy”, **International Encyclopedia of Comparative Law, Vol.3, Private International Law – Part 1**, Ed. Kurt Lipstein, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011.
- Lalani, Shaheez: “Establishing the Content of Foreign Law: A Comparative Study”, **Maastricht Journal**, Vol. 20, No.1, 2013, s.75-112.
- Lale, Muktedir: **Yargıtay Uygulamasında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2014.
- Lavrysen, Laurens: “The Scope of Rights and the Scope of Obligations – Positive Obligations” **Shaping Rights in The ECHR- The Role of European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human**

- Rights**, Ed. Eva Brems & Janneke Gerards, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- Leach, Philip: **Taking a Case to the European Court of Human Rights**, Second Edition, Oxford University Press, Oxford 2005.
- Lengauer, Alina: **Drittwirkung und Grundfreiheiten**, Wien/New York, Springer, 2011.
- Lequette, Yves: “Le droit international privé et les droit fondamentaux”, **Libertés et droits fondamentaux**, Ed. Remy Cabrillac, Marie-Anne Frison-Roche, Thierry Revet, Paris, Dalloz, 2004.
- Lowenfeld, Andreas F.: “International Litigation and the Quest for Reasonableness”, **Recueil Des Cours – Collected Courses**, Vol.245, 1994, s.11-122.
- Lowenfeld, Andreas F.: “Jurisdiction, Enforcement, Public Policy and Res Judicata: The Kormbach Case”, **Intercontinental Cooperation Through Private International Law – Essays in Memory of Peter E. Nygh**, Ed. Talia Einhorn/Kurth Siehr, The Hague, TMC Asser Press, 2004, s.229-248.
- Macdonald, Ronald St. J.: “The Margin of Appreciation”, **The European System for the Protection on Human Rights**, Ed. Ronald St. J. Macdonald, Franz Matscher, Herbert Petzold, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, s.83-124.
- Magnus, Ulrich/ Mankowski, Peter/ Ulrich Magnus, **Brussels Ibis Regulation (2016)**, Article 25, Ed. Ulrich Magnus/Peter Mankowski, Köln, Verlag, 2016.
- Magnus, Ulrich/ Mankowski, Peter/ de Lima Pinheiro, Luis: **Brussels Ibis Regulation (2016)**, Article 24, Ed. Ulrich Magnus/Peter Mankowski, Köln, Verlag, 2016.
- Magnus, Ulrich/ Mankowski, Peter/ Watt, Horatia Muir: **Brussels Ibis Regulation (2016)**, Article 8-9, Ed. Ulrich Magnus/Peter Mankowski, Köln, Verlag, 2016.
- Magnus, Ulrich/ Mankowski, Peter/ Fentiman, Richard: Article 29-34, **Brussels Ibis Regulation (2016)**, Ed. Ulrich Magnus/Peter Mankowski, Köln, Verlag, 2016.

- Magnus, Ulrich/ Mankowski, Peter/ Caravaca, Alfonso-Luis Carvo/ Gonzalez, Javier Carrascosa: **Brussels Ibis Regulation (2016)**, Article 26, Ed. Ulrich Magnus/Peter Mankowski, Verlag, Köln, 2016.
- Mann, Frederick Alexander: “Doctrine of International Jurisdiction”, **Recueil Des Cours – Collected Courses**, Vol.111, 1964.
- Marchadier, Fabian: **Objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme**, Bruxelles, Bruylant, 2007.
- Matscher, Franz: “Methods of Interpretation of the Convention”, **The European System for the Protection on Human Rights**, Ed. Ronald St. J. Macdonald, Franz Matscher, Herbert Petzold, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, s.63-81.
- Mayer, Pierre: “La Convention européenne des droits de l’homme et l’application des normes étrangères”, **RCDIP**, Vol.80, 1991, s.651-665.
- Mayss, Abba: **Principles of Conflict of Laws**, Third Edition, London-Sydney, Cavendish Publishing, 1999.
- McLachan, Campbell: **Lis Pendens in International Litigation**, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publisher, 2009.
- Meidanis, Haris P.: “Public Policy and ordre public in the Private International Law of the EC/EU: Traditional Positions of the Member States and Modern Trends”, **European Law Review**, February 2005, s.95-111.
- Michaels, Ralf: “Public and Private International Law: German Views on Global Issues”, **Journal of Private International Law**, Vol.4 No.1, 2008, s.121-138.
- Michaels, Ralf: “Recognition and Enforcement of Foreign Judgments”, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, 2012, (Foreign Judgments).
- Miller, Sarah: “Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention”, **The European Journal of International Law**, Vol.20, no.4, 2010, s.1223-1246.

- Mills, Alex: “The Dimensions of Public Policy in Private International Law”, **JPIL**, Vol.4, August 2008, s.201-236, (Dimensions of Public Policy).
- Mills, Alex: **The Confluence of Public and Private International Law – Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law**, Cambridge, Cambridge University Press, 2009 (The Confluence of Public and Private International Law).
- Mills, Alex: “Rethinking Jurisdiction in International Law”, **British Yearbook of International Law**, Vol.84, No.1, 2014, s.187-239, (Rethinking Jurisdiction).
- Mole, Nuala/ Harby, Catharina: **Adil Yargılanma Hakkı, İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, Strasburg, İnsan Hakları Kitapçıkları No.3, Avrupa Konseyi, 2001.
- Morris, J.H.C./ McClean, David/ Abou-Nigm, Veronica Ruiz: **The Conflict of Laws**, Ninth Edition, London, Sweet&Maxwell, 2016.
- Mowbray, Alastair: **The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights**, Oxford, Hart Publishing, 2004, (Positive Obligations).
- Mowbray, Alastair: “A Study of Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, **Human Rights Law Review**, Vol.10, No.2, 2010, s.289-317, (Fair Balance).
- Nielsen, Peter Arnt: “Exclusive Choice of Court Agreements and Parallel Proceedings”, **A Commitment to Private International Law – Essays in honour of Hans van Loon**, Ed. The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, Cambridge, Intersentia, 2013, s.409-420.
- Nigro, Raffella: “The Notion of “Jurisdiction” in Article 1: Future Scenarios for the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights”, **The Italian Yearbook of International Law**, Vol.20, 2010, s.11-30.

- Nomer, Ergin: **Devletler Hususî Hukuku**, 22. Bası, İstanbul, Beta, 2017 (DHH).
- Nomer, Ergin: **Davada Yabancı Kanun**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1972, (Yabancı Kanun).
- Nomer, Ergin: “Yabancı Mahkeme İlâmlarının Tenfizinde Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni”, **MHB, Gülören Tekinalp’e Armağan**, Yıl.23, Sayı:1-2, 2003, s.565-577, (Mahkemenin Yetkisi).
- Nomer, Ergin: “Suudi Arabistan Hukuku’na Göre Talâk ve Tanınması (Talâk ve Türk Kamu Düzeni)”, **İBD**, C.65, S.7-8-9, 1991.
- Nomer, Ergin: “Devletler Hususî Hukukunda Milletlerarası Yetki Mefhumu”, **İHFM**, C.40, S.1-4, 1974, s.393-426, (Milletlerarası Yetki).
- Nomer, Ergin: “Milletlerarası Yetki Alanında Derdestlik İtirazı”, **İÜHFM**, C.35 S.1-4 1969, s.343-374 (Derdestlik).
- Nuyts, Arnaud: “Due Process and Fair Trial: Jurisdiction in the United States and in Europe Compared”, **CILE Studies, Vol.2, Private Law, Private International La & the Judicial Cooperation in the EU-US Relationship**, Ed. Ronald A. Brand, y.y., Thomson-West, 2005, s.27-73, (Due Process).
- Nuyts, Arnaud: **Study on Residual Jurisdiction, (Review of the Member States’ Rules concerning the “Residual Jurisdiction” of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulation), General Report**, Final Version Dated 3 September 2007, (Residual Jurisdiction).
- Nuyts, Arnaud: “The Enforcement of Jurisdiction Agreements Further to Gasser and the Community Principle of Abuse of Right”, **Forum Shopping in the European Judicial Area**, Ed. Pascal de Vareilles-Sommières, Oxford, Hart Publishing, 2007, s.55-67.
- Oster, Jan: “Public Policy and Human Rights”, **JPIL**, Vol.11, No.3, 2015, s.542-567.

- Ökçün, A. Gündüz: **Devletler Hususî Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni**, Ankara, y.y., 967.
- Özbakan, Işıl: **Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, y.y., 1987.
- Özbudun, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, 16.Baskı, Yetkin, Ankara 2016.
- Özcan, Hüseyin: “Drittwirkung der Grundrechte in der Türkei”, **AÜEHFD**, C.9, S.3-4, 2005, s.181-200.
- Özdemir Kocasakal, Hatice: “Devletlerin Yargı ve İcra Muafiyetleri ve Bunların Tahkim Yargılamasındaki Rolü”, **MHB, Prof.Dr. Ergin Nomer’e Armağan**, C.22., S.2, 2002, s.525-576.
- Özekes, Muhammet: **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, 15. Bası, İstanbul, On İki Levha, 2017.
- Özekes, Muhammet: **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara, Yetkin, 2003 (Hukuki Dinlenilme).
- Özel, Sibel: “Haksız Fiilere İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisini Belirleyen HMK m.16 Kuralının Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi**, C.8, S.89-90, 2012,
- Özkan, Işıl: “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ile Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel Ibis Recast Tüzüğü (AB 1215/2012): Uygulama Alanı-Yetki Kuralları”, **Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku**, Ed. Işıl Özkan/Ceyda Süral/Uğur Tütüncübaşı, Ankara, Adalet, 2016, s.1-99.
- Özkan, Işıl: “Adil Yargılanma Hakkı’nın Uluslararası Özel Hukuka Etkisi”, **DEÜHFD**, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C.19, Özel Sayı, 2017, s.1767-1834.
- Öztekin, Günseli: “Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 10.1.1986 Tarihli 1486/2090 Sayılı Kararının Eleştirisi”, **MHB**, C.13, S.1-2, 1993, s.25-31.

- Öztekin Gelgel, Günseli: “Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi** Y.4 S.8, Güz 2005/2, s.119-148.
- Öztekin Gelgel, Günseli: “Yabancıların Taşınmazlara İlişkin Mülkiyet ve Sınırlı Ayni Haklardan Yararlanmasında Mütakabiliyet İlkesi”, **MHB, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan**, C.23, S.1-2, 2003, s.405-422.
- Pattison, Shaun D. / Beyleveld, Deryck: “Horizontal Applicability and Horizontal Effect”, **Law Quarterly Review**, Vol.118, October 2002, s.623-646.
- Pazarcı, Hüseyin: **Uluslararası Hukuk**, 11.Bası, Ankara, Turhan, 2012.
- Pekcanıtez, Hakan: **Pekcanıtez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017.
- Pekcanıtez, Hakan: “Bekletici Sorun (Meselei Müstehire)”, **Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1. S.1. 1980, s.249-275, (Bekletici Sorun),
- Petzold, Herbert: “The Convention and the Principle of Subsidiarity”, **The European System for the Protection on Human Rights**, Ed. Ronald St. J. Macdonald, Franz Matscher, Herbert Petzold, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993,
- Phillipson, Gavin: “The Human Rights Act, ‘Horizontal Effect’ and the Common Law: A Bang of a Whimper?”, **The Modern Law Review**, Vol.62, No.2, 1999, s.824-849.
- Pineau, Elena Rodriguez: “European Union International Ordre Public”, **Spanish Yearbook of International Law**, Vol.3, 1993-1994.
- Ramos, Rui Manuel Moura: “Public Policy in the Framwork of the Brussels Convention – Remarks on Two Recent Decision by the European Court of Justice”, **Yearbook of Private International Law**, Vol.2, 2000, s.25-39.
- Ratković, Tena/ Rotar, Dora Zgrabljic: “Choice-of-Court Agreements under the Brussels I Regulation (Recast)”, **JPIL**, Vol.9, No.2, 2013, s.245-268.

- Reid, Karen: **A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights**, London, Sweet and Maxwell, 1998.
- Reinisch, August/ Weber, Ulf Andreas: "In The Shadow Of Waite And Kennedy: The Jurisdictional Immunity of International Organizations, The Individual's Right of Access to the Courts And Administrative Tribunals as Alternative Means of Dispute Settlement", **IOLR**, Vol.1, 2004.
- Rogerson, Pippa: **Collier's Conflict of Laws**, Fourth Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- Rossolillo, Giulia: "Personal Identity at a Crossroad Between Private International Law, International Protection of Human Rights and EU Law", **Yearbook of Private International Law**, Vol.11, 2009, s.142-156.
- Rozakis, Christos: "The Contribution of the European Court of Human Rights to the Development of the Law on State Immunity", **Liber Amicorum Luzius Wildhaber**, Ed. Lucius Caflisch/Johan Callewaert vd., Kehl Germany, N.P. Engel, 2007, s.387-402.
- Ruhi, Ahmet Cemal: **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun**, 4.Baskı, Ankara, Seçkin, 2014.
- Ruhi, Ahmet Cemal: **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun**, 3.Baskı, Ankara, Seçkin, 2009.
- Ruhi, Ahmet Cemal/ Kaplan, Yavuz: "Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public)", **MHB Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan**, Yıl:22, S.2, 2002, s.643-663.
- Sağlam, Fazıl: **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara, AÜSBF Yayınları, 1982.
- Sağlam, Musa/ Güleener, Serdar / Kaplan, Recep: **Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantıları**, C.2, Ankara, 2014.
- Sakmar, Atâ: **Yabancı İlâmların Türkiye'deki Sonuçları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.
- Saracoğlu, İhsan: "Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi", **İBD**, C.49, S.9-10, 1975, s.817.

- Sargın, Fügen: **Milletlerarası Usûl Hukukunda Yetki Anlaşmaları**, Ankara, Yetkin, 1996, (Yetki Anlaşmaları).
- Sargın, Fügen: **İnternet Aracılığıyla Gerçekleşen Marka İhlalleri Hakkında Milletlerarası Yetkiyi Haiz Mahkemeler ve Uygulanacak Hukuk**, Ankara, Yetkin, 2005, (Marka İhlalleri).
- Sargın, Fügen: “Yabancı Mahkeme İlâmlarına Dayalı İcra Yoluyla Takip Edilebilirliğe Bir Engel Olarak “Zamanaşımı””, **UTTDER**, Yıl.2017, C.6 S.2, (Zamanaşımı).
- Sargın, Fügen: **Yabancı Gerçek Kişilerin Türkiye’de Taşınmaz Mal Edinmeleri ve Sınırlı Ayni Haklardan Yararlanmaları**, Ankara, Yetkin, 1997.
- Sargın, Fügen/ Erten, Rifat: “MÖHUK Hükümleri Dairesinde Tanımanın Hukuki Niteliği, Usûlü ve Karşılaşılan Sorunlar: ‘Yeni Bir Düzenleme Yapma Gereği’”, **UTTDER**, Yıl.2014, C.3, S.2.
- Sarıöz Büyükalp, Ayşe İpek: **AİHS ve AİHM Kararlarının da İncelenmesi Suretiyle Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usûl Hukuku Üzerindeki Etkileri**, İstanbul, On İki Levha, 2018.
- Schilling, Theodor: “The Enforcement of Foreign Judgments in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, **Rivista di diritto internazionale privato e processuale**, Anno. XLVIII, No.3, 2012.
- Schlosser, Peter: “Jurisdiction in International Litigation: The Issue of Human Rights in Relation to National Law and to the Brussels Convention”, **Rivista di Diritto Internazionale**, 1991, s.5-34.
- Schulz, Andrea: “The 1980 Hague Child Abduction Convention and the European Convention on Human Rights”, **Transnational Law and Contemporary Problems**, Vol.12, 2002, s.355-392.
- Shaw, Malcom N.: **International Law**, Sixth Edition, Cambridge, Cambridge Unviversty Press, 2008.

- Sirmen, Kazım Sedat: “Eşcinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Düzenlenişi”, **AÜHFD**, C.58, S.4, 2009, s.825-879.
- Sirmen, Kazım Sedat: “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Taraf Sıfatı Sorunu ve Hukukî Yarar: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Selin Aslı Öztürk/Türkiye Kararı”, **Prof.Dr. Tuğrul Arat’a Armağan**, Yetkin, Ankara 2012, s.1013-1022, (Hukukî Yarar).
- Spickhoff, Andreas: “Der völkerrechtsbezogene ordre public”, **Völkerrecht und IPR**, Ed. Stefan Leible/Matthias Ruffer, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Germany, 2006, s.275-303.
- Spielman, Dean: “Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions-Requirements Under the European Convention on Human Rights: An Overview”, **Cyprus Human Rights Law Review**, Vol.1 No.1, 2012, s.4-24.
- Stone, Peter: **EU Private International Law**, Second Edition, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010.
- Stürner, Michael: “Extraterritorial Application of the ECHR via Private International Law” **NIPR**, Vol. 29, 2011/1, Special Issue: Human Rights and PIL, s.8-12.
- Sur, Melda: **Uluslararası Hukukun Esasları**, 2.Bası, İstanbul, Beta, 2006.
- Süral, Ceyda: **Uluslararası Özel Hukukta Yabancı Devletlerin Sınırlı Yargı ve İcra Muafiyeti**, Ankara, Adalet, 2015 (Yargı Muafiyeti).
- Süral, Ceyda: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi” **TBB**, S.100, 2012, s.167-216, (HMK).
- Süral, Ceyda: “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi” **Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku**, Ed. Işıl Özkan/Ceyda Süral/Uğur Tütüncübaşı, Ankara, Adalet, 2016, s.205-233.
- Süzen, Begüm: **Tanıma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi**, İstanbul, XII Levha, 2016.

- Şkerl, Jerca Kramberger: “European Public Policy (With An Emphasis on Exequatur Proceedings)”, **JPIL**, Vol.7, No.3, 2011, s.461-490.
- Şanlı, Cemal: **Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara 1982.
- Şanlı, Cemal: **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 6. Bası, İstanbul, Beta, 2016, (Ticari Akitler).
- Şanlı, Cemal: “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Tahsil Olunacak “Karar ve İlam Harcı”na ve Ticaret Mahkemelerinin Bulunduğu Yerlerde “Görevli Mahkeme”ye İlişkin Bazı Sorunlar”, **İBD**, C.69, S.10-12, 1993.
- Şanlı, Cemal: “Türk Hukukunda Çocukların Velayetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, **MHB**, Yıl.16, S.1-2, 1996, s.71-86, (Velayet).
- Şanlı, Cemal/ Esen, Emre/ Ataman Figanmeşe, İnci: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 6. Bası, İstanbul, Vedat, 2018.
- Şensöz, Ebru: “Türkiye’nin Taraf Olduğu Bazı Milletlerarası Sözleşmeler Çerçevesinde Doğrudan Tanıma Usulü”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:11 Sayı: 22 Güz 2012/2 s.389-444.
- Şensöz Malkoç, Ebru: **Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması**, İstanbul, Oniki Levha, 2017.
- Şirin, Tolga: **Türkiye’de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme**, İstanbul, XII Levha, 2013, (Anayasa Şikayeti).
- Şirin, Tolga: “Kanunlar İhtilafı ve Anayasa Yargısı”, **TAAD**, Yıl.6, Sayı 22, 2015, s.361-393 (Kanunlar İhtilafı).
- Takavut, İbrahim Doğan; “Türkiye’nin Taraf Olduğu Milletlerarası Sözleşmeler Kapsamında Çocuklara İlişkin Verilen Adli ve İdari Kararların Doğrudan Tanınması” **Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin**

- Seçilmiş Makaleler**, Ed. Günseli Öztekin Gelgel/Faruk Kerem Giray, İstanbul, Beta 2017, s.191-225.
- Tallon, H       Gaudemet: **Le Pluralisme En Droit International Priv  : Richesses et Faiblesses**, Recueil Des Cours – Collected Courses, Vol.312, 2005.
- Tan Dehmen, Mine: “Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar Bakımından 5718 Sayılı MÖHUK’ta Kabul Edilen Yetki Kuralı”, **MHB**, C.33, S.1, 2013, s.169-211.
- Tan  r, Bülent/Yüzbaşıoğlu,Necmi: **Türk Anayas Hukuku**, 17.Bası, Beta, İstanbul 2018.
- Tanrıbilir, Feriha Bilge: “30 Haziran 2005 Tarihli Yetki Anlaşmasına Dair Lahey Sözleşmesi”, **GÜHFD**, C.11, S.1-2, 2007, s.321-354.
- Tanrıver, Süha: **Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı**, 2. Bası, Ankara, Adalet, 2007, (Derdestlik).
- Tanrıver, Süha: **Medenî Usûl Hukuku**, C.1, Ankara, Yetkin, 2016.
- Tanrıver, Süha: “Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, **TBB**, S.53, Temmuz-Ağustos 2004, s.191-215.
- Tarman, Zeynep Derya/   nay, Işık: “Milletlerarası Evl  t Edinme Hukukunda Kamu Düzeni Engeli”, **AÜHFD**, C.60, S.2, 2011, s.331-365.
- Tekinsoy,   zge Okay: “Avrupa Kamu Düzeni Kavramı”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl.1, S.1 2011, s.66-79.
- Tekinalp, Gülören: **Türk Yabancılar Hukuku**, 8.Bası, İstanbul, Beta, 2003.
- Tekinalp, Gülören/ Uyanık, Ayfer: **Milletlerarası   zel Hukuk-Bağlama Kuralları**, 12. Bası İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.
- Tekinalp, Gülören/ Tekinalp,   nal: **Avrupa Birliği Hukuku**, 2. Bası, İstanbul, Beta, 2000.
- Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Sancakdar, O  uz: **Avrupa İnsan Hakları S  zle  mesi ve Uygulaması**, Ankara 2004.

- Tezgel, Mehmet: **Türk Hukukunda Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Adalet, 2012.
- Thielbörger, Pierre: “Positive Obligations in the ECHR after Stoicescu Case: A Concept in Search of Content?”, **European Yearbook of Human Rights 2012**, Ed. Wolfgang Benedek, Florence Benoit-Rohmer, Wolfram Karl, Antwerp-Wienna Intersentia, 2012.
- Thoma, Ioanna: “The ECHR and the Ordre Public Exception in Private International Law”, **NIPR**, Vol. 29, 2011/1, Special Issue: Human Rights and PIL, s.13-18.
- Tiryakioğlu, Bilgin: **Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, AÜHF Yayınları, 1996.
- Toker, Ali Gümrah: **Milletlerarası Özel Hukukta İstinabe**, Ankara, Adalet, 2015.
- Toluner, Sevin: **Milletlerarası Hukuk Dersleri – Devletin Yetkisi**, 4.Bası, Beta, İstanbul, 1989.
- Tomuschat, Christian: “The International Law of State Immunity and Its Development bu National Institutions”, **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Vol. 44, No. 4, 2011, s.1106-1140.
- Tümay, Murat : “The Margin of Appreciation Doctrine Developed by the Case Law of the European Court Of Human Rights”, **Ankara Law Review**, Vol.5 No.2, 2008.
- Tütüncübaşı, Uğur: **Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması**, Ankara, Adalet, 2014 (Çekişmesiz Yargı).
- Ubertazzi, Benedetta: **Exclusive Jurisdiction in Intellectual Property**, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht – Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Vol.273, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.
- Uluocak, Nihal: **Kanunlar ihtilafı (Yasama Yetkisi) Kuralları**, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1971.
- Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer: **Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma**, Beta, İstanbul, 2006.

- Van Den Eeckhout, Veerle: “Corporate Human Rights Violations and Private International Law, A Facilitating Role for PIL or PIL as a Complicating Factor?”, **HR&ILD**, Vol.6, No.1, 2012, s.105-127.
- van Houtte, Hans: “From A National to A European Public Policy”, **Law and Justice in a Multistate World: Essays in Honour of Arthur T. von Mehren**, Ed. James A. R. Nafziger, Symeon Symeonides, Ardley, Transnational Publishers, 2002, s.841-853.
- van Lith, Helene: **International Jurisdiction and Commercial Litigation**, The Hague, TMC Asser Press, 2009.
- Villa, Diana Sancho: “Jurisdiction over Jurisdiction and Choice of Court Agreements: Views on the Hague Convention of 2005 and Implications for the European Regime”, **Yearbook of Private International Law**, Vol.12, 2010.
- Vischer, Frank: General Course on Private International Law, **Recueil Des Cours-Collected Courses**, Vol.232, 1992.
- Vlas, Paul: “Brussels I Regulation Art.2-4”, **Brussels I Regulation – European Commentaries of Private International Law**, Ed. Ulrich Magnus/Peter Mankowski, 2nd Edition, Munich, Sellier European Law Publishers, 2002, s.69-77.
- von Looschelders, Dirk: “Die Ausstrahlung der Grund- und Menschenrechte auf das Internationale Privatrecht”, **RabelsZ**, Vol.65, 2001, s.464-491.
- von Mehren, Arthur T.: **Adjudicatory Authority in Private International Law – A Comparative Study**, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2007.
- Weller, Matthias: “Choice of Court Agreements under Brussels Ia and under the Hague Convention: Coherences and Clashes”, **JPIL**, Vol.13, No.1, 2017, 91-129.
- White, Robin C.A. / Ovey, Clare: **The European Convention on Human Rights**, Fifth Edition, Oxford, Oxford University Press, 2010.

- Whytock, Christopher A.: “Foreign State Immunity and The Right to Court Access”, **Boston University Law Review**, Vol.93, 2013.
- Wieck, Günter: “Human Rights and Private International Law”, **Human Rights in Transition**, Ed. John F. Mc Eldowney, Günter Weick, Frankfurt am Main, y.y., 2003, s.193-200.
- Wildhaber, Luzius: “The European Convention on Human Rights and International Law”, **ICLQ**, Vol.56, April 2007, s.217-231.
- Xenos, Dimitris: **The Positive Obligations of the State under the European Convention on Human Rights**, London and New York, Routledge, 2012.
- Yazıcı/Atasoy: **Şahıs, Aile ve Miras Hukuku ile İlgili Yargıtay Tatbikatı**, yy., 1952-1970.
- Yılmaz, Mehmet Şerif: **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin Yorum Yöntemleri**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2010.
- Yılmaz, Ejder: **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Ankara, Yetkin, 2012.
- Yüksel, Saadet: **Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü**, Alfa, İstanbul, 2015.
- Zajtay, Imre: “Chapter 14: The Application of Foreign Law”, **International Encyclopedia of Comparative Law, Vol.3, Private International Law – Part 1**, Ed. Kurt Lipstein, Mohr Siebeck, Tübingen 2011.

Raporlar

Comission Staff Working Paper Impact Assesment Accompanying document to the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast), Brussels, 14.12.2010, SEC(2010) 1547 final, Annex I – Glossary of Legal Terms.

Comission Proposal for Recast Commission Recast Impact Assesment Comission Staff Working Paper, Annex I-Glossary of Legal Terms.

Comparative Study of “Residual Jurisdiction” in Civil and Commercial Disputes In the EU National Report for: Austria, Prepared by Julian Feichtinger/Karin Lehner.

Comparative Study of “Residual Jurisdiction” in Civil and Commercial Disputes In the EU National Report for: Belgium, Prepared by Arnaud Nuyts.

Comparative Study of “Residual Jurisdiction” in Civil and Commercial Disputes In the EU National Report for: France, Prepared by Pierre Raoul Duval/Marie Stoyanov.

Comparative Study of “Residual Jurisdiction” in Civil and Commercial Disputes In the EU National Report for: Germany, Prepared by Michael Molitoris/Amelie Abt.

Comparative Study of “Residual Jurisdiction” in Civil and Commercial Disputes In the EU National Report for: Netherlands, Prepared by Marielle Koppenol-Laforce/ Freerk Vermeulen, Amsterdam-The Netherlands.

Comparative Study of “Residual Jurisdiction” in Civil and Commercial Disputes In the EU National Report for: Poland, Prepared by Marcin Radwan-Röhrenschef/Edyta Jankowska.

Comparative Study of “Residual Jurisdiction” in Civil and Commercial Disputes In the EU National Report for: Romania, Prepared by Simona Negau & Madalin Niculeasa.

Digest Strasbourg Case-Law Relating to the European Convention on Human Rights, Vol.2 (Article 6), Carl Heymann-Verlag, Köln 1984.

Guide on Article 6 of the Convention-Right to a fair trial (civil limb), Council of Europe/ European Court of Human Rights, 2013.

International Law Association (ILA), Comittee on International Civil Litigation and the Interests of the Public, “Final Report: International Civil Litigation for Human Rights Violations, Sofia Conference, 2012.

International Law Association (ILA) Committee on International Civil and Commercial Litigation, “Third Interim Report: Declining and Referring Jurisdiction in

Internatinal Litigation”, London Conference, 2000.

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast), Brussels 14.12.2010 COM (2010) 748/3.

Çevrimiçi Kaynaklar

www.ipr.be/sites/default/files/tijdschriften_pdf/tijdschrift40.pdf

<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/05/21/french-court-of-cassation-confirms-invalidity-of-unilateral-asymmetrical-jurisdiction-clauses/>

[https://ila.vettoreweb.com/Storage/Download.aspx?DbStorageId=1118&StorageFileGuid=59f7e403-7733-4f8c-822d-e58b9be0d02b,](https://ila.vettoreweb.com/Storage/Download.aspx?DbStorageId=1118&StorageFileGuid=59f7e403-7733-4f8c-822d-e58b9be0d02b)

[https://ila.vettoreweb.com/Storage/Download.aspx?DbStorageId=1114&StorageFileGuid=227a0f15-82e4-4192-956f-039733125033,](https://ila.vettoreweb.com/Storage/Download.aspx?DbStorageId=1114&StorageFileGuid=227a0f15-82e4-4192-956f-039733125033)

<http://www.bailii.org>

<https://emsal.yargitay.gov.tr>

www.kazanci.com

<http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions>

www.zaoerv.de.

[http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/041028_1P_390-2004.html,](http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/041028_1P_390-2004.html)

[www.kazanci.com,](http://www.kazanci.com)

[www.ilo.org/public/english/tribunal/fulltext/1752.htm,](http://www.ilo.org/public/english/tribunal/fulltext/1752.htm)

<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions>

<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/168.html>

<http://www.mondaq.com/italy/x/231358/Arbitration+Dispute+Resolution/Italian+Supreme+Court+Considers+Unilateral+Jurisdiction+Clauses>

[https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/ZRS_eng\[1\].doc](https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/ZRS_eng[1].doc)

[https://www.jurion.de/urteile/bgh/1983-01-26/ivb-zr-335_81/,](https://www.jurion.de/urteile/bgh/1983-01-26/ivb-zr-335_81/)

Ulusal ve Uluslararası Mahkeme Kararları

AIHM Kararları: A v. Birleşik Krallık, no.25599/94, 23 Eylül 1998

Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v. Birleşik Krallık, no.9214/80; 9473/81; 9474/81, 28 Mayıs 1985

Agrokompleks v. Ukrayna, no.23465/03, 6 Ekim 2011

Ağnidis v. Türkiye, no.21668/02, 23 Şubat 2010

Airey v. İrlanda, no.6289/73, 9 Ekim 1979

Aksoy v. Türkiye, no.21987/93, 18 Aralık 1996

Al Jedda v. Birleşik Krallık, no.27021/08, 7 Temmuz 2011

Al Nashif v. Bulgaristan, no.50963/99, 20 Haziran 2002

Al Skeini ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, no.55721/07, 7 Temmuz 2011

Al-Adsani v. Birleşik Krallık, no.35763/97, 21 Kasım 2001

Allan Jacobsson v. İsveç (No.1), no.10842/84, 25 Ekim 1989

Allard v. İsveç, no.35179/97, 24 Haziran 2003

Ammdjadi v. Almanya, no.51625/08, 9 Mart 2010

Anheuser-Busch INC v. Portekiz, no.73049/01, 11 Ocak 2007

Apostol v. Gürcistan, no.40765/02, 28 Kasım 2006

Apostolidi v. Türkiye, no.45628/99, 27 Mart 2007

Arlewin v. İsveç, no.22302/10, 1 Mart 2016

Ashingdane v. Birleşik Krallık, no.8225/78, 28 Mayıs 1985

Association SOS Attentats and Beatrix de Boery v. France, no.76642/01, 4 Ekim 2006

Ateş Mimarlık Mühendislik A.Ş. v. Türkiye, no.33275/05, 25 Eylül 2012

Avontis v. Letonya, (GC) no.17502/07, 23 Mayıs 2016

Avontis v. Letonya, no.17502/07, 25 Şubat 2014

Avusturya v. İtalya, no.788/60, 11 Ocak 1961

Babylonova v. Slovakya, no.69146/01, 20 Haziran 2006

Bakan ve diğlerleri v. Türkiye, no.50939/99, 12 Haziran 2007

Balan v. Moldova, no.19247/03, 29 Ocak 2008

Balezdrovi v. Bulgaristan, no. 36772/06, 20 Eylül 2011

Bankovic ve Diğlerleri v. Belçika ve Diğlerleri, no.52207/99, 12 Aralık 2001

Bayrak v. Almanya, no.27937/95, 6 Temmuz 2000

Beer ve Regan v. Almanya, 28934/95, 18 Şubat 1999

Beganovic v. Hırvatistan, no.46423/06, 25 Haziran 2009

Bellet v. Fransa, no.23805/94, 4 Aralık 1995

Ben El Mahi ve diğlerleri v. Danimarka, no.5853/06, 11 Aralık 2006.

Beyeler v. İtalya, no.33202/96, 5 Ocak 2000

Bladet Tromsö ve Stensaa v. Norveç, no.21980/93, 20 Mayıs 1999

Bosphorus Havayolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. İrlanda, no.45036/98, 30 Haziran 2005

Broniowski v. Polonya, no.311443/96, 22 Temmuz 2004

Brualla Gomez de la Torre v. İspanya, no. 55/1996/774/975, 19 Aralık 1997

Brumarescu v. Romanya, no.28342/05, 16 Nisan 2002

Burdov v. Rusya, no.59498/00, 7 Mayıs 2002

Burghartz v. İsviçre, no.16213/90, 22 Şubat 1994

Canea Catholic Church v. Yunanistan, no.143/1996/762/963, 16 Aralık 1997

Carson ve diğlerleri v. Birleşik Krallık, no. 42184/05, 16 Mart 2010

Champman v. Birleşik Krallık, no.27238/95, 18 Ocak 2001

Chbihi Loudoudi ve diğlerleri v. Belçika, no.52265/10, 16 Aralık 2014

Cıngıllı Holding A.Ş. ve Cıngıllıoğlu v. Türkiye, no.31833/06 37538/06, 21 Temmuz 2015

Ciubotaru v. Moldova, no.27138/04, 27 Nisan 2010

Cordova v. İtalya (No.1), no.40877/97, 30 Ocak 2000

Costello Roberts v. Birleşik Krallı, no.13134/87, 23 Mart 1993

Cruz Varas v. İsveç, no.15576/89, 20 Mart 1991

Cudak v. Litvanya, no.15869/02, 23 Mart 2010

D.D. v. Fransa, no.3/02, 8 Kasım 2005

Daoudi v. Fransa, no.19576/08, 3 Aralık 2009

De Hohenzollern (De Roumanie) v. Romanya, no.18811/02, 27 Mayıs 2010

De Wilde, Ooms ve Verspy (Vagrancy) v. Belçika, no.2832/66, 2835/66, 2899/66, 18 Haziran 1971

Delcourt v. Belçika, no.2689/65, 17 Ocak 1970

Dinu v. Romanya ve Fransa, no.6152/02, 4 Kasım 2008

Djavit v. Türkiye, no.20652/92, 20 Şubat 2002

Dombo Beheer B.V. v. Hollanda, no.14448/88, 27 Ekim 1993

Drozd ve Janousek v. Frana ve İspanya, no.12747/87, 26 Temmuz 1992

Dudgeon v. Birleşik Krallık, no.7525/76, 22 Ekim 1981

Elshoz v. Almanya, no.25735/94, 13 Temmuz 2000

Ern Makina Sanayi ve Ticaret A.Ş. v. Türkiye, no.70830/01, 3 Mayıs 2007

Eskinazi ve Chelouche v. Türkiye, no.14600/05, 6 Aralık 2012

Evans v. Birleşik Krallık, no.6339/05, 10 Nisan 2007

Fabris v. Fransa, no.16574/08, 7 Şubat 2013

Fayed v. Birleşik Krallık, no.17101/90, 21 Eylül 1990

Fogarty v. Birleşik Krallık, no.37112/97, 21 Kasım 2001

Fokas v. Türkiye, no.31206/02, 29 Eylül 2009

Fouklev v. Ukrayna, no.71186/01, 7 Haziran 2005

Fredin v. İsveç, no.12033/86, 18 Şubat 1991

Gashi v. Hırvatistan no.32457705, 13 Aralık 2007

Geffre v. Fransa, no.51307/99, 23 Ocak 2003

Georgiadis v. Yunanistan, no.40032708, 10 Ekim 2013

Geouffre de la Pradelle v. Fransa, no.12964/97, 16 Aralık 1992

Gillissen v. Hollanda, no.39966/09, 15 Mart 2016

Golder v. Birleşik Krallık, no.4451/70, 21 Şubat 1975

Guzzardi v. İtalya, no.7367/76, 6 Kasım 1980

Gül v. İsviçre, no.23218/94, 19 Şubat 1996

Hadjianatassiou v. Yunanistan, no.12945/87, 16 Aralık 1992

Handyside v. Birleşik Krallık, no.5493/72

Harroudj v. Fransa; no. 43631/09, 4 Ekim 2012

Hatton ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, no.36022/97, 8 Temmuz 2003

Hentrich v. Fransa, no.13616/88, 22 Eylül 1994

Hiro Balani v. İspanya, no.18064/91, 9 Aralık 1994

Hirsi Jamaa ve Diğerleri v. İtalya, no.27765/09, 23 Şubat 2012

Hokkanen v. Finlandiya, no.19823/92, 23 Eylül 1994

Hornsby v. Yunanistan, no.18357/91, 19 Mart 1997

Hromadka ve Hromadkova v. Rusya, no.22909/10, 11 Aralık 2014

Huc v. Romanya ve Almanya, no.7269/05, 1 Aralık 2009

Hussin v. Belçika, no.70807/01, 6 Mayıs 2005

Ignaccolo-Zenide v. Romanya, no.31679/96, 25 Ocak 2000

Ilaşcu ve Diğerleri v. Moldova ve Rusya, no.48787/99, 8 Temmuz 2004

Incal v. Türkiye, no.22678/93, 9 Haziran 1998

Issa ve diğerleri v. Türkiye, no.31821/96, 16 Kasım 2004

İrlanda v. Birleşik Krallık, no.5310/71, 18 Ocak 1978

J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd v. Birleşik Krallık, [GC], no. 44302/02, 20 Ağustos 2007

Jaggi v. İsviçre, no.58757/00, 13 Temmuz 2006

James ve diğerleri v. Birleşik Krallık, no.8793/79, 21 Şubat 1986

Johnston ve Diğerleri v. İrlanda, no.9697/82, 18 Aralık 1986

Jones ve diğ erleri v. Birleşik Krallık, no. 34356/06 and 40528/06, 14 Ocak 2014

Jovanoski v. Makedonya, no.31731/03, 7 Ocak 2010

Jussila v. Finlandiya, no. 73053/01, 23 Kasım 2006

K. v. İtalya, no.38805/97, 20 Temmuz 2004

Kalaç v. Türkiye, no.20704/92, 1 Temmuz 1997

Kalageropoulou ve diğ erleri v. Yunanistan ve Almanya, no. 59021/00, 12 Aralık 2002

Kalashnikov v. Rusya, no.40795/99, 18 Eylül 2001

Karalyos ve Huber v. Macaristan ve Yunanistan, no.7511/01, 6 Nisan 2004

Kart v. Türkiye, no.8917/05, 3 Aralık 2009

Kin-Stib ve Majkic v. Sırbistan, no.12312/05, 20 Nisan 2010

Kirilova ve diğ erleri v. Bulgaristan, no.42908/98; 44038/98; 44816/98;7319/02, 9 Haziran 2005

Klamecki v. Polonya (No.2), no.31583/96, 3 Nisan 2003

Kopecký v. Slovakya, no.44912/98, 28 Eylül 2004

Kotov v. Rusya, no.54522/00, 3 Nisan 2012

Krombach v. Fransa, no.29731/96, 13 Şubat 2001

Kutic v. Hırvatistan, no.48778/99, 1 Haziran 2002

L.C.B. v. Birleşik Krallık, no.23413/94, 9 Haziran 1998

Lazarov v. Bulgaristan, no. 21352/02, 22 Mayıs 2008

Lindberg v. İsveç, no. 48198/99, 15 Ocak 2004

Lithgow ve diğ erleri v. Birleşik Krallık, no.9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, 8 Temmuz 1986

Loizidou v. Türkiye (İlk İtiraz), no.15318/89, 23 Mart 1995

Loizidou v. Türkiye, (GC) no.15318/89, 18 Aralık 1996

Lopez Ostra v. İspanya, no.16798/90, 9 Aralık 1994

Losonci Rose ve Rose v. İsviçre, no.664/06, 9 Kasım 2010

Lykourazos v. Yunanistan, no.33554/03, 15 Haziran 2006

Malone v. Birleşik Krallık, no.8691/79, 2 Ağustos 1984

Mamatkulov and Askarov v. Türkiye, no.46827/99-46951/99, 4 Şubat 2005

Marckx v. Belçika, no.6833/74, 13 Haziran 1979

Markovic ve Diğerleri v. İtalya, no.1398/03, 13 Aralık 2006

Matrakas ve diğerleri v. Polonya ve Yunanistan, no.47268/06, 7 Kasım 2013

Matthews v. Birleşik Krallık, no.24833/94, 17 Şubat 1999

Maumousseau ve Washington v. Fransa, no.39388/05, 6 Aralık 2007

McCann ve diğerleri v. Birleşik Krallık, no.18984/91, 27 Eylül 1995

McDonald v. Fransa, no.18648/04, 29 Nisan 2008

McElhinney v. İrlanda, no.31253/96, 21 Kasım 2001

McVicar v. Birleşik Krallık, no.46311/99, 7 Mayıs 2002

Monilescu ve Dobrescu v. Romanya ve Rusya, no.60861/00, 3 Mart 2005

Monnell ve Morris v. Birleşik Krallık, no.9562/81 ve 9818/82, 2 Mart 1987

Multiplex v. Hırvatistan, no.58112/00, 10 Temmuz 2003

Munoz Diaz v. İspanya, no.49151/07, 8 Aralık 2009

Nacaryan ve Deryan v. Türkiye, no.19558/02, 8 Ocak 2008

Natchova ve diğerleri v. Bulgaristan, no.43577/98, no.43579/98, 6 Temmuz 2005

Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan, no.56759/08, 3 Mayıs 2011

Oliari ve Diğerleri v. İtalya, no.18766/11, 36030/11, 21 Temmuz 2015

Oliviera v. Hollanda, no.33129/96, 4 Haziran 2002

Othman (Abu Qatada) v. Birleşik Krallık, no.8139/09, 17 Ocak 2012

Öcalan v. Türkiye, no.46221/99, 12 Mayıs 2005

Öneryıldız v. Türkiye, no.48939/99, 30 Kasım 2004

Öztürk v. Türkiye, no.39523/03, 13 Ekim 2009

Papamichalopoulos v. Yunanistan, no.14556/89, 31 Ekim 1995

Pecevi v. Makedonya, no. 21839/03, 16 Mart 2009

Pellegrini v. İtalya, no.30882/96, 20 Temmuz 2001

Perus v. Slovenya, no.35016/05, 27 Eylül 2012

Philis v. Yunanistan, no.12750/87; 13780/88, 14003/88, 27 Ağustos 1991

Pine Valley Developments Ltd. ve diğerleri v. İrlanda, 1272/87, 29 Kasım 1991

Pini ve Diğerleri v. Romanya, no.78028/01 ve 78030/01, 22 Haziran 2004

Platform Ärzte für das Leben v. Avusturya, no.10126/82, 21 Haziran 1988

Ponomaryov v. Ukrayna, no.3236/03, 3 Nisan 2008

Posti ve Rahko v. Finlandiya, no.27824795, 24 Eylül 2002

Povse ve Povse v. Avusturya, no.3890/11, 18 Haziran 2013

Powell ve Rayner v. Birleşik Krallık, no.9310/81, 21 Şubat 1990

Pretty v. Birleşik Krallık, no.2346/02, 29 Nisan 2002

Prince Hans Adam II of Liechtenstein v. Almanya, no.42527/98, 12 Temmuz 2001

Raylyan v. Rusya, no.22000/03, 15 Şubat 2007

Rees v. Birleşik Krallık, no.9532/81, 17 Ekim 1986

Romanczyk v. Fransa, no.7618/05, 18 Kasım 2010

Rozhin v. Rusya, no.50098/07, 6 Aralık 2011

Ruiz Torja v. İspanya, no.18390/91, 9 Aralık 1994

Sabah El Leil v. Fransa, no.34869/05, 29 Haziran 2011

Saccoccia v. Avustura, no.69917/01, 18 Aralık 2008, (Esas).

Saccoccia v. Avusturya, no.69917/01, 5 Temmuz 2007, (Kabul Edilebilirlik)

Schalk ve Kopf v. Avusturya, no.30141/ 04, 24 Haziran 2010

Shadel v. Fransa, no.14599/06, 25 Eylül 2008

Sholokhov v. Emenistan ve Moldova, no.40358/05, 31 Temmuz 2012

Sildedzis v. Polonya, no.45214/99, 24 Mayıs 2005

Slivenko v. Letonya, no.48321/99, 9 Ekim 2003

Soering v. Birleşik Krallık, no.14038/88, 7 Temmuz 1989

Sommerfeld v. Almanya, no.31871/96, 8 Temmuz 2003

Sorensen ve Rasmussen v. Danimarka, no.52562/99, 11 Ocak 2006

Sovtransavto Holding v. Ukrayna, no.48553/99, 25 Temmuz 2002

Sporrong ve Lönnroth v. İsveç, no.7151/75,7152/75, 23 Eylül 1982

Steel ve Morris v. Birleşik Krallık, no.68416/01, 15 Şubat 2005

Stepowski v. Polonya, no.35461/97, 15 Haziran 2000

Stichting Mothers of Srebrenica ve diğerleri v. Hollanda, no.65542/12, 11 Haziran 2013

Stjerna v. Finlandiya, 18131/91, 25 Kasım 1994

Storck v. Almanya, no.61603/00, 16 Haziran 2005

Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis v. Yunanistan, no.13427/87, 9 Aralık 1994

Suda v. Çek Cumhuriyeti, no.1643/06, 28 Şubat 2010

Suominen v. Finlandiya, no.37801/97, 1 Temmuz 2003

Suovaniemi ve diğerleri v. Finlandiya, no.31737/96, 23 Şubat 1999

Sylvester v. Avusturya (no.2), no.54640/00, 3 Şubat 2005

Sylvester v. Avusturya, no. 54640/00, 9 Ekim 2003

Tabbane v. İsviçre, no.41069/12, 1 Mart 2016

The Sunday Times v. Birleşik Krallık, no.6538/74, 26 Nisan 1979

Tolstoy Miloslavsky v. Birleşik Krallık, no.19139/91, 13 Temmuz 1995

Treska v. Arnavutluk ve İtalya, no.26937/04, 29 Haziran 2006

Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri v. Türkiye, no.133/1996/752/951, 30 Ocak 1998

Tyrer v. Birleşik Krallık, no.5856/72, 25 Nisan 1978

V.P. v. Rusya, no.61362/12, 23 Ekim 2014
Van de Hurk v. Hollanda, no.16034/90, 19 Nisan 1994
VgT Verein gegen Tierfabriken v. İsviçre, no.24699/94, 28 Haziran 2001
Vogt v. Almanya, no.17851/91, 26 Eylül 1995
Vrbica v. Hırvatistan, no. 32540/05, 1 Nisan 2010
Wagner ve JMWL v. Lüksemburg, no.76240/01, 28 Haziran 2007
Waite ve Kennedy v. Almanya, no.26083/94, 18 Şubat 1999
Wallishauser v. Avusturya, no.156/04, 17 Temmuz 2012
Warsicka v. Polonya, no.2065/03, 16 Ocak 2007
Wilson ve diğerleri v. Birleşik Krallık, no.30668/96, 2 Temmuz 2002
Wos v. Polonya, no.22860/02, 1 Mart 2005
X ve Y v. Hollanda, no.8978/80, 26 Mart 1985
Yumak ve Sadak v. Türkiye, no.10226/03, 8 Temmuz 2008
Zdanoka v. Letonya, no.58278/00, 16 Mart 2006
Zöhre Akyol v. Türkiye, no.28668/03, 4 Kasım 2008
Zunegger v. Almanya, no. 22028/04, 3 Aralık 2009
Zvoristeanu v. Fransa, no.47128/99, 7 Kasım 2000

AİHK Kararları: Akın v. Hollanda, no.34986797, 1 Temmuz 1998

Batali v. İsviçre, no.20765/92, 9 Ocak 1995
Bramelid ve Malmström v. İsveç, no. 8588/79 ve 8589/79, 12 Aralık 1983
De Becker v. Belçika, 27 Mart 1962
G. ve E. v. Norveç, no.9278/81 ve 9415/81, 3 Ekim 1983
Gauthier v. Belçika, no.12603/86, 6 Mart 1989
Gill ve Malone v. Hollanda ve Birleşik Krallık, no.24001/94, 1 Nisan 1996

Greek Federation of Custom Officers ve diğ erleri v. Yunanistan, no.24581/94, 6 Nisan 1995

H v. Birleş ik Krallık, no.1000/82, 4 Temmuz 1983

Kawecka v. Polonya, 31206/96, 9 Eylül 1998

K.H.C. v. Birleş ik Krallık, no.2749/66, 11 Temmuz 1967

Nordström-Janzon ve Nordström-Lehtinen v. Hollanda, no.28101/95, 27 Kasım 1996

R v. İsviçre, no.10881/84, 4 Mart 1987

X. v. Belçika ve Hollanda, no.64/82, 10 Temmuz 1975

ABAD Kararları: Athanasios Kalfelis v Bankhaus Schröder, Münchmeyer, Hengst & Co ve et al, Case C-189/87, (1998), ECR 5565

Coreck Maritime GmbH v.Handelsveem BV and Others, Case C-387/98, (2000) ECR I-9362

Diageo Brands BV v. Simiramida-04 EOOD, Case C-681/13, 16 July 2015

Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV, Case C-126/97, (1999), ECR, I-03055

Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl, Case C-116/02, (2003) ECR I-14694

Eurofood IFSC Ltd., Case C-341/04, (2006) ECR-03813

Gambazzi v. Daimler Chrysler Canada Inc. ve CIBC Mellon Trust Company, Case C-394/07, (2009) I-02563

Garcia Avello, Case C-148/02, (2003) ECR I-11613

Gregory Paul Turner v. Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd & Changepoint SPA, Case C-159/02, (2004), ECR I-3578

Grunkin-Paul, Case C-353/06, (2008) ECR I-7639

Krombach v. Bamberski, Case C-7/98, (2000), ECR, I-1935

Regie nationale des usines Renault SA v. Maxicar SPA and Orazio Formento, Case C-38/98, (2000), ECR-I 02973

Shevill v. Presse Alliance SA, Case C-68/93, (1995) ECR I-450

Solo Kleinmotoren GmbH v. Emilio Boch (1994), Case C-414/92, ECR-I 2237

Yvonne van Dyne v. Home Office, Case C-41/74, (1974), ECR 01337

AYM Kararları: B.No.2012/791, 7.Kasım.2011

B.No.2013/2187, 19 Aralık 2013

B.No: 2013/1613, 2.Ekim.2013

B.No: 2013/4439, 6 Mart 2014

B.No.2012/1034, 20 Mart 2014

B.No.2012/855, 26 Haziran 2014

B.No.2013/3063, 26 Haziran 2014

B.No.2013/1932, 17 Temmuz 2014

B.No.2013/2491, 17 Aralık 2014

B.No.2013/8464, 30 Aralık 2014

B.No: 2014/5836, 16 Nisan 2015

B.No.2014/7668, 10 Haziran 2015

B.No.2013/7197, 8 Eylül 2015

E.1963/128, K.1964/8, T.28 Ocak 1964

E.1985/8, K.1986/27, T.26.11.1986

E.2004/38, K.2009/108, T.9 Temmuz 2009

E.2009/27, K.2010/9, T.14 Ocak 2010

E.2009/15 K.2010/64, T.13 Mayıs 2010

E. 2010/41, K.2012/19, T.9 Aralık 2012

E.2012/134 K.2013/34, T.28 Şubat 2013

ÖZGEÇMİŞ

1988 yılında Bursa İnegöl’de doğdu. 2006 yılında İnegöl Lisesi’nden, 2010 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden mezun oldu. Aynı yıl başladığı İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans eğitimini, Prof.Dr. Cemal Şanlı danışmanlığında Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı başlıklı teziyle tamamladı. Eylül 2010 yılında Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalına araştırma görevlisi olarak atandı. Eylül 2011-Ocak 2016 yılları arasında 2547 sayılı Kanunun 35. maddesi kapsamında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalında araştırma görevlisi olarak çalıştı. Ocak 2016 tarihinden itibaren Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalında araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır.