

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**Milletlerarası Usul Hukukunda
Adil Yargılanma Hakkı**

DOKTORA TEZİ

A. İpek SARIÖZ BÜYÜKALP

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

EYLÜL 2017

ÖNSÖZ

Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda doktora tezi olarak hazırlanan bu çalışma, Sayın Prof. Dr. Ziya AKINCI, Sayın Prof. Dr. Sibel ÖZEL ve Sayın Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL'ın oluşturduğu tez izleme komitesinin görüş ve önerileri doğrultusunda tamamlanmıştır.

Öncelikle başta saygıdeğer Hocalarım Sayın Prof. Dr. Ziya AKINCI, Sayın Prof. Dr. Sibel ÖZEL ve Sayın Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL'a bu çalışmanın yazım sürecinde vakit ayırarak sunmuş oldukları değerli görüş ve katkıları için sonsuz teşekkürlerimi sunuyorum.

Gerek doktora tez çalışmamın öncesinde, gerekse tezin yazımı süresince her zaman benden yardım ve ilgisini esirgemeyen, her anlamda bana destek olan, gerektiği zaman bir akademisyen, gerektiği zaman bir anne olarak yoluma ışık tutan, engin bilgi ve tecrübesi ile aklımdaki soruların cevap bulmasına olanak sağlayan, dikkati, özeni ve disiplini ile kendime her zaman örnek aldığım ve alacağım, öğrencisi olmaktan her zaman gurur duyduğum ve hakkını hiçbir zaman ödeyemeyeceğim çok değerli Hocam Sayın Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL'a en derin şükranlarımı sunuyorum. Yüksek lisans tezimde olduğu gibi, doktora tezimde de kendisi ile çalışma fırsatı bulduğum için kendimi çok şanslı hissettiğimi bir kere daha belirtmek istiyorum.

Gerek doktora tezimin yazımı sürecinde verdiği son derece önemli katkılar, gerekse birlikte çalışmakta olduğumuz Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde sağladığı huzurlu çalışma ortamı için çok değerli Hocam Sayın Doç. Dr. Burak HUYSAL'a sonsuz şükranlarımı sunuyorum. Sadece doktora tezimde değil, diğer tüm çalışmalarımda gösterdiği ilgi ve her konudaki yardımları için de kendisine ayrıca çok teşekkür ediyorum.

Tezin yazımında kullandığım kaynakları toplamak üzere gittiğim, Lozan'da bulunan İsviçre Mukayeseli Hukuk Enstitüsü (ISDC) çalışanlarına da çok teşekkür ediyorum. Lozan'da kaldığım sürece beni evlerinde misafir eden, yakın ilgi ve desteklerini esirgemeyen, unutamayacağım zamanlar geçirmemi sağlayan çok değerli aile dostlarımız Sevgi – Yüksel TACAN'a sonsuz teşekkürlerimi sunuyorum.

Ayrıca, kaynakların toplanmasında emeği geçen Bahçeşehir Üniversitesi Kütüphanesi çalışanlarına ve özellikle Yiğit Can DURSUNER ve Onur YILMAZ'a, sevecenliği ve yardımseverliği ile bizlere her konuda destek olan Deniz ERTEM'e çok teşekkür ediyorum.

Yine, kaynak toplamamda bana yardımcı olan canım arkadaşım ve değerli meslektaşım Dr. Özlem CANBELDEK AKIN'a, Cenevre'deki evlerinde misafir olduğum, ulaşamadığım birçok kaynağı temin eden meslektaşlarım ve dostlarım Ürün TEKİN TOKEŞER ve Alptuğ TOKEŞER'e, aylarca arayıp da ulaşamadığım bir kaynağı temin edilmesinde büyük katkı sağlayan değerli Hocam Sayın Yrd. Doç. Dr. Sedat SİRMEN'e ve sevgili meslektaşım Ar. Gör. Onur Can SAATÇIOĞLU'na, Bahçeşehir Üniversitesi'nde birlikte çalıştığım sevgili arkadaşım Ar. Gör. Deren GÜNDÜZ'e çok ama çok teşekkür ediyorum.

Tezime ilişkin kaynakların toplanması konusundaki yardımları bir yana, varlığıyla bana her zaman destek olan, beni her zaman yüreklendiren dert ortağım, meslektaşım ve can dostum Ar. Gör. Dr. Gülen Sinem TEK'e sonsuz teşekkürlerimi sunuyorum. Ayrıca tezin yazım sürecinde fiziken odamızda bulunamasa da, varlığını her zaman yanımda hissettiğim biricik oda arkadaşım Ar. Gör. Deniz MERAKLI YAYLA'ya çok teşekkür ediyorum. Genç bir anne olarak en umutsuz ve karamsar olduğum anlarda bana hep destek olan Yrd. Doç. Dr. Melis TAŞPOLAT TUĞSAVUL'a, birlikte başladığımız doktora eğitiminin başından sonuna kadar desteğini esirgemeyen sevgili dönem arkadaşım Av. Sertuğ SÜRENOĞLU'na çok teşekkür ediyorum.

Ayrıca kürsü arkadaşım Ar. Gör. Begüm SÜZEN başta olmak üzere, bana sevgi dolu ve huzurlu bir çalışma ortamı sağlayan Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde birlikte çalışmakta olduğum değerli hocalarıma, meslektaşlarıma ve Fakülte Sekreterimiz Ferda ÖZTÜRK KELEŞ'e ayrı ayrı sonsuz şükranlarımı sunuyorum. Bu çalışma ortamının sağlanması bakımından önemli katkı ve destekleri için Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Sayın Hocam Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU AYKUT'a çok teşekkür ediyorum.

Son olarak, bana her zaman destek olan aileme ve eşime, biricik varlığım, sevgili oğluma benim yokluğumda kendi evladı gibi bakan yardımcımız Güljemal BESİMOVA'ya, sonsuz teşekkürlerimi sunuyor ve bu çalışmayı varlığıyla hayatıma anlam katan, sevgisiyle bana güç veren, en zor anlarımda gülümsememi sağlayan canım oğlum Mete BÜYÜKALP'e ithaf ediyorum.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
KISALTMALAR	xii
RÉSUMÉ.....	xv
ABSTRACT	xxi
ÖZET.....	xxvii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ADİL YARGILANMA HAKKININ MİLLETLERARASI USUL HUKUKU BAKIMINDAN KAPSAMI ve UYGULANMA ALANI	9

I. Adil Yargılanma Kavramı ve Temel Bir Hak Olarak Adil Yargılanma Hakkının Unsurları.....	9
A. Adil Yargılanma Hakkının Temel Hak Niteliği.....	9
B. Adil Yargılanma Hakkının Düzenlendiği Temel Kaynaklar ve Adil Yargılanma Hakkının Biçimsel (Kurumsal) Unsurları	14
1. Adil Yargılanma Hakkının Temel Metinlerdeki Görünümü	14
2. AİHM ve Türk Hukukunun Adil Yargılanma Hakkına Genel Yaklaşımı...	22
a. Adil Yargılanma Hakkının AİHS'deki ve Türk Hukukundaki Yeri ve Hakkın Koruduğu Temel Menfaatler.....	22
1) Adil Yargılanma Hakkının AİHS Açısından İfade Ettiği Anlam....	22
2) Türk Anayasa Yargısında Adil Yargılanma Hakkı ve Bireysel Başvuru Yolu	31
a) Genel Olarak.....	31
b) Anayasa Mahkemesi'nin Adil Yargılanma Hakkına Yaklaşımı ..	34
b. AİHS ve Türk Hukuku Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkının Temel (Biçimsel) Unsurları.....	44
1) Genel Olarak.....	44
2) Kanuni / Bağımsız ve Tarafsız Mahkemede Yargılanma	46
a) Kanunilik	46

b) Bağımsızlık.....	48
c) Tarafsızlık.....	49
3) Makul Bir Sürede ve Aleni Surette Yargılanma	50
3. AİHS'in Türk Milletlerarası Özel Hukukundaki Yeri.....	55
a. Genel Olarak.....	55
b. Adil Yargılanma Hakkının Milletlerarası Usul Hukukundaki Yeri	58

II. ADİL YARGILANMA HAKKININ MİLLETLERARASI USUL HUKUKU BAKIMINDAN UYGULAMA ALANINI OLUŞTURAN İLKE ve HAKLAR

A. Genel Olarak	63
B. Adalete Erişim, Hak Arama Özgürlüğü ve Etkin Hukuki Koruma Kavramlarının Adil Yargılanma Hakkı ile İlişkisi	65
1. Adalete Erişim Kavramı	66
a. Genel Olarak.....	66
b. Adalete Erişimin Bir Unsuru Olarak Hak Arama Özgürlüğü.....	68
2. (Etkin) Hukuki Koru(n)ma	77
C. Milletlerarası Usul Hukukunun Uygulama Alanı Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının “Özüne İlişkin” Hak ve İlkeler.....	82
1. Dava / Mahkemeye Erişim Hakkı	82
a. Genel Olarak.....	82
b. Dava / Mahkemeye Erişim Hakkının Sınırlandırılması	90
2. Hükmün İcrası Hakkı.....	107
3. Hakkaniyete Uygun Yargılanma	114
a. Genel Olarak.....	114
b. Hakkaniyete Uygun Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak Hukuki Dinlenilme Hakkı	116
1) Hukuki Dinlenilme Hakkına Genel Bakış: Tanım ve Terminoloji Sorunu	116
2) Hukuki Dinlenilme Hakkının Unsurları	126
a) Bilgilenme Hakkı.....	126
b) Açıklama ve İspat Hakkı	130
c) Dikkate Alınma ve Gerekçeli Karar Hakkı	136
c. Eşitlik / Silahların Eşitliği ve Çelişmeli Yargılama İlkeleri	146

4. Adil Yargılanma Hakkı ve Adli Yardım	151
a. Genel Olarak.....	151
b. Yargılama Harç ve Giderleri Bakımından Adli Yardım	158
c. Yargılama Dili ve Tercüman Hakkı	168
d. Avukat ile Temsil Zorunluluğu ve Adli Yardım	172
III. ADİL YARGILANMA HAKKININ UYGULANMA (KORUMA) ALANI VE TÜRK HUKUKUNDA ADİL YARGILANMA HAKKININ İHLALİNİN YAPTIRIMI.....	179
A. AİHS'in 6. Maddesi Çerçevesinde "Medeni Hak ve Yükümlülük" Kavramına Genel Bakış	180
B. Yabancıların Adil Yargılanma Hakkına Getirilebilecek Sınırlandırmalar	185
1. Genel Olarak.....	185
2. Anayasa'nın 13. ve 16. Maddelerinin Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi	188
3. Anayasa'nın 16. Maddesi Kapsamında Bir Sınırlama Sebebi Olarak Karşılıklılık	192
C. Adil Yargılanma Hakkının Sağladığı Güvencelerden Yararlanmama / Feragat	195
D. Adil Yargılanma Hakkı İhlalleri Bakımından Özel Bir Yaptırım Olarak Yargılamanın Yenilenmesi	199

İKİNCİ BÖLÜM

ADİL YARGILANMA HAKKININ MİLLETLERARASI USUL HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜMLERİ	202

I. ADİL YARGILANMA HAKKININ MİLLETLERARASI YETKİ KURALLARI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ.....

A. Adil Yargılanma Hakkının Milletlerarası Yetki Kuralları Üzerindeki Etkisine İlişkin Temel Doktrinler.....	202
1. Genel Olarak.....	202
2. Milletlerarası Adaletin İnkârı Doktrininin Milletlerarası Yetki Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi.....	211
a. Milletlerarası Adaletin İnkârı Kavramı	211
b. Milletlerarası Adaletin İnkârı Doktrininin Adil Yargılanma ve Mahkemeye Erişim Hakkı Bakımından Uygulanması	219

3. Adaletin Adil / Düzgün Yönetimi Doktrini.....	230
4. Adil Yargılanma Doktrini Çerçevesinde Davacı ve Davalının Mahkemeye Erişim ve Adil Yargılanma Haklarının Korunması.....	231
a. Genel Olarak.....	231
b. Adil Yargılanma Doktrini Kapsamında Mahkemeye Erişim Hakkının (Davacının) Etkin Bir Biçimde Korunması: <i>Forum Necessitatis</i> Doktrini.....	232
1) Genel Olarak.....	232
2) <i>Forum Necessitatis</i> ve Adil Yargılanmama Riski.....	237
c. Adil Yargılanma Doktrini Kapsamında Davalının Korunması: Hakkaniyete Uygunluk ve Aşırı Yetki Kurallarının Bertaraf Edilmesi.....	241
5. Milletlerarası Adaletin İnkârı ve Adil Yargılanma Doktrinlerinin Türk Milletlerarası Yetki Sistemi Çerçevesinde Değerlendirilmesi.....	249
a. Mahkemeye Erişim Hakkı Açısından.....	250
b. Aşırı Yetki Kurallarının Bertaraf Edilmesi Açısından.....	256
B. Bazı Türk Milletlerarası Yetki Kurallarının Adil Yargılanma ve Mahkemeye Erişim Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi.....	260
1. Genel Olarak.....	260
2. MÖHUK Dışında Düzenlenen Bazı Yetki Kuralları.....	262
a. Genel Yetki Kuralı Olarak Davalının Yerleşim Yerinin Esas Alınmasının Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Önemi.....	262
b. Davacının Yerleşim Yerinin Esas Alındığı Yetki Kuralları.....	264
c. Davalının Türkiye’de Yerleşim Yeri Bulunmaması Halinde Malvarlığına İlişkin Davalarda Yetki.....	267
d. Yabancılık Unsuru Taşıyan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Yetkilendirilmesi.....	271
e. Yetkisiz Mahkemenin Yetkili Hale Gelmesi.....	277
f. İhtiyati Tedbir Kararlarında Yetki.....	279
g. Milletlerarası İflasta Türk Mahkemelerinin Yetkisi.....	283
1) Genel Olarak.....	283
2) İflas Kararları Bakımından Türk Mahkemelerinin Yetkisi.....	284
3) Yabancı İflas Kararlarının Türkiye’deki Etkisi.....	286
3. MÖHUK’da Düzenlenen Bazı Yetki Kuralları.....	289
a. Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Uyuşmazlıklarda Yetki.....	289
b. Miras Davalarında Yetki.....	295

c. İş Sözleşmelerinden Doğan Davalarda Yetki	299
d. Yabancılık Unsuru Taşıyan Uyuşmazlıklarda Yabancı Mahkemelerin Yetkilendirilmesi	302

II. ADİL YARGILANMA HAKKININ YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANIMASI VE TENFİZİ ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ.313

A. Genel Olarak	313
B. AİHM İçtihatlarında Doğrudan ve Dolaylı Koruma / İhlal Kavramları	314
1. Adil Yargılanma Hakkının Dolaylı Korunması / İhlali Kavramının Ortaya Çıkışı	314
2. Dolaylı Koruma / İhlal Kavramının Tanıma / Tenfiz Kararları Açısından Etkisi	317
a. Dolaylı Koruma - Doğrudan İhlal (Olumsuz Yükümlülük) Sorunsalı	318
1) Dolaylı Koruma Yükümlülüğü ve Doğrudan İhlal Kavramı.....	318
2) Taraf Devletlerin Olumsuz Yükümlülüğünün Kapsamı	320
b. Adil Yargılanma Hakkının “Tanıma / Tenfiz Hakkı”nı Kapsayıp Kapsamadığı Sorunsalı: Taraf Devletlerin “Olumlu” Yükümlülüğü	328
1) Tanıma / Tenfiz Hakkının Bağımsız Bir Hak Olarak Kabulü.....	328
2) Tanıma / Tenfiz Şartlarının Tanıma / Tenfiz Hakkının Özüne Zarar Vermeyecek Şekilde Düzenlenmesi ve Yorumlanması Zorunluluğu ..	331
3) Tanıma / Tenfiz Hakkı ile Mahkemeye Erişim Hakkının Ayrıldığı Durumlar	334
c. Tanıma / Tenfiz Davalarında Adil Yargılanma Hakkına Uyuma Yükümlülüğü..	337
C. Türk Hukukunun Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması / Tenfizi Hakkındaki Hükümlerinin Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi.....	338
1. Genel Olarak.....	339
2. Tanıma / Tenfiz Yargılamalarında Mahkemeye Erişim Hakkının Yarattığı İki Temel Sorun: Hukuki Yarar Kavramının ve Yargılama Harçlarının Değerlendirilmesi	340
a. Tanıma / Tenfizde Hukuki Yarar.....	340
b. Tanıma / Tenfizde Yargılama Harçları.....	342
3. Tanıma / Tenfize İlişkin Ön Koşullarının Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi	343

a. MÖHUK m. 50’de Belirtilen Ön Koşullar	344
b. MÖHUK m. 50’de Belirtilen Ön Koşullar Dışında Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Özellik Arz Eden Bir Tenfiz Engeli Olarak “Zamanaşımı”	349
4. MÖHUK m. 54’de Düzenlenen Tanıma / Tenfiz Şartlarının Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi.....	353
a. Karşılıklılık.....	353
b. Kararını Veren Yabancı Mahkemenin Yetkisinin Denetimi: Münhasır Yetki ve Aşırı Yetki Denetiminin Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi..	357
1) Münhasır Yetki Denetimi.....	357
2) Aşırı Yetki Denetimi	360
c. Adil Yargılanma Hakkının Bir Tenfiz Engeli Olarak Milletlerarası Kamu Düzeni ile İlişkisi.....	362
1) Genel Olarak.....	362
2) Adil Yargılanma Hakkının Usulî Milletlerarası Kamu Düzeni Kapsamında Değerlendirilmesi.....	364
a) İnsan Hakları Hukuku ve AİHS’in 6. Maddesinin Bağımsızlığı ve Üstünlüğü	364
i. AİHS’in 6. Maddesinin Usulî Milletlerarası Kamu Düzeni Karşısındaki Yeri	364
ii. AİHS m. 6’nın “Bağımsız” Bir Tenfiz Engeli Olarak Uygulanıp Uygulanamayacağının Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi... ..	370
iii. Tanınması / Tenfizi Talep Edilen Kararın AİHS’e Taraf Devlet Mahkemelerinde Verilmiş Olmasının Sonuçları: AİHS m. 6 Kapsamında Usulî Milletlerarası Kamu Düzeninin “Azaltılmış” Etkisi	372
b) AİHS’in 6. Maddesine Aykırılıkların MÖHUK’un Tanıma / Tenfiz Şartları (m. 54 c ve ç) Kapsamında Değerlendirilmesi.....	377
i. MÖHUK (m. 54/ c ve ç) Sisteminin Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi: “Hakim Tarafından Re’sen Nazara Alınma” Sorunsalı.....	377
ii. Yabancı Mahkeme Kararlarının Gerekçeli Olma(ma)sının Türk Usulî Milletlerarası Kamu Düzeni Çerçevesinde Değerlendirilmesi ve Yargıtay’ın Yaklaşımı.....	387

- 3) Maddi Kamu Düzenine Aykırılığın Tanıma / Tenfiz Engeli Olarak
Kabulünün Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi... 394

III. MİLLETLERARASI USUL HUKUKUNUN DİĞER KONULARININ ADİL YARGILANMA HAKKI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

.....	396
A. Genel Olarak	396
B. Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Düzenlendiği Şekliyle Teminat Yükümlülüğü ve Adli Yardımın Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi.....	397
1. Teminat Yükümlülüğü.....	397
a. Genel Olarak.....	397
b. HMK Hükümleri Uyarınca Teminat Gösterme Yükümlülüğü.....	399
c. MÖHUK Hükümleri Uyarınca Teminat Gösterme Yükümlülüğü.....	404
d. Teminat Yükümlülüğünün Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi.....	409
1) Teminattan “Muafiyet Sebebi” Olarak Karşılıklılık	409
2) Teminat Miktarının Mahkemeye Erişim Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi.....	416
2. Adli Yardım.....	418
a. Genel Olarak.....	418
b. Adli Yardımdan Yararlanabilecek Kişiler ve Özellikle Yabancı Tüzel Kişilerin Durumu	419
c. Adli Yardımdan Yararlanma Koşullarının Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi.....	422
1) Yoksulluk	423
2) Davanın Dayanaktan Yoksun Olmaması	425
3) Yabancılar Açısından Aranan Karşılıklılık Koşulu.....	429
4) Adli Yardım Usulünün Adil Yargılanma Hakkı Açısından Yarattığı Sorunlar	438
C. Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Düzenlendiği Şekliyle Yargı ve İcra Bağışıklığının Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi	443
1. Türk Hukukunda Yargı ve İcra Bağışıklığına İlişkin Düzenlemeler.....	443
a. Yargı Bağışıklığı.....	443

b. İcra Bağışıklığı	453
2. Yargı ve İcra Bağışıklığının Adil Yargılanma ve Mahkemeye Erişim Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi.....	457
D. Türk Milletlerarası Usul Hukukunun Tebligata İlişkin Düzenleme ve Uygulamalarının Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Yarattığı Sorunlar	467
1. Genel Olarak.....	467
2. Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Özellik Arz Eden Bir Durum: Doğrudan Posta Yolu ile Tebligat ve Türk Hukuku Uygulaması	469
3. Tebligat Kanunu Uyarınca Yurt Dışına Yapılan Tebligat İşlemlerinde Adil Yargılanma Hakkını İlgilendiren Sorunlar	471
a. Yurt Dışında Bulunan Kişilere Tebligat.....	471
1) Genel Olarak.....	471
2) Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarına Tebligat.....	473
b. Yurt Dışında Yapılan İlanen Tebligata İlişkin Sorunlar.....	475
SONUÇ.....	479
KAYNAKÇA	486
ÖZGEÇMİŞ.....	518

KISALTMALAR

AAD: Avrupa Adalet Divanı

AB: Avrupa Birliği

ABD: Amerika Birleşik Devletleri

AİHK: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu

AİHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AKPM: Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi

ATHŞ: Avrupa Temel Haklar Şartı

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AÜSBFD: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi

b.: Bent

BAYİMHY: Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Cumhuriyet
Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair
Yönetmelik

BM: Birleşmiş Milletler

bkz.: Bakınız

c.: Cümle

C.: Cilt

CEDH: Cour européenne des droits de l’homme

Ch. civ.: Chambre civile

Cr. de Cass.: Cour de cassation

DEÜHFD: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

dn.: Dipnot

E.: Esas

EÜHFD: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

f.: Fıkra

Fr. MK: Fransız Medeni Kanunu

Fr. MUK: Fransız Medeni Usul Kanunu

GAT: Gider Avansı Tebliği

GSÜHFD: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

HD.: Hukuk Dairesi

HGK: Hukuk Genel Kurulu

HMK: Hukuk Muhakemeleri Kanunu

HMKY: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği

HSK: Hakimler ve Savcılar Kurulu

HSYK: Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu

HUKAB: Hukuk Adamları Birliği

HUMK: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

İBD: İstanbul Barosu Dergisi

İBK: İçtihadı Birleştirme Kararı

İİK: İcra İflas Kanunu

İsv. MÖHK: İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu

İş MhK: İş Mahkemeleri Kanunu

İÜHFM: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

K.: Karar

Legal UTTER: Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi

m.: Madde

MHB: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni

MÖHUK: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

MÜHF-HAD: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

MTK: Milletlerarası Tahkim Kanunu

NHK: Nüfus Hizmetleri Kanunu

No.: Numara(sı)

prgf.: Paragraf

RCDIP: Revue critique de droit international privé

RG.: Resmi Gazete

RCADI: Recueil des Cours de l'Académie de Droit International

RSDIE: Revue suisse de droit international et de droit européenne

RTD. Eur.: Revue Trimestrielle de droit européen

s.: Sayfa

S.: Sayı

SDÜHFD: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

TAAD: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi

TBB: Türkiye Barolar Birliği

TBMM: Türkiye Büyük Millet Meclisi

T.C.: Türkiye Cumhuriyeti

TMK: Türk Medeni Kanunu

TVK: Türk Vatandaşlık Kanunu

UHDİGM: Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü

vb.: Ve benzeri

vd.: Ve devamı

Vol.: Volume

vs.: Ve sair

Yarg.: Yargıtay

YBHD: Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

YSK: Yüksek Seçim Kurulu

YUKK: Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu

RÉSUMÉ

Dans cette thèse de doctorat sur le droit au procès équitable en droit international de procédure, les effets du procès équitable, considéré à l'unanimité comme un droit de l'homme en matière procédurale, sur le droit international de procédure turc sont traités. Le fait qu'il n'existe pas d'études étendues sur ce sujet le rend plus attirant, puisque la largeur de son champ d'application et la gravité des problèmes posés fait du droit au procès équitable un des problématiques fondamentaux du droit international de procédure.

La conscience des droits de l'homme s'agrandissant a un effet sur tous les litiges, sans faire de distinction de son caractère international, et nécessite la résolution des problèmes au sein de cette conscience. Dans ce cadre, le but de notre étude est de déterminer le grand rôle du droit au procès équitable pour les litiges qui portent un lien d'extranéité et qui constituent l'objet du droit international de procédure, dont l'on connaît déjà le rôle primordial pour les litiges qui ne portent pas de lien d'extranéité et que l'on ne doute pas qu'il constitue le fondement du droit de procédure. Il existe un consensus que le champ d'application du droit au procès équitable s'élargit en tenant compte des dispositions et de la jurisprudence nationales et internationales. Ce consensus supporte une interprétation en faveur du droit au procès équitable. Dans la direction des causes qui nous ont incité à choisir ce sujet, nous avons conclu à cette interprétation en faveur du droit au procès équitable pour des problèmes du droit international de procédure liés au droit au procès équitable.

Il est clair que cette approche qui met le droit au procès équitable juste au centre du droit de la procédure civile n'est pas assez discuté en droit international de procédure turc, à l'encontre de la doctrine étrangère; et le droit turc ne parvient pas non plus à certaines conclusions. Or, pour fournir une équité procédurale internationale, force est de délimiter la structure théorique et notionnelle du droit au procès équitable qui a la fonction de moyen et de but. Ensuite, il faut concrétiser ce système de droits et principes fondamentaux pour des litiges portant un lien d'extranéité. A ce stade, il faut arriver aux conséquences prévues par la technique juridique vis-à-vis des problèmes créés par le droit au procès équitable dans le cadre du droit international de procédure. Par exemple, après avoir établi la structure notionnelle selon laquelle le droit au procès équitable ne peut pas être liée à la

condition de réciprocité, il va falloir conclure la condition de réciprocité pour maintenir une aide juridictionnelle aux étrangers doit être supprimée.

Bien qu'il existe, en droit interne, un consensus sur le caractère du droit au procès équitable et son champs d'application comprenant tous les sujets du droit international de procédure, il existe des différences quant à la manière d'application et des conséquences du droit au procès équitable relatif aux litiges portant un lien d'extranéité. Notre étude n'est pas une étude de droit comparé qui se focalise sur ces différences; puisque notre sujet est tellement large qu'il ne permet pas d'aborder le droit comparé. Ainsi, nous avons essayé d'accentuer les effets ou les effets probables du droit au procès équitable en droit international de procédure turc, tout en tenant en compte de l'application de la Convention et de la Cour européennes des droits de l'homme.

La jurisprudence développée par la Cour européenne des droits de l'homme qui élargit l'application de la Convention européenne des droits de l'homme est la source fondamentale pour les effets du droit au procès équitable sur le droit international de procédure. Mais il vaut mieux constater que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, toute développée soit-elle, n'est pas limitative quant au droit international de procédure. Bien qu'elle ait soutenu un point de vue qui élargit le champs d'application de droit au procès équitable et qui la met au centre de la Convention des droits de l'homme, on constate que la Cour n'a pas encore adopté une approche concernant le droit international de procédure.

A notre avis, la Cour européenne des droits de l'homme qui est un organe juridictionnel international n'est pas consciente que les conséquences à adopter les problèmes du droit international de procédure se différencient des conséquences à adopter pour les litiges qui ne portent pas un lien d'extranéité. Nous appuyons cette opinion sur le fait que la Cour européenne des droits de l'homme fait une interprétation en certains points en faveur des Etats contractants et qu'elle tient en considération les principes du droit international public à la place de ceux du droit international privé. L'exemple le plus important sur ce sujet est l'approche "conservateur" de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'immunité de juridiction et d'exécution en faveur des Etats contractants. Pour des matières semblables, il arrive que la Cour aboutisse à des conclusions qui ne vont pas ensembles avec la conscience des droits de l'homme, ou encore qu'elle donne des jugement qui ne coïncident pas à la technique ou aux solutions du droit international

de procédure. La plus importante raison est que la Cour choisit de se taire volontairement concernant certains sujets.

Cette étude comprend spécialement des sujets sur le droit international de procédure. Dans ce contexte, par exemple des problèmes liés au droit au procès équitable pour les conflits de lois ne sont pas traités. De plus, on s'est focalisé seulement sur des problèmes spécifiques portant un lien d'extranéité. Ainsi, on n'a pas abordé des problèmes de preuve en droit international de procédure; parce que les règles à appliquer au sujet des preuves pour les litiges portant un lien d'extranéité sont les mêmes que celles qui font parti du droit interne de l'Etat qui juge et qui s'appliquent aux litiges qui ne portent pas de lien d'extranéité. Bien que l'on rencontre dans le domaine des preuves des problèmes concernant le jugement équitable, un élément primordial du droit au procès équitable, le sujet intéresse pratiquement le droit de procédure civile turque et il est largement traité.

D'autre part, un domaine important du droit international de procédure est le droit de l'arbitration internationale. Le droit au procès équitable joue aussi un rôle pour le droit de l'arbitration internationale. Il n'est pas concevable d'exclure le droit au procès équitable pour l'arbitration, choisie souvent comme une alternative aux moyens juridictionnels étatiques. D'autre part, l'arbitration internationale comporte plusieurs problèmes indépendants et spécifiques vis-à-vis du droit au procès équitable, qui ne se figurent pas aux moyens juridictionnels étatiques. Ces problèmes devant être analysés d'une façon détaillée, notre étude ne touche le droit de l'arbitration internationale qu'en quelques points bien délimités.

Dans ce contexte, notre étude aborde les problématiques fondamentaux du droit international de procédure, tels que la compétence internationale, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. On rencontre plusieurs problèmes des litiges portant un lien d'extranéité, qui évoquent le droit du procès équitable. Les litiges qui portent un lien d'extranéité présentent, différemment du droit interne, des spécificités quant au langage procédural, à la détermination des émoluments et des dépenses de jugement, au droit à l'interprète, à la représentation par un avocat ou plus largement à l'aide juridictionnelle. De plus, il existe des sujets tels que la caution, l'immunité et la notification, qui ont un lien direct au droit au procès équitable. Tous ces sujets sont abordés dans notre étude.

Mais avant d'analyser tous ces problèmes qui constituent la deuxième partie de notre étude, il faut mettre à l'avant la notion du droit au procès équitable. Comme

nous l'avons déjà mentionné, la structure notionnelle et théorique des conséquences à accepter en droit international de procédure dans la deuxième partie doit être solidement établie. Dans ce cadre, nous avons étudié dans une première partie la notion du droit au procès équitable et les droits, les principes et les éléments qui restent dans les limites élargies par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La détermination des "soudroits, principes et éléments" qui se trouve au sein du droit au procès équitable a une valeur primordiale pour la délimitation du champ d'application de ce droit en droit international de procédure. Notre opinion dans la deuxième partie de notre étude, qui prévoit l'adaptation d'un autre point de vue, tout en abandonnant des méthodes d'interprétation classique spécialement sur la compétence internationale des tribunaux turcs, se repose sur les explications relatives à la notion, abordées à la première partie. Aussi, il est nécessaire d'avoir recours à la dimension notionnelle du droit au procès équitable pour défendre les thèses selon lesquelles il faut évaluer dans le cadre du droit au procès équitable les conditions prévues par le droit turc pour la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers et que la violation du droit au procès équitable devrait être acceptée comme une condition indépendante de rejet de la reconnaissance et de l'exécution. Nous avons profité des notions abordées dans la première partie pour les solutions apportées aux sujets de la disposition pour les litiges internationales de l'aide juridictionnelle et de la caution, de l'immunité de juridiction et d'exécution et de la notification internationale.

Dans la première partie de notre étude, après avoir délimité la place du droit au procès équitable en droit international de procédure, nous avons défini spécialement "le droit à l'accès au tribunal" et "le droit à l'exécution du jugement", qui a une place propre au sein de ce dernier. Nous avons notamment traité du contenu et du champ d'application de ces droits-ci; car le droit à l'accès au tribunal est un droit fondamental vis-à-vis des dispositions de compétence des tribunaux internationales et de leur application. De la même façon, le droit à l'exécution du jugement constitue le point de départ pour la disposition et l'interprétation des conditions relatives aux demandes de reconnaissance et d'exécution auprès des tribunaux des Etats contractants de la Convention européenne des droits de l'homme.

Force est aussi d'étudier si les droits à l'accès au tribunal et le droit à l'exécution du jugement sont des droits absolus comme le droit au procès équitable, qu'ils peuvent être restreints par les Etats contractants et si ces restrictions sont

compatibles avec les conditions prévues par la Cour européenne des droits de l'homme. Les critères développés par la Cour européenne des droits de l'homme sont analysés dans la première partie de notre étude, tandis que leur application en droit international de procédure est étudiée dans la deuxième partie. D'autre part, il est aussi analysé si une distinction de citoyen-étranger peut se faire pour la restriction du droit au procès équitable. Nous avons examiné à la fin de la première partie, de quelle manière le droit au procès équitable peut être limité au sein du système adopté par la Constitution turque. D'où on a conclu qu'une distinction citoyen-étranger ne peut pas avoir lieu. On a aussi discuté la renonciation du droit au procès équitable et conclu qu'une renonciation préalable des garanties du procès équitable n'est pas possible, face à la signification de la renonciation en droit de procédure.

L'importance du droit au procès équitable en ce qui concerne la compétence internationale se montre à la protection du demandeur et du défendeur. D'une part, il faut maintenir le droit au recours du demandeur et de lui fournir la possibilité d'un procès équitable devant le juge; et d'autre part, il faut permettre au défendeur d'avoir un procès équitable; tout en faisant attention à la non-violation des principes d'égalité et d'équité de la procédure internationale à la suite d'une protection disproportionnelle d'une partie sur l'autre. Ce point de vue a été généralement soutenu à la partie relative à la compétence internationale de notre étude, tout en avançant sur le sujet des discussions doctrinales au plan international. Nous avons discuté si ces doctrines devraient être transposées au système de compétence internationale du droit turc, en insistant que l'application des règles de compétence internationale doit être compatibles au droit au procès équitable.

Le premier problème à aborder concernant la reconnaissance et l'exécution des jugements des tribunaux étrangers est de savoir si le droit à l'exécution du jugement prévu par le droit au procès équitable comprend aussi la reconnaissance et l'exécution des jugements des tribunaux étrangers. Après avoir répondu affirmativement à cette question, nous avons continué à notre étude par l'évaluation des conditions de la reconnaissance et de l'exécution et conclu que les principes prévus dans le cadre de l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme sont aussi valables pour la disposition juridique, l'interprétation et l'application de la reconnaissance et de l'exécution des jugements des tribunaux étrangers.

Les intérêts protégés par le droit au procès équitable nécessitent aussi l'analyse du lien de ce droit avec l'ordre public procédural. En évaluant dans ce contexte les

différentes opinions doctrinales, nous avons conclu que la violation du droit au procès équitable constitue condition de rejet indépendante de l'ordre public procédural de la reconnaissance et de l'exécution des jugements des tribunaux étrangers. Dernièrement, nous avons examiné le rôle du juge turc pour la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers qui violent le droit au procès équitable et déterminé les violations à délimiter par le juge ipso jure et les violations à alléguer par les parties

A la fin de la deuxième partie de notre étude, nous avons relevé des problèmes liés à l'aide juridictionnelle et à la caution, à l'immunité de juridiction et d'exécution et à la notification internationale et offert des solutions exigées par le droit au procès équitable. Dans ce cadre, tout en accentuant une nécessité d'évaluation sensible pour l'accès des étrangers au tribunal et pour un jugement équitable, nous avons conclu qu'il faut donner une priorité au droit au procès équitable.

ABSTRACT

In this PhD thesis, which is regarding the right to a fair trial in international procedural law, the effects of the right to a fair trial, which is also commonly agreed to be a fundamental human right of procedural law, on Turkish International Procedural Law, are examined. The absence of a large-scale work in this field of law before; makes the subject more attractive. Because of the fact that both the width of the field of legal practise and the size of the problems it creates, put the right to a fair trial to the top of fundamental problems of international procedural law.

Nowadays, increasing human rights awareness affects all disputes, regardless of whether or not they have foreign elements, and it requires that the problems that arise are resolved within this consciousness.

Within this scope, it is determined in this thesis that the right to a fair trial, which is in no doubt of great importance in disputes that do not involve any foreign elements and even constitutes the basis of the procedural law, also plays a key role in the disputes that has foreign element and constitutes the core of its place in international procedural law.

It is commonly accepted that under both national and international legal perspective, in the scope of jurisprudence of the subect of the right to fair trial has been spreading by the time. This acceptance, helps the generally accepted opinion in favour of right to fair trial. For that reason, we also would like to emphasize that we are of the opinion on right to fair trial in this work, in the problems of international procedural law on right to fair trial under the reasons of which we have chosen this topic.

It is seen that, unlike foreign doctrine, the mentality which puts right to fair trial at the heart of procedural law, unfortunately, has not been discussed enough and reached enough conclusions in Turkish International Procedural Law. However, first of all, it is essential to determine the framework of the theoretical and conceptual basis of the right to a fair trial, which serves both as an instrument and as an aim, in order to establish the underground of international procedural equity. Later on, the basic rights and principles must be established, explained and exemplified on this framework and it should also be conducted in the disputes that have foreign elements. At this stage, it should be reached to the conclusions that they have

envisaged technique of law, on the problems of right to a fair trial arising under international procedural law.

For instance, after establishing the theoretical background of the right to a fair trial that cannot be tied to a reciprocity condition, it shall be reached that the provision of reciprocity foreseen in the provision of legal aid to foreigners should absolutely be abolished.

Although a "consensus" has been reached in national legal arrangements regarding the "nature" of the right to a fair trial and in all aspects of international procedural law, in fact, it appears that the right to a fair trial differs in the way and in its consequences, on the procedure of the disputes which have foreign elements. Our work is not a comparative one based on these differences. Because, our subject is wide enough that does not allow us to do comparative examination.

For this reason, we would like to emphasize that we will try to examine or reveal the possible effects of the right to a fair trial on Turkish International Procedural Law, by taking into consideration mostly the application of European Court on Human Rights ("ECHR") and the European Convention on Human Rights ("Convention"). The ECHR's jurisdiction particularly developed within itself, which extends the scope of application of the Convention, has emerged as the main source of the right to a fair trial in respect of the effects on international procedural law. However, it is worth to note that even the ECHR case law, which is highly important to the right to a fair trial, is also not restrictive in terms of international procedural law. Because, it cannot be said that the ECHR has already adopted an private international law-specific approach, although it has been adopted a viewpoint that centring and has widened the scope of the Convention and its application on the right to a fair trial.

We believe that, the ECHR, as an international jurisdiction organisation, is unaware that the consequences of international procedural law issues differ from those that can be achieved within the framework of national problems. The most important reason why we are in this opinion is that the ECHR takes the international (public) law principles rather than the international private law principles in terms of the interpretations and the results by deciding in favour of the States at some points. Perhaps the most important example in this regard is the "conservative" position of the ECHR, adopted in favour of the States on judicial and executive immunity. In some such cases the ECHR has reached conclusions, which are incompatible with

human rights consciousness, and in some cases it is making decisions that do not overlap with international procedural law or do not reach the conclusions required by international procedural law. The most important basis of this situation is that the ECHR prefers consciously silent on certain issues.

This study, particularly, covers issues which are specific to international procedural law. In this sense, for instance, the issues concerning the right to a fair trial of the law of conflict of laws have not been addressed. In addition, we focus solely on issues that have foreign element. In this framework, for instance, the problems of the evidence in international procedural law are not addressed. Because, the rules applied in the case of disputes with foreign elements are the same as the procedural rules applicable to non-foreign disputes in the domestic law of the judging country. Although there are many problems related to the crucial element of the right to a fair hearing, the issue is primarily related to the Turkish Civil Procedural Law, and there are enough studies on this subject.

On the other hand, an important area of international procedural law is international arbitration law. The right to a fair trial, also concerns an important part of the international arbitration law. As an alternative to court litigation, it is unthinkable to exclude the fairly preferred arbitration route from fair trial security. However, international arbitration has many problems that are independent of the state judiciary and peculiar to itself in terms of the right to a fair trial. With the thought that these problems should be examined separately and studied in detail, our work has only referred to international arbitration at certain points.

In this context, our work is concerned with international competence, recognition and enforcement of foreign judgments and other fundamental issues of international procedural law. There are many problems that are closely related to the right to a fair trial in disputes concerning foreign elements. Language of the litigation, determination of judicial fees and expenses, right to access interpreter, right to represent with a lawyer or, in a wider sense, legal aid in legal issues, unlike domestic law, in disputes, which have foreign elements, have its own characteristics. On the other hand, many issues such as security, judicial immunity and notification are directly related to the right to a fair trial. All these issues are examined in our work.

Before examining these issues, which constitute the subject of the second part of our study, it is of great importance to establish a fair trial concept. Because, as we

have mentioned above, in the second part of our work, the establishment of the conceptual and theoretical infrastructure of the consequences of the international procedural law are very important. In this context, in the first part of our work, the concept of fair trial and the rights, principles and elements included in the ECHR jurisdiction and extended boundaries of the right to a fair trial have been examined. The "determination of sub-rights, principles and elements" included in the right to a fair trial is vital in terms of clarifying the application of the right in the international procedural law.

In the second part of our work, our view is that the traditional interpretation methods should be abandoned, especially in the examination of the rules establishing the international authority of the Turkish courts, is based on the conceptual explanations we place in the first part of our work. It is also necessary to make use of the conceptual dimension of the right to a fair trial in respect of the recognition and enforcement of foreign judgments conditions laid down by the Turkish law within the scope of the right to a fair trial by defending of the view that the right to a fair trial is to be regarded as an independent recognition / enforcement condition. It has been benefited from the concepts we have included in the first part of our work, in the settlement of legal aid and guarantees in international disputes, in the acceptance and implementation of judicial and executive immunities, and in the resolution of international communication issues.

In the first part of our work, after determining the place of the right to a fair trial in the international procedural law, in particular, "right to access to court" and "right to enforcement of judgments", which has a separate and independent place within this right, are determined. In addition, the scope and application area of the above mentioned rights are emphasized. Because, the right of access to court is a fundamental human right that must be taken as a basis for the regulation and enforcement of international rules of authority. Likewise, the right to enforcement of judgments, also constitutes the main starting point for the recognition and interpretation of the conditions to be applied to the recognition and enforcement of foreign court decisions to be filed at the State courts of the Convention. Just as it is about right to fair trial, the right to access to court and the right to enforcement of judgments are also not an absolute human right and can be limited by the State parties, which reveals the necessity of examining in detail the conditions envisaged by the ECHR in terms of limiting the above mentioned rights. In the first part of our

work, the criteria used by the ECHR to limit the right to access to court have been explained; and the way in which these criteria can be applied in terms of international procedural law has been left to the second part of our work.

On the other hand, it is also subject to separate examination whether the discrimination of foreign-citizens can be made or not, in limiting the right to a fair trial. At the end of the first part of our work, it is emphasized how the right to a fair trial can be limited within the system adopted in the Turkish Constitution. From this point of view, it is concluded in general that a distinction between citizens and foreigners cannot be made. It has also been examined whether it is possible or not to waive the right to a fair trial; and it has been concluded that waiving from the right to a fair trial beforehand is not possible because of the fact that of what waiving means in the context of procedural law.

With regard to international jurisdiction, the importance of the right to a fair trial is at the point where both the plaintiff and the defendant are protected. On the one hand, while trying to provide the plaintiffs the right to freedom of bringing an action and to be given a fair trial before a court; on the other hand it should be possible to make a trial of the defendant in a proper manner; Care should be taken not to injure the principle of equality and the international procedural justice disproportionately protecting one side against the other. In this part of our work related to international jurisdiction, we have basically adopted this point of view and have informed about some doctrines widely discussed in international doctrine. It is also emphasized that these doctrines should be applied in the Turkish international jurisdictional system and that the results we have in the process of applying our international jurisdictions must be in line with the requirements of the right to fair trial.

The first problem to be solved in the recognition and enforcement of the Turkish court decisions is that, whether the right to recognition / enforcement of a judgment is considered to be within the scope of the right to enforcement of judgments or not. This question is answered positively in the light of the ECHR judgments, and then the evaluation of the conditions of recognition / enforcement proceeded, and it is clearly concluded that the general principles accepted under Article 6 of the Convention are valid both in the legal regulation and in the interpretation and application of these regulations in the law of recognition / enforcement.

The interests protected by the right to a fair trial also require the examination of the relationship between the right and the procedural public order. In this context, the ideas put forward in the doctrine have been assessed and it has been concluded that the violation of the right to a fair trial is an independent recognition / enforcement reason from the procedural public order. Finally, the role of the Turkish judge is emphasized in the procedure of the recognition and enforcement of foreign court decisions contrary to the right to a fair trial, and the irregularities that should be taken into consideration by the judge and the irregularities that should be brought to the judge by the parties are tried to be determined.

At the end of the second part of our work, issues related to legal aid and security for costs, judicial and executive immunity and international notification are identified and the right to a fair trial suggests some solutions to them. In this context, it has been concluded that the priority should be given to the right to a fair trial, emphasizing that a precise assessment should be made in order to ensure that foreigners have access to the court and to be judged appropriately.

ÖZET

Milletlerarası usul hukukunda adil yargılanma hakkı konulu bu doktora tez çalışmasında, usul hukukuna dair temel bir insan hakkı olduğu konusunda uzlaşılmış olan adil yargılanma hakkının Türk milletlerarası usul hukuku üzerindeki etkileri incelenmektedir. Daha önce bu konuda yapılmış geniş çaplı bir çalışma olmaması, konuyu daha cazip kılmaktadır. Zira, uygulama alanının genişliği ve yarattığı sorunların büyüklüğü, adil yargılanma hakkını, milletlerarası usul hukukunun en temel sorunlarından biri haline getirmektedir.

Günümüzde giderek artan insan hakları bilinci, yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın tüm uyumsuzlukları etkilemekte, ortaya çıkan sorunların bu bilinç dahilinde çözülmesini gerekli kılmaktadır. Bu kapsamda, çalışmamızın amacı, yabancılık unsuru taşımayan uyumsuzluklar bakımından hayati önem taşıdığı ve hatta yargılama hukukunun temelini oluşturduğu konusunda şüpheyi yer bulunmayan adil yargılama hakkının, yabancılık unsuru taşıyan ve milletlerarası usul hukukunun konusunu oluşturan uyumsuzluklar açısından da ne denli büyük önemi haiz olduğunun tespitidir. Gerek ulusal, gerekse uluslararası hukuki düzenleme ve yargı kararları çerçevesinde, adil yargılanma hakkının kapsamı ve uygulama alanının giderek genişlediği konusunda fikir birliği bulunmaktadır. Bu fikir birliği, adil yargılanma hakkı lehine yorumu desteklemektedir. Dolayısıyla, biz de, bu konuyu seçme sebeplerimizin dayandığı gerekçeler doğrultusunda, milletlerarası usul hukukunun adil yargılanma hakkını ilgilendiren sorunlarında, adil yargılanma hakkı lehine yorum ile sonuca ulaştığımızı belirtmek isteriz.

Adil yargılanma hakkını medeni usul hukukunun merkezine koyan bu anlayışın, yabancı doktrinin aksine, Türk milletlerarası usul hukukunda yeterince tartışılmadığı ve somut bazı sonuçlara varılamadığı görülmektedir. Oysa, milletlerarası usulî hakkaniyetin sağlanması bakımından hem araç hem de amaç işlevi gören adil yargılanma hakkının, öncelikle kuramsal ve kavramsal altyapısının belirlenmesi gerekmektedir. Daha sonra ise, bu altyapı üzerinde kurulacak temel hak ve ilkeler sisteminin yabancılık unsuru taşıyan uyumsuzluklar bakımından somutlaştırılması aşamasına geçilmelidir. Bu aşamada, adil yargılanma hakkının milletlerarası usul hukuku kapsamında ortaya çıkardığı sorunlar hakkında hukuk tekniğinin öngördüğü sonuçlara ulaşılmalıdır. Örneğin, adil yargılanma hakkının

karşılıklılık şartına bağlanamayacağının kuramsal altyapısını oluşturduktan sonra, yabancılara adli yardım sağlanmasında öngörülen karşılıklılık şartının kaldırılması gerektiği sonucuna ulaşılacaktır.

Her ne kadar, adil yargılanma hakkının “niteliği” ve milletlerarası usul hukukunun tüm konularını kapsayan uygulama alanı hakkında ulusal hukuk düzenlemeleri bakımından bir “fikir birliğine” ulaşılmış olsa da, aslında adil yargılanma hakkının yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklara uygulanma şekli ve sonuçları bakımından farklılıkların olduğu görülmektedir. Çalışmamız, bu farklılıklar üzerine kurulu bir mukayeseli hukuk çalışması değildir. Zira, konumuz, mukayeseli hukuk incelemesi yapmaya izin vermeyecek ölçüde geniştir. Bu nedenle, daha çok AİHS ve AİHM uygulaması dikkate alınarak, adil yargılanma hakkının Türk milletlerarası usul hukuku üzerindeki etkilerini incelemeye veya muhtemel etkilerini ortaya koymaya çalışacağımızı belirtmek isteriz.

AİHM’nin özellikle kendi içinde gelişen ve AİHS’in uygulama alanını genişleten içtihadı, adil yargılanma hakkının milletlerarası usul hukuku üzerindeki etkileri bakımından temel kaynak olarak ortaya çıkmaktadır. Fakat, adil yargılanma hakkı konusunda bir hayli gelişmiş olan AİHM içtihadının da milletlerarası usul hukuku bakımından sınırlayıcı olmadığını belirtmekte fayda vardır. Zira, her ne kadar adil yargılanma hakkının uygulama alanını genişleten ve adil yargılanma hakkını AİHS’in merkezine koyan bir bakış açısı benimsemiş olsa da, AİHM’nin, halihazırda, milletlerarası özel hukuka özgü bir yaklaşım benimsediğinden bahsedilememektedir.

Kanımızca, uluslararası bir yargı organı olan AİHM, milletlerarası usul hukuku sorunları bakımından varılması gereken sonuçların, yabancılık unsuru taşımayan sorunlar çerçevesinde varılabilecek sonuçlardan farklılaştığının bilincinde değildir. Bu görüşte olmamızın en önemli sebebi, AİHM’nin, bazı noktalarda taraf devletler lehine yorum yapması ve vardığı sonuçlar açısından milletlerarası özel hukuk ilkelerinden çok, devletler (kamu) hukuku ilkelerini esas almasıdır. Bu konuda belki de en önemli örnek, AİHM’nin yargı ve icra bağışıklığı konusunda devlet lehine benimsediği, “muhafazakâr” tutumdur. Bu gibi bazı konularda AİHM, insan hakları bilinci ile bağdaşmayan sonuçlara varabildiği gibi, bazı konularda ise, milletlerarası usul hukuku tekniği ile örtüşmeyen ya da milletlerarası usul hukukunun gerektirdiği sonuçlara varamayan kararlara imza atmaktadır. Bu durumun en önemli nedeni, AİHM’nin, bazı konularda bilinçli olarak susmayı tercih etmesidir.

Bu çalışma,, özellikle milletlerarası usul hukukuna özgü konuları kapsamaktadır. Bu anlamda, örneğin kanunlar ihtilafı hukukunun adil yargılanma hakkını ilgilendiren sorunları ele alınmamıştır. Ayrıca, sadece yabancılık unsuru taşıyan konulara özgü sorunlar üzerinde yoğunlaşmıştır. Bu çerçevede, örneğin, milletlerarası usul hukukunda ispata dair sorunlar üzerinde durulmamıştır. Zira, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından ispat konusunda uygulanacak kurallar, yargılamayı yapan devletin iç hukukunda yer alan ve yabancı unsurlu olmayan uyuşmazlıklara uygulanacak usul hukuku kuralları ile aynıdır. Her ne kadar, ispat hukukunda adil yargılanma hakkının önemli bir unsuruna (hakkaniyete uygun yargılanma) ilişkin birçok sorun ile karşılaşmakta ise de, konu, esasen Türk medeni usul hukukunu ilgilendirmektedir ve bu konuda yapılmış çalışmalar mevcuttur.

Diğer taraftan, milletlerarası usul hukukunun önemli bir alanı da milletlerarası tahkim hukukudur. Adil yargılanma hakkı, milletlerarası tahkim hukukunun da önemli bir bölümünü ilgilendirmektedir. Devlet yargısına alternatif olarak sıklıkla tercih edilen tahkim yolunun adil yargılanma güvenceleri dışında bırakılması düşünülemez. Bununla birlikte, milletlerarası tahkim, adil yargılanma hakkı açısından, devlet yargısından bağımsız ve kendine özgü birçok sorunu barındırmaktadır. Bu sorunların ayrı bir çalışma konusu yapılması ve detaylı bir şekilde incelenmesinin daha doğru olacağı düşüncesi ile, çalışmamızda sadece belirli noktalarda milletlerarası tahkime değinilmiştir.

Bu bağlamda, çalışmamız, milletlerarası yetki, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi ile milletlerarası usul hukukunun diğer temel meselelerini konu almaktadır. Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda adil yargılanma hakkını yakından ilgilendiren pek çok sorun ile karşılaşmaktadır. Yargılama dili, yargılama harç ve giderlerinin tespiti, tercüman hakkı, avukatla temsil veya daha geniş anlamıyla hukuki konularda adli yardım, iç hukuktan farklı olarak, yabancılık unsurlu uyuşmazlıklar bakımından birçok özellik arz etmektedir. Diğer taraftan, teminat, yargı bağımsızlığı, tebligat gibi birçok mesele de adil yargılanma hakkı ile doğrudan ilişkilidir. Tüm bu konular çalışmamız kapsamından incelenecektir.

Ancak çalışmamızın ikinci bölümünün konularını oluşturan bu meselelerden önce, adil yargılanma kavramının ortaya konması büyük önem arz etmektedir. Zira, yukarıda da belirttiğimiz üzere, çalışmamızın ikinci bölümünde milletlerarası usul hukuku kapsamında varacağımız sonuçların kavramsal ve kuramsal altyapısının çok iyi bir şekilde tesisi zorunludur. Bu kapsamda, çalışmamızın ilk bölümünde, adil

yargılanma kavramı ve adil yargılanma hakkının özellikle AİHM içtihadı ile genişletilmiş sınırlarına dahil olan hak, ilke ve unsurlar incelenmiştir. Adil yargılanma hakkına dahil edilen “alt hak, ilke ve unsurların tespiti”, hakkın milletlerarası usul hukukundaki uygulama alanının net bir şekilde ortaya konması açısından hayati değerdedir. Çalışmamızın ikinci bölümünde, özellikle Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis eden kuralların incelenmesinde alışlagelmiş yorum yöntemlerinin terk edilerek, farklı bir bakış açısının benimsenmesi gerektiğine dair görüşümüz, çalışmamızın ilk bölümünde yer verdiğimiz kavramsal açıklamalara dayanmaktadır. Yine, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi bakımından Türk hukukunun öngördüğü şartların adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmesi ve adil yargılanma hakkına aykırılığın bağımsız bir tanıma / tenfiz şartı olarak kabul edilmesi yönündeki görüşlerin savunulması konusunda adil yargılanma hakkının kavramsal boyutundan yararlanılması zorunludur. Milletlerarası uyuşmazlıklarda adli yardımın ve teminatın düzenlenmesi, yargı ve icra bağımsızlığının kabulü ve uygulanması ve milletlerarası tebligata ilişkin sorunların çözümünde de, çalışmamızın ilk bölümünde yer verdiğimiz kavramlardan yararlanılmıştır.

Çalışmamızın ilk bölümünde, adil yargılanma hakkının milletlerarası usul hukukundaki yeri tespit edildikten sonra, özellikle, “mahkemeye erişim hakkı” ve bu hak içinde ayrı ve bağımsız bir yere sahip olan “hükmün icrası hakkı” tanımlanmıştır. Ayrıca, anılan hakların kapsamı ve uygulama alanı üzerinde durulmuştur. Zira, mahkemeye erişim hakkı milletlerarası yetki kurallarının düzenlenmesi ve uygulanması açısından esas alınması gereken temel bir insan hakkıdır. Aynı şekilde, hükmün icrası hakkı da, AİHS’e taraf devlet mahkemeleri nezdinde ileri sürülecek yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi taleplerine uygulanacak şartların düzenlenmesi ve yorumlanması bakımından temel hareket noktasını oluşturmaktadır.

Adil yargılanma hakkında olduğu gibi, mahkemeye erişim ve hükmün icrası haklarının da mutlak birer hak olmayıp taraf devletlerce sınırlanabilir oluşu, anılan hakların sınırlanması bakımından AİHM tarafından öngörülen şartların da ayrıntılı bir şekilde incelenmesi zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır. Çalışmamızın ilk bölümünde mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılması konusunda AİHM tarafından kullanılan kriterler açıklanmış, bu kriterlerin milletlerarası usul hukuku bakımından ne şekilde uygulanabileceği ise çalışmamızın ikinci bölümüne

bırakılmıştır. Diğer taraftan, adil yargılanma hakkının sınırlandırılmasında yabancı-vatandaş ayrımının yapılıp yapılamayacağı da ayrı bir inceleme konusudur. Çalışmamızın ilk bölümünün sonunda, adil yargılanma hakkının T.C. Anayasasında benimsenen sistem dahilinde, ne şekilde sınırlanabileceği üzerinde durulmuştur. Bu açıdan, genel anlamda, vatandaş ile yabancı arasında bir ayrım yapılamayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca, adil yargılanma hakkından feragatin mümkün olup olmadığı da incelenmiş, feragatin usul hukuku bağlamında ifade ettiği anlam karşısında, adil yargılanma güvencelerinden önceden feragatin mümkün olmadığı kanaatine varılmıştır.

Milletlerarası yetki konusunda, adil yargılanma hakkının arz ettiği önem, gerek davacının gerekse davalının korunması noktasındadır. Bir yandan davacıya hak arama özgürlüğü sağlanmaya ve bir mahkemeye önünde adil bir şekilde yargılanma imkânı sunulmaya çalışılırken, diğer yandan, davalının hakkaniyete uygun şekilde yargılanması mümkün kılınmalı; bir tarafın diğerine karşı orantısız şekilde korunması suretiyle eşitlik ilkesinin ve milletlerarası usul hakkaniyetinin zedelenmemesine özen gösterilmelidir. Çalışmamızın milletlerarası yetki ile ilgili kısmında, temel olarak bu bakış açısı benimsenmiş, özellikle uluslararası doktrinde geniş şekilde tartışılan bazı doktrinler hakkında bilgi verilmiştir. Bu doktrinlerin Türk milletlerarası yetki sisteminde de uygulanıp uygulanamayacağı sorusuna yanıt aranmış, milletlerarası yetki kurallarımızın uygulanması aşamasında vardığımız sonuçların adil yargılanma hakkının gereklerine uygun olması gerektiği üzerinde durulmuştur.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi bakımından ise, çözülmesi gereken ilk sorun, adil yargılanma hakkı kapsamında kabul edilen hükmün icrası hakkının tanıma / tenfiz hakkını da kapsayıp kapsamadığıdır. Bu soruya, AİHM kararları ışığında olumlu yanıt verildikten sonra, tanıma / tenfiz şartlarının değerlendirilmesine geçilmiş ve AİHS m. 6 çerçevesinde kabul gören genel ilkelerin gerek hukuki düzenleme, gerekse bu düzenlemelerin yorumlanması ve uygulanması aşamalarında tanıma / tenfiz hukuku açısından da geçerli olduğu açık bir şekilde ortaya konmuştur.

Adil yargılanma hakkının koruduğu menfaatler, hakkın usuli kamu düzeni ile bağlantısının da incelenmesini gerektirmektedir. Bu kapsamda doktrinde ileri sürülen fikirler değerlendirilerek, adil yargılanma hakkına aykırılığın usuli kamu düzeninden bağımsız bir tanıma / tenfiz engeli olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Son olarak, adil

yargılanma hakkına aykırılık taşıyan yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde, Türk hakiminin rolü üzerinde durulmuş, hakim tarafından re'sen dikkate alınması gereken aykırılıklar ile taraflarca ileri sürülmesi gereken usulsüzlükler belirlenmeye çalışılmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünün sonunda ise, adli yardım ve teminat, yargı ve icra bağışıklığı ve milletlerarası tebligata ilişkin sorunlar tespit edilerek, adil yargılanma hakkının gerektirdiği bazı çözüm önerilerinde bulunulmuştur. Bu kapsamda, yabancıların mahkemeye erişimlerinin ve hakkaniyete uygun şekilde yargılanmalarının sağlanması bakımından hassas bir değerlendirme yapılması gerektiği vurgulanarak, önceliğin adil yargılanma hakkına tanınması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.





GİRİŞ

Çalışmamızın konusu, usul hukukuna dair temel bir insan hakkı olduğu konusunda uzlaşmış olan adil yargılanma hakkının Türk milletlerarası usul hukuku üzerindeki etkileridir. Her ne kadar, adil yargılanma hakkının “niteliği” ve milletlerarası usul hukukunun tüm konularını kapsayan uygulama alanı hakkında ulusal hukuk düzenlemeleri bakımından bir “fikir birliğine” ulaşılmış olsa da, aslında adil yargılanma hakkının yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklara uygulanma şekli ve sonuçları bakımından farklılıkların olduğu görülmektedir. Çalışmamız, bu farklılıklar üzerine kurulu bir mukayeseli hukuk çalışması değildir. Zira, konumuz, mukayeseli hukuk incelemesi yapmaya izin vermeyecek ölçüde geniştir. Bu nedenle, daha çok AİHS ve AİHM uygulamasını dikkate alarak, adil yargılanma hakkının Türk milletlerarası özel hukuku üzerindeki etkilerini incelemeye veya muhtemel etkilerini ortaya koymaya çalışacağımızı belirtmek isteriz. AİHM’nin özellikle kendi içinde gelişen ve AİHS’in uygulama alanını genişleten içtihadı, adil yargılanma hakkının milletlerarası usul hukuku üzerindeki etkileri bakımından temel kaynak olarak ortaya çıkmaktadır.¹

AİHS’in amacı milletlerarası özel hukuk sorunlarını düzenlemek değildir. Bununla birlikte, AİHM içtihadının zamanla ve giderek artan bir biçimde özel hukuk uyuşmazlıklarını da AİHS’in kapsamına alması sonucunda, milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıklarının AİHS’den etkilenmesi kaçınılmaz olmuştur.² Milletlerarası özel hukuk, örneğin yabancıların ikamet ve çalışma izinleri ve benzeri konularda olduğu gibi, temel haklar ve insan hakları doktrini ile her zaman ilişki içinde olmuştur. Bununla birlikte, milletlerarası özel hukuk açısından başvurulagelen kavram, “insan hakları” yerine “kamu düzeni” kavramı olmuştur. Bu nedenle, AİHS’in kabulü ve AİHM içtihadından gelişiminden evvel, devletler “insan hakları hukuku”nu ihtiyari olarak uygulamıştır. Özellikle milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından temel hak ve özgürlükler sistemi (insan hakları hukuku) hep ikinci planda kalmıştır.

¹ Patrick Courbe, *Droit international privé*, Armand Colin, 2ème édition 2003, s. 9.

² Fabien Marchadier, *Les objectifs généraux du droit international privé à l’épreuve de la CEDH*, Thèse pour l’obtention du grade de docteur en droit, Université de Limoges, s. 19; Patrick Courbe, *Le droit international privé et les difficultés d’insertion de la Convention dans le système française*, *Quelle Europe pour les droits de l’homme?*, Editeur Paul Tavernier, Bruylant Bruxelles 1996, s. 249.

Ancak, AİHM içtihadı bu uygulamaya son vermiştir. Zira, geldiğimiz noktada, AİHM içtihadı, milletlerarası özel hukuk sorunları anlamında da elle tutulur sonuçlar ortaya çıkarmıştır. Bu nedenle, AİHS ile korunan temel değerlerin milletlerarası kamu düzeni kavramından bağımsız olarak değerlendirilmesi gereği ortaya çıkmıştır.

Bireylerin AİHM'ye doğrudan başvurabileceklerinin kabulü, AİHS'in milletlerarası özel hukuk uyumsuzlukları üzerindeki etkisini daha da önemli hale getirmiştir. Her ne kadar, AİHM kararları, taraf devletlerde doğrudan uygulanabilir değilse de, örneğin Türk hukukunda olduğu gibi, AİHM'nin ihlâl kararları doğrultusunda yargılamanın yenilenmesi yolunun açılması nedeniyle, AİHM kararları iç hukukumuzda doğrudan etki yaratmaktadır. Ayrıca AİHM kararları, sadece uyumsuzluğa taraf devletin iç hukukunu ilgilendirmemekte, aynı zamanda tüm taraf devletlerin iç hukukları üzerinde etki yaratmaktadır (*erga omnes* etki).³ Aslında bu sonuç, Mancini'nin “insan odaklı” milletlerarası özel hukuk anlayışı ile Savigny'nin gerek kanunlar ihtilafı gerekse milletlerarası usul hukuku anlamında kural çatışmasının en aza indirgenmesi gerektiğini öngören “milletlerarası uyum” anlayışının buluştuğu bir nokta olarak karşımıza çıkmaktadır. Adil yargılanma hakkının, milletlerarası usul hukukunun ortak paydası haline gelmesi ile, uluslararası hukuklar arasında var olan çatışmalar en aza indirgenerek, milletlerarası özel hukukun temelini oluşturan “işbirliği” de fiilen sağlanmış olacaktır.⁴

Her şeyden evvel, çalışmamızın bazı bölümlerinde de dile getirdiğimiz üzere, adil yargılanma hakkının milletlerarası usul hukuku üzerindeki etkilerine ilişkin AİHM içtihadının, taraf devletler bakımından yol gösterici olduğunu, ancak sınırlayıcı olmadığını belirtmek isteriz. Bu anlamda, bazı noktalarda, AİHM'nin yaptığı yorumlardan ayrılmanın da mümkün olduğu kanaatindeyiz. Bu düşünceden hareketle, kendi kanaatimizi açıklayacağımız noktalarda, bakış açımızın belki de biraz daha “özgürlükçü”, biraz daha “adil yargılanma hakkı lehine” olacağını şimdiden belirtmekteyiz. Zira, konunun seçimi aşamasında dahi, Türk hukukundaki bazı düzenlemelerin mahkemeye erişim ve hukuki dinlenilme hakkı gibi, adil yargılanma hakkının kapsamına giren temel haklara aykırılıkların eleştirisinden yola çıktığımızı belirtmek isteriz.

³ Marchadier, s. 22.

⁴ Marchadier, s. 40 vd. Yazar, milletlerarası özel hukuk kuralları ile başarısız olan bu işbirliğinin AİHS aracılığı ile sağlanabileceğini, zira milletlerarası özel hukuk kurallarının her ne kadar kavram olarak “milletlerarası” olsa da, sadece iç hukuklar bakımından geçerli olduğunu, buna karşılık AİHS'in tüm taraf devletleri bağlayıcı etkisi nedeniyle gerçek anlamda “milletlerarası” niteliğe sahip olduğunu dile getirmektedir.

Bu konuyu seçme nedenlerimizden biri de, adil yargılanma hakkının milletlerarası usul hukukunun tüm konuları ile ilgili olmasıdır. Fakat bu ilgi, her tartışmanın adil yargılanma hakkı ile ilişkilendirilmesini ve adil yargılanma hakkına aykırılık sonucuna varılmasını haklı kılmamaktadır. Adil yargılanma hakkı, kapsadığı hak ve ilkeler nedeniyle ayrıca ve derinlemesine inceleme gerektirmektedir; milletlerarası usul hukukunun uygulama alanına giren konularda da, bu incelemeler doğrultusunda sonuca varılması zaruridir.

Başta milletlerarası yetki ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi olmak üzere, pek çok mesele, adil yargılanma hakkı bakımından tartışma yaratacak noktalar barındırmaktadır. Doktrinde, genel olarak, yabancıların Türk mahkemelerine ulaşmasını engelleyen veya ciddi şekilde güçleştiren düzenlemelerin AİHS m. 6/f. 1'e aykırı sonuçlar yaratabileceği dile getirilmektedir. Bu kapsamda, örneğin harçlar ve teminata ilişkin düzenlemelerin, adli yardım sağlanmasına ilişkin hükümlerin ve genel olarak bazı temel hakların kullanımını karşılıklılık esasına bağlayan milletlerarası usul hukuku kurallarının insan hakları hukukuna aykırı bulunabileceği belirtilmektedir.⁵ Gerçekten de, yargılama dili, tercüman hakkı, avukatla temsil veya daha geniş anlamıyla hukuki konularda adli yardım, iç hukuktan farklı olarak, yabancılık unsurlu uyuşmazlıklar bakımından birçok özellik arz etmektedir. Diğer taraftan, teminat, yargı bağışıklığı, tebligat gibi birçok mesele de adil yargılanma hakkı ile doğrudan ilişkilidir. Tüm bu konular çalışmamız kapsamından incelenecektir.

Adil yargılanma hakkının daha çok yargı organlarının yapısına ve yargılama sürecine (yargı organizasyonuna) ilişkin (kanuni, bağımsız ve tarafsız bir yargı organı tarafından makul sürede ve aleni şekilde yargılanma) güvenceler dışında, hükmün icrası hakkını da kapsayacak şekilde mahkemeye erişim hakkını ve hakkaniyete uygun yargılama hakkını güvence altına alması, bu hakkın milletlerarası usul hukuku çerçevesinde uygulama alanının ne denli geniş olduğunu gözler önüne sermektedir. Milletlerarası usul hukukunun kendine özgü amaçları, bu hakkın, yabancılık unsuru taşımayan uyuşmazlıklarda uygulanacak usul kurallarından daha farklı yorumlanmasını gerektirmektedir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ele alacağımız konular bu ihtiyaç sebebiyle incelenmeye muhtaç konulardır. Milletlerarası yetki doktrini ve kurallarının mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir. Örneğin,

⁵ Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman-Fıganmeşe, **5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016**, s. 327.

yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda, yabancı mahkemeleri yetkilendiren yetki sözleşmelerinin adil yargılanma hakkı bakımından önemli sonuçları vardır. Aynı şekilde, bu tür uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin yetkilendirilmesi de kendine özgü tartışmaları barındıran bir konudur. Diğer taraftan, adil yargılanma bakış açısıyla bakıldığında, gerek MÖHUK'da, gerekse iç hukukta yer alan yetki kurallarının da mahkemeye erişim hakkının sağlanması açısından eksik kaldığı noktalar mevcuttur. Tanıma / tenfiz hukukumuzda da mahkemeye erişim hakkı ve adil yargılanma hakkını ilgilendiren pek çok hüküm söz konusudur. Tanıma / tenfiz kurumu, hükmün icrası hakkı kapsamında milletlerarası usul hukukunun en önemli konusudur. Hükmün icrası hakkı kapsamında tanıma/tenfizde karşılaşılan sorunlar ayrı bir başlık altında incelenmeyi gerektirmektedir.

Milletlerarası usul hukukunda adil yargılanma hakkı, aslında usul hukukunun konusunu da aşacak şekilde birçok alanda söz konusu olabilmektedir. Bu alanlardan en önemlisi, yabancı bir ülkede adil yargılanma hakkı ihlal edilmek suretiyle yargılanan ve hakkında mahkumiyet kararı verilen kişilerin, adil yargılanma haklarının ihlal edildiği ve cezalarının infaz edileceği bu ülkelere iadesine ilişkin “sınır dışı etme” davalarıdır.

Bu konuda AİHM'in birçok kararı bulunmaktadır.⁶ Esasen bu kararlar çalışmamızın kapsamına girmemektedir. Zira, yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin kararlar, milletlerarası usul hukukunun uygulama alanı dışındadır.⁷ Bununla birlikte, çalışmamızda yeri geldiğinde, bu kararlarda yer alan bazı ilke ve değerlendirmelere atıfta bulunacağız. AİHM bu kararlarında, sınır dışı edilecek kişilerin adil yargılanma hakkının, gönderilecekleri devletlerde açıkça ihlal edilip edilmeyeceği şüphesinin doğruluğunu araştırmıştır. Adil yargılanma hakkının ihlali ihtimaline dayalı bu değerlendirmeler, çalışmamızın özellikle milletlerarası yetki ile

⁶ AİHM *Bader ve Kanbor - İsveç kararı*, prgf. 42 (Karar Tarihi: 08.11.2005 / Başvuru No: 13284/04); AİHM *Soering - Birleşik Krallık kararı*, prgf. 113 (Karar Tarihi: 07.07.1989 / Başvuru No: 14038/88); AİHM *Drozd ve Janousek - Fransa ve İspanya kararı*, prgf. 110 (Karar Tarihi: 26.06.1992 / Başvuru No: 12747/87); AİHM *Einhorn - Fransa* (kabul edilebilirliğe ilişkin) kararı, prgf. 32 (Karar Tarihi: 16.10.2001 / Başvuru No: 71555/01); AİHM *Tomic - Birleşik Krallık* (kabul edilebilirliğe ilişkin) kararı, (Karar Tarihi: 14.10.2003 / Başvuru No: 17837/03).

⁷ Bu konuda ayrıntılı incelemeler için bkz. Ergin Ergül, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku'nda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme**, Yargı Yayınevi Ankara 2012; Nuray Ekşi, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Yabancıların Sınırdışı Edilmesine Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu**, MHB Yıl: 29 Sayı: 1-2 (2009), s. 119 vd.; Nuray Ekşi, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sığınmacı ve Mültecilerin Türkiye'den Sınırdışı Edilmelerini Engelleyen Haller**, İstanbul Barosu Dergisi Cilt: 82 Sayı: 6 (2008), s. 2803 vd.

ilgili bölümlerini ilgilendiren bazı sorunlar bakımından faydalanılabilecek niteliktedir.⁸

Sınırdışı kararları bir tarafa, AİHM'nin, esas olarak adil yargılanma hakkı dışında, AİHS tarafından güvence altına alınan örneğin özel hayata ve aile hayatına saygı, malvarlığı haklarının korunması gibi hakların ihlali konuları alan kararlarına da değinmeyeceğimizi, özellikle ve sadece adil yargılanma hakkına ilişkin ihlaller ile ilgili içtihadını inceleyeceğimizi ve bu içtihadın milletlerarası usul hukukuna etkilerini değerlendireceğimizi belirtmek isteriz. Zira, AİHM'nin birçok kararında, adil yargılanma hakkını AİHS ile korunan diğer haklar ile birlikte ele aldığı ve bazı kararlarında da, AİHS ile korunan bir hakkın ihlali sonucuna adil yargılanma hakkına aykırılıkların neden olduğuna hükmettiği görülmektedir. AİHM'nin adil yargılanma hakkına aykırılıklar dışında vardığı sonuçlar çalışmamızın kapsamı dışındadır.

Çalışma konumuz dışında kalan bir diğer önemli konu da milletlerarası tahkimdir. Milletlerarası tahkimde adil yargılanma hakkının uygulama alanı ve bu uygulamanın yarattığı sorunlar, ayrı ve çok kapsamlı bir çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. İlk bakışta, tahkim yargılamaları ile AİHS'in bir araya gelmesi mümkün gibi gözükmese de, tahkimin de, taraflarını bağlayıcı ve icrai etkisi olan bir uyuşmazlık yolu olduğu düşünüldüğünde, milletlerarası tahkimin ve hatta diğer

⁸ AİHM, sınırdışı edilecek kişilerin, gönderilecekleri ülke mahkemelerinde adil yargılanma hakkının temel unsurlarının eksikliği "olası" gözükiyorsa, iade veya sınırdışı edilme işleminde bu durumun dikkate alınması gerektiğini vurgulamaktadır. AİHM, *Mamatkulov - Türkiye* kararında (AİHM *Mamatkulov ve Askarov - Türkiye* kararı, prgf. 88 (Karar Tarihi: 04.02.2005 / Başvuru No: 46827/99; 46951/99), Türkiye'nin iki Özbek vatandaşını sınır dışı etme kararı sonucunda, bu kişilerin kendi ülkelerinde adil bir biçimde yargılanıp yargılanamayacaklarını incelemiş ve Özbekistan mahkemelerinde yapılacak yargılamada AİHS m. 6'da öngörülen adil yargılama ilkelerine muhtemel aykırılıkların adaletin açıkça inkârına (*flagrant denial of justice*) sebep olacağını gösteren yeterli delile ulaşamayacağına karar vermiştir. Kararın karşı oy yazısında ise (bkz. yargıç Bratza, Bonello ve Hedigan'ın ortak kısmi karşı oy yazıları; -yargıç Rozakis de söz konusu kısmi karşı oy yazısına AİHS m. 6'nın ihlal edildiği konusunda katılmıştır-), AİHM'nin "adaletin açıkça inkârı" kavramını açıklamadığı dile getirilmiştir. Söz konusu karşı oy yazısında AİHM yargıçları şu ifadelerle yer vermişlerdir: "*AİHS'e üye bir devletten sınır dışı edilerek ülkelerine gönderilecek kişilerin bu ülkede adalete ulaşma haklarının açıkça göz ardı edilip edilmeyeceği sonucuna varmak için yapılacak incelemenin çok sıkı şartlara tabi tutulması gerektiği ifade edilmiştir. Zira, bu inceleme, AİHS'e üye devletlerden birinde gerçekleşmesi halinde AİHS m. 6'nın ihlali sonucunu doğurabilecek yargılama güvencelerindeki eksikliklerden veya bu güvencelere aykırılıklardan öteye geçmektedir. Oysa üye devletler, ülkelerine iade ettikleri kişilerin, o ülkede AİHS standartlarına uygun, tam bir adil yargılamaya muhatap olacaklarından emin olmadan bu kişileri ülkelerine iade etmemelidirler. Bize göre "açıkça" ifadesine yüklenen anlam, AİHS m. 6 ile güvence altına alındığı şekliyle adil yargılanma ilkelerinin ihlalidir.*" Ancak AİHM'nin bu kararlarında AİHS m. 6'ya ilişkin yaptığı incelemelerin, medeni hak ve yükümlülöklere veya suç isnadına ilişkin adil yargılanma ihlalleri ile ilgili başvurularda yaptığı değerlendirmelerden daha farklı olduğu dile getirilmektedir. Bkz. Franz Matscher, *The Right to A Fair Trial in the Case-Law of the Organs of the European Convention on Human Rights, The Right to A Fair Trial, European Commission for Democracy Through Law, Council of Europe Publishing Strasbourg 2000*, s. 21. Biz de çalışmamızda, yer geldiğinde, AİHM'nin taraf devletlerin yetkili makamları tarafından verilen sınırdışı kararlarına ilişkin bu içtihadına ve özellikle "açık ihlâl" kavramına, incelediğimiz konular ile ilgili olduğu ölçüde değinmekle yetinecek, "sınırdışı" konusunu ayrıntılı bir şekilde değerlendirmeyeceğiz.

alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının adil yargılanma hakkının gereklerinden ve güvencelerinden hariç tutulması mümkün değildir.⁹ Bununla birlikte, adil yargılanma güvenceleri, milletlerarası tahkimde, tahkim kurumunun amacı ve işleyişine özgü bazı özellikler arz etmektedir.¹⁰ Bu özelliklerin incelenmesi de çalışmamızın konusu dışında bırakılmıştır.

Konunun sınırlandırılması bakımından son olarak bir noktaya daha değinmek gerekmektedir. Adil yargılanma hakkı, Türk hukuku çerçevesinde, birçok monografiye konu olmuş, farklı açılardan geniş biçimde incelenmiş bir haktır. Dolayısıyla, adil yargılanma hakkının tüm unsurlarının ayrıntılı bir şekilde incelenmesi çalışma konumuzu aşmaktadır. Zira, adil yargılanma hakkının uygulama alanının genişliği de düşünüldüğünde, adil yargılanma ile ilgili yapılmış tüm inceleme ve değerlendirmelere bu çalışma içerisinde yer vermek mümkün olmadığı gibi, çalışmamızın sınırları göz önüne alındığında doğru da olmayacaktır. Bununla birlikte, ele alacağımız milletlerarası usul hukuku konularının daha doğru bir şekilde incelenmesi ve yorumlanması bakımından, adil yargılanma hakkı dahilinde

⁹ Adam Samuel, *Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights*, *Journal of International Arbitration* 21(5) 2004, s. 413; Alexis Mourre, *Reflexions sur quelques aspects du droit à un procès équitable en matière d'arbitrage après les arrêts des 6 Novembre 1998 et 20 Février 2001 de la Cour de Cassation Française, L'arbitrage et la Convention Européenne des droits de l'homme*, *Nemesis Bruylant* 2001, s. 25-26; Sébastien Besson, *Arbitration and Human Rights*, 24 *ASA Bulletin* 3/2006 (Septembre), s. 400 ve s. 402. Yazar, tarafların tahkim anlaşması yapmalarının, AIHS m. 6/f. 1 ile güvence altına alınan haklardan yalnızca bazılarında feragat anlamını taşıyabileceğini, bu feragatin yalnızca bir devlet mahkemesine erişim ve aleni yargılama hakkını kapsayabileceğini, adil yargılanma hakkının kapsamına giren diğer tüm hak ve ilkelerin tahkim bakımından da geçerli olduğunu ifade etmektedir. Aynı yönde bkz. Olivier Jacot-Guillarmod, *L'arbitrage privé face à l'article 6 § 1 de la Convention Européenne des droits de l'homme, Protection des droits de l'homme: la dimension européenne*, *Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, ed. par Franz Matscher et Herbert Petzold, *Carl Heymanns Verlag KG* 1988, s. 285; Laure Milano, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention Européenne des droits de l'homme*, *Thèse pour le doctorat en droit de l'Université Montpellier I*, *Dalloz* 2006, s. 94-95. Diğer taraftan Besson, "kısmi feragat" yaklaşımının yetersiz olduğunu, zira, feragat edilmeyen hakların, tahkim yargılamalarında, hangi kapsam ve şekilde uygulanabileceğinin açıklanması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Besson, s. 401. Tahkim yargılamalarının AIHS m. 6/f. 1 ile ilişkisi hakkında ayrıntılı incelemeler için bkz. Jacot-Guillarmod, 281 vd.; Mourre, s. 25 vd.; Aleksandar Jaksic, *Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings*, *Journal of International Arbitration* 24(2) 2007, s. 159 vd.; Pierre Lambert, *L'arbitrage et l'article 6, 1e de la Convention Européenne des droits de l'homme*, *L'arbitrage et la Convention Européenne des droits de l'homme*, *Nemesis Bruylant* 2001, s. 9 vd.; Charles Jarroson, *L'arbitrage et la Convention Européenne des droits de l'homme*, *Revue de l'arbitrage Vol. 1989*, s. 573 vd.; François Knoepfler, *Les droits de l'homme et l'arbitrage*, *Revue suisse de droit international et de droit européenne (RSDIE)* 3/2007, s. 463 vd.; Franz Matscher, *L'arbitrage et La Convention*, *La Convention Européenne des droits de l'homme*, *Commentaire article par article*, ed. par Louis Edmond-Pettiti/ Emmanuel Decaux/ Pierre-Henri Imbert, *Economica* 1999, s. 281 vd.

¹⁰ Örneğin, milletlerarası tahkimde, adil yargılanma hakkının uygulanması, tahkimin iradi veya zorunlu olup olmadığına göre de değişmektedir. Bkz. Besson, s. 402. Bu konuda daha ayrıntılı incelemeler için bkz. "Dava / Mahkemeye Erişim Hakkının Kısıtlanması" başlıklı bölüm.

incelenen, örneğin mahkemeye erişim ve hükmün icrası hakkı gibi bazı temel kavramların üzerinde duracağımızı belirtmek isteriz.

Bu bağlamda, çalışmamızın birinci bölümünde, adil yargılanma kavramı ve bu kavram ile ilişkili olan adalete erişim, hak arama özgürlüğü, etkin hukuki koruma gibi bazı temel kavramları inceleyecek ve konunun milletlerarası usul hukuku açısından arz ettiği önemi vurgulanmaya çalışacağız. Çalışmamızın ilk bölümünün amacı, adil yargılanma kavramına dahil olan hak ve unsurların çalışmamızın asıl konusu olan milletlerarası usul hukukundaki uygulama alanları bağlamında tespit edilmesi ve bu çerçevede milletlerarası usul hukukuna ilişkin yasal düzenlemeler ve yargı kararlarında adil yargılanma hakkına temas edilen noktalarda karşılaşılan meseleleri daha iyi anlamak açısından adil yargılanma kavramının açıklığa kavuşturulmasıdır. Çalışmamızın bu bölümünde daha çok kavramsal açıdan bazı noktalar üzerinde durarak, adil yargılanma ilkesinin milletlerarası usul hukuku açısından ne şekilde değerlendirilmesi ve yorumlanması gerektiğine ilişkin bazı tespitlerde bulunacak ve ele alacağımız konulara nasıl bir bakış açısıyla yaklaşılması gerektiğini belirlemeye çalışacağız. Dolayısıyla bu bölümde, adil yargılanma hakkının incelendiği eserlerde ayrıntılı bir şekilde ele alınan hakkın temel unsurlarını ayrı başlıklar altında incelemeyecek, çalışmamızın ikinci bölümünde ele alacağımız meselelerin incelenmesi için gerekli olan bazı açıklamalarda bulunmakla yetineceğiz.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, birinci bölümde açıkladığımız kavramlardan hareketle öncelikle Türk milletlerarası yetki kurallarının ve bu kuralların uygulamasının adil yargılanma hakkı kapsamında arz ettiği sorunlara değinecek, AIHS'in bu konudaki –mevcut olmamakla birlikte, muhtemel- etkileri hakkında bazı sonuçlara varmaya gayret edeceğiz. İkinci bölümün, tanıma tenfiz hukukunu konu alan ikinci temel başlığı altında ise, özellikle AIHM içtihadından yola çıkarak, adil yargılanma hakkının Türk hakimine yüklediği olumlu ve olumsuz yükümlülükleri ele alarak, tanıma tenfiz hukukumuzun adil yargılanma hakkı bakımından arz ettiği sorunları inceleyeceğiz. Son olarak, “milletlerarası usul hukukunun diğer konuları” başlığı altında, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda teminat, adli yardım, yargı bağışıklığı ve tebligat konularında bazı değerlendirmelere yer vereceğiz.



BİRİNCİ BÖLÜM

ADİL YARGILANMA HAKKININ MİLLETLERARASI USUL HUKUKU BAKIMINDAN KAPSAMI ve UYGULANMA ALANI

I. ADİL YARGILANMA KAVRAMI VE TEMEL BİR HAK OLARAK ADİL YARGILANMA HAKKININ UNSURLARI

Adil yargılanma medeni usul hukukunun ve milletlerarası usul hukukunun belki de en temel, vazgeçilemeyecek ve sağladığı hak ve güvenceler açısından tartışmaya açık olmayan bir ilkesidir. Adil yargılanma ilkesinin koruma alanını oluşturan adil yargılanma hakkı iç hukukta ve uluslararası hukukta farklı şekillerde ele alınmaktadır. Esasen birbirine yakın tanımlar verilmekle birlikte, adil yargılanma hakkına dahil olan ilke ve / veya haklar ve bunları meydana getiren unsurlarla ilgili kavramsal bazı karmaşıklıklar olduğu düşüncesinden hareketle, aşağıda bu kavramlara ilişkin değerlendirmelere yer vereceğiz.

Ancak, öncelikle, adil yargılanma hakkına hangi metinlerde ve ne şekilde yer verildiğine dair kısaca bilgi vererek konuya giriş yapacağız. Ardından, AİHM ve Türk hukuku çerçevesinde adil yargılanma kavramının ifade ettiği anlam ve temel bir hak olarak adil yargılanma hakkının çizdiği geniş çerçeve hakkında açıklamalara yer verecek ve adil yargılanma hakkının milletlerarası usul hukuku içindeki yerine değineceğiz.

A. Adil Yargılanma Hakkının Temel Hak Niteliği

Adil yargılanma hakkı, uluslararası usul hukukunun kabul ettiği en temel insan haklarından biridir.¹¹ İnsan haklarının her zaman geçerli olan “ahlaki” haklardan

¹¹ Serge Guinchard, *Le procès équitable, droit fondamental?*, AJDA 1998, s. 191 ; Olivier Dubos, *Le droit à un procès équitable dans la législation de l'Union: La protection juridictionnelle des particuliers au service de l'effectivité de la norme européenne*, *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union Européenne*, Nemesis Anthemis 2012, s. 139; P. Vlas, *The Principle of Fair Trial in International Civil Litigation, Law and Reality, Essays on National and International Procedural Law in Honor of Cornelis Carel Albert Voskuil*, Martinus Nijhoff Publishers 1992, s. 391-392. Yazara göre, medeni yargılamaya ilişkin çeşitli sistem ve hukuklarda

olduğu ve pozitif hukuk tarafından tanınıp yaptırıma bağlanmamış olsa dahi, bu hakların “doğal hukuktan kaynaklanan değerinden hiçbir şey kaybetmeyeceği” dile getirilmektedir.¹² İnsan hakları, herkese karşı ileri sürülebilen “salt haklardan”dır ve “insan haklarına saygı” ilkesinin üstün bir kural olarak uygulanması ile pozitif kurallarda eksiklik ya da boşluk olduğunda dahi insan haklarının korunması sağlanmış olur.¹³

Adil yargılanma hakkının esas olarak *Common Law*, çerçevesinde doğmuş ve geliştirilmiş bir hukuki kurum olduğu dile getirilmiştir.¹⁴ Adil yargılanma, 1215 yılında İngiltere Kralı Yurtsuz John tarafından ilan edilen *Magna Carta Libertatum*’un (Büyük Özgürlük Fermanı) en önemli maddesi olarak kabul edilen 39. maddesinde kısaca “kimse eşitlerinin kararı olmaksızın ve bir yerel karara dayanılmaksızın özgürlüğünden ve mülkünden yoksun bırakılamayacağı” ve 40. maddesinde “hakkın ve adaletin geciktirilemeyeceği, kimseye satılamayacağı ve kimsenin hak ve adaletten mahrum bırakılamayacağı” şeklindeki ifadelerden ortaya çıkmıştır.¹⁵

Adil yargılanma İngilizcede “*fair trial*”¹⁶, Fransızcada ise “*procès équitable*”¹⁷ terimleri ile ifade edilmektedir. “*Fair*” ve “*équitable*” kelimeleri Türkçe’ye “adil”,

farklı temel haklar öngörülebilir; ancak adil yargılanma hakkı evrensel anlamda “değişmez” tek usul hukuku ilkesi olarak ön plana çıktığını belirtmektedir.

Her ne kadar, “temel”, “anayasal” veya “uluslararası” şeklinde farklı sınıflama ve adlandırmalara tabi olsa da, usulî haklar yazılı olan ya da olmayan tüm anayasal hukuk sistemlerinde, hukuk devletinin temel unsuru olarak korunmaktadır. Bkz. Mauro Cappelletti, **Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Proceedings (General Report)**, *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil/ Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*, edited by/sous la direction de Mauro Cappelletti et Denis Tallon, Milano, A Guiffrè; Dobbs Ferry, N.Y., Oceana, 1973, s. 668- 684. Yazar, AİHM’nin, taraf devletler bakımından “ortak” bir üst “usulî temel hak” çerçevesi çizdiğini belirtmektedir. Bkz. s. 687-688.

¹² Tekin Akıllıoğlu, **İnsan Hakları, Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İmaj Yayınları Ankara 2010**, s. 3; Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / Oğuz Sancakdar, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınları Ankara 2004**, s. 43.

¹³ Akıllıoğlu, s. 8-10. İnsan hakları doktrini ve insan hakları kurallarının özellikleri hakkında geniş bilgi için bkz. Akıllıoğlu, s. 25 vd.; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 43 vd.

¹⁴ Süha Tanrıver, **Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı**, *TBB Dergisi Sayı: 53 Yıl: 2004*, s. 191; Serge Guinchard, *Le Procès équitable, Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l’homme*, (éd.) Catherine Teitgen-Colly, Nemesis Bruylant 2002, s. 183.

¹⁵ Pascal Gilliaux, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, Bruylant 2012, s. 3.

¹⁶ “*Fair trial*” kavramı Amerikan Hukukunda “*due process of law*” terimi ile ifade edilmektedir Bkz. Matscher, *Case-Law*, s. 10; Friedrich-Christian Schroeder, **Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi, İstanbul Barosu Yayınları İstanbul 1999**, s. 4; Serhat Kaşıkara, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi Çerçevesinde Medeni Hak ve Yükümlülük Kavramı**, *TAAD Cilt:2 Yıl:2 Sayı:4*, s. 245, 45 nolu dn.; Hakan Pekcanitez, **Medeni Yargıda Adil Yargılama**, *İzmir Barosu Dergisi, Yıl:1997 Sayı: 2*, s. 36-37). Bkz. Birleşik Devletler Anayasası 5 ve 14. Değişiklikler (*United States Constitution Fifth and Fourteenth Amendments*). Özellikle 1868 yılında yapılan 14. Değişikliğin 1. Bölümünde şu ifade yer almaktadır : “... hiç bir eyalet yasal gerekler yerine getirilmeden bir kişiyi yaşamından, özgürlüğünden ya da malından yoksun etmeyecek; ya da kendi

hakkaniyete uygun”, “dürüst” olarak tercüme edilmektedir.¹⁸ “*Fair trial / procès équitable*” ise, teknik bir hukuk terimi olarak “adil yargılanma”, “doğru yargılanma”¹⁹, “düzgün yargı”²⁰, “dürüst yargılanma”²¹ “hakkaniyetle yargılanma” veya “hakkaniyete uygun yargılanma”²² şeklinde ifade edilmektedir.²³

yargı yetkisi içindeki bir kişiyi, yasaların eşit koruması dışında bırakmayacaktır.” (bkz. <http://turkish.turkey.usembassy.gov/media/pdf/abd-anayasasi.pdf>). Maddede yer alan “*due process*” ifadesi “yasal gerekliliklerin yerine getirmesi” veya “yasalara ve usul kurallarına uygunluk”, “*due process of law*” ifadesi ise “devletin yaşam, özgürlük ve mülkiyet haklarına keyfi biçimde müdahale edemeyeceği ilkesi” şeklinde tercüme edilmektedir. Bkz. Rona Aybay, **An Introduction to Law, 3. Baskı, Alfa Yayınları İstanbul 2015**, s. 228; http://www.adaletbiz.com/images/dosyalarim/abd_anayasasi.pdf; erişim tarihi: 18.03.2016. Bu yasal gerekliliklerin maddi hukuku (*substantive due process*) ve usul hukukunu (*procedural due process*) kapsadığı konusunda ayrıntılı incelemeler için bkz. Hugh Evander Willis, **Due Process of Law Under The United States Constitution, University of Pennsylvania Law Review Vol. 74 No. 4**, s. 331 vd. Amerikan Anayasası’ndaki “*due process*” kavramının usul hukukuna ilişkin temel ve vazgeçilmez koşulları içerdiği ve bu yönüyle doğru, dürüst ve hakkaniyete uygun bir yargılamanın anayasal teminatını teşkil ettiği belirtilmektedir Bkz. Pekcanitez, **Adil Yargılama**, s. 37.

¹⁷ “*Procès équitable*” kavramı, *Magna Carta Libertatum*’da belirtilen hak ve ilkeler ile paralellik arz eden ve Fransız Devrimi (1789) sonrasında ilan edilen İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nde de yer almıştır. Kaynağını hakkaniyetten (*équité*) alan ve eşitlik, ahlaki denge ve adalet anlayışı üzerine kurulan adil yargılanma kavramı hukuk kurallarının gelişi güzel uygulanmasının önüne geçmek üzere geliştirilmiştir. Guinchard, **Le procès équitable**, s. 183-184.

¹⁸ Bkz. Yasemin Yaşa, **Hukuk Terimleri Sözlüğü (İngilizce-Türkçe)**, Beta Yayınları İstanbul 2012, s. 66; Kemal Dayınlı, **Dictionnaire des Termes Juridiques Français-Turc**, 3^e édition revue et augmentée, Dayınlı Hukuk Yayınları Ankara 2004, s. 519.

¹⁹ Akılhoğlu, s. 223.

²⁰ Rona Aybay/Esra Dardağan Kibar, **Yabancılar Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 3. Baskı İstanbul 2010**, s. 253.

²¹ Adil yargılanma hakkı daha çok ceza hukuku bağlamında “dürüst yargılanma hakkı” olarak ele alınmaktadır. Bkz. Friedrich-Christian Schroeder/Feridun Yenisey, **Dürüst Yargılanma Hakkı (Fair Trial)**, Alkım Yayınları İstanbul 1997, s. 32; Schroeder, s. 10; Nur Centel, **Dürüst Yargılama ve Medya Bakımından Demokrasi Kültürü**, AÜSBFD Yıl:1994 Cilt: 49 Sayı: 3-4, s. 59 ; Ersan Şen, **Adillik mi Dürüstlük mü?**, (bkz. http://sen.av.tr/tr/makale-detay/10/adillik_mi_durustluk_mu?.html); erişim tarihi: 22.02.2016).

²² Adem Çelik, **Adil Yargılanma Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku)**, Adalet Yayınevi Ankara 2007, s. 27. Yazara göre “doğru yargılama” ifadesi adil yargılanma hakkını tam olarak ifade edememektedir. Yazar, “doğru yargılama” ifadesinin daha çok yargılama makamlarının uyması gereken kurallara vurgu yaparak, yargı makamlarının “görevlerini” yerine getirdikleri anlamına yaklaştığını savunmaktadır. Adil yargılanma ise, yargı makamlarının yerine getirmeleri gereken bir görev değil, birçok uluslararası belge ile kişilere tanınmış bir haktır. Gerçekten de, hukukun öngördüğü kurallara uygun yani “doğru” olan her yargılamanın adil olduğunu söylemek kanımızca da güçtür.

²³ Sibel İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Tıpkı 4. Baskı, Beta Yayınları İstanbul 2013**, s. 2-3. Yazar, “*fair trial*” ile “*fair hearing*” kavramlarının birbirine karıştırılmasını engellemek gerektiğini belirtmektedir. “*Fair trial*” kavramının adil yargılanma kavramının karşılığı olduğunu, “*fair hearing*” kavramının ise “hakkaniyete uygun yargılama” kavramına karşılık geldiğini ve adil yargılanma kavramının bir alt unsuru olduğunu dile getirmektedir. Kanımızca “*fair hearing*” kavramı, aşağıda inceleyeceğimiz ve gerçekten de adil yargılanma kavramının ve hakkaniyete uygun yargılamanın en önemli unsurlarından biri olan “hukuki dinlenilme” kavramının karşılığıdır. Ayrıca bkz. Kaşıkara, s. 245. Yazar, “yargılama” ile “yargılanma” kelimelerinin kullanımı açısından da doktrinde farklı yaklaşımlar olduğu, “yargılama” teriminin öznesi bakımından “yargılanma” terimine göre çok daha kısıtlayıcı bir anlam ifade ettiği yönünde görüşlere yer vermiştir (s. 246-247). Ayrıca bkz. Çelik, s. 27-28. Gerçekten de adil yargılanma ilkesinden ve bu ilkenin kapsadığı haklardan faydalanması gereken “özne” düşünüldüğünde, “adil yargılanma”ya sadece yargı organlarının görevi gereği uyması gereken kurallar bütünü olarak bakılmamalı, yargılanan ve hakkında hüküm verilen ya da bir yargılama sonucunda verilen hükümden etkilenen kişilerin asıl ve tek “özne” olarak adil yargılanma hakkından mümkün

Kanımızca adil yargılanma ilkesi ve bu ilkeye bağlı haklar ile ilgili olarak “terimsel” tartışmalardan çok kavramsal olarak hakkın ifade ettikleri üzerinde durulmalıdır. Zira “adil yargılanma” bir ilke olarak yargılamanın hem özünü hem de temelini oluşturmaktadır.²⁴ Doktrinde, “adil yargılanmanın gereklerine uygun olmayan” bir yargılamanın yok hükmünde sayılması gerektiği savunulmaktadır.²⁵ Gerçekten de, adil olmayan bir yargılama yapmak yerine yargılamanın hiç yapılmaması çok daha doğrudur.²⁶ Zira adil olmayan bir yargılama sonucu verilecek olan hükmün, adil bir yargılama sonucu verilmiş bir hüküm gibi sonuç doğuracağı gerçeği karşısında, söz konusu hükmün hiç var olmaması, hükmün yaratacağı etkiler bakımından çok daha doğrudur. Dolayısıyla adil yargılanma ilkesini ve bu ilkenin temsil ettiği hakları ifade etmek üzere, hangi terim tercih edilirse edilsin, önemli olan bu hakları mümkün olduğunca kapsayan ve mümkün olduğunca geniş bir yoruma olanak sağlayan ifadeye ulaşmaktır. Diğer taraftan, uluslararası uygulama açısından yeknesak ve kavramsal olarak Türkçe karşılığı bire bir ifade eden terimi tercih etmekte de büyük fayda vardır. Bu nedenle, çalışmamızda, aşağıda ayrıntılı bir şekilde ele alacağımız Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin resmi tercümesinde ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda kullanılan terim olarak “adil yargılanma” terimini kullanacağız.

Adil yargılanma ilkesi ve bu ilkenin doğurduğu hakkın içerdiği unsurları koruyan diğer tüm hakların temeli insan onuruna²⁷ ve hukuk devleti ilkesine dayanmaktadır.²⁸ Demokratik yönetimin temel öğelerinden biri olan hukukun

olduğu kadar etkili bir şekilde faydalandırılmalarına odaklı bir yaklaşım ve yorum benimsenmelidir. Ayrıca bkz. Hüseyin Turan, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, Adalet Yayınevi Ankara 2016, s. 60-61; Güray Erdönmez, **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 846. Yazar, adil yargılanma hakkının, yargılamaya katılanları, yargılamanın “objesi” olmaktan çıkarıp, yargılamaya etki edebilmelerine olanak tanıdığını belirtmektedir.

²⁴ Doktrinde adil yargılanma kavramı, “hakların güvence altına alınmasının güvencesi (*garantie de la garantie des droits*) olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Guinchard, **Le procès équitable**, s. 185.

²⁵ Matscher, **Case-Law**, s. 11.

²⁶ “Adil yargılanma hakkı, gerçek hukuki korunmayı da içermektedir. Aksi takdirde, hukuk devletinde yargılama temin edilmemiş olur.” Bkz. Pekcanitez, **Adil Yargılama**, s. 37.

²⁷ “İnsan onuru, yalnızca bir kimsenin kendisine atfettiği ya da toplumun o kimseye verdiği değer (şeref ve haysiyet) anlamında olmayıp, aynı zamanda genel, soyut ve etik bir değerdir. Bu bakımdan mutlak ve evrensel bir değer taşır” (Bkz. Akıllıoğlu, s. 5).

²⁸ İnceoğlu, s. 4; Erdönmez, **Pekcanitez Usûl** s. 846; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/ Muhammet Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, 14. Baskı, Yetkin Yayınları Ankara 2013, s. 380; Muhammet Özekes, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Yetkin Yayınları Ankara 2003, s. 22.; Gülnur Erdoğan, **Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı**, Adalet Yayınevi Ankara 2011, s. 7-8; Peter Mock, **Le droit à un procès équitable en matière civile**, *Revue Trimestrielle des droits de l’homme* 6 ème année No:21 Janvier 1995, s. 385; Denys Simon, **Unité des fondements du droit à un procès équitable**, *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l’Union Européenne*, Nemesis Anthemis 2012, s. 48-50.

üstünlüğü ilkesi de adil yargılanma kavramının içinde yer almaktadır.²⁹ Adil yargılanma ilkesi, bir kişinin toplumdaki statüsüne bakılmaksızın, ırk, din, dil, sosyo-ekonomik ya da kültürel hiçbir ayırım ya da sınıflandırılmaya tabi tutulmaksızın, herhangi bir yargılama faaliyeti söz konusu olduğunda, bireylerin kendilerini güvende hissetmelerini sağlayabilecek belki de tek temel ilke ve haktır. Bu yönüyle adil yargılanma hakkının ihlali temel hak olan kişi özgürlüğünün de ihlali olarak kabul edilmektedir.³⁰ Adil yargılanma hakkına, hakkın önemi açısından “bireylerin yargılama karşısındaki yaşam hakkı” demek yanlış olmayacaktır. Adalet, kavram olarak, adil yargılanma ilkesi ve bu ilkenin sağladığı haklar çevresinde şekillenmekte, adil yargılanma ilkesinin uygulanması ile vücut bulmaktadır.³¹ Şu halde, doktrinde ifade edilen temel işlevlerinin yanında,³² belki de en önemli işlevi olarak, adil yargılanma hakkının bireylerin hukuk devletine inanmalarını sağlamak olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Adil yargılanma hakkının korunmasının yargılama faaliyeti bakımından nasıl bir öneme sahip olduğunu, hakkın felsefi temellerinin ötesinde, demokratik hukuk devletinin olmazsa olmaz asgari gereklerinin ancak bu hakkın korunması ile sağlanabileceği gerçeği anlatmaktadır.³³ Bireylerin hukuk devletine olan güvenlerini tesis etmek ve bu güvenin devamını sağlamak ancak ve ancak adil yargılanma hakkının yasalarla tanınması ve uygulamada da fiilen korunması ile mümkündür. Dolayısıyla, adil yargılanma hakkının iki yönlü denetim işlevi olduğu söylenebilir:

²⁹ Gilliaux, s. 6; Mock, s. 385; Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi Ankara 2013**, s. 266. Ayrıca bkz. Catherine Lardon-Galeote, “Rapport de synthèse”, **Aide judiciaire et accès à la justice en Europe, Padova 1989**, s. 137: “Adil yargılanma hakkının gereklerine uymayan bir devlet zorba veya anarşik olmaktan (tiranlıktan) öteye geçemez.”

³⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 380; Erdoğan, s. 34; Turan, s. 79; Kaşıkara, s. 249. Yazar, adil yargılanma hakkının “uluslararası alanda güvence altına alınmış en temel haklardan birisi” olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca bkz. Etienne Grisel, **The Right to A Fair Trial in Swiss Law, The Right to A Fair Trial, European Commission for Democracy Through Law, Council of Europe Publishing Strasbourg 2000**, s. 72.

³¹ Erdoğan, s. 8.

³² Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 192. Yazar, adil yargılanma hakkının üç temel işlevi olduğunu belirtmiştir. Buna göre, adil yargılanma hakkı öncelikle devletin yargı fonksiyonunu düzenleyerek yargılamanın doğru ve adil biçimde sonuçlandırılmasını amaçlar. İkinci olarak, adil yargılanma hakkı yargılananların yargılamaya ve hükme etki etmelerine olanak sağlamaktadır. Son olarak, adil yargılanma hakkı, yargılama sırasında yaşanabilecek ağır insan hakkı ihlallerinin önlenmesi açısından bir “emniyet sübabı”dır. Tüm bu işlevleri göz önüne alındığında, “adil yargılanma hakkı, tüm yargılamalar bakımından geçerlilik taşıyan, etik bir temeli de bulunan usulî bir genel şart”tır.

³³ “Çağdaş tüm hukuk sistemlerinde adil yargılanma hakkı; “hukukun varlık nedeni, yargılamanın gerçek nedeni ve amacı olan adalete ulaşmanın tek ve güvenilir yolu “ olarak kabul edilmektedir. Gerçekten hukuk devleti olmanın, “hukukun üstünlüğünü” sağlamanın, insan hak ve özgürlüklerini koruyup, teminat altına almanın temel koşulu adil yargılanma hakkıdır” Bkz. Erdoğan, s. 17.

yasama faaliyetinin denetimi ve adli uygulamanın denetimi.³⁴ Zira, bir hak ancak o hakka sahip herkesin o haktan yararlanmasını sağlayacak düzenlemeler yapıldığı zaman varlık kazanır, ancak o zaman güvence altına alınmış olur.³⁵ Gerçek anlamda hukuk devletinden söz edebilmek için bireylere haklarını yargı mercileri marifetiyle elde etme imkânı verilerek hukuk güvenliğini ön planda tutan bir devlet düzeni kurulması gerektiği açıktır.³⁶ Bu sağlanmadığı takdirde, bireylerin hukuk önünde eşitlerinden de söz edilemeyecektir.³⁷

Adil yargılanma hakkının temel bir insan hakkı olarak kabulü, bu hakkın güvence altına alınması ve gereklerinin yerine getirilmesi konusunda, “hakkın muhatabı ya da yükümlüsü” olarak yargılama makamlarını ya da daha genel anlamıyla devleti işaret etmektedir.³⁸ Devlet, bizzat hak alma (ihkâk-ı hak) yasağı sebebiyle, bireylerin sübjektif haklarının etkin bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlamakla yükümlüdür.³⁹ Çağdaş hukuk devletlerinin bu konuda gerek uluslararası hukuktan kaynaklanan, gerekse kendi iç hukuklarından kaynaklanan pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır.⁴⁰ Bu nedenledir ki, adil yargılanma hakkının, “devletin yargı fonksiyonunu bizzat sınırlandırması” anlamına geldiği ifade edilmektedir.⁴¹ Aşağıda bu pozitif yükümlülüklerin düzenlendiği bazı uluslararası ve ulusal temel metinlerdeki adil yargılanmaya ilişkin düzenlemelere yer verilecektir.

B. Adil Yargılanma Hakkının Düzenlendiği Temel Kaynaklar ve Adil Yargılanma Hakkının Biçimsel (Kurumsal) Unsurları

1. Adil Yargılanma Hakkının Temel Metinlerdeki Görünümü

Adil yargılanma hakkı insan haklarına ilişkin temel metinlerde düzenlenen hakların başında gelmektedir. *Magna Carta Libertatum*’dan 04.07.1776 tarihli

³⁴ Guinchard, *Le procès équitable*, s. 186-187.

³⁵ Tezcan/Erdem/ Sancakdar, s. 43.

³⁶ Ayvaz Cebre, *Hak Arama Yolları ve Adil Yargılanma Hakkı, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD) Cilt:1 Sayı: 5*, s. 374.

³⁷ Grisel, s. 72.

³⁸ Turan, s. 62.

³⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 49-50; Mine Akkan, *Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi 2007/I*, s. 44; Georges Flécheux, *L'accès au droit, Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, (éd.) Catherine Teitgen-Colly, *Nemesis Bruylant 2002*, s. 177-178. Yazar, AİHS’in, Sözleşme ile tanınan hakların etkinliği üzerine kurulu olduğunu dile getirmektedir.

⁴⁰ Erdoğan, s. 14. Yazar, bir hukuk devletinde, devletin hukuku korumasının amaç olmadığını; amacın, devletçe hukukun yerine getirilerek adaletin sağlanması olduğunu ifade etmektedir (s. 16).

⁴¹ Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, s. 845.

Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi'nin ve Amerikan Anayasası'nın esas aldığı Virjinya Haklar Bildirisi'ne⁴², 1789 Fransız İhtilali ile ortaya çıkan ve Fransız Anayasası'nın⁴³ temelini oluşturan “İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi”nden⁴⁴, Türkiye'nin de aralarında bulunduğu 48 devlet tarafından kabul edilerek Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu'nda ilan edilmiş olan ve insan haklarının tanınması konusunda ilk çağdaş belge olarak kabul edilen BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ne⁴⁵ kadar birçok insan hakları belgesinde adil yargılanma hakkının unsurlarına rastlamak mümkündür.

BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 10. maddesi uyarınca “*Herkesin, hak ve yükümlülükleri belirlenirken ve kendisine bir suç yüklenirken, tam bir şekilde davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakça (hakkaniyetli) ve açık olarak görülmesini istemeye hakkı vardır.*” Madde “sözünde olmasa da özünde” çok net bir biçimde adil yargılanma hakkını düzenlemektedir. BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi kişilerin tüm hak ve yükümlülüklerini kapsayacak şekilde geniş ve fakat fazla ayrıntıya girmeyen sade bir anlatıma yer vermiştir.

Avrupa Konseyi tarafından 04.11.1950 tarihinde kabul edilerek imzalanan ve 03.09.1952 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)⁴⁶ ise, kavram olarak “*adil yargılanma*” hakkından bahseden ilk ve en önemli uluslararası belge olmuştur.⁴⁷ Common Law sisteminde eskiden beri bilinmesine rağmen, adil yargılanma hakkının AİHS'in kabulü ile önem ve ağırlık kazanmaya başladığı ifade

⁴² 12.06.1776 tarihli Virjinya Haklar Bildirisi'nin metni için bkz. The Virginia Declaration of Rights http://www.archives.gov/exhibits/charters/virginia_declaration_of_rights.html; erişim tarihi: 05.02.2016).

⁴³ 04.10.1958 tarihli Fransız Anayasası'nın metni için bkz. Constitution de le République française du 4 Octobre 1958; <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>; erişim tarihi: 06.02.2016

⁴⁴ 26.08.1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'nin metni için bkz. Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (article 7), <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>. (05.02.2016). Ayrıca bkz. Çelik, s. 10-11.

⁴⁵ 10.12.1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin metni için bkz. <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>; erişim tarihi: 05.02.2016.

⁴⁶ Türkiye Cumhuriyeti, AİHS'yi 18.05.1954 tarihinde onaylamıştır (R.G. 19.03.1954 - S. 8662). AİHS'in metni için bkz. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf; erişim tarihi: 02.02.2016.

⁴⁷ Sezin Aktepe Artık, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, Seçkin Yayıncılık Ankara 2014, s. 43; Yaşar Demircioğlu, **Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri, Yetkin Yayınları Ankara 2007**, s. 47; Çelik, s. 27. Yazar, “*adil yargılanma ilkesinin milletlerarası geçerliliği olan bir metinde ve taraflar için bağlayıcı kurallar olarak bir sözleşme hükmü kimliğinde ifadesini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde bulduğunu*” belirtmektedir. Ayrıca bkz. Kaşıkara, s. 234; Erdoğan, s. 28.

edilmektedir.⁴⁸ AİHS'in, adil yargılanma hakkına evrensel nitelik kazandırarak, hakkın uygulanmasını "insan hakkı" temeline oturttuğu ifade edilmektedir.⁴⁹ Ayrıca adil yargılanma hakkının "Avrupa ortak anayasal düzeninin temel bir değeri olarak" kabul edilmesinde AİHS'in katkısı büyüktür.⁵⁰

BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 10. maddesinin aksine AİHS, "adil yargılanma" kavramını kullanmakla kalmamış, hakkın sağladığı güvenceleri çok daha ayrıntılı bir biçimde düzenlemiştir. AİHS'in 6. maddesinin 1. fıkrası aşağıdaki şekilde kaleme alınmıştır: "*Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.*"⁵¹

⁴⁸ Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 191. Bununla birlikte, adil yargılanma hakkının "kavramsal olarak bugün kavuşturduğu hukuki olgunluktan önce de, temel bir üst norm, bir hukuk etiği kuralı, hukuk bilincinin yansıması olarak hukuki refleks şeklinde önemini koruduğu" dile getirilmektedir. Bkz. Ayşe Kılınç, **Medeni Usul Hukukunda Adli Yardım, Adalet Yayınevi 2013**, s. 127.

⁴⁹ **Erdoğan**, s. 28; **Aktepe Artık**, s. 30. Yazar, 20. yüzyıla kadar insan haklarının korunması düşüncesine rastlanmakla birlikte, uygulamada "evrensellik perspektifine" ulaşamadığını ifade etmekte, örnek olarak da Virjinya Haklar Bildirisi'nde insan haklarının sadece beyazlara tanındığını, 20. yüzyılın başında kabul edilen anayasalarda ise hakkın süjesi olarak insanın değil vatandaşın ele alındığını göstermektedir.

⁵⁰ **Tezcan/Erdem/ Sancakdar**, s. 303.

⁵¹ Hükmün 2 ve 3. fıkraları şu şekildedir: "2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;
b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;
c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;
d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;
e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak."

Adil yargılanma hakkını düzenleyen m. 6 /f. 1 hükmünün genel hüküm niteliğinde olduğundan hem medeni yargıda hem de ceza yargısında uygulama alanı bulduğu, 2. ve 3. fıkraların ise "bir suç ile itham edilen herkes" ifadesi ile başlaması nedeniyle bu fıkraların ceza yargılamasına yönelik kuralları içerdiği ifade edilmekle birlikte (bkz. Olgun Akbulut, **Adil Yargılanma Hakkı (AİHS m. 6)**, **GSÜHFD Yıl:1 Sayı:1 Ocak 2002**, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, s. 178; **Schroeder**, s. 12; **Cüneyd Altıparmak**, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları**, **TBB Dergisi Yıl: 2006 Sayı: 63**, s. 244), 2 ve 3. fıkralarda yer alan

Görüldüğü üzere, AİHS m. 6/ f. 1’de ceza yargısı dışında, “medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıklar”a ilişkin haklar güvence altına alınırken, m. 6/f. 2 ve 3’de bir kişinin suç isnadı ile karşı karşıya kalması halinde sahip olacağı haklar düzenlenmektedir. Bununla birlikte AİHM, m. 6/f. 2 ve 3’ü f.1 ile bağlantılı şekilde yorumlamaktadır.⁵² Çalışmamızın konusu açısından önemli olan m. 6 /f. 1’in uygulanmasında önem arz eden bazı noktalara ve fıkra da yer alan “medeni hak ve yükümlülük” kavramına aşağıda ayrıca değineceğiz.⁵³

bazı hakların belirli şartlarda ve uygulanabildiği ölçüde medeni yargıda da uygulama alanı bulabileceği dile getirilmektedir. Bkz. **Aktepe Artık**, s. 44; Pekcanitez, **Adil Yargılama**, s. 49. Madde metninden de, 2. ve 3. fıkraların, 1. fıkranın yani genel kuralın “*uzantısı ve doğal sonuçları*” olduğu anlaşılabilmektedir. Bkz. **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 267; **İnceoğlu**, s. 6; **Turan**, s. 65-66; **Schroeder**, s. 12. Zira Sözleşme’nin Fransızca metninde m. 6 / f. 3’ün başında “her sanık / bir suç ile itham edilen herkes, “özellikle” aşağıdaki haklara sahiptir” (“*Tout accusé a droit notamment à...*”) şeklinde, İngilizce metninde ise “bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir” (“*Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:...*”) şeklinde bir ifade kullanılmıştır. Bu ifadeler, 1. fıkra da genel çerçevesi çizilen adil yargılanma hakkının 3. fıkra da sayılan haklardan daha fazlasını tanıdığını, 3. fıkra da yapılan sayımın sınırlı olmadığını, söz konusu hakların örnek olarak belirtildiğini anlatmaktadır. Bkz. Christos Rozakis, **The Right to a Fair Trial in Civil Cases**, **Judicial Studies Institute Journal** [4:2 2004], s. 97; **Schroeder**, s. 12; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 267. Ayrıca bkz. AİHM *Hadjianastassiou – Yunanistan* kararı prgf. 31 (Karar Tarihi: 16.12.1992 / Başvuru No. 12945/87); AİHM *Rowe and Davis – Birleşik Krallık* kararı prgf. 59 (Karar Tarihi: 16.12.2000 / Başvuru No. 28901/95); AİHM *Edwards – Birleşik Krallık* kararı prgf. 33 (Karar Tarihi: 16.12.1992 / Başvuru No. 13071/87); AİHM *Idalov – Rusya* kararı prgf. 169 (Karar Tarihi: 22.05.2012 / Başvuru No. 5826/03); AİHM *Georgios Papageorgiou – Yunanistan* kararı prgf. 35 (Karar Tarihi: 09.05.2003 / Başvuru No. 59506/00). Bu nedenle AİHM, m. 6 /f. 2 ve 3’ün ihlali ile ilgili verdiği kararlarda, f. 1 ile bağlantı kurarak sonuca varmıştır. Bkz. **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 268. Ayrıca bkz. AİHM *Deweert – Belçika* kararı prgf. 56 (Karar Tarihi: 27.02.1980 / Başvuru No. 6903/75); AİHM *Unterpertinger – Avusturya* kararı prgf. 29 (Karar Tarihi: 24.11.1986 / Başvuru No. 9120/80); AİHM *Artner – Avusturya* kararı prgf. 19 (Karar Tarihi: 28.08.1992 / Başvuru No. 13161/87); AİHM *Van Geyseghe – Belçika* kararı prgf. 27 (Karar Tarihi: 21.01.1999 / Başvuru No. 26103/95); AİHM *Artico – İtalya* kararı prgf. 32 (Karar Tarihi: 13.05.1980 / Başvuru No. 6694/74); AİHM *Ciprian Vladut and Ioan Florin Pop – Romanya* kararı prgf. 75 (Karar Tarihi: 16.07.2015 / Başvuru No. 44304/07); AİHM *Baltea – Romanya* kararı prgf. 50 (Karar Tarihi: 16.07.2013 / Başvuru No. 142/04); AİHM *Niculescu – Romanya* kararı prgf. 109 (Karar Tarihi: 25.06.2013 / Başvuru No. 25333/03). Doktrinde, m. 6 / f. 2 ve 3’de belirtilen hakların *mutadis mutandis* medeni hakka ilişkin yargılamalarda da uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir. **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 268; **İnceoğlu**, s. 6 ve s. 219; **Turan**, s. 66; Ergül, **Bireysel Başvuru**, s. 233; Jacques Velu, **La Convention européenne des droits de l’homme et les garanties fondamentales des parties dans le procès civil**, **Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil/ Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation**, edited by/sous la direction de Mauro Cappelletti et Denis Tallon, Milano, A Guiffre; Dobbs Ferry, N.Y., Oceana, 1973, s. 252; Franz Matscher, **Quelques développements récents de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme au sujet des garanties procédurales en matière civile**, “**Droit et Justice, Mélanges en l’honneur de Nicolas Valticos**, sous la direction de René-Jean Dupuy, Edition A. Padone 1999, s. 451. Bununla birlikte, f. 2 ve 3’de belirtilen hakların medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanması bakımından “azaltılmış” bir etkiden bahsedilmektedir. Bkz. Matscher, **Mélanges en l’honneur de Nicolas Valticos**, s. 451. Sonuç olarak, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin yargılamalarda adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğine dair yapılacak incelemelerde sadece m. 6 / f. 1 değil, f. 2 ve f. 3 de uygulanacaktır.

⁵² **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 268.

⁵³ Bkz. aşağıda “AİHS’in 6. Maddesi Çerçevesinde “Medeni Hak ve Yükümlülük” Kavramına Genel Bakış” başlıklı bölüm.

AİHS m. 6, adil yargılanma hakkını, BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ne oranla çok daha ayrıntılı bir biçimde düzenlemektedir. Örneğin makul sürede yargılanma hakkı BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 10. maddesinde açıkça yer bulmamıştır. Bununla birlikte, Beyanname'nin AİHS gibi imzacı devletlerde uygulama yükümlülüğü doğuran bir belge olması varsayımında, 10. maddedeki ifadenin makul sürede yargılanma dahil adil yargılanma hakkının tüm unsurlarını garanti altına alabilecek nitelikte olduğu, maddenin sadeliğinden bazı hakların göz ardı edildiği sonucunun çıkarılamayacağı kanaatindeyiz. Zira aksinin kabulü, maddenin özüne ve amacına aykırı bir şekilde yorumlanması anlamını taşıyacaktır.⁵⁴

Nitekim, BM Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli kararıyla imzaya açılan ve 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin⁵⁵ 14. maddesinde “adil yargılanma hakkı” başlığı altında çok daha ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Anılan düzenleme uyarınca, “*Herkes mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşittir. Herkes, hakkındaki bir suç isnadının veya hak ve yükümlülükleri ilgili bir hukuki uyumsuzluğun karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş, yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir.(...)*”

Son olarak, adil yargılanma hakkı, 26.10.2012 tarihinde yayınlanan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 47. maddesinde etkin başvuru ve adli yardım hakkını da kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. “Etkin Başvuru ve Adil Yargılanma Hakkı” başlıklı 47. maddesi uyarınca “*Birlik hukuku tarafından teminat altına alınan hakları ve özgürlükleri ihlâl edilen herkes, bu maddede düzenlenen koşullara uygun biçimde, mahkemeye başvurarak etkili bir hukuki çözümden yararlanma hakkına sahiptir. Herkes, önceden kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkemede, makul bir süre içinde, adil ve halka açık bir yargılamadan yararlanma hakkına sahiptir. Herkes, danışma, savunma ve temsil edilme imkânlarından yararlanır. Adalete etkili*

⁵⁴ BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi uluslararası hukuk anlamında “taraf” devletlere uygulama yükümlülüğü ve yaptırımı getirmeyen bir belge olmakla birlikte, “*insan hak ve özgürlüklerinin somut bir açıklığa kavuşturulması*” açısından çok önemli bir belgedir. Bu yönüyle Beyanname, kabul edildiğinden bu yana, ulusal ve uluslararası düzeyde etkisini göstererek birçok sözleşmeye esin kaynağı olmuştur (Bkz. **Aktepe Artık**, s. 42).

⁵⁵ Sözleşmenin metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf>. (03.02.2016).

erişim amacıyla gerekli olduğu halde yeterli kaynağı olmayan kişilere yasal yardım sağlanır.”⁵⁶

Uluslararası hukukta yer alan ve yukarıda yer verdiğimiz metinler adil yargılanma hakkını Türk hukukundan çok daha önce düzenlemiştir. Türk hukukunda hak arama özgürlüğünün, adil yargılanma hakkının ve bu hakkın unsurları arasında yer alan mahkemeye erişim, etkin hukuki koruma, hukuki dinlenilme hakkı gibi hakların dayandığı temel metin TC. Anayasası’dır.⁵⁷ Anayasa’nın “Genel Esasları” arasında yer alan 2. maddesinde, diğer temel özelliklerinin yanında Türkiye Cumhuriyeti’nin insan haklarına saygılı, demokratik bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. “Temel Haklar ve Ödevler” başlıklı ikinci kısımda ise hak arama hürriyeti (m. 36), kanuni hakim güvencesi (m.37) düzenlenmiş, temel hak ve hürriyetlerin korunması (m. 40) güvence altına alınmıştır. Yine Anayasa’nın “Cumhuriyetin Temel Organları” başlıklı üçüncü kısmının üçüncü bölümünde “Yargı Organları” düzenlenmiş ve bu bölümde de mahkemelerin bağımsızlığı (m. 138), hakimlik ve savcılık teminatı (m.139), duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması gerekliliği (m. 141) gibi adil yargılanma hakkının çatısı altında bulunan bazı haklara yer verilmiştir.

Aslında “adil yargılanma” ibaresi Anayasa’nın 36. maddesine 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun”un (RG. 17.10.2001/ S. 24556-Mükerrer)⁵⁸ 14. maddesiyle eklenmiştir. Bu ekleme yapılmadan önce, her ne kadar adil yargılanma hakkının

⁵⁶ Anılan Şart, 07.12.2000 tarihinde Nice’de imzalanan ve Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi’nde 18 Aralık 2000 tarihinde yayınlanan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartını (OJ C 364, 18.12.2000) yürürlükten kaldırmıştır. Bkz. Charter of Fundamental Rights of the European Union; <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=EN>; erişim tarihi: 03.02.2016). 07.12.2000 tarihli Şart’ın tercümesi için bkz. <http://www.eskisehirab.gov.tr/userfiles/files/AVRUPA%20BİRLİĞİ%20TEMEL%20HAKLAR%20ŞARTI.pdf>; erişim tarihi: 03.02.2016. 07.12.2000 tarihli Şart’ın adil yargılanma hakkına ilişkin düzenlemeleri hakkında incelemeler için bkz. Gilliaux, s. 35-40 vd ve s. 59 vd.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın “Düzgün Yönetim Hakkı (droit à une bonne administration) başlıklı 41. maddesi adil yargılanma güvencelerini “yargılama” kavramı dışına taşıyarak, herkesin kendisi ile ilgili meselelerin, AB kurumları tarafından tarafsız ve hakkaniyete uygun bir şekilde ve makul sürede çözülmesini talep hakkına sahip olduğunu düzenlemektedir. Madde ile ilgili ayrıntılı incelemeler için bkz. Diana-Urania Galetta, **RTD. Eur 2013**, s. 77 vd. Ayrıca bkz. Caroline Picheral/Laurent Coutron (Directeurs), **Charte des droits fondamentaux de l’Union Européenne et Convention Européenne des droits de l’homme**, Bruylant 2012.

⁵⁷ Kanun No: 2709, Kabul Tarihi: 07.11.1982. T.C. Anayasası’nın metni için bkz. <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>. (01.02.2016). Hak arama özgürlüğü ilk olarak 1961 Anayasası’nda, 1982 Anayasası’nın ilk halinde düzenlendiği şekliyle yer almaktaydı. Bkz. 1961 Anayasası’nın ilk metni, <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1961/1961-ilkhali/1961-ilkhali.pdf>. (01.02.2016).

⁵⁸ Kanun metni için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/10/20011017M1.htm> (03.02.2016).

unsurlarına yer verilmiş ise de, adil yargılanma hakkı terim olarak açık bir şekilde Anayasa’da yer almamaktaydı.⁵⁹ Tabii ki bu durum adil yargılanma hakkının, Anayasa’da açıkça yer bulan unsurları da kapsayacak şekilde güvence altına alınmasına engel oluşturmamaktaydı. Zira Anayasa’nın yukarıda adı geçen ve Türkiye Cumhuriyeti’nin temel özelliklerini ifade eden 2. maddesindeki “insan haklarına saygılı, demokratik hukuk devleti” ibaresinin varlığı bile adil yargılanma hakkının tanınması ve güvence altına alınması için yeterlidir.⁶⁰

Anayasa’nın 36. maddesinde “*herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*” denilmektedir. T.C. Anayasası’nın 36. maddesinde adil yargılanma hakkının düzenlenişi açısından eleştiriye açık birçok nokta yer almaktadır. Maddede “iddia ve savunma ile adil yargılanma” haklarından bahsedilmektedir. Bu ifade kanun koyucunun bu iki hakkı birbirinden ayırdığı izlenimini yaratmaktadır. Ayrıca “davacı ve davalı olarak” denilerek bu haklardan kimlerin yararlanabileceği de belirtilmiştir. Ancak, aşağıda açıklanacağı üzere, adil yargılanma hakkı sadece davacı ve davalıya değil, yargı mercii önünde kendisini ifade etmek durumunda kalan herkese ait olan bir haktır. Diğer taraftan, iddia ve

⁵⁹ Aynı durum 1961 Anayasası için de geçerli idi. Kurucu Meclis’de 27.05.1961 tarihinde kabul edildikten sonra 20.07.1961’de kanun olarak Resmi Gazete’de yayınlanan 1961 Anayasası’nın 2. maddesinde “*Türkiye Cumhuriyeti’nin insan haklarına dayanan millî, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu*” belirtilmiştir. Yine, doğal hakim ilkesini (m. 32), mahkemelerin bağımsızlığını (m. 132), hakimlik teminatını (m.133) ve duruşmaların aleni ve kararların gerekçeli olması gerektiğini (m.135) düzenleyen maddeler adil yargılanma açısından önem arz eden maddelerdir.

⁶⁰ **Aktepe Artık**, s. 34. **İnceoğlu**, s. 2. Yazar, adil yargılanma hakkının anayasalarda tanınması veya tanınmaması, hukuk devleti kavramının adil yargılanma hakkının içerdiği hak ve ilkeleri hukuk sistemlerinin bir parçası haline getirmeyi zorunlu kıldığını ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi E. 2015/36 K. 2015/87 sayılı ve 8.10.2015 tarihli kararında da (RG. 28.10.2015-S. 29516) “*Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren ve hak arama özgürlüğünün önündeki engelleri kaldıran devlettir.*” denilmektedir. Anayasa Mahkemesi E. 2011/54 K. 2011/142 sayılı ve 20.10.2011 tarihli kararında (RG. 29.12.2011-S. 28157) şu ifadeyi kullanmıştır: “*Anayasanın 2. maddesinde, Cumhuriyet’in nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan her alanda bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, konulan kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçülerini göz önünde tutan, hakların elde edilmesini kolaylaştıran, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık ve hak arama özgürlüğünün önündeki engelleri kaldıran devlettir.*”

Anayasa Mahkemesi birçok kararında hukuk devletini benzer şekilde tanımlamıştır (Bkz. Anayasa Mahkemesi E. 2001/343 K. 2002/41 sayılı 27.03.2002 tarihli kararı; Anayasa Mahkemesi E. 2015/47 K. 2016/11 sayılı 10.02.2016 tarihli kararı; Anayasa Mahkemesi E. 2015/5 K. 2015/82 sayılı 10.09.2015 tarihli kararı). Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin de adil yargılanma talebinin hukuki temelini hukuk devleti ilkesine dayandığı belirtilmektedir Bkz. Pekcanitez, **Adil Yargılama**, s. 38. Ayrıca bkz. Yavuz Alangoya, **Anayasa’nın Medeni Usul Hukukuna Etkisi**, MHB Sayı: 2 Yıl: 1981, s. 2-4.

savunma hakkı da adil yargılanma hakkının kapsadığı unsurlardan sadece biridir.⁶¹ Ayrıca, “yargı merciileri önünde” denilerek adil yargılanma hakkının kapsamının ve uygulama alanının daraltıldığı izlenimi oluşmaktadır.⁶² “Hak arama özgürlüğü” başlıklı bir maddeye sonradan ekleme yapılması sonucu ortaya çıkan bu durum, adil yargılanma hakkının ayrı bir madde ile düzenlenmesi gerektiğini göstermektedir. Ne var ki, Türkiye Cumhuriyeti’nin uluslararası yükümlülükleri çerçevesinde çok daha önce anayasal kimliğe kavuşturulması gereken adil yargılanma hakkının bu şekilde dahi olsa Anayasa’da yer alması olumlu olarak değerlendirilmelidir.

Diğer taraftan, maddede adil yargılanma hakkının tanımı ve unsurlarına yer verilmemiştir. Bu anlamda, maddenin çok yetersiz olduğu, adil yargılanmaya ilişkin güvencelerin daha açık bir şekilde düzenlenmesi gerektiği savunulabilir.⁶³ Bununla birlikte, maddede adil yargılanmanın unsurlarının tek tek sayılmamasının daha doğru olduğu da düşünülebilir. Doktrinde, hangi hallerde adil yargılanmanın sağlandığını veya hangi hallerde adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini belirtmekten özellikle kaçınıldığı, bu konuda bir genelleme yapılamayacağı, her somut olayın kendi içinde araştırılması gerektiği vurgulanmakta, bu bağlamda, adil yargılanma hakkının içeriğinin belirlenmesinin evrensel standartlara ve AİHS uygulamalarına bırakıldığına dikkat çekilmektedir.⁶⁴ Gerçekten de adil yargılanmanın sınırlarının, gerek ulusal gerekse evrensel hukukun ve uygulamanın gelişimi ile paralel şekilde gitgide genişlemesi sebebiyle, genel hatları dışında tam bir “adil yargılanma tanımı” yapılamamaktadır.⁶⁵

⁶¹ Çalışmamızın ilgili kısmında açıklayacağımız üzere, iddia ve savunma hakkı hukuki dinlenilme hakkını ifade etmek üzere kullanılan terimlerden bir tanesidir. Doktrinde de, Anayasa m. 36’da ifadesini bulan hak arama özgürlüğü ile kastedilenin hukuki dinlenilme hakkı olduğu belirtilmektedir. Bkz. Ramazan Arslan/Süha Tanrıver, **Yargı Örgütü Hukuku, Yetkin Yayınları Ankara 2001**, s. 182.

⁶² AİHS m. 6/f. 1’de ise adil yargılanma hakkının “mahkeme” nezdindeki yargılamalar bakımından uygulama alanı bulacağı düzenlenmektedir. Bu hüküm, adil yargılanma hakkının uygulama alanının T.C. Anayasası m. 36’da yer alan düzenlemeye oranla daha daraltılmış olduğu izlenimini vermektedir. Fakat, aşağıda inceleyeceğimiz üzere, gerek “mahkeme” kavramının geniş yorumu, gerekse hakkın sahip olduğu öneme binaen sadece mahkeme önünde değil, diğer yargı merciileri önünde de “adalet erişimi”i esas alan bakış açısı sayesinde, AİHS m.6/f.1’in T.C. Anayasası m. 36’ya kıyasen adil yargılanma hakkının uygulama alanını daralttığından bahsedilemeyecektir. Bkz. “Dava / Mahkemeye erişim Hakkı” başlıklı bölümde yapılan açıklamalar.

⁶³ Örneğin, 18.04.1999 tarihinde kabul edilen ve 01.01.2000 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Federal Anayasası’nın (Federal Constitution of the Swiss Confederation, of 18.04.1999, (status as of 01.01.2016); <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/201601010000/101.pdf>; erişim tarihi: 05.05.2016) 29. maddesinde “genel usulî güvenceler”e yer verildikten sonra, m. 29a ile açıkça mahkemeye erişim hakkı güvence altına alınmıştır; m. 30, m. 31 ve m. 32’de ise medeni yargıya ve ceza yargısına özgü yargısal güvencelere yer verilmektedir. Ayrıntılı incelemeler için bkz. **Grisel**, s. 74 vd.

⁶⁴ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 380; **Aktepe Artık**, s. 34.

⁶⁵ Bu noktada 18.04.1999 tarihli İsviçre Federal Anayasası’nın adil yargılanma ve usulî temel haklar ile ilgili düzenlemelerine değinmek mümkündür. İsviçre Anayasası, usulî hakları 29-32. maddelerinde

Adil yargılanma hakkının tamamlayıcı unsuru olarak, 40. maddede “*Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkesin, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahip olduğu*” hüküm altına alınmıştır. Bu madde ile anayasal temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak “*hukuki korunmayı isteme hakkı*” düzenlenmektedir.⁶⁶ Böylece, bireylerin temel hak ve özgürlükleri ihlal edildiği takdirde, bu maddeye dayanarak ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılmasını ve giderilmesini talep edebilmelerine imkân sağlanmıştır.

Aşağıda AİHS’de adil yargılanma hakkının düzenlenişine ilişkin ayrıntılı bilgi verilecektir. AİHS m. 6 kapsamında AİHM tarafından kabul edilen kavramlar ve verilen kararlar ile ilgili açıklamalardan sonra, Türk Hukuku açısından adil yargılanma hakkının genel çerçevesini çizmek amacıyla, adil yargılanma ilkesi ve hakkı ile ilgili bazı kavramsal bilgilere ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa’nın 36. maddesi ile ilgili yaptığı açıklamalara yer vereceğiz.

2. AİHM ve Türk Hukukunun Adil Yargılanma Hakkına Genel Yaklaşımı

a. Adil Yargılanma Hakkının AİHS’deki ve Türk Hukukundaki Yeri ve Hakkın Koruduğu Temel Menfaatler

1) Adil Yargılanma Hakkının AİHS Açısından İfade Ettiği Anlam

çok ayrıntılı bir şekilde düzenlemektedir. İsviçre Anayasası m. 29/f. 1 uyarınca, herkes, adli veya idari bir yargılamada, hakkaniyete uygun şekilde ve makul sürede yargılanma hakkına sahiptir. 2. fıkrada ise, herkesin dinlenilme hakkına sahip olduğu ifade edilmekte, 3. fıkrada ise ücretsiz adli yardım ve avukat yardımı hakkı düzenlenmektedir. m. 29/a’da ise, herkesin, istisnai haller dışında, yargısal bir makama erişim hakkı olduğu kabul edilmektedir. Doktrinde, İsviçre Federal Anayasası m. 29-32 hükümlerinin AİHS’in etkisi altında düzenlendiği belirtilmektedir. Bkz. Michel Hottelier, **La CEDH et les règles suisses de procédure- aspects historiques et développements récents, Revue jurassienne de jurisprudence 15 ème année 1/05 (2005)**, s. 15. Yazar, Federal mahkemenin eski içtihatlarında, temel hakların korunması bakımından AİHS hükümlerine dayanmak yerine eski Federal Anayasa hükümlerine öncelik tanındığını, fakat daha sonra, AİHS’in İsviçre hukuku üzerinde git gide artan bir etkiye sahip olduğunu, geline nokta, AİHS ve AİHM kararlarında esas alınan ilke ve hakların Anayasa’da açıkça güvence altına alındığını dile getirmektedir. Bkz. s. 17-24. Ayrıca bkz. Alois Troller, **L’influence de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse sur les droits des parties devant les tribunaux cantonaux en matière de procédure civile, Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil/ Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation**, ed. by/sous la direction de Mauro Cappelletti et Denis Tallon, Milano, A Guiffre; Dobbs Ferry, N.Y., Oceana, 1973, s. 623 vd.

⁶⁶ Akkan, s. 31.

AİHS sistemindeki önemine ve temel hak niteliğine binaen, adil yargılanma hakkı AİHS uygulamasının merkezinde yer almaktadır; öyle ki, 6. maddeyi “konvansiyon içinde küçük bir konvansiyon” şeklinde tanımlamak yanlış olmayacaktır.⁶⁷ AİHM’ye başvuruların bir çoğu adil yargılanma hakkının ihlali ile ilgilidir. 2015 yılı itibariyle, AİHM tarafından Türkiye Cumhuriyeti hakkında toplam 3182 adet karar verilmiştir. Bu kararlardan 2812’sinde AİHS’in ez az bir maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. AİHS’in 6. maddesi ile ilgili ihlal kararı sayısı ise 821’dir. AİHS m. 6’ya ilişkin ihlal kararı sayısı, Türkiye hakkında verilmiş olan ihlal kararları arasında birinci sıradadır. Maalesef ülkemiz AİHM tarafından hakkında adil yargılanma hakkının ihlali kararı verilen ülkeler arasında birinci sıradadır.⁶⁸ Anayasa Mahkemesi tarafından AİHS temelinde incelenmekte olan bireysel başvuru mekanizmasının AİHM’ye yapılan başvuru sayısında bir azalmaya sebep olacağı tahmin edilebilir.⁶⁹ Bununla birlikte, gerek AİHM gerekse Anayasa Mahkemesi’ne yapılan başvuruların sonuçlandırılması zaman aldığından bireysel başvuru yolunun açılmasının sonuçlarının henüz etkin bir biçimde ortaya çıkmadığını da belirtmek gerekmektedir.

AİHS’in 6. maddesi, koruduğu haklar göz önüne alındığında, Sözleşme’de yer alan diğer hakların korunabilmesi açısından “kilit” bir madde olduğu için,⁷⁰ 6. madde Sözleşme’nin ayakta kalabilmesi adına hayati bir öneme sahiptir. Doktrinde, “Sözleşme’nin iç hukuklardaki etkisini arttıran ayrıcalıklı bir araç”, “insan hakları tarihinin köklü bir kurumu”, “Sözleşme’nin önde gelen maddelerinden biri” gibi ifadeler kullanılarak adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddenin önemini altı

⁶⁷ Paul Tavernier, *Faut-il réviser l’article 6 de la Convention Européenne des droits de l’homme?*, *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Nemesis Bruylant Bruxelles 1998, s. 708.

⁶⁸ Türkiye Cumhuriyeti’ni 674 ihlal kararı ile Rusya Federasyonu ve 494 ihlal kararı ile Ukrayna takip etmektedir. İstatistiki bilgiler için bkz. http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2015_ENG.pdf; erişim tarihi: 08.03.2016.

⁶⁹ Bir örnek için bkz. Akın Çakın, *Adalet Erişim, Seçkin Yayınları Ankara 2016*, s. 66’dan naklen, AİHM Koç – Türkiye kararı, prgf. (Karar Tarihi: 24.06.2014 / Başvuru No: 8362/14): “AİHM bireysel başvuru yoluyla hak ihlalinin tespit edildiğini ve zararın tazmin edildiğini belirterek, başvurunun kabul edilmezliğine karar vermiştir.”

⁷⁰ Çelik, s. 28; İnceoğlu, s. 4; Oya Boyar, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adli Yardım ve Adil Yargılanma Hakkı, Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları*, (Editör) Selda Çağlar, Beta Yayınları 2010, s. 189. Aktepe Artık’a göre de, “AİHS m. 6 demokrasi ve hukuk devleti ilişkisiyle olan yakın ilişkisi sebebiyle Sözleşme’nin özünü teşkil etmektedir.” Bkz. Aktepe Artık, s. 45. Ayrıca bkz. Matscher, *Case-Law*, s. 21; Laurence Sinopoli, *Le droit au procès équitable dans les rapports privés internationaux*, Thèse pour le doctorat en Droit (non-publiée) (Université Paris I Panthéon-Sorbonne)s. 81. Yazar, AİHS’in, Sözleşmede yer alan hakların toplu bir şekilde korunduğu hukuki bir sistemi inşa etme amacını taşıdığını ifade etmektedir. Adil yargılanma hakkının bu sisteminde ana yapıtaşı olduğu tartışmasızdır. Aynı yönde bkz. Jean-François Flauss, *Les nouvelles frontières du procès équitable, Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention Européenne des droits de l’homme*, Bruylant Bruxelles 1996, s. 95-101.

çizilmektedir.⁷¹ 6. maddeye verilen bu önem AİHM kararlarında da kendini göstermektedir. Mahkeme, 6. madde ile ilgili olarak verdiği kararlarda, maddenin önemini “hukukun üstünlüğüne” ve “adil yargılamanın demokratik toplumlardaki ve hukuk devletindeki yerine” vurgu yaparak dile getirmekte ve bu nedenle 6. maddenin “*pratik mülahazalara*” feda edilemeyeceğini, maddenin genel hükmü olan 1. fıkranın mümkün olduğu kadar geniş yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir.⁷²

AİHS’in 6. maddesi sadece yargı sürecinin işleyişine değil, yargı organlarının yapısı ve organizasyonuna yönelik adil yargılanma güvencelerini de düzenlemektedir.⁷³ Maddenin genel kural olarak nitelendirilen 1. fıkrasında adil yargılama kavramına dahil olan bazı hak ve unsurlar açıkça sayılmaktadır. Doktrinde, madde metninde adil yargılanma hakkına ilişkin bir tanım verilmediği, hazırlık aşamalarında adil yargılanmanın içerdiği hak ve unsurlara ilişkin bir somutlaştırma yapılmaya çalışıldıysa da, bunun mümkün olmaması sebebiyle soyut kavramlar kullanılması yolunun tercih edildiği belirtilmektedir.⁷⁴

AİHS m. 6 /f. 1 uyarınca, herkes davasının

- * kanunla kurulmuş,
- * bağımsız ve tarafsız
- * bir mahkeme tarafından,
- * hakkaniyete uygun ve
- * kamuya açık olarak,

* makul bir süre içinde görülmesini talep hakkına sahiptir. Bununla birlikte, AİHM’nin 6. maddenin uygulama alanını “genişleten yorumu” nedeniyle, m. 6’da açıkça zikredilmeyen ancak AİHM kararlarından çıkan ve içtihat olarak yerleşmiş

⁷¹ Aktepe Artık, s. 45. “AİHM’ne göre doğru yargılama demokratik toplumda, olmazsa olmaz, üstün bir ilkedir” Bkz. Akıllıoğlu, s. 223. Ayrıca bkz. Gérard Cohen-Jonathan, *Conclusions générales, Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention Européenne des droits de l’homme*, Bruylant Bruxelles 1996, s. 169-170.

⁷² Gözübüyük/Gölcüklü, s. 266; Çelik, s. 29 ve 32; İncoğlu, s. 4; Erdoğan, s. 30; Aktepe Artık, s. 72-73; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 303, Çakın, s. 39; Gilliaux, s. 8; Matscher, *Case-Law*, s. 11; Emel Hanağası, *Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi*, Yetkin Yayınları Ankara 2016, s. 93; Ergin Ergül, *Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması*, Yargı Yayınevi Ankara 2013, s. 233. Ayrıca bkz. AİHM *Delcourt-Belçika* kararı 25. Prgf. (Karar Tarihi: 17.01.1970 / Başvuru No. 2689/65); AİHM *Kostovski-Hollanda* kararı 44. Prgf. (Karar Tarihi: 20.11.1989 / Başvuru No. 11454/85); AİHM *Golder-Birleşik Krallık* kararı 35 ve 36. Prgf. (Karar Tarihi: 21.02.1975 / Başvuru No. 4451/70); AİHM *Moreira de Azevedo – Portekiz* kararı, prgf. 66 (Karar Tarihi: 23.10.1990 / Başvuru No: 11296/84).

⁷³ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 266; Çelik, s. 29.

⁷⁴ Aktepe Artık, s. 72-73.

bazı “zımni” unsurlar da adil yargılanmanın kapsamında değerlendirilmektedir.⁷⁵ Bu çerçevede, m. 6 /f. 1 metni “*yalnızca bir iskelet görevi görmektedir.*”⁷⁶ AİHS m. 6’nın “iskelet görevi” görmesinin dışında, adil yargılanma konusunda asgari standartları ortaya koyduğu, AİHM’nin taraf devletlerin usul hukuklarını “uyumlaştırmaya çalışmak” gibi bir amacı olmadığı dile getirilmektedir.⁷⁷

Doktrinde, adil yargılanma hakkı kapsamındaki haklardan birinin güvence altında olmamasının diğer bazı hakların tanınmasını anlamsız hale getireceği, bu nedenle adil yargılanma hakkının bütünsellik teşkil ettiği ifade olunmaktadır.⁷⁸ Ayrıca, temsil ettiği değerler ve taraf devletlere yüklediği yükümlülükler bakımından, adil yargılanma hakkının “*etkin ve interaktif*” bir ilke olduğu belirtilmektedir.⁷⁹ Adil yargılanma ortamının yerine getirilmesinde taraf devletlere yüklenen olumlu (pozitif) yükümlülüklerin sonuca yönelik olduğu, bu sonuca (sonuç borcuna) ulaşmada taraf devletlerin istediği aracı kullanabilecekleri ifade edilmektedir.⁸⁰

AİHS m. 6 metninde açıkça belirtilen ve biçimsel unsurlar olarak tanımlanabilecek hak ve ilkeler dışında, AİHM içtihadından çıkan adalete erişim hakkı (*right of access to justice; droit d'accès à la justice et au droit*), mahkemeye erişim hakkı (*right of access to a court; droit à un tribunal*), mahkeme önünde hak arama özgürlüğü (*droit au juge*), dava hakkı (*right of action; droit d'action*), adaletin inkârının (*denial of justice; déni de justice*)⁸¹ önlenmesi, taraflar arasında silahların

⁷⁵ Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde “Adil Yargılama”**, AÜSBFD Yıl: 1994 Cilt: 49 Sayı: 1, s. 200; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 267; Çelik, s. 29; İnceoğlu, s. 4; Erdoğan, s. 30-31; Turan, s. 66.

⁷⁶ Aktepe Artık, s. 73. “*Adil yargılanma hakkı, 6. maddedeki unsurları kapsayan, ancak bunlarla sınırlı olmayan genel nitelikli bir haktır.*” Bkz. Kaşıkara, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 98.

⁷⁷ Gilliaux, s. 26.

⁷⁸ Kaşıkara, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 98.

⁷⁹ Bertrand Favreau, “*Aux sources du procès équitable une certaine idée de la qualité de la justice*”, *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruylant Bruxelles 2001, s. 11.

⁸⁰ Gilliaux, s. 28; Jean Claude Soyer et Michel de Salvia, **La Convention Européenne des droits de l’homme, Commentaire article par article**, ed. par Louis Edmond-Pettiti/ Emmanuel Decaux/ Pierre-Henri Imbert, Economica 1999, s. 245.

⁸¹ “*Denial of justice / déni de justice*” teriminin ifade ettiği kavramı tam olarak yansıtan Türkçe tercümesinin ne olması gerektiği gerçekten çok önemlidir. Zira, AİHM adil yargılanma hakkını ele aldığı kararlarında sıklıkla adalete erişim hakkına ve “*denial of justice*” kavramına atıf yapmaktadır. Uygulamada ve doktrinde, “adaletten kaçınma”, “hak dağıtımından kaçınma” (bkz. “kabul edilmiş terimler”, www.mfa.gov.tr/data/Terminoloji/hukuk-terminolojisi-aralik2014.xlsx), “ihkâk-ı haktan imtina” (bkz. Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 21. Baskı, Beta Yayınları İstanbul 2015**, s. 488), “açık adaletsizlik” ve “adil yargılanma hakkının temel unsurlarının açık ihlali” (bkz. Mehmet Öncü, **AİHS’in 6 § 3 e) Hükmü Anlamında Tercüman Yardımından Yararlanma Hakkı**, Hakan Pekcanitez’e Armağan, DEÜHFD Cilt: 16 Yıl: 2014 (Basım Yılı: 2015; Özel Sayı), s. 4459, 5 nolu dn), “düzgün yargılama sağlamamak” (bkz. Aybay/Dardağan Kibar, s. 50), “adaleti yerine getirmekten imtina etmek / kaçınmak” (bkz. Süheyla Balkar Bozkurt,

eşitliği, yargılamada yüz yüzelik (vicahilik ya da çelişiklik), avukat ile temsil hakkı, tercümandan faydalanma hakkı, kararların gerekçeli olarak verilmesi zorunluluğu, hükmün icrasını isteme hakkı, kanun yoluna başvuru hakkı gibi bazı kavram ve haklar da 6. maddenin koruma alanı içinde sayılmaktadır.⁸²

Adil yargılanma hakkının kapsadığı haklar ile bu hakları meydana getiren unsurlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde ve adil yargılanmanın sadece başlamış / devam etmekte olan yargılamaları değil, aynı zamanda yargılamayı başlatmak da dahil olmak üzere, verilen hükmün icrasına kadar geçen süreyi kapsadığı göz önüne alındığında, AİHM'in 6. maddede açıkça sayılan haklardan çok daha geniş bir çerçeve çizmesi çok doğaldır. Adil yargılanma hakkının milletlerarası usul

Milletlerarası Tahkimde Yargılama Masraflarının Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi ve Sonuçları, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 10 Sayı: 129-130 (Mayıs-Haziran 2015), s. 139), “adaletin ihlâli” (bkz. Ergül, s. 240-241) şeklinde farklı ifade ve terimlere yer verildiği görülmektedir.

Kavramın ortaya çıkmasında önemli bir role sahip olan Fransız hukukunda, *déni de justice*, “devletin, bireylerin yargısal korunması yükümlülüğünü yerine getirmediği her durumu (*un manquement de l'Etat à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu*)” kapsayacak şekilde tanımlanmaktadır. Bkz. Louis Favoreu, *Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge, Gouverner, Administrer, Juger, Liber Amicorum Jean Waline, Dalloz 2002*, s. 515. Bunun yanında, hâkimin ağır hatası / kusuru (*faute lourde*) kavramına da yer verilmektedir. Şayet, hakim görevini yerine getirmesi konusunda bir eksiklik (*un manquement du juge à sa mission*) söz konusu ise, o takdirde *déni de justice* değil, hakim ağır hatası söz konusu olacaktır.

HMK m. 46'da, hâkimin yargısal faaliyeti sebebiyle devletin sorumluluğunu öngören haller düzenlenmiştir. Bu haller arasında (m. 46/1/e bendi) “hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması” yer almaktadır. Bu kaçınma, bir kanun hükmüne yada geniş anlamıyla pozitif hukuka dayandığı takdirde, devletin sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Oysa, *déni de justice*, pozitif hukukun da bireylerin adalete erişimlerinin engelleyecek hükümler içermesini de kapsayacak şekilde, devletin her türlü sorumluluğunu (*déni de justice comme fondement de la responsabilité de l'Etat pour fonctionnement defectueux du service de la justice*) ifade etmektedir. Bkz. Favoreu, s. 516.

Kanımızca, yukarıda yer verdiğimiz Türkçe karşılıkları arasında, kavrama en yakın olan terim “adaletin ihlâli”dir. Ancak, yine de “*denial of justice*” kavramının daha çarpıcı bir anlamı olduğu düşüncesindeyiz. Adaletin ihlâli, “adalet duygusu gereğince “olması gereken”in ya da ulaşılmak istenen sonucun gerçekleşmemesini”, “adaletin işaret ettiği sonuca varamamayı” ifade etmektedir. Yargı organının hukuku yanlış uygulaması veya sonucunun adaletsiz olacağını bilerek de olsa, “mevcut hukuk kurallarını” (*de lege lata*) uygulaması veya uygulamaması nedeniyle ortaya çıkan sonucun “hukukun vicdanına” aykırı olması halinde ise, adaletin inkâr edilmiş olacağını düşünüyoruz. Bu bağlamda, “inkâr” kavramının yargı organının hem “eylemlerini”, hem de “ihmallerini” kapsadığını belirtmekte fayda görüyoruz. “İnkâr” kavramının, adaletin yerine getirilememesine ilişkin sonucu “imtina etme / kaçınma”dan daha iyi ifade ettiği kanısındayız. Bu nedenle, çalışmamızda, kısaca “adaletin inkârı” kavramını kullanmayı tercih ediyoruz.

⁸² Gözübüyük/Gölcüklü, s. 267; İnceoğlu, s. 5; Çelik, s. 83; Erdoğan, s. 35-36; ; Aktepe Artık, s. 73-74; Cebre, s. 384; Çayan, s. 50; Turan, s. 76; Sudre, s. 376 vd; Serge Guinchard, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne sur la procédure civile, Petites Affiches No:72, 12 Avril 1999 (weblextenso)*, s. 6-7; Guinchard, *AJDA*, s. 191 vd. Yazar, adil yargılamanın üç fazı olduğunu ifade etmektedir: (yargılama öncesinde) mahkemeye erişim hakkı; (yargılama sırasında) adaletin dürüst / düzgün yönetimi hakkı; (yargılama sonrasında) hükmün icrası hakkı.

Aşağıda, “Milletlerarası Usul Hukukunun Uygulama Alanı Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının “Özüne İlişkin” Hak ve İlkeler” başlıklı kısımda bu haklara ilişkin daha ayrıntılı değerlendirmelerde bulunacağımız için, söz konusu haklarla ilgili AİHM içtihadına burada yer vermemekteyiz.

hukukunu, en az yabancılık unsuru içermeyen uyuşmazlıklar kadar ilgilendirmesi de bu nedenledir.

Adil yargılanma hakkı, yargılamanın belirli bir yargılama usulü veya yargılamanın belirli bir safhası ile sınırlandırılmaz; dolayısıyla, AİHS m. 6 gereğince taraf devletlerin “*her mahkeme ve derecede*” adil yargılanma hakkını güvence altına alma yükümlülüğü bulunmaktadır.⁸³ Komisyon ve Mahkeme de AİHS m. 6’nın ihlal edilip edilmediğine ilişkin incelemelerinde, somut olaya özgü şartları (*in concreto*) ve ulusal hukuk düzeyinde yargılamanın bütünü (*in globo*) göz önüne almaktadır.⁸⁴ Bu nedenle, bir yargılama sırasında taraflardan birinin AİHS m. 6 ile korunan haklarından biri ya da birkaçının ihlal edilmiş olmasına karşın, söz konusu ihlal yargılamanın devamında telafi edilmişse, artık Sözleşme’ye aykırılıktan söz edilemeyecektir.⁸⁵

Doktrinde de, adil yargılanmanın var olup olmadığına karar vermek açısından önemli olanın varılan sonuçtan çok yargılama süreci olduğu belirtilmekte, içerik

⁸³ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 846; **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s. 312. Ayrıca bkz. **Sudre**, s. 396-397; **Velu**, s. 276-279; **Mock**, s. 387.

İnceoğlu, AİHS m. 6 ile güvence altına alınan ilke ve hakların, idari ve disiplin organlarının yaptığı yargılamalar da dahil olmak üzere, ilk derece yargılaması kadar istinaf ve temyiz yargılamalarında da geçerli olduğunu belirttikten sonra, m. 6’daki güvencelerin “*olağan yargılama makamlarınca verilecek kararların esasını etkilemeleri halinde, Anayasa Mahkemesi yargılamasını da, Anayasa Mahkemesi’nde görülen davanın alt mahkemelerde görülmekte olan davanın sonucuna etkisi ya da örneğin medeni hak ve yükümlülük üzerinde doğrudan sonuç doğurucu olup olmadığı dikkate alınmak kaydıyla, bağlayacağını*” dile getirmektedir. Bkz. **İnceoğlu**, s. 76-78. Aynı yönde bkz. **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 269 ve s. 280; **Aktepe Artık**, s. 66; **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s. 316. Ayrıca bkz. AİHM *Buchholz – Almanya* kararı prgf. 47-48 (Karar Tarihi: 06.05.1981 / Başvuru No. 7759/77); AİHM *Sramek – Avusturya* kararı prgf. 35 (Karar Tarihi: 22.10.1984 / Başvuru No. 8790/79); AİHM *Susmann – Almanya* kararı prgf. 44-46 (Karar Tarihi: 16.09.1996 / Başvuru No. 20024/92); AİHM *Poiss – Avusturya* kararı prgf. 51-52 (Karar Tarihi: 23.04.1987 / Başvuru No. 9816/82); AİHM *Ruiz-Mateos – İspanya* kararı prgf. 55 (Karar Tarihi: 23.06.1993 / Başvuru No. 12952/87); AİHM *Procola – Lüksemburg* kararı, prgf. 34, 37-39 (Karar Tarihi: 28.09.1995; Başvuru No: 14570/89).

Kanun yoluna başvuru (istinaf ve temyiz) hakkının mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmesi için bkz. **Guinchard**, s. 8-10; **Gilliaux**, s. 126-127.

⁸⁴ **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 269; **Gilliaux**, s. 12-13; **Soyer/De Salvia**, s. 248; Matscher, **Case-Law**, s. 15; **Sudre**, s. 397; **Erdoğan**, s. 35; **İnceoğlu**, s. 6-7; Alphonse Kohl, **Implications de l’article 6, alinéa 1er, de la Convention européenne des droits de l’homme, en procédure civile, Journal des Tribunaux 106 ème année No: 5439 1987**, s. 641.

Bazı durumlarda AİHM’nin soyut kural denetimi (*in abstracto*) de yaptığı yönünde bkz. **Gilliaux**, s. 13.

⁸⁵ Doktrinde bu husus, *in globo* inceleme olarak adlandırılmaktadır. Bkz. **Sudre**, s. 397. Ayrıca bkz. **Velu**, s. 305-306; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 269; **İnceoğlu**, s. 6-7; **Aktepe Artık**, s. 65. Yazara göre, “*her aşamadaki yargılama sürecinin adil yargılanma ilkesine uygun olması zorunluluğu bir mükemmeliyetin aranması şeklinde görülmemelidir.*” Ayrıca bkz. AİHM *De Cubber – Belçika* kararı prgf. 33 (Karar Tarihi: 26.10.1984 / Başvuru No. 9186/80); AİHM *Öztürk – Almanya* kararı prgf. 56 (Karar Tarihi: 21.02.1984 / Başvuru No. 8544/79); AİHM *Le Compte, Van Leuven and De Meyere – Belçika* kararı prgf. 51 (Karar Tarihi: 23.06.1981 / Başvuru No. 6878/75; 7238/75); AİHM *Edwards – Birleşik Krallık* kararı prgf. 34-39 (Karar Tarihi: 16.12.1992 / Başvuru No. 13071/87); AİHM *Centro Europa 7 S.R.L. ve Di Stefano – İtalya* kararı, prgf. 197 (Karar Tarihi: 07.06.2012 / Başvuru No: 38433/09).

olarak adil bir kararın verilip verilmediğinden çok, adil bir karar verilebilmesi için gerekli ortamın sağlanıp sağlanmadığına bakılması gerektiği vurgulanmaktadır.⁸⁶ Bir görüşe göre de, adil yargılanma öze ve biçime ilişkin iki anlam taşımaktadır; öze ilişkin adil yargılanma, mahkeme kararlarının hakkaniyete uygun ve adil olmasını ifade ederken, biçime ilişkin adil yargılanma usul kurallarının tam olarak uygulanması ve bu uygulamanın makul süre içinde sonuçlandırılmasını ifade etmektedir.⁸⁷

Adil yargılanma, bir yargılamanın başından sonuna ve yargılama sonucunda verilen karar lehine olan tarafın bu karardan elde etmesi gereken faydayı elde edene kadar geçen sürede sağlanması gereken bir ortamdır.⁸⁸ Adil yargılanma ilkesi, bir *usulî genel şart olarak*⁸⁹, yargılamayı başlatmak için gerekli işlemler de dahil olmak üzere yargılama süresince ve cebri icra aşamasında yargılamanın her iki tarafına anayasaya uygun biçimde hukuki korumanın temini için talepte bulunma hakkını tanımaktadır; kanun yoluna başvuru da bu kapsamdadır.⁹⁰ Dolayısıyla, adalet sistemi içinde görev alan tüm yargı organlarının adil yargılanma hakkının gereklerine uyması gerekmektedir. İlk derece mahkemeleri kadar, bu mahkemelerin kararlarına karşı itiraz mercii olarak görev yapan üst derece mahkemeleri de adil yargılanma hakkının gereklerini gözetten bir yargılama yapmakla yükümlüdür.

Diğer taraftan, adil yargılanma hakkı, yargılamanın yapıldığı yargı organları kadar, yargılama süresince kendisinden hukuki yardım (istinabe) talep edilen yargı organınca da uyulması gereken bir haktır.⁹¹ Bu nedenle, istinabe talep edilen mahkemelerin de, istinabe konusu ve koşullar el verdiği ölçüde, adil yargılanma hakkının gereklerini gözetmekle yükümlü olduğu ifade edilmektedir.⁹²

⁸⁶ Aktepe Artık, s. 31; İnceoğlu, s. 8; Çakın, s. 60.

⁸⁷ Akilloğlu, s. 232; Grisel, s. 73.

⁸⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 380; Pekcanitez, Adil Yargılama, s. 38; Aktepe Artık, s. 31; Çakın, s. 60.

⁸⁹ Pekcanitez, Adil Yargılama, s. 39.

⁹⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 380; Pekcanitez, Adil Yargılama, s. 39; Aktepe Artık, s. 31; Erdoğan, s. 35-38; Çakın, s. 60; Altıparmak, s. 244. “Doğru yargılama ilkesi yargı kararlarının uygulanmasını da içerir. Karar verildiği halde gerektiği gibi uygulanmamışsa AİHS 6. Maddesine aykırılık devam eder.” Bkz. Akilloğlu, s. 223. Ayrıca bkz. Matscher, Case-Law, s. 19.

⁹¹ Erdoğan, s. 171; Aktepe Artık, s. 65

⁹² Aktepe Artık, s. 65. Bu noktada şu soru sorulabilir: İstinabe talep edilen devletin AİHS’e taraf olmaması halinde, söz konusu devlet mahkemesinin, istinabe konusu işlemi adil yargılanma güvencelerine uygun şekilde yerine getirmediği ihtimalde, istinabeyi talep eden devlet (örneğin Türkiye) mahkemelerinin nasıl hareket etmesi gerekecektir? Zira istinabeye konu işlem, istinabe talep edilen mahkemenin uyguladığı usul kanunları uyarınca gerçekleştirilecektir. İstinabe konusu işlemin hiç gerçekleştirilmemesi (örneğin taraflardan birinin ileri sürdüğü delilin sağlanmaması) halinde ise yargılamanın adil olamayacağı açıktır. Dolayısıyla burada, adil yargılanma hakkı açısından bir “çıkamaz”dan bahsetmek yanlış olmayacaktır. Kanımızca, milletlerarası istinabe talebinin adil yargılanma hakkına uygun şekilde yerine getirilip getirilmediğinin, talepte bulunan hakim tarafından

Adil yargılanmanın belirli bir yargılama organıyla da sınırlı tutulması mümkün değildir.⁹³ Adli, idari ve ceza yargı organları ve bu organlar tarafından gerçekleştirilen her yargılama adil yargılanmanın gereklerine tabidir. Bu gereklilikler, devlet yargısı dışında başvurulabilecek başta arabuluculuk ve tahkim olmak üzere tüm alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında da uygulanma alanı bulacaktır.⁹⁴ Kısaca bir kişi hangi hukuki yola başvurarak hakkında bir hüküm kurulmasını talep etmişse, o çözüm yolu adil yargılanma ile ilgili kurallara tabi olacaktır.

AIHS m. 6 taraf devletlere belirli yargılama usullerini uygulamak gibi bir yükümlülük yüklememektedir. Bu çerçevede taraf devletlerin yargılama usullerindeki farklılıklar adil yargılanma ortamının sağlanması açısından herhangi bir engel teşkil etmemektedir.⁹⁵ Taraf devletler, AIHS m. 6 ile çerçevesi çizilmeye

re'sen dikkate alınması gerekmektedir. Her ne kadar, pratik açıdan, delilin elde edilmesinde uygulanan usulün adil yargılanma hakkına aykırı olduğunun, taraflarca ileri sürülmesi gereken bir husus olduğu düşünülebilirse de, hakimin durumu tespit edebilecek olduğu durumlarda, adil yargılanma hakkına aykırı olarak elde edilmiş olan delili değerlendirmeye almaması gerekecektir. HMK m. 189/ f. 2'de hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin, mahkeme tarafından delilin ilişkin olduğu vakianın ispatında dikkate alınamayacağı düzenlenmektedir. Bu hüküm her ne kadar, yurt dışında, adil yargılanma hakkına aykırı usuller ile elde edilmiş delillere yönelik değilse de, kanımızca hükmün amacı, milletlerarası istinabe yoluyla elde edilmiş deliller bakımından da aynı sonucu destekler niteliktedir.

⁹³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 380; Pekcanitez, **Adil Yargılama**, s. 38; Aktepe Artık, s. 31, Erdoğan, s. 38; Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 193.

⁹⁴ Bu bağlamda, adil yargılanma hakkının tüm unsurları da tüm yargı organları bakımından bağlayıcı niteliktedir. Aşağıda ayrıntılı bir şekilde ele alacağımız üzere, hukuki dinlenilme hakkı ve bu hakkın sunduğu güvenceler, adil yargılanma hakkının unsurları arasında önemli bir yer tutmaktadır. Hukuki dinlenilme hakkının da yargılamanın tüm alanlarında, özellikle “*çekişmeli-çekişmesiz yargı, tahkim, kanun yolları, yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizi, geçici hukuki korunma ve icra prosedürlerinde hukuki dinlenilme hakkına uygun davranılması gerektiği*” belirtilmektedir. Bkz. Muhammet Özekes, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Hakkın Bazı Güncel Sorunları**, **Legal Hukuk Dergisi Yıl: 3 Sayı: 28, Nisan 2005**, s. 1299; Yavuz Alangoya, **Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973**, s. 162; Baki Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, **Legal Yayınevi İstanbul 2016**, s. 302; Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 864; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 391; Özekes, s. 196; Aktepe Artık, s. 371; Mock, s. 387. Ayrıca bkz. Balkar-Bozkurt, s. 133-141.

HMK'nun tahkim ile ilgili düzenlemelerinde de açıkça tahkim yargılamasında tarafların hukuki dinlenilme hakkına sahip oldukları düzenlenmektedir. HMK m. 423 uyarınca “*Taraflar, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahiptirler. Taraflara hukuki dinlenilme hakkını kullanma imkânı tanınır.*” Ayrıca bkz. UNCITRAL Milletlerarası Ticari Tahkim Model Kanunu Açıklayıcı Notunun 28 ve 29. maddeleri ile Model Kanun'un iptale ilişkin m. 34/f. 2/a/ii ve tanıma tenfize ilişkin m. 35/f. 2/a/ii hükümleri; Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) Tahkim Kuralları / International Chamber of Commerce (ICC) Arbitration Rules m. 22/f. 4; İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) Tahkim Kuralları m.19. Çalışmamızın “giriş” bölümünde yaptığımız konu sınırlandırması dahilinde, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının adil yargılanma hakkı ve bu hakkın söz konusu uyuşmazlık çözüm yollarında uygulanması açısından kendine has ve derinlemesine inceleme gerektiren sorunları olduğundan, bu nedenle söz konusu sorunların ayrı bir çalışma konusu olması gerektiğinden söz etmiştik.

⁹⁵ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 847; Aktepe Artık, s. 73; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 381: “*Yargılama kuralları farklı olabilir, ancak bu kurallar konulurken ve uygulanırken asgari olarak, adil yargılanma hakkının unsurları gözetilmedikçe, hukuk devletine uygun bir adil yargılama yapıldığından söz edilemez.*”

çalışılan adil yargılanma hakkı ve bu hakkın içerdiği unsurları güvence altına alan ve adil yargılanma ruhunu yansıtan bir yargılama sisteminin altyapısını kurma yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle, AİHS'e taraf devletlerin iç hukuklarında yer alan ve adil yargılanma hakkını ihlal eden yasal düzenlemelerin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması için gerekli çalışmaların yapılması esastır. Bu anlamda adil yargılanma hakkı, “düzenleyici” ve cezalandırıcı” bir usulî hak olarak tanımlanmaktadır.⁹⁶

Son olarak, AİHS m. 6'da yer alan adil yargılanma hakkına ilişkin güvencelerden “herkes”in faydalanabileceğini belirtmekte fayda vardır. Bu çerçevede gerçek- tüzel kişi veya kişi toplulukları arasında bir ayırım yapılmadığı gibi, bir davada gerek davacı ve davalı, gerekse yargılamanın güvence altına alınması amacı dahilinde yargılamadan etkilenen kişiler bu kapsamda değerlendirilmektedir.⁹⁷

Ayrıca, AİHS'de tanınan hakların tümü için geçerli olduğu üzere, adil yargılanma hakkından faydalanmak açısından kişilerin vatandaşlıklarının veya yerleşim yerlerinin nerede olduğunun herhangi bir önemi olmadığı da altı çizilmelidir. AİHS'e taraf olmayan devletlerin vatandaşları veya vatansızlar da, Sözleşme'ye taraf bir devletin Sözleşme'den doğan yükümlülüklerine aykırı davranması halinde, AİHS ile kurulmuş olan koruma mekanizmasından faydalanabileceklerdir; bu bağlamda, “AİHS'e taraf devletlerin üzerinde yetki tesis ettiği herkes”in AİHS m. 6 ile sağlanan güvencelerden yararlanma hakkı olduğu ifade edilmektedir.⁹⁸

⁹⁶ Dubos, s. 139.

⁹⁷ Mock, s. 386; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 311-312; 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, Vol. 74 (1991), s. 16.**

Adil yargılanma hakkı, bir yargılamanın tarafları bakımından eşit şartlarda, tarafların yargılamaya ve yargı organına güven duymalarını sağlayacak nitelikte bir ortamın sağlanmasını gerektirmektedir. Bu hak, dar anlamda sadece yargılamanın taraflarına değil, yargılamaya müdahil olanlara, çekişmesiz yargıda ilgililere, icra-iflas takiplerinde alacaklı ve borçlulara, hakkına doğrudan müdahale edilen üçüncü kişilere eşit şekilde sağlanmış bir temel hak niteliğindedir. Bkz. Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 846; **Özekes**, s. 59. Bir yargılamanın taraflarının adil yargılama ortamının sağlanması için talepte bulunmaları ise, tarafların adil yargılanma haklarını kullanmaları anlamına gelmektedir. Kısaca, adil yargılama, kişilerin davalarını savunmaları için uygun ve etkili olanaklar sağlanması ise, adil yargılanma hakkının konusu bu olanakların ta kendisidir. Aktepe Artık'ın ifadesiyle, “*adil yargılanma hakkı denildiğinde, fiili veya hukuki bir engelle karşılaşılmaksızın bireylerin hukuki korunma talebinde bulunabilmeleri ve bu talebin haklılığı konusunda doğru, dürüst ve adaletli bir yargılama yapılması için hukuk düzeni tarafından kendilerine tanınan meşru yetki ifade edilmektedir*” Bkz. **Aktepe Artık**, s. 31. Yukarıda belirttiğimiz üzere, adil yargılamadan faydalanması gereken öznenin hukuk devletine mensup bireyler olduğundan hareketle, “adil yargılanma” ifadesini kullanmanın daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

⁹⁸ Schlosser, s. 16; Mock, s. 386; Kohl, s. 638; Sinopoli, s. 59-60; Velu, s. 262.

Konumuz açısından yabancıların Sözleşme karşısındaki durumu büyük önem arz etmektedir. Doktrinde, AİHS'in, bazı haklardan yabancıların yararlandırılmamasına olanak tanıyan hükümlere yer verse de, bu hükümlerin istisnai olduğu, kural olarak AİHS'e taraf devletlerin, "kendi yetki alanları içinde bulunan kişilere, kendi vatandaşı olup olmadığına bakmaksızın" AİHS'de düzenlenen hak ve yükümlülüklerden faydalandırması gerektiği vurgulanmaktadır.⁹⁹ AİHS m. 6/ f. 1 kapsamında yabancılara tanınan hakların ne şekilde sınırlandırılması gerektiği ise Türk anayasal sisteminden kaynaklanan bir sorundur. Bu sorun ile ilgili incelemelere çalışmamızın ilk bölümünün son kısmında yer vereceğiz.¹⁰⁰

Tüm bu açıklamalar AİHS m. 6/f. 1 çerçevesinde geliştirilen "adil yargılanma doktrini"nin ne denli geniş bir uygulama alanı olduğunu ortaya koymaktadır. Doktrinde, adil yargılanma hakkının giderek daha fazla alanda hakim olduğu ve uygulamada özellikle usul hukukunun tüm konularında adil yargılanmaya ilişkin sorunlarla karşılaşıldığının altı çizilmektedir.¹⁰¹ Bu kapsamda milletlerarası usul hukukunun uygulama alanını oluşturan konular da adil yargılanma doktrininin etkisi altındadır.

2) Türk Anayasa Yargısında Adil Yargılanma Hakkı ve Bireysel Başvuru Yolu

a) Genel Olarak

AİHS'de düzenlenen temel hak ve güvenceler, taraf devletlerde doğrudan ve kendiliğinden uygulanabilir (*self-executing*) özelliğe sahiptir.¹⁰² Fakat aynı etki,

AİHS'in 1. maddesi uyarınca "*Yüksek Sözleşmeciler Tarafından kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar.*" AİHS'in 1. maddesi, taraf devletlerin "yetki alanı" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Özellikle, AİHS'e taraf olsun ya da olmasın, yabancı bir devletin yargılanması konusunda engel teşkil eden yargı bağımsızlığı ve yabancı devlet mahkemelerinin verdiği kararların tanınması ve tenfizi konusunda AİHS'in uygulanabilir olup olmadığı tartışılmaktadır. Bu konuya, çalışmamızın aşağıdaki bölümlerinde değineceğiz (bkz. "Yargı ve İcra Bağımsızlığının Adil Yargılanma ve Mahkemeye Erişim Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi" başlıklı bölüm).

⁹⁹ Aybay/Dardağan Kibar, s. 51 ve s. 56. Aynı yönde bkz. Velu, s. 263.

¹⁰⁰ Bkz. "Yabancılaşma Unsuru Taşıyan Uyuşmazlıklarda Adil Yargılanma Hakkına Getirilebilecek Sınırlandırmalar" başlıklı bölüm.

¹⁰¹ Arnaud Nuyts, **Due Process and Fair Trial: Jurisdiction in the United States and in Europe Compared, International Civil Litigation in Europe and Relations With Third States**, Bruylant Bruxelles 2005, s. 176-177.

¹⁰² Hottelier, s. 14 ; Gilliaux, s. 30. Ayrıca bkz. Velu, s. 253-255; Marie-Laure Niboyet-Hoegy, **La mise en oeuvre du droit international privé conventionnel (incidences du droit des traités sur les pouvoirs du juge national)**, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs?, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Dalloz 1996, s. 320.

AİHM kararları bakımından söz konusu değildir. Bununla birlikte, T.C. Anayasası ve AİHS ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin etkin bir biçimde kullanılmasında, AİHM denetiminin ne denli büyük bir öneme sahip olduğu aşîkârdır.

Bu bağlamda, ilk olarak AİHS'in Türk hukukundaki yerinin belirlenmesi gerekmektedir. AİHS'in Türk hukukundaki yerini Anayasa'nın 90. maddesi belirlemektedir.¹⁰³ Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca, *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.”* Bu fıkra 07.05.2004 tarihli 5170 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değîştirilmesi Hakkında Kanun'un (RG. 22.05.2004/ S. 25469)¹⁰⁴ 7. maddesi ile eklenen son cümleye göre de *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”* Anayasa'nın bu hükmü, Türkiye Cumhuriyeti'nin yasama, yürütme ve yargı organlarını AİHS'e uygun davranmak konusunda bağlamaktadır.¹⁰⁵ AİHS, *“iç hukukumuzun temel haklar sistemini tamamlayan uluslararası bir koruma sistemidir.”*¹⁰⁶ Bu nedenle Türkiye Cumhuriyeti'nin de diğerk taraf devletler gibi, AİHS'e aykırı hukuk kuralları düzenlememe ve şayet varsa iç hukukun AİHS'e aykırı kurallarını AİHS ile uyum sağlayacak şekilde yeniden düzenleme taahhüdü altında olduğı belirtilmektedir.¹⁰⁷

¹⁰³ AİHS'in Türk hukukundaki yeri ve uygulama alanı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Gözübüyük/Gölcüklü, s. 19-22; Kaşıkara, s. 240-243; Süheyl Batum, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, İstanbul Üniversitesi Basımevi İstanbul 1993, s. 16 vd.; İbrahim Şahbaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri*, TBB Dergisi Yıl: 2004 Sayı: 54, s. 178 vd.; Mesut Gülmez, *Anayasa Değîşikliğî Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri*, TBB Dergisi Yıl: 2004 Sayı: 54, s. 147 vd. (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2004-54-64>) ; Zühtü Arslan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler* (http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/arslan.pdf), s. 277 vd.; Rona Aybay, *Uluslararası Sözleşmelerin Türk Hukukundaki Yeri*, TBB Dergisi Yıl: 2007 Sayı: 70, s. 187 vd. (bkz. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-70-320>; erişim tarihi: 20.05.2014); Olgun Akbulut, *Güncel Tartışmalar Işığında İnsan Hakları Sözleşmelerinin Türkiye Anayasal Sisteminde Normlar Hiyerarşisindeki Yeri*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9 Sayı: 115-116 Mart-Nisan 2014, s. 7 vd. Ayrıca AİHM kararlarının iç hukukta yerine getirilmesi zorunluluğı ile ilgili bkz. Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 124 vd.

¹⁰⁴ Kanun metni için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/05/20040522.htm#1>. (10.02.2016).

¹⁰⁵ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 22; Aktepe Artık, s. 36; Serhat Kaşıkara, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye, Adalet Yayınevi Ankara 2009*, s. 78 (Bundan böyle “Kaşıkara, Adil Yargılanma Hakkı” olarak anılacaktır).

¹⁰⁶ Akıllıoğlu, s. 219.

¹⁰⁷ Aktepe Artık, s. 36; İnceoğlu, s. 9. Yazar, Sözleşme'nin diğerk maddelerinde olduğı gibi, 6. maddede sayılan hakların güvence altına alınması için alınacak önlemlerin şekli ve niteliğı konusunda

Doktrinde, Anayasa'nın 90. maddesine dayanan bu yükümlülüğün AİHS hükümleri ile sınırlı olmadığı, AİHM içtihatlarının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır.¹⁰⁸ Bununla birlikte, bu durum AİHM'ye iç hukuku denetleyen bir üst yargı organı kimliğini de kazandırmamaktadır.¹⁰⁹ AİHM, iç hukuktaki yargılama sonucunda hakkının ihlâl edildiğini ileri sürerek kendisine başvuruda bulunmuş kişilerin AİHS ile güvence altına alınan haklarının ihlâl edilip edilmediğini denetlemekle yetinmektedir. Mahkeme, AİHS'in ihlâl edildiği sonucuna varırsa, bu karar ihlâli gerçekleştiren taraf devlet açısından tazminat yükümlülüğü doğurmasının yanı sıra, Türk hukuku bakımından yargılamanın yenilenmesi nedenini de oluşturacaktır.¹¹⁰

Yukarıda, adil yargılanma hakkını düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesinde, hakka ilişkin bir tanımlama yapılmadığından bahsetmiş; hakkın içeriği ve unsurlarının belirlenmesinin ulusal ve evrensel hukuka ve uygulamaya bırakıldığını ifade etmiştik. Adil yargılanma hakkının unsurlarına geçmeden önce, Anayasa Mahkemesi'nin adil yargılanma hakkını ne şekilde gördüğüne ilişkin bazı noktalara değineceğiz.

taraf devletlerin takdir alanına sahip olduklarını, ancak taraf devletlerce alınan söz konusu önlemlerin m. 6 ile hedeflenen amacın gerçekleştirilebilmesi için yeterli olup olmadığı konusunda Mahkeme'nin karar verdiğini vurgulamaktadır (bkz. s. 7). Ayrıca bkz. **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 268.

¹⁰⁸ **Aktepe Artık**, s. 36-37; **Gülmez**, s. 158. AİHS, ilk kabul edildiği sırada, Sözleşme'de iki kurumdan oluşan bir koruma ve denetim mekanizması öngörülmüştü. Buna göre, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Divanı, koruma ve denetim mekanizmasının merkezinde yer almaktaydı. 01.11.1998 tarihinde kabul edilen 11 No.lu Protokol ile Sözleşme ve Divanı birleştirerek, Sözleşme'de yer alan hakların taraf devletlerce ihlâl edilip edilmediği konusunda tek yetkili organ olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur. Ayrıntılı incelemeler için bkz. **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 24 vd.

¹⁰⁹ **Aktepe Artık**, s. 37; **İnceoğlu**, s. 7. Yazar, Sözleşme organlarının gerçekleştirdiği denetimin iç hukuktaki istinaf ya da temyiz denetimi gibi bir denetim olmadığını, AİHM'nin iç hukukta verilen kararların esasına giremeyeceğini belirtmektedir. Bununla birlikte, yerel mahkemelerin açıkça hatalı bulgulara dayanarak verdikleri kararlar, yargılamanın taraflarının hakkaniyetli yargılanma haklarını ihlâl edeceğinden, AİHM, "*iç hukukta varılan kararın içeriğinin de adil olmasını, istisnai de olsa, dolaylı olarak denetleyebilmektedir.*" Bkz. **İnceoğlu**, s. 8. Bu çerçevede şu sonuca varılabilecektir: AİHM'nin taraf devlet mahkemelerinde verilen yargı kararlarına karşı, bir kanun yolu mercii gibi hareket ederek yerindelik denetim yapmak gibi bir işlevi bulunmamaktadır. Bununla birlikte, özellikle adil yargılanma hakkının ihlâline ilişkin bazı başvurularda, AİHM'nin somut olayın şartlarını değerlendirirken, yerindelik denetimine yaklaşan bir denetim yaptığını söylemek yanlış olmayacaktır.

¹¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda "Adil Yargılanma Hakkı İhlalleri ve Yargılamanın Yenilenmesi" başlıklı bölüm. Ayrıca bkz. **Aktepe Artık**, s. 37. AİHM'nin taraf devlet(ler)in AİHS'yi ihlâl ettikleri sonucuna vararak ilgili devlet(ler) hakkında tazminata hükmettiği kararları iç hukukta (tenfiz gerektirmeden) doğrudan uygulama alanı bulmaktadır. AİHM'nin Sözleşme'nin ihlâl edildiğine ilişkin kararları taraf devlet hukukları bakımından bağlayıcı ve kesin kararlardır. AİHM, anayasal düzeydeki bir kuralın Sözleşme'ye aykırı olduğuna karar verebilmekte ve bu durumda ilgili taraf devlet(ler)in anayasal değişiklik yapma mecburiyeti doğmaktadır. Bu nedenlerle Sözleşme iç hukuktan üstündür (**Akıllıoğlu**, s. 219). Ayrıca bkz. Hakan Pekcanitez, **Medeni Usul Hukukunda Yeni Bir Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi (HUMK m. 445/11)**, Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Ankara 2004, s. 515-551.

b) Anayasa Mahkemesi'nin Adil Yargılanma Hakkına Yaklaşımı

Her ne kadar, özellikle uygulama açısından AİHS ve AİHM içtihadı ile ayrılan noktalar olsa da, genel olarak, Türk doktrin ve uygulamasının adil yargılanmaya bakışının AİHS ve AİHM içtihadı ile uyumlu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Türk yargılama hukukunda da, adil yargılanma hakkına, yukarıda değindiğimiz üzere, temel bir değer atfedilmekte, adil yargılama, bir genel usulî temel hak olarak “*yüksek bir hukuki değer, bir hukuk ahlâk prensibi, hukuki düşüncenin sonucu olarak ortaya çıkmış olan doğrudan öneme ve inandırıcılık gücüne sahip*” bir ilke olarak değerlendirilmektedir.¹¹¹ Adil yargılama, doktrinde, “*uyuşmazlığın tarafları arasında fiili ve hukuki bir fark gözetilmeksizin iddia ve savunmaların eşit ölçülerde ve karşılıklı olarak yapıldığı dürüst bir yargılama*” olarak tanımlanmaktadır.¹¹²

Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi, adil yargılanma hakkının diğer temel haklardan faydalanmak ve bu hakları güvence altına almak açısından en etkili araç olduğu kanaatindedir.¹¹³ Anayasa Mahkemesi, kararlarında adil yargılanma ilkesinin ve hakkının içerdiği diğer hak ve unsurlara da yer vermektedir. Adil yargılanma hakkının “*ulusal üstü düzeyde genel kabul görmüş*” değerleri içerdiğini belirten Anayasa Mahkemesi, yabancıların da vatandaşlar gibi iddia ve savunma ve adil yargılanma haklarının güvence altına alındığını vurgulamaktadır.¹¹⁴

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 36. maddesinde ifade olunan ancak unsurlarından bahsedilmeyen adil yargılanma hakkına ilişkin kararlarında hangi hakların adil yargılanma hakkına dahil olacağını belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi, adil yargılanma hakkına ilişkin değerlendirmelerinde AİHS m. 6

¹¹¹ Pekcanitez, *Adil Yargılama*, s. 39.

¹¹² **Aktepe Artık**, s. 31. Bir diğer tanımlama ise adil yargılanmanın unsurlarından yola çıkılarak yapılmaktadır. Buna göre, adil yargılanma hakkı, “*genel olarak, herkesin uyuşmazlık konusunda aleni biçimde, makul bir sürede, bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde hakkaniyete uygun karar verilmesini talep etme*” hakkıdır. Bkz. **Çelik**, s. 30.

¹¹³ Anayasa Mahkemesi m. 36 ile ilgili şu tespiti yapmaktadır: “*Madde ile güvence altına alınan dava yolu ile hak arama özgürlüğü, bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır.*” (Anayasa Mahkemesi E. 2011/54 K. 2011/142 sayılı ve 20.10.2011 tarihli kararı (RG 29.12.2011 S. 28157).

¹¹⁴ “*Anayasa'nın “Hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu ifade edilerek yabancıların da yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Bu bağlamda iddia ve savunma haklarını kısıtlayan, bu hakların eksiksiz kullanımını engelleyen ve bu suretle adil yargılanmayı ihlal eden kuralların Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık oluşturacağı açıktır.*” (Anayasa Mahkemesi E. 2015/36 ve K. 2015/87 sayılı ve 08.10.2015 tarihli kararı (RG. 28.10.2015 – S. 29516).

düzenlemesini ve AİHM içtihatları esas almaktadır.¹¹⁵ Buna göre, Anayasa Mahkemesi, dava hakkını¹¹⁶, silahların eşitliği ilkesi¹¹⁷ ve çelişmeli yargılama ilkesini¹¹⁸, gerekçeli karar hakkı¹¹⁹, tercüman hakkı ve avukatla temsil edilebilme hakkını¹²⁰ da kapsayacak şekilde hakkaniyete uygun yargılama ilkesini¹²¹ adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından biri olarak kabul etmektedir. Ayrıca, kanun yoluna başvurma hakkı da, Anayasa Mahkemesi tarafından adil yargılanma

¹¹⁵ **Turan**, s. 71.

¹¹⁶ “Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama ve işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava ve verilen kararı karşı temyiz hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı ve verilen kararı bir üst yargı merciine incelemek hakkı tanınması adil yargılamanın ön koşulunu oluşturur.” (Anayasa Mahkemesi E. 2011/54 K. 2011/142 sayılı ve 20.10.2011 tarihli kararı (RG 29.12.2011 S. 28157).

¹¹⁷ “Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri de silahların eşitliği ilkesidir. Bu ilke, davanın tarafları arasında yargılama sırasında usul hükümleri yönünden eşit konumda bulunma, taraflardan birine dezavantaj diğerine avantaj sağlayacak kurallara yer vermeme esasını öngörmekte, diğer bir deyişle davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir dengenin varlığını gerekli kılmaktadır.” (Anayasa Mahkemesi E. 2013/124 K. 2014/136 sayılı ve 11.09.2014 tarihli kararı (RG. 12.12.2014 – S. 29203). Bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/34483e3b-45e0-40f8-aaf8-b497a29a89d3?highlightText=hak%20arama%20hürriyeti&excludeGerekce=False&wordsOnly=False>). Ayrıca bkz. Cansu Korkmaz, **Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Sonucunda Verdiği Kararların Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi**, YBHD 2017/3, s. 239-240.

¹¹⁸ Bkz. Anayasa Mahkemesi E. 2014/189; K. 2015/32 sayılı 19.03.2015 tarihli kararı (RG. 21.05.2015 S. 29362; bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/9ae48f2d-295e-4b1d-96a5-1eaa871d24e4?highlightText=hak%20arama%20özgürlüğü&excludeGerekce=False&wordsOnly=False> e.)

“Çelişmeli yargılama ilkesi, iddia ve savunma makamlarının hüküm makamı karşısında birbirinin eşiti olması ile yakından ilgili olup, bu eşitliğe ilişkin dengenin bozulması durumu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince adil yargılamanın ihlali olarak görülebilmektedir.” (Anayasa Mahkemesi E. 2011/43 K. 2012/10 sayılı ve 19.01.2012 tarihli kararı (RG. 05.04.2012 – S 28225); bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/2d295ee8-39b9-4c12-9812-cb2bc8944c53?highlightText=%22hakkaniyete%20uygun%20yargılama%22&excludeGerekce=False&wordsOnly=False> e.)

¹¹⁹ “Anayasa’nın [36. maddesi ile] güvence altına alınan hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisidir. Bu bağlamda Anayasa’nın, bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılmasını ifade eden 141. maddesinin de, hak arama hürriyetinin kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği açıktır” (Anayasa Mahkemesi 2013/1660 sayılı Gaziler Enerji ve Tic. AŞ. Başvurusu ile ilgili verdiği 15.10.2014 tarihli kararı, prgf. 47). Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi, 2013/4186 sayılı Oğuz Tatış ve Diğerleri Başvurusu ile ilgili verdiği 15.10.2014 tarihli kararı, prgf. 58 ve 59; Anayasa Mahkemesi 2014/5909 sayılı Billur Güzide Balyemez ve Recai Alper Tunga Başvurusu 25.03.2015 tarihli kararı, prgf. 44-48; Anayasa Mahkemesi’nin 2013/735 sayılı başvuru ile ilgili verdiği 17.09.2014 tarihli kararı, prgf. 44-45; Anayasa Mahkemesi’nin 2013/307 sayılı başvuru ile ilgili verdiği 16.05.2013 tarihli kararı prgf. 30. Anayasa Mahkemesi, Yargıtay’ın ilk derece mahkemesi kararının gerekçesine atıf yaptığı durumlarda gerekçeli karar hakkının ihlâl edilmediğine hükmetmektedir. Bkz. **C.Korkmaz**, s. 240-241, 74 nolu dn’de belirtilen Anayasa Mahkemesi kararları.

¹²⁰ Bkz. Yukarıda Anayasa Mahkemesi E. 2015/36 ve K. 2015/87 sayılı ve 08.10.2015 tarihli kararı.

¹²¹ “Adil yargılanma ilkesinin en önemli unsurlarından birisi hakkaniyete uygun yargılamadır. (...) Bu kapsamda, kişilere yargı mercileri önünde etkili bir şekilde iddia ve savunmada bulunabilmeleri için avukatla temsil edilebilme hakkı tanınması, hakkaniyete uygun bir yargılamanın gereğidir.” (Anayasa Mahkemesi E. 2015/36 ve K. 2015/87 sayılı ve 08.10.2015 tarihli kararı (RG. 28.10.2015 S. 29516); bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/38ed3c0d-3fba-493f-b19f-b92b440fea13?highlightText=hak%20arama%20özgürlüğü&excludeGerekce=False&wordsOnly=False> e.)

hakkı kapsamında değerlendirilmektedir.¹²² Bu noktada, adil yargılanma hakkının kapsamının belirlenmesi konusunda, iptal kararlarından çok, aşağıda değineceğimiz bireysel başvuru kararlarının belirleyici olduğunu ifade etmek isteriz.

Adil yargılanma kavramını AİHS ve AİHM'nin kararları çerçevesinde incelediğimiz yukarıdaki bölümde, m. 6 ile güvence altına alınan hakkın AİHS'in uygulanması açısından ne denli büyük önemi haiz olduğuna ve Türkiye Cumhuriyeti'ne karşı AİHM'ye yapılan başvurular arasında ne denli geniş yer tuttuğuna değinmiştik. Bu çerçevede AİHS ile güvence altına alınan hakların ihlal edilmesinin önüne geçmek, daha doğru anlatımıyla, ülkemizin insan hakları konusundaki olumsuz karnesinin düzeltilmesi adına bir iç denetim mekanizması kurmak amacıyla¹²³ 07.05.2010 tarihli ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un¹²⁴ 18. maddesiyle Anayasa Mahkemesi'ne "bireysel başvuruları karara bağlama" görevi verilmiştir.¹²⁵ Bireysel başvuru usulünün kabulü nedenleri arasında "*anayasa şikayeti*nin temel hakların korunması yöntemlerinden biri olarak anayasa yargısı ile özdeşleştiği" ifade olunmaktadır.¹²⁶

Türk Anayasa Hukukunda bireysel başvuru (Anayasa şikayeti)¹²⁷ yolunun

¹²² "Anayasa Mahkemesinin daha önceki kimi kararlarında belirtildiği üzere, kanun yoluna başvurma hakkı da, hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı kapsamındadır." (Anayasa Mahkemesi E. 2014/146 K. 2015/31 sayılı ve 19.03.2015 tarihli kararı (RG. 13.06.2015 – S. 29385); bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/2cc69ab2-bf15-4a83-a4ce-60ac2d9e87fb?highlightText=hak%20arama%20hürriyeti&excludeGerekce=False&wordsOnly=False>. Ayrıca bkz. C.Korkmaz, s. 243-249.

¹²³ 5982 sayılı Kanun'un TBMM'deki görüşmeleri sırasında, bireysel başvuru yolunun kabul edilmesinde en önemli etkenin ülkemiz aleyhine AİHM'ye çok fazla başvuru yapılmasının önüne geçmek olduğu, bu nedenle de aslında tartışılması gereken teknik detaylar atlanarak bireysel başvurunun özüne ve esas fonksiyonlarına ilişkin eleştirilerin görüldüğü belirtilmektedir (Ramazan Korkmaz, **Medeni Usul Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Oniki Levha Yayıncılık İstanbul 2014**, s. 51).

¹²⁴ Halk oylamasına sunulmak üzere 13.05.2010 tarih ve 27580 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır. Yüksek Seçim Kurulu (YSK), 13.05.2010 tarih ve 317 sayılı Kararıyla halkoylamasının 12.09.2010 günü yapılmasına karar vermiştir. YSK'nın bu kararı 13.05.2010 tarih ve 27580 sayılı Mükerrer Resmî Gazete'de yayınlanmıştır. Kanun, 12.09.2010 tarihinde gerçekleştirilen referandum neticesinde kabul edilmiş, referanduma ilişkin sonuçlar YSK tarafından 23.09.2010 tarihli ve 27708 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanması ile de yürürlüğe girmiştir.

¹²⁵ Anayasa'nın geçici 18. maddesi ile getirilen hüküm uyarınca, bireysel başvuruya ilişkin düzenlemelerin iki yıl içinde tamamlanacağı öngörülmüştür. Bu çerçevede, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un (RG. 03.04.2011 S. 27894) 76. maddesinde bireysel başvuruyu düzenleyen dördüncü bölümde yer alan maddelerin (45 ilâ 51) 23.09.2012 tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiştir.

¹²⁶ Musa Sağlam, **Bireysel Başvuru "Anayasa Şikayeti", HUKAB Sempozyum Serisi, HUKAB Yayınları Ankara 2011**, s. 6.

¹²⁷ Doktrinde bireysel başvuru yerine "Anayasa Şikayeti" teriminin kullanıldığı da görülmektedir (bkz. Korkut Kanadoğlu, **Bireysel Başvuru "Anayasa Şikayeti", HUKAB Sempozyum Serisi, HUKAB Yayınları Ankara 2011**, s. 107 vd.; Tolga Şirin, **Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir**

açılması gerektiğini savunan görüşler yer almıştır. Bu görüşler uyarınca, Türk yargısının insan hakları ihlallerine ilişkin sorunlarının AİHM önüne gitmeden çözülmesi, AİHM'ye yapılan başvuru sayısını ciddi oranda düşürerek, “uluslararası makamların Türk demokrasisi ile ilgili ağır yükünü belirgin ölçüde azaltacaktır”.¹²⁸ Ayrıca, bireysel başvuru yolunun, “ikincil ve istisnai” nitelikte bir başvuru yolu olarak, AİHS m. 13 ile güvence altına alınan “etkili başvuru hakkı”nın gereklerini karşılamak bakımından önemli bir görev ifa ettiği dile getirilmektedir.¹²⁹

5982 sayılı Kanun ile hukuk sistemimize giren ve “hakları kamu gücü tarafından ihlal edilen veya en azından bu iddiada olan kişilerin hak ihlallerini ortadan kaldırmak ya da bu ihlal nedeniyle ortaya çıkan zararlarını karşılamak için başvurdukları bir hak arama yolu” olarak nitelendirilen¹³⁰ bireysel başvuru yoluna ilişkin teknik ve hukuki detaylara ilişkin inceleme ve değerlendirmeler çalışmamızın konusu dışındadır.¹³¹

Bireysel başvuru yolunun çalışmamız açısından arz ettiği önem, Anayasa Mahkemesi’nin adil yargılanma hakkının ihlali ile ilgili verdiği kararlarda, adil yargılanma kavramına hangi unsurları dahil ettiği ve adil yargılanma hakkını ne şekilde ele aldığı noktasındadır. Anayasa Mahkemesi yukarıda yer verdiğimiz

İnceleme, İstanbul 2013, s. 11 vd. Ece Göztepe, Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi, TBB Dergisi Yıl: 2011 Sayı: 95, s. 14, 2 no.lu dn.; Fazıl Sağlam, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, Anayasa Şikayeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar TBB Paneli Ankara 2011, s. 22 vd.; Bahadır Kılınç, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği, Anayasa Yargısı Yıl: 2008 Sayı: 25, s. 21 bkz. http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/bahadir_kilinc.pdf. ; Hakan Pekcanitez, Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti, Anayasa Yargısı Yıl:1995 Sayı:12; http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg12/pekcanitez.pdf;

erişim tarihi: 08.03.2016). Bununla birlikte “Anayasa Şikayeti” teriminin kullanımının, kurumun Almanca (*Verfassungsbeschwerde*) ve İngilizce (*Constitutional Complaint*) karşılığının Türkçe’ye çevrilmesi ile ilgili olduğu ifade edilmektedir (Korkmaz, s. 9). Şikayet teriminin Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda ifade ettiği anlam dolayısıyla “Anayasa Şikayeti” yerine “Bireysel Başvuru” teriminin kullanılması gerektiği yönünde bkz. Özcan Özbey, **Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı, Ankara 2012, s. 69 vd.**

¹²⁸ Bu yöndeki görüşler için bkz. Sağlam, s. 4-6. Ayrıca bkz. Çakın, s. 58; Aktepe Artık, s. 67, 224 nolu dn. Ancak aksi görüşte olanlar da vardır. Bkz. Erdoğan, s. 125, 380 nolu dn: “... bireysel başvuru hakkı, şahsi kanaatimize göre yargı sisteminin basitleştirilmesini öngören AİHM kararları ile çelişmekte ve başvurucular açısından “usul labirenti”nin daha da karmaşıklaşmasına yol açacaktır.”

¹²⁹ Aktepe Artık, s. 79; C.Korkmaz, s. 218.

¹³⁰ Korkmaz, s. 5. Yazar, doktrinde bireysel başvurunun tanımı üzerinde henüz uzlaşamadığı belirtmekte ve bazı tanımlara yer vermektedir (bkz. s. 6-9). Ayrıca bkz. C.Korkmaz, s. 218. Yazar, bireysel başvurunun objektif ve sübjektif olmak üzere iki işlevinin olduğunu, sübjektif işlevinin bireysel hakların korunması, objektif işlevinin ise “hukuk düzeninin korunması, yorumlanması ve geliştirilmesine hizmet ettiğini” dile getirmektedir. Bkz. s. 219-220.

¹³¹ Bununla birlikte, konumuz bağlamında, bireysel başvurunun hukuki niteliği hakkındaki görüşler ile bireysel başvuruda adli yardım ve teminat konularına kısaca değinmek gerektiğini düşünüyoruz. Konu ile ilgili incelemeler için bkz. “Yargılama Harç ve Giderleri Bakımından Adli Yardım” başlıklı bölüm.

TBMM Genel Kurul kararlarının iptali çerçevesinde verdiği kararlar dışında, bireysel başvurular sonucunda verdiği kararlarda, adil yargılanma hakkını inceleme fırsatı bulmuş ve bireysel başvurular ile ilgili kararlarında hakkın özü ve kapsamına ilişkin daha detaylı inceleme ve değerlendirmelere yer vermiştir.¹³²

Bireysel başvuru hakkını düzenleyen 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesi uyarınca, *“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.”*¹³³ Kanun koyucu, bu hüküm ile, AİHS ve AİHM içtihadını bireysel başvuru yolunun merkezine oturtmuştur. Bu çerçevede,

¹³² Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurular arasında adil yargılanma hakkının ihlaline ilişkin olanlar büyük bir yer tutmaktadır. 23.09.2012- 04.08.2016 tarihleri arasında yapılan bireysel başvurular ile ilgili istatistiklere bakıldığında, toplam başvuru sayısının 66.195, adil yargılanma hakkının ihlaline ilişkin başvuru sayısının ise 56418 olduğu görülmektedir. Bu durum, adil yargılanma hakkının Anayasa Mahkemesi tarafından sıklıkla, neredeyse tüm başvurularda, incelenmiş olduğunu göstermektedir. Büyük bir çoğunluğunun “kabul edilemez” olduğuna hükmedilen bireysel başvurular hakkında, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen toplam 1339 ihlal kararının 955'inde adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Anılan rakamlar, AİHM istatistikleri ile birlikte değerlendirildiğinde, Türk yargısının adil yargılanma hakkının korunması ile ilgili ciddi sıkıntılarının olduğuna işaret etmektedir. İstatistiki bilgiler için bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/files/basvuru/istastik-04082016.pdf>; erişim tarihi: 20.10.2016.

¹³³ 6216 sayılı Kanun'un 46. maddesi şu şekildedir: *“(1) Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir.*

(2) Kamu tüzel kişileri bireysel başvuru yapamaz. Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilir.

(3) Yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancılar bireysel başvuru yapamaz”.

Görüldüğü üzere, 6216 sayılı Kanun'un 45 ve 46. maddeleri, kamu gücünü kullanan kurum ve merciler tarafından yapılan hak ihlalleri neticesinde kimlerin bireysel başvuruda bulunabileceğini düzenlemektedir. Bireysel başvuru yoluna ilişkin teknik detayların çalışmamızın kapsamını aştığını tekrar etmekle birlikte, bu noktada, “kamu tüzel kişilerine bireysel başvuruda bulunma yolunun kesin bir şekilde kapatıldığı”nın altının çizilmesi gerekmektedir. Her ne kadar, “kamu gücünün sağladığı ayrıcalık ve yükümlülükleri kullanan kamu tüzel kişilerine bireysel başvuru hakkının tanınmaması” doğal gibi görülse de (bkz. **Ekinci/Sağlam**, s. 9), kamu tüzel kişilerinin özel hukuk tüzel kişisi gibi davrandığı hukuki ilişkiler bakımından bireysel başvuruda bulunma hakkının bulunmaması aşağıda inceleyeceğimiz mahkemeye erişim hakkı kapsamında tartışma yaratabilecek bir düzenlemedir.

Diğer taraftan, bireysel başvuruya konu işlemin, Türkiye Cumhuriyeti devletin egemenlik yetkisini kullandığı (T.C. sınırları içinde veya dışında bulunan) coğrafi alanlardaki kamu gücü işlemleri olması gerektiğinin, Anayasa Mahkemesi'nin yabancı devletlerin ya da uluslararası veya uluslararası kuruluşların işlemleri aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceleme yetkisi olmadığına da altı çizilmektedir. (bkz. **Ekinci/Sağlam**, s. 9; **Süleyman Sırrı Terzioğlu, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda, Hak İhlaline Yol Açan Kamu Gücü Faaliyetinin, Yürütme Organı Bakımından Türkiye Cumhuriyeti Devletine Atfedilebilmesi Sorunu, TBB Dergisi, Yıl: 2016 Sayı: 127**, s. 51). Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 2012/171 sayılı Ali Kemal Renklioglu Başvurusu ile ilgili verdiği 12.02.2013 tarihli kararı, prgf. 17. Bu durum, yabancı devletlerin veya uluslararası kuruluşların eylem ve işlemleri aleyhine Türk mahkemelerinde açılan davalarda verilen kararlara karşı bireysel başvuru yoluna gidilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Burada, yabancı devlet veya uluslararası kuruluşlar tarafından gerçekleştirilen bir işlemde değil, Türk mahkemesinin kararından bahsedilmektedir. Örneğin, böyle bir durumda Türk mahkemelerinin çalışmamızın son bölümünde yer vereceğimiz yargı ve icra bağıışıklığına ilişkin konularda verdiği kararlara karşı, mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla bireysel başvuru yolu açıktır.

Anayasa Mahkemesi, AİHS'yi ulusal düzeyde uygulamak ve insan haklarını etkin şekilde korumak ile sorumlu tutulmuştur.¹³⁴ Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurular ile ilgili kararlarında AİHS ve AİHM içtihatlarına atıf yaptığı görülmektedir.¹³⁵

Adil yargılanma hakkı açısından da durum aynıdır. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 36. maddesi ile güvence altına alınan ancak maddede tanımlanmayan adil yargılanma hakkının kapsamının belirlenmesinde AİHS m. 6'yı esas almaktadır.¹³⁶ Ayrıca, Anayasa Mahkemesi nezdindeki tüm yargılama süreçleri gibi, bireysel başvurulara ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin yapacağı inceleme ve değerlendirmelerin de AİHS m. 6/f. 1'in koruma alanında olduğu şüphesizdir.¹³⁷

Anayasa Mahkemesi, hak arama özgürlüğünün ve adil yargılanma hakkının ihlali iddiası ile yapılan bireysel başvurular ile ilgili verdiği kararlarda, yukarıda yer verdiğimiz iptal başvurularına ilişkin kararlarına benzer şekilde şunu ifade etmektedir: *“Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da*

¹³⁴ **Musa Sağlam, Bireysel Başvuru, İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri, 2. Baskı Ankara 2013, s. 1.**

¹³⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 2012/1049 sayılı Oğuzhan Solmaz Başvurusu ile ilgili verdiği 26.03.2013 tarihli kararın 18. paragrafında şu ifadeye yer verilmiştir: *“Anılan Anayasa ve Kanun hükümlerine göre, Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir.”* Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 2015/6402 sayılı Turgut Yenilmez Başvurusu ile ilgili verdiği 19.11.2015 tarihli kararı, prgf. 18 ; Anayasa Mahkemesi 2015/2037 sayılı Z.M. ve I.M. Başvurusu ile ilgili verdiği 06.01.2016 tarihli kararı, prgf. 55; Anayasa Mahkemesi 2012/1198 sayılı Selahattin Akyıl Başvurusu ile ilgili verdiği 07.11.2013 tarihli kararı, prgf. 34; Anayasa Mahkemesi 2012/990 sayılı Ali Karatay Başvurusu ile ilgili verdiği 10.12.2014 tarihli kararı, prgf. 27; Anayasa Mahkemesi 2012/1213 sayılı I.Y. Başvurusu ile ilgili verdiği 17.07.2014 tarihli kararı, prgf. 18.

¹³⁶ *“Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Maddede geçen “adil yargılanma” ifadesi, 3/10/2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun ile Anayasa'ya eklenmiştir. Anayasa'da adil yargılanma hakkının kapsamı düzenlenmediğinden bu hakkın kapsam ve içeriğinin, Sözleşme'nin “Adil yargılanma hakkı” kenar başlıklı 6. maddesi çerçevesinde belirlenmesi gerekir.”* (Anayasa Mahkemesi'nin 2012/1049 sayılı Oğuzhan Solmaz Başvurusu ile ilgili verdiği 26.03.2013 tarihli kararı, prgf. 22).

“Sözleşme metni ile AİHM kararlarından ortaya çıkan ve adil yargılanma hakkının somut görünüşleri olan alt ilke ve haklar, esasen Anayasa'nın 36. maddesinde yer verilen adil yargılanma hakkının da unsurlarıdır. Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı bir çok kararında, ilgili hükmü Sözleşme'nin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle, gerek Sözleşme'nin lafzi içeriğinde yer alan gerek AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil edilen ilke ve haklara, Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir.” (Anayasa Mahkemesi'nin 2013/2744 sayılı Cahit Tekin Başvurusu ile ilgili verdiği 16.07.2014 tarihli kararı, prgf. 52). Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 2012/13 sayılı Güher Ergun ve Diğerleri Başvurusu ile ilgili verdiği 02.07.2013 tarihli kararı, prgf. 38.

¹³⁷ **Aktepe Artık, s. 66.**

iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Maddeyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisidir.”¹³⁸ Anayasa Mahkemesi, adil yargılanma hakkının “nitelikli bir temel hak” olduğunu belirttiikten sonra kapsamına ilişkin genel bir tanımlama yapmayıp, bireysel başvuru konusu yapılan somut olayın hangi yönüyle adil yargılanma hakkının kapsamına girdiğini açıklamaktadır.

Anayasa Mahkemesi, iptal kararlarında belirlediği unsurlara ek olarak, bireysel başvurulara ilişkin incelemelerinde çoğunlukla “gerekçeli karar hakkı”na değinerek, bu hakkın da adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biri olduğunu vurgulamıştır.¹³⁹ Anayasa’nın 141. maddesinin 3. fıkrası uyarınca “*bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.*” Anayasa’nın bu hükmü, açık bir şekilde yargılama süreçlerinde görev alan tüm mahkemelerin verdiği tüm kararlarda kararın dayandığı gerekçelerin yer alması gerektiğini vurgulamaktadır. Anayasa Mahkemesi, sadece mahkeme kararlarının gerekçeli olması ile yetinmemiş, mahkemelerin kararlarında makul ve tatmin edecek gerekçeye yer vermeleri gerektiğini belirtmiştir.¹⁴⁰

Bunun yanında, Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kararlarında, adil yargılanma hakkının koruma alanına giren ve fakat iptal kararlarında inceleme imkânı bulamadığı bazı haklar üzerinde de durmuştur. Örneğin, Anayasa Mahkemesi, tercüman hakkı ile ilgili verdiği bir kararında, devletin “çevirinin yapılması” konusundaki pozitif yükümlülüğü üzerinde durmuştur.¹⁴¹

¹³⁸ Anayasa Mahkemesi’nin 2014/634 sayılı Rabia Ersoy Başvurusu ile ilgili verdiği 22.06.2015 tarihli kararı, prgf. 29.

¹³⁹ Bkz. Anayasa Mahkemesi, 2013/1660 sayılı Gaziler Enerji ve Tic. AŞ. Başvurusu ile ilgili verdiği 15.10.2014 tarihli kararı, prgf. 47; Anayasa Mahkemesi, 2013/4186 sayılı Oğuz Tatiş ve Diğerleri Başvurusu ile ilgili verdiği 15.10.2014 tarihli kararı, prgf. 58 ve 59.

¹⁴⁰ Anayasa Mahkemesi, 2013/4186 sayılı Oğuz Tatiş ve Diğerleri Başvurusu ile ilgili verdiği 15.10.2014 tarihli kararı, prgf. 60-67. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi 2014/5909 sayılı Billur Güzide Balyemez ve Recai Alper Tunga Başvurusu ile ilgili verdiği 25.03.2015 tarihli kararı, prgf. 44-48; Anayasa Mahkemesi, 2013/735 sayılı başvurusu ile ilgili verdiği 17.09.2014 tarihli kararı, prgf. 44-45; Anayasa Mahkemesi, 2013/307 sayılı başvurusu ile ilgili verdiği 16.05.2013 tarihli kararı, prgf. 30; Anayasa Mahkemesi, 2013/3351 sayılı başvurusu ile ilgili verdiği 18.09.2013 tarihli kararı, prgf. 49.

¹⁴¹ “*Tercüman, bir dili başka bir dil ile beyan eden, dilden dile çeviri yapan kişidir. Tercüman hakkı, hem belgelerin çevirisine hem de sözlü ifadelere uygulanır; her iki durumda da adil bir yargılama yapılabilmesi için gerekli olan çevirinin yapılması gerekmektedir. Bu hak bir duruşmada söylenen her sözcüğün ya da tüm belgelerin çevrilmesini gerektirmez; değerlendirilecek husus, sanığın hakkındaki suçlamaları tümüyle anlayıp yanıt verebilecek düzeyde olup olmadığıdır (bkz. Kamasinski/Avusturya, B.No: 9783/82, 19/12/1989, §§ 74, 83).*

Ancak somut başvuru açısından çözümlenmesi gereken konu devletin yükümlülüğünün tercüman

Adil yargılanma hakkının aşağıdaki bölümde değineceğiniz biçimsel unsurları arasında sayılan makul sürede ve aleni surette yargılanma hakları da Anayasa Mahkemesi kararlarında güvence altına alınan haklardandır.¹⁴²

Böylece, Anayasa Mahkemesi'nin norm denetimi (iptal) kararları ve bireysel başvurular kapsamında verdiği kararların incelenmesi sonucunda genel bir çerçeve çizecek olursak, Anayasa Mahkemesi, makul sürede ve aleni surette yargılanma haklarının yanında silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerini, hakkaniyete uygun yargılama, avukatla temsil edilebilme hakkı, tercümandan faydalanma hakkı, kanun yoluna başvurma hakkı ve gerekçeli karar hakkını adil yargılanma kavramı kapsamında değerlendirmiş ve adil yargılanma hakkının unsurları arasında saymıştır. Tabii ki Yüksek Mahkeme, adil yargılanma hakkı ile ilgili bu değerlendirmeleri önüne gelen somut dava ve başvurular temelinde yapmaktadır. Bu sebeple, adil yargılanma kavramını tümüyle açıklayan veya kavramın içerdiği hakları tek tek sayan bir Anayasa Mahkemesi kararına rastlamak pek mümkün değildir. Zaten adil yargılanma hakkının içerdiği ilke ve hakların tek tek sayılması hakkın doğasına da aykırıdır.

Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesi'nin adil yargılanma hakkının “alt ilke ve hakları” olarak nitelendirdiği¹⁴³ haklar ile ilgili kavramsal olarak ayrıntılı incelemelere yer vermediği görülmektedir. Ayrıca, adil yargılanma hakkının içerdiği

isteyen tüm sanıklar bakımından geçerli olup olmadığıdır. Bu noktada tercüman hakkının sınırlı bir hak olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Başka bir deyişle tercüman isteyen herkesin değil, adil bir yargılamadan umulan yararın sağlanması amacıyla ve yalnızca yargılamada kullanılan dili bilmeyen, anlamayan ve konuşamayan kişilere tercüman atanması bir zorunluluktur. Diğer bir ifadeyle, yargılamada kullanılan dili bilmeyen, anlamayan ve konuşamayan kişilerin bir tercümanın yardımına ihtiyaç duyması halinde devletin çeviri sağlama yükümlülüğü doğar.

Bu kişilerin böyle bir ihtiyacının bulunup bulunmadığını belirlemek davaya bakan hâkimin görevidir; hâkim, sanıkla görüşükten sonra yargılamada tercüman bulunmamasından sanığın zarar görmeyeceğinden emin değildir.” Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 2014/4379 sayılı Cafer Kaçak Başvuru ile ilgili verdiği 11.03.2015 tarihli kararı, prgf. 28-30. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 2013/4841 sayılı Aycan Özdoğan Başvurusu ile ilgili verdiği 25.02.2015 tarihli kararı, prgf. 19-21; Anayasa Mahkemesi'nin 2013/4458 sayılı İlhan Bayar Başvurusu ile ilgili verdiği 25.06.2015 tarihli kararı, prgf. 18-20.

¹⁴² “Anayasa'nın 36. maddesinde açıkça aleni yargılanma hakkından söz edilmemekle birlikte, adil yargılanma hakkının somut görünümlerinden biri olan bu hak esasen Anayasa'nın 36. maddesinde yer verilen adil yargılanma hakkının da zımnî bir unsuru olup, ayrıca duruşmaların herkese açık olduğunu belirten ve aleniyetin hem kişinin adil yargılanma hakkından yararlanmasına hem de toplumun adalete güvenini sağlamak bakımından kamu yararına hizmet ettiğine işaret eden madde gerekçesi de nazara alındığında, yargılamanın aleniyetinin yanı sıra hükmün aleniyetine de işaret ettiği anlaşılan Anayasa'nın 141. maddesinin de, Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, aleni yargılanma hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır.” Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 2013/2014 sayılı Tahir Gökatalay başvurusu ile ilgili verdiği 20.03.2014 tarihli kararı, prgf. 31. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 2013/2228 sayılı Ejder Özkaya Başvurusu ile ilgili verdiği 15.04.2014 tarihli kararı, prgf. 46.

¹⁴³ Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 2013/2744 sayılı Cahit Tekin Başvurusu ile ilgili verdiği 16.07.2014 tarihli kararı, prgf. 52.

haklar arasında da bir “iç hiyerarşi” olmasına karşın, sistematik bir inceleme yapılmadığı ve bu nedenle bazı Anayasa Mahkemesi kararlarında kavramsal eksiklikler olduğu düşüncesindeyiz. Örneğin, Anayasa Mahkemesi’nin hakkaniyete uygun yargılanma ile ilgili verdiği kararlarda hukuki dinlenilme hakkından pek bahsetmediğini görmekteyiz.¹⁴⁴ Oysa, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı altında incelenen ve pek çok kararda ele alınan tercüman hakkı, adli yardım hakkı, gerekçeli karar hakkı gibi birçok hak, hukuki dinlenilme hakkının unsurları arasında yer almaktadır. Hukuki dinlenilme hakkı, aşağıda ayrıntılarıyla inceleneceği üzere, hakkaniyete uygun yargılanmanın ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının güvence altına alınması açısından büyük önemi haizdir.

Ancak yine de bireysel başvurulara ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararların adil yargılanma hakkının önemi ve kapsamının anlaşılması bakımından büyük katkı sağladığını belirtmek isteriz. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvurular hakkında verdiği kararlar ile adil yargılanma hakkının Türk hukuku açısından çok daha iyi anlaşılmasına olanak sağlamıştır. Bireysel başvurular sonucunda verilen kararlar Türk hakiminin de adil yargılanma hakkına bakışını değiştirerek, iç hukukta AİHM’nin temel hak ve özgürlüklere bakış açısına gitgide yaklaşacağını umduğumuz bir noktaya gelinmesini sağlayacaktır. Bu bağlamda, adil yargılanma hakkı da Anayasa m. 36’nın ve hatta AİHS m. 6’nın çizdiği çerçeveden çok daha geniş bir şekilde yorumlanabilecektir.

Bireysel başvuru yolu esas olarak AİHS’in iç hukukta uygulanmasını güvence altına almak amacıyla kabul edilmiş ikincil ve istisnai bir başvuru şeklidir.¹⁴⁵ Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi adil yargılanma hakkının ihlaline ilişkin bireysel başvurularda AİHM’nin m. 6’ya ilişkin yorum ve uygulamasını bire bir benimsemektedir. Bu kapsamda, Anayasa Mahkemesi, AİHM’ye paralel olarak, AİHS m. 6 da açıkça belirlenen hak ve unsurlar dışında, adil yargılanma hakkının

¹⁴⁴ Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında az da olsa hukuki dinlenilme hakkına değindiği görülmektedir: 6100 sayılı Kanun’un 27. maddesinde düzenlenen hukuki dinlenilme hakkı; davalının davadan haberdar edilme, davaya ilişkin açıklama yapma ve delil bildirme hakkını güvence altına almaktadır. Bu hak bir anlamda silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama hakkı ile de ilgilidir. Buna göre mahkeme davalıya savunma hakkını kullanma imkânı vermeden davanın esasıyla ilgili değerlendirme yapamayacaktır. Bu hakkın kullanılabilmesinin usul hukuku açısından en önemli sonucu; dava veya şikâyet dilekçesinin, içeriğindeki iddialara muhatap olan süjeye yani davalı veya karşı tarafa tebliğinin zorunlu olduğu olgusudur. (bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 2013/4073 sayılı Mehmet Ali Bedir ve Tevfik Günay Başvurusu ile ilgili verdiği 21.01.2016 tarihli kararı, prgf. 35.). Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 2013/3078 sayılı Medeni Alpkaya Başvurusu ile ilgili verdiği 21.01.2016 tarihli kararı, prgf. 50.

¹⁴⁵ Bireysel başvuru yolunun hukuki niteliği ve medeni usul hukuku açısından bir kanun yolu olup olmadığı konusundaki incelemeler için bkz. **Korkmaz**, s. 61 vd. ve s. 79 vd.

“zımnen” güvence altına aldığı mahkemeye erişim ve hükmün icrası haklarını bireysel başvurular çerçevesinde incelemiş ve söz konusu haklara ilişkin bazı ilkeleri ortaya koymuştur.

Anayasa Mahkemesi, mahkemeye erişim hakkının ihlali ile ilgili verdiği kararlarda şu ifadeye yer vermektedir: *“Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde, mahkemeye erişim hakkına açıkça yer verilmemişse de maddenin (1) numaralı fıkrasındaki "herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, . bir mahkeme tarafından davasının . görülmesini istemek hakkı..." ifadeleri çerçevesinde ve hakkın doğası gereği mahkemeye erişim hakkını da kapsadığının kabulü gerekir.”*¹⁴⁶

Çalışmamızın gerek bu bölümünde mahkemeye erişim hakkının adil yargılanma hakkı içindeki yerinin belirlenmesi ile ilgili kısımda, gerekse ikinci bölümünde yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de sonuç doğurması açısından tanıma / tenfiz hakkının ele alınacağı kısımda, AİHM’nin hükmün icrası hakkını, mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirdiğini ayrıntılı bir şekilde inceleyeceğiz. Anayasa Mahkemesi de AİHM’ne paralel olarak hükmün icrası hakkını mahkemeye erişim hakkından yola çıkarak açık bir şekilde adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirmektedir. Anayasa Mahkemesi’ne göre, *“Nihai mahkeme kararlarını, taraflardan birinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde uygulanamaz hale getiren düzenlemeler ve uygulamalar, mahkemeye erişim hakkının anlamını yitirmesine sebep olmaktadır... Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde açıkça kararların icrasından bahsedilmediği için AİHM, mahkemeye erişim hakkından yola çıkarak kararların icrası hakkını adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olarak kabul etmektedir.”*¹⁴⁷

¹⁴⁶ Bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 2012/791 sayılı Özkan Şen Başvurusu ile ilgili verdiği 07.11.2013 tarihli kararı, prgf. 51).

¹⁴⁷ Bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 2013/1752 sayılı Arman Mazman Başvurusu ile ilgili verdiği 26.06.2014 tarihli kararı, prgf. 58-59. *“Anayasa'nın 138. maddesinin 4. fıkrası gereği yargı kararları geciktirilmeksizin uygulanmak zorunda olmakla ve kararın icrasında gecikmenin başvuru sahiplerinin adil yargılanma haklarına bir müdahale olduğu kabul edilmekle beraber, kararların icrasında ne kadar süreli bir gecikmenin hak ihlali sayılacağı, davanın konusu, davanın konusu bir alacağın veya tazminatın ödenmesiyle alacak veya tazminatın mahiyeti, başvuru sahibinin kararın icrasındaki menfaati, yargı kararın icrasının başvuru için önemi, ödeme ile sorumlu idarenin bütçe imkânları ve ödeme konusundaki tutumu, alacak veya tazminatın ödemenin gecikmesi nedeniyle değer kaybedip kaybetmediği, davanın kararın icra safhasıyla beraber toplam süresi ile kararın icrasında geçen süre gibi somut davanın koşullarına göre incelenmesi gerekir.”* (Bkz. prgf. 66). Aynı yönde bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 2013/711 sayılı Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım Başvurusu ile ilgili verdiği 03.04.2014 tarihli kararı, prgf. 40-54; Anayasa Mahkemesi’nin 2012/144 sayılı Ahmet Yıldırım Başvurusu ile ilgili verdiği 02.10.2013 tarihli kararı, prgf. 28-29.

Görüldüğü üzere, adil yargılanma hakkı zaman içinde gelişen, sahip olduğu önem nedeniyle gerek temel bir insan hakkı olarak gerekse yargılamanın dayandığı usulî bir ilke olarak sınırları genişleyen bir haktır. Doktrinde de, “*adil yargılamanın eskiden yalnızca bir yargılama ilkesiyken şimdi temel bir insan hakkı olarak kabul görmekte olduğu ve bu şartlar altında adil yargılanma hakkının kapsamının zamana göre değişiklik gösterebileceği*” ifade olunmaktadır.¹⁴⁸ Anayasa Mahkemesi’nin de, adil yargılanma hakkına bakış açısının hukukun gelişimine bağlı olarak değişmesine olanak sağlayan, AİHM’nin adil yargılanma hakkının çerçevesine ve hakkın gelişimine ilişkin aşağıda yer vereceğimiz içtihadıdır. Fakat, AİHM’nin mahkemeye erişim ve hükmün icrası haklarını da kapsayan “genişletici yorumuna geçmeden önce, AİHS m. 6’da belirlenen ve adil yargılanma hakkının “biçimsel” olarak tanımlanan unsurlarına kısaca değinmek gerektiği kanaatindeyiz.

b. AİHS ve Türk Hukuku Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkının Temel (Biçimsel) Unsurları

1) Genel Olarak

Adil yargılanma, yargılama faaliyetinin bütününe ilgilendiren temel bir ilke ve haklar bütünü olarak ulusal ve uluslararası birçok esere konu olmuştur. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, bu ilke ve haklar bütünü oluşturan unsurların tek tek açıklanması ve bu çerçevede yazılan tüm eserlere atıf yapılması çalışmamızın kapsamını aşmaktadır. Bununla birlikte, adil yargılanma hakkının temel unsurlarının doktrinde, adeta “geleneksel” olarak, belirli bir sistematik içinde sayıldığını belirtmek isteriz. Buna göre, AİHS m. 6 ve T.C. Anayasası m. 36’da güvence altına alınan hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkını daha somut bir şekilde ele alan AİHS m. 6’dan da yola çıkılarak, adil yargılanma hakkının dört temel unsurdan oluştuğu dile getirilmektedir. Bunlar, “kanuni/bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından”, “makul bir sürede”, “aleni” ve “hakkaniyete uygun olarak” yargılanmadır. Bu unsurlara, AİHM içtihadı ile adil yargılanma hakkının kapsamında

¹⁴⁸ **Turan**, s. 97; **Aktepe Artık**, s. 170. Yazar, mahkemeye erişim ve hükmün icrası gibi hakların AİHS m. 6’da yer almamasına rağmen AİHM tarafından yorum yoluyla adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmesinden yola çıkarak, adil yargılanma hakkının yargı içtihatları yoluyla genişletilmemesi ve yeni hakların da bu kapsamda değerlendirilmemesi için bir sebep olmadığını dile getirmektedir.

değerlendirilen “mahkemeye erişim hakkı” ve “ yargılama sonunda verilen hükmün icrası hakkı” eklenmektedir.¹⁴⁹

Kanımızca, adil yargılanma hakkının temel unsurları arasında sayılanlardan belki de en kapsamlı olanı ya da demokrasi ve hukuk devletinin gerekleri bakımından ortalama düzeydeki bir ülkede adil yargılanma hakkı kapsamında en çok tartışılanı, “hakkaniyete uygun yargılanma”dır. Zira adil yargılanma hakkı içerisinde bir hayli geniş yer tutan ve aşağıda ayrı bir başlık altında inceleyeceğimiz hukuki dinlenilme hakkı¹⁵⁰ hakkaniyete uygun yargılanma hakkı altında incelenen bir haktır. Ayrıca, “hakkaniyete uygunluk” yargılamanın hem esasını hem de usulünü ilgilendiren bir zorunluluktur. Hakkaniyete uygun yargılanma, doktrinde de, “*adil yargılanmayı karakterize eden temel unsur*” olarak nitelendirilmektedir.¹⁵¹ Çalışmamızın ana ekseninde yer alması ve milletlerarası usul hukukunu yakından ilgilendirmesi dolayısıyla hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, adil yargılanma hakkının unsurları arasında sıklıkla değineceğimiz bir haktır.

Gerek milletlerarası yetki, gerekse yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin meseleler bağlamında çalışmamızı yakından ilgilendiren bir diğer unsur ise, hak arama özgürlüğü ve mahkemeye erişim hakkıdır. Aşağıda ayrı bir başlık altında ele alacağımız mahkemeye erişim hakkı da, adil yargılanma hakkının yargılama öncesi dönemdeki yansıması olarak adil yargılanma hakkı içinde önemli bir role sahiptir. Hükmün icrası hakkı da, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi kapsamında birçok konuda değineceğimiz, adil yargılanma hakkının yargılama sonrasında geçen dönemdeki yansıması olarak önemli bir yere sahiptir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, milletlerarası usul hukuku ile ilgili açıklamalarımızda sıklıkla değineceğimiz bu unsurlarının yanında, adil yargılanma hakkının “biçimsel (kurumsal)” unsurları olarak adlandırabileceğimiz, “kanuni/bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde”, “makul sürede” ve “aleni şekilde yargılanma” unsurlarına burada kısaca değinmek gerektiği

¹⁴⁹ Bkz. **Aktepe Artık**, s. 72 vd; **Erdoğan**, s. 60 vd.; **Turan**, s. 145-146. Sudre, AİHM’nin m. 6/f. 1’i genişleten yorumu sonrasında maddenin üç ana eksenini olduğunu dile getirmektedir. İlk olarak, usulî korumanın merkezinde, madde metninde açıkça belirtilen makul süre, aleniyet, mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı gibi güvenceler yer almaktadır. Bundan başka, hüküm, silahların eşitliği ve çelişkili yargılama ilkelerini zımni olarak güvence altına almaktadır. Son olarak, madde kapsamına “esasa ilişkin” iki hakkın daha dahil edilmiştir: mahkemeye erişim ve hükmün icrası hakları (Bkz. **Sudre**, s. 400).

¹⁵⁰ Bkz aşağıda “Adil Yargılanma Hakkı ve Hukuki Dinlenilme Hakkı” başlıklı bölüm.

¹⁵¹ Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 204.

düşüncesindeyiz.¹⁵² Adil yargılanma hakkının “özüne ilişkin” unsurları olarak tanımladığımız mahkemeye erişim ve hükmün icrası hakkı, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı ve -hem mahkemeye erişim ve hükmün icrası, hem de hakkaniyete uygun yargılanma haklarının hayata geçirilmesindeki önemli rolü nedeniyle- adli yardım hakkı aşağıda ayrı başlıklar altında incelenecektir.

2) Kanuni / Bağımsız ve Tarafsız Mahkemede Yargılanma

Kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma zorunluluğunun, aslına bakılacak olursa, adil yargılanma hakkının kapsamında yer almasının bile gereksiz olduğu düşünülebilir. Zira, kanunla kurulmuş olmayan, bağımsızlığı ya da tarafsızlığı konusunda şüpheler bulunan bir yargı organının “mahkeme” ve bu yargı organı nezdinde yürütülen prosedürün “yargılama” sıfatı bile taşımayacağı gerçeği karşısında, adil olması zaten beklenemez.¹⁵³ Dolayısıyla “kanuni/bağımsız ve tarafsız mahkeme” unsuru, gerçek anlamda bir yargılamadan bahsedebilmek için olmazsa olmaz bir gereklilik ve adil yargılanmanın başlangıç noktasıdır. Ancak kanuni / bağımsız ve tarafsız bir mahkeme, adil yargılanma hakkının diğer unsurlarını hayata geçirebilir.¹⁵⁴ Aşağıda bu unsurlara kısaca değinilecektir.

a) Kanunilik

Kanunilik, kısaca, mahkemelerin kanun ile kurulabileceğini, görev, yetki ve işleyişine ilişkin usul ve esasların ancak kanun ile düzenlenebileceğini; idarenin düzenleyici işlemleri ile mahkeme kurulamayacağını, kurulmuş bir mahkemenin ise görevi, yetkisi veya mahkemece uygulanacak işlemler ile ilgili esasların

¹⁵² “Kanuni/bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde”, “makul sürede” ve “aleni şekilde yargılanma” adil yargılanma hakkının gerek AIHS ve Anayasa, gerekse AIHS ve AİHM uygulaması çerçevesinde Anayasa Mahkemesi tarafından kabul gören temel üç unsurdur. Her unsurlardan her biri, gerek önemleri, gerekse yarattıkları sorunların karmaşıklığı gereği doktrin ve içtihatlarla ayrıntılı şekilde incelenmektedir. Bu şekilde ayrıntılı bir inceleme bizim çalışma konumuzu aştığından, biz sadece bu üç unsur hakkında genel bilgi vermekle ve tartışılmayan temel bazı ilkeleri ortaya koymakla yetineceğiz. Bununla birlikte, çalışmamızın ikinci kısmında, yeri geldikçe daha ayrıntılı incelemelere de yer vereceğimizi belirtmek isteriz.

¹⁵³ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 279; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 343; İnceoğlu, s. 164-165; Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 848: “... kanuna uygun şekilde kurulmamış makamların verdikleri kararlar ise bir mahkeme hükmü olarak da kabul edilmemektedir ve yok hüküm niteliğindedir.”

¹⁵⁴ Ancak bağımsız ve tarafsız bir yargı organı tarafından yürütülen bir faaliyetin ürünü olan yargılama tasarruflarının kesin hüküm gücüne sahip olup “hukuk düzeninde bir doğruluk karinesi” olarak yer alabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 343.

değiştirilemeyeceğini ifade etmektedir.¹⁵⁵ Ayrıca, mahkemelere ilişkin bu düzenlemelerin, mahkemelerin gerçekleştireceği yargılamadan önceki bir tarihte yapılmış olması şarttır.¹⁵⁶ Zira, ancak bu şekilde “doğal hakim ilkesi”ne uyulmuş olacaktır. Anayasa’nın 37. maddesinde “kanuni hakim güvencesi” olarak ifadesini bulmuş olan bu ilke, “mahkemelere ilişkin esasların yargılama öncesinde yürürlükte olan kanunlar çerçevesinde belirlenmesi gerektiğini, bu şekilde görev ve yetki kazanan hakimin ise doğal hakim sıfatını kazanacağı”nı ortaya koymaktadır.¹⁵⁷

Anayasa’nın 37. maddesi, “*hiç kimsenin kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamayacağını*” düzenlemektedir. Bu hüküm, yargılanacak kişilerin hangi mahkemeler nezdinde ve ne şekilde yargılanacaklarını önceden bilmelerini ve “kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir yargı mercii önünde yargılanacağını, bu konuda kanun dışında idari veya siyasi hiçbir otoritenin müdahalede bulunamayacağını” düşünen bireylerin adalete ve hukuk devletine güvenmelerini sağlamaktadır. Diğer taraftan, Anayasa’nın 37. maddesinin 2. fıkrası gereğince, “*bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.*” Bu hüküm, doğal hakim ilkesinin diğer bir işlevini ortaya koymaktadır. Buna göre, kişiye veya somut bir uyumsuzlığa göre değişkenlik gösteren, keyfi, istisnai ya da Anayasa’da ifade edildiği şekliyle “olağanüstü” yargı organlarının kurulmasının önüne geçilmektedir.¹⁵⁸ Kanunilik ilkesi gereğince, görev ve yetkilerini kanundan alan mahkemeler, bir davaya bakmak konusunda kendilerini görevli ve yetkili görmemeleri halinde görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermek suretiyle o davadan ellerini çekeceklerdir. HMK m. 114 gereğince, görev ve yer itibarıyla kesin yetki kuralları dava şartı olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla, medeni yargıda mahkemenin görevsiz veya kesin yetki kuralları uyarınca yetkisiz olması halinde, davayı re’sen usulden reddetmesi gerekecektir (HMK m.115/f.2).

¹⁵⁵ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 847-848; Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 194; Turan, s. 159-160; Aktepe Artık, s. 174.

¹⁵⁶ Pekcanitez, **Adil Yargılanma**, s. 40; Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 194.

¹⁵⁷ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 848; Kaşıkara, s. 126; Cebre, s. 385; Çelik, s.47; Turan, s. 160; Erdoğan, s. 95; Demircioğlu, s. 66 ve s. 70; Aktepe Artık, s. 178; Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 194. Doğal hakim ilkesi ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Süha Tanrıver, **Tabii Hakim İlkesi ve Medeni Yargı**, TBB Dergisi Sayı: 104 Yıl: 2013, s.11-35; Thierry S. Renoux, **Le droit au juge naturel, droit fondamental**, Revue trimestrielle de droit civil 92(1) Janvier-Mars 1993, s. 33-58. Ayrıca bkz. Gözübüyük/Gölcüklü, s. 280; Turan, s. 158 vd. AİHM Engel ve Diğerleri – Hollanda kararı, prgf. 89 (Karar Tarihi: 08.06.1976; Başvuru No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72); AİHM Sramek - Avusturya kararı prgf. 36 (Karar Tarihi: 22.10.1984 / Başvuru No. 8790/79).

¹⁵⁸ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 848; Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 195; Turan, s. 166; Demircioğlu, s. 67; Aktepe Artık, s. 178; Grisel, s. 77.

b) Bağımsızlık

Kanunla kurulmuş olmak dışında bir yargı organına “mahkeme” kimliği kazandıracak bir diğer zorunlu unsur ise bağımsızlıktır. Bağımsızlıktan kasıt, yargı organlarının her türlü etki ve baskıdan uzak bir biçimde, hakimlerin hür ve serbest iradelerine dayalı olarak, sadece hukukun çizdiği sınırlar dahilinde, hukuki ve vicdani kanaatleri çerçevesinde karar vermeleridir.¹⁵⁹ Anayasa’nın 138. maddesi uyarınca, *“hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.”* Hükmün devamında, *“hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği”* belirtilmiştir.

Burada ilk akla gelen, yasama ve yürütmenin etkisi ve baskısıdır.¹⁶⁰ Anayasa’nın 138. maddesinden anlaşılabacağı üzere, parlamenter sistem ve kuvvetler ayrılığı ilkesi gereği, yargı daha çok yasama ve yürütmeden bağımsızlaştırılmaya çalışılmıştır. Mahkemelerin yasama ve yürütmenin etkisi ve baskısı altında kalmamalarına, kimseden emir ve talimat almadan, hatta kimsenin yönlendirmesine dahi muhatap olmadan karar vermelerine olanak sağlanmalıdır.

Bununla birlikte, yukarıda belirttiğimiz üzere, yasama ve yürütme dışında, yargının tüm etkilerden uzak tutulması, yargı bağımsızlığına sözde değil, özde ulaşılmaya çalışılması gerekmektedir. Bu kapsamda, günümüzde belki de en büyük baskı unsurunun medya ve sosyal iletişim araçları olduğu söylenebilir. Özellikle son yıllarda hakimlerin gerek görsel ve yazılı, gerekse sosyal medyaya taşınan davalarla ilgili baskı altına alındıkları ve bu şekilde, hukukun çizdiği sınırlar dahilinde dahi olsa, hem hukuki hem de vicdani kanaatlerinin değiştirilmeye çalışıldığı düşünüldüğünde, yargı bağımsızlığının ne denli geniş bir alanı kapsadığı daha net görülmektedir.¹⁶¹

¹⁵⁹ Pekcanitez, **Adil Yargılanma**, s. 40; Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 196; **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s. 342-343; **İnceoğlu**, s. 166-167; **Çelik**, s. 57; **Turan**, s. 172; **Kaşıkkara**, s. 132; **Mock**, s. 397.

¹⁶⁰ Mahkemelerin genel anlamda “bağımsız bir görünüm”e sahip olması gerektiği; bu açıdan hakimlerin atanma, görevden alınma, mahkeme üyelerine emir verme yetkisi bulunan bir makamın olup olmadığı gibi konuların incelenmesi gerektiğine ilişkin AİHM içtihadı için bkz. **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 281’de yer alan kararlar. Ayrıca bkz. Pekcanitez, **HUMK m.445/11**, s. 531; **Erdoğan**, s. 103; **Kaşıkkara**, s. 134; **Aktepe Artık**, s. 186; Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 848-850.

¹⁶¹ “Mahkemelerin bağımsızlığının “çevreye karşı” korunması” kavramı ile ilgili olarak bkz. **Kaşıkkara**, s. 138. Bu noktada bağımsızlık ile objektif tarafsızlık kavramlarının iç içe geçmiş olduğu gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Yargı organlarının her türlü baskıdan ari, adeta izole bir biçimde bağımsız kalmaları, hakimlerin tarafsızlığının korunması bakımından da hayati önemi haizdir. AİHM,

Yargı bağımsızlığının en önemli araçlarından bir tanesi hakimlik teminatıdır.¹⁶² Anayasa'nın 139. maddesi uyarınca, “*hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler.*” Buna göre, hakimler azlolunamazlar, kendileri istemedikçe emekliye ayrılmaya zorlanamazlar ve özlük haklarından mahrum bırakılamazlar. Hakimlik ve savcılık mesleğine ilişkin düzenlemeleri yapmakla görevli kurumların da, varoluş amaçlarına uygun şekilde, öncelikle kendi bağımsızlıklarına sahip çıkarak yargı bağımsızlığını sağlamaya yönelik çalışmaları gerekmektedir. Anayasa'ya 159. maddesi gereğince bu görev Hakimler ve Savcılar Kurulu'na (HSK) aittir.¹⁶³

c) Tarafsızlık

Yargı bağımsızlığı ile birlikte ele alınan ve bağımsızlık ile çok yakın ilişkili bir başka zorunluluk ise hakimlerin tarafsızlığıdır.¹⁶⁴ Hakimler önlerine gelen uyuşmazlığa, mümkün olduğu kadar önyargılarından arınmış bir biçimde yaklaşmalı, uyuşmazlığın tarafları ile, onların leh veya aleyhlerinde karar vermeye itecek

yazılı ve görsel medyada (buraya sosyal medyayı da katabiliriz) yer alan ifadeler konusunda ifade özgürlüğü ile adil yargılanma hakkı arasındaki dengeyi bozmamak adına biraz çekingen davranmaktadır. AİHM'ye göre, “profesyonel” hakimlerin yürüttükleri davalara ilişkin olarak medyada çıkan haber ve yorumlardan etkilenmeleri güçtür. Bkz. **İnceoğlu**, s. 333-334 456 ve 457 nolu dn'de belirtilen kararlar. Bu görüşe katılamamaktayız. Hakimler her ne kadar önlerindeki davalara profesyonel olarak bakmakta, bağımsızlıklarını ve tarafsızlıklarını korumaya çalışmaktalarsa da, sonuç olarak insandırlar. Bu nedenle hakimlerin hukuki ve vicdani kanaatlerini açıklarken ön yargılarından tam anlamıyla arınmalarını beklemek mümkün ve gerçekçi olmayacaktır. Bu durumda hali hazırda var olan ön yargılara medya vasıtasıyla yaratılan kamuoyu baskısının eklenmesine göz yummak adil yargılanma ortamı açısından çok sakıncalıdır. Kaldı ki, Türk toplumunun da dahil olduğu bazı toplumlarda, hakimler, kamuoyu baskısından çok daha fazla etkilenmekte, vicdani kanaatlerini bu baskı doğrultusunda oluşturabilmektedir. İfade özgürlüğünün korunmasının önemi bir yana, hukuk devletinin temelini oluşturan ve kollektif yararı gözeten güvencelerin yorumlanmasında, adil yargılanma hakkına lehine bir dengenin kurulması gerektiği görüşündeyiz.

¹⁶² Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 850; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 217-218; **Tanrıver, Adil Yargılanma Hakkı**, s. 197; **Aktepe Artık**, s. 201.

¹⁶³ Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK), 16.04.2017 tarihli Halk Oylaması ile kabul edilen 6771 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un (RG. 11.02.2017 – S. 29976) 14. maddesi ile Hakimler ve Savcılar Kurulu olarak değiştirilmiştir. HSK'nın (Eski HSYK) gerek oluşumu, gerekse aldığı kararların yargı bağımsızlığına ne kadar uygun olduğu çok daha derin bir çalışmanın konusudur. Bununla birlikte doktrinde HSK'nın yargı bağımsızlığını sağlamak konusundaki yetersizliklerine dikkat çekildiğini belirtmek isteriz. Bu konudaki bazı değerlendirmeler için bkz. Muharrem Özen, **Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri**, **Ankara Barosu Dergisi Sayı: 2010/1 Yıl: 68**, s. 45-46; **Tanrıver, Adil Yargılanma Hakkı**, s. 197; **Aktepe Artık**, s. 205-207.

¹⁶⁴ Pekcanitez, **Adil Yargılanma**, s. 40. AİHM'nin bazı kararlarında tarafsızlık ve bağımsızlık kavramlarının karıştığı, özellikle bağımsızlık kavramının objektif tarafsızlıkla birlikte kullanıldığına ilişkin olarak bkz. **İnceoğlu**, s. 167 ve s. 188, 341 nolu dn'de belirtilen AİHM kararları. Ayrıca bkz. **Aktepe Artık**, s. 189. Yazar mahkemelerin tarafsızlığını “taraflardan bağımsızlık” başlığı altında incelemektedir. Ayrıca bkz. Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 849. Yazar, mahkemenin “oluşum biçiminin” bağımsız olması ve davanın görüldüğü mahkemenin yargılama işlevini tamamen “bağımsız” biçimde yerine getirmesi gerektiğini belirtmektedir.

herhangi bir bağlantı veya ilişki içinde bulunmamalıdır.¹⁶⁵ Tarafsızlık, objektif ve subjektif tarafsızlık olarak ikiye ayrılmaktadır.¹⁶⁶ Subjektif tarafsızlık hakimlerin birey olarak tarafsızlığını, objektif tarafsızlık ise yargı organı olarak yargılananlara eşit mesafede olduğu görüntüsünü ifade etmektedir.¹⁶⁷ Objektif tarafsızlık, doktrinde “görünüm tarafsızlığı” şeklinde ele alınmakta ve organik (mahkemelerin kuruluş şekli) ve fonksiyonel (görevin yerine getirilmesi usulü) inceleme yapılarak objektif tarafsızlığın var olup olmadığına karar verilmektedir.¹⁶⁸ Tarafsızlık tartışmasında, teorik ve soyut durumdan çok, pratik olarak sistemin nasıl işlediğinin araştırılması gerektiği vurgulanmaktadır.¹⁶⁹

Türk hukuk yargısında, hakimin tarafsızlığı konusunda güvence sağlanmasına yönelik olarak hakimin davaya bakmaktan yasaklılığı (HMK m. 34-35) ve hakimin reddi (HMK m. 36-44) kurumları öngörülmüştür. Diğer taraftan, hakimlerin uyuşmazlığın taraflarından birini kayırmaları veya taraf tutmaları ya da taraflardan birine karşı kin ve düşmanlık ile hareket ederek hukuka aykırı karar vermeleri hali de hakimlerin hukuki sorumluluğu dolayısıyla tazminat davası açılmasına olanak sağlayan durumlar olarak düzenlenmektedir (HMK m. 46/f. 1/a bendi). Yine davaya bakmaktan yasaklı olan veya hakkındaki red talebi kabul edilmiş olan hakimin karar vermiş veya karara katılmış olması yargılamanın iadesi sebepleri arasında sayılmaktadır (HMK m. 375/f. 1/b)

3) Makul Bir Sürede ve Aleni Surette Yargılanma

a) Makul Sürede Yargılanma

¹⁶⁵ Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 198; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 282; İnceoğlu, s. 188; Çelik, s. 59; Turan, s. 179; Kaşıkara, s. 139; Erdoğan, s. 111-112. Yazara göre, “yargı tarafsızlığı hakimnin kişisel görüş ve düşüncelerinden arınmasını gerekli kullmaktadır. Hakim yargılamayı yaparken, dini, politik, etnik, kültürel değer yargılarından ve kin, nefret, düşmanlık gibi kişisel duygularından arınabilmeli, sadece somut olay açısından hukukun gereğini yerine getirmelidir. Bir mahkemenin tarafsızlığından bahsedilebilmesi için davaya bakan kişi ya da kişilerin yani hakimin, taraflara karşı bir ön yargı içinde olmaması gerekmektedir.”

¹⁶⁶ Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 198; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 344; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 282; Kaşıkara, s. 141; Aktepe Artık, s. 215.

¹⁶⁷ “Subjektif tarafsızlık aksi sabit oluncaya kadar var sayılır.” Bkz. Gözübüyük/Gölcüklü, s. 282. Ayrıca bkz. Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 198; Çelik, s. 62; Turan, s. 181; Kaşıkara, s. 143; Aktepe Artık, s. 216; Mock, s. 398; İnceoğlu, s. 188- 189’da uygulamada bu varsayımın çok güçlü şekilde ortaya çıktığını, hakimler tarafından yargılama süresince yapılan yorum ve müdahalelerin yargılama süreci bir bütün olarak ele alınarak önyargı olarak değerlendirilmediğini belirtmektedir.

¹⁶⁸ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 283; Çelik, s. 60; Kaşıkara, s. 141; Demircioğlu, s. 75. Ayrıntılı incelemeler ve AİHM kararları için bkz. İnceoğlu, s. 168 ve s. 188; Aktepe Artık, s. 219-227.

¹⁶⁹ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 283.

Usul ekonomisi ilkesi ile de sıkı sıkıya bağlı olan, “yargılamanın makul bir süre içinde sonuçlandırılması zorunluluğu” adil yargılama hakkının ikinci temel unsurudur.¹⁷⁰ Yargılamanın makul sürede tamamlanması aslen kişilerin mahkemeye erişim haklarının bir gereği ve sonucudur. Zira, bir hakkın ancak bir yargılama (dava) sonunda elde edilebilecek olması kişilere önce hukuka ve hâkime (*droit au droit; droit au juge*), sonra mahkemeye erişim hakkının tanınmasını gerektirmektedir.¹⁷¹ Mahkemeye erişim hakkı da “hüküm hakkını (*droit au jugement*)” ve hükmün icrası hakkını beraberinde getirmektedir. Bu hakların tümünü birer “domino taşı” gibi düşünecek olursak, hükme ve hükmün icrasına makul bir sürede ulaşılamamasının, mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkının ihlâlüne sebebiyet vereceği açıktır.

Hukuki korunma talebinde bulunan kişinin, nihai olarak bu korunmaya kavuşması geciktiği takdirde, lehe sonuç alınmış olsa dahi, hüküm ile tesis edilen hukuki korunma bir değer taşımayacak ve hatta hukuki korunma hiç sağlanmamış olacaktır.¹⁷² Bu durum ise, hukuki korunma talebi karşılanmayan kişileri ihkâk-ı hakka teşvik eder.¹⁷³ Dolayısıyla, kanun yolu da dahil olmak üzere, yargılamanın tüm aşamalarında ve bütününde, makul süre zorunluluğunun dikkate alınması esastır.¹⁷⁴ Yargılamanın makul sürede tamamlanması, adaletin düzgün yönetimi açısından hayati önemi haizdir.¹⁷⁵

Doktrinde de ifade edildiği üzere, “makul sürede yargılanma”, yargılamanın ne pahasına olursa olsun en hızlı şekilde sonuçlandırılması anlamını taşımamaktadır.¹⁷⁶ O halde, yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması, usul ekonomisine uygun olarak, mümkün olan en kısa sürede ve fakat hukuki dinlenilme ve adil yargılanma hakkının gereklerinden ödün vermeksizin yargılamanın sonuçlandırılmasını ifade etmektedir. Bu görüş, Anayasa’da da ifadesini

¹⁷⁰ Doktrinde “yargılanma süresinin usulî bir hakkın konusu olduğu” ifade edildikten sonra, yargılama açısından sürenin, her ne kadar talî gibi görünse de, hakim tarafından yürütülen yargılama görevinin asli unsurlarından birisine dönüştüğü dile getirilmektedir. Bu bakımdan kişiler, “faydalı ve makul süre hakkına (*droit au temps utile et raisonnable*)” sahiptir. Bkz. Marie-Anne Frison-Roche, **Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure, Le temps dans la procédure, Actes du colloque organisé le 5 Décembre 1995 par le Tribunal de Nanterre et l'Association française de philosophie du droit**, Dalloz 1996, s. 14 ve19.

¹⁷¹ Frison-Roche, s. 15.

¹⁷² Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 851; Pekcanitez, **Adil Yargılanma**, s. 41; Pekcanitez, **HUMK m. 445/11**, s. 532; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 339; Aktepe Artık, s. 250-251.

¹⁷³ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 851.

¹⁷⁴ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 852.

¹⁷⁵ Mock, s. 396.

¹⁷⁶ Arslan/Tanrıver, s. 181; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 398; Özekes, s. 74; Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 200; Çelik, s. 107; Turan, s. 225; Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 852 ve 888-889.

bulmaktadır. Anayasa'nın 141. maddesinde, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması gerektiği düzenlenmektedir. HMK'da yargılamaya hakim olan ilkeler arasında sayılan usul ekonomisi ilkesine ilişkin hükmünde de, yargılamanın makul süre içinde yürütülmesi gerektiği belirtilmektedir.

Yargılamanın makul bir sürede bitirilmesi konusunda yargı organı kadar tarafların davranışlarının da etkisi vardır.¹⁷⁷ Gerek AİHM'nin gerekse Anayasa Mahkemesi'nin makul sürenin belirlenmesinde üç temel kıstastan hareket ettiği görülmektedir.¹⁷⁸ Bunlardan ilki, dava konusunun karmaşıklığıdır. Davanın özünü oluşturan hukuki sorunun güçlüğü ve delillerin toplanmasındaki zorluklar bu bağlamda değerlendirilmektedir. İkinci olarak, yargılamanın makul süre içinde sonuçlandırılmadığını ileri süren tarafların yargılama sırasında üzerine düşen yükümlülükleri gereği gibi yerine getirmiş olup olmadığına bakılmaktadır.¹⁷⁹ Son olarak ise, yargı organının, yargılamanın makul bir sürede sonuçlandırılması konusunda ne şekilde hareket ettiği incelenmektedir. Dolayısıyla, tüm bu unsurlara ve yargılamanın makul sürede tamamlanıp tamamlanmadığına ilişkin incelemenin somut olayın özellikleri dikkate alınarak yapılması gerekecektir.

AİHM, AİHS'e taraf devletlerin adil yargılanma hakkının gereklerini yerine getirmeye elverişli bir yargılanma ortamını hayata geçirmekle yükümlü olduklarından hareketle, yargı organlarının üzerine düşen görevi gereği gibi yerine getirmiş olmasına rağmen, iş yükünün ağırlığı, siyasi ortam, hukuk kurallarındaki boşluklar gibi nedenlerle yargılamanın makul sürede bitirilememesi halinde de adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.¹⁸⁰ Bu kapsamda, taraf devletler, yargılamanın makul sürede tamamlanmasının sağlanması bakımından gerekli tüm tedbirleri almakla yükümlüdür.¹⁸¹

Makul süre şartına uyulup uyulmadığının belirlenmesinde uyuşmazlığın makul bir sürede sonuçlandırılmış olsa dahi sonucunun değişmeyecek olması, yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmaması nedeniyle mağdur olan tarafın

¹⁷⁷ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 887; Arslan/Tanrıver, s. 181; Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 199.

¹⁷⁸ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 852; Pekcanitez, **Adil Yargılanma**, s. 42; Pekcanitez, **HUMK m. 445/11**, s. 532-533; Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 199; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 339; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 286; İnceoğlu, s. 380 vd.; Çelik, s. 106 ve 112 vd.; Turan, s. 233 vd.; Kaşıkara, s. 171; Erdoğan, s. 124; C.Korkmaz, s. 232. Ayrıntılı incelemeler ve AİHM kararları için bkz. Aktepe Artık, s. 261-285; Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. C.Korkmaz, s. 232-237.

¹⁷⁹ Bu anlamda sadece tarafların değil, yargılamaya katılan üçüncü kişilerin ve davanın aydınlatılmasında görev alan tanık ve bilirkişilerin de usul ekonomisi ilkesine uygun davranması gerektiği vurgulanmaktadır. Bkz. Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 893.

¹⁸⁰ Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 200.

¹⁸¹ Mock, s. 397.

davada haklı olup olmaması ya da davanın zamanaşımı nedeniyle düşmüş olması etkili değildir.¹⁸² O halde, AİHM'nin adil yargılanma hakkını taraf devletler için bir özen borcundan çok sonuç borcu olarak değerlendirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

b) Aleni Surette Yargılanma

Son olarak, adil yargılanma hakkının üçüncü temel unsuru aleniyettir. Yargılamanın aleni olması, bireylerin yargılamayı takip edebilmelerine, böylelikle “yargının kamu tarafından bir anlamda denetlenmesi” yoluyla keyfiliğin önlenmesine ve yargıya olan güvenin artmasına olanak sağlar.¹⁸³ Adalet dağıtımının görülebilir kılınması, adil yargılanma ortamının sağlamasında büyük öneme sahiptir.¹⁸⁴ Doktrinde aleniyetin taraflara eşit davranma ve silahların eşitliği ilkesi ile de yakından ilgili olduğu, bu yönüyle de adil yargılanmayı güvence altına aldığı dile getirilmektedir.¹⁸⁵

Bununla birlikte, yargılamanın aleni şekilde yürütülmesinden beklenen menfaat ile adil yargılanmanın gereklerinin çeliştiği durumlarla da karşılaşılabilir. Aleniyetin davanın tarafları ve konusu üzerinde yaratabileceği olumsuz etkilerin, yargılamanın adil şekilde yürütülememesine neden olması halinde aleniyet konusunda bazı sınırlamalar yapılabileceği kabul edilmektedir.¹⁸⁶ Duruşmaların basına kapatılması ve hatta bazı duruşmalara yargılama ile ilgisi olmayan kişilerin alınmaması, duruşmalarda ses ve görüntü kaydı alınmasının yasaklanması bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Anayasa'nın 141. maddesinde de duruşmaların herkese açık olduğu düzenlendikten sonra, “*duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı*

¹⁸² Gözübüyük/Gölcüklü, s. 287; Tanrıver, Adil Yargılanma Hakkı, s. 200; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 340; C.Korkmaz, s. 232. AİHM'nin makul süre aşımı nedeniyle Türkiye hakkında verdiği ihlal kararları ile ilgili bkz. s. 340-341. Ayrıca bkz. Gözübüyük/Gölcüklü, s. 284-288'de anılan AİHM kararları.

¹⁸³ Hakan Pekcanitez, Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s. 638 ve s. 640-641; Nesibe Kurt Konca, Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması, SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, s. 67; Tanrıver, Adil Yargılanma Hakkı, s. 202; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 288; İncoğlu, s. 342; Çelik, s. 123-124; Turan, s. 270; Erdoğan, s. 174; Aktepe Artık, s. 305-306; Mock, s. 395.

¹⁸⁴ Nesibe Kurt Konca, Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, Adalet Yayınevi 2009, s. 107-108; Pekcanitez, Aleniyet, s. 640. Yazara göre, “aleniyet yargılamanın demokratik karakteridir.”

¹⁸⁵ Pekcanitez, Aleniyet, s. 647; Kurt Konca, Aleniyet, s. 108.

¹⁸⁶ Pekcanitez, Adil Yargılama, s. 44 - 45; Tanrıver, Adil Yargılanma Hakkı, s. 201; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 339-340; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 295; İncoğlu s. 341 vd.; Çelik, s. 127- 128. Ayrıntılı incelemeler için bkz. Turan, s. 284 vd.; Erdoğan, s. 176; Aktepe Artık, s. 322-326.

yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebileceği” belirtilmiştir.¹⁸⁷ Yargılamaya hakim olan ilkeler arasında sayılan aleniyet ilkesine ilişkin HMK’nın 28. maddesinde de, duruşma ve kararların bildirilmesinin aleni olacağı ancak duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına -ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde-, taraflardan birinin talebi üzerine yahut re’sen mahkemece karar verilebileceği belirtilmiştir. Bu çerçevede, aleniyetin kural olarak korunması gerektiği, ancak istisnai bazı hallerde, özellikle “*yargılamanın aleni olmasının, hem yargılamaya katılanlar hem de kamu açısından yargılamanın gizli olmasına nazaran daha sakıncalı olması*” durumunda, aleniyet ilkesinin sınırlandırılması yoluna gidilebilir.¹⁸⁸ Diğer taraftan, özellikle taraf menfaati açısından aleniyetin kaldırılması gerekli iken, bu yönde bir karar alınmaması veya karar alınmış olsa dahi uygulanamamış olması halinde de, adil yargılanma hakkının ihlalden bahsedilecektir.¹⁸⁹

Adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak aleniyet, yalnızca duruşmaların herkese açık olarak yapılmasını değil, hükmün taraflara bildirilmesini de kapsar.¹⁹⁰ Diğer taraftan hükmün müzakeresinin aleni olmadığını belirtmek gerekmektedir. Aleniyet ilkesi, hükmün gerekçesi hakkında uygulanmamaktadır.¹⁹¹ Aleniyet ilkesinin uygulanmasında bir diğer sorun yargılamanın safhalarıdır. İlk derece yargılamasından sonra, olağan kanun yollarına başvuru halinde, aleniyet ilkesinin ilk derece yargılamasındaki şekliyle uygulanıp uygulanmayacağı sorusu ile karşılaşılmaktadır. Kanun yollarına başvuru halinde, aleniyet ilkesinin gereklerinin daha yumuşak bir uygulanabileceği belirtilmektedir.¹⁹² Doktrinde, duruşma yapılıyor

¹⁸⁷ AİHS m. 6/f. 1 uyarınca, “*ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava suresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.*” Ayrıntılı incelemeler ve AİHM kararları için bkz. **İnceoğlu**, s. 343 vd.; **Aktepe Artık**, s. 322-326.

¹⁸⁸ **Kurt Konca**, s. 74 vd. Ayrıca Bkz. **Kurt Konca**, **Aleniyet**, s. 241 vd.

¹⁸⁹ **Pekcanitez**, **HUMK m.445/11**, s. 535.

¹⁹⁰ **Kurt Konca**, s. 71; **Tanrıver**, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 202; **Çelik**, s. 124; **Erdoğan**, s. 179; **Aktepe Artık**, s. 326; **Mock**, s. 395.

¹⁹¹ **Tanrıver**, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 202; **Çelik**, s. 124; **Aktepe Artık**, s. 335.

¹⁹² **Pekcanitez**, **Adil Yargılama**, s. 44; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 288. Yazarlar, AİHM’nin “istinaf / temyiz incelemesinin, davanın yalnızca hukuki yönüne ilişkin olması veya başvuru sahibinin geçerli bir istinaf / temyiz gerekçesi göstermemesi gibi hallerde, ilgilinin de katılacağı açık bir duruşma yapılmasını gerekli görmediğini belirtmektedir. Bkz. *AİHM Pretto ve Diğerleri – İtalya* kararı, prgf. 27 (Karar Tarihi: 08.12.1983; Başvuru No: 7984/77); *AİHM Sutter – İsviçre* kararı, prgf. 30 (Karar Tarihi: 22.02.1984; Başvuru No: 8209/78) ve s. 289’da belirtilen AİHM kararları.

olması halinde kanun yollarında da aleniyet ilkesinin geçerli olması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁹³

Aleniyet ilkesinin yargılamanın taraflarına sağladığı “alenî / açık duruşma hakkı” yargılama hukukunun yüz yüzelik (vicahilik) kurallarının doğal sonucudur.¹⁹⁴ Ancak taraflar, alenî duruşma hakkından açıkça ya da zımnen vazgeçme imkânına da sahiptir.¹⁹⁵ Açık duruşmadan vazgeçmek, duruşmanın kapalı yapılması anlamına gelmemektedir; tarafın açık duruşmadan vazgeçmesi, duruşma yapılmaması anlamını taşımaktadır.¹⁹⁶

Adil yargılanma hakkının, uygulanmasında sıklıkla sorunlar yaşanan son unsuru hakkaniyete uygun yargılanmadır. Ancak, hakkaniyete uygun yargılanma unsuru, çalışmamızın ikinci bölümü açısından arz ettiği önem nedeniyle aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır.¹⁹⁷

3. AİHS’in Türk Milletlerarası Özel Hukukundaki Yeri

a. Genel Olarak

Çalışmamızın ikinci bölümünde ele alacağımız sorunlar çerçevesinde varılacak sonuçlar bakımından AİHS ile güvence altına alınan haklar ve AİHM içtihadı ile ortaya konan hukuki temel ilke ve kuralların, gerek kanunlar ihtilafı, gerekse milletlerarası usul hukukundaki yerine de kısaca değinmekte fayda görmekteyiz. Bu noktada, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda AİHS’in hangi şartlarda ve nasıl uygulanabileceği sorusu karşımıza çıkmaktadır.

Doktrinde, öncelikle, AİHS’in “kanunlar ihtilafındaki yeri” belirlenmeye çalışılmıştır.¹⁹⁸ AİHS “uygulanacak yabancı bir hukuk” mudur? Olumsuz cevap halinde, AİHS’in doğrudan uygulanan kurallara veya milletlerarası kamu düzenine dahil olup olmadığına karar vermek gerekecektir. Doktrinde, AİHS’de düzenlenen hak ve ilkelerin yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından bir nevi “doğrudan uygulanan kural” niteliğinde olduğu dile getirilmekte ise de, bu noktada

¹⁹³ Pekcanitez, Aleniyet , s. 646; Tanrıver, Adil Yargılanma Hakkı, s. 202; Erdoğan, s. 178; Aktepe Artık, s. 312.

¹⁹⁴ Pekcanitez, Adil Yargılama, s. 43; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 294

¹⁹⁵ Mock, s. 396.

¹⁹⁶ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 289.

¹⁹⁷ Bkz. “Hakkaniyete Uygun Yargılanma” başlıklı bölüm.

¹⁹⁸ Sinopoli, s. 28.

bir görüş birliği söz konusu değildir.¹⁹⁹ Bu konu, iç hukukun uygulanması ile açıklığa kavuşturulması gerekli bir meseledir.²⁰⁰

Türk kanunlar ihtilafı hukuku çerçevesinde, AİHS'in bir "milli hukuk" olarak uygulanması söz konusu olamaz. Zira, AİHS, "yabancı bir devlet hukuku" değildir. Dolayısıyla AİHS'in MÖHUK'da ve Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşmalarda yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması bakımından etkisinin belirlenmesi gerekmektedir.

MÖHUK m. 1/f. 2'de, MÖHUK'un uygulama alanına giren konularda, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşma hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir. Buna göre, uygulanacak hukuk, milletlerarası yetki ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde taraf olduğumuz milletlerarası antlaşma hükümleri MÖHUK'da yer alan kurallardan bağımsız ve öncelikli olarak uygulanacaktır.²⁰¹ MÖHUK m. 1/f. 2'nin uygulama alanına Türkiye'nin taraf olduğu tüm ikili ve çok taraflı antlaşmalar girmektedir. Milletlerarası özel hukukta uygulama alanı bulan antlaşmaların bir bölümü, kanunlar ihtilafı veya milletlerarası usul alanında maddi hukuk kurallarını düzenlerken, bazıları ise yalnızca uygulanacak hukuku belirlemek üzere kanunlar ihtilafı kuralları öngörmektedir. AİHS ise, gerek MÖHUK'da yer alan kuralların, gerekse milletlerarası antlaşmalarda düzenlenen kanunlar ihtilafı veya maddi hukuk kurallarının uygulanması halinde ortaya çıkan sonuç ile temel insan hak ve özgürlüklerinin kesiştiği noktadadır. Gerek, MÖHUK m. 1/f. 2 hükmünün, T.C. Anayasası m. 90'ın son fıkrası ile birlikte yorumlanması, gerekse AİHS'in konusu, uygulama alanı ve amacı dikkate alındığında, AİHS'in MÖHUK'da yer alan kuralların yanında değil, onlardan önce uygulanacağı açıktır. AİHS, temel hak ve özgürlükleri düzenleyen "ulusal hukukun üstünde" bir hukuk

¹⁹⁹ Bkz. Louwrens R. Kiestra, **The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law**, Asser Press Springer Netherlands 2014, s. 23-24 ve s. 70; Patrick Kinsch, **Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé**, RCADI Tome 318 (2005), s. 207-210. Ayrıca özellikle kanunlar ihtilafı sorunlarına ilişkin olarak bkz. Léna Gannagé, **La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé**, LGDJ Paris 2001, s. 48 vd. Yazar, kanunlar ihtilafı bakımından, temel insan haklarının, artık, yabancılık unsurlu uyumsuzluklarda verilen kararlarda birer gerekçe olmaktan çıkıp, sonucun ta kendisi olduğunu, bu anlamda milletlerarası özel hukukta uygulama alanı bulan hukuk kuralları bakımından normlar hiyerarşisinde insan hakları hukukunu üstün hale getiren yeni bir yaklaşımın (yön değişiminin) benimsendiğini dile getirmektedir.

²⁰⁰ Sinopoli, s. 28. Fransız hukukunda, AİHS'de yer alan hak ve özgürlüklerin uygulama alanının milletlerarası özel hukuk kaideleri ile sınırlı olduğu belirtilmektedir. bkz. Patrick Courbe, **"Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la Convention dans le système française"**, *Quelle Europe pour les droits de l'homme?*, ed. Paul Tavernier, Bruylant Bruxelles 1996, s. 256-257.

²⁰¹ Nomer, s. 69.

düzeni olarak, ne kanunlar ihtilafı, ne de milletlerarası usul hukuku kuralları ile birlikte (aynı düzlemde) uygulanabilir.

AİHS'in güvence altına aldığı temel hak ve özgürlükler, milli kanunların üzerinde, milletlerarası kamu düzenine aittir. Zira, AİHS'de öngörülen hak ve ilkeler, öncelikle taraf devletlerin anayasaları ile koruma altına alınan ve uluslararası hukukta kabul gören hukuk kaidelerine işaret etmektedir. Milletlerarası kamu düzeni kavramının ve bu kavramın özelliklerinin ayrıntılı bir şekilde açıklanması çalışmamızın kapsamını aşmaktadır.²⁰² Ancak, milletlerarası kamu düzeni ile ilgili verilen genel tanımdan ve kavramın kapsamından yola çıkacak olursak, *“hukukun temel değerlerine, medeni toplumlarca benimsenen ortak ahlâk ilkeleri ve adalet anlayışına, anayasal temel ilke ve haklara, milletlerarası alanda geçerli ortak ilkelere”* ilişkin kurallar milletlerarası kamu düzenindendir.²⁰³ Bu kapsamda, AİHS'de yer alan güvenceler ve kurallar da milletlerarası kamu düzeni kavramı içinde yer almaktadır.²⁰⁴ Temel insan haklarından biri olduğu kabul edilen adil yargılanma hakkının ihlali, hiç şüphesiz, demokratik hukuk devleti standartları bakımından kamu düzenine aykırılık teşkil eder.

Milletlerarası kamu düzeninin kapsamı, kanunlar ihtilafı ve milletlerarası usul hukuku bakımından benzer olsa da, uygulanması konusunda bazı farklılıklar bulunmaktadır. Çalışma konumuz açısından önemli olan, AİHS m. 6'da düzenlenen ve oldukça geniş bir alanı kapsayan adil yargılanma ilkelerinin Türk milletlerarası usul hukuku bakımından uygulanmasıdır. Çalışmamızın ikinci bölümünde, Türk hukukunun milletlerarası yetki kuralları, milletlerarası usul hukukunun diğer konuları ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizi ile ilgili hükümleri, adil yargılanma hakkı bakımından değerlendirilecektir. Dolayısıyla ayrıntılı açıklamalar ilgili bölümlerde yapılacaktır. Bu noktada bazı temel tespitlere yer vermekle yetineceğiz.

²⁰² Bu konuda ayrıntılı incelemeler için bkz. Cemile Demir Gökyayla, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni**, Seçkin Yayıncılık Ankara 2001, s. 24 vd.; Simon Othenin-Girard, **La Réserve d'ordre public en droit international privé suisse, Personnes-Famille-Successions, Thèse de doctorat (Université de Neuchâtel) 1999**, s. 7 vd.

²⁰³ Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 27-28; Nomer, s. 163; Çelikel/Erdem, s. 150-152; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 72.

²⁰⁴ Nomer, s. 163; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 219. Ayrıca bkz. Ceren Kaya, **Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Kavramının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile İlişkisi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2015, s. 57-59; Ayrıca bkz. Petra Hammje, **“Droits fondamentaux et ordre public”**, *Revue critique de droit international privé* 86 (1) Janvier-Mars 1997, s. 1 vd. Yazar, milletlerarası kamu düzeni kapsamında değerlendirilebilecek temel hakların içeriğinin belirlenmesinin güç olduğunu, bununla birlikte, AİHM içtihadının bu konuda yol gösterebileceğini ifade etmektedir. Bkz. s. 18.

b. Adil Yargılanma Hakkının Milletlerarası Usul Hukukundaki Yeri

Adil yargılanma hakkı, usulî bir haktan öte, geniş anlamda, adaletin düzgün yönetimine ilişkin “etkin ve kaliteli bir adalet hakkı”dır,²⁰⁵ yabancılık unsuru, bu “etkin ve kaliteli adalet hakkı”na, farklı boyutlar kazanmaktadır. Milletlerarası usul hukuku uyuşmazlıklarında, milletlerarası usulî adaletin sağlanması amacı ön plana çıkmaktadır. Milletlerarası usul adaleti, milletlerarası usul hukukunda kamu düzeni müdahalesinin en önemli nedenlerinden biridir. Bu nedenle, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından ortaya çıkan sorunların çözümünde, milletlerarası usul adaletinin gereği olan adil yargılanma ilkelerinin çizdiği geniş çerçevenin milletlerarası uyuşmazlıklara uyumlu bir şekilde yorumlanması esastır.

Her ne kadar, AİHS m. 6’da milletlerarası özel hukuka özgü bir belirleme veya atıf yapılmamış olsa da, AİHM içtihadı, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda da adil yargılanma güvencelerinin sağlanması gerektiği konusunda gayet nettir.²⁰⁶ Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda, tarafların adil yargılanma haklarının, yabancılık unsuru taşımayan uyuşmazlıklara oranla çok daha fazla “risk” altında olduğu göz önünde bulundurulduğunda, özellikle milletlerarası bir sözleşmenin uygulama alanına girmeyen durumlarda, tarafların AİHS korumasına daha çok ihtiyaçları olacaktır.²⁰⁷

Bu gerçek, yalnızca AİHM içtihadına dayanmamaktadır. Avrupa Adalet Divanı (AAD) tarafından verilen bir kararda, Brüksel Konvansiyonu’na (Brüksel I Tüzüğü’ne) üye devletlerden birinde, AİHS ile korunan adil yargılanma güvencelerini ihlal eden yargılamalar sonucunda verilen bir kararların diğer bir üye devlette “kamu düzeni müdahalesi” ile karşılaşacağını ve bu tür kararların tanınmasının / tenfizinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.²⁰⁸ Bu anlamda,

²⁰⁵ Favreau, s. 20; Frédéric Sudre, *Droit européen et international des droits de l’homme*, PUF 10^e édition redondue 2011, s. 376; Guinchard, s. 5.

²⁰⁶ Marchadier, s. 44.

²⁰⁷ Marchadier, s. 44-46. Yazar, farklı vatandaşlığa sahip eşlerin yine vatandaşlıklarından farklı bir ülkede yaşamaları örneğini vermektedir. Bu kişilerin, başta taleplerini ileri sürebilecekleri yetkili bir mahkeme bulmak üzere, uyuşmazlığın en adil şekilde çözüme kavuşturulması konusunda yaşayacakları güçlüklerden yola çıkarak, AİHS’in uygulama alanına giren milletlerarası uyuşmazlıklarda, AİHS korumasından faydalanılabileceği açık bir şekilde kabul görmektedir. Aynı yönde bkz. Lycette Corbion, *Le déni de justice en droit international privé*, Presse Universitaire d’Aix-Marseille 2004, s. 191.

²⁰⁸ Bkz. ECJ, Judgment of 28.03.2000 (Dieter Krombach – André Bamberski, Case, C-7/98); bkz. <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5509c38f3ce7d45ffa375ce3887b01967.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyKbhr0?text=&docid=45196&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=949189>; ECJ Judgment of 02.04.2009 (Marco Gambazzi – Daimler

AAD, kamu düzeni kavramının içeriği belirlerken, AİHS m. 6 ve AİHM içtihadı ile belirlenen hak ve ilkelere dayanmıştır.²⁰⁹ Esasen bu sonuç, sadece AB üyesi (Brüksel Tüzüğü sistemine dahil olan) ülkeler bakımından değil, Avrupa Konseyi üyesi tüm ülkeler bakımından geçerlidir. Kısaca, AİHS m. 6, Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin kamu düzenine dahildir; dolayısıyla adil yargılanma hakkı ihlallerinin de söz konusu ülkelerin yargı organları tarafından re'sen dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir.²¹⁰

Görüldüğü üzere, adil yargılanma hakkı, hem taraf devlet hukuklarında kamu düzeni kapsamında, hem de AİHS bağlamında uluslararası yükümlülükler çerçevesinde korunmaktadır; bu açıdan adeta ikili koruma ile “güçlendirilmiş” temelleri haizdir. Adil yargılanma hakkı, gerek iç hukuklarda yabancılık unsuru içeren veya içermeyen uyuşmazlıklarda, gerekse bir devlet mahkemesince verilen kararın diğer devlet mahkemelerinde tanınması / tenfizinde önemli role sahiptir. AİHM tarafından AİHS m. 6/f. 1 kapsamında verilen ihlal kararları, ihlali gerçekleştiren devletlerin sınırlarını aşan bir etkiye de sahiptir. AİHS’e taraf devletler, gerek yabancılık unsuru taşıyan milletlerarası uyuşmazlıklara, gerekse yabancılık unsuru taşımayan uyuşmazlıklara uygulanan yargılama kurallarını,

Chrysler Canada Inc. and CIBC Mellon Trust Company, Case C-394/07; bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62007CJ0394>. Ayrıca bkz. Nuyts, s. 177; Velu, s. 258; Monique Hazelhorst, *Free Movement of Civil Judgments in the European Union and the Right to a Fair Trial*, Springer Asser Press 2017, s. 73 vd.; Dominique Ritleng, *L’encadrement des procédures devant le juge national par le droit à un procès équitable, Le droit à un procès équitable au sens du droit de l’Union Européenne*, Nemesis Anthemis 2012, s. 134-135. AİHM’ye göre de, AİHS, Avrupa (Topluluk Hukuku) kamu düzeninin anayasal araçlarından biridir. Bkz. AİHM *Loizidou – Türkiye* kararı, prgf. 75 (Karar Tarihi: 18.12.1996 / Başvuru No: 15318/89). Ayrıca bkz. Gilliaux, s. 29-30; Jean Claude Soyer et Michel de Salvia, *La Convention Européenne des droits de l’homme, Commentaire article par article*, (ed.) Louis Edmond-Pettiti/Emmanuel Decaux/Pierre-Henri Imbert, Economica 1999, s. 245; Gérard Cohen-Jonathan, *Le rôle des principes généraux dans l’interprétation et l’application de la Convention Européenne des droits de l’homme*, Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti, Nemesis Bruylant Bruxelles 1998, s. 192-193.

²⁰⁹ AAD, Avrupa Temel Haklar Şartı’nın (ATHŞ) kabulünden sonra, Şart’ın adil yargılanma hakkını güvence altına alan hükümlerine de dayanmaktadır. AAD’nin özellikle etkin hukuki korunma kavramı üzerine yoğunlaştığı ifade edilmektedir. Bkz. Gilliaux, s. 41-42; Ritleng, s. 116-118. Zira, gerek adli gerek idari başvuru yollarının adil yargılanma hakkının gereklerine hizmet ettiği ifade edilmektedir. Bu çerçevede, idari başvuru mekanizmalarının bireyler açısından daha hızlı ve kolay sonuç alınabilen başvuru yolları olduğu dile getirilmektedir. Bkz. Dubos, s. 142. AAD’nin adil yargılanma hakkını temel bir ilke olarak ele aldığı kararları için bkz. Gilliaux, s. 42, 162 nolu dn; Ritleng, s. 105, 281 nolu dn.

Diğer taraftan, AB üyesi ülkeler bakımından adil yargılanma hakkının birçok kaynağının bulunduğu vurgulanmaktadır. Bu kaynaklar, üye devletlerin kamu düzeni, AİHS ve ATHŞ olarak sıralanmaktadır. Doktrinde bu kaynakların birbiriyle yarıştığı belirtilmektedir. Bkz. Romain Tinière, *La concurrence des sources du droit à un procès équitable dans l’ordre juridique de l’Union, Le droit à un procès équitable au sens du droit de l’Union Européenne*, Nemesis Anthemis 2012, s. 63-64 ve s. 66 vd.. Adil yargılanma hakkının AİHS m. 6 ve Topluluk Hukukundaki ortak temelleri hakkında bkz. Simon, s. 42 vd.

²¹⁰ Soyer/De Salvia, s. 245.

AIHS'in koruduğu yargısal güvenceleri sağlamaya yönelik olarak değiştirmekle yükümlüdürler.

Ancak, bu durum şu gerçeği değiştirmemektedir: Usul hukuku “millidir” ve devletin egemenlik hakkının bir yansıması olan yargı yetkisini kullanma biçimini düzenleyen kuralları “yereldir” (*lex fori* ilkesi). Ancak, AIHS, usul hukukunu her ne kadar “milletlerarası” hale getirmese de, yani taraf devletlerin uymakla yükümlü olduğu bir “milletlerarası usul hukuku” yaratmasa da, belirli adil yargılanma güvencelerini ortaya koymak suretiyle, usul hukuku kurallarını evrensel bir uygulamaya kavuşturmaktadır. Milletlerarası uyuşmazlıklar da bu uygulamanın en önemli inceleme alanı olarak karşımıza çıkmaktadır.²¹¹

Doktrinde, AIHM'nin AIHS m. 6/f. 1'in uygulama alanını mahkemeye erişim ve hükmün icrası hakkını kapsayacak şekilde genişleten içtihadının milletlerarası özel hukuka ilişkin sorunları daha çok ön plana çıkardığı belirtilmektedir.²¹² Gerçekten de, bir uyuşmazlığın mahkeme önüne taşınması halinde, yani dava açıldıktan sonra karar verilinceye kadar geçen sürede, uygulanacak usul kuralları bakımından uyuşmazlığın yabancılık unsuru içermesinin “sınırlı” bir etkisinin olduğu söylenebilir. Oysa, adil yargılanma hakkının milletlerarası usul hukuku bakımından arz ettiği önem, daha çok, milletlerarası yetkinin tesisi ve yabancı mahkeme kararlarına tanınacak etki noktalarında toplanmaktadır. Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda, gerek milletlerarası yetki kurallarının, gerekse yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizine ilişkin hükümlerin adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmesi iç hukuktakinden farklı bir bakış açısını gerektirmektedir. Bu bağlamda, anılan değerlendirmenin milletlerarası usul hukukuna ilişkin özellikler arz ettiği tartışmasızdır. Ancak, bu durumun göz ardı edildiği ifade edilmekte ve AIHM, bazı kararlarında, milletlerarası özel hukuka özgü yorum yapmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir.²¹³

²¹¹ Sinopoli, s. 14.

²¹² Emmanuel Guinchard, “*Procès équitable (Article 6 CESDH) et droit international privé*”, **International Civil Litigation in Europe and Relations With Third States** Ed. By A. Nuyts & N. Watté, Bruylant Bruxelles 2005, s. 205.

²¹³ E.Guinchard, s. 200. Yazar, adil yargılanma hakkının mahkemeye erişim hakkını içine alacak şekilde genişletilmesini sağlayan AIHM içtihadı (bkz. AIHM *Golder – Birleşik Krallık* kararı, prgf. 36 (Karar Tarihi: 21.02.1975; Başvuru No: 4451/70)) öncesinde, AIHS'in 1. ve 6. maddelerinin uygulanması bakımından bir iç ahengin var olduğunu, ancak mahkemeye erişim hakkının m. 6 kapsamına alınması ile bu ahengin bozulduğunu belirtmektedir. Yazara göre, AIHS m. 1 uyarınca, AIHS m. 6'nın uygulanabilmesi için, taraf devletlerin yetki alanına giren bir uyuşmazlığın söz konusu olması gerekmektedir. Taraf devletlerin “uluslararası hukukun egemenlik temeline dayandırdığı yetki tesisi” konusunda takdir hakkına sahip olduğunu benimseyen “kamu hukuku” görüşü (*approche publiciste*) çerçevesinde, şayet devletler kendilerini bir uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak konusunda yetkili görmemişler ise, bu uyuşmazlık hakkında AIHS uygulama alanı bulamayacaktır. Yazar,

Diğer taraftan, AİHM'nin taraf devletler ve bu devletlerin iç hukukları üzerindeki otoritesinin kaynağını uluslararası hukuktan alması nedeniyle, adil yargılanma hakkı dahil olmak üzere, AİHS'de düzenlenen diğer tüm hakların yorumunda “uluslararası hukuk bakış açısı” ile hareket etmesi normaldir.²¹⁴ Bu nedenle, AİHM'nin, çalışmamızda ele alacağımız tüm milletlerarası usul hukuku sorunları hakkında “saf, katıksız” bir milletlerarası özel hukuk mantığı ile hareket etmediği görülmektedir. Bu nedenle, milletlerarası özel hukuk bakış açısı, bazı noktalarda, AİHM'nin işaret ettiği noktaların ötesine geçerek, belki de daha liberal sonuçlara varmamızı gerektirmektedir.

AİHM'nin, özellikle, adil yargılanma hakkı gibi, “özünde tanınan ama makul ölçülerde sınırlanabilen, müdahalede bulunulabilen” haklar bakımından yaşam hakkı, işkence yasağı gibi, uluslararası hukukta da kesin bir biçimde üstün değer olarak kabul gören haklara oranla daha korumacı (*conservatif*) olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira, aşağıda inceleyeceğimiz üzere, AİHM'nin, *jus cogens* olarak nitelendirdiği işkence yasağına aykırı nitelikteki fiiller hakkında dahi, fiili gerçekleştiren devletin yargı muafiyetinden faydalanabileceğinin kabulünü AİHS m. 6/f. 1'e aykırı saymadığı, doktrinde bir hayli eleştirilen kararları mevcuttur.²¹⁵

Adil yargılanma hakkı ve bu hakkın kapsamındaki ilkeler, usulî milletlerarası kamu düzenine dahil olmaları nedeniyle, milletlerarası usul hukukunda doğrudan uygulama alanı bulmaktadır. Bu durum, gerek Türk hukuku, gerekse diğer AİHS'e taraf devletler bakımından geçerlidir. Doktrinde, AİHS m. 6'da yer alan usulî güvencelerin, iç hukuktaki usul kurallarının sağladığı korumanın yetersiz kaldığı durumlarda, bağımsız olarak uygulanacağı belirtilmekte ve bu çerçevede AİHS m. 6'nın “otonom” uygulanması'ndan bahsedilmektedir.²¹⁶

AİHS m. 6'nın, gerek normlar hiyerarşisi bakımından kanunların üzerinde yer alması (Anayasa m. 90), gerekse koruma alanı bakımından iç hukukun kamu düzeninin üzerinde, milletlerarası usulî kamu düzenine ait olması nedeniyle, adil yargılanma hakkı, milletlerarası usul hukukunda her bakımdan üstün ilke ve kaideleri

AİHM'nin taraf devletlerin kendi mahkemelerini yetkili kılmak konusunda kamu hukuku görüşünü benimsemesine rağmen, *Golder* kararı ile mahkemeye erişim hakkını da adil yargılanma hakkı kapsamına almasını eleştirmekte, mahkemeye erişim hakkına ilişkin sorunların “milletlerarası özel hukukun yetki anlayışı” çerçevesinde çözümlenmesinin daha tutarlı olacağını vurgulamaktadır (bkz. s. 204 vd.).

²¹⁴ Bu konuda bkz. Gérard Cohen-Jonathan/Jean-François Flauss, **Cour européenne des droits de l'homme et droit international général, Annuaire Français de Droit International XLVII 2001**, s. 424-425.

²¹⁵ Bkz. AİHM *Al-Adsani – Birleşik Krallık* kararı, prgf. 56-67 (Karar Tarihi: 21.11.2001; Başvuru No: 35763/97).

²¹⁶ **Sinopoli**, s. 241.

ortaya koymaktadır. Bu durum, Türkiye'nin taraf olduğu diğer milletlerarası antlaşmaların içerdiği usulî hükümler bakımından da geçerlidir. Bu açıdan, AİHS'e taraf devletlerin tümünü kapsayacak genel bir ilke ortaya konulabilir: AİHS, diğer milletlerarası antlaşmaların uygulanma çerçevesini çizmektedir. Doktrinde, AİHS'e taraf devletlerin akdettikleri milletlerarası antlaşmalarda yer alan kuralların uygulanmasının AİHS kapsamındaki sorumluluğu ortadan kaldırmayacağı, bu kuralların da AİHS m. 6'ya uygun şekilde uygulanması gerektiği vurgulanmaktadır.²¹⁷ Esasen, T.C. Anayasası m. 90'ın son fıkrası da aynı sonucu teyit etmektedir. Zira, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir; ancak, usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuş “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar” kanunların da üzerindedir.

AİHS m. 6, Türk milletlerarası usul hukukunun her alanında söz sahibidir. Bu alanların başında, milletlerarası yetki kuralları gelmektedir. Türk milletlerarası yetki sistemi, Kıta Avrupası hukuklarında olduğu gibi, yetki kurallarının kanuniliği ilkesi üzerine kuruludur. Dolayısıyla çeşitli kanunlarda yer alan milletlerarası yetki kurallarının, AİHS m. 6/f. 1'e ve AİHM'nin ilgili içtihadına aykırı şekilde düzenlenemeyeceği ve uygulanamayacağı açıktır. Ancak, çalışmamızın ikinci bölümünde üzerinde duracağımız üzere, AİHS m. 6'nın milletlerarası yetki üzerindeki etkileri noktasında bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır.

Aynı şekilde, milletlerarası usul hukukunun teminat, adli yardım, yargı bağışıklığı, tebligat gibi başlıca konularında uygulanacak kurallar bakımından da AİHS m. 6/f. 1 ile ortaya konulan ilkeler geçerlidir. Söz konusu kuralların uygulanması bakımından adil yargılanma hakkının dikkate alınması zaruridir. Nitekim, bazı konularda, AİHM'nin Türkiye ile ilgili içtihatları dikkate alınarak gerekli değişiklikler yapılmış olmasına karşın, diğer bazı hükümler, halen AİHS m. 6 bakımından bazı sorunlar arz etmektedir.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi bakımından AİHS m. 6'nın temsil ettiği değerler daha çok kamu düzenine uygunluk şartı (MÖHUK m. 54/c bendi) içinde değerlendirilmektedir. Türk mahkemelerince yürütülecek tanıma / tenfiz davaları ve işlemlerinin adil yargılanma hakkına uygun olması zorunluluğu dışında, tanınması / tenfiz edilmesi talep edilen yabancı mahkeme kararının da adil yargılanma hakkına uygun şekilde verilmiş olması gerekmektedir. Adil yargılanma

²¹⁷ Sinopoli, s. 87 ve s. 203.

hakkına uygunluk MÖHUK m. 54’de sayılan tanıma / tenfiz şartları arasında açıkça ve ayrıca dile getirilmemiştir. Bununla birlikte, yabancı mahkeme hükmünün, kararı veren mahkemenin kendi hukukunda düzenlendiği şekliyle, bazı savunma haklarına uygun olması, bir tanıma / tenfiz şartı olarak açıkça ifade edilmiştir (ç bendi). Bu bent dışındaki adil yargılanma ilkeleri ise, usulî milletlerarası kamu düzeni içinde (c bendi) değerlendirilmeleri nedeniyle, yine tanıma / tenfizde dikkate alınacaktır. Zira, bu ilkeler ihlal edilerek verilen yabancı bir mahkeme kararının tanınması / tenfizi, devletin temel değerlerine aykırılık oluşturacağı gibi, AİHS çerçevesinde taraf devletlerin sorumluluğuna yol açacaktır.

II. ADİL YARGILANMA HAKKININ MİLLETLERARASI USUL HUKUKU BAKIMINDAN UYGULAMA ALANINI OLUŞTURAN İLKE VE HAKLAR

A. Genel Olarak

Adil yargılanma hakkının, yargılamaya hakim birçok hak ve temel ilke ile yakından ilgili olduğunu çeşitli noktalarda vurgulamıştık. Adil yargılanma hakkının içinde incelenen ilke ve hakları birer küme olarak düşünmek gerekirse, adil yargılanma hakkı “birleşim kümesi” veya “kapsayıcı küme” olarak görülebilecektir. Bu bağlamda, doktrinde, adil yargılanma hakkı “*bir yargısal temel haklar demeti*” olarak tanımlanmaktadır.²¹⁸ Adil yargılanma hakkına dahil olan bu hak ve ilkelerin Anayasa’nın farklı hükümlerinde düzenlendiğine de kısaca değinmiştik.

Adil yargılanma hakkının içinde yer alan hak ve ilkelerin birçoğu HMK’da da farklı maddelerde hüküm altına alınmıştır. Adil yargılanma hakkı içinde yer almasa dahi, yargılamanın işleyişi açısından arz ettiği önem sebebiyle dolaylı olarak adil yargılanma ortamının sağlanmasına katkıda bulunan temel ilkelerden de kısaca bahsetmenin gerekli olduğu düşüncesindeyiz.

HMK’nın 24 ilâ 30. maddeleri “yargılamaya hakim olan ilkeleri” düzenlemektedir. Bu ilkeler arasında adil yargılanma hakkı yoktur; ancak adil

²¹⁸ Hanağası, s. 94.

yargılanma hakkının içinde yer alan hukuki dinlenilme hakkı (m. 27) ve aleniyet ilkesi (m. 28) yer almaktadır.²¹⁹

Diğer taraftan taraflarca getirilme (m. 25), dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü (m. 29), usul ekonomisi ve yargılamanın hakim tarafından sevk ve idare edilmesi, adil yargılanma hakkının medeni yargılamanın tüm alanlarında güvence altına alınmasında katkı sağlayacak ilkelere. Bu ilkelere bazıları adil yargılanma hakkını çok yakından ilgilendiriyor gibi gözükmeseler de, aslında yargılamanın düzenlenmesi ve işleyişi bakımından sağladıkları katkı, bire bir adil yargılanma ortamının sağlanmasına yöneliktir.

Hakimin kural olarak yargılama taraflarının söyledikleri ile bağlı olmasını, iki taraftan birinin sunmadığı beyan ya da vakıaları kendiliğinden dikkate alamayacağını ve bu konuda taraflara herhangi bir hatırlatmada bulunamayacağını düzenleyen taraflarca getirilme ilkesi (HMK m. 25), hakimin taraflara eşit mesafede durması gerektiğini hüküm altına almaktadır. Taraflarca getirilme ilkesi, bu yönüyle, adil ve hakkaniyete uygun yargılanma ortamının sağlanmasına katkıda bulunmaktadır.

Dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü (HMK m. 29) maddi hukuka olduğu kadar usul hukukuna da hükmeden, yargılamanın adil bir şekilde sürdürülmesini sağlayan önemli bir ilkeyi ortaya koymaktadır.²²⁰ Medeni usul hukukunda, gerek davanın açılmasında gerekse yargılama sırasında usulî yetkiler kullanılırken dürüstlük kuralının geçerli olduğu dile getirilmektedir.²²¹ Tarafların adil yargılanma haklarını kullanırken de dürüst olmaları gerektiği göz ardı edilmemelidir. Adil bir yargılama ile maddi gerçeğe ulaşılabilmesi ancak tarafların dürüstlük kuralına uymaları ile mümkündür.²²² Bu bağlamda, dürüst davranma yükümlülüğünün adil yargılanma hakkını sınırlayıcı etkileri olabilmektedir. Yargı organının, özellikle hukuki dinlenilme hakkının içinde yer alan açıklama hakkı çerçevesinde, gerek tarafların sundukları delillerin ne şekilde elde edildiği (örneğin hukuka aykırı delillerin hakim tarafından dikkate alınamayacağı), gerekse yargılamanın uzatılmasının önüne geçmek amacıyla bazı delillerin kabul edilip

²¹⁹ Hukuki dinlenilme hakkı, adil ve hakkaniyete uygun yargılanma içindeki yeri nedeniyle aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir.²¹⁹ Aleniyet ilkesi ise, çalışmamızda ele alacağımız konular açısından kapsam dışı kalacağından ayrıntılı olarak incelenmeyecektir.

²²⁰ Usul hukukunda dürüstlük kuralının uygulanması ile ilgili ayrıntılı incelemeler için bkz. Ramazan Arslan, **Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, Ankara 1989, s. 47 vd.

²²¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 407; A.Kılınc, s.169; Özekes, s. 80.

²²² Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 407.

edilmeyeceği gibi hususlarda dürüst davranma ilkesine uygun hareket etmesi gerekmektedir.²²³

Kısaca yargılamanın mümkün olduğu kadar hızlı ve ekonomik bir biçimde sonuçlandırılmasını hedefleyen usul ekonomisi ilkesi de adil yargılanma hakkı ile yakın ve hatta doğrudan ilişkilidir.²²⁴ Zira yargılamanın uzaması halinde, kişilerin adalete olan inançları ve ihtiyaçlarının da ortadan kalkacağı bir gerçektir.²²⁵ HMK’da yer alan ve usul ekonomisi ilkesine dayanan pek çok hüküm adil yargılanma ortamının sağlanmasına hizmet etmektedir. HMK m. 30 uyarınca, hakim yargılamanın makul sürede ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür.²²⁶ Bir yargılamanın makul süre içinde sonuçlandırılması, zaten adil yargılanma hakkının unsurlarından bir tanesidir. Diğer taraftan, sosyal boyutu ile birlikte düşünüldüğünde, bir yargılamanın mümkün olduğunca ekonomik bir biçimde sonuçlandırılması da, adalete erişimin ve adil yargılanmanın sağlanması açısından büyük öneme sahiptir. Bu nedenle, usul ekonomisi ilkesi, adil yargılanma hakkından bağımsız olarak ihlal edilebilen, vazgeçilmez ve devlet (hâkim) açısından emredici özelliği haiz bir ilkedir.²²⁷

B. Adalete Erişim, Hak Arama Özgürlüğü ve Etkin Hukuki Koruma Kavramlarının Adil Yargılanma Hakkı ile İlişkisi

Adil yargılanma hakkı ile en yakın ilişkili kavram, adalete erişim kavramıdır. Adalete erişim hakkı, mahkemeye erişim hakkı, mahkeme önünde hak arama özgürlüğü, dava hakkı (*right of action; droit d'action*), adaletin inkârının (*denial of justice; déni de justice*) önlenmesi gibi pek çok kavram adil yargılanma hakkını ilgilendiren kavramlardır. Ancak gerek doktrinde, gerekse yargı kararlarında bu kavramların farkları üzerinde durulmadığı, ayırt edici unsurlarının açıklanmadığı görülmektedir. Söz konusu anlam ve kavram kargaşası, anılan kavramların

²²³ Adil bir yargılama sonucunda maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için tarafların dürüstlük kuralına uygun davranması gerektiği belirtilmekte, özellikle açıklama ve ispat hakkının dürüstlük kuralı çerçevesinde sınırlandırılabilmesi ortaya konmaktadır. Bkz. **Özekes**, s. 80-81. Ayrıca bkz. Yarg. HGK, E. 1997/4-327 K. 1997/765, 01.10.1997; Yarg. HGK, E. 2014/10-184 K. 2015/554, 21.01.2015; Yarg. 21.HD E. 20141893 K. 2015/800, 22.01.2015 (www.kazanci.com; erişim tarihi: 02.11.2016).

²²⁴ **Kuru**, s. 303; **Arslan/Tanrıver**, s. 181; Erdönmez, **Pekcanıtez Usûl**, s. 888.

²²⁵ **Kuru**, s. 303.

²²⁶ Usûl ekonomisi ilkesinin çabukluk, basitlik ve ucuzluk ilkesine dayandığı, davanın çabuk ve basit bir şekilde sonuçlandırılmasında “tarafların olduğu kadar, toplumun (kamunun) da yararı olduğu” belirtilmiştir. Bkz. **Kuru**, s. 303-304.

²²⁷ Erdönmez, **Pekcanıtez Usûl**, s. 886.

birbirlerini kapsadıklarını, birbirlerinin yerine kullanılabileceklerini düşündürebilirse de, esasen bu kavramların kendi içinde ayırt edici unsurları vardır. Adil yargılanma hakkı ve adalete erişim (hakkı) arasındaki ilişkinin ortaya konması her iki kavramın yabancılık unsuru taşıyan / taşımayan tüm uyuşmazlıklarda yorumlanması bakımından önem arz etmektedir.

1. Adalete Erişim Kavramı

a. Genel Olarak

Adalete erişim (*access to justice; accès à la justice*), adil yargılanma hakkına “temel bir insan hakkı olma” özelliğini kazandıran ve insan onurunun hukuk devleti tarafından korunması için gerekli ve vazgeçilmez olan bir “üst” kavramdır. Tanımlanması çok güç olan bu kavram, kişilerin uyuşmazlıklarını devlet himayesi altında çözebilmelerini sağlayan yargı sisteminin “herkes için eşit ölçüde erişilebilir olması” ve sistemin “hem bireysel hem de toplumsal açıdan adil sonuçlar doğurması” üzerinde yoğunlaşmaktadır.²²⁸ Bu bağlamda adalete erişimin iki temel unsurundan bir tanesi “erişim (ulaşma)” iken diğeri “adalet” kavramlarıdır.

Adalete erişim kavramının çok tartışılan bir kavram olduğu, adalete erişimin öncelikle, hak arama konusundaki tüm yol ve imkânların açık ve kullanılabilir olmasını ifade ettiği dile getirilmektedir.²²⁹ Dolayısıyla, öncelikle kişilere, iddia ve savunmalarını adalet mercileri önüne götürme, dar anlamda, “davalarının bir yargı organı tarafından çözüme kavuşturulmasını talep etme” hakkının tanınması gerektiği

²²⁸ Mustafa Özbek, **Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuk Dergisi Yıl:2006/2 Sayı:4**, s. 908; Carol Harlow, “L'accès à la justice comme droit de l'homme: La Convention Européenne et l'Union Européenne”, *L'union Européenne et les droits de l'homme, sous la direction de Philip Alston, Bruylant Bruxelles 2001*, s. 191 ve s. 193. Ayrıca bkz. Bruno Oppetit, *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil en droit français, Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil/ Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation, edited by/sous la direction de Mauro Cappelletti et Denis Tallon, Milano, A Guiffre; Dobbs Ferry, N.Y., Oceana, 1973*, s. 487-488. Yazar, adalet dağıtımının bir kamu hizmeti olduğunu ve diğer tüm kamu hizmetleri için geçerli olduğu üzere, iki temel ilke üzerine kurulu olduğunu belirtmektedir. buna göre, adalet herkes için eşit ölçüde erişilebilir, “ücretsiz” bir kamu hizmetidir. Adaletin ücretsiz oluşu, taraflardan katkı alınamayacağı anlamına gelmemekte ve fakat tarafların çok ağır maddi bir yükün altına sokulamayacağını ifade etmektedir.

²²⁹ Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 21; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 52; Mustafa Özbek, **Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansı, 2. Bası Yetkin Yayınları Ankara 2016**, s. 36.

ifade edilmekte²³⁰, hak dağıtımını gerçekleştirecek olan yargı organlarının uluslararası adalet ve hakkaniyet standartlarına uygun bir yargılama yapabilecek nitelikte olması gerektiği vurgulanmaktadır.²³¹

Bu bağlamda, adalete erişim, “toplumun insan hakları, temel hak ve özgürlüklerden ödün vermeksizin, en kolay, en hızlı, en etkili ve en az masrafla, uygun hukuki mekanizmalarda, kısaca hak arama yollarından faydalanarak talep ettikleri hukuki korumaya ulaşmalarının sağlanması” olarak tanımlanmaktadır.²³² Dolayısıyla, sadece adalet mekanizmasının fiziki olarak işletilmesi yetmemekte, adalete erişimin önündeki engelleri aşmak adına yeni hukuki imkânların da geliştirilmesi gerekmektedir.²³³ Bunların başında, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yaygınlaştırılması, topluluk davalarının etkinleştirilmesi gibi önlemler yer almaktadır.²³⁴

Gerek doktrinde, gerekse AİHM içtihadında adalete erişim kavramının çeşitli şekillerde ele alındığı görülmektedir. Bu bağlamda, adalete erişimin bir “hak” olarak, hak arama özgürlüğünün kullanımını ifade ettiği, hak arama özgürlüğünün de gerek mahkemelere (hâkimlere) gerekse diğer uyuşmazlık çözüm yollarına ulaşmayı kapsadığı belirtilmektedir.²³⁵

Adalete erişimin sağlanmadığı bir hukuk devleti düşünülemez. Aynı şekilde adaletin yadsındığı, göz ardı edildiği bir ortamda devletin otoritesinden de bahsedilemeyecektir. Hukuk devletinde adaletin inkârı (*denial of justice*; *déni de justice*) ve bireylerin adaleti kendi imkânları ile yerine getirmeleri (ihkâk-ı hak)

²³⁰ Adalete erişimin en önemli görünümünün yargı organlarına erişim (*accès aux juridictions*) olduğu belirtilmektedir. AAD’nin de özellikle yargı organlarına erişim kapsamındaki hakların düzenlenmesi, yorumlanması ve uygulanması üzerine çaba harcadığı belirtilmektedir. Bkz. **Harlow**, s. 193.

²³¹ Stephanie Redfield, **Searching For Justice: The Use of Forum Necessitatis**, *Georgetown Journal of International Law* Vol. 45/ 2014, s. 901-902.

²³² **Çakın**, s. 35. Ayrıca bkz. **A.Kılınc**, s. 152.

²³³ Adalete erişimin önündeki engellerin, objektif, sübjektif ve fiziki engeller olarak üç ana başlık altında incelenebileceği; fiziki engellerin, adalet hizmetlerinin sunulduğu mekanların elverişliliğini, objektif engellerin adalete erişim hakkının kullanılmasında karşılaşılan giderler, gecikme ve karmaşıklık gibi engelleri, sübjektif engellerin ise, adalete erişim hakkını kullanan kişilerin sosyal ve kültürel bakımdan zayıf olmaları nedeniyle karşılaştıkları engelleri ifade ettiği belirtilmektedir. Bkz. **Özbek**, **Gider Avansı**, s. 37.

²³⁴ **Özbek**, **Adalete Erişim**, s. 908; **Çakın**, s. 36. Yazar, ülkemizdeki hukuk kuralları karmaşasının, hukuk kurallarının sık sık değişmesinin ve usûlün yeknesaklıktan uzak olmasının, yargılama dilinin anlaşılmasındaki zorluğun, yargılamanın uzun ve maliyetli olmasının ve alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının henüz tam ve etkin olarak yaygınlaştırılamamış olmasının adalete erişime engel olduğunu dile getirmektedir. Gerçekten de özellikle alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yaygınlaştırılması etkin adalete erişim bakımından hayatidir. Anayasa Mahkemesi, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulması zorunluluğunu, söz konusu yolların kişilerin hak arama özgürlüğünü imkansız kılmak amacıyla geliştirilmiş yöntemler olmadığı sürece, Anayasa m. 36’ya aykırı bulmamıştır. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2012/94 K. 2013/89 sayılı ve 10.07.2013 tarihli kararı (RG. 25.01.2014 – S. 28893). Ayrıca bkz. **Pekcanitez**, **Pekcanitez Usûl**, s. 19.

²³⁵ **Balkar-Bozkurt**, s. 134, 34 nolu dn.

yasaklanmıştır. Dolayısıyla, hak dağıtma görevini üstlenmiş olan devlet, bireylerin “yargı hakkı”nın gereğini yerine getirmek üzere hakkın dağıtımından kaçınamayacağı gibi, adalete erişimi sağlamakla yükümlüdür.²³⁶ Kısaca ifade etmek gerekirse, bireylerin devlet nezdinde ileri sürdükleri hak arama taleplerinin devlet tarafından “hukuki olarak kabul görmesi ve fiili olarak da gerçekleştirilmesi” gerekmektedir.²³⁷

Adalete erişim kavramının “adalet” kısmı bir yargılamada hem esasa, yani yargılamaya konu maddi hakkın elde edilmesine, hem de usule, yani yargılama öncesi ve sonrasını kapsayan süreçte var olan kurallara uyulmasına ilişkin gereklilikleri içeren, hem vicdani hem de hukuki yönü olan çok geniş bir alanı ifade eder. Adil yargılanma hakkı “adalet” ve “adalete erişim” kavramları ile iç içe geçmiştir. Bir yargılama sonucunda, tarafların adalete erişim açısından tam olarak tatmin edilemeseler dahi, hukuk devletine olan inanç gereği, yargılama sonucunda verilen kararı yerine getirmelerinin sağlanması için, tarafların adil yargılanma haklarının ihlal edilmemiş olması asgari bir gerekliliktir.

b. Adalete Erişimin Bir Unsuru Olarak Hak Arama Özgürlüğü

Hak arama “özgürlüğü” ya da “hakkı” adalete erişimin sağlanması için güvence altına alınması gereken ilk adım, adil yargılanma hakkı ile korunan alanın başlangıç noktasıdır.²³⁸ “Adalet talebi” olarak da ifade edilen hak arama özgürlüğü,²³⁹ bu yönüyle adalete erişimin en önemli unsurunu oluşturmaktadır. Vatandaş-yabancı ayırımı yapılmaksızın ve karşılıklılık gibi hiçbir şarta bağlanmaksızın “herkes”e tanınan hak arama özgürlüğü, kişilere pozitif hukuk ile tanınmış olan hakların “ön koşulu ve yargısal güvencesi”dir.²⁴⁰

²³⁶ Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 12-13; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 49; **Özekes**, s. 51.

²³⁷ Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 13; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 50.

²³⁸ Doktrinde, yargısal temel haklardan olan hak arama özgürlüğünün aslında “hak” kategorisinde olmadığı, hakların korunmasına ilişkin bir “güvence” olduğu görüşü dile getirilmiştir (**Akkan**, s. 48). Hak arama özgürlüğünün, adil yargılanma hakkının ön koşulu olduğu kadar, anayasal diğer tüm hak ve özgürlüklerin kullanımı açısından “araç niteliğinde bir hak” olduğu, bu nedenle anayasal diğer tüm hak ve özgürlüklerden bağımsız bir değer taşıdığı vurgulanmaktadır. Bkz. Zeynep Çalışkan, **Milletlerarası Usûl Hukukunda Teminat, Vedat Kitapçılık İstanbul 2013**, s. 10 ve s. 32.

²³⁹ **A.Kılınç**, s. 129.

²⁴⁰ **Akkan**, s. 48; **Çalışkan**, s. 11 ve s. 32. Ayrıca bkz. Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 22.

Türk hukukunda, adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilen bazı hakların yabancılar bakımından karşılıklılık şartına bağlandığı görülmektedir. Bu konudaki tartışmalar ve konunun anayasal boyutu için bkz. “Anayasa’nın 16. Maddesi Kapsamında Bir Sınırlama Sebebi Olarak Karşılıklılık” başlıklı bölüm.

Hak arama özgürlüğünün medeni usûl hukukunda dava hakkı, icra takibi hakkı ve hakeme başvuru hakkı gibi yollara başvurabilmeyi ifade ettiği dile getirilmektedir.²⁴¹ Doktrinde, hak arama özgürlüğünün soyut bir hak olduğu, adalete erişimin ise, hak arama özgürlüğünün somut bir talebe dönüşmesi halinde, genel olarak bu talebin karşılanması için gerekli altyapı ve fiziksel unsurlar başta olmak üzere, etkin ve sonuca götüren bir adalet mekanizmasının işleyişini ifade ettiği belirtilmektedir.²⁴² Anayasa Mahkemesi'ne göre de, *"Anayasa'nın 36. maddesinde ifade edilen hak arama özgürlüğü, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biri olmakla birlikte aynı zamanda toplumsal barışı güçlendiren, bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme uğraşının da aracıdır."*²⁴³

Doktrinde, adalete erişim hakkının dayanağının ilk bakışta m. 36'da düzenlenen hak arama özgürlüğü gibi görünse de, bu maddenin adalete erişim hakkının yalnızca bir unsuru olan mahkemeye erişim hakkının dayanağı olduğu belirtilmekte, adalete erişimin çok daha geniş bir kavram olması nedeniyle, adalete erişim hakkının anayasal temelinin hak arama özgürlüğüne değil, Anayasa'nın 2. maddesinde ifade edilen "sosyal devlet" ilkesine dayandığı savunulmaktadır.²⁴⁴ Adalete erişime ve hak arama özgürlüğüne giden yol demokratik ve sosyal bir hukuk

²⁴¹ Burak Pınar/Nedim Meriç, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yargı Harçlarına Bakışı: Yiğit ve Ülger Kararları Işığında Hak Arama Özgürlüğü ve Yargı Harçları İlişkisi**, TBB Dergisi Yıl: 2009 Sayı: 84, s. 196.

²⁴² Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 53.

²⁴³ Anayasa Mahkemesi'nin 2013/711 sayılı Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım Başvurusu ile ilgili verdiği 03.04.2014 tarihli kararı, prgf. 40. Anayasa Mahkemesi başka bir kararında şöyle demektedir: *"Anayasa'nın 'Hak arama hürriyeti' başlıklı 36. maddesinde herkesin geçerli araç ve yollardan faydalanarak yargı yerlerinde davacı ya da davalı kimliğiyle sav ve savunma hakkına sahip olduğu öngörülmüştür. 'Sav ve savunma hakkı' birbirini tümleyen ve birbirinden ayrılması olanaksız bir kurum niteliğiyle hak arama özgürlüğünün temelidir. Yaşam hakkının karşı ögesi olmaktan ötede, bu hakka işlerlik ve anlam kazandıran önemiyle insanlık yaşamında yadsınmaz bir yeri olan hak arama özgürlüğü, toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri olmakla birlikte bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme uğraşının uygar yöntemidir. Uluslararası hukuk kaynaklarında özgün yeri bulunan, hak arama özgürlüğü, değişik alanlardaki özellikleriyle insan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 6.-12. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu özgürlük de, öbür hak ve özgürlükler gibi, ancak demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun biçimde yasa ile ve geçici olarak sınırlandırılabilir. Anayasa'ya aykırı olarak, açık ya da üstü kapalı sınırlamalar, hangi yolla yapılırsa yapılsın uygun karşılanamaz, insan varlığını soyut ve somut değerleriyle koruyup geliştirmek amacıyla hukuksal olanaktan kapsamlı biçimde sağlama, bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içeren hak arama özgürlüğü, hukuk devletinin başlıca ölçütlerinden, demokrasinin en çağdaş gereklerinden, vazgeçilmez koşullarından biridir. Kullanılmasını yöntem, süre ve gerekler yönünden koşullara bağlayarak düzenleme dışında kısıtlama, engelleme ve olumsuz yönde etkileme hoşgörüsüyle karşılanamaz ve bu doğrultudaki düzenlemeler Anayasa'yla bağdaşamaz."* Bkz. Anayasa Mahkemesi E. 1991/2 K. 1991/30 sayılı ve 19.09.1991 tarihli kararı (RG. 16.09.1991 S. 21347). Karar metni için bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/acb5fa4b-2230-46ea-b01e-1e5828ef8719?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>.

²⁴⁴ Özbek, **Adalete Erişim**, s. 925; Özbek, **Gider Avansı**, s. 40; **Aktepe Artık**, s. 74.

devletinden geçmektedir.²⁴⁵ Gerçekten de, adalete erişim ilk bakışta hukuk devleti ile ilgili görünse de, adalete erişimin sağlanması yalnızca hukuk devletinin değil, aynı zamanda sosyal devletin de bir gereğidir.²⁴⁶ Özellikle kavramın “erişim” kısmına yoğunlaşıldığında toplumun sosyal ve ekonomik olarak zayıf durumda olan kesiminin adalete erişiminin sağlanması için başta adli yardım olmak üzere, “sınıf davaları”nın kabulü (HMK m. 113’de düzenlenen “topluluk davaları”), daha ucuz ve kolay çözüm yol ve yöntemlerin yaratılması ve bu yöntemlerin hayata geçirilmesine kadar devlete ait birçok yükümlülük ile karşılaşmaktadır.²⁴⁷

Adalete erişimin yalnızca mahkemelere değil, avukatlara, noterlere, adli makamlara, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ve hatta hukuk kütüphanelerine, kısaca “adli hizmetlere”²⁴⁸ veya ihtiyaç duyulan hukuki bilgiyi öğrenebilmek amacıyla bilgisayara ve internete dahi ulaşabilmeyi ifade ettiği belirtilmektedir.²⁴⁹

Kanımızca da, 36. maddenin lafzı, adalete erişim hakkını düzenlemekten çok uzaktır. Hatta maddenin “hak arama özgürlüğü” başlığını taşımasına rağmen, içerik olarak yalnızca yargı merciileri önünde ve sadece iddia ve savunma hakkının düzenlendiği görülmektedir. Maddenin lafzı, hükmün mahkemeye erişim hakkından çok adil yargılanma hakkının bir unsuru olan hukuki dinlenilme hakkının düzenlediği kanaatini uyandırmaktadır. Ne var ki, temel haklara ilişkin bu tip düzenlemeler teknik hukuk terimlerini esas alacak şekilde değil, hükme en kapsayıcı ifadeyi kazandıracak şekilde geniş yorumlanmalıdır. Bu nedenle hak arama özgürlüğünün ve adil yargılanma hakkının düzenlendiği bu madde, çalışmamızda yeri geldiğince belirttiğimiz üzere, lafzından öte amacına yönelik olarak geniş yorumlanmaktadır.

²⁴⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 52; Çakın, s. 34.

²⁴⁶ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Özbek, **Adalete Erişim**, s. 912-913; Çakın, s. 72 vd.

²⁴⁷ Bkz. T.C. Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan “Adalet Bakanlığı Stratejik Planı 2015-2019” s. 84 vd.’de yer alan hedefler ve önlemler (www.adalet.gov.tr/Bakanlik/Staratejik-Plan-2015-2019.pdf; erişim tarihi 24.10.2016). Ayrıca bkz. Özbek, **Gider Avansı**, s. 42-43; Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 21.

²⁴⁸ Harlow, s. 191.

²⁴⁹ Erdoğan, s. 59; Özbek, **Adalete Erişim**, s. 908. Yazar, adalete erişimin devlet kökenli hukuk hizmetlerine, adliyede bir danışmana, mahkemece atanmış bir uzlaştırmacıya ulaşmayı da kapsadığına ilişkin görüşlere de yer vermiştir. (Ayrıca bkz. Çakın, s. 34 ve s. 46). Bu noktada özellikle, mahkemeler dışında yeni uyuşmazlık çözümü yöntem ve kuruluşlarının yaratılması ön plana çıkarılmaktadır. Uyuşmazlıkların kolay, ucuz ve kısa sürede çözülmesi, kısaca devletin kişilere kaliteli bir yargı hizmeti sunması amacıyla tüketici şikayet heyetleri, küçük talepler mahkemeleri veya yerel adalet merkezleri gibi, mahkemelerin iş yükü dolayısıyla tıkanmasının ve kişilerin adalete erişiminin engellenmesinin önüne geçilmesini sağlayacak yeni oluşumların yargı sistemine dahil edilmesi gerektiği savunulmaktadır. (Bkz. s. 911 vd.).

Aşağıda açıklayacağımız üzere, medeni yargıda ücretsiz avukatlık hizmeti sunulmamaktadır. Avukatlık hizmetinin medeni yargıda da ceza yargısında olduğu gibi ücretsiz sunulması, devlete ciddi bir yük getirecekse de, hukuki danışmanlık ve hatta bilirkişi desteği gibi, alternatif imkânlar sunularak, ekonomik yönden zayıf kişilerin adalete erişimi sağlanabilir. Bu konuda bkz. Cappelletti, s. 739.

Adaletle erişim kavramının “sosyal devlet” ilkesine dayandığının kabulü, devletlere düşen pozitif yükümlülükleri ön plana çıkarmaktadır. Bu bağlamda hak arama özgürlüğünün güvence altına alınması konusunda da devletlerin olumlu (pozitif) yükümlülükleri bulunmaktadır.²⁵⁰ Avrupa Konseyi’ne üye devletlerin milletvekillerinden oluşan ve TBMM üyelerinin de yer aldığı Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin (AKPM / (*Council of Europe Committee of Ministers*)) “Adaletle Erişimin Kolaylaştırılmasına Yönelik Tedbirler Hakkındaki (81)7 Sayılı ve 14.05.1981 tarihli Tavsiye Kararında,²⁵¹ AİHS m. 6 ile korunan adaletle erişim ve adil yargılanma haklarının demokratik toplumun temelini oluşturduğu ifade edildikten sonra, çoğu zaman karmaşık, zaman ve para harcanmasına yol açan adli süreçler karşısında özellikle ekonomik ve sosyal olarak zayıf tarafta bulunan kişilerin haklarının korunması gerektiği belirtilmiştir. Bu çerçevede, üye devletlere “etkin bir adli yardım mekanizmasının kurularak adaletle erişimin kolaylaştırılması” tavsiyesinde bulunulmuştur. Kararda, yargı süreçlerinde tarafların uyuşmazlıkları dostane çözüm yoluna götürmeleri konusunda teşvik edilmelerinin, avukatlık hizmetinden ve mali yardımlardan faydalandırılmalarının, yargılamada kullanılacak belgelerin mümkün olduğunca basit bir şekilde ve tarafların anlayabilecekleri dilde olmasının, tarafların yargılama dili hakkında yeterli bilgiye sahip olmamaları durumunda gerekli tercüman hizmetinin sunulmasının sağlanması ve bilirkişi incelemesine gerek duyulan hallerde bilirkişi sayısının mümkün olduğu kadar sınırlandırılması gerektiğinin altı çizilmiştir.²⁵²

AKPM, “Yoksulların Hukuka ve Adaletle Etkin Erişiminin Sağlanması Hakkındaki (93) 1 sayılı ve 08.01.1993 tarihli Tavsiye Kararında²⁵³ ise, ekonomik ve

²⁵⁰ Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 15; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 51; **Akkan**, s. 48; **A.Kılınc**, s. 150; **Erdoğan**, s. 40; **Özbek**, **Gider Avansı**, s. 47. Ayrıca bkz. Ahmet Akbaba, **İnsan Hakları Hukukunda Üçüncü Kuşak Haklar**, **Legal Yayınları İstanbul 2016**, s. 23. Yazar, insan haklarının sınıflandırılması başlığı altında, adil yargılanma hakkını devletin müdahaleden ve sınırlandırmaktan kaçınması gereken “negatif statü hakları” içinde değerlendirildiğini, bununla birlikte, adil yargılanma hakkının korunması ve bireylerin bu haktan faydalandırılmalarının sağlanması açısından devletlerin pozitif yükümlülükleri olduğunu dile getirmiştir. Ayrıca bkz. Gökhan Çayan, **Adil Yargılanma Hakkı**, **Legal Yayınları İstanbul 2016**, s. 23. Yazar, adil yargılanma hakkını bazı yönleriyle negatif statü haklarına, bazı yönleriyle ise pozitif statü haklarına dahil etmektedir.

²⁵¹ Recommendation no. R (81)7 of the Committee of Ministers to Member States on Measures Facilitating Access to Justice; bkz. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168050e7e4>.

²⁵² Aynı yönde bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 52-53’de adaletle erişimin sağlanması açısından alınması gereken tedbirler ve adaletle erişim mekanizmasına ilişkin hedeflerle ilgili açıklamalar.

²⁵³ Recommendation No.R (93) 1 of the Committee of Ministers to Member States on Effective Access to the Law and to Justice for the Very Poor ; bkz. <http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/8283>; erişim tarihi: 25.12.2016).

sosyal açıdan çok fakir durumda olan kişilerin tüm yargılamalarda gerekli adli yardımlardan faydalandırılmaları gerektiğini bildirmiştir. Bu yaklaşım, Avrupa Konseyi'ne üye ve AİHS'e taraf devletler açısından yol gösterici niteliktedir. Aynı şekilde, AİHM de m. 6 ile ilgili kararlarında bu yaklaşımı benimsemektedir.

Gerçekten, uygulamaya bakıldığında, halihazırda sorunları olan bir adalet mekanizmasının, özellikle ekonomik açıdan yetersiz kişiler ile yabancı ve mülteci gibi yalnız yaşadığı ya da kendini savunmak zorunda kaldığı ülkenin adalet sistemini, hukuk kurallarını vs. değil, aynı zamanda yargılama dilini bilmeyen kişiler açısından adalete erişimi sağlamaktan çok uzak olduğu görülmektedir. Bu kişilerin, yargılama dilini bilen vatandaşlara oranla adalete erişim açısından çok daha zor durumda oldukları bir gerçektir.²⁵⁴ Bu noktada, ekonomik güç her ne kadar belirleyici olsa da, aslında nihai bir güvence sağlamamaktadır.

Kısaca ifade etmek gerekirse, adalete erişimi sağlayacak bir adalet mekanizmasının ihtiyaca cevap veren, basit, karmaşıklıktan uzak, ucuz, etkin, sosyal ve maddi bakımdan zayıf kişilerin de rahatlıkla ulaşabildiği, adil yargılanma hakkını tüm unsurları ile gerçekleştiren bir yapıya sahip olması gerekmektedir.²⁵⁵

Adalete erişim ve hak arama özgürlüğü AİHS kapsamında adil yargılanma hakkını düzenleyen m. 6'nın yanında etkin başvuru hakkını düzenleyen m. 13 çerçevesinde ele alınmaktadır. Doktrinde, AİHM'nin, m. 6'daki mahkeme önünde hak arama hakkının ağırlıklı bir kısmını m. 13'deki "hukuki bir yola başvuru hakkı" kapsamında değerlendirdiği dile getirilmektedir.²⁵⁶ AİHS m. 13'de "*AİHS'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahip olduğu*" hükme bağlanmıştır.

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804df0ee>

²⁵⁴ Çakın, s. 68. 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (RG. 11.04.2013 – S. 28615) m. 81/f. 2 uyarınca, uluslararası koruma statüsü başvurusunda bulunan veya bu statüye sahip olan kişilerin, anılan statüye ilişkin yargı önündeki başvurularında, avukatlık ücretlerini karşılama imkânları bulunmaması halinde, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun (RG. 07.04.1969 – S. 13168) adli yardım hükümlerine göre avukatlık hizmeti sağlanır.

²⁵⁵ Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 22.

²⁵⁶ Akbulut, s. 179. AİHS m. 6'nın AİHS m. 13'e göre "özel hüküm" niteliğinde olduğu yönünde bkz. Wolfgang Strasser, *The relationship between substantive rights and procedural rights guaranteed by the European Convention on Human Rights, Protecting Human Rights: The European Dimension/ Protection des droits de l'homme: la dimension européenne, Studies in honour of/Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda, Carl Heymanns Verlag 1988*, s. 599. Buna karşın, adaletin inkârını yasaklayan milletlerarası hukukun bir unsuru olarak, mahkemeye erişim hakkının, özellikle ve sadece AİHS m. 6/f. 1 ile güvence altına alındığı ifade edilmektedir. Bkz. Pierre Lambert, *Le droit d'accès à un tribunal dans la Convention Européenne des droits de l'homme, Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen, Bruylant Bruxelles 2001*, s. 60. Aynı yönde bkz. Milano, s. 45.

“Yargısal” yollara başvuru halinde, tarafların sahip oldukları usulî hak ve güvenceleri konu alan AİHS m. 6’nın tartışıldığı ve uygulandığı başvurularda, ayrıca AİHS m. 13’ün değerlendirmeye alınmasının gerekli olmadığı; zira, AİHS m. 6’nın kapsamına giren başvurularda adalete etkin erişim dahil tüm konuların m. 6’nın koruması altında olduğu ifade edilmektedir.²⁵⁷ AİHS m. 6’nın konu itibarıyla uygulama alanına girmeyen (medeni hak ve yükümlülükler ile suç isnadı dışında kalan) durumlarda ise, adalete erişim ve etkin hukuki korumanın AİHS m. 13 ile sağlanacağı konusunda şüphe yoktur.

AİHS m. 13’ün metninden de anlaşılacağı üzere, kişilerin AİHS ile korunan haklarından birinin ihlal edilmiş olmasına bağlı olarak hak arama özgürlüğünün güvence altına alınabilmesi için sadece bir başvuru yolunun varlığı yetmemekte, taraf devletlerin etkili, yani hakkını arayan kişinin bir sonuca ulaşmasını sağlayacak işlerlikte bir başvuru yolunu sağlamaları gerekmektedir.²⁵⁸ AİHS ile korunan hak arama özgürlüğünün sağlandığından bahsedebilmek için, taraf devletlerin hak aramanın yasal ve fiziki alt yapısını tesis etmiş olması yetmemekte; hak arama özgürlüğüne müdahale edilmemesi ve hak arama özgürlüğünün korunmasına hizmet edecek uygun önlemlerin alınarak, var olan engellerin ortadan kaldırılması gerekmektedir.²⁵⁹ Bu noktada bir alt başlıkta değineceğimiz ve adalete erişim ve hak arama özgürlüğü ile yakından ilişkili olan “etkin hukuki koruma” kavramı ile karşılaşılacaktır. Hukuki korunma kavramı ile ilgili açıklamalara geçmeden önce, Anayasa Mahkemesi ve AİHM’nin “adalet erişim” kavramına değindiği bazı kararlara yer vereceğiz.

Anayasa Mahkemesi’nin verdiği kararlarda adalete erişim kavramına sıklıkla değindiği söylenememektedir.²⁶⁰ Buna karşılık Anayasa Mahkemesi’nin “hak arama özgürlüğü” kavramına birçok kararında yer verdiği görülmektedir.²⁶¹ Bu durumun,

²⁵⁷ Strasser, s. 599

²⁵⁸ AİHS m. 13’ün bağımsız bir hakkı güvence altına almadığı, AİHS ile güvence altına alınan haklardan birinin ihlali halinde, m. 13’ün devreye gireceği belirtilmektedir. Bkz. **Renucci**, s. 137; **Lambert**, s. 59.

²⁵⁹ **Akbulut**, s. 180; **Lambert**, s. 59.

²⁶⁰ Anayasa Mahkemesi E. 2008/96 K. 2011/3 sayılı ve 06.01.2011 tarihli kararında (RG. 14.05.2011-S. 27934), 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun’un 58. maddesinde “Kendisine ödeme emri tebliğ olunan şahıs, böyle bir borcu olmadığı veya kısmen ödediği veya zamanaşımına uğradığı hakkında tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde alacaklı tahsil dairesine ait itiraz işlerine bakan vergi itiraz komisyonu nezdinde itirazda bulunabilir.” hükmünde yer alan 7 günlük dava açma süresini, adalete erişim ve adil yargılanma hakkı açısından değerlendirmiş, anılan sürenin Anayasa’nın 2, 36, 125 ve 142. maddelerine aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

²⁶¹ Hak arama özgürlüğüne değindiği tüm kararlarına burada yer vermek mümkün değilse de, Anayasa Mahkemesi’nin, hak arama özgürlüğünü dava, mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkı ile birlikte değerlendirdiği bazı kararları için bkz. Anayasa Mahkemesi’nin E. 2003/98 K. 2004/31 sayılı ve

basit bir açıklama ile Anayasa'daki madde başlığının “hak arama özgürlüğü” olmasından kaynaklandığı düşüncesindeyiz. Anayasa Mahkemesi, hak arama özgürlüğünü adeta “çatı kavram” olarak benimsemekte, adalete erişim ve adil yargılanma hakkının alt ilke ve haklarını hak arama özgürlüğü kapsamında incelemektedir.

AİHM ise, kararlarında adalete erişim kavramına daha sık yer vermekle birlikte, kavramı mahkemeye erişim ve dava hakkı ile birlikte ele almaktadır.²⁶² Bu nedenle adalete erişimi tek başına konu alan “kavramsal” bir karara rastlamadığımızı belirtmek isteriz. Bununla birlikte, AİHM’nin adaletin inkârı (*denial of justice; déni de justice*) kavramını sıklıkla kullandığı görülmektedir. Mahkeme, adaletin inkârı kavramının tanımını tam olarak yapmamakla birlikte, bireylerin adil yargılanma hakkı kapsamındaki güvencelerden faydalandırılmayarak, adil olmayan bir yargılama sonucunda gerçek anlamda hakka ulaşamadıkları²⁶³ veya yargı organına hiç ulaşamadıkları ya da ulaşmalarına rağmen hukuki korunma taleplerinin esasına ilişkin bir sonuç elde edemedikleri durumlarda adaletin inkârı ile karşı karşıya bırakıldıkları sonucuna varmaktadır. AİHM, örneğin, olumsuz yetki çatışması kapsamında, kişilerin dava konusu haklarının hiçbir yargı organı tarafından çözüme kavuşturulmaması ve böylece hukuki korunma taleplerinin cevapsız bırakılması halinde, adaletin inkârı sonucunun ortaya çıktığına hükmetmektedir.²⁶⁴ Adaletin inkârı kavramı ve AİHM’nin bu yorumu, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda yetkili mahkemenin belirlenmesinde kullanılan milletlerarası yetki kurallarının düzenleme ve uygulamasını yakından ilgilendirmektedir. Bu konu ile ilgili ayrıntılı açıklamalara çalışmamızın ikinci bölümünde yer verilecektir.²⁶⁵

03.03.2004 tarihli kararı (RG. 10.07.2004-S. 25518); Anayasa Mahkemesi’nin E. 2015/36 K. 2015/87 sayılı ve 8.10.2015 tarihli kararı (RG. 28.10.2015-S. 29516); Anayasa Mahkemesi’nin E. 2011/54 K. 2011/142 sayılı ve 20.10.2011 tarihli kararı (RG. 29.12.2011-S. 28157); Anayasa Mahkemesi’nin E. 20012/87 K. 2014/41 sayılı ve 27.02.2014 tarihli kararı (RG. 26.07.2014-S. 29072); Anayasa Mahkemesi’nin E. 2001/343 K. 2002/41 sayılı ve 27.03.2002 tarihli kararı (RG. 13.11.2002-S. 24935).

²⁶² Balkar-Bozkurt, s. 134, 43 nolu dn.

²⁶³ Bkz. yukarıda AİHM *Einhorn – Fransa* kararı prgf. 32-33.

²⁶⁴ AİHM *Beneficio Cappella Paolini – San Marino* kararı, prgf. 26-29 (Karar Tarihi: 13.07.2004 / Başvuru No: 40786/98). Ayrıca bkz. Gilliaux, s. 337-338.

²⁶⁵ Bkz. “Milletlerarası Adaletin İnkârı (*International Denial of Justice; Le déni de justice international*) Doktrininin Milletlerarası Yetki Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi” başlıklı bölüm.

AİHM, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıkları konu alan kararlarında²⁶⁶, adalete erişim ve hak arama özgürlüğünün korunması açısından sonuç odaklı bir yaklaşım sergilemiştir. Örneğin, *Airey/İrlanda* kararında, Bayan Airey tarafından açılmak istenen boşanma davasında, davasını kendi kendine savunamayacağını, masrafları devlet tarafından karşılanan bir avukattan faydalanma imkânının da sunulmadığı ya da bir avukata ihtiyaç duymadan boşanmasını sağlayacak basit bir adalet mekanizmasının kurulmadığı gerekçesiyle Bayan Airey'in m. 6 ile korunan adalete ve mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.²⁶⁷ Mahkeme, bu sonuca varırken, İrlanda devletinin Bayan Airey'in davasının mahkemede görülmesine engel olmadığı, Bayan Airey'in davasını kendi kendine savunamamasının kendinden kaynaklanan bir sorun olduğu yönündeki savunmalarını da reddetmiştir. AİHM, diğer bir kararına konu olayda, başvuru Canea Katolik Kilisesi'nin sahip olduğu mülklere ilişkin mülkiyet haklarının kullanımından doğan uyuşmazlıkta, Başvuran Yunan mahkemeleri nezdinde dava açabilmiş, ancak mahkeme Canea Katolik Kilisesi'nin davacı sıfatını haiz olmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. AİHM, söz konusu olayda, mahkemede hak arama özgürlüğünün engellenmesi sebebiyle Kilise'nin m. 6/f. 1 ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.²⁶⁸ Doktrinde de, hukuki yarar ve taraf / dava sıfatı gibi kavramların adalete erişimin engellenmesi bakımından önemine değinilmekte, örneğin belirli grupların dava açmalarının reddinin adalete erişimi zorlaştırdığının altı çizilmektedir.²⁶⁹

AİHM, adalete erişim kavramını engelli ve yoksul kişiler açısından ayrıca ele almakta ve bu kişilerin adalete erişiminin kolaylaştırılması gerektiği belirtmektedir.²⁷⁰ AİHM kararlarında, özellikle, kendilerini adalet önünde tam ve

²⁶⁶ AİHM adalete erişim hakkına parlamenter dokunulmazlıklar ile ilgili başvurulara ilişkin verdiği kararlarda sıklıkla değinmiştir. Ancak konunun çalışmamızın kapsamında olmaması nedeniyle söz konusu kararlara burada yer vermeyeceğiz.

²⁶⁷ AİHM *Airey -İrlanda* kararı prgf. 24-28 (Karar Tarihi: 09.10.1979/Başvuru No. 6289/73). Doktrinde bu kararın adalete erişim kavramı açısından çok önemli olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Harlow**, s. 207.

²⁶⁸ AİHM *Canea Katolik Kilisesi - Yunanistan* kararı, prgf. 38-42 (Karar Tarihi: 16.12.1997/ Başvuru No. 143/1996/762/963).

²⁶⁹ **Harlow**, s. 191 ve 194 vd. Yazar, örneğin, fer'î müdahale kurumunun da, müdahilin yalnızca taraf yanında ve onun işlemleri ile sınırlı olarak (taraf yararına) davaya katılabilmesinin, müdahilin adalete erişimi açısından sınırlayıcı olduğunu dile getirmektedir. Bkz. s. 200.

²⁷⁰ Çalışmamızın konusu ve kapsamı dışında olması nedeniyle engelli kişilerin adalete erişimi ile ilgili AİHM kararlarına ayrıntılı şekilde yer vermemekteyiz. Bununla birlikte AİHM'nin, engelli kişilerin adalete erişiminin kolaylaştırılması ile ilgili olarak 13.12.2006'da kabul edilen ve 03.05.2008'de yürürlüğe giren BM Engelli Hakları Sözleşmesi'nin (*United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*) 13. maddesine atıf yaptığını belirtmek isteriz. Söz konusu hüküm uyarınca, "Taraf Devletler, engellilerin diğerleriyle eşit bir şekilde adalete etkili erişimini sağlamalıdır. Bunun

gerektiği gibi temsil edemeyecek durumda olan kişilerin adalete ve mahkemeye etkin bir şekilde erişimlerinin sağlanması açısından gerekli olan hukuki ve mali yardımın taraf devletlerce karşılanması, bu açıdan somut uyuşmazlığın taraflarına ve şartlarına göre bir değerlendirme yapılması gerektiğinin altı çizilmektedir.²⁷¹ AİHM, bu kararlarda AİHS'in adli yardım konusunda "kendiliğinden (otomatik) bir hak" tanımadığını, adli yardımın bazı şartlara bağlanabileceğini kabul etmekle beraber, adli yardımın adalete ve mahkemeye erişimin sağlanması açısından haiz olduğu önem karşısında bu şartların hakkın özünü zedeleyecek ölçüde olmaması gerektiğini vurgulamaktadır.

Adalete erişim ve hak arama özgürlüğü kavramlarının özellikle mahkemeye erişim ve dava hakkı çerçevesinde incelenmesi nedeniyle, tekrara düşmemek için, bazı kararlara aşağıda ilgili kısımlarda değinilecektir. Bununla birlikte, kısaca belirtecek olursak, Anayasa Mahkemesi ve AİHM, adalet erişim ve hak arama özgürlüğünün makul araç ve amaçlarla kısıtlanabilir olduğunu kabul etmektedirler. Hak arama özgürlüğünün, özellikle Anayasa'da ve AİHS'de yer alan haklarla çelişmeden ve "adaletin yararı için gerekli olması şartıyla" sınırlandırılabileceği ifade edilmektedir.²⁷²

için usûlî ve yaşa uygun uyumlaştırmalar yapılmalı ve soruşturma ve diğer hazırlık aşamaları dahil tüm hukuki işlemlerde tanıklık etmeleri dahil doğrudan ve dolaylı olarak katılımları kolaylaştırılmalıdır.

Taraf Devletler, engellilerin adalete etkili bir şekilde erişimini sağlamayı kolaylaştırmak için, polis ve cezaevi personeli dahil adalet sistemi içerisinde çalışanların gerekli eğitimi almalarını sağlamalıdır." (Bkz. AİHM R.P. ve Diğerleri - Birleşik Krallık kararı, prgf. 43 (Başvuru No.: 38245/08; Karar Tarihi: 09.10.2012).

²⁷¹ AİHM *Steel ve Morris - Birleşik Krallık* kararı, prgf. 61-72 (Karar Tarihi: 15.02.2015 / Başvuru No.: 68416/01); AİHM *Kreuz - Polonya* kararı, prgf. 58-67 (Karar Tarihi: 19.01.2001 / Başvuru No.: 28249/95); AİHM *Laskowska - Polonya* kararı, prgf. 50-63 (Karar Tarihi: 13.03.2007 / Başvuru No.: 77765/01)

²⁷² Akkan, s. 50.

Bu noktada aşağıda ele alacağımız adil yargılanma hakkına dahil haklar ile ilgili arz ettiği önem açısından Anayasa Mahkemesi'nin bir kararına yer vermek gerektiğini düşünmekteyiz. Anayasa Mahkemesi E. 1999/1 K. 1999/33 sayılı ve 20.07.1999 tarihli kararında (RG. 04.11.2000-S. 24220) şu ifade yer almaktadır: "Devletin hak arama hürriyetini daraltan bütün sınırlamaları kaldırması adaletin tam olarak gerçekleşmesini sağlaması gerekmektedir.

...

Buna göre, hak arama özgürlüğünün en önemli iki ögesini oluşturan sav ve savunma haklarının kısıtlanması, bu hakların noksansız kullanımının ve âdil yargılanmanın engellenmesi Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık oluşturur.

İtiraz konusu [ıslahla müddeabihin arttırılamayacağına ilişkin] kural, davacıyı ikinci kez dava açmaya zorlaması nedeniyle hak arama özgürlüğünü sınırlamaktadır.

[Anayasa'nın 13. maddesine] göre, bir sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğundan söz edilebilmesi için hakkın özüne dokunmaması, makul ve kabul edilebilir ölçüyü aşmaması gerekir. Başka bir anlatımla, temel hak ve hürriyetler sınırlandırılırken sınırlama ile öngörülen amaç arasında makul ve adaletli bir denge kurulmalıdır.

İtiraz konusu kural, davacıların haklarını en kısa sürede ve en az giderle almalarını engelleyerek hak arama özgürlüğünü önemli ölçüde zorlaştırması nedeniyle demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmadığından Anayasa'nın 13. maddesine uygun bir sınırlama olarak kabul edilemez."

2. (Etkin) Hukuki Koru(n)ma²⁷³

Hukuki korunma, adalete erişim, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma kavramlarının tamamlayıcı unsurlarından birisidir.²⁷⁴ Aslına bakılacak olursa, tüm bu kavramlar “adalete erişim” resminin yapılması açısından birer yap-boz parçası gibi düşünülebilir. Dolayısıyla, her bir kavram ana resmin oluşmasına katkı sağlayan, eksiklikleri halinde resmin oluşmasına engel olan kavramlardır. Bu durum, doktrinde çok sade ve anlaşılır bir biçimde ifade edilmiştir: “*Hak arama özgürlüğü soyut, objektif bir hakkı; hukuki korunma talebi bu hakkın somut olarak karşılanmasını; adalete erişim ise, hakkın etkin kullanılmasını sağlayan mekanizmayı içeren bir bütünün varlığını ifade ediyor diyebiliriz.*”²⁷⁵

Hukuki korunma, hakkının ihlal edildiğini ileri süren bir kişinin talebi üzerine, devlet tarafından teşkilatlandırılmış bağımsız ve tarafsız yargı organları tarafından yürütülen bir yargılama sonucunda, talepte bulunan kişinin sübjektif hakkının gerçekleştirilmesi anlamına gelmektedir.²⁷⁶ Hukuki korunma talebi adil yargılanma hakkı ile aynı anayasal temele dayanmaktadır. Doktrinde tek başına hukuki korunma talebinin adil yargılanma ile aynı anlamda olmadığı, “hukuki korunma talebinin medeni usul terminolojisinde bir tarafın maddi hukuka ve usul hukukuna uygun şekilde hukuken korunmasını sağlamaya yönelik tek taraflı bir talep olduğu” dile getirilmektedir.²⁷⁷

²⁷³ “Taraf, hakkının ihlali durumunda, mahkemeden hukuki korunma talep eder, mahkeme, şartlar gerçekleşmişse, yani tarafı hukuken haklı bulmuşsa hukuki korumaya karar verir. Bu sebeple “hukuki korunma” talebi, taraf yönünden kullanılan bir terim; “hukuki koruma” ve özellikle “etkin hukuki koruma” mahkeme yönünden kullanılan bir terimdir. Bu sebeple “hak arama özgürlüğü”nü daha çok “hukuki korunma” talebiyle bağlantılı olarak değerlendirmek gerekir, hukuki korunma talebi üzerine, Devletin yargı organlarının tarafın “hukuki koruma”sı gerçekleştirilir” Bkz. Akkan, s. 32. Adil yargılama/yargılanma terimi ile ilgili olarak “hak sahibi odaklı”, “hak sahibini özne olarak esas alan” bir bakış açısını benimsememiz nedeniyle “adil yargılanma” terimini kullanmayı tercih ettiğimizi belirtmiştik. Aynı nedenle burada da “hukuki korunma”, “etkin hukuki korunma” terimlerini kullanacağız.

²⁷⁴ Hukuki korunma talebi, hukuki dinlenilme hakkı ve silahların eşitliğini güvence altına alan adil bir yargılanmayı kapsar. Bkz. Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 13.

²⁷⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 54. Ayrıca bkz. Evrim Erişir, Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 29-34.

²⁷⁶ Akkan, s. 30; Erişir, s. 23-24.

²⁷⁷ Pekcanitez, Adil Yargılama, s. 37; Aktepe Artık, s. 31. “Mahkemeden usûl hükümlerine ve maddi hükümlere uygun bir karara ulaşma şeklinde değerlendirilebilecek olan yargı talebi tek tarafı ilgilendirirken, adil yargılanma hakkı her iki tarafı da ilgilendirmektedir. Bu sebeple yargı talebi ve hukuki korunma talebinin artık, “hukuki korunma temel hakkı” olan adil yargılanma hakkı içinde eridiği de belirtilmiştir.” (Akkan, s. 46). Tanrıver de, hukuki korunma talebinin yargı organlarına başvuru ve bu talebin sonuçlandırılmasıyla doğrudan ilişkili olduğunu ve bu talebin muhatabının devlet olduğunu belirtmiş, hukuki korunma talebinin kendi lehine hak çıkaran, mahkemeden kendi

Her ne kadar ortak anayasal temelden bahsedilmekte ise de, adil yargılanma hakkı ile hukuki korunmayı talep etme hakkı farklı maddelerde düzenlenmektedir. Hukuki korunmayı talep etme hakkı, “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkesin, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanması” gerektiğini belirten T.C. Anayasası’nın 40. maddesinde düzenlenmektedir.²⁷⁸ 40. maddenin 36. maddeden daha geniş bir düzenleme olduğu, 36. maddenin hak arama özgürlüğünü “yargı mercileri” ile sınırlandırırken, 40. maddede “yetkili makamdan” söz edildiği ve bu yönüyle 36. maddenin adli yargı açısından önem arz ettiği, buna karşılık 40. maddenin adli ve idari yargıya ilişkin imkânları kapsadığı vurgulanmaktadır.²⁷⁹

Kanımızca bu görüşe kısmen katılmak mümkündür. Zira, 36. madde bir temel hakkı (adil yargılanma) ortaya koyarken, 40. madde bu hakkın ihlal edilmesi halinde başvurulacak yolu, yani hukuki korunmayı düzenlemektedir.²⁸⁰ Bir kere bu yönden düzenleme alanları farklıdır. Adil yargılanma hakkı yukarıda açıklamaya çalıştığımız üzere, sadece yargı mercilerini değil, bir kişi hakkında hukuki bir sonuç doğuracak her türlü “yargılamayı” kapsamaktadır. Adil yargılanma hakkını sadece adli yargı ile sınırlandırmak mümkün olmadığı gibi, sadece devlet tarafından kurulmuş yargı teşkilatının gerçekleştirdiği yargılamalar ile de sınırlandırmak mümkün değildir. Zira, adil yargılanma güvenceleri tahkim ve diğer alternatif uyuşmazlık çözümlerine başvuru halinde de uygulama alanı bulmaktadır.²⁸¹

Diğer taraftan, adil yargılanma hakkı, m. 40 ile düzenlenen hukuki korunmayı talep etme hakkını da kapsamaktadır. 36. madde dikkate alınmadan 40. maddenin uygulanması mümkün değildir. Dolayısıyla bu iki madde aslında iç içe geçmiştir; bir bütün halinde değerlendirilecek olursa, adalete erişim ve hak arama özgürlüğünün temelini oluşturmaktadır. Tabii ki, hukuk tekniği açısından kavramları daha net ortaya koyan bir düzenleme tercih edilebilir. Örneğin, 36. maddede geçen “yargı mercii” ifadesi eleştiriye açıktır. Bununla birlikte, sorun “adil yargılanma” ibaresinin

lehine hüküm kurulmasını isteyen kişiye ait olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 191-192.

²⁷⁸ Akkan, s. 30.

²⁷⁹ Akkan, s. 31. Diğer taraftan yazar, Anayasa m. 36’da sadece yargısal başvurudan söz edilmesine karşın, m. 36’nın m. 40 ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğini, yargısal, idari ve siyasal (yasama organına) başvuru hakkının hak arama özgürlüğü içinde yer aldığını belirtmektedir (s. 49-50). Ayrıca bkz. Mine Akkan, **Medeni Usûl Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara 2010**, s. 175.

²⁸⁰ Renucci, s. 137.

²⁸¹ Adil yargılanma hakkının tahkim yargılamaları bakımından uygulanması çalışma konumuzun dışında kalmakla birlikte, bu konudaki bazı değerlendirmeler için bkz. “Dava / Mahkemeye Erişim Hakkının Sınırlandırılması” başlıklı bölüm.

maddeye sonradan (2001 yılında) eklenmesi nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Maddenin ilk halinde “hak arama özgürlüğü” başlığı altında kişilerin yargı mercii önünde “iddia ve savunma” haklarının bulunduğu kabul edilerek aslında kişilerin mahkemeler önünde hukuki dinlenilme haklarını kullanmalarının sağlanması gerektiği ifade edilmektedir. Adil yargılanma hakkının diğer unsurları maddede yer almamaktadır. Fakat bu durum maddenin geniş yorumlanmasına engel değildir. Zira daha önce de belirttiğimiz gibi adil yargılanma hakkının dayanağı olan hukuk devleti ilkesi bunu gerektirmektedir. Hukuk devleti, ancak hukuk güvenliğinin tesis edilmesi ile mümkündür. Bir hakkın gerçek anlamda varlığından bahsedilmek için “hak sahiplerine” hakkını koruma ve elde etme imkânının verilmesi gerekmektedir; hukuk güvenliği bunu gerektirir.²⁸² Bu anlamda, bir hakkın ihlal edilmesinin önlenmeye çalışılması ile hakkın ihlal edilmesi halinde hukuki yollara başvurulabilme imkânlarının sağlanması hukuki korunma başlığı altında ayrı ayrı ele alınmalıdır. Anayasa’nın 36. maddesinde ifadesini bulan hak arama özgürlüğü, kişilerin bir yargı mercii önünde gerek yargılama başlatılmadan evvel hakkın korunması (örneğin geçici hukuki korunma) aşamasında, gerekse hakkın ihlal edilmesinden sonra başlatılacak yargılama devam etmekte iken hak arama özgürlüklerini kullanmalarını güvence altına alacak şekilde yorumlanmalıdır.²⁸³

²⁸² Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 13-14; Cebre, s. 374.

²⁸³ Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 15; Akkan, s. 37-38. TC. Anayasası’nın 36. ve 40. maddeleri ile ilgili yapılan bu tartışmalar AİHS m. 6 ile m. 13 arasındaki ilişki açısından benzerdir. AİHS’in “adil yargılanma hakkı” başlıklı 6. maddesinin yanında, 13. maddede “etkili başvuru hakkı” düzenlenmektedir. Anılan hüküm uyarınca, “[AİHS’de] tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir.” AİHS m. 6 ve m. 13 ile hak arama özgürlüğünün güvence altına alındığı, m. 6’da “adil yargılanma hakkı” başlığı altında yargısal başvuru yönteminin düzenlendiği, m. 13’de ise idari ve siyasal başvuru yönteminin karşılığını bulduğu ifade edilmektedir. Bkz. Cebre, s. 375-376. Bununla birlikte, m. 6’da düzenlenen adil yargılanma güvencelerinin m. 13’de düzenlenen “ulusal bir merci önünde etkili başvuruda bulunma hakkı”nın tamamlayıcısı olduğu, adil yargılanma güvenceleri olmaksızın hiçbir makama yapılan başvurunun hukuki korumayı sağlayamayacağı bir gerçektir. Doktrinde Renucci, gerek AİHS m. 6’yı gerekse AİHS m. 13’ü, hâkime ve mahkemeye erişim hakkının etkin kılınmasını sağlayan düzenlemeler olarak kabul etmektedir. Bu açıdan, m. 13 ile öngörülen “etkin başvuru hakkı” mahkemeye erişim hakkının açıkça (*explicite*), m. 6 ile öngörülen “adil yargılanma hakkı” ise zımni (*implicite*) olarak tanınmasıdır. Bkz. Jean-François Renucci, **Le droit au juge dans la Convention Européenne des droits de l’homme, Le droit au juge dans l’Union Européenne, sous la direction de Joël Rideau, LGDJ 1998**, s. 137-139. “Mahkemeye başvuru hakkı”nın m. 13’de düzenlenen “etkili başvuru hakkı” ile çakıştığı, ancak maddelerin uygulama alanlarının farklı olduğu yönünde bkz. İncoğlu, s. 108. Kanımızca m. 13’de yer alan hak, 6. maddenin tamamlayıcısıdır. Etkin başvuru olmadan adil yargılanma hakkının güvence altına alınması düşünülemeyeceği gibi, adil yargılanma güvenceleri olmayan bir başvuru da “etkin” olmaktan ve hukuki koruma sağlamaktan uzak olacaktır. AİHS’in 13. maddesinde “ulusal bir makam” nezdindeki başvurudan bahsedilmekte ve AİHM’ye göre de bu makamın yargısal bir makam olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu nedenle, AİHM’nin 6. maddeyi 13. maddeye göre daha kapsamlı ve güvenceli *lex specialis* olarak uyguladığı, m. 6/f. 1 çerçevesinde ihlal tespit ettiği başvurularda 13. madde açısından incelemeye gerek görmediği vurgulanmaktadır. Bkz. İncoğlu, s. 109. Aynı yönde bkz. Strasser, s. 599-600. Bu değerlendirme de,

Hukuki korunma, hakkının ihlal edildiğini düşünen kişilere sadece bir başvuru yolu tanınmasıyla gerçekleştirilmiş olmayacaktır. Asıl olan, ihlal konusunun etraflıca incelenerek, kişilere adil yargılanma hakkının tüm unsurlarıyla güvence altına alındığı bir başvuru yolunun, yani etkin hukuki korunmanın sağlanmasıdır.²⁸⁴ Bu çerçevede, “kapsamlı, hukuken ve fiilen tam olarak gerçekleşen etkili bir hukuki koruma” kastedilmektedir.²⁸⁵

Medeni usul hukukunda etkin hukuki korumanın dört aşamada gerçekleştiği dile getirilmektedir:

1) Yargı organlarına (devlet eliyle teşkilatlandırılmış yargı merciilerine ya da uyuşmazlıkların çözümü açısından yetkilendirilmiş kişi ya da kurumlara) başvuru hakkının tanınması (mahkemeye erişim hakkı),

2) Yargı organlarına başvuru yollarının ve usulünün düzenlenmesi,

3) Yargı organlarının hukuki korunma talebinde bulunan kişinin talebini ayrıntılı şekilde inceleyerek makul sürede nihai karar vermesi,

4) Kararın icra edilmesi.²⁸⁶

Görüldüğü üzere bu aşamalar aynı zamanda yukarıda açıkladığımız adil yargılanma hakkının temel unsurlarını oluşturmaktadır. Dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlal edildiği hallerde etkin hukuki korumanın gerçekleştiğinden

m. 6/f. 1’de yer alan güvencelerin m. 13’ü de kapsadığının diğer bir göstergesidir. Ayrıca bkz. **Aktepe Artık**, s. 77-78; **Turan**, s. 84-87; **Çayan**, s. 51; **Boyar**, s. 189.

²⁸⁴ Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 15; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 51; Natalie Fricero-Bernardini, **Le droit au juge dans les juridictions civiles, Le droit au juge dans l’Union Européenne, sous la direction de Joël Rideau, LGDJ 1998**, s. 17; **Akkan**, s. 35. Yazar, hukuki korunma talebinin “yargının varlığıyla ve bu yargıya başvuru hakkının tanınmasıyla yerine getirilmiş olmayacağını, aynı zamanda esasa ilişkin etkili bir hukuki korumayı da kapsadığını” belirtmektedir. Yukarıda açıkladığımız üzere, hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı ve hukuki korunma gibi kavramlardan bahsederken “yargı”, “yargı mercii” gibi terimleri kullanmaktan kaçınmak gerektiği, zira bu terimlerin kısıtlayıcı bir anlam ifade ettiği düşüncesindeyiz.

Diğer taraftan “etkinlik” kavramının hukukta göreceli ve değişken bir anlama sahip olduğu, içeriğinin ve anlamının tartışmalı olduğu, hukuki talep dikkate alınarak açıklanması gerektiği belirtilmektedir. Etkin bir hukuki koruma sadece yargılamanın hukuka uygun ve hızlı bir şekilde sonuçlandırılmasını değil, aynı zamanda maddi hukuk kurallarına uyularak, adil bir hükmün kurulmasını da gerektirmektedir Bkz. **Akkan**, s. 36.

HMK’nın genel gerekçesinde şu ifadeye yer verilmiştir: “*Hak arama özgürlüğü çerçevesinde, hukuki korunma talebi için artık günümüzde, “etkin hukukî koruma” ihtiyacı ve talebinden söz edilmektedir. Yani, bir devletin sadece yalın olarak hak arama ve hukukî korunma yollarını düzenlemesi ve bunları açık tutması yeterli değildir; aynı zamanda bu yolların etkinliğini sağlamak, elde edilecek kararların uygulanabilir olması imkânını ayakta tutmak, hukukî korunma ihtiyacı ile orantılı ve bağlantılı bir yöntemi benimsemek gibi yükümlülüğü söz konusudur.*” (<http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=10520>; erişim tarihi: 20.05.2016). Ayrıca bkz. Yarg. İBK, E. 2013/1 K. 2014/1 (bkz. www.kazanci.com; erişim tarihi: 06.05.2016).

²⁸⁵ **A.Kılınc**, s. 159.

²⁸⁶ **Aktepe Artık**, s. 32. Ayrıca bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 51; **Akkan**, s. 35-37-38.

bahsedilemez.²⁸⁷ Doktrinde ifade edildiği üzere, adil yargılanma etkin hukuki korumanın temel taşıdır.²⁸⁸

Böylece etkin hukuki korumanın yargılamanın devamı kadar, yargılama öncesini ve sonrasında sağlanması gerektiği, bu yönüyle bir yandan hak arama özgürlüğünün, diğer yandan hukuki korunmanın etkinliğinin güvence altına alındığı ifade edilmektedir.²⁸⁹ Etkin hukuki koruma için, öncelikle yargılama öncesi koruma (geçici hukuki koruma) tedbirlerinin öngörülmesi²⁹⁰ ve şartları gerçekleştiği takdirde tedbir kararı verilmesi; yargı organlarına erişimin sağlanması; yargı organlarının uyuşmazlığı etkin hukuki korumayı sağlamaya elverişli kurallar çerçevesinde incelemesi ve makul bir sürede, uygulanabilir (etkili) bir hüküm tesis etmesi; son olarak da bu hükmün uygulanması gerekmektedir. Bu noktada, “hukuki koruma denildiğinde ikili bir ayırım yapılması gerektiği” belirtilmektedir: İlki, kalıcı olarak sonuç alınmasını sağlayan asıl / nihai hukuki korunma; ikincisi ise, asıl hukuki koruma sağlanıncaya kadar oluşabilecek bir hak kaybının önüne geçmek amacıyla başvuru edilen geçici hukuki korumadır.²⁹¹

Doktrinde, etkili hukuki korumanın hakime her zaman hukuki korumanın sağlanması amacıyla en etkili hükümleri uygulama görevi yüklediği, bu durumun ihtiyati tedbirler alanında büyük önem arz ettiği belirtilmektedir.²⁹² Gerçekten de geçici koruma tedbirleri, çoğu zaman gecikilmesi halinde ciddi zararların ortaya çıkabileceği durumlarda başvuru, işin aciliyeti sebebiyle usul hukukunda özel olarak düzenlenmiş bir alandır. Geçici koruma tedbirlerine karar verilirken bir taraf açısından etkin hukuki koruma sağlanmaya çalışılırken diğer tarafın da adil yargılanma hakkının ihlal edilmemesi, taraflar arasında hak ve menfaat dengesinin iyi korunması gerekmektedir.²⁹³ Bu açıdan geçici hukuki koruma ile nihai hukuki koruma arasında bir fark bulunmamaktadır. Nihai hukuki koruma içinde en önemli bölümü değişik türleri ile davanın oluşturduğu ifade edilmektedir.²⁹⁴ Dava ya da

²⁸⁷ **Aktepe Artık**, s. 32. Hukuki dinlenilme hakkı, yargılamanın çabuk şekilde yürütülmesi, silahların eşitliği gibi adil yargılanma hakkının kapsamında olan hak ve ilkeler etkin hukuki korunmanın gerçekleştirilmesi açısından önemli bir yere sahiptir Bkz. **Akkan**, s. 40.

²⁸⁸ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 380; **Aktepe Artık**, s. 32.

²⁸⁹ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 51; **Akkan**, s. 37.

²⁹⁰ Doktrinde, “geçici hukuki korumanın, hukuki korumanın etkinliğinin sağlanabilmesi bakımında anayasal bir zorunluluk olduğu” dile getirilmektedir. Bkz. Muhammet Özekes, **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, 15.Bası, İstanbul 2017, s. 2438. Ayrıca bkz. Muhammet Özekes, **İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz**, Seçkin Yayıncılık Ankara 1999, s. 38-39; **Erişir**, 57 vd. Ayrıca bkz. Yarg. İBK, E. 2013/1 K. 2014/1 (bkz. www.kazanci.com; erişim tarihi: 06.05.2016).

²⁹¹ **Pekcanitez**, **Pekcanitez Usûl**, s. 20; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 51-52.

²⁹² **Akkan**, s. 38.

²⁹³ Özekes, **Pekcanitez Usûl**, s. 2444.

²⁹⁴ **Pekcanitez**, **Pekcanitez Usûl**, s. 21; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 52.

mahkemeye erişim hakkı, adil yargılanma hakkının önemli bir bölümünü oluşturduğundan, bir sonraki başlık altında ayrıca açıklanacaktır.

C. Milletlerarası Usul Hukukunun Uygulama Alanı Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının “Özüne İlişkin” Hak ve İlkeler

1. Dava / Mahkemeye Erişim Hakkı

a. Genel Olarak

Bir subjektif hakkın devlet tarafından kurulmuş olan yargı teşkilatı aracılığıyla ileri sürülme ve esasa ilişkin bir hüküm elde etme yetkisi dava hakkı olarak adlandırılmaktadır.²⁹⁵ Mahkemeye erişim hakkı ise, bir yargı organı önünde dava açabilme ve bir dava açabilmek için gerekli imkânlara sahip olabilmeyi ifade eder.²⁹⁶ Adalet erişimin ve hak arama özgürlüğünün en somut aracı bir yargı yerine başvuru hakkıdır.²⁹⁷ Hukukun etkinliğinin yegâne güvencesi mahkemeye erişim hakkıdır.²⁹⁸ Bu başvuru, bir subjektif hakkın, bu hakkın muhatabına karşı mahkemeler nezdinde ileri sürülmesi ve böylece bir davanın başlatılması şeklinde olabileceği gibi, teknik anlamda dava niteliğinde olmayıp, icra takibi veya muhtemel bir zarara karşı hukuki koruma talebi şeklinde de olabilir. Hukuki korunma talebinin somut bir şekilde devlet yargısı önüne taşınması halinde “dava hakkı”nın kullanımı söz konusu olacaktır. Adalet erişimin yargı teşkilatı eliyle sağlanması yani kişilerin dava hakkını kullanmak suretiyle ileri sürdükleri hukuki korunma talebinin mahkemelerce

²⁹⁵ Arslan, s. 71; Akkan, s. 30. Yazar Alman medeni usûl hukukunda düzenlenen ve kişiler ile mahkemeler (devlet) arasındaki kamusal ilişkiye dayanan, içerik olarak mahkemelerin bir hakla ilgili karar vermesini hedeflemeyen “yargı talebi”ni soyut dava hakkı, somut bir hakla ilgili olarak mahkemeden bir karar elde edilmesini öngören hakların korunması talebini ise somut dava hakkı olarak tanımlamaktadır (bkz. s. 31).

²⁹⁶ Anayasa Mahkemesi’nin 2013/5516 sayılı Şener Berçin Başvurusu ile ilgili verdiği 22.01.2015 tarihli kararı, prgf. 52: “Adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biri olan mahkemeye erişim hakkı, bir uyumsuzluğu mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyumsuzluğun etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelmektedir. (B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), mahkemeye etkili erişim hakkını “hukukun üstünlüğü” ilkesinin temel unsurlarından biri olarak kabul etmekte ve mahkemeye etkili erişim hakkının, mahkemeye başvuru konusunda tutarlı bir sistemin var olmasını ve dava açmak isteyen kişilerin mahkemeye ulaşmada açık, pratik ve etkili fırsatlara sahip olmasını gerektirdiğini ifade etmektedir. Bu sebeple hukuki belirsizliklerin ya da uygulamadaki belirsizliklerin tarafların mahkemeye erişimine zarar verdiği durumlarda bu hakkın ihlâl edildiğine karar verilmektedir (Geffre/Fransa, B. No: 51307/99, 23/1/2003, § 34).” Ayrıca bkz. Ümit Kılınç, **Mahkemeye Erişim Hakkı ve Türk Hukukunun A.İ.H.S. ile Uyum Sorunu**, İz.BD Ocak 2013, s. 127.

²⁹⁷ Turan, s. 124.

²⁹⁸ Flecheux, s. 178.

cevaplandırılması (hüküm kurulması) nedeniyle de genel olarak “mahkemeye başvuru” şeklinde de tanımlanan bu hak, dava hakkı veya mahkemeye erişim hakkı olarak da ifade edilmektedir.²⁹⁹

Bununla birlikte, mahkemeye erişim veya daha dar anlamıyla dava hakkı, bazen adalete erişim hakkı ve hak arama özgürlüğü ile karıştırılmaktadır. Mahkemeye erişim hakkının adalete erişimde çok önemli bir payının olması sebebiyle³⁰⁰ bu tür kavram kaymaları olsa da, temelde dava ya da mahkemeye erişim hakkı olarak nitelendirilen hak, bir yargı organına başvurmayı kapsamaktadır.³⁰¹ Devletler, adalete erişimin bir yargı organına erişimi zorunlu kıldığı, başka bir hukuki korunma yolunun bulunmadığı durumlarda, mahkemeye erişimin önündeki engelleri kaldırmakla yükümlüdürler.³⁰²

Dava / mahkemeye erişim hakkı ile ilgili açıklamalara geçmeden önce, AİHM’nin m. 6/ f. 1 çerçevesinde “mahkeme” ifadesinin ne şekilde anlaşılması gerektiğine dair tespitlerine kısaca yer vermek gerektiği düşüncesindeyiz. AİHS m. 6/ f. 1 anlamında “mahkeme”, “yargısal görev” kriteri uyarınca, “görev alanına giren konularda usulüne uygun bir yargılama yapmak suretiyle önüne gelen uyuşmazlığı çözen mercii olarak nitelendirilmektedir.”³⁰³ Bunun yanında, bu mercinin bağımsızlık ve tarafsızlık başta olmak üzere, tüm yargılama güvencelerini karşılaması

²⁹⁹ Dava hakkı ile mahkemeye erişim hakkı arasındaki kavramsal farka ilişkin incelemeler için bkz. **Milano**, s. 55-58.

³⁰⁰ Doktrinde mahkemeye erişim hakkı adaletten yararlanma hakkı olarak da ifade edilmektedir. Bkz. **İnceoğlu**, s. 107’den naklen, Bakır Çağlar, **Anayasa Bilimi**, BFS Yayınları, İstanbul 1988, s. 172. Ayrıca bkz. **Balkar-Bozkurt**, s. 134, 34 nolu dn.

³⁰¹ Mahkemeye erişim hakkı (*right of access to a court; droit d'accès à un tribunal*), mahkeme önünde hak arama özgürlüğü (*droit au juge*), dava hakkı (*right of action; droit d'action*) ve etkin başvuru hakkı (*right to an effective remedy; droit à un recours effectif*) birbiriyle karışan, birbirlerinin yerine kullanılan kavramlardır. Bkz. **Lambert**, s. 57; **Milano**, s. 37. Ayrıca bkz. Serge Guinchard, **Procès équitable**, **Encyclopédie Dalloz, Répertoire de procédure civile Janvier 2006**, s. 5 vd. Ancak, genel anlamda en çok kullanılan kavram mahkemeye erişim hakkıdır. Mahkeme önünde hak arama özgürlüğü olarak adlandırabileceğimiz “*droit au juge*” kavramı ise, ulusal hukuklarda yer alan düzenlemelere ve hatta (adli, idari veya cezai) yargı yoluna göre değişmektedir. Joël Rideau, **Le droit au juge: Conquête et Instrument de l'Etat de droit, Le droit au juge dans l'Union Européenne, sous la direction de Joël Rideau, LGDJ 1998**, s. 3. Bununla birlikte, yazar, kavramın, gerek ulusal hukuklar, gerekse AİHS anlamında anayasal ve konvansiyonel değere sahip olduğunun şüphesiz olduğunu belirtmektedir. Bkz. s. 5.

Diğer taraftan, mahkeme önünde hak arama özgürlüğünün hüküm hakkına (*droit au jugement*) da kaynak teşkil ettiği ifade edilmektedir. Bkz. **Fricero-Bernardini**, s. 14.

³⁰² Daniel Augenstein / Nicola Jägers, **Human Rights in Business, Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union**, Edited by Juan José Alvarez Rubio and Katerina Yiannibas, **Routledge London and New York 2017**, s. 8 (bkz. <http://www.tandfebooks.com/action/showBook?doi=10.4324%2F9781315269467&>; erişim tarihi: 10.03.2017)

³⁰³ Pekcanitez, **Adil Yargılama**, s. 39; **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s. 335; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 279-280; **İnceoğlu**, s. 159; **Çelik**, s. 53; **Turan**, s. 154-155; **Erdoğan**, s. 95; **Kaşıkkara**, s. 120; **Demircioğlu**, s. 64; **Mock**, s. 387.

gerekmektedir.³⁰⁴ Ayrıca, mahkeme deyiminden, sadece olağan yargı teşkilatı içinde yer alan merciiler anlaşılmamalıdır; “AİHS m. 6/f. 1 açısından önemli olan “mahkeme” olarak adlandırılan merciin maddi ve usulî güvenceleridir”.³⁰⁵ O halde, yargılama usulü güvencelerine sahip olan, bağımsız ve tarafsız, belirli bir usul izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün olan kararlar verme (uyuşmazlık konusu olayı hem maddi hem de hukuki açıdan inceleme) yetkisi bulunan merciiler m. 6/f. 1 anlamında “mahkeme”dir; bu çerçevede, sadece mütalaa veya tavsiye kararı verme yetkisi bulunan makamlar “mahkeme” olarak nitelendirilemeyeceği gibi,³⁰⁶ yukarıdaki nitelikleri taşıması kaydıyla, genel ve olağan yargılama merciileri dışında yer alması veya yargısal işlevinin yanında başka görevler de yürütmekte olması, bir kurul ya da merciin “mahkeme” olarak nitelendirilmesine engel olmayacaktır; bu bakımdan “dava dışı” usullerin de adil yargılanmaya tabi olduğu kabul edilmektedir.³⁰⁷

Mahkemeye erişim hakkı, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, hukuki korunma talebinde bulunan kişilerin aşılması güç bir engelle karşılaşmadan haklarını mahkemeler nezdinde ileri sürebilmelerini ifade etmektedir. Bu bağlamda, gerçek ya

³⁰⁴ AİHM *Demicoli - Malta* kararı, prgf. 39 (Karar Tarihi: 27.08.1991; Başvuru No: 13057/87).

³⁰⁵ **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s. 335 ve s. 343; **Turan**, s. 156; **Sudre**, s. 402.

³⁰⁶ Erdönmez, **Pekcanıtez Usûl**, s. 847.

³⁰⁷ **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s. 343; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 279-280; **İnceoğlu**, s. 159-160; **Çayan**, s. 62, s. 67-68; **Çelik**, s. 53; **Turan**, s. 156-157; **Demircioğlu**, s. 64; **Sudre**, s. 402-403; Guinchard, **Le procès équitable**, s. 189; **Mock**, s. 387. Ayrıca bkz. AİHM *Sramek - Avusturya* kararı, prgf. 36 (Karar Tarihi: 22.10.1984; Başvuru No: 8790/79) AİHM *Bentham - Avusturya* kararı, prgf. 40 (Karar Tarihi: 23.10.1985; Başvuru No: 8848/80); AİHM *Belilos - İsviçre* kararı, prgf. 64 (Karar Tarihi: 29.04.1988; Başvuru No: 10328/83); AİHM *De Wilde, Ooms ve Versyp - Belçika* kararı, prgf. 78 (Karar Tarihi: 18.06.1971; Başvuru No: 2832/66; 2835/66; 2899/66).

Belirli bir yargı faaliyeti yürütmeyen (yargısal olmayan), ancak kişiler üzerinde “zorlayıcı” kararlar alma yetkisine sahip olan, mahkemeler dışındaki bağımsız idari kurum veya kuruluşlar ile bu tanıma uyan her türlü otoritenin de adil yargılanma güvencelerine tabi olması gerektiği yönünde gerek AİHM içtihadında, gerekse doktrinde farklı fikirler ileri sürülmektedir. Bu konuda ayrıntılı incelemeler için bkz. Frédéric Sudre, **Le droit à un procès équitable “hors les juridictions ordinaires”, Au carrefour des droits, Mélanges en l’honneur de Louis Dubois, Dalloz 2002**, s. 205 vd. Bu çerçevede, özellikle, yargısal süreç öncesinde başvurulması zorunlu bağımsız idari kurumların yürütmekte oldukları incelemelerde adil yargılanma hakkına uyulmamasının, uyuşmazlığın mahkemeye taşınması halinde ciddi sorunlar yaratabileceği dile getirilmektedir. Dolayısıyla, adil yargılanma hakkının uygulama alanının sadece mahkemeler ile sınırlandırılmaması gerektiği kabul edilmektedir. (bkz. s. 215). Aynı yönde bkz. **Gilliaux**, s. 122; **Ritleng**, s. 121-122; **Dubos**, s. 146-147. Uyuşmazlığın çözümlendiği merciin dar anlamda “mahkeme” olmaması halinde iki yol vardır: Yetkili mercii, adil yargılanma güvencelerine uygun “yargılama” yapmalıdır ya da bu merciin kararı, adil yargılanma güvenceleri ile bağlı bir mahkeme tarafından denetlenmelidir. Bkz. **Mock**, s. 388; **Soyer/De Salvia**, s. 263.

“Tahkim mahkemelerinin” AİHS m. 6/f. 1 anlamında “mahkeme” olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Lambert, **Arbitration**, s. 18-19.

da tüzel kişiler, vatandaş ya da yabancılar bu hakkın kullanımı açısından tamamen eşittirler.³⁰⁸

Mahkemeye erişim hakkının bir görünümü olan dava hakkı ise, hukuki yarara dayanmaktadır.³⁰⁹ Doktrinde, adil yargılanmadan söz edebilmek için öncelikle bir davanın bulunması gerektiği, bu nedenle dava hakkının adil yargılanma hakkının kurucu unsuru olduğu dile getirilmektedir.³¹⁰ Kanımızca bu ifade, adil yargılanma hakkının kapsamının daraltıldığı izlenimi uyandırmaktadır. Sadece bir dava var olduğu takdirde adil yargılanma hakkından bahsedilebileceğini kabul etmek, gelişen hukuk bakımından adil yargılanma hakkına bakış ile örtüşmemektedir. Adil yargılanma hakkının söz konusu olması için bir davanın bulunmasına ihtiyaç yoktur. Adil yargılanma hakkı teknik anlamda ve mahkemeler önünde görülmekte olan bir “dava” dışında alternatif çözüm yollarında da uygulama alanı bulduğu gibi, -özellikle ihtiyati tedbir, delil tespit ve benzeri geçici korumalar başta olmak üzere- “dava” öncesi pek çok konuda da adil yargılanma hakkının korunması ile ilgili sorunlarla karşılaşmaktadır. Bu nedenle, özellikle Anayasa Mahkemesi’nin, AİHM kararlarına atıf yaparak kullandığı “dava yoksa, adil bir yargılamadan söz edilemeyeceği”³¹¹ ifadesine somut olay odaklı yaklaşmak gerektiği, Anayasa Mahkemesi’nin ve AİHM’nin, önüne getirilen başvurularda “mahkeme önündeki bir yargılamanın (davanın)” söz konusu olması nedeniyle anılan ifadeyi kullandığı düşüncesindeyiz.³¹²

³⁰⁸ Aktepe Artık, s. 75-76; Burak Huysal, **Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Milletlerarası Özel Hukuk’a İlişkin Bazı Değerlendirmeler, Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı, Editörler: Ayfer Uyanık Çavuşoğlu/Zeynep Derya Tarman, Oniki Levha Yayıncılık, s. 65.** Yazar, TC. Anayasası uyarınca, mahkemeye başvuru bakımından yabancılar ile vatandaşların “teorik olarak” eşit olduklarını belirtmektedir.

³⁰⁹ Mahkemeye erişim hakkı bakımından kişilerin beklentisinin (yararın), hukukî ve meşru olması gereklidir. Bununla birlikte, bu yararın doğrudan ve kişisel olması da gerekir. Diğer bir ifadeyle, bu yararın dava açan veya kanun yoluna başvuran kimseye ait olması aranmaktadır. Ayrıca, mahkemeye yönelik taleplerde yararın, doğmuş ve güncel bir yarar olması gereklidir. Bkz. Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 947-948; Karşı, s. 401; Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II**, s. 1365; C.Korkmaz, s. 260; Saim Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Baskı, İstanbul 2000**, s. 277-278. Yazar, hukuki yararı “hukuki himaye menfaati” olarak adlandırmaktadır. Ayrıntılı incelemeler için bkz. Emel Hanağası, **Davada Menfaat, Yetkin Yayınları Ankara 2009**, s. 18 vd.; Melis Taşpolat Tuğsavul, **Kollektif Hukuki Yarar Çerçevesinde Topluluk Davaları, Oniki Levha Yayıncılık İstanbul 2016**, s. 7 vd.

Dava hakkının dürüstlük kuralına uygun şekilde kullanılması zorunludur. Aksi takdirde, davacının korunmaya değer bir hukuki yararından bahsedilemeyeceği belirtilmektedir. Bkz. Arslan, s.73.

Dava hakkı kullanımının doğrudan ve makul (yeterli) hukuki yarar şartına bağlanması AİHS m.6/f. 1’e de uygundur. Bkz. Gilliaux, s. 397 ve s. 399.

³¹⁰ Cebre, s. 381; Kaşıkara, s. 112. Aynı yönde bkz. Soyer/De Salvia, s. 258.

³¹¹ Bkz. Anayasa Mahkemesi’nin E. 2001/5 K. 2002/42 sayılı ve 28.03.2002 tarihli kararı (RG. 05.09.2002- S. 24867). Ayrıca bkz. Gözübüyük/Gölcüklü, s. 277; Erdoğan, s. 67; Soyer/De Salvia, s. 258; Milano, s. 46.

³¹² Akkan, s. 46. Yazar bir “başvuru” ya da “dava” olmadığı sürece adil yargılanma hakkından söz edilemeyeceğini belirtmektedir. “Başvuru” teriminin kullanılmasının teknik hukuk açısından daha doğru olduğu kanaatindeyiz.

Mahkemeye erişim hakkı, gelişen hukuk ve insan hakları bilinci çerçevesinde, adil yargılanma hakkının zımni bir unsuru olarak öne çıkmıştır. Bu nedenle mahkemeye erişim hakkı, özellikle AİHM içtihatlarına dayanmaktadır. AİHM, ilk olarak 1975 yılında verdiği *Golder* kararında³¹³, amaçsal ve işlevsel bir yorum yaparak, adil yargılanma hakkına erişebilmek için, öncelikle mahkemeye erişimin güvence altına alınması gerektiğini kabul etmiştir.³¹⁴ Bununla birlikte, doktrinde mahkemeye erişim hakkının uluslararası hukukun teamül kurallarından biri olarak kabul edildiği, dolayısıyla hakkın uygulama alanının AİHS ile kısıtlanamayacağı, AİHS'e taraf olmayan devletlerin dahi mahkemeye erişim hakkına ilişkin kurallar ile bağlı olduğu dile getirilmiştir.³¹⁵ Zira, mahkemeye erişim hakkı, mahkemelere kanunlar ile tanınan yargılama yetkisinin kullanımına etki etmekte, yargılama faaliyetinin varlık sebebini oluşturmaktadır.³¹⁶ Bu açıdan mahkemeye erişim hakkı, adil yargılanmanın “ayrılmaz (*inhérent*)” bir parçasıdır.³¹⁷ Anayasa Mahkemesi de, yukarıda belirttiğimiz üzere, mahkemeye erişim hakkını adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirmektedir.³¹⁸

³¹³ Bkz. yukarıda AİHM *Golder – Birleşik Krallık* kararı, prgf. 35 vd. Kararın ayrıntılı olarak incelenmesi ve yorumlanması için özellikle bkz. **Milano**, s. 39 vd.

³¹⁴ AİHM'nin bu içtihadı AAD ve Topluluk hukukunu uygulayan devletlerin içtihadına da yansımıştır. Topluluk hukukunun “mahkemeye erişim hakkı” ve “mahkeme önünde hak arama özgürlüğü”ne bakış açısı hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Fabrice Picod, *Le droit au juge en droit communautaire, Le droit au juge dans l'Union Européenne, sous la direction de Joël Rideau, LGDJ 1998*, s. 141-170; **Gilliaux**, s. 281-283.

³¹⁵ Christopher A. Whytock, *Foreign State Immunity And The Right To Court Access*, **Boston University Law Review**, Vol. 93 (2013), s. 2058.

³¹⁶ **Favreau**, s. 13; **Sinopoli**, s. 13; **Milano**, s. 46. Yazar, AİHM tarafından geliştirilen “adil yargılanma hakkının yararlılığı, etkinliği ve tutarlılığına ilişkin gerekçelerin”, mahkemeye erişim hakkını AİHS m. 6 ile korunan hakkın etkinliğini ortaya koyan bileşenlerden biri haline getirdiğini ifade etmektedir.

³¹⁷ **Renucci**, s. 135; **Milano**, s. 43 ve s. 46. Yazar, mahkemeye erişim hakkının adil yargılanma hakkı kapsamında korunan güvenceler arasında “dokunulamayacak çekirdek haklar” arasında yer aldığını ve bu bakımdan kamu düzeni kapsamında da korunduğunu belirtmektedir. Bkz. s. 91. Aynı yönde bkz. Gérard Cohen-Jonathan, *Le droit au juge, Gouverner, Administrer, Juger, Liber Amicorum Jean Waline, Dalloz 2002*, s. 476. Bu görüşün pratik sonucu yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizinde özellikle önem arz etmektedir. Zira AİHM, adil yargılanma hakkını ihlâl eden yabancı mahkeme kararlarının tanınmaması / tenfiz edilmemesi konusunda taraf devletlere olumlu yükümlülükler yüklemektedir. Bu kapsamda, yabancı mahkeme kararının adil yargılanma güvencelerini “açıkça” ihlâl edip etmediğinin (adaletin açıkça inkârına sebebiyet verip vermediğinin) dikkate alınması gerekmektedir. Mahkemeye erişim hakkının ihlâli bu kapsamda “açık ihlâl” olarak kabul edilebilecektir. Bu konuda ayrıntılı incelemeler için bkz. çalışmamızın ikinci bölümünde yer alan “Dolaylı Koruma / İhlâl Kavramının Tanıma / Tenfiz Kararları Açısından Etkisi” başlıklı bölüm.

³¹⁸ Anayasa Mahkemesi, 2014/6129 sayılı Nevriye Sağır ve Salim Sağır Başvurusu ile ilgili verdiği 20.05.2015 tarihli kararı, R.G. 10.08.2015 - S. 29441: “Mahkemeye erişim hakkı, bir uyumsuzluğu mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyumsuzluğun etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelmektedir. Kişinin mahkemeye başvurusunu engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hale getiren, bir başka ifadeyle mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamalar mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir (Özkan Şen, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52).”

Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi 2012/791 sayılı Özkan Şen Başvurusu ile ilgili verdiği 07.11.2013 tarihli kararı, prgf. 51-52: “Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde,

Şu halde, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı çerçevesinde Anayasa m. 36'da açıkça "mahkemeye erişim hakkı"na yer verilmemiş olsa da, mahkemeye erişim hakkı, vatandaşlığına bakılmaksızın herkese tanınan ve anayasal düzlemde korunmakta olan bir haktır.³¹⁹

Mahkemeye erişim hakkının adil yargılanma hakkına dahil edilmesi doktrinde, AİHS'in uygulanması açısından "Sözleşme organları tarafından atılan en anlamlı ve yaratıcı adım" olarak ifade edilmektedir; böylece AİHM, AİHS m. 6'nın lafzi yorumu ile yaratılan bir boşluğu doldurmuştur.³²⁰ Bu bağlamda, devletlere, mahkemeye erişimin engellenmemesi adına "müdahaleden kaçınma"nın ötesinde, mahkemeye erişim hakkının kullanımına yönelik fiziksel ve kurumsal olanaklar da dahil olmak üzere bazı önlemlerin alınmasına ve hakkın etkin biçimde kullanılabilmesini sağlamaya yönelik pozitif yükümlülükler yüklenmektedir.³²¹ AİHS uyarınca, taraf devletlerin, mahkemeye erişimi gerçek, fiili ve etkili bir

mahkemeye erişim hakkına açıkça yer verilmemişse de maddenin (1) numaralı fıkrasındaki "herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, . bir mahkeme tarafından davasının . görülmesini istemek hakkı..." ifadeleri çerçevesinde ve hakkın doğası gereği mahkemeye erişim hakkını da kapsadığının kabulü gerekir.

Mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelmektedir. Kişinin mahkemeye başvurusunu engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hale getiren, bir başka ifadeyle mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamalar mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir."

Aynı yönde bkz. Anayasa Mahkemesi 2014/5639 sayılı Galip Kocuk Başvurusu ile ilgili verdiği 24.06.2015 tarihli kararı, prgf. 32-41; Anayasa Mahkemesi 2013/9658 sayılı Bekir Karadurna Başvurusu ile ilgili verdiği 24.06.2015 tarihli kararı, prgf. 35-44; Anayasa Mahkemesi 2013/8732 sayılı Erdem Özgenç Başvurusu ile ilgili verdiği 24.06.2015 tarihli kararı, prgf. 35-45; Anayasa Mahkemesi, 2013/7876 sayılı Altuğ Duran Başvurusu ile ilgili verdiği 24.06.2015 tarihli kararı, prgf. 35-44; Anayasa Mahkemesi, 2013/7875 sayılı Kazım Orhan Başvurusu ile ilgili verdiği 20.05.2015 tarihli kararı, prgf. 35-45; Anayasa Mahkemesi, 2013/7872 sayılı Muhammed Gökhan Özmen Başvurusu ile ilgili verdiği 20.05.2015 tarihli kararı, prgf. 35-45; Anayasa Mahkemesi, 2013/7611 sayılı Mehmet Tekin Başvurusu ile ilgili verdiği 20.05.2015 tarihli kararı, prgf. 53-63. Ayrıca bkz. **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s. 332; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 277; **İnceoğlu**, s. 106 vd.; **Aktepe Artık**, s. 75; **Turan**, s. 130.

AİHM *Golder - Birleşik Krallık* kararı, prgf. 23 (Karar Tarihi: 21.02.1975 / Başvuru No. 4451/70); AİHM *Ashingdane Birleşik Krallık* kararı, prgf. 55 (Karar Tarihi: 28.05.1985; Başvuru No: 8225/78); AİHM *Le Compte, Van Leuven and De Meyere - Belçika* kararı, prgf. 44 (Karar Tarihi: 23.06.1981 / Başvuru No. 6878/75; 7238/75); AİHM *Sporrong ve Lönnroth - İsveç* kararı, prgf. 80 (Karar Tarihi: 23.09.1982; Başvuru No: 7152/75); AİHM *Ortenberg - Avusturya* kararı, prgf. 29 (Karar Tarihi: 25.11.1994; Başvuru No: 12884/87). Ayrıca bkz. **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 277'de belirtilen AİHM kararları.

³¹⁹ Fügen Sargın, **A limitation to the right of effective access to justice before the Turkish civil courts: Cautio Judicatum Solvi, ZZPInt (10) 2005**, s. 393.

³²⁰ **İnceoğlu**, s. 106; **Milano**, s. 49 vd.

³²¹ **Milano**, s. 60; **Mock**, s. 392. Doktrinde bu durum şu şekilde ifade edilmektedir: "Mahkemeler önünde hak arama hürriyeti ve dava hakkı ikili bir yapı arz etmektedir. Bir taraftan hak arama hürriyeti kişilerin en temel insan hakları içerisinde yer alırken diğer taraftan bunun doğal bir sonucu olarak, kişilerin bu temel hak ve hürriyetten faydalanabilmesinin sağlanmasında devlete, etkin, bağımsız ve yansız, hakça ve açık bir yargılama yapacak yargılama makamlarının vatandaşlarının hizmetine sunma yükümlülüğü yüklenmektedir." Bkz. **Demircioğlu**, s. 106; **A.Kılınç** s. 143.

biçimde sağlanması gerekmektedir.³²² Bu nedenle mahkemeye erişim hakkı adil yargılanma hakkının soyut bir ilkesinden çok, somut bir görünümü olarak ön plana çıkmaktadır.³²³

Ayrıca, şunu belirtmekte fayda vardır: AİHM tarafından AİHS m. 6/f. 1'e dahil edilen bu hakkın, etkin bir şekilde sağlanması açısından, "herhangi" bir mahkemeye erişim yeterli değildir; bu çerçevede, ancak, adil yargılanma güvencelerine uygun şekilde yargılama yapabilecek bir mahkemeye erişim aranmaktadır.³²⁴

Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında mahkemeye erişim hakkı ile ilgili olarak yaptığı tespitler şu şekildedir: "*Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında, (...) yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir.*

Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkıdır. Mahkemeye erişim hakkı, hukuki bir uyumsuzluğun bu konuda karar verme yetkisine sahip bir mahkeme önüne götürülmesi hakkını da kapsar. Hak arama özgürlüğü demokratik hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarından biri olup tüm bireyler açısından mümkün olan en geniş şekilde güvence altına alınmalıdır."³²⁵

Anayasa Mahkemesi'nin kullandığı ifadelerden de devletin mahkemeye erişim hakkının sağlanmasında pozitif yükümlülükleri olduğu sonucu çıkmaktadır. Her ne kadar, mutlak bir hak olmaması nedeniyle, sınırlamalara tabi olabilecek olsa da, mahkemeye başvuru hakkı kanuni düzenlemelerle ya da somut olaya özgü sebeplerle zorlaştırılmamalıdır.³²⁶ Bu açıdan, mahkemeye erişime ilişkin hukuk kurallarının,

³²² Gözübüyük/Gölcüklü, s. 279; İnceoğlu, s. 116; Aktepe Artık, s. 81; Çakın, s. 40; Çayan, s. 50-51; Turan, s. 140; Ü.Kılınç, s. 129; A.Kılınç, s. 130; Nuyts, s. 179; Renucci, s. 138; Philippe Guez, *L'élection de for en droit international privé, Thèse de doctorat en droit, Université de Paris X-Nanterre 2000*, s. 164.

³²³ Guez, s. 164.

³²⁴ Mahkeme önünde hak arama özgürlüğü çerçevesinde de, adil bir hakime ulaşma hakkı (*accès à un juge équitable*) esas alınmalıdır. Bkz. Fricero-Bernardini, s. 17.

³²⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 2014/76 K. 2014/142 sayılı ve 11.09.2014 tarihli kararı (RG. 04.03.2015 S. 29285). Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi E. 2014/92 K. 2016/6 sayılı ve 28.01.2016 tarihli kararı (RG. 03.03.2016 S. 29642).

³²⁶ Akkan, s. 35; Kiestra, s. 98.

mahkemeye erişimi zorlaştıracak ölçüde belirsiz, karmaşık veya hukuki kesinlikten uzak olmaması gerektiğinin altı çizilmektedir.³²⁷

AİHM de “mahkeme önünde hak arama yolunun fiilen veya hukuken, geçici de olsa, kapatılmasının ya da kullanımını mümkün kılmayan ölçülerde kısıtlanmasının AİHS m. 6/f. 1 hükmünün çiğnenmesi anlamını taşıyacağını” belirtmektedir.³²⁸ Bu çerçevede, dava / mahkemeye erişim hakkının kısıtlanabilmesi bazı katı koşul ve kriterlere bağlanmaktadır. Bir sonraki bölümde bu koşul ve kriterler hakkında ayrıntılı incelemelere yer verilecektir.

AİHM’nin mahkemeye erişim hakkı ile ilgili içtihadının büyük bir bölümü yabancılık unsuru taşımayan uyuşmazlıklara ilişkindir. Bununla birlikte, her ne kadar milletlerarası özel hukuka özgü olmasa da, AİHM’nin mahkemeye erişim hakkına ilişkin içtihadının çerçeve olarak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklara da uygulanacağı tartışmasızdır.³²⁹ Diğer taraftan, mahkemeye erişim hakkı, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından ayrıca incelenmeye muhtaç birçok konuyu içermektedir. Ancak, yine de, AİHM’nin yabancılık unsuru taşımayan uyuşmazlıklara ilişkin içtihadı, milletlerarası usul hukuku açısından “çerçeve” niteliğinde yorumlanmalıdır.

Uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması, gerek davacının gerekse davalının mahkemeye erişim haklarını kullandıkları şartlar üzerinde önemli etkilere sahiptir. Milletlerarası uyuşmazlıklarda yer itibariyle yetkili mahkemenin belirlenmesinden, yargılama kurallarının uygulanmasına, ekonomik olarak yeterli olmayan kişilerin mahkemeye erişim haklarını kullanabilmelerine olanak sağlayan başta adli yardım olmak üzere diğer mekanizmaların düzenleniş şeklinden, teminata kadar birçok konu, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda iç hukuktakinden çok daha fazla ve farklı sorunların ortaya çıkmasına sebep olabilmektedir. Uygulamada, davacının öncelikle vatandaşı olduğu ülke mahkemelerinde dava açmayı tercih etmesi nedeniyle davalı açısından birçok sorunun gündeme geldiği belirtilmekte, yabancı bir ülkede kendini savunmak zorunda kalan davalının, yabancı yargılama kuralları, yabancı kanunlar ihtilafı kurallarının muhtemelen işaret edeceği yabancı bir hukukun maddi kuralları, dil sorunu (tercüman ve / veya kendi ülkesindekine ek olarak

³²⁷ Kiestra, s. 98

³²⁸ AİHM *Airey – İrlanda* kararı, prgf. 22 (Karar Tarihi: 09.10.1979; Başvuru No: 6289/73); AİHM *Kreuz - Polonya* kararı, prgf. 61-67. Ayrıca bkz. **Rozakis**, s. 98; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 277; **İnceoğlu**, s. 115; **Erdoğan**, s. 61; **Çakın**, s. 69; **Turan**, s. 136; **Ergül**, **Bireysel Başvuru**, s. 251; **Çalışkan**, s. 198; **A.Kılınc**, s. 131.

³²⁹ Kiestra, s. 99.

yabancı ülkede alınacak avukatlık hizmeti giderleri), iletişim ve ulaşım araçları giderleri gibi pek çok zorlayıcı unsur ile karşı karşıya kalacağı belirtilmektedir.³³⁰ Bununla birlikte, tüm bu zorlukların yabancı devlet mahkemelerinde dava açmak durumunda kalan “yabancı” davacılar için de söz konusu olacağı göz ardı edilmemelidir.

Aşağıda AİHS m. 6/f. 1 kapsamında mahkemeye erişim hakkının ne şekilde kısıtlanabileceğine ilişkin genel bilgilere yer verilecektir. Yukarıda sayılan ve çalışmamızın konusunu oluşturan milletlerarası uyuşmazlıklara özgü konuların adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkı kapsamında arz ettiği sorunlar yeri geldiğinde, gerek çalışmamızın bu bölümde, gerekse ikinci bölümünde ele alınacaktır.

Son olarak, AİHM’nin mahkemeye erişim hakkı kavramını hükmün icrası hakkını da kapsayacak şekilde yorumladığını tekrar etmekte fayda vardır. Zira mahkemeye erişim ve mahkeme önünde hak arama özgürlüğü hüküm hakkını da beraberinde getirmekte, hüküm hakkı ise hükmün icrası hakkına varlık kazandırmaktadır.³³¹ Hükmün icrası hakkı ile ilgili ayrıntılı açıklamalara aşağıda yer verilecektir.³³² Milletlerarası usul hukukunun temel konuları dikkate alındığında, kısaca, mahkemeye erişim hakkının, tüm unsurlarını kapsayacak şekilde, milletlerarası usul hukukuna yerleşmiş, adeta “kökleşmiş” olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.³³³

b. Dava / Mahkemeye Erişim Hakkının Sınırlandırılması

Yukarıda açıkladığımız önemine binaen bugün artık mahkemeye erişim hakkı uluslararası hukukta kabul gören insan haklarından birisidir. Bu yönüyle, adalete ve mahkemeye erişimin kesin bir biçimde engellenmesinden veya zorlaştırılmasından çok, bazı şartlara bağlanmasından söz edilebileceği belirtilmektedir.³³⁴ Doktrinde, usul hukukunda yer alan mahkemeye başvuru şartlarının etkin hukuki korunma açısından engel teşkil etmediği, aksine bu şartların hukuki güvenliği sağladığı,

³³⁰ Nuyts, s. 180; Schlosser, s. 11-12.

³³¹ Fricero-Bernardini, s. 15.

³³² Bkz. “Hükmün İcrası Hakkı” başlıklı bölüm.

³³³ Paul Lagarde, *Conclusions Générales, Droit des immunités et exigences du procès équitable, sous la direction de Isabelle Pingel*, Editions Pedone 2004, s. 150.

³³⁴ Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press 2005, s. 136. Ayrıca bkz. Flecheux s. 179. Yazar, mahkemeye erişimin “zorlaştırılmasının” hukuki güven ortamını yok edeceğini ifade etmektedir.

anayasal ilkeler çerçevesinde mahkemeye başvuru için kısıtlamalar getirilebileceği belirtilmektedir.³³⁵ Bu bağlamda, genel olarak, mahkemeye erişimin süre, dava ehliyeti, tarafların temsili, yargılama giderlerine katılım, kanun yoluna başvurunun kısıtlanması ya da kapatılması, yargı bağışıklığı, milletvekili dokunulmazlığı gibi konularda yasal düzenleme yaparak sınırlamak mümkündür.³³⁶ Bu durum, doktrinde “zımni sınırlama (*limitation implicite*) doktrini” kapsamında ele alınmaktadır.³³⁷ Zira, mahkemeye erişime ilişkin kurallar, niteliği gereği devlet tarafından düzenlenmesi gereken bir alana aittir.

Anayasa Mahkemesi, mahkemeye erişim hakkının kısıtlanması ile ilgili bir kararında şöyle demektedir: “Anayasa’nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da, Anayasanın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması da mümkün olabilir. Dava açma hakkının kapsamına ve kullanım koşullarına ilişkin bir kısım düzenlemelerin hak arama özgürlüğünün doğasından kaynaklanan sınırları ortaya koyan ve hakkın norm alanını belirleyen kurallar olduğu açıktır. Ancak bu sınırlamalar Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz (Anayasa Mahkemesi, E.2010/83, K.2012/169, K.T. 1/11/2012).”³³⁸

Bu noktada, mahkemeye erişim hakkının makul sebep ve araçlarla sınırlandırılması ile mahkemeye erişim hakkının zorlaştırılması arasında ince bir

³³⁵ Akkan, s. 43; Cebre, s. 382; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 332; Ü.Kılınc, s. 129.

³³⁶ Akkan, s. 50. Ayrıca bkz. Çakın, s. 41; Erdoğan, s. 71; A.Kılınc, s. 131; Ergül, Bireysel Başvuru, s. 252.

³³⁷ Zımni sınırlama doktrini hakkında ayrıntılı bilgi ve mahkemeye erişim hakkı bakımından değerlendirilmesine ilişkin olarak bkz. Milano, s. 189 vd.

³³⁸ Anayasa Mahkemesi’nin 2012/791 sayılı Özkan Şen Başvurusu ile ilgili verdiği 07.11.2013 kararı, prgf. 58. Anayasa Mahkemesi E. 2014/112 K. 2014/203 sayılı 25.12.2014 tarihli kararından (RG. 21.05.2015- S. 29362): “Anayasa’nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkıdır. Mahkemeye erişim hakkı, hukuki bir uyumsuzluğun bu konuda karar verme yetkisine sahip bir mahkeme önüne götürülmesi ve verilen kararın uygulanması hakkını da kapsar. Anayasa’nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da, Anayasa’nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması mümkün olabilir. Dava açma hakkının kapsamına ve kullanım koşullarına ilişkin bir kısım düzenlemelerin hak arama özgürlüğünün doğasından kaynaklanan sınırları ortaya koyan ve hakkın norm alanını belirleyen kurallar olduğu açıktır. Ancak, bu sınırlamalar Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz.”

çizgi vardır; mahkemeye erişim hakkı “somut” bir hak olduğu için, soyut kanuni düzenleme temelinde değil, kişilerin bu hakkı etkili olarak kullanabilmelerine ilişkin somut (*in concreto*) bir inceleme yapılması gerekmektedir. Doktrinde de, “mahkemeye erişim hakkının niteliği gereği devletlerce yer ve zamana göre değişen gereksinimlere uygun olarak düzenlenebileceği”, bu hakka bazı sınırlamalar getirilebileceği, taraf devletlerin bu konuda bir takdir hakkı bulunduğu fakat hakkın özünün zedelenmemesi gerektiği vurgulanmaktadır.³³⁹ Bu çerçevede, mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlamaların hakkın özüne etkisi konusunda fiili duruma bakmak gerektiğinin de altı çizilmelidir. Mahkemeye başvuru hakkına getirilebilecek sınırlamalar, AİHS m. 6’da düzenlenen güvencelere aykırı olmamalıdır.

AİHM, mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasında uyulması gereken kriterleri ilk olarak *Ashingdane - Birleşik Krallık* kararında³⁴⁰ ortaya koymuştur. Mahkemeye erişim hakkına getirilebilecek sınırlamalara ilişkin olarak taraf devletlere tanınan takdir yetkisi, yine AİHM tarafından denetlenmektedir. Bu anlamda;

*kanunla düzenlenmiş olan,

*adaletin yararına ve meşru bir amaca hizmet eden,

*demokratik bir toplumda “gerekli” olan (kısıtlamanın toplumun zorunlu ihtiyaçlarına dayanması),

*ulaşılacak istenen amaç ile kullanılan araç (mahkemeye erişimi kısıtlayan hukuki düzenleme) arasında makul bir ölçülülük ilişkisi bulunan (kısıtlamanın meşru amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, sınırlamanın meşru amaca ulaşabilmek açısından gerekli olması ve sınırlamanın meşru amaç ile orantılı olması),

*son olarak da, mahkemeye erişim hakkının özünü zedelemeyen kısıtlamalar öngörülebilir.³⁴¹ Genel olarak, adaletin doğru / düzgün yönetimi, adalet

³³⁹ **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s. 332. Yazarlar, bu konuda AİHS ve AİHM içtihadının da devletlere bir takdir hakkı verdiğini, fakat devletlerce kabul edilen mahkemeye erişim hakkını kısıtlayıcı kuralların AİHS ile bağdaşıp bağdaşmadığının AİHM tarafından her zaman incelendiğini belirtmektedirler. Ayrıca bkz. **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 278; **Çakın**, s. 61-62; **Çelik**, s.50; **Ü.Kılınc**, s. 129; **Kaşıkkara**, s. 122; **Favreau**, s. 11; **Renucci**, s. 132; **Mock**, s. 392; **Lambert**, s. 62; **Gilliaux**, s. 27-28 ve s. 283-284; **Soyer/De Salvia**, s. 259; **Milano**, s. 215; Frédéric Sudre, **La jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l’homme**, **Droit des immunités et exigences du procès équitable, sous la direction de Isabelle Pingel**, Editions Pedone 2004, s. 23; Ersin Erdoğan, **Medeni Usûl Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması**, Yetkin Yayınları Ankara 2016, s. 146-147.

³⁴⁰ AİHM *Ashingdane – Birleşik Krallık* kararı (Karar Tarihi: 28.05.1985; Başvuru No: 8225/78).

³⁴¹ Ayrıca bkz. AİHM *Fayed – Birleşik Krallık* kararı, prgf. 69-83 (Karar Tarihi:21.09.1994; Başvuru No: 17101/90); AİHM *Truhli – Hırvatistan* kararı, prgf. 25 (Karar Tarihi: 12.12.2001; Başvuru No: 45424/99); AİHM *Luordo – İtalya* kararı, prgf. 85 (Karar Tarihi: 17.07.2003 / Başvuru No:32190/96); AİHM *Levages Prestations Services – Fransa* kararı, prgf. 40 (Karar Tarihi: 23.10.1996 / Başvuru No:

mekanizmasının işlevini yerine getirmesine engel olacak derecede, aşırı yüklenmesinin önüne geçilmesi, devletlerarası ilişkiler, mahkemeye erişim hakkının kısıtlanmasında “meşru amaç” olarak kabul edilmektedir.³⁴² Bununla birlikte, AİHM’nin “meşruiyet” konusundaki takdir hakkını bir hayli geniş tuttuğu ve bu durumun mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılması konusundaki incelemelerin “hayal kırıklığına uğratici” sonuçlara yol açtığı ifade edilmekte, dolayısıyla etkin bir inceleme yapılamadığı eleştirisinde bulunmaktadır.³⁴³

Mahkemeye erişim hakkının kısıtlanması ile ilgili olarak, özellikle uygulamada ön plana çıkan bazı noktalara ve AİHM içtihadına değinmek konunun açıklığa kavuşturulması açısından önem arz etmektedir. Mahkemeye erişim hakkı, doğrudan veya dolaylı olarak sınırlandırılmaktadır. Bu sınırlamaların temel dayanağı “meşru amaç” kriteridir. Ancak, amacın meşruluğu tek başına yeterli değildir. AİHM’nin, mahkemeye erişimin sınırlandırılması bakımından, dava konusunun önemine, başvurucunun özelliklerine ve başvurulmak istenen yargılama organının derecesine - yargılama konusunda yetkili tek bir merciin bulunduğu durumlarda AİHM daha katı bir denetim yapmaktadır- göre inceleme yaptığı ifade edilmektedir.³⁴⁴

Doğrudan kısıtlamalara örnek olarak, küçüklere, akıl hastalarına, hükümlülere, müflislere yönelik kabul edilen sınırlamalar gösterilmekte ve bu sınırlamaların meşru amaca hizmet ettiği belirtilmektedir.³⁴⁵ Diğer taraftan, kişiler dava haklarının ellerinden alınarak, başka bir kişi ya da kurum tarafından dava açılabileceğini öngören (örneğin kişiye değil, sadece bir meslek kuruluşuna dava açma hakkı tanıyan veya devletleştirilen bir şirket için bir şirket temsilcisi atanarak şirket

21920/93 **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s. 333; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 278-279; **İnceoğlu**, s. 118; **Çakın**, s. 62; **Turan**, s. 138; **Çalışkan**, s. 189-202; Sargın, *Cautio Judicatum Solvi*, s. 400-401; **Rozakis**, s. 99; **Mock**, s. 392; **Lambert**, s. 63; **Gilliaux**, s. 23-24; **Soyer/De Salvia**, s. 259. Ayrıntılı incelemeler için ayrıca bkz. **Milano**, s. 214 vd.

Mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasında, “kanunilik”, “meşruiyet” ve “gereklilik” kriterlerinin ayrıntılı incelemesi için bkz. **Marchadier**, s. 130 vd.

³⁴² **Kiestra**, s. 99. Ayrıca bkz. **Marchadier**, s. 138-141.

³⁴³ **Marchadier**, s. 144.

³⁴⁴ **Gilliaux**, s. 284-286.

³⁴⁵ **İnceoğlu**, s. 120-121; **Cebre**, s. 382; **Çelik**, s. 51; **Çayan**, s. 54; **Rozakis**, s. 100. Bkz. yukarıda AİHM *Golder – Birleşik Krallık* kararı, prgf. 39; AİHM *Stubbings ve Diğerleri – Birleşik Krallık* kararı, prgf. 51-52 (Karar Tarihi: 22.10.1996; Başvuru No: 22083/93; 22095/93); AİHM *Tolstoy Miloslavsky – Birleşik Krallık* kararı, prgf. 62-67 (Karar Tarihi: 13.07.1995; Başvuru No: 18139/91) ; AİHM *TP. ve KM. – Birleşik Krallık* kararı, prgf. 98 (Karar Tarihi: 10.05.2001; Başvuru No: 28945/95).

Usûl hukukumuz uyarınca, tüzel kişiliği bulunmayan adi şirket, iflas masası, miras şirketi, kat mülkiyeti birliği gibi toplulukların taraf ehliyetinin olmaması da bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bkz. **Aktepe Artık**, s. 134. Söz konusu toplulukların taraf ehliyetlerine ilişkin ayrıntılı incelemeler çalışmamızın kapsamını aşmaktadır. Bununla birlikte, özellikle iflas masasının durumu milletlerarası yetki ve tanıma/ tenfize ilişkin hükümler açısından ayrı bir yere sahiptir. Bu nedenle çalışmamızın ikinci bölümünde bu konuda bazı açıklamalara yer vereceğimizi belirtmek isteriz.

ortaklarının dava açma haklarını ortadan kaldıran) düzenlemeler, AİHM tarafından mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak nitelendirilmiştir.³⁴⁶ Dava açma hakkının bütün olarak tanınmaması ise tartışmasız şekilde mahkemeye erişim hakkının ihlalidir.³⁴⁷ Zira, bu noktada, kullanılan aracın orantılılığından bahsedilemeyeceği gibi, hakkın özüne de zarar veren bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Aynı şekilde, dava açma hakkının kişinin istemediği bir şeyi yapması şartına bağlı olarak tanınması da mahkemeye erişim hakkının ihlali sonucunu doğurur.³⁴⁸

Mahkemeye erişim hakkı açısından “hukuki yarar” kavramının ne şekilde yorumlandığı büyük önem taşımaktadır. Zira “hukuki yarar” kavramının yanlış yorumlanarak mahkemeye erişime izin verilmemesi AİHS m. 6/f. 1’i açıkça ihlal eder. AİHM, iç hukukta yer alan kanun hükümlerinin, “kişilerin hukuki yarar eksikliği nedeniyle mahkemeye erişim haklarını kısıtlayacak şekilde uygulanması” halinde m. 6/f. 1’in ihlal edildiğine hükmetmektedir.³⁴⁹

Medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda ispat faaliyeti ve ispat araçları ile ispat hukukuna ilişkin hükümler genel olarak devletlerin takdir yetkisi içinde değerlendirilmektedir. Taraf devletlerin medeni yargılama hukuklarında düzenlenen ve usul ekonomisi, teksif ilkesi gibi medeni yargılama hukukunun temel ilkelerine dayanan, aynı zamanda AİHS m. 6 ile güvence altına alınan temel ilkeleri ihlal etmeyen ispat kurallarının, mahkemeye erişimin sınırlandırılması sonucunu doğurabileceği kabul edilmektedir.³⁵⁰ Zira, adil yargılanma hakkının özüne zarar vermeyen bu tür kurallar, yargılamanın düzgün bir şekilde yürütülebilmesi bakımından meşru amaca yöneliktir. Örneğin, iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı öngörülmesi veya bazı vakıaların sadece bazı delillerle ispatına izin verilmesi bu kapsamda değerlendirilebilir.

Mahkemeye erişim bakımından taraf ve dava ehliyetine ilişkin sınırlamalar dışında, özellikle kamu düzeni, hukuk güvenliği ve belirlilik ilkesi ile usul hukukunun temel ilkelerinden teksif ilkesi gereği mahkemeye (veya kanun yoluna)

³⁴⁶ AİHM *Philis – Yunanistan* kararı, prgf. 58-65 (Karar Tarihi: 27.08.1991; Başvuru No: 12750/87; 13780/88; 14003/88). Aksi yönde bkz. AİHM *Lithgow ve Diğerleri – Birleşik Krallık* kararı, prgf. 197 (Karar Tarihi: 08.07.1986 / Başvuru No: 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81 9405/81). Ayrıca bkz. **Gilliaux**, s. 316-317.

³⁴⁷ AİHM *Canea Katolik Kilisesi - Yunanistan* kararı, prgf. 38-42 (Karar Tarihi: 16.12.1997/ Başvuru No: 143/1996/762/963). Ayrıca bkz. **Kiestra**, s. 100.

³⁴⁸ Örneğin başvurunun polise teslim olmadığı sürece temyiz başvurusu hakkını kazanamayacağına ilişkin olarak bkz. AİHM *Papon – Fransa* kararı, prgf. 94-100 (Karar Tarihi: 25.07.2002 / Başvuru No: 54210/00).

³⁴⁹ AİHM *Selin Aslı Öztürk – Türkiye* kararı, prgf. 38-44 (Karar Tarihi: 13.10.2009 / Başvuru No: 39523/03). Ayrıntılı incelemeler için bkz. “Tanıma / Tenfizde Hukuki Yarar” başlıklı bölüm.

³⁵⁰ **Rozakis**, s. 102.

başvuru için bazı süreler veya şekil şartları öngörülebileceği kabul edilmektedir.³⁵¹

Bu çerçevede, AİHM'ye başvurabilmek bakımından dahi, iç hukuk kararının

³⁵¹ Anayasa Mahkemesi'nin bu konuya ilişkin birçok kararı bulunmaktadır. Örneğin Anayasa Mahkemesi, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un bazı hükümlerinin iptali istemi ile açılan davada, m. 6/f. 9/birinci cümle ile ilgili kararında şöyle demektedir: “Dava açma sürelerine ilişkin kurallar, mahkemeye erişim hakkını sınırlandıran kurallardır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin önceki kimi kararlarında da belirtildiği üzere, kanun koyucu, dava açma süresine ilişkin düzenleme yaparken Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır.

Dava konusu kuralın birinci cümlesinde, otuz güne düşürülen dava açma süresinin “tebliğ tarihinden itibaren” işlemeye başlayacağı belirtilmiştir. 2577 sayılı Kanun'un 3. maddesi uyarınca Danıştay ve idare mahkemelerine dava açılabilmesi için; dava dilekçesinin verilmesi, dava konusu kararın ve belgelerin asılları veya örneklerinin dava dilekçesine eklenmesi gerekir. Kanun uyarınca tesis edilen idari işlemlere karşı açılacak davalarda, tebliğden itibaren başlayacak otuz günlük süre, Kanun kapsamında yapılacak uygulamaların hızlı bir süreç içinde gerçekleştirilmesi amacı da dikkate alındığında, dava dilekçesinin hazırlanması ve eklerinin temin edilmesini imkânsız kılacak veya büyük ölçüde güçleştirecek kadar kısa olmayıp mahkemeye erişim hakkına ölçüsüz bir sınırlama getirmemektedir.” (Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin E. 2012/87 K. 2014/41 sayılı ve 27.02.2014 tarihli kararı (RG. 26.07.2014-S. 29072); Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi'nin E. 1993/21 K. 1993/30 sayılı kararı (RG. 16.08.1995-S.22376)).

Anayasa Mahkemesi, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun yabancıların sınırdışı edilmelerine ilişkin kararlar hakkındaki m. 53/f. 3'ün birinci ve üçüncü cümlelerinde yer alan “...on beş gün...” ibarelerinin, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 142. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi talebi ile açılan davada, şu şekilde bir sonuca varmıştır: “Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkıdır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesi ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesi ve zararını giderebilmesinin en etkili yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Mahkemeye erişim hakkı, bireylerin iddia ve savunmalarını bir yargı mercii önünde ileri sürebilmelerine imkân sağlayan ve adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul edilen bir haktır. İtiraz konusu kural ile idarenin vermiş olduğu sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde idare mahkemesine başvurulabileceği öngörülmektedir.

Dava açma sürelerine ilişkin kurallar, mahkemeye erişim hakkını sınırlandıran kurallardır. İtiraz konusu ibareyle getirilen düzenlemenin “mahkemeye erişim hakkı”na ve dolayısıyla da adil yargılanma hakkına yönelik bir müdahale olduğu açıktır. Doktrinde ve yargı kararlarında, idari işlemlerin belirli bir süre sınırlaması olmaksızın, süreklilik arz edecek şekilde veya makul olmayacak ölçüde uzun bir süre dava konusu edilebilme olasılığının bulunmasının, kamu hizmetlerinin işleyişini aksatacağı ve idarede bulunması gereken istikrarı bozacağı ifade edilerek, idari dava açma sürelerinin sınırlanabileceği kabul edilmektedir. İtiraz konusu kuralla, idarenin vermiş olduğu sınır dışı etme kararına karşı idare mahkemelerine dava açma süresinin, 2577 sayılı İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nda öngörülen altmış günlük genel dava açma süresine oranla daha kısa (on beş gün) olarak belirlenmesinin; yabancı konumunda Türkiye'ye giriş yapan ve haklarında sınır dışı etme kararı verilenlerin durumlarının bir an önce açıklığa kavuşturulması ve böylece bu konuda gerek yabancı yönünden gerekse idari makamlar yönünden var olan belirsizliklerin Anayasa'nın 141. maddesinde öngörülen davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını amacıyla yapıldığı ve dolayısıyla düzenlemenin demokratik bir toplum düzeninin gerekleriyle uyumlu meşru bir amaca dayandığı görülmektedir. Bu durumda, getirilen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin bulunup bulunmadığına bakılmalıdır.

Sınır dışı etme kararına ilişkin yasal mevzuat karmaşık bir nitelikte bulunmadığından, hakkında sınır dışı etme kararı verilen kişi, itiraz konusu kuralla öngörülen on beş günlük dava açma süresi içinde kendisi veya tutacağı bir vekili aracılığıyla dava açma işlemlerini rahatlıkla tamamlama imkânına sahiptir. Kuralda öngörülen dava açma süresi, dava dilekçesinin hazırlanmasını imkânsız kılacak veya büyük ölçüde güçleştirecek kadar kısa değildir. Dolayısıyla da hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından olan mahkemeye erişim hakkının kullanılmasını önemli ölçüde güçleştiren ya da hakkı kullanılamaz hale getiren bir sınırlamadan söz edilemez. Ayrıca, Kanun'un 53. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca, kararın gerekçeleriyle birlikte hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıya veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edileceği, hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıların bir avukat tarafından temsil edilmeyorsa kendisi veya yasal temsilcisinin kararın sonucunu, itiraz usûlleri ve süreleri hakkında bilgilendirilmesi de söz konusudur. Tüm bu hususlar

kesinleşmesinden itibaren altı aylık bir süre öngörüldüğünü ifade etmek gerekir (AİHS m. 35/f. 1). Ancak, mahkemeye erişim hakkına ilişkin sürelerin “makul” olmayacak derecede uzun veya kısa olması halinde hakkın ihlali sonucu ile karşılaşılacaktır.

AİHM, davanın açılması için öngörülen sürelerin veya şekil şartlarının uygulamada dava açmayı imkânsız hale getirip getirmediğini değerlendirmekte, öngörülen sürelerin veya şartların katı (aşırı şekilci) bir biçimde uygulanıp uygulanmadığına bakmaktadır.³⁵² AİHM, dava açılmasına ilişkin sürelerin hukuki

birlikte değerlendirildiğinde, yabancının hukuksal durumunun bir an önce netleştirilmesi amacıyla getirilen on beş günlük dava açma süresinin hakkın özüne dokunmadığı gibi ölçülülük ilkesine de aykırı olmadığı açıktır.” (Anayasa Mahkemesi E. 2016/37 K. 2016/135 sayılı ve 14.07.2016 tarihli kararı (RG. 23.09.2016 – S. 29836). Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi, yabancılara kendileri hakkında verilmiş sınır dışı etme kararlarına karşı 2577 sayılı İdari Yargılama Usûlü Kanunu (RG. 20.01.1982 – S. 17580) m. 7/f. 1’de öngörülen altmış günlük genel dava açma süresinde değil, on beş günlük sürede idari dava açmalarını öngören düzenlemeyi hak arama özgürlüğü bakımından ölçülü ve hakkın özüne dokunmayan bir hüküm olarak kabul etmiş ve Anayasa’nın “kanun önünde eşitliği” güvence altına alan 10. Maddesine aykırı bulmamıştır. Kanımızca, Anayasa Mahkemesi’nin bu kararı tartışmaya açıktır. Her ne kadar sınır dışı işlemlerinin mümkün olduğu kadar çabuk bir şekilde sonuçlandırılması gerekmekte ise de, yabancının on beş gün gibi kısa bir sürede mahkemeye erişim hakkını etkili bir şekilde kullanmasının epey zor olduğunu düşünüyoruz. Zira, yabancı kişi sınır dışı etme kararına karşı açacağı idari davada kendi kendini temsil edecek ise, dilini bilmediği bir ülkenin yabancılara ve idari yargılama hukukuna ilişkin mevzuatı öğrenmesi gerekecektir. Yabancı kişinin kendini temsil etmek üzere bir vekil tayin edeceği durumlarda ise, vekilin bulunması da belirli bir zaman alabilir. 15 gün gibi bir sürenin yeterli olup olmayacağı tartışmaya değerdir. Diğer taraftan adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkının kısıtlanıp kısıtlanmadığı konusunda dikkat edilmesi gereken tek nokta, kısıtlamanın meşru bir amaca dayanması, ölçülü ve hakkın özünü zedelemeyecek nitelikte olması değildir. Eşitlik ilkesi de mahkemeye erişim hakkının kısıtlanmasında dikkat edilmesi gereken önemli bir kıstastır. Yabancılar açısından bu derecede önem arz eden bir karara karşı itiraz yolunu düzenleyen bu düzenlemede, 15 günlük bir süre öngörülmüş olmasının hakkın özünü zedeleyecek nitelikte olup olmadığı tartışmalı iken, anılan düzenlemenin Anayasa’nın 10. maddesine aykırılığının tartışmasız olduğu kanaatindeyiz.

³⁵² **İnceoğlu**, s. 132; **Çayan**, s. 57; **Turan**, s. 143; **Aktepe Artık**, s. 140; **Sudre**, *La jurisprudence de la CEDH*, s. 24; **Gilliaux**, s. 362; **Grisel**, s. 83. Yazar, Federal Mahkeme’nin şu görüşüne yer vermektedir: Usûl hukuku kurallarının çok katı bir biçimde uygulanması, şayet hukukun koruduğu bir hakka ulaşmayı karmaşık bir hale getiriyorsa veya mahkemeye erişim hakkının özüne zarar veriyorsa, bu uygulamaya değer bir menfaatin varlığından söz edilemez (bkz. s. 84).

Dava dilekçesinde yer alması gereken bilgilere ilişkin şekil şartlarının katı bir biçimde uygulanmaması gerektiğine ilişkin olarak bkz. **Çayan** s. 58. Ayrıca bkz. AİHM *Reisner – Türkiye* kararı, prgf. 58-59 (Karar Tarihi: 21.07.2015 / Başvuru No: 46815/09); AİHM *Pérez de Rada Cavanilles – İspanya* kararı, prgf. 48-49 (Karar Tarihi: 28.10.1998 / Başvuru No: 28090/95); AİHM *Miragall Escolano – İspanya* kararı, prgf. 38 (Karar Tarihi: 25.01.2000/ Başvuru No: 38366/97) .

Anayasa Mahkemesi AİHM ile aynı duruşu sergilemektedir: “*Usûl kurallarının, hukuki güvenliğin sağlanması ve yargılamanın düzgün bir şekilde yürütülmesi sonucu adaletin tecelli etmesine hizmet etmek yerine kişilerin davalarının yetkili bir mahkeme tarafından görülmesi bakımından bir çeşit engel haline gelmeleri durumunda, mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiş olacaktır (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Efsthathiou ve Others/Yunanistan, B. No: 36998/02, § 24).*” (Anayasa Mahkemesi’nin 2012/1223 sayılı Neriman Polat Başvurusu ile ilgili verdiği 05.11.2014 tarihli kararı (RG. 30.01.2015 – S. 29252), prgf. 37). Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi 2013/5516 sayılı Şener Berçin Başvurusu ile ilgili verdiği 22.01.2015 tarihli kararı (RG. 10.06.2015 – S. 29382), prgf. 56-57: “*Belli bir hakkın mahkemede ileri sürülebilmesi ya da hak arama hürriyeti kapsamında bir davanın açılabilmesi için öngörülecek süreler hukuk güvenliği ilkesi gereği olup, adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirilemez. Anılan süreler, mahkemelerin zamanın geçmesi nedeniyle güvenilirliği kalmayan, eksik ya da ulaşılmaması zor kanıtlara dayanarak uzak geçmişte meydana gelmiş olaylar hakkında karar vermelerini istemekle oluşabilecek adaletsizliklerin önüne geçmek ve hukuk*

kesinlik ilkesine aykırı bir şekilde, usul kurallarının karmaşıklığı veya açık olmaması nedeniyle tam olarak anlaşılamıyor olmasına dayalı olarak sürenin aşılması halinde, mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.³⁵³ Bu nedenle, mahkemeye erişim konusundaki kuralların, bireylerin anlayabileceği şekilde açık ve kesin olması gerekmektedir.³⁵⁴

AİHM, dava açma veya itiraz sürelerinin iç hukukta yer alan kurallara aykırı biçimde hesaplanması halinde de aynı yönde karar vermiştir.³⁵⁵ Dava açma veya kanun yoluna başvurmayla ilişkin sürelerin usulüne uygun şekilde tebliğ edilmemesi

güvenliğini sağlamak gibi önemli ve meşru amaçlara hizmet ederler. Süre sınırlaması getiren bu müdahaleler, devletin yetkisi içinde olup, ulaşılmak istenen meşru amaçla orantılı oldukça ve hakkın özünü zedeledikçe Anayasa'da yer alan hak arama hürriyetini engellemiş sayılmazlar (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Stubbings ve Diğerleri/Birleşik Krallık, B. No: 22083/93, 22095/93; 22/10/1996, § 51).

Bunun yanında bir mahkemeye başvuru hakkının yasal birtakım şartlara tabi tutulması kabul edilebilir olsa da, mahkemeler usul kurallarını uygularken bir yandan âdil yargılanma hakkını ihlâl edebilecek aşırı şekilcilikten, diğer yandan da yasalar tarafından düzenlenen usul kurallarının ortadan kaldırılması sonucunu doğurabilecek aşırı gevşeklikten kaçınmalıdırlar (Walchli/Fransa, B. No: 35787/03, 26/7/2007, § 29)."

³⁵³ **Flecheux**, s. 179; **Lambert**, s. 64; Cohen-Jonathan, **Droit au juge**, s. 484 . Hukuk kurallarının veya mahkeme kararlarının (içtihadın) öngörülemezliği, muğlaklığı ve karmaşıklığının mahkemeye erişim hakkı üzerindeki etkileri hakkında ayrıntılı incelemeler için bkz. **Milano**, s. 282-292. Ayrıca bkz. AİHM *De Geouffre de la Pradelle – Fransa* kararı, prgf. 34 (Karar Tarihi: 16.12.1992; Başvuru No: 12964/87). Ayrıca bkz. AİHM *Brumamescu – Romanya* kararı, prgf. 61 (Karar Tarihi: 28.10.1999; Başvuru No: 28342/95); Anayasa Mahkemesi, 2013/3954 sayılı Bubo Çelik Başvurusu ile ilgili verdiği 26.02.2015 tarihli kararı (RG. 16.04.2015 – S. 29328), prgf. 60-62: "Sonuç itibarıyla, temyiz başvurusuna ilişkin mevzuattaki eksik ve kendi içinde uyumsuzluk arz eden düzenlemelerin neden olduğu belirsizlik somut uygulamaya da yansımış olup, bu çerçevede, başvurunun temyiz talebinin reddedilmesinin, mahkemeye erişim hakkı bakımından öngörülebilir ve dolayısıyla kanuni bir müdahale olduğunun kabulü mümkün değildir.

Kaldı ki başvuru, kanuni süresi içerisinde İlk Derece Mahkemesinin kararına karşı temyiz yoluna başvurma yönündeki istek ve iradesini ortaya koymuş olup, gerekçeli kararın kendisine tebliğinden altı gün sonra da temyiz gerekçelerini içeren dilekçesini sunmuş ve temyiz harcını ödemiştir. Buna göre, başvurunun temyiz kanun yoluna başvurma konusunda özensiz bir tutum sergilediği söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, öngörülebilir ve dolayısıyla kanuni olmayan müdahale sonucunda, İlk Derece Mahkemesinin nihai kararının hukukiliğini denetleme imkânından mahrum kalan başvurunun, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir."

³⁵⁴ **Gilliaux**, s. 361; **Cohen-Jonathan**, s. 171-172. Ayrıca bkz. AİHM *Bellet – Fransa* kararı, prgf. 18-23 (Karar Tarihi: 04.12.1995; Başvuru No: 23805794).

³⁵⁵ AİHM *Osu – İtalya* kararı, prgf. 36-40 (Karar Tarihi: 11.07.2002; Başvuru No: 36534/97). Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi, 2013/5516 sayılı Şener Berçin Başvurusu ile ilgili verdiği 22.01.2015 tarihli kararı (RG. 10.06.2015 – S. 29382), prgf. 65-66 : "Anayasa Mahkemesi bir temyiz incelemesi yapmamakla birlikte, adil yargılanma hakkı çerçevesinde mahkemeye erişim hakkına yönelik sınırlamaların veya mevzuat yorumlamalarının dava açmak isteyen bir kişinin mahkemeye erişim hakkının özüne zarar verecek seviyeye ulaşmaması gerektiği açıktır. Bu yönden başvuru konusu olaya bakıldığında; başvurunun aracının müsadere edilmesiyle ortaya çıkan zararın tazmini istemiyle açılan dava hakkında, dava açma süresinin el koyma işlemi ile başlayacağına dair ilk derece mahkemesinin kararı 2577 sayılı Kanun'un 12. maddesinin oldukça katı bir şekilde yorumlanması neticesinde ortaya çıkmış olup, zararın tam ve kesin olarak oluştuğu tarihten daha önceki bir tarih esas alınarak dava açma süresinin belirlenmesi neticesinde başvurunun mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Belirtilen nedenlerle, başvurunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir."

veya sürelerin hak sahibine tebliğ edilene kadar dolmuş olması da bir başka ihlal sebebidir.³⁵⁶

Aynı şekilde, mahkemelerce verilmiş olan bazı kararların kesin olduğu (kesinlik sınırı), bu kararlara veya mahkemeler dışında başka adli veya idari merciilerce verilmiş kararlara karşı kanun yoluna başvurulamayacağına ilişkin düzenlemelerin kural olarak kabulü de hak arama özgürlüğü ve mahkemeye erişim hakkının kısıtlanabilmesine örnek teşkil etmektedir.³⁵⁷ Ancak bazı adli ve idari mercii kararları da dahil olmak üzere, kanuna uygun olarak, mahkeme kararlarına karşı kanun yolunun kapatılması, böylece hak arama özgürlüğü ve mahkemeye erişim hakkının kısıtlanması Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'nın ilgili maddelerine aykırı bulunmaktadır.³⁵⁸

³⁵⁶ AİHM *Neshev – Bulgaristan* kararı, prgf. 38-41 (Karar Tarihi: 28.10.2004; Başvuru No: 40897/98); AİHM *Tricard – Fransa* kararı, prgf. 31-33 (Karar Tarihi: 10.07. 2001 / Başvuru No: 40472/98).

Örneğin, mahkemelerce verilen ve davacının başka bir mahkemede dava açması için tanınan sürelerin bu kapsamda değerlendirilebilir. Zira, sürelerin usulüne uygun tebligat yapılmadan önce veya tebligat aşamasında sona ermesi halinde davacının mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiş olacaktır.

³⁵⁷ **Akkan**, s. 51. Ayrıca bkz. AİHM *Bayar ve Gürbüz – Türkiye* kararı, prgf. 43-49 (Karar Tarihi: 27.11.2012 / Başvuru No: 37569/06) ve Anayasa Mahkemesi'nin E. 1985/23 K. 1986/2 sayılı ve 20.01.1986 tarihli kararı (RG. 16.04.1986-S.19080).

³⁵⁸ “*Hak arama özgürlüğü bakımından kişilerin idareye karşı sahip oldukları en etkili yargısal koruma mekanizması iptal davasıdır. ...*

Bununla birlikte, Anayasa'nın 125. maddesinin altıncı fıkrasıyla, üstün kamu yararının bulunduğu kimi durumlarda, yürütmenin durdurulmasına karar verilmesine istisna getirilebileceği öngörülmüştür. Buna göre, yürütmenin durdurulması kararı verilmesi olağanüstü hâl, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hâli ile milli güvenlik, kamu düzeni ve genel sağlık nedenlerine bağlı olarak kanunla sınırlanabilir.

Dava konusu kuralın gerekçesinde, Kanun'un temel amacının can ve mal emniyetini temin etmek olduğu, Kanun'un öngördüğü iş ve işlemlerin plânlanan şekilde ve zamanında gerçekleştirilmemesinin bireylerin yaşam hakkının afet riski nedeniyle tehlike altında olması hâlinin devam etmesi anlamına geleceği, bu nedenle Kanun uyarınca tesis edilen idari işlemlere karşı açılan davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyeceğinin hükme bağlandığı belirtilmiştir.

Ancak, Anayasa'nın 125. maddesinin altıncı fıkrasında belirtilen nedenlerden birine dayanılması, kanun koyucuya, yürütmenin durdurulması kararı verilmesine istisna getirme konusunda sınırsız yetki vermez. Zira, Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrası gereğince yürütmenin durdurulması kararı, idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması ve uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda verilebilecektir. Bu nedenle, yürütmenin durdurulması kararı verilmesine istisna getirilebilmesi için açıkça hukuka aykırı olan bir idari işlemin, idari davanın sonuçlanmasına kadar davanın tarafı olan bireyler üzerinde doğuracağı telafisi güç veya imkânsız zararın göz ardı edilmesini meşru kılacak üstün bir kamu yararının bulunması gerekir.

Kanun'un 1. maddesi ve genel gerekçesi dikkate alındığında, Kanunla, genel sağlığa zarar veren gerçekleşmiş olayların sonuçlarının derhal giderilmesinin ya da can ve mal güvenliğine yönelik yakın ve kesin tehlikelerin derhal önlenmesinin değil; afet riski altındaki alanların, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun dönüşümü sağlanarak sağlıklı ve dengeli bir çevre hâline getirilmelerinin, böylelikle ileride gerçekleşmesi muhtemel can ve mal kayıplarının önüne geçilmesinin hedeflendiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, Kanun uyarınca yapılacak idari işlemler yönünden yürütmeyi durdurma kararı verilmesine istisna getirilmesinde, açıkça hukuka aykırı olan bir idari işlemin, idari davanın sonuçlanmasına kadar davanın tarafı olan bireyler üzerinde doğuracağı telafisi güç veya imkânsız zararın göz ardı edilmesini meşru kılacak, derhal gerçekleşmesi gereken üstün bir kamu yararı bulunduğu söylenemez.

Belirtilen hususlar dikkate alındığında, dava konusu kuralla, bireylerin, hak arama özgürlüklerini

Mahkemeye erişimin sağlanması açısından gerekli maddi kaynakların karşılanmasında hukuki koruma talep eden bireylerden katkı alınabilir; bu durum başlı başına, mahkemeye erişim hakkının engellenmesi anlamını taşımamaktadır.³⁵⁹ Ancak bireyleri mahkemeye başvurmaktan vazgeçirecek ölçüde yüksek yargılama giderlerinin öngörülmesi ve bu konuda ihtiyacı olan kişilere yardımda bulunulmaması mahkemeye erişim hakkını ihlal eder.³⁶⁰ Her ne kadar, AİHS m. 6 adli yardım hakkını garanti etmese de, taraf devletler, gerek adli yardımda bulunmak, gerekse etkin başvuruyu güvence altına alacak başka çözümler geliştirmek suretiyle, bireylerin mahkemeye erişim konusunda ekonomik engellere takılmalarının önüne geçmek durumundadır.³⁶¹

Anılan ekonomik engellerden biri de, davayı kaybeden tarafın ödemekle yükümlü olduğu avukatlık ücretidir. Anayasa Mahkemesi, davası reddedilen kişilerin ödemekle yükümlü oldukları avukatlık ücretine ilişkin düzenlemeleri (HMK m. 323 ve 326 ile Avukatlık Kanunu m. 169 ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi) mahkemeye erişim hakkı açısından incelemiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "*dava sonucundaki başarıya dayalı olarak taraflara avukatlık ücreti ödeme yükümlülüğü öngörülmesi de bu kapsamda mahkemeye erişim hakkına yönelik bir sınırlama oluşturur. Böyle bir sınırlamanın meşru görülebilmesi için kamu yararı ile birey hakkı arasında makul bir dengenin gözetilmiş olması gerekir.*"³⁶² Diğer taraftan, kişilerin mahkemeye erişim ve dava hakkını kötüye kullanmalarını engellemek amacıyla, HMK. m. 329'da yer aldığı üzere bazı cezai düzenlemelere de yer verilebileceği, ancak bu düzenlemelerin de hakkın özüne zarar vermemesi gerektiği kabul edilmektedir.³⁶³

daha etkili biçimde kullanabilmelerini sağlayan yürütmeyi durdurma kurumundan Anayasa'ya aykırı olarak yoksun bırakıldıkları sonucuna varılması gerekmektedir." (Anayasa Mahkemesi'nin E. 2012/87 K. 2014/41 sayılı ve 27.02.2014 tarihli kararı (RG. 26.07.2014-S. 29072). Ayrıca bkz. AİHM Sommerfeld – Almanya kararı (Karar Tarihi: 11.1.2001; Başvuru No: 31871/96). Ayrıca bkz. **Aktepe Artık**, s. 125-127.

³⁵⁹ Yukarıda AİHM Kreuz - Polonya kararı, prgf. 60; yukarıda AİHM Tolstoy Miloslavsky – Birleşik Krallık kararı, prgf. 61.

³⁶⁰ **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s. 333.; **Aktepe Artık**, s. 83; **Cebre**, s. 382. Yukarıda AİHM Kreuz - Polonya kararı, prgf. 61-67.

³⁶¹ **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s. 333.

³⁶² Anayasa Mahkemesi, 2014/6129 sayılı Nevriye Sağır ve Salim Sağır Başvurusu ile ilgili verdiği 20.05.2015 tarihli kararı (RG. 10.08.2015 – S.29441), prgf. 23. Ayrıca bkz. prgf. 29-30.

³⁶³ Anayasa Mahkemesi 2013/735 sayılı Mustafa Ünlü Başvurusu ile ilgili verdiği 17.09.2014 tarihli kararı, prgf. 49-50: "*Mahkemeye erişim hakkı, kural olarak mutlak bir hak olmayıp, sınırlandırılabilen bir haktır. Bununla birlikte getirilecek sınırlandırmaların, hakkın özünü zedeleyecek şekilde kısıtlamaması, meşru bir amaç izlemesi, açık ve ölçülü olması ve başvuru üzerinde ağır bir yük oluşturmaması gerekir (B. No: 2013/1613, 2/10/2013, § 38).*

AİHM kararlarında da devletlerin başvuru sahiplerinin mahkemelere erişimiyle ilgili yargının idaresini sağlamak ve iş yükünü azaltmak amacıyla getirdikleri, hakkın kötüye kullanılmasını engellemeyi

Mahkemeye erişim hakkına, hakkın özüne dokunmayan sınırlamaların getirilebileceği bir yana, bireylerin mahkemeye erişim hakkından feragat etmelerinin mümkün olup olmadığı ayrı bir konudur. Doktrinde, “ilgiliye mahkemeye başvuru hakkından vazgeçebilme olanağının sağlanmasının”, mahkemeye erişim hakkına getirilebilecek sınırlamalar arasında sayılabileceği, ancak bu olanağın yasal, tartışmaya yer vermeyecek ve “irade dışı” yapıldığı izlenimine yol açmayacak biçimde olması gerektiği ifade edilmektedir.³⁶⁴

Bu noktada, milli ve milletlerarası usul hukukunda geniş bir uygulama alanına sahip olan ve “mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasına” olanak sağlayan tahkim sözleşmesi (ve hatta diğer alternatif uyuşmazlık çözümü yolları) ve yetki sözleşmesi gibi usul hukuku sözleşmeleri üzerinde ayrıca durmak gerektiği düşüncesindeyiz. Belki de en son söylenmesi gereken şeyi başta söyleyecek olursak, ne tahkim ne de yetki sözleşmeleri mahkemeye erişim hakkını gerçek anlamda ortadan kaldırmaktadır; sadece sözleşmeye taraf olanlar açısından hukuki korunma taleplerini önceden belirledikleri bir “yargı organı”na sunmak konusunda yükümlülük doğurmaktadır. Gerçekten de kişiler, tamamen kendi iradelerine dayalı olarak, devlet tarafından teşkilatlandırılmış bir mahkemeye başvurma hakkından veya usul hukuklarında düzenlenen yer itibarıyla yetki kuralları ile yetkilendirilmiş bir mahkemeye başvurmadan vazgeçme imkânına sahiptirler.³⁶⁵ Böylece taraflar, yetki sözleşmesi veya tahkim sözleşmesi yaparak, iradi olarak, usul kuralları ile yetkilendirilen mahkemelere başvurmadan vazgeçmiş olmaktadır.³⁶⁶ Ancak, bu durum, yetki sözleşmeleri açısından, sadece yer itibarıyla yetki kuralları ile yetkilendirilen mahkemeler konusunda geçerlidir. Diğer bir ifadeyle, feragat sadece yetkili mahkemenin münhasır bir yetki sözleşmesi ile taraflarca yetkisizleştirilmiş

hedefleyen ceza niteliğinde düzenlemeler, mahkemeye erişimi engelleyecek kadar yüksek olmadığı ve bariz bir takdir hatası ya da açık keyfilik içermediği sürece mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak değerlendirilmemektedir (Bkz. Maillard/Frasa, B. No: 35009 /02, 6/12/2005, §§ 35-37)”. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi, 2014/6129 sayılı Nevriye Sağır ve Salim Sağır Başvurusu ile ilgili verdiği 20.05.2015 tarihli kararı, prgf. 23.

³⁶⁴ **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s. 333. Aynı yönde bkz. **Besson**, s. 398; **Jacot-Guillarmod**, s. 285; **Lambert, Arbitrage**, s. 16.

³⁶⁵ HMK’nın 17-18. maddesi, tarafların anlaşmaları halinde yer itibarıyla yetki kuralları ile belirlenen bir Türk mahkemesi dışında, başka bir Türk mahkemesini yetkili kılabileceklerini belirlemekte ve yetki sözleşmesine ilişkin şartları düzenlemektedir. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun’un (MÖHUK- RG. 12.12.2007, Sayı: 26728.) 47. maddesi ise, yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmesine ilişkin şartları belirlemektedir. HMK m. 407 vd., 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun (MTK-RG. 05.07.2001, Sayı: 24453) 2. maddesinde düzenlenen yabancılık unsurunu taşımayan uyuşmazlıkların çözümünde tarafların tahkim yoluna başvurma konusunda anlaşmış olmaları halinde, tahkim yargılamasının tabi olacağı esasları belirlemektedir. MTK ise, 2. maddede ifade edildiği şekliyle yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda, tarafların tahkim sözleşmesi yapmış olmaları halinde, milletlerarası tahkime ilişkin esasları düzenlemektedir.

³⁶⁶ AİHM *Deweer - Belçika* kararı prgf. 49 (Karar Tarihi: 27.02.1980 / Başvuru No. 6903/75).

olmasına bağlı olarak ve fakat ancak –çalışmamızın ikinci bölümünde ele alacağımız- bazı şartlar dahilinde, tarafların yetkilendirdikleri mahkemeden başka bir devlet mahkemesine başvurmak hakkından feragat ettikleri kabul edilebilecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıntılı şekilde ele alacağımız üzere, taraflarca ister bir Türk mahkemesinin, ister yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmesi halinde veya tahkim yoluna başvuru konusunda anlaşılmış olması durumunda, genel anlamda adalete erişim konusunda herhangi bir sıkıntı yaşanması halinde, tarafların her zaman başka bir yargı organına başvurmaları mümkündür. O halde, yetki ve tahkim sözleşmelerinin tarafları mahkemeye erişim hakkından yoksun bıraktığı söylenemeyeceği gibi, gerçek anlamda bir sınırlandırmadan da bahsedilemeyecektir.³⁶⁷ Diğer taraftan, gerek hakem kararlarının, gerekse yabancı

³⁶⁷ Bu noktada, AİHM'nin tahkim ile ilgili verdiği kararlara da kısaca değinmek gerektiği düşüncesindeyiz. AİHM, tahkim usûlünün taraflarca kararlaştırılmış olması, uyumsuzluk konusunun kamu yararına ilişkin olmaması ve en önemlisi, tahkim yargılamasına karşı iç hukukta bazı denetim imkânlarının düzenlenmiş olması karşısında, mahkemelerin tahkim sözleşmesine dayanarak yetkisizlik kararı vermesi ve davayı reddetmesi halinde AİHS m.6 f. 1'in ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Bkz. AİHM *Axelsson ve Diğerleri – İsveç* kararı, prgf. (Karar Tarihi: 13.07.1990; Başvuru No: 11960/86); AİHM *Nordström-Janzon ve Nordström-Lehtinen – Hollanda* kararı, prgf. (Karar Tarihi: 27.11.1996; Başvuru No: 28101/95). Bu kararda Komisyon, AİHS m. 6/f. 1'de yer alan tüm şartların tahkim konusunda uygulanmasını zorunlu bulmamıştır. Komisyon, ayrıca, tahkim yargılamasının hakem kararı verildikten sonraki süreçte mahkemelerce denetlenmesi ile ilgili olarak farklı usûllerin benimsenebileceğini belirtmiştir. Tahkimin AİHS'in dışında kaldığı yönünde bkz. **Jarrosso**, s. 576 vd. Yazar, AİHS'in düzenlenmesinde tahkim yargılamalarının tartışılmadığını, AİHS'in lafzının ve amacının tahkimi dışlamaya müsait olduğunu dile getirmektedir.

Tarafların tahkim veya diğer uyumsuzluk çözüm yollarını tercih etmeleri (iradi tahkim) halinde “mahkeme hakkından feragat” etmiş oldukları kabul edilmektedir. Bkz. **Çayan**, s. 61; **Jacot-Guillarmod**, s. 292; **Besson**, s. 400; **Samuel**, s. 417-418; **Gilliaux**, s. 926; Alessandra Cambi Favre-Bulle, “*L'état de la jurisprudence en Suisse*”, *L'arbitrage et la Convention Européenne des droits de l'homme*, **Nemesis Bruylant 2001**, s. 71 . Yazarlar tahkimin AİHS m. 6/f. 1 denetiminden çıkması bakımından başka bir gerekçenin daha ileri sürüldüğünü, ancak bu gerekçenin biraz zayıf olduğunu dile getirmektedir. Buna göre, bazı yazarlar, ancak bir taraf devlete karşı AİHM'ye başvuru yapılabileceğini, tahkim yargılamaları bakımından ise, hakemlerin fiillerinin hangi taraf devlette gerçekleştiğinin belirlenemeyeceği savunulmaktadır. Bkz. **Samuel**, s. 416; **Besson**, s. 401. Bununla birlikte, iki şeyi birbirinden ayırt etmek gereklidir: Bir hakemin fiilinin taraf devletlerden birine atfedilmesi ile, taraf devletlerin, kendi mahkemelerinde tahkime yardım veya denetim dahilinde gerçekleştirilen yargılamalar sırasında AİHS m. 6/f. 1'e uyma yükümlülüğü tamamen birbirinden ayrıdır. Hakemlerin tahkim yargılaması sırasındaki adil yargılanma ihlalleri taraf devletlere atfedilemeyecekse de (bkz. **Jaksic**, s. 159-160), bu ihlâlin taraf devletçe (hakem kararının iptali veya tanıma / tenfizinin reddi kapsamında) denetlenmemesi, taraf devletin sorumluluğunu doğuracaktır. Bu konuda bkz. Lambert, **Arbitrage**, s. 21-22; **Jaksic**, s. 161-164.

Sonuç olarak, tahkim yargılamaları, her ne kadar adil yargılanma güvencelerine bağlı kalarak yürütülmek durumunda ise de, AİHS m. 6/f. 1 çerçevesinde AİHM denetiminden çıkmaktadır. Ancak, bu durum iradi tahkim ile zorunlu tahkim açısından farklılık arz etmektedir. Zorunlu tahkimin söz konusu olması halinde, tahkim kurulunun “kanunla kurulmuş bir yargı yeri” olduğu, mahkeme (*tribunal*) sözcüğü ile “her zaman ülkenin standart adli mekanizmasında yer alan mahkemelerin” kast edilmediği, AİHS m. 6'daki güvenceleri sağlaması koşuluyla, sınırlı sayıdaki özel meseleleri karar bağlamak üzere kurulmuş bir yargı yerinin de “mahkeme” olarak anlaşılması gerektiği kabul edilmiştir.

Adil yargılanma hakkının tüm güvencelerine tabi olması dışında, zorunlu tahkimin kanun ile öngörülmüş olmasının mahkemeye erişim hakkının ihlaline yol açıp açmadığı ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Aslında bu sorun tüm alternatif uyumsuzluk çözüm yolları açısından ön plana çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin 7.6.2012 gün ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında

Arabuluculuk Kanunu'nun m. 1/f. 2 hükmünün Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğüne aykırı olup olmadığına ilişkin E. 2012/94 K. 2013/89 sayılı ve 10.07.2013 tarihli kararında, arabulucuk çözüm yöntemi ile ilgili olarak şu tespitlere yer verilmiştir: “*Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru zorunluluğu, bu yollar sırf kişilerin hak aramalarını imkânsız hâle getirmek amacıyla oluşturulmuş etkisiz ve sonuçsuz yöntemler olmadığı sürece hak arama özgürlüğüne aykırı kabul edilemez.*

...
Alternatif uyuşmazlık çözümü kavramında geçen “alternatif” terimi, mahkemelere alternatif bir yol olarak kullanılamaz. Arabuluculuk, tarafların sorunlarını kendilerinin çözmesini amaçlayan gönüllülük esasına dayanan dostane bir çözüm yolu olup bir yargılama faaliyeti değildir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, uyuşmazlıkların çözümünde yargısal yolların yanında yer alan ve tarafların istemleri hâlinde işlerlik kazanan, esas itibarıyla ilişkilerin koparılmasından sürdürülmesini ve adil bir karardan ziyade, her iki tarafı da tatmin edici bir çözüme ulaşılmasını hedefleyen yöntemler bütünüdür. Bir başka ifadeyle, alternatif uyuşmazlık çözümleri, Devlete ait yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden işlerlik kazanan ve uygulama alanı bulan ek yöntemler bütünü olarak nitelendirilebilir.

...
Esasen, doktrinde de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yargının alternatifi olan ve dolayısıyla yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan veya onunla rekabet içinde bulunan bir süreçler bütünü olmadığı, tam tersine uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen yöntemlere ilave edilmiş tamamlayıcı yöntemler topluluğu olduğu hususunda tam bir mutabakat bulunduğu anlaşılmaktadır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının başarılı olabilmesinin ön koşulu da bu yolların yargı yoluyla yarışmaması ve yargının yerine ikame edilmemeye çalışılmasıdır. Bu yolların asıl hedefi, basit ve kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıkların adli bir soruna dönüşmeden çözümünü sağlamaktır.

...
Bir başka ifadeyle, taraflar arasında arabuluculuk yöntemine başvurulmuş olması, Devletin yargılama yetkisini bertaraf edemez. Arabuluculukta iradilik ilkesi gereğince yargıya ve diğer çözüm yollarına başvuru yolu her zaman açık bulunmaktadır. Dolayısıyla, kuralın, Anayasa'nın 9. ve 36. maddelerine aykırı bir yönü yoktur.”

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi, arabuluculuğun iradi niteliğinin, hak arama özgürlüğüne aykırılığı ortadan kaldırdığına hükmetmiştir. Aksi düşünülecek olursa, arabuluculuğun kanun tarafından zorunlu tutulması halinde, mahkemeye erişim hakkının ihlali sonucu ile karşılaşılabilir. Aynı sonuç zorunlu tahkim için de geçerli olacaktır. Her ne kadar, zorunlu tahkimin bütünüyle adil yargılanma güvencelerine tabi olduğu ve bu nedenle hak arama özgürlüğüne aykırılık oluşmayacağı düşünülebilirse de, tahkime başvurunun zorunlu kılınması, devlet yargısının “ikame edilmesi” sonucunu yaratacağından mahkemeye erişim hakkının ortadan kaldırılması, kanımızca, hak arama özgürlüğünün orantısız ve hakkın özüne dokunacak şekilde ihlaline yol açacaktır.

Zorunlu tahkimin, mahkemeye erişim hakkı ile “uyumlu” olmadığı yönündeki görüşler için ayrıca bkz. **Marchadier**, s. 121, 407 nolu dn.

Yukarıda AİHM *Lithgow ve Diğerleri – Birleşik Krallık* kararı, prgf. 201; **Aktepe Artık**, s. 175. Bu bağlamda, tahkim yolunun kanunlarda öngörülmesi ve uyuşmazlığın zorunlu olarak tahkim yoluna götürülmesi halinde m. 6/f. 1 denetimi tekrar devreye girmektedir. Bu bağlamda, hakem heyetinin AİHS m. 6/f. 1’de yer alan güvencelere uyup uymadığı AİHM tarafından denetlenmektedir. Bkz. **İnceoğlu**, s. 78; **Aktepe Artık**, s. 68-69; **Samuel**, s. 421; **Besson**, s. 398; **Lambert, Arbitrage**, s. 15. Ayrıca bkz. AİHM *Bramelid ve Malmstrom – İsveç* kararı (Karar Tarihi: 12.12.1983; Başvuru No: 8588/79; 8589/79) ile ilgili Komisyon raporu prgf. 31-32. Aksinin kabulü kanaatimizce de mümkün değildir.

Görüldüğü üzere AİHM, mahkemeye başvurma hakkından vazgeçilmesinin m. 6/f. 1 çerçevesinde hüküm ifade edebilmesi için, bir takım güvenceler aramaktadır. Bunların başında, tahkim yargılaması öncesinde ve yargılama esnasında mahkemelerin yardımı ve denetimi gelmektedir. Yine, tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlara karşı başvurulabilecek kanun yollarında mahkemelerin rolü ön plana çıkmaktadır. Zaten, tahkim yolunun tercih edilmesi durumunda, gerek hakem kararlarının iptali, gerekse tahkim kararının yabancı bir ülkede icra edilmek istenmesi halinde başvurulması gereken tanıma ve tenfiz prosedüründe mahkemeler tarafından gerçekleştirilecek olan denetim sayesinde aslında teknik anlamda olsa da, gerçek anlamda mahkemeye başvurma hakkından feragat edildiğinin söylenemeyeceği kanaatindeyiz. Aynı yönde bkz. **Matscher, Arbitrage**, s. 285 vd. Diğer taraftan, gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında, mahkemeye erişim hakkı ile adalet erişim hakkının kavram olarak karıştırılmaktadır. Tahkim sözleşmesi akdeden tarafların “mahkemeye” erişimden feragat etseler bile, adalet erişim haklarından feragat ettikleri düşünülemez. Tahkim

mahkeme kararların denetimine olanak sağlayan iptal davası veya tanıma-tenfiz prosedürü gibi çeşitli denetim mekanizmalarının öngörülmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkı özünde korunmuş olmaktadır.³⁶⁸ Son olarak, tahkimi düzenleyen taraf devlet usul kurallarının AİHS m. 6/f. 1'e uygun olması gerektiği de unutulmamalıdır.³⁶⁹

AİHM, tahkim ve dostane çözüm yollarının³⁷⁰ kararlaştırılması halinde mahkemeye erişim hakkından feragat ile ilgili verdiği kararlarda, iç hukukta konuyu düzenleyen kuralların açık, yanlış anlaşılmalara yer vermeyecek şekilde düzenlenmiş olmasını³⁷¹, davadan feragatin bir baskı ya da zorlama sonucunda kabul edilmiş olmamasını³⁷² aramaktadır. Kanımızca, sadece usul kurallarının açık olması yeterli

yargılamaının adil yargılanma güvencelerine aykırı olması halinde, bu durumdan yakınan tarafın her zaman mahkemeye başvurma hakkı korunmaktadır. Mahkemenin yapacağı denetim ise AİHS m. 6/f. 1'e uygun olmak zorundadır.

³⁶⁸ Aynı yönde bkz. **Guez**, s. 162.

Tahkim yolunun taraflarca seçilmeyip bir kanun hükmünde ile zorunlu hale getirilmesi halinde mahkemeye erişim hakkının kısıtlanmış olup olmadığı ayrı bir konudur. Tahkim ile ilgili adil yargılanma sorunlarının çalışmamız kapsamında bulunmaması nedeniyle konu ile ilgili ayrıntılı değerlendirmelerde bulunmayacağız. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, tahkime başvurma zorunluluğunun, tarafların anlaşmasına ya da bir kanun hükmüne dayalı olması halinde, yukarıda değindiğimiz “doğal hakim” ilkesinin ihlal edildiği ve bireylerin hak arama özgürlüğünün / mahkemeye erişim hakkının ortadan kaldırıldığı yönündeki görüşlere (bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 4857 sayılı İş Kanunu’nun 20. maddesinde yer alan ve “toplu iş sözleşmelerinde hüküm olması halinde, işçinin iş sözleşmesinin feshinin geçersiz olduğuna ilişkin iddiasının özel hakeme götürüleceğini” öngören düzenlemenin iptaline ilişkin E. 2003/66 K. 2005/72 sayılı kararı (RG. 24.11.2007)) katılmak pek de mümkün değildir. Zira, mahkemeye erişim hakkının kanun ile sınırlandırılabilirliğinin kabulü, hakem heyetinin de adil yargılanmaya ilişkin güvenceleri taşıması gereken ve icra edilebilir nitelikte nihai kararlar verebilen bir yargı organı olması ve hakemlerce verilen karara karşı mahkemelerin denetimine başvurulabileceği gerçeği karşısında, mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği söylenemez. Diğer taraftan doğal hakim ilkesi, “mahkemelere ilişkin esasların yargılama öncesinde yürürlükte olan kanunlar çerçevesinde belirlenmesi gerektiği”, bu şekilde görev ve yetki kazanan hakim in ise doğal hakim sıfatını kazanacağı”nı ifade etmektedir. Hakemlerin de kanuni düzenlemelere dayalı olarak yetki kazandıkları göz önünde tutulursa, bu anlamda doğal hakim ilkesi de geçerliliğini korumaktadır. Bu durum, gerek tahkime başvurma zorunluluğunun kanunun bir hükmüne, gerekse tarafların anlaşmasına dayalı olması halinde geçerlidir. Tarafların tahkime gitmek konusundaki anlaşmalarının da usul kanunlarına dayandığını unutmamak gerekir.

³⁶⁹ **Guez**, s. 162; **Besson**, s. 399; **Cambi Favre-Bulle**, s. 71.

³⁷⁰ Doktrinde “alternatif uyuşmazlık çözümlerinde adil yargılanma hakkının uygulama alanı bulamayacağı” dile getirilmekte, örnek olarak da “bir yargılama olmadığı ve işin doğası gereği adil yargılanma hakkının gereklerine ihtiyaç duyulmayacağı” gerekçesiyle arabuluculuk faaliyeti gösterilmektedir. Bkz. **Aktepe Artık**, s. 70. Gerçekten de arabuluculuk bir yargılama faaliyeti değildir. Diğer taraftan, arabuluculuk, bir adalete erişim aracı olarak kabul edildiğine göre, adil yargılanma güvencelerinden hariç tutulması beklenmemelidir. Nitekim, adil yargılanmaya ilişkin güvenceler, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun (RG. 22.06.2012, S. 28331) çeşitli hükümlerinde yer almaktadır (bkz. m. 3 – m. 9 – m. 11).

³⁷¹ Bkz. yukarıda AİHM *Bellet – Fransa* kararı, prgf. 37. Karara konu olayda, AİHM, devlet kurumunca teklif edilen tazminatı kabul eden başvuruçunun, uzlaşma yolunu tercih ederek dava açma hakkından feragat ettiği yönündeki devlet mahkemesi yorumuna karşı çıkmış, mahkemeye erişim hakkını sınırlandıran bu tür düzenlemelerin iç hukukta yeterince açık olmadığı, yanlış anlaşılmaya sebebiyet verdiği gerekçesiyle m. 6/f. 1’in ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

³⁷² Yukarıda AİHM *Deweert – Belçika* kararı prgf. 49. AİHM, bu kararında, işyerinin geçici olarak kapatılmasını önlemek amacıyla ve baskı altında dostane çözüm yolunu seçmek zorunda bırakılan

değildir. Mahkemeye erişim hakkını sınırlandıran özellikle tahkime ilişkin kuralların yargı organları tarafından yeknesak ve istikrarlı bir şekilde yorumlanmasına ihtiyaç vardır.

Ayrıca, bu noktada, doktrinde, yetki sözleşmeleri ile tahkim sözleşmelerinin farklı bir değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğine ilişkin görüşlerin ileri sürüldüğünü belirtmek gerekmektedir. Zira, yetki sözleşmelerinin sadece taraflarına belirli bir mahkemeye başvurmak konusunda yükümlülük yüklediği, mahkeme seçiminin AİHS m. 6/f. 1'deki güvencelerden feragat anlamına gelmediği ifade edilmektedir.³⁷³ Ancak, yetkilendirilen (seçilen) mahkemenin AİHS'e uygun yargılama yapması gerektiği ayrı bir konudur. Seçilen mahkemenin AİHS m. 6/f. 1'deki güvenceleri sağlamayacak olması halinde, yetki sözleşmesinin taraflarının bu sözleşme ile bağlı tutulup tutulamayacağı konusu çalışmamızın ikinci bölümünde ele alınacaktır.³⁷⁴ Bununla birlikte, yetki sözleşmelerinin “mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılması” başlığı altında ele alınmasının sebebinin, taraflara yüklenen “seçilen mahkemeye başvurma” yükümlülüğü olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılması açısından önem arz eden bir diğer konu da, devletlerin egemenliği ve eşitliği ilkesinden kaynaklanan yargı ve / veya icra bağımsızlığıdır. Bir kişi ya da kuruluşa karşı hukuki korunma talep edilmesi halinde, talebin muhatabının yargı bağımsızlığı nedeniyle yargılamaya taraf olamaması veya bir yargılama sonucunda “icra edilebilir” bir hüküm alınmış olmasına rağmen, hükmün muhatabına karşı etki doğurmaması mahkemeye erişim hakkının açıkça sınırlandığı durumlardan biridir. Zira, yargı bağımsızlığı bir devletin yargı yetkisine ilişkindir. Devlet, egemenlik hakkının bir görünümü olarak, yabancılar da dahil olmak üzere, ülkesi üzerinde yaşayan herkes hakkında yargı yetkisine sahiptir. Yargı ve icra bağımsızlığı yargı yetkisinin en önemli istisnalarından birini oluşturmaktadır. Meğer ki, yargı bağımsızlığı olan kişi ya da kurum bu bağımsızlıktan feragat ederek yargılamaya rıza göstermiş olsun.³⁷⁵

başvurucunun mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini belirtmiştir. Ayrıca bkz. **Gilliaux**, s. 927-929.

³⁷³ **Guez**, s. 161-162.

³⁷⁴ Bkz. “Türk Milletlerarası Usûl Hukukunda Düzenlendiği Şekliyle Yargı ve İcra Bağımsızlığının Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi” başlıklı bölüm.

³⁷⁵ Hatice Özdemir Kocasakal, **Devletlerin Yargı ve İcra Muafiyetleri ve Bunların Tahkim Yargılamasındaki Rolü**, MHB Yıl: 22/2002, **Ergin Nomer'e Armağan**, s. 530. Yazar, bu feragatin geçerli olması için, belirli şekil şartlarına uyulmasının veya açık olarak ifade edilmesinin zorunlu olmadığını, bununla beraber, feragat iradesinin kesin bir şekilde ortaya konulması gerektiğini dile getirmektedir. Ayrıca bkz. **Ergin Nomer**, **Devletler Hususi Hukukunda Milletlerarası Yetki Mefhumu**, İHFM, Cilt: 40 Sayı: 1-4 Yıl: 1974, s. 403; **Fusun Arsava**, **Yabancı Mahkeme Kararlarının İcrası ve Devletlerin Yargı Bağımsızlığı**, TAAD Cilt:1 Yıl: 3 Sayı: 8 (2012), s. 7-9;

Bir devlet, yargı yetkisi bulunmaması halinde, bir kişi ya da kurumu yargılayamaz. Bu durum, HMK m. 114’de de açık olarak belirtilmiş, yargı hakkı bir dava şartı olarak düzenlenmiştir. Dava şartı eksikliği, davanın yargılamaya girişilmeden reddedilmesi sonucunu doğuracağı gibi, yargılamanın her aşamasında hakim tarafından re’sen nazara alınabilir veya yargılamanın taraflarınca ileri sürülebilir (HMK m.115). MÖHUK m. 49’da ise, sınırlı yargı bağışıklığı teorisi benimsenmiş, “*yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerinden doğan hukukî uyuşmazlıklarda yargı muafiyeti tanınmayacağı*” belirtilmiştir. Bu çerçevede egemenlik haklarının kullanımından doğan uyuşmazlıklarda ise yabancı devletin yargı bağışıklığı geçerlidir³⁷⁶ MÖHUK’un anılan hükmü de HMK m. 114 anlamında bir dava şartıdır. Bu nedenle yargı veya icra bağışıklığından yararlanmaya ilişkin şartların çok net bir biçimde ortaya konulmuş olması gerekmektedir.³⁷⁷ Türk milletlerarası usul hukukunda mahkemeye erişim engelleri arasında sayılan yargı ve icra bağışıklığına ilişkin ayrıntılı açıklamalar, çalışmamızın ikinci bölümünün konuları arasında yer almaktadır. Bu nedenle, bu noktada AİHM’nin bu konuda kabul ettiği temel ilkelere değinmekle yetineceğiz.

AİHM’ye göre, bir devletin hiçbir kısıtlamaya tabi olmaksızın, geniş gruplara veya kişi kategorilerine, medeni konularda bağışıklık tanınması suretiyle, bu kişilere karşı ileri sürülecek davaların mahkemelerin görev alanından çıkarılması AİHS m. 6/ f. 1’e aykırıdır.³⁷⁸ Ayrıca, bağışıklık kişi veya kuruluşların işlevleri ile ilgili olarak tanınmış olmalıdır. Diğer taraftan, somut uyuşmazlık konusu işlem veya eylemin de yargı bağışıklığının kapsamında değerlendirilmesi gerektiği konusunda şüphe bulunmamalıdır. Diğer bir ifade ile, bağışıklık kapsamına girdiği iddia edilen dava konusu işlem ya da eylemin bağışıklığın tanındığı işlev ile doğrudan ilgili olması aranmaktadır.³⁷⁹ Son olarak, belirli kişi ya da kuruluşlara tanınan yargı bağışıklığının

Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 337; **Corbion**, s. 118. Yazar, bu iradenin yargı bağışıklığı bulunan devletin davacı olduğu durumlarda açıkça ortaya konduğunu ifade etmektedir. Bununla birlikte, yargı bağışıklığından feragat eden devletin davacı veya davalı olmasının, başvuru mahkemenin yargı yetkisi kazanması bakımından herhangi bir fark yaratmadığını da dile getirmektedir.

³⁷⁶ **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 340-341; **Çelikel/Erdem**, s. 632; **Özdemir Kocasakal**, s. 527.

³⁷⁷ Yargı bağışıklığının, AİHS m. 6 çerçevesinde adil yargılanma hakkı ile bağdaşmaması nedeniyle, gerek doktrinde, gerekse yargı kararlarında daha esnek bir biçimde ele alınması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 337.

³⁷⁸ AİHM *McElhinney – İrlanda* kararı, prgf. 23-26 (Karar Tarihi: 21.11.2001; Başvuru No: 31253/96); AİHM *Sabeh El Leil – Fransa* kararı, prgf. 50 (Karar Tarihi: 29.06.2011 / Başvuru No: 34869/05); AİHM *Jones ve Diğerleri – Birleşik Krallık* kararı, prgf. 187 (Karar Tarihi: 14.01.2014 / Başvuru No: 34356/06; 40528/06); AİHM *Markovic ve Diğerleri – İtalya* kararı, prgf. 97 (Karar Tarihi: 14.12.2006 / Başvuru No: 1398/03).

³⁷⁹ **Çakın**, s. 62.

hizmet ettiği kamu yararı ile mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılması ile ulaşılmak istenen yarar arasında adil bir denge var olmalıdır.³⁸⁰

AİHM, diplomatik dokunulmazlık ve yabancı devletin yargı bağıışıklığına ilişkin olarak, başvuruçuların mahkemeye erişim ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiği iddialarına ilişkin verdiği farklı kararlarda, “yargı bağıışıklığının uluslararası hukukun genel olarak kabul ettiği kurallardan olmasından ve meşru bir amaca hizmet ettiğinden” hareketle, mahkemeye erişim hakkına getirilen bu tür usulî engellerin hakkı ihlal etmediğine karar vermiştir.³⁸¹ Ancak AİHM’nin yargı ve icra bağıışıklığını dayandırdığı uluslararası hukukun temel ilkelerine bu denli öncelik tanıyarak mahkemeye erişim hakkını ikinci planda tutan yaklaşımı bir hayli eleştirilmektedir.³⁸²

Mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlamalar ile bir hakkın maddi hukukta tanınmamış olması bazen karışabilmektedir. AİHM’nin bazı kararlarında bu konuyu incelemeksizin hüküm kurması eleştirilmiş, AİHM’nin “mahkemeye başvuru hakkına getirilen sınırlama olmaksızın başvuru konusu hakkın genel olarak iç hukukta tanınmış olup olmadığını incelemesi, daha sonra mahkemeye erişim açısından getirilen sınırlamaların *Ashingdane* kriterlerine uygunluğunu denetlemesi gerektiği” yönünde görüşler ileri sürülmüştür.³⁸³ Örneğin, AİHM, *Keegan – İrlanda* kararında, başvuruçunun evlilik dışı doğan çocuğu ile ilgili olarak açtığı velayet davasının sonuçsuz kalması ve çocuğun annesinin çocuğu başvuru babasının rızası olmaksızın evlatlık vermesi karşısında, başvuruçunun İrlanda hukukuna göre evlatlık verme prosedürüne karşı ne idari ne de adli herhangi bir başvuru imkânının bulunmasını mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak nitelendirmiştir.³⁸⁴

³⁸⁰ Çakın, s. 62.

³⁸¹ AİHM *Fogarty – Birleşik Krallık* kararı, prgf. 34-39 (Karar Tarihi: 21.11.2001; Başvuru No: 37112/97); yukarıda AİHM *McElhinney – İrlanda* kararı, prgf. 35-40; yukarıda AİHM *Al-Adsani – Birleşik Krallık* kararı, prgf. 56-67; yukarıda AİHM *Jones ve Diğerleri – Birleşik Krallık* kararı, prgf. 188.

³⁸² Yargı ve icra bağıışıklığı, adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkı kapsamında tartışılmakta olan önemli konulardan biridir. Bu nedenle çalışmamızın son bölümünde ayrı bir başlık altında incelenecektir.

³⁸³ İncoğlu, s. 112-113.,

³⁸⁴ AİHM *Keegan – İrlanda* kararı, prgf. 59 (Karar Tarihi: 26.05.1994; Başvuru No: 16969/90). Söz konusu olayda, başvuru zamanında yürürlükte olan İrlanda hukukunun evlat edinmeye ilişkin kuralları uyarınca, evlilik dışı doğan çocuklar açısından babanın rızası olmaksızın evlatlık verilmesi söz konusu olduğundan ve maddi hukukta babaya Evlatlık Verme Kurulu nezdinde herhangi bir başvuru hakkı tanınmamış olduğundan mahkemeye erişim hakkının ihlali edildiği sonucuna varılmıştır.

Mahkemeye erişim hakkı, çok dereceli yargılama sistemini kabul eden devletler açısından yargılamanın her derecesinde sağlanmalıdır.³⁸⁵ Kanun yoluna başvuru hakkından feragate ilişkin düzenlemeler başlı başına mahkemeye erişim hakkını ihlal etmemektedir. Fakat bu tip düzenlemelerin, hakkın özüne zarar vermemesi gerektiği unutulmamalıdır. Medeni yargılama hukuku sistemimizde, kanun yoluna başvuru hakkının doğumundan önce bu haktan feragat edilmesine olanak tanınmamaktadır (HMK m. 349- m. 366). Kanun yoluna başvuru hakkının, ancak yargılama sonunda verilecek hükmün taraflara tebliğinden sonra doğabilecek olmasından hareketle, hakkın doğumundan önce taraflara haktan feragat etme olanağı sağlanmamaktadır.³⁸⁶

AİHM'nin mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılması konusundaki yaklaşımının net olmadığı, özellikle “meşruiyet” ve “orantılılık” kriterlerinin denetlenmesi sırasında taraf devletlerin yargı yetkisi ve egemenliği lehine yorum yapıldığı ifade edilmektedir. AİHM'nin bu tutumu, özellikle yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda, anılan kriterlerin yumuşatılması sonucunu yarattığı, taraf devletlere tanınan geniş takdir hakkının, AİHS m.6/f 1'in etkisini azalttığı gerekçesiyle eleştirilmektedir.³⁸⁷

2. Hükmün İcrası Hakkı

Hükmün icrası ve bu anlamda cebri icra yoluna başvuru hakkı, AİHS m. 6 / f. 1'de açıkça zikredilmeyen, AİHM içtihadından çıkarılmış olan bir haktır.³⁸⁸ Hükmün icrası hakkı, mahkemeye erişim hakkının bir uzantısı, adalete erişim hakkının ise tamamlayıcısı olarak ön plana çıkmaktadır.³⁸⁹

“*Kesin hükme saygı*”, uluslararası anlamda kabul gören bir ilkedir ve kesin hükmün işlevsiz hale getirilmesi halinde adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerin hiçbir anlamının kalmayacağı açıktır.³⁹⁰ Bu çerçevede, hak arama

³⁸⁵ Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 334; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 277. AİHM *Poitrimol – Fransa* kararı, grgf. 38 (Karar Tarihi: 23.11.1993; Başvuru No: 14032/88).

³⁸⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 881; Karşı, s. 701; Umar, Şerh, s. 1013, Kuru, s. 665.

³⁸⁷ Marchadier, s. 147 vd.

³⁸⁸ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 279; İnceoğlu, s. 152; Aktepe Artık, s. 67 ve 157. Ayrıca bkz. Muhammet Özekes, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Adalet Yayınevi Ankara 2009, s. 33-34. Flauss, AİHM'nin hükmün icrası hakkının sınırlarını çizmediğini belirtmekte, bu açıdan varlığı günden güne daha güçlü şekilde kabul edilen hükmün icrası hakkını “genel (*générique*) ve şarta bağlı olmayan (*inconditionné*)” bir hak olarak tanımlamaktadır. Bkz. Flauss, *Nouvelles frontières*, s. 88.

³⁸⁹ Marchadier, s. 107-108; Özekes, *Temel Haklar ve İlkeler*, s. 125-126.

³⁹⁰ İnceoğlu, s. 152; Favreau, s. 19; Guinchard, s. 15-16; Lambert, s. 65.

özgürlüğü, etkin hukuki korunma ve mahkemeye erişim hakkı, yargılama sonucunda verilen hükmün icrası hakkını da kapsar. Hükmün icrası hakkının, adalete veya mahkemeye erişim haklarından ve etkin hukuki korunma kavramından ayrı ve -her ne kadar mahkemeye erişim hakkı içinde değerlendirilse de- bağımsız bir kavram olarak ortaya çıkmasının temel sebebi, mahkeme kararlarının yerine getirilmesi bakımından taraf devlet organlarının yetersiz veya etkisiz kalmasıdır. Hukuki korunma talebi ile mahkemeye başvurmadan beklenen asıl menfaatin yargılama sonucunda verilen kararın icrası olduğu düşünüldüğünde, hükmün muhatabının devlet olduğu hallerde, mahkemece verilen hükmün bizzat devlet tarafından yerine getirilmemesi veya muhatabın özel hukuka tabi kişiler olması halinde ise, devlet eliyle teşkilatlandırılmış icra organlarının hükmün icrasını sağlayamamaları, adaletin inkârı anlamına gelecektir.

Doktrinde, hükmün icrası hakkının mülkiyetin korunması hakkı kapsamında da güvence altına alındığı, Ek Protokol m. 1 ile korunan bu hakkın yerine getirilmesi bakımından, adil yargılanma güvencelerinin hükmün icrası aşamasını da kapsamı gerektiği ifade edilmektedir.³⁹¹ Bu bağlamda malvarlığına ilişkin hükümler bakımından, hükmün icrası hakkının hem usulî (AİHS m. 6) hem de maddi (Ek Protokol m. 1) açıdan korunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

AİHM, *Hornsby* içtihadı ile, açıkça, kesinleşen bir yargı kararının icrası için kamu gücüne / icra prosedürüne başvuran bir kişinin bu talebinin reddedilmesini 6. maddenin ihlali olarak nitelendirmiştir.³⁹² Zira, AİHS, adil yargılanma hakkı kapsamındaki diğer tüm haklarda olduğu gibi, hükmün icrası konusunda taraf devletlere adeta özen değil, sonuç borcu yüklemektedir. Bu konuda devletlerin pozitif anlamda gerekli tedbirleri alması gerekmektedir.³⁹³ Devlet, bu

³⁹¹ Flauss, *Nouvelles frontières*, s. 87.

³⁹² AİHM *Hornsby – Yunanistan* kararı, prgf. 40 (Karar Tarihi: 19.03.1997; Başvuru No: 18357/91; AİHM *Lunari – İtalya* kararı, prgf. 43-46 (Karar Tarihi: 11.01.2001; Başvuru No: 21463/93) ; AİHM *Dimitrios Georgiadis – Yunanistan* kararı, prgf. 25 (Karar Tarihi: 28.03.2000; Başvuru No: 41209(98); AİHM *Romanczyk – Fransa* kararı, prgf. 53-67 (Karar Tarihi: 18.11.2010 / Başvuru No: 7618/05).

AİHM, ilam niteliğinde olan ya da icra kabiliyeti bulunan belgelerin de m. 6/f. 1 ile güvence altına alınan hükmün icrası hakkı kapsamında olduğunu belirtmektedir. Buna göre, noter tarafından düzenlenen senetlerin, uzlaşma tutanağının icrasının, bu belgelerin içerdiği hakkın gerçekleştirilmesi için zorunlu olduğunu belirtmiştir. Bkz. **Aktepe Artık**, s. 158. Ayrıca bkz. AİHM *Estima Jorge – Portekiz* kararı, prgf. 38 (Karar Tarihi: 21.04.1998 / Başvuru No: 16/1997/800/1003:); yukarıda AİHM *Perez de Rada Cavanilles – İspanya* kararı, prgf. 39. Geçici hukuki koruma tedbirleri de hükmün icrasını isteme hakkı kapsamındadır. Bkz. **Erdoğan**, s. 85.

³⁹³ **Erdoğan**, s. 40 ve s. 82.; **Sudre**, s. 456; **Guinchard**, s. 16; **Kinsch**, s. 94; **Fricero-Bernardini**, s. 16. AİHM *Hornsby – Yunanistan* kararı, prgf. 40 (Karar Tarihi: 19.03.1997; Başvuru No: 18357/91); AİHM *Burdov – Rusya* kararı, prgf. 35 (Karar Tarihi: 07.05.2002 / Başvuru No: 59498/00); AİHM *Ülger – Türkiye* kararı, prgf. 44 (Karar Tarihi: 26.06.2007 / Başvuru No: 25321/02); AİHM *Fuklev –*

yükümlülüklerini yerine getirirken, bir taraftan alacaklının etkin hukuki koruma hakkını sağlamalı, diğer taraftan borçlunun adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkı korunmalıdır.³⁹⁴ AİHM'nin hükmün icrası hakkını da adil yargılanma hakkı kapsamına alan *Hornsby* kararı, mahkemeye erişim hakkının güvence altına alındığı *Golder* kararı ile birlikte, son derece önemli sonuçları olan, adeta devrim niteliğinde bir karardır.

Anayasa Mahkemesi de, bireysel başvurulara ilişkin birçok kararında, “yargı kararlarının geciktirilmeksizin uygulanması” gerektiğini, “mahkeme kararlarını, taraflardan birinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde uygulanamaz hale getiren düzenleme ve uygulamaların, mahkemeye erişim hakkının anlamını yitirmesine sebep olacağını” ortaya koymaktadır.³⁹⁵ Mahkeme, Ankara 16. Tüketici

Ukrayna kararı, prgf. 84 (Karar Tarihi: 07.06.2005 / Başvuru No: 71186/01); AİHM *Jovanovski – Eski Yugoslavya / Makedonya Cumhuriyeti* kararı, prgf. 24-31 (Karar Tarihi: 07.01.2010 / Başvuru No: 31731/03).

³⁹⁴ Özkes, **Temel Haklar ve İlkeler**, s. 128. Yazar, AİHS m. 6'nın mahkemeler kadar icra organlarını da bağladığını belirtmekle birlikte, “icra takiplerinde, yargılamadaki anlamı ve ölçüsü ile bir adil yargılanma korumasının ortaya çıkmayacağını” vurgulamaktadır. Bu nedenle, yazar, icra dairelerinin faaliyetlerinde, adil yargılanma güvencelerinin, cebri icranın niteliğine uygun olduğu ölçüde uygulanabileceğinin altını çizmektedir. (bkz. s. 132-135).

³⁹⁵ “Nihai mahkeme kararlarını, taraflardan birinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde uygulanamaz hale getiren düzenlemeler ve uygulamalar, mahkemeye erişim hakkının anlamını yitirmesine sebep olmaktadır (B. No: 2012/144, 2/10/2013, § 28). Yargı kararının geciktirilmeksizin uygulanması, Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasında mahkemelerin bağımsızlığının bir parçası olarak görülmekte ve devlete yargı kararlarını değiştirmeden ve geciktirmeden uygulama yükümlülüğü getirilmektedir.

Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde açıkça kararların icrasından bahsedilmediği için AİHM, mahkemeye erişim hakkından yola çıkarak kararların icrası hakkını adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olarak kabul etmektedir. AİHM'ye göre mahkemeye erişim hakkı, bir uyumsuzluğu mahkeme önüne götürme ve aynı zamanda mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme haklarını da kapsar. Mahkeme kararlarının uygulanması, yargılama sürecini tamamlayan ve yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan bir unsurdur. Karar uygulanmazsa yargılamanın da bir anlamı olmayacaktır (bkz. *Hornsby/Yunanistan*, B. No: 18357/91, 19/3/1997, § 40). Bu çerçevede AİHM, kesinleşmiş ve bağlayıcı bir yargı kararının, lehine karar verilen tarafın zarar görmesine rağmen infaz edilmemesi durumunda, mahkemeye erişim hakkının bir anlam ifade etmeyeceğini, yargı kararının veya hükmünün infaz edilmesinin, 6. madde anlamında “dava”nın tamamlayıcı unsuru olduğunu vurgulamaktadır (bkz. *Burdov/Rusya*, B.No:59498/00, 7/5/2002, § 34). Zira davaya taraf olan kişinin etkin korunması ve hukuka uygunluğun sağlanması, idarenin kendisi hakkında verilebilecek nihai yargı kararlarına uymasını gerektirmektedir. İdareler yargı kararını uygulamayı reddediyor veya ihmal ediyor ya da onu uygulamayı geciktiriyorsa, bu durumda davada taraf olan kişinin davanın safahatı süresince yararlandığı Sözleşme'nin 6. maddesinde öngörülen teminatlar, her türlü varlık nedenini kaybedecektir. (bkz. *Süzer ve Eksen Holding A.Ş./Türkiye*, B. No:6334/05, 23/10/2012, § 115). AİHM bu yorumuyla bir yargı yerine ulaşma hakkının, sadece teorik olarak bu hakkın tanınmasını değil, aynı zamanda o yargı yerinden alınan nihai kararın icrasına yönelik meşru bir beklentiye de koruduğunu kabul etmektedir (bkz. *Apostol/Gürcistan*, B. No: 40765/02, 28/2/2007, § 54).

Anayasanın 138. maddesi metninde mahkeme kararlarına uyma, bu kararları değiştirmeksizin yerine getirme hususunda yasama ve yürütme organları ile idare makamları lehine herhangi bir istisna kuralına yer verilmemiştir. Yargı kararlarının ilgili kamu otoritelerince zamanında yerine getirilmediği bir devlette, bireylerin yargı kararıyla kendilerine sağlanan hak ve özgürlükleri tam anlamıyla kullanabilmeleri mümkün olmaz. Dolayısıyla devlet, yargı kararlarının zamanında icra edilmesini sağlayarak bireyler aleyhine oluşabilecek hak kayıplarını engellemekle ve bu yolla bireylerin kamu otoritelerine ve hukuk sistemine olan güven ve saygılarını korumakla yükümlüdür. Bu

Mahkemesi'nin HMK'nın m. 393/f. 1 hükmünün³⁹⁶ Anayasa'nın 36. maddesine aykırı olduğu iddiası ile açtığı davada şu değerlendirmede bulunmuştur: *"Anayasa'nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkıdır. Mahkemeye erişim hakkı, hukuki bir uyumsuzluğun bu konuda karar verme yetkisine sahip bir mahkeme önüne götürülmesi ve verilen kararın uygulanması hakkını da kapsar."*³⁹⁷

Mahkeme kararlarının cebri icra yoluyla yerine getirilmesi hukuken mümkün iken, yasal boşluklar nedeniyle fiilen kararın icra edilememesi halinde de aynı sonuca varılmaktadır.³⁹⁸ AİHM tarafından açıkça belirtildiği üzere, kesinleşmiş yargı kararlarının idare tarafından yerine getirilmemesi mahkemeye erişim hakkının ihlalidir.³⁹⁹ Bu noktada, doktrinde, icra hakkı bakımından devlete yüklenen

sebeple hukukun üstünlüğünün geçerli olduğu bir devlette, bireylerin kamu otoritesi ve hukuk sistemine olan güven ve saygılarını koruma adına vazgeçilemez bir görev ifa eden yargı kararlarının zamanında icra edilmeyerek, sonuçsuz bırakılması kabul edilemez." (Anayasa Mahkemesi'nin 2013/1752 sayılı Arman Mazman Başvurusu ile ilgili verdiği 26.06.2014 tarihli kararı, prgf. 58-61).

Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 2013/711 sayılı Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım Başvurusu ile ilgili verdiği 03.04.2014 tarihli kararı, prgf. 53-54 : *"Kesinleşmiş mahkeme kararlarının makul sürede uygulanmaması ya da icra edilmemesi adil yargılanma hakkının ihlali niteliğindedir. Somut olayda başvuru sahipleri lehine verilen Mahkeme kararları, başvuru sahiplerinin bu kararların icrası için gerekli tüm girişimlerde bulunmalarına rağmen Belediye tarafından gerekçe gösterilmeksizin dört yılı aşkın süre boyunca yerine getirilmemiştir. Anılan kararların niteliği dikkate alındığında bu sürenin makul olmadığı açıktır.*

Belediyenin, aleyhine verilen, kesinleşmiş ve infaz edilebilir yargı kararlarının infazını sağlamak için gerekli tedbirleri almamakla başvuranların mahkemeye erişim haklarını ihlal ettiği ve dolayısıyla Anayasa'nın 36. maddesini etkili sonuçları bakımından konusuz bıraktığı anlaşılmış olup, başvuru sahiplerinin adil yargılanma haklarının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir."

Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 2012/144 sayılı Ahmet Yıldırım Başvurusu ile ilgili verdiği 02.10.2013 tarihli kararı, prgf. 28-29: *"Başvurucunun iddialarının özü mahkeme kararının uygulanmadığı şikâyetine dayanmaktadır. Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri de mahkemeye erişim hakkıdır. Mahkemeye erişim hakkı, bir uyumsuzluğu mahkeme önüne götürme ve aynı zamanda mahkemeye verilen kararın uygulanmasını isteme haklarını da kapsar. Mahkeme kararlarının uygulanması, yargılamanın dışında olmakla birlikte onu tamamlayan ve yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan bir unsurdur. Karar uygulanmazsa yargılamanın da bir anlamı olmayacaktır (benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Honsby/Yunanistan, 18357/91, 19/3/1997, § 40). Bu nedenle yargı kararlarının uygulanması "mahkemeye erişim hakkı" kapsamında değerlendirilmektedir. Buna göre, yargılama sonucunda mahkemenin bir karar vermiş olması yeterli değildir; ayrıca bu kararın etkili bir şekilde uygulanması da gerekir. Hukuk sisteminde, nihai mahkeme kararlarını, taraflardan birinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde, uygulanamaz hale getiren düzenlemeler bulunması veya mahkeme kararlarının icrasının herhangi bir şekilde engellenmesi hallerinde, "mahkemeye erişim hakkı" da anlamını yitirecektir."*

³⁹⁶ Anılan hüküm şu şekildedir: *"İhtiyati tedbir kararının uygulanması, verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde talep edilmek zorundadır. Aksi halde, kanuni süre içinde dava açılmış olsa dahi, tedbir kararı kendiliğinden kalkar."*

³⁹⁷ Anayasa Mahkemesi E. 2014/112 K. 2014/203 sayılı 25.12.2014 tarihli kararı (RG. 21.05.2015- S. 29362). Ayrıca bkz. Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 17

³⁹⁸ **İnceoğlu**, s. 153. Bkz. AİHM *Taşkın ve Diğerleri – Türkiye* kararı, prgf. 135-138 (Karar Tarihi: 10.11.2004; Başvuru No: 46117/99). Ayrıca bkz. 199 nolu dn'de belirtilen AİHM (dostane çözüm) kararları.

³⁹⁹ Bkz. Yukarıda AİHM *Hornsby – Yunanistan* kararı, prgf. 40. Ayrıca bkz. **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s. 334; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 279; **Sudre**, s. 455; **Aktepe Artık**, s.

sorumluluk konusunda devletin yargılamanın tarafı olup olmadığı dikkate alınarak bir ayırım yapılmaktadır. Şayet hüküm devlet aleyhine verilmiş ise, hükmün devlet tarafından gecikmeksizin uygulanmasının gerektiği, devletin taraf olarak yargılamada yer almadığı durumlarda ise, devletin sorumluluğunun etkin bir cebri icra sistemi kurmak ve işletmek şeklinde ortaya çıktığı ifade edilmektedir.⁴⁰⁰

Mahkeme kararlarının icra edilmesinin hukuken veya fiilen mümkün olmadığı durumlarla da karşılaşılabilir. Bu gibi durumlarda ortaya çıkan sonucun devlet tarafından telafi edilmesi gerekmektedir.⁴⁰¹ Diğer taraftan hükmün geç icra edilmesinin devlete yüklenebileceği durumlarda, icranın gecikmesinden doğan zararların karşılanması da mahkemeye erişim hakkı kapsamında devlet yükümlülüğündedir. Zira AİHS m. 6/f. 1, yalnızca hükmün icrasını isteme hakkını değil, aynı zamanda hükmün “makul sürede” icrasını isteme hakkını garanti altına almaktadır.⁴⁰² AİHM, hükmün icrası sürecini yargılama süresine dahil etmektedir.⁴⁰³

AİHS m. 6/f. 1 kapsamında güvence altına alınan hükmün icrası hakkının yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusundaki etkileri çalışmamızın temel konularından birini oluşturmaktadır ve çalışmamızın ikinci bölümünde ayrı bir başlık altında ele alınacaktır.⁴⁰⁴ Bu noktada, yalnızca, şu tespitler yapılabilir: Hükümün icrası hakkı, usulî açıdan adil yargılanma güvencelerine uygun şekilde verilen yabancı mahkeme kararlarının kayıtsız - şartsız tanınması / tenfizi konusunda taraf devletlere bir “yükümlülük” yüklememektedir.⁴⁰⁵ Zira, böyle bir

159-165. Yazar, hükmün bir kamu kurumu aleyhine olması halinde otomatik olarak icra edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu çerçevede, devlet mallarının haczedilemeyeceğine ilişkin İcra İflas Kanunu m. 82/f. 1 hükmünün mülkiyet hakkına ilişkin AİHS 1 No.lu Ek Protokol’ün 1. maddesine ve AİHS m. 6/f. 1’e aykırı olduğunu dile getirmektedir. Yazar, bu konuda verilmiş Anayasa Mahkemesi kararlarına karşın (bkz. s. 164, 622 nolu dn), devlet mallarının haczedilemezliğinin hukuk devleti ilkesine, hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı ve mülkiyet hakkı gibi birçok anayasal hak ve ilkeye aykırı olduğunu savunmaktadır (s. 165).

⁴⁰⁰ Özkes, **Temel Haklar ve İlkeler**, s. 126. Yazar, devletin, gerek mahkemeler, gerekse cebri icra organları aracılığıyla, bireylerin etkin hukuki koruma hakkını koruması gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca bkz. **Aktepe Artık**, s. 169; **Guinchard**, s. 16.

⁴⁰¹ **Çayan**, s. 64-65. Bkz. AİHM *Cingilli Holding AŞ. ve Cingilloğlu – Türkiye* kararı, prgf. 37-44 (Karar Tarihi: 21.07.2015 / Başvuru No: 31833/06; 37538/06); *Süzer ve Eksen Holding AŞ. – Türkiye* kararı, prgf. 114-116 (Karar Tarihi: 23.10.2012 / Başvuru No: 6334/05); AİHM *Tunç – Türkiye* kararı, prgf. 27-29 (Karar Tarihi: 24.05.2005 / Başvuru No: 54040/00); AİHM *Tacea – Romanya* kararı, prgf. 20-27 (Karar Tarihi: 29.09.2005 / Başvuru No: 746/02).

⁴⁰² **Çayan**, s. 65; **Turan**, s. 147. Hükümün icra aşamasının da “yargılamanın makul sürede tamamlanması” kapsamında değerlendirildiği ifade edilmektedir. Bkz. **Erdoğan**, s. 127; Özkes, **Temel Haklar ve İlkeler**, s. 136; **Fricero-Bernardini**, s. 16; Flauss, **Nouvelles frontières**, s. 87.

⁴⁰³ **Aktepe Artık**, s. 157.

⁴⁰⁴ Bkz. “Adil Yargılanma Hakkının Tanıma / Tenfiz Üzerindeki Etkileri ve Türk Hukukunun Tanıma / Tenfize İlişkin Hükümlerinin Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi” başlıklı bölüm.

⁴⁰⁵ Maxime Barba, *L’executur sous le regard de la Cour Européenne des droits de l’homme, Mémoire de Master 2 sous la direction de Louis d’Avout, Université Jean Moulin Lyon 3, 2012*,

yükümlülüğün kabulü, yabancı mahkeme kararını tanıyacak / tenfiz edecek devleti, başta “kamu düzenine aykırılık” olmak üzere, diğer bir çok konuda denetim yapmaksızın yabancı bir mahkeme kararına kendi devletinde verilen kararlar ile aynı etkiyi tanımaya mecbur etmek anlamına gelir ki, bu da tenfiz devletin egemenlik haklarına aykırı olacaktır.⁴⁰⁶

Bu bağlamda, taraf devletlerin tanıma / tenfize ilişkin bazı şartlar öngörmeleri mahkemeye erişim ve hükmün icrası haklarını ihlal etmemektedir.⁴⁰⁷ Ancak, öngörülen şartların, AİHS m. 6/f. 1 ile uyumlu ve tanıma / tenfiz talebinin reddinin ortaya çıkardığı sonuç ile orantılı olması gerekir; zira, -adil yargılanma hakkına aykırı olmayan tanıma / tenfiz şartlarını taşımasına rağmen- reddedilen bir tanıma / tenfiz talebi, adil yargılanma hakkına müdahale olarak kabul edilmektedir.⁴⁰⁸ Örneğin, tanıma / tenfiz şartlarının, özünde ayrımcılık içeren düzenlemeler olmaması gerektiği vurgulanmaktadır.⁴⁰⁹ Zira, bu noktada, AİHS m. 6’nın yanında, ayrımcılık yasağını düzenleyen AİHS m. 14 devreye girmektedir.

Diğer taraftan, yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizinin kayıtsız-şartsız reddi de AİHS m. 6 çerçevesinde mümkün değildir. Şayet bir kişinin, hakkına mümkün olduğunca kısa ve kolay bir şekilde ulaşabilmek bakımından, yabancı bir mahkeme kararının tanınması / tenfizi talebinde bulunmak konusunda hukuken korunması gereken bir yararı varsa, bu takdirde, bu talebin reddi, kural olarak mahkemeye erişim ve hükmün icrası hakkının ihlalidir. Bu bakımdan, AİHS taraf devletlere yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizi konusunda bazı yükümlülükler yüklemektedir; aksi takdirde *Hornsby* içtihadının anlamını yitireceği belirtilmektedir.⁴¹⁰ Ayrıca, AİHM, usulî açıdan adil yargılanma güvencelerine uygun

s. 35 (bkz. http://ediec.univ-lyon3.fr/fileadmin/medias/Documents_EDIEC/Memoires_EDIEC/Mem_EDIEC_02_BARBA_Maxime-2012.pdf). AİHM, bir kararında, *Hornsby* içtihadının, mevcut başvuruda olduğu gibi yabancı bir devlet mahkemesince verilen bir kararın [hiçbir şarta bağlı olmaksızın] tanınmasını kapsayıp kapsamadığı konusunda açıkça sessiz kalmıştır. Bkz. AİHM *Sylvester – Avusturya* (kabul edilebilirliğe ilişkin) kararı, (Karar Tarihi: 09.10.2003 /Başvuru No: 54640/00).

⁴⁰⁶ Kinsch, s. 95-96.

⁴⁰⁷ Doktrinde, AİHS’e taraf devletlerin tanıma / tenfizi mümkün kılan düzenlemelere yer vermelerinin hükmün icrası hakkını sağlayacağı ifade edilmektedir. bkz. Marchadier, s. 110.

⁴⁰⁸ Barba, s. 36; Laurence Sinopoli, *Du privilège de juridiction et du droit à un procès équitable*, *Revue Critique de Droit International Privé* 2005, s. 89 vd., dn 9’a ilişkin prgf.

⁴⁰⁹ Kinsch, s. 106.

⁴¹⁰ Kiestra, s. 201-202. Ayrıca bkz. E.Guinhard, s. 214-125; Kinsch, s. 94-96; Franz Matscher, *Le droit international privé face à la Convention Européenne des droits de l’homme*, *Travaux du comité français de droit international privé*, Edition A. Pedone 2000, s. 222. Ayrıca bkz. AİHM *McDonald – Fransa* (kabul edilmezliğe ilişkin) kararı (Karar Tarihi: 29.04.2008 / Başvuru No: 18648/04). AİHM bu kararında, Amerikan vatandaşı başvurucunun Fransız mahkemelerinde tanınmasını talep ettiği Florida mahkemelerinin boşanmaya ilişkin hükmünün tanınmasının reddini, başvurucunun adil yargılanma hakkına bir müdahale olarak görmüştür. Fakat, somut olayın şartları

olmayan yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizi konusunda, taraf devletlere olumsuz bir yükümlülük de yüklemektedir.⁴¹¹

Şu halde, AİHM, tanıma / tenfiz taleplerinin reddine ilişkin başvurularda taraf devletlerin AİHS m. 6 /f. 1 çerçevesindeki yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini incelemektedir. Bu inceleme, öngörülen tanıma / tenfiz şartlarının AİHS ruhuna uygun olup olmadığına ve söz konusu şartların uygulanması ile ortaya çıkan sonucun talepte bulunan kişilerin adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediğine ilişkindir. AİHM'nin taraf devletlerin tanıma / tenfiz işlemleri ile ilgili verdiği kararlarda hareket noktası, tanıma / tenfiz kararı verilmeyerek örneğin özel hayata saygı veya malvarlığı haklarına müdahale edilen kişi bakımından, anılan müdahale ile amaçlanan sonuç arasında orantılılığın bulunmasıdır.⁴¹²

dolayısıyla ihlal kararı vermemiştir. Zira başvuru Fransız eşinden boşanmak üzere ilk defa Fransız (Marsilya) mahkemelerine başvurmuştur. Fransız mahkemeleri boşanma talebini reddetmiştir. Başvurucu, bunun üzerine kararı temyiz etmeyerek Florida mahkemelerinde dava açmış ve boşanmıştır. Fransız mahkemeleri, tanıma talebini reddederken, başvurunun “milletlerarası yetki bakımından kanuna karşı hile yaptığını” belirtmiş, davacının geçici mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemelerinin (Florida) verdiği boşanma kararının tanınamayacağını vurgulamıştır. AİHM, kimsenin kendi sebep olduğu bir durumdan şikayet edemeyeceğini belirterek, (Marsilya mahkemelerinde görülen boşanma davasında) temyiz talebinde bulunmayan başvurunun tanıma talebinin reddini AİHS m. 6/f. 1'in ihlali saymamıştır. Zira, burada hakkının ihlal edildiğini ileri süren başvurunun makul ve meşru bir beklentisinin varlığından söz edilemeyecektir. Doktrinde bu karar, “yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizi hakkının AİHS m. 6'ya dahil edilmesi” olarak yorumlanmaktadır. Bkz. Kiestra, s. 204; 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 Kurt Siehr**, Eleven International Publishing 2010, s. 267-269; Dean Spielmann, **La reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires étrangères et les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme : Un essai de synthèse**, Revue Trimestrielle des droits de l'homme 22 ème année No:88 Octobre 2011, s. 774. Kararın ayrıntılı incelemesi için ayrıca bkz. Patrick Kinsch, **Procès équitable et privilège de juridiction en matière d'exequatur d'un jugement de divorce**, Revue Critique de DIP 2008, s. 830 vd. Ayrıca bkz. Kaya, s. 225 ; Fügen Sargın, **Yabancı Mahkeme İlâmlarına Dayalı İcra Yoluyla Takip Edilebilirliğe Bir Engel Olarak “Zamanaşımı”**, Legal UTTERER Yıl: 2017 Cilt: 6 Sayı: 2, s. 332, 89 nolu dn. Yazar, AİHM'nin, yabancı mahkeme kararının tanınması talebinin reddini adil yargılanma hakkına aykırı olabileceği, ancak “*başvurucunun bizzat katkıda bulunduğu hileli bir durumun varlığının bu ihlâli ortadan kaldırdığı*” düşüncesinde olduğunu belirtmektedir (bkz. s. 333).

⁴¹¹ AİHM *Pellegrini – İtalya* kararı, prgf. 40-48 (Karar Tarihi: 20.10.2001 / Başvuru No: 30882/96).

⁴¹² Kinsch, s. 100; Kinsch, **Status Acquired Abroad**, s. 272-275. Ayrıca bkz. AİHM *Hussin – Belçika* (kabul edilmezliğe ilişkin) kararı, (Karar Tarihi: 06.05. 2004 / Başvuru No: 70807 /01). Karara konu olayda, Belçika mahkemeleri, soybağının kurulması ve (doğal) baba tarafından soybağı kurulan çocuğa nafaka ödenmesine ilişkin iki Alman mahkemesi kararının tanınması ve tenfizini reddetmiş, başvuru AİHS m. 6, m. 8 ve Ek Protokol m. 1'de güvence altına alınan haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'ye başvurmuşlardır. Belçika mahkemelerinin tanıma ve tenfiz taleplerini red gerekçesi, Alman mahkemelerinin soybağının kurulması bakımından uyguladığı milletlerarası yetki kuralının (Brüksel Konvansiyonu m. 5/f. 2) olayda uygulanamayacağına, soybağına ilişkin uyuşmazlıkların Brüksel Konvansiyonu'nun uygulama alanına girmediğine, Alman mahkemelerinin söz konusu hükmü yanlış uyguladığına dayanmaktadır. AİHM, bu kararında, tanıma ve tenfiz taleplerinin reddinin, başvuru sahiplerinin özel hayata saygı ve malvarlığı haklarına müdahalede bulunulması sonucuna yol açtığını kabul etmekle birlikte, Belçika mahkemelerinin red gerekçesinin bu müdahale ile orantılı olduğuna karar vermiştir.

3. Hakkaniyete Uygun Yargılanma

a. Genel Olarak

Hakkaniyete uygun yargılanma (*fair hearing*), adil yargılanma hakkının yargılananlar açısından belki de en somut unsurudur. Adil yargılanma ortamının sağlanması açısından “kanuni/bağımsız ve tarafsız” bir yargı organı tarafından makul sürede ve aleni şekilde yargılanma unsurları ile ilgili olarak da uygulamada pek çok sorun ile karşılaşilmektedir. Fakat, daha çok yargının işlevsel olarak düzenlenmesi ve yönetimini yakından ilgilendiren, bu çerçevede mahkemelerin oluşumu ve işleyişi açısından büyük önem taşıyan bu üç unsurdan farklı olarak, hakkaniyete uygun yargılanma, gerek maddi hukuk, gerekse usul hukuku bağlamında yargılamanın bireyleri “niteliksel” anlamda tatmin etmesini sağlayan en önemli araçtır.⁴¹³ Bu nedenle, “hakkaniyete uygun yargılanma” kavramının adil yargılanma hakkının AİHS’de düzenlendiği şekliyle “kurumsallaşması”ndan çok daha önce kullanılmaya başlandığı, BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m. 10’da “hakkaniyet”e atıf yapıldığı belirtilmektedir.⁴¹⁴

Hakkaniyete uygun yargılanma ve aşağıda ele alacağımız hukuki dinlenilme hakkı, mahkemeye erişim hakkı ile birlikte adil yargılanma hakkının sağladığı güvenceleri tamamlamaktadır. Bu bağlamda, yargılama öncesi ve sonrasına ilişkin güvenceler mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde değerlendirilirken, yargılama sürecindeki güvenceler hakkaniyete uygun yargılanmaya ilişkindir.⁴¹⁵

Hakkaniyete uygun yargılanmanın adil yargılanma hakkının diğer unsurlarından ayrıldığı, “hakkaniyetli yargılanma hakkı”nın yargılamanın bütününe kapsadığı, bu nedenle adil yargılanma hakkının ihlaline sebep olmayan usulî hata ve eksikliklerin “kümülatif” olarak değerlendirildiğinde (*in globo*) hakkaniyete uygun

⁴¹³ Guinchard, kanuni / bağımsız / tarafsız bir mahkemede, aleni surette ve makul sürede yargılanma unsurlarını “kurumsal gereklilikler” olarak nitelendirmekte, hakkaniyete uygun yargılanma kapsamından değerlendirilen hak ve ilkeleri ise “usulî gereklilikler” olarak adlandırmaktadır. Bkz. Guinchard, *AJDA*, s. 191 vd. Doktrinde de, adil yargılanma hakkının sağlanmasında en çok dikkat edilmesi gereken unsurun hukuki dinlenilme hakkı olduğu dile getirilmektedir. Bugün uluslararası anlamda geline nokta, adil yargılanma hakkının diğer unsurları bakımından, “özellikle hukuk devletinden söz edilen ülkelerde en azından şeklen bir sorun olmayabileceği”, kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede makul ve aleni şekilde yargılamanın sağlanması için asgari güvencelerin çoğunlukla sağlandığı ifade edilmekte, “bir hukuk sisteminin ne kadar ileri noktada olursa olsun, hukuki dinlenilme hakkı açısından her zaman sorun çıkabileceği” savunulmaktadır. Bkz. **Özekes**, s. 59.

⁴¹⁴ **Favreau**, s. 13-14.

⁴¹⁵ **Yeşilova**, s. 57.

yargılanmaya ve dolayısıyla adil yargılanma hakkına aykırı sonuçlar doğmasına neden olabileceği belirtilmektedir.⁴¹⁶

Hakkaniyete uygun yargılanma, AİHS uygulaması ve AİHM içtihadı açısından da geniş bir uygulama alanına sahiptir. Doktrinde “hakkaniyete uygun yargılamanın AİHS m. 6’nın özünü oluşturduğu ve hakkaniyete uygun yargılama kavramının soyut bir tanımla açıklanamayacağı” belirtilmektedir.⁴¹⁷ Bu çerçevede, yargılamanın hakkaniyete uygun olup olmadığı, her somut olay açısından, yargılamanın hangi aşamada olduğu ve yargılamanın kendine has özellikleri de dikkate alınmak suretiyle değerlendirilmelidir.

Burada kast edilen “usulî hakkaniyettir”; hakkaniyete uygun yargılanma, tarafların arasında usulî açıdan dengeli, dürüst / doğru bir yargılama gerçekleştirilmesini güvence altına alır; taraflar arasındaki usulî eşitliği / dengeyi bozan bir yargılama kuralının hakkaniyete uygun olması mümkün değildir.⁴¹⁸

Hakkaniyete uygun yargılanmanın içeriği oldukça geniştir. Yargılamanın taraflarının yargılamaya etki edebilmek adına sahip olmaları gereken her imkân bu kapsamda değerlendirilebilir. Özellikle, yargılama açısından önem taşıyan tüm maddi ve hukuki olgular hakkında bilgi sahibi olma, bu olgularla ilgili açıklamalarda bulunma ve delil ileri sürebilme, duruşmada şahsen bulunma, yargılama dilini anlama (tercüman hakkı), hakimin taraflara karşı samimi olması ve onları hataya düşürmekten ve davayı etkilemekten kaçınma yükümlülüğü, avukatla temsile ilişkin düzenlemeler, kararların gerekçeli olması, yargılamada eşit davranma ve silahların eşitliği gibi pek çok hak ve yükümlülük hakkaniyete uygun yargılanma başlığı altında değerlendirilmektedir.⁴¹⁹

⁴¹⁶ Çayan, s. 110; Mock, s. 393; Gilliaux, s. 24-25.

⁴¹⁷ İnceoğlu, s. 218, Cebre, s. 386. Yazar, “adil yargılanmanın diğer unsurlarının bir anlamda hakkaniyete uygun yargılamanın gerçekleştirilmesi için birer araç niteliğinde olduğunu” ifade etmektedir. Adil yargılanma hakkı çerçevesinde “hakkaniyet” kavramı ile ilgili ayrıntılı inceleme için bkz. Hanağası, s. 95-98.

⁴¹⁸ Hanağası, s. 98; Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 854-855.

⁴¹⁹ Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 335-336. Anayasa Mahkemesi, adil yargılanma hakkının içerdiği diğer unsurlar arasında özellikle hakkaniyete uygun yargılama ilkesinin üzerinde durmakta ve hakkaniyete uygun yargılama ilkesinin kapsamının ne denli geniş olduğunu şu şekilde ortaya koymaktadır: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesini birinci fıkrasında yargılamanın kanunla kurulan bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde, makul sürede, açık ve hakkaniyete uygun olarak yapılması gerektiği açık olarak düzenlenmiştir. Burada üzerinde durulması gereken husus hakkaniyete uygun yargılama kavramıdır. Bugün hakkaniyete uygun yargılama kavramı içerisine, yargılamanın çelişmeli yapılması, silahların eşitliği, gerekçeli karar sayılmaktadır.” Anayasa Mahkemesi E. 2011/43 K. 2012/10 sayılı ve 19.01.2012 tarihli kararı (RG. 05.04.2012 S 28225) Bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/2d295ee8-39b9-4c12-9812-cb2bc8944c53?highlightText=%22hakkaniyete%20uygun%20yargilama%22&excludeGerekce=False&wordsOnly=False>. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi, 2013/8756 sayılı Düzgüt Yalova Gemi İnşa Sanayi AŞ. Başvurusu ile ilgili verdiği 15.04.2015 tarihli kararı, prgf. 38: “Hakkaniyete uygun bir

Hakkaniyete uygun yargılanmanın iki ana ekseninden biri hukuki dinlenilme hakkı, diğeri ise taraflara eşit davranma ve silahların eşitliği ilkesidir. Doktrinde, hakkaniyete uygun yargılanmanın, bireylerin hukuki dinlenilme hakkından eşitlik temeline dayalı olarak faydalandırılmaları anlamını taşıdığı belirtilmiştir.⁴²⁰ Bu bağlamda “hakkaniyet”, taraflar arasında tam bir eşitliğin sağlanması ve bu eşitliğin yargılama süresince devam etmesidir.⁴²¹ Anayasa’nın hukuk devleti (m. 2) ve eşitlik (m. 10) ilkelerine dayalı olarak, yargılama öncesinde, yargılama süresince ve sonrasında, taraflara iddia ve savunmalarını sunma ve karara eşit derecede hükmedebilme olanağının sunulması adil bir yargılama için olmazsa olmaz şartlardandır.⁴²²

Aşağıda, hakkaniyete uygun olarak yargılanma hakkının unsurlarından, ilk olarak, iç hukukta olduğu kadar milletlerarası usul hukuku anlamında da geniş bir uygulama alanına sahip olan hukuki dinlenilme hakkı, daha sonra ise eşit davranma ve silahların eşitliği ilkesi hakkında bazı önemli noktalara değineceğiz.

b. Hakkaniyete Uygun Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak Hukuki Dinlenilme Hakkı

1) Hukuki Dinlenilme Hakkına Genel Bakış: Tanım ve Terminoloji Sorunu

Hukuki dinlenilme hakkının tam olarak tanımının yapılmadığı belirtilmekle birlikte⁴²³, bu hak “yargılamaya katılanlara (taraflar, müdahil gibi) iddia ve

yargılama için yargılama makamları yargılamanın taraflarınca ileri sürülen iddiaları ve gösterdikleri delilleri gereği gibi incelemek zorundadır. Bununla birlikte, belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme ve gösterilmek istenen delilin davayla ilgili olup olmadığına karar verme yetkisi esasen derece mahkemelerine aittir (Aynı yöndeki AİHM kararı için bkz. Barbera Messegue ve Jabardo/İspanya, B. No: 10590/83, 6/12/1988, § 68). Mevcut yargılamada geçerli olan delil sunma ve inceleme yöntemlerinin adil yargılanma hakkına uygun olup olmadığını denetlemek Anayasa Mahkemesi’nin görevi kapsamında olmayıp, Mahkemenin görevi başvuru konusu yargılamanın bütünlüğü içinde adil olup olmadığının değerlendirilmesidir. Genel anlamda hakkaniyete uygun bir yargılamanın yürütülebilmesi için silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri ışığında, taraflara iddialarını sunmak hususunda uygun olanakların sağlanması şarttır. Taraflara tanık delili de dâhil olmak üzere delillerini sunma ve inceleme noktasında da uygun imkânların tanınması gerekir. Bu anlamda, delillere ilişkin dengesizlik veya hakkaniyetsizlik iddialarının da yargılamanın bütünü ışığında değerlendirilmesi gerekir (Bkz. Muhittin Kaya ve Muhittin Kaya İnşaat Ltd. Şti., B. No: 2013/1213, 4/12/2013, § 27).”

⁴²⁰ Özekes, s. 49; Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 204; Arslan/Tanrıver, s. 184.

⁴²¹ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 854; Pekcanitez, **Adil Yargılama**, s. 45; Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 210

⁴²² Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 210; Bilgehan Yeşilova, **Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği**, TBB Dergisi Sayı:86 Yıl: 2009, s. 48.

⁴²³ Özekes, s. 30.

savunmalarını eksiksiz yapabilme imkânı verilmeden hüküm verilmeyeceği” şeklinde ifade olunmaktadır.⁴²⁴ Hukuki dinlenilme hakkı, unsurlarını da kapsayacak şekilde tanımlanacak olursa, “*yargılamada hukuki durumu etkilenecek kişilerin yargılamanın süjesi olarak yargılama konusunda bilgi edinmelerini, açıklamada bulunabilmelerini ve bu açıklamaların yargı merciince dikkate alınarak gerekçeli şekilde karar verilmesini sağlamaya yönelik gerekliliklerin bütünü, sürpriz kararlarla karşılaşmanın önüne geçen bir temel hak ve yargılama ilkesi*” olarak tanımlanabilir.⁴²⁵ Hukuki dinlenilme hakkı, hak arama özgürlüğü ve etkin hukuki korunmanın sağlanması açısından en önemli araçlardan birisidir. Dolayısıyla, hukuki dinlenilme hakkı hukuki korunmadan ayrı düşünülemez.⁴²⁶

Hukuki dinlenilme hakkı (*right to be heard*⁴²⁷), hak arama özgürlüğü ve etkin hukuki korunma kavramları ile çok yakın ilişki bir haktır ve aynı zamanda adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından birisidir.⁴²⁸ Adil yargılanma hakkının

⁴²⁴ H. Yavuz Alangoya/ M. Kamil Yıldırım/ Nevhis Deren-Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları, Tıpkı 8. Baskı, Beta Yayınları İstanbul 2011**, s. 187.

⁴²⁵ Özekes, s. 31; Özekes, **Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Sorunları**, s. 1296; A.Kılınç, s. 154.

⁴²⁶ Akkan, s. 40. Yazar, “hukuki korunma talebinin yargı organına başvuru ve bu başvurunun sonuçlandırılmasını anlatırken, hukuki dinlenilme hakkının yargılama süresince tarafların bilgilendirilme, açıklama ve dikkate alınma haklarını anlattığını, bunlar zedelenmişse hukuki korunma talebinden ziyade, hukuki dinlenilme hakkına aykırı bir durumun söz konusu olacağını” belirtmektedir. Ancak, böyle bir durumda hem hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiğinden, hem de hukuki korunmanın sağlanmadığından bahsetmek gerekecektir. Zira hukuki dinlenilme hakkının gereklerine uyulmadan yapılan bir yargılama sonucunda verilen hüküm hiçbir bakımdan adil olmayacak, böylece etkin hukuki korunma da gerçekleşmeyecektir.

⁴²⁷ Hukuki dinlenilme hakkı İngilizce karşılığı tam olarak, kişilerin yargı makamları karşısından kendilerini ifade etmeleri şeklinde tercüme edilebilecektir. Yukarıda AİHS m.6/f. 1’de hukuki dinlenilme hakkından değil, hakkaniyete uygun yargılama (*fair hearing*) kavramından bahsedildiğini ifade etmiştik. Hukuki dinlenilme hakkına ilişkin unsurların ise, ceza yargılamalarını kapsayacak şekilde, m.6 /f. 3’de sayıldığı görülmektedir. Bununla birlikte, m.6 /f. 3’ün niteliğine uygun olduğu ölçüde medeni yargılamada da uygulanması gerektiğine ilişkin görüşleri dile getirmiştik.

AİHM de temel olarak adil yargılanma hakkı (*right to a fair trial*) kapsamında, hukuki dinlenilme hakkını ifade etmek üzere “*right to be heard*” kavramını kullanmaktadır. Bkz. AİHM *Brumarescu – Romanya* kararı (Karar Tarihi: 28.10.1999 / Başvuru No: 28342/95); AİHM *Micallef – Malta* kararı (Karar Tarihi: 15.10.2009 / Başvuru No: 17056/06). Bununla birlikte, AİHM’nin hukuki dinlenilme hakkının ihlaline ilişkin kararlarında “*right/opportunity to present its case*” kavramını kullandığı kararları da mevcuttur. Bkz. AİHM *Hentrich – Fransa* kararı, prgf. 56 (Karar Tarihi: 22.09.1994 / Başvuru No: 1616/88).

Diğer taraftan, daha çok uluslararası tahkim yargılamalarında “*right to be heard*” yerine aşağıda, hukuki dinlenilme hakkını ifade etmek üzere kullanılan kavramlardan biri olan “*iddia ve savunma hakkı*” (*right to present its case*) kavramı kullanılmaktadır. Bkz. MTO Tahkim Kuralları’nın 23. maddesi; Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi Tahkim Kuralları’nın 14. maddesi (“*putting its case*”).

⁴²⁸ “*Hukuk Muhakemeleri Kanununun “Hukuki dinlenilme hakkı” başlıklı 27. maddesine göre, davanın tarafları, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler. Bu hak; yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkı ile mahkemenin açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini, kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içermektedir. Hukuki dinlenilme hakkı, Anayasanın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsurudur. Zira insan onurunun yargılamadaki zorunlu bir sonucu olarak, yargılama süjelerinin, yargılamada şeklen yer*

güvence altına alınması ve uygulanması hukuki dinlenilme hakkın güvence altına alınmasına bağlıdır. Bu yönüyle hukuki dinlenilme hakkı yargılamanın özü olarak nitelendirilmekte, yargılamada yerine getirilmesi zorunlu usulî temel bir hak olarak dokunulmaz ve vazgeçilmez olduğu belirtilmektedir.⁴²⁹ Adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkının “*hukuk politikasından bağımsız karakterde olduğu*”, bu hakların yargılama bakımından “*üst değerler silsilesini*” oluşturduğu ifade edilmektedir.⁴³⁰ Bu bağlamda hukuki dinlenilme hakkına aykırılık, bir kanun yoluna başvuru sebebi olduğu kadar, kararın bir üst yargı organı tarafından yapılacak denetiminde re’sen gözétilmesi gereken mutlak bir bozma sebebidir.⁴³¹

Adil yargılanma hakkının, kanun tarafından kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir yargı organı önünde makul sürede ve aleni şekilde yargılanmayı güvence altına alması nedeniyle, hukuki dinlenilme hakkından daha geniş bir anlam taşıdığı vurgulanmaktadır.⁴³² Ancak her iki hakkın da temeli hukuk devleti, insan onuru ve

almaları dışında, tam olarak bilgi sahibi olmaları, kendilerini ilgilendiren yargılama konusunda açıklama ve ispat haklarını tam ve eşit olarak kullanmaları ve yargı organlarının da bu açıklamaları dikkate alarak gereği gibi değerlendirme yapıp karar vermesi gereklidir.” Bkz. Yarg. HGK, E. 2013/22-206 K. 2013/1500, 30.10.2013; ayrıca bkz. Yar. 20.HD, E. 2016/1124 K. 2016/5071, 03.05.2016 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 20.10.2016).

⁴²⁹ Özekes, **Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Sorunları**, s. 1296 ve s.1306. Doktrinde hukuki dinlenilme hakkının bağımsız sübjektif bir usulî insan hakkı olduğu ifade edilmiş, bu yönüyle hukuki dinlenilme hakkının yargı organlarının ötesinde kanun koyucuyu da bağladığı vurgulanmıştır. Ayrıca bkz. Yeşilova, s. 50; Bkz. Hakan Pekcanitez, **Hukuki Dinlenilme Hakkı, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını İzmir 2000**, s. 754. Yazar, “*hukuki dinlenilme hakkının insan onurunun bir gereği olması nedeniyle gerçek bir istisnasının olmadığı*” belirtmektedir (s. 757). Ayrıca bkz. Özekes, s. 30 ve s. 45.

⁴³⁰ Özekes, s. 82. Yazar, hukuki dinlenilme hakkını “doğal bir hukuk ilkesi” şeklinde nitelendirmektedir. Bu çerçevede, hukuki dinlenilme hakkı, adalet ve hakkaniyetin gereği olarak diğer ilkelerden farklı, dürüstlük kuralı gibi genel bir niteliğe sahiptir (bkz. s. 83).

⁴³¹ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 885.

⁴³² Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 846; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 386-387; Pekcanitez, **Adil Yargılama**, s. 38; Pekcanitez, **Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 760; Özekes, s. 30; Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 192; Bolayır, s. 176; Yeşilova, s. 58; Aktepe Artık, s. 363.

Doktrinde, ayrıca, hukuki dinlenilme hakkının ortada bir yargılama olmadığı sürece, kural olarak, ortaya çıkmayacağı ve hukuki dinlenilme hakkının yargı organlarına başvurusu da kapsamadığı dile getirilmektedir. Bkz. Özekes, s. 51-52. Oysa adil yargılanma hakkı, yukarıda ayrıntılı bir şekilde açıklandığı üzere, bir yargı organına erişim de dahil olmak üzere, yargılama öncesi ve hükmün icrasını kapsayacak şekilde yargılama sonrası güvenceleri de içeren daha kapsamlı bir haktır.

Hukuki dinlenilme hakkını düzenleyen HMK’nın 27. maddesinin gerekçesi şu şekildedir: “*Hukuki dinlenilme hakkı, Anayasanın 36 ncı maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsurudur. Zira, insan onurunun yargılamadaki zorunlu bir sonucu olarak, yargılama süreçlerinin, yargılamada şeklen yer almaları dışında, tam olarak bilgi sahibi olmaları, kendilerini ilgilendiren yargılama konusunda açıklama ve ispat haklarını tam ve eşit olarak kullanmaları ve yargı organlarının da bu açıklamaları dikkate alarak gereği gibi değerlendirme yapıp karar vermesi gereklidir. Hukukî dinlenilme hakkı olarak maddede ifade edilen ve uluslararası metinlerde de yer bulan bu hak, çoğunlukla "iddia ve savunma hakkı" olarak bilinmektedir. Ancak, hukukî dinlenilme hakkı, iddia ve savunma hakkı kavramına göre daha geniş ve üst bir kavramdır.*”

insan hakları bilincine dayanmaktadır.⁴³³ Bu bağlamda, hukuki dinlenilme hakkı en eski yargılama ilkesi olarak değerlendirilmektedir.⁴³⁴ Dolayısıyla, hukuki dinlenilme hakkı idari, cezai ve medeni yargıda ve medeni yargı içinde tüm yargı usullerinde ve yargılamanın tüm aşamalarında geçerlidir.⁴³⁵ Hukuki dinlenilme hakkının uygulanmasında esasa ya da usule ilişkin bir kararın söz konusu olmasının bir önemi yoktur; yargılamanın maddi hukuk veya usul hukuku yönünden etkilenmesini sağlayan her kararda hukuki dinlenilme hakkının tüm unsurları ile tanınması gerektiği vurgulanmaktadır.⁴³⁶ Bu gereklilik, yargılamada olduğu kadar, cebri icra süreçleri bakımından da geçerlidir.⁴³⁷ Bu çerçevede, mahkemenin, görev, yetki, dava şartları ve ilk itirazların değerlendirilmesine ilişkin kararlarında veya davayı etkileyen diğer usulî kararlarında kural olarak hukuki dinlenilme hakkının gereklerine uyması gerekir.

Hukuki dinlenilme hakkı sadece ilk derece yargılamasında değil⁴³⁸, kanun yoluna başvuru halinde de geçerlidir.⁴³⁹ Gerek istinaf yargılamasında, gerekse temyiz ve karar düzeltme gibi olağan kanun yollarına veya olağanüstü kanun yolu olarak

⁴³³ “Hukuki dinlenilme hakkının inkarı, sadece bir usûl ilkesinin reddi olmayıp, kişilik değerinin, insan onurunun da inkarıdır demek, yanlış olmayacaktır.” Bkz. **Özekes**, s. 22-23; Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 846.

⁴³⁴ **Özekes**, **Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Sorunları**, s. 1296. “Hukuki dinlenilme hakkını garanti etmeyen devlet düşünülemez.” Bkz. Pekcanitez, **Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 757. “Bu hak için hukuk devleti bakımından yargılamanın Magna Carta’sı demek yanlış olmayacaktır.” Bkz. **Özekes**, s. 40.

⁴³⁵ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 864; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 386-387; **Özekes**, s. 24; Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 206; Pekcanitez, **Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 763; **Aktepe Artık**, s. 371; **Çakın**, s. 71; **C.Korkmaz** s. 238. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ve özellikle geçici hukuki koruma kararlarında tarafların hukuki dinlenilme hakkının olup olmadığı, bu hakka uyulup uyulmadığı konusuna da kısaca değinmek gerektiği düşüncesindeyiz. Başta ihtiyati tedbir kararları olmak üzere, geçici koruma tedbirlerine hükmedilmesi esnasında, talepte bulunanın haklarının derhal korunmasına yönelik olarak, tedbir kararının doğası gereği, hakim tedbir kararının muhatabını (karşı tarafı) dinlemeden karar verebilmektedir. Ancak bu şekilde tedbir kararı verilmesinin hukuki dinlenilme hakkının ihlaline yol açmadığı açıktır. Bkz. Pekcanitez, **Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 764. Zira talepte bulunanın haklılığını yaklaşık olarak ispat etmesine ve haksız olması durumunda karşı tarafın zararını karşılamak üzere bir teminat göstermesine bağlı olan bu gibi durumlarda, tedbir kararının muhatabına itiraz hakkı tanınarak sonradan dinlenilmesine olanak sağlanmaktadır (HMK m.394). bu açıdan geçici hukuki koruma tedbirinin muhatabı açısından hukuki dinlenilme hakkının ortadan kalkmayıp sadece bir süre ertelendiğini kabul etmek gerekir. Ayrıca bkz. **Özekes**, s. 214-215; Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 206.

⁴³⁶ **Özekes**, s. 199; **Aktepe Artık**, s. 370..

⁴³⁷ **Özekes**, **Temel Haklar ve İlkeler**, s. 142-143. Yazar, cebri icranın niteliği gereği, hukuki dinlenilme hakkının tanınmasında bazı farklılıklar olabileceğini dile getirmektedir; bu çerçevede, bilgilendirme ve açıklama / ispat haklarının kullanımının icrai işlemiden sonraya bırakılması gibi cebri icraya özgü bazı zorunlulukların olabileceğinin altını çizmektedir. Ayrıntılı incelemeler için bkz. s. 142 vd.

⁴³⁸ Yargı organlarının gerek ara gerekse nihai kararlarını verirken hukuki dinleme hakkına uymaları zorunludur. Doktrinde, mahkemelerin “*usûlî kazanılmış hak doğursa dahi, hukuki dinlenilme hakkını ihlal eden ara kararlarından dönebileceği*” belirtilmektedir. Bkz. **Özekes**, s. 205; **Özekes**, **Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Sorunları**, s. 1301; **Aktepe Artık**, s. 371.

⁴³⁹ Pekcanitez, **Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 765; Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 206.

yargılamanın iadesine başvurularda, hukuki dinlenilme hakkının varlığını koruduğu tartışmasızdır.⁴⁴⁰

Doktrinde, hukuki dinlenilme talebinin bireyler için bir hak, bu hakka uyulmasının ise tüm yargı organları için bir ödev olduğu vurgulanmaktadır.⁴⁴¹ Dolayısıyla, devletler hukuki dinlenilme hakkının unsurlarının hak sahiplerince kullanılabilmesi için gerekli hukuki ve fiili ortamı oluşturmakla yükümlüdür, hakkı kullanıp kullanmamak hak sahibinin inisiyatifindedir.⁴⁴²

Hukuki dinlenilme hakkı, bir uyumsuzluğu maddi gerçeğe en yakın biçimde ve en adil şekilde çözümleyebilmek adına yargılama hukukunun elindeki en önemli ve güçlü silahtır. Bu çerçevede, hukuki dinlenilme hakkına uygun olmayan bir yargılamanın etkin hukuki korumayı da sağlayamayacağı ortadadır.⁴⁴³ Dolayısıyla bu hakkın insan onuru ve hukuk devletinin gerekleri çerçevesinde yüceltilmesi ve korunması adil yargılanma hakkının amaçlarının hayata geçirilmesi açısından da hayatidir. Bu amaçlar arasında belki de en önemli olanı, yargılananlara yargılamaya etki edebilme olanağı verilerek, yargılama sonucunda verilen hükme adeta razı olmalarını ve böylece hükmün -mümkün olduğunca icra organlarını işletmeksizin- taraflarca kendiliğinden icra edilmesini sağlamaktır.

Hukuki dinlenilme hakkı ile hukuki korunma talebi arasında da sıkı bir ilişki vardır. Ancak hukuki dinlenilme ile hukuki korunma talebinin konuları ve düzenleme alanları farklıdır. Hukuki dinlenilme hakkına uyulmaksızın, hukuki korunma talebinin karşılanması ve böylece hukuki korunmanın sağlanması mümkün değildir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, hukuki korunma, hakkının ihlal edildiğini ileri süren bir kişinin talebi üzerine, yargı organlarınca yürütülen bir yargılama sonucunda, talepte bulunan kişinin sübjektif hakkının gerçekleştirilmesi anlamına gelmektedir. Yargı organları, hukuki korunma talebini cevaplandırırken hukuki dinlenilme hakkının gereklerine uymakla yükümlüdür.

⁴⁴⁰ Pekcanıtez, **Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 765; Özkes, s. 209; Özkes, **Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Sorunları**, s. 1301. Gerek olağan, gerekse olağanüstü kanun yollarına başvuru ve başvurunun kabulüne ilişkin sebepleri düzenleyen hükümlere bakıldığında, temelde adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkına aykırılık hallerinin var olduğu göze çarpmaktadır. Hukuki dinlenilme ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlal edildiği davalarda kanun yollarına başvuru yapılarak bir sonuç elde edilememesi üzerine AİHM'ye başvurulması ve AİHM'nin ihlal kararı vermesi hali ise HMK m. 375/f.1/i hükmü uyarınca açık olarak yargılamanın iadesi sebebi olarak kabul edilmiştir.

⁴⁴¹ Özkes, s. 64; Arslan/Tanrıver, s. 182; Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 205.

⁴⁴² Pekcanıtez/Atalay/Özkes, s. 387; Özkes, s. 46; Aktepe Artık, s. 366; Erdoğan, s. 153.

⁴⁴³ "Hukuki dinlenilme hakkı gerek yalın şekilde hukuki korunma, gerekse gerçek ve etkin hukuki korunmadan ayrı düşünülemez." Özkes, s. 53. Hukuki dinlenilme hakkı ile hak arama özgürlüğü ve hukuki korunma arasındaki ilişki hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Özkes, s. 50-55.

Hukuki dinlenilme hakkı ile ilgili tanımlarda ve kullanılan terimlerde daha çok “kişilerin iddia ve savunmalarını yargılama organı önünde eksiksiz bir şekilde sunabilmeleri” üzerinde durulmaktadır. Bu durum da hukuki dinlenilme hakkının “iddia ve savunma hakkı” (*right to present its case*) ile karıştırılmasına olanak sağlamaktadır. Doktrinde, hukuki dinlenilme hakkının “iddia ve savunma hakkı” olarak bilinmekte olduğu belirtildikten sonra, hukuki dinlenilme hakkının iddia ve savunma hakkından daha geniş ve üst bir kavram olduğunun altı çizilmektedir.⁴⁴⁴ Bununla birlikte, hukuki dinlenilme hakkının, “ilgililerin içinde bulundukları yargılamaya etki edebilme hakkı”, “davanın hakkaniyete uygun dinlenilmesini isteme hakkı” şeklinde ifade olunduğu gibi, “yargı organları önünde meram anlatma ilkesi” ve özellikle uygulamada “savunma hakkı” olarak ele alındığı belirtilmekte, Anayasa’nın 36. maddesindeki iddia ve savunma hakkının medeni usul hukukundaki görünümü olduğu ifade edilmektedir.⁴⁴⁵

Hukuki dinlenilme hakkı, aşağıda ele alacağımız unsurları ile birlikte değerlendirildiğinde, basit bir iddia ya da savunma hakkından çok daha geniş bir alanı kapsamakta, yargılama sonunda verilecek hükümden etkilenecek tüm tarafların yargılamaya yön vererek hakimin hukuki ve vicdani kanaatini değiştirecek imkânlarla sahip olmasını ifade etmektedir. Bu nedenledir ki, hakimin kararını makul ve davaya özgü gerekçelere dayandırması gerekliliği, sürpriz karar yasağı gibi bazı yargılama kuralları hukuki dinlenilme hakkının kapsamındadır. Aynı şekilde, hukuki dinlenilme hakkının ilgilinin basit bir dinlenilmesinden ya da HMK’nın 169 vd. maddelerinde düzenlenen isticvaptan farklı bir anlamı olduğu, bu nedenle de “dinlenme” yerine “dinlenilme” teriminin tercih edildiği ifade olunmaktadır.⁴⁴⁶

⁴⁴⁴ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 863; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 387; **Kuru**, s. 301; **Çakın**, s. 71; **C.Korkmaz**, s. 238. Özekes ise, “iddia ve savunma hakkı”nın bir yandan hukuki dinlenilme hakkının bir unsurunu oluşturan açıklama hakkına yakın bir anlam taşıdığını ve bu nedenle “hukuki dinlenilme hakkı”na göre sınırlı bir anlama sahip olduğunu, diğer yandan, hukuki dinlenilme hakkı dışında daha geniş bir anlamı da taşıdığını belirtmektedir (Bkz. **Özekes**, s. 35).

⁴⁴⁵ Pekcanitez, **Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 754; **Özekes**, s. 34-35; Özekes, **Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Sorunları**, s. 1297.

Yarg. 3.HD, 2016/4094 K. 2016/9002, 06.06.2016 tarihli kararında şu ifade yer almaktadır: “Mahkeme iki tarafa eşit şekilde hukukî dinlenilme hakkı tanıyarak hükmünü vermelidir. Taraflara hukukî dinlenilme hakkı verilmesi anayasal bir haktır. 1982 Anayasası’nın 36. maddesine göre teminat altına alınan iddia ve savunma hakkı ile adil yargılanma hakkı, hukukî dinlenilme hakkını da içermektedir. Yine ... Sözleşmesi’nde de hukukî dinlenilme hakkı, adil yargılanma hakkı içinde teminat altına alınmıştır. Bu hakka, tarafın hâkime meramını anlatma hakkı ya da iddia ve savunma hakkı da denilmektedir. Ancak, hukukî dinlenilme hakkı, bu ifadeleri de kapsayan daha geniş bir anlama sahiptir.” (www.kazanci.com; erişim tarihi: 20.10.2016).

⁴⁴⁶ Özekes, **Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Sorunları**, s. 1296. ““Dinlenilme”, anlam olarak sadece söyleneni basit anlamda duymayı değil; bir taraf dinlerken diğer tarafın bu yönde bir talebinin bulunmasını ve dikkate alınmayı da barındırdığından, kavramı doğru bir şekilde ifade edebilmektedir.” Bkz. **Özekes**, s. 36.

Hukuki dinlenilme hakkının en temel yargısal hak olması, yargı önünde herkesin bu haktan eşit olarak faydalandırılması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.⁴⁴⁷ Bu anlamda, kişilerin gerçek ya da tüzel kişi, kamu hukukuna tabi ya da özel kişi, vatandaş, yabancı ya da vatansız olması fark etmemektedir.⁴⁴⁸ Hukuki dinlenilme hakkının yabancılar açısından uygulanması konusunda ise karşılıklılık şartının aranmayacağı dile getirilmiştir.⁴⁴⁹ Gerçekten de kişilerin hukuki dinlenilme hakkından faydalandırılmaları herhangi bir koşul ya da şarta bağlanamaz. Herkesin bu haktan eşit ve etkin bir biçimde faydalandırılması gerekmektedir. Zira, hukuki dinlenilme hakkı, temel bir yargısal insan hakkı ve kişilerin yargı önündeki varoluş aracıdır. Taraf veya dava ehliyeti olmayan kişiler de hukuki dinlenilme hakkı sahibi olmakla birlikte, bu kişiler haklarını temsilcileri vasıtasıyla kullanabilmektedirler.⁴⁵⁰

Dava arkadaşlığında da her bir dava arkadaşının hukuki dinlenilme hakkı mevcuttur.⁴⁵¹ Dolayısıyla, ihtiyari veya mecburi dava arkadaşlığında, dava arkadaşları birbirlerinden bağımsız olarak hukuki dinlenilme hakkı kapsamındaki güvencelerden faydalanabileceklerdir. Bu çerçevede, örneğin adi ortaklık temelli bir konsorsiyum veya *joint-venture* gibi iş ortaklıklarına karşı açılan davalarda veya iş ortaklarının açacağı davalarda, bir dava arkadaşı, diğer dava arkadaş(lar)ının onayına gerek kalmaksızın açıklama ve ispat hakkını kullanabilecektir.

Adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak uluslararası hukukta kabul edilen temel yargılama ilkelerine⁴⁵² ve anayasal zemine dayanan hukuki dinlenilme hakkı, HMK'da da “yargılamaya hakim olan ilkeler” arasında sayılmaktadır. Dolayısıyla, hak sahiplerinin kullanmayarak feragat edebilecekleri bu hak, yargı organları

⁴⁴⁷ Doktrinde hukuki dinlenilme hakkının tarafların karşılıklı dinlenilmesinin bir sonucu olarak AİHS m.6/f.3 ile de korunan ve “tarafların iddialarını ileri sürmek ve bu iddiaların yargı organı tarafından dinlenmesini sağlamak konusunda eşit hak ve yetkilere sahip olduğu” anlamını taşıyan silahların eşitliği ilkesi ile çok yakın ilişkili olduğu, silahların eşitliğinin hukuki dinlenilme hakkının olmazsa olmaz koşulu olduğu dile getirilmiştir. Bkz. Pekcanitez, **Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 759; Yeşilova, s. 59.

⁴⁴⁸ Erdönmez, Pekcanitez **Usûl**, s. 864; Özekes, s. 254-255 ve s. 257; Özekes, **Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Sorunları**, s. 1299; Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 205; Aktepe **Artık**, s. 368.

⁴⁴⁹ Pekcanitez, **Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 762; Özekes, s. 257; Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 205.

⁴⁵⁰ Özekes, s. 254-255; Özekes, **Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Sorunları**, s. 1300; Erdoğan, s. 151; Aktepe **Artık**, s. 368.

⁴⁵¹ Özekes, s. 256-257; Aktepe **Artık**, s. 368.

⁴⁵² Pekcanitez, **Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 761-762. Başta BM İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi olmak üzere, adil yargılanma hakkının düzenlendiği tüm uluslararası metinler aynı zamanda hukuki dinlenilme hakkının da güvencesini oluşturmaktadır.

tarafından uyulması zorunlu, re'sen dikkate alınması gereken bir ilkedir.⁴⁵³ HMK'nın 27. maddesi uyarınca “*Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler.*”

Görüldüğü üzere kanun sadece dar anlamda yargılamanın taraflarının, yani davacı ve davalının değil, “müdahiller” ve “yargılamanın diğer ilgililerinin” hukuki dinlenilme hakkına sahip olduğunu belirtmiştir. Doktrinde de, yargılamanın tarafları dışında, müdahiller ve “yargılama konusu ile ilgili olanların” da, kendi haklarıyla bağlantılı ve orantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahip oldukları ifade edilmiştir.⁴⁵⁴ HMK’da çok doğru bir şekilde düzenlendiği üzere, bir yargılamada yer almış olan ve yargılama sonucunda verilecek hükmün hakkında etki doğuracağı herkes yani geniş anlamda yargılamanın tarafları hukuki dinlenilme hakkına sahip kişiler olarak kabul edilmelidirler.⁴⁵⁵ Kanun’da belirtilen müdahiller HMK m. 61 vd. hükümlerince davanın ihbar edildiği üçüncü kişileri, m. 65 ve 66’da düzenlenen asli

⁴⁵³ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 885; **Özekes**, s. 65.

⁴⁵⁴ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 865-866; **Kuru**, s. 301; Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 206. “*Genel anlamda bir yargılamanın süjesi olabilecek ve yargılamadan hakkı etkilenecek kişilerin hukuki dinlenilme hakkı söz konusu iken ya da bu tartışılabilirken, yargılamada yer alsa dahi yargılamanın süjesi konumunda olmayanların hukuki dinlenilme hakkından söz edilemez.*” Bkz. **Özekes**, s. 253.

⁴⁵⁵ **Aktepe Artık**, s. 368; **Demircioğlu**, s. 108. Bu noktada yargılamaya fiilen katılmamış olan, ancak hükümden etkilenecek üçüncü kişilere hukuki dinlenilme hakkının tanınıp tanınmadığı meselesinin doktrinde tartışmalı olduğunu belirtmek gerekmektedir. Doktrinde haklı olarak kesin hükmün subjektif etkisine (kesin hükmün hangi taraflar/kimin üzerinde etki yaratacağı) giren herkesin her zaman hukuki dinlenilme hakkına sahip olmayabileceği ifade edilmekte, özellikle statü davalarında kimlerin hukuki dinlenilme hakkına sahip olması gerektiğine önem verilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Bkz. **Özekes**, **Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Sorunları**, s. 1300. Ayrıca, “dinlenilme hakkı hukuki olduğundan, hükümden hukuken değil de ekonomik olarak etkilenen kişilerin hukuki dinlenilme hakkına sahip olmadıkları” da dile getirilmektedir. Bkz. **Pekcanitez**, **Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 763. **Özekes**’e göre de, “*üçüncü kişilerin korunan yararı, sadece ekonomik veya manevi bir yarar ise ya da mevcut ve güncel bir hak olmayıp beklenen bir hakka ilişkinse yahut tarafların bir başkasının rızasına ihtiyaç duymadan serbestçe tasarruf edebilecekleri bir hususta, bu durumda onun hukuki dinlenilme hakkının varlığından da söz edilemez. Bu sebeple, tüm yargılama boyunca her ilgiliye hukuki dinlenilme hakkı tanımak gerekmez. Yargılamadan ve karardan –özellikle madden ve doğrudan hukuki olarak- hakkı veya menfaati etkilenen kişilerin hukuki dinlenilme hakkı vardır*” (bkz. s. 281). Sorun özellikle hükümden etkilenen kişi sayısının fazla olduğu topluluk davaları gibi davalar açısından önem arz etmektedir. Bu konuda, kollektif hukuki yarara dayalı topluluk davalarında hükümden etkilenecek herkese hukuki dinlenilme hakkı tanınmanın, usûl ekonomisi açısından yargılamaya getireceği yük ile hükümden etkilenecek herkese hukuki dinlenilme hakkının tanınmaması arasında bir denge gözetilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. **Taşpolat Tuğsavul**, s. 140-141; **Demircioğlu**, s. 109. Topluluk davaları dışında, örneğin bir tüzel kişinin statüsünü belirleyen yargılamalarda, bundan doğrudan etkilenen kişilere hukuki dinlenilme hakkının tanınması gerektiği ifade olunmaktadır. Ayrıca iflas davasında alacaklıların hukuki dinlenilme hakkına sahip oldukları belirtilmektedir (bkz. **Özekes**, s. 288-289). Kesin hüküm üçüncü kişiler üzerindeki etkisi ile söz konusu kişilerin dinlenilmesi arasında doğrudan bir bağ kurulmasının mümkün olmadığı haklı olarak dile getirilmektedir. Hükümden etkilenen üçüncü kişilerin hukuki dinlenilme hakkına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Özekes**, s. 276-290.

ve fer'i müdahaleye ilişkin hükümler çerçevesinde yargılamaya müdahil olanları⁴⁵⁶, “yargılamanın diğer ilgilileri” ifadesi ise yargılamaya herhangi bir şekilde etki etmiş tüm ilgilileri, yani dava konusu ile ilgili ispat faaliyetini de kapsayacak şekilde düşünüldüğünde, tanık ve bilirkişileri, uzman görüşü verilmiş ise uzmanı yani “yargılamaya katılanları” ifade edecek şekilde anlaşılmalıdır.⁴⁵⁷ Aksinin kabulü halinde, hukuki dinlenilme hakkının varlığı ve tanınması ile yargılamadan beklenen

⁴⁵⁶ HMK m. 65’de düzenlenen asli müdahale davasının, kanunun açık düzenlemesi karşısında asıl davadan ayrı bir dava olarak kabul edilmesi sebebiyle, bu davada da davanın tarafları ve tüm ilgililer hukuki dinlenilme hakkına sahip olacaklardır. Dolayısıyla m. 27’de yer alan “müdahiller” ifadesinin daha çok fer’i müdahilleri işaret ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Ayrıca bkz. **Özekes**, s. 260. Bununla birlikte, doktrinde, fer’i müdahillerin yargılamaya yanında katıldıkları tarafın aksine hukuki dinlenilme hakkına sahip olmadıkları zira fer’i müdahilin yetkilerinin hukuki dinlenilme hakkına uygun olmadığı dile getirilmiştir. Bkz. **Erdoğan**, s. 152; Pekcanitez, **Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 763. Yazar, fer’i müdahilin, yargılamaya yanında katıldığı tarafın açıklamalarına aykırı düşecek açıklamalarda bulunamayacağını, bu durumun ise fer’i müdahile kendisini gereği gibi savunabilme ve hukuki dinlenilme hakkını kullanabilme imkânını tanımadığını ifade etmiştir. Gerçekten de HMK m.68/f.2’de, “müdahilin, yanında katıldığı tarafın yararına olan iddia veya savunma vasıtalarını ileri sürebileceği, onun işlem ve açıklamalarına aykırı olmayan her türlü usûl işlemlerini yapabileceği” düzenlenmektedir. Dolayısıyla, fer’i müdahilin yargılamanın taraflarının sahip olduğu ölçüde ve şekilde hukuki dinlenilme hakkına da sahip oldukları söylenemez. Bkz. **Özekes** s. 261. Diğer taraftan, fer’i müdahale ve davanın üçüncü kişiye ihbarının etkisinin düzenlendiği m. 69/f. 2’de ise, “fer’i müdahilin tarafla rücu ilişkisinde asıl davadaki uyumsuzluk hakkında yanlış karar verildiği iddiasının dinlenmeyeceği” belirtildikten sonra, “ancak müdahil, zamanında ihbar yapılmadığı için davaya geç, katıldığını veya yanında katıldığı tarafın iddia ve savunma imkânlarını kullanmasını engellediğini ya da kendisince bilinmeyen iddia ve savunma imkânlarının, tarafın ağır kusuru sebebiyle kullanılamadığını belirterek, yanında katıldığı tarafın yargılamayı hatalı yürüttüğünü ileri sürebilir.” denilmektedir. Her iki hüküm birlikte değerlendirilecek olursa, fer’i müdahilin, müdahil olduğu yargılamada hukuki dinlenilme hakkının olduğunu, bu hakkın sadece o yargılama açısından müdahilin yanında katıldığı tarafın açıklamaları yönünde sınırlandırıldığı, hukuki dinlenilme hakkının tam olarak kullanılamaması halinin ise, rücu davasında telafi edildiği sonucu çıkmaktadır. Kısaca, müdahil olunan yargılamada fer’i müdahil tarafından ileri sürülemeyen açıklamaların rücu davasında dinlenmesine olanak sağlanmasının hukuki dinlenilme hakkının gecikerek dahi olsa yerine getirilmesi anlamını taşıdığı kanaatindeyiz. Fer’i müdahalenin amacı ve fer’i müdahilin hukuki korunma ihtiyacı bu sonuca varmamızı sağlamaktadır. Aynı yönde bkz. **Aktepe Artık**, s. 369. Fer’i müdahalenin amacı ve fer’i müdahalede hukuki yarar kavramı hakkında ayrıntılı incelemeler için bkz. Hakan Pekcanitez, **Medeni Usûl Hukukunda Fer’i Müdahale**, DEÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1992, s. 21 ve s. 81-85. Ayrıca müdahil olunan yargılamada fer’i müdahilin taraf lehine yapacağı her türlü açıklama, iddia ve savunmalar yönünden hukuki dinlenilme hakkını sonuna kadar kullanabileceği de unutulmamalıdır. Ayrıca bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 391. Fer’i müdahale ve davanın ihbarı halinde, davaya katılan kişilerin hukuki dinlenilme hakkının çerçevesini çizen ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **Özekes**, s. 261-268.

⁴⁵⁷ Doktrinde, bu ifadenin, “çekişmesiz yargıdaki maddi ilgilileri”, diğer bir ifadeyle, çekişmesiz yargı işinden menfaati etkilenen üçüncü kişileri” kapsadığı ifade edilmektedir. Bkz. Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 866-867. Ayrıca, tanık ve bilirkişilerin kendi haklarını etkileyen bir durum olmadığı sürece hukuki dinlenilme hakkına sahip olmayacakları dile getirilmiştir. Bkz. Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 866; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 391; **Özekes**, s. 253; **Özekes**, **Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Sorunları**, s. 1300. Bununla birlikte, **Özekes**, her ne kadar asıl yargılama bakımından dinlenilme hakları bulunmuyorsa da, tanık ve bilirkişilerin hukuki durumlarını etkileyen hallerde, bu kişilere hukuki dinlenilme hakkı tanınması gerektiğini dile getirmektedir (bkz. s. 291). İspat faaliyetinin açıklama hakkı kapsamında davalı ya da davacının hukuki dinlenilme hakkının merkezinde olduğu düşünülürse, tanık, bilirkişi veya uzmanın hukuki dinlenilme hakkına sahip olmadıklarını kabul etmek, dosya kapsamına girecek ve hakim yargılamaya esas alacağı beyanlar açısından tarafların hukuki dinlenilme hakkının ihlaline yol açacak sonuçlar doğurabilecektir. Bu durumda kanımızca ispat faaliyetine dahil olmuş kişilerin yalnızca kendi haklarını etkileyen değil, davanın taraflarının haklarını etkilen durumlarda hukuki dinlenilme hakkına sahip olduklarını kabul etmek daha doğrudur.

menfaatin gerçekleşemeyeceğini kabul etmek gerekir. Bu bağlamda, biz de aşağıda, hukuki dinlenilme hakkının unsurlarına ilişkin yapacağımız açıklamalarda “yargılamanın tarafları” ifadesi ile geniş anlamda yargılamaya katılan ve yargılamadan etkilenecek olan kişilerin bütününe ifade edeceğiz.

Hukuki dinlenilme hakkı, milletlerarası usul hukuku açısından ayrı bir öneme sahiptir. Zira, çalışmamız kapsamında ele alacağımız tüm konular hukuki dinlenilme hakkının farklı yönlerini ilgilendirmektedir. Hukuki dinlenilme hakkı, kapsamının genişliği sebebiyle, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından özel ve hassas bir değerlendirmeyi hak eden, yargılamanın temel birçok ilkesini ortaya koyan ve bu yönüyle de belki de en fazla sorunun yaşandığı hakların başında gelmektedir. Gerek milletlerarası yetki⁴⁵⁸, gerek yabancılık unsurlu uyuşmazlıklarda uygulanacak yargılama kuralları ve gerekse yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi bakımından hukuki dinlenilme hakkına ilişkin birçok sorun ile karşılaşilmektedir.

Yukarıda HMK’nın 27. maddesinde hukuki dinlenilme hakkının düzenlendiğinden ve maddede hukuki dinlenilme hakkının üç ana unsur ve haktan oluştuğunu dile getirmiştik. Aşağıda bu üç temel hak ile ilgili bazı açıklamalara yer vereceğiz. Hukuki dinlenilme hakkının aşağıda açıklanacak unsurları ile ilgili olarak ortak bir nokta vardır ki, o da hukuki dinlenilme hakkının kullanımına yönelik gerekli tüm imkânların devlet tarafından sağlanması, hakkın kullanımına engel olunmaması gerektiğidir. Hukuki dinlenilme hakkı çerçevesinde sunulan güvencelerden faydalanıp faydalanmamak hak sahibine bırakılmalıdır.⁴⁵⁹ HMK’da açıkça düzenlenmese dahi, hukuki dinlenilme hakkına aykırılığın mutlak bir kanun yoluna başvuru ve bozma nedeni olduğu belirtilmektedir.⁴⁶⁰

⁴⁵⁸ Doktrinde, adil yargılanma hakkının unsurları arasında milletlerarası yetki kavramı ile en fazla kesişecek olanın hukuki dinlenilme hakkı olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Esra Dardağan, **Milletlerarası Usûl Hukukunda “Aşkın Yetki” Kavramı, Siyasal Kitabevi Ankara 2005**, s. 61. Gerçekten de, hukuki dinlenilme hakkı, yukarıda incelediğimiz, adil yargılanma hakkının bir diğer önemli unsuru olan mahkemeye erişim hakkı ile birlikte milletlerarası yetki kurallarının adil yargılanma hakkına uygunluğu bakımından üzerinde durulması gereken sorunların kaynağında yer almaktadır. Bkz. “Adil Yargılanma Doktrini Kapsamında Davalının Korunması: Aşırı Yetki Kurallarının Bertaraf Edilmesi” başlıklı bölüm.

⁴⁵⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 387; Özekes, s. 46; Aktepe Artık, s. 366.

⁴⁶⁰ Özekes, s. 323; Aktepe Artık, s. 372. Gerçekten de, HMK “mahkemece, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbirini toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması”nı ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması veya davanın yeniden görülmesi sebebi olarak düzenleyen m. 353 ve “taraflardan birinin davasını ispat için dayandığı delillerin kanuni bir sebep olmaksızın kabul edilmemesi”ni temyiz incelemesi açısından bozma sebebi olarak düzenleyen m. 371 karşısında, hukuki dinlenilme hakkı ihlalinin mutlak bir kanun yoluna başvuru sebebi olacağı açıktır.

2) Hukuki Dinlenilme Hakkının Unsurları

a) Bilgilenme Hakkı

Bilgilenme hakkı, gerek karşı tarafın gerekse yargı organının işlemlerini kapsamaktadır. Dosya içerisine giren ve yargılamaya esas alınan her bilgi ve belgenin bilgilenme hakkı kapsamında olduğu, tarafın bilgi sahibi olmadığı işlem, bilgi veya belgelerin yargılamada esas alınamayacağı ifade edilmektedir.⁴⁶¹ Tarafların, yargılamaya davet edilerek karşı tarafın iddia ve savunmalarından, bu çerçevede ortaya konan vakıa ve bu vakıaların ispatına yönelik delillerden haberdar edilmeleri ve böylece karşı iddia ve savunmalarını ve bunları destekleyecek delilleri ortaya koymalarına imkân sağlanması hukuki dinlenilme hakkının gereğidir.⁴⁶² Bu bağlamda tarafların yargılama kurallarına dayalı haklarını kullanabilmeleri, “doğru zamanda” haberdar edilmelerine bağlıdır.⁴⁶³

Hukuki dinlenilme hakkı, tarafların davadan tam ve eksiksiz bir biçimde haberdar edilmelerini gerektirmektedir.⁴⁶⁴ Bu açıdan, tarafların dosyada yer alan

⁴⁶¹ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 868; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 393; **Özekes**, s. Özekes, **Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Sorunları**, s. 1297; **Erdoğan**, s. 156, 480 nolu dn.; **Yeşilova**, s. 61. Ayrıca bkz. Yarg. 3.HD, E. 2015/4769 K. 2015/14048, 14.09.2015; Yarg. 14. HD, E. 2015/3075 K. 2015/7911, 08.09.2015 (bkz. www.kazanci.com; erişim tarihi: 25.10.2016)

⁴⁶² Nur Bolayır, **Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hakimnin Rolü, Vedat Kitapçılık İstanbul 2014**, s. 153-154; **Yeşilova**, s. 61.

Bkz. Yarg. 15.HD, E. 2014/4394 K. 2015/2504, 13.05.2015: “Bu genel anlatımlar ışığında somut olaya gelince; mahkemece davalıya ön inceleme duruşmasına çağrı kağıdı tebliğ edilmiş, ancak davalı taraf ön inceleme duruşmasına katılmadığı gibi kendisini de vekil ile temsil ettirmemiştir. Mahkemece ön inceleme aşaması Kanunun aradığı tüm koşullara uyulmaksızın tamamlanarak tahkikat aşamasına geçilmiş ise de; davalı taraf 147. maddenin amir hükmüne aykırı bir şekilde duruşmaya davet edilmeksizin davacı taraf beyanına göre hüküm kurulmuştur. Tahkikat aşamasına geçildiğine göre davalı tarafın 6100 Sayılı HMK’nın 147. maddesi uyarınca tahkikat duruşmasına ve aynı Kanunun 186. maddesi gereğince sözlü duruşmaya davet edilmesi zorunludur. Bu yasal zorunlulukların gereği yapıp davalının tahkikat duruşmasına ve sözlü yargılamaya katılması imkânı sağlanmadan davanın esası hakkında hüküm kurulması Anayasanın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olan hukuki dinlenilme hakkına aykırıdır (HMK madde 27).” Ayrıca bkz. Yarg. 15.HD, E. 2014/2075 K. 2015/369, 26.01.2015; Yarg. 12.HD, E. 2014/19718 K. 2014/23678, 14.10.2014 (bkz. www.kazanci.com; erişim tarihi: 20.08.2016). Ayrıca bkz. Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 856, 176 nolu dn.’de belirtilen kararlar.

⁴⁶³ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 488; **Grisel**, s. 87.

⁴⁶⁴ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 393; **Pekcanitez**, **Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 770; **Özekes**, s. 86; **Aktepe Artık**, s. 373. Bkz. AİHM *McMichael – Birleşik Krallık* kararı, prgf. 80 ve 82 (Karar Tarihi: 24.02.1995 / Başvuru No:16424/90). AİHM bu kararda, ana-babanın açtığı velayet davasında sosyal hizmetler dairesi tarafından hazırlanan raporun sadece özetinin taraflara sunulmasını m. 6/f. 1 ile bağdaştırmamış, yargılamanın seyrini etkileyecek bir belgenin taraflara verilmemesini hak ihlali olarak nitelendirmiştir. Buna karşın, AİHM’nin bazı kararlarında “daha az öneme sahip belgelerin yargılamanın taraflarına bildirilmemesinin, hakimnin kararını etkilememesi koşuluyla, ihlal kararı verilebilmesi için yeterli saymadığı” belirtilmektedir. Bkz. **Çayan**, s. 113. AİHM’nin bu görüşü eleştiriyi açıktır. Zira bir bilgi ya da belgenin, yargılamanın seyrini değiştirecek veya hakimnin kararını etkileyecek nitelikte olup olmadığı, tarafların o bilgi veya belgeye karşılık olarak dosyaya sunacakları

bilgi ve belgeleri mahkeme kaleminde inceleyebilecek olmaları veya dosyaya giren yeni bilgi veya belgelerin her an taraflarca takip edilmesi gerektiği, iş yükünün fazlalığı dolayısıyla tarafların bilgilendirilemediği yönündeki iddiaların kabulü mümkün değildir.⁴⁶⁵ Hakkında hüküm tesis edilecek kişilerin yargılamadan haberdar edilmemesi düşünülemez. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kararlarında bu husus üzerinde durmaktadır.⁴⁶⁶ Yargıtay da, bilgilendirme hakkının ihlalini, özellikle “taraf teşkiline aykırılık” kavramı altında incelemekte, ancak taraf teşkili sağlandıktan sonra davanın esastan incelenmesine geçilebileceğinin altını çizmektedir.⁴⁶⁷ Bilgilendirme hakkı bakımından hukuki dinlenilme hakkının gereklerine uygun davranılmalıdır. Bu bağlamda, “*bilgilendirme hakkının ihlali değil, gerçekten sağlanmaya çalışılması*” esastır.⁴⁶⁸

Bilgilendirme (ve dolayısıyla adil yargılanma) hakkının sağlanması bakımından tebligat önemli bir araçtır.⁴⁶⁹ Bilgilendirme hakkı açısından belirli bir şeklin olmadığı, bazı hallerde tebliğ, bazı hallerde ise davanın taraflarına bizzat bildirimin yeterli olacağı ifade edilmektedir.⁴⁷⁰ Ayrıca, taraf yerine vekilinin bilgilendirilmesi ve

başka bilgi veya belgelerin önemine göre değişecektir. Bu açıdan “önemsiz” görülerek taraflara sunulmayan bir bilginin yargılamanın seyrini etkileyecek olup olmadığına karar vermek, çoğu zaman pek mümkün olmayacaktır. AİHM, bilirkişi raporunun davacıya gösterilmemesi veya davaya esas alınan belgelerin (çeklerin) asıllarının değil suretlerinin incelenmesi yoluna gidilmesi gibi durumlarda m. 6/f. 1’ in ihlal edildiği sonucuna varmıştır. bkz. AİHM *Mantovanelli – Fransa* kararı, (Karar Tarihi: 18.03.1997 / Başvuru No: 21497/93); AİHM *Georgios Papageorgiou – Yunanistan* kararı (Karar Tarihi: 09.05.2003 / Başvuru No: 59506/00). Ayrıca bkz. AİHM *Niederöst ve Huber – İsviçre* kararı (Karar Tarihi: 18.02.1997; Başvuru No: 18990/91).

⁴⁶⁵ Çayan, s. 113; Yeşilova, s. 61.

⁴⁶⁶ Örneğin duruşmanın kendisine bildirilen tarihten önce yapılması nedeniyle duruşmaya katılamayan başvuru hakkının adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğine hükmetmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 2012/603 sayılı Faik Gümüş Başvurusu ile ilgili verdiği 20.02.2014 tarihli kararı (RG. 19.03.2014, S. 28946). Ayrıca bkz. C.Korkmaz, s. 238.

⁴⁶⁷ Üstündağ, s. 261. Yazar, taraf teşkili ilkesinin, sadece tarafların yargılamadan haberdar edilmesini kapsamadığını, açıklama ve ispat hakkının da bu kapsamda değerlendirildiğini ifade etmektedir. Ayrıca bkz. Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, s. 869; Timuçin Muşul, *Tebliğat Hukuku, Adalet Yayınevi, 6. Baskı, Ankara 2016*, s. 486 ve Yarg. HGK, E. 2011/11-554 K. 2011/684, 23.11.2011; Yarg. 3.HD, E. 2015/4769 K. 2015/14048, 14.09.2015; Yarg. 14. HD, E. 2015/3075 K. 2015/7911, 08.09.2015 (bkz. www.kazanci.com; erişim tarihi: 25.10.2016). Ayrıca bkz.

Taraf teşkili, HMK’nun kabulü ile ilga olan 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun (HUMK.-RG. Tarihi: 02-04.07.2927/sayı: 622-624) 73. maddesine dayanmakta idi. HUMK’da HMK’da olduğu gibi yargılamaya hakim olan ilkeler hüküm altına alınmamış olduğu için, adil yargılanma/hukuki dinlenilme hakkının güvence altına alınmasına yönelik temel hükümler de dağıntık halde, çeşitli konulara ilişkin düzenlemelerden çıkarılmakta idi.

⁴⁶⁸ Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, s. 869; *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, s. 393; *Kaya*, s. 231.

⁴⁶⁹ Seyithan Deliduman, *Tebliğat Giderinin (Zamanında) Yatırılmamasının Sonuçları*, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 309. Ayrıca bkz. Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, s. 488; Ejder Yılmaz/ Tacar Çağlar, *Tebliğat Hukuku, Yetkin Yayınları, Yenilenmiş 6. Baskı, Ankara 2013*, s. 48.

⁴⁷⁰ *Pekcanitez, Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 770; *Özekes*, s. 86; Tanrıver, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 207; *Aktepe Artık*, s. 387.

Buna karşın, üçüncü kişileri ilgilendiren yargılamalarda, bu kişilerin yargılamadan haberdar olmaları HMK’da ayrıca düzenlenmiş olan özel bazı şartlara tabidir. HMK m. 61 vd.’de davanın ihbarı, m. 66

duruşmaya taraf yerine vekilin katılması da AİHS m. 6/f. 1 anlamında ihlâl teşkil etmez. AİHM, AİHS m. 6'nın kişilere mahkeme önünde bizzat bulunma hakkını vermediğini, yargılamanın tarafları arasında silahların eşitliğinin sağlanması şartıyla, tarafın ulaşım zorlukları vb. sebeplerle duruşmada bizzat bulunamaması halinde avukat ile temsilin silahların eşitliği ilkesine uygun bir çözüm olduğunu kabul etmiştir.⁴⁷¹

Bununla birlikte yargılama kapsamında yapılması gereken bir tebliğ söz konusu ise, usul hukuku kurallarına uyulması zorunludur.⁴⁷² Bu bağlamda, 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nda⁴⁷³ öngörülen hükümlere uyulması gerektiği, aksi halde “usulsüz tebligat” nedeniyle hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmiş olacağı açıktır.⁴⁷⁴ Bununla birlikte, usulsüz tebliğe rağmen ilgilinin bir şekilde tebligattan haberdar olması halinde, tebligatın muhatabının tebligatı öğrendiği tarihin esas alınması, bu konuda muhatabın beyanına itibar edilmesi nedeniyle hukuki dinlenilme hakkının ihlalinin de söz konusu olmayacağını belirtmek gerekmektedir (Tebligat Kanunu m. 32).⁴⁷⁵

Bilgilenme hakkı, hukuki dinlenilme hakkının başlangıç noktasıdır. Özellikle re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı yargılamalarda, tarafların bilgilendirilmesi zorunluluğunun daha da ön planda olduğu belirtilmektedir.⁴⁷⁶ Bir yargılama

vd.'de ise fer'i müdahilin yargılamaya katılmasına ilişkin şartlar yer almaktadır. Bu çerçevede, davanın tarafları dışında, özel bir “bilgilendirme” durumu söz konusu olacaktır.

⁴⁷¹ AİHM *Gryaznov – Rusya* kararı, prgf. 44-45 (Karar Tarihi: 12.06.2012 / Başvuru No: 19673/03).

⁴⁷² Milletlerarası usûl hukukunda tebligat konusunda yaşanan sorunlar çalışmamızın ikinci kısmında ayrıca ele alınacaktır. Yabancılık unsuru içermeyen davalarda tebligata ilişkin hükümlerin yanlış uygulanması sonucunda tarafların bilgilendirilmesine olanak sağlanmaması ve böylece hukuki dinlenilme haklarının ihlaline ilişkin birçok Yargıtay kararına rastlamak mümkündür. Duruşmadan haberdar edilmeyen tarafların duruşmaya gelmemiş olmaları nedeniyle dosyanın işlemiden kaldırılması, duruşma tutanağında belirtilen günden farklı bir günde duruşma yapılması gibi usûlî hatalar bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bkz. Yarg. HGK, E. 2008/17-588 K. 2008/573, 24.09.2008 (www.kazanci.com; erişim tarihi: 26.10.2016). Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 2012/603 sayılı Faik Gümüş Başvurusu ile ilgili verdiği 20.02.2014 tarihli kararı (RG. 19.03.2014, S. 28946). Yargıtay'ın tebligat mevzuatına aykırılık teşkil eden uygulamalar ile ilgili kararları için bkz. **Aktepe Artık**, s. 390.

⁴⁷³ R.G. 19.02.1959 Sayı: 10139.

⁴⁷⁴ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 869. AİHM *Ern Makina San. ve Tic. Aş. – Türkiye* kararı, prgf. 31-34 (Karar Tarihi: 03.05.2007 / Başvuru No: 70830/01). Ayrıca AİHM “duruşma tarihine ilişkin bildirimlerin, tarafların duruşmaya katılımlarını sağlayacak bir zamanda ve tarafların anlayacağı bir dille yapılmasını” aramaktadır. Bkz. **Aktepe Artık**, s. 377. Doktrinde “tebligat hukukunun varlığının, bizzat hukuki dinlenilme hakkının gereği olduğu” ifade edilmektedir. Bkz. **Özekes**, s. 99.

Usûlsüz tebliğin hakim tarafından re'sen nazara alınması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. **Muşul**, s. 512. Aksi görüşte bkz. Derya Belgin Güneş, **Tebliğ Yokluğu, İÜHFM Cilt: 74 Sayı: 1 (2016)**, s. 225. Yazar, tebliğ yokluğunun ise hakim tarafından re'sen nazara alınması gerektiğini ifade etmektedir. Usûlsüz tebliğin hakim tarafından re'sen nazara alınması gerekip gerekmediği konusunda, Yargıtay farklı kararlar vermektedir. Bkz. **Güneş**, s. 225.

⁴⁷⁵ Pekcanitez, **Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 771; **Özekes**, s. 104; Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 207; **Aktepe Artık**, s. 392.

⁴⁷⁶ **Özekes**, s. 90.

tarafların bilgisi olmadan başlayamayacağı gibi, yargılama sırasında taraflarca kullanılabilecek iddia ve savunma imkânlarının etkin bir biçimde kullanılması açısından taraflara verilecek sürelerin başlangıcının da bilgilenme hakkının gereklerinin yerine getirilmiş olmasına bağlı olduğunun altı çizilmelidir. Gerçek anlamda bir istisnası olmayan bu hakkın ihlali gerek olağan gerekse olağanüstü kanun yollarına başvuru sebebidir.⁴⁷⁷

Yargılama sırasında dosyaya giren her türlü “dava malzemesi”nin görülmesinin engellenmesi kural olarak (istisnai haller dışında) hukuki dinlenilme hakkının ihlalidir.⁴⁷⁸ Zira, dosyada yer alan bilgi ve belgelerin taraflarca incelenmesine engel olunması hem bilgilenme hakkını hem de –tarafların haberdar olmadıkları bir konuda açıklama yapamayacakları düşünüldüğünde- açıklama hakkını ihlal eder.⁴⁷⁹ HMK m. 161 uyarınca, taraflar veya fer’i müdahil dava dosyasını zabıt katibinin gözetimi altında inceleme hakkına sahiptirler. Yargılamanın tarafları, dosyanın korunması ve yargılamanın sağlıklı yürütülmesi amacı taşıyan ve bilgilenme hakkının özüne zarar vermeyecek nitelikteki bazı kısıtlamalar dışında dosya içeriğinin bütünü hakkında bilgi sahibi olma hakkına sahiptirler.⁴⁸⁰ HMK m. 161/ f. 2’de “*gizli olarak saklanmasına karar verilen belge ve tutanakların incelenebilmesinin hakim in açık iznine bağlı olduğu*” düzenlenmiştir.

Bilgilenme hakkının kısıtlanması konusunda, özellikle gizliliğe ilişkin kararların alınmasında, bilgilenme hakkı ile meşru amaç (hakka getirilen kısıtlamalar ile korunmak istenen menfaat) arasında belirli bir denge gözetilmesi zaruridir. Yargılamanın taraflarını bilgilenme haklarından yoksun bırakmaya değecek bir menfaatin olması ve hakim inin kararına dayanması şartıyla, dosyadaki bazı bilgi ve belgelere erişim engellenebilir.⁴⁸¹ Öte yandan, yargılamaya katılanların bilgilenme hakkını kısıtlayan kararlar alınması halinde, hak sahipleri açısından ortaya

⁴⁷⁷ “...kendisine usûlüne uygun olarak tebligat yapılmamış olan kimse hakkında süre işlemiş ve hüküm verilmiş ve hatta bu hüküm kesinleşmiş olsa bile bu bir yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılmaktadır.” Bkz. Pekcanitez, **Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 771.

⁴⁷⁸ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 855 ve 873; Pekcanitez, **Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 774, **Özekes**, s. 93; Tanrıver, **Adil Yargılama Hakkı**, s. 207; **Yeşilova**, s. 61; **Aktepe Artık**, s. 384; **Grisel**, s. 88.

⁴⁷⁹ **Özekes**, s. 93.

⁴⁸⁰ Taraf aleniyeti kavramı ile ilgili olarak bkz. Pekcanitez, **Aleniyet**, s. 408-409; **Özekes**, s. 94, 29 nolu dn, **Özekes**, **Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Sorunları**, s. 1297; **Aktepe Artık**, s. 386-387.

⁴⁸¹ **Çayan**, s. 113-114. Ayrıca bkz. AİHM Khan – Birleşik Krallık kararı, prgf. 34-40 (Karar Tarihi: 12.05.2000 / Başvuru No: 35394/97).

çıkabilecek güçlüklerin başka bazı olanaklar tanınmak suretiyle dengelenmesi gerektiği dile getirilmektedir.⁴⁸²

Uygulamada özellikle tebligat ve davetiyeler konusunda sıkıntılar yaşandığı, bazı özel durumlarda meşruhatlı davetiye gönderilmesi gerekirken yeterli araştırma yapılmadan ilan tebligat yoluna gidildiği belirtilmektedir.⁴⁸³ İlan tebligat başvurulacak son çaredir; bu tür usulî hataların bilgilenme ve dolayısıyla da adil yargılanma hakkına aykırı olduğu bir gerçektir.⁴⁸⁴ AİHM, iddia ve savunma hakkının yani hukuki dinlenilme hakkının kısıtlanmaması şartıyla ilan tebligat (*public notice*) yapılabileceğini kabul etmektedir.⁴⁸⁵ AİHS'e taraf devlet mahkemelerinin gerekli tüm araştırmaları yapmış olması halinde, ilan tebligat yoluna başvurulması davalının adil yargılanma hakkını ihlal etmeyecektir. Bu konuda milletlerarası usul hukuku bakımından yaşanan adil yargılanma hakkı ihlallerine çalışmamızın ikinci bölümünde değinilecektir.⁴⁸⁶

b) Açıklama ve İspat Hakkı

Bir yargılamada taraflar yargılamadan bekledikleri sonucu elde etmek amacıyla yargılama kuralları çerçevesinde açıklama yapma hakkına sahiptirler. Açıklama hakkı, savunma hakkı ile doğrudan ilgili olan ve yargılamanın özünü oluşturan haklardan biridir. Yargılamanın tüm taraflarını ilgilendiren açıklama hakkının hukuki dinlenilme hakkı içinde özel bir öneme sahip olduğu bir gerçektir.⁴⁸⁷ Zira, “bilgilenme” ve “dikkate alınma” daha çok yargılama organı tarafından gerçekleştirilen ve uygulanacak hükümler bakımından hakimin takdir hakkını kullanmasına elverişli olmayan haklar iken, açıklama hakkı kanun ile taraflara verilmiş, tarafların yargılamada varlık gösterebilmelerini sağlayan tek araçtır. Dolayısıyla, bu hakkın, yargılama kurallarına uygun bir biçimde yorumlanmaması ve

⁴⁸² Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 335. Ayrıca bkz. AİHM Doorson – Hollanda kararı, prgf. 76 (Karar Tarihi: 26.03.1996; Başvuru No: 20524/92) ve AİHM Van Mechelen ve Diğerleri – Hollanda kararı, prgf. 54 (Karar Tarihi: 23.04.1997; Başvuru No: 21363/93; 21364/93; 21427/93; 22056/93).

⁴⁸³ Özekes, *Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Sorunları*, s. 1302. Ayrıca bkz. AİHM Davran – Türkiye kararı, prgf 41-46.(Karar Tarihi: 03.11.2009 / Başvuru No: 18342/03)

⁴⁸⁴ Pekcanitez, *Adil Yargılama*, s. 52. Ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Özekes, s. 101- 103.

⁴⁸⁵ AİHM Nunes Dias – Portekiz (kabul edilmezliğe ilişkin) kararı(Karar Tarihi: 10.04.2003 / Başvuru No: 69829/01 ve 2672/03). Ayrıca bkz. Florence Benoît-Rohmer, *Droit à un procès équitable et droits de la défense*, RTD. Eur 2013, s. 683.

⁴⁸⁶ Bkz. “Yurt Dışında Yapılan İlan Tebligata İlişkin Sorunlar” başlıklı bölüm.

⁴⁸⁷ Özekes, s. 107. Ayrıca bkz. Yarg. 7. HD, E. 2013/15634 K. 2013/23731, 27.12.2013; Yarg. 9. HD, E. 2001/16452 K. 2002/1623, 29.01.2002; Yarg. 3.HD, E. 2002/6037 K. 2002/6435, 04.06.2002 (bkz. www.kazanci.com; erişim tarihi: 10.10.2016).

uygulanmaması hukuki dinlenilme ve adil yargılanma haklarının ihlaline yol açacaktır.⁴⁸⁸

Yargılamanın taraflarına, yargılama sonunda verilecek hükme etki edecek şekilde görüşlerini açıklayabilme olanağının verilmesi olarak tanımlanan “açıklama hakkı”, yargılamaya esas olan vakıalar ile bunların ispatına ilişkin faaliyeti ve hukuki sebepleri kapsamaktadır.⁴⁸⁹ Ayrıca, yabancı hukuk kurallarının, örf-adet kurallarının, mahkeme kararları ve bilimsel görüşlerin de açıklama hakkının kapsamında olduğu belirtilmektedir.⁴⁹⁰ Dava ile ilgisi olmayan konuların hukuki dinlenilme hakkının kapsamında olmadığı belirtildikten sonra, nelerin dava ile ilgili olduğuna, hangi açıklamaların davanın sonucu açısından önemli olduğuna karar vermenin özellikle yargılamanın başında hiç de kolay olmadığı dile getirilmektedir.⁴⁹¹

Açıklama hakkı, yabancılık unsuru içeren davalarda ayrı bir önemi haizdir. Türk vatandaşları açısından açıklama hakkı kapsamında düşünülmeyen dil ve tercüman sorunu yabancıların açıklama haklarını kullanmalarında ciddi sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Zira yargılama dilini bilmeyen bir kişi, açıklama hakkını ne sözlü ne de yazılı olarak kullanabilecektir.⁴⁹²

Açıklama hakkının kullanımına engelleyebilecek olan, usul ekonomisi bakımından düzenleniş amacını anlamakla birlikte, nasıl uygulanacağını tam olarak anlayamadığımız bir hüküm de HMK m. 129/f. 1/b bendinde yer alan hükümdür. Cevap dilekçesinin içeriğini düzenleyen bu hüküm gereğince, davalı, cevap dilekçesinde, davacının ve kendisinin adı-soyadı ve adresini ve kendisinin Türkiye

⁴⁸⁸ Yarg. 19.HD, E. 2013/18660 K. 2014/2755, 12.02.2014: “Dava, borçlu olunmadığının tespitine ilişkindir. Somut olayda yazılı yargılama usûlüne tabi bu davada davalı vekilinin yetki ilk itirazını havi cevap dilekçesi davacıya tebliğ edilmeden dosya üzerinden karar verilmiş olması davacının savunma hakkının ve hukuki dinlenilme hakkının (H.M.K.nın 27.md.) 2. fıkrasında yer verilen açıklama yapma ve ispat hakkının ihlali ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlali niteliğindedir. Kaldı ki davalı yönünden de 1 ay süre ile cevap süresi uzatım kararı verildiği halde adı geçen davalının cevap dilekçesinin sunulmasını beklemeden temyize konu yetkisizlik kararının verilmesi de usûl ve yasaya aykırıdır.” Ayrıca bkz. Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 875, 209 nolu dn.’de belirtilen kararlar.

⁴⁸⁹ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 874; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 393-394; Pekcanitez, **Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 775-777; **Özekes**, s. 108; **Özekes**, **Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Sorunları**, s. 1298; **Aktepe Artık**, s. 393 ve s. 396-397; **Bolayır**, s. 158-159; **Erdoğan**, s. 157-158.

⁴⁹⁰ **Özekes**, s. 137-139; **Aktepe Artık**, s. 401.

⁴⁹¹ Pekcanitez, **Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 776.

⁴⁹² Aşağıda, adli yardım ile ilgili bölümde bu sorun ayrıca ele alınacaktır. Zira tercüman hakkı, ceza yargısının aksine medeni yargıda ücretsiz sağlanabilen bir hak değildir. Dolayısıyla, maddi imkânları yeterli olan yabancılar, çoğu zaman ücretini kendilerinin karşıladıkları avukatları aracılığıyla açıklama haklarını kullanabilmektedir. Maddi durumu avukatlık veya tercümanlık hizmetlerini karşılamaya yeterli olmayan yabancılar ise adli yardımın sağlanması adil yargılanma hakkının önemli gereklerindendir. Çalışmamızın ikinci bölümünde inceleneceği üzere, gerek adli yardımın karşılıklılık koşuluna bağlanması, gerekse diğer yapısal sorunlar dolayısıyla, adli yardım kurumu, adil yargılanma hakkının gerekleri ile tam olarak uyumlu bir biçimde işletilememektedir.

dışında yaşıyor olması halinde, “dava ile ilgili işlemlere esas olmak üzere yurt içinde bir adres” göstermekle yükümlüdür. Yurt dışında yaşayan ve Türkiye’de herhangi bir adres gösteremeyen yabancı davalılar açısından yaptırım ise –eksikliğin hakim tarafından verilen bir haftalık kesin sürede giderilmemesi halinde- cevap dilekçesinin verilmemiş sayılmasıdır. Cevap dilekçesinin verilmemesi halinde ise, “davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü vakıaların tamamı inkar edilmiş sayılır” (HMK m. 128). Hükümün amacı, tebligat bakımından kolaylık getirilerek yargılamanın hızlandırılmasıdır.⁴⁹³

HMK m. 129/f. 1/b bendinde düzenlenen bu hüküm ilk bakışta, özellikle yabancılık unsuru içeren davalarda, tarafların Türk hukukuna yeterince hakim olmamaları ve duruşmalara katılmalarının zor olması sebebiyle avukatla takip yoluna gidilmesinden hareketle çok büyük sorunlara yol açmayacak gibi gözüke de, “davalının vekilinin bulunması ve vekilin adresinin cevap dilekçesinde gösterilmiş olmasının davalıyı Türkiye’de bir adres göstermek zorunluluğundan kurtarmayacağı” görüşü⁴⁹⁴ karşısında, adil yargılanma hakkı bakımından incelenmeye muhtaç hale gelmektedir.

Doktrinde ve AİHM içtihatlarında açıkça ifade edildiği üzere, yargılama kurallarının şekilciliğe kaçacak şekilde, çok katı uygulanması adil yargılanma hakkının ihlaline yol açabilmektedir. Yargılama açısından büyük önem taşımayan hata ve eksikliklere dayanarak davanın usulden reddedilmesi halinde adaletin inkârı sonucuna yol açacağı görüşünü,⁴⁹⁵ bu konuda uygulayacak olursak, davalının cevap dilekçesinde Türkiye’de bir adres gösterememiş olmasının cevap dilekçesinin verilmemiş sayılmasına yol açması da adil yargılanma hakkının ihlaline yol açacaktır. Zira, dava dilekçesi bir (davanın uzamasına sebep olmayacak) şekilde ve sorunsuz olarak davalıya tebliğ edilmiş ise ve davalı da kendisine karşı Türk

⁴⁹³ Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1236; Çelikel/Erdem, s. 511.

⁴⁹⁴ Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1236; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 547. Yazarlar, davasını vekil aracılığı ile takip eden kişilere yapılacak tebligatların vekilin adresine yapılacak olsa da, bizzat davalıya tebligat yapılmak istendiğinde, tebligat adresi olarak bu kişilerin Türkiye’de gösterecekleri adreslerin kullanılacağını ifade etmektedir. Ayrıca, Türkiye’de adres gösteren davalının bu adreste bulunuyor veya oturuyor olmasının gerekmediği, bu adresin sadece tebligat yapmak üzere kullanılacağı, mahkeme davalıya tebligat yapmak istediğinde, bu adrese gönderilen tebligatın geçerli olarak kabul edileceği, davalının bu tebligattan haberdar olduğu kabul edilerek sürelerin işlemeye başlayacağı eklenmektedir. Kanımızca bu görüşler kabul görebilecek nitelikte değildir. Zira, mahkemenin de davalının orada oturmadığını veya bulunmadığını bildiği bir “sözde” adrese tebligat yaparak sürelerin işlemeye başlayacağını kabul etmek, açıklama hakkı kadar bilgilenme hakkının da ihlali sonucunu doğuracaktır. Davalıya bu sözde adresi bildirme yükümlülüğünü yüklemenin adil yargılanma hakkının özüne aykırı olacağı düşüncesindeyiz.

⁴⁹⁵ Grisel, s. 83; Sudre, s. 420. Ayrıca bkz. AİHM *Walchli – Fransa* kararı, prgf 29 (Karar Tarihi: 26.07.2007 / Başvuru No: 35787/02).

mahkemelerinde açılmış olan davaya cevap dilekçesini sunmuş ise, burada davalının yurt içinde bir adres göstermemesi nedeniyle yargılamanın uzayacağından bahsedilemeyecektir. Hükümün bu şekliyle uygulanması, davalının açıklama ve dolayısıyla adil yargılanma hakkını ihlal edebilecektir.

Yargılamanın makul sürede tamamlanması adil yargılanma hakkının temel unsurlarından birisidir. Bu bağlamda adil yargılanma hakkının usul ekonomisi ilkesi (HMK. m. 30) ile yakından bağlantılı olduğu bir gerçektir. Her ne kadar bu hükümle, yurtdışına yapılacak tebligatlar dolayısıyla yargılamanın gecikmesinin önüne geçilmek istense de, davalının açıklama hakkının amaç ile orantısız bir şekilde sınırlandırıldığı düşüncesindeyiz.⁴⁹⁶

Diğer taraftan, Türkiye, yurt dışında tebligata ilişkin olarak, başta 1965 tarihli Hukuki veya Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi⁴⁹⁷ olmak üzere, ikili ve çok taraflı sözleşmelere taraftır. HMK m. 129/f. 1/b hükmü, özellikle bu sözleşmelerin davalıya yapılacak tebligatlar açısından uygulanmasının önüne geçmektedir. Özellikle 1965 tarihli Tebligat Sözleşmesi'nin m. 10/a hükmünde düzenlenen “doğrudan tebligat usulü”nün olması gerektiği gibi hızlı ve etkin bir biçimde işletilmesi sağlanarak HMK m. 129/f. 1/b bendi ile amaçlanan hedefe ulaşılabilecektir.

Ayrıca, HMK'nın bu hükmü davalı ile davacı arasında gerekçelendirilemeyecek bir ayrıma da yol açmaktadır. Zira, davalıya yüklenen “yurt içinde adres gösterme zorunluluğu” davacı açısından öngörülmemektedir. Doktrinde bu zorunluluğun “yabancı ülkede adresi olan davacı” için de geçerli olmasının uygun olacağı belirtilmektedir.⁴⁹⁸ Böyle bir zorunluluğun davacı-davalı ayrımı yapmaksızın öngörülmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

Açıklama hakkının önemli bir unsuru ispat hakkıdır.⁴⁹⁹ Genel olarak, tarafların iddia ve savunmalarını dayandırdıkları vakıaların doğruluğunu dosyaya sunacakları deliller ile ispat edebilme imkânı şeklinde ifade edebileceğimiz ispat hakkı, hukuki dinlenilme ve adil yargılanma hakkının yargılamanın taraflarının katılımı ile sağlanan vazgeçilmez bir parçasıdır. Doktrinde tarafların katılımı olmaksızın

⁴⁹⁶ “Kanun koyucu tarafından hedeflenen amaç savunulabilir; ancak, yargılama kurallarının uygulanması konusundaki şekilcilik, söz konusu yargılama kuralının varoluş amacı ile orantısız sonuçların doğmasına yol açtığı takdirde, “aşırı” olmaktan kurtulamayacaktır.” Bkz. **Grisel**, s. 84.

⁴⁹⁷ RG. 17.06.1972 – S. 14218; Sözleşme metni için bkz. http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflisoz/lahey/turkce_lah14.pdf

⁴⁹⁸ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 548.

⁴⁹⁹ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 876. İspat hakkı ile ilgili ayrıntılı incelemeler için bkz. **Bolayır**, s. 53.

delillerin toplanmasına girildiği takdirde, “delillerin usulüne uygun bir şekilde toplandığından bahsedilemeyecek olması nedeniyle, ispat hakkının ciddi şekilde ihlal edilmiş olacağı” belirtilmektedir.⁵⁰⁰

Açıklama hakkının kanunda öngörülen şekil ve sürelerle uygun şekilde kullanılması gerekmektedir. Bilgilenme hakkında olduğu gibi açıklama hakkına da, hakkın tam ve etkin bir biçimde kullanılmasını engellemeyecek bazı sınırlamalar getirilebilir.⁵⁰¹ Aksi halde hukuki dinlenilme hakkının ihlali söz konusu olacaktır.⁵⁰² Açıklama hakkının yargılamanın amacını aşacak şekilde uygulanması mümkün değildir.⁵⁰³ Özellikle yargılama hukukunun temel ilkelerinden olan usul ekonomisi ve teksif ilkesi gereği öngörülen iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı, mahkemeye delil sunulması konusunda kabul edilen sınırlamalar gibi düzenlemeler bu kapsamdadır ve açıklama hakkına aykırı sayılmamaktadır.⁵⁰⁴

Açıklama hakkı açısından kabul edilen sınırlamaların tek dayanağı usul ekonomisi ilkesi değildir. İspat hakkı, hukuki dinlenilme hakkı dışında HMK m. 189’da ayrıca düzenlenmiş bir haktır. HMK m. 189 uyarınca “ *taraflar, kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir.*” HMK m.189/ f. 2’de ise hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan delillerin mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamayacağı belirtilmiştir. Hüküm, hukuka aykırı delillerin mahkemece kabul edilmeyeceğini değil, bir vakıanın ispatında dikkate alınamayacağını, değerlendirmeye tabi tutulamayacağını düzenlemektedir. Bunun nedeni, bir delilin hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olup olmadığına karar verecek makamın da yargı organı olmasıdır.⁵⁰⁵ Anayasa’nın 38. maddesinin 6. fıkrası ile de güvence altına alınan hukuka aykırı delil yasağının gerek maddi hukuka, gerekse usul hukukuna hakim olan dürüstlük kuralına dayandığı

⁵⁰⁰ Bolayır, s. 167.

⁵⁰¹ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 877; **Grisel**, s. 89.

⁵⁰² Açıklama hakkı çerçevesinde taraflara iddialarını ispat olanağı tanınmadığına ve bu durumun hukuki dinlenilme hakkının ihlali olarak değerlendirildiğine ilişkin bkz. AİHM *Hentrich – Fransa* kararı, prgf. 56 (Karar Tarihi: 22.09.1994 / Başvuru No: 1616/88).

⁵⁰³ **Özekes**, s. 110; **Grisel**, s. 92-93.

⁵⁰⁴ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 877-878; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 394; **Özekes**, s. 244; **Pekcanitez**, **Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 780; Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 208; **Yeşilova**, s. 66; **Aktepe Artık**, s. 394.

⁵⁰⁵ **Erdoğan**, s. 140-141. Hukuka aykırı delil kavramı oldukça geniş ve somut olayın özellikleri çerçevesinde ayrıntılı bir biçimde incelenmesi gereken bir konudur. Hukuka aykırı delil kavramı ve bazı örnekler için bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 692 vd. Ayrıca bkz. Süha Tanrıver, **Türk Medeni Usûl Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi**, TBB Dergisi Sayı: 65 Yıl: 2006, s. 368 vd.; **Yeşilova**, s. 82 vd.; **Aktepe Artık**, s. 358-362.

vurgulanmaktadır.⁵⁰⁶ Bu bağlamda, yargılamaya hakim olan ilkeler arasında sayılan hukuki dinlenme hakkının bir unsuru olan açıklama hakkı, yargılamaya hakim olan ilkeler arasında sayılan başka bir ilke olarak HMK m. 29’da düzenlenen dürüst davranma ilkesi ile de sınırlandırılabilir.⁵⁰⁷

Dürüstlük kuralı, açıklama hakkını, sadece “hukuka aykırı delil yasağı” ile sınırlandırmamaktadır. Doktrinde, açıklama ve delil gösterme hakkının dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılması gerektiği belirtilmektedir.⁵⁰⁸ Bu kapsamda, önemli bir delilin sadece ekonomik olmaması nedeniyle yargı organı tarafından reddedilemeyeceği ifade edildikten sonra, yurt içinde yaşayan tanıklar varken, yurt dışından tanık göstermenin, davayı uzatmak amacıyla tanık sayısını arttırmanın dürüstlük kuralına aykırı olacağının altı çizilmektedir.⁵⁰⁹

Açıklama hakkının ne şekilde ve hangi kurallar çerçevesinde kullanılması gerektiğini yargılamanın tabi olduğu usul belirlemektedir.⁵¹⁰ HMK’nın 118 vd. maddelerinde düzenlenen yazılı yargılama ve 316 vd. maddelerinde düzenlenen basit yargılama usulüne ilişkin kurallar ile tarafların ne şekilde dinleneceği, duruşmalar ile ilgili esaslar, tarafların hangi sürelerde delil sunabilecekleri, iddia ve savunmayı genişletme yasağının ne zaman başlayacağı düzenlenmiştir. Bu kurallar tarafların gerek yazılı gerekse sözlü olarak kendilerini ifade etmelerine, yargı organı önünde açıklama yapmalarına olanak tanımaktadır. Bununla birlikte, taraflara açıklama haklarını kullanabilmeleri için gerekli imkânların sağlanmasına rağmen, tarafların bu haklarını kullanmayarak haktan feragat etmeleri de mümkündür; bu açıdan açıklama hakkını kullanıp kullanmamak hak sahibine aittir.⁵¹¹ Tabiidir ki böyle bir durumda, tarafların, açıklama haklarının ihlal edildiği yönündeki iddialarına itibar

⁵⁰⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 696.

⁵⁰⁷ Doktrinde hukuka aykırı delil yasağının silahların eşitliği ilkesi ile de yakın ilişkili olduğu ifade edilmektedir. Tanrıver, **Adil Yargılama Hakkı**, s. 212. Zira, bir tarafın hukuka aykırı yollardan elde ettiği bir delili değerlendirmeye tabi tutmak, o tarafa iddiasını ispatlamak konusunda haksız bir imkân tanınması anlamını taşıyacaktır. Ayrıca bkz. Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 858; **Aktepe Artık**, s. 394; **Özekes**, s. 113; **Grisel**, s. 93.

⁵⁰⁸ Pekcanitez, **Hukuki Dinlenme Hakkı**, s. 778.

⁵⁰⁹ Pekcanitez, **Hukuki Dinlenme Hakkı**, s. 778. Ayrıca bkz. Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 204. Kanımızca, yurt içindeki tanıklar ile yurt dışında yaşayan tanıklar arasında, örneğin aynı eğitim seviyesine sahip olmamaları veya dava konusuna aynı derecede vakıf olmamaları gibi bazı önemli farklılıkların bulunabileceği gözardı edilmemelidir. Bu nedenle, dava konusu vakıaların ispatı ve hakim in ikna edilebilmesi bakımından yurt dışındaki tanığın ifadesine başvurulmasının istenmesi kadar doğal bir hak olamaz. Dolayısıyla, tanık gösteren tarafın yurt içinde de tanıklık yapabilecek kişiler varken, yurt dışında yaşayan bir kişinin tanıklığına başvurulmasını istemesi dürüstlük kuralına aykırı sayılmamalıdır.

⁵¹⁰ Özekes, **Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı ve Sorunları**, s. 1298.

⁵¹¹ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 878; Pekcanitez, **Hukuki Dinlenme Hakkı**, s. 786; **Özekes**, s. 149; **Özekes**, **Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı ve Sorunları**, s. 1298; **Yeşilova**, s. 68.

edilmeyecektir.⁵¹² Yine, duruşma düzenini bozucu tutum ve davranışları nedeniyle duruşma salonu dışına çıkarılması halinde de, tarafın kendi iradesi ve davranışı sonucunda açıklama hakkını kullanamaması söz konusu olacağından hukuki dinlenilme hakkı ihlal edilmiş olmayacaktır.⁵¹³ Zira, hakimin yargılamanın olması gerektiği gibi sevk ve idare edilebilmesi için duruşma düzenini sağlamak gibi bir görevi de bulunmaktadır (HMK m. 32 ve m. 79/ f. 2).

c) Dikkate Alınma ve Gerekçeli Karar Hakkı

Dikkate alınma hakkı hukuki dinlenilme hakkının yukarıda ele aldığımız iki unsurunun tamamlanmasını sağlayan ve hukuki dinlenilme hakkının yargılama tarafları açısından somut sonucu olarak ön plana çıkan en önemli unsurdur.⁵¹⁴ Zira bilgilenmesine ve açıklama yapmasına olanak tanınan bir hak sahibinin bu açıklamaları yargı organınca dikkate alınmadığı sürece hukuki dinlenilme sağlanmamış olacaktır.⁵¹⁵

Yargılama kurallarına uygun olarak taraflarca dava dosyasına sunulmuş olan her bilgi, belge ve beyan yargı organınca dikkatli bir şekilde incelenmeli ve “tam” olarak dikkate alınmalıdır; şeklen yapılan değerlendirmeler hukuki dinlenilme hakkının gereklerinin yerine getirilmesi için yeterli olmayacaktır.⁵¹⁶ Dikkate alınma hakkı, “iyi ve kaliteli bir adalet”e ulaşmanın anahtarıdır.⁵¹⁷ Zira ancak, tarafların ileri sürdüğü tüm delil ve beyanların bütünüyle dikkate alındığı ve tartışıldığı bir yargılama “iyi ve adil” bir yargılama olarak kabul edilebilir.

Dikkate alınma hakkına uyulduğunun somut göstergelerinin başında, yargı organlarının kararlarını gerekçelendirme zorunluluğu gelmektedir; bu anlamda

⁵¹² Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 879; Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 208.

⁵¹³ Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 208.

⁵¹⁴ Doktrinde, “*hâkimin iddia ve savunmaları dikkate alma ve değerlendirme yükümlülüğü ile tarafların açıklama hakkı arasında doğal bir bağlantı olduğu*” ifade edilmektedir. Bkz. Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 879.

⁵¹⁵ “*Taraf açıklamalarını yargı organları, tam olarak dikkate alıp değerlendirmelidir. Ancak bu şekilde ilgililer gerçek anlamda yargılamayı etkileyen bir yargılama süjesi haline gelmiş olur.*” Bkz. Özekes, s. 153; Özekes, **Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Sorunları**, s. 1298; Bolayır, s. 171; Erdoğan, s. 160; Aktepe Artık, s. 407; Louis Boré, **La motivation des décisions de justice et la Convention Européenne des droits de l’homme**, **La Semaine Juridique** No 3/2002, s. 122.

⁵¹⁶ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 395; Boré, s. 122; Franklin Kutu, **L’obligation de motivation des décisions judiciaires au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme**, **Revue Trimestrielle des droits de l’homme**, 9ème année No:33 Janvier 1998, s. 847-848. Ayrıca bkz. AİHM *Dulaurans – Fransa* kararı, prgf. 33 (Karar Tarihi: 21.03.2000 / Başvuru No: 34553/97).

⁵¹⁷ Favreau, s. 18.

gerekçe “iyi” bir adaletin yapı taşıdır.⁵¹⁸ Yargı kararlarının olmazsa olmaz, zorunlu şartı olarak gerekçe, “hakimin yargılama sonunda vardığı sonuçların nedenlerini doğru ve çelişki yaratmadan göstermesi” şeklinde açıklanabilir.⁵¹⁹ Taraflar, ancak makul ve tatmin edici bir gerekçeye dayanan yargı kararlarının adil ve güvenilir olduğuna inanacaklardır; bu açıdan, gerekçe bir “ikna çabası / aracı” olduğu kadar, tarafların kararın makullüğünü denetleyebilmeleri bakımından hakime karşı bir haktır.⁵²⁰ Kararların gerekçeli olması zorunluluğunun, taraflar kadar üçüncü kişiler için de temel bir güvence olduğu, zira içtihadın ancak bu şekilde anlaşılabilceği dile getirilmektedir.⁵²¹

Anayasa’nın 141. maddesi gereğince, “*bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.*”⁵²² Bu kapsamda, geçici koruma taleplerine ilişkin

⁵¹⁸ Oppetit, s. 504; Cohen-Jonathan, s. 167; Jacques Normand, *Le Domaine du principe de motivation*, Travaux de l’Association Henri Capitant, Tome III-Limoges 1998, LGDJ 2000, s. 17; Jacques Leroy, *La force du principe de la motivation*, Travaux de l’Association Henri Capitant, Tome III-Limoges 1998, LGDJ 2000, s. 35. “Gerekçe, hukuki dinlenilme hakkının cevabı ve temelidir.” Bkz. Pekcanitez, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 786. Ayrıca bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 395; Cebre, s. 387; Tanrıver, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 209; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 293; Aktepe Artık, s. 408; Çetin Aşçıoğlu, *Yargı Kararlarında Gerekçe, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu IX*, Ankara 1992, s. 47; Cemile Demir Gökyayla, *Yeni Yargıtay Kararları Işığında Gerekçesiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2013 Cilt: 9 Sayı: 105-106, s. 10.

⁵¹⁹ Pekcanitez, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 786; Özekes, s. 176; Aşçıoğlu, *Yargı Kararlarında Gerekçe*, s. 48.

⁵²⁰ Özekes, s. 168-169; Demir Gökyayla, *Gerekçe*, s. 11; Boré, s. 122; ; Kutu, s. 846-847; Leroy, s. 42; Patrick Tituin, *Du contrôle de la Cour Européenne des droits de l’homme sur la motivation des décisions internes*, Protection des droits de l’homme: la perspective européenne, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, Carl Heymanns Verlag KG 2000, s. 1404; Frédéric Zenati-Castaing, *La motivation des décisions de justice et les sources du droit*, Recueil Dalloz 2007 No: 22, s. 1553 ve 1560.

⁵²¹ Kutu, s. 846-847.

⁵²² Anayasa’nın bu hükmü “*kamu düzenine ilişkin emredici bir kural*” olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Turan, s. 368. Aksi görüşte, bkz. Ergin Nomer, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde “Gerekçe”*, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yıl: 10 Cilt:10 Sayı 1 (2011), s. 15-16.

“T.C. Anayasanın 141. maddesinde mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olacağı hükmüne yer verilmiştir. HUMK.nun değişik 388. maddesinde ise mahkemelerin nihai kararlarında nelere yer verileceği bendler halinde sayılıp, gösterilmiştir. Hukukun üstün kılınması, yargıya güven duyulup bunun kuvvetlendirilmesi yansız ve aleni yargılama yanında, yoğun bir mesainin ürünü olan nihai kararların da yargılama safahatına uygun, doyurucu ve inandırıcı biçimde kaleme alınmasıyla olanaklıdır. Devletin temel esaslarını düzenleyen Anayasa’da konuya yer verilmiş olması da bundandır.

Açıklanan nedenlerle karar yazımında işin önemiyle mütenasip emeğin esirgenmemesi, beklenen özenin gösterilmesi gerekirken; temyiz edilen karar, yanlar arasında kesin hükme kavuşan 1994/491 esas sayılı davada verilen kararın ilk sayfası -dava tarihine değin- olduğu gibi aktarılacak kaleme alınmıştır. Bu husus hatadan, kaynaklanmamışsa, kararın ikinci sayfasında kanıt olarak değerlendirilmesi dışında, bu aktarımın nedeni anlaşılamamıştır. Varlığından söz edilebilmesi için gerekçenin yargılama safahatına uygun olması gerekir. Aksi halde karar “görünürde gerekçeli” olur ki, bu da gerekçesiz karar sayılır. Kararların gerekçeli olması kamu düzenine ilişkin olmakla aksi hal bozma nedenidir.” (Yarg. 15. HD, E. 2000/829 K. 2000/1121, 08.03.2000). Ayrıca bkz. Yarg HGK, E. 2003/4-776 K. 2003/720 sayılı kararı, 03.12.2003: “Görülmektedir ki, uyuşmazlıkların çözümünde yargıya düşen en önemli görevlerden birisi de açık ve net çözümler bulmak, anlaşılabilir, tutarlı

kararlar⁵²³ ve ara kararlar⁵²⁴ da olmak üzere, bütün mahkeme kararlarının gerekçeli olması gerektiği vurgulanmakta, hatta “gerekçelendirme zorunluluğu”nun kararlara düşülen muhalefet şerhlerini de kapsadığı dile getirilmektedir.⁵²⁵

HMK m. 297/f. 1/ c bendi gereğince de, hükümde toplanan delillerin, bu deliller hakkında yapılan tartışma ve incelemelerin, sabit görülen vakılardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebeplerin yer alması gerekmektedir. Mahkeme kararları, uyuşmazlık konusu olayların özeti, olayların hukuki değerlendirmesini kapsayan gerekçe ve hüküm sonucundan oluşur. Özellikle hüküm fıkrasının açık olmadığı hallerde, gerekçenin hüküm fıkrasını açıklamaya, böylece kararın anlaşılmasını

kararlarla kamu düzen ve barışını sağlanmasına hizmet etmek olmalıdır. Hükümün açık ve net olması gereği hüküm sonucu ile sınırlı olmayıp , iddiaların tek tek ele alındığı, cevaplandırıldığı, hukuka ve yasaya aykırı bulunma ya da bulunmama nedenlerinin açıklandığı, yasal dayanakların gösterildiği, anlamaya ve denetime elverişli gerekçenin varlığını da gerektirir. Zira taraflar ancak gerekçe sayesinde hükmün hangi maddi ve hukuki sebebe dayandırıldığını anlayabilecekleri gibi Yargıtay denetimi de ancak kararın gerekçe içermesi halinde mümkün olacaktır.”; Yarg. 12.HD, E.2013/14228 K. 2013/20636, 04.06.2013: “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinde: "Hukuki dinlenilme hakkı" düzenlenmiştir. Buna göre davanın taraflarının, yargılamayla ilgili bilgi sahibi olma, açıklama ve ispat hakkı bulunmaktadır. Maddenin gerekçesinde açıklandığı üzere bu hak. Anayasanın 36 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddelerinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsurudur.

Yargıtay H.G.K.'nın 28.4.2010 gün ve 2010/11-195 E., 238 K. sayılı usûlden bozmayı kapsayan ilamının gerekçesinde ise aynen. "Yasanın aradığı anlamda oluşturulacak kararların hüküm fıkralarının, açık, anlaşılır, çelişkisiz, uygulanabilir olmasının gerekliliği kadar; kararın gerekçesinin de sonucu ile tam bir uyum içinde, o davaya konu maddi olguların mahkemece nasıl nitelendirildiğini, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığını ortaya koyacak; kısaca, maddi olgularla hüküm arasındaki mantıksal bağlantıyı gösterecek nitelikte olması gerekir ifadelerine yer verilmiştir. Nitekim, 7.6.1976 gün ve 3/4-3 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde yer alan "Gerekçenin, ilgili bilgi ve belgelerin isabetle takdir edildiğini gösterir biçimde geçerli ve yasal olması aranmalıdır. Gerekçenin bu niteliği, yasa koyucunun amacına uygun olduğu gibi, kararı aydınlatmak, keyfiliği önlemek ve tarafları tatmin etmek niteliği de tartışma götürmez bir gerçektir şeklindeki açıklama ile de aynı ilkeye vurgu yapılmıştır.

Anılan husus kamu düzeniyle ilgili olup, gözetilmesi yasayla hakime yükletilmiş bir ödevdir. Aksine düşünce ve uygulama, gerek yargı erkiyle hakimlin, gerek mahkeme kararlarının her türlü düşünceden uzak, saygın ve güvenilir olması ilkesiyle bağdaşmaz.

Belirtilen anayasal ve yasal düzenlemeler doğrultusunda, davacı tarafından ileri sürülen fesih sebeplerinin gerekçesiyle birlikte tek tek tartışılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, fesih nedenleri irdelenmeden ve gerekçelendirilmeden, yazılı şekilde eksik incelemeyle şikayetin kabulüne karar verilmesi isabetsiz ise de: bu husus şikayetçi tarafından süresinde temyiz edilmediğinden bozma nedeni yapılmamıştır.” (www.kazanci.com; erişim tarihi: 26.08.2016).

⁵²³ Özekes, s. 184; Aktepe Artık, s. 413 ve s. 415.

⁵²⁴ Özekes, s. 182-183. Yazar mahkemelerin ara kararlarının gerekçeli olması konusunda bir ayrım yapmaktadır. Buna göre, yargılamanın yürütülmesi amacıyla verilen ara kararların gerekçelendirilmesine ihtiyaç duyulmayabilir. Ancak, ilgilinin durumunu önemli şekilde etkileyen, örneğin yetki itirazının reddine ilişkin kararların gerekçelendirilmesi gerekmektedir. Yazar, mahkemenin ara kararlarından dönüp dönemeyeceği tartışmasına atıf yaparak, mahkemenin herhangi bir gerekçe göstermeksizin ara kararlarından dönerek yargılamaya devam etmesinin hukuki dinlenilme hakkı ile bağdaşamayacağını ifade etmektedir (bkz. s. 184).

⁵²⁵ Erdoğan, s. 164. Ayrıca bkz. Normand, s. 19-20. Yazar tahkim kararları da dahil olmak üzere, tüm yargı organlarının tüm kararlarının gerekçeli olması gerektiğini ifade etmekte, bununla birlikte, kararın niteliğine göre bazı özel / ayrık durumlarda gerekçesiz karar verilebileceğini ifade etmektedir. Aynı yönde bkz. Leroy, s. 38-39; Oppetit, s. 504; Besson, s. 400-401. Milletlerarası tahkim kararlarının da bu anlamda ayrık tutulmalıdır. Zira, gerekçe zorunluluğu tahkime uygulanacak usul kurallarına tabidir. Bkz. Normand, s. 28. Ayrıca bkz. Ziya Akıncı, **Gerekçesiz Hakem Kararları Türkiye’de Tenfiz Edilebilir mi?, İstanbul Barosu Dergisi 1996/1**, s. 91.

sağlamaya ve kesin hükmün kapsamını belirlemeye yardımcı olduğu vurgulanmaktadır.⁵²⁶ O halde, gerek ilk gerekse üst derece yargı organlarının, hükümde tarafların iddia / savunmaları ve delillerini tartışarak, bunlardan hangilerinin reddedildiğini, hangilerinin ise kabul edilerek hükmeye dayanak yapıldığını ortaya koyması, kısaca tarafların iddialarını cevaplandırması zaruridir.⁵²⁷

Hükmün somut ve açık bir biçimde gerekçelendirilmiş olması, hukuki dinlenilme ve adil yargılanma hakkının en önemli konularından biri olduğu gibi, çoğu zaman yüksek yargı organlarının da içinde bulunduğu hukuki dinlenilme hakkı ihlallerinin başında gelmektedir. Matbu / form gerekçelere ve bilirkişi değerlendirmelerine dayanılarak, gerekçede tarafların sunduğu bilgi ve belgelere dayanmaksızın, kısaca delilleri dikkate almaksızın karar verilmesi hak arama özgürlüğü ve hukuki dinlenilme hakkının ihlali anlamını taşımaktadır.⁵²⁸ Doktrinde, “gerekçede tarafları ikna edecek yeterli değerlendirme ve tartışmanın yapılması gerektiği” ifade olunmaktadır.⁵²⁹

Yargıtay’ın “mahkeme kararlarının gerekçeli olması gerekliliğinin bir anayasal zorunluluk olduğunu” dile getiren birçok kararının bulunmasına karşın⁵³⁰, yargıdaki iş yükü nedeniyle, çoğu zaman kararlar bazen hiç gerekçe olmadan yazılmakta,

⁵²⁶ **Turan**, s. 366; **Erdoğan**, s. 167. Yazar, hükmün açıklanması anlamına gelen tavzihin gerekçeyi kapsamadığını, hüküm ile gerekçe arasında bir çelişki olması halinde hüküm fıkrasının açıklanması /tavzih yoluna gidileceğini dile getirmektedir.

Gerekçenin hükmeye aykırı olması veya gerekçe ile hükmün çelişmesi ise başka bir soruna işaret eder. Kısa karar ile gerekçeli kararın çelişmesi düşünülemez, bu durum mutlak bir bozma sebebi teşkil eder. Bkz. **Özekes**, s. 176. Ayrıca bkz. Yarg. İBK, E. 1991/7 K. 1992/4, 10.04.1992; Yarg. 9.HD, E. 2014/27272 K. 2016/2154, 27.01.2016; Yarg. 9.HD, E. 2015/13901 K. 2015/21944, 17.06.2015 (www.kazanci.com, erişim tarihi: 20.10.2016).

⁵²⁷ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 858 ve 880-881; Pekcanitez, **HUMK m.445/11**, s. 537; **Özekes**, s. 171-173 ve 176-177 ve 179; Demir Gökyayla, **Gerekçe**, s. 10; **Bolayır**, s. 172. Yazar, taraflardan birinin sunduğu delilin değerlendirilip, diğerinin sunduğu delilin değerlendirilmemesi ve dikkate alınmaması halinde, hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmiş olacağını, hakimın yargılama sırasında sunulan ispat araçlarını kabul edip etmemek konusundaki takdir yetkisini kullanırken taraflar arasında bir dengesizlik yaratmaktan kaçınması gerektiğini vurgulamaktadır. Bkz. s. 173. Ayrıca bkz. **Kuru**, s. 302. *Tanrıver*’e göre de, gerekçe “hükmün dayandığı hukuki esasları gösterir ve hükümde varılan sonuç ile maddi vakıalar arasında köprü işlevi görür.” Bkz. **Tanrıver**, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 209; **Arslan/Tanrıver**, s. 183; **Kuru**, s. 459; **Turan**, s. 356 ve 359; **Erdoğan**, s. 162 ve 165; **Aktepe Artık**, s. 409; ; Akıncı, **Gerekçesiz Hakem Kararları**, s. 85; **Grisel**, s. 82.

⁵²⁸ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 880; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 395; **Özekes**, s. 171; Aşçıoğlu, **Yargı Kararlarında Gerekçe**, s. 60.

⁵²⁹ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 881; **Özekes**, **Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Sorunları**, s. 1301; **Kuru**, s. 302. Ayrıca bkz. **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s. 336; **Çelik**, s. 99-100; **Turan**, s. 356; **Aktepe Artık**, s. 412; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 206. Aynı yönde **Tituin**, s. 1404; **Boré**, s. 123-124; **Dubos**, s. 150-151; **Kuty**, s. 847. Yazar, gerekçenin, tam, açık, kesin, eksiksiz (uygun) ve tutarlı olması gerektiğini ifade etmektedir.

⁵³⁰ Yarg. 8.HD, E. 2014/10047 K. 2014/14910, 09.09.2014; Yarg. 15. HD, E. 2002/4351 K. 2002/454, 31.01.2002; Yarg. 19.HD, E. 1999/7551 K. 1999/7739, 16.12.1999; Yarg. 4.HD, E. 2002/3829 K. 2002/9940, 24.09.2002; Yarg. 9.HD, E. 2010/19305 K. 2010/16906, 08.06.2010 (bkz. Demir Gökyayla, **Gerekçe**, s. 12, 14 nolu dn ve www.kazanci.com; erişim tarihi: 22.08.2016). Ayrıca bkz. Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 859, 179 nolu dn’de belirtilen kararlar.

bazen uyuşmazlık ve hüküm ile doğrudan ilişkili olmayan ve daha çok benzer davalar sonunda verilen hükümlerden kopyala / yapıştır yöntemi ile alınan matbu gerekçelere, bazen de yüzeysel, derinlemesine hukuki inceleme içermeyen gerekçelere dayanarak hüküm verilmektedir.⁵³¹ Maalesef, ilk derece yargı organları kadar yüksek yargı organlarının da, giderek ağırlaşan iş yükü karşısında, hukuki dinlenilme hakkının en önemli ve somut sonuçlarından biri olan gerekçeli karar hakkına uygun davranmadığı bir gerçektir.

Dikkate alınma hakkının belki de en önemli unsuru olan gerekçeli karar hakkının mantık ve yargı etiği açısından arz ettiği önem karşısında, kararını makul, mantıklı ve doğru bir gerekçeye dayandırmayan yargı organının, insan onuru, insan hakları ve hukuk devletinin olmazsa olmaz değerlerini ihlal ettiğini ve mahkemelere güveni yıktığını söylemek yanlış olmayacaktır.⁵³² İddia ve savunma açısından önem arz eden bütün hususların gerekçede tartışılması gerekmektedir.⁵³³ Yargı organlarının

⁵³¹ Doktrinde “eksik, şekli ve görünüşte gerekçe yazılmasının” hukuki dinlenilme hakkının ihlali niteliğinde olduğu vurgulanmaktadır. Bkz. **Kuru**, s. 302; **Turan**, s. 362-363; Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 880. **Aşçıoğlu** ise, yargı organlarının gerekçeli karar hakkı ihlallerini kendi içinde “dış gerekçe noksanı”, “sözde/görünürde gerekçe”, “iç gerekçe noksanı”, “nitelendirilmede gerekçe noksanı/çelişkili gerekçe” şeklinde sınıflandırmıştır. Dış gerekçe noksanı, hükümde, hükmün dayanağını oluşturan maddi ve hukuki açıklamalara hiç yer verilmemesidir (tam gerekçesizlik). Gerekçeli karar hakkının bugün gerek AİHM, gerekse Anayasa Mahkemesi tarafından medeni yargı da dahil olmak üzere tüm yargı kolları açısından temel bir hak olduğunun kabulü karşısında, hükümde göstermelik dahi olsa bir gerekçenin bulunmaması çok açık bir hak ihlali doğuracağından, dış gerekçe noksanı kısmen daha az rastlanan bir durumdur. Sözde / görünürde gerekçe ise, yetersiz bir inceleme ve değerlendirme sonucunda, hükmün dayandığı maddi ve hukuki unsurların hükümde belirtilenler ile tam olarak uymamasıdır. Uygulamada sıklıkla rastlanılan ve matbu / form (AİHM’nin ifade ettiği şekliyle stereotip) gerekçe olarak adlandırılan gerekçeler de bu sınıfa dahildir. İç gerekçe noksanı ise, hükmün dayandığı maddi ve hukuki unsurların hükümden anlaşıldığı, ancak daha derin bir inceleme yapıldığında, hükümde belirtilen maddi ve hukuki unsurlardan yola çıkıldığında hükümden farklı bir sonuca ulaşılması durumunu anlatmaktadır. Nitelendirilmede gerekçe noksanı / çelişkili gerekçe, hükümde belirtilen maddi ve hukuki unsurlar ile hükmün verdiği sonucun çelişmesi durumu söz konusudur. Bkz. **Aşçıoğlu**, **Yargı Kararlarında Gerekçe**, s. 48-52. Uygulamada rastlanan bu gibi sıfır, kılıf ya da görünürde gerekçeler ile verilen kararlar sonucunda insan onurundan, hukuki dinlenilme ve adil yargılanma hakkından uzaklaşıldığı, böylece hukuk devleti ilkesinin etkisizleştirildiği vurgulanmaktadır. Özkes, **Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Sorunları**, s. 1305. Aynı yönde bkz. **Boré**, s. 123-125.

⁵³² “Başka bir anlatımla gerekçesiz buyruğunu açıklayan yargıç, hak arayan bireyin kişilik hakkını çiğneyen kişi konumundadır. Daha yalın bir anlatımla, kişinin onur ve saygınlığına sözle yapılacak bir saldırı(sövme, hakaret) ile gerekçesiz buyrukla bireyin doğru ve güvenli yargılanma hakkının çiğnenmesi arasında hukuki değerlendirme ve sorumluluk açısından bir ayırım söz konusu değildir.” Bkz. **Çetin Aşçıoğlu**, **Yargıda Gerekçe Sorunu**, **TBB Dergisi Sayı: 48 Yıl: 2003**, s.114; **İnceoğlu**, s. 322; **Çelik**, s. 99; **Erdoğan**, s. 162.

⁵³³ **Pekcanitez**, **Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 786. Aynı yönde, **Sudre**, s. 408 Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 2012/603 sayılı Faik Gümüş Başvurusu ile ilgili verdiği 20.02.2014 tarihli kararı (RG. 19.03.2014, S. 28946), prgf. 48: “Mahkeme kararlarının gerekçeli olması adil yargılanma hakkının unsurlarından birisi olmakla beraber, bu hak yargılamada ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya ayrıntılı şekilde yanıt verilmesi şeklinde anlaşılamaz. Bu nedenle, gerekçe gösterme zorunluluğunun kapsamı kararın niteliğine göre değişebilir. Bununla birlikte başvurucunun ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren usûl veya esasa dair iddialarının cevapsız bırakılmış olması bir hak ihlaline neden olacaktır.” (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/de41319e-1f10-4d01-a479-26bb077d0092?wordsOnly=False>; erişim tarihi: 27.08.2016).

kararlarını gerekçeli vermeleri o kadar önemlidir ki, gerekçenin fikri olarak üretimi ve yazımı sırasında hakim vereceği hüküm üzerinde tekrar düşünme fırsatı bularak belki de kararını değiştirme yoluna dahi gidebilecektir.⁵³⁴ Bilimsel çalışmalar açısından en önemli başvuru kaynaklarından biri olan gerekçenin hukukun ve içtihadın gelişimine sağlayacağı katkı vazgeçilmezdir.⁵³⁵ Diğer taraftan, hakimler açısından etik bir yükümlülük olmanın ötesinde, üzerinde çok düşünülmemiş ve hatta keyfi denebilecek kararların önüne geçmek açısından da gerekçenin önemi büyüktür.⁵³⁶ Hukuka uygunluğun denetlenmesi açısından arz ettiği önem yanında, gerekçenin “bir mahkeme tarafından dinlenilme hakkının” ötesinde “tarafsız bir mahkeme hakkı” ile de yakın ilişkili olduğu unutulmamalıdır.⁵³⁷

Kısaca, gerekçenin, kararın aydınlatılması ve denetimi, keyfi kararların önüne geçilmesi, kanun yollarına başvurunun mümkün kılınması, tarafların tatmin ve ikna edilerek kararın icrasının sağlanması, yargıya olan güvenin arttırılması, yargı organının tarafsızlığına katkıda bulunması, hakimlerin fikri üretime teşvik edilerek hukukun ilerlemesi gibi hayati ve adil yargılanma ortamının sağlanması açısından zaruri işlevleri vardır.

Yukarıda yer verdiğimiz Anayasa Mahkemesi kararlarından da anlaşılacağı üzere, bugün artık gerekçeli karar hakkı, olmazsa olmaz nitelikte “doğru ve güvenli - adil yargılanma hakkının” güvencesidir.⁵³⁸ Yargıtay da Anayasa Mahkemesi ile aynı

⁵³⁴ “Hakim gerekçe sayesinde verdiği hükmün doğru olup olmadığını, yani kendi kendini denetler.” Bkz. **Kuru**, s. 460. “Gerekçe bir hukukçunun, hele yargı makamında bulunan bir hukukçunun ... en önemli faaliyetidir. Gerekçe aynı zamanda etik ve bilimsel içeriğiyle yargılama çalışmasının bir sanat olduğunu ortaya koyan bir araçtır.” Bkz. **Turan**, s. 360-361. Ayrıca bkz. **Normand**, s. 17.

⁵³⁵ **Özekes**, s. 173.

⁵³⁶ **Özekes**, s. 171; **Aşçıoğlu**, s. 111; **Turan**, s. 365; **Zenati-Castaing**, s. 1553; **Normand**, s. 17.

⁵³⁷ **Boré**, s. 122; **Kuty**, s. 847; **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s. 336. Yazarlar, gerekçenin yargının tarafsızlığını sağlamak konusundaki işlevini açıklarken, bir üst yargı merciince denetlenen dosyaların, bozma halinde tekrar aynı ilk derece mahkemesine gönderilmesinin de adil yargılanma hakkına aykırı olabileceğini dile getirmektedir. Bkz. s. 337. Ayrıca bkz. **Aşçıoğlu, Yargı Kararlarında Gerekçe, s. 53**. Ancak AİHM bu görüşe katılmamaktadır. AİHM’ye göre, AİHS m. 6/ f. 1, alt mahkemenin kararını bozan üst derece mahkemesi açısından, dosyayı başka bir mahkemeye gönderme yükümlülüğünü doğurmamaktadır.” Bkz. **İnceoğlu**, s. 209.

Doktrinde, “adil olmayan ve toplumsal vicdanı yansıtmayan kararların verildiği durumlarda”, hakimlerin kararlarını gerekçelendirmekten kaçındıkları da dile getirilmektedir. Bkz. **Erdoğan**, s. 163. Gerekçenin yargı organının tarafsızlığına ilişkin denetim açısından arz ettiği önem ortadadır. Gerekçe, adaletin keyfiyetten uzaklaştırılması konusunda önemli bir role sahiptir. Ayrıca bkz. **Zenati-Castaing**, s. 1553-1554; **Demir Gökyayla, Gerekçe**, s. 11; **Özekes**, s. 169. Özekes’e göre, “*vicdani kanaatte bile objektifleştirilmiş bir sübjektivite söz konusudur.*” Yazar, somut, olaya özgü bir gerekçe olmadan, genel bir hakkaniyet ölçüsüne dayanarak karar verilemeyeceğini, hakimlerin takdir haklarını kullanırken de objektif, somut dayanaklar göstermelerinin zorunlu olduğunu dile getirmektedir (bkz. **Özekes**, s. 169-170). Gerçekten de bu görüşlere katılmamak mümkün değildir. Gerekçe, hakimlere sübjektif tarafsızlıklarını ortaya koymak ve tarafları bu konuda ikna etmek imkânını sunmaktadır. Bu imkândan faydalanmayan hakimlerin, adaletin ve adil yargılanma ortamının gelişimine katkı sağlayamayacakları açıktır.

⁵³⁸ **Aşçıoğlu**, s. 113; **İnceoğlu**, s. 322; **Turan**, s. 356; **Zenati-Castaing**, s. 1553.

görüşü paylaşmakta, gerekçenin varlığının tespitinde yapılacak denetimin içeriğini açık bir şekilde ortaya koymaktadır.⁵³⁹ Yargı kararlarının gerekçesiz olması mutlak bir bozma sebebi olarak nitelendirilmekte,⁵⁴⁰ ancak kamu düzeni ile ilgisi olması yanında, gerekçe zorunluluğuna uyulmamasının kararın bozulması için tek başına yeterli bulunmadığı belirtilmektedir.⁵⁴¹

⁵³⁹ “Anayasanın 141. maddesinde, yargı kararlarının gerekçeli olarak yazılacağı belirtildikten başka, aynı zorunluluk HUMK.nun 388. maddesinde de düzenleme altına alınmıştır. Hatta bu yasal düzenlemede yargıcın, uyumsuzluk konusu olan olay hakkında tüm kanıtları toplaması, tartışması, bu kanıtlardan hangilerine değer vermediğinin nedeni, hangilerini üstün tuttuğunun dayanaklarını değerlendirdikten sonra bir sonuca varmasının zorunlu ve gerekli olduğunu vurgulamıştır. İşte, böyle bir yöntemin izlenmesi durumunda ancak kararın gerekçeli olduğunun kabul edilebileceği sonucuna varılabilir. Hükmü kuran yargıcın böyle bir yöntemi izlemesi halinde maddi olgularla hüküm fıkrası arasında bir bağlantı kurmuş olabilecektir. Ayrıca gerekçe sayesinde kararın doğruluğu denetlenmiş ve davanın yanları tatmin ve inandırılmış olacaktır. Tüm bunlardan başka ve en önemlisi adil bir yargılamanın yapıldığı, yargıcın da yansız olduğu sonucu da sağlanmış olur.

İşte yargıç, böyle bir yolu izleme gerekliliği ve zorunluluğu ile karşı karşıya bulunduğu halde, buna uymadan hüküm kurması halinde, o hüküm ve yargı hakkında olumsuz düşüncelerin oluşmasına neden olacağı gibi, adil bir yargılamanın yapılmadığı kanısı da yerleşmiş olabilir.” (Yarg. HGK, E. 2001/4-1016 K. 2001/757, 24.10.2001). Ayrıca bkz. Yarg. HGK, E. 2013/22-206 K. 2013/1500, 30.10.2013: “Adil yargılanma hakkı, adaletin “olmazsa olmaz” koşuludur ve medeni usûl hukukunda yargılamanın her iki tarafına ait olan bir haktır. Adil bir yargılanma için, hâkimin yanlılık, keyfilik ve tutarsızlık çağrıştıran ifade, mantıksal çıkarım, yorum ve açıklamalardan özenle kaçınması gerekir. Hâkimin, yorum ve değerlendirmeleri makul olmak (Bkz. AIHM'nin Van Kück v Almanya davası) ve normal bir insanın akıl, mantık ve vicdanını kısmen de olsa tatmin etmek zorundadır. Somut olayda, davacının dayandığı ve davalı tarafın da gerek yargılama ve gerekse temyiz aşamasında dile getirdiği delillerden müfettiş soruşturma raporu dosyaya getirtilmemiş ve değerlendirmeye tabi tutulmamış, işyeri girişi ve çıkışı kayıtlarının fiili duruma ve gerçeğe uygun olup olmadığı araştırılmamış, tanık dinlenmemiş ve bu bağlamda keşif yapılmamıştır.

...

Taraflardan birisinin ileri sürdüğü veya karşı tarafın ileri sürüp diğer tarafın dayandığı delilleri dikkate almamak, değerlendirmemek ve bunları hüküm gerekçesinde zikretmemek, söz konusu hakkın ihlali anlamına gelir. Mahkeme adil yargılanma hakkının bir gereği olarak, tarafların dayanaklarını, iddialarını ve delillerini etkili bir biçimde incelemekle görevlidir. (Bkz. AIHM'nin Pronina v Ukrayna davası).

Söz konusu değerlendirmenin, hüküm gerekçesinde yapılması adil yargılama için gerekli ve zorunludur. Eksik, yetersiz, tutarsız veya salt şekli anlamda görünüşte gerekçe yazılması, bu hakkın ihlali sonucunu doğurmaktadır. Yargı organları, her iki tarafın iddia ve savunmaları ile delillerini değerlendirip, hangi maddî ve hukukî sebeplerle karar verdiklerini gerekçelerine yansıtmalıdır. Ortaya çıkacak karar, hukukun genel ilkelerine, mevzuata ve yerleşik içtihatlarla tamamen aykırı ve sürpriz sayılacak nitelikte olmamalıdır. Adil yargılanma hakkı, mahkemenin, vermiş olduğu hükümde tatmin edici bir gerekçe kullanmasını gerekli kılar. Oysa somut olayda delil ve delillerin yorumundan daha çok hayatın olağan akışı ölçütüne dayanılmış, bilimsel temelden ve nesnellikten yoksun varsayıma dayalı çıkarımlar gerekçe olarak zikredilmiştir. Yargı makamları sadece yargılamanın taraflarının değil, karar hakkında bilgisi olan toplumun tüm fertlerinin adalete olan inanç ve güvenini sarsacak yorum, değerlendirme, inceleme ve yargılama faaliyetinden özenle kaçınmalıdır. Çünkü adil yargılama hakkı, sadece yargılamanın taraflarını ilgilendiren bir kavram değildir. Bu hak bir ülkenin yargı egemenliği altındaki tüm bireyleri ilgilendiren evrensel bir kavramdır.” (www. kazanci.com, erişim tarihi: 20.08.2016). Ayrıca bkz. Yarg. 9.HD E. 2016/15414 K. 2016/12716, 30.05.2016; Yarg. 9. HD, E. 2016/16428 K. 2016/12347, 24.05.2016, Yarg 9.HD E. 2014/38056 K. 2016/8745, 07.04.2016; Yarg. 22.HD, E. 2016/10865 K. 2017/14615, 12.05.2016.

⁵⁴⁰ **Kuru**, s. 460; **Turan**, s. 373. Ayrıca bkz. Yarg. 3. HD, E. 2014/13824 K. 2015/8603, 14.05.2015; Yarg. 9.HD, E.2014/36117 K. 2016/6895, 23.03.2016 (www. kazanci.com, erişim tarihi: 20.08.2016).

⁵⁴¹ **Turan**, s. 373. HMK m. 370/f. 4’de, mahkeme kararlarının usûle ve kanuna uygun olması ancak gösterilen gerekçenin doğru bulunmaması halinde, temyiz incelemesi neticesinde kararın gerekçesinin değiştirilerek ve düzeltilerek onanacağı düzenlenmektedir. Yazar HMK’nın bu düzenlemesi karşısında, karardaki gerekçesizliğin nisbi bir bozma sebebi olduğunu ifade etmektedir.

AİHM de, gerekçeli karar hakkının adil yargılanma hakkının temel bir unsuru olduğunu birçok kararında belirtmiştir.⁵⁴² Gerekçeli karar hakkının hukuki dinlenilme hakkı ve “tarafsız bir mahkeme hakkı” ile olduğu kadar mahkemeye erişim hakkı içinde değerlendirildiği durumlar da vardır. AİHM, gerekçeli karar hakkını, mahkemelerin yargısal fonksiyonu ile bütünleştirerek, mahkemelerin kararlarına dayanak göstermemelerini mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak değerlendirmektedir.⁵⁴³

AİHM, gerekçeli karar hakkının taraflarca mahkemeye getirilen her bir iddia veya delile cevap verilmesini gerekli kılmadığının, bu hakkın somut olayın şartlarına ve verilecek kararın niteliğine göre değişiklik gösterebileceğinin altını çizmektedir.⁵⁴⁴ Bu bağlamda, kararı veren mahkemenin, gerekçede, sadece önemli ve karara etki eden, hükme esas alınan iddia ve savunmalara yer vermesi yeterli

⁵⁴² AİHM *H - Belçika* kararı, prgf. 53 (Karar Tarihi: 30.11.1987 / Başvuru No: 8950/80); AİHM *Hadjianastassiou - Yunanistan* kararı, prgf. 32-33 (Karar Tarihi: 16.12.1992 / Başvuru No:12945/87); AİHM *Van De Hurk - Hollanda* kararı, prgf. 61 (Karar Tarihi:19.04.1994 / Başvuru No: 16034/90); AİHM *Hiro Balani - İspanya* kararı, prgf. 27 (Karar Tarihi: 09.12.1994 / Başvuru No: 18064/91); AİHM *Ruiz Torija - İspanya* kararı, prgf. 29 (Karar Tarihi: 09.12.1994 / Başvuru No: 18390/91).

⁵⁴³ AİHM *Chevol - Fransa* kararı, prgf. 82-83 (Karar Tarihi: 13.02.2003 / Başvuru No: 49636/99). Doktrinde de, gerekçenin en önemli işlevinin üst derece yargı organı tarafından gerçekleştirilecek denetime ilişkin olduğu, bu denetimi “uygulanabilir kılmayan gerekçesizliğin” tarafların hukuki dinlenilme haklarından çok hukukun kendisine aykırı olacağı ifade edilmektedir. Bkz. **Zenati-Castaing**, s. 1556-1557. Yazar, Fransız hukukunda, gerekçenin taraflardan çok kanunun hizmetinde olduğunu dile getirmektedir.

⁵⁴⁴ **Inceoğlu**, s. 323; **Aktepe Artık**, s. 410; **Çelik**, s. 98; **Turan**, s. 354-355; **Ergül**, **Bireysel Başvuru**, s. 260; **Kohl**, s. 642; **Favreau**, s. 18-19; **Guinchard**, s. 17; **Tituin**, s. 1404-1405; **Boré**, s. 124; **Kuty**, s. 849; **Leroy**, s.42-43; **Mock**, s. 394; Jean Barthélémy, **Les nouvelles frontières du procès équitable**, **Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention Européenne des droits de l'homme**, **Bruylant Bruxelles 1996**, s. 119. AİHM *Van de Hurk - Hollanda* kararı, prgf. 61 (Karar Tarihi: 19.04.1994 / Başvuru No: 16034/90); AİHM *Higgins ve Diğerleri - Fransa* kararı, prgf. 42 (Karar Tarihi: 12.02.1998 / Başvuru No: 134/1996/753/952); AİHM *Garcia Ruiz - İspanya* kararı, prgf. 26 (Karar Tarihi: 21.01.1999 / Başvuru No: 30544/96); AİHM *Hiro Balani - İspanya* kararı, prgf. 27 (Karar Tarihi: 09.12.1994 / Başvuru No: 18064/91); AİHM *Ruiz Torija - İspanya* kararı, prgf. 29 (Karar Tarihi: 09.12.1994 / Başvuru No: 18390/91); AİHM *Perez - Fransa* kararı, prgf. 81 (Karar Tarihi: 12.02.2004 / Başvuru No: 47287/99); AİHM *Pronina - Ukrayna* kararı, prgf. 23 (Karar Tarihi: 18.07.2006 / Başvuru No: 63566/00); AİHM *Wagner ve J.M.W.L - Lüksemburg* kararı, prgf. 90 (Karar Tarihi: 28.06.2007 / Başvuru No: 76240/01). Bununla birlikte AİHM, taraflardan birinin dosyaya sunduğu bilgi, belge veya delilin yargılamanın sonucunu etkileyecek nitelikte olması halinde, mahkemenin özel ve açık bir cevap vermesi gerektiğini de belirtmektedir. bkz. AİHM *Ruiz Torija - İspanya* (prgf. 30) ve *Hiro Balani - İspanya* (prgf. 28) kararları.

Doktrinde, AİHM’nin “gerekçeli karar hakkının “kararın niteliği”ne göre değişebileceği” düşüncesinin ne anlama geldiği sorgulanmaktadır. Bu çerçevede, AİHM’nin örneğin soru-cevap üzerine kurulu gerekçelendirmeyi AİHS m. 6/f. 1 bakımından yeterli ve geçerli saydığı (bkz. yukarıda *Hadjianastassiou* ve *Papon* kararları), bununla birlikte, yerel mahkemenin hiçbir gerekçe sunmaksızın verdiği kararların AİHS m. 6/f. 1’i ihlal ettiğine hükmettiği ifade edilmektedir. Örneğin *Higgins* kararında AİHM, mahkemenin sessizliğinin ne anlama geldiğinin belli olmadığı üzerinde durmuştur. Zira, mahkemenin sessizliği, başvurunun ileri sürdüğü iddialar hakkında hiçbir karar vermediği / karar vermeyi ihmal ettiği (*omission de statuer*) ya da bu iddiaları zımnen reddettiği anlamına gelebilecektir. Bkz. **Boré**, s. 123-124; **Kuty**, s. 851-852 . Bu çerçevede, AİHS m. 6/ f. 1 kapsamında değerlendirilen tüm hak ve ilkelerde olduğu gibi, gerekçeli karar hakkının da somut olay odaklı incelemeye (*in concreto*) tabi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bkz. **Leroy**, s. 43.

görülmektedir.⁵⁴⁵ AİHM'nin amacı, AİHS'e taraf devlet mahkemelerinde verilen kararların şekli olarak yeknesaklaştırılması değildir.⁵⁴⁶

AİHM, ayrıca, kararların gerekçeli olması zorunluluğunun bir işlevinin de “tarafra dinlenildiklerini ispat etmek” olduğunu belirttikten sonra, kişilerin ancak gerekçeli bir karara dayanarak kanun yoluna başvurma haklarını kullanabileceklerini dile getirmiştir; bu anlamda gerekçe kanun yoluna başvurunun güvencesidir.⁵⁴⁷ Şu halde, gerekçenin, tarafların kanun yoluna başvurma haklarını etkin bir biçimde kullanabilmelerine imkân sağlayacak nitelikte olması gerekmektedir.⁵⁴⁸ Gerekçe, hem hukukun gelişimi hem de kararların bir üst yargı organı tarafından denetiminin sağlanması açısından büyük önem arz etmektedir.⁵⁴⁹ Ayrıca, gerekçenin uyuşmazlığın taraflarında “adil ve doğru” bir karar verildiği yönünde uyandıracağı kanaatin, tarafları belki de kanun yoluna başvurmadan vazgeçirebileceği düşünülebilir.⁵⁵⁰

Doktrinde, AİHM'nin yargı kararlarının gerekçeli olması zorunluluğuna ilişkin denetiminin, “taraf devlet mahkemelerinin kararları hakkında yerindelik denetimi yapan bir üst derece mahkemesi gibi hareket ederek, kararın esasına müdahale etmekten kaçınması” nedeniyle çok etkin olmadığı, yalnızca açık bir keyfîlik olduğu zaman veya açıkça makul olmayan bir gerekçe gösterildiği zaman gerekçenin niteliğini tartıştığı ve ihlal kararı verdiği belirtilmektedir.⁵⁵¹ Ayrıca, adil yargılanma

⁵⁴⁵ **Boré**, s. 124. Kutu de, taraflardan birinin savunmasına esas teşkil eden beyan veya delillerin, yargı organının “değerlendirme hatasına” bağlı olarak tartışılmamasının hukuki dinlenilme hakkının ihlâlüne sebebiyet vereceğini dile getirmektedir. Bkz. **Kuty**, s. 848.

⁵⁴⁶ **Boré**, s. 125.

⁵⁴⁷ “... kararın gerekçesi yoksa, kanun yolu hayali bir imkân haline gelir.” Bkz. **İnceoğlu**, s. 322; Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 858 ve s. 881; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 395; **Pekcanitez, Adil Yargılama**, s. 47; **Özekes**, s. 175; **Erdoğan**, s. 165; **Aktepe Artık**, s. 410; **Demir Gökyayla, Gerekçe**, s. 13; **Tituin**, s. 1404; **Normand**, s. 18; **Oppetit**, s. 504; AİHM *Suominen - Finlandiya* kararı, prgf. 36-37 (Karar Tarihi: 24.07.2003; Başvuru No: 37801/97). Ayrıca bkz. **Aşçıoğlu, Yargı Kararlarında Gerekçe**, s. 53. Yazara göre, gerekçe sayesinde, tarafın dinlenildiği ve dikkate alındığı konusunda içinin rahat etmesi ve böylece “kararın sosyolojik doğruluğunu kabul etmesi” sağlanmaktadır.

Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 2012/1034 sayılı Vesim Parlak Başvurusu ile ilgili verdiği 20.03.2014 tarihi kararı (RG. 10.05.2014, S. 28996), prgf. 34: “Kararların gerekçeli olması, davanın taraflarının mahkeme kararının dayanağını öğrenerek mahkemelere ve genel olarak yargıya güven duymalarını sağladığı gibi, tarafların kanun yoluna etkili başvuru yapmalarını mümkün hale getiren en önemli faktörlerdendir. Gerekçesi bilinmeyen bir karara karşı gidilecek kanun yolunun etkin kullanılması mümkün olmayacağı gibi bahsedilen kanun yolunda yapılacak incelemenin de etkin olması beklenemez.” (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/f29d8365-fcb9-4f1b-8f3a-a9b4f7f3e56c?wordsOnly=False>; erişim tarihi: 27.10.2016).

⁵⁴⁸ AİHM *Hirvisaari - Finlandiya* kararı, prgf. 30 (Karar Tarihi: 27.09.2001 / Başvuru No: 49684/99).

⁵⁴⁹ **Pekcanitez, Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 787; **Aşçıoğlu, Yargı Kararlarında Gerekçe**, s. 54; **Aktepe Artık**, s. 409; **Zenati-Castaing**, s. 1553; **Normand**, s. 18.

⁵⁵⁰ **Turan**, s. 365.

⁵⁵¹ **İnceoğlu**, s. 323-324; **Kaya**, s. 235. Yazar, gerekçe denetiminin “savunmaların anlamsız kılınması durumunda, çok sınırlı olarak söz konusu olabileceğini” ifade etmektedir. Aynı yönde bkz.

güvencelerinden birinin eksik olduğuna hükmettiği olaylarda, AİHM'nin, başvuruya konu kararın gerekçeden yoksun olduğuna yönelik iddiaları ayrıca değerlendirmeye gerek görmediği dile getirilmektedir.⁵⁵² Bu çerçevede, AİHM gerekçenin öğrenilememesi, gerekçede tarafların yargılamanın sonucunu etkileyecek derecede önem taşıyan iddia ve savunmalarının tartışılmaması, gerekçenin kanuna dayanmaması ve yetersiz olması hallerinde adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.⁵⁵³

Sonuç olarak, AİHM, gerekçeli karar hakkının ihlali iddiasını içeren başvurularda, “mahkeme önüne taşınan taleplerin red veya kabul nedenlerinin karardan anlaşılmadığı, anlaşılmasının imkânsız olduğu” başvurularda ihlal kararı vermektedir. Bu açıdan, mahkemelerce hükme esas alınan gerekçelerin, net bir şekilde anlaşılması kaydıyla, doğrudan ya da dolaylı olarak açıklanabileceği, açık ya da zımnî sonuçlara varılabileceği kabul edilmektedir.⁵⁵⁴

Yargı kararlarının gerekçeli olması dışında dikkate alınma hakkı içinde değerlendirilen bir diğer husus da, “sürpriz karar verme yasağı”dır. Sürpriz karar verme yasağı, bir taraftan yargıda öngörülebilirlik ve istikrarın sağlanmasını diğer taraftan yargılamanın taraflarca ileri sürülen iddia ve savunmaların dışına çıkmadan sonuçlandırılmasını, böylece adil yargılanma ortamının sağlanmasını amaçlayan bir ilkedir. Doktrinde sürpriz karar, “yargılama sonucunda hakkaniyete uygun olarak tarafın beklemediği, eksik veya hatalı değerlendirme ve inceleme sonucunda yargılamaya katılanlar için sürpriz olabilecek kararlar” şeklinde ifade edilmektedir.⁵⁵⁵ Bu bağlamda, yargı organının tarafların yanlış bir hukuki görüşe

Guinchard, s. 17; **Tituin**, s. 1404-1405. Ayrıca, AİHS'e taraf devlet mahkemelerinin, tarafların ileri sürdüğü iddia ve savunmaların niteliğini değiştirerek, diğer bir ifadeyle, tarafların iddia etmediği şeyleri esas alarak verdiği kararların da AİHS'e aykırı olduğu ifade edilmektedir. **Boré**, s. 126.

⁵⁵² **Turan**, s. 358.

⁵⁵³ Bkz. yukarıda AİHM *Hadjianastassiou - Yunanistan* kararı, AİHM *Ruiz Torija - İspanya* kararı, AİHM *Hiro Balani - İspanya* kararı belirtilen paragraflar; ayrıca bkz. AİHM *De Moor - Belçika* kararı, prgf. 55 (Karar Tarihi: 23.06.1994 / Başvuru No: 16997/90); AİHM *Buzescu - Romanya* kararı, prgf. 67 (Karar Tarihi: 24.05.2005 / Başvuru No: 61302/00); AİHM *Donadzé - Gürcistan* kararı, prgf. 35 (Karar Tarihi: 07.03.2006 / Başvuru No: 74644/01).

⁵⁵⁴ **Tituin**, s. 1405-1406. Bu açıdan, özellikle üst derece yargı organları tarafından verilen kararların gerekçesinde, alt derece yargı organının yaptığı tespit ve gerekçelere atfin (*motivation par adoption de motifs / motivation par référence*) kabul gördüğü dile getirilmektedir. Bkz. **Boré**, s. 125; Gilles Cuniberti, **Conflit de juridictions. - Exequatur d'un jugement étranger. - Ordre public international. - Exigence de motivation. - Documents de nature à servir d'équivalents. - Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, article 27-1. - Convention de Lugano du 16 septembre 1988, article 27-1, Journal du droit international (Clunet) n° 1, Janvier 2007, 3, s. 5.**

⁵⁵⁵ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 880; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 390; **Pekcanitez, Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 787; **Özekes**, s. 185; **Yeşilova**, s. 72-73; **Aktepe Artık**, s. 400. “Mahkemenin davanın zeminini oluşturan hukuki yönü belirlemiş, daha doğrusu davayı belirli bir hukuki sebebe dayandırarak yürütmeye başlamış,,, verdiği ara kararlardan, davranışlarından, topladığı delillerden

sahip olmaları halinde, açıklama yapması gerektiği dile getirilmektedir.⁵⁵⁶ Ayrıca, mahkemenin uyuşmazlığın çözümünde belirli iddia ve savunmalar üzerinde yoğunlaşmasına rağmen, kararda önceden dava ile ilgisiz görülen farklı konuların tartışılması ya da mahkemenin –tarafra veya ilgililere bu konudaki görüşlerini açıklama fırsatı vermeksizin- yerleşik içtihadından vazgeçerek farklı bir karar vermesi hallerinde de sürpriz karardan bahsedileceği ifade edilmektedir.⁵⁵⁷

Buna karşın, mahkemelerin benzer durumlara ilişkin farklı kararlar vermesi halinde, sürpriz karar yasağının ve silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilmiş olup olmadığı konusunda AİHM, biraz çekingen davranmaktadır. Bu bağlamda, AİHM, kendini yerel mahkemelerin yerine koyamayacağını, mahkemelerin yerleşik içtihadından büyük ölçüde ayrılan, derin farklılıklar içeren kararlar vermedikçe AİHS m. 6/f. 1'e aykırılıktan bahsedilemeyeceğini dile getirmektedir.⁵⁵⁸

c. Eşitlik / Silahların Eşitliği ve Çelişmeli Yargılama İlkeleri

AİHM'nin adil yargılanma hakkı kapsamında ortaya koyduğu en eski içtihadî ilkelerden biri olan silahların eşitliği (*equality of arms; égalité des armes*) ilkesi, Anayasa'nın 10. maddesi ile teminat altına alınmış eşitlik ilkesinin usul hukukundaki görünümüdür.⁵⁵⁹ Aynı şekilde, bu ilke, ayrımcılık yasağına ilişkin AİHS m. 14 ile birlikte değerlendirilmekte, AİHS m. 6/f. 1'in ayrımcılık yasağı kapsamındaki görünümü olarak kabul edilmektedir.⁵⁶⁰ Bu yönüyle, hakkaniyete uygun yargılamanın (usulî hakkaniyetin) somut olarak gerçekleştirilebilmesi adına, hukuki dinlenilme hakkının tamamlayıcısıdır ve klasik usulî temel bir hak olarak kabul

vs. bunun anlaşılmış olması durumunda, tarafları bu konuda uyarmadan, bu düşüncesinden dönerek buna tamamen aykırı, farklı bir karar vermesi sürpriz karar sayılacaktır.” (Bkz. Özekes, s. 186).

⁵⁵⁶ Pekcanitez, **Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 787. Yazar sürpriz karara örnek olarak tarafların Alman Hukuku'nun uygulanmasından hareket etmelerine karşılık mahkemenin yabancı bir hukuku uygulamış olmasını, savunma için ileri sürülen beyanların davalının aleyhine kullanılmasını göstermiştir. Ayrıca bkz. Üstündağ, s. 262; Özekes, s. 192; Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 884-885.

⁵⁵⁷ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 884; Pekcanitez, **Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 787; Özekes, s. 186; Özekes, **Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Sorunları**, s. 1298; Kuru, s. 302; Yeşilova, s. 73; Aktepe Artık, s. 400; Sudre, s. 407-408.

⁵⁵⁸ AİHM *Nejdet Şahin ve Perihan Şahin – Türkiye* kararı, prgf. 53 ve 70 (Karar Tarihi: 20.10.2011 / Başvuru No: 13279/05). AİHM, Yüksek Mahkemelerin birden çok daireden oluşması halinde, bu daireler arasında yatay bir kontrol mekanizması kurulamayacağını, bunun AİHS m. 6 /f. 1'in üzerinde bir denetim olacağını belirtmektedir (prgf. 81-87).

⁵⁵⁹ Pekcanitez, **Adil Yargılama**, s. 46; Pekcanitez, **HUMK m.445/11**, s. 537; İncoğlu, s. 220. Ayrıca bkz. Hanağası, s. 71-74.

⁵⁶⁰ Kohl, s. 641; Hanağası, s. 71.

edilmektedir.⁵⁶¹ Doktrinde, “*bir ilke olarak silahların eşitliğinin, adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkı ile eşitlik ilkesinin kesiştiği yerde bulunduğu*” ifade edilmektedir.⁵⁶² Hukuki dinlenilme hakkı kapsamında yargılamaya katılanlara sağlanan imkânların kullanımında eşit ve objektif şekilde davranılmadığı takdirde adil bir yargılamadan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Silahların eşitliği ilkesi uygulanırken, vatandaş / yabancı, gerçek kişi / tüzel kişi ayrımı yapılamaz.⁵⁶³

Silahların eşitliği ilkesi, doktrinde, “davanın bir tarafının, diğer tarafa karşı aleyhte bir duruma düşmeksizin, iddia ve savunma imkânlarından eşit şartlarda faydalanabilmesi” şeklinde tanımlanmaktadır.⁵⁶⁴ Uyuşmazlığın taraflarının tamamen eşitlik içinde davalarını hazırlamaları ve yargı organına sunmaları konusunda makul fırsatlara sahip olmalarını ifade eden bu ilke, “iddia ve savunmayı hazırlamak için yeterli imkân (silah) ve zamana sahip olmayı ve bu anlamda ekonomik olarak da hiçbir engel ile karşılaşmamayı” güvence altına almaktadır.⁵⁶⁵

Bununla birlikte, tarafların öne sürdüğü iddia, savunma ve deliller arasındaki eşitlikten kastın, örneğin tanıkların sayısal eşitliği olmadığı dile getirilmektedir.⁵⁶⁶ Ayrıca, silahların eşitliği ilkesinin “yargılamadaki rizikonun ve yargılama giderlerinin de taraflar arasında eşit olarak paylaşımını mümkün kıldığı”

⁵⁶¹ Pekcanitez, **HUMK m.445/11**, s. 538; **Aktepe Artık**, s. 355; **Hanağası**, s. 93 ve 99; Matscher, **Case-Law**, s. 12; **Favreau**, s. 14-15; **Sudre**, s. 422-423; **Guinchard**, s. 12; **Mock**, s. 393; Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 854 ve s. 846: “*Silahların eşitliği, usulî bir güvence olmaktan ibaret olmayıp, bir haktır.*”

⁵⁶² **Özekes**, s. 49; **Yeşilova**, s. 56.

⁵⁶³ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 854.

⁵⁶⁴ Pekcanitez, **Adil Yargılama**, s. 46; **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s. 338; **Çelik**, s. 85; **Kaşıkar**, s. 154; **Erdoğan**, s. 142; **Demircioğlu**, s. 132; **Aktepe Artık**, s. 355; **Guinchard**, s. 12. Silahların eşitliği ilkesinin her iki tarafın aynı ve eşit şartlarda dinlenilmesini değil, yargılamanın taraflarının hukuki dinlenilme hakkına uygun olarak ve eşit şartlarda dinlenilmesini ifade ettiği; bu çerçevede, “*her iki tarafın yargılamada sahip olması gereken ya da sahip olduğu imkânları tam ve diğerini dengeleyecek şekilde kullanmasının silahların eşitliği ilkesinin gereği*” olduğu vurgulanmaktadır. Bkz. **Özekes**, s. 50. Ayrıca bkz. **Hanağası**, s. 37-43.

⁵⁶⁵ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 854; **Sudre**, s. 422-423; **A.Kılınç**, s. 138; **Hanağası**, s. 40-41. Yazar, bu anlamda, silahların eşitliğinin “tarafların usulî imkânlardan ayırım yapılmaksızın eşit bir biçimde faydalanmaları anlamını taşıyan fırsat eşitliğine işaret ettiğini” belirtmektedir.

Bu noktada belki de dava arkadaşları açısından bir parantez açmakta fayda vardır. Mecburi dava arkadaşlığı bakımından dikkat çekilecek farklı bir durum olmasa da, “dava arkadaşı sayısı kadar bağımsız davanın söz konusu olduğu” ihtiyari dava arkadaşlığı konusunda silahların eşitliği ilkesinin uygulanması bazı sorunlar arz edebilir. İhtiyari dava arkadaşlığının bulunduğu durumlarda, silahların eşitliği ilkesinin iki cephesinin bulunduğu belirtilmektedir: ilk olarak, “dava arkadaşları arasındaki eşitlik”, ikinci olarak da, “davanın karşı tarafı ile eşitlik”. Dava arkadaşlarının tamamı kural olarak usulî imkânlardan eşit şekilde yararlandırılmalıdırlar (bkz. **Hanağası**, s. 229-230). İhtiyari dava arkadaşlığının uygulama alanı çok geniştir. Dolayısıyla, silahların eşitliği ilkesinin ihtiyari dava arkadaşlığı bakımından uygulanmasının birçok pratik sonucu vardır. Bu husus yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından ayrıca önemlidir. Örneğin, yabancılık unsuru taşıyan bir adi ortaklığın (*joint venture* veya konsorsiyum) Türkiye’de dava açması veya davalı olması halinde, adi ortaklığı oluşturan kişilerin tümünün yargılamada eşit imkânlarla sahip olması esastır.

⁵⁶⁶ Pekcanitez, **Adil Yargılama**, s. 48; **Demircioğlu**, s. 136.

belirtilmektedir.⁵⁶⁷ Yargılamanın tarafları arasındaki eşitlik ve denge yargılamanın her safhasında ve yargılamanın sonuna kadar korunmalıdır.⁵⁶⁸ Silahların eşitliği ilkesinin “*ağır insan hakları ihlallerine karşı acil bir fren niteliğinde olduğu*” ifade edilmektedir.⁵⁶⁹

Yargıtay da, silahların eşitliği ilkesinin hukuki dinlenilme ve adil yargılanma hakkı bakımından arz ettiği öneme birçok kararında değinmiş, taraflara savunmada bulunma ve delil sunma bakımından eşit davranılmamasının, açıklama ve ispat hakkına aykırı olacağı ifade edilmiştir.⁵⁷⁰

Medeni yargılama hukukunda, maddi hukukun aksine, bir tarafa karşı pozitif ayırmacılık yapılması mümkün değildir. Doktrinde, maddi hukukta, “bazı zorunluluklar veya sosyal gerekçelerle, taraflardan biri lehine kuralların öngörülebileceği fakat yargılama önünde tarafların eşit olduğu” ifade edilmekte, zayıf tarafın korunmasına ilişkin maddi hukuk kuralları bu kapsamda değerlendirilmektedir.⁵⁷¹ Bu bağlamda, yargılamanın taraflarından biri maddi hukukta diğerine oranla daha fazla korunuyor olsa bile, yargılamada tarafların eşit imkânlardan faydalandırılmaları gerektiği açıktır.

AİHM, silahların eşitliği ilkesine uyulup uyulmadığı konusunda hassas bir inceleme yapmaktadır. Mahkeme, silahların eşitliği ilkesinden ilk defa söz ettiği *Neumeister* kararından⁵⁷² bugüne istikrarlı ve silahların eşitliği ilkesinin içeriğini zenginleştiren bir içtihat yaratmıştır.⁵⁷³ Açıklama ve ispat hakkını (delil sunma), hukuki dinlenilme hakkı içinde ve özellikle silahların eşitliği ilkesi bağlamında ele almakta, tarafların delillerinin mahkemece dikkate alınmamasını (delillerin yönetimi bakımından) adil yargılanma hakkına aykırı bulmaktadır. Fakat, delillerin yargılamayı yapan devlet mahkemelerince değerlendirilmesi ile adil yargılanma hakkının gerekleri arasındaki çizginin net bir şekilde belirlenmesinin de zor olduğu

⁵⁶⁷ Pekcanitez, *Adil Yargılama*, s. 47.

⁵⁶⁸ *Gözübüyük/Gölcüklü*, s. 291; Çelik, s. 85; A.Kılınc, s. 138; Ergül, *Bireysel Başvuru*, s. 253. AİHM *Delcourt - Belçika* kararı, prgf. 28 (Karar Tarihi: 17.01.1970 / Başvuru No: 2689/65); AİHM *Monnell ve Morris – İngiltere* kararı, prgf. 62 (Karar Tarihi: 02.03.1987; Başvuru No: 9562781; 9818/82). Ayrıca bkz. *Gözübüyük/Gölcüklü*, s. 292’de belirtilen kararlar.

⁵⁶⁹ Pekcanitez, *Adil Yargılama*, s. 55. Ayrıca bkz. Demircioğlu, s. 132.

⁵⁷⁰ Yarg. 9.HD, E. 2014/26425 K. 2014/25555, 08.09.2014; Yarg. 2.HD, E. 2004/11405 K. 2004/12644, 27.10.2004 (bkz. www.kazanci.com; erişim tarihi: 09.09.2016).

⁵⁷¹ Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, s. 861; *Pekcanitez/Atalay, Özekes*, s. 385; *Aktepe Artık*, s. 357.

⁵⁷² AİHM *Neumeister – Avusturya* kararı, prgf. 22 (Karar Tarihi: 27.06.1968 / Başvuru No: 1936/63).

⁵⁷³ *Hanağası*, s. 74; *Rozakis*, s. 101-102. Ayrıca bkz. AİHM’nin *Neumeister* kararını *Delcourt* kararı izlemiştir (bkz. yukarıda, AİHM *Delcourt - Belçika* kararı, prgf. 28). Ayrıca bkz. AİHM *Feldbrugge – Hollanda* kararı, prgf. 44 (Karar Tarihi: 26.05.1986); yukarıda AİHM *Ruiz Mateos – İspanya* kararı, prgf. 63-64.

bir gerçektir.⁵⁷⁴ AİHM, silahların eşitliği ilkesine uyulup uyulmadığını, somut olaya bakarak (*in concreto*) ve şikayet konusu eşitsizliğin, yargılamanın bütünü dikkate alınarak (*in globo*), fiilen etkili olup olmadığına ve adil yargılanma hakkının gerçek anlamda ihlal edilmiş olup olmadığına bakmaktadır.⁵⁷⁵ Bu anlamda, her yargılama faaliyetinin davanın özelliğine göre incelendiği belirtilmektedir.⁵⁷⁶ AİHM'ye göre, bir tarafın, yargılamanın diğer tarafına karşı, yargılamayı etkileyecek şekilde adil yargılanma güvencelerinden yoksun bırakılarak olumsuz / zayıf bir duruma düşürülmesi halinde silahların eşitliği ilkesine aykırı hareket edilmiş olacaktır.⁵⁷⁷

Silahların eşitliği ilkesi, taraflar arasında gözetilmesi gereken usulî dengeye dayandığı için, çelişmeli yargılama (*adversial trial; procédure contradictoire*) ilkesi ile de yakından ilişkilidir.⁵⁷⁸ Çelişmeli yargılama ilkesi, bir davanın taraflarının davaya ilişkin delil ve beyanlar hakkında bilgi sahibi olma ve bunlar hakkında yorum yapma olanağını elde etmeleri olarak tanımlanmaktadır.⁵⁷⁹ Bu ilke, dava dosyasına giren her türlü beyan, bilgi, belge ve delili kapsadığı gibi, ilk derece mahkemesinin kanun yoluna başvuru halinde üst derece mahkemesine gönderdiği belgeler için de geçerlidir.⁵⁸⁰

Çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerinin hukuki dinlenilme ve adil yargılanma hakkı kapsamında geniş bir uygulama alanına sahip olduğu belirtilmekte, anılan hak ve ilkelerin uygulanmasında AİHS m. 6/f. 1'in önemine dikkat çekilmektedir.⁵⁸¹ Anayasa Mahkemesi de çelişmeli yargılama ilkesinin silahların

⁵⁷⁴ Matscher, *Case-Law*, s. 15.

⁵⁷⁵ Tanriver, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 210; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 291; Çelik, s. 86; Demircioğlu, s. 133; Kaşıkara, s. 156; Matscher, *Case-Law*, s. 16; Hanağası, s. 270-274.

⁵⁷⁶ İncoğlu, s. 221; Demircioğlu, s. 133; Favreau, s. 15.

⁵⁷⁷ İncoğlu, s. 220-221; Hanağası, s. 94; Çelik, s. 85; Demircioğlu, s. 135; Kaşıkara, s. 155; Matscher, *Case-Law*, s. 14; Nuyts, s. 179; Kohl, s. 641; Mock, s. 394. AİHM *Dombo Beheer – Hollanda* kararı, prgf. 33 (Karar Tarihi: 27.10.1993; Başvuru No: 14448788); AİHM *De Haes ve Gijssels – Belçika* kararı, prgf. 53 (Karar Tarihi: 24.02.1997; Başvuru No: 19983/92); AİHM *Niederöst ve Huber – İsviçre* kararı, prgf. 26-31 (Karar Tarihi: 18.02.1997; Başvuru No: 18990/91).

⁵⁷⁸ İncoğlu, s. 221; Hanağası, s. 113; Cebre, s. 386; Çelik, s. 88; Kaşıkara, s. 158; Demircioğlu, s. 133; Matscher, *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, s. 453; Matscher, *Case-Law*, s. 16; Favreau, s. 14.

⁵⁷⁹ İncoğlu, s. 221 ve s. 249-250, Çayan, s. 111; Çelik, s. 89; Erdoğan, s. 136; Cohen-Jonathan, *Droit au juge*, s. 498; Matscher, *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, s. 453-454. Ayrıca bkz. AİHM *Niederöst Huber – İsviçre* kararı, prgf. 23-24 ve 30 (Karar Tarihi: 18.02.1997; Başvuru No: 18990/91); AİHM *Vermeulen – Belçika* kararı, prgf. 33 (Karar Tarihi: 20.02.1996 / Başvuru No: 19075/91); yukarıda AİHM *Ruiz Mateos – İspanya* kararı, prgf. 63.

⁵⁸⁰ İncoğlu, s. 254; Çelik, s. 88; Erdoğan, s. 140.

⁵⁸¹ Matscher, *Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, s. 457. Ayrıca bkz. Matscher, *Case-Law*, s. 16-18; Guinchard, s. 13.

eşitliği ilkesinin hayata geçirilmesi ve adil yargılanmanın sağlanması bakımından önemi üzerinde durmaktadır.⁵⁸²

Çelişmeli yargılama ilkesi, özü itibariyle, yukarıda ele aldığımız hukuki dinlenilme hakkının unsurlarından bilgilenme ve açıklama haklarına ilişkin güvenceleri ifade etmektedir. Dolayısıyla, yukarıda açıklama ve ispat hakkı kapsamında yaptığımız incelemelerin çelişmeli yargılama ilkesinin kapsamını belirlediğini ifade etmekle ve bu noktada tekrara düşmemek için, çelişmeli yargılama ilkesi ile ilgili olarak yukarıdaki açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz.

Silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin uygulanması yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda farklı sorunların ortaya çıktığı bir alandır. Zira davacı veya davalı, kendisini bilmediği, aşına olmadığı bir hukuk düzeninde savunmak durumunda kalmaktadır. Uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması, tarafların iddia ve savunmalarını ileri sürdükleri ve adil yargılanma / hukuki dinlenilme hakkından kaynaklanan haklarını kullandıkları şartlar üzerinde önemli etkilere sahiptir. Özellikle yabancı taraflar açısından dil sorunu gerek yargılama kurallarının anlaşılmasında gerekse, açıklama ve ispat haklarının kullanımında, silahların eşitliği ilkesini zedeleyecek nitelikte önemli eşitsizliklerin doğmasına sebep olabilmektedir. Bu tür eşitsizlikler uygulamada daha çok davalı açısından doğmaktadır. Zira, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda, birden fazla devlet

⁵⁸² “Adil yargılanma hakkının ulusal üstü düzeyde genel kabul görmüş ölçütleri arasında önemli bir yer tutan silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının yargılama sırasında usul hükümleri yönünden eşit konumda bulunmasını, taraflardan birine dezavantaj diğerine avantaj sağlayacak kurallara yer vermeme esasını öngörmekte, diğer bir deyişle davanın tarafları arasında hakkaniyet uygun bir dengenin varlığını gerekli kılmaktadır. Çelişmeli yargılama ilkesi ise taraflara, dosyaya giren görüşler ile diğer tarafça sunulan deliller hakkında bilgi sahibi olma ve karşı iddialarını sunma hususunda uygun olanakların sağlanması anlamına gelir.

Bu kapsamda, yargılama sürecinde hak sahibinin öğrendiği isnat ve iddialara karşı yazılı veya sözlü şekilde açıklama yapabilmesi, karşı isnat ve beyanlarda bulunabilmesi gerekmektedir. Ancak bu hak, davanın taraflarına her konuda sınırsız konuşabilme veya açıklama yapabilme hakkının tanındığı anlamına gelmemelidir. Zira hak arama hürriyetinin mutlak ve sınırsız bir biçimde uygulanması mümkün değildir.” (Anayasa Mahkemesi E. 2014/189; K. 2015/32 sayılı 19.03.2015 tarihli kararı (RG. 21.05.2015 S. 29362; bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/9ae48f2d-295e-4b1d-96a5-1eaa871d24e4?highlightText=hak%20arama%20özgürlüğü&excludeGerekce=False&wordsOnly=False> e.)

“Çelişmeli yargılama ilkesi, iddia makamının ve savunma makamının yargılama esnasında mahkemenin kararını oluşturmada temin zımında delil sunması, bu delilleri tartışması, mütalaa sunması, bunları tartışması, sunulan ve tartışılan deliller hususunda yorum yapılması imkânının taraflara tanınmasıdır. Çelişmeli yargılama ilkesi, iddia ve savunma makamlarının hüküm makamı karşısında birbirinin eşiti olması ile yakından ilgili olup, bu eşitliğe ilişkin dengenin bozulması durumu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince adil yargılanmanın ihlali olarak görülebilmektedir.” (Anayasa Mahkemesi E. 2011/43 K. 2012/10 sayılı ve 19.01.2012 tarihli kararı (RG. 05.04.2012 – S. 28225); bkz. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/2d295ee8-39b9-4c12-9812-cb2bc8944c53?highlightText=%22hakkaniyete%20uygun%20yargılama%22&excludeGerekce=False&wordsOnly=False>.)

mahkemelerinin yetkili olduğu durumlarda, davacı, davasını en iyi savunabileceği, hakkını elde edebileceğini düşündüğü devlet mahkemesine başvurmaktadır.⁵⁸³ Şayet, yapılan yargılamada, yabancı tarafın adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkına dayalı güvencelerden, gerek dil sorunu dolayısıyla, gerekse başka nedenlere dayalı olarak davacıya oranla daha az yararlandırıldığı bir durum söz konusu olursa, örneğin davacının ulaştığı delillere davalının ulaşması engellenirse silahların eşitliği ilkesinin ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılacaktır.⁵⁸⁴

4. Adil Yargılanma Hakkı ve Adli Yardım

a. Genel Olarak

Anayasa, AİHS ve iç hukuk kurallarında dayanağını bulan adli yardım kurumu, adil yargılanma hakkının en önemli ve uygulamada da en çok sorun ile karşılaşılan konularından biridir.⁵⁸⁵ Adli yardım kurumunun doğru ve etkin bir biçimde işletilmesi, gerek yargılama öncesinde ya da başlangıcında mahkemeye erişimin, gerekse yargılama sürecinde hakkaniyete uygun yargılanma (hukuki dinlenilme hakkının ve silahların eşitliği ilkesinin) gereklerinin sağlanması açısından hayati

⁵⁸³ *Forum shopping* olarak nitelendirilen bu durum doktrinde kabul görmektedir. Ancak davalının haklarının etkilendiği noktada sınırlandırılması gerektiği savunulmaktadır. Bkz. Nuyts, s. 181. Ayrıntılı incelemeler için bkz. Nuray Ekşi, **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Bası, Beta Yayınları 2000**, s. 265 ve 269 vd.

⁵⁸⁴ Nuyts, s. 181.

⁵⁸⁵ Adli yardım kurumunun anayasal temelleri ve uluslararası sözleşmelerdeki yeri ve adil yardım hakkının temel bir hak olup olmadığına ilişkin incelemeler için bkz. Jeannette Bougrab, **L'aide juridictionnelle, un droit fondamental?**, AJDA, No1 20 Janvier 2001, s. 1016-1024. Yazar, adli yardım hakkının her ne kadar devletlerin anayasalarında açıkça belirtilmese de, anayasal temel haklardan olan adalete erişim / etkin başvuru ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında adli yardım hakkının da anayasal değerinde temel bir hak olduğunu belirtmektedir. Ayrıca adli yardımın ilk defa Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı m. 47/f. 3'de açık bir şekilde düzenlenmesi ile "konvansiyonel" temele dayandırıldığını da dile getirmektedir (bkz. s. 1017-1019). Anılan hüküm uyarınca, "Adalete etkili erişim amacıyla gerekli olduğu ölçüde yeterli kaynağı olmayan kişilere yasal yardım sağlanır." (Şart 07.12.2000 tarihinde Nice'de imzalanmıştır. Metin için bkz. <http://www.eskisehirab.gov.tr/userfiles/files/AVRUPA%20BİRLİĞİ%20TEMEL%20HAKLAR%20ŞARTI.pdf>). ATHŞ'nin bu hükmü "Sınıraşan Uyuşmazlıklarda Adalete Erişimin Geliştirilmesi Amacıyla Adli Yardım Hakkında Asgari Kuralların Belirlenmesi İlişkin 2002/8 sayılı 27.01.2003 tarihli AB Konseyi Yönergesi"nin kabulüne dayanak olmuştur (Council Directive 2002/8/EC of 27 January 2003 to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes; Yönerge'nin metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0008&from=en>; erişim tarihi: 24.11.2016). Ayrıca bkz. Oğuz Atalay, **Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017**, s. 2412-2414; A.Kılınç, s. 123 vd.

öneme sahiptir.⁵⁸⁶ Bu yönüyle adli yardım kurumu, doğru şekilde yönetildiği takdirde, adalete erişimin sağlanmasına büyük katkı sağlayan bir araçtır.⁵⁸⁷ Bu nedenle adli yardım kurumunu adalete erişim ve hakkaniyete uygun yargılanma kavramlarından bağımsız olarak, ayrı bir başlık altında inceleyeceğiz. Bununla birlikte, adli yardımın Türk hukukunda düzenlenişi ile ilgili teknik bilgilere ve adli yardımın milletlerarası usul hukuku özelinde yarattığı sorunlara çalışmamızın ikinci bölümünde yer vereceğimizi belirtmek isteriz.

Adli yardım, kısaca, sosyal hukuk devletinin ve kanun önünde eşitlik ilkesinin sonucu olarak, dar anlamda yargılama ve takip giderlerini karşılayamayacak durumda olanlara, bu giderlerin karşılanması konusunda geçici olarak muafiyet sağlanması, geniş anlamda ise yargılamanın adil yargılanma standartlarına uygun olarak yürütülebilmesi amacıyla avukat ve tercüman hizmetleri gibi hizmetlerden faydalanmak konusunda ihtiyacı olan kişilere yardım edilmesidir.⁵⁸⁸ Böylece bu kişilere hukuki korunma taleplerini ileri sürebilme ve hak arama özgürlüklerini kullanabilme imkânı tanınmaktadır. Ekonomik anlamda yetersiz olan kişiler ile ekonomik gücü olanlara farklı adalet standartlarının uygulanması söz konusu

⁵⁸⁶ **Milano**, s. 265-266. Doktrinde de hukuki dinlenilme hakkı ile adli yardım arasındaki ilişkiye ayrı bir vurgu yapılmaktadır. Hukuki dinlenilme hakkının teoriden pratiğe aktarılmasında adli yardım kurumunun rolü göz ardı edilemez. Hukuki dinlenilme hakkının hukuk devleti, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının sağlanması bakımından işlevi göz önüne alındığında, adli yardımın önemi bir kere daha ortaya çıkmaktadır. Bkz. **A.Kılınc**, s. 155. Yazar, delillerin ikamesi amacıyla taraflardan masraf istenmesi ve ilgili tarafın ekonomik yetersizliği nedeniyle gerekli masrafi ödeyememesi halinde, adli yardımdan da yararlanamıyorsa, açıklama/ispat hakkını kullanamayacak olmasını hukuki dinlenilme hakkının ihlaline örnek olarak göstermektedir (s. 158). Aynı şekilde, örneğin tebligat giderlerinin yatırılmaması halinde, talepte bulunan, talebinden vazgeçmiş sayılır (Tebliğat Kanunu m. 5/f. 2; Tebligat Yönetmeliği (RG. 25.01.2012 – S. 28184) m. 8/f. 2). Bununla birlikte, adli yardımdan faydalananlar bakımından bu durum geçerli olmayacaktır (Yönetmelik m. 8/f. 3). Ayrıntılı incelemeler için bkz. **Deliduman**, s. 312 vd. Gerçekten de özellikle ispat hakkı açısından adli yardım kurumu hayati değerdedir. Daha da geniş bir açıdan bakacak olursa, karşı tarafın ekonomik olarak daha güçlü olması nedeniyle, davacı da olsa davalı da olsa, ispat hakkını sonuna kadar kullanabilen taraf, diğer tarafa üstünlük sağlayacak, bu durum da silahların eşitliği ilkesine ve hukuki dinlenilme hakkına, dolayısıyla da adil yargılanma hakkına aykırı sonuçlar yaratacaktır. Ayrıca bkz. **Özekes**, s. 304; **Karlı**, s. 585.

⁵⁸⁷ “Adli yardım kurumu, adalete erişim hareketinin kalbinde yer almaktadır.” Bkz. **Bougrab**, s. 1016. Ayrıca bkz. **Özbek**, **Adalete Erişim**, s. 908-909; **Çakın**, s. 199 vd.; **Rozakis**, s. 99; **Guinchard**, s. 7; **Renucci**, s. 135; **Milano**, s. 265.

⁵⁸⁸ Mehmet Akbal, **Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım**, TBB Dergisi Yıl: 2011 Sayı: 93, s. 150-151; Oğuz Atalay, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında Avukatla Temsil Zorunluluğu ve Adli Yardım**, **Hukuk Perspektifleri Dergisi Yıl: 2006 Sayı: 8**, s. 99: “Sosyal hukuk devletinde adalet hizmetlerinden yararlanmak bakımından, ekonomik gücün veya güçsüzlüğün bir ölçü olarak kabul edilmesi düşünülemeyeceğinden, genel ve geniş kapsamlı bir kavram olarak “hakkaniyetin” gereği olarak yargı hizmetlerinden yararlanmak bakımından olanak eşitliği, diğer bir ifade ile yargı önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından taraflar arasında ekonomik denge sağlanmalı ve yargılamanın sonucuna kadar bu denge korunmalıdır.” Ayrıca bkz. Oğuz Atalay, **Medeni Usûl Hukukunda Adli Yardım**, **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Ankara Üniversitesi)**, 1986, s. 12-15; Nihan Esendal, **Yabancıların Adli Yardımdan Yararlanması ve Adil Yargılanma Hakkı**, **Terazi Hukuk Dergisi Sayı 4/31 Yıl: 2009**, s. 185; **A.Kılınc**, s. 9; **Çakın**, s. 199; **Demircioğlu**, s. 116; **Kuru**, s. 826; **Üstündağ**, s. 775; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 2411.

olamaz.⁵⁸⁹ Sosyal hukuk devleti güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve böylece toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir.⁵⁹⁰ Anayasa'nın 5. maddesinde de bu husus düzenlenmiştir. Ekonomik anlamda yetersiz kişilerin ekonomik olarak güçlü olanlara karşı korunması sosyal devlet ilkesinin gereklerinden biridir. Ekonomik olarak zayıf durumda olan kişilerin, haklı olsalar dahi, yargılama giderlerini ödeyemeyeceklerini düşünerek haklarını aramaktan vazgeçmeleri, hak arama özgürlüğü ve mahkemeye erişim hakkının fiilen engellendiği anlamına gelir.⁵⁹¹ Özellikle, ülkemizde olduğu gibi, yoksulluk sınırında yaşayan kişilerin çoğunlukta olduğu ülkelerde adli yardım kurumunun etkin bir şekilde işletilebilmesi AİHS m. 6'da yer alan güvencelerin hayata geçirilmesi bakımından büyük önem taşımaktadır. Ancak bu konuda doktrinde haklı eleştiriler dile getirilmekte, adli yardımın halihazırdaki haliyle, etkin bir şekilde işletilemediği belirtilmektedir.⁵⁹²

Adalet erişim, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı kapsamındaki birçok hak ve ilkenin, özellikle hukuki dinlenilme hakkı ve silahların eşitliği ilkesinin hayata geçirilebilmesi adına ifa ettiği görev düşünüldüğünde⁵⁹³, modern yaklaşıma uygun olarak, adli yardım, yargılama öncesi danışmaya erişim, yargılama aşamasında ise mahkeme ve adli merciiler önünde temsil ve yargılama masraflarından muafiyeti kapsayacak şekilde geniş bir alanı kapsamaktadır.⁵⁹⁴ Adli yardım, işlevi göz önünde tutulduğunda yargılamanın tabi olduğu temel ilkelerin pek çoğu ile yakından ilgilidir. Mahkemeye erişim, hakkaniyete uygun yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkı, silahların eşitliği gibi birçok temel hak ve ilkenin yanında,

⁵⁸⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 999; A.Kılınç, s. 146.

⁵⁹⁰ Demircioğlu, s. 118. Ayrıca bkz. "eşit adalet doktrini", A.Kılınç, s. 140; Esendal, s. 185. "Sosyal devlet ilkesi, bir yandan yargılama giderlerine ilişkin belirlemelerde göz önünde tutulması gereken bir ilke, diğer yandan hukuki dinlenilme hakkı bakımından bir dayanak teşkil etmektedir. bu yönüyle her iki kurumun çakışma noktası sosyal devlet ilkesidir." Bkz. Özekes, s. 303. Ayrıca bkz. Ahmet Cemal Ruhi, *Milletlerarası Usûl Hukukunda Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe*, Seçkin Yayınları Ankara 2016, s. 27.

HMK'nın adli yardımdan yararlanma şartlarını düzenleyen 334. maddesinin gerekçesinde bu husus şu şekilde ifade edilmiştir. "Anayasada düzenlenen hak arama özgürlüğünün kullanılabilmesi ve adil yargılama hakkının unsurlarından olan, taraflar arasında silahların eşitliği ilkesinin hayata geçirilebilmesi için, gerekli yargılama giderlerini hiç veya sıkıntıya düşmeksizin ödeyemeyecek durumda bulunan kişilere, her türlü malî ve hukukî korunma taleplerinde kolaylık sağlanması, sosyal hukuk devleti ilkesinin gereklerindendir. Bu gereğin yerine getirilebilmesi ise adli yardım ile mümkün olacaktır."

⁵⁹¹ Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 859; Özekes, s. 307; Aktepe Artık, s. 100; Demircioğlu, s. 117; A.Kılınç, s. 139; E.Erdoğan, s. 156; Ejder Yılmaz, *Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti*, Ankara Barosu Dergisi, 1984/2, s. 201-202.

⁵⁹² Akbal, s. 148.

⁵⁹³ Bougrab, s. 1017; Demircioğlu, s. 116; Esendal, s. 186; Ruhi, *Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe*, s. 28-29.

⁵⁹⁴ Çakın, s. 200 ve 204.

bir yargılamanın mümkün olduğu kadar az gider ile sonuçlandırılmasını öngören usul ekonomisi ilkesi bunlardan bir tanesidir.⁵⁹⁵ Usul ekonomisi ilkesinin adeta yetmediği noktada ise, imdada adil yardım kurumu yetişmektedir. Zira, yargılamanın her ne kadar mümkün olan en az giderle gerçekleştirilmesi hedeflense de, çoğu zaman bu hedefe ulaşılamamaktadır. Bu nedenle, şayet adalete erişmek isteyen ve hukuki korunma talebinde bulunan tarafın yargılamanın başında ve devamında ortaya çıkacak olan giderleri karşılamaya gücü yetmeyecekse, bu kişinin adli yardımdan faydalandırılması gerekecektir. Aksi halde ilgili kişinin hak arama ve mahkemeye erişim hakkından yoksun bırakılması söz konusu olur.⁵⁹⁶

Adli yardıma ihtiyaç duyan ilgililerin bu haktan faydalanmalarının belirli şartlara tabi tutulması kendiliğinden adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğurmamaktadır.⁵⁹⁷ Ancak, bu şartların “adli yardım kurumundan faydalanmayı anlamsız kılacak noktalara ulaşması” halinde kişilerin hukuki dinlenilme ve dolayısıyla adil yargılanma haklarının ihlali sonucunun doğacağı aşikardır.⁵⁹⁸ Ayrıca, adli yardım taleplerinin “ağır kusur” sonucu reddedilmesinin de eşitlik ilkesine aykırı olduğu dile getirilmektedir.⁵⁹⁹

Adli yardımın mahkemeye erişim hakkı ve hukuki dinlenilme hakkı açısından arz ettiği önem, adli yardım taleplerinin reddi hakkında hassas bir inceleme ve değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır. Örneğin, adli yardım özellikle yargılama harç ve giderleri konusunda bireylerin mahkemeye erişimini kolaylaştırmak açısından büyük önem arz etmektedir. Dava harçlarının yanında, avukatlık hizmeti de dahil olmak üzere, yargılama giderlerinin tümünün karşılanmasında, ihtiyaç olduğu ölçüde adli yardım sağlanması, adil yargılanma hakkı açısından hayatidir. Zira, yargılama giderlerinin yüksek olması ve bu giderleri karşılayamayan kişilerin mahkemeye başvuramamaları halinde AİHS m. 6/ f. 1 açıkça ihlal edilmiş olur.

AİHM de adli yardımın mahkemeye erişimin ve adil yargılanma hakkının sağlanmasındaki hayati rolünü çeşitli kararlarında dile getirmiştir.⁶⁰⁰ AİHM, adli yardım verilmemesi konusunu mahkemeye erişim hakkının ihlali sayarak ya da silahların eşitliği ilkesine aykırı bularak inceleme ve değerlendirmelerini m. 6/f. 1

⁵⁹⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 398; Kuru, s. 304; Aktepe Artık, s. 84; A.Kılınc, s. 172-173.

⁵⁹⁶ Kuru, s. 304; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 707; Matscher, Case-Law, s. 16; Ruhi, Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe, s. 29-31 .

⁵⁹⁷ Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 859.

⁵⁹⁸ Özekes, Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Sorunları, s. 1300.

⁵⁹⁹ Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 859.

⁶⁰⁰ Bkz. yukarıda AİHM Airey – İrlanda kararı, prgf. 24.

kapsamında yapmaktadır.⁶⁰¹ AİHS, taraf devletlere adli yardım sistemi kurmak konusunda belirli bir pozitif yükümlülük getirmemektedir; taraf devletler, hukuk sistemlerinde mahkemeye erişim hakkına aykırı olmayacak farklı hukuki düzenlemeleri yapmak konusunda serbesttir..⁶⁰² Bu açıdan, mahkemeye erişimin, adli yardım kurumu dışında başka araçlarla sağlanabiliyor olması halinde de, m. 6/f. 1'in koruduğu amaç gerçekleşmiş olacaktır. Zira, AİHS m. 6/f. 1, yalnızca mahkemeye erişim hakkını güvence altına almakta, bu konuda kullanılacak araçların seçimini taraf devletlere bırakmaktadır; hangi önlemlerin alınması gerektiğini göstermek AİHM'nin görevi değildir.⁶⁰³ “Yargılama usulünün basitleştirilmesi”, adli yardım kurumuna alternatif olarak mahkemeye erişimin kolaylaştırılması açısından bir araç olarak önerilmektedir.⁶⁰⁴ Yargılama harç ve masraflarının, vergilendirmede olduğu gibi, toplumun farklı kesimlerinden ekonomik güçleri doğrultusunda farklı oranlarda alınması da bir çözüm önerisi olarak düşünülebilir.⁶⁰⁵

AİHM, devletlerin adli yardım sağlamak konusunda sınırlı maddi imkânlarla sahip olmasını anlaşılır bulmakta ve adli yardımın bazı şartların varlığına bağlı olarak tanınmasının m. 6/f. 1'e aykırı olmadığını dile getirmektedir.⁶⁰⁶ Bu çerçevede,

⁶⁰¹ Boyar, s. 192. Aynı yönde bkz. Milano, s. 265-266.

⁶⁰² İnceoğlu, s. 125; Çayan, s. 58; Gilliaux, s. 295; Milano, s. 260. Bununla birlikte, adli yardım sistemi kurmak konusundaki pozitif yükümlülüğü, mahkemeye erişimi sağlamak bakımından pozitif yükümlülük ile karıştırmamak gerekmektedir. Zira sonuncusu ile ilgili olarak devletlerin pozitif yükümlülükleri olduğu aşıkardır. Bkz. Bougrab, s. 1018; yukarıda “mahkemeye erişim hakkı” ile ilgili bölüm.

⁶⁰³ İnceoğlu, s. 126; Erdoğan, s. 87; Aktepe Artık, s. 100 ve s. 102; A.Kılınc, s. 132; E.Erdoğan, s. 157; Bougrab, s. 1018; Cohen-Jonathan, *Droit au juge*, s. 481; Michel Puechavy, *L'Aide Juridictionnel et La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Mélanges en Hommage à Louis Edmond Pettiti, Bruylant Bruxelles 1998*, s. 623 Ayrıca bkz. AİHM *Andronicou ve Constantinou – Kıbrıs* kararı, prgf. 199 (Karar Tarihi: 09.10.1997; Başvuru No: 86/1996/705/897).

⁶⁰⁴ Guez, s. 164; Cohen-Jonathan, *Droit au juge*, s. 481; Lambert, s. 61; Milano, s. 260; Erdoğan, s. 87; A.Kılınc, s. 132; Demircioğlu, s. 118. Yazar, basit yargılama usulü ile hak arama özgürlüğünün güvenceye kavuşturulabileceğine değinmektedir.

⁶⁰⁵ Doktrinde harçların özel nitelikte bir vergiden ibaret olduğu, yargılama harçları bakımından sosyal hukuk devleti esasına dayalı olarak birtakım önlemlerin alınması gerektiği vurgulanmaktadır. Bkz. Demircioğlu, s. 123; A.Kılınc, s. 147. Ayrıca bkz. Akbal, s. 148; Yılmaz, s. 215. Yazar, harç tarifesinin düzenlenmesinde gelir durumunun göz önünde bulundurulmasının ülkemiz için pek de mümkün olmadığını, zira kişilerin gelir düzeylerinin tam olarak belirlenmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir (bkz. s. 216). Bununla birlikte, kişilerin gelirleri tam olarak belirlenemese de, gelir vergisi alınmasında geçerli olan dilimlerde olduğu gibi bir sistemin harçlar bakımından da uygulanabileceği düşünülebilir. Sosyal hukuk devleti ilkesi çerçevesinde, adalete erişimin önündeki ekonomik engellerin kaldırılması veya azaltılmasına ilişkin çözüm önerileri için bkz. Yılmaz, s. 211-224.

⁶⁰⁶ Yukarıda AİHM *Airey – İrlanda* kararı, prgf. 26. Ayrıca bkz. Aktepe Artık, s. 108; Puechavy, s. 623; Marchadier, s. 82-83; Milano, s. 260. Çeşitli devlet hukuklarında adli yardımdan yararlanacak kişiler açısından örneğin serbest meslek sahibi kişilere adli yardım verilmemesi, adli yardımın belirli dava konularına özgü olarak verilmesi gibi düzenlemelere rastlanmakla birlikte, somut olay incelemesi yapılmaksızın bu düzenlemelerin AİHS m.6/f. 1'e uygun olduğuna hükmetmek mümkün değildir. Bkz. Dominique D'Ambra, *Réformer l'aide juridictionnelle, Justice et droit du procès, Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Dalloz 2010*, s. 87-89.

başta adli yardım talep eden kişinin ekonomik durumuna ilişkin şartlar, davanın dayanaklarının sağlam olması ve makul bir başarı şansının bulunması⁶⁰⁷, adli yardım hakkının kötüye kullanımının önlenmesi⁶⁰⁸, adli yardımın dava konusunun önemi doğrultusunda kısıtlanması⁶⁰⁹ gibi önlemleri, adli yardım talebinin keyfi bir şekilde reddedilmemiş olması şartıyla meşru görmektedir.⁶¹⁰ Diğer taraftan, bir davada ulusal makamlar adli yardım kararı vermiş ve fakat karar uygulanamamış ise m. 6/f. 1'in ihlal edilmiş olduğu açıktır.⁶¹¹ Adli yardım hakkı tanınmasına rağmen, tarafın bu haktan faydalanmaması ise mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak değerlendirilemez.⁶¹²

Tüm bu açıklamalar ışığında, adli yardım verilmesini belli şartlara bağlayarak “kurumsallaştırmış” devlet hukuklarında, uygulamada bu şartların ne şekilde yorumlandığı ve uygulandığı büyük önemi haizdir. Ayrıca, her ne kadar devletlerin adli yardım şartlarını belirlemek konusunda takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilse de, bu şartların ve doğacak sonuçların mahkemeye erişim ve hakkaniyete uygun yargılanma açısından değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir. Bu noktada, AİHM'nin mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılması konusunda ortaya koyduğu *Ashingdane* kriterleri devreye girmektedir. Adli yardım konusunda öngörülen şartların meşru amaca dayanması, kullanılan aracın (şartın) elverişli olması, ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olması ve mahkemeye erişim ve hukuki dinlenilme haklarının özüne zarar vermemesi gereklidir. Doktrinde de, adli yardım kararını verecek olan hakimlerin, adli yardımdan yararlanma şartlarını yorumlarken, bu şartların mahkemeye erişim hakkının özüne zarar verip vermediğine dikkat etmeleri gerektiği, söz konusu şartların koruduğu menfaat ile somut olay açısından

⁶⁰⁷ AİHM *Aerts – Belçika* kararı, prgf. 59-60 (Karar tarihi: 30.07.1998; Başvuru No: 61/1997/845/1051). AİHM, bu kararda, Adli Yardım Bürosunu Başvurucunun davasında haklı olabileceğine dair incelemeyi yapmak konusunda yetkili görülmemiş, Başvurucuya adli yardım verilmemesini adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.

⁶⁰⁸ **İnceoğlu**, s. 127'den naklen, AİHK *W – Almanya* kararı (Karar Tarihi: 04.12.1985; başvuru No: 11564/85); **Aktepe Artık**, s. 108; **Puechavy**, s. 623.

⁶⁰⁹ AİHM *Munro – Birleşik Krallık* kararı (Karar Tarihi: 14.07.1987; Başvuru No: 10594/83).

⁶¹⁰ **İnceoğlu**, s. 126-127; **Ü.Kılınç**, s. 131-132; **Aktepe Artık**, s. 108; **E.Erdoğan**, s. 159; **Gilliaux**, s. 296-297; **Milano**, s. 260-261; Florence Benoît-Rohmer, **Droit d'accès à un tribunal, aide juridictionnelle**, RTD. Eur. 2013, s. 681.

⁶¹¹ AİHM *Bertuzzi – Fransa* kararı, prgf. 27-32 (Karar Tarihi: 13.02.2003; Başvuru No: 36378/97). Söz konusu olayda adli yardım dairesinin üç kez avukat atamasına rağmen, davanın karşı tarafın da avukat olması sebebiyle, atanan avukatlar vekillikten çekilmiş ve yerlerine yeni bir avukat atanmamıştır.

⁶¹² AİHM *Andronicou ve Constantinou – Kıbrıs* kararı, prgf. 199 (Karar Tarihi: 09.10.1997; Başvuru No: 86/1996/705/897).

talepte bulunan kişiye adli yardım verilmemesinin yaratacağı sonuçların orantılı olup olmayacağını incelemelerinin daha doğru olacağı ifade edilmektedir.⁶¹³

Kanımızca, özellikle adli yardımdan yararlanma şartlarının çok hassas bir şekilde belirlenmesi ve uygulanması gerekmektedir. Örneğin AİHM tarafından da kabul edilen “adli yardımın dava konusunun önemi doğrultusunda kısıtlanabileceği” gibi yoruma çok açık, sübjektif şart ve kriterlerin kabul edilmemesi gerektiği düşüncesindeyiz. Zira, adil yargılanma hakkı bakımından tartışma konusu olan şey hiçbir zaman talep edilen hukuki korumanın konusunu oluşturan hak değildir. Dava konusunun öneminin adil yargılanma hakkının kullanımında bir etkisinin olmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu çerçevede, dava konusunun kamu yararı ya da kamu düzenine ilişkin olmaması, adli yardım verilmemesini ve bu şekilde adil yargılanma hakkının ihlalini haklı göstermeyecektir. Kamu düzeni ya da kamu yararı gibi kavramlar, “meşru amaç” adı altında, adil yargılanma hakkı ihlallerine göz yumulmasını haklı kılmamalıdır. Adli yardımın adil yargılanma hakkı açısından arz ettiği önem buna engeldir. AİHM’nin hakarete dayalı tazminat talebiyle açılan davada, adli yardımın ancak başvuru için hayati önem arz eden davalarda sağlanabileceği, kamuya ait olan bir paranın, konusu adli yardımı gerektirmeyecek davalar için harcanamayacağı görüşü eleştiriye açıktır. Basit bir alacak davası dahi olsa, özellikle ihkâk-ı hakkın önlenebilmesi için, adli yardımdan yararlanma şartlarının objektif olarak karşılandığı davaların tümünde adli yardımın verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Adli yardımdan faydalanabilecek kişiler arasında ayırımı yol açan ve kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı sonuçlar doğuran şartların kabul edilmesi de mümkün değildir. Örneğin adli yardımın tanınması konusunda vatandaş ile yabancı arasında ayırım yapılması m. 6/f. 1’in ihlaline yol açar. AİHM, adli yardım talebinin, başvuran kişinin yerleşim yerine bağlı olarak reddedilmesini hem adil yargılanma hakkına hem de ayırımcılık yasağına aykırı bulmuştur.⁶¹⁴

Adli yardımdan faydalanma şartlarının ortaya konabilmesi amacıyla talepte bulunan kişiye açıklama hakkını kullanması için fırsat verilmesi gerektiği belirtilmektedir.⁶¹⁵ Bu açıdan, adli yardım talepleri ve bu taleplere ilişkin ulusal yargı merciilerince gerçekleştirilecek incelemeler de m. 6/f. 1’in koruma alanına dahildir.

⁶¹³ Benoît-Rohmer, s. 681.

⁶¹⁴ Aktepe Artık, s. 109. AİHM *Anakomba Yula – Belçika* kararı, prgf. 34-39 (Karar Tarihi: 10.03.2009 / Başvuru No: 45413/07).

⁶¹⁵ Aktepe Artık, s. 108.

AIHM'ye göre adli yardım talepleri titizlikle incelenmeli ve bu taleplere ilişkin kararlar makul bir biçimde gerekçelendirilmelidir.⁶¹⁶

b. Yargılama Harç ve Giderleri Bakımından Adli Yardım

Yargılamanın tüm giderlerinin devlet tarafından karşılanması adalete erişim açısından “temenni edilen olsa dahi, gerçek ve uygulanabilir” olmaktan uzaktır. Bu nedenle, yargılamanın başlangıcında, devamında ve hatta yargılama sonucunda verilen kararların icrası aşamasında bazı harç ve giderlerin⁶¹⁷ öngörülmesi adil yargılanma hakkının ihlaline yol açmaz.⁶¹⁸ Böylece, kişiler dava açarken düşünmeye sevk edilmekte, yargı organlarının içi boş taleplerle meşgul edilmesi önlenmektedir.⁶¹⁹

Bununla birlikte, yargı harç ve giderlerinin bir taraftan mahkemeye erişim ve hak arama özgürlüğünü, diğer taraftan hukuki dinlenilme hakkının kullanımını engelleyecek ölçüde yüksek oluşu, adil yargılanma hakkının önündeki engellerden biridir ve hakkın ihlaline yol açar.⁶²⁰ Davanın taraflarının üstleneceği yargılama harç ve giderlerinin makul, öngörülebilir ve uyuşmazlık konusu ile orantılı olması ve ekonomik imkânları yetersiz kişilerin adalete erişimi açısından engel teşkil etmemesi gerekmektedir.⁶²¹ Yüksek yargı harçları, uygulamadaki en sık rastlanan, bireylerin

⁶¹⁶ AIHM *Tabor – Polonya* kararı, prgf. 45-46 (Karar Tarihi: 27.07.2006 / Başvuru No: 12825/02); AIHM *Saoud – Fransa* kararı, prgf. 133-136 (Karar Tarihi: 09.10.2007 / Başvuru No: 9375/02).

⁶¹⁷ Harç, devletin yargılama faaliyetini gerçekleştirmek üzere kurduğu adalet sisteminin işletilebilmesi için harcadığı paralara az da olsa bir katkı olarak adalete başvuran kişilerden talep edilmektedir. Yargılama giderleri ise, yargılama hizmeti sırasında başvuru tanık, keşif, bilirkişi incelemesi veya tebligat gibi işlemlerin gerektirdiği ve tamamının yargılamanın taraflarınca karşılanması gereken masrafları ifade etmektedir (bkz. **Yılmaz**, s. 200-201). Doktrinde harç, “*kanunda belirtilen miktarlarda alınan ve özel nitelikte bir çeşit vergiden ibaret olan para*” şeklinde de tanımlanmaktadır. (bkz. **Demircioğlu**, s. 122).

⁶¹⁸ **Milano**, s. 275-276; **Erdoğan**, s. 89; **Aktepe Artık**, s. 83 ve 113; **Ü.Kılınç**, s. 131; **Pınar/Meriç**, s. 199; **Çalışkan**, s. 202-211: “... unutulmaması gereken diğer bir nokta da, haksızlığa uğradığını düşünen kişilerden parasal katkı istenmesinin adalet sisteminin bedelsizliğine ters düşmemesidir.” (bkz s. 206). Bu kapsamda kişilerden alınan “katkılar” adalet hizmetinin temelinde “bedelsiz” olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Aynı yönde bkz. Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 2385.

⁶¹⁹ Doktrinde, yargılama harçlarının bir amacının da toplumsal adaletin sağlanması olduğu, bu nedenle tarafların giderlere katılmasının “zorunluluk temelinde bir haklılık taşıdığı” ileri sürülmektedir. Harçtaki “karşılıklık” karakterinin yargılama hizmetinden faydalanmak isteyenleri hizmete katkıda bulunmaya zorunlu kıldığı ifade edilmektedir (bkz. **Pınar/Meriç**, s. 199- 201). Ayrıca bkz. **Yılmaz**, s. 205-211 arasında yer verilen ve yargılama harcının ödenmesinin gerekip gerekmediği hakkındaki görüşler.

⁶²⁰ **Çalışkan**, s. 202; **Cebre**, s. 382; **Alangoya**, s. 4.

⁶²¹ **Özbek**, **Gider Avansı**, s. 53; **Ü.Kılınç**, s. 131 Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 14.10.2010 tarihli E. 2009/27 K. 2010/9 (RG. 17.03.2010, S. 27524): “*Hak arama özgürlüğü, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biri olmakla birlikte aynı zamanda toplumsal barışı güçlendiren, bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme uğraşının da aracıdır.*”

mahkemeye başvurmadan kaçınma sebeplerden biridir. Mahkemeye başvuramayan bir kişinin hukuki dinlenilme hakkını kullanması mümkün olmayacaktır. Bu nedenle, yargılama harç ve giderleriyle, mahkemeye erişim ve hukuki dinlenilme hakkı özelinde adalete erişim arasındaki dengenin korunması amacıyla “sosyal devlet karakterini ortaya koyacak bir ölçülülük ilkesinin gözetilmesi” gerektiği açıktır.⁶²²

Öncelikle konuyu mahkemeye erişim hakkı açısından değerlendirmek gerekirse, Türk hukukunda öngörülen yargılama harçlarının mahkemeye erişimi zorlaştıracak ölçüde yüksek olmadığı belirtilmektedir.⁶²³ HMK m. 120 uyarınca, “davacı, yargılama harçları ile her yıl Adalet Bakanlığınca çıkarılacak gider avansı tarifesinde belirlenecek olan tutarı, dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorundadır.” Yargılama harçları, 492 sayılı Harçlar Kanunu’nda düzenlenmektedir.⁶²⁴ Mahkemeye başvuracak taraf, Harçlar Kanunu (1) sayılı tarifede belirtildiği üzere, dava konusuna göre nisbi ya da maktu harcı (peşin harç) ve gider avansını yatırmakla yükümlüdür. Ayrıca, dava türüne göre başvuru harcı, vekil ile takip halinde vekalet suret harcı yatırılması gerekmektedir.

Gerçekten de, maktu harçların m. 6/f. 1 anlamında bir ihlale sebebiyet vermeyecek düzeyde olduğu görülmektedir. Ancak aynı görüşü, konusu parayla değerlendirilebilen davalarda alınan karar ve ilam harçları açısından savunmak güçtür. Zira, bu davalardaki karar ve ilam harçları nispidir. Harçlar Kanunu’nun 28. maddesi, karar ve ilam harçlarının dörtte birinin peşin olarak yatırılacağını düzenlemektedir. Peşin harcın hesaplanmasında uyuşmazlık konusu değer esas alınması, yargılama giderlerinin mahkemeye erişimi zorlaştırıp zorlaştırmadığına ilişkin somut olay odaklı inceleme yapılması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Doktrinde peşin harç alınması “gereksiz gider” olarak nitelendirilmekte, bu yönüyle yargılama öncesinde peşin harç alınmasının usul ekonomisi ilkesine ve adil

Anayasa’nın 36. maddesinde ifade edilen hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, sadece yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkını değil, yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsayan bir haktır. Dava açarken peşin harcı ödeyen ancak nisbi harca tabi davalarda işin niteliği gereği dava sonuna bırakılan bakiye harçtan yasal olarak sorumlu olmadığı mahkeme kararıyla belirlenen davacıya, sorumlusu olmadığı bir harcın tahsili koşuluyla ilamın verilmesi; bireylerin hak arama özgürlüğünü engelleyici nitelik taşımaktadır.”

Yargılama gider ve harçlarının fazlalığı, özellikle küçük tutarlı taleplerin ileri sürülmesini engellemektedir. bu nedenle, küçük tutarlı talepler bakımından adli yardım kurumunun etkinleştirilmesi gerektiği ifade olunmaktadır. Bkz. **Cappelletti**, s. 734.

⁶²² Özbek, **Gider Avansı**, s. 65.

⁶²³ **Aktepe Artık**, s. 85. Aksi yönde bkz. Abdurrahim Karslı/ Evren Koç/ Cengiz Serhat Konuralp, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Problemler Konular, Alternatif Yayıncılık İstanbul 2014**, s. 83.

⁶²⁴ RG. 17.07.1964 S. 11756.

yargılanma hakkının gereklerine aykırı olduğu belirtilmektedir.⁶²⁵ Bu nedenle, “davanın maktu harç ile açılması, dava reddedildiği takdirde maktu red harcına hükmedilmesi, dava kabul edildiği takdirde ise, davalının nispi karar ve ilam harcına mahkum edilmesi” önerilmektedir. Gerçekten de, davanın sonunda, davayı kaybeden tarafa yüklenecek olan bir meblağın davanın başında peşin olarak alınması pek de adil değildir. Özellikle, gider avansı sistemi ile birlikte peşin harç uygulamasının desteklenmesi daha da zorlaşabilir.

Bu noktada, yabancı unsurlu davalar bakımından da uygulama alanı bulacak olan gider avansı düzenlemesi ile ilgili, adalete ve mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde birkaç noktaya değinmek gerektiği düşüncesindeyiz. HMK m. 120’de davacının dava açarken gider avansı yatırması gerektiği düzenlenmekte ancak gider avansının içeriği belirtilmemektedir. Gider avansının kapsamı ve miktarının belirlenmesi her yıl Adalet Bakanlığı’nca çıkarılacak gider avansı tarifesine bırakılmıştır. Diğer taraftan, gider avansı HMK m. 114/ f. 1/g bendi uyarınca bir dava şartıdır ve diğer dava şartlarında olduğu gibi “tamamlanmadığı” takdirde davanın reddedilmesine sebep olacaktır.⁶²⁶ Kanun’un gerek genel gerekçesinde, gerekse 114 ve 120. maddelerin gerekçelerinde, gider avansı uygulamasının davaların uzamasının ve sürüncemede kalmasının önlenmesi amacıyla kabul edildiği ifade edilmektedir. Doktrinde de, “usul ekonomisini sağlamak” ve “kötüniyetle, bir taktik olarak dava açılmasının önlenmesi” için gider avansının davacı tarafından yatırılması zorunluluğunun kabul edildiği belirtilmektedir.⁶²⁷

⁶²⁵ Özbek, **Gider Avansı**, s. 59; **Karşı/Koç/Konuralp**, s. 83; **Kuru**, s. 304.

⁶²⁶ Gider avansı tamamlanabilir bir dava şartıdır. Doktrinde, esasen, gider avansı yatırılmadan dava açılması gerektiği belirtildikten sonra, gider avansının yatırılmaması halinde hakimın ön inceleme aşamasında davacıya gider avansı yatırması için iki haftalık kesin süre vermesi, avansın bu sürede yatırılmaması halinde ise, davanın esasına girilmeden reddedilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Aynı durum, tüm dava boyunca geçerlidir. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 418; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 2399. Buna karşın, Yargıtay’ın, gider avansının yatırılmadığı ve HMK m. 120/f. 2’de öngörülen sürede de tamamlanmadığı (ve fakat davanın reddedildiği duruşmadan önce mahkemeye ulaştığı) hallerde, eksik dava şartına rağmen, usul ekonomisi ilkesi gereğince davanın reddedilmemesi gerektiği yönünde kararlarına rastlamak mümkündür. Bkz. Yarg. 14.HD, E. 2012/7937 K. 2012/8617, 18.06.2012 (bkz. www.kazanci.com; erişim tarihi: 18.04.2017). ayrıca bkz. Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 893-894.

Mahkemenin ön inceleme aşamasında vereceği gider avansına yönelik ara kararında “gider avansını oluşturan harç, tebligat gibi giderlerin kalem kalem açıklanması ve tutarlarının ayrı ayrı belirtilmesi; söz konusu giderlerin verilen kesin sürede yatırılmaması halinde davanın reddedileceğine ilişkin sonucun duruşma zaptına açık olarak yazması gerektiği dile getirilmektedir. Bkz. **Aktepe Artık**, s. 89-90; Evren Kılıçoğlu, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Gider Avansına İlişkin Düzenlemeleri Hakkında Değerlendirmeler**, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yıl: 2012 Sayı: 99-100**, s. 72-73.

⁶²⁷ **Kılıçoğlu**, s. 48; Özbek, **Gider Avansı**, s.121. Adalet Bakanlığı tarafından yayınlanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Gider Avansı Tarifesinin (RG. 30.09.2015, S. 29488) 4. maddesi uyarınca, “davacı, a) Taraf sayısının beş katı tutarında tebligat gideri, b) Dava dilekçesinde tanık deliline dayanılmış ve tanık sayısı belirlenmiş ise tanık sayısınca tanık asgari ücreti ve tebligat gideri; tanık

sayısı belirtilmemiş ise en az üç tanık asgari ücreti ve tebligat gideri, c) Dava dilekçesinde keşif deliline dayanılmış ise keşif harcı avansı ile birlikte 85 TL ulaşım gideri, ç) Dava dilekçesinde bilirkişi deliline dayanılmış ise Bilirkişi Ücret Tarifesinde davanın açıldığı mahkeme için öngörülen bilirkişi ücreti, d) Diğer iş ve işlemler için 55 TL, toplamını avans olarak öder.” Aynı şekilde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği’nin (RG. 03.04.2012, S. 28253) (HMKY) 45. maddesinde, “gider avansı, her türlü tebligat ve posta ücretleri, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderler için davacıdan alınan meblağı ifade edeceği” düzenlenmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği’nin ve Gider Avansı Tarifesi’nin (GAT) bu hükümleri doktrinde haklı olarak eleştirilmiş, gider avansının HMK’nın 324. maddesinde düzenlenen delil avansı ile karıştırıldığı, HMK m. 120 çerçevesinde ödenmesi gereken gider kalemlerinin yalnızca tebligat gideri ve diğer işler için ödenecek tutarları kapsadığı belirtilmiştir. Bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 419; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 2400; **Aktepe Artık**, s. 88-89. Diğer taraftan gider avansının dava şartı olarak düzenlenmiş olması, miktarının mahkeme kararı ile değil de Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak bir tarife ile belirlenmesinin, harçlarda olduğu gibi “davacı için davanın açılmasında yerine getirilmesi gereken zorunlu bir mali yükümlülük” şeklinde kabulünü haklı kılmadığı ve bu durum gider avansı ile ulaşılmak istenen amaca hizmet etmediği savunulmaktadır. Bkz. **Kılıçoğlu**, s. 51.

Bu eleştiriler ve Yargıtay’ın gider avansı ile ilgili isabetli kararları (Bkz. Yarg. 19.HD, E. 2012/1459 K. 2012/3539, 06.03.2012 (bkz. **Aktepe Artık**, s. 88, 321 nolu dn); Yarg. 19.HD, E. 2012/11882 K. 2012/14354, 04.10.2012 (bkz. www.kazanci.com, erişim tarihi: 24.10.2016); Yarg. 9.HD, E. 2012/5976 K. 2012/9194, 20.03.2012 (bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 420, 10 nolu dn), gider avansı ile ilgili uygulamanın kanun koyucunun amacı doğrultusunda, olması gerektiği gibi uygulanacağı izlenimini yaratmış olsa da, HMKY’yi yürürlükten kaldıran Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik’in (BAYİMHY; RG. 06.08.2015 - S. 29437.) m. 205/f. 1 hükmünde yer alan “Davacı, yargılama harçları ile her yıl Bakanlıkça çıkarılacak gider avansı tarifesinde belirlenecek olan tutarı dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorundadır. Gider avansı, her türlü tebligat ve posta ücretleri, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderler için davacıdan alınan meblağı ifade eder.” şeklindeki hüküm uygulama açısından ciddi soru işaretleri yaratmaktadır. HMK m. 120’de yer alan düzenlemeye dayanarak kabul edilen GAT ve BAYİMHY’nin gider avansı ile ilgili hükümleri, doktrinde kanun yapma tekniği ve anayasal bir ilke olan yasama yetkisinin devredilmezliği ile bağdaştırılamamakta, bu yönüyle HMK m. 120’nin hak arama özgürlüğüne aykırı olduğu savunulmaktadır. Bkz. Özbek, **Gider Avansı**, s. 127; **Kılıçoğlu**, s. 56. HMK m. 120, GAT ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği’nin gider avansına ilişkin hükümlerinin anayasal ölçütler bakımından incelenmesi ile ilgili olarak bkz. **Kılıçoğlu**, s. 55 vd.

Gerçekten de BAYİMHY m. 205/f. 1’de yer alan düzenleme, gider avansının delil avansını kapsayacak şekilde tahsiline sebep olmaktadır. Bkz. Özbek, **Gider Avansı**, s. 129. Gider avansı ile delil avansı, gerek amaçları, gerek kapsadıkları konu, gerekse sonuçları bakımından çok farklıdır. Bu durum, HMK m. 120 ve m. 324 ile çeliştiği gibi, Yargıtay’ın gider avansı ile ilgili doğru yorumuna da ters düşmekte, uygulama açısından çok garip bir durumun ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Bu durumda, mahkemelerin lafzi bir yorum ile, GAT ve BAYİMHY hükümlerine aykırı olarak, gider avansını delil avansı ile ayırması gerekirken, delil avansına ilişkin keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderlerin ödenmemesi sebebiyle davayı usulden reddetmemelidir. Nitekim Yargıtay’ın gider avansı ile ilgili BAYİMHY’den önceki yorumunu sürdürmekte olduğu görülmektedir. Bkz. Yarg. 19.HD, E. 2016/5061 K. 2016/10409, 09.06. 2016 : “Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirilecek olursa; 6100 Sayılı HMK 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Dava ise 6100 Sayılı HMK’nun yürürlüğe girdiği tarihten önce 22.7.2008 tarihinde açılmıştır. HMK’nun 120. maddesine göre davacı yargılama harçları ile Adalet Bakanlığınca çıkarılacak gider avansı tarifesinde belirlenecek olan tutarı dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorundadır. Adalet Bakanlığınca yayınlanan 2013 yılına ait gider avansı tarifesinin 4. maddesine göre davacı tebligat gideri ile diğer iş ve işlemler için 50-TL ödemek zorundadır. Tarifinin bu maddesinde yer alan keşif, bilirkişi ve tanıkla ilgili avanslar HMK’nun 324. maddesine göre delil avansı olup, yargılamanın bulunduğu aşamaya göre ödenmesinin istenmesi zorunlu değildir. Tarifede yer alan diğer iş ve işlemler için 50-TL dava açılırken alınması gereken bir tutardır.”; Yarg. HGK, E. 2014/19-1087 K. 2016/606, 11.05.2016 (www.kazanci.com; erişim tarihi: 24.10.2016) Ayrıca bkz. Özbek, **Gider Avansı**, s. 237-242; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 2400-2402. Aksi görüş ve uygulama, adalete ve mahkemeye erişim hakkı ile bağdaşmaz. Bkz. **Aktepe Artık**, s. 89. Zira, delil avansını da kapsayacak şekilde gider avansının talep edilmesi, yukarıda açıkladığımız “ölçülülük” kriterine aykırı olacak, talep edilen gider avansı dolayısıyla mahkemeye erişim hakkı orantısız bir biçimde kısıtlanmış olacaktır. Sonuç olarak, davacıdan gider avansı olarak sadece posta ve tebligat giderlerini karşılayacak şekilde makul bir masrafın (Gider avansı içinde davacıdan talep edilmesi gereken tebligat masrafı ve

Yargılama harç ve giderlerinin mahkemeye erişimi olumsuz etkilemesine engel olacak en önemli araçlardan biri adli yardımdır. HMK m. 335/f. 1/a bendi uyarınca, adli yardımdan faydalanan kişiler tüm yargılama giderlerinden muaf tutulacaklardır. BAYİMHY m. 205/f. 2’de de, “*adli yardım talebiyle açılan dava ve işlerde adli yardım konusunda bir karar verilinceye kadar harç, gider ve delil avansı alınmayacağı*” düzenlenmektedir.⁶²⁸ Dolayısıyla, adli yardımdan faydalanabilecek kişiler açısından yargılama harç ve giderleri, özellikle gider avansının talep edilmesi mahkemeye erişim hakkı açısından herhangi bir sorun teşkil etmeyecektir. Ancak, adli yardımdan faydalanamayan kişiler açısından aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Zira, adli yardımdan faydalanamayan kişiler, gider avansını yatıramamaları halinde, davaları dava şartı eksikliği nedeniyle usulden reddedilecektir. Bu durumda, anılan kişilerin mahkemeye erişim hakları ihlal edilmiş olur.⁶²⁹

Yargılama giderleri ile adil yargılanma hakkının kesiştiği bir başka nokta hukuki dinlenilme hakkıdır.⁶³⁰ Yargılama giderlerinin adil yargılanma hakkı açısından yarattığı sorun özellikle, hukuki dinlenilme hakkının önemli bir unsuru olan açıklama ve ispat hakkı kapsamında ortaya çıkmaktadır. Yukarıda gider avansı ile delil avansının karıştırılmasına ve uygulamada mahkemeye erişim hakkını ihlal edecek sonuçlara yol açacak şekilde yorumlamaya müsait düzenlemelere değinmiştik. Bu düzenlemeler bir yana, medeni yargılamada tarafların gösterdikleri deliller ile ilgili giderleri yatırmakla yükümlü oldukları ve bu giderlerin yatırılmaması halinde -HMK m. 324/f. 2 gereğince delil avansını delilin ikamesini isteyen taraf dışında karşı tarafında da yatırabileceği düzenlenmektedir- tarafın o delilin ikamesinden vazgeçmiş sayılacağı göz önüne alındığında, herhangi bir nedenle ve özellikle haksız bir biçimde adli yardımdan faydalanamayan kişilerin delillerini sırf ekonomik anlamda yetersiz olmaları sebebiyle ikame edememeleri sonucuyla karşılaşılacaktır. Bu durumun bertaraf edilmesi için doktrinde, “*tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işlerde, hâkim tarafından resen*

miktarı ile ilgili açıklamalar için bkz. **Kılıçoğlu**, s. 78-79) talep edilmesi, hem davaların sürüncemede kalmasını önleyecek hem de mahkemeye erişim hakkına sınırlama getirmeyecektir. Böylece usul ekonomisi ilkesi ile adil yargılanma hakkı arasında makul bir denge yakalanmış olacaktır. Bkz. **Özbek**, **Gider Avansı**, s. 130. Diğer taraftan gider avansının HMK’nın öngördüğü amaca uygun bir şekilde yorumlanması haricinde, peşin harç uygulamasından vazgeçilmesinin de mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkının gereklerine daha uygun olacağına şüphe yoktur.

⁶²⁸ Bkz. mülga HMK Yönetmeliği, m. 45/f. 2.

⁶²⁹ **Aktepe Artık**, s. 90; **Karlı/Koç/Konuralp**, s. 83.

⁶³⁰ Doktrinde, hukuki dinlenilme hakkı bakımından adli yardımdan yararlandırılması gereken davacı ile davalının durumlarının farklı olduğu belirtilmektedir. Buna göre, davalıya adli yardım verilmesinin eşitlik ve hukuki dinlenilme hakkı, davacıya adli yardım verilmesinin ise, ağırlıklı olarak hukuki korunma talebi ile ilgili olduğunun altı çizilmektedir. Bkz. **Özekes**, s. 307.

başvurulan deliller için gereken giderlerin, bir haftalık süre içinde taraflardan birisi veya belirtilecek oranda her ikisi tarafından ödenmesine karar verileceği; belirlenen süre içinde bu işlemlere ait giderleri karşılayacak miktarda avans yatırılmazsa, ileride bu gideri ödemesi gereken taraftan alınmak üzere Hazine'den ödenmesine hükmedileceğini” düzenleyen HMK m. 325 hükmünden faydalanılabileceği ileri sürülmektedir.⁶³¹

Gerçekten de, özellikle uyuşmazlığın çözümü için hayati önem arz eden deliller bakımından, hakimın taraflarca ileri sürülmek istenen delillere ilişkin HMK m. 325’de tanınan yetkisini kullanarak, adli yardımdan faydalanamayan kişilerin iddialarını ispat etmelerine olanak sağlanması bir çözüm olarak düşünülebilir. Bu bağlamda, hakimler, tarafların durumunu ve ikamesini talep ettikleri delilin önemini her somut durumda değerlendirmeli ve takdir haklarını mümkün olduğu kadar hukuki dinlenilme hakkının gereklerinden yana kullanmalıdırlar.

Bu noktada bir parantezin de bireysel başvuru yolu için açılmasında fayda görmekteyiz. Doktrinde, bireysel başvurunun bir çekişmesiz yargı işi veya yargılama hukuku anlamında bir “dava” olup olmadığı tartışılmakta, bireysel başvurunun kendine özgü özellikleri haiz bir “olağanüstü kanun yolu” veya bir “hukuki çare” olduğu konusunda çeşitli fikirler ileri sürülmektedir.⁶³² Bireysel başvurunun hukuki niteliği bir yana, konumuz bakımından önemli olan, bireysel başvurunun bir harca tabi olması ve bir “yargılama” olarak bazı giderlerin doğumuna yol açması nedeniyle bireysel başvuruda adli yardım sorunu ile karşılaşılmasıdır.. Şunu hemen belirtmek gerekir ki, doktrinde bireysel başvurunun harca tabi olması konusunda farklı görüşler yer almaktadır. Bir görüşe göre, AİHM’ye başvurmak için herhangi bir harç söz konusu değilken, Anayasa Mahkemesi’ne yapılacak bireysel başvurularda harç

⁶³¹ **Özekes**, s. 304-305. Yazar, Yarg. 4.HD’nin E. 1998/5491 K. 1998/8774 sayılı ve 12.11.1998 tarihli kararına atıf yapmaktadır. Anılan karar şu şekildedir: “Kaldı ki, tüm dosyadaki deliller incelendiğinde yukarıda ifade edildiği üzere davacının önemli ölçüde işgücü kaybına uğradığı, yoksulluğu nedeniyle uzun süre Adli Tıp Kurumuna gönderilmediği, ücretin sağlanmaması durumunda gerektiğinde HUMK’nun 415/2. maddesi uyarınca işlem yapılma olanağının da hakime tanınmış bulunduğu, tüm bu kurallar gereğince hareket edilmemiş olsa dahi BK.nun 42. maddesi gereğince hakimın somut olayın özelliğine göre zarar görenin zararını adalete uygun olarak takdir edebileceği kuralına da uymamış olması bozmayı gerektirmiştir.” Ayrıca bkz. Yarg. 18.HD, E. 2015/18206 K. 2015/16169, 10.11.2015; Yarg. 18.HD, E 2013/361 K. 2013/2293, 21.02.2013; Yarg. 10.HD, E. 2012/4451 K. 2012/21477, 12.11.2012 (www.kazanci.com; erişim tarihi 05.11.2016).

⁶³² **Korkmaz**, s. 72-79; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 1108: “Medeni yargıdaki kararlara karşı başvurulacak kişisel başvuru olanağı, yardımcı bir kanun yolu olmayıp temel hakların ve temel hak benzeri hakların usulî korunması için kendine özgü bir hukuki çaredir. Bu imkân yargılamanın yenilenmesi gibi olağanüstü bir kanun yolu da değildir; yasama ve yargı organının temel hakların ihlaline karşı tanınmış olan özel bir düzenlemedir.” Ayrıca bkz. **C.Korkmaz**, s. 220-223. Yazara göre, bireysel başvuru, “temel hakların kamu gücü tarafından ihlâl edildiği iddiasıyla, iç hukuk yolları tüketildikten sonra Anayasa Mahkemesi’ne başvurma imkânı sağlayan, istisnai ve ikincil nitelikte, kendine özgü bir hak arama yoludur.” (Bkz. s. 223)

alınması, AİHM uygulaması ile çelişmektedir.⁶³³ Diğer bir görüşe göre, bireysel başvurunun harca tabi olması, Anayasa Mahkemesi’ni gereksiz başvuruların oluşturacağı iş yükünden koruyacaktır.⁶³⁴ Anayasa Mahkemesi İç Tüzüğü’nün⁶³⁵ m. 62/f. 2 hükmü uyarınca, “*adli yardım talepleri, genel hükümlere göre başvuruların kabul edilebilirliği hakkında karar verecek Bölüm veya Komisyonlar tarafından hükme bağlanır.*” Böylece, bireysel başvuruda bulunacak kişilerin adli yardım taleplerinin HMK’ya tabi olduğu ve bu konuda başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin kararı verecek merciin yetkili olduğu anlaşılmaktadır.⁶³⁶ HMK m. 334 uyarınca adli yardımdan faydalanmak için aranan şartlar, ekonomik olarak yetersizlik, davanın dayanaktan yoksun olmaması ve yabancılar için karşılıklılık şartıdır. Adli yardım şartlarının adil yargılanma hakkı bakımından değerlendirilmesi çalışmamızın ikinci bölümünün konusudur. Bu noktada, bireysel başvuru harcını ve yargılama giderlerini karşılayacak ekonomik güce sahip olmayan yabancıların, karşılıklılık koşulunu da sağlayamamaları halinde bireysel başvuruda bulunma hakkını kaybedeceklerini belirtmekle yetiniyoruz.⁶³⁷

Bireysel başvurularda yargılama giderleri ve / veya davalının muhtemel zarar-ziyasını karşılamak üzere bir teminat istenip istenmeyeceği ise başka bir sorudur.⁶³⁸ Zira, bireysel başvuruyu düzenleyen 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un⁶³⁹ bu konuda herhangi bir hüküm içermediği görülmektedir. Bireysel başvuruyu yargılama hukuku anlamında bir “dava” olarak kabul etmeyen görüş benimsenecek olursa, MÖHUK ve HMK’da yer

⁶³³ Ergül, **Bireysel Başvuru**, s. 25.

⁶³⁴ Hüseyin Ekinci, **Anayasa Mahkemesi Kanunu Çerçevesinde Bireysel Başvuruların İncelenmesi Usulü, Bireysel Başvuru “Anayasa Şikayeti”, HUKAB Yayınları Ankara 2011**, s. 147; Ali Rıza Çoban, **Yeni Anayasa Mahkemesi Kanunu’nun Mahkemenin İşyüküne Etkisi Açısından Değerlendirilmesi, Bireysel Başvuru “Anayasa Şikayeti”, HUKAB Yayınları Ankara 2011**, s. 167.

⁶³⁵ RG. 12.07.2012 – S. 28351.

⁶³⁶ Hüseyin Ekinci/Musa Sağlam, **Sorularla Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, Anayasa Mahkemesi Yayınları Ankara 2014**, s. 40; Ergül, **Bireysel Başvuru**, s. 26.

⁶³⁷ Doktrinde bireysel başvurularda adli yardım talepleri incelenirken, başvuruçunun yargılamanın önceki aşamalarında adli yardımdan faydalanıp faydalanmadığına bakılacağı belirtilmektedir. bkz. **Ekinci/Sağlam**, s. 41: “*Bölümler veya Komisyonlar, adli yardım taleplerini değerlendirirken başvuruçunun özellikle bireysel başvuruya konu olayla ilgili diğer yargılama safhalarında adli yardımdan yararlandırılıp yararlandırılmadığını ve bu tür yardımdan yararlandırılmamış olması halinde ise geçen süre içinde ekonomik durumunda esaslı bir değişikliğin olup olmadığı gibi konuları dikkate alırlar. Bu nedenle başvuruçunun, daha önce adli yardımdan yararlandırılmamış ise, maddi durumundaki esaslı değişikliği belgelendirmiş olması aranır.*”

⁶³⁸ MÖHUK m. 48 dava açan, davaya katılan veya icra takibinde bulunan yabancıların yargılama giderleri ve davalının zarar-ziyasını karşılamak üzere bir teminat göstermekle yükümlü olduklarını düzenlemektedir. HMK m. 84/f. 1/a bendi ise, mutad meskeni Türkiye’de bulunmayan Türk vatandaşlarının dava açmaları, davaya katılmaları veya takipte bulunmaları halinde, yargılama giderlerini karşılamak üzere bir teminat göstermekle yükümlü olduklarını belirtmektedir.

⁶³⁹ RG. 03.04.2011 – S. 27894.

alan teminata ilişkin hükümlerin bireysel başvurularda uygulanması mümkün olmayacaktır. Şayet bireysel başvuru bir “dava” olarak kabul edilirse, bu takdirde iki farklı değerlendirme söz konusu olabilecektir: şayet bireysel başvuruya ilişkin hükümler içeren 6216 sayılı Kanun’un özel hüküm niteliğinde olduğu kabul edilecek olursa, bu kanunda herhangi bir hüküm bulunmaması nedeniyle teminat yükümlülüğünden bahsedilemeyecektir. Aksinin kabulü halde, MÖHUK ve HMK’da yer alan teminata ilişkin hükümler bireysel başvuruda da uygulama alanı bulacaktır. Bununla birlikte, uygulamada, Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan bireysel başvuru incelemelerinde başvurucudan teminat istendiğine dair herhangi bir karara rastlamadığımızı belirtmek isteriz.

AİHM, yargılama harçlarının, kişilerin mahkemeye başvuru hakkı özelinde adil yargılanma haklarını ihlal edip etmediğini her somut olayın özelliklerine bakarak değerlendirmektedir.⁶⁴⁰ Buna göre, her olayın özel şartları dikkate alınmakta, “yargılama harçlarının makul olup olmadığı”, “başvurucunun söz konusu harçları ödeme kabiliyeti”, “yargılama harçlarının hangi aşamada istendiği” gibi kriterlere göre mahkemeye başvuru hakkının özüne zarar verilip verilmediği incelenmektedir.⁶⁴¹ AİHM, mahkemeye başvuru hakkı kapsamında değerlendirdiği kararların icrası hakkı kapsamında, icra takibi yapmanın yargılamanın bütünleyici bir parçası olduğunu belirttiği Ülger kararında şu değerlendirmelerde bulunmuştur: “AİHM, bir kimsenin erişim hakkından yararlanıp yararlanmadığını belirlemek için, yargılama giderlerinin makullüğünün, başvuranın bu meblağı ödeme kapasitesi, davanın özel ayrıntıları ve bu sorumluluğun yüklendiği dava safhası ışığında değerlendirilmesi gerektiğini anımsar (bkz. Kreuz). Bu bağlamda, AİHM, başvuranın inşaat işçisi olduğunu gözlemler. Başvuran sorumlu şirkete, ödenmemiş maaşını alabilmek için dava açmıştır. Mahkeme başvuranın taleplerini kısmen kabul etmiş, tazminat olarak yaklaşık 10.000 Euro ödenmesine karar vermiştir. Geri kalan

⁶⁴⁰ Erdoğan, s. 90; Boyar, s. 200; A.Kılınc, s. 133; Ü.Kılınc, s. 131; Özbek, Gider Avansı, s. 53. “Yargılama giderlerinin sadece miktarı değil, tahsil edilme zamanı ve şekli de kuşkusuz hak arama hürriyetinin kullanımını etkileyecektir” bkz. s. 59.

⁶⁴¹ AİHM Tunç – Türkiye kararı, prgf. 27-31(Karar Tarihi: 21.02.2008 / Başvuru No: 20400/03); AİHM Mehmet ve Suna Yiğit – Türkiye kararı, (Karar Tarihi: 17.07.2007 / Başvuru No: 52658/99), kararın Türk Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılmış olan Türkçe çevirisi için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-124060"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (erişim tarihi: 20.10.2016). Bu kararda AİHM, adli yardım talebi İdare Mahkemesi’nce reddedilen başvuru sahiplerinin hiçbir gelirlerinin olmadığını, bu nedenle aylık asgari ücretin dört katı tutarındaki yargılama harcını ödeyememeleri nedeniyle davanın açılmamış sayılmasına karar verildiğini, bu durumun başvuru sahiplerinin mahkemeye erişim hakkını orantısız bir şekilde ihlal ettiğini vurgulamıştır. Kararın incelemesi için bkz. Pınar/Meriç, s. 188-191; Çalışkan, s. 218-223; Osman Doğru, Siz Hala Yargı Harcı Ödüyör Musunuz? İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin İki Kararı Üzerine Not, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 5 Sayı: 59, s. 3449-3451.

yargılama giderleri yaklaşık 598 Euro'dur. Başvuran, kendisine ödenecek meblağı alabilmek için harcı ödemeye istekli olmasına rağmen, bunu yapmak için yeterli kaynağa sahip değildir. AİHM, AİHS'in m. 6 / f. 1 kapsamındaki etkili hakları güvence altına alma yükümlülüğünün yerine getirilmesinin, yalnız müdahale olmaması anlamına gelmediğini, Devlet'in olumlu bir faaliyette bulunmasını gerektirebileceğini de yineler. Yargılama giderlerinin karşılanmasında tüm sorumluluğu başvurana yükleyerek, Devlet'in, kararların uygulanması için hem hukuken hem de uygulamada etkin bir yöntem belirleme yönünde genel ya da özel her türlü uygun tedbiri alma yükümlülüğünden (pozitif yükümlülük) kaçındığı kanısındadır (bkz. Fuklev – Ukrayna, 71186/01). Dolayısıyla, bu davada, yargılama giderlerinin miktarı ile bu giderlerin ödenmesi, başvuranın bu meblağları ödeme kapasitesi ve kararın bir kopyasının başvurana verilmesi arasındaki makul orantılılık ilişkisi de göz önünde bulundurulmalıdır. Yukarıda belirtilenler ışığında, AİHM, başvuranın kararın bir kopyasını alamadan mahkeme harcını ödemekle yükümlü tutulmasının, üzerinde aşırı bir yük oluşturduğu ve mahkemeye erişim hakkını bu hakkın özünü zedeleyecek derecede kısıtladığı kanısındadır.⁶⁴² Bu karar doğrultusunda 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 28. maddesinde değişiklik yapılarak⁶⁴³, “bakiye karar ve ilam harcının ödenmemiş olmasının, hükmün tebliğe çıkarılmasına, takibe konulmasına ve kanun yollarına başvurulmasına engel teşkil etmeyeceği” düzenlenmiştir. HMK m. 302'de de, tarafların, harcının ödenmiş olup olmamasına bakılmaksızın ilamı her zaman alabilecekleri (f. 1); bakiye karar ve ilam harcının ödenmemiş olmasının, hükmün tebliğe çıkarılmasına, takibe konmasına ve kanun yollarına başvurulmasına engel teşkil etmeyeceği (f. 2) ve 492 sayılı Harçlar Kanunu dâhil, diğer kanunların bu maddeye aykırı hükümleri uygulanmayacağı (f. 3) açıkça düzenlenmek suretiyle, Ülger kararına konu ihlalin önüne geçilmiştir.

AİHM'nin bu kararları, gerek yargılama öncesi ve yargılama süresince, gerekse yargılama sonrasında hükmün icrası aşamasına gelindiğinde talep edilen yargılama harç ve giderlerinin mahkemeye erişim hakkının kullanımını ciddi ölçüde

⁶⁴² AİHM Ülger – Türkiye kararı, (Karar Tarihi: 26.06.2007 / Başvuru No: 25321/02), kararın Türk Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılmış olan Türkçe çevirisi için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["ülger"\],"display":\["2"\],"languageisocode":\["TUR"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-125276"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (erişim tarihi: 20.10.2016). Kararın incelemesi için bkz. Pınar Meriç, s. 192 vd.; Çalışkan, s. 211-218; Doğru, s. 3451-3453. Aynı yönde bkz. AİHM Osman Yılmaz – Türkiye kararı, prgf. 39-44 (Karar Tarihi: 08.12.2009 / Başvuru No: 18896/05); AİHM Sevgül Altıparmak – Türkiye kararı, prgf. 23-26 (Karar Tarihi: 20.07.2010 / Başvuru No: 27023/06)

⁶⁴³ Bkz. 23.07.2010 tarihli ve 6009 sayılı Kanun'un 18. Maddesi (RG. 01.08.2010 S. 27659).

zorlaştırıldığını ve Türk yargı sisteminin adalete erişmek isteyen kişileri m. 6/f. 1'in gerektirdiği ölçüde koruyamadığını ortaya koymaktadır.

Bu çerçevede, Türk adli yardım sisteminin hak sahiplerini keyfiyetten korumak için gereken tüm usulî güvenceleri sağlamadığı belirtilmektedir.⁶⁴⁴ Bu ihlal kararları, aslen yargılama harç veya giderlerinin neden öngörüldüğüne ilişkin değildir⁶⁴⁵; AİHM, Türk devletinin adli yardım kurumunun uygulanabilirliği konusundaki takdir hakkını yanlış kullandığını belirterek m. 6 /f. 1'in ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁶⁴⁶ Buna göre, harç miktarı ile kişinin ödeme gücü arasındaki orantı, kişinin adli yardımdan faydalandırılıp faydalandırılmayacağına ilişkin verilecek kararda etkilidir; şayet kişi aşırı bir külfete katlanmaksızın kendisinden istenen harcı ödeyemeyecekse, bu durumda adli yardımın devreye girmesi gerekmektedir.⁶⁴⁷ Adli yardım sisteminin amacına uygun şekilde işletilememesi, yargı harç ve giderlerini ödeyemeyen kişiler açısından, bir taraftan adalete erişimi engellerken, diğer taraftan bireyler arası eşitsizliği destekleyerek toplumsal dengenin bozulmasına yol açmaktadır.⁶⁴⁸

Yüksek yargı giderleri arasında ele alınan en önemli konulardan biri de teminat meselesidir. Hemen hemen her devletin usul hukukunda, yargılamanın sonuna kadar, davanın karşı tarafının uğraması muhtemel zararları ve / veya yargılama giderlerini karşılamak amacıyla, davacının belirli bir miktar maddi güvenceyi teminat olarak göstermesine ilişkin kurallar öngörülmüştür. AİHM, teminata ilişkin düzenlemelerin meşru bir amaç taşıdığını belirtmekte, bu nedenle teminata ilişkin düzenlemelerin başlı başına mahkemeye erişim hakkını ihlal etmediğini kabul etmektedir.⁶⁴⁹ Ancak, AİHM, davacının teminat göstermesine ilişkin kararların mahkemeye erişim hakkının ihlal edilip edilmediğini değerlendirirken davacının ödeme kabiliyeti, istenen teminat miktarı, teminatın gösterilmesi için tanınan süre, teminatın yargılamanın hangi aşamasında istendiği

⁶⁴⁴ A.Kılınç, s. 135.

⁶⁴⁵ “Bir başka deyişle, peşin harç, dava hakkını kategorik olarak ihlal etmez.” Bkz. Doğru, s. 3453.

⁶⁴⁶ A.Kılınç, s. 133; Pınar Meriç, s. 203; Doğru, s. 3454. Ayrıca bkz. AİHM Kaba – Türkiye kararı, prgf. 24-25 (Karar Tarihi: 01.03.2011 / Başvuru No: 1236/05); AİHM Eyüp Kaya – Türkiye kararı, prgf. 22-25 (Karar Tarihi: 23.09.2008 / Başvuru No: 17582/04).

⁶⁴⁷ Doğru, s. 3454. Geçimini sağlayacak ölçüde geliri bulunan ve hatta bir taşınmazı olan bir kişinin de, yargılama harcı ödemek konusunda aşırı bir külfetle karşılaşması durumunda, bu kişinin harç ödemekten kısmen veya tamamen muaf tutulması gerekecektir.

⁶⁴⁸ A.Kılınç, s. 136. Tarafların yargılama makamları önünde şeklen eşit olmaları yetmemekte, eşit şanslara sahip olmaları ve fiilen de eşit şekilde davranılması gerekmektedir. Bkz. Özkes, s. 48.

⁶⁴⁹ İnceoğlu, s. 128-129; Aktepe Artık, s. 92-93; Nomer, s. 491; Çalışkan, s. 228-231; Sargın, *Cautio Judicatum Solvi*, s. 401; Marchadier, s. 76-77. AİHM Tolstoy Miloslavsky – Birleşik Krallık kararı, prgf. 63 (Karar Tarihi: 13.07.1995; Başvuru No: 18139/91)

gibi bazı noktalara dikkat etmektedir.⁶⁵⁰ AİHM, bazı başvurularda, istenilen teminat miktarı ile, teminat istenmesini haklı kılan amaç arasında orantısızlık olması nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁶⁵¹ Zira, teminatın da içinde bulunduğu yüksek yargı giderleri çoğu zaman kişilerin hukuki korunma taleplerinden vazgeçmelerine neden olmaktadır.

Kısaca ifade etmek gerekirse, hukuki korunma talebinde bulunan kişinin imkânları ile yargılama masrafları arasında orantısız bir ilişki varsa, bu durum mahkemeye erişim hakkının ihlali sonucunu doğurur.⁶⁵² Teminat yükümlülüğü yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda hem davanın esastan Türk mahkemeleri önünde görülmesi, hem de yabancı mahkemelerce verilen kararların tanınması/tenfizi davalarında uygulanması nedeniyle, milletlerarası usul hukukunun önemli konuları arasında yer almaktadır. Bu nedenle, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar açısından uygulama alanı bulan HMK ve MÖHUK'un teminata ilişkin hükümleri, çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıca incelenecek ve adil yargılanma hakkı bakımından değerlendirmelere bu bölümde yer verilecektir.

c. Yargılama Dili ve Tercüman Hakkı

Yargılama dili mahkemenin dilidir. Medeni yargılama hukukunda mahkemeye sunulan beyan ve delillerin Türkçe olması ve yargılamada Türkçe konuşulması ve hükmün Türkçe yazılması gerekmektedir.⁶⁵³ Bununla birlikte yargılanan kişilerin mahkemenin dilini bilmemeleri durumunda tercümandan yardım alma imkânları her zaman olmalıdır. Zira mahkemenin dilini bilmeyen bir kişi için hukuki dinlenilme

⁶⁵⁰ İnceoğlu, s. 130; Aktepe Artık, s. 83; Boyar, s. 198-199; Çalışkan, s. 227; Marchadier, s. 77.

⁶⁵¹ AİHM *Ait-Mouhoub - Fransa* kararı, prgf. 57-58 (Karar Tarihi: 28.10.1998; Başvuru No: 103/1997/887/1099)). Ayrıca bkz. Yukarıda AİHM *Kreuz - Polonya* kararı, prgf. 60; AİHM *Podbielski ve PPU Polpure - Polonya* kararı, prgf. 60-61 (Karar Tarih: 26.07.2005 / Başvuru No: 39199/98). AİHM bu kararlarında, yargı organlarının davaya bakmak üzere talep ettikleri masraflar ile başvuru sahiplerinin mahkeme kanalıyla iddialarını ispat etmek istemeleri arasında iyi bir denge sağlanmadığını belirtmiştir. bkz. Cohen-Jonathan, *Droit au juge*, s. 481-482. Ayrıca bkz. Aktepe Artık, s. 94'de Fr. Temyiz Mahkemesi (Cr de Cass Civ. 1ère) tarafından verilen 19.03.1999 tarihli karar.

Teminat konusu milletlerarası usûl hukuku açısından gerek HMK m.84 vd. hükümlerinin, gerekse MÖHUK m. 48'in uygulanması açısından önemli bir yere sahip olduğu için çalışmamızın ikinci bölümünde ayrı bir başlık altında incelenecektir.

⁶⁵² Aktepe Artık, s. 94; Kiestra, s. 99-100; Matscher, *DIP face à la CEDH*, s. 220.

⁶⁵³ Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 862 ve 909; Pekcanitez, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 782; Özekes, s. 300; Tanrıver, *Adil Yargılanma Hakkı*, s. 211; Demircioğlu, s. 138; E.Erdoğan, s. 186-187.

hakkını kullanmak ve yargılamaya etki etmek imkânsızdır. Bu nedenle, tercüman talebi hukuki dinlenilme hakkının bir gereği olarak görülmektedir.⁶⁵⁴

Tercüman hakkı, “davanın taraflarına, dava hakkında yöneltilen iddialar ve dosya hakkında derhal ve anlayacağı bir dilde, ayrıntılı olarak bilgi verilmesi” şeklinde ifade olunmaktadır.⁶⁵⁵ Tercüman hakkının, taraflar arasında eşitsizliği ortadan kaldırarak, hukuki dinlenilme hakkı kapsamında değerlendirilen hakları etkin bir şekilde kullanma olanağının sağlanmasındaki rolü tartışılmazdır.⁶⁵⁶ Tercüman hakkının yalnızca dil bilmeyenleri değil, konuşma ve işitme engellileri de kapsadığı belirtilmekte, yargılama dilini bilmeyen kişilere yargılama dilini bilen bir avukat atanmasının (ya da bu kişinin kendi imkânları ile avukat hizmeti almasının), taraf açısından tercümandan yararlanma hakkını ortadan kaldırmadığı dile getirilmektedir.⁶⁵⁷ Ayrıca, kişilerin bu haktan etkin bir biçimde faydalandırılmaları konusunda mahkemelerin denetim görevlerinin olduğu kabul edilmektedir.⁶⁵⁸

Ancak, tarafların “ücretsiz” tercüman hizmetinden faydandırılmaları, ceza yargısından farklı olarak, medeni yargıda zorunlu değildir ve esasen hukuki dinlenilme hakkının gereği olarak görülmemektedir.⁶⁵⁹ Ayrıca hak sahibinin, mahkemenin dilini bilen bir vekili olması halinde tercüman bulundurulması zorunlu olmadığı gibi, hukuki dinlenilme hakkının bir gereği de olmadığı ifade edilmektedir.⁶⁶⁰ Ancak, vekilin yalnızca mahkemenin dilini bilmesi yeterli değildir.

⁶⁵⁴ Pekcanitez, **Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 782; **Özekes**, s. 300; **Yeşilova**, s. 76-77; **A.Kılınc**, s. 175; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 205. Yarg 2.HD, E. 1998/10053 K. 1998/11847, 05.11.1998: “*Delil bildirme ile ilgili mahkemece verilen ara kararı, davada avukat vasıtasıyla temsil olunmayan davayı bizzat kendisi takip eden Türkçe bilmeyen davalıya, tercüman vasıtasıyla tercüme edilmeden ve sonucu anlatılmadan karar verilmesi savunma hakkını kısıtlar.*” (www.kazanci.com; erişim tarihi: 28.10.2016).

⁶⁵⁵ **Erdoğan**, s. 146.

⁶⁵⁶ “*Tercümandan yararlanma hakkı, dil sorununa dayalı eşitsizliği gidermeyi amaçlar.*” Bkz. **Yeşilova**, s. 77. Ayrıca bkz. Pekcanitez, **Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 782; **Özekes**, s. 300; **Aktepe Artık**, s. 122.

⁶⁵⁷ **Erdoğan**, s. 147; **E.Erdoğan**, s. 188.

⁶⁵⁸ **Erdoğan**, s. 147. AİHM *Hermi –İtalya* kararı, prgf. 70 (Karar Tarihi: 18.10.2006 / Başvuru No: 18114/02); AİHM *Kamasinski – Avusturya* kararı, prgf. 74 (Karar Tarihi: 19.12.1989 / Başvuru No: 9783/82)

⁶⁵⁹ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 861; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 385; **Özekes**, **Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Sorunları**, s. 1300; Pekcanitez, **Adil Yargılanma**, s. 50-51; Pekcanitez, **HUMK m.445/11**, s. 539; Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 212. Aksi görüş için bkz. **E.Erdoğan**, s. 189, 836 nolu dn. Bu görüşe göre, AİHS ve taraf devletlerin anayasalarında yer alan eşitliğe dair hükümlerin adil yargılanma hakkı ile birlikte değerlendirilmesi halinde, yabancı tarafın tercüman giderlerine mahkum edilmesi AİHS’e aykırıdır. Yazar ise bir taraftan, tercüman giderlerinin karşılanması amacıyla etkin bir adli yardım mekanizmasının işletilmesi gerektiğini ifade ederken, diğer taraftan, anılan giderlerin devlet kasasından karşılanabileceğini belirtmektedir (bkz. s. 189 ve s. 191).

⁶⁶⁰ **Özekes**, **Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Sorunları**, s. 1300; Pekcanitez, **Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 782; Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 212.

Vekilin, hem mahkemenin diline, hem de temsil ettiği kişinin diline yeterli ölçüde hakim olması gerekmektedir.⁶⁶¹

HMK’da da davanın tarafları açısından tercüman hakkı ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, m. 263’de “tercüman ve bilirkişi kullanılması” başlığı altında, Türkçe bilmeyen tanığın tercüman ile dinleneceği; sağır ve dilsiz olup okuma ve yazmayı bilmeyen tanığa sorulacak soruların kendisine yazılı olarak bildirilerek cevapların yazdırılacağı; bu durumda, hakimin, tanığı işaret dilinden anlayan bilirkişi yardımıyla dinleyeceği düzenlenmektedir. Dolayısıyla mevcut düzenleme gereğince, Türkçe bilmeyen bir kişiyi tanık olarak dinletmek isteyen tarafın, adli yardımdan faydalanma hakkı yoksa, tercüman ücretini karşılaması gerekmektedir.

Medeni yargıda ücretsiz tercüman hakkının tanınması devletlerin maddi olanaklarının sınırları göz önüne alındığında aşırıya kaçmak olarak kabul edilebilir.⁶⁶² Bununla birlikte, tercüman yardımının adli yardımın kapsamına sokulması ve yargılamaya aslen katılan ve tercüman yardımına ihtiyacı olan tarafın adli yardımdan yararlanma imkânı varsa, bu imkânı kullanmasının sağlanması gerektiği düşüncesindeyiz. Aksi takdirde, ekonomik durumu yeterli olmayan yabancı kişilerin, vekalet ücreti ödeyememesi nedeniyle, dilini bilmedikleri bir yargılamaya aslen katılmak zorunda kalmaları ve tercüman masraflarını da karşılayamamaları halinde, hem silahların eşitliği ilkesi hem de hukuki dinlenilme hakları ihlal edilmiş olacaktır.⁶⁶³ Dolayısıyla, tarafların tercüman hakkından kendi imkânları dahilinde faydalanamaması, tarafın ve özellikle yabancının adli yardım talebinin de reddedilmiş olması halinde, yargılamanın adil bir şekilde yürütülebilmesi için mahkemenin bir tercüman atamasının ve tercüman giderlerinin dava sonunda haksız çıkan tarafa yükletilmesinin çok doğru bir çözüm önerisi⁶⁶⁴ olduğu kanaatindeyiz.⁶⁶⁵

⁶⁶¹ **Aktepe Artık**, s. 123.

⁶⁶² Ücretsiz tercüman hakkının medeni yargılama için de kabul edilmesi, bu bağlamda AİHS m. 6/f. 3’ün yorum yoluyla genişletilerek medeni yargıya da uygulanması gerektiği yönünde bkz. **Aktepe Artık**, s. 122.

⁶⁶³ **Pekcanitez, Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 784; **Aktepe Artık**, s. 122.

⁶⁶⁴ **Pekcanitez, HUMK m.445/11**, s. 540. Ayrıca bkz. **Aktepe Artık**, s. 123; **A.Kılıncı**, s. 177, 233 nolu dn; **Demircioğlu**, s. 138.

⁶⁶⁵ HMK m. 325 uyarınca, “*tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işlerde, hâkim tarafından resen başvurulmuş deliller için gereken giderlerin, bir haftalık süre içinde taraflardan birisi veya belirtilecek oranda her ikisi tarafından ödenmesine karar verilir. Belirlenen süre içinde bu işlemlere ait giderleri karşılayacak miktarda avans yatırılmazsa, ileride bu gideri ödemesi gereken taraftan alınmak üzere Hazineden ödenmesine hükmedilir.*” Tercüman gereken hallerde bu hükmün kıyasen uygulanabileceği belirtilmektedir. **Pekcanitez, Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 783; **Tanrıver, Adil Yargılanma Hakkı**, s. 212, 102 nolu dn; **A.Kılıncı**, s. 177, 233 nolu dn. Biz bu çözümün tercüman giderleri ile kısıtlanmaması gerektiğini, tüm yargılama giderleri açısından bu yola

Esasen, ücretsiz tercüman hakkının tanınmadığı medeni yargıda, adli yardım kurumunun çok etkin bir şekilde işletilebilmesinin gerektiği unutulmamalıdır.⁶⁶⁶ Aksi halde, medeni yargıda da ücretsiz tercüman sağlanması bir gereklilik olarak ortaya çıkacaktır. Zira, konu özellikle, adli yardımda yabancılar açısından aranan karşılıklılık şartının sağlanamadığı durumlarda önem arz etmektedir.⁶⁶⁷

Tercüman hakkının dışında, doktrinde, yargılama dilini bilmeyen yabancılar bakımından HMK m. 31'in daha geniş bir biçimde uygulanabileceği dile getirilmektedir. Buna göre, hakimin, yabancı kişileri, örneğin verdiği kesin süreye ilişkin kararlar konusunda açık bir şekilde uyarmak, usul hükümlerinin sonuçları konusunda hatırlatmada bulunmak gibi, yabancı tarafın hukuki dinlenilme hakkını daha etkin bir biçimde kullanabilmesine yönelik “tedbirler” alabileceği belirtilmektedir.⁶⁶⁸

Sözlü beyanlar dışında, yargılama dilini bilmeyen kişilerin dosyaya sundukları yazılı beyanlar ve deliller dikkate alınıp alınmayacağı meselesi de hukuki dinlenilme hakkını çok yakından ilgilendirmektedir. Doktrinde, mahkemenin dilinde yazılmamış bir dilekçe, beyan ya da mahkemeye sunulmuş bir delilin dikkate alınmayacağı gibi, sürelerin de işlemesine etki etmeyeceği belirtilmiştir.⁶⁶⁹ Taraflar, yargılama sırasında dosyaya sundukları yabancı dildeki beyan ya da delillerin Türkçe tercümelerini de dosyaya sunmakla yükümlüdürler. Zira HMK m. 223 uyarınca, “*yabancı dilde yazılmış belgeye dayanan taraf, tercümesini de mahkemeye sunmak zorundadır.*” Hakim, söz konusu belgeleri tercüme ettirmeleri için taraflara süre verecektir. Tarafların, verilen süre içinde yabancı dildeki belgeleri tercüme ettirerek dosyaya sunmamaları halinde ise, hakim bu belgeleri dikkate almayacaktır.⁶⁷⁰ Resmi tercümenin noterlerce yapılması gerektiği belirtilmektedir.⁶⁷¹

başvurulmasının adil yargılanma hakkının felsefesine daha uygun olacağını düşünmekteyiz. Bkz. yuk. “Yargılama Harç ve Giderleri Bakımından Adli Yardım” başlıklı bölüm.

⁶⁶⁶ **Tanrıver, Adil Yargılanma Hakkı**, s. 212; **A.Kılınc**, s. 176-177.

⁶⁶⁷ Yabancıların adli yardım almak konusunda karşılaşılabilecekleri sorunlar aşağıda ayrıntılı şekilde incelenecektir. Bkz. “Milletlerarası Usul Hukukunun Diğer Konularının Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi” başlıklı bölümde yer alan “Adli Yardım” başlıklı bölüm.

⁶⁶⁸ **E.Erdoğan**, s. 187 ve s. 191. Yazar, Alman hukukunda, yargılama diline ilişkin zorluklar yaşayan kişilerin, usul hukukuna ilişkin kesin sürede yapılması gerekli bir işlemi gerçekleştirememeleri halinde, eski hale getirme imkânı tanınması, hakimin bu konuda daha anlayışlı davranması gerektiği yönünde görüşler ileri sürüldüğünü dile getirmektedir. Ayrıca bkz. **Alangoya**, s. 4.

⁶⁶⁹ “*Yabancı dilde yazılmış dilekçe süreyi ve özellikle zamanaşımını kesen etkiye sahip değildir.*” Bkz. **Pekcanitez, Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 782. Ayrıca bkz. **Özekes**, s. 302; **Tanrıver, Adil Yargılanma Hakkı**, s. 211; **Aktepe Artık**, s. 121; **A.Kılınc**, s. 175.

⁶⁷⁰ **Erdönmez, Pekcanitez Usûl**, s. 862; **Pekcanitez, Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 782; **Tanrıver, Adil Yargılanma Hakkı**, s. 211.

⁶⁷¹ **Erdönmez, Pekcanitez Usûl**, s. 910. 1512 sayılı Noterlik Kanunu (RG. 05.02.1972 – S. 14090) m. 103’de, noterlik görevleri arasında sayılan tercüme işlemine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

Şayet yabancı dildeki belge yabancı devlet makamlarınca hazırlanmış resmi bir belge ise, HMK m. 224 uyarınca, belgenin, verildiği devletin yetkili makamları veya ilgili Türk konsolosluğu tarafından onaylanmış olması gerekmektedir. Aksi halde söz konusu belge resmi belge olarak değerlendirilmeyecektir. Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin yabancı resmi belgelerin onaylanmasına ilişkin hükümleri saklıdır (HMK m. 224/f. 2).

d. Avukat ile Temsil Zorunluluğu ve Adli Yardım

Ceza yargısının aksine, medeni yargıda avukat ile temsil zorunluluğu bulunmamaktadır.⁶⁷² Avukat ile temsil, bireylerin yargılama sırasında kendilerini olması gerektiği gibi ifade edememeleri, mahkeme önünde iddia ve savunmalarını tam olarak ortaya koyamamaları ve dolayısıyla adil yargılanma hakkını etkin bir şekilde kullanamamaları nedeniyle, geri dönüşü olmayan hak kayıplarına uğramalarının ve yargılamanın gereksiz şekilde uzamasının önüne geçmek amacıyla zorunlu tutulmaktadır.⁶⁷³ Ayrıca, avukatla temsil hakkının silahların eşitliği ilkesinin doğal bir sonucu olduğu, bu hak sayesinde eşit imkânlarla sahip olmayan ve kendisini

Bununla birlikte, yabancı dildeki belgeyi tercüme edebilecek bir noterin bulunmaması da söz konusu olabilir. Özellikle, çokça bilinmeyen ve kullanılmayan bir dilde yazılmış belgeler ile ilgili olarak bu sorun ile karşılaşılabilir. Böyle bir durumda ne yapılması gerektiği konusunda herhangi bir düzenlemeye rastlamadığımızı belirtmek isteriz.

⁶⁷² HMK'nın m. 79/f. 2 hükmü şu şekildedir: “*Davasını kendisi takip eden kimse, duruşmada uygun olmayan tutum ve davranışta bulunursa, hâkim kendisini uyarır; bu uyarılara uyulmaz ve gerekli görülürse kendisini vekil ile temsil ettirmesine karar verip, hemen duruşma salonundan dışarıya çıkartılmasını sağlar; vekil ile temsil ettirmemesi hâlinde, tarafın yokluğu hâlinde uygulanacak hükümlere göre işlem yapılır.*” (HUMK m. 70). HMK'nın 80. maddesinde ise “*Hâkim, taraflardan birisinin, davasını bizzat takip edecek yeterlikte olmadığını görürse, ona uygun bir süre tanıyarak, davasını vekil aracılığıyla takip etmesine karar verebilir. Verilen karara uymayan taraf hakkında, yokluğu hâlindeki hükümlere göre işlem yapılır*” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır (HUMK m. 71). Bu iki düzenleme, usûl hukukumuzda avukatla temsil zorunluluğunun öngörüldüğü anlamına gelmemektedir. Söz konusu hükümler daha çok, HMK m. 32/f. 1 gereğince, yargılamanın düzeninin korunması açısından hakim tarafından alınması gereken önlemleri içermektedir. Bunun yanında, tarafların haklarının daha iyi korunması ve hukuki dinlenilme hakkının gereklerinin yerine getirilmesi de amaçlanmaktadır. Bkz. **Özekes**, s. 297.

Diğer taraftan, HMK Tasarısında (m. 77) ceza yargısında olduğu gibi, medeni yargıda da avukatla temsil zorunluluğunu öngören düzenlemeler yer almaktaydı. Ancak kanunun yasalaşması sırasında bu düzenlemelerden vazgeçilmiştir. Bkz. Atalay, **Avukatla Temsil**, s. 97 vd.; Akkan, **Avukatla Temsil Zorunluluğu**, s. 97.

⁶⁷³ Ayrıntılı incelemeler için bkz. Akkan, **Avukatla Temsil Zorunluluğu**, s. 108 vd. Ayrıca bkz. Atalay, **Avukatla Temsil**, s. 98; **Özekes**, s. 299. Yazar, bugün fazlasıyla karmaşık hale gelen hukuki ilişkiler ve sorunlar karşısında, uzman hukukçuların dahi zorlandığı bir ortamda, hukukçu olmayan kişilerin hukuki dinlenilme hakkından etkin bir şekilde faydalanmalarının mümkün olmadığı görüşündedir; özellikle usûl hukukunun katı kural ve sınırlamaları düşünüldüğünde tarafların açıklama haklarını zamanında kullanabilmeleri açısından avukat yardımından faydalanmalarının hak kayıplarını önlemek bakımından büyük katkısı olacağı açıktır. Aynı görüşte, Akkan, **Avukatla Temsil Zorunluluğu**, s.181.

savunma imkânından yoksun olan kişilerin, avukat yardımı alan kişiler ile eşit şartlarda mücadele edebilmelerinin önünün açıldığı vurgulanmaktadır.⁶⁷⁴

Doktrinde, bir davayı avukat ile takip zorunluluğunun ekonomik açıdan sıkıntıda olan ve vekalet ücreti ödeyemeyecek kişilerin hak aramalarını zorlaştıracığından ve hatta imkânsızlaştıracığından hareketle, hakkaniyete uygun bir yargılama yapılamayacağı, bu durumun adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğuracağı dile getirilmiştir.⁶⁷⁵ Bununla birlikte, avukat ile temsil zorunluluğuna adli yardım kurumunun eşlik etmediği bir yargılama düşünülemez.⁶⁷⁶ Bu nedenle, avukat ile temsil zorunluluğunun AİHS m. 6 ile de kabul edilen, tarafların korunmasını sağlamaya yönelik bir önlem olduğunu dile getiren görüşlere katılmamak mümkün değildir.⁶⁷⁷ Dolayısıyla, medeni yargıda da ceza yargısında olduğu gibi avukat ile temsil zorunluluğunu kabul etmenin devletlerin yargıya ilişkin sosyo-ekonomik politikaları ile ilgili olduğu, avukatla temsil zorunluluğunun kabulü halinde, devletin zor durumda olanlara bu imkânı sağlamak amacıyla adli yardımda bulunabileceği ve böylece ekonomik durumu iyi olan kişilerle ekonomik durumu yetersiz olanlar

⁶⁷⁴ Akkan, **Avukatla Temsil Zorunluluğu**, s. 159 ve 162; **Demircioğlu**, s. 112; **Sudre**, s. 405.

⁶⁷⁵ Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 212. Avukatla temsil zorunluluğu konusunda, özellikle HMK Tasarısı'nda yer alan hüküm hakkında birçok görüş ileri sürülmüştür. Çalışmamızın kapsamını aşmamak amacıyla bu görüşlerin ayrıntısına girmeyeceğiz. Anılan görüşlerin sistematik ve kapsamlı bir biçimde değerlendirilmesi için bkz. Akkan, **Avukatla Temsil Zorunluluğu**, s. 100-104 ve **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme, Medeni Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı V (Yayına Hazırlayan: Muhammet Özkes), Ankara 8-9 Eylül 2006** Bununla birlikte, doktrinde genel olarak avukatla temsil zorunluluğunun kabulü yönünde görüşler ileri sürüldüğünü ifade edebiliriz. Buna karşın, avukatla temsil zorunluluğunun başlangıç olarak sadece Yargıtay incelemesinde kabul edilmesi gerektiğini ileri süren görüşler yanında (bkz. Baki Kuru, **Tasarı**, s. 66), özellikle yargılamada katlanılacak giderleri arttırması nedeniyle avukatla temsil zorunluluğuna sıcak bakmayan görüşlerin de (bkz. **Yılmaz**, s. 219) de ileri sürüldüğünü belirtmek isteriz. Ayrıca, avukatla temsil zorunluluğunu kabul etmenin ancak avukatlık hizmetinin niteliği bakımından da eşitliğin sağlanması halinde anlamlı olacağı da belirtilmektedir (bkz. Akkan, **Avukatla Temsil Zorunluluğu**, s. 103'den naklen Nejat Aday, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Davaya Vekaletle İlişkin Düzenlemeleri, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul 2008**, s. 251-252).

⁶⁷⁶ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 861; **Aktepe Artık**, s. 102. Adli yardım kurumunun yanında hukuki koruma sigortasının da uygulanmaya başlamasının avukatla temsil zorunluluğunun kabulünde etkili olacağı belirtilmektedir. Bkz. Akkan, **Avukatla Temsil Zorunluluğu**, s.100. Ayrıca bkz. **D'Ambra**, s. 91-92.

⁶⁷⁷ Pekcanitez, **HUMK m.445/11**, s. 539; **Yeşilova**, s. 76. Yazar, "avukat tutma zorunluluğu"nın hukuki dinlenilme hakkının daha kaliteli ve etkili bir şekilde kullanımı amacına hizmet ettiğini belirtmektedir. Atalay da, avukatla temsil zorunluluğunun, "*bireylerin hak arama özgürlüğünü etkin bir şekilde kullanabilmelerine ve kanun önünde eşitlik ilkesinin hayata geçirilebilmesine hizmet ettiğini*" belirtmektedir. bkz. Atalay, **Avukatla Temsil**, s. 99. Aynı görüşte, Akkan, **Avukatla Temsil Zorunluluğu**, s. 180. Ayrıca bkz. Nazlı Gören Ülkü, **Medeni Yargılama Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu**, **MÜHF-HAD Cilt: 16 Sayı: 3-4**, s. 323-324. Yazar, "medeni usûl hukukumuzda tarafın güçlü konumu ve esas olarak yazılı yargılama usûlünün öngörülmesi nedeniyle, ilke olarak, avukatla temsil zorunluluğunun öngörülmesinin adil yargılamanın gerçekleştirilmesi ve etkin bir hukuki korumanın temini açısından olumlu olduğuna" dair görüşünü belirttiikten sonra, avukatla temsil konusunda adli yardım esaslarının dikkatle belirlenmesi gerektiğini, etkin bir adli yardım sistemi ile bütünleşen avukatla temsil zorunluluğunun adalette büyük katkı sağlayacak niteliğe bürüneceğini dile getirmektedir.

arasında eşitliğin sağlanarak adil yargılanma ortamının daha iyi bir biçimde oluşturulabileceği kanaatindeyiz.

Bu bağlamda gerek HMK’da yer alan adli yardıma ilişkin hükümlerden, gerekse Avukatlık Kanunu’nun 176. maddesinden faydalanılabilecektir. Anılan hüküm uyarınca, “*adli yardım, avukatlık ücretlerini ve diğer yargılama giderlerini karşılama olanağı bulunmayanlara bu Kanunda yazılı avukatlık hizmetlerinin sağlanmasıdır.*” Bu hüküm, adli yardımdan faydalanmak isteyen kişilerin, adli yardım bürosuna müracaat ederek, baronun bir avukat görevlendirmesini isteyebilmesine olanak sağlamaktadır. HMK ile Avukatlık Kanunu’nda yer alan hükümlerin uygulanması birbirinden bağımsızdır; dolayısıyla, mahkemeye başvurarak HMK kapsamında adli yardım talebinde bulunan bir kişinin bu talebinin reddedilmiş olması, bu kişinin Avukatlık Kanunu kapsamında adli yardım almasına engel değildir.⁶⁷⁸ Avukatlık Kanunu m. 179, HMK’da yer alan adli yardıma ilişkin hükümleri saklı tutmuştur. Dolayısıyla, adli yardıma ihtiyacı olan kişinin HMK kapsamında mahkeme kararı ile bu yardımı alması ve mahkemenin, adli yardım kapsamında tarafa avukat atanmasına karar vermiş olması halinde, baro mahkemenin bu kararını yerine getirmek zorundadır. Bu noktada, HMK’nın adli yardımın kapsamını düzenleyen 335. maddesinde “davanın avukat ile takibi gerekiyorsa, ücreti sonradan ödenmek üzere bir avukatın sağlanabileceği”nin belirtildiği (m. 335/f. 1/ç bendi), ancak mahkeme tarafından bu konuda ayrıca bir karar verilmedikçe, adli yardım kararının “vekil tayinini kapsamayacağı” unutulmamalıdır.⁶⁷⁹

AİHM yukarıda yer verdiğimiz *Airey – İrlanda* kararında, ekonomik durumundan dolayı avukat tutamamış olan başvurucunun adli yardım da alamamış olması karşısında mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini vurgulamıştır. Bu kararda, AİHM, mahkeme usullerinin ve hukuk kurallarının karmaşıklığı, dayanılan vakıaların ispatında yaşanabilecek güçlükler, dava konusunun tarafların duygusal açıdan zorlanmalarına sebep olması gibi etkenler üzerinde durmuş ve başvurucunun kendi kendini temsil etmesinin beklenemeyeceğine, adil yargılanma hakkı açısından avukat yardımının gerekli olduğuna karar vermiştir. Bu karar, maddi imkânları yeterli olmayan herkese, hukuk davalarında temsil edilmesini sağlamak amacıyla devlet tarafından yardım alma hakkı tanımamaktadır. AİHM, bu konuda hukuk davaları ile ceza davalarını ayırmaktadır. Ancak bu durum, AİHM’in ceza davaları ile ilgili olarak ortaya koyduğu temel ilkelerin hukuk davaları için de uygulanmasına

⁶⁷⁸ Umar, s. 970; Akkan, *Avukatla Temsil Zorunluluğu*, s. 190.

⁶⁷⁹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 709.

engel değildir. Zira adil yargılanma hakkı ile ilgili temel anlayış ve bakış açısı bakımından ceza ve hukuk davaları arasında ciddi bir fark bulunmadığı düşüncesindeyiz. Dolayısıyla, AİHM'nin de belirttiği üzere, “adaletin selametinin (devletin mahkemeye erişim hakkının etkinliğini sağlamak konusunda katılımının) gerektirdiği durumlarda” avukat ile temsilin sağlanması gerekecektir.⁶⁸⁰

Bu kapsamda örneğin, AİHM, “davanın taraflarının (başvurucuların) adli yardım kapsamında avukatla temsil talebinde bulunmadığına dayanarak başvurucuların adil yargılanma hakkının sunduğu imkân ve güvencelerden (somut olayda çelişmeli yargılama ilkesinden) vazgeçtiğini” ifade eden taraf devlet iddialarına itibar etmemiştir.⁶⁸¹ Gerçekten de, adli yardım ve avukatla temsil talebinde bulunmamak, gerek ceza, gerekse hukuk davalarında kişilerin adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerden vazgeçtiklerinin kabulü için bir sebep değildir. Tam tersi, avukatla temsil edilmeyen taraf açısından adil yargılanma ortamının oluşturulup oluşturulmadığı konusunda çok daha hassas davranılması gerekmektedir.

Bununla birlikte, iç hukuk tarafından avukatla temsilin zorunlu kılınması⁶⁸² veya davada uygulanacak maddi hukuk ya da usul hukuku kurallarının karmaşık olması halinde, davaya özgü koşullar değerlendirilmek suretiyle, maddi olarak yetersiz kişilere, özellikle silahların eşitliği ilkesi gereğince avukat yardımı yapılması zorunluluğu doğmaktadır.⁶⁸³ Bu incelemenin yapılmasında, başvurunun içinde bulunduğu duygusal durum, eğitim durumu, yaşı ve tecrübesi gibi sübjektif kriterler de değerlendirmeye alınmaktadır.⁶⁸⁴ Doktrinde, AİHM'nin *Airey* kararında belirttiği şartlardan usul hukuk kurallarının karmaşıklığının hemen hemen her dava açısından

⁶⁸⁰ **Milano**, s. 272.

⁶⁸¹ AİHM *Meftah ve Diğerleri – Fransa* kararı, prgf. 51 (Karar Tarihi: 26.07.2002 / Başvuru No: 32911/96; 35237/97; 34595/97); AİHM *Voisine- Fransa* kararı, prgf. 32 (Karar Tarihi: 08.02.2000 / Başvuru No: 27362/95).

⁶⁸² Yukarıda AİHM *Aerts – Belçika* kararı, prgf. 60. Bu kararda AİHM, iç hukukta kanun yoluna başvuruda avukatla temsil zorunluluğunun benimsenmiş olduğundan, adli yardımın “haklılık” şartına bağlanmış olmasını mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak nitelendirmiştir. Bkz. **Aktepe Artık**, s. 109; **Milano**, s. 261. Diğer taraftan, kanun yoluna başvuruda avukatla temsilin zorunu kılınması başlı başına AİHS m.6/f. 1'e aykırı değildir. Bkz. **Gilliaux**, s. 318.

⁶⁸³ **İnceoğlu**, s. 117 ve s. 124-125; **Aktepe Artık**, s. 102-103; **Boyar**, s. 196; **Puechavy**, s. 622; **Kiestra**, s. 98; **Gilliaux**, s. 296. Yukarıda AİHM *Steel ve Morris – Birleşik Krallık* kararı, prgf. 61-72; AİHK *A.R.M. – Birleşik Krallık* kararı (Karar Tarihi: 14.03.1985 / Başvuru No: 10461/83). AİHM *Steel ve Morris* kararında, McDonald's tarafından başvuruculara karşı açılmış olan kişilik haklarına tecavüze dayalı tazminat davasında, McDonald's'ın avukatlarının alanında yetkin tazminat hukukçuları olmasını da dikkate almış, başvurucuların avukatla temsil edilmemesinin taraflar arasında derin bir uçuruma sebep olarak silahların eşitliği ilkesini ihlal ettiğine karar vermiştir.

⁶⁸⁴ **İnceoğlu**, s. 125; **Boyar**, s. 193; Huysal, **Adil Yargılanma**, s. 68; **E.Erdoğan**, s. 157. Ayrıca bkz. AİHM *Mc Vicar – Birleşik Krallık* kararı, prgf. 53-62 (Karar Tarihi: 07.05.2002; Başvuru No: 46311/99); AİHM *P.C.S. – Birleşik Krallık* kararı, prgf. 89-95 (Karar Tarihi: 16.07.2002; Başvuru No: 56547/00).

söz konusu olabileceği, ancak AİHM'nin *Airey* kararı ile ortaya koyduğu ilkeleri daha sonra dar yorumlayarak adli yardım konusunda sınırlandırdığı ifade edilmektedir.⁶⁸⁵ Diğer taraftan, davanın veya uygulanacak kurallarının karmaşıklığı kriterine dayanılmaması gerektiği, dava usulünün baştan basit gibi gözüксе dahi, yargılamanın adli yardımı (avukat yardımını) gerektirebileceği vurgulanmaktadır.⁶⁸⁶ Sonuç olarak, AİHM'ye göre, AİHS m. 6, hukuk davalarında zorunlu olarak avukat yardımı verilmesini güvence altına almamaktadır.

Diğer taraftan, AİHM, adli yardım kapsamında avukat yardımının tanınması durumunda, bu yardımın etkin bir şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini incelemektedir. Örneğin, AİHM, adli yardım amacıyla atanan avukatın ölmesi, ağır şekilde hastalanması, görevden çekilmesi⁶⁸⁷ veya görev yapmasının engellenmesi gibi durumlarda kamu makamlarına haber verilmesi halinde, yeni bir avukatın atanmasının veya mevcut avukatın görev yapmasının sağlanması gerektiği üzerinde durmuştur.⁶⁸⁸ Yargılamada görev yapan avukatın hata ve eksiklerinin yargılamanın uzamasına sebep olması da mümkündür. AİHM, bu durumun da m. 6/f. 1 kapsamında ihlale yol açabileceğini belirtmektedir.⁶⁸⁹ Dolayısıyla, adli yardım olanağını tanıyan devletin, bununla yetinmesi mümkün değildir; avukat yardımı ile ilgili sistemin etkin bir biçimde işletilebilmesi için aynı zamanda ulusal makamların müdahalesinin gerektiği durumlarda, bu müdahalenin yapılmaması da adil yargılanma hakkını ihlal eder.⁶⁹⁰

⁶⁸⁵ **İnceoğlu**, s. 126.

⁶⁸⁶ **Bougrab**, s. 1018; **Gilliaux**, s. 296.

⁶⁸⁷ AİHM *Sialkowska – Polonya* kararı, prgf. 114 (Karar Tarihi: 22.03.2007 /Başvuru No: 8932/05).

⁶⁸⁸ AİHM *Artico – İtalya* kararı, prgf. 33-36 (Karar Tarihi: 13.05.1980 / Başvuru No: 6694/74); AİHM *Bertuzzi – Fransa* kararı, prgf. 29-31 (Karar Tarihi: 13.02.2003 / Başvuru No: 36378/97); yukarıda AİHM *P.C.S. – Birleşik Krallık* kararı, prgf. 92-95 (Karar Tarihi: 16.07.2002; Başvuru No: 56547/00).

⁶⁸⁹ **Puechavy**, s. 632. AİHM *Jean-Marie Le Calvez – Fransa* kararı, prgf. 60-63 (Karar Tarihi: 29.07.1998 / Başvuru No: 25554/94)

⁶⁹⁰ **Puechavy**, s. 631; **Milano**, s. 273; **Erdoğan**, s. 88.; **Demircioğlu**, s. 118; **Aktepe Artık**, s. 105-106. Yazar, yetkili ulusal merciilerin müdahalesinin, adli yardım avukatının etkin temsilde başarısız olduğunun açıkça anlaşıldığı hallerde veya bu konuda ulusal merciilerin uyarılması halinde gerekli olacağını, yetkili merciilerin durumdan haberdar olmalarına rağmen kayıtsız kalmalarının devletin sorumluluğunun doğmasına neden olacağını belirtmektedir. Ayrıca bkz. **Boyar**, s. 206.

AİHM, re'sen atanan avukatın görevi ile bağdaşmayan, hatalı davranışının her zaman devletin sorumluluğuna yol açmayacağını dile getirmektedir. Bkz. AİHM *Czekalla – Portekiz* kararı, prgf. 65-71 (Karar Tarihi: 10.10.2002 / Başvuru No: 38830/97); AİHM *Staroszczyk – Polonya* kararı, prgf. 133 (Karar Tarihi: 22.03.2007 / Başvuru No: 59519 /00). Ancak bazı durumlarda, bir usûl kuralının ihmali basit bir hata olarak nitelendirilememekte, örneğin başvurunun kanun yoluna başvurma hakkını kaybetmesine yol açan ihmali davranışın, özellikle başvuranın yabancı olması ve mahkemenin dilini bilmemesi halinde, “açık bir savunma boşluğu”nın doğmasına neden olacağı belirtilmektedir. Bkz. **Boyar**, s. 207. Böyle bir durumda, avukatın ihmali davranışı ile ortaya çıkan durumun değiştirilmesi yahut düzeltilmesi yoluna gidilmesi, hak sahibinin avukatın ihmali davranışı nedeniyle kaybettiği imkândan faydalandırılması gerekmektedir. Ayrıca bkz. Matscher, **Case-Law**, s. 16. Adli yardım

Adli yardımın etkinliği konusunda önemli olan bir diğer nokta, adli yardımın gerekli zamanda ve hızda sağlanmasıdır.⁶⁹¹ AİHM, adli yardım talebinde bulunulması halinde, ulusal yargı mercilerinin ihmâlkâr davranarak, talep hakkında bir karar vermemelerini adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmektedir.⁶⁹² Diğer taraftan adli yardımın sağlanmasındaki gecikmelerin yargılamanın makul sürede tamamlanmasına engel olacağı da belirtilmektedir.⁶⁹³

AİHM'nin medeni yargıda gerek adli yardım, gerekse bu kapsamda avukat yardımını zorunlu kılmak konusundaki çekinceleri, devletlerin sosyo-ekonomik politikalarına müdahale etmemek gibi nedenlere dayanmakta ve bu noktada anlaşılabilir olmakla birlikte, hakimin re'sen araştırma zorunluluğunun olmadığı, taraflarca getirilme ilkesinin benimsendiği yargı sistemimiz açısından konuya biraz tereddütle yaklaşılması doğaldır.⁶⁹⁴

Türk medeni usul hukukunda avukat ile temsil zorunlu olmamakla birlikte, adli yardım kapsamında avukat talep edilebilmesi mümkündür. Bu nedenle, avukat yardımı olmaksızın kendini iyi ifade edemeyeceğini düşünen kişilerin adli yardım talebinde bulunmaları gerekmektedir. Ancak avukat talebinde bulunmayan kişilerin, sonradan avukatla temsil edilmedikleri gerekçesiyle adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmelerinin mümkün olmayacağı dile getirilmektedir.⁶⁹⁵

HMK Tasarısı'nda yer alan avukatla temsil zorunluluğuna ilişkin düzenleme, Adalet Komisyonu'nda “avukatla temsil zorunluluğunun çeşitli kanunlarda değişiklik yapmayı gerektirmesi ve asıl olarak Avukatlık Kanunu'nda düzenlenmesinin daha uygun olacağı” dile getirilerek kanundan çıkarılmıştır. “Konunun, Komisyon müktesebatına alındığı ve fakat yaygın tartışma ve katılım süreci sağlanamamış olması nedeniyle, avukatla temsil zorunluluğunun kabulünün gelecekteki reformlara bırakıldığı” belirtilmiştir.⁶⁹⁶ Doktrinde de, “avukatla temsil

kapsamında re'sen atanan avukatların yargılama öncesi ve yargılama sırasındaki yükümlülükleri ile ilgili bkz. **Lardon-Galeote**, s. 141-142.

⁶⁹¹ **Aktepe Artık**, s. 107.

⁶⁹² **Aktepe Artık**, s. 107. AİHM *Garcia Manibardo – İspanya* kararı, prgf. 42-45 (Karar Tarihi: 15.02.2000 / Başvuru No: 38695/97)

⁶⁹³ **Aktepe Artık**, s. 107; **Puechavy**, s. 627. AİHM *Duclos – Fransa* kararı, prgf. (Karar tarihi: 17.12.1996 / Başvuru No: 20940/92 20941/92 20942/92).

⁶⁹⁴ **Erdoğan**, s. 79; **Gören Ülkü**, s. 309.

⁶⁹⁵ **Aktepe Artık**, s. 103. AİHM'nin aksi yönde kararları mevcuttur. Bkz. yukarıda AİHM *Meftah ve Diğerleri – Fransa* kararı, prgf. 51; AİHM *Voisine- Fransa* kararı, prgf. 32 .

⁶⁹⁶ Akkan, **Avukatla Temsil Zorunluluğu**, s. 100. Nitekim, halen Adalet Bakanlığı tarafından yürütülen çalışmalar çerçevesinde hazırlanan “Avukatlık Kanunu Taslağı” m. 28/f. 1'de adli ve idari yargıda avukatla temsil zorunluluğuna ilişkin şu hükme yer verilmektedir: “Adli ve idari yargıda, tarafın veya müdahilin;

a) Değeri yirmibeş bin Türk Lirasından fazla olan dava ve icra takiplerinde,

zorunluluğu açısından, aile mahkemeleri, iş mahkemeleri, icra iflas mahkemelerine ilişkin mevzuatta, yani medeni yargı bakımından ilgili kanunlarda değişiklik yapılması gerektiğini, Avukatlık Kanunu'nda ise bu zorunluluğun "üst çerçevesi"nin çizilebileceğini ileri süren görüşler mevcuttur.⁶⁹⁷ Yukarıda da dile getirdiğimiz üzere, özellikle, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin geçerli olduğu, yani tarafın güçlü olduğu yargılama düzenlerinde, avukatla temsil zorunluluğunun daha da önem kazandığı görüşlerine katılmamak mümkün değildir. Avukat ile temsil, adil bir yargılama açısından "ihtiyari" olmanın ötesinde bir ihtiyaçtır.⁶⁹⁸ Bir davanın her iki tarafının da avukat ile temsil edilmesi halinde, yargılama sırasında taraflar arasında eşitlik sağlanarak kendisini bizzat savunabilecek yeterlilikte olmayan tarafın karşı karşıya kalabileceği olası olumsuzlukların önüne geçilecektir. Kısaca daha kısa sürede, daha eşit ve daha adaletli bir yargılamaya ulaşılmasını amaçlayan avukatla temsil zorunluluğunun, en azından Tasarı'da yer aldığı üzere, dava konusuna ilişkin belirli şart ve sınırlamalarla da olsa kabul edilmesinin doğru olacağı düşüncesindeyiz. Dünyadaki gelişim de bu yöndedir. Tasarı'daki düzenlemenin bir "geçiş düzenlemesi olarak düşünüldüğü, adli yardım kurumuna ilişkin gerekli düzenleme ve değişikliklerin yaşama geçirilmesi halinde, -örneğin avukatla temsil zorunluluğunun uygulama alanını fiilen bir hayli daraltan- Tasarı'daki elli bin liralık dava konusu değerine ilişkin sınırın düşürülebileceği ve avukatla temsil zorunluluğunun genelleştirilebileceği de dile getirilmektedir.⁶⁹⁹ Diğer taraftan, istinaf ve özellikle temyiz incelemesi açısından mutlaka avukatla temsil zorunluluğunun getirilmesi, kanun yollarının yukarıda açıkladığımız tüm güvenceleri ile, adil yargılanma hakkının etkin bir şekilde sağlanabilmesi bakımından büyük önemi haiz olduğu görüşündeyiz.

Konu yabancıların Türk mahkemelerinde açtığı -ya da yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizine ilişkin şart veya engeller dolayısıyla açmak zorunda kaldığı- davalar açısından belki de biraz daha ön plana çıkmaktadır. Zira yabancı bir kişi, hukuki olarak kendisini ifade etmek bir yana, dilini bilmediği bir ülkede kendini

b) İdari yargıda değerine bakılmaksızın her türlü iptal davalarında, Kanun yolları da dahil olmak üzere, bir avukat aracılığıyla temsili zorunludur. Kısmi talepli davalar ve belirsiz alacak davalarında avukatla temsil zorunluluğu, uyuşmazlık konusunun tamamı dikkate alınarak belirlenir." (bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/DUYURULAR/AVUKATLIK%20KANUNU%20TASLAĞI.pdf>;

erişim tarihi: 20.06.2017).

⁶⁹⁷ Akkan, **Avukatla Temsil Zorunluluğu**, s. 105.

⁶⁹⁸ Akkan, **Avukatla Temsil Zorunluluğu**, s. 176. Ayrıca bkz. s. 105-106'da açıklanan avukatla temsile ilişkin istatistikî bilgiler

⁶⁹⁹ Hakan Pekcanitez, **Tasarı**, s. 20; Atalay, **Avukatla Temsil**, s. 100.

hiçbir şekilde ifade edemeyecektir. Vatandaşın kendini hukuken az da olsa ifade edebilme ihtimaline karşın, yabancı kişi hem dilini hem de hukukunu bilmediği bir ülkede hukuki yardım almak zorundadır. Bu nedenle, adli yardım sistemi ile desteklenen avukatla temsil zorunluluğunun, yabancıların hem mahkemeye erişim, hem de hukuki dinlenilme haklarını daha etkin bir şekilde kullanabilmeleri açısından mutlaka kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira, kendini ve dolayısıyla davasını gerektiği gibi ifade edemeyeceğini düşünen bir yabancının, haklı dahi olsa, Türk mahkemelerine başvurmaktan kaçınacağı bir gerçektir. Bu nedenle, avukatla temsil zorunluluğunun kabul edilmediği mevcut durumda, hakkaniyete uygun yargılamanın ve taraflar arasında eşitliğin sağlanması, kısaca hak arama özgürlüğü ve adalete erişim açısından, adli yardım kurumunun işletilerek avukat yardımı veya en azından daha dar anlamda hukuki danışma yardımı verilmesi konusunda devletlerin esnek davranması gerektiği görüşündeyiz.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun⁷⁰⁰ 35. maddesi uyarınca, “*Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir.*” Doktrinde bu hükümle hak arama açısından avukatlar lehine bir tekel yaratıldığı, bu hükmün hak arama özgürlüğünden faydalanmayı daralttığı, ancak bu daraltmanın kanuni dayanağının Anayasa'nın 36. maddesinde ifadesini bulan “meşru amaç” olduğu savunulmaktadır.⁷⁰¹

III. ADİL YARGILANMA HAKKININ UYGULANMA (KORUMA) ALANI VE TÜRK HUKUKUNDA ADİL YARGILANMA HAKKININ İHLALİNİN YAPTIRIMI

Adil yargılanma hakkının ne denli geniş bir koruma sağladığını, bir yargılama söz konusu olmasa veya yargılama sona ermiş ve hükmün icrası aşamasına geçilmiş olsa dahi adil yargılanma güvencelerinin devreye gireceğini, kısaca adil yargılanma hakkının kapsamını ortaya koyduktan sonra, AİHS ve AİHM içtihadı ile geliştirilen “adil yargılanma hakkının uygulama alanı” da net bir şekilde belirlenmelidir. Zira, ancak bu şekilde, adil yargılanma hakkının kapsamına ilişkin yaptığımız açıklamalar

⁷⁰⁰ RG: 07.04.1969, S. 13168.

⁷⁰¹ Demircioğlu, s. 114-115.

değer kazanabilecektir.

AIHS m. 6/f. 1’de, sadece medeni hak ve yükümlülükler ile bir suç isnadına dayanan işlem ve yargılamalarda kişilerin adil yargılanma hakkına sahip oldukları belirtilmiştir. Ceza yargılamalarının çalışmamızın konusu dışında kalması nedeniyle, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından da önem arz eden “medeni ve hak ve yükümlülük” kavramının açıklığa kavuşturulması ve böylece adil yargılanma hakkının uygulama alanının ortaya konması gerekmektedir. Diğer taraftan, adil yargılanma hakkının koruma alanının belirlenmesi ve hakkın özellikle çalışmamızın konusu oluşturan yabancılar açısından ne şekilde sınırlandırılabilceği üzerinde durulmalıdır. Bu bağlamda, yabancıların adil yargılanma hakkının kullanımından feragat etmeleri ayrı bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla, kişilerin kendi iradelerine dayalı olarak adil yargılanma hakkının güvence alanından çıkmalarının mümkün olup olmadığı da incelenmesi gereken konulardandır.

Bu bölümde, öncelikle, adil yargılanma hakkının taraf devletlerdeki uygulama alanını belirleyen “medeni hak ve yükümlülük” kavramının içeriği konusunda kısaca bazı genel bilgiler verdikten sonra, AIHS m. 6/f. 1 ile güvence altına alınan hakların yabancılar bakımından sınırlandırılması konusunda geçerli olan TC. Anayasası hükümlerini ele alacağız. Daha sonra ise, yabancıların adil yargılanma hakkından feragat edip edemeyecekleri inceleyeceğiz. Son olarak, AIHS’de düzenlenen, adil yargılanma hakkının da içinde bulunduğu hakların ihlali halinde başvurulabilecek özel bir yaptırım olarak Türk medeni usul hukukunda kabul edilen yargılamanın yenilenmesi yoluna ilişkin açıklamalarda bulunacağız.

A. AIHS’in 6. Maddesi Çerçevesinde “Medeni Hak ve Yükümlülük” Kavramına Genel Bakış

AIHS m. 6/f. 1’de düzenlenen adil yargılanma hakkının, “medeni hak ve yükümlülükler” ile bir “suç isnadı”na ilişkin yargılamaları kapsadığını, suç isnadı ile ilgili olarak 2. ve 3. fıkralarda, 1. fıkraya ek olarak bazı özel yükümlülükler ihdas edildiğini dile getirmiştik. Çalışmamız kapsamında ele aldığımız ve medeni yargılama hukukunun konusunu oluşturan medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili adil yargılanma sorunlarının ortaya konulabilmesi açısından öncelikle medeni hak ve yükümlülük kavramından ne anlaşılması gerektiği ile ilgili temel bilgilere de yer vermek gerekmektedir.

AİHM, “medeni hak ve yükümlülük” kavramının taraf devletlerde farklı anlamlar taşımasından hareketle, m. 6/f. 1’in yeknesak bir şekilde uygulanabilmesi için, “medeni hak ve yükümlülük” kavramının yorumunda özerk / otonom olarak nitelendirilen bir yorum tarzı benimsemiştir.⁷⁰² Bu bağlamda AİHM, söz konusu kavramı önüne gelen somut uyuşmazlık çerçevesinde ve taraf devletlerin iç hukuklarından bağımsız olarak yorumlamaktadır. AİHM’ye göre, bir uyuşmazlığın medeni bir hakka ilişkin olup olmadığının tespitinde, uyuşmazlığın taraflarının kim olduğu, uyuşmazlığa uygulanan mevzuatın niteliği veya uyuşmazlığın taraf devletin idari makamının yahut idari yargı organının görev alanında olup olmadığı önem taşımamaktadır.⁷⁰³ AİHM’nin değerlendirmesinde temel aldığı kriter, bir kişinin özel hukuka (mal ve şahıs varlığına) ilişkin hak veya yükümlülüklerinin uyuşmazlık konusu olması ve mahkemece verilecek hükmün etki alanında kalmasıdır.⁷⁰⁴

Doktrinde, AİHM’nin “özerk” yorumu benimsediği belirtildikten sonra, taraf devletlerin iç hukuklarının da tamamen göz ardı edilmediği, “medeni hak ve yükümlülük” olarak değerlendirilecek hakkın ilk olarak iç hukukta tanınmış olması gerektiği ifade edilmektedir.⁷⁰⁵ Bu çerçevede, bir hak ve yükümlülük, taraf devlet

⁷⁰² Doktrinde AİHM’nin AİHS’de belirtilen kavramları, insan haklarını her alanda koruma düşüncesiyle, mümkün olduğu kadar geniş yorumladığı, bu anlamda, başlangıçta dar yorumlanabilecek kavramların daha sonra amaca ve evrensel yorum ilkelerine uygun olarak kapsama alanlarının genişletildiğine dikkat çekilmektedir. Medeni hak ve yükümlülük kavramı da bu çerçevede değerlendirilmekte ve AİHM’nin tüm taraf devletlerde geçerli olacak bir “Avrupa koruma standardı” öngördüğü belirtilmektedir. Bkz. Nuray Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Beta Yayınları 2013, s. 682; Kaşıkara, s. 252. Ayrıca bkz. Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 317; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 269; İnceoğlu, s. 21; Aktepe Artık, s. 53; Erdoğan, s. 45; Çayan, s. 26; Turan, s. 92 ve 96; Ergül, Bireysel Başvuru, s. 234; Sudre, s. 377; Marchadier, s. 65; Mock, s. 388; Gilliaux, s. 25-26; Soyer/De Salvia, s. 251.

⁷⁰³ AİHM *König - Almanya* kararı, prgf. 88 (Karar Tarihi: 28.06.1978; Başvuru No: 6232/73); AİHM *Wiesinger - Avusturya* kararı, prgf. 50 (Karar Tarihi: 30.10.1991; Başvuru No: 11796/85); AİHM *Deweert - Belçika* kararı prgf. 42 (Karar Tarihi: 27.02.1980 / Başvuru No. 6903/75); AİHM *De Cubber - Belçika* kararı prgf. 32 (Karar Tarihi: 26.10.1984 / Başvuru No. 9186/80). Ayrıca bkz. Gözübüyük/Gölcüklü, s. 269-271’de belirtilen kararlar. Ayrıca bkz. Kaşıkara, s. 252-253; Turan, s. 102; Aktepe Artık, s. 55; Ergül, Bireysel Başvuru, s. 235; Sudre, s. 378; Mock, s. 390.

⁷⁰⁴ İnceoğlu, s. 22; Rozakis, s. 104. AİHM’ye göre, “medeni bir hak” ile ilgili yapılan başvurularda; *ulusal hukuk tarafından “hak” olarak tanımlanmış, *somut, ciddi ve başvurucunun menfaatini doğrudan etkileyen, *kaynağında kural olarak medeni hukuk ilişkisi bulunan hakları m. 6/f. 1 kapsamında değerlendirmektedir. Bkz. Kaşıkara, s. 253; Turan, s. 99-100; Erdoğan, s. 47; Sudre, s. 378. Bu bağlamda, kişilerin malvarlığı haklarını ve ekonomik faaliyet / varlıklarını etkileyen uyuşmazlıklar AİHS m. 6/f. 1’in uygulama alanına girmektedir. Bkz. Barthélémy, s. 106; Cohen-Jonathan, s. 162-163.

⁷⁰⁵ İnceoğlu, s. 22 ve s. 111; Çelik, s. 32; Çayan, s. 27; Kaşıkara, s. 253; Turan, s. 92; Aktepe Artık, s. 62; Ergül, Bireysel Başvuru, s. 235 ve s. 237-238; Sudre, s. 377; Kiestra, s. 97; Marchadier, s. 59 vd.; Giuseppe Sperduti, *Sur la notion de “droits et obligations de caractère civil” dans l’article 6 par.1 de la Convention européenne des droits de l’homme, Humanité et droit international*, Mélanges René-Jean Dupuy, Editions A. Pedone Paris 1991, s. 292. AİHM *Powell ve Rayner – Birleşik Krallık* kararı, prgf. 36 (Karar Tarihi: 21.02.1990; Başvuru No: 9310/81); AİHM *Roche – Birleşik Krallık* kararı, prgf. 123-124 (Karar tarihi: 19.10.2005 / Başvuru No: 32555/96). AİHM’nin bu yaklaşımının eleştirisi için bkz. Aktepe Artık, s. 62-63.

hukukunda (iç hukukta) özel hukukun içinde yer almaktaysa, bu hakkın özerk bir kavram olarak “medeni” nitelikte olup olmadığını tartışmaya gerek kalmayacaktır.⁷⁰⁶ Zaten sorun özel hukuk kişileri arasındaki veya özel hukuk kişileri ile özel hukuka tabi kamu tüzel kişileri arasındaki uyumsuzlıklardan çok, kamu hukukundan kaynaklanmakla birlikte özel hukuk kişilerinin hak ve yükümlülüklerini etkileyen konularda ortaya çıkmaktadır.⁷⁰⁷

AİHM’nin m. 6 çerçevesinde bir hakkın “medeni” nitelikte olup olmadığına ilişkin incelemesinde temel olarak yargılamanın sonucu ve hükmün etkileri üzerinde durduğunu ifade etmiştik. AİHM’nin bu konudaki içtihadında, kamu ve özel hukuk ayrımında geleneksel olarak esas alınan egemenlik yetkilerinin kullanımı kriterinden, taraf devletlerin iç hukuklarının bütünü çerçevesinde oluşmuş yeknesak Avrupa anlayışına, bu çalışma içinde ayrıntılarına giremeyeceğimiz birçok kıstası esas almaktadır. Bu noktada, biz AİHM’ye taşınan çeşitli uyumsuzluklar dahilinde hangi konuların 6. madde kapsamında değerlendirildiğine kısaca değinmekle yetineceğiz.

Doktrinde de geniş ölçüde kabul edildiği üzere, AİHM, bir tarafında idari makam ya da daha genel anlatımıyla kamu otoritesinin yer aldığı ve fakat özel hukuk kişilerinin “medeni” nitelikteki hak ve yükümlülüklerini ilgilendiren bazı uyumsuzluk ve konuları şu şekilde belirlemiştir:

* mülkiyet hakkı veya malvarlığı ile ilgili olan idari işlemler,

* bir meslek, sanat veya ekonomik bir faaliyetin yürütülmesi ile ilgili idari kararlar,

* küçüklerin ana-babadan ayrılması ve korunması ile ilgili idari işlem ve önlemler/ aile yaşamına saygı hakkını etkileyen idari kararlar,

* çalışma hayatı, sosyal sigorta, iş sözleşmesinin bozulması ile ilgili idari işlemler,

* idarenin kusuru ile verdiği zararlara ilişkin uyumsuzluklar,

* idarenin takdir yetkisini kullanmasından kaynaklanan uyumsuzluklar.⁷⁰⁸

Buna karşılık AİHM tarafından kamusal ağırlıkta olması nedeniyle “medeni”

⁷⁰⁶ **İnceoğlu**, s. 22; **Turan**, s. 100; **Aktepe Artık**, s. 54 **Ergül**, **Bireysel Başvuru**, s. 237; **Gilliaux**, s. 27.

⁷⁰⁷ **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 270; **İnceoğlu**, s. 22. Yazar, uyumsuzluğun kişi ile devlet arasında olması halinde, uyumsuzluğun tarafının kamu mercii olması ya da uyumsuzluğa uygulanan kuralların kamu hukukuna ait olması veya uyumsuzluğu çözümleyen mahkemenin hukuk mahkemelerinden farklı bir mahkeme ya da kurul olmasının önemli olmadığını, yalnızca hakkın niteliğinin önemli olduğunu belirtmektedir.

⁷⁰⁸ Ayrıntılı incelemeler ve AİHM kararları için bkz. **İnceoğlu**, s. 25 vd.; **Tezcan/Erdem/Sancakdar**, s.320-325; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 271-272; bkz. **Kaşıkkara**, s. 260- 270; **Çelik**, s. 36-39; **Çayan**, s. 28-36; **Turan**, s. 103-104; **Ergül**, **Bireysel Başvuru**, s. 238-241; **Sudre**, s. 380 vd; **Gilliaux**, s. 139 vd.; **Milano**, s. 113 vd.; **Aktepe Artık**, s. 56-60, ayrıca bkz. s. 55 142 nolu dn’de belirtilen kararlar.

olarak nitelendirilmeyen uyuşmazlıklar ise şu şekilde sıralanmaktadır.⁷⁰⁹

- * siyasi haklar,
- * vergilendirme⁷¹⁰,
- * devletin araştırma fonları ve kamu fonlarından yapılan ödemeler,
- * yabancıların ülkeye kabulü veya sınır dışı edilmeleri⁷¹¹,
- * vatandaşlık,
- * askerlik hizmetine ilişkin konular,
- * devletin eğitim verme yükümlülüğü,
- * bazı dernek yetkilerine ilişkin uyuşmazlıklar,
- * patent başvurularına ilişkin uyuşmazlıklar,
- * savaş zamanında gerçekleşen yaralanmalara ilişkin uyuşmazlıklar,
- * devlet memurluğu statüsüne ilişkin, özellikle devlet ile memur arasındaki kamu gücüne dayalı, örneğin disiplin ilişkisi gibi konulara ilişkin uyuşmazlıklar.⁷¹²

⁷⁰⁹ İnceoğlu, s. 58-59; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 321; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 272; Ergül, Bireysel Başvuru, s. 241-242; Kohl, s. 638.

⁷¹⁰ Vergi cezaları ve bu cezalara benzeyen idari cezalar, “suç isnadı” kavramının içinde değerlendirilerek m. 6’nın uygulama alanına sokulmaktadır. Bkz. Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 322. Ayrıca, vergi olarak ödenen paraların geri alınması veya vergiden kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin tazminatlar m. 6 kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz. Aktepe Artık, s. 59. Yazar, vergi uyuşmazlıklarının maddenin kapsamı dışında tutulmasının doktrinde eleştirildiğini ve bu konuda yeni bir yaklaşımın benimsenmesi gerektiğini dile getirmektedir. Bkz. s. 60-61. Ayrıca bkz. Gilliaux, s. 157-159.

⁷¹¹ Ergül, Bireysel Başvuru, s. 247-249. Özellikle yabancıların kamu güvenliği, kamu sağlığı gibi sebeplerle sınır dışı edilmelerine ilişkin kararların “kamu hukukuna ait olması” nedeniyle, AİHS m. 6/f. 1 anlamında “medeni” hak veya yükümlülük kapsamına sokulmamaktadır. Bkz. Renucci, s. 132. Yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin kararların, kişilerin ekonomik ve kişisel refahı üzerinde doğrudan etki doğuracak olmasına karşın, 6. maddenin kapsamı dışında bırakılması eleştirilmektedir. Bkz. Aktepe Artık, s. 61, 198 nolu dn.

Yabancıların sınır dışı edilme kararları ile, sınır dışı edilmeleri halinde ülkelerine gönderilecek yabancıların adil yargılanma haklarının ihlal edileceğine yönelik ciddi şüphelerin var olması farklı durumlardır. Yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin kararlar, başlı başına m. 6 kapsamında değerlendirilmemektedir. Buna karşın, sınır dışı edilmeleri halinde ülkelerine gönderilecek yabancıların adil yargılanma haklarının ihlal edileceğine yönelik ciddi şüphelerin varlığı, özel bir durum olarak m. 6 kapsamında incelenmektedir. Bkz. “Giriş” kısmında ele alınan AİHM kararları.

⁷¹² Medeni hak ve yükümlülük kapsamında değerlendirilmeyen konular arasında devlet memurluğuna ilişkin uyuşmazlıklar, uyuşmazlık sayısının fazlalığı da göz önünde tutulacak olursa, ayrı bir önemi haizdir. Mahkemenin bu konudaki içtihadı çoğu zaman çelişkiler içermekle birlikte, *Pellegrin - Fransa* kararı (Karar Tarihi: 08.12.1999; Başvuru No: 28541/95) ile bazı yeni kriterlerin belirlendiği ve AİHM içtihadının bir hayli istikrar kazandığı belirtilmektedir. *Pellegrin* kararı ile ilgili ayrıntılı incelemeler için bkz. İnceoğlu, s. 45 vd.; bkz. Kaşıkara, s. 277 vd.; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 325 vd.; Çelik, s. 39-40; Turan, s. 105-111; Marchadier, s. 64 vd.; Gilliaux, s. 147-150.; Frédéric Sudre, “Dix ans d’application de l’article 6 par la Cour Européenne des droits de l’homme”, *Du légalisme procédural à l’humanisme processuel, Mélanges en l’honneur de Serge Guinchard, Dalloz 2010*, s. 398-402. Fransız hukukunda, idari uyuşmazlıkların ve disiplin uyuşmazlıklarının AİHS m. 6’ya tabi olup olmadığı, bu tür uyuşmazlıkların “medeni” hak ve yükümlülükleri ilgilendiren yönleri hakkında bkz. Guinchard, AJDA, s. 191 vd. *Pellegrin* kararı sonrasında, kısaca, kamu gücünün kullanımına katılan veya işini bu şekilde ifa eden görevlilerle idare arasındaki uyuşmazlıkların tamamının m. 6’nın uygulama alanı dışında kaldığı söylenebilir. Buna karşın, kamu gücünü kullanmış olsalar dahi emeklilikle ilgili uyuşmazlıklar m. 6’nın uygulama alanı dahilindedir. Bkz. Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 330. AİHM’nin *Pellegrin* içtihadının Büyük Daire’nin *Vilho*

Medeni hak ve yükümlülük kavramı içinde ya da dışında değerlendirilen tüm bu konu ya da uyuşmazlıklar hakkında, her somut olayın kendi içinde değerlendirilmesi suretiyle sonuca ulaşıldığının, bu açıdan tam ve net bir sınıflandırma yapılamayacağını, bazı özel koşulların, m. 6'nın kapsamı dışında gibi görülen konuların kapsam içinde kabul edilmesine sebep olabileceğinin, aynı şekilde bazı koşulların bazı uyuşmazlıkları kapsam dışı bırakabileceğinin altı çizilmektedir.⁷¹³ Bu nedenle, her ne kadar “özerk yorum” metodu ile m. 6/f. 1'in yeknesak bir şekilde uygulanması amaçlansa da, gerçekte bu hedefe pek de ulaşılabildiği söylenemez. AİHM'nin geliştirdiği “medeni hak ve yükümlülük kavramı ve AİHS m. 6'nın uygulama alanına ilişkin “hukuk güvenliğini ve öngörülebilirliği sağlamaktan uzak” içtihadı doktrinde de eleştirilmektedir.⁷¹⁴

Diğer taraftan, AİHM, m. 6/f. 1'in uygulanabilmesi için, bir medeni ve hak ve yükümlülüğün söz konusu olmasından başka, yargılama sonucunda, koruma alanına giren somut medeni hak ve yükümlülüğe ilişkin olarak “doğrudan ve kesin sonuç doğurucu” bir kararın verilmesini aramaktadır.⁷¹⁵ Bu açıdan kararı verecek olan makamın bir mahkeme veya idari kurul olması sonucu değiştirmemektedir.⁷¹⁶ Fakat kararı veren makamın idari bir kurul olması halinde, ya karar veren makamın m. 6/ f. 1'deki güvencelere uygun hareket etmesi ya da söz konusu makamın kararlarının m. 6/f. 1'in gereklerine uygun tam yargılama yetkisine sahip bir yargısal kurum tarafından denetime tabi olması gerekmektedir. Bu açıdan AİHM, her somut olayda, ihlal konusu olduğu iddia edilen olayların m. 6/f. 1'deki tanımıyla bir mahkemenin denetiminden geçip geçmediğini incelemektedir.⁷¹⁷

Anayasa Mahkemesi de, AİHM'nin medeni hak ve yükümlülük kavramı ile ilgili sınırlamasına atıf yaparak, AİHS m. 6'nın uygulama alanı şu şekilde belirlemektedir: “*AİHS'in adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerin "medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili*

Eskelinen ve Diğerleri – Finlandiya kararı (Karar Tarihi: 19.04.2007 /Başvuru No: 63235/00) ile kısmen değişmeye başladığı yönünde bkz. **Erdoğan**, s. 52; **Gilliaux**, s. 150 vd.

⁷¹³ **İnceoğlu**, s. 53; **Aktepe Artık**, s. 54. AİHM'nin “suç isnadı” ve “medeni hak ve yükümlülük” kavramı ile ilgili “steril” tartışmalarda boğulduğu dile getirilerek, m. 6'nın uygulama alanı ile ilgili olarak somut ve açık ilkeler ortaya konulamadığı vurgulanmaktadır. Bkz. **Tavernier**, s. 710.

⁷¹⁴ **Mock**, s. 391. Ayrıntılı incelemeler için bkz. **Tavernier**, s. 708 vd.; **Sperduti**, s. 280 vd.; **Milano**, s. 114 vd.

⁷¹⁵ **İnceoğlu**, s. 75; **Aktepe Artık**, s. 63-65. Ayrıca bkz. AİHM *Ringeisen – Avusturya* kararı (Karar Tarihi: 16.07.1971 / Başvuru No: 2614/65); AİHM *Le Compte, Van Leuven ve De Meyere – Belçika* kararı, prgf. 47 (Karar Tarihi: 23.06.1981 / Başvuru No: 6878/75; 7238/75).

⁷¹⁶ **İnceoğlu**, s. 79. Bkz. AİHM *Albert Le Compte – Belçika* kararı, prgf. 36 (Karar Tarihi: 10.02.1983 / Başvuru No: 7299/75; 7496/76).

⁷¹⁷ **İnceoğlu**, s. 80; **Sudre**, s. 398.

uyuşmazlıkların" ve bir "suç isnadının" esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğu belirtilerek hakkın kapsamı bu konularla sınırlandırılmıştır. Hak arama hürriyetinin ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilmek için, başvurunun ya medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili bir uyuşmazlığın tarafı olması ya da başvurucuya yönelik bir suç isnadı hakkında karar verilmiş olması gerektiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bahsedilen hâller dışında kalan adil yargılanma hakkının ihlali iddiasına dayanan başvurular Anayasa ve AİHS kapsamı dışında kalacağından, bireysel başvuruya konu olamaz (B. No: 2012/1049, 26/3/2012, § 23).’’⁷¹⁸

Medeni hak ve yükümlülük kavramına ilişkin bu genel açıklamalardan sonra, yabancıların adil yargılanma hakkını ne şekilde kullanabileceklerinin, diğer bir ifadeyle, yabancılar için adil yargılanma hakkına getirilebilecek sınırlamaların da incelenmesi gerekmektedir. Zira, her ne kadar, adil yargılanma hakkının, medeni bir hakkın veya yükümlülüğün konu edildiği yargılamalarda uygulanabileceğinde şüphe yoksa da, hakkın “nisbi” niteliği, sınırsız bir koruma alanı sağlamamaktadır. Aşağıda, yabancıların adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerden hangi şartlar altında mahrum bırakılabileceklerine ilişkin açıklamalara yer verilecektir.

B. Yabancıların Adil Yargılanma Hakkına Getirilebilecek Sınırlandırmalar

1. Genel Olarak

Hukuk devletlerinde, bir hak veya özgürlüğün tanınması kural iken, söz konusu hak veya özgürlüğün kısıtlanması istisnadır ve istisnalar ancak sınırları başta Anayasa ve daha sonra kanunlar ile kesin bir şekilde belirlendiği takdirde dikkate alınabilir ve uygulanabilir.⁷¹⁹ Yukarıda adil yargılanma hakkının insan onuru, demokratik ve sosyal hukuk devleti, adalet anlayışı gibi değerlere dayanan temel bir insan hakkı olduğunu belirlemiştik. Bu çerçevede, temel hak ve özgürlükler arasında sayılan adil yargılanma hakkının, kapsadığı tüm hak ve ilkeler de dikkate alınmak

⁷¹⁸ Anayasa Mahkemesi 2013/7951 sayılı İzçağ İzmir Çağdaş Kitabevi Yayıncılık Bilgi İşlem Turizm Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu ile ilgili verdiği 28.05.2014 tarihli kararı, prgf. 21.

⁷¹⁹ Anayasa’da yer alan “düzenleyici” ve “sınırlayıcı” hükümlerin uygulanması ve bu hükümlerin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması açısından etkisi ile ilgili olarak bkz. Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara Üniversitesi SBF Yayınları No: 506 Ankara 1982, s. 18-26.

suretiyle, ne şekilde ve hangi ölçülerde sınırlanabileceğine ilişkin değerlendirme ve açıklamalar, çalışmamızın ikinci bölümünde ele alacağımız konuların incelenmesi bakımından büyük önem arz etmektedir. Bu noktada, adil yargılanma hakkının kavram ve içeriği hakkında AİHM'nin ortaya koyduğu esasların, hakkın sınırlandırılması ile ilgili Türk Anayasa Hukukunda öngörülen hükümler ile birlikte değerlendirilmesi gerekecektir. Adil yargılanma hakkının sınırlandırılması ile ilgili AİHM içtihadının, taraf devletler açısından yol gösterici olduğu bir gerçektir. Fakat her ne kadar belirleyici olsa da, AİHM içtihadının taraf devletler açısından “sınırlayıcı” olmadığı da unutulmamalıdır. AİHS’e taraf devletlerin, kendi “demokratik hukuk devleti anlayış ve değerleri”ne bağlı olarak, anayasal hükümleri dahilinde, adil yargılanma kavramı ve hakkın sınırlandırılmasına ilişkin olarak AİHM içtihadından daha ilerici bir görüş ve tutum benimsemelerine engel bir durum yoktur.

T.C. Anayasası’nın 16. maddesi uyarınca “*temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir.*”⁷²⁰ Bu hüküm, T.C. vatandaşlarına tanınan temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasına ilişkin Anayasa’nın 13. maddesinden bağımsız olarak kabul edilmiştir. Doktrinde, vatandaşlar ile aynı ölçüde bir “hukuk öznesi” olarak kabul edilen yabancılara⁷²¹ tanınan temel hak ve özgürlüklerin kural olarak vatandaşlarındaki ile aynı olması gerektiği belirtildikten sonra m. 16 ile yabancılar açısından ek bir hüküm getirildiği, böylece vatandaş ile yabancı arasında anayasal sistematiğe kaynaklanan bir ayırım yapıldığı belirtilmektedir.⁷²² Anayasa’nın 13. maddesi ile 16. maddesinin ilişkisi ve yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması konusunda hangi maddenin esas alınması gerektiğine ilişkin görüşleri ele almadan önce, m. 16’da belirlenen “sınırlama kriterlerinin” kısaca açıklanması gerekmektedir.

Anayasamızın 16. maddesi yabancılar için uygulanacak temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların kanunla yapılabileceğini öngörmektedir. Bu hüküm, 13. maddede yer alan genel bir “sınırlama sınırı” olduğu için, m. 16

⁷²⁰ Hükümün gerekçesi şu şekildedir: “*Bu madde, ülkede bulunan yabancıların hak ve hürriyetlerinin, gereken hallerde, vatandaştan farklı olarak düzenlenip sınırlanabileceğini hüküm altına almaktadır. Mesela bir yabancıların ülkeye giriş yahut ülkede seyahat ve yerleşme hürriyeti, basın hürriyeti ebetteki vatandaşlarındakinden farklı olacaktır. Bu farklılık kendisini özellikle siyasî haklar konusunda göstermektedir. Vatandaş ve yabancı arasında gözetilen bu ayırım milletlerarası hukuka uygun olmalıdır. Kişi - Devlet ilişkilerine milletlerarası bir unsur karıştığı zaman bu ilişkilerin düzenlemelerinde milletlerarası hukukun göz önünde tutulması gereği bilinmektedir.*” Bkz. https://yenianayasa.tbmm.gov.tr/docs/gerekeceli_1982_anayasasi.pdf; erişim tarihi: 20.11.2016.

⁷²¹ Aybay/Dardağan Kibar, s. 47.

⁷²² Çalışkan, s. 14.

çerçevesinde ayrıca açıklanmaya muhtaç değildir. Anayasa'nın 16. maddesinin konumuz açısından arz ettiği önem, yabancıların temel hak ve özgürlüklerine ilişkin sınırlamaların “milletlerarası hukuk”a uygun olması gerektiğidir. Devletlerin, kamu güvenliği ve düzeni, kamu yararı gibi yoruma açık sebeplere dayanarak yabancılara tanınan hak ve özgürlükleri kısıtlama yoluna gitmelerini engellemek amacıyla başvurulabilecek en önemli kriter “milletlerarası hukukta kabul gören esas ve ilkeler”dir. Bu nedenle, yabancılara uygulanacak sınırlamaların milletlerarası hukuka uygunluk kriterine bağlanmasının, yabancıların temel hak ve özgürlükleri açısından hukuki koruma sağlayacağı ifade edilmektedir.⁷²³

Esasında “milletlerarası hukukta kabul gören ilkeler, yabancıya vatandaş ile eşit şekilde tanınan hakların belirli bir standarda tabi olması konusunda belirleyicidir” denilebilir. Zira, yabancıya vatandaş ile eşit haklar verilmesi, milletlerarası hukukun öngördüğü asgari hakların tanınması şartıyla kabul edilebilir.⁷²⁴ Bu çerçevede, “eşitlik” doktrini ile “adaletin milletlerarası standardı” doktrini birlikte uygulanmaktadır. Kısaca, yabancıya vatandaşa tanınmış olandan daha kısıtlayıcı bir statü uygulanamaz, ancak bu statünün kapsamını milletlerarası hukukun kuralları belirlemektedir ki, böylece yabancılar açısından milletlerarası adalet / asgari standartlar sağlanmış olacaktır.

Bu noktada, milletlerarası hukuk kurallarının içeriğinin belirlenmesi gereği ile karşılaşılmaktadır. Milletlerarası hukuk kurallarının temel (ana ve yardımcı) kaynakları, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün⁷²⁵ 38. maddesinde belirtildiği üzere, milletlerarası anlaşmalar, milletlerarası hukukun genel ilkeleri (iyiniyet, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı vb., milletlerarası örf-adet (teamül) kuralları, milletlerarası mahkeme kararları ve doktrindir.⁷²⁶ Anayasa'nın 90. maddesi, usulüne

⁷²³ Aysel Çelikel/Günseli Öztekin Gelgel, **Yabancılar Hukuku, Beta Yayınları Yenilenmiş 22. Baskı İstanbul 2016**, s. 39-40. Yazarlar, yabancılara tanınan temel hak ve özgürlükler bakımından temelde iki doktrinin uygulama alanı bulunduğunu belirtmektedirler. Bunlardan ilki olan ve “yabancılar ile vatandaşların hak ve özgürlüklerinin eşit olması gerektiğini” ifade eden “eşitlik” doktrininin yetersiz kaldığı noktalardan hareket ile, “yabancıların hukuki statüsünü milletlerarası hukukun hakim ilkelerine bağlayan” ve çağdaş hukuk anlayışı çerçevesinde taraftar bulan “adaletin milletlerarası standardı” doktrininin ağırlık kazandığını ortaya koymaktadırlar. Ayrıca bkz. **Aybay/Dardağan Kibar**, s. 49-50; **Çalışkan**, s. 15.

⁷²⁴ **Çelikel/Öztekin-Gelgel**, s. 41-42.

⁷²⁵ Uluslararası Adalet Divanı, Birleşmiş Milletler'in başlıca yargı organıdır. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, BM Antlaşması'nın (BM Şartı) ayrılmaz bir parçasıdır ve Adalet Divanı'nın çalışma esaslarını belirler. Statü'nün metni için bkz. http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflisoz/bm/bm_02.pdf; erişim tarihi: 10.11.2016)

⁷²⁶ **Aybay/Dardağan Kibar**, s. 76-77, 8 nolu dn.; **Çalışkan**, s. 15; Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi Gözden Geçirilmiş 15. Baskı Ankara 2016**, s. 36-37; Melda Sur, **Uluslararası Hukukun Esasları, Beta Yayınları 10. Baskı İstanbul 2016**, s. 19-10; Aslan Gündüz, **Milletlerarası Hukuk, Beta Yayınları 8. Baskı İstanbul 2015**, s. 15-28. Yazar, köleliğin,

göre yürürlüğe konmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası sözleşmelerde yer alan ve yabancılara uygulanabilecek hükümlerin kanunlar karşısında öncelikli olarak uygulanacağını belirtmektedir. AİHS de bu kapsamdadır. Böylece, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası sözleşmelerde yer alan hükümler, m. 16 ile anayasal düzeyde, m. 90 ile ise kanunlar düzeyinde koruma altına alınmaktadır.⁷²⁷ Bu hükümlerin yabancılar açısından uygulanmasında, milletlerarası hukukun diğer kaynaklarına (özellikle milletlerarası teamül⁷²⁸ ve AİHM'nin de içinde bulunduğu milletlerarası mahkeme kararlarına) dayanan ilke ve kuralların uygulama alanı bulacağına şüphe olmadığı gibi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası sözleşmelerin düzenlemediği alanlarda da Anayasa'nın 16. maddesi dolayısıyla milletlerarası hukuk kurallarının çizdiği sınırlar dışına çıkılamayacaktır.

2. Anayasa'nın 13. ve 16. Maddelerinin Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi

T.C. Anayasası sistematik bakımdan yabancı ile vatandaşa eşit statü tanımaktadır. Eşitlik doktrini, yalnızca Anayasa m. 10'a değil, aynı zamanda AİHS'in 14. maddesine de dayanmaktadır. AİHS, temel ilke olarak, taraf devletlere Sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerden faydalanma bakımından vatandaş / yabancı ayırımı yapmama yükümlülüğü getirmektedir.⁷²⁹ Doktrinde, AİHS m. 14'ün metninde sayılan ve ayrımcılık yasağına konu olan kriterlerin içinde “yabancılik (uyruk olmama)” kriterinin açıkça sayılmamış olmasa da, AİHS'in temel felsefesinin bu şekilde bir ayırım yapmaya elverişli olmamasından hareket ile, “anlatım, toplanma, örgütlenme özgürlükleri ve siyasal etkinlikler” bakımından

soykırımın, güç kullanımı tehdidinin yasaklanması gibi *jus cogens* kurallarını da milletlerarası hukukun kaynakları arasında saymaktadır. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi E. 1984/14 K. 1985/7, 16.03.1985 (RG. 24.08.1985 – S. 18852).

⁷²⁷ Doktrinde, 16. maddenin yabancılardan temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması bakımından milletlerarası hukuku esas alması, 90. maddede ise sadece uluslararası sözleşmelerden bahsedilmesi gerekçesiyle, Anayasa'nın 16. maddesinin 90. maddeden daha geniş bir koruma sağladığı ifade edilmektedir (bkz. **Çalışkan**, s. 16) 16. ve 90. maddelerin tamamen farklı konuları düzenlemesi nedeniyle bu tarz bir kıyaslamaya konu olamayacağı düşüncesindeyiz.

⁷²⁸ “Devletler üstü tüm uluslararası hukuk kurallarını oluşturan bir yasa koyucu kurum bulunmadığından milletlerarası teamül kuralları daha büyük önem arz etmektedir.” Bkz. **Çalışkan**, s. 16.

⁷²⁹ **Sinopoli**, s. 60-61; **Cohen-Jonathan**, s. 174; **Aybay/Dardağan Kibar**, s. 57. Ayrıca bkz. Fügen Sargın, **Tapu Kanunu'nda Yapılan Son Değişiklikler Işığında Yabancılar ile Yabancı Yatırımcıların Türkiye'de Taşınmaz Mal Edinmeleri ve Sınırlı Ayni Haklardan Yararlanmaları, Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler**, TBB Yayını, Ankara 2010, s. 441. AİHM *Koua Poirrez – Fransa* kararı, prgf. 49 (Karar Tarihi: 30.09.2003 / Başvuru No: 40892/98).

yabancılar vatandaşlardan farklı hükümlerin uygulanabileceği, bunun dışında kalan hak ve yükümlülüklerde yabancı / vatandaş ayrımı yapılamayacağı dile getirilmektedir.⁷³⁰ Yabancıların herhangi bir hak veya özgürlükten faydalanmalarını sınırlandıran düzenlemelerin istisnai (ayrık) olacağı, bu tür düzenlemelerin AİHS veya Ek Protokol metinlerinde açıkça belirtilerek yapıldığını ifade edilmektedir.⁷³¹

Bununla birlikte, istisnai olarak, yabancıların vatandaş ile eşit şartlarda yararlanamayacağı bazı haklar belirlenmiş ve bu haklara ilişkin düzenlemelerin başına “vatandaşlar”, “T.C. vatandaşları” gibi ifadeler konmuştur.⁷³² Ayrıca, yabancıların bazı haklardan yararlanmaları için çeşitli koşullar öngörülmesi de mümkündür. Örneğin Anayasa’nın 74. maddesi uyarınca, “*vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir*”. Görüldüğü üzere, bilgi edinme hakkı sadece Türkiye’de yerleşik olan yabancılar ve karşılıklılık şartına bağlı olarak tanınmaktadır. Aslında bu düzenlemede belirtilen karşılıklılık milletlerarası teamül kuralları arasında önemli yere sahip ilkelerden biridir. Karşılıklılık ile ilgili olarak aşağıda bazı açıklamalara yer vereceğiz.⁷³³ Dolayısıyla, yabancılar tanınan bilgi edinme hakkı, hem m. 16 kapsamında, hem de m. 74’de açıkça belirtildiği üzere karşılıklılığın varlığına bağlanmaktadır. Bunun gibi bazı temel haklar bakımından “vatandaş ile eşit statü” kuralından ayrılan düzenlemelerde, “milletlerarası hukuka uygunluk kriteri” yabancılar açısından bir emniyet sübabı işlevi görmektedir.⁷³⁴

Bu noktada, Anayasa’nın 13. ve 16. maddeleri arasındaki ilişkiye de kısaca değinmek gerekecektir. Zira, temel hak ve özgürlüklerin yabancılar açısından sınırlandırılmasını düzenleyen “özel hüküm” niteliğindeki 16. maddenin yanında 13. maddenin de uygulama alanı bulup bulamayacağına ilişkin farklı görüşler ileri sürülmektedir.⁷³⁵ Bir görüşe göre, yabancılar ilişkin temel hak ve özgürlüklerin

⁷³⁰ Aybay/Dardağan Kibar, s. 59 ve s. 74.

⁷³¹ Aybay/Dardağan Kibar, s. 57. Ayrıca bkz. Sargın, *Yabancıların Taşınmaz Mal Edinimleri*, s. 441.

⁷³² Celikel/Öztekin-Gelgel, s. 66; Çalışkan, s. 11. Bkz. Anayasa’nın m. 59/f. 1, m. 67, m. 68 hükümleri. Yabancılar Anayasa’da “herkes”e ait olduğu bildirilen hak ve özgürlüklerden veya “hiç kimse” şeklinde ifade edilen güvencelerden yararlanır. Bkz. Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasası’na Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları 16. Bası İstanbul 2016, s. 166.; Ömer İzgi, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu*, TBMM Basımevi Ankara 2002, s. 214.

⁷³³ Bkz. aşağıda “Anayasa’nın 16. Maddesi Kapsamında Bir Sınırlama Sebebi Olarak Karşılıklılık” başlıklı bölüm.

⁷³⁴ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 166; İzgi, s. 214.

⁷³⁵ Çalışkan, s. 20-21.

sınırlandırılmasında m. 13 uygulama alanı bulamayacak, yalnızca m. 16'ya dayanılabilecekken⁷³⁶; diğer görüşe göre, m. 13 ile m. 16 birlikte uygulanarak yabancılar açısından m. 16'ya ek olarak m. 13'deki güvencelerden (sınırlama sınırlarından) de faydalanmak mümkün olabilecektir.⁷³⁷ Bununla birlikte, m. 13'de düzenlenen ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında uygulanacak kriterlerin, milletlerarası hukuk ve özellikle milletlerarası anlaşmalar dahilinde m. 16 kapsamında da “özgürlüklerin sınırlandırılmasını sınırlayıcı” etkisi olacağı bir gerçektir. Yani, m. 13'ün milletlerarası hukuk kurallarından daha korunaklı bir alan yarattığı bazı durumlarda, m. 13, m. 16'nın da uygulanma sınırını belirleyebilecektir.

Bu konuda, 16. maddeye göre yapılacak “sınırlamaların sınırını” 13. maddenin çizdiği görüşüne katılıyoruz.⁷³⁸ Ayrıca, m. 13'e uygun şekilde yapılabilecek bir sınırlamanın da milletlerarası hukuka uygun olması gerektiği unutulmamalıdır. Zira, Anayasa'daki temel hak ve özgürlüklerin vatandaşlar açısından sınırlandırılmasına yönelik m. 13'de yer alan güvencelerden yabancıların faydalandırılmamalarının doğru olmayacağı, bu anlamda vatandaş ile yabancı arasında bir ayrım yapılabilmesinin kabul göremeyeceği kanaatindeyiz.

Konumuz açısından önem arz eden nokta, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı bakımından yabancılar uygulanacak rejimdir. Anayasa'nın 36. maddesinde, “herkes”in hak arama özgürlüğünden ve adil yargılanma hakkından faydalanabileceğinin düzenlendiğini, bu bağlamda herhangi bir koşul ya da şartın öngörülemediğini, herkesin bu haktan eşit ve etkin bir biçimde faydalandırılması gerektiğini yukarıda farklı bölümlerde dile getirmiştik. Hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının diğer hak ve özgürlüklerin kullanımındaki işlevi, bu hak ve özgürlüklerin ihlali halinde başvurulabilecek tek yol olarak ortaya çıkmasıdır. Yabancıların hak arama özgürlüğünü ve adil yargılanma hakkını kullanamamaları, onların aslında kendilerine tanınan hiçbir haktan faydalanamamaları sonucunu doğurmaktadır.

Anayasa'nın 36. maddesinde adil yargılanma hakkının kullanımı bakımından

⁷³⁶ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları (Ders Kitabı)*, Ekin Yayınları Bursa 2016, s. 424.

⁷³⁷ Sargın, *Yabancıların Taşınmaz Mal Edinimleri*, s. 436-438; Aybay/Dardağan Kibar, s. 76; Çalışkan, s. 20-21.

⁷³⁸ Çalışkan, s. 23; Sargın, *Yabancıların Taşınmaz Mal Edinimleri*, s. 437. Yazar Anayasa m. 13'de yer alan “ölçülülük” ile demokratik toplum düzeninin gerekleri içinde yer alan “insan haklarına saygı ve hakkın özüne zarar vermeme” kriterlerinin m. 16'da “mündemiç” olduğunu, dolayısıyla m. 16'nın yabancıların temel haklarının sınırlandırılmasında tek başına uygulanması kabul edilse dahi, sonuç olarak m. 13'de yer alan koruma kriterlerinden vazgeçilmemiş olacağını dile getirmektedir. Zira milletlerarası hukuk metinleri tüm bu korumaları sağlamaktadır.

herhangi bir sınırlamaya yer verilmemiştir. Bu nedenle, doktrinde, adil yargılanma hakkının “sınırlanmaya elverişli olmayan mutlak bir hak” olduğunun savunulabileceği ifade edilmektedir.⁷³⁹ Ancak, gerek AİHM içtihadı, gerekse Anayasa Mahkemesi kararlarında açık bir şekilde ortaya konduğu üzere, her hak kendi doğasına özgü sınırlamalara tabi olduğu gibi, adil yargılanma hakkı da, mutlak olmayıp bazı sınırlamalara tabidir. Bu bağlamda, yabancılar açısından m. 13 ve m. 16 birlikte uygulandığında, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkına getirilebilecek sınırlamaların Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, çağdaş demokratik toplum düzeninin gereklerine ve milletlerarası kurallara uygun olması, hakkın özüne dokunmaması ve ölçülü olması şartıyla ve ancak kanunla yapılabilmesi mümkündür.⁷⁴⁰

Bu noktada “ölçülülük” kriterine kısaca değinmek gerekmektedir. Ölçülülük ilkesi, sınırlama aracının / tedbirinin sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olması, sınırlama için başvuru alan aracın / tedbirin gerekli veya zorunlu olması ve son olarak araç / tedbir ile amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisinin olmasını ifade etmektedir.⁷⁴¹ Bu kapsamda, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan⁷⁴², yani gayesine uygun şekilde kullanılmasını “son derece zorlaştıran” veya “ciddi şekilde güçleştiren”, bunları “örtülü bir şekilde kullanılamaz hale koyucu”, “amacına ulaşmasını önleyici”, “etkisini ortadan kaldırıcı” tedbirler öngörülemez⁷⁴³ gibi, bu hak ve özgürlüklerin sınırlanması ile güdülen meşru amaç ile sınırlamanın yarattığı sonuçlar açısından hassas bir ölçülülük değerlendirmesinin yapılması gerekecektir.⁷⁴⁴

⁷³⁹ **Hanağası**, s. 238-239 ve s. 242 Yazar da, Anayasa m. 36’nın lafzi yorumunun adil yargılanma hakkının mutlak bir hak olduğunu savunmaya müsait olmasına karşın, “egemen olan görüşe göre, Anayasa’da belirtilmemiş olsa bile, her temel hak ve özgürlüğün kendi niteliğinden doğan bazı nesnel ve doğal sınırlarının olduğunu” vurgulamaktadır. Ancak, yazar, adil yargılanma hakkının nesnel ve doğal sınırlarını belirlemenin oldukça güç olduğunun da altını çizmektedir. Zira “*adil yargılanma hakkının kapsamı her somut olayda yeniden değerlendirilmekte ve yargılama faaliyet içindeki her işlem, davanın niteliğine göre, adil yargılanma hakkı bakımından incelenmektedir.*” (bkz. **Hanağası**, s. 242) Ayrıca bkz. **F.Sağlam**, s. 47-54.

⁷⁴⁰ Anayasa m. 13’de yer alan ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında uygulanacak kriterler ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları Gözden Geçirilmiş 16. Baskı Ankara 2016**, s. 112-120; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 138-139 ve s. 149-158; **Gözler**, s. 420-424; **Çalışkan**, s. 24-30; **Hanağası**, s. 240-242.

⁷⁴¹ **Özbudun**, s. 116; **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 156-157; **Çalışkan**, s. 28; **Hanağası**, s. 250-251. Sargın, yabancıların Anayasa ile güvence altına alınan haklarının Türk vatandaşlarından farklı olarak sınırlanabileceğinin, fakat bu durumun, yabancılara tanınan hakların özüne zarar verilebileceği anlamını taşımadığının altını çizmektedir. Bkz. Sargın, **Cautio Judicatum Solvi**, s. 394.

⁷⁴² “*Bir hak ve hürriyetin özü, onun vazgeçilmez unsuru, dokunulduğu takdirde söz konusu hürriyeti anlamsız kılacak olan asli çekirdeğidir*” bkz. **Özbudun**, s. 117.

⁷⁴³ **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 155.

⁷⁴⁴ Bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 2013/841 sayılı Sadık Koçak ve Diğerleri Başvurusu ile ilgili verdiği 23.01.2014 tarihli kararı, prgf. 124. Ayrıca bkz. Sargın, **Cautio Judicatum Solvi**, s. 393-394.

Yukarıda yer verdiğimiz Anayasa Mahkemesi ve AİHM içtihadında da bu nokta üzerinde durulmuş, adil yargılanma hakkının kapsamında yer alan hak ve güvencelerin belirli şartlar altında bazı sınırlamalara tabi olabileceği belirtilmiştir.⁷⁴⁵ Doktrinde, AİHM'nin adil yargılanma hakkının sınırlanması bakımından “zımnî sınırlamalar yaklaşımını benimsediği belirtilmektedir.”⁷⁴⁶ Önemli olan, sınırlamanın açık veya örtülü olmasından çok, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkına getirilecek sınırlamaların m. 13 ve m. 16'daki kriterlerin hepsine uygun olması gerektiğidir. Milletlerarası hukuka uygun olan ve fakat ölçülü olmayan ya da hakkın özüne zarar veren bir sınırlamanın kabul edilmesi mümkün değildir. Bu açıdan, sınırlamanın, kamu düzeni, kamu yararı, milli güvenlik gibi genel anlamda “meşru amaç olarak nitelendirilen” dayanak noktalarının olması da sonucu değiştirmeyecektir. Toplumsal bir ihtiyaca yönelik sınırlamaların, adil yargılanma hakkının doğasına ve niteliğine uygun olması zaruridir; diğer taraftan, sınırlamanın “başvurulabilecek en son çare” olması aranmalıdır, zira demokratik bir toplum düzeni, adil yargılanma hakkının mümkün olduğu kadar geniş ölçüde yorumlanmasını gerekli kılar.⁷⁴⁷

3. Anayasa'nın 16. Maddesi Kapsamında Bir Sınırlama Sebebi Olarak Karşılıklılık

Yukarıda, anayasal sistematik açısından temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında vatandaş ile yabancı arasında eşitliğin benimsendiğinden, bununla birlikte bazı konularda istisnai düzenlemelerin öngörülebileceğinden bahsetmiştik. Bu çerçevede aslında çalışmamızın kapsamındaki hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkına ilişkin tüm konular, yabancıların vatandaş ile eşit muamele görmesini gerektirmektedir. Fakat, yabancıların hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkından vatandaş ile eşit şartlarda yararlanmalarını engelleyen düzenlemeler söz konusudur. Bu düzenlemelerin bir kısmının temelinde karşılıklılık koşulu yer almaktadır. Örneğin çalışmamızın ikinci kısmında, mahkemeye erişim hakkı kapsamında inceleyeceğimiz teminat ve adli yardımda karşılıklılık şartı

⁷⁴⁵ Örneğin, adil yargılanma hakkının bir unsuru olan aleniyetten hangi şartlar altında vazgeçilebileceği madde metninde açıkça düzenlenmektedir. Buna göre, “*davayı izleyenler ve basın mensupları, demokratik bir toplumdaki genel ahlak, kamu düzeni (ordre public) veya ulusal güvenlik nedeniyle veya tarafların özel yaşamlarının menfaatinin gerektirmesi halinde veya mahkemenin görüşüne göre aleniliğin adaletin gerçekleşmesine zarar vereceği özel şartların kesinlikle gerektirdiği ölçüde, duruşmalardan tamamen veya kısmen çıkarılabilir.*”

⁷⁴⁶ Hanağası, s. 246.

⁷⁴⁷ Hanağası, s. 254.

aranmaktadır. Karşılıklılık ilkesi milletlerarası teamül kuralları arasında önemli bir yere sahiptir.⁷⁴⁸

Yabancılar hukukunun genel ilkelerinden olan karşılıklılık esası, doktrinde en az iki devlet arasında uygulanan ve her birinin ülkesinde diğerinin vatandaşlarına aynı mahiyetteki hakları karşılıklı tanımalarını ifade eden bir ilke olarak tanımlanmaktadır.⁷⁴⁹ Bu ilke uyarınca, bir yabancının Türkiye'de bir haktan yararlanabilmesi, Türklerin de o yabancının ülkesinde aynı tür ve nitelikte olan haklardan yararlanmasına bağlıdır. Karşılıklılık antlaşma ile (ahdî veya siyasî) ya da kanunla (kanunî) veya fiilî uygulama ile sağlanmaktadır.

Karşılıklılık, her ne kadar, milletlerarası teamül kuralları çerçevesinde kabul gören⁷⁵⁰ ve yabancıların anayasal düzlemde başta mülkiyet olmak üzere, bilgi edinme gibi bir takım hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasında başvurulacak bir ilke olsa da, karşılıklılığın arandığı temel hak ve özgürlüklerin her biri açısından aynı değerlendirmenin yapılması mümkün değildir.⁷⁵¹

Hemen belirtmek gerekir ki, hak arama özgürlüğünün karşılıklılık koşuluna bağlanamayacağı savunulmaktadır.⁷⁵² Bu bağlamda, “bir hakkın korunması için başvurulabilecek tek yolun hak arama özgürlüğünden geçmesi sebebiyle”, Anayasa’nın 16. maddesinin hak arama özgürlüğüne uygulanamayacağı belirtilmektedir.⁷⁵³ AİHS m. 6/f. 1’de belirlenen hak ve güvencelerin “karşılıklılık”

⁷⁴⁸ Aybay/Dardağan Kibar, s. 81; Çalışkan, s. 17. Aksi yönde Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 330.

⁷⁴⁹ Çelikel/Öztekin-Gelgel, s. 68-69; Aybay/Dardağan Kibar, s. 86; Nomer, s. 511-512; Çelikel/Ertem, s. 672-678. Ayrıntılı incelemeler için bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 501-512; Özüm Demirkol, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde Karşılıklılık Esası, Oniki Levha Yayıncılık İstanbul 2017**, s. 27.

⁷⁵⁰ Doktrinde, karşılıklılığın “hiçbir zaman bir milletlerarası hukuk kuralı olmadığı” görüşü de ileri sürülmektedir. Buna göre, “*karşılıklılık, karşı devleti de kendisi gibi belirli bir davranışa (fedakârlığa) icbar etme vasıtasıdır.*” bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 330.

⁷⁵¹ Diğer taraftan karşılıklılık sadece yabancıların temel hak ve özgürlüklerinde değil, milletlerarası usul hukukunun temel konuları arasında yer alan yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde de aranan bir koşuldur. Her ne kadar, yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde kendine özgü bir takım özellikler arz etse de, karşılıklılık uygulamanın önemli sorunlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Gerek yabancılar tanınan haklar, gerekse yabancı mahkeme kararlarının tenfizi bakımından karşılıklılık, devletleri hedef alan siyasi bir şarttır. Yabancılar tanınan haklar bakımından, bu kişilerin sahip oldukları vatandaşlık temelinde dikkate alınan karşılıklılık, yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde, kararı veren mahkemenin ait olduğu devlette Türk mahkemesi kararlarının tenfiz edilip edilmediği noktasında devreye girmektedir. Bkz. çalışmamızın ikinci bölümünde “Tanıma / Tenfiz Şartlarının Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi” başlıklı bölüm. Ayrıca bkz. Demirkol, s. 40-42.

⁷⁵² Aybay/Dardağan Kibar, s. 87; A.Kılınç, s. 208; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 330-331.

⁷⁵³ Murat Atalı, **Türk Medenî Usûl Hukuku Açısından Davada Yabancıların Durumu, Türk Medenî Usûl Hukuku Açısından Davada Yabancıların Durumu, Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler, TBB Yayını, Ankara 2010**, s. 554; Çalışkan, s. 13 ve s. 32. Ayrıca bkz. Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 201.

şartına bağlanmasının Sözleşme hükümlerine ters düşeceği vurgulanmaktadır.⁷⁵⁴

Kanımızca, hak arama özgürlüğünün karşılıklılık koşuluna bağlanamayacağını kabulde temel gerekçe “karşılıklılığın varlık sebebidir.” Karşılıklılık egemenlik temelli siyasi bir zorunluluktur. Yabancıların temel insan hak ve özgürlüklerin bazılarında vatandaş gibi yararlandırılmayarak karşılıklılık koşuluna tabi tutulmalarının nedenlerini “devleti korumak, onun devamlılığını sağlamak, devlet egemenliğinin diğer devletler nezdinde yaşatmak gibi düşüncelerde” aramak gerekir. Bu nedenle, mülkiyet hakkı devletin toprak unsurunu ilgilendiriyor olması nedeniyle temel hak ve özgürlükler arasında farklı bir değerlendirmeye konu olabilirse de,⁷⁵⁵ mülkiyet hakkı dışındaki temel hak ve özgürlüklerin karşılıklılık koşuluna bağlanamayacağını düşünüyoruz. Zira, temel hak ve özgürlüklerin tanınmasında ve korunmasında esas menfaat devlet değil, “insan”dır yani kişidir. Bu bağlamda kişilerin vatandaş olmaları veya hangi devletin vatandaşı oldukları bu tip hakların tanınmasında etkili olamaz. Devletlerarası siyasi ilişkileri esas alan bir koşul, merkezinde insanlık onuru ve çağdaş demokratik hukuk devleti değerlerinin yer aldığı insan haklarının tanınmasında söz sahibi olmamalıdır. Hak arama özgürlüğü ve adil yargılanmaya ilişkin güvenceler, tam da bu alanda yer almaktadır. Dolayısıyla, karşılıklılığın genel anlamda milletlerarası hukukta kabul gören bir ilke olması yeterli görülemez.

Kaldı ki, yabancıların adil yargılanma hakkından yararlanmalarının karşılıklılık koşuluna bağlanması, milletlerarası hukuka uygun bulunduğu takdirde dahi, Anayasa’nın 13. maddesi kapsamında “hakkın özüne dokunmama” ve “ölçülülük” kriterlerinin devreye girebileceği düşüncesindeyiz. Sonuç olarak, karşılıklılığın hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı çerçevesinde, ne m. 16, ne de m. 13 tarafından korunabileceği kanaatindeyiz.

AİHM’nin AİHS’in uygulanması bakımından karşılıklılığa farklı şekillerde yaklaştığı görülmektedir. Ancak, Yunan vatandaşları tarafından Türkiye’ye karşı açılan mirasa ilişkin davalarda AİHM, istikrarlı bir biçimde şu ifadeyi kullanmaktadır: “*Sözleşmeciler, AİHS’yi akdederken, ulusal çıkarlarının*

⁷⁵⁴ **Atalı**, s. 558.

⁷⁵⁵ Karşılıklılık, Türk doktrininde özellikle, hak arama ve adil yargılanma hakkı gibi bir diğer temel hak olan mülkiyet hakkı çerçevesinde tartışılmıştır. Bu tartışmalar çalışmamızın kapsamını aşmaktadır. Fakat belirtmek gerekir ki, mülkiyet hakkı ile hak arama özgürlüğü konuları bakımından çok farklı iki temel haktır. Mülkiyet hakkı, devletin temel unsurlarından toprak unsuruna ilişkindir ve mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemeler milletlerarası hukukta hak arama özgürlüğünden çok daha farklı şekilde değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, karşılıklılığın tüm temel hak ve özgürlükler bakımından aynı şekilde değerlendirilmesi mümkün değildir. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi E. 1986/18 K. 1986/24, 09.10.1986 (RG. 31.01.1987 – S. 19358).

korunmasını sağlayan karşılıklı hak ve yükümlülüklerden vazgeçmeyi değil, fakat, siyasi gelenekleri, idealleri, özgürlükleri ve hukukun üstünlüğü gibi ortak değerleri korumak amacıyla Avrupa Konseyi'nin hedef ve ideallerini gerçekleştirmeyi ve Avrupa'nın özgür demokrasilerinde ortak kamu düzenini oluşturmayı istemişlerdir."⁷⁵⁶ Bu ifade, doktrinde, karşılıklılığın AİHS uygulaması bakımından esas alınamayacağı şeklinde yorumlanmaktadır.⁷⁵⁷ Görüldüğü üzere, AİHM, AİHS ve Ek Protokollerde yer alan hakların uygulanması bakımından karşılıklılığı tamamen göz ardı edemese de, mülkiyet gibi devlet egemenliğinin etkin olduğu bir konuda dahi, temel hak ve özgürlüklerin, hukukun üstünlüğünün, siyasi düşünce ve menfaatlerin (ve dolayısıyla karşılıklılık şartının) üzerinde olduğunu ifade etmektedir.

C. Adil Yargılanma Hakkının Sağladığı Güvencelerden Yararlanmama / Feragat

Yukarıda, adil yargılanma hakkının mahkemeye erişim hakkından, hükmün icrası hakkına, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında hukuki dinlenilme hakkından adli yardım talep hakkına birçok usulî güvenceyi kapsadığına ilişkin değerlendirmelere yer verdik. Görüldüğü üzere, adil yargılanma hakkının içerdiği haklardan bazıları tamamen adaletin işleyişine ve hukuk devletinin gereklerine ilişkin olup, tarafların feragatine müsait değildir. Örneğin, kanun ile kurulmamış bir mahkemede yargılanma talep edilemeyeceği gibi, yargılama organının taraflı ya da usulî açıdan eşitlik ilkesine aykırı şekilde hareket etmesi istenemez. Diğer taraftan, bilgilendirme hakkından tarafların önceden veya sonradan feragati hukuken ve fiilen mümkün değildir.⁷⁵⁸ Taraflar, mahkemeden duruşma gününün kendilerine bildirilmemesini istemek gibi bir hakka sahip olmadıkları gibi, dosyaya giren örneğin bilirkişi raporunun da kendilerine tebliğ edilmemesini isteyemezler. Dikkate alınma ve değerlendirilme hakkı da doğrudan yargı organına hitap eden, yargı organının aksine davranamayacağı bir yükümlülüktür.⁷⁵⁹ Taraflar, örneğin kararların gerekçesiz yazılmasını talep etme hakkına sahip değildir. Dolayısıyla adil yargılanma

⁷⁵⁶ AİHM *Apostolidi ve Diğerleri – Türkiye* kararı, prgf. 71 (Karar Tarihi: 27.03.2007 / Başvuru No: 45628/99); AİHM *Nacaryan ve Deryan – Türkiye* kararı, prgf. 49 (Karar Tarihi: 08.01.2008 / Başvuru No: 19558/02).

⁷⁵⁷ E.Erdoğan, s. 155 ve s. 159-160.

⁷⁵⁸ Özkes, s. 151.

⁷⁵⁹ Özkes, s. 152.

hakkına ilişkin bazı zorunluluklar, doğası gereği tarafların feragatine imkân tanımamaktadır⁷⁶⁰; bu açıdan kamu düzeninin feragatin sınırını oluşturduğu belirtilmektedir.⁷⁶¹

Yargılamanın usulüne uygun şekilde yürütülmemiş olmasına rağmen, taraflar bu durumu ileri sürmeyebilirler. Bu kapsamda, yukarıda verilen örneklerde, tarafların mahkemeye usulüne uygun çağırılmamış olması halinde veya kararın gerekçesiz yazılmış olması halinde, tarafların bu usulsüzlükleri itiraz konusu yapmamaları mümkündür. Ancak, adil yargılanma kapsamında korunan ve kamu düzeni dahilinde değerlendirilen bazı haklar, taraflara rağmen etkisini göstermektedir. Diğer bir ifadeyle, yargı organı tarafından re'sen dikkate alınması gereken usulsüzlükler bakımından yargılamanın tarafları değil, yargılamanın kendisi korunmaktadır. Bu bağlamda, tarafların “feragat”i bir değer taşımayacaktır. Zira adil yargılanma hakkı bir hukuk devleti için o kadar büyük bir değeri haizdir ki, bireylerin bu hakkın korumasından faydalanamamaları kolay kabul görecektir bir sonuç değildir; dolayısıyla, bu haktan feragatin geçerliliği konusunda çok hassas bir değerlendirme yapılması zorunludur.⁷⁶²

Bununla birlikte, taraflar adil yargılanma hakkı kapsamında sağlanan bazı güvencelerden faydalanmamayı seçme hakkına sahiptir. Örneğin, usulüne uygun olarak bilgilendirilen taraf duruşmaya katılmamayı tercih edebilir.⁷⁶³ Adil yargılanma hakkı çerçevesinde hak sahibi, açıkça hakkını kullanmayarak veya hakkına ilişkin ileri sürmesi gereken bir talebi ileri sürmeyerek ya da hakkını kullanması için öngörülmüş bir süreyi geçirmek suretiyle adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerden yararlanmayabilir. Burada dikkat edilmesi gereken, hak sahibinin, “adil yargılanma hakkının sağladığı güvenlerden yararlanmamayı”, yani “hakkı kullanmamayı” tercih edebilmeleridir.

Kanımızca, aslında burada gerçek anlamda bir feragatten söz edilemez. Usul hukukunda “feragat”, bir daha o hakkı kullanamama, hakkın sonsuza dek kaybı / ileri sürülememesi anlamına geldiğinden, adil yargılanma hakkı açısından tam olarak

⁷⁶⁰ **Soyer/De Salvia**, s. 244; Cohen-Jonathan, **Droit au juge**, s. 487.

⁷⁶¹ Cohen-Jonathan, **Droit au juge**, s. 487.

⁷⁶² **Soyer/De Salvia**, s. 243; **Milano**, s. 93-94.

⁷⁶³ Yarg. HGK, E. 2008/21-215 K. 2008/22, 05.03.2008: “Öncelikle belirtelim ki, adil yargılanma ve dinlenilme hakkının bir gereği olarak hakim, taraflara duruşmalarda hazır bulunmak, iddia ve savunmalarını bildirmek için imkân vermeli, tarafları usulüne uygun bir biçimde duruşmaya davet etmelidir. Fakat tarafların kendilerine tanınan bu imkâna rağmen, duruşmaya gelmek zorunluluğu yoktur. Hukuk davalarında duruşmaya gelmemenin müeyyidesi, dava dosyasının işlemde kaldırılması (HUMK. m. 409)veya yargılamaya gelmeyen tarafın yokluğunda devam edilmesidir (HUMK. m. 213, 377).”

feragat hiçbir zaman mümkün olmayacaktır. Bir kişinin, örneğin yargılama sırasında bir konuda açıklama hakkını kullanmaması mümkündür; ancak ilgilinin yargılamanın bir aşamasında kullanmadığı açıklama hakkını başka bir aşamada kullanmasına engel olunamaz.⁷⁶⁴

Sonuç olarak, adil yargılanma hakkının, kişilerin yargılamadan beklediği yararın üzerinde “üstün bir amaca” hizmet ettiği unutulmamalı, adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerden “feragat” de, somut olayın şartları çerçevesinde, bu kapsamda değerlendirilmelidir. Adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerden yargılamanın bir aşamasında yararlanmayan tarafın, bu güvenceden ilelebet mahrum edilmesi mümkün olmadığı gibi, bu güvencelerin dürüstlük kuralının sınırları içinde var olduğunun da altının çizilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Diğer bir ifadeyle, hakkın kötüye kullanımı yasağı karşısında, adil yargılanma hakkının hiçbir zaman amacına aykırı şekilde kullanılmasına imkân tanınmamalıdır.⁷⁶⁵

AİHM de genel anlamda usulî haklardan feragat edilebileceğini kabul etmektedir; ancak feragatin sınırlı olması, feragat halinde tarafların iradesinden bağımsız bazı güvencelerin öngörülmüş olması ve feragatin şüpheye yer vermeyecek bir biçimde tespit edilmiş olması aranmaktadır.⁷⁶⁶ Ayrıca, AİHM’ye göre, adil yargılanma hakkının sağladığı usulî güvencelerin hem yargılama hem de yargılananlar açısından hayati olması karşısında, feragate ilişkin beyanın hüküm ifade edip etmediği her somut olayda ayrıntılı bir şekilde irdelenmelidir.⁷⁶⁷

⁷⁶⁴ Açıklama hakkından feragatin, sadece feragat anlamına gelecek işlem ya da aşama ile sınırlı tutulması gerektiği, yargılamanın bir aşamasındaki feragate daha ağır sonuçlar yüklenemeyeceği yönünde bkz. **Özekes**, s. 150-151.

⁷⁶⁵ **Arslan**, s. 50-51 ve s. 58-59.

⁷⁶⁶ **İnceoğlu**, s. 210; **Turan**, s. 151; Cohen-Jonathan, **Droit au juge**, s. 486; **Soyer/De Salvia**, s. 243-244. Ayrıca bkz. AİHM *Oberschlick – Avusturya* kararı, prgf. 51-52 (Karar Tarihi: 23.05.1991 / Başvuru No: 11662/85). Avusturya hukukuna göre, dava ile ilgili önceki bir safhada karar vermiş temyiz merciinin aynı üyelerle yeniden karar vermesi yasaktır. Karara konu olayda, Avusturya Hükümeti başvuruçuların bu konuda bir itirazda bulunmadıklarından hareketle, kanundan doğan haklarından feragat ettiklerini savunmuş, ancak AİHM, feragatin şüpheye yer vermeyecek şekilde tespit edilmesi gerektiğini, başvuruçuların ve vekillerinin temyiz merciinin iki üyesinin daha önceki karar katıldığını fark etmediklerini belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

⁷⁶⁷ AİHM *Pfeifer ve Plankl – Avusturya* kararı, prgf. 37-38 (Karar Tarihi: 25.02.1992 / Başvuru No: 10802/84). Bu kararda AİHM, *Oberschlick* kararına benzer olayda, yargılamada daha önce başka sıfatla görev alan hakimler sorgu hakimi olarak da görev almışlardır. Başvurucu bu durumun hakimlerin davadan çekilmeleri sebebi olduğu hakkında bilgilendirilmiş ancak avukatı olmaksızın mahkemeye davet edilen başvuruçuyu, hakimlerin davadan çekilmeleri yönünde itiraz hakkını kullanmamıştır. Bu durum iç hukukta feragat olarak kabul edilmiştir. AİHM, sade bir vatandaş olan başvuruçuya, özü itibarıyla hukuki bir soru sorulmuş olduğunu, başvuruçunun avukatı da olmadığı için hakimlerin çekilmesine ilişkin hakkını uyarılmasına rağmen kullanmaması ve itiraz etmemesinin feragat olarak kabulünün sorgulanması gereken bir durum olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak AİHM, feragatin mümkün olduğu var sayılsa dahi, somut şartlar altında feragatin geçerli olmadığına karar

Dolayısıyla feragatin hangi koşullarda verildiği, hak sahibinin feragatin sonuçlarından ne kadar haberdar olduğu, feragat iradesinin baskı altında beyan edilmiş olup olmadığı⁷⁶⁸ ve daha da önemlisi feragatin kamu yararına aykırı sonuçlar doğurup doğurmadığı gibi etkenler çok önemlidir.⁷⁶⁹ Diğer taraftan adil yargılanma hakkı kapsamındaki güvencelerden feragatin geçerli olabilmesi için, haktan feragat eden kişinin feragatin sonuçlarını öngörebilmiş olması da aranmaktadır ki, kanımızca bu husus çok önemlidir.⁷⁷⁰

Tüm bu genel açıklamalardan sonra adil yargılanma hakkı kapsamında sağlanan güvenceler özelinde bazı değerlendirmeler yapılabilir. Yukarıda mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılması başlığı altında, kişilerin tamamen serbest iradelerine dayalı olarak aralarında çıkabilecek uyuşmazlığı mahkemeler yerine tahkime götürmek konusunda anlaşılabileceklerini, bu yöndeki bir anlaşmanın varlığı halinde, tarafların mahkemeye erişim hakkından feragat etmiş sayıldıklarını ve bu nedenle devlet mahkemelerinin davayı görmeyi reddetmesinin AIHS m. 6/ f. 1'i ihlal etmeyeceğinden söz etmiştik.⁷⁷¹ Ancak, bu şekilde bir feragatin kabul görmesinin de bazı şartlara bağlı olduğunu belirtmiştik. AIHM, tahkim ile ilgili verdiği kararlarda, tarafların tahkim lehine mahkemeye başvurma hakkından feragat edebileceklerini, ancak bu feragatin tarafların serbest, meşru ve çelişkiden uzak iradelerine dayanması gerektiğini belirtmektedir.⁷⁷²

Doktrinde, bilgilenme ve dikkate alınma hakkında olduğu gibi, hukuki dinlenilme hakkı kapsamında kabul edilen diğer bir hak olan açıklama hakkından önceden feragat edilmesinin de mümkün olmadığı belirtilmektedir.⁷⁷³ Zira, “*hukuki dinlenilme hakkı ve bu hakkı kapsayan adil yargılanma hakkı tarafları korumak maksadı ile kendilerine tanınan bir ilke olmasının yanında doğru ve sağlıklı bir*

vermiştir. Ayrıca bkz. AIHM *Bulut – Avusturya* kararı, prgf. 30-34 (Karar Tarihi: 22.02.1996 / Başvuru No: 17358/90)

⁷⁶⁸ AIHM *Marpa Zeeland ve Metal Welding BV – Hollanda* kararı, prgf. 49-50 (Karar Tarihi: 09.11.2004 / Başvuru No: 46300/99). AIHM bu kararda, başvuruçuların idarenin haklarında verilen cezanın indirileceği beyanı üzerine temyiz hakkını kullanmaktan feragat etmelerini mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkının ihlali olarak nitelendirmiştir.

⁷⁶⁹ AIHM *Thompson – Birleşik Krallık* kararında (Karar tarihi: 15.06.2004 / Başvuru No: 36256/97), başvuruçunun hukuki yardım almadan yapmış olduğu yargılama usûlüne ilişkin seçim ve feragati kabul etmemiştir. Bkz. prgf. 44-45. Ayrıca bkz. Aleni yargılanma hakkından feragat ile ilgili olarak AIHM *Hakansson ve Stureson – İsveç* kararı, prgf. 66 (Karar Tarihi: 21.02.1990 / Başvuru No: 11855/85).

⁷⁷⁰ AIHM *Talat Tunç – Türkiye* kararı, prgf. 59 (Karar Tarihi: 27.03.2007 / Başvuru No: 32432/96); yukarıda AIHM *Pfeifer ve Palnkl – Avusturya* kararı, prgf. 38. Ayrıca bkz. **Boyar**, s. 208-209.

⁷⁷¹ Bkz. “Dava / Mahkemeye Erişim Hakkının Sınırlandırılması” başlıklı bölüm.

⁷⁷² AIHM *Suda – Çek Cumhuriyeti* kararı, prgf. 48 (Karar Tarihi: 28.10.2010 / Başvuru No: 1643/06); yukarıda AIHM *Lithgow – Birleşik Krallık* kararı, prgf. 201.

⁷⁷³ **Özekes**, s. 149; **Aktepe Artık**, s. 406.

*karar verilmesi amacını da taşır ki, bu yönüyle kamuyu da ilgilendirir.”*⁷⁷⁴ Ancak, kişileri adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerden zorla faydalandırmak da pek tabii ki mümkün değildir.

Yukarıda yaptığımız açıklamalarda, esas olarak devlet tarafından adil yargılanmaya müsait bir ortamın yaratılıp yaratılmadığına bakıldığını, adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerden yararlanıp yararlanmamanın hak sahiplerinin inisiyatifine bırakıldığını belirtmiştik. Doktrinde, açıklama hakkı özelinde adil yargılanma hakkı bakımından genel olarak kabul edilebilecek şu değerlendirmeye yer verilmiştir: *“Hak sahibinin açıklama hakkından feragat etmiş sayılması için, o konuda yargı organının üzerine düşeni yapmış, feragat konusu işlemin tam olarak gerçekleşebilecek bir duruma gelmiş ve sadece taraf iradesinin ya da davranışının belirleyici bir konumda bulunmuş olması gerekir. Tarafın ne yapacağını tam olarak bilmediği ya da işlemi yapsa dahi yargılamanın o aşamasında sonuç doğurmayacağı belli olan bir durumda, tarafın süreyi kaçırdığı veya gideri yatırmadığı ya da açıkça feragat iradesini ortaya koyduğu gerekçesiyle açıklama hakkından vazgeçmiş sayılması doğru değildir. Esasen bu durumda henüz hak doğmadığından, ondan gerçek anlamda feragat de olmaz.”*⁷⁷⁵ Bu nedenle, her haktan olduğu gibi adil yargılanma hakkının kullanımından da feragat etmek mümkündür. Fakat önemli olan feragatin hangi şartlarda ve ne şekilde yapıldığı, kapsamının ne olduğu ve adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerden bir şekilde yararlanmamayı seçen kişilerin daha sonra bu güvencelere dayanmak istemeleri halinde nasıl bir sonuca varılması gerektiğidir.

D. Adil Yargılanma Hakkı İhlalleri Bakımından Özel Bir Yaptırım Olarak Yargılamanın Yenilenmesi

Milletlerarası usul hukuku, yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda uygulanacak usul kurallarını belirleyen hukuk dalıdır. Milletlerarası usul hukuku, uluslararası sözleşmelerde yer alan usul kuralları, MÖHUK’da düzenlenen kuralların dışında, temel olarak HMK’da ve usul hukukuna ilişkin kurallar içeren diğer kanunlarda düzenlenen medeni usul hukuku kurallarından oluşmaktadır. Yabancılik

⁷⁷⁴ Aktepe Artık, s. 406. “Hukuki dinlenilme hakkının, temel bir hak olarak adil yargılanma hakkının, açıklama hakkının da hukuki dinlenilme hakkının bir unsuru olması sebebiyle, tarafların bu haktan önceden feragat etmesi mümkün değildir.” Bkz. Özkes, s. 149-150.

⁷⁷⁵ Özkes, s. 149.

unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda uygulanacak maddi hukuk kuralları bakımından vatandaş ile yabancıların ayrıldığı noktalar, maddi hukukta yabancılara tanınan ya da tanınmayan haklar bir yana, doktrinde, “*medeni usul hukukunun şekli hukukun bir dalı olması ve şekil kurallarının yabancılar için daha fazla "yabancılık" çekilecek bir alana karşılık gelmesi*” sebebiyle, bu alandaki zorluk ve/veya engellerin çoğu zaman zannedildiklerinden daha büyük sonuçlar doğurabilecekleri dile getirilmektedir.⁷⁷⁶ Dolayısıyla, adil yargılanma hakkının, medeni yargılama açısından arz ettiği önem, yargılamaya yabancılık unsuru katıldığı zaman daha da artmaktadır.

Hemen belirtelim ki, AİHM tarafından verilen ihlal kararları HMK m. 375/ f. 1/i bendi uyarınca bir yargılamanın yenilenmesi sebebidir. Anılan düzenleme uyarınca, yerel mahkeme kararlarının AİHS’yi ihlali suretiyle verilmiş olması ve bu durumun AİHM’nin kesinleşmiş kararı ile tespit edilmiş olması halinde yargılamanın iadesi talep edilebilmektedir. Tabii ki bu yola, ihlalin devam ettiği ve AİHM tarafından verilen ihlal ve tazminat kararının ihlali ortadan kaldırmaya yeterli olmadığı hallerde başvurulabilmektedir. Böylece AİHS’in koruduğu haklar medeni yargılamada somut bir şekilde korunmuş olmaktadır.⁷⁷⁷ Ancak bu hüküm doktrinde eleştirilmekte, AİHM’nin kesinleşmiş ihlal kararının aranması “hem daha zahmetli bir yol olduğu, hem de ülkenin kendi yargı mekanizmasına güven konusunda bir tereddüdü ifade ettiği” gerekçesiyle doğru bulunmamaktadır.⁷⁷⁸ Bu nedenle, adil yargılanma hakkının ihlalinin, başlı başına bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak düzenlenmesi ve doğrudan bu yola başvurunun kabul edilmesi önerilmiştir.⁷⁷⁹

Yukarıda değindiğimiz bireysel başvuru yolunun bu eksikliği giderdiği düşünülebilir. Zira, 6216 sayılı Kanun m. 50/ f. 2 uyarınca, bireysel başvuru incelemesi sonucunda, “*tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir.*” Bu hüküm, doktrinde, HMK m. 375/f.1’e eklenen yeni bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmektedir.⁷⁸⁰ Diğer taraftan, bireysel başvuru yolunun kabul edilmesinden sonra da HMK m. 375/ f.1/i bendinin korunması gerektiği belirtilmektedir.⁷⁸¹ Ayrıca, bu görüş uyarınca, adil yargılanma

⁷⁷⁶ Atalı, s. 546.

⁷⁷⁷ Pekcanitez, HUMK m.445/11, s. 518.

⁷⁷⁸ Özekes, s. 327.

⁷⁷⁹ Özekes, s. 327-328; Aktepe Artık s. 40.

⁷⁸⁰ Korkmaz, s. 199.

⁷⁸¹ Aktepe Artık s. 41. Yazara göre, Anayasa Mahkemesi’nin yargılamanın yenilenmesine karar vermesi süreci uzatan bir çözümdür. Bu nedenle, AİHS tarafından korunan tüm haklar için olmasa da,

hakkının ihlali halinde, ne kesinleşmiş bir AİHM kararına, ne de yargılamanın yenilenmesini hükme bağlayan bir bireysel başvuru kararına ihtiyaç olmalıdır. Diğer bir görüşe göre ise, Anayasa Mahkemesi'nin yargılamanın yenilenmesine karar verdiği durumlarda, AİHM'ye başvurmadan önce bu kararın uygulanması ve sonucun beklenmesinin daha doğru olacağı, kişilerin yeniden yargılama yoluna gitmeden, doğrudan AİHM'ye başvurmalarına imkân tanınmaması gerektiği ifade olunmaktadır.⁷⁸² Bu görüş kabul edilecek olursa, HMK m. 375/ f. 1/i bendinin uygulanmasında, önce bireysel başvuru kararına dayalı olarak yapılacak yeniden yargılamanın sonucunun beklenmesi gerekecektir. AİHM'ye yapılacak başvuru sonucunda ihlal kararı verilmesi halinde ise ikinci yeniden yargılamanın yapılması söz konusu olacaktır. Kanımızca, şayet bir an önce yargılamanın yenilenmesi sağlanmaya çalışılıyorsa ki, ihlalin ortadan kaldırılması ancak bu şekilde mümkün olacaktır, bireysel başvuru incelemesinin sonuçlanmasının veya AİHM kararının kesinleşmesinin beklenmesi amaca yönelik olmayacaktır. Bu açıdan, adil yargılanma hakkının ihlalinin HMK'da ayrıca ve başlı başına bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak düzenlenmesi görüşünün yerinde olduğu kanaatindeyiz.

adil yargılanma hakkının ihlalinin HMK'da ayrıca ve başlı başına bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

⁷⁸² **Korkmaz**, s. 200-201.

İKİNCİ BÖLÜM

ADİL YARGILANMA HAKKININ MİLLETLERARASI USUL HUKUKUNDAKİ GÖRÜNÜMLERİ

I. ADİL YARGILANMA HAKKININ MİLLETLERARASI YETKİ KURALLARI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

A. Adil Yargılanma Hakkının Milletlerarası Yetki Kuralları Üzerindeki Etkisine İlişkin Temel Doktrinler

1. Genel Olarak

Çalışmamızın ilk bölümünde, adil yargılanma hakkı ve bu hak çerçevesinde geliştirilen doktrinin yabancılık unsuru taşımayan uyuşmazlıklar kadar, yabancılık unsuru taşıyan “milletlerarası” uyuşmazlıklarda da, yargılamanın başlamasından önce, yargılama sırasında ve yargılama sonunda verilen hükmün yerine getirilerek hukuki koruma talep eden kişilerin, talep ettikleri korumaya ulaşmaya kadar yaşanan süreçte etkileri olduğu sonucuna ulaşmıştık. Bu bağlamda, özellikle son yıllarda, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda mahkemelerin yetkisini tesis eden yer itibariyle yetki kurallarının da adil yargılanma doktrininin etkisi altında olduğu, bu kuralların düzenlenmesi, uygulanması ve sonuçları bakımından adil yargılanma hakkının gereklerine uyulması gerektiği kabul edilmeye başlanmıştır. Zira, mahkemeye erişimin ve yargılamanın başlatılmasının ilk adımı, yer itibariyle yetki kurallarının uygulanması suretiyle, bir mahkemenin kendini yetkili sayarak uyuşmazlığı görmesidir; bu anlamda yargılama süreci yetki üzerine kuruludur.⁷⁸³

Esasen, milletlerarası yetki kuralları üzerindeki tartışmalar yalnızca adil yargılanma doktrini etrafında yoğunlaşmamaktadır; başka birtakım doktriner fikirler üzerinden yeni bir anlayışın gelişmekte olduğu gözlenmektedir. Bu bağlamda, milletlerarası yetkinin, artık devletler açısından “egemenliğe dayalı bir

⁷⁸³ “Mahkemeye erişim hakkı, hakim yetkisi ile iç içedir.” Bkz. **Marchadier**, s. 184.

hak”tan ziyade bir yükümlülük olarak ele alındığı; insan hakları yaklaşımının giderek ağırlık kazanması nedeniyle adaletin inkârı ve adalete erişim doktrinleri ışığında milletlerarası yetki kurallarının gözden geçirilmesi ihtiyacının doğduğu dile getirilmektedir.⁷⁸⁴ Diğer taraftan, taraf iradesinin de milletlerarası yetki kuralları bakımından giderek artan bir uygulama alanına sahip olduğuna dikkat çekilmektedir. Tüm bu gelişmelerin, Lotus davasından⁷⁸⁵ günümüze, milletlerarası yetkinin, daha yeni ve farklı bir anlayış çerçevesinde yeniden düzenlenmesini gerekli kıldığı ifade edilmektedir.⁷⁸⁶

Bu bağlamda, devletlerin egemenliğini ve milletlerarası yetki kurallarının düzenlenmesine ilişkin takdir hakkını merkeze koyan bir kabulden çok, bireyin haklarını ön planda tutan bakış açısının benimsenmesinin gelişen hukuk anlayışına daha uygun olacağı görüşü desteklenmeye başlanmıştır.

Hemen belirtmek gerekir ki, tüm bu gelişen doktrinler arasında yer alan adil yargılanma doktrininin yer itibarıyla yetki kuralları üzerindeki etkileri tam olarak oturmuş, üzerinde uzlaşma sağlanmış bir konu değildir. Adil yargılanma doktrininin yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda yer itibarıyla yetkiyi düzenleyen kurallar kapsamında tam olarak tartışılmış ve birtakım sonuçlara varılmış olmadığı, ancak yetki kurallarına özgü bir adil yargılanma doktrininin

⁷⁸⁴ Alex Mills, **Rethinking Jurisdiction in International Law**, *The British Yearbook of International Law* (2014) 84 (1), s. 187. Yazar, egemenlik kavramının, milletlerarası yetki alanında “hak” olmaktan çıkarak “yükümlülük” haline geldiğini dile getirmektedir. Egemenliğin “hak” olarak kabulü, uluslararası hukukta 19. yüzyılda kabul gören pozitivist yaklaşıma dayanmaktadır. Devlet egemenliğini gerek uluslararası kamu hukukunda, gerekse uluslararası özel hukukta yer alan milletlerarası yetkiye ilişkin kuralların merkezine koyan bu görüş uyarınca, devletler, “uluslararası hukukun ana aktörleri” olarak, bağımsız, özgür, eşit ve egemendirler. Dolayısıyla, kendi egemenlik sınırları içinde yetki tesisi konusunda tamamıyla serbesttirler. Bu yaklaşım, devletlerin milletlerarası yetkiye ilişkin “düzenleyici” kuvvetlerinin çakışmasına, bir uyuşmazlığa ilişkin birden çok devlet mahkemelerinin birbirinden bağımsız olarak yetkili kılınmasına sebep olmaktadır. 19.yüzyıldan günümüze gelen bu anlayış, bizi devletlerin diğer bir devletin yargı yetkisi ve işleyişi üzerinde söz sahibi olmadığının kabulüne götürmektedir. Oysa ki, özellikle insan hakları odaklı doktrinler çerçevesinde geliştirilen yeni fikirler, devletlerin egemenlik hakkına bu denli üstünlük tanımayı reddetmektedir. Ayrıntılı incelemeler için bkz. Adolfo Miaja de la Muela, **Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international**, *RCADI Tome 135* (1972), s. 42 vd. Yazar. Özellikle kanunlar ihtilafı konusundaki felsefi tartışmaların milletlerarası yetki bakımından pek yapılmadığı, yetki çatışmasının ve özellikle yetki konusunda milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin felsefi temellerinin dikkatten kaçtığı görüşündedir (Bkz. s. 42).

⁷⁸⁵ Permanent Court of International Justice, *SS Lotus France v. Turkey* (1927) Ser A. No. 10.

⁷⁸⁶ Mills, s. 187. Milletlerarası yetki sistemi, temel olarak iki bağlama noktası üzerine kuruludur: ülkesellik ve tabiyet. Buna göre, bir devletin mahkemeleri kendi ülke sınırları dahilindeki kişi, eşya ve olaylara ilişkin uyuşmazlıkları çözmeye yetkilidir. Bununla birlikte, sınırları dışında gerçekleşen ancak etkilerini ülke sınırları içinde doğuran olaylar hakkında da yetki tesis edilebilmektedir. Bunun dışında, devletler, kendi vatandaşlığına sahip kişilerin bir “özne” olarak devlet egemenliğine bağlı oldukları kabulünden yola çıkarak, bu kişilerin taraf oldukları uyuşmazlıklarda da mahkemelerini yetkili kılmaktadır ki bu durumda devlet otoritesi ulusal sınırlarda sona ermemekte, kişilere bağlı olarak, onlarla birlikte “seyahat etmektedir”. Ayrıntılı incelemeler için bkz. Mills, s. 196-198.

“gelişmekte” olduğu belirtilmektedir.⁷⁸⁷ AİHS m. 6/f. 1’in, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda uygulanacak milletlerarası yetki kurallarının düzenlenmesinde adeta bir “insan hakları kontrolü (*human rights check*)” yapılmasına olanak sağlayacak şekilde yorumlanmasının mümkün olup olmadığı tartışılmakla birlikte, bu tartışmanın daha çok teorik olduğu, yeterli içtihat oluşmadığından kesin yargılara varılamayacağı ifade olunmaktadır.⁷⁸⁸

Bu konuda gerek iç hukuklarda ileri sürülecek fikirlerin, gerek ulusal yargı içtihadının, gerekse AİHM içtihadının önemli rol oynayacağı bir gerçektir. AİHM tarafından verilen az sayıdaki kararda adil yargılanma hakkının milletlerarası yetki kuralları açısından ne şekilde uygulanabileceğine ilişkin bazı “analitik değerlendirmelere/araçlara” yer verildiği görülmektedir.⁷⁸⁹

AİHS m. 6’da düzenlendiği şekliyle adil yargılanma hakkı ve bu hakkın sağladığı güvencelerin yer itibariyle yetki kuralları bakımından yorumu, hakkın kaynağının AİHS’de yer almasından dolayı daha çok kıta Avrupası hukuklarında tartışılmalıdır. Konu gerek AİHS’e taraf devletlerin iç hukuklarında yer alan yetki kuralları açısından, gerekse AB üyesi ülkelerin (ve hatta AB ile sınırlı kalmaksızın diğer bazı ülkelerin) yer itibariyle yetki kurallarını düzenleyen rejim (Brüksel⁷⁹⁰ ve Lugano⁷⁹¹ Konvansiyonları, Brüksel I⁷⁹² ve Brüksel II bis

⁷⁸⁷ Nuyts, s. 178 ve 185; Kiestra, s. 103 ve s. 127.

⁷⁸⁸ Kiestra, s. 127.

⁷⁸⁹ Nuyts, s. 178.

⁷⁹⁰ Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Brüksel Konvansiyonu (1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, Official Journal of the European Union L 299, 31/12/1972 P. 0032 – 0042; bkz. [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A41968A0927\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A41968A0927(01)); erişim tarihi: 10.02.2016).

⁷⁹¹ Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Lugano Konvansiyonu (Lugano Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, Official Journal of the European Union L 339/3, 21/12/2007; bkz. <http://ec.europa.eu/world/agreements/downloadFile.do?fullText=yes&treatyTransId=13041>; erişim tarihi: 10.02.2016).

⁷⁹² Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 2001/44 EC sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü (Brüksel I Tüzüğü) (Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters; bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32001R0044>; erişim tarihi: 10.02.2016). Brüksel I Tüzüğü 10.01.2015 itibariyle Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1215/2012 EC sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü (Gözden Geçirilmiş Brüksel I Tüzüğü) (Regulation (EU) no 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast); bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:en:PDF>; erişim tarihi: 10.02.2016) ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Tüzüğü⁷⁹³,’nde yer alan kurallar) kapsamında ele alınmaktadır. Kıta Avrupası hukuklarında düzenlenen yetki kuralları ve özellikle Brüksel I Tüzüğü’nde (Brüksel I (Recast) Tüzüğü’nde) yer alan kuralların ancak AİHS ile çatışmadığı ölçüde uygulanabileceği belirtilmektedir.⁷⁹⁴

Doktrinde, kıta Avrupası hukuklarında düzenlenen milletlerarası yetki kurallarının AİHS m. 6/f. 1 ile düzenlenen adil yargılanma doktrini çerçevesinde denetlenmesi ile, Amerikan hukukundaki “*due process*” kuralının anayasal niteliği ve usul hukukuna ilişkin konular üzerindeki etkileri (*constitutional check*) arasında bir ilişki kurulmaya çalışılmıştır.⁷⁹⁵ *Due process* kuralının kesin bir tanımı verilmemekle birlikte, kuralın, gerek maddi hukuk, gerekse usul hukuku bakımından “yargılamanın temelini adil / dürüst olması” esasına dayandığı, hâkim tarafından hakkaniyete uygun şekilde dinlenilme hakkını kapsadığı belirtilmektedir.⁷⁹⁶ *Due process*’in milletlerarası yetki kuralları üzerindeki yansıması ise, yargılamayı yapacak mahkeme ile uyuşmazlık arasında asgari bir ilişkinin varlığının (*minimum contact*) aranmasıdır.⁷⁹⁷ AİHS m. 6/f. 1 kapsamında

⁷⁹³ Evlilik ve Müsterek Çocukların Velayetiyle ilgili Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 2003/2201EC sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü (Brüksel II bis Tüzüğü) (Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000; bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:338:0001:0029:EN:PDF>; erişim tarihi: 10.02.2016).

⁷⁹⁴ Nuyts, s. 176. Schlosser, s. 18-19. Yazar, AİHS’in AB hukuk düzeni açısından “Amerikan Hukuku’nun *Bill of Rights*’ı ile aynı statüde” olduğunu (bkz. s. 21) ancak Brüksel Konvansiyonu’nun AİHS ile kurulan denetim mekanizmasının dışında kaldığını ifade etmektedir (bkz. s. 17).

⁷⁹⁵ Nuyts, s. 166 vd.; Kiestra, s. 130; Kinsch, s. 53 ve 65-67; Schlosser, s. 16; Marchadier, s. 192. Adil yargılanma hakkı ve “*due process of law*” ilkesi arasındaki ilişki ve farklar hakkında ayrıntılı incelemeler için bkz. Elizabeth Zoller, *Procès équitable et due process of law, Recueil Dalloz 2007 No 8*, s. 517-523. Ayrıca bkz. Hans Smit, *Constitutional Guarantees in Civil Litigation in the United States of America, Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation/ Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil, edited by/sous la direction de Mauro Cappelletti et Denis Tallon, Milano, A Guiffre; Dobbs Ferry, N.Y., Oceana, 1973*, s. 420 ve

⁷⁹⁶ Nuyts, s. 167; Kinsch, s. 53; Zoller, s. 517-518.

Doktrinde, uyuşmazlığı çözmek konusunda yetkilendirilen mahkemenin yetkisinin makul esaslara dayanması, yani uyuşmazlık ve / veya taraflar ile mahkeme arasında makul bir bağlantının bulunması halinde, yetki kazanan mahkemenin kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulaması sonucunda varılacak maddi hükmün de makul olacağı belirtilmektedir. Bkz. Harold G. Maier/Thomas R. McCoy, *A Unifying Theory for Judicial Jurisdiction and Choice of Law, The American Journal of Comparative Law, Vol. 39 (1991)*, s. 257. Dolayısıyla, usulî *due process*’in maddi *due process*’e ulaşmaya imkân sağladığı sonucuna ulaşılmaktadır. Kanımızca, kanunlar ihtilafı kurallarının ve varılacak maddi sonucun “makullüğü”, mahkeme ile uyuşmazlık / taraflar arasında makul bir bağlantının aranması (aşırı yetki kurallarının reddi) bakımından bir gerekçe olabilirse de, temel neden değildir. Zira, bir mahkemenin yetkisi aşırı olarak nitelendirilebilirse de, uyguladığı kanunlar ihtilafı kuralları milletlerarası özel hukuk adaletini sağlayacak nitelikte olabilir. Bu bakımdan, “kanunlar ihtilafı kuralları” gerekçesi, aşırı yetkinin reddi bağlamında ikincil öneme sahiptir.

⁷⁹⁷ Nuyts, s. 168; Kiestra, s. 130-131; Schlosser, s. 9; Marchadier, s. 177-178; Dardağan, s. 31.

geliştirilen adil yargılanma doktrini de, *due process* doktrini ile paralellik arz etmektedir. *Due process* doktrininin kıta Avrupası hukuklarına ve özellikle AİHS uygulamasına aktarılmasının, davalının savunma haklarının yorumlanmasında hakkaniyetin ön plana çıkarılmasına hizmet ettiği dile getirilmektedir.⁷⁹⁸

Adil yargılanma hakkının, yer itibariyle yetki kuralları üzerindeki etkisi, hak arama özgürlüğü ve mahkemeye erişim hakkı ile hakkaniyete uygun yargılanma, hukuki dinlenilme hakkı ve silahların eşitliği ilkesi kapsamında değerlendirilmektedir. Adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkının milletlerarası usul hukukunda uygulama alanı bulacak yer itibariyle yetki kuralları üzerindeki etkisi yargılamanın iki tarafını da koruyacak şekilde ele alınmaktadır. Bu çerçevede, yukarıda sözü geçen *due process* kuralının ortaya koyduğu “asgari ilişki” ilkesi kıta Avrupası hukuklarında da karşılığını bulmakta; uyuşmazlığı görmeye yetkili mahkeme ile uyuşmazlık arasında “yeterli bir bağ olması gerektiği (*sufficient link between the forum and the situation*)” vurgulanmaktadır.⁷⁹⁹ Aslında uluslararası hukuk tarafından, milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıklarında yetkili mahkemenin tespiti konusunda *de lege feranda* ortaya konmuş olan bu ilke⁸⁰⁰, hukuk sistemlerinde daha çok uyuşmazlığın davalı ile ilişkilendirilmesi esasına dayalı yetki kurallarının kabulüne sebep olmuştur. Oysa adil yargılanma hakkı, gerek davacı gerekse davalının haklarını koruyan, yargılamanın tarafları arasında makul ve adil bir dengenin gözetilmesini öngören bir yetki sisteminin

Due process kavramının dile getirildiği ilk karar Yüksek Mahkeme tarafından verilen *Pennoyer v. Neff* kararıdır (95 US 714, 1878). Bu kararda, Yüksek Mahkeme, egemenliğe dayalı yetki görüşünü terk etmemekle birlikte, yetki konusunda ilk defa bireysel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması gerektiğini dile getirmiştir. Doktrinde bu kararın, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği durumlarda, yetkiye ilişkin konularda anayasal güvencelerin ortaya konması bakımından önem taşıdığı belirtilmektedir (Bkz. **Kinsch**, s. 53-54; **Sinopoli**, s. 105 ve s. 107-110). *Due process* ilkesinin en etkin biçimde kullanıldığı ilk karar ise, *International Shoe Co. v. Washington* kararıdır (326 US. 310, 1945). Bu kararda davalının *for* ile asgari irtibat içinde bulunması gerektiği vurgulanmış, yargı yetkisinin icrasının hakkaniyet, dürüstlük ve temel adalet ilkeleri çerçevesinde makul olması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Arthur T. Von Mehren/Donald T. Trautman, **Jurisdiction to Adjudicate**, *Harvard Law Review* Vol. 79 (1966), s. 1147; **Smith**, s. 438-439; **Kinsch**, s. 56-57; **Sinopoli**, s. 106; **Dardağan**, s. 234-235; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s. 244. Yazar, Amerikan hukukunun yetkiye ilişkin esasları anayasal ilkelere dayandırmasını eleştirmektedir. Bu görüşe göre, yetkiye ilişkin meselelerin anayasal ilkelere dayandırılması belirsizlik ve karmaşıklık yaratmaktadır.

⁷⁹⁸ **Schlosser**, s. 11; **Dardağan**, s. 62; **Sinopoli**, s. 118. Yazar, *due process* kavramının milletlerarası yetki kuralları üzerindeki etkisinin önemine değinmekte, ancak bu etkinin yine de sınırlı kaldığını belirtmektedir. Zira, *due process* kavramının yalnızca, davalının yerleşik olmadığı, mutad meskeninin bulunmadığı (kısaca davalının var olmadığı) yer mahkemelerinin yetkisinin sorgulanmasında kullanıldığını vurgulamaktadır.

⁷⁹⁹ **Nuyts**, s. 178; **Kiestra**, s. 91; **Dardağan**, s. 24-32; **Marchadier**, s. 187-188.

⁸⁰⁰ **Kiestra**, s. 91; **Marchadier**, s. 206; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s. 254. Diğer taraftan, mahkeme ile uyuşmazlık arasında bağlantı aranmasının, uluslararası hukuk ilkelerinden kaynaklanan bir zorunluluk olarak görülemeyeceğine ilişkin görüşler de ileri sürülmektedir (bkz. Michael Akehurst, **Jurisdiction in International Law**, *The British Yearbook of International Law*, Vol. 46 (1972-73), s. 177; **Dardağan**, s. 35 ve 55; **Nomer**, **Yetki Mevhumu**, s. 402).

geliştirilmesini gerekli kılmaktadır.⁸⁰¹ Bu açıdan, aynı haktan çıkan ancak birbirleriyle çatışan menfaatlerin söz konusu olduğu görülmektedir.⁸⁰² Zira, milletlerarası uyuşmazlıklarda, davanın, davacının “erişmek istediği mahkemede” görülmesi, çoğu zaman davalının adil yargılanmaya ilişkin menfaati ile örtüşmeyebilecektir. Yargılamayı yapacak mahkemenin uyuşmazlığın konusu ve / veya tarafları ile yeterli / makul bir bağının aranması, hem davacı hem de davalının mahkemeye erişim hakkını gözetten bir zorunluluktur.

Esasen, yer itibariyle yetki kurallarının milletlerarası uyuşmazlıklar bakımından yaratacağı “adaletsizlik” temel olarak iki noktada toplanmaktadır: İlk olarak, davacının başvurabileceği yetkili bir mahkeme var olmaması durumunda ne yapılması gerektiği sorunu ile karşılaşmaktadır. Zira bir uyuşmazlık hakkında, kendi yargılama hukukunda düzenlenen yer itibariyle yetki kuralları uyarınca birden çok devlet mahkemesinin kendini yetkili sayması durumunun (*positive conflict of jurisdiction*) aksine, hiçbir devlet mahkemesinin yetkili olmadığı (*negative conflict of jurisdiction*) veya yetkili mahkeme bulunsa dahi fiilen o mahkemeye ulaşılamadığı durumlarla da karşılaşabilmektedir. Böyle bir durumda davacı, hukuki korunma talebini sunacağı herhangi bir mahkeme bulamayacak, hak arama özgürlüğünü fiilen kullanamayacaktır.

Diğer taraftan, yetkili bir mahkeme bulunsa halinde dahi, belirli şartlar söz konusu olduğunda, davacının mahkemeye erişim hakkını etkin şekilde kullanabilmesi için, başvuru devlet mahkemelerinin (*forum*) kendi yetkisini tesis etmesi gereği ile de karşılaşabilmektedir. Yani, davacının hak arama özgürlüğü, sadece başvuracak bir mahkeme bulamadığında değil, fiilen başvurabileceği yer itibariyle yetkili bir mahkeme var olsa dahi, kendisinden o mahkemeye başvurması beklenemediği takdirde de ihlal edilmiş olacaktır. Bu gibi durumlarda, davacının mahkemeye erişim hakkının sağlanması ihtiyacı karşısında, uyuşmazlık ile çok yakın bağlantısı bulunmasa da, davacının başvurduğu devlet mahkemelerinin kendisini yetkili sayması gerektiği fikri ileri sürülmektedir. Aşağıda ilk olarak inceleyeceğimiz bu durum, milletlerarası uyuşmazlıklarda uygulanan yer itibariyle yetki kurallarının adaletin inkârının (*denial of justice*) engellenmesi fikri kapsamında değerlendirilmesine ilişkindir. Bu kapsamda, yine aynı düşünceye dayalı olarak *forum necessitatis* doktrini geliştirilmiştir.

⁸⁰¹ Nuyts, s. 182; Kiestra, s. 133.

⁸⁰² Kiestra, s. 133; Sinopoli, *Du privilège de juridiction et du droit à un procès équitable*, s. 89 vd., B/dn 16’ya ilişkin prgf.

Milletlerarası uyuşmazlıklarda yer itibariyle yetki kuralları kapsamında karşılaşılan ikinci temel sorun, davalının mahkemeye erişim hakkını gözeten fıkirlere dayanmaktadır. Uyuşmazlığın konusu ve / veya tarafları ile yeterli bağa sahip olmayan bir mahkemenin kendini (aşırı yetki kuralına dayanarak) yetkili sayması halinde, davalının kendisini bu mahkemede savunmak zorunda kalacak olması da, mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak nitelendirilmektedir.⁸⁰³ Bu kapsamda, bir yandan davacının mahkemeye erişim hakkı korunurken, diğer yandan davalıyı uyuşmazlık ile ilgisi olmayan bir mahkemenin yetkisine mecbur kılmanın, davacı ile davalı arasında makul bir denge sağlanması konusunda önemli role sahip AİHS m. 6/f. 1'e aykırı olacağı belirtilmektedir.⁸⁰⁴ Davalının kendisi ve uyuşmazlık ile hiçbir bağlantısı bulunmayan bir mahkemede kendini savunmak zorunda bırakılması, hukuki dinlenilme hakkına ve silahların eşitliği ilkesine aykırı sonuçlar yaratabilecek niteliktedir.⁸⁰⁵ Zira, mahkemenin kendisine uzak bir yerde olmasına ilişkin fiili ve ekonomik zorluklar dışında, davalının, başta kanunlar ihtilafı ve yargılama kuralları olmak üzere bilmediği bir hukuki düzende kendini savunmak zorunda kalmasının milletlerarası yetki konusu ile doğrudan bağlantılı olduğuna dikkat çekilmekte, adil yargılanma hakkının bu noktada devreye gireceği dile getirilmektedir.⁸⁰⁶

Buna karşın, adil yargılanma doktrininin yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda yer itibariyle yetki konusunda herhangi bir etkisinin olmayacağını ileri süren görüşlere de rastlamak mümkündür.⁸⁰⁷ Buna göre, ilk olarak, AİHS m. 6/f. 1'in lafzı, adil yargılanma hakkının yetki kurallarını içerecek şekilde yorumlanmasına engeldir. Ancak bu gerekçenin, AİHM içtihadı ile çürütülmüş olduğu vurgulanmaktadır.⁸⁰⁸ Zira, AİHM mahkemeye erişim hakkının her alanda etkin bir şekilde kullanımını sağlamak amacıyla taraf devletlere gerekli önlemleri almak konusunda pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Yer itibariyle yetki

⁸⁰³ Marchadier ise, mahkeme ile uyuşmazlık arasında makul bir bağın aranmasının mahkemeye erişim hakkı ile ilgisi bulunmadığını ileri sürmektedir Bkz. **Marchadier**, s. 184.

⁸⁰⁴ **Kiestra**, s. 133; Matscher, **DIP face à la CEDH**, s. 218; Sinopoli, **Du privilège de juridiction et du droit à un procès équitable**, s. 89 vd., B/dn 18'e ilişkin prgf .

⁸⁰⁵ **Dardağan**, s. 59-63. Ayrıca bkz. **Corbion**, s. 300. Aksi görüşte bkz. **Marchadier**, s. 187-188. Yazar, mahkeme ile uyuşmazlık arasında aranan makul bağın, ne mahkemeye erişim hakkı ile ne de silahların eşitliği ilkesi ile ilgili olduğunu, yalnızca usulî hakkaniyetin bir gereği olarak ortaya çıktığını belirtmektedir. Bkz. s. 196.

⁸⁰⁶ **Dardağan**, s. 62; **Schlosser**, s. 11-12.

⁸⁰⁷ Bkz. Jonathan Hill, **The Exercise of Jurisdiction in Private International Law, Asserting Jurisdiction, International and Legal Perspectives** (Ed. Patrick Capps/Malcolm Evans/Stavros Konstadinidis), **Hart Publishing Oregon 2003**, s. 41. Yazara göre, adil yargılanma doktrini, milletlerarası yetkiye ilişkin genel bir teorinin geliştirilmesi açısından "kör bir geçit" niteliğindedir.

⁸⁰⁸ **Nuyts**, s. 184.

kurallarının adil yargılanma hakkına aykırı sonuçlar doğurması halinde, bu kuralların ya değiştirilmesi veya adil yargılanma hakkının gerekleri doğrultusunda yorumlanması gerekmektedir.⁸⁰⁹ İkinci olarak, yer itibarıyla yetki kurallarının hiçbir zaman davalının mahkemeye erişimini engellemeyeceği; zira, davalının her zaman başka bir devlet mahkemesinde dava açma hak ve imkânına sahip olduğu savunulmakta; adil yargılanma hakkının belirli bir mahkemede değil, herhangi bir mahkemede güvence altına alınması halinde AİHS m. 6/ f. 1 bakımından bir ihlalin söz konusu olmayacağı ifade edilmektedir.⁸¹⁰ Ancak bu gerekçe de AİHM tarafından kabul görmemektedir. AİHM, somut bir yargılamada m. 6/f. 1'in ihlal edilip edilmediğini incelemektedir; adil yargılanma hakkı ihlal edilen kişinin başka bir devlet mahkemesinde dava açarak o mahkemede adil bir şekilde yargılanma imkânına sahip olup olmadığına bakmamaktadır.

Adil yargılanma doktrininin milletlerarası yetki kuralları üzerinde hiçbir etkisinin olamayacağını ileri süren görüşlere katılmanın mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Zira adil yargılanma hakkı, öncelikle kişilere “yargılanma” ve “hak arama” olanağının tanınmasını gerektirir. Bu hakkın güvence altına aldığı mahkemeye erişim hakkı ise, bir kişiye herhangi bir mahkemede değil, adil yargılanma standartlarına uygun bir mahkemede (yargı organında) iddiasını sunma

⁸⁰⁹ **Nuyts**, s. 182 ve s. 184. Yazar bu noktada, davalının hukuki bir işlem veya davranışı sebebiyle, kendisi tarafından önceden öngörülemez bir mahkemede yargılanması halinde, bu mahkemede adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkını etkin şekilde kullanmasının mümkün olmadığından yola çıkarak, böyle bir durumda, davalı tarafından “öngörülemez” mahkemenin yetkili olmadığını kabul etmenin gerekeceğini belirtmiştir. Yazar doktrinde savunulduğu üzere (bkz. **Schlosser**, s. 32), örneğin imalatçının sorumluluğundan doğan davalarda, davalının (imalatçının) malın satıldığı yer dışında, -malın başkası tarafından tekrar satıldığı durumlarda- malın iktisap edildiği yer mahkemelerine etkin şekilde ulaşmasının mümkün olmadığını ileri sürmüştür (s. 183). Bu noktada, fazla ayrıntıya girmeden şunu belirtmekte fayda vardır: mahkemenin uyumsuzluk ile makul bir bağının var olup olmadığının, davalının o mahkemede yargılanabileceğini öngörüp öngöremeyeceği ile hiçbir ilgisi yoktur. Davalı yabancı bir devlet mahkemesinde yargılanabileceğini öngöremese dahi, o devlet mahkemesinin somut uyumsuzluk ile bağının olması mümkündür.

⁸¹⁰ **Nuyts**, s. 184-185, 134 ve 135 nolu dn; **Kinsch**, s. 66, 126 nolu dn. Davalının her zaman başka bir devlet mahkemesinde, şayet yer itibarıyla yetkili bir mahkeme mevcut ise, dava açma hakkı vardır. Ancak bu gerekçe aşırı yetki kuralına dayanarak kendisini yetkili sayan mahkemenin davalının adil yargılanma hakkını ihlal etmediği sonucuna ulaşılmasını haklı kılmamaktadır. Zira, davalı, bir yandan, başka bir devlet mahkemesine başvurmamak için de zaman ve para kaybedecekken, diğer yandan dava ile ilgisi olmayan bir mahkemede kendini savunmak zorunda kalacaktır. Bu mahkemenin vereceği kararın diğer devlet mahkemelerinde tanınma/tenfiz edilme riski de bulunmaktadır. Her ne kadar, birçok devletin milletlerarası usûl hukuku kurallarında, aşırı yetki kurallarına dayanarak yetki tesis eden yabancı mahkeme kararlarının tanınması/tenfizini engelleyen hükümlere yer verilse de, yine de bu tür kararların, kararın verildiği ülke dışında kesin bir şekilde hüküm doğurmayacağından bahsedilemez. Ayrıca, zaten tanıma/tenfizin istenmeyeceği, örneğin davalının malvarlığının bulunduğu devlet mahkemelerinin aşırı yetki kurallarına dayanarak yetki tesis ettiği hallerde, davalının bu hükmün icrasını engelleme şansı da olmayacaktır. Diğer taraftan, aşırı yetki incelemesinin somut olay odaklı bir değerlendirme gerektirdiği, aşırı yetkinin doğrudan adil yargılanma hakkının ihlali sonucu yaratmadığı da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu konu ile ilgili olarak bkz. aşağıda “Adil Yargılanma Doktrini Kapsamında Davalının Korunması: Aşırı Yetki Kurallarının Bertaraf Edilmesi” başlıklı bölüm.

olanağının sağlanmasını amaçlamaktadır.⁸¹¹ Bu olanak sağlanmadığı takdirde kişilerin adil yargılanma hakkının sunduğu güvencelerden faydalanması mümkün olmayacaktır. Diğer taraftan, davacıya sunulan bu imkân, davalının mahkemeye erişim hakkının gözetilmeyeceği anlamına da gelmemektedir. Davalının gerek mahkemeye erişim, gerekse hukuki dinlenilme hakkının hiçe sayılması sonucunu yaratacak milletlerarası yetki kurallarının kabulü mümkün olmamalıdır.

AİHM içtihadı, henüz, milletlerarası yetki kurallarının adil yargılanma hakkına ilişkin yarattığı sorunlar hakkında açıklayıcı sonuçlar ortaya koymaktan uzaktır. Bununla birlikte AİHK, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda yetkili mahkemenin tespitine ilişkin kuralların AİHS m. 6/f. 1 kapsamında incelenebilecek bir konu olduğunu ifade etmiştir.⁸¹² AİHM, başka bir kararında ise, AİHS m. 6'nın, AİHS'de yer alan diğer hakları güvence altına almak amacıyla, taraf devletlerde yürürlükte olan yetki kurallarının denetimini zorunlu kıldığını ifade etmiştir.⁸¹³ AİHM, yeni tarihli bir kararında, uyuşmazlık ile yakın ilişkili devletin mahkemelerinin yetkisizlik kararı vermesini AİHS m. 6/f. 1'in ihlâli olarak nitelendirmiş ve davanın başka bir devlet mahkemesinde görülebilecek olmasını da mahkemeye erişim hakkının sağlanması açısından yeterli görmemiştir.⁸¹⁴

Doktrinde de, milletlerarası yetki kurallarının AİHS m. 6/f. 1 denetimine tabi olduğu dile getirilmektedir.⁸¹⁵ Bu bağlamda, AİHM'nin, m. 6/f. 1'i uyguladığı mahkemeye erişim hakkına ilişkin geniş içtihadı uygun olduğu ölçüde milletlerarası yetkiye ilişkin sorunlarda da uygulama alanı bulacaktır. Bu noktada, AİHM'nin özellikle, mahkemeye erişim hakkının etkin kullanımı konusundaki içtihadına paralel olarak, taraf devletlerin milletlerarası yetki kurallarının soyut denetiminden ziyade bu kuralların yorumlanması ve uygulanması sonucunda kişilerin mahkemeye erişim ve adil yargılanma haklarının ihlal edilmiş olup olmadığı

⁸¹¹ **Fawcett**, s. 7; **Kiestra**, s. 112.

⁸¹² **Nuyts**, s. 178; **Marchadier**, s. 178-179; **Kiestra**, s. 94 vd. Ayrıca bkz. AİHK B.A. – Birleşik Krallık kararı (Karar Tarihi: 13.05.1976 / Başvuru No: 6200/73); bkz. **Digest of Strasbourg case law relating to the European Convention on Human Rights**, Heymanns-Verlag Köln 1984, s. 269.

⁸¹³ Bkz. yukarıda AİHM *McDonald – Fransa* (kabul edilmezliğe ilişkin) kararı (Karar Tarihi: 29.04.2008 / Başvuru No: 18648/04).

⁸¹⁴ AİHM *Arlewin – İsveç* kararı, prgf. 59-74 (Karar Tarihi: 01.03.2016 / Başvuru No: 22302/10).

⁸¹⁵ Matscher, **DIP face à la CEDH**, s. 218; **Kinsch**, s. 44-45 ve 47 vd.; **Marchadier**, s. 179; **Guez**, s. 156; **Augenstein/Jägers**, s. 13; **Kinsch**, **Procès équitable et privilège de juridiction en matière d'exequatur**, s. 840. Aynı yönde bkz. **Kaya**, s. 229.

üzerinde durması ve somut bir ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin incelemelerde bulunması gerektiği ifade olunmaktadır.⁸¹⁶

Bunun bir sonucu olarak da, AİHM'nin milletlerarası yetki kurallarının adil yargılanma hakkının gereklerine uygun olup olmadığı bakımından sadece bazı genel çizgi ve ilkeler çizmekle yetinebileceği akla gelmektedir. Bu nedenle, taraf devletlerin, adil yargılanma hakkı bakımından “mahkum” edilen milletlerarası yetki kurallarını değiştirme yoluna gitmeyebileceği düşünülebilir. Ancak en azından adil yargılanma hakkını ihlal eden yetki kurallarının yorumlanmasında AİHM içtihadı ile ortaya konulan temel ilkelerin dikkate alınması gerekeceği bir gerçektir.⁸¹⁷

2. Milletlerarası Adaletin İnkârı Doktrininin Milletlerarası Yetki Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi

a. Milletlerarası Adaletin İnkârı Kavramı

Milletlerarası adaletin inkârı (*International Denial of Justice; Le deni de justice internationale*) doktrini, uzun bir süredir devletler hukuku kapsamında tartışılan, içeriği ve tanımı tam olarak belirlenemeyen, uluslararası anlamda kabul gören standartlara bağlanamayan ancak bariz biçimde “göze batan” (*flagrant*), yadsınması mümkün olmayan adaletsizliklerin önüne geçilmesine yönelik fikirlerin dayanağını oluşturan bir doktrindir.⁸¹⁸ Esasen bu kavramın temelinde de kamu düzeni kavramı yatmaktadır; kişilerin hak arama özgürlüklerinin kullanımı bakımından meşru beklentilerinin karşılanması kamu düzeni içinde değerlendirilmesi gereken, ve korunmaya muhtaç bir değerdir.⁸¹⁹

⁸¹⁶ Guez, s. 159. Bu kapsamda yazar, diğer tüm yetki kurallarında olduğu gibi, yetki sözleşmelerinin kabul edilebilir olup olmadığına ilişkin bir “tipolojinin” geliştirilemeyeceğini, somut olay odaklı bir inceleme yapılarak sonuca varılabileceğinin altını çizmektedir. Ayrıca bkz. Dardağan, s. 64 ve s. 256-257.

⁸¹⁷ Guez, s. 159.

⁸¹⁸ Charles De Visscher, *Le déni de justice en droit international*, Recueil des Cours Tome 369 (1935), s. 369 vd.; A. O. Adede, *A Fresh Look at the Meaning of the Doctrine of Denial of Justice Under International Law*, The Canadian Yearbook of International Law, Vol. 14 (1977), s. 73; Paulsson, s. 10 vd.; Kiestra, s. 93. Ayrıca bkz. Sir Gerald Fitzmaurice, *The Meaning of the Term “Denial of Justice”*, The British Yearbook of International Law, Vol. 13 (1932), s. 93-114.

⁸¹⁹ Nikolaou Fragistas, *La compétence internationale en droit privé*, RCADI Tome 104 (1961), s. 173-174.

Milletlerarası adalet anlayışı⁸²⁰ ve devletlerin yaşanan adaletsizlikler karşısındaki sorumlulukları konusundaki farklı yaklaşımlar, milletlerarası adaletin inkârı kavramının sınırlarının net bir şekilde çizilmesini güçleştirmektedir. Dolayısıyla, doktrinde milletlerarası adaletin inkârının bir yandan “tam ve doğru açıklanamayan” bir kavram olduğu dile getirilmekte, diğer yandan “kötüye kullanmaya müsait” genişlikte olduğuna dikkat çekilmektedir.⁸²¹

Milletlerarası adaletin inkârı kavramı, üç ayrı şekilde tanımlanmaktadır: Bu tanımlardan en geniş olan tanım uyarınca, devletlerin sorumluluklarını gerektiren alanların tümü, yani devletlerin yabancılara karşı tüm yanlış işlem ve davranışları milletlerarası adaletin inkârı çerçevesinde değerlendirilmektedir. En dar tanım ise, milletlerarası adaletin inkârını, bir devletin, yabancılardan taraf olduğu uyuşmazlıklarda mahkemeye erişime engel olması veya bu tür uyuşmazlıklarda mahkemece herhangi bir hüküm verilmemesi ile sınırlandırmaktadır.⁸²² Her iki tanımın arasında kalan başka bir tanım uyarınca, milletlerarası adaletin inkârı, yabancılardan taraf olduğu uyuşmazlıklarda, adli ve cezai adaletin, mahkemeye erişimin engellenmesini, usulî hukuka aykırılıkları ve haksız kararları kapsayacak şekilde düzgün yönetilememesidir (*improper administration*).⁸²³

Milletlerarası adaletin inkârı kavramının uluslararası hukuk temelinde tartışılması ve kavram ile ilgili görüşlerin ayrıntılı bir şekilde ele alınması bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Ancak, genel anlamda, yukarıda verilen dar tanımın kabul görmemekte, yabancılardan yalnızca mahkemeye erişiminin sağlanması ile milletlerarası adalet yerine getirilmiş sayılmamaktadır. Zira, bir uyuşmazlık hakkında hüküm verilmesi adaletin sağlanması için yeterli değildir; yabancılardan hukuki olarak korunmasına ilişkin devletlerin uluslararası yükümlülüklerinin tümü milletlerarası adalet kavramı içinde değerlendirilmektedir.⁸²⁴

⁸²⁰ Milletlerarası adalet kavramının içinin doldurulmasında temel olarak iki ilkeden yola çıkılmaktadır: “muamelede eşitlik” ve “ulusal muamele”. Bu iki ilke uyarınca, devletler yabancılara karşı vatandaş ile eşit şartlarda adalete erişim imkânı sunma yükümlülüğü altındadır. Bu yaklaşımın temeli Calvo doktrinine dayanmaktadır. Bkz. **Adede**, s. 79, 23 nolu dn; **Paulsson**, s. 20-23. Bu yaklaşımın, kendi vatandaşlarının haklarını yeterince güvence altına almadığını ileri süren “sermaye ihracatçısı” devletler ise, “uluslararası adalet standartlarının” geliştirilmesi gerektiğini savunarak daha geniş bir koruma sağlamaya çalışmışlardır. Bu bağlamda, yabancı devletlerin sadece yargı organının değil, yasama organının işlemleri de milletlerarası adalet korumasına dahil edilmiştir. Bkz. **Adede**, s. 81-83.

⁸²¹ **Adede**, s. 74; **De Visscher**, s. 369.

⁸²² **Akehurst**, s. 170.

⁸²³ **Adede**, s. 74. Ayrıca bkz. **Paulsson**, s. 57 vd.

⁸²⁴ **Adede**, s. 78-79; **De Visscher**, s. 389-390.

Milletlerarası adaletin inkârı doktrininin, AİHS m. 6/f. 1’de düzenlendiği şekliyle adil yargılanma doktrininden bağımsız bir şekilde, milletlerarası özel hukukun mahkemeye erişim hakkı ile ilgili sorunları hakkında uygulama alanı bulup bulamayacağı tartışılmakla birlikte, olumlu bir sonuca varılamadığını belirtmek gerekir. Zira, milletlerarası adaletin inkârı, adil yargılanma hakkı çerçevesinde geliştirilen ilke ve kurallara oranla, içeriği ve uygulama alanı itibarıyla çok daha belirsizdir. Fakat, hukuk devletinde adaletin inkârı kavramı ve bireylerin adaleti kendi imkânları ile yerine getirmelerinin (ihkâk-ı hak) yasaklanması, adil yargılanma doktrininin ortaya çıkmasından çok daha eski zamanlara dayanmaktadır. Temel haklara / insan haklarına aykırılık kavramlarının, milletlerarası yetki sisteminde başvurulabilecek kavramlar haline gelmesi belirli bir sürecin eseridir. Adil yargılanma hakkının bir insan hakkı olarak kabul edilmediği zamanlarda, adalete erişimi güvence altına almak üzere, adaletin inkârı kavramından yararlanılmıştır.⁸²⁵ Bu açıdan, öteden beri, devletlerin gerek kendi vatandaşlarına karşı, gerekse yabancılara karşı gerekli adli koruma ve etkin hukuki başvuru yollarını açmak ve işletmekle yükümlü oldukları kabul edilmekte, aksi takdirde adaletin inkârına sebebiyet verecekleri ifade edilmektedir.⁸²⁶ Bu bağlamda, devletlerin kendi egemenlik haklarına dayalı olarak kabul ettikleri ve uyguladıkları milletlerarası yetki kurallarının, uluslararası hukukun asgari gereklerine uygun olması gerektiği genel bir kabulü yansıtmaktadır.⁸²⁷

Milletlerarası adaletin inkârı doktrini, çalışmamız bakımından önem arz eden şekliyle ve modern anlamda, ilk defa Fransız usul hukuku doktrininde kullanılmıştır. Fransız mahkemeleri, 1870’lerden bu yana, bireylerin hak arama özgürlüklerini güvence altına almak ve mahkemeye erişimi sağlamak amacıyla adaletin inkârı (*déni de justice*) kavramına dayanarak yetki kazandıklarına hükmetmektedir.⁸²⁸ Zira, Fransız Medeni Kanunu⁸²⁹ m. 4 uyarınca, “kendisine

⁸²⁵ Kinsch, s. 41.

⁸²⁶ Mills, s. 214; Adede, s. 73. Aynı yönde bkz. Fragistas, s. 173-174.

⁸²⁷ Mills, s. 215.

⁸²⁸ Kinsch, s. 41-42; Augenstein/Jägers, s. 30; Laurence Sinopoli, *Le procès équitable en droit international privé français et “européen”*, s. 2, bkz. https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00419087/file/Le_proces_equitable_en_droit_international_prive_francais_et_europeen_-_SINOPOLI_Laurence.pdf; erişim tarihi: 01.06.2014.

Fransız mahkemelerini adaletin inkârı kavramının kullanımına iten süreç, Fransız usûl hukukunu 16-17. yüzyıldan itibaren etkisi altına almış olan ve kaynağını devlet egemenliğinden alan “kamusal yaklaşım” ve bu yaklaşımın sonucunda ortaya çıkan “doğal hakim ilkesi”dir. Bu ilke, Fransız mahkemelerine, kendi vatandaşları üzerinde sınırsız ve münhasır yetki tanırken, yabancı devlet mahkemelerine Fransız vatandaşları arasındaki uyuşmazlıklar bakımından hiçbir yetki tanınamaktaydı. Ayrıca, bu ilke, yabancılar arasındaki uyuşmazlıklarda Fransız mahkemelerine yetki tanınmasına imkân sağlamamaktaydı. Zira, yabancılar arasındaki uyuşmazlıkları çözme

başvurulan hakim, kanunun yetersizliği, belirsizliği veya suskunluğu nedeniyle yetkisizlik kararı vererek yargılama yapmayı reddederse, adaleti inkârı gerekçesiyle sorumlu tutulabilir ve hakkında cezai işlem başlatılabilir.” Fransız doktrinde, bu hükümden hareketle, mahkemeye erişimi sağlamak ve adaletin inkârının önüne geçmek amacıyla, davacının yabancı bir devlet mahkemesine başvurmalarının imkânsız olduğu hallerde, Fransız mahkemelerinin yetkisinin tesis edilmesi gerektiği savunulmuştur.⁸³⁰ Bununla birlikte, adaletin inkârı kavramı, davacının yabancı bir devlet mahkemesine başvurmalarının mümkün olduğu hallerde dahi, Fransız mahkemelerinin yetkisinin tesisinde kullanılagelmiştir.⁸³¹ Bu kapsamda, yabancı mahkemeler tarafından verilen kararların Fransız mahkemelerinde tanınması / tenfizinin mümkün görülmediği durumlarda, Fransız mahkemelerinin adaletin inkârı kapsamında yetki kazandıkları kabul edilmiştir.⁸³²

Adaletin inkârı, doktrinde mahkemeler açısından “istisnai” bir yetki dayanağı⁸³³, davacı açısından ise bir yetki itirazı olarak ortaya çıkmaktadır. Zira, kavram daha çok milletlerarası yetkinin tesis edilemediği hallerde, davacının hak arama özgürlüğünden mahrum bırakılması sonucunun doğmasını engellemek üzere kullanılmıştır. Dolayısıyla, davacı, adil bir yargılama yapacak “tek” makam olarak

konusunda Fransız devletin, başta kendi milli hukukunu uygulamak olmak üzere, herhangi bir menfaatinin bulunmadığı görüşü hakim idi. Fransız mahkemelerinin yalnızca kendi tebaası üzerinde yargı yetkisi olması gerektiği kuralına iki istisna getirilebileceği kabul edilmekteydi: yabancılar arasındaki uyuşmazlığı çözmek konusunda devletin özel bir menfaatinin bulunması -ki Fransa’da bulunan taşınmaz mallara ilişkin uyuşmazlıklar bu istisnaya gösterilebilecek en güzel örnektir- ve milletlerarası anlaşmalarda yer alan hükümler. Bkz. Etienne Pataut, **Principe de souveraineté et conflits de juridictions (Etude de droit international privé)**, LGDJ 1999, s. 72-77.

Fransız usûl hukukunun aşırıya kaçan bu egemenlik yorumu, zamanla, özellikle yabancıların adalete erişim hakkının ihlali sonucunu yaratmıştır. Devletlerin, yabancılara karşı gerçekleştirdikleri işlem ve eylemlerden dolayı uluslararası hukuk çerçevesinde sorumlu tutulmalarını sağlayan gelişmeler, Fransız mahkemelerinin milletlerarası yetki konusunda klasik kamusal yaklaşımı terk etmelerine ve adaletin inkârı doktrinini geliştirmelerine neden olmuştur. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Kinsch**, s. 39 vd; **Corbion**, s. 56 vd.

⁸²⁹ Code Civil Français (Promulgué le 21.03.1804) bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>; erişim tarihi: 08.09.2016.

⁸³⁰ Doktrinde, “yabancı mahkemenin yetkisizliğinin Fransız mahkemelerinin yetkisini tesis ettiği” dile getirilmektedir. Bkz. **Sinopoli**, s. 255-256.

⁸³¹ Sinopoli, **Procès équitable**, s. 3; **Corbion**, s. 206-210; **Augenstein/Jägers**, s. 30. Bu konuda, yeni ve önemli bir karar için bkz. Affaire COMILOG, Cr de Cass. Civ., Chambre Sociale, 28.01.2015, 13–22.994 13–22.995 13–23.003 13–23.004 13–23.005 13–23.006; <https://www.assosherpa.org/affaire-comilog-victoire-pour-les-857-travailleurs-victimes-dun-deni-de-justice>.

⁸³² **Corbion**, s. 208. Diğer taraftan, yabancı bir mahkeme kararının başka bir yabancı ülkede tanınmayacak / tenfiz edilmeyecek olması, Fransız mahkemeleri bakımından adaletin inkârına dayalı bir yetki tesisi sebebi olarak görülmemektedir. Fransız mahkemelerinin adaletin inkârı doktrinine dayalı yetkisi, ancak yabancı mahkemenin vereceği kararın Fransa’da tanıma / tenfiz talebine konu olması halinde doğacaktır (bkz. s. 210).

⁸³³ **Marchadier**, s. 100. Ayrıca bkz. Isabelle Pingel, **De l'immunité de juridiction des organisations internationales constitutive d'un déni de justice**, *Revue critique de droit international privé* 2005, s. 447 vd.

belirli bir devlet mahkemesine başvurduğu ve bu mahkemelerin yetkisizlik kararı vererek yargılama yapmadığı hallerde, adaletin inkârı itirazında bulunabilecektir.

Bu bağlamda, günümüzde, adaletin inkârı doktrininin aşağıda ele alacağımız *forum necessitatis* doktrinine dayanak oluşturduğu belirtilmektedir.⁸³⁴ Mahkemeye erişim hakkının kendisinin bir yetki kriteri olarak kabul edilmesi gerektiği fikri, adaletin inkârına dayalı yetki tesisini haklı kılmaktadır.⁸³⁵ Zira, mahkemeye erişim hakkı, evrensel bir değer olarak, milletlerarası kamu düzeni kapsamında korunmaktadır.⁸³⁶ Fransız mahkemeleri, adaletin inkârına sebebiyet vermemek amacıyla, acil durum veya ihtiyaç sebebiyle yetki kazanan mahkeme (*for de nécessité/secours*) sıfatıyla yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda yetki tesisi yoluna gitmektedir.⁸³⁷

Milletlerarası yetki kuralları dahilinde uygulama alanı bulan adaletin usul hukuku bakımından inkârıdır. Ancak, adaletin inkârı doktrini temel olarak ikiye ayrılmaktadır: maddi adaletin inkârı (*substantive denial of justice*) ve usulî adaletin inkârı (*formal denial of justice*). Maddi adaletin inkârı, yargılamanın taraflarının esasa ilişkin taleplerinin adalete uygun bir çözüme kavuşturulmaması (*unjust judgment*) olarak nitelendirilmektedir.⁸³⁸ Bu durum, maddi hukukun yanlış uygulanmasına dayanabileceği gibi, yabancı devletin uyuşmazlık bakımından uygulanacak kurallarının insan hakları ve uluslararası adalet standartlarına uygun olmaması şeklinde ortaya çıkabilmektedir.⁸³⁹

⁸³⁴ Kinsch, s. 44.

⁸³⁵ Guez, s. 157.

⁸³⁶ Véronique Moissinac Massénat, **Immunité de juridiction et droit à un tribunal, La Semaine Juridique Edition Générale n° 52, 2005 (II10185)**, s. 4.

⁸³⁷ Fransız mahkemeleri sadece devlet yargısına tabi olan uyuşmazlıklarda değil, tahkim yargılamaları bakımından da bu doktrine başvurmaktadır. Örneğin, hakem heyetinin kurulamaması nedeniyle tahkim yargılamasının gerçekleştirilemediği bir uyuşmazlıkta, Paris mahkemesi, hakem heyetinin kurulmasına yardım edebilmek üzere, “*for de nécessité*” olarak kendini yetkili saymıştır. Bkz. Cr de Cass. Civ. 1ere, Arrêt no. 404, 01.02.2005 (bkz. https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/02_15.237_635.html ; erişim tarihi:). Ayrıca bkz. Balkar- Bozkurt, s. 139-140. Ayrıca bkz. Thomas Clay, **Un déni de justice peut justifier la compétence internationale du juge français, Revue critique de droit international privé 2006**, s. 140 vd. Yazar, tahkim dahi olsa, AİHS m. 6 ile güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkına uygun olarak, tarafların tahkim yargılamasına erişiminin imkânsız olduğu durumlarda, Fransız hakiminin tahkime yardım ve işbirliği görevi gereğince yetki kazanabileceğini dile getirmektedir. Ayrıca bkz. Cr. de Cass (Ch. civ.), *Etat d’Israël c. National Iranian oil Company*, (Pr. n° 01-13.742 / n° 02-15.237) 01.02.2005; bkz. https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/02_15.237_635.html.

⁸³⁸ Adede, s. 86-87; Kiestra, s. 116.

⁸³⁹ Maddi adaletin inkârı uluslararası hukukta, yargı organlarının hukuku yanlış uygulaması olarak ele alınmakta ve esasen maddi adaletin inkârı milletlerarası adaletin inkârı kapsamında kabul görmemektedir. Doktrinde, maddi adaletin inkârı sonucunu doğuran bir yargı kararının mutlaka bir tarafın adil şekilde dinlenmemesine bağlı olacağı, dolayısıyla aslında kararın maddi hukukun yanlış

Örneğin, boşanmaya dayalı bir velayet davasında, davanın açılacağı yetkili yabancı mahkemenin, çocuğun üstün menfaati konusunda hiçbir sorgulama yapmadan, velayeti doğrudan kendi vatandaşı anne veya babaya verecek olması karşısında, velayet talebinde bulunan tarafın, yetkili yabancı devlet mahkemelerinde dava açmaya zorlanmasının AİHS m. 6/f. 1 ile güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının AİHS ile güvence altına alınan diğer temel hak ve özgürlüklerinden biri ile birlikte ihlal edildiğini ileri sürdüğünü farz edelim. Bu iddia karşısında, başvuru devlet mahkemelerinin AİHS m. 6/f. 1'e dayanarak, velayet talebinde bulunan kişinin mahkemeye erişim hakkını ihlal etmemek için milletlerarası yetki kuralları uyarınca yetkisiz olmasına rağmen yetki tesis etmesi gerektiğini kabul etmek mümkün müdür? Bir yargılamada, esasa ilişkin taleplerin adil bir şekilde sonuçlandırılmayacağı iddiasının usulî adaletin inkârı kapsamında tartışılan mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak değerlendirilmesinin, mahkemeye erişim hakkının aşırı şekilde geniş yorumlanması anlamına geleceği ifade edilmektedir.⁸⁴⁰ Zira, AİHS m. 6/f. 1'in maddi hukuk açısından bir güvence sağlamadığı, mahkemeye erişimi usulî anlamda adil yargılanma hakkı çerçevesinde garanti altına aldığı vurgulanmaktadır.⁸⁴¹ Bunun sonucu olarak, yargı organları nezdinde hak arayan bir kişinin, AİHS m. 6/f. 1 kapsamındaki tüm usulî güvenceleri taşıyan bir devlet mahkemesine erişiminin sağlanması halinde, bu mahkemede uygulanacak hukuk kuralları ve ulaşılabilecek maddi sonucun başka bir ülkenin maddi hukuk kuralları ve hatta kamu düzeni ile çatışacak olması (maddi adaletin inkârı) dikkate alınmayacaktır. Bununla birlikte, bir yabancı devlet mahkemesinin verdiği kararın, başka bir ülkede tanınması / tenfiz açısından kamu düzenine aykırılık engeli ile karşılaşmaması gerektiği de unutulmamalıdır. Bu görüş benimsendiği takdirde, davacının, tanıma / tenfiz talebinde bulunacağı durumlarda, her ne kadar uyuşmazlığı esastan gören mahkemede usulî adaletin inkârı ile karşılaşmadığı söylenebilecekse de, tanınmayacak / tenfiz edilmeyecek bir hükmün davacı bakımından yararsız olduğu düşünüldüğünde, aşağıda inceleyeceğimiz başka bir noktaya gelineceği açıktır: şayet, davacıdan yetkili

uygulanması sebebiyle değil, adil bir yargılama yapılmaması sebebiyle adaletin inkârına yol açacağı ve devletin sorumluluğunun doğacağı belirtilmektedir. Bkz. **Paulsson**, s. 82. Bununla birlikte, milletlerarası özel hukuk bakımından önemli olan, maddi hukukun doğru ya da yanlış uygulanmasından ziyade, ortaya çıkan sonucun diğer yabancı devletlerce kabul edilebilir olup olmadığıdır. Bu bağlamda, maddi adaletin inkârı kavramına devletler hukuku kapsamında verilen anlam ile milletlerarası özel hukuk bakımından verilen anlamın farklı olduğu anlaşılmaktadır.

⁸⁴⁰ **Kiestra**, s. 117.

⁸⁴¹ **Kiestra**, s. 117.

yabancı mahkemeye başvurması makul bir biçimde beklenemeyecekse (*forum necessitatis* doktrini), bu durumda başvuru devlet mahkemesinin (*for*) kendini yetkili sayması gerekeceği görüşü benimsendiği takdirde, maddi adaletin inkârının açık olduğu durumlarda da başvuru mahkemenin (*for*) kendini yetkili görmesi gerektiği savunulabilecektir. Başka bir anlatım ile, “yabancı mahkemenin uluslararası evrensel adalet ilkelerini (maddi adaleti) inkâr ederek verdiği bir kararın tanınmayacak / tenfiz edilmeyecek olması, başvuru mahkeme (*for*) bakımından usulî adaletin inkârı anlamına gelecektir”.⁸⁴²

Adaletin inkârı doktrini çerçevesinde hak arayışında bulunan kişilere asgari usulî standartları haiz bir yargı organına başvurma olanağının sunulması gerektiği meselenin sadece bir boyutudur. Adaletin inkârını engelleme düşüncesi, her devletin kendi yer itibarıyla yetki kurallarını uygulamakla yükümlü olduğu gerçeğini ortadan kaldırmamaktadır. Bu açıdan, milletlerarası sözleşmeler bir yana, milletlerarası hukuka dayanan bir yetki kuralı yoktur; “*milletlerarası yetki, kaynağı itibarıyla millidir.*”⁸⁴³ Dolayısıyla, milletlerarası usul hukukunda, devletlerin, bir uyumsuzluk hakkında mutlaka yetki tesis etmek gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.⁸⁴⁴ Bu bağlamda, mahkemeler, kendi hukuklarında yer alan milletlerarası yetki kuralları uyarınca yer itibarıyla yetkili olduklarına karar verebilecekleri gibi, yetkisiz olduklarına hükmederek davanın reddi yönünde karar verme hakkına da sahiptir. Bu noktada, temel hak ve hürriyetlerin, özellikle adil yargılanma hakkının, milletlerarası usul hukukunun yetkiye ilişkin sorunlarının çözümünde dikkate alınması gereken önemli bir unsur olduğunun da altı

⁸⁴² **Corbion** s. 204.

⁸⁴³ Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s. 18; Nomer, **Yetki Mefhumu**, s. 394. Aynı yönde bkz. **Mills**, s. 203: “*Milletlerarası yetki, her devlet açısından, ülkesel hak ve yetkilere dayanan bir sorundur.*” Ayrıca bkz. Vahit Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Savaş Yayıncılık, Ankara 2017**, s. 48.

⁸⁴⁴ **Kiestra**, s. 88; **Marchadier**, s. 73; **Corbion**, s. 80. Yazar, “uluslararası hukukun, devletlere, adaletin inkârını önlemek üzere kendi mahkemelerinin yetkisini tesis etme hakkı tanıdığını, ancak, hiçbir devlet mahkemesinin kendini yeterince ilgili görmediği bir uyumsuzluğu mutlaka çözmek gibi bir yükümlülük getirmedigini” belirtmektedir. Daha açık bir ifadeyle, bir devlet mahkemesi, davacının adalete erişimini sağlamak amacıyla yetki tesisinde bulunabilir. Fakat, şayet, uyumsuzluk ile kendi mahkemeleri arasında makul veya yeterli bir ilişki görmüyorsa, davacı başka hiçbir yabancı devlet mahkemesine başvuramayacak olsa dahi, hiçbir devletin kendi mahkemelerini yetkili kılmak gibi bir zorunluluğu yoktur. Kanımızca bu konuda, bu denli kesin bir sonuca varmak doğru ve mümkün değildir. Davacının başvurduğu mahkemenin kendini yetkili saymak konusundaki yükümlülüğü somut olay odaklı bir değerlendirmeye tabidir. Her ne kadar, bir devlet mahkemesinin kendisi ile bağlantılı görmediği bir uyumsuzluğu çözümlmek konusunda bir zorunluluğu olmasa da, milletlerarası adaletin inkârı doktrininin, “kişileri yargıya ulaşmak konusunda çözümsüz bırakmama” fikri üzerine kurulu olduğu unutulmamalıdır.

çizilmektedir.⁸⁴⁵ Adaletin inkârı doktrini, devletlerin sahip olduğu egemenlik hakkını ve bu hakkın milletlerarası yetki kurallarındaki yansımaları hak arayan kişiden yana kullanması fikrine dayanmaktadır.

Adaletin inkârı kavramı ile ilgili tartışmalar bir yana, uluslararası hukukun, milletlerarası yetki kurallarının belirlenmesi konusunda, “teamül” olarak nitelendirilebilecek kurallara yer verdiğinden bahsedilememektedir.⁸⁴⁶ Bununla birlikte, devletler hukukunda ortaya konmuş bazı temel ilkeler söz konusudur. Devletlerin yargı yetkisini, egemenlik ilkesine dayandıran uluslararası hukuk anlayışının ortaya koyduğu en temel ilke, “her devletin yalnızca kendi mahkemelerinin yetkisini düzenleyebileceği”, bunun sonucu olarak da yabancı devlet mahkemelerine yetki veremeyeceği”ne ilişkindir.⁸⁴⁷ Ancak, her ne kadar, devletler hukukunun milletlerarası yetki kuralları üzerinde bir etkisi olmadığı savunulmakta ise de, devletlerin yetki kurallarını düzenlerken, özellikle kendi mahkemelerinde verilen kararların yabancı ülkelerde etki doğurabilmesine yönelik menfaatleri dikkate almaları gerektiği bir gerçektir.

Kanımızca, her ne kadar somut bir teamül kuralı olarak kabul görmese de, uluslararası hukukun milletlerarası yetki konusunda ortaya koyduğu belki de tek kesin ve net ilke, yukarıda bahsi geçen, “uyuşmazlık ile mahkeme arasında makul bir ilişkinin aranması” kuralıdır. Uyuşmazlık ile ilgisi olmayan mahkemelere verilen kararların yabancı devletlerce tanınmasının / tenfizinin mümkün olmaması,

⁸⁴⁵ **Kiestra**, s. 86. Kamu düzeninin milletlerarası yetki bakımından dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. **Fragistas**, s. 173-174.

⁸⁴⁶ **Kiestra**, s. 90; **Dardağan**, s. 45. Devletler hukukunun milletlerarası yetki kuralları üzerinde herhangi bir etkisi olmadığını savunan görüşler ile milletlerarası yetki kurallarının uluslararası hukukta yer alan ilkelere uygun olması gerektiğini savunan görüşler için bkz. Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s. 250-253; **Dardağan**, s. 8 vd.

⁸⁴⁷ Devletlerin sahip olduğu yargı yetkisini egemenlik ilkesine dayandıran anlayış ve farklı yaklaşımlar ile ilgili ayrıntılı incelemeler için bkz. **Pataut**, s. 70 vd.; F.A. Mann, **The Doctrine of Jurisdiction in International Law, Recueil des Cours, Vol. 111 (1964)**, s. 1-162; Pierre Mayer, **Droit international privé et droit international public sous l’angle de la notion de compétence, RCDIP 1979**, s. 349 vd.; **Corbion**, s. 33 vd.

Yabancı devletlerin, devlet temsilcilerinin ve bazı kurum ve kuruluşların yargı ve icra bağımsızlığına ilişkin kurallar “devletlerin yetki kurallarının düzenlenmesine getirilen sınırlamalar” olarak ele alınsa da (bkz. **Kiestra**, s. 90) aslında yargı ve icra bağımsızlığı ile ilgili kuralların yer itibarıyla yetkiyi değil, devletlerin yargı yetkisini sınırlayan kurallar olduğu göz önüne alındığında, bu konuya ilişkin düzenlemeler yer itibarıyla yetkinin düzenlenmesinde “teamül” kuralı olarak değerlendirilemeyecektir.

⁸⁴⁸ Kıta Avrupası hukuklarından farklı olarak, Anglosakson hukuklarında devletin “yargı yetkisi”, “milletlerarası yetki”sinden net bir şekilde ayrılmamaktadır. Anglosakson hukukunda yargı yetkisinin temelinde davalının ülke üzerindeki fiziksel otoritesi yer almaktadır. Devletin yargı yetkisi uluslararası hukukun egemenlik anlayışına dayalıdır; oysa Kıta Avrupası hukukları uyarınca, milletlerarası yetki ise yabancı unsurlu davalara bakma yetkisini ifade eder ve milli hukuka ilişkin bir kavramdır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Dardağan**, s. 16-17. Ayrıca bkz. Nomer, **Yetki Mefhumu**, s. 396-398 ve s. 403 vd.; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s. 28-32; **E.Erdoğan**, s. 117-118.

aşırı yetki kurallarının, devletler hukuku bakımından dolaylı olarak da olsa kabul edilmediğinin göstergesidir.⁸⁴⁹ Bu durum, devletleri, uluslararası anlamda kabul gören yetki kuralları düzenlemek konusunda zorlasa da, yine de devletlerin, taraf oldukları bazı sözleşmelerde yer alan yetki kuralları hariç olmak üzere, kendi mahkemelerinin yetkisini tesis etmek konusunda serbest oldukları, uluslararası hukukun milletlerarası yetkinin kullanımı bakımından devletlerin sahip olduğu serbestiyi sınırlayan bir kural koymadığı unutulmamalıdır.⁸⁵⁰

b. Milletlerarası Adaletin İnkârı Doktrininin Adil Yargılanma ve Mahkemeye Erişim Hakkı Bakımından Uygulanması

AİHS'in m. 6/f. 1 kapsamında güvence altına aldığı ve AİHS'e taraf devlet mahkemelerine başvuran herkesin, yabancı-vatandaş ayrımı gözetmeksizin, etkin bir biçimde yararlandırılmasını öngördüğü adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkının, milletlerarası yetki kurallarının düzenlenmesi ve yorumlanması bakımından uygulanıp uygulanamayacağı sorusuna Komisyon'un olumlu cevap verdiğini yukarıda dile getirmiştik. Fakat, bu olumlu cevap, konun derinliği ve ortaya çıkabilecek sorunların inceliği karşısında detaylı şekilde incelenmeye muhtaçtır. Milletlerarası yetkiye ilişkin sorunlar daha çok mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkı kavramlarından farklı ve daha soyut bir kavram olarak adaletin inkârı kavramı çerçevesinde değerlendirilmektedir. Ancak adaletin inkârını engelleme düşüncesinin altında, bazı durumlarda, davacıya mahkemeye erişimini imkânı sunma, bazı durumlarda ise davalının uyuşmazlık ile ilgisi olmayan bir mahkeme önünde kendini savunmak zorunda kalmasının önlenmesini sağlama amacı yatmaktadır.

Adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkının milletlerarası yetki kuralları bakımından uygulanmasının sınırları ve mahkemeye erişim hakkının milletlerarası yetki kuralları bakımından ne şekilde dikkate alınıp uygulanabileceğine ilişkin birçok soru ile karşılaşmaktadır. Örneğin, AİHS'e taraf bir devlet mahkemesinin, kendi milletlerarası yetki kurallarına dayanarak yetkisiz

⁸⁴⁹ **Kiestra**, s. 92; **Dardağan**, s. 20. Ayrıca bkz. **Nomer**, s. 516-517. Yazar, milletlerarası yetki kurallarının düzenlenişi ile tanıma / tenfize ilişkin hükümlerin birbirinden ayrı tutulması gerektiğini belirtmekle birlikte, milletlerarası yetki bakımından "güven zaafı taşıyan" kuralların tanıma /tenfiz hukukunda hoş görülmediğini belirtmektedir.

⁸⁵⁰ **Nomer**, **Yetki Mefhumu**, s. 400-401; **Nomer**, s. 516-517; **Dardağan**, s. 37; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s. 253: "Devletler hukuku, milletlerarası yetkiye ilişkin kurallar getirmemekte; bu kuralları oluşturacak devletler açısından genel bir prensip tesis etmektedir."

olduğuna karar vermesi halinde, davacının mahkemeye erişim hakkına dayanarak bu karara itiraz etmesi mümkün görülmeli midir? Böyle bir durumda, AİHS'e taraf devlet mahkemelerinin davacının mahkemeye erişimini sağlamak üzere, kendi yetki kurallarına göre yetkili olmaması halinde dahi davaya bakmak gibi bir görevi veya yükümlülüğü bulunmakta mıdır? Bu noktada AİHS'e taraf devletlerin, mahkemeye erişim hakkının sağlanmasına yönelik pozitif yükümlülüklerine başvurulabilir mi?

Doktrinde, ilk bakışta olumlu cevap verilemeyecek gibi gözükse de, bu durumun tartışmaya değer olduğu belirtilmektedir. Zira, AİHS'e taraf bir devlet mahkemesinin, kendi yetki kurallarına dayalı olarak yer itibariyle yetkiyi haiz olup olmadığına ilişkin kararını verirken AİHS'e uygun davranması gerektiğinin altı çizilmektedir.⁸⁵¹ Diğer bir ifade ile, adaletin inkârının, milletlerarası anlamda meşru olmadığı vurgulanmaktadır.⁸⁵² Bu çerçevede, AİHS'e taraf devlet mahkemelerinin, davacının başka bir devlet mahkemesine başvurma hakkına veya imkânına sahip olup olmadığını dikkate almaksızın, yalnızca kendi yetki kurallarına dayanarak kendisine yapılan başvuruyu reddedemeyeceği savunulmaktadır.⁸⁵³ Bu kapsamda, AİHS'e taraf devletlerin, yabancı devlet mahkemelerinin yetkili olup olmadığını denetlemekle yükümlü oldukları kabul edilmekte, bu denetimin, milletlerarası usul hukuku bakımından, “dolaylı yetki denetimi” olarak adlandırıldığı ifade edilmektedir.⁸⁵⁴

AİHS'e taraf devlet mahkemelerinin yer itibariyle yetkili olmadıklarını beyan ederek reddettikleri yabancılık unsuru içeren bir davanın, başka bir devlet mahkemesinde görülme imkânının olup olmadığı, varsa da, bu devlet mahkemelerinin AİHS m. 6 ile belirlenen standartlara uygun bir yargılama yapıp yapmayacağı sorusuna verilecek cevap önemlidir. O halde, yetkisizlik kararı veren taraf devlet mahkemesinin, davacının adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği yönünde kesin bir yargıya dayanması gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu

⁸⁵¹ **Kiestra**, s. 94. Aynı yönde bkz. **Marchadier**, s. 48; **Sinopoli**, s. 90-91. Yazar, uyuşmazlık ile başvurulmuş devlet (Fransa) mahkemeleri arasında bağlantı olması halinde, yetkisizlik kararının meşru olmayacağını dile getirmektedir..

⁸⁵² **Miaja de la Muela**, s. 47.

⁸⁵³ **Marchadier**, s. 116 ve s. 121; **Kiestra**, s. 95. Bununla birlikte, yazar, sorunun daha çok yerleşim yeri AİHS'e taraf olmayan bir ülkede bulunan davacılar için söz konusu olabileceğini dile getirmektedir (bkz. s. 94).

⁸⁵⁴ **Sinopoli**, s. 257-258. Yazar, Fransız mahkemelerinin vereceği yetkisizlik kararının AİHS'e uygun olsa da, ortaya çıkan sonucun AİHS m. 6'yı ihlal edeceğini, bu nedenle, Fransız mahkemelerinin dolaylı olarak kazanacağı yetkinin, kişilerin “dolaylı olarak korunmasına hizmet edeceğini” ortaya koymaktadır. Kanımızca, yazarın bahsettiği kavram olarak “dolaylı yetki denetimi”, tanıma / tenfiz hukukundaki dolaylı yetki denetiminin milletlerarası yetkideki yansıması niteliğindedir..

açından, doktrinde, AİHS'in mahkemeye erişim hakkına ilişkin taraf devletlere yüklediği yükümlülüklerin “sonuç borcu” doğurduğu belirtilmektedir.⁸⁵⁵

Gerçekten de, AİHM'nin yabancılık unsuru taşımayan uyuşmazlıklar bakımından verdiği adaletin inkârına ilişkin kararlara bakıldığında, milletlerarası yetki konusunda da paralel bazı sonuçlara ulaşılması kaçınılmazdır. Çalışmamızın birinci bölümünde ifade ettiğimiz üzere, AİHM, özellikle olumsuz yetki çatışması kapsamında, kişilerin dava konusu haklarının hiçbir yargı organı tarafından çözüme kavuşturulmaması ve böylece hukuki korunma taleplerinin cevapsız bırakılması halinde adaletin inkârı sonucunun ortaya çıktığına hükmetmektedir.⁸⁵⁶

Doktrinin ve AİHM içtihadının ortaya koyduğu üzere, AİHS m. 6/f. 1, kişilere özel olarak belirli bir devlet mahkemesine erişim hakkı, yani “erişmek istenilen” mahkeme açısından sınırsız bir seçim hakkı tanımadığı gibi, bu devlet mahkemesinin de kendi yargılama usulünde yer alan kurallar dahilinde kendisini yetkisiz saymasına engel olmamaktadır.⁸⁵⁷ Zira, yabancılık unsuru taşısın ya da taşımasın, yetki tesisi egemenliğe dayalı bir hak ve yükümlülük olduğundan, yetki kurallarının düzenlenmesinde esas alınan menfaatler AİHM'nin “meşru amaç” kriterine uygun düşmektedir. Böylece, AİHS'e taraf devlet mahkemelerince verilen yetkisizlik kararları, kural olarak mahkemeye erişim hakkının meşru ve orantılı sınırlamalarından birini teşkil etmektedir.

Dolayısıyla, mahkemeye erişim hakkının, özel hukuka ilişkin yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda, “milletlerarası evrensel yetkinin tesisini” zorunlu kılmadığının altı çizilmelidir.⁸⁵⁸ AİHM(K), “bazı durumlarda”, milletlerarası yetki kurallarının AİHS m. 6 bakımından sorun yaratabileceğini dile getirse de, kesin yargılara varmamaktadır. Doktrinde bu durum, “AİHS organlarının, taraf

⁸⁵⁵ **Marchadier**, s. 75. Yazar, “AİHS'in kişilere, yetkili bir mahkeme elde etmek konusunda dolaylı bir araç sağladığını” belirtmektedir. Bkz. s. 184.

⁸⁵⁶ Bkz. yukarıda AİHM *Beneficio Cappella Paolini – San Marino* kararı, prgf. 26-29.

⁸⁵⁷ **Nuyts**, s. 177; **Fawcett**, s. 7; **Kiestra**, s. 128; Matscher, **DIP face à la CEDH**, s. 219; **Sinopoli**, s. 142; **Kinsch**, s. 66. Ayrıca bkz. yukarıda AİHK'nın 6200/73 nolu başvuru hakkında 13.05.1976 tarihli kararı; AİHM Bayrak – Almanya (kabul edilmezlik) kararı (Karar Tarihi: 06.07.2000 / Başvuru No: 27937/95). AİHM bu kararında, milletlerarası yetki kuralları uyarınca, yetkisiz olduğuna karar veren Alman mahkemesi kararının AİHS m. 6/f. 1 ile korunan mahkemeye erişim hakkını ihlâl etmediğine karar vermiştir. AİHM, taraf iradelerini (isteklerini) sınırlayan milletlerarası özel hukuk kurallarının AİHS m. 6/f. 1'e aykırı olmadığını dile getirmiştir. Zira karara konu olayda başvuru, sırf Alman mahkemelerini yetkili kılmak amacıyla, hileli bir şekilde, esas uyuşmazlığın konusunu oluşturan alacak hakkını Almanya'da kurulu şirketine temlik etmiştir. Başvurucunun uyuşmazlığın Alman mahkemelerinde görülmesini sağlamak amacıyla yaptığı bu işlem, Alman mahkemeleri tarafından kabul görmemiştir. AİHM, Alman mahkemelerinin yetkisizlik kararını mahkemeye erişim hakkı bakımından meşru bir sınırlama olarak nitelendirmiştir. Kararın değerlendirmesi için bkz. **Marchadier**, s. 119-120.

⁸⁵⁸ **Marchadier**, s. 120.

devletlerin milletlerarası yetki kurallarını tartışmaya açmaktan bilinçli olarak kaçındığı” şeklinde yorumlanmakta, böylece AİHS m. 6’ya dayanarak AİHM’ye yapılacak ciddi sayıdaki başvurunun yolunun kapatılmak istendiği dile getirilmektedir.⁸⁵⁹

Milletlerarası yetki konusunda kesin yargılara varmaktan ve soyut bazı kural ve ilkeleri ortaya koymaktan kaçınan AİHM, yeni bir kararında, somut olayın özellikleri gereğince, mahkemeye etkin erişimin sağlanmadığı gerekçesiyle İsveç mahkemesinin verdiği yetkisizlik kararının AİHS m. 6/f. 1’i ihlal ettiğine hükmetmiştir. Karara konu olayda, İsveç’de faaliyette bulunan bir şirket tarafından desteklenen ve İsveç’de çekilerek, uydu yoluyla İngiltere’de kurulu bir yayıncı şirkete gönderilen ve daha sonra tekrar İsveç’de İsveççe olarak yayımlanan bir programda, İsveç’de faaliyet göstermekte olan başvurucu ve şirketi hakkında kötüleyici ifadeler yer verilmiştir. Başvuru, uyuşmazlığın tüm unsurlarının İsveç’de gerçekleştiğini, kendisinin İsveç’de tanındığını ve zararının burada oluştuğunu ifade etmiştir. İsveç mahkemeleri ise, olaydaki yayının ifade özgürlüğüne ve ceza hukukuna ilişkin mevzuat kapsamında yer almadığını ayrıca söz konusu uydu yayınının İsveç’den yapılmadığını belirterek, uygulanan iç hukuk kurallarına göre yetki tesis edilmesinin mümkün olmadığına karar etmiş, başvurusunun konu ile ilgili Brüksel I Tüzüğü hükümlerinin AAD tarafından (ön mesele şeklinde) yorumlanması gerektiğine ilişkin talebini de reddetmiştir.

AİHM ise, somut olayda, uyuşmazlığın tüm unsurlarının İsveç’i ilgilendirdiğini ifade ettikten sonra, İsveç mahkemelerinin, başvurusunun İngiliz mahkemelerine başvurabileceğini de dikkate alarak yetkisizlik kararı vermesini AİHS m. 6/f. 1’e aykırı bulmuştur. AİHM’ye göre, İngiliz mahkemelerinin yetkisinden bağımsız olarak, İsveç devletinin başvurusunun mahkemeye etkin şekilde ulaşmasını sağlama yükümlülüğü vardır ve İsveç devletinin, başka (alternatif) bir devletin mahkemelerinin yetkili olması gerekçesiyle bu yükümlülüklerinden kurtulması mümkün değildir. Bu çerçevede, AİHM, iç hukuktaki yetkiye ilişkin hükümlerin, mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılması

⁸⁵⁹ **Sinopoli**, s. 143-144. Yazara göre, AİHM, “milletlerarası uyuşmazlıklarda yer itibariyle yetki kurallarının, adil yargılanma hakkı kapsamında bazı şartlara tabi tutulup tutulamayacağı” konusunda suskun kalmaktadır. **Marchadier** de, AİHM’nin, kişilerin mutlaka yetkili bir mahkeme bulabileceklerine ilişkin inancı nedeniyle, taraf devletlerin milletlerarası yetki kurallarının, mahkemeye erişim hakkının ihlâl edici niteliğini görmezden geldiğini ifade etmektedir. Bkz. **Marchadier**, s. 121.

konusunda ölçülü olmaktan uzak olduğunu vurgulamıştır.⁸⁶⁰ Dolayısıyla, davacının yetkili mahkemeyi seçmek konusunda sınırsız bir seçim hakkı veya özgürlüğü olduğundan bahsedilemeyecekse de, “adil yargılanma hakkının yükümlüsü olan devletler”in de, kendi yargı alanı içine giren, kendi mahkemeleri ile ilişkili bulunan uyuşmazlıklarda, başka bir devlet mahkemeleri yetkili olsa dahi, yetkisizlik kararı vermek konusunda sınırsız bir serbestiye sahip olmadığı açıktır.

Doktrinde, AİHM’nin “davacıya istediği ülke mahkemesinde dava açma hakkı tanımayan” kararlarının, sadece kendi yetki kuralları uyarınca yetkisiz olan mahkemeleri kapsadığı belirtilmekte, yetkili birden fazla devlet mahkemesinin bulunduğu durumlarda seçim hakkının her zaman davacıya ait olacağının altı çizilmektedir.⁸⁶¹ Gerçekten de, davacının hakkını ileri sürebileceği ve adil yargılanma güvencelerini sağlayan başka bir devlet mahkemesinin yetkili olabileceği durumlarda, sırf davacının belirli bir ülke mahkemesine başvurmak istemesi nedeniyle, yetkisiz bir mahkemenin davaya bakması mümkün değildir.

Diğer taraftan, şayet bir mahkeme kendi yetkisine giren bir davada, kanuna aykırı (keyfi) olarak kendisini yetkisiz sayar veya yetkisini sınırlarsa, usulî adaletin inkârı (*formal denial of justice*) sonucunda AİHS m. 6/f. 1 ihlal edilmiş olacaktır.⁸⁶² Böyle bir durumda zaten yetki kuralının yanlış yorumlanması ve uygulanması söz konusu olduğundan iç hukukta yer alan denetim mekanizmalarının devreye girmesi olasıdır. Bununla birlikte, AİHS’e taraf devlet mahkemelerinde kanuna aykırı olarak verilmiş yetkisizlik kararlarının bir şekilde kesinleşmesi halinde, AİHM’nin adil yargılanma hakkı kapsamında yapacağı denetim sonucunda ihlal kararı verilecektir. Sonuç olarak, AİHS m. 6/f. 1 ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkı, milletlerarası uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulan yer itibarıyla yetki kurallarının yanlış uygulanarak kişilerin mahkemeye erişimlerinin engellenmesine veya bu kuralların mahkemeye erişim hakkını ihlal edecek şekilde yorumlanmasına engel olmaktadır.

Milletlerarası usul hukuku uyuşmazlıklarında yer itibarıyla yetki kurallarının yanlış uygulanarak mahkemeye erişimin engellenmesi dışında, adil yargılanma doktrini kapsamında tartışılan bir diğer husus, yukarıda milletlerarası

⁸⁶⁰ Bkz. yukarıda AİHM *Arlewin – İsveç* kararı, prgf. 71-74.

⁸⁶¹ **Guez**, s. 158.

⁸⁶² **Grisel**, s. 81. Aynı yönde bkz. **Marchadier**, s. 123. Ayrıca bkz. yukarıda AİHM *Bayrak - Almanya* (kabul edilmezliğe ilişkin) kararı. AİHM, bu kararında “Alman mahkemesinin derin bir inceleme sonucunda yetkisiz olduğuna karar verdiğini ve kararını gerekçelendirdiğini” ifade etmiştir.

adaletin inkârı doktrini ile ilgili bölümde yer verdiğimiz, “davacının AİHS m. 6/f. 1’de düzenlenen standartlara uygun şekilde yargılama yapabilecek bir mahkemeye erişememesi, böyle bir mahkemenin milletlerarası yetki kuralları dahilinde yetkilendirilememesi”dir. AİHK, kabul edilmezliğe ilişkin verdiği bir kararında⁸⁶³ bu sorunu tam olarak incelemese de, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda başvurulacak yetki kurallarının mahkemeye erişim hakkı dahilinde değerlendirmeye tabi tutulabileceğini dile getirmiştir.⁸⁶⁴

Adil yargılanma güvencelerini haiz bir mahkemede yargılama yapılamayacağına ilişkin iddia, davacı tarafından ileri sürüldüğünde mahkemeye erişim hakkı sorgulanmakta, davalı tarafından ileri sürüldüğünde ise, aşağıda inceleneceği üzere, genel anlamda adil yargılanma hakkı inceleme konusu yapılmaktadır.⁸⁶⁵ Diğer taraftan, yer itibariyle yetki kurallarının milletlerarası uyuşmazlıklarda davacı veya davalı bakımından yarattığı sorunların, “uyuşmazlığın milletlerarası niteliği” göz önüne alınarak çözümlenmesi gerektiği bir gerçektir. AİHK’nın ise, yukarıda bahsi geçen *Gauthier* kararında olduğu gibi, uyuşmazlığın milletlerarası niteliği üzerinde yeterince durmamayı tercih ettiği dile getirilmektedir.⁸⁶⁶

Bununla birlikte, AİHK’nın, AİHS m. 6/f. 1’deki standartlarda yargılama yapamayacak mahkemelerin yetkili olduğu durumlarda, AİHS’e taraf devlet mahkemelerinin milletlerarası uyuşmazlıklarda kendilerini yetkili saymaları gerektiği konusunda “açık kapı bıraktığı” ifade edilmektedir.⁸⁶⁷ Daha net bir ifade ile, yabancı bir mahkeme önünde dava açılmasının imkânsız olduğu veya bunun davacı bakımından yararsız olduğu durumlarda, uyuşmazlığın başvurulacak mahkeme ile yeterli derecede ilişkili olması şartıyla, AİHS’e taraf devletlerin yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda kendi mahkemelerini yetkili kılması, mahkemeye

⁸⁶³ AİHK *Gauthier – Belçika* (kabul edilmezliğe ilişkin) kararı (Karar Tarihi: 06.03.1989 / Başvuru No: 12603/86).

⁸⁶⁴ Karara konu olay, yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen bir mahkemede adil yargılanma yapılamayacağını iddia eden başvurunun, taraf devlet (Belçika) mahkemelerince verilen yetkisizlik kararının AİHS m. 6/f. 1’e aykırı olup olmadığına ilişkindir. Yabancı mahkemenin yetkilendirilmesi ve fakat yetkilendirilen yabancı mahkemenin adil bir yargılama yapamayacağı iddiaları karşısında varılması gereken sonuç Türk hukukunu da yakından ilgilendiren ve aşağıda MÖHUK m. 47 çerçevesinde yapılacak incelemeler çerçevesinde ele alınacak önemli bir sorundur. Bu noktada üzerinde durulması gereken husus, AİHK’nın milletlerarası yetki kurallarından kaynaklanan bazı sorunların mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği iddiasını reddetmediğidir. Bkz. **Kiestra**, s. 102-103.

⁸⁶⁵ **Kiestra**, s. 103. Ayrıca bkz. aşağıda “Adil Yargılanma Doktrini Kapsamında Davalının Korunması: Aşırı Yetki Kurallarının Bertaraf Edilmesi” başlıklı bölüm.

⁸⁶⁶ **Kiestra**, s. 103

⁸⁶⁷ **Kiestra**, s. 102.

erişim hakkının bir gereği olarak kabul edilmektedir.⁸⁶⁸ Bu bağlamda, yabancı mahkemede dava açmasının davacı bakımından yararsız olması, yetkili yabancı mahkemenin sunduğu yargısal güvencelerin yetersiz olması veya bu mahkemece verilecek bir kararın davacının tanıma/tenfiz talep edeceği devlette tanınmasının/tenfizinin mümkün olmaması, dolayısıyla davacının yabancı mahkemeden alacağı kararın kendisi bakımından etkili bir karar olmaması nedeniyle bir adalet boşluğunun doğması şeklinde açıklanmakta, bu durumda da adaletin inkârına sebep olacağı belirtilmektedir.⁸⁶⁹

Sonuç olarak, davacının fiilen başvurabileceği yetkili bir mahkeme bulamadığı (*negative conflict of jurisdiction*), yetkili bir mahkeme bulunsa dahi, bu mahkemenin AİHS m. 6/f. 1'e uygun bir yargılama yapamayacağı veya davacının yetkili yabancı mahkemeden alacağı hükmün kendisi için yarar getirmesi amacıyla tanınmasını / tenfizini isteyeceği ülkede bunun imkânsız olduğunun ispatlanabildiği durumlarda, AİHS'e taraf devletlerin, kendi yetki kuralları dışına çıkarak bir mahkemeyi yetkilendirmeleri gerektiği ileri sürülmektedir. Ancak, taraf devlet mahkemelerince bu yünde verilecek kararların çok hassas bir inceleme gerektirdiği ve uyuşmazlığın milletlerarası niteliği başta olmak üzere, somut olayın tüm şartlarının göz önünde bulundurulması gerektiği de bir gerçektir. Örneğin, davacının fiilen başvurabileceği yetkili bir mahkeme bulunup bulunmadığının tespitinde, yalnızca teorik olarak yetkili bir mahkemenin varlığının değil, davacıdan kaynaklanmayan savaş gibi olağanüstü şartlar nedeniyle, davacının yetkili mahkemeye başvuramadığı durumların göz önünde bulundurulması gerektiğinin altı çizilmekte, davacıdan kaynaklanmayan (davacının herhangi bir hareketine bağlı olmayan) sebepler neticesinde, davacının fiilen başvurabileceği bir mahkeme bulunmaması halinde, davacının başvurduğu devlet mahkemesinin (*for*) yetkisizlik kararı vermesinin adaletin inkârına yol açacağı dile getirilmektedir.⁸⁷⁰

⁸⁶⁸ **Kiestra**, s. 108; Matscher, **DIP face à la CEDH**, s. 218.

⁸⁶⁹ Matscher, **DIP face à la CEDH**, s. 218.

⁸⁷⁰ **Kiestra**, s. 104-105 ve s. 108. Yazar bu noktada, AİHM'nin yargı bağımsızlığına ilişkin bir kararına atıf yapmaktadır. AİHM, *Waite ve Kennedy – Almanya* kararında (Karar Tarihi: 18.02.1999 / Başvuru No: 26083/94), Avrupa Uzay Ajansı'nın (AUA) Alman mahkemeleri önünde ileri sürdüğü yargı bağımsızlığı itirazının başvurucuların mahkemeye erişim hakkını ihlal edip etmediğine ilişkin olarak, başvuruculara Alman mahkemeleri dışında alternatif yargıya erişim olanaklarının sunulup sunulmadığını incelemiş ve AUA nezdinde bağımsız bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasının oluşturulmuş olması sebebiyle AİHS m. 6/f. 1 bakımından ihlal olmadığına karar vermiştir. Yazar, bu karardan faydalanılabileceğini, kendisine başvuru mahkemenin (*for*) yetkisizlik kararı vermeden önce, davacının hakkını arayabileceği alternatif yolların var olup olmadığını incelemesi gerektiğini belirtmiştir (bkz. s. 111-112).

Davacının başvurabileceği yetkili bir yabancı devlet mahkemesi bulunmaması halinde yetki tesisi fazla tereddüt ile karşılanmayacak olsa da, davacının başvurabileceği bir yabancı devlet mahkemesi bulunmasına rağmen, bu mahkemenin AİHS m. 6/f. 1'e uygun bir yargılama yapıp yapamayacağına ilişkin incelemenin, imkânsız olmasa da, çok zor olduğu vurgulanmaktadır.⁸⁷¹ Bu haklı tespit, özellikle yabancı devlet mahkemesinde yargılamanın hiç başlamadığı veya yakın bir zamanda başladığı durumlarda geçerlidir.

Milletlerarası uyuşmazlıklarda, başvuru mahkemenin kendi yer itibariyle yetki kuralları uyarınca yetkisiz olduğu ve fakat olağanüstü bir sebebe (adaletin inkârının önlenmesine) dayanarak yetki tesisi yapılması gerektiğinin savunulduğu durumlarda, davanın yetkili yabancı bir mahkemede açılmış olmasının tamamen göz ardı edilmesi pek mümkün görülmemektedir.⁸⁷² Davacının yabancı bir devlet mahkemesine erişme imkânı varsa ve bu mahkeme uyuşmazlığı görmeye yetkili ise, kendisine başvuru AİHS'e taraf devlet mahkemesi (*for*), davaya bakmaktan kaçınabilir ve yetkisizlik kararı verebilir. Bu durum, her ne kadar, davacının mahkemeye erişim hakkının kısıtlanmasına yol açsa da, aslında bu kısıtlama meşru bir amaca yönelik ve orantılı olduğu için genel olarak kabul görmektedir. Fakat, bu kabulün temelindeki meşruiyet ve orantılılığın, davacının hak arama özgürlüğünün korunduğuna, adil bir yargılama sonucunda hakkına kavuşacağına veya davasının / iddiasının adil bir yargılama sonucunda çözümleneceği öngörüsüne dayandığı kabul edilmelidir. Bu nedenle, davacının adil bir şekilde yargılanmayacağını kesin olarak ortaya konabildiği, kendisine başvuru mahkemenin (*for*) bu yünde kanaate ulaştığı durumlarda yetkisizlik kararı verilmemesi gerektiği savunulabilir.⁸⁷³

⁸⁷¹ **Kiestra**, s. 110-113.

⁸⁷² **Kiestra**, s. 110.

⁸⁷³ Doktrinde, bu gibi durumlarda, yabancı bir ülkede yapılan yargılama sonucunda adil yargılanma hakları ihlal edilen veya ihlal edileceği açık bir şekilde belli olan kişilere ilişkin sınır dışı kararlarına karşı AİHM'ye yapılan başvurular hakkında verilen kararlardan faydalanılabileceği dile getirilmektedir. Bkz. **Kiestra**, s. 113. Bu kararlarda AİHM, sınır dışı edilecek kişilerin adil yargılanma hakkının açıkça ihlal edilip edilmeyeceği şüphesinin doğruluğunu araştırmaktadır. Buna göre AİHM, sınırdışı edilecek kişilerin, gönderilecekleri ülke mahkemelerinde adil yargılanma hakkının temel unsurlarının eksikliği "olası" gözüküyorsa, iade veya sınırdışı edilme işleminde bu durumun dikkate alınması gerektiğini vurgulamaktadır. Bkz. Yukarıda AİHM *Mamatkulov ve Askarov - Türkiye* kararı, prgf. 88; Yukarıda AİHM *Soering - Birleşik Krallık* kararı, prgf. 113; AİHM *Eskinazi ve Chelouche - Türkiye* (kabul edilmezliğe ilişkin) kararı (Karar Tarihi: 06.12.2005 / Başvuru No: 14600/05). Bununla birlikte, yetkili yabancı mahkemenin gerçekleştireceği yargılamanın AİHS m. 6/f. 1'de yer alan standartlarda olmayacağına kesin bir şekilde karar verilememesi halinde, yetki tesisinin mümkün olmadığı kabul edilmelidir.

Doktrinde bir adım öteye gidilerek, uyuşmazlık hakkında kendisini yetkili gören mahkeme ile uyuşmazlık arasında makul bir bağ olup olmadığının dahi araştırılabileceği ifade olunmaktadır. Uyuşmazlık ile kendini yetkili sayan yabancı mahkeme arasında yeterli bir bağlantı olmaması halinde, davacıdan, söz konusu yabancı mahkemede dava açmasının beklenmesinin makul olmayacağı dile getirilmektedir.⁸⁷⁴ Zira uyuşmazlık ile yeterli / makul bir bağ taşımayan bir mahkemenin kendisini yetkili saymasına olanak sağlayan kurallar, aşağıda inceleyeceğimiz üzere aşırı yetki kurallarıdır ve kendisini bu şekilde yetkilendiren bir mahkemenin kararlarının yabancı mahkemelerde tanınması / tenfizinin talep edilmesi halinde, bu talebin kabul görmeyeceği unutulmamalıdır. Bu durumda, davacı, aşırı yetki kuralları uyarınca kendisini yetkili gören yabancı devlet mahkemesinin verdiği karardan kendi lehine bir sonuç çıkaramayacaktır. Bununla birlikte, pratik açıdan, davacının aşırı yetki kurallarından birini uygulayarak kendini yetkili saymış veya sayacak olan yabancı bir devlet mahkemesinde dava açması için, ancak verilecek kararın o ülkede icrasına ilişkin bir menfaatinin bulunması gerekir. Bu durumda da artık davacının değil, davalının aşırı yetki tesisine karşı korunması gündeme gelecektir.

Yalnızca bir yabancı devlet mahkemesinin yetkili olması ve bu yetkinin de aşırı yetki kurallarından birine dayanması ihtimalinde, davacının bu mahkemeye başvurmak zorunda kalması ve fakat verilecek kararın başka bir ülkede tanınması / tenfizi talebinde bulunacak olması halinde davacının korunarak, başvurulmuş (muhtemelen davalının malvarlığı bulunması dolayısıyla davacı tarafından tercih edilen) AİHS'e taraf devlet mahkemesinin yer itibarıyla yetkisi bulunmamasına rağmen kendini yetkili sayması gerektiğini savunmak biraz zorlama bir olasılık gibi gözükmemektedir. Bu olasılık, uyuşmazlık ile yeterli derecede ilişkiye sahip bir mahkemenin bulunmamasına -ki bu durumun gerçekleşmesi mümkün gözükmemektedir- veya böyle bir mahkeme bulunsaydı fiilen bu mahkemeye başvurulamamasına dayanmaktadır. Örneğin Ukrayna'da yaşayan bir Ukrayna vatandaşı ile bir Fransız vatandaşı arasında, Ukrayna'da çıkan bir kavga sonrasında, Fransız vatandaşının yaralandığını varsayalım. Fransız vatandaşının Ukrayna vatandaşına karşı davalının yerleşim yeri olan ve aynı zamanda fiilen ve zararın meydana geldiği yer olarak Ukrayna mahkemelerinde, burada yaşanan iç savaş sebebiyle dava açmadığı bir durumda, Fransız Medeni Kanunu m. 15 dolayısıyla

⁸⁷⁴ Kiestra, s. 111.

Fransa’da dava açabilecektir. Ancak anılan hükmün aşırı yetki kuralı olduğuna ilişkin genel kabul karşısında, Fransız mahkemelerinin vereceği kararın davalının malvarlığının bulunduğu bir ülkede tenfiz edilmeyeceği kuvvetle muhtemeldir. İşte böyle bir durumda, davalının malvarlığının bulunduğu yer mahkemesine başvurmak isteyen Fransız vatandaşının davasının, yetkisizlik sonucu reddedilmesi halinde, bu kişinin hakkına ulaşamaması gibi bir durum ortaya çıkacaktır. Davacının hakkına ulaşabileceği “son durak” olarak tanıma / tenfiz talep edeceği ülke mahkemelerinin, davanın esastan görülmesi bakımından, kendi yer itibarıyla yetki kuralları uyarınca yetkisiz olmasına rağmen, adaletin inkârına yol açmamak için davayı görmeyi kabul etmesi gerektiğini ileri süren görüşün, başta davalının menfaati olmak üzere pek çok açıdan değerlendirilmesi gerekmektedir.

Başvurulan / başvurulacak mahkeme davacının seçimine göre belirlendiğine göre, bu olasılığın gerçekleşmesi ve davacının da icrai bir etkiye sahip olmayan bir karar verecek olmasına rağmen, aşırı yetki kuralına dayanarak yetki tesis eden yabancı devlet mahkemesine başvurusu uygulamada pek rastlanacak bir durum değildir. Bununla birlikte, yukarıdaki örnekte olduğu gibi, böyle bir olasılık karşısında varılacak sonucun tartışmaya açık olacağı düşüncesindeyiz. Yukarıda belirttiğimiz üzere, yabancı mahkemede dava açmasının davacı bakımından yararsız olduğu durumlarda, adaletin inkârına yol açmamak için, başvuru devlet mahkemelerinin (*for*) kendini yetkili sayarak uyuşmazlığı esastan çözüme kavuşturması gerektiği savunulabilecektir. İkinci bir görüşe göre ise, AİHS m. 6/f. 1’de yer alan güvenceleri taşımasına rağmen yalnızca aşırı yetki kurallarına dayalı olarak yetki tesis etmesi veya edecek olması nedeniyle, yabancı mahkemenin yetkisinin görmezden gelinemeyeceği ileri sürülerek, yetkisizlik nedeniyle davanın reddedilmesi gerektiğini ileri sürmek de mümkündür. Böylece, dava, aşırı yetkili olduğu düşünülen devlet mahkemesinde esastan görülecek, verilen kararın tanınması / tenfizi talebiyle (önceden davacının uyuşmazlığı esastan çözmek üzere başvurduğu ve fakat yetkisizlik nedeniyle davayı reddeden) devlet mahkemesine başvurulduğu takdirde, adaletin inkârı doktrini tanıma / tenfiz davası aşamasında ele alınacaktır. Davacının, yetkili başka bir mahkeme bulamaması sebebiyle, aşırı yetki kurallarından birine dayanan bir mahkemeye başvurmak zorunda kaldığı ispatlandığı takdirde, tanıma / tenfiz kararı verilerek davacının hakkına ulaşması sağlanabilecektir.

Bu noktada değerlendirilmesi gereken husus, aşırı yetki kurallarının niteliği ve adil yargılanma hakkının milletlerarası yetki üzerindeki etkisi bakımından aşırı yetki kurallarının yeridir. Bu incelemede, *Common Law* ülkelerindeki milletlerarası yetki sistemi ile Kıta Avrupası ülkelerinde uygulanmakta olan yetki sistemi farklılıklarının da göz ardı edilmemesi gerektiği düşüncesindeyiz. Aşağıda inceleneceği üzere, her ne kadar, aşırı yetki kurallarının reddi, yer itibarıyla yetki kurallarının düzenlenmesi ve uygulamasında davalıyı koruyor gibi görünse de, bu çerçeveden bakınca, davacının korunmasını gerekli kılan, özellikle tanıma / tenfiz talebinin reddine ilişkin sakıncaların önüne geçilmesine de katkı sağlamaktadır. Zira yukarıda, uygulamada pek rastlanmayacağını belirttiğimiz ihtimalde, aşırı yetki kurallarından birine dayanarak yetki tesisinde bulunan mahkeme yerine davacının başvurduğu devlet mahkemelerinin (*for*) yetkili olması gerektiğinin kabulü ile, aslında davacıya tanıma / tenfiz aşamasında karşılaşacağı engellerden kurtulma olanağı sağlanmaktadır. Fakat, burada yine aşırı yetki denetiminin devreye girmesi gerektiği de unutulmamalıdır. Adaletin inkârı doktrini çerçevesinde, davacıyı korumaya çalışırken davalının menfaatlerini göz ardı etmemek gerekir. Bu nedenle, yukarıda belirttiğimiz ilk görüş savunulacak olursa, öncelikle somut olayda, kendini yetkili sayan yabancı devlet mahkemesinin tartışmasız bir biçimde aşırı yetki tesis ettiğine karar vermek gerekir. İkinci olarak, adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkı kapsamında davacıya sunulacak imkân davalının haklarını ihlal etmemelidir. AİHS'e taraf devletlerin, bu tip olağanüstü durumlarda, kendi mahkemelerini yetkilendirmeleri gerektiğini savunabilmek için mutlaka uyuşmazlık ile mahkeme arasında yeterli bir bağlantı olmalıdır. Aksi halde, dava açmak isteyen tarafın mahkemeye erişim hakkı korunurken, davalının mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkının ihlali tehlikesi ile karşılaşılacaktır. Doktrinde, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda, herkesin davasını AİHS m. 6/f. 1'deki güvenceleri taşıyan bir devlet mahkemesinde görülmesini talep etme hakkına sahip olduğu ve bu mahkemenin de uyuşmazlık ile çok yakın ilişkili olmasına gerek olmadığı belirtilmekte⁸⁷⁵ ise de, aşırı yetki denetiminin, hem davacıyı hem davalıyı koruyacak biçimde bir bütün olarak düşünülmesi gerektiği açıktır.

⁸⁷⁵ Kiestra, s. 110.

3. Adaletin Adil / Düzgün Yönetimi Doktrini

Adaletin düzgün yönetimi (*Fair Administration of Justice / La bonne administration de la justice*) doktrini, bir uyuşmazlık ile en yakın ilişkiyi sağlayan mahkemenin o uyuşmazlığı çözmeye yetkili olması gerektiği fikrine dayanmaktadır; böylece, delillerin toplanması ve değerlendirilmesi bakımından en iyi çözüme ulaşılabileceği gibi, uyuşmazlığı bir bütün halinde ve en kısa sürede çözüme kavuşturacak mahkemeye yetki verilmiş olacağı düşünülmektedir.⁸⁷⁶ Milletlerarası yetki sisteminde, bazı konularda, her devlet sadece kendi mahkemelerinin yetkisini tanımakta, bazı uyuşmazlıkların sadece kendi mahkemelerinde görülmesini kabul etmektedir. Bu tür uyuşmazlıklarda yabancı devlet mahkemelerinin verdiği kararlar tanınmamakta veya tenfiz edilmemektedir. Bu kapsamda düzenlenen yetki kuralları milletlerarası usul hukukunda “münhasır yetki kuralları (*exclusive jurisdiction/ compétences exclusives*)” olarak adlandırılmaktadır. Adaletin düzgün yönetimi doktrini münhasır yetki kurallarının öngörülmesinin en önemli dayanağıdır.⁸⁷⁷ Münhasır yetki kavramının temelinde, sadece, uyuşmazlık ile en yakın ilişkili mahkemenin yetkilendirilmesi fikri yatmamaktadır. Aynı zamanda, söz konusu uyuşmazlık hakkında yalnızca tek bir mahkemenin yetkilendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Böylece, münhasır yetki kuralı ile en yakın ve tek bir mahkeme yetkilendirilerek adaletin en hızlı ve en iyi şekilde sağlanması amacına ulaşılmaktadır.⁸⁷⁸ Diğer taraftan, münhasır yetki esaslarının milletlerarası anlamda kabulünün, birden fazla mahkemenin yetkilendirilmesinin önüne geçilerek, aynı konuya ilişkin farklı kararların ortaya çıkmasına da engel olacağı ifade edilmektedir. Sonuç olarak, adaletin düzgün yönetimi doktrini, milletlerarası uyuşmazlıklarda hukuk güvenliğinin ve adil yargılanma hakkının sağlanmasında önemli bir yere sahiptir.

Doktrinde, AİHS’in, taraf devletlere yargılama süreçleri ve hukukun uygulanmasına ilişkin yükümlülüklerin yanında, adaletin düzgün yönetiminin

⁸⁷⁶ Sinopoli, *Procès équitable*, s. 4; Corbion, s. 291.

⁸⁷⁷ Sinopoli, *Procès équitable*, s. 4.

⁸⁷⁸ Sinopoli, *Procès équitable*, s. 4. Münhasır yetki kavramı ve münhasır yetki kurallarının kabulüne ilişkin nedenler hakkında incelemeler için bkz. Diego P. Fernandez Arroyo, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales, Recueil des Cours Tome 323 (2006)*, s. 8; Begüm Süzen, *Tanım ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi, Oniki Levha Yayıncılık İstanbul 2016*, s. 9-11; Ekşi, *Milletlerarası Yetki*, s. 212-213; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 512-513; Nomer, s. 515-516; Çelikel/Erdem, s. 683 vd.; Ekşi, *Tanım-Tenfiz*, s. 177-179; Güven, s. 92.

sağlanması konusunda önlemler alma yükümlülüğünü de yüklediği dile getirilmektedir.⁸⁷⁹

4. Adil Yargılanma Doktrini Çerçevesinde Davacı ve Davalının Mahkemeye Erişim ve Adil Yargılanma Haklarının Korunması

a. Genel Olarak

Milletlerarası yetki kurallarının düzenlenme amacı, taraf iradelerinin ve adaletin düzgün işleyişine ilişkin gereklerin göz önünde bulundurulduğu bir “usulî hakkaniyet”in sağlanmasıdır.⁸⁸⁰ Bu çerçevede, milletlerarası uyuşmazlıklarda yetki dağılımı yapılırken, tarafların farklı hukuki yararlarının korunması, yargı süreçlerinde daha az zaman ve para harcanması ve çelişkili yargı kararlarının ortaya çıkmasının mümkün olduğunca engellenmesi gibi bir takım menfaatlerin göz önünde bulundurulması gerekmektedir.⁸⁸¹ Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, adil yargılanma hakkının temel amacı ise, yargılamanın tarafları arasında makul ve adil bir dengenin gözetilmesini öngören bir yetki sisteminin geliştirilmesidir.

Doktrinde, adil yargılanma hakkı kapsamında korunması amaçlanan taraf menfaatleri birbiriyle çatışmış gibi görünse de, aslında, biri korunurken diğerinin de korunduğunun altı çizilmektedir.⁸⁸² Bu kapsamda, davalının aşırı yetki kurallarına karşı korunmasının, davacının mahkemeye erişim hakkının korunması ile aynı nitelikte olduğu, iki halde de, taraflarca objektif olarak kabul görececek bir mahkemenin yetkilendirilmesine ilişkin haklarının korunduğu dile getirilmektedir.

⁸⁷⁹ **Augenstein/Jägers**, s. 10.

⁸⁸⁰ Atâ Sakmar, **Le nouveau droit international privé turc**, **Recueil des Cours**, Tome 223 (1990), s. 375.

⁸⁸¹ **Augenstein/Jägers**, s. 11. Aslında modern anlamda, milletlerarası yetki kurallarının birçok menfaati ortak noktada birleştiren bir anlayışa dayalı şekilde düzenlenmesi ve uygulanması gerekmektedir. Bu menfaatler arasında, 1) adli korumanın sağlanması, 2) yetkili mahkeme ile uygulanacak hukukun paralellik arz etmesine özen gösterilmesi, 3) yetkili mahkemenin uyuşmazlık ile bağlantılı olması, 4) davalının veya yargılamaya katılan diğer kişilerin korunması, 5) yargılamanın teksifi, 6) yetkili mahkemece verilecek kararın mümkün olduğu kadar tanınır / tenfiz edilir nitelikte olması ve 7) yetkili mahkeme sayısının fazla olmasının ya da yetkili mahkeme yokluğunun ortaya çıkaracağı sorunların en aza indirgenmesi şeklinde sayılmaktadır. Bkz. Heldrich, **Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht**, Berlin-Tübingen, 1969, s. 106 vd. (**Miaja de la Muela**, s. 45’den naklen). Miaja de la Muela, bu menfaatlerin ortaya konmasının yeterli olmadığını, bu menfaatler arasındaki hiyerarşinin de belirlenmesi gerektiğini dile getirmektedir.

⁸⁸² **Kinsch**, s. 47.

Adil yargılanma doktrinin gerçekleştirmeye çalıştığı şey, iki tarafın korunmasına ilişkin menfaatlerin uzlaştırılmasından ibarettir.⁸⁸³

Bu uzlaşının temelinde iki ana unsur veya menfaat yer almaktadır: mahkemeye erişim hakkı ve milletlerarası usulî hakkaniyetin sağlanması bakımından taraflar arası eşitlik, kısaca milletlerarası yetkiye özgü silahların eşitliği. Şayet, milletlerarası yetkide hakkaniyetin sağlanması bakımından, amaç, davacı ile davalı arasında makul bir denge kurulması ise, bir tarafı diğerine karşı zayıf duruma düşürmeyecek yetki kurallarının kabulüne öncelik tanınmalıdır.⁸⁸⁴

b. Adil Yargılanma Doktrini Kapsamında Mahkemeye Erişim Hakkının (Davacının) Etkin Bir Biçimde Korunması: *Forum Necessitatis* Doktrini

1) Genel Olarak

Yukarıda ele aldığımız üzere, davacıya, hukuki korunma talebini sunabileceği bir mahkemeye erişme imkânının tanınması, adaletin inkârına (*denial of justice*) mahal verilmemesi fikrine dayanmaktadır; ihkâk-ı hak yasağı nedeniyle bireylerin adalet mekanizması eliyle adalete erişimlerinin sağlanması esastır.⁸⁸⁵ Bu çerçevede, başta Anglosakson hukuku ülkeleri olmak üzere, Kıta Avrupası ülkelerini de kapsayacak şekilde, birçok ülke hukuklarında mahkemeye erişim hakkının korunmasına yönelik olarak *forum necessitatis* doktrini geliştirilmiştir.⁸⁸⁶

⁸⁸³ **Kinsch**, s. 47. Yazar, bu uzlaşının, öncelikle, kanun koyucunun işi olduğunu, milletlerarası yetki kuralları düzenlenirken bu uzlaşının dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir. Şayet, bu uzlaşın kanun koyucu tarafından göz ardı edilmiş ise, o takdirde, uyumsuzluğa bakacak olan hakimin davacının ve davalının haklarını korumak üzere devreye girmesi gerektiğini ileri sürmektedir (bkz. s. 47-48).

⁸⁸⁴ **Sinopoli**, s. 145-146; Sinopoli, **Du privilège de juridiction et du droit à un procès équitable**, s. 89 vd., B/dn 18'e ilişkin prgf. Yazar, özellikle aşırı yetki kurallarının hakkaniyete ve silahların eşitliğine aykırı niteliğinden yola çıkmaktadır. Marchadier ise, silahların eşitliğinin yetki aşamasında söz konusu olmayacağını, milletlerarası yetkinin tesisinin taraflar arasında eşitsizlik yarattığının kabulü için, aşırı yetki kavramına dayanılamayacağını, bir mahkemenin aşırı yetkili görülse dahi, yargılamanın silahların eşitliği ilkesini ihlâl etmeyebileceğini ifade etmektedir. Bkz. **Marchadier**, s. 187-189.

⁸⁸⁵ **Redfield**, s. 906.

⁸⁸⁶ **Kiestra**, s. 105; **Redfield**, s. 907; **Augenstein/Jägers**, s. 28. Anglosakson ülke hukuklarındaki yetki sisteminin Kıta Avrupası ülkelerinden tamamen farklı olması ve yer itibarıyla yetki konusunda pozitif hukuk kurallarına dayanmayan, esnek bir sistemin benimsenmesi nedeniyle, bu hukuklarda *forum necessitatis*'e ilişkin bir yetki kuralı yoktur. Örneğin İngiliz Hukukunda, *forum necessitatis* (*forum of necessity*) kuralları uygulanmaktadır (bkz. Shaun Palmer, **When will the English Court agree to be a "forum of necessity" for foreign litigants?**; <http://blogs.law.nyu.edu/transnational/2015/01/when-will-the-english-court-agree-to-be-a-forum-of-necessity-for-foreign-litigants/>; erişim tarihi: 30.10.2016). Bu uygulamanın ilk örneği, *Mark v Mark* kararıdır ((2004 [EWCA] Civ 168, [2005] Fam 267, CA). Karara konu olayda, davacı Nijeryalı kadın, Nijerya'da evlendiği Nijeryalı kocasından boşanma talebi ile dava açmıştır. Hakim, davacı kadının, davanın açıldığı tarihten bir sene öncesine kadar İngiltere'de oturuyor olmasına

Bu doktrin uyarınca, şayet, hakkını arayan davacı, davasını açacak yetkili bir mahkemeyi hiçbir şekilde bulamıyorsa, o takdirde, adalet anlayışı kendisine adil bir şekilde yargılanabileceği yetkili bir mahkeme sağlanmasını gerektirecektir.⁸⁸⁷ Doktrinde, *forum necessitatis* düşüncesine dayalı kuralların adil yargılanmayı sağlamaya yönelik olduğu belirtilmekte, bu kuralları uygulayan devletlerin bir hukuki yükümlülükten çok kişilerin “adil yargılanmaya ilişkin üstün menfaatlerini gözettiği” dile getirilmektedir.⁸⁸⁸ Bu durumda, normal şartlarda yetkili olmayan bir devletin mahkemeleri “olağanüstü” şekilde yetki kazanabilecek ve davacının davasının görülmesi sağlanarak adaletin inkârının önüne geçilebilecektir.⁸⁸⁹

Forum necessitatis doktrini, bazı ülkelerde, Fransa ve Almanya örneklerinde olduğu üzere, içtihat hukukuna dayanmakta iken, bazı ülkelerde ise milletlerarası usul hukuku kuralları arasında yer bulmaktadır. Örneğin İsviçre⁸⁹⁰,

karşın, 1971 tarihli Göç Yasası kapsamında cezalandırılmış olması nedeniyle, bu sürenin yasal ikamet süresi olarak kabul edilmemiş olması nedeniyle yetkisiz olduğuna karar vermiştir. Bu karar, davacının mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle temyiz edilmiştir. İstinaf mahkemesi, davacının mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine ve bu durumun AİHS m. 6/f. 1’e aykırı olduğuna karar vermiştir. İstinaf mahkemesi, İngiliz devletinin mahkemeye erişim hakkını (ve dolayısıyla milletlerarası yetki kurallarını) bazı kısıtlamalara tabi kılabilmesini kabul etmiştir. Ancak somut olayda, davacının ikamet süresinin “yasal” kabul edilmemesinin kamu düzenine dayandırıldığını, kamu düzeni kurallarının İnsan Hakları Kanunu (Human Rights Act, 09.11.1998; bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>; erişim tarihi: 02.11.2016) ışığında yeniden değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Zira, söz konusu kuralın, boşanma davasının taraflarının (somut olayda kadın), sıkı ilişkili olduğu mahkemeye erişimine engel olabileceğini, bu durumun kabul edilebilir olmadığını belirtmiştir. Somut olayda, İngiliz mahkemeleri, tek gerçekçi yetkili mahkeme (*only realistic forum*) olarak nitelendirilmiştir.

Amerikan hukukunda ise, *forum necessitatis* doktrininin açıkça uygulandığından bahsedilemeyeceği belirtilmektedir. Zira, Amerikan hukukunda, öncelikle davalının korunmasını hedefleyen *forum non-conveniens* kuralları uygulanmaktadır. Amerikan mahkemeleri, uyuşmazlık ile daha yakın ilişkili bir yabancı mahkemenin varlığını tespit ettikleri noktada, uyuşmazlığa bakmaya yetkili olmadıklarına karar vermektedir. Ancak, *forum non-conveniens* kuralının uygulanabilmesi için davacının başka bir ülkede, özellikle *forum non-conveniens* kararı veren devlet mahkemesinin uyuşmazlığın daha sıkı ilişkide olduğunu belirttiği devlet mahkemelerinde dava açabiliyor olması gerekmektedir. Bu nedenle, *forum non conveniens* kararı verilebilmesi için esas olarak ve zımnen *forum necessitatis* doktrininin uygulandığı dile getirilmektedir. Bkz. **Whytock**, s. 2052; **Smith**, s. 424-425; **Redfield**, s. 916; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 360-361; **Ekşi**, s. 62; Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 6. Bası, Beta Yayınları 2016, s. 118. Daha net bir şekilde ifade edilecek olursa, ancak ulaşılabilir, yetkili ve adil yargılanma güvencelerini sağlayan, aynı zamanda uyuşmazlık ile Amerikan mahkemelerinden daha yakın bağlantılı bir yabancı devlet mahkemesinin varlığı halinde *forum non conveniens* kararı verilebildiği için, Amerikan mahkemelerinin *forum necessitatis* doktrininin açıkça olmasa da zımnen uygulamaktadır. Aynı yönde bkz. **Kinsch**, s. 49.

⁸⁸⁷ **Fawcett**, s. 38. Şayet, adalet, yargılamanın başvuru mahkemesinde yapılmasını emrediyorsa, o takdirde bu mahkeme yetkisizlik kararı vermemelidir.

⁸⁸⁸ **Redfield**, s. 906; **Augenstein/Jägers**, s. 29.

⁸⁸⁹ **Whytock**, s. 2050; **Redfield**, s. 908; **Augenstein/Jägers**, s. 29; 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 Regulations, General Report (Final Version dated 3 September 2007)**, s. 64.

⁸⁹⁰ Bkz. 01.01.1989 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nun (İsv. MÖHK) (Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987) 3. maddesi

Hollanda⁸⁹¹, Belçika⁸⁹², Kanada (Quebec)⁸⁹³, İspanya⁸⁹⁴ usul hukuklarında *forum necessitatis* doktrininin kabulüne ilişkin hükümler yer almaktadır.⁸⁹⁵ Düzenlenme şekli ve uygulamaları arasında bir takım farklılıklar olmakla birlikte, bu hükümlerin ortak noktası, uyuşmazlığı görmeye yetkili olmayan bir mahkemenin, uyuşmazlığın yabancı bir mahkemede görülmesinin imkânsız olması veya bunun davacıdan makul ölçülerde istenemeyeceği durumlarda yetki kazanmasına olanak sağlamasıdır.

Forum necessitatis doktrinine başvurabilmek için, genel olarak, iki şartın gerçekleşmesi gerekmektedir: Bu şartlardan ilki, davacının başvurduğu devlet mahkemelerinden (*for*) başka hiçbir devlet mahkemesinde veya yargı organı önünde dava açamayacak olması, buna yönelik bir engelin varlığıdır. Bu şartı,

(<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html>; erişim tarihi: 28.10.2017).

⁸⁹¹ Bkz. 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren Hollanda Medeni Usûl Kanunu'nun (Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering / Dutch Civil Procedure Code) 9. maddesi (bkz. <http://www.dutchcivillaw.com/civilprocedureleg.htm>; erişim tarihi: 28.10.2016).

⁸⁹² Bkz. 01.10.2004 tarihinde yürürlüğe giren Belçika Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun (Belgian code on Private International Law) 11. maddesi (bkz. <http://www.ipr.be/data/B.WbIPR%5BEN%5D.pdf>; erişim tarihi: 28.10.2016). *Forum necessitatis* doktrini Belçika hukukunda geniş bir biçimde uygulama alanı bulmaktadır. Tarafların Belçika mahkemeleri (ve diğer AB ülkeleri) dışında yabancı bir mahkemeyi yetkilendirmeleri halinde dahi, yetkilendirilen yabancı mahkemede adil yargılanma güvencelerine ilişkin sorunların varlığı halinde, Belçika mahkemeleri *forum necessitatis* doktrini çerçevesinde kendilerini yetkili saymaktadır. Belçika Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 11 hükmünün, AB vatandaşı davacılar her zaman adil yargılanabilecekleri bir mahkeme sunulması bakımından çok yararlı bir hüküm olduğu dile getirilmektedir. Bkz. Nuyts, **General Report**, s. 75 ve 85. Ayrıca bkz. Arnaud Nuyts, **Comparative Study of "Residual Jurisdiction" in Civil and Commercial Disputes in the EU, National Report for Belgium**, s. 14-16.

⁸⁹³ Bkz. 01.01.1994 tarihinde yürürlüğe giren Quebec Medeni Kanunu'nun (Code civil du Québec; SQ 1991, c. 64, 18.12.1991) 3136. maddesi (bkz. <http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/showdoc/cs/CCQ-1991>; erişim tarihi: 29.10.2016).

⁸⁹⁴ **Augenstein/Jägers**, s. 30; M.Virgos/A.Cambronero, **Comparative Study of "Residual Jurisdiction" in Civil and Commercial Disputes in the EU, National Report for Spain**, s. 13 (bkz. http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_resid_jurisd_spain_en.pdf; erişim tarihi: 31.10.2016).

⁸⁹⁵ Brüksel I Tüzüğü'nün uygulandığı ülkelerdeki *forum necessitatis* doktrinine ilişkin hüküm ve uygulamalar için bkz. Nuyts, **General Report**, s. 66. Ayrıca bkz. Nafaka Yükümlülüğüne İlişkin Uyuşmazlıklarda Yetki, Uygulanacak Hukuk ve Nafakaya İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin 18.12.2008 tarihli ve 4/2009 sayılı Avrupa Konseyi Tüzüğü'nün 7. maddesi (Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18.12.2008 on Jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations; bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:007:0001:0079:EN:PDF>; erişim tarihi: 28.10.2016).

Brüksel I Tüzüğü'nün gözden geçirilmesine ilişkin çalışmalar kapsamında hazırlanan teklifte de *forum necessitatis*'e ilişkin bir kural (m. 26) yer almaktaydı (bkz. http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/com_2010_748_en.pdf; erişim tarihi: 30.10.2016). Ancak teklifin bu maddesi, Brüksel I Tüzüğü'nü yürürlükten kaldıran 1215/2012 sayılı Tüzük'te yer almamıştır. Ayrıca bkz. Green Paper on the review of Council Regulation (EC) No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters; <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009DC0175&from=EN>; erişim tarihi: 29.10.2016.

“davacının hak aramasının, daha net bir ifadeyle hakkına ulaşmasının imkânsız olması” şeklinde özetlemek mümkündür.⁸⁹⁶ *Forum necessitatis* uygulaması, yabancı mahkemeye başvurusunun davacıdan makul şekilde beklenemeyeceği durumları da kapsamaktadır. Söz konusu durumlar, davacının yabancı mahkemeye başvurmadan kaçındığı hukuki veya fiili sebep veya engel dikkate alınarak değerlendirilmektedir.⁸⁹⁷ Davacının yabancı bir devlet mahkemesinde dava açamayacak olmasının (yetkisizlik⁸⁹⁸, adil yargılanma hakkının ihlali) gibi hukuki ya da (davacının mahkemeye başvurmak istediği ülkede can güvenliğinin bulunmaması veya o devlet mahkemelerinde yargılama giderlerinin aşırı yüksek olması⁸⁹⁹ gibi) fiili nedenlere dayanması gerektiği vurgulanmaktadır.⁹⁰⁰ Hukuki veya fiili bir imkânsızlık halinde, durumun “aciliyetinin” yetki tesisi için yeterli bir neden olduğu belirtilmektedir.⁹⁰¹ Diğer taraftan, *forum necessitatis* doktrininin uygulanması için gerekli olan “imkânsızlığın” yabancı bir devlet mahkemesi tarafından davanın esastan veya usulden reddedilmiş olduğu durumları kapsamadığı

⁸⁹⁶ Bu noktada, adalete erişimin sadece devletlerin yargı organları vasıtasıyla sağlanmadığı, kişilerin icra edilebilir bir hükme kavuşacak olmaları halinde, örneğin, tahkim yoluyla da hak arayabilecekleri unutulmamalıdır. Bu açıdan, kanımızca, kişinin hak arama özgürlüğünün engellenip engellenmediğine karar verirken yalnızca devlet mahkemeleri nezdindeki hak arama yollarının değil, diğer tüm hak arama yollarının açık olup olmadığının incelenmesi gerekecektir.

Bazı ülkelerde bu imkânsızlığın kesin bir şekilde ortaya konması gerekmektedir. Örneğin, Polonya ve Romanya’da davacının, yabancı bir devlet mahkemesinin yetkili olmadığını kanıtlaması veya hali hazırda yabancı devlet mahkemelerinin yetkisizlik kararı vermiş olması aranmaktadır. Bazı ülke uygulamalarında (Belçika, Avusturya, Estonya) ise, böyle bir imkânsızlığın ortaya konması aranmamaktadır. Bkz. Nuyts, **General Report**, s. 64-65.

⁸⁹⁷ **Corbion**, s. 195; **Augenstein/Jägers**, s. 28-29. Ayrıntılı ve karşılaştırmalı bilgi için bkz. Nuyts, **General Report**, s. 65.

⁸⁹⁸ Hukuki imkânsızlığın başında “yabancı mahkemenin yetkisizliği” gelmektedir. Doktrinde, yetki sözleşmelerinin, yetkilendirilen yabancı mahkemenin kendini yetkisiz sayması halinde, hukuki imkânsızlığa sebebiyet verebileceği belirtilmektedir. Bu görüşe göre, başvuru devlet mahkemelerinin yabancı mahkemeyi yetkilendiren yetki sözleşmesine dayalı yetki itirazını kabul ederek yetkisizlik kararı vermeden önce, yetkilendirilen mahkemenin kendini yetkisiz sayma ihtimalini göz önünde bulundurması gerekmektedir. Şayet, yabancı mahkemenin kendini yetkili görmemesi ihtimali varsa, başvuru mahkemenin yetki itirazını reddederek uyuşmazlığı görmesinin doğru olacağı savunulmaktadır. Bkz. **Corbion**, s. 194.

Ayrıca, bir tarafın yetki sözleşmesini müzakere edebilir güce ve konuma sahip olmaması halinde, seçilen mahkemeye başvurunun zayıf taraf açısından çok zor olacağı ve hatta hakkını savunmanın fiilen imkânsızlaşabileceği dile getirilerek, zayıf tarafın mahkemeye erişim hakkının korunması gerektiği belirtilmektedir. Bu görüş, esas olarak, temel insan hakları arasında kabul edilen mahkemeye erişim hakkının, taraf iradesinin sınırını oluşturabileceği, yalnızca “ tarafların mahkemeye erişim hakkını ihlal etmeyen yetki sözleşmelerine etki tanınabileceği” düşüncesine dayanmaktadır. Zira, taraf iradesinin de özünde bir yetki kriteri olduğu dile getirilmekte ve tüm yetki kriterlerinin AIHS m. 6/f. 1’in denetimine tabi olduğu vurgulanmaktadır. Bkz. **Guez**, s. 153 ve s. 158; **Corbion**, s. 195-196. Yazar bir adım öteye giderek, zayıf tarafın mahkemeye erişim hakkını fiilen kullanmasını zorlaştıran bir yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen yabancı mahkemenin yetkisizlik kararı vermesi gerektiğini ifade etmektedir.

⁸⁹⁹ Hollanda mahkemelerinin, davacının yabancı ülkedeki yargılama giderlerinin yüksekliği nedeniyle yabancı ülkede dava açamamasına ilişkin bir davada *forum necessitatis* doktriniyi uygulamayı reddettiğine ilişkin olarak bkz. **Redfield**, s. 914.

⁹⁰⁰ **Whytock**, s. 2051; Nuyts, **General Report**, s. 65; **Corbion**, s. 199.

⁹⁰¹ **Corbion**, s. 196-198.

vurgulanmaktadır.⁹⁰² Şayet davacı, adil yargılanma güvencelerini sağlayan bir yabancı devlet mahkemesinde dava açmış ve fakat dava, yetkisizlik dışında bir neden ile usulden veya esastan görülerek reddedilmiş ise, artık burada adalete ve mahkemeye erişilemediğinden bahsedilemeyecektir.

İkinci olarak, dava ile davanın açıldığı devlet mahkemesi (*forum*) arasında bir bağlantı / ilişki olması aranmaktadır. *Forum necessitatis* doktrininin uygulayan tüm ülkelerde, uyuşmazlık ile başvurulmuş mahkeme (*for*) arasında makul bir bağlantı aranmaktadır. Bununla birlikte, “uygun ilişki”, “yeterli bağlantı”, “güçlü bağlanma unsuru”, “yakın ilişki” gibi esnek ve içi net bir şekilde doldurulamayan kavramlar kullanıldığı ve bu bağlantının / ilişkinin ne zaman ve hangi şartlar altında tam olarak sağlandığına ilişkin oturmuş bir uygulama ve içtihadı rastlanmadığı da belirtilmektedir.⁹⁰³ Genel olarak, davacının yerleşim yeri veya mutad meskeninin *forum* devletinde olması⁹⁰⁴ veya davacının *forum* devleti vatandaşı olması halinde, gerekli bağlantının sağlandığı kabul edilmekle birlikte, somut olayın şartlarına göre, *forum* devletinde davalının malvarlığının bulunmasının da yeterli görülebileceği belirtilmektedir.⁹⁰⁵ Bu şartın sadece Hollanda Medeni Usul Kanunu’nda aranmadığı (m. 9/c) görülmektedir. Buna göre, şayet uyuşmazlığın yabancı bir devlet mahkemelerinde görülmesi imkânsız ise, uyuşmazlık ile Hollanda mahkemeleri arasında yeterli bağlantı olmasa dahi yetki tesisine imkân sağlanmaktadır (*universal jurisdiction*).⁹⁰⁶ Hollanda hukukunun bu düzenlemesi doktrinde, adaletin inkârı doktrinin diğer tüm doktrinlere üstün tutulduğu şeklinde yorumlanmaktadır.⁹⁰⁷

⁹⁰² Redfield, s. 912; Corbion, s. 202-203.

⁹⁰³ Nuyts, General Report, s. 66; Redfield, s. 908-909.

⁹⁰⁴ Whytock, s. 2050-2051; Corbion, s. 199-200. Yazar, Fransız içtihadında aranan makul bağlantı kriterinin daha çok davacının yerleşim yeri veya mutad meskeni olarak somutlaştığını ancak bunun eleştiriye açık olduğunu belirtmektedir. Zira, Fransa’da otursun ya da oturmasın, herkesin adalete erişim hakkından ve bu kapsamda “*forum necessitatis*”e ilişkin kurallardan eşit şartlarda faydalandırılması gerektiği savunmakta, “davacının yerleşim yeri/mutad meskeninden çok daha esnek bir bağlantı kriterinin aranması gerektiğini vurgulamaktadır. Yazar, taraflardan birinin “uyuşmazlığın Fransa’da görülmesi konusundaki yararının yeterli görülmesi gerektiğini ifade etmektedir.

⁹⁰⁵ Nuyts, General Report, s. 66; Redfield, s. 908-909; Mills, s. 224. Avusturya hukukunda ise, Avusturya mahkemelerinin *forum necessitatis* kuralı çerçevesinde yetki kazanabilmesi için davacının Avusturya vatandaşı olması veya yerleşim yerinin ya da mutad meskeninin Avusturya’da bulunması gerekmektedir. Bkz. Nuyts, General Report, s. 66. Ayrıca bkz. Julian Feichtinger/Karin Lehner, Comparative Study of “Residual Jurisdiction” in Civil and Commercial Disputes in the EU, National Report for Austria, s.11-12.

⁹⁰⁶ Nuyts, General Report, s. 65; Mills, s. 224.

⁹⁰⁷ Redfield, s. 914. Yazar, Hollanda hukukunun “*forum necessitatis*”e ilişkin uygulamasının geniş ölçüde “ihtiyari” olduğunu dile getirmektedir.

Görüldüğü üzere, davacının hakkına başka bir şekilde kavuşamayacağı dikkate alınarak, uyuşmazlık ile çok da sıkı bağlantılı olmayan bir mahkeme, *forum necessitatis* doktrini kapsamında kendini yetkili sayabilecektir. Bu bağlamda somut uyuşmazlık bakımından varılacak sonuç değerlendirildiğinde, *forum necessitatis* kuralları ile hedeflenen amaç ve pratik faydanın aşırı yetkiye yol açabileceğine de dikkat çekilmektedir.⁹⁰⁸ Bu noktada, davalının da adil yargılanma hakkının korunması gerektiği savunulmalıdır. Zira *forum necessitatis* doktrini, AİHS m. 6/f. 1 ile korunan mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkını güvence altına alınmak için geliştirilmiş bir doktrindir. Bununla birlikte, AİHS m. 6/f. 1'in, özellikle yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıklarda, davacı ile davalı arasında makul bir denge gözetilmesini gerekli kıldığı da gözden kaçırılmamalıdır.

Bu noktada, *forum necessitatis* doktrinin, uyuşmazlık ile en yakın ilişkili mahkemenin görevlendirilmesine yönelmediğini, yalnızca yabancı mahkemenin uyuşmazlığı görmek konusundaki yetkisizliğinin esas alındığının unutulmaması gereklidir. Dolayısıyla, örneğin, uyuşmazlık ile bağı bulunan "yetkili" mahkemenin adil yargılanma hakkının güvencelerini yerine getiremeyecek olduğunun somut bir biçimde ortada olması durumunda, *forum necessitatis* doktrini, adil yargılanma hakkını güvence altına alan işlevi ile ön plana çıkmaktadır.

Sonuç olarak, *forum necessitatis* doktrini, adil yargılanma hakkının gözettiği bir diğer ilke olan aşırı yetkinin bertaraf edilmesi ilkesini etkisizleştirmek üzere kullanılmamalıdır. Diğer bir ifadeyle, aynı hakka dayanan ve fakat birbiriyle çatışan menfaatlerin söz konusu olduğu durumlarda, bu menfaatlerin mümkün olduğu kadar uzlaştırılması gerekmektedir.⁹⁰⁹

2) *Forum Necessitatis* ve Adil Yargılanmama Riski

Forum necessitatis doktrini, davacının başvurduğu mahkeme (*for*) dışında, başka bir yargı merciine başvurmasının imkânsız olması (negatif yetki uyuşmazlığı ve diğer hukuki ve fiili imkânsızlıklar) dışında, yabancı mahkemeye başvurmasının davacıdan beklenmesinin makul olmadığı durumlarda da kapsamaktadır. Davacının

⁹⁰⁸ Nuyts, **General Report**, s. 66. Diğer taraftan, özellikle Fransız hukukunda, adalete erişimin imkânsız olmasının, -kendini *forum necessitatis* olarak yetkili sayan- mahkeme ile uyuşmazlık arasında gerekli bağı kuracağı ileri sürülmektedir. Bkz. **Moissinac-Massénat**, s. 5. Aynı yönde bkz. **Marchadier**, s. 100.

⁹⁰⁹ **Kiestra**, s. 133. Aynı yönde bkz. **Dardağan**, s. 57 ve s. 242.

yetkili yabancı bir devlet mahkemesine başvurma imkânı varken, bu mahkemeye başvurusunun makul olmadığı durumların başında, yetkili mahkemenin adil bir yargılama yap(a)mayacağı düşüncesi ve iddiası gelmektedir. Davacının, yabancı bir mahkemenin yetkili olmasına karşın, bu mahkemenin adil bir yargılama yapmayacağını iddia etmesi ve bu iddiasını yeterli deliller ile ispat etmesi halinde, yabancı mahkemeye başvurmak bakımından “hukuki bir imkânsızlığın varlığı”ndan bahsedilecektir. Bu duruma verilebilecek belki de en doğru ve uygulamada da sıklıkla rastlanılabilecek örnek, yabancı bir devlet mahkemesinin yetkilendirilmesi, ancak yetkilendirilen mahkemenin adil yargılanma güvencelerine uygun bir yargılama yap(a)mayacağının açıkça ortada olduğu hallerdir.⁹¹⁰ Bunun gibi, yalnızca bir devlet mahkemesinin yetkili olduğu ve bu mahkemenin de davacının adil yargılanma hakkını ihlal etmesi veya edecek olduğunun açık bir biçimde öngörülebilir olması halinde, *forum necessitatis* doktrini gereğince, başvuru (for) mahkemesinin yer itibarıyla yetki kuralları gereğince yetkisiz olmasına rağmen yetki kazanabilmesine olanak tanınmaktadır.⁹¹¹

Buradaki sorun, yetkili yabancı mahkemenin yapacağı yargılamanın adil yargılanma güvencelerini ihlal edeceğine ilişkin öngörünün ya da riskin nasıl ispat edileceğidir. Adil yargılanmama konusundaki basit bir izlenimin veya şüphenin, başvuru mahkemeye yetki kazandırmaması gerektiği şüphesizdir. Zira, aksi halde, *forum necessitatis*’e dayalı yetki tesisi amacını aşan, keyfî bir uygulamaya dönüşecektir. İhtimale ya da tahmine dayalı olarak yabancı mahkemenin yetkisini görmezden gelebilmek ve yetkisiz bir mahkemeyi yetkilendirebilmek için anılan ihtimalin gerçekleşme riskinin çok yüksek olması ve bunun somut deliller ile ortaya konması gerekmektedir.⁹¹²

⁹¹⁰ Bu konu aşağıda “Yabancılık Unsuru Taşıyan Uyuşmazlıklarda Yabancı Mahkemelerin Yetkilendirilmesi” başlığı altında incelenecektir.

⁹¹¹ Örneğin Hollanda mahkemeleri, Kuveyt Havayolları’nda çalışan 2 Iraklı pilotun Amsterdam mahkemelerinde açtıkları iş sözleşmesinden kaynaklanan davada, iş sözleşmesinin Kuveyt mahkemelerinin yetkisine girmesine karşın, pilotların Kuveyt mahkemelerinde adil bir şekilde yargılanamayacaklarından hareket ile kendisini yetkili saymıştır. Bkz. *Abood/Kuwait Airways Corp.*, Amsterdam Sub-District Court (05.01.1996), 1996 Netherlands Internationaal Privaatrecht 145, 222 (Kuwait Airways case I). Yine, Filistinli bir doktorun açtığı davada, Lahey mahkemeleri, davacının Libya’da hukuksuz şekilde tutuklanması dolayısıyla gördüğü zararın tazmini konusunda, Libya’nın davanın açıldığı sırada içinde bulunduğu politik durumu gerekçe göstererek, kendini yetkili saymıştır. Bkz. *El-Hojouj/Unnamed Libyan Officials*, The Hague District Court (21.03.2012) LJN: BV9748.

⁹¹² Örneğin, İngiliz mahkemeleri, *forum necessitatis* uyarınca yetkili olduklarına karar verirken, yabancı mahkemede yapılacak yargılamanın adil olmayacağı konusunda müspet ve inandırıcı delillerin varlığını aramaktadır (*positive and cogent evidence test*). Bkz. *Deripaska v. Cherney* [2009] EWCA Civ. 849 (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2009/849.html>; erişim tarihi: 08.01.2017). Ayrıca bkz. **Palmer**, <http://blogs.law.nyu.edu/transnational/2015/01/when-will-the->

Bu noktada, kanımızca, mümkün olduğu ölçüde, AİHM'nin sınır dışı kararlarında esas aldığı ilkelerden yola çıkılabilecektir. Zira, her ne kadar, taraf devlet mahkemelerince verilmiş sınır dışı kararları ile yetkisizlik kararlarının etkisi aynı olmasa da, her iki karar da, kişileri adaletin inkârı ile karşı karşıya bırakabilecek ve AİHS m. 6/f. 1'in ihlaline sebebiyet verecek niteliktedir.⁹¹³ Bir kişinin sınır dışı edileceği veya geri gönderileceği (kabul eden) devlette gerçekleşmesi muhtemel AİHS ihlallerine ilişkin olarak, gerçek bir riskin olup olmadığına dair esaslı sebepler gösterilmesi gerekmektedir. Bu durum, AİHS'e taraf bir devletten, -AİHS'e taraf olan ya da olmayan- diğer bir devlette yaşanabilecek ihlaller hakkında hüküm kurmasının beklendiği davalarda yapılacak inceleme açısından uygun bir çerçeve yaratmaktadır.⁹¹⁴ Sınır dışı davaları her ne kadar çalışmamızın kapsamında değilse de, bu davalarda ileri sürülen gerekçelerden yola çıkarak, “yabancı bir ülkede yapılacak yargılama sırasında AİHS m. 6 ile güvence altına alınan hakların ihlal edilebileceğinin öngörülmesi halinde, bu duruma engel olunması gerekliliği karşısında, somut olayda kendi kanunlarına göre davaya bakmaya yetkisiz olan AİHS'e taraf devlet mahkemelerinin kendini yetkili sayarak davaya bakabileceğine” dair fikirler iler sürülebilecektir. Bir ülkede yapılacak yargılama sırasında, AİHS standartlarının açıkça ihlal edileceğinin tahmin edilmesi halinde, AİHS'e taraf devletlerin ihlale maruz kalacak kişiyi o ülkeye göndermemesi zorunluluğunun, ancak o ülkede gerçekleşmesi tahmin edilen ihlalin “yeterince olası” ve “yeterince katlanılmaz” olması şartına bağlı olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir.⁹¹⁵ Aksi halde, AİHS'e taraf bir devletten sınır dışı edilmesi gereken bir kişiyi sınır dışı etmemesi istenemeyecektir. Sonuç olarak, “açık ihlal” kriteri, AİHS standartlarının muhtemel ya da potansiyel olarak ihlal edilebileceği davalara endekslidir.⁹¹⁶

[english-court-agree-to-be-a-forum-of-necessity-for-foreign-litigants/](http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2000/41.html)). Fawcett'a göre, bu aşamada, milletlerarası özel hukukun “adaletsizlik” anlayışından hareket edilmelidir. Buna göre, yalnızca usûlî adaletsizliklerin değil, esasa ilişkin adaletsizliklerin de dikkate alınması gerekmektedir (Bkz. **Fawcett**, s. 38-40). Örneğin, davacının başvurabileceği yetkili yabancı mahkemede adli yardım ve avukat yardımından faydalanamayacak olmasının, o kişinin mahkemeye erişim hakkını kullanamaması sonucunu yaratacağı açıkça belli ise, bu takdirde, İngiliz mahkemelerinin davanın durdurulması / ertelenmesi kararı vermemesi gerekmektedir. Bu yönde bkz. *Luppe v. Cape PLC* [2000] 1 WLR 1545, HL.; bkz. <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2000/41.html>; erişim tarihi: 08.01.2017).

⁹¹³ **Sinopoli**, s. 223.

⁹¹⁴ **Ben Juratowitch**, *The European Convention on Human Rights and English Private International Law*, *Journal of Private International Law*, Vol. 3 No. 1 April 2007, s. 180-181.

⁹¹⁵ **Juratowitch**, s. 181

⁹¹⁶ **Juratowitch**, s. 181. AİHM'nin adil yargılanmama riskini bir ihlal olarak nitelendirdiği sınır dışı işlemleri ile ilgili kararlarında, “öngörülebilir olgular” dikkate alınmaktadır. AİHM'ye göre, “AİHS

AİHM'nin bu değerlendirmesini, *forum necessitatis* doktrini bakımından yorumlayacak olursak, başvuru (for) mahkemenin, yabancı mahkemenin yetkisini görmezden gelebilmesi için, yabancı mahkemede yaşanması muhtemel adil yargılanma ihlallerinin somut bir biçimde ortaya konması gerektiği sonucuna varılacaktır. Yabancı mahkemenin adil yargılanma güvencelerini göz ardı ettiğini veya edeceğini iddia eden davacının, başvurduğu ülke mahkemelerine ciddi ve inandırıcı deliller sunması gerekmektedir. Örneğin, davacının daha önce yabancı mahkemede açtığı davada ya da herhangi bir nedenle yabancı mahkemeye yaptığı başvuruda (bir geçici koruma tedbiri veya icrai işlem vb. hukuki korunma talebinde) adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ispat etmesi beklenmelidir.

Bununla birlikte, bu konuda AİHM'nin değerlendirmelerinin yalnızca yol gösterici olabileceğinin altını çizmek gerekir. Zira, AİHM'nin, bir kişinin sınır dışı edilerek adil yargılanma hakkının dolaylı ihlaline yol açılması hakkındaki değerlendirmelerinin, bire bir milletlerarası yetki konusunda da uygulanamayacağı bir gerçektir. AİHS'e taraf bir devletin, yabancı devlet mahkemelerinde başlayacak olan ya da devam eden bir yargılamada AİHS'de yer alan adil yargılanma

m. 6 ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkının açıkça ihlal edildiği veya ihlal edilmesi riskinin yaşandığı durumlarda, istisnai olarak, sınır dışı / iade kararının sorgulanması gerekmektedir.” Bkz. yukarıda AİHM *Soering – Birleşik Krallık* kararı, prgf. 113; yukarıda AİHM *Mamatkulov ve Askarov – Türkiye* kararı, prgf. 88; yukarıda AİHM *Drozdz ve Janousek - Fransa ve İspanya* kararı, prgf. 110.

AİHM, bu kararlarında daha çok yaşam hakkı (AİHS m. 2) ve kötü muamele yasağı (AİHS m. 3) kapsamında, kişilerin gönderileceği ülkede maruz kalacağı muamele konusunda “tahmin” yapmakta, ve AİHS m. 2 veya 3’ün ihlal edileceğinin açık olduğu durumlarda taraf devletlerin sınır dışı kararlarını anılan maddelerin ihlali olarak kabul etmektedir. AİHS m. 2 veya 3’ün ihlal edileceğinin açık olduğu durumlarda ise, AİHS m. 6 konusunda ayrıca bir incelemenin yapılmasına gerek olmadığına karar verilmektedir. Bkz. **Ergül**, s. 242. Ayrıca bkz. AİHM *Saadi – İtalya* kararı, prgf. 160 (Karar Tarihi: 28.02.2008 / Başvuru No: 37201/06). AİHM, *Mamatkulov ve Askarov – Türkiye* kararında, Özbekistan’a iade edilen başvuru sahiplerinin, “Özbekistan’da adil yargılanmayacakları konusunda şüphe duyulması için nedenler olsa da, yargılamadaki olası usulsüzlüklerin “adaletin inkârı” anlamına geldiğini ispat etmeye yönelik yeterli delilin bulunmadığına” hükmetmiştir (prgf. 91). Ancak bu karar yargıç Bratza, Bonello ve Hedigan tarafından eleştirilmiştir. Yargıçlar, başvuru sahiplerinin iade edilecekleri yabancı ülkede (Özbekistan) yaşanması muhtemel adaletin açık inkârına ilişkin incelemenin (testin) katı bazı sınırları olduğunun göz ardı edilemeyeceğinin altını çizdikten sonra, AİHM’ye sunulan delillerin, geri verme tarihinde başvuru sahiplerinin adaletin inkârına yönelik ciddi bir risk ile karşı karşıya olduklarını ispata elverişli ve yeterli olduğunu belirtmişlerdir. Aynı yönde bkz. **Ergül**, s. 242. AİHM, 2011 yılında verdiği başka bir kararında, *Soering* kararından bu yana, sınır dışı kararlarının, sınır dışı edilen kişinin adil yargılanma hakkını ihlal edeceği yönünde kanaate ulaşılmadığını belirterek, “adaletin açıkça inkârına ilişkin test”in çok sıkı ve kesin çizgileri olduğunu açıkça ifade etmiştir. Bkz. AİHM *Ahorugeze – İsveç* kararı, prgf. 115 (Karar Tarihi: 27.10.2011 / Başvuru No: 37075/09). AİHM bu kararında, adaletin açık inkârı testinin uygulanmasında, AİHS m. 2 ve 3 konusunda aranan standartların uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Bu bağlamda, sınır dışı edileceği ülkede adil yargılanma hakkının ihlaline ilişkin ciddi bir risk ile karşı karşıya olduğunu iddia eden başvuru sahibinin, bu riskin gerçekleşeceğine dair esaslı sebeplerin varlığını gösteren ciddi ve inandırıcı deliller öne sürmek zorunda olduğunu vurgulamıştır (bkz. prgf. 116).

ilkelerinin ihlal edilebileceğini öngörerek, yabancı ülkedeki yargılamanın önüne geçmek amacıyla kendi mahkemelerini yetkili görmesi farklı bir durumdur. Adil yargılanmama riskine bağlı olarak sınır dışı edilmemesi gereken kişinin, bulunduğu ülke mahkemelerine başvurarak adalete erişmek gibi bir zorunluluğu yoktur.

Yukarıda değindiğimiz üzere, sınır dışı kararlarının adaletin açık inkârına sebebiyet verip vermeyeceği konusunda AİHM'nin benimsediği ispat ölçüsü bir hayli yüksektir. Bazı durumlarda, bu denli yüksek bir ispat ölçüsünün aranması bile, tek başına, adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğurabilecektir. Bu nedenle, *forum necessitatis*'e dayalı olarak yetki tesis edilebilmesi için, somut olay çerçevesinde, makul delillerin ileri sürülmesinin yeterli olması gerektiğini düşünüyoruz.⁹¹⁷

c. Adil Yargılanma Doktrini Kapsamında Davalının Korunması: Hakkaniyete Uygunluk ve Aşırı Yetki Kurallarının Bertaraf Edilmesi

Aşırı yetki kuralı, doktrinde, mahkeme ile uyuşmazlığın konusu veya tarafları ile yeterli derecede ilişki sağlamayan, davanın hukuki niteliği ile ilgilenmeyen, adil ve makul bağlama noktalarını esas almayan, doğal hakim ilkesine uymayan ve milletlerarası usul hukukunda genel kabulün dışındaki “keyfi” kaidelere dayanan yetki kuralları şeklinde tanımlanmaktadır.⁹¹⁸ Bununla birlikte, aşırı yetki kavramının tam bir tanımının yapılmasının zor olduğu, bir yetki kuralının “aşırı” olup olmadığını tespit ederken uyuşmazlığın niteliğinin dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir.⁹¹⁹ Aşırı yetki kurallarının reddi yönündeki görüşlerin temel dayanağı, bu kuralların doğal hakim ilkesi ile bağdaşmadığı, davalının uyuşmazlık ile ilgisi bulunmayan (davacının kendine avantaj sağlayacağını düşündüğü) bir

⁹¹⁷ Ayrıca bkz. Matscher, **Case-Law**, s. 21. Yazar, AİHM'nin sınır dışı kararlarına ilişkin yaptığı dolaylı adil yargılanma hakkı ihlallerine ilişkin incelemelerin, taraf devlet mahkemelerinde gerçekleştirilen yargılamalardaki “doğrudan” ihlaller hakkındaki incelemelerden farklı olduğunu belirtmektedir. AİHM, “olası ihlal”ler bakımından çok daha katı bir tutum sergilemektedir. Aynı yönde bkz. **Ergül**, s. 243. Yazar, AİHM'nin “adil yargılanma hakkının dolaylı korumasını” daraltan içtihadının, kendi varlığı ve genel içtihadî eğilimiyle çelişmekte olduğunu dile getirmektedir.

⁹¹⁸ Nuray Ekşi, **Yabancı Mahkemenin Aşırı Yetkisinin Tenfiz Mahkemesi Tarafından Denetlenmesi (5718 Sayılı MÖHUK md. 54/b), İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yıl: 9 Cilt: IX Sayı: 2 (2010)**, s. 27; Nuray Ekşi, **Devletler Özel Hukukunda Aşırı Yetki Kuralları**, Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul Marmara Hukuk Fakültesi, Cilt:11 Sayı: 1-3 Yıl: 1999, s. 249; Nomer, s. 516-517; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 519; Çelikel/Erdem, s. 688; Ekşi, s. 50-55; Dardağan, s. 118-121; Süzen, s. 124-125.

⁹¹⁹ **Marchadier**, s. 216; **Ekşi**, s. 50; Ekşi, **MÖHUK m. 54/b**, s. 28. Aynı yönde bkz. Nomer, **Yetki Mefhumu**, s. 401-402.

mahkemede yargılanmasına (*forum shopping*) imkân vermiştir.⁹²⁰ Buna karşın, hak arama özgürlüğünün davacıya, davasını açmak konusunda mümkün olduğu kadar geniş imkân sağlanmasını gerektirdiğinden hareket ile aşırı yetkinin kabulü yönünde görüşlerin de savunulabileceği belirtilmektedir.⁹²¹ Aşırı yetki kavramına dahil olan kuralların tespiti ve hangi yetki kıstaslarının hangi şartlar altında aşırı yetkiye yol açacağı sorusu çalışmamızın kapsamı dışındadır. Çalışmamız açısından önem arz eden sorun aşırı yetki kurallarının adil yargılanma hakkı ile olan ilişkisidir.

Doktrinde, bir uyuşmazlığın başvurulmuş mahkeme (*for*) ile yeterli derecede ilişkili olmaması halinde, AIHS m. 6/f. 1 ile korunan adil yargılanma hakkının, başvurulmuş mahkemenin kendini yetkili saymasına engel olması gerektiği vurgulanmaktadır.⁹²² Ancak, bu konuda uluslararası doktrinde bazı ortak fikir ve çıkarımlara varılamadığı, “uyuşmazlık ile mahkeme arasında aranan ve yetki tesisini haklı kılacak asgari ilişkinin belirlenmesi konusunda uygulanması gereken kıstaslar hakkında net bir görüş birliğinin henüz sağlanamadığının” da altı çizilmektedir.⁹²³ Yukarıda değindiğimiz üzere, devletler hukuku anlamında bir zorunluluk olarak görülmesi de, en azından doktrinde, aşırı yetki kurallarının bertaraf edilmesi gerektiği üzerinde uzlaşıldığı görülmektedir.⁹²⁴ Bu uzlaşının bir sonucu olarak, örneğin, Brüksel I Tüzüğü’nün m. 3/f. 2 hükmünde, Tüzüğün uygulandığı üye devletlerden birinde yerleşim yeri bulunan kişilere karşı, üye devlet hukuklarında düzenlenen ve Tüzüğe eklenen (Ek I) aşırı yetki kurallarının uygulanamayacağı açıkça düzenlenmektedir.⁹²⁵

⁹²⁰ Burak Huysal, **Yabancı Mahkemenin Dava ve Taraflar ile Gerçek Bağlantısının Tanıma ve Tenfiz Üzerindeki Etkisi**, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, GSÜHFD 1/2011, s. 470; Ekşi, s. 211-212.

⁹²¹ Sinopoli, s. 141; Dardağan, s. 242; Marchadier, s. 225. Yazara göre, adil yargılanma hakkı, aşırı yetki kurallarının kesin bir biçimde “mahkum edilmesini” gerektirmemektedir.

⁹²² Matscher, **DIP face à la CEDH**, s. 218; Kinsch, s. 66; Kinsch, **Procès équitable et privilège de juridiction en matière d’executur**, s. 840; Marchadier, s. 179 vd. Aynı yönde bkz. Nomer, s. 518; Kaya, s. 229.

⁹²³ Matscher, **DIP face à la CEDH**, s. 218; Ekşi, **Aşırı Yetki**, s. 249; Dardağan, s. 31 ve 121; Huysal, **Aşırı Yetki**, s. 473.

⁹²⁴ Fransız doktrininde ise, aşırı yetki kurallarının kabulü yönünde bazı fikirler ileri sürülmektedir. Bu bağlamda, yargılamanın amacı üzerinde durularak, bir mahkeme kararının davalının malvarlığının bulunduğu ülkede tenfiz edileceğinden hareket ile, sadece davalının yerleşim yerinin başka bir ülkede bulunmasının, davalının malvarlığının bulunduğu ülke mahkemelerinin yetkisini “aşırı” hale getirmeyeceği ileri sürülmektedir. Bkz. Corbion, s. 294-295. Ayrıca bkz. Mayer, s. 550-552.

⁹²⁵ Brüksel I Tüzüğü’nün m. 3/f. 2 hükmü, Brüksel I Tüzüğü’nü yürürlükten kaldıran 1215/2012 sayılı Tüzüğün 5. maddesinde de yer almaktadır. Anılan hüküm ve Brüksel I Tüzüğü’nün ekinde yer alan aşırı yetki kurallarından da yola çıkılarak, “aşırı yetki kuralı niteliği” tartışılmayan kuralların başında, davacının vatandaşlığını esas alan Fr. MK. m. 14- m. 15, davalının kısa süreli dahi olsa bulunduğu yerde kendisine tebligat yapılabileceğini ve buna bağlı olarak İngiliz mahkemelerinin

Aşırı yetki kurallarının reddinin temelinde, devletlerin “davalının şahsı üzerindeki ülkesel kontrolü” (*physical power theory / théorie du pouvoir territorial*) fikri yer almaktadır. Zira, davalının, ne şekilde olursa olsun, “varolduğu” (yerleşim yerinin, mutad meskeninin bulunduğu veya davalının yaşadığı, sakin olduğu) ülke mahkemelerinde kendini en iyi şekilde savunabileceği

yetkili olabileceğini öngören İngiliz hukukunun yetki kuralları ve uyuşmazlık ile ilgisi olup olmadığına ve uyuşmazlık konusunu karşılamaya yeterli olup olmadığına bakılmaksızın, davalının malvarlığının bulunduğu yer mahkemesine yetki tanıyan Alman hukukunun yetki kuralları gelmektedir. Ayrıntılı incelemeler için bkz. **Dardağan**, s. 129 vd.; **Süzen**, s. 151 vd.; **Ekşi, MÖHUK m. 54/b**, s. 32 vd.; **Ekşi**, s. 51-60; **Schlosser**, s. 23-33; Diego P. Fernandez Arroyo, **Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales, Recueil des Cours, Vol. 323 (2006)**, s. 127 vd.

Bu kurallar arasında belki de en çok tartışılan ve eleştiriler Fr. MK.’da yer alan kurallardır. Fr. MK. m. 14 uyarınca, yerleşim yeri Fransa’da bulunmayan bir yabancı kişi, Fransa içinde veya dışında bir Fransız vatandaşı ile akdettiği borçlar nedeniyle Fransız mahkemelerinde dava edilebilir. Fr. MK. m. 15 ise, bir Fransız vatandaşının yabancı bir ülke vatandaşı ile dahi olsa, yabancı ülkede akdettiği borçlara ilişkin olarak Fransız mahkemelerinde dava edilebileceğini düzenlemektedir. Fr. MK.’nın aşırı yetki konusunda eleştirilen bu hükümleri, milletlerarası adaletsizliğin engellenmesi amacıyla uygulandığı durumlarda desteklenmektedir. Zira, anılan hükümlere, Fransız usûl hukukunun diğer yer itibarıyla yetki kurallarının uygulanması ve fakat bu uygulamanın “yetersiz” kalması durumunda “olağanüstü yetki kuralları olarak” başvurulabileceği belirtilmektedir. Ayrıca, Fransız hakiminin emredici olmayan bu hükümlere başvurup başvurmamak konusunda takdir yetkisine sahip olduğu dile getirilmektedir. Bu bağlamda, Fr. MK. m. 15’in özel bir yetki kuralı olduğu, davalının uyuşmazlık ile ilişkili yabancı devlet mahkemesine başvurması halinde (veya daha önceden başvurmuş ise) ve bu başvuru “kötüniyetli” değil ise, Fransız hakiminin yabancı devlet mahkemesinin yetkili olduğunu göz ardı edemeyeceği ifade edilmektedir. Genel olarak, Fransız hakiminin, davalının haklarını ihlal ettiği ölçüde, Fr. MK. m. 14 ve m. 15’i uygulamaması ve yetkisiz olduğuna karar vermesi gerektiği savunulmaktadır. Özellikle, hakimin, davacının Fransız mahkemelerine başvururken kötüniyetle davrandığını ve davalının zararına hareket ettiğini tespit etmesi halinde yetkisizlik kararı vermesinin zorunlu olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. **Corbion**, s. 298-300; **Sinopoli**, s. 155-156. Yazar, bu bağlamda, Fransız hakiminin “*forum non conveniens*” kuralını uygulaması gerektiği düşüncesindedir. Bununla birlikte, *forum non conveniens* uygulamasının hali hazırda Fransız doktrininde kabul görmediğini belirtmektedir.

Fr. MK. m. 14-15’in eleştirisi ve yeni yaklaşımlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Pataut**, s. 78 vd.; Danièle Alexandre, **Les pouvoirs du juge de l’executur, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1970**, s. 177 vd.; Dany Cohen, **La Convention Européenne des droits de l’homme et le droit international privé français**, **Revue Critique de Droit International Privé 78(3) Juillet-Septembre 1989**, s. 454-462. Yazar, Fr. MK.’nın anılan hükümlerinin Fransız vatandaşlarına üstünlük tanıdığını, bunun AİHS ile bağdaşmadığını, bununla birlikte, Fransız mahkemelerinde yargılanmak istemeyen yabancıların, yetkili yabancı bir mahkemenin var olması halinde, her zaman bu mahkemede dava açabileceklerini, fakat alacakları hükmün Fransa’da tanınması / tenfizi talebinde bulunmaları halinde, Fr. MK. m. 14-15 uygulaması dolayısıyla tanıma / tenfize ilişkin engellerle karşılaşabileceklerini dile getirmektedir. Aynı yönde bkz. **Sinopoli**, s. 150-151. Yazar, Fr. MK. m. 14-15’in milletlerarası yetkide gözetilmesi gereken “silahların eşitliği” ilkesine aykırı olduğunu belirtmektedir.

Fr. MK. m. 14-15’in AİHS m. 14’de yer alan ayrımcılık yasağına aykırı sonuçlar doğurduğuna dair doktrinde ileri sürülen fikirler, AİHM tarafından tartışılmamıştır. AİHM, yukarıda belirttiğimiz **McDonald – Fransa** kararında, başvuru Fr. MK. m. 15’in ayrımcı olduğuna ilişkin iddiasını tartışmamıştır. Bu durum doktrinde eleştirilmektedir. Bkz. **Kinsch, Procès équitable et privilège de juridiction en matière d’executur**, s. 839.

Görüldüğü üzere, Fr. MK.’da yer alan kurallara ilişkin olarak uluslararası doktrinde yapılan eleştirilerin gerek Fransız doktrininde, gerekse yargı kararlarında birtakım yansımaları olmuş, anılan kuralların mümkün olduğu kadar aşırı yetki yaratmayacak şekilde uygulanması yönünde bir eğilim gelişmiştir. Ayrıca bkz. **Kinsch** s. 72-73 ve s. 82-85.

Diğer taraftan, Tüzüğün 4. maddesi uyarınca, m. 3/f. 2’nin yerleşim yeri üye devletlerde bulunmayan davalılar hakkında uygulanmayacak olması ve aşırı yetki kurallarının uygulanması bakımından bu şekilde bir ayrımcılığa gidilmesi doktrinde eleştirilmektedir. Bkz. **Kinsch**, s. 76-77.

kabul edilmektedir.⁹²⁶ Doktrinde, milletlerarası yetki sisteminin dayandığı “devlet egemenliği” fikrinin yansıması olarak öne sürülen ve yer itibariyle yetki kurallarının düzenlenmesinde esas alınan iki bağlama noktasından biri olan ülkeselliğin aslında davalının şahsında ortaya konduğu ifade edilmektedir. Buna göre, yer itibariyle yetki kurallarının “uyuşmazlık ile ülke (mahkeme)” arasındaki bağlantıdan çok “davalı ile ülke (mahkeme)” arasındaki bağlantıya dayandırılmaya çalışıldığı⁹²⁷ ve genel olarak, davalının yerleşim yeri / mutad meskeni veya mallarının bulunduğu yer mahkemesine yetki tanındığı kabul edilmektedir.

Oysa, “mahkeme ile uyuşmazlık arasındaki bağlantı” zorunlu bir unsur iken, , mahkeme ile taraflar (ve özellikle davalı) arasındaki bağlantının nisbi öneme sahip olduğu” görüşüne⁹²⁸ katılmamak mümkün değildir. Zira, milletlerarası usul hakkaniyeti, mahkeme ile uyuşmazlığın ilişkilendirilmesini zorunlu kılmakta, taraflar ile değil uyuşmazlık ile en sıkı ilişkili mahkemenin yetkilendirilmesine yönelik kuralların düzenlenmesini gerektirmektedir.

Mahkemenin davalıdan çok uyuşmazlık ile yakın ilişki sağlaması gerektiğinden yola çıkıldığında, hangi yetki kriterinin aşırı yetkiye yol açacağı konusunda net bir yargıya varılamayacağı savunulabilir. Bu bağlamda, şayet milletlerarası yetki kurallarının amacı milletlerarası adaletin sağlanması ise, örneğin davacının vatandaşlığı kriterinin, davalının yerleşim yeri / mutad meskeni veya davalının mallarının bulunduğu yer kriterinden daha fazla eleştirilmemesi gerektiği dile getirilmektedir.⁹²⁹ Genel bir çerçeve çizilecek olursak, aşırı yetki kurallarının olağanüstü bir yetki yarattığı ifade edilerek, “olağanüstü bir yetki kuralına başvurulması söz konusu ise, bu kuralın davalının haklarını ihlal etmeyecek şekilde yorumlanmasının ve uygulanmasının mahkemelere ait olduğu” vurgulanmaktadır.⁹³⁰

⁹²⁶ Sinopoli, s. 116.

⁹²⁷ Mills, s. 204; . Ayrıca bkz. Nomer, *Yetki Mefhumu*, s. 407; Dardağan, s. 19 ve s. 154; Arthur T. von Mehren, *Adjudatory Jurisdiction: General Theories Compared and Evaluated*, *Boston University Law Review*, Vol. 63 (1983), s. 285.

⁹²⁸ Dardağan, s. 128-129. Milletlerarası yetkinin davalının şahsı üzerindeki egemenliğe - güce dayalı olarak kurulmasını (*physical power theory*) reddeden “hakkaniyete dayalı yetki” doktrini (*fairness theory*) ile ilgili olarak bkz. Sinopoli, s. 106; Von Mehren, s. 287-289 ve s. 311 vd. Doktrinde egemenlik teorisinin zamanla yerini uyuşmazlık ile yetkili mahkeme arasında makul bir bağın varlığını arayan hakkaniyet teorisine bıraktığı belirtilmektedir.

⁹²⁹ Corbion, s. 300. Bununla birlikte, yazar, vatandaşlık temelli yetki kriterlerinin adil yargılanma hakkından çok eşitlik ilkesi (ayrımcılık yasağı) bakımından sorun yarattığı kanaatindedir. Aynı yönde bkz. Kinsch, *Procès équitable et privilège de juridiction en matière d'exequatur*, s. 839. Aksi görüşte bkz. Sinopoli, s. 155. Yazar, Fr. MK m. 14-15'in AİHS m. 6/f. 1'e aykırı olduğunu, bu açıdan ayrımcılık yasağına gidilmesine gerek olmadığını vurgulamaktadır.

⁹³⁰ Kinsch, s. 72.

Gerçekten de, uyuşmazlık ile mahkeme arasında makul bir ilişki kurulduğu takdirde, hangi yetki kriterine dayanıldığı önem taşımayacaktır. Bu açıdan, bazı yetki kriterlerinin “kategorik” olarak aşırı yetkiye yol açtığına kabulü kanımızca doğru değildir. Şayet kullanılan yetki kriteri, uyuşmazlığın unsurlarından birinin bulunduğu yere dayanıyorsa, davalının, kendi yerleşim yeri dışında bir mahkemede yargılanması makul görülmelidir. Özellikle, davalının sınır aşan faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıklarda, davalının yerleşim yeri, “uyuşmazlığın konumlandırılması” açısından somut ve doğru bir yer olmadığı gibi, adaletin düzgün yönetimi bağlamında en yakın irtibatı sağlayan yer de olmayacaktır.⁹³¹ Ayrıca, taraflarının eşit konumda olduğu bir uyuşmazlıkta, davacıya mahkemeye erişim hakkının sağlanması yönünde tanınan kolaylık, davalının haklarını aşırı şekilde zarara uğratmayacaktır.⁹³²

Bu bağlamda, mahkeme ile uyuşmazlık arasında ilişki kuran tüm yetki kriterlerinin AİHS m. 6/f. 1 bakımından adil yargılanma hakkını ihlal etmeyeceği görüşündeyiz. Zira, mahkeme ile uyuşmazlık arasında kurulan bu ilişki, yargılamanın sağlıklı bir şekilde yapılmasını ve sonuçlandırılmasını (adaletin düzgün yönetimini) mümkün kıldığı kadar, taraf menfaatlerinin eşit düzeyde korunmasına ve adil yargılanma güvencelerinin yerine getirilmesine de imkân sağlamaktadır.⁹³³

Mahkeme ile uyuşmazlık arasında makul bağlantının var olup olmadığı ise, işin doğası gereği, somut olay odaklı bir inceleme gerektirmektedir.⁹³⁴ Bu bakımdan, “somut olay odaklı yorumun, yetki kurallarına esnekliği getirirken, diğer

⁹³¹ Sinopoli, s. 152.

⁹³² Davacıya getirilen “yabancı bir ülkede savunma yapma” yükü, mahkeme ile uyuşmazlık arasında makul bir bağlantının var olduğu durumlarda kabul edilebilirdir. Özellikle, davalının bu yükü taşımasının davacının mahkemeye erişiminin sağlanması bakımından zorunlu olduğu durumlarda, davalının yerleşim yeri dışındaki bir ülkede yargılamaya taraf olması kaçınılmaz hale gelmektedir. Bkz. Sinopoli, s. 153-154.

⁹³³ Nomer, s. 518; Ekşi, s. 48-49; Ekşi, MÖHUK m. 54/b, s. 29. “Yakınlık” ilkesinin milletlerarası yetki kuralları üzerindeki etkileri hakkında ileri sürülen farklı görüşler için bkz. Dardağan, s. 65-72. Günümüz teknolojileri ve hukuki gereksinimlerinin aksi sonuçlar yarattığı ve “yalnızca uyuşmazlık ile yakın irtibatlı bir mahkemenin en adil yargılamayı yapabileceği ve en adil sonuca varabileceği” yönündeki kabulün doğruluğunun ciddi şekilde sorgulanmasına yol açtığı ileri sürülmektedir. Bu kapsamda, olağan yetki kriterlerinin ihtiyacı karşılamadığı, delillerin yönetiminin yakın irtibatlı mahkeme dışında da gerçekleştirilebileceği, tahkim ve alternatif çözüm yollarının mahkemenin coğrafi konumunun önemini azalttığı savunulmaktadır. Bu görüşlerin gelişimi aşırı yetki konusunda farklı yaklaşımların benimsenmesine sebep olacaktır.

⁹³⁴ Örneğin davacının yerleşim yeri kriterinin aşırı yetkiye yol açtığı genel olarak kabul görmektedir. Ancak şayet, davacının kendi yerleşim yeri dışında bir yerde dava açması çok zor veya imkânsız ise yine de, aşırı yetkiden bahsedilebilecek midir? Bu soruya haklı olarak olumsuz yanıt verilmektedir. Örnekler için bkz. Huysal, Aşırı Yetki, s. 487.

yandan hukuki güvenlik ve öngörülebilirliği riske attığı”⁹³⁵ görüşüne hak vermekle birlikte, milletlerarası yetki konusunda somut olay hakkaniyetinin sağlanması amacıyla, hukuki güvenliğin bir nebze de olsa ikinci plana atılabileceği kanaatindeyiz.

Aşırı yetki kurallarının adil yargılanma hakkı bakımından değerlendirdiği somut bir AİHM kararı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, AİHK’nın verdiği bir kararda⁹³⁶, yerleşim yeri Birleşik Krallık’da olan davacının (British Petroleum), ABD’de yaşayan ABD vatandaşı davalıya (başvurucu) karşı, taraflar arasında akdedilmiş ve Birleşik Krallık ile hiçbir esaslı bağlantısı olmayan bir sözleşmeye (Libya topraklarında petrol arama çalışmaları yapılmasına ilişkin imtiyaz sözleşmesi) dayanarak açtığı davada, Birleşik Krallık mahkemelerinin kendini yetkili görmesinin başvurunun (uyuşmazlık ile yakın bağlantılı olan doğal hakim önünde kendini savunma hakkından mahrum bırakılması sebebiyle) adil yargılanma hakkının ihlaline yol açacağı iddiası gündeme gelmiş, ancak maalesef Komisyon başvurunun AİHS m. 35/f. 1’de belirtilen 6 aylık sürede yapılmadığı gerekçesiyle kabul edilemez olduğuna hükmetmiştir. Böylece, başvurunun ileri sürdüğü, Birleşik Krallık mahkemelerinin aşırı yetki tesisine ilişkin kararının AİHS m. 6/f. 1’i ihlal ettiği iddiası esastan tartışılamamıştır.⁹³⁷ Fakat, AİHS m. 6/f. 1’e aykırılık iddiası ile yapılan bu başvurunun, kategorik (soyut) olarak belirli yer itibarıyla yetki kuralları hakkında değil, “uyuşmazlık ile somut anlamda herhangi bir bağlantısı ya da ilişkisi olmayan İngiliz mahkemelerinin kendini yetkili sayarak, başvurucuyu (davalıyı) adil yargılanma güvencelerinden faydalandırmadığı” gerekçesine dayandığı görülmektedir.

Şayet somut olay bakımından, kendini yetkili sayan mahkemede davalının mahkemeye erişim hakkı etkin bir biçimde sağlanmış ise, adil yargılanma hakkının sağladığı güvenceleri ve özellikle hukuki dinlenilme hakkı ve silahların eşitliği ilkesini ihlal eden bir durum söz konusu değil ise, o takdirde mahkemenin aşırı yetkisinden ve AİHS m. 6/f. 1’e aykırılıktan bahsedilemeyeceği kanaatindeyiz.⁹³⁸ Bu bağlamda, uyuşmazlığı “davalının doğal hakiminden uzaklaştıran” yetki kurallarını “aşırı” görmenin doğru olmadığını düşünüyoruz. Zira, bu bakış açısı,

⁹³⁵ **Kinsch**, s. 74. Ancak yazar da, usulî hakkaniyete ulaşmak amacıyla, hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik ile davacı ve davalının şahsi hak ve menfaatleri arasında makul bir dengenin kurulması gerektiğini dile getirmektedir (bkz. s. 75).

⁹³⁶ AİHK H – Birleşik Krallık (kabul edilmezliğe ilişkin) kararı (Karar Tarihi: 04.07.1983 / Başvuru No: 10000/82).

⁹³⁷ **Dardağan**, s. 255-256. Ayrıca bkz. **Kiestra**, s. 128-129; Matscher, **DIP face à la CEDH**, s. 219.

⁹³⁸ Aynı yönde bkz. **Sinopoli**, s. 147 vd.; **Marchadier**, s. 225.

doğal hakim ilkesini, başta davalının yerleşim yeri veya mutad meskeni olmak üzere, sadece davalı ile ilişkilendirilmeye çalışmakta ve uyuşmazlık ile yakın ya da makul bir ilişki kursa da, bazı yetki kurallarının “aşırı yetki kuralı” olarak yorumlanmasına yol açmaktadır.⁹³⁹ Oysa bu sonuç, adil yargılanma hakkının amacına aykırıdır. Şöyle ki, şayet davalı, kendi yerleşim yeri veya mutad meskeni mahkemesi dışındaki yabancı bir mahkemede kendini savunmak zorunda kalmasına rağmen, savunma haklarını kullanmak konusunda hiçbir güçlük ile karşılaşmamış ise, mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkının ihlalinden bahsedilemeyecektir. Hele ki, bu mahkemenin davacının yerleşim yeri / mutad meskeni mahkemesi olmadığı durumlarda, davacı da iddiasını sunmakta davalı ile aynı zorlukları (yabancı dil, yabancı hukuk, ulaşım sorunları vb.) yaşayacaktır.

Mahkemenin yerinin, tarafların iddia ve savunmalarının sunulması, uygulanacak yargılama kurallarının belirlenmesi açısından arz ettiği önem tartışmasızdır.⁹⁴⁰ Uyuşmazlık ile yeterli derecede bağlantı sağlamayan bir mahkemenin yetkisi, “doğal hakim ilkesine” aykırı görülmemesinin yanında, hakkaniyet, hukuki dinlenilme hakkı ve silahların eşitliği ilkesi bakımından ihlallere yol açabilecek niteliktedir. Ancak, önemli olan somut sonuçtur. Kanımızca, mahkeme yerinin, tarafların savunma haklarına doğrudan etki eden bir unsur olduğu göz önüne alındığında, milletlerarası yetki kurallarının adil yargılanma hakkının gerekleri göz önünde bulundurularak düzenlenmesi ve

⁹³⁹ Aynı yönde bkz. **Marchadier**, s. 218-222. Doktrinde, “en kolay ve en az masrafla ve isteği doğrultusunda bir karar almak isteyen davacının davalıyı doğal mahkemesinden uzaklaştırması” tehlikesine karşı aşırı yetki kurallarının bertaraf edilmesi gerektiğinden bahsedilmektedir. Ayrıca, aşırı yetki kurallarının “yabancı bir ülkede savunma yapmanın sebep olacağı zahmet ve masrafların yanında, davacının tercih ettiği mahkemenin bağımsızlığından şüphe edilmesi, uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarının farklı olması, şahitlerin mahkemenin bulunduğu ülke dışında olması gibi olumsuz sonuçlarının olacağı” belirtilmektedir. (bkz. **Ekşi**, s. 49; **Ekşi**, **MÖHUK m. 54/b**, s. 29-30). Ancak bu gerekçelerin aynılarının, davacının yerleşim yerinin / mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir devletin mahkemelerinde dava açıldığı takdirde, davacı için de söz konusu olabileceği unutulmamalıdır. Dolayısıyla, konuya yalnızca davalı açısından yaklaşılmalıdır. Diğer taraftan, pozitif yetki çatışması olan hallerde, yani birden fazla devletin kendi milletlerarası yetki kuralları çerçevesinde yetkili olduğu durumlarda, davacının en kolay ve en masrafsız çözüm yoluna gitmesinin engellenmesi mümkün değildir. Bu yönde bir görüşü gerekçelendirmek de kanımızca zordur. Zira, çalışmamızın ilk bölümünde yer verdiğimiz üzere, adil yargılanma hakkı, aynı zamanda makul süre içinde ve usûl ekonomisi ilkesine uygun şekilde yargılanma hakkını da içermektedir. Davacının en az masrafla ve en hızlı şekilde sonuç almak üzere, “davalının doğal mahkemesinden” farklı bir devlet mahkemesinde dava açması kanımızca gayet doğaldır. Doktrinde de, dürüstlük kuralını ihlal etmediği sürece, *forum shopping*’in “hukuki ve kanuni” olduğu dile getirilmektedir (Bkz. **Nomer**, s. 488-489; Ceyda Süral, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi**, **TBB Dergisi**, 2012 (100), s. 197, 116 nolu dn) Ayrıca, aşırı yetkinin birçok devlette bir tanıma / tenfiz engeli olarak kabul edilmesi karşısında, davacının, kendiliğinden, uyuşmazlık ile makul bir ilişki sağlamayan bir devlet mahkemesinde dava açmaktan kaçınacağı da unutulmamalıdır.

⁹⁴⁰ **Dardağan**, s. 61.

yorumlanması zorunludur.⁹⁴¹ Devletlerin milletlerarası yetki kurallarını düzenleme konusundaki takdir haklarının kısıtlanması, her ne kadar uluslararası hukukun teamül kurallarına dayandırılmasa da, usulî temel hak yaklaşımının aşırı yetki kurallarına karşı bir yaptırım gücü oluşturduğu göz ardı edilemez. Bu bağlamda, mahkemenin uyuşmazlık ile ilişkili olması koşulu, mahkeme kararlarının gerekçelendirilmesi, çelişik yargılama veya silahların eşitliği gibi, adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gereken “bağımsız” bir ilke olarak kabul edilmelidir.⁹⁴²

Diğer taraftan, AİHM’nin, adil yargılanma hakkına ilişkin yorum ve içtihadında, belirli temel ilke ve şartları ortaya koyan geniş bir çerçeve çizerek, bir çok konuda taraf devletlere hareket serbestisi tanıdığı dile getirilmektedir. Bu serbestinin, “uyuşmazlık ile asgari bağlantı bulunması” şartının taraf devletler bakımından bir zorunluluk olarak kabulüne engel olduğu ifade edilmektedir. Bu kapsamda, adil yargılanma hakkının, taraf devletlerin milletlerarası yetki kurallarının düzenlenmesi konusundaki takdir hakkını sınırlamadığı, ancak, somut olay bakımından aşırı yetki kuralının davalının adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediğinin belirlenebileceği vurgulanmaktadır.⁹⁴³

Son olarak, AİHS’e aykırılık bakımından sorulması gereken bir soru ile karşılaşılmaktadır: Aşırı yetki kurallarının uygulanmasını ihlal olarak nitelendirebilmek için aşırı yetki tesisi yeterli midir, yoksa, aşırı yetkili mahkemece verilen kararın icrasının yapılmış olması gerekli midir? Bu sorunun akla gelmesinin nedeni, aşırı yetkinin geniş oranda bir tanıma / tenfiz engeli olarak düzenlenmesidir.⁹⁴⁴ Dolayısıyla, davacı ancak, büyük ihtimalle, kendini aşırı yetki kuralına dayanarak yetkili gören devlet mahkemesinin verdiği kararın, o ülkede icra edilmesi halinde hakkına kavuşabilecektir. Doktrinde, aşırı yetkinin reddini uluslararası hukukun ilkelerine dayandırmayan ve aşırı yetkiyi adeta bir “tehlike” olarak görmeyen görüşlerin gerekçesi de budur.⁹⁴⁵ Ancak, kanımızca, bu görüş,

⁹⁴¹ **Dardağan**, s. 62; **Süzen**, s. 126.

⁹⁴² **Marchadier**, s. 191.

⁹⁴³ **Dardağan**, s. 64. Ayrıca bkz. **Sinopoli**, s. 141. Yazar, aşırı yetkinin kabulü veya reddi konusunda ileri sürülen farklı fikirlerden yola çıkarak, AİHS m. 6’nın milletlerarası uyuşmazlıklar bakımından “elle tutulur” bir çözüm getirmediğini ifade etmektedir.

⁹⁴⁴ Huysal, **Aşırı Yetki**, s. 469.

⁹⁴⁵ **Mayer**, s. 552. Ayrıca bkz. **Dardağan**, s. 45-56. Yazar, aşırı yetkinin yasaklanması bakımından, uluslararası hukukun ilkelerine atıf yapılamayacağını belirlemektedir. Bu bağlamda, aşırı yetki kurallarına dayalı yetki tesis eden bir devlet mahkemesinin “başka bir devletin içişlerine müdahale etmiş” veya “başka bir devletin menfaatlerini aşırı biçimde ihlal etmiş” sayılamayacağını ifade etmektedir (bkz. s. 35).

aşırı yetki kurallarının sadece devlet menfaati gözetilerek değerlendirilmesine dayanmaktadır. Oysa, aşırı yetkinin reddi, gelişen hukuk bağlamında, daha çok taraf ve usul hukuku menfaatlerine dayanmaktadır ki, bu noktada adil yargılanma hakkı devreye girmektedir.⁹⁴⁶ Aşırı yetki kurallarının uygulanmasının AİHS m. 6/f. 1 kapsamında bir ihlal olarak nitelendirilebilmesi için, mahkemece verilen kararın icra edilmiş olmasının gerekmeyeceği, aşırı yetkili mahkemece yargılama sırasında adil yargılanma güvencelerine aykırı bir tutum sergilenmiş olmasının yeterli olacağı konusunda şüphe yoktur. Zira, adil yargılanma hakkı, öncelikle tarafların yargılamaya ilişkin hak ve menfaatlerini korumaktadır. Bu açıdan, aşırı yetkili mahkemenin verdiği hükmün icra edilmiş olmasını aramak yersizdir. İşte, tam da bu nedenle, aşırı yetki kurallarının uygulanmasının değil, düzenlenmesinin önüne geçmek gerekmektedir. Ancak, aşırı yetki kavramının özü maalesef pratik açıdan buna imkân sağlamamaktadır.

5. Milletlerarası Adaletin İnkârı ve Adil Yargılanma Doktrinlerinin Türk Milletlerarası Yetki Sistemi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Milletlerarası adaletin inkârı ve adil yargılanma hakkının taraflar üzerindeki koruyucu etkisinin Türk milletlerarası yetki kuralları üzerindeki yansımaları, üzerinde dikkatle durulması gereken ve hassas bir incelemeyi gerektiren bir konudur. Maalesef doktrinde yeterince tartışılmamış olan bu konu adil yargılanma

Uluslararası hukukun, devletlerin milletlerarası yetki kuralları üzerinde henüz herhangi bir sınırlama veya yaptırımının olmadığını savunan görüşler, aşırı yetki kurallarını onaylamasa da, uygulanması bakımından herhangi bir mahzur görmemektedir. Bununla birlikte, aşırı yetkinin bir tanıma / tenfiz engeli olması, devletleri bu tür yetki kuralları düzenlemek konusunda frenlemektedir. Aşırı yetki kurallarının “sistematik” biçimde reddi, halihazırda uluslararası hukuk kuralları bağlamında mümkün değilse de, uluslararası sözleşmeler ve özellikle insan hakları sözleşmelerinin bu yöndeki eğilimi güçlendirebilecek nitelikte olduğu düşüncesindeyiz. Diğer taraftan, doktrinde, yabancı ülke hukuklarında yer alan tanıma / tenfiz şartlarının karşılıklı olarak hafifletilmesi ve tanıma/tenfizin kolaylaştırılması halinde aşırı yetki kurallarına ihtiyacın ortadan kalkacağı, bu kapsamda tanıma/tenfizi kolaylaştıran çok taraflı veya ikili uluslararası anlaşmaların yaygınlaştırılması gerektiği ifade olunmaktadır. Bkz. **Corbion**, s. 295.

⁹⁴⁶ Aynı yönde bkz. **Dardağan**, s. 258. Yazara göre, aşırı yetkinin reddi konusunda uluslararası hukukun herhangi bir kuralına dayanılamayacağına ilişkin görüşler, “aşırı yetkinin bir devletin diğerinin yetkisine tecavüz teşkil edip etmediği” noktasına odaklanmaktadır. “Oysa, davalının savunma haklarının adil yargılanma hakkı çerçevesinde savunulmasında, bireysel menfaatlerin korunması, devlet yetkisinin insan hakları mülahazasıyla sınırlandırılması söz konusudur. Bu açıdan, aşkın yetki kurallarının Milletlerarası Hukuk ilkeleri gereği bertaraf edilmesinin reddedilmesi, milletlerarası yetkinin insan haklarına dayalı olarak sınırlandırılması girişimlerini akamete uğratacak nitelikte değildir. dava konusu ile mahkeme yeri arasında yeterli irtibat bulunmasının insan haklarının milletlerarası düzeyde korunmasının bir gereği olduğunu savunan görüşlerin ileride ağırlık kazanması (henüz bu yaklaşıma katılmayı isabetli görmesek de) şaşırtıcı olmayacaktır.”

hakkının etkileri ve uygulama alanının genişlemesiyle ayrı bir boyut kazanmıştır. Konuyu, yukarıdaki incelemelerimize paralel olarak, ilki, davacının mahkemeye erişim hakkının korunması, ikincisi, davalının adil yargılanma güvencelerinden tam olarak faydalanmasını sağlamak amacıyla aşırı yetki kurallarının bertaraf edilmesi veya etkisinin azaltılması olmak üzere iki eksenle ele almanın doğru olduğu düşüncesindeyiz.

a. Mahkemeye Erişim Hakkı Açısından

Davacının mahkemeye erişim hakkını güvence altına almak amacıyla, öncelikle milletlerarası adaletin inkârı doktrininin geliştirildiğini, daha sonra adil yargılanma hakkının mahkemeye erişim hakkını da kapsayan yorumuna uygun olarak çeşitli devlet hukuklarında *forum necessitatis* doktrini kapsamında hükümler düzenlendiğini belirtmiştik. Türk hukukunda, yabancı hukukların aksine, “zaruret” veya “ihtiyaç” halinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesisine olanak sağlayan herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle, şu soruların yanıtlanması gerekmektedir: Davacının mahkemeye erişim hakkının milletlerarası yetki kurallarıyla düzenlenmesi mümkün müdür, ya da başka bir ifadeyle, Türk mahkemelerinin önüne getirilen her yabancılık unsurlu uyuşmazlık hakkında kendini yetkili görmek gibi bir zorunluluğu var mıdır? Davacının Türk mahkemelerine erişimini sağlamak bakımından AİHS m. 6/f. 1 düzenlemesi, T.C. Anayasası ve Türk milletlerarası yetki kuralları kapsamında nasıl bir sonuca varılması gerekmektedir?

İlk sorunun cevabı kanımızca pek fazla tartışma yaratacak nitelikte değildir. Zira, gerek AİHS m. 6/f. 1, gerekse Anayasa m. 36 çerçevesinde, Türk mahkemelerinin önüne getirilen her davada kendini yetkili görmek gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu açıdan, davacı, mahkemeye erişim hakkını, Türk milletlerarası yetki kurallarının çizdiği sınırlar dahilinde kullanabilir. Aslında burada, davacının mahkemeye erişim hakkının “sınırlandığı” söylenemez. Zira, her devletin, anayasal hukuk düzeni ve taraf olduğu uluslararası anlaşmalar dahilinde, kendi mahkemelerinin yetkisini belirleme hakkı bulunmaktadır.

Bununla birlikte, davacının adalete erişemeyeceği durumları ayrıca değerlendirmek gereklidir. Yukarıda yer verdiğimiz *forum necessitatis* doktrini, davacının hukuki veya fiili bir nedenle yabancı bir devlet mahkemesine

başvuramadığı veya yabancı mahkemeye başvurmasının beklenmesinin makul olmadığı durumlarda, uyuşmazlığın başvuru mahkeme ile “makul” bir bağlantıya sahip olması halinde, başvuru devletin milletlerarası yetkisinin doğması gerektiği fikrine dayanmaktadır. Doktrinde, “gerek fiili durumlar, gerekse ilgili devletlerin hukuk sistemleri icabı, herhangi bir devlet mahkemesine başvuramayan yabancıların davalarının Türk mahkemelerinde görülebilmesini sağlamanın” mümkün olmadığı, “ne uluslararası hukuk, ne de milletlerarası yetki hukuku bakımından böyle bir mecburiyetin bulunduğu” ifade edilmektedir.⁹⁴⁷ Diğer taraftan, yabancıların, “Türk makamlarına ait sebeplerden” ötürü, örneğin yurt dışına çıkış yasağı konmuş olması ya da Türkiye’deki tutukluluk hali gibi, yabancı bir devlet mahkemesine başvurmasının mümkün olmadığı durumlarda aksi sonuca varılmaktadır.⁹⁴⁸ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, çok eski tarihli bir kararında,⁹⁴⁹ Almanya ile siyasi ilişkilerin kesilmesi nedeniyle Türkiye’de gözaltına alınan davacının, Almanya’ya giderek dava açması mümkün görülmediğinden, ilk derece mahkemesinin –davalının yetki itirazına dayanarak- vermiş olduğu yetkisizlik kararını bozmuştur.

Ayrıca, Türk mahkemesinde görülmesi istenen uyuşmazlığın Türk kamu düzenini ilgilendirmesi halinde, milletlerarası yetki kuralları dahilinde yetkili bir

⁹⁴⁷ Nomer, s. 475. Aynı yönde bkz. Sakmar, *Le nouveau DIP turc*, s. 375. Yazar, yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda, illa yetkili bir Türk mahkemesi bulma endişesi olmadığını, bu nedenle yer itibariyle yetki kurallarımız uyarınca yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmaması halinde, yetkisizlik kararı verilmesi gerektiğini belirttikten sonra, bu yaklaşımın başlıca iki olumsuz sonucunun olacağını dile getirmektedir: adaletin inkârına ilişkin riskler ve kamu düzenini ilgilendiren bazı konularda yetkisizlik.

⁹⁴⁸ Nomer, s. 475. Aynı yönde bkz. Çelikel/Erdem, s. 518. Ancak, yazarlar bu görüşten şu noktada ayrılmaktadır: Nomer, bu şekilde yetki tesisini, ancak, imkânsızlığın Türk makamlarına isnat edilebilmesi halinde mümkün görmektedir. Çelikel/Erdem ise, davacının hukuki ya da fiili imkânsızlık dolayısıyla “tabii” mahkemeye başvuramaması halinde, istisnai olarak Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin doğacağını belirtmekte, imkânsızlığın isnadı açısından bir ayrım gözetmemektedir: “*Türk makamlarına ait imkânsızlık halleri yanında, yabancı makamlara ait olup da, varlığı açıkça ispat edilen özel durumlarda, hakkın aranması imkânsız olduğu takdirde, Türk mahkemelerinin davaya bakmalarının hakkaniyet gereği olduğu düşünülebilir.*” (bkz. s. 518-519).

Aslında Nomer’in de önceki bir eserinde *forum necessitatis* doktrinine yakın bir yorum yaptığı görülmektedir. Yazar, “zarurî yetki tesisi” kavramı altında şu açıklamaya yer vermektedir: Negatif yetki çatışması halinde, yani yetkili hiçbir yabancı mahkemenin bulunmaması halinde, ihkâk-ı haktan imtinaya (*denial of justice*, bizim kullandığımız ifade ile adaletin inkârına) yol açmamak amacıyla ve “davacıya yardım” etmek üzere, mantikî bir ülke içi ilişkisinin bulunması halinde, Türk mahkemelerinin “zarurî” yetkisinin doğacaktır. Yazar bu yetkiyi “istisnâî yetki” olarak adlandırmaktadır (bkz. Ergin Nomer, *İhtilafsız Kaza Alanında Milletlerarası Yetki, Hıfzı Timur’un Anısına Armağan, İstanbul 1979*, s. 574-575). Aynı yönde bkz. Doğan, s. 72; Yılmaz Altuğ, *Türk Milletlerarası Usûl Hukuku, İstanbul 1983*, s. 61-62; Erdoğan Göğer, *Devletler Hususi Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları Ankara 1977*, s. 367.

⁹⁴⁹ Yarg. 2. HD. E. 37/1945 K. 1922/1945, 06.04.1945 (Ekşi, *Milletlerarası Yetki*, s. 147’den naklen).

Türk mahkemesinin bulunamadığı durumlarda da Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisinin doğacağı savunulmaktadır.⁹⁵⁰

Bu görüşün aksine, doktrinde, ne kamu düzeninin, ne de yabancı bir mahkemeye hukuki ya da fiili bir nedenle başvurulamamasına ilişkin imkânsızlık halinin, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesisi için başvurulabilecek yetki kriterleri olarak nitelendirilebileceği belirtilmektedir.⁹⁵¹ Zira, buna ne Yargıtay uygulamasının, ne de Anayasa m. 142’de yer alan “yetkide kanunilik ilkesi”nin izin verebileceği ileri sürülmektedir.⁹⁵² Bu görüş daha çok gerek iç hukukta gerekse MÖHUK’da yer alan yer itibarıyla yetki kurallarının her türlü uyumsuzluk bakımından Türk mahkemelerine başvurmak isteyen davacıya imkân sağladığını esas almaktadır.⁹⁵³ Dolayısıyla, kanunda yer almayan hiçbir durumda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin doğamayacağı, aksi kabulün herhangi bir gerekçeye dayandırılmayacağı sonucuna varılmaktadır.

Öncelikle, ilk görüş çerçevesinde ileri sürülen ve “olağanüstü” yetki tesisine imkân sağlayan “milletlerarası yetkide kamu düzeni müdahalesi”nin *forum necessitatis* doktrini çerçevesinde geliştirilen fikirlerden tamamen farklı olduğunun altı çizilmelidir. Zira bu görüş, Türk mahkemeleri önüne getirilen uyumsuzluğun Türk kamu düzenini ilgilendirdiği ölçüde yetki tesisini mümkün görmekte, aksi takdirde, yani uyumsuzluğun Türk kamu düzeni ile ilgisi olmadığı durumlarda Türk mahkemelerinin yetkisinin doğmayacağı sonucuna ulaşmaktadır.⁹⁵⁴ Oysa, *forum necessitatis* doktrini, davacının başka bir devlet mahkemesine başvuramaması dolayısıyla içine düşeceği durumdan kurtulmasını sağlamakta, davacıya hukuki korunma talebini sunabileceği, aynı zamanda adil yargılanma güvencelerine uygun

⁹⁵⁰ Nomer, s. 474; Çelikel/Erdem, s. 518. Yazarlar, “bugünkü yetki sistemi içinde, her ne kadar çok nadir olsa da, kamu düzenine dayalı bir yetkinin varlığının, teorik olarak her olay için ayrı ayrı incelenmek kaydıyla muhafaza edilmesinde fayda olduğunu” belirtmektedir.

⁹⁵¹ Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s. 239: “Kanunlarda yer alan kurallara göre gerçekleşmeyen milletlerarası yetki, hukuki himaye amacını karşılamak için yorum yoluyla ortaya konulacak prensiplerle tesis edilemez. (...) Doktrin ve mahkeme kararlarıyla kanunlarda yer almayan yetki esasları oluşturulamaz”.

⁹⁵² Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s. 149-150 ve s. 247-249. Ayrıca bkz. Dardağan, s. 240. Aynı yönde bkz. Kuru, s. 104.

⁹⁵³ Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s. 150.

⁹⁵⁴ Doğan, konu ile ilgili biraz daha farklı bir ifadeye yer vermektedir: “Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen pozitif kurallara göre yetkili bir mahkeme bulunmamasına rağmen, ihtilafın Türk mahkemelerinde görülmesi zorunluluğu ortaya çıkabilir. Bu gibi münferit durumlarda, kamu düzeninden hareketle ihtilafın Türk mahkemelerinde görülmesi gerekebilir. Başka bir ifade ile kamu düzeninin bir gereği olarak, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi doğabilecektir.” Yazar, kamu düzeninden başka, “mücbir sebep”, “hukuki imkânsızlık”, “mecburiyet” gibi yetkili yabancı mahkemelerde dava açılabilmesi halinde de Türk mahkemelerinin yetkisinin doğacağını eklemektedir. Bkz. Doğan, s. 72. Yazarın bu ifadesinden, bir uyumsuzluğun Türk mahkemelerinde görülmesi için, dava konusunun Türk kamu düzenini ilgilendirmesi gerekmediği anlamı çıkmaktadır.

bir mahkemede yargılanma olanağı sunmaktadır. Bu bakımdan, uyuşmazlığın başvurulmuş mahkemenin (*forum*) kamu düzenine ilişkin olup olmadığı önem taşımamaktadır. Davacının hakkını arayamaması, adil yargılanma hakkı kapsamında başlı başına bir kamu düzeni meselesidir.⁹⁵⁵ Diğer taraftan, *forum necessitatis* kurallarının uygulanmasında, davacının içinde bulunduğu hukuki veya fiili imkânsızlığın başvurulmuş devlet makamlarının işlem veya eylemlerinden kaynaklanıp kaynaklanmadığına da bakılmamaktadır. Sadece davacının yabancı bir devlet mahkemesine başvuramamasının hukuki veya fiili bir durumdan kaynaklandığı veya davacının başka bir mahkemeye başvurusunun kendisinden makul ölçülerde beklenemeyeceği durumlarda, uyuşmazlık ile *for* arasında makul bir ilişkinin varlığı aranmaktadır.

Dolayısıyla, aslında Türk doktrininde ileri sürülen “olağanüstü” durumlarda, milletlerarası yetki kuralları uyarınca yetkili bir mahkeme bulunmadığı hallerde, Türk mahkemelerinin yetkili olacağına ilişkin görüşün, *forum necessitatis* doktrini ile bire bir aynı yönde olmadığı görülmektedir. Bu noktada yukarıda sorduğumuz ikinci sorunun cevabını bulmak gerekmektedir. Milletlerarası yetki sistemimizde, *forum necessitatis* kurallarına yer verilmemesine rağmen, *forum necessitatis* doktrininin öne sürdüğü şekliyle yetki tesisi, T.C. Anayasası ve taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler rejimi çerçevesinde mümkün müdür?

İlk bakışta, bu soruya olumlu yanıt vermek zor görülebilir. Fakat, kanımızca, bu sorunun cevabının gerek Anayasa m. 36’nın amacı, koruduğu menfaat ve bu menfaate ilişkin Anayasa Mahkemesi kararları, gerek Anayasa m. 142’nin amacı, gerekse AİHS m. 6/f. 1’in AİHM tarafından yorumunun birlikte değerlendirilerek verilmesi gerekmektedir. Çalışmamızın ilk bölümünde ele aldığımız üzere, hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı ve bu haktan çıkan bazı hak ve yargılama ilkeleri temel hak niteliğindedir. Adil yargılanma ve mahkeme erişim hakkının “mutlak” bir hak olmayıp “sınırlanabilir” oluşu ise, Anayasa m. 142 ile açıklanamaz. Bu kabul, kanımızca, Anayasa m. 142’nin çok şekli bir yorumundan ibarettir. Başka bir ifadeyle, Anayasa m. 142’de yer alan “mahkemelerin yetkisinin kanunla düzenlenebileceği” ifadesi, anayasal bir temel hak olan hak arama özgürlüğü ile çatışacak şekilde yorumlanamaz. Anayasa’nın 142. maddesi,

⁹⁵⁵ **Fragistas**, s. 174. Yazar, kamu düzeni kavramının milletlerarası özel hukukun her alanında etkili olduğunu, bununla birlikte, milletlerarası yetkide kamu düzeni ile kanunlar ihtilafı alanındaki kamu düzeninin birbirinden çok ayrı ve bağımsız kavramlar olduğunu, farklı amaçlara hizmet ettiğini ve farklı işlevleri olduğunu altını çizmektedir. Bkz. s. 175.

“mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri ile yargılama usulünün kanunla belirlenebileceğini” ifade ederek, adil yargılanma hakkının bir unsurunu (kanuni mahkeme) yerine getirmektedir. Milletlerarası yetki kurallarının düzenlenme amacı da mahkemeye erişim hakkının sınırlanması değildir.

Diğer taraftan, kanun koyucunun temel haklar alanında yaptığı her sınırlama bir düzenleme olarak kabul edilirken, her düzenleme bir “sınırlama” olarak kabul edilmemektedir.⁹⁵⁶ Bunun sonucu olarak, bir hususun kanun ile düzenlenmemiş olması, onun açıkça yasaklanması anlamına gelmemektedir. Mahkemelerin *forum necessitatis* doktriniyi uygulayarak yetki tesis edemeyeceğini kesin bir şekilde savunmak, gerek Anayasa m. 36’ya gerekse AİHS m. 6/f. 1’e aykırı şekilde, hak arama özgürlüğünün fiilen tanınmaması sonucunu yaratacak niteliktedir. Nitekim Yargıtay, MÖHUK m. 41’de (eski MÖHUK m. 28) yer alan Türklerin kişi hallerine ilişkin uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin yetkisine (veya yetkisizliğine) ilişkin yorumunda, doktrinin aksine⁹⁵⁷, yurt dışında açılmış bir boşanma davasının varlığına rağmen Türk mahkemelerinin boşanma davasını görmek konusunda yetkili olduğunu ifade ederken, “*Türk vatandaşlarının Türk mahkemelerinde hak aramasının engellenmesinin, anayasal hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracağı*” tespitinde bulunmuştur.⁹⁵⁸ Doktrinde bu kararın, “*milletlerarası yetkinin mevcut olmadığı bir durumda dahi, hak arama özgürlüğü adına Türk mahkemelerinin yetkisinin teyit edilmesi açısından dikkat çekici olduğu*” ifade edilmektedir.⁹⁵⁹

⁹⁵⁶ Sağlam, s. 22.

⁹⁵⁷ Bu konu ile ilgili olarak bkz. aşağıda “Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Yetki” başlıklı bölüm.

⁹⁵⁸ Yarg. 2.HD., E. 1985/11103, K. 1986/97, 14.01.1986 (www.kazanci.com; erişim tarihi: 27.12.2006)

⁹⁵⁹ Dardağan, s. 242. Ekşi ise, “kararda varılan sonucun, gerek HMK (mülga HUMK), gerekse diğer kanunlarda yer alan yer itibariyle yetki kuralları uyarınca Türkiye’de yetkili bir mahkeme yoksa, hak arama özgürlüğünün engellenip engellenmediği sorusuna bağlı olarak değerlendirilmesi gerektiğini” belirlemekte, ancak, sorduğu sorunun cevabını şu şekilde vermektedir: “*Mahkemenin yetkisini meydana getiren bağlama noktalarından hiçbirisi Türkiye’de değilse, anayasal hakkın kısıtlandığından söz edilemez.*” (bkz. Ekşi, s. 250). Ayrıca bkz. Dardağan, s. 242-243. Görüldüğü üzere, aslında, cevap Türk milletlerarası yetki sisteminin hak arama özgürlüğünün sağlanması bakımından “mükemmel” bir rejim sunduğu önyargısında gizlidir. Zira, somut sonuç dikkate alınmamakta, davacının Türk mahkemesine başvurmakta haklı ya da haksız olduğu incelenmemekte, Türk milletlerarası yetki kurallarında kullanılan bağlama noktalarının hak arama özgürlüğünü bütünüyle koruduğuna hükmedilmektedir. Oysa, başvuru bağlama noktaları ve yetki kurallarının “mükemmelliği” bir yana, yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda uygulanacak milletlerarası yetki kurallarımızın yorumlanması ve uygulanması konusunda doktrinde ciddi tartışmalar vardır. MÖHUK m. 41-47’de yer alan yetki kurallarının iç hukuktaki yetki kuralları ile birlikte uygulanması konusunda dahi fikir birliği bulunmamaktadır. Yargıtay kararına konu MÖHUK m. 41’deki “yabancı mahkemede açılmadığı veya açılmadığı” ifadesi bile tartışmalıdır. Bu nedenle, kanımızca, milletlerarası yetki kurallarımızın hak arama özgürlüğü ve mahkemeye erişim hakkını eksiksiz bir şekilde sağladığı ve koruduğu yönünde kesin bir yargıya varmak oldukça zordur. Huysal’a göre de, “*Türk hukukunda milli mahkemelerin yetkisine temel oluşturan kurallar*

Bu noktada şu savunulabilir: Yargıtay mevcut olmayan bir yetki kuralına binaen Türk mahkemelerini yetkilendirmemiş, yalnızca, mevcut bir yetki kuralını Türk mahkemelerinin yetkisini tesis edecek şekilde yorumlamıştır. Fakat, ifade etmeye çalıştığımız husus, Anayasa m. 142'nin, gerek ilk derece mahkemelerinin, gerekse istinaf mahkemelerinin veya Yargıtay'ın bir adım öteye giderek, Türk mahkemelerinin yetkisiz olduğu bir uyuşmazlıkta dahi, özellikle hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının üstün temel hak niteliğini göz önünde bulundurarak, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin doğacağına hükmetmesine engel olamayacağıdır. Bu bakımdan, mevcut bir yetki kuralının yorumu yoluyla yetki tesisinin, mevcut olmayan bir yetki kuralına dayanarak yetki tesis etmekten bir farkı bulunmamaktadır. Anayasa m. 142 karşısında, kamu düzeni veya hukuki / fiili imkânsızlık sebeplerine dayanarak “fiili” bir yetki kabulünün *de lege feranda* tartışılabileceği, aksi halde anayasaya aykırı bir sonuç yaratılacağı görüşüne⁹⁶⁰, yukarıda yer verdiğimiz sebeplerle katılamamaktayız. Tabii ki, ideal olan, *forum necessitatis* doktrininin yukarıda yer verdiğimiz farklı yabancı hukuklarda olduğu gibi bir yetki kuralı şeklinde kabulü ve düzenlenmesidir. Zira, Türk milletlerarası yetki sisteminde her ne kadar sıklıkla başvurmaya ihtiyaç olmayacaksa da, böyle bir kuralın varlığı, mahkemeye erişim hakkı açısından milletlerarası yetki kurallarımızın yaratabileceği “boşlukların” giderilmesi için gereklidir.⁹⁶¹ Ancak böyle bir düzenlemenin olmaması bizi aksi sonuca götürmemelidir. Kısaca ifade etmek gerekirse, tabii ki, “*hak arama özgürlüğü, görev ve yetki kurallarının göz ardı edilmesi sonucunu doğurmamalıdır*”⁹⁶²; ancak bu kabul, milletlerarası yetki sisteminin hak arama özgürlüğü lehinde yorumlanmasına ve geliştirilmesine engel değildir.

Ayrıca şunu da ifade etmek gerekir ki, *forum necessitatis* doktrininin uygulanması için AİHM'nin Türkiye hakkında somut bir ihlal kararı vermesinin beklenmesine de ihtiyaç yoktur. Dolayısıyla, AİHM'nin bu yönde bir kararının bulunmaması, kanımızca, Anayasa m. 142 gerekçe gösterilerek, milletlerarası yetki kurallarının hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının gereklerine aykırı şekilde yorumlanmasına gerekçe gösterilemez. Doktrinde, “*milletlerarası yetki*

her zaman milletlerarası hakkaniyet ve uyum düşünülerek kabul edilmemiştir.” Bkz. Huysal, **Aşırı Yetki**, s. 485.

⁹⁶⁰ **Eksi**, s. 249. Ayrıca bkz. **Dardağan**, s. 242-243.

⁹⁶¹ Milletlerarası özel hukuk sorunlarının çözümünde “*bazı inşai de lege feranda ilkelerin (principes de solution des principes de construction)* ortaya konması gerektiği, bu ilkelerin pozitif hukukun boşluklarını doldurabileceği ifade edilmektedir. Bkz. **Miaja de la Muela**, s. 49.

⁹⁶² **Dardağan**, s. 242.

kurallarının, mümkün mertebe vatandaş ve yabancıların uluslararası karakterli davalarda, Türk mahkemelerine erişimini mümkün kılacak şekilde olması gerektiği” ifade olunmaktadır.⁹⁶³

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, “filî” yetki doğumunun kabulü dışında, mevcut yetki kurallarının, olabildiğince mahkemeye erişim hakkının sağlanması yönünde yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz. Bununla birlikte, *forum necessitatis* doktrininin açıklandığı bölümde ifade ettiğimiz üzere, davacıya mahkemeye erişim hakkı sağlamaya çalışırken, aşırı yetki yaratmak suretiyle, davalının da adil yargılanma haklarının zedelenmemesi gereklidir.⁹⁶⁴ O halde, *forum necessitatis* doktrininin uygulanmasında, makul bir denge gözetilmesi esastır. Bu bakımdan, *forum necessitatis*’e ilişkin yetki kuralları sıklıkla ve keyfi bir biçimde başvurulabilecek kurallar değildir. Zira, aksinin kabulü, Türk milletlerarası yetki sisteminde esas alınan “yetkide öngörülebilirlik” ilkesini ihlal edecektir.

b. Aşırı Yetki Kurallarının Bertaraf Edilmesi Açısından

Mahkemeye erişim hakkının korunmasına ilişkin görüşlerin dışında, aşırı yetkinin reddi yönündeki görüşlerin Türk milletlerarası yetki kurallarının uygulanması üzerindeki etkisi de ayrıca incelenmelidir. Doktrinde, adil yargılanma hakkının veya onun bir unsuru olarak hukuki dinlenilme hakkının milletlerarası yetki kurallarını net bir biçimde sınırlandırdığını kabul etmenin oldukça güç olduğu belirtilmektedir.⁹⁶⁵ Hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının kaynağı olarak Anayasa m. 36’nın, yukarıda yer verdiğimiz, “davacıya mahkemeye erişim açısından mümkün olduğunca çok imkân tanınması” yönünde yorumlanmasının aşırı yetkiyi kabul sonucuna da götürebileceğine dikkat çekilmektedir.⁹⁶⁶ Bu nedenle, Anayasa m. 36’nın aşırı yetki yaratan milletlerarası yetki kurallarının bertaraf edilmesi konusunda yeterli bir gerekçe olamayacağı ifade edilmektedir.⁹⁶⁷ Zaten, aksinin kabulü, aşırı yetki yarattığı düşünülen yetki kuralının anayasaya aykırı olduğunun kabulü demektir.

⁹⁶³ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 328.

⁹⁶⁴ Aynı yönde bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 365. Ayrıca bkz. Göger, s. 367: “Yargı (Türk hakimi) vereceği kararın milletlerarası geçerliliğine inanıyorsa mücbir sebep gibi bir nedene başvurarak kendisini yetkili kılabilir”.

⁹⁶⁵ Dardağan, s. 241-242.

⁹⁶⁶ Dardağan, s. 242.

⁹⁶⁷ Dardağan, s. 243. Yazar, genel olarak, milletlerarası yetki kurallarımızın anayasal ilkeler ve adil yargılanma hakkı açısından değerlendirilmesinin bugün için çok kolay olmadığını vurgulamaktadır.

Yukarıda mahkeme ile uyuşmazlık arasında aşırı yetkiyi ortadan kaldıran “makul” bir bağlantının var olup olmadığına karar verebilmek için somut olayın değerlendirilmesi gerektiğini, bu açıdan “makullük” incelemesinin de subjektif olduğunu ifade etmiştik. Bir yetki kuralının “kategorik” olarak aşırı yetki yarattığının kabul edilmemesi gerektiğinden yola çıkarak, soyut milletlerarası yetki kuralları bakımından Anayasa m. 36’ya aykırılığın tartışılmayacağını düşünmekteyiz. Yalnız, sonuç bakımından yukarıdaki görüşe katılsak da, “adil yargılanma hakkının ve dolayısıyla Anayasa m. 36’nın aşırı yetki yaratan milletlerarası yetki kurallarının bertaraf edilmesi konusunda bir gerekçe olamayacağı” fikrine katılmadığımızı belirtmek isteriz. Zira, davacının mahkemeye erişim hakkının korunmasında başvurduğumuz adil yargılanma güvencelerinin, davalının özellikle hukuki dinlenilme hakkını kullanamadığı ve silahların eşitliği ilkesine uyulmayan bir yargılama açısından uygulanmayacağını kabul etmek çelişkilidir. Nitekim, örneğin, aşağıda inceleyeceğimiz HMK m. 9’un gerekçesinde, hükmün mülga HUMK m. 16’dan farklı şekilde düzenlendiği, zira, Türk mahkemelerinin “aşırı” şekilde yetkilendirilmesinin önüne geçilmek istendiği belirtilmiştir. Aslında bu gerekçe, yetki kurallarının düzenlenmesinde adil yargılanma hakkının dikkate alındığını net bir şekilde ortaya koymaktadır.

Bu noktada, tartışılması gereken şey, somut olay incelemesinin Türk mahkemesi tarafından yapılıp yapılamayacağıdır. Davacı tarafından başvurulmuş Türk mahkemesinin, kendi milletlerarası yetki kuralları uyarınca yetkisinin doğduğu hallerde, bu yetkinin aşırı yetki yarattığı sonucuna vararak yetkisizlik kararı vermesi mümkün müdür? Bu soru bizi *forum non conveniens* doktrini hakkındaki görüşlere yönlendirmektedir. *Forum non conveniens* doktrininin kabulündeki gerekçeler, doktrinin amacı ve uygulanmasına ilişkin esaslar çalışmamızın konusunu aşmaktadır.⁹⁶⁸ Bu nedenle, doktrinde neredeyse tüm

⁹⁶⁸ İngiliz ve Amerikan hukuklarında uygulandığı şekliyle *forum non conveniens* doktrininin mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkına aykırı sonuçlar doğurup doğurmadığı da uluslararası doktrinde tartışmalıdır. Yine İngiliz hukuku kapsamında, “*stay of action/proceedings*” olarak tanımlanan ve “İngiliz mahkemelerinde açılmış bir davanın durdurulması veya reddedilmesine ilişkin kararlar” ile “İngiliz mahkemelerinin, kendi nezdindeki davalar ile ilgili olarak, tarafların yabancı bir mahkemede dava açmalarını engellemek üzere verdikleri tedbir niteliğinde kararların (*anti-suit injunction*)” adil yargılanma hakkı bakımından tartışıldığı görülmektedir. Ancak bu konu daha çok İngiliz içtihadına dayanmaktadır.

İngiliz hukukuna özgü tüm bu kararlar ile ilgili uygulamanın, temelde “davacının hakkını, adil yargılanma standartlarını sağlayan herhangi bir mahkemede arayabiliyor olmasını yeterli görmek” üzerine kurulu olduğunu, gerek *forum non conveniens*, gerekse *stay of action* kararlarının verilmesinde, bu düşüncenin esas alındığını belirtmek isteriz. Dolayısıyla, davacının, mahkemeye erişim konusunda herhangi bir hak kaybına uğraması önlenmektedir. İngiliz mahkemeleri *OT Africa Line Ltd v Hijazi* kararında (2001 1 Lloyd’s Rep 76 (QB)), hiç kimsenin bir davayı açma ya da

görüşlerin, Anglosakson hukukunun “*forum non conveniens*” doktrininin, Türk hukukunun da içinde yer aldığı kıta Avrupası yetki sistemleri bakımından uygulanabilir olmadığını savunduğunu, bu bakımdan Anayasa m. 36/f. 2 hükmünün gerekçe gösterildiğini söylemekle yetiniyoruz.⁹⁶⁹ Diğer taraftan, doktrinde bu görüşün, Anayasa m. 36/f. 2’nin “fazlasıyla lafza bağlı ve aşırı” bir yorumundan ibaret olduğu dile getirilmiştir.⁹⁷⁰

Bu noktada, belki, HMK m. 19/f. 4 açısından yapılan değerlendirmelerden yola çıkılabilecektir. Doktrinde, “yetkinin kesin olmadığı davalarda, davalının süresinde ve usulüne uygun olarak yetki itirazında bulunmaması halinde, davanın açıldığı yer itibariyle yetkisiz mahkemenin yetki kazanacağını” düzenleyen HMK m. 19/f. 4 hükmünün yabancı unsurlu davalarda da iç hukuktaki şekliyle uygulanmasının ve özellikle davalının yargılamaya katılmadığı durumlarda aşırı yetki yaratacak nitelikte olduğu dile getirilmektedir.⁹⁷¹ Bu nedenle, Türk mahkemesinin, davalının yargılamaya katılmadığı durumlarda, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun⁹⁷² (TMK) 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralına

mevcut bir davayı devam ettirme hakkını sınırsızca ve dilediği gibi kullanamayacağını, önemli olan hususun bu kişinin herhangi bir mahkemede AİHS m. 6 ile öngörülen standartlara uygun bir yargılamaya kavuşması olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca bkz. **Juratowitch**, s. 189-190.

Ancak, İngiliz mahkemelerinde açılmış bir davanın durdurulması / ertelenmesi veya *forum non conveniens* gerekçesiyle reddinin, davacının hakkını “makul bir süre” içinde elde etmesini engelleyip engellemediği konusu ayrı bir konudur ve İngiliz mahkemeleri tarafından pek tartışılmamaktadır. Bkz. **Fawcett**, s. 8-16 ve s. 38.

İngiliz yetki sistemi, Kıta Avrupası ve Türk hukukundan tamamen farklıdır. Milletlerarası yetkinin soyut yetki kuralları yerine, hakim tarafından somut olay incelemesine dayalı olarak uygulaması öngörülen bazı kavramlara dayalı olarak tesisini öngören bu sistemde esas olan, kişilerin uyumsuzluk ile belirli bir bağı bulunan mahkemeye –bu mahkeme adil yargılanma güvencelerini sağladığı takdirde-, ulaşmış olmaları halinde, mahkemeye erişim ve adil yargılama hakkının gereğinin yerine getirilmiş olmasıdır. Başka bir ifadeyle, forum conveniens olarak İngiliz mahkemelerinde görülmekte olan bir davada, *anti-suit injunction* kararı verilmiş olması halinde, zaten adil yargılanma hakkının tüm gereklerini yerine getiren bir mahkemeye ulaşılmış olması nedeniyle, adil yargılanma hakkının ihlalden bahsedilemeyecektir. Gerçekten de, gerek AİHM’nin, “mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkının kişilere yargılamayı yapacak mahkemeyi seçme hakkı vermediği” yönündeki görüşü, gerek adil yargılanma güvencelerini uygulayan bir mahkemede davanın görülüyor olması, gerekse bu mahkemenin uyumsuzluk ile belirli bir bağı haiz olması nedeniyle, hakkında başka bir devlet mahkemesine başvurmama (*anti-suit injunction*) kararı verilen kişinin mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkının ihlalden bahsedilemeyecektir. Genel hatlarıyla bu çerçevede değerlendirebileceğimiz, tamamen İngiliz hukukuna özgü bu kurumun adil yargılanma hakkı kapsamında incelenmesi, kurumun amacı ve işlevine ilişkin çok daha derin araştırmayı gerekli kılmaktadır. *Forum non conveniens* ve *anti-suit injunction* kurumlarına ilişkin araştırma ve tartışmaların çalışmamızın amacı ve kapsamını aştığı düşüncesindeyiz.

⁹⁶⁹ Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s. 73; Nomer, s. 490; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 361; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 137-138; Dardağan, s. 107-109; Ziya Akıncı, **Milletlerarası Usûl Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Milletlerarası Derdestlik, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002**, s. 28-29.

⁹⁷⁰ Dardağan, s. 112.

⁹⁷¹ Ekşi, **MÖHUK m. 54/b**, s. 59-60; Ekşi, **Aşırı Yetki**, s. 257; Sakmar, **Le nouveau DIP turc**, s. 382; Dardağan, s. 210-211; Süzen, s. 196.

⁹⁷² RG. 18.12.2001, S. 24607.

dayanarak yetkisiz olduğuna karar verebileceği ve böylece yerleşim yeri Türkiye’de bulunmayan davalının aşırı yetkili bir mahkemede yargılanmaktan korunabileceği savunulmuştur.⁹⁷³ Doktrinde pek de taraftar bulmayan bu görüş, Anayasa m. 36/f. 2’ye aykırı olduğu yönünde eleştirilmiştir.⁹⁷⁴ Bu eleştiri ise, “yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda Anayasa hükümlerinin çok daha esnek yorumlanması gerektiği ileri sürülerek” eleştirilmiştir.⁹⁷⁵

Kanımızca, mevcut yetki sistemimiz dahilinde *forum non conveniens* doktrininin uygulanabileceğini savunmak oldukça güçtür. Zira Türk hukukunun yetki sistemi yer itibariyle yetki kurallarının kesin bir şekilde belirlenmesi üzerine kuruludur. Bu şekilde “yetkide öngörülebilirliğin” sağlanması amaçlanmaktadır. Fakat bu amacın, *forum necessitatis* doktrininin uygulanması ile ilgili görüşümüze paralel olarak, adil yargılanma hakkının gereklerine üstün tutulmasının doğru olmadığı düşüncesindeyiz. Diğer taraftan, aşırı yetki kurallarının bertaraf edilmesi ile ilgili değerlendirmenin birçok farklı boyutu vardır. Öncelikle, milletlerarası yetki kurallarımızın bazıları aşırı yetki yarattığı yönünde eleştirilse de⁹⁷⁶, benimsenen bağlama noktalarının çoğunun aşırı yetkiye yol açmayacak nitelikte olduğu söylenebilir.

Diğer taraftan, aşırı yetkinin reddi, başlı başına, mahkeme ile uyuşmazlık arasında makul bir bağlantının olmamasına değil, aynı zamanda bu “bağlantısızlığın” davalının adil yargılanma güvencelerinden ve özellikle hukuki dinlenilme hakkından olması gerektiği gibi yararlanamamasına dayandırılmaktadır.⁹⁷⁷ Bu bakımdan, örneğin bilgilendirme (tebligat) konusunda herhangi bir usulsüzlük olmamasına, davalının, kendisine açıklama hakkını kullanması için yeterli imkân sunulmuş olmasına karşın bu hakkı kullanmamasına, delillerin adil yargılanma gereklerine uygun şekilde toplanmış ve değerlendirilmiş (yönetilmiş) olmasına rağmen aşırı yetkiye dayanarak davalının adil yargılanma

⁹⁷³ Sakmar, **Le nouveau DIP turc**, s. 382. Ayrıca bkz. **Dardağan**, s. 109. Yazar, Sakmar’ın bu yorumunun, *forum non conveniens* doktrinini tam olarak yansıtmasa da, aynı esaslardan hareket ettiğini belirtmektedir.

⁹⁷⁴ **Ekşi**, s. 74

⁹⁷⁵ **Dardağan**, s. 112.

⁹⁷⁶ Örneğin, HMK m. 16’da düzenlenen ve haksız fiillerde zarar görenin yerleşim yeri mahkemesini yetkilendiren hüküm ile ilgili olarak bkz. Sibel Özel, **Haksız Fiillere İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Yetkisini Belirleyen HMK m. 16 Kuralının Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi**, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi, Yıl: 2012 Cilt: 8 Sayı: 91-92, s. 34. Ayrıca, Türk hukukunda yer alan yetki kurallarının aşırı yetki bakımından genel değerlendirmesi için bkz. **Ekşi**, **MÖHUK m. 54/b**, s. 59-60; **Ekşi**, **Aşırı Yetki**, s. 257; **Dardağan**, s. 129 vd.; **Süzen**, s. 151 vd.

⁹⁷⁷ **Marchadier**, s. 187-189.

hakkının ihlal edildiğini kabul etmek kanımızca doğru olmayacaktır. Bu nedenle, Türk mahkemelerinin “aşırı yetkili olsa da”, adil yargılanma hakkının tüm gereklerini yerine getiren bir yargılama yapması somut değerlendirme açısından büyük önem taşımaktadır. Bu yorum, HMK m. 19/f. 4 için de geçerlidir. Kanımızca, mevcut yetki sistemimizde, Türk hakiminin davalının katılmadığı bir yargılamada, TMK m. 2’ye dayanarak HMK m.19/f. 4’ü uygulamaktan kaçınabileceği görüşünden yola çıkılarak, TMK m. 2’nin forum non conveniens kuralları ile ulaşılan sonuca varmak üzere kullanılması da, *de lege feranda* tartışılabilir.⁹⁷⁸ Mevcut yetki sistemimizin bu tür bir yoruma imkân vermediği düşüncesindeyiz.

B. Bazı Türk Milletlerarası Yetki Kurallarının Adil Yargılanma ve Mahkemeye Erişim Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkini belirleyen kurallar MÖHUK’un 40 ilâ 47. maddeleri arasında düzenlenmektedir. MÖHUK m. 40 uyarınca, “*Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder.*” Bu hüküm, MÖHUK’da düzenlenen yetki kuralları dışında, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarının da uygulanmasını öngören karma bir yetki sisteminin kabul edildiğini göstermektedir. Bu sistemin ne şekilde işlemesi gerektiği ise üzerinde uzlaşılabilmiş bir konu değildir.⁹⁷⁹ İç hukukun yer itibariyle yetki kurallarının MÖHUK’da yer alan ve özel bazı halleri düzenleyen yetki kuralları (m. 41 ilâ 47) ile birlikte uygulanıp uygulanamayacağı hakkında benimsenen görüş, yabancılık unsuru taşıyan davalarda mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkını yakından ilgilendirmektedir.⁹⁸⁰

⁹⁷⁸ Aslında olması gereken HMK m. 19/f. 4 hükmünün yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda iç hukuktakinden farklı şekilde uygulanmasına imkân veren bir düzenlemenin yapılmasıdır Bu konu aşağıda “Yetkisiz Mahkemenin Yetkili Hale Gelmesi” başlığı altında incelenecektir.

⁹⁷⁹ Mine Tan Dehmen, **Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar Bakımından 5718 Sayılı MÖHUK’da Kabul Edilen Yetki Kurahı, MHB Yıl: 33 Sayı: 1 (2013)**, s. 171.

⁹⁸⁰ Aslında konu belki de en çok MÖHUK m. 44’de düzenlenen iş sözleşmesi ve iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda yetkili mahkemenin tespiti açısından önem arz etmektedir. Zira, Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda yetkiyi düzenleyen MÖHUK m. 41’de iç hukukun yetki kurallarına atıf vardır. Yabancıların kişi hallerine ilişkin bazı davalarda yetkiyi düzenleyen MÖHUK m. 42’nin uygulama alanına giren konularda, iç hukukun yetki kurallarının uygulanması sonucu değiştirmemektedir. Mirasa ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin yetkisini belirleyen MÖHUK m.

Doktrinde ağırlıklı görüş, MÖHUK m. 41-47’de düzenlenen hallerde, “öncelikle ve sadece” MÖHUK’da yer alan yer itibariyle yetki kurallarının uygulanabileceğini savunmaktadır.⁹⁸¹ Buna göre, MÖHUK m. 41-47 arasında düzenlenen ve milletlerarası usul hukuku bağlamında “özel” yetki kuralı olarak tanımlanan yetki kurallarının uygulama alanına giren hallerde iç hukukta yer alan yetki kurallarına başvurmak mümkün olmadığı gibi, buna gerek de yoktur. Diğer bir görüş ise, MÖHUK m. 41-47 arasındaki yetki kurallarının MÖHUK m. 40’ın atıf yaptığı iç hukukta düzenlenen yetki kurallarının tamamlayıcısı olduğu yönündedir.⁹⁸² Esasında, milletlerarası yetki kurallarının mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkının ihlali bakımından incelenmesinde uygulanan sistemden çok, varılan sonuç önemlidir. Bu bağlamda, hangi kural veya sistem uygulanırsa uygulansın, milletlerarası yetki kurallarının, somut olayın özelliklerini dikkate

43 bakımından da mahkemeye erişim hakkını ihlal eden bir sonuç farklılığı söz konusu değildir. Mirasa ilişkin uyuşmazlıklar ile ilgili olarak MÖHUK m. 43, iç hukukta yer alan yetki kurallarından daha geniş bir yetki alanı çizmektedir. Bununla beraber, kuralın uygulama alanı ile ilgili sorunlar söz konusudur. Fakat, iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda uygulanan MÖHUK m. 44 bakımından, Türkiye’de yetkili mahkeme bulunmaması halinde, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına da (5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (İş MhK) (RG. 04.02.1950 – S. 7424) m.5) başvurulabileceğinin kabulü ile MÖHUK m. 44’ün dışında herhangi bir hükmün uygulanamayacağını savunan görüş arasında mahkemeye erişim hakkı bakımından varılacak sonuç bağlamında önemli farklar vardır. Tüketici sözleşmelerinden doğacak davalarda uygulanacak MÖHUK m. 45 ve sigorta sözleşmelerine ilişkin davalarda uygulanacak MÖHUK m. 46 açısından da, iç hukukun yetki kurallarının “tamamlayıcı” olarak uygulanması gerekip gerekmediği de adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkı kapsamında sorunlu değildir. MÖHUK’da yer alan ve mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkı bakımından incelenmesi gerektiğini düşündüğümüz yetki kuralları ile ilgili olarak bkz. “MÖHUK’da Düzenlenen Bazı Yetki Kuralları” üst başlığı altındaki açıklamalar.

⁹⁸¹ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 381; Doğan, s. 57 ve 64; Aynı yönde bkz. Bilgin Tiryakioğlu, *Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, Tuğrul Arat’a Armağan, Yetkin Yayınları Ankara 2012, s. 1156-1157; Sema Çörtoğlu Koca, *Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelerde Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi*, Yetkin Yayınları Ankara 2016, s. 194-195; Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, *Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini*, AÜHFD 63 (4) 2014, s. 838-839. MÖHUK m. 44 açısından, aynı yönde bkz. Çelikel/Erdem, s. 579; Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, *Bireysel İş İhtilafında Türk Mahkemesinin Milletlerarası Yetkisi*, Tankut Centel’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Yayınları 2011, s. 975. Ayrıca bkz. Ekşi, *Tanıma-Tenfiz*, s. 204-205. Yazar ikili bir ayırım yaparak, MÖHUK m. 41 ve 42’nin iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları ile birlikte uygulanacağını ifade ederken, MÖHUK m. 43-44-45 ve 46’nın tek başına uygulanacak yetki kuralları olduğunu belirtmektedir. Ayrıca bkz. Nuray Ekşi, *Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku*, Beta Yayıncılık İstanbul 2013, s. 27-28.

⁹⁸² Ekşi, s. 47; Çelikel/Erdem, s. 517. Yazarlar, MÖHUK’daki yetki kurallarının “tamamlayıcı” nitelikte ve fakat “milletlerarası yetkiye özgü özel kurallar olduğu”nu ifade etmekte, örneğin, iş sözleşmeleri ile ilgili olarak MÖHUK m. 44’ün tek başına uygulanacağını belirtmektedir (bkz. s. 579). MÖHUK m. 41’de düzenlenen Türklerin kişi hallerine ilişkin uyuşmazlıklarda yetkili mahkemenin tespitine ilişkin kuralın iç hukuktaki yetki kuralları bakımından tamamlayıcı (tali) olduğu yönünde bkz. Bülent Çiçekli, *Yabancı Unsurlu Boşanma Davalarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, TBB Dergisi Sayı: 56 (2005), s. 249. Ayrıca MÖHUK m. 43 (mülga MÖHUK m. 30) ile ilgili olarak bkz. Cemile Demir Gökyayla, *Yabancı Mahkemelerden Alınan Mirasçılık Belgelerinin Türkiye’de Hüküm ve Sonuç Doğurması*, Fikret Eren’e Armağan, Yetkin Yayınları Ankara 2006, s. 574-575.

almaksızın “kesin ve sınırlayıcı” bir bakış açısıyla yorumlanması ve uygulanmasının AİHS m. 6/f. 1 açısından bazı sorunlara yol açabileceği bir gerçektir.

Milletlerarası yetki kurallarının mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkını ihlal eden sonuçlar yaratıp yaratmadığı hakkındaki inceleme, AİHM kararlarına dayanmaması ve somut olayın şartlarının dikkate alınması zorunluluğu karşısında aslında bir hayli göreceli ve tartışmaya açıktır. Çalışmamızın bu bölümünde, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkini belirleyen kuralların AİHM tarafından kabul edilen ilkelere ve çalışmamızın birinci bölümünde yer verdiğimiz içtihadına ne kadar uygun olduğu araştırılacak, Türk hukukunun bazı milletlerarası yetki kuralları ile ilgili doktrinde ileri sürülen eleştirilerin haklılığı incelenecektir.

2. MÖHUK Dışında Düzenlenen Bazı Yetki Kuralları

a. Genel Yetki Kuralı Olarak Davalının Yerleşim Yerinin Esas Alınmasının Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Önemi

Gerek yabancılık unsuru taşımayan uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulan iç hukuka ilişkin yetki kurallarının, gerekse yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda uygulanacak milletlerarası yetki kurallarının düzenlenmesinde taraf menfaatlerinin gözetildiği bir gerçektir.⁹⁸³ Fakat, davanın bir taraf için uygun olan yerde görülmesi, karşı tarafın menfaatlerini zedeleyebilir. Söz konusu menfaat çatışması çerçevesinde, yetki tesisinde davalının menfaatlerine ağırlık verildiği görülmektedir.⁹⁸⁴ Zira, “kendi lehine hukuki korunma talep eden” ve yargılamanın sonuna kadar talebi bir iddiadan ibaret olan davacıdan ziyade “pasif” durumdaki davalının korunması gerektiği belirtilmektedir.⁹⁸⁵ Bu bağlamda, doktrinde de ifade edildiği üzere, “davacı ile davalının üzerinde ortak anlaşmaya vardığı mahkemenin yetkisi dışında, davalının yerleşim yeri mahkemesinin yetkisi evrensel olarak kabul

⁹⁸³ Yabancılık unsuru taşıyan ve taşımayan uyuşmazlıklarda uygulanacak yetki kurallarının düzenlenmesinde, taraf menfaatlerinin dışında, devlet menfaatleri ve adaletin düzgün yönetimini sağlamak üzere usûl hukukunun koruduğu menfaatler de göz önünde bulundurulmaktadır. Ayrıntılı incelemeler için bkz. **Dardağan**, s. 73-79.

⁹⁸⁴ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 86.

⁹⁸⁵ **Pekcenitez/Atalay/Özekes**, s. 164; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 86-87; **Karlı**, s. 214; **Dardağan**, s. 73-74; **Süral**, **HMK**, s. 170. Ayrıca bkz. **Fragistas**, s. 199. Yazar, yabancılık unsuru taşımayan uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulan temel yetki kriteri olarak “davalının yerleşim yeri” kriterinin, milletlerarası yetkide de benimsenmiş olmasını, “muhafazakâr eğilimin bir sonucu” olarak nitelendirmektedir. Zira, davacı “var olan bir durumu değiştirmek üzere harekete geçmiş olan”, davalı ise “var olan durumu korumak isteyen” taraftır.

görmüş en temel yetki kuralıdır.”⁹⁸⁶ Nitekim, Türk hukukunda da bu esas kabul edilmiştir. HMK m. 6 uyarınca, “*genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir*”. Yerleşim yeri Türkiye’de bulunmayanlar bakımından genel yetkili mahkeme ise HMK m. 9 uyarınca, “*davalının Türkiye’deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir*.”

Bununla birlikte, doktrinde, pek çok devlet hukukunda yer alan ve davalının yerleşim yeri mahkemesine yetki tanıyan kuralların, sadece davalıyı değil, aynı zamanda davacıyı da koruduğu belirtilmektedir. Zira bu kuralların, “davalının yerleşim yerinin bulunduğu yerde malvarlığının da bulunacağı” düşüncesine (tahminine) dayandığı, dolayısıyla, davacının verilecek hükmü icra etmesine olanak sağladığı ifade edilmektedir.⁹⁸⁷

Davalının yerleşim yeri kriteri, Türk usul hukukunda olduğu gibi pek çok hukukta genel yetki esası olarak kabul edilmektedir. Brüksel I Tüzüğü’nün “giriş” bölümünde, yer itibarıyla yetki kurallarının mümkün olduğu kadar öngörülebilir olması gerektiği belirtildikten sonra, yetkinin genel olarak davalının yerleşim yeri esas alınarak tesis edilmesi gerektiğinin altı çizilmiş⁹⁸⁸ ve genel yetkili mahkeme, davalının yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesi olarak kabul edilmiştir (Tüzük m. 2/f. 1).

Davalının yerleşim yeri kriterinin usulî bir düzenlemeden öte anayasal bir ilke olarak düzenlendiği de görülmektedir. İsviçre Federal Anayasası m. 30/f. 2’de, “kendisine karşı hukuk yargısında dava açılan kişinin, aksi kanunda belirtilmediği sürece, bu davanın, oturduğu yer mahkemelerinde görülmesini isteme hakkı olduğu” düzenlenmektedir. Bu hüküm, açıkça, istisnalara imkân tanımakla birlikte, davalıya, kendisine karşı açılan bir davanın kendi yerleşim yeri mahkemelerinde görülmesini talep etme hakkı vermektedir. Anılan hükmün, uygulama açısından karmaşa yaratacak nitelikte olduğu belirtilmekte ve ancak yerleşim yeri İsviçre’de bulunan kişilere hak tanındığının altı çizilmektedir.⁹⁸⁹

Bir davanın davalının yerleşim yerinin bulunduğu mahkemede açılması genel ilke olarak benimseniyor ve bu bakımdan davayı açan kişiden ziyade davalının korunması gerektiği kabul görüyor ise de, “davalının yerleşim yeri” kriterinin,

⁹⁸⁶ Kiestra, s. 89; Von Mehren, s. 285; Ekşi, Milletlerarası Yetki, s. 254; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 87, 11 nolu dn.

⁹⁸⁷ Dardağan, s. 43 ve 75.

⁹⁸⁸ Brüksel I Tüzüğü 11 nolu gerekçesi . Aynı yönde bkz. Brüksel I Tüzüğünü yürürlükten kaldıran 1215/2012 sayılı Tüzüğün 15 nolu gerekçesi.

⁹⁸⁹ Grisel, s. 78.

yabancılık unsuru taşıyan davalarda, iç hukuktakinden farklı sonuçları olduğunu da vurgulamak gerekir.⁹⁹⁰ Gerçekten de, yabancı unsurlu davalarda, davalının yerleşim yerinin esas yetki kriteri olarak benimsenmesi ve uygulanması, davacıya iç hukuktakinden çok daha fazla yük yüklemektedir. Ayrıca, davalının yerleşim yeri kriteri, yabancı unsurlu davalarda, davalı açısından güçlü bir bağlantı yaratsa da, her zaman uyuşmazlık ile sıkı ilişkili mahkemeye yetki tanınmasına olanak sağlamayabilir. Bu durum, adaletin düzgün yönetimi ilkesine ters düşerek adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu yaratabilir.⁹⁹¹

Diğer taraftan, davalının yerleşim yeri mahkemelerine yetki tanınmasının, davacının da yararını gözettiği dile getirilmektedir. Buna göre, “davalının malvarlığının, yerleşim yeri ile aynı yerde bulunacağı” yönünde kuvvetli ihtimalden hareket ile, davacının hükmün icrası konusunda zorluk yaşamayacağı belirtilmektedir.⁹⁹² Kanımızca, bu ihtimal, her ne kadar davacının nihai olarak hakka erişiminin korunması bakımından taraflar arasındaki menfaat dengesini gözetiyor gibi gözükse de, bazı durumlarda usulî adaletin sağlanması konusunda yeterli olmayabilecektir. Özellikle, davalının yerleşim yerinin uyuşmazlık ile önemli derecede bağlantılı olmadığı durumlarda, davalının yerleşim yeri mahkemelerinin yetkilendirilmesi, ancak ve ancak hükmün icrasının kolay olması halinde makul olabilecektir. Davalının malvarlığının bulunduğu ve uyuşmazlık ile daha yakın ilişkili başka bir devlet mahkemesine ulaşımın davacı için daha kolay olduğu durumlarda, davacıyı, davalının yerleşim yeri mahkemelerinde dava açmaya ve kendini savunmaya zorlamanın, sadece davalının menfaatinin gözetilmesi anlamına geleceği, bu nedenle adil yargılanma hakkına uygun olmadığı kanaatindeyiz.

b. Davacının Yerleşim Yerinin Esas Alındığı Yetki Kuralları

HMK, TMK, fikri ve sınai haklardan doğan uyuşmazlıkların tabi olduğu mevzuatta ve MÖHUK’da davacının yerleşim yerini veya mutad meskenini esas alan bazı yetki kuralları düzenlenmektedir. Özellikle, davacının zayıf taraf olduğu durumlar düşünülerek öngörülmüş olan yetki kuralları bir kenara koyulacak olursa, bu yetki kurallarının davalı bakımından aşırı yetki yaratıp yaratmadığı tartışılabilir.

⁹⁹⁰ Von Mehren/Trautman, s. 1128.

⁹⁹¹ Maier/Mccoy, s. 256.

⁹⁹² Fragistas, s. 200.

Zayıf tarafın korunduğu hukuki ilişkilerde, davacının en kolay ve en masrafsız şekilde kendi yerleşim yeri veya mutad meskeninde dava açabileceği düşünülerek, davacının menfaati, davalının menfaatinin önüne geçirilmektedir. Bu açıdan, uyuşmazlık ile mahkeme arasındaki yakınlık ilişkisinden bir anlamda vazgeçilebilmektedir.⁹⁹³ Bu bağlamda, fikri ve sınai haklardan doğan uyuşmazlıklar ve MÖHUK’da düzenlenen iş / tüketici / sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak yetki kuralları çerçevesinde adil yargılanma hakkına aykırılık bakımından tartışılacak önemli bir sorun bulunmamaktadır.⁹⁹⁴

Davacının yerleşim yeri / mutad meskeni mahkemesinin yetkisinin aşırı yetkiye yol açmadığı konusunda neredeyse fikir birliği bulunan bir diğer konu da aile ve kişi hallerine ilişkin davalardır. Doktrinde, davacı bakımından milli mahkemelerin bulundurulması gerektiğinden yola çıkılarak, örneğin, boşanma davalarında, nafaka taleplerinden doğan uyuşmazlıklarda mahkeme ile davacı arasındaki ilişkinin aşırı yetki ile ilgili sakıncaları bertaraf edeceği kabul edilmektedir.⁹⁹⁵

Diğer taraftan, HMK m. 16’da, haksız fiillerden doğan davalarda yetkili mahkemeyi belirleyen yetki kriterleri (filin işlendiği yer, zararın meydana geldiği veya gelme ihtimalinin bulunduğu yer) arasında sayılan “zarar görenin yerleşim yeri”nin Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bakımından aşırı yetki yaratmayacağını aynı kesinlikte savunmak mümkün değildir.⁹⁹⁶ Zarar görenin yerleşim yeri, bir yetki kriteri olarak, esasen TMK m. 25’de düzenlenmektedir. TMK m. 25 uyarınca, “kişilik hakları ihlal edilen davacı, kendi yerleşim yeri mahkemelerine başvurabilecektir”. Bu anlamda, HMK m. 16, TMK m. 25’in genişletilmiş halidir. Doktrinde, kanun koyucunun, haksız fiil mağdurunu zayıf taraf olarak nitelendirdiği dile getirilmiş, ancak bu nitelendirmenin ve sonuç olarak zarar görenin yerleşim yerini yetkilendiren kuralın “hukuken doğru bir yetki kuralı olarak düzenlenmediği” ifade edilmiştir.⁹⁹⁷ Ayrıca, uyuşmazlık ile başka hiçbir bağlantının bulunmaması halinde, zarar görenin yerleşim yeri mahkemelerinin

⁹⁹³ **Dardağan**, s. 148-150; **Süzen**, s. 174-177.

⁹⁹⁴ Tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, tüketicinin yerleşim yeri mahkemesinde dava açmasının aşırı yetki olarak kabul edilmemesi için, tüketici sözleşmesinin tüketicinin yerleşim yerinde akdedilmesi gerektiği yönünde bkz. **Süzen**, s. 177.

⁹⁹⁵ **Dardağan**, s. 147; **Ekşi**, **MÖHUK m. 54/b**, s. 58; **Ekşi**, **Aşırı Yetki**, s. 255. Boşanma davaları ile ilgili olarak aki görüş için bkz. **Süzen**, s. 179-180. Yazar, boşanma davalarında bir eşin diğer eşten daha zayıf konumda olmadığından hareket ile, davacı eşin yerleşim yeri mahkemelerinden alınan kararların Türk mahkemelerinde tanınmaması gerektiğini belirtmektedir.

⁹⁹⁶ **Özel**, s. 33-34.

⁹⁹⁷ **Çelikel/Erdem**, s. 531.

yetkisinin aşırı yetki olarak kabul edileceği ve bu durumun Türk mahkemesi kararının yabancı ülkelerde tenfizine engel olacağı belirtilmektedir.⁹⁹⁸

Yukarıda açıkladığımız üzere, bir yetki kuralının aşırı yetki niteliği ancak somut olay çerçevesinde doğrulanabilir. Bu bakımdan, yetkilendirilen mahkemenin uyuşmazlık ile bağının yanında, usulî hakkaniyete uygun olması da aranmalıdır. Dolayısıyla, haksız fiil mağdurunun, peşinen “zayıf taraf” olarak kabul edilmesi ve zarar görenin yerleşim yeri mahkemesine yetki tanınması doğru değilse de, somut olay adaleti çerçevesinde farklı bir sonuca ulaşılabilecektir. Zarar görenin hukuki veya fiili / ekonomik zorluk yaşamadan uyuşmazlık ile daha sıkı ilişki sağlayabilecek örneğin zarar yeri mahkemesine ulaşabilecek olması, uyuşmazlık ile herhangi bir ilişkisi olmayan kendi yerleşim yeri mahkemesini aşırı yetkili hale getirecektir. Haksız fiillerde zarar görenin yerleşim yeri mahkemesinin tereddütsüz bir şekilde “aşırı yetkili” ilan edilmesinin, kanunlar ihtilafı alanında da hakim olan “zarar görenin korunması” eğilimine aykırı olacağı görüşündeyiz. Fiilin basın-yayın veya internet yoluyla gerçekleştirilmesinin de mağdurun korunmasını gerektiren halleri arttıracğını düşünmek yanlış olmayacaktır.⁹⁹⁹

Ayrıca, zarar görenin yerleşim yeri mahkemelerine yetki tanıyan kuralın, ihtiyati tedbir kararlarında yetkili mahkemeyi düzenleyen hüküm ile birlikte düşünmek gerektiği kanaatindeyiz. Zarar görenin yerleşim yeri mahkemelerinin, geçici hukuki korumalar bakımından esas hakkında yetkili mahkeme olarak yetki kazanması, Türk mahkemelerinin haksız fiilin işlendiği ve zararın meydana geldiği yer kriterine göre yetkilendirilemediği durumlarda, zarar görenin mahkemeye erişim hakkının sağlanması açısından önemli olduğu kanaatindeyiz. Özellikle muhtemel zarar yeri kriteri uyarınca Türk mahkemelerinin yetkilendirilemediği hallerde, zarar görenin yerleşim yeri kriterine dayanarak, örneğin bir yayının engellenmesi veya durdurulması söz konusu olabilecektir. Özellikle uygulamada muhtemel zarar yerinin öngörülebilirliği ve ispat edilebilirliği ile ilgili yaşanacak sıkıntıların, zarar görenin yerleşim yeri mahkemesince ihtiyati tedbir kararı verilmesi ile aşılabileceğini düşünmekteyiz.

⁹⁹⁸ Özel, s. 34; Süzen, s. 183.

⁹⁹⁹ Bu konuda daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ayşe İpek Sarıöz, **Haksız Rekabetten Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme**, Oniki Levha Yayıncılık İstanbul 2012, s. 248-256.

c. Davalının Türkiye’de Yerleşim Yeri Bulunmaması Halinde
Malvarlığına İlişkin Davalarda Yetki

HMK’nın 9. maddesinde, Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayan kişilere karşı açılacak “malvarlığı hakları”na ilişkin davalarda özel bir yetki kuralı öngörülmüştür. Buna göre, diğer özel yetki halleri saklı kalmak kaydıyla, “malvarlığı haklarına ilişkin dava, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde de açılabilir”.¹⁰⁰⁰ Bu hüküm, doktrinde, Türkiye’de yerleşim yeri veya mutad meskeni bulunmayan kişilere karşı açılacak malvarlığı davalarında, milletlerarası yetkiyi uyuşmazlık konusu malvarlığının bulunduğu yer ile sınırlaması sebebiyle eleştirilmekte¹⁰⁰¹, hükmün “*AİHS m. 6 açısından sorun yaratacak nitelikte*” olduğu dile getirilmektedir.¹⁰⁰² Zira, Türkiye’de mal ve alacakları bulunan ve fakat mutad meskeni bulunmayan borçluya karşı Türkiye’de yalnızca dava konusu malvarlığı hakları bakımından dava açılmasına imkân verilmektedir. Bu durumun, Türkiye’de dava açmak isteyen, ancak yetkili mahkeme bulamayan alacaklının mahkemeye erişim hakkını ihlal edeceği dile getirilmektedir.¹⁰⁰³

Sorun hükmün uygulama alanı ile yakından ilgilidir. HMK m. 9, tüm malvarlığı hakları bakımından uygulama alanı bulacaktır. Taşınmazlar bakımından kesin yetki doğuran ayrı bir yetki kuralı bulunduğu (HMK m. 12 uyarınca taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi), HMK m. 9 taşınır ve diğer tüm alacak

¹⁰⁰⁰ Hükmün gerekçesinde şu ifadeye yer verilmiştir: “*Bu maddede, davalının Türkiye’de son oturduğu yer ve Türkiye’de herhangi bir malı veya teminatı bulunuyorsa, dava konusu olmayan o malın veya teminatın bulunduğu yerin de yetkili olması kabul edilmemiştir. Böylelikle, Türk mahkemelerinin vermiş oldukları kararların, yabancı ülkelerde tanınması veya tenfizi gerektiğinde, “aşkın yetki” gerekçesiyle tanıma veya tenfiz talebinin reddi engellenmek istenmiştir.*” Bu hüküm mülga HUMK m. 16’nın “yarattığı” sorunlar nedeniyle değiştirilmiş, Türk mahkemelerinin yetkisi, “uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yer” ile sınırlanmıştır. Mülga HUMK m. 16 uyarınca, “Türkiye dahilinde bilinen yerleşim yeri (malum meskeni) olmayanlar hakkında açılacak malvarlığı davalarının Türkiye’de sakin oldukları yer mahkemesinde ve Türkiye’de mutad meskeni yoksa malvarlığının veya uyuşmazlık konusu şeyin veya teminatı varsa o teminatın bulunduğu yer mahkemesinde görülebileceği” düzenlenmekteydi.

¹⁰⁰¹ Burak Huysal, **6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler**, MHB Yıl: 31 Sayı: 2 (2011), s. 89-90; Nomer, s. 459-460; Süral, HMK, s. 175-176; Çelikel/Erdem, s. 527-528. Yazarlar, HMK m. 9’un gerekçesinin milletlerarası yetki kurallarının düzenlenmesinde geçerli olamayacağını belirtmektedir. Buna göre, Türk mahkemelerinin yetkisi, mahkemece verilecek hükmün yabancı devletlerde tanınmaması / tenfiz edilmemesi endişesi esas alınarak belirlenmemelidir. Yukarıda yer verdiğimiz, adil yargılanma doktrini kapsamında aşırı yetki kurallarının bertaraf edilmesine ilişkin açıklamalar ışığında, bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Burada hareket noktası, yabancı devletler nezdindeki bir “egemenlik endişesi”nden ziyade, milletlerarası yetki kurallarının adil yargılanma güvencelerini sağlayacak şekilde düzenlenmeye çalışılmasıdır.

¹⁰⁰² Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 328.

¹⁰⁰³ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 328-329. Aynı yönde bkz. Çelikel/Erdem, s. 528.

haklarından doğan davalarda yetkili mahkemeyi belirlemektedir. Taşınır mallara ilişkin uyuşmazlıklar bakımından herhangi bir sorun yoktur. Ancak, alacak hakları bakımından aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Zira, HMK m. 9, para alacaklarında yalnızca, uyuşmazlık konusu tutarın, “uyuşmazlık konusu borca özgülenmesi” halinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi doğacaktır. Bu ise, pratikte çok zordur. Dolayısıyla, hükmün para alacakları bakımından uygulama alanı yok denecek kadar azdır. Oysa, sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda yetkiyi düzenleyen HMK m. 10’un uygulanması bakımından “sözleşmenin ifa yerinin belirlenmesi” hakkında doktrinde ileri sürülen farklı görüşler karşısında¹⁰⁰⁴, sözleşmeden doğan alacaklar bakımından HMK m. 10’a göre yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmama olasılığı her zaman vardır. Sözleşme dışında, örneğin sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan bir para alacağında da HMK m. 9’a başvurmak gerekecektir.

HMK m. 9’un uygulama alanı dikkate alındığında, hükmün para alacaklarını dışlar şekilde düzenlenmesi kanımızca da pek uygun olmamıştır. Hükmün gerekçesinde, uyuşmazlık konusu ile mahkeme arasında sıkı bir bağlantı kurulmaya ve böylece aşırı yetkinin bertaraf edilmeye çalışıldığı belirtilmektedir.¹⁰⁰⁵ Ancak, kanımızca, hüküm bu haliyle aşırıya kaçmış, davacının mahkemeye erişim hakkı ile davalının aşırı yetkiden korunması arasında makul bir denge kurmaktan uzaklaşmıştır.

Türkiye’de malvarlığı bulunan kişilere karşı Türk mahkemesinde dava açılmasını sağlamak gibi bir yükümlülüğün olmadığından yola çıkarak, bu hükmün uygulanmasında mahkemeye erişim hakkı açısından herhangi bir sorun görülmeyebilir. Zira, “hak aramak isteyen kişi bakımından yabancı bir mahkemede

¹⁰⁰⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Begüm Süzen, **Hukuk Muhakemeleri Kanunun 10. Maddesi Kapsamında Yabancı Unsurlu Sözleşmelerden Doğan Davalarda Yetki**, Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 11 Sayı: 145-146 (Eylül-Eküm 2016) Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 1127 vd.

¹⁰⁰⁵ Mülga HUMK m. 16, Alman Usûl Kanunu §23’den esinlenilerek düzenlenmiştir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, aşırı yetki endişesi anılan hüküm bakımından da yaşanmış, ve hatta hüküm Brüksel Tüzüğü m. 3/f. 2 ile uygulaması “yasaklanan” kurallar arasında yer almıştır (Brüksel Tüzüğü Ek I). Ancak, Alman mahkemeleri, zaman içinde, Alman Usûl Kanunu §23’de yer alan kuralı aşırı yetki yaratmayacak şekilde yorumlamış, hükmün uygulanabilmesi için davalının malvarlığının dava konusunu karşılamaya yetecek miktarda olmasını aramıştır. Ayrıca, mahkeme ile uyuşmazlık ve taraflar arasında başkaca bağlantılar kurulmaya çalışılmıştır. Doktrinde, Alman Medeni Usûl Kanunu §23’ün uygulanmasında, malvarlığının bulunduğu yer olarak Alman mahkemelerini yetkilendirebilmek için “yeterli bağlantı” sağlanması ve davalı nezdinde adaletin inkârının / adil yargılanma hakkının ihlalinin önlenmesi açısından “davacının yerleşim yeri” kriterinden yararlanmanın mümkün olup olmadığı sorusu sorulmuştur. Bu soruya, somut olay çerçevesinde olumlu yanıt verilebilirse de, davacının yerleşim yeri kriterinin mahkeme ile makul bağlantı kuracağına ilişkin soyut bir kural veya ilkenin kabul göremeyeceği ifade edilmiştir. Bkz. Kinsch, s. 71. Ayrıca bkz. Dardağan, s. 181-192 ; Süzen, s. 163-165.

dava açma imkânı her zaman vardır” düşüncesi, mahkemeye erişim hakkına aykırılığın söz konusu olamayacağı sonucunu yaratmaktadır.

Davalının Türkiye dışındaki malvarlığının dava konusu alacak miktarını karşıladığı durumlarda, bu görüş belki bir nebze kabul edilebilirse de, davalının Türkiye dışında malvarlığının bulunmadığı veya Türkiye dışındaki malvarlığının dava konusunu karşılamadığı durumlarla da karşılaşılabilceği göz önünde tutulmalıdır. Böyle bir durumda, alacağı karşılayacak miktarda malvarlığının Türkiye’de bulunması halinde, alacaklının Türk mahkemelerinde dava açamayacak olması adaletin inkârına ve mahkemeye erişim hakkının ihlâlüne yol açar. Zira, böyle bir durumda, alacaklının yabancı bir mahkemede dava açmak bakımından hiçbir hukuki yararı olmayacaktır.¹⁰⁰⁶ Davalının yabancı ülkede dava konusunu karşılayacak miktarda malvarlığının bulunmadığı durumlar bakımından, doktrinde haklı olarak, davacının, yabancı mahkemeden aldığı hükmü Türkiye’de tenfiz ettirmek konusunda yaşayabileceği hukuki güçlük ve hatta imkânsızlıklara dikkat çekilmektedir.¹⁰⁰⁷ Her ne kadar tenfiz davaları basit yargılama usulüne tabi ise de (MÖHUK m. 55/f. 1), davalının yargılamayı uzatmak için elinde hukuki olmasa da fiilî birtakım imkânların olacağı göz ardı edilemez.

Diğer taraftan, davacıdan önce yabancı bir mahkemede dava açmasını beklemek, boşa para ve vakit harcanması anlamına gelecektir. Bu durum da, hakkın makul bir süre içinde elde edilmesini güvence altına alan adil yargılanma hakkı ile bağdaşmayacaktır. Davacının en masrafsız ve en çabuk şekilde hakkını arayacağı yer mahkemesinin Türk mahkemesi olduğu durumlarda, davacıya “önce git yurtdışında dava aç, sonra gel Türkiye’de tenfiz davası ile uğraş” demenin haklı bir gerekçesi olmadığını düşünüyoruz. Milletlerarası yetki kurallarının mümkün olduğunca mahkemeye erişim hakkını sağlayacak şekilde yorumlanması ve uygulanması düşüncesi bu yorumun karşısındadır. Davalının yurtdışında yeterli malvarlığının bulunmadığı durumlarda ise, zaten HMK m. 9’un mahkemeye erişim hakkı lehinde yorumlanması zaruridir.

Ayrıca, HMK m. 9 yorumlanırken, geçici hukuki koruma talepleri ve özellikle ihtiyati tedbir ve ihtiyati hacizde yetkili mahkemeyi düzenleyen hükümlerimizin de göz ardı edilmemesi gereklidir. Zira, geçici hukuki koruma talepleri de adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkı kapsamında güvence altına alınmaktadır. HMK m. 390/f. 1 uyarınca, “*ihtiyati tedbir, dava açılmadan önce,*

¹⁰⁰⁶ Benzer görüşte bkz. Huysal, **Aşırı Yetki**, s. 489; Huysal, **HMK**, s. 89-90.

¹⁰⁰⁷ **Nomer**, s. 460.

esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir.” İcra İflas Kanunu (İİK)¹⁰⁰⁸ m. 258 ve m. 50 uyarınca da, HMK’nın yetkiye ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Yukarıdaki açıklamalarımıza paralel olarak, taşınır mallar hakkındaki ihtiyati tedbir talepleri bakımından fazla sorun yaşanmayacaksa da, para alacakları hakkındaki ihtiyati haciz talepleri bakımından Türkiye’de yer itibarıyla mahkeme bulmak konusunda ciddi sıkıntılar yaşanacaktır.^{1009 1010}

Doktrinde, “bir ülkede malvarlığı edinen kişilerin, o devletin milletlerarası yetkisi ile ilişki içine girmiş oldukları” dile getirilmektedir.¹⁰¹¹ Bu görüşe tam olarak katılamasak da, malvarlığının bulunduğu yer mahkemesine yetki tanımının, icra edilebilirliğe yönelik pratik faydalarının göz ardı edilmemesi gerektiğini düşünüyoruz.¹⁰¹² Bu bağlamda, yapılması gereken, HMK m. 9 hükmünün uygulama alanını uyuşmazlık konusu malvarlığı ile sınırlamak değildir. Taşınır malvarlığı bakımından, uyuşmazlık konusu malvarlığının bulunduğu yerin uyuşmazlık ile sıkı bağlantı kuracağı bir gerçektir. Fakat, para alacakları açısından böyle bir bağlantı kurulmasına ihtiyaç yoktur. Doktrinde ifade edildiği şekliyle, hükmün uygulanması bakımından “davalının malvarlığının değeri yönünden bir sınırlama getirilmesi” aşırı yetki kaygılarını bertaraf etmek için yeterlidir.¹⁰¹³ Bu çözüm tarzı, davacıya mahkemeye erişim hakkı sağlanması ile davalının aşırı yetki kuralına karşı korunması arasında makul dengenin kurulmasını sağlayacaktır.¹⁰¹⁴

¹⁰⁰⁸ RG. 19.06.1932 – S. 2128.

¹⁰⁰⁹ Bu sıkıntıları aşmak amacıyla, milletlerarası usûl hukukunda, geçici hukuki koruma kararlarında “borçlunun mallarının bulunduğu yer” veya “tedbir kararının icra edileceği yer” mahkemelerinin yetkili olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Nimet Özbek Hadimoğlu, **Milletlerarası Usûl Hukukunda Geçici Hukuki Koruma, Yetkin Yayınları Ankara 2013**, s. 89 vd.

¹⁰¹⁰ HMK m. 9’un sadece uyuşmazlık konusu malvarlığını değil, davalının tüm malvarlığını kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiğine ilişkin bir örnek için bkz. Mustafa Erkan, **HMK Değişikliklerinin İhtiyati Tedbir Kararlarına Etkisinin Milletlerarası Usûl Hukuku Açısından İncelenmesi, Hukuk Biliminin Güncel Sorunları III. Uluslararası Kongre (4-6 Mayıs 2012) Bildiri Kitabı, Cilt II, Adalet Yayınevi Ankara 2012**, s. 233-234 ve 236-237. Yazar verdiği örnekte, HMK m. 9’un uygulanması suretiyle ihtiyati tedbir talep edilebilecek yetkili bir Türk mahkemesinin olmadığını belirtmektedir. Oysa, HMK m. 9’un geniş yorumu bu duruma engel olacak, hakkı ortadan kalkabilecek veya ciddi anlamda zarar görebilecek kişinin, Türk mahkemelerine başvurarak geçici hukuki korumadan yararlanmasını sağlayacaktır.

¹⁰¹¹ Nomer, s. 460.

¹⁰¹² Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 117 ve s. 119. Yazar, özellikle alacak davalarında, alacaklının mahkeme tercihinde birinci etkenin mahkeme kararının icrası olması gerektiğini belirtmektedir. Zira, yabancı bir mahkemeden alınan bir kararın borçlunun mallarının bulunduğu yer mahkemesince tenfizini istemek alacaklı açısından “ikinci bir zaman ve para kaybı” olacaktır.

¹⁰¹³ Nomer, s. 460; Süral, **HMK**, s. 176. Dardağan ise böyle bir sınır öngörülmesinin yetki kuralının aşırılığını büyük ölçüde azaltsa da, “aşkınlık niteliğinin” devam edeceğini belirtmektedir. Bkz. **Dardağan**, s. 195.

¹⁰¹⁴ Aynı yönde bkz. Sakmar, **Le nouveau DIP turc**, s. 392. Yazar, davalının malvarlığının davanın açıldığı ülkeye “sabit bir şekilde” bağlı olması durumunda, malvarlığına bağlı yetki tesisinin

Kanımızca, mevcut durumda, HMK m. 9 hükmünde yer alan “uyuşmazlık konusu malvarlığının bulunduğu yer” ifadesi para alacakları bakımından geniş şekilde yorumlanmalıdır. Diğer taraftan, aşırı yetkinin önlenmesi için, davalının Türkiye’deki malvarlığının talep tutarını karşılamaya yeterli olması aranmalıdır. Bu açıdan, makul bir oran belirlenebileceği gibi, somut olayın şartları dikkate alınarak, bu oranın da katı bir biçimde uygulanmaması gerektiği kanısındayız.

d. Yabancılik Unsuru Taşıyan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Yetkilendirilmesi

Yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda, yetkisiz bir Türk mahkemesinin uyuşmazlığın taraflarınca yetkilendirilmesi mümkündür. HMK m. 17 uyarınca, *“Tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler.”* Görüldüğü üzere, mülga HUMK m. 22’den farklı olarak, kanun koyucu, yetki sözleşmesi yapabilecek kişileri sınırlandırmıştır. Hükmün gerekçesinde, tacirler ve kamu tüzel kişilerine göre daha zayıf konumda olan kişilerin yetki sözleşmesi yapmasının önüne geçilerek, zayıf tarafın korunmasının amaçlandığı belirtilmektedir.¹⁰¹⁵ Doktrinde de, tacir ve kamu tüzel kişileri dışında

milletlerarası yetkinin doğumunda yeterli bir bağ olduğunu belirttikten sonra, milletlerarası yetki bakımından her zaman davalının korunmasının mecburi olmadığını ifade etmektedir.

¹⁰¹⁵ Yetki sözleşmesinin kişi bakımından sınırlandırılmasına ilişkin hüküm gerekçesinin ilgili kısmı şu şekildedir: *“Yetki sözleşmesine ilişkin olarak yapılan düzenlemede, tacirler veya kamu tüzel kişileri ile diğer kişiler, yetki sözleşmesi yapmak açısından, birbirinden ayırt edilmiştir. Tacirler veya kamu tüzel kişileri kendi aralarındaki hukukî ilişkilerde her ikisi de hukuken eşit konumda sayılabilirler. Buna karşılık, tacirler veya kamu tüzel kişileri, diğer bir gerçek kişiye göre, daha güçlü konumda bulunmaktadır. Daha zayıf konumda olan kimselerin daha güçlü olan tacir veya kamu tüzel kişilerine karşı, korunma ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Özellikle iltihakî sözleşmelerle bu durum daha da belirginleşmektedir. Tüketiciler, satıcı veya hizmet sunucu şirketlere karşı, hiçbir pazarlık şansı olmaksızın, sadece kendilerine uzatılan sözleşmeye imza atarak, şirket veya kamu tüzel kişisi tarafından konulan şartları, bu arada, yetki şartını da kabul etmek zorunda kalmaktadırlar. O nedenle, örneğin Alman hukukunda, yetki sözleşmesinin her durumda yapılması kabul edilmemektedir. Yetki sözleşmesi yapılabilen alanlar oldukça sınırlandırılmış bulunmaktadır. Tacirlerle kamu tüzel kişilerinin kendi aralarında, yapmış oldukları işlemlerde, belirtildiği gibi, daha zayıf konumda olan bir taraf yoktur. Kural olarak her iki tarafı da eşit kabul etmek mümkündür. (...) Tacirler veya kamu tüzel kişileri dışındaki diğer kişiler, özellikle, tacir olmayan gerçek kişi tüketiciler, tacirler veya kamu tüzel kişilerine karşı hukuken daha zayıf durumdadır. O nedenle, bu kimselerin, daha güçlü olanlara karşı korunmaları gereklidir. Bu amaçla, tacirler veya kamu tüzel kişileri ile bu nitelikte olmayan kimseler arasındaki yetki sözleşmesine, örneğin bir gerçek kişi tüketici ile bir tacirin, yetki sözleşmesi yapmalarına engel olunmak istenmiştir. Buna göre, tacirler veya kamu tüzel kişileri ile bu nitelikte olmayan kimseler yetki sözleşmesi yapamayacaklardır. Ayrıca bu kapsamda belirtmek gerekir ki, tacirler veya kamu tüzel kişileri dışındaki diğer kimselerin, kendi aralarında yetki sözleşmesi yapmaları da kabul edilmemiştir.”* (bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2011Yılı/kanmetni/6100ss.pdf>; erişim tarihi: 03.02.2016).

kalan kişilerin, müzakere edemedikleri yetki sözleşmeleri karşısında korunmaları gerektiği belirtilmektedir.¹⁰¹⁶ Ayrıca, tacirler ve kamu tüzel kişileri dışındaki kişilerin de kendi aralarında yetki sözleşmesi yapmalarına imkân tanınmamıştır.¹⁰¹⁷

HMK’da öngörülen bu sınırlama MÖHUK’un yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda yabancı bir devlet mahkemesinin yetkilendirilmesine ilişkin hükmünde yer almamaktadır. Şu halde, tacir ve kamu tüzel kişileri dışındaki gerçek ve tüzel kişiler yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda yabancı bir mahkemeyi yetkilendirebilecek iken, Türk mahkemelerini yetkilendiremeyeceklerdir. Doktrinde bu durum, çelişkili bulunmakta, “özellikle Türk vatandaşlarının Türk mahkemelerine müracaat imkânından mahrum bırakıldığı” gerekçesiyle eleştirilmektedir.¹⁰¹⁸ Ayrıca, HMK m. 17 ile MÖHUK m. 47 arasındaki “kişi bakımından sınırlama farkı”nın Anayasa’daki eşitlik ilkesine aykırı olduğu da savunulmuştur.¹⁰¹⁹ Diğer taraftan, sadece tacir ve kamu tüzel kişilerinin Türk mahkemelerini yetkilendirebilmeleri, tacir olmayan iş adamları meslek sahipleri vb. kişiler açısından “hükümün amacını aşan bir sınırlama” olarak nitelendirilmiştir.¹⁰²⁰

¹⁰¹⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 178-179; Karşlı, s. 223-224; Umar, s. 64-65; Nur Bolayır, **Medeni Usûl Hukukunda Yetki Sözleşmeleri**, Beta Yayınları İstanbul 2009, s. 183; Özlem Canbeldek, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Kanunu Işığında Yetki Sözleşmeleri**, Legal Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi Yıl: 2012 Sayı: 22, s. 224-225; İbrahim Aşık, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yetki Sözleşmeleri**, TBB Dergisi 2011 (97), s. 15-16; Baki Kuru/Ali Cem Budak, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler**, İstanbul Barosu Dergisi Cilt: 85 Sayı: 2011/5, s. 5; Nur Bolayır, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yetki Sözleşmeleri**, İstanbul Barosu Dergisi Cilt: 85 Sayı: 2011/5, s. 132-133.

¹⁰¹⁷ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 393-394; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 223; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 80.

¹⁰¹⁸ Nomer, s. 477, 195 nolu dn. Ayrıca bkz. Çelikel/Erdem, s. 603. Aksi görüşte, Süral, **HMK**, s. 193. Yazar, HMK ile MÖHUK arasındaki bu farkın “kabul edilemeyecek bir sonuç olmadığını” dile getirmektedir.

¹⁰¹⁹ Ali Cem Budak, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yetki Sözleşmeleri**, Legal Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi Cilt: 8 Sayı: 22 Yıl: 2012/1, s. 3-4. Yazar, MÖHUK m. 47’nin HMK m. 17’ye paralel olarak değiştirilinceye kadar, “*HMK m. 17’nin milletlerarası yetki sözleşmelerinde de kıyasen uygulanması gerektiğini*” belirtmektedir. Bu görüşün gerekçesini anlayamadığımızı belirtmek isteriz. Burada hangi eşitlik söz konusu edilebilir? Türk mahkemelerini yetkilendirmek bakımından aranan şartların yabancı mahkemenin yetkilendirilmesine ilişkin şartlar ile aynı olması gerektiği mi savunulmaktadır? Yoksa herkesin Türk veya yabancı mahkemeleri yetkilendirmek konusunda eşit olması gerektiği mi kast edilmektedir? İlk sorunun cevabının olumsuz olması gerektiği konusunda kanımızca şüphe yoktur. Devletler, egemenlik haklarına dayanarak, ekonomik ve sosyal bazı düşüncelerle, yetki düzenlemelerinde farklı şartlar öngörmekte serbesttir. Ne var ki, bu şartlar adil yargılanma hakkına aykırı sonuçlar yaratmamalıdır. İkinci soru da yine olumlu yönde yanıtlamayacaktır. Zira, adil yargılanma hakkı ve usûlî hakkaniyet ilkesi, HMK m. 17’de olduğu üzere, zayıf tarafın korunması gibi meşru bir amaçla, herkesin eşit haklara sahip olmadığı usulî düzenlenmelere olanak sağlamaktadır.

¹⁰²⁰ Budak, s. 8-10. Yazar, öncelikle hükmün işçi, tüketici ve kiracılar gibi “özel korumaya muhtaç” kişiler bakımından sınırlandırılması gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca, uyuşmazlık doğumundan sonra yapılan yetki sözleşmelerinin geçerli kabul edilmesinin daha doğru olacağını dile getirmektedir. Son olarak, yetki sözleşmelerinin sadece tacir veya kamu tüzel kişisi olmayan taraf bakımından hükümsüz sayılmasının daha doğru olacağını ileri sürmektedir.

Kanımızca da, tacir veya kamu tüzel kişisi dışındaki kişilerin kendi aralarında yetki sözleşmesi yapmalarına imkân tanınmaması hükmün amacı ile bağdaşmamaktadır. Zira, bu durumda, korunması gereken zayıf bir taraf yoktur. Diğer taraftan, Türk vatandaşı gerçek kişilerin veya yerleşim yeri Türkiye’de bulunan tüzel kişilerin, yabancı bir mahkemeyi yetkilendirebiliyor iken, Türk mahkemelerini yetkilendiremiyor olmalarının çelişkili olduğuna katılmaktayız.¹⁰²¹ Zira, yabancı bir devlet mahkemesinin yetkilendirilmesi ile Türk mahkemelerinin yetkilendirilmesi konusunda tarafların “motivasyonları” açısından bir farklılık yoktur. Taraflar kendilerini daha iyi savunabilecekleri yer olarak veya mahkemece verilecek hükmün daha kolay icra edilebileceğinden hareket ederek, yabancı bir mahkemeyi yetkilendirebilecekleri gibi, Türk mahkemelerini de yetkilendirebilirler. Diğer taraftan, yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda hükmün uygulanması bakımından “tacir” sıfatının hangi hukuka (*lex causae* veya *lex fori*) göre belirleneceği veya tacir olan kişinin sadece ticari faaliyetleri ile ilgili olarak mı yetki sözleşmesi yapabileceği soruları ortaya çıkmaktadır ki, bu sorular uygulama bakımından büyük önem arz eden sorunlara işaret etmektedir.¹⁰²²

Fakat, çalışma konumuz, hükmün eleştirisinden çok, hükmün adil yargılanma hakkı bakımından incelenmesini kapsamaktadır. Esasen burada adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkı kapsamında tartışılacak olan husus, devletlerin yetki

¹⁰²¹ Yalnız bu noktada MÖHUK m. 47/f. 2 düzenlemesi de dikkate alınmalıdır. Zira, MÖHUK iş, tüketici ve sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, MÖHUK m. 44-45-46 ile yetkilendirilen Türk mahkemesinin yetkisinin yabancı bir devlet mahkemesini yetkilendiren yetki sözleşmeleri ile bertaraf edilemeyeceğini düzenlemektedir. Demek ki, HMK m. 17’dekine benzer bir koruma MÖHUK m. 47 bakımından da geçerlidir. Doktrinde, MÖHUK m. 47/f. 2’nin MÖHUK m. 44-45-46 ile korunan zayıf tarafın lehine uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 84. Diğer bir ifade ile, zayıf tarafın yetki sözleşmesinden hukuken yararlanmasına izin verilmesi gerektiği belirtilmektedir.

¹⁰²² Tacir sıfatının MÖHUK m. 9 uyarınca yetki sözleşmesi yapan yabancı kişinin milli hukukuna göre belirleneceği ve tacirlerin ticari olmayan faaliyetleri dışında da yetki sözleşmesi yapabileceği görüşü hakkında bkz. **Canbeldek**, s. 225. Bu görüşe göre, kendi milli hukuku / idare merkezi hukuku uyarınca tacir olan kişilerin, Türk hukukuna göre tacir olmasalar bile yetki sözleşmesi yapabileceklerinin kabulü gereklidir. Fakat, bu sonuç kanun koyucunun iradesi ile uyumlu olmayabilecektir.

Her ne kadar tacir sıfatının vasıflandırılmasında, taraf ve dava ehliyetinde olduğu gibi *lex fori* ilkesinden ayrılmak gerektiği savunulabilecekse de, burada asıl olan taraflar arasında “müzakere gücü bakımından eşitliğin sağlanması”dır. Yetki sözleşmesinin bir tarafının Türk gerçek veya tüzel kişisi olması durumunda, *lex causae* vasıflandırma yapılmasının bu amacı sağlamayacağını düşünüyoruz. Diğer taraftan, Türk hukukuna göre tacir olan ve fakat kendi (milli veya idare merkezi) hukukuna göre tacir sayılmayan bir kişi bakımından da aynı sakınca ile karşılaşılacağından, HMK m. 17 çerçevesinde tacir sıfatının belirlenmesinde kişinin hem kendi hukukuna hem de Türk hukukuna göre tacir sıfatını taşımasının aranabileceği görüşündeyiz. Tabii bu görüş de, yetki sözleşmelerinin uygulama alanını iyice daraltabileceği endişesi ile eleştirilebilecektir. Ne var ki, bu yorum, kanımızca, hükmün amacı ile daha uygundur.

Bir kişinin tacir sıfatını milli hukuku, yerleşim yeri hukuku, mutad mesken hukuku, işyeri hukuku gibi farklı hukuklara dayanarak kazanabileceği, bu bağlamda tacir sıfatının “tacir sıfatının kazanıldığı ülke hukuku”na göre belirlenmesi gerektiği yönünde bkz. Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 81

kuralları çerçevesinde bir takım şartlar öngörüp öngöremeyeceği veya öngörülen şartların kişilerin mahkemeye erişimini engelleyip engellemediği, engellenmesi halinde ise bunun bir ihlal olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir.

AİHM, mahkemeye erişim hakkının mutlak olmadığını, bir takım sınırlamalara tabi tutulabileceğini, bu konuda devletlerin hareket alanı ve takdir hakkı olduğunu belirtmiştir.¹⁰²³ Ancak sınırlamanın makul, meşru bir amaca dayalı, ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olması ve mahkemeye erişim hakkının özüne zarar vermemesi gereklidir. Somut olay bakımından bu şartları inceleyecek olursak, HMK m. 17’de tacir veya kamu tüzel kişisi dışındaki kişilere Türk mahkemelerini yetkilendirebilme imkânı tanınması, kanun koyucunun takdir hakkı dahilindedir. Yetki sözleşmelerine ilişkin HMK’da yer alan hükümler dışında, diğer genel ve özel yetki kuralları dahilinde Türk mahkemelerine erişim hakkı her zaman söz konusudur. Diğer taraftan, bu düzenleme, zayıf tarafın korunması, zayıf tarafın (güçlü tarafça dayatılanın dışındaki) mahkemeye erişiminin sağlanması bakımından meşru bir amaca dayanmaktadır. Bu nedenle, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda, HMK m. 17 uyarınca Türk mahkemelerini yetkilendiremeyen kişilerin mahkemeye erişim haklarının ihlal edildiğini söylemek, kanımızca mümkün değildir.¹⁰²⁴

Sonuç olarak, HMK m. 17’deki sınırlamayı “soyut yetki kuralı” olarak AİHS m. 6/f. 1’e aykırı bulmamaktayız. Ancak, vardığımız bu sonuç, Türk mahkemesini yetkilendirilememesi halinde, diğer yer itibariyle yetki kurallarının davacıya Türk mahkemesine erişim hakkı tanınması halini veya milletlerarası yetki kurallarımıza göre Türk mahkemeleri yetkili olmasa dahi, davacının yabancı devlet mahkemesine başvurması mümkün olan ve kendisinden makul biçimde beklenebilecek olan

¹⁰²³ Bkz. çalışmamızın birinci bölümünde “Dava / Mahkemeye Erişim Hakkının Sınırlandırılması” başlıklı bölüm.

¹⁰²⁴ HMK m. 17’de yer alan sınırlamaya benzer sınırlamalar başta Alman (Alman Usûl Kanunu m. 38) ve Fransız (Fransız Usûl Kanunu (Fr. MUK m. 48) usûl hukuklarında olmak üzere, Brüksel I Konvansiyonu’nun 12-15 ve 7. maddesinde de yer almaktadır. AAD, 11.11.1986 tarihinde verdiği bir kararda, Konvansiyon m. 17’de belirlenen yetki sözleşmesine ilişkin şartların “kesin” olduğunu ifade etmiştir (CJCE, *Berghöfer – ASA*, 11.11.1986, 313/85). Fransız Yargıtay’ı, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından “sadece tacirler arasında yetki sözleşmesi yapılabileceğini” düzenleyen Fr. MUK m. 48’in tacir olmayan kişilere de yetki sözleşmesi yapma imkânı tanıyacak şekilde yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir (Cr. Cass./ Ch. civ. (1ère), 13.04.1999, 97-11.108; bkz. RCDIP 2000, s. 219 (note B. Ancel)). Ayrıca bkz. Deniz Meraklı Yayla, **Yabancılık Unsuru Taşıyan Uyuşmazlıklarda Yetki Sözleşmesi’nin Tarafları ve HMK Madde 17 Kapsamındaki Yetki Sözleşmesinin Üçüncü Kişilere Teşmili, Hakan Pekcanitez’e Armağan, DEÜHFD, Cilt: 16 Yıl: 2014 (Basım Yılı: 2015; Özel Sayı)**, s. 1991-1992. Fransız Yargıtay’ının vardığı bu sonuç yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından Fransız mahkemelerinin mümkün olduğu kadar geniş ölçüde yetkilendirilebilmelerine yöneliktir. Kanımızca, aksi yönde bir karar verilmiş olsaydı, mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği söylenemezdi.

halleri kapsamaktadır. Pratik açıdan düşünecek olursak, örneğin, yabancılık unsurlu bir tüketici veya iş sözleşmesinde yerleşim yeri Türkiye’de bulunan bir tüketicinin veya işçinin Türk mahkemelerini yetkilendirmesi mümkün olmayacaktır. Zira, uygulamada zayıf tarafın başvurmak istediği mahkeme yetkilendirilmemektedir. Bununla birlikte, MÖHUK m. 44 ve 45 uyarınca tüketici veya işçi kendi yerleşim yerinin bulunduğu Türk mahkemelerinde dava açabilecektir. Diğer taraftan, aynı şeyi kira sözleşmelerinin zayıf tarafı için söylemek mümkün değildir. MÖHUK’da kiracıları koruyan özel bir hüküm yoktur. HMK hükümleri uyarınca da yetkili bir mahkeme bulunamaz ise (kiralayanın yerleşim yeri ve mutad meskeni yurtdışında ise, kiralanan yurtdışında ise, sözleşmenin ifa yerini yetkilendiren HMK m. 10 uyarınca Türk mahkemelerinin yetkili olduğuna karar verilemez ise, yetkisiz bir mahkemede açılan davada da karşı taraf yetki itirazında bulunursa) davanın Türk mahkemelerinde görülmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumda, kiracının yurt dışında dava açması da hukuken veya fiilen mümkün olmaz ise (ki bu açıdan davacının hukuki veya fiili engele dair ciddi deliller ortaya koyması beklenmelidir), o takdirde Türk mahkemelerinin yetkilendirilememesi kiracı açısından mahkemeye erişim hakkını ihlal edecek sonuçlar yaratabilecektir. Dolayısıyla, soyut yetki kuralı olarak, HMK m. 17 özelinde bir ihlalden söz edilemeyecekse de somut olay bakımından varılan sonuç da önem taşımaktadır.

HMK m. 17’de yer alan bu düzenlemenin AİHS m. 6/f. 1 çerçevesinde değerlendirilmesi bakımından doğrudan etki yaratacak bir AİHM kararına rastlamadığımızı belirtmek isteriz. Fakat, AİHK, yukarıda yer verdiğimiz *Gauthier – Belçika* kararında, taraf devletlerin yetki sözleşmelerine yönelik düzenlemeler yapabileceğini dile getirmiştir.¹⁰²⁵

Son olarak, HMK m. 17 uyarınca, Türk mahkemesinin yetkilendirilememesinin değil, yetkilendirilmesinin adil yargılanma hakkına aykırı olup olmayacağı konusuna değinmek gerekmektedir. Doktrinde, Türk mahkemelerini yetkilendiren sözleşmelerin “iyiniyete ve ahlâka aykırı düştüğü

¹⁰²⁵ Bkz. yukarıda AİHK *Gauthier – Belçika* kabul edilmezliğe ilişkin kararı (Karar Tarihi: 06.03.1989 / Başvuru No: 12603/86). Karara konu olayda, taraflar yabancı bir mahkemeyi (Zaire/Kongo) yetkilendirmişlerdir. Başvurucu, yetkilendirilen mahkemede adil yargılanma hakkının ihlal edileceğini ileri sürmüştür. AİHM, taraf devletlerin, yetki sözleşmesi yapan kişileri engelleyecek hükümler sevk etmekle yükümlü olmadığını belirtmiştir. Kanaatimizce, bu kararda, her ne kadar, taraf devletlerce öngörülebilecek hükümler mahkemeye erişim hakkı bakımından incelenmemiş olsa da, AİHM’nin “taraf devletlere takdir hakkı tanıyan” yaklaşımını ortaya koymaktadır.

ölçüde” geçerli sayılmayacakları dile getirilmiştir.¹⁰²⁶ Bu noktada, tacirler arasında “müzakere edilmeyen” yetki sözleşmeleri ile “irade sakatlığı” hallerini ayırmak gerektiği düşüncesindeyiz. Zira, yetki sözleşmesini tacirler veya kamu tüzel kişileri ile sınırlayan kanun koyucunun, “sözleşmenin müzakere edilmemesi” gerekçesiyle geçersiz olmasını engellemek istediği açıktır. Fakat, tacir veya kamu tüzel kişisi de olsa, irade sakatlığı olan hallerde, yetki sözleşmesinin geçersiz olması kaçınılmazdır.

Türk mahkemelerini yetkilendiren sözleşmenin “iyiniyet ve ahlâka” olmasa da adil yargılanma hakkına aykırı olduğu durumlar söz konusu olabilir mi? Yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda, Türk mahkemelerinin yetkilendirilebilmesi için tarafların veya uyuşmazlığı Türkiye ile bir bağının olmasına gerek yoktur.¹⁰²⁷ Ayrıca, doktrinde ifade edildiği üzere, yetki sözleşmesinin geçerliliği, Türk mahkemesinin vereceği hükmün davalının mallarının bulunduğu ülkede tenfiz edilebilmesi şartına da bağlanmamaktadır.¹⁰²⁸ Ancak, doktrinde bir görüş, “istisnaen”, Türk mahkemesinin vereceği hükmün yabancı devlet mahkemelerinde tenfiz edilemeyecek olması halinde, Türk mahkemesinin diğer tüm geçerlilik şartlarını taşıyan bir yetki sözleşmesinin varlığına rağmen yetkisizlik kararı verebileceğini dile getirmektedir.¹⁰²⁹

Gerçekten de, teorik olarak, tarafların Türk mahkemesini yetkilendirmeleri halinde, herhangi bir tenfiz engeli nedeniyle, -ki bu engelin yetki sözleşmesinin akdedilmesinden sonra doğması da söz konusu olabilir-, davacının Türk mahkemelerinden aldığı hükümden sonuç alamaması, gerek milletlerarası adaletin inkârı, gerekse adil yargılanma hakkı doktrini çerçevesinde kabul edilebilecek bir

¹⁰²⁶ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 396; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 84-85. Yazar, taraflardan birine müzakere etme, düşünme fırsatı sunmayan, özellikle bir tarafın menfaatini gözetken “iltihakî” sözleşmelerin geçersiz sayılacağını dile getirmiştir. Ancak zaten bu sonucun önüne geçmek için kanun koyucu yetki sözleşmelerinin uygulama alanını tacir veya kamu tüzel kişileri ile sınırlı tutmuştur. Dolayısıyla bu kişiler arasında “iyiniyet ve ahlaka aykırı” “bir tarafın menfaatini gözetken” yetki sözleşmelerinin yapılması yasaklanmamaktadır. Diğer taraftan tacirler arasında hangi durumda iltihakî sözleşme yapılabileceği sorusu sorulabilir. Bu noktada *charter party* gibi, sözleşmenin iki tarafı tacir de olsa üzerinde çok da müzakere edilmeyen şartlar akla gelmektedir. Fakat yukarıda belirttiğimi üzere, kanun koyucu tacirleri bu tür sonuçlara karşı korumamaktadır. Zira burada esas olan, tacirlerin “özgür iradeleri” ile yetki sözleşmesi akdettikleridir. Bu konuda bkz. Fügen Sargın, **Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Yetkin Yayınları Ankara 1996**, s. 50-51.

¹⁰²⁷ Ziya Akıncı, **Milletlerarası Usul Hukukunda Seçilen Mahkemenin Bağlantılı Olması Koşulu**, Ergin Nomer’e Armağan, MHB Yıl:22 Sayı: 2002/2, s. 10; Sargın, s. 230; Nomer, s. 478; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 396; Çelikel/Erdem, s. 604; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s. 132-133; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 85; Doğan, s. 82.

¹⁰²⁸ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 397; Nomer, s. 478; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s. 134; Sargın, s. 231-232; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 86.

¹⁰²⁹ Sargın, s. 215. Ayrıca bkz. İst. 3. ATM E. 161 K. 233, 18.04.1983 tarihli kararı, Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s. 133’dan naklen.

sonuç değildir. Ancak burada da, yine, Türk hakiminin kanundan doğan yetkisini reddedip reddedemeyeceği sorunu ile karşılaşılacaktır. Bu bağlamda, *forum non conveniens* doktrininin Türk hukuku bakımından uygulanmasının mevcut yetki sistemimiz gereği mümkün olmadığı dikkate alındığında, yukarıdaki gibi bir durumda, yetkilendirilen Türk mahkemesinin yetkisizlik kararı vermesi, ancak *de lege feranda* savunulabilecektir.

e. Yetkisiz Mahkemenin Yetkili Hale Gelmesi

HMK m. 19/ f. 4 uyarınca, “*Yetkinin kesin olmadığı davalarda, davalı, süresi içinde ve usulüne uygun olarak yetki itirazında bulunmazsa, davanın açıldığı mahkeme yetkili hâle gelir.*” HMK’nın bu hükmü yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda da iç hukuktaki şekliyle uygulanmaktadır. Bu bağlamda, davalının yabancı olması veya Türkiye dışında yaşaması herhangi bir fark yaratmamaktadır.¹⁰³⁰

Yabancı unsurlu uyuşmazlıklar bakımından bir fark gözetmeyen bu hüküm doktrinde eleştirilmiş ve uyuşmazlık ile hiçbir bağı bulunmayan Türk mahkemesinin, özellikle davalının hazır bulunmadığı ve yargılamaya katılmadığı durumlarda, yetki itirazında bulunulmamasını bir yetki tesisi nedeni olarak görüp, davayı esastan görmeye başlamasının TMK m. 2’ye aykırı görülebileceği dile getirilmiştir.¹⁰³¹ Aksi yöndeki görüş ise, MÖHUK m. 40’ın iç hukuk kurallarına “bir bütün halinde” atıf yaptığı gerekçesiyle, bu görüşe katılmanın mümkün olmadığı ifade edilmekte ve “davalının yetkiye itiraz etmeksizin esasa girmesi ile hiç cevap vermemesi arasında bir ayrım yapmanın mümkün olmadığı”¹⁰³² savunmaktadır.

Kanımızca, davalının mahkemede (asaleten veya vekaleten) hazır bulunması halinde, mahkemeye yazılı bir beyan sunması ve fakat yetki itirazında bulunmaması ile davaya hiç cevap vermemesi arasında bir fark gözetilemeyecekse de, davalının

¹⁰³⁰ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 380; Nomer, s. 479; Çelikel/Erdem, s. 561; Ekşi, *Milletlerarası Yetki*, s. 137.

¹⁰³¹ Sakmar, *Le nouveau DIP Turc*, s. 382. Akıncı ise, Türk mahkemelerinin bir aşırı yetki kuralına dayanılarak yetkilendirilmesi halinde (örneğin mülga HUMK m. 16’nın aşırı yetki yaratacak şekilde uygulanmasının önüne geçmek amacıyla) TMK m. 2’ye başvurma imkânı olup olmadığı konusunda olumsuz cevap vermektedir. Bkz. Akıncı, *Derdestlik*, s. 29-30.

¹⁰³² Ekşi, *Milletlerarası Yetki*, s. 136-137. Yazar ayrıca, “davacının HMK m. 19/f. 4 ile kendisine tanınan haktan yararlanmasının “hakkın kötüye kullanılması” olarak yorumlanamayacağını, bu nedenle, davalının yokluğunda ve kendini savunmadığı durumlarda TMK m. 2’nin HMK m. 19/f. 4’ün uygulanmasına engel olamayacağını” ifade etmektedir (bkz. s. 138).

tamamen pasif kalması, mahkemeye hiç gelmemesi, hiç temsil edilmemesi ve hazır bulunmaması hali aynı şekilde değerlendirilemez. Bu bakımdan, yabancı unsurlu davalarda, davalının yargılamaya hiçbir şekilde katılmadığı durumlarda, yetki itirazında bulunulmaması nedeniyle Türk mahkemelerinin yetkili hale gelmesi *de lege feranda* savunulabilecek bir sonuç değildir. Zira, kendisi ile hiçbir ilgisi olmadığını düşündüğü bir mahkemede açılan bir dava ile ilgili olarak, davalıdan aktif bir davranış beklenmesi, hele ki, davalının hangi sürede ve ne şekilde yabancı mahkemenin yetkisine itiraz edeceğini (yabancı hukuk kurallarını) bilmediği bir durumda, mümkün değildir.

Ne var ki, HMK m. 19/f. 4 hükmü çok açıktır ve yine Türk hakiminin kanundan doğan yetkisini kullanmaktan imtina edemeyeceği gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Türk mahkemesinin vereceği hükmün yabancı bir devlet mahkemesinde tenfizinin çok zor olmasının da sonucu değiştirmeyeceğini düşünüyoruz. Zira, böyle bir durumda en muhtemel tanıma / tenfiz engeli olan “aşırı yetki”nin tanıma / tenfiz devleti hukukunda düzenlenmemiş olması veya başka herhangi bir sebeple Türk mahkemesi hükmünün tanınması / tenfizinin mümkün olması ihtimali de göz ardı edilmemelidir.

Fakat varılacak sonuç her bakımdan eleştiriye açıktır. HMK m. 19/f. 4’ün davalının yabancı olduğu ve Türk mahkemelerinde hiç hazır bulunmadığı durumlarda uygulanmasının önüne, yorum yoluyla dahi olsa geçilememektedir. Doktrinde ifade edildiği üzere, yabancılık unsuru taşıyan ve Türk mahkemesinin uyuşmazlık ile hiçbir ilgisinin bulunmadığı davalarda, davalının davranışına bağlı yetki tesisi, gerçek bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır; ancak bu sorunun mevcut hükümlerle çözülmesi mümkün değildir.¹⁰³³ Dolayısıyla, hükmün yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda iç hukuktakinden farklı şekilde uygulanmasına imkân veren bir düzenlemenin yapılması en doğru çözüm olacaktır.¹⁰³⁴

¹⁰³³ Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s. 138. Bkz. aynı yönde, Tiryakioğlu, **Kişî Halleri**, s. 1164.

¹⁰³⁴ Örneğin Belçika Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nun 12. maddesinde, “başvurulan mahkemenin milletlerarası yetkisini re’sen inceleyeceği” genel bir hüküm olarak düzenlenmektedir. Bu yönde bir hükmün Türk hukukunda da düzenlenmesi halinde, HMK m. 19/f. 4 hükmünün, yabancılık unsuru taşıyan ve Türk mahkemesinin uyuşmazlık ile hiçbir ilgisinin bulunmadığı davalarda yarattığı sakıncaların önüne geçilebilecektir.

f. İhtiyati Tedbir Kararlarında Yetki

Çalışmamızın birinci bölümünde ifade ettiğimiz üzere, hak arama özgürlüğü, mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkı bakımından bir diğer önemli konu da kişilerin haklarının ortadan kalkması veya önemli ölçüde zarara uğrayacak olması ihtimalinde, dava açılmadan önce veya dava ile birlikte geçici hukuki koruma tedbirlerine başvurulabilmesinin sağlanması ve bu yönde bir engelin yaratılmamasıdır. Bu bağlamda, geçici hukuki koruma bakımından uygulanacak milletlerarası yetki kurallarının kişilerin haklarına ulaşmasını engellemeyecek şekilde düzenlenmesi esastır; aksi halde adaletin inkârına sebebiyet verilmiş olacaktır.¹⁰³⁵

Geçici hukuki korunma tedbirlerinin başında ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları gelmektedir. HMK'nın ihtiyati tedbirlere ilişkin hükümlerinde yetki bakımından mülga HUMK'dan farklı bir düzenlemeye gidilmiş, *“dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden ihtiyati tedbir talebinde bulunabileceği”* hüküm altına alınmıştır (m. 390). Doktrinde bu hükmün, yabancı unsurlu uyuşmazlıkların niteliğine uygun olmadığı dile getirilmekte, özellikle yabancı bir mahkemenin veya tahkim heyetinin yetkilendirildiği uyuşmazlıklar açısından, *“Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir kararı vermek konusundaki yetkisini ortadan kaldıracak etkileri olabileceği”* gerekçesiyle eleştirilmektedir.¹⁰³⁶ Bu bağlamda gerek yetkili mahkemeye ilişkin HMK m. 390/f. 1, gerekse esasa ilişkin dava açılmadan önce ihtiyati tedbir kararı alınması halinde, tedbir kararının uygulanmasının talep edildiği günden itibaren en geç iki hafta içinde esas davanın açılması gerektiğini öngören HMK m. 397/f. 1 hükmünün, yabancı mahkemenin ya

¹⁰³⁵ Fragistas, s. 174.

¹⁰³⁶ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 472-480; Çelikel/Erdem, s. 534-539 ve s. 598-599; Doğan, s. 93-95; Erkan, s. 241; Deniz Defne Kırılı Aydemir, **Milletlerarası Usul Hukukunda İhtiyati Tedbirler, Oniki Levha Yayıncılık İstanbul 2013**, s. 295.; Özbek Hadimoğlu, s. 118-119.

Bu noktada, taraflar arasında tahkim anlaşmasının bulunduğu ve tahkim yargılamasının MTK'da yer alan kurallara tabi olduğu uyuşmazlıklar bakımından bir parantez açmakta fayda vardır. Zira, MTK m. 3, tahkim yargılamasında, yardım ve denetim bakımından görevli ve yetkili mahkemeyi düzenlemektedir. Bu çerçevede, MTK m. 6 uyarınca tahkim heyetince verilmiş geçici hukuki koruma tedbirlerinin uygulanması konusunda m. 3 ile belirlenen mahkemeler yetkilidir. Ancak, MTK m. 6'da, hakem heyetinin cebri icra organları tarafından icrası gereken ihtiyati tedbir ya da ihtiyati haciz kararı veremeyeceği düzenlendiğinden, tarafların Türk mahkemelerinden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı almaları, bu ihtimalde de, ihtiyati tedbir açısından HMK m. 390/f. 1 uyarınca *“esas hakkında yetkili mahkeme”*ye başvurmaları gerekecektir. Bu nedenle tahkim yolunun öngörüldüğü uyuşmazlıklarda da, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları bakımından Türk mahkemelerinin yetkisizliği sorunu ile karşılaşılabilecektir.

da tahkim heyetinin yetkilendirildiği durumları dikkate alacak şekilde düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁰³⁷

Her ne kadar konu daha çok yabancı mahkemenin yetkilendirilmesi veya tahkim yolunun kararlaştırılması özelinde uzunca tartışılmış ise de¹⁰³⁸, aslında, adil yargılanma hakkı bakımından sorun, ihtiyati tedbir kararı vermek konusunda yetkili bir Türk mahkemesinin bulunamadığı tüm durumları kapsamaktadır. Zira, kanun koyucu her ne kadar tüm uyuşmazlıklar bakımından yetkili bir Türk mahkemesi belirlemeye çalışmış ise de, mahkemeye erişim konusunda “mükemmel” bir sistem yaratmak pek mümkün değildir. Yabancı bir mahkeme tarafından verilmiş ihtiyati tedbir kararlarının “kesin hüküm” niteliğini haiz olmaması nedeniyle Türk mahkemelerinde tenfiz edilemeyecek olması ve HMK m. 390/f. 1’in ihtiyati tedbir kararlarında “esas hakkında yetkili mahkemeye” atıf yapması, “ihtiyati tedbir kararı vermek konusunda mutlaka yetkili bir Türk mahkemesinin bulunması” zarureti doğurmaktadır.

Dolayısıyla, kanun koyucunun “yabancı unsurlu her dava bakımından bir Türk mahkemesini yetkilendirmek zorunda olmadığına” ilişkin genel ilke, ihtiyati tedbir kararları hakkında uygulanamaz hale gelmektedir.¹⁰³⁹ Aksinin kabulü, ihtiyati tedbir kararı almak konusunda hukuki yararı bulunan kişilerin hak arama özgürlüğü ve mahkemeye erişim hakkının ciddi şekilde ihlal edilmesine yol açacaktır. Zira, ihtiyati tedbir kararları, devletlerin egemenlik haklarının bir sonucu olarak gördükleri, bu anlamda Türk hukukunda olduğu üzere yabancı devlet mahkemelerinin kararlarını uygulamadıkları ve fakat hak sahibi açısından mümkün

¹⁰³⁷ Çelikel/Erdem, s. 599-601; Doğan, s. 97; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 478-480. Yazarlar, bu bağlamda, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1354-1357. maddelerine atıf yapmakta, gemiler hakkında ihtiyati haciz kararı vermek konusundaki Türk mahkemelerinin yetkisinin yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmesi veya tahkim şartı akdedilmesi halinde de devam edeceğine ilişkin düzenlemeye benzer bir düzenlemenin HMK m. 390 açısından da yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca bkz. Erkan, s. 241 vd. Yazar, bu konuda doktrinde üç ayrı çözüm önerisinde bulunulduğunu aktarmaktadır. Bunlardan ilki, yetki / tahkim sözleşmelerinin esasa ilişkin dava açılıncaya kadar yürürlükte olmayacağını kabulüne ilişkindir; ikincisi, HMK m. 390/f. 1’in ihtiyati tedbir kararlarının amacı doğrultusunda yorumlanarak, esas hakkında yetkili bir Türk mahkemesi bulunmasa bile Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir kararı vermesi gerektiğini ifade etmektedir; sonuncusu ise, HMK ve MÖHUK’da ihtiyati tedbir kararlarını kapsayacak bir değişiklik yapılmasıdır. Ayrıca bkz. Ekşi, Milletlerarası Yetki, s. 228-229; Sargın, s. 203-204; Süral, HMK, s. 204; Kırılı Aydemir, s. 315- 320; Doğan, s. 94; Özbek Hadimoğlu, s. 118-120. Ayrıca bkz. Yarg. 11. HD, E. 2013/ 8103 K. 2013/11770, 05.06.2013; Yarg. 19. HD, E. 2008/4717 K. 2008/6504, 12.06.2008 (www.kazanci.com; erişim tarihi: 05.02.2017). Aksi yönde bir karar için bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 478, 276 nolu dn.

¹⁰³⁸ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 472-480; Çelikel/Erdem, s. 534-541; Nomer, s. 481; Doğan, s. 93-95; Kırılı Aydemir, s. 315-320; Özbek Hadimoğlu, 117-120. Ayrıca bkz. Yarg.11. HD, E. 2013/8103 K. 2013/11770, 05.06.2013 (www.kazanci.com; erişim tarihi: 05.02.2017).

¹⁰³⁹ Aynı yönde bkz. Göger, s. 366: “Acil, geçici ve sınırlı bir tedbir niteliğindeki tüm hallerde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi kabul edilmelidir.”

olduğu kadar hızlı bir şekilde işletilmesi gereken hak arama düzeninin bir parçasıdır.¹⁰⁴⁰ Devletin bu konudaki egemenlik hakkı ne tarafların iradesiyle kaldırılabilir, ne de devletin yine egemenlik haklarına dayalı olarak kurduğu yetki sistemi ile etkisizleştirilebilir. Bu nedenle, mevcut milletlerarası yetki hükümlerinin ihtiyati tedbir kurumunun koruduğu amaç doğrultusunda yorumlanması ve uygulanması zaruridir.¹⁰⁴¹

Yukarıda yer verdiğimiz üzere, ihtiyati tedbir kararlarında yetkili mahkemenin belirlenmesinde mevcut yetki kurallarımızın yorumu önem kazanacaktır. Somut bir örnek olarak, HMK m. 9/c. 2 hükmünün malvarlığı uyuşmazlıklarını mümkün olduğu kadar geniş bir biçimde kapsayacak şekilde değerlendirilmesi yoluna gidilmelidir.¹⁰⁴²

Sorunun yorum yoluyla çözülemediği noktada, yeni bir düzenleme yapılarak, bir yandan “MÖHUK m. 47 kapsamındaki yetki sözleşmeleri veya tahkim kayıtlarının ihtiyati tedbir bakımından Türk mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldırmayacağı”, diğer yandan, “ihtiyati tedbir talebinin icra edileceği yer mahkemesinin yetkili olacağı ve bu konuda ihtiyati tedbir talebinin esasa ilişkin davadan önce veya sonra ileri sürülmesinin bir fark yaratmayacağı” açık şekilde hüküm altına alınmalıdır.¹⁰⁴³

İhtiyati tedbirlerle ilgili mahkemeye erişim hakkı kapsamında tartışılacak bir diğer konu, “ihtiyati tedbiri tamamlayan işlemler” başlıklı HMK m. 397/ f. 1’de

¹⁰⁴⁰ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 477. Aynı yönde bkz. Doğan, s. 95.

¹⁰⁴¹ Aynı yönde Kırılı Aydemir, s. 304. Bu noktada doktrinde İsv. MÖHK.’nun 10. maddesine atıf yapılmaktadır. Ekşi, Milletlerarası Yetki, s. 228, 872 nolu dn, Erkan, s. 247. Söz konusu hüküm uyarınca, esas hakkındaki davada yetkili olan veya tedbir kararının uygulanacağı yerdeki İsviçre mahkemelerinin ihtiyati tedbir kararı vermeye yetkili olduğu düzenlenmektedir. Alman MUK m. 942’nin de tedbir kararının uygulanacağı malın bulunduğu yer mahkemesine yetki tanıdığı belirtilmektedir. Anılan hükmün uygulanmasında, esasa ilişkin davada yabancı bir mahkemenin yetkili olmasının Alman mahkemelerinin tedbir konusundaki yetkisini ortadan kaldırmadığı, zira tedbir talebinin dayanağını oluşturan acil durumun Alman mahkemelerine yetki tanıdığı belirtilmektedir. bkz. Kırılı Aydemir, s. 291. Ayrıca Brüksel Konvansiyonu m. 24 ve Brüksel I Tüzüğü m. 31’de de aynı esas benimsenmiştir. Buna göre, bir üye devlet mahkemesinden ihtiyati tedbir kararı talebinde bulunulması halinde, davanın esası hakkında başka bir üye devlet mahkemesinin yetkili olduğu durumlarda dahi, talepte bulunulan mahkemenin ihtiyati tedbir kararı verme yetkisi bulunmaktadır. Ayrıca bkz. 30.06.2005 tarihli Yetki Anlaşmasına Dair Lahey Sözleşmesi’nin (Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements; <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=98>; erişim tarihi: 07.03.2017) 7. maddesi.

¹⁰⁴² Aynı yönde, Sural, HMK, s. 204. Doktrinde haklı olarak, mülga HUMK m. 16’nın Türk mahkemelerine geniş ölçüde yetki tanıyan hükmü karşısında ihtiyati tedbir talepleri bakımından sorun yaşanmayacağı dile getirilmekteydi. Ekşi, Milletlerarası Yetki, s. 229. Zaten mülga HUMK’un ihtiyati tedbirde yetkiyi düzenleyen sisteminde davalının malvarlığı bakımından yetkili mahkemenin bulunmasına da ihtiyaç yoktu. Sorun, HMK’da bir yandan davalının malvarlığına ilişkin yetki hükmünün aşırı derecede daraltılması, diğer yandan sadece esas hakkında yetkili mahkemeye ihtiyati tedbir kararı verme yetkisi verilmesinden kaynaklanmaktadır.

¹⁰⁴³ Aynı yönde bkz. Erkan, s. 248; Kırılı Aydemir, s. 300.

yer alan esasa ilişkin davanın açılması hakkında öngörülen iki haftalık süredir. Anılan hüküm, dava açılmadan önce alınan tedbir kararlarının uygulanmasının talep edildiği tarihten itibaren (ki, HMK m. 393 uyarınca, tedbir kararının verildiği tarihten itibaren en geç bir hafta içinde tedbirin uygulanması talep edilmelidir) en geç iki hafta içinde esas hakkındaki davanın açılması ve davanın açıldığını bildirir evrakın tedbir dosyasına konması gerektiğini, aksi halde tedbir kararının kendiliğinden kalkacağını düzenlemektedir.¹⁰⁴⁴

Davalının çıkarını ve hukuki güvenliği korumaya yönelik bu hüküm, yabancılık unsuru içermeyen bir uyuşmazlık bakımından kabul edilebilir ise de, yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda, davanın yabancı bir mahkemede açılması veya tahkim yargılamasının başlatılması gereken durumlarda aynı şeyi söylemek, kanımızca bir hayli güçtür.¹⁰⁴⁵ Özellikle, davacının dilini ve hukukunu bilmediği bir ülkede asaleten dava açması bir yana, avukatla temsil edileceği durumda, güvenilebileceği bir vekil ile temasa geçmesi bile belirli bir süre alacaktır. Hele ki, Türk usul hukukunda düzenlendiği üzere, dava dilekçesi ile birlikte tüm ispat araçlarının da mahkemeye sunulmasının arandığı hukuk sistemlerinde durum daha da zorlaşacaktır. Dolayısıyla, ekonomik gücü olsun ya da olmasın, davacının yabancı bir ülkede iki haftalık bir sürede dava açmasını ve davanın açıldığını dair belgeyi yabancı makamlardan alıp tedbir dosyasına koymasını beklemek kanımızca, mahkemeye erişim hakkını, özüne zarar verecek ölçüde engelleyebilecek niteliktedir. Nitekim, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun¹⁰⁴⁶ (MTK) 10/A maddesinde bu süre otuz gün olarak belirlenmiştir. Bu bakımdan MTK ile HMK arasında bir uyumsuzluk bulunmaktadır. Kanımızca, bu hüküm de, yabancı unsurlu uyuşmazlıklara özgü olarak değiştirilmeli, MTK ile uyum sağlanmalıdır. Bu bakımdan somut olaya özgü şartlar dikkate alınmak suretiyle, davacıya ek süre verilebileceğinin kabul edilmesinin yerinde olacağı görüşündeyiz. Böylece hükmün bu şekliyle uygulanmasının adil yargılanma hakkı bakımından yaratacağı sakıncaların önüne geçilmiş olacaktır.

¹⁰⁴⁴ Kanunda belirtilen süre içinde esas hakkındaki davanın açılması halinde ihtiyati tedbir kararı HMK m. 397/f. 2 gereğince, nihai hüküm kesinleşinceye kadar devam eder. Esasa ilişkin davanın, yabancı mahkemede açılması veya tahkim yargılamasının başlatılması halinde, yabancı mahkeme veya hakem kararının Türk mahkemelerinde tanınması / tenfizi yönünde karar verilinceye kadar, ihtiyati tedbir kararı hüküm doğuracaktır. **Kırlı Aydemir**, s. 308; Süral, **HMK**, s. 205. Meğer ki, HMK m. 394-395-396 uyarınca ihtiyati tedbir kararı kaldırılmış olsun.

¹⁰⁴⁵ Aynı yönde bkz. **Erkan**, s. 242-243.

¹⁰⁴⁶ RG. 05.07.2001 – S. 24453.

g. Milletlerarası İflasta Türk Mahkemelerinin Yetkisi

1) Genel Olarak

Milletlerarası iflas niteliği gereği, doktrin ve uygulamada farklı görüşlerin ileri sürüldüğü ve milletlerarası işbirliğine pek de yanaşılmayan bir konudur. Milletlerarası iflas, ne çok taraflı, ne de iki taraflı anlaşmalarla düzenlenmektedir.¹⁰⁴⁷ Bunun sebebi iflas prosedürlerinin devletlerin egemenlik alanına girmesi ve devletlerin iflasa ilişkin birbiriyle birçok açıdan farklılık gösteren düzenlemeler yapmış olmasıdır. Bu bakımdan kimi hukuklar iflasta ülkeselliği benimserken, diğer bazı hukuklarda iflasta evrensellik ilkesi uygulanmaktadır.¹⁰⁴⁸ Bu iki ilke arasındaki farklar, yabancı unsurlu iflasa ilişkin sorunlarda büyük önem arz etmektedir. Milletlerarası iflâs, özellikle teknik bakımdan birçok sorun ile karşılaşılacak bir hayli geniş bir konudur. Dolayısıyla milletlerarası iflâsa ilişkin bu sorunlar ve Türk hukuku bakımından getirilebilecek çözüm önerileri çalışmamızın konusunu aşmaktadır.

Konumuz açısından önemli olan husus, alacaklının hukuki menfaatinin bulunduğu durumlarda Türk mahkemelerinde iflas davası açılıp açılmayacağı, iflas davasının açılmadığı durumda ise, yabancı mahkemeden verilen iflas kararlarının tanınıp tanınamayacağı¹⁰⁴⁹ meseleleridir. Zira, iki soruya da olumsuz yanıt verildiği takdirde, mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkı bakımından ciddi sakıncalar doğabilecektir.

¹⁰⁴⁷ Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 514.

¹⁰⁴⁸ İflasta mülkîlik, yumuşatılmış mülkîlik ve evrensellik ilkeleri ile ilgili açıklamalar için bkz. Berivan Gökçenay, **Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi Mümkün Mahkeme Kararları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2009**, s. 234 vd. Türk hukukunda, yurtdışında yerilen iflas kararlarının Türkiye’deki etkisi bakımından ülkesellik, Türkiye’de verilen iflas kararının yurtdışındaki etkileri bakımından evrensellik ilkesinin kabul edildiği, böylece karma bir sistemin öngörüldüğü belirtilmektedir. bkz. Ali Yeşilırmak, **Uluslararası Hukukta İflas, Oniki Levha Yayıncılık İstanbul 2012**, s. 198. Ayrıca bkz. **Gökçenay**, s. 244-247.

¹⁰⁴⁹ Doktrinde ve Yargıtay kararlarında iflas kararlarının “tanınması ve tenfizinden” bahsedilmektedir. Zira iflas kararlarının her ne kadar “müflis” statüsü kuran, inşâî kararlardan olsa da, müflisin mallarının tasfiyesine ilişkin olarak (Türk) icra makamlarınca gerçekleştirilecek işlemlerden dolayı, icraî etkisi olacağından hareket ile tenfiz kararının verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Gülin Güneysu Güngör, **Milletlerarası Özel Hukukta İflas, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını Ankara 1997**, s. 178-179. Ayrıca bkz. **Yeşilırmak**, s. 206; Ali Önal, **Yabancı Unsurlu İflas Davalarında Türk Mahkemelerinin Yetkisi Sorunu, Hakan Pekcanıtez’e Armağan, DEÜHFD, Cilt: 16 Yıl: 2014 (Basım Yılı: 2015; Özel Sayı)**, s. 2895. Ancak, doktrinde haklı şekilde ifade edildiği üzere, yabancı iflas kararlarının Türkiye’de sonuç doğurması bakımından tenfiz davasının değil tanıma davasının açılması gerekmektedir. Zira iflas kararı inşâî bir karardır, bir statü yaratılmaktadır. İflas kararı sonrasındaki icraî işlemler de yaratılan bu statüye binaen yapılmaktadır. Dolayısıyla, iflas kararının icrasından değil, iflas prosedürünün icrasından bahsetmek doğru olacaktır. Bkz. Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 524; **Nomer**, s. 589.

Esasında, yabancılık unsuru taşıyan durumlarda, bir de iflasa tabi kişilerin kim olacağı sorusuna bağlı sorunlarla karşılaşılabilir. Doktrinde bu sorunların üzerinde fazlaca durulmadığı görülmektedir. Örneğin, Alman Hukukunda tacir olmayan gerçek kişilerin de iflasına karar verilebileceği (tüketici iflası) düzenlenmektedir (Aciz Kanunu m. 11).¹⁰⁵⁰ Türk hukukunda ise, yalnızca TTK gereğince tacir sıfatı taşıyan veya tacirler hakkındaki hükümlere tabi olan ya da iflasa tabi olacakları özel olarak düzenlenen kişilerin iflasa tabi oldukları kabul edilmiştir (İİK m. 43).¹⁰⁵¹ Bu durumda, Alman hukukuna göre iflasına karar verilmiş bir gerçek kişi hakkındaki kararın Türk mahkemelerinde tanınması ve borçlunun Türkiye’deki malları ile ilgili iflas prosedürlerinin işletilmesi mümkün değildir.

Böyle bir durumda, yabancı veya Türk vatandaşı alacaklıların ne şekilde korunabileceği sorusu gündeme gelmektedir. Her ne kadar, doktrinde “usulî-maddi iflas hukuku” ayrımı yapılmaktaysa da¹⁰⁵², iflasa tabi kişiler bakımından İİK m. 43’ün “gizli ve tek taraflı bir kanunlar ihtilafı kuralı” olduğu dile getirilmektedir.¹⁰⁵³ Bu görüşten yola çıkıldığında, Türk mahkemelerinden ancak Türk hukuku uyarınca iflasa tabi kişiler hakkında iflas kararı verilebileceği sonucuna ulaşılmaktadır.¹⁰⁵⁴ İİK m. 43 uyarınca iflasa tabi olmayan yabancı bir kişi hakkında yabancı devlet mahkemelerinde verilen iflas kararının Türkiye’de tanınması bakımından, kamu düzenine aykırılık noktasında sorun yaşanabilecektir.¹⁰⁵⁵

2) İflas Kararları Bakımından Türk Mahkemelerinin Yetkisi

¹⁰⁵⁰ Bu konu ile ilgili ayrıntılı incelemeler için bkz. H. Özden Özkaya Ferendeci, **Alman Hukukunda Tüketici İflası ve Bakiye Borçtan Kurtulma İmkânı**, MÜHF-HAD C. 14 Sayı: 1-2, s. 57 vd.

¹⁰⁵¹ Bkz. Hakan Pekcanıtez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes, **İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları Ankara 2016**, s. 402-407; Baki Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, Legal Yayınevi İstanbul 2016**, s. 498-500; Baki Kuru, **İcra-İflas Hukuku El Kitabı, Türkmen Kitabevi İstanbul 2006**, s. 933-938.

¹⁰⁵² Güneysu Güngör, s. 143-144; Yeşilirmak, s. 201-202.

¹⁰⁵³ Güneysu Güngör, s. 145-146. Ayrıca kimlerin tacir sayılacağına tespitinde *lex fori*’nin uygulanması hakkında bkz. Önal, s. 2885.

¹⁰⁵⁴ İflas davasına bakan mahkemenin, borçlunun iflasa tabi kişilerden olup olmadığını re’sen araştırmakla yükümlü olduğu belirtilmektedir. Bkz. Kuru, **İcra-İflas**, s. 501; Kuru, **El Kitabı**, s. 939.

¹⁰⁵⁵ Tacir olmayan kişiler hakkında verilen yabancı iflas kararlarının tanınmasının Türk kamu düzenine aykırı olmadığı yönünde bkz. Yeşilirmak, s. 214. Ayrıca bkz. Güneysu Güngör, s. 183-184; Gökçenay, s. 250-251.

İİK m. 154/f. 1 uyarınca, iflas davalarında yetki, “*borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer*”¹⁰⁵⁶ mahkemesindedir. Hüküm, iflas davaları bakımından yetki sözleşmesi yapılmasına da imkân vermemektedir. Dolayısıyla, borçlunun muamele merkezi Türkiye’de değilse, Türkiye’de iflas kararı vermek konusunda yetkili bir mahkeme bulunmamaktadır.¹⁰⁵⁷ Hükümün yalnızca borçlunun muamele merkezi mahkemelerini yetkili kılmasındaki amaç, bir yandan alacaklıların korunması ve alacaklılar arasındaki eşitliğin sağlanması iken, diğer yandan borçlu ile hukuki ilişkiye giren üçüncü kişilerin en kolay, hızlı ve emin bir şekilde bilgi edinebilmelerini mümkün kılmaktır.¹⁰⁵⁸

Yetki konusunda, borçlunun Türk veya yabancı olması herhangi bir fark yaratmamaktadır. Ancak, İİK m. 154/f. 2 uyarınca, merkezi yurtdışında olan ve Türkiye’de şubesi bulunan ticari işletmeler bakımından yetkili mercii, “Türkiye’deki şubenin bulunduğu yer, birden fazla şubenin bulunması halinde ise merkez şubenin bulunduğu yerdeki icra daireleri”dir. Doktrinde, şubenin bulunduğu yerin borçlunun muamele merkezi ile bir tutularak, iflas davası açmak bakımından yetki tesisine imkân tanınması eleştirilmiştir. Buna göre, şubenin bulunduğu yer, iflas davaları bakımından zayıf bir bağlantı noktasıdır ve bu şekilde yetki tesisi aşırı yetkiye yol açmaktadır. Diğer taraftan, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yabancı ülkede iflas davasının açılmadığı hallerde, Türkiye’deki şubesinin bulunduğu yerde iflas kararı verilmesinin milletlerarası ticaret hayatı ile uyummadığı dile getirilmektedir.¹⁰⁵⁹

Doktrinde oybirliği ile ifade edildiği üzere, iflasta yetkiyi düzenleyen hüküm, amaçları dikkate alındığında, iç hukuk bakımından kamu düzenine ilişkindir ve

¹⁰⁵⁶ Gerçek kişi tacirin “muamele merkezi”, ticari işletmesinin sicile kayıtlı olduğu yerdir. Şayet birden fazla işyeri varsa ve işleme fiilen ticaret sicilinde kayıtlı yerden farklı bir yerden yönetiliyorsa, fiili idare merkezi esas alınır. Tüzel kişiler bakımından da aynı esas geçerlidir. Bkz. Güneysu Güngör, s. 126-129; Yeşilirmak, s. 196-198; Önal, 2889; Pınar Öztürk, İİK m. 154/III Uyarınca, İflas Davasında Yetkili Mahkemenin ‘Borçlunun İşlem (Muamele) Merkezi’ne Göre Belirlenmesi, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 72 Sayı: 1998 / 1-2-3, s. 116 vd.

¹⁰⁵⁷ Nomer, s. 588; Güneysu Güngör, s. 130; Yeşilirmak, s. 195; Önal, s. 2890; Emre Esen, Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı, Ergin Nomer’e Armağan, MHB Yıl: 22 (2002), s. 200.

¹⁰⁵⁸ Bkz. Adalet Komisyonu Gerekçesi; Yeşilirmak, s. 195; Güneysu Güngör, s. 125. Aynı yönde bkz. Murat Atalı, Avrupa Birliğinde İdare Merkezi Teorisinin Milletlerarası İflas Hukuku Bakımından Geçerliliği, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi Cilt: 2 Sayı: 4 Yıl: 2006, s. 893.

¹⁰⁵⁹ Güneysu Güngör, s. 139. Aşırı yetki eleştirisi ile ilgili olarak aynı yönde, Yeşilirmak, s. 193. Ayrıca, ticareti terk eden tacirler hakkında uygulama alanı bulan İİK m. 44/ f. 2 uyarınca, Türkiye’de ticari faaliyette bulunan, ancak bu faaliyetini bitirenler hakkında, ticareti terk ilanının yapıldığı tarihten itibaren bir yıl içinde, tacirin eski muamele merkezinde iflas davası açılabilir. Bkz. Güneysu Güngör, s. 131.

kesindir,¹⁰⁶⁰ milletlerarası yetki açısından ise “münhasır yetki” olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁶¹ Dolayısıyla, idare merkezi veya şubesi Türkiye’de bulunan kişiler hakkında yabancı mahkemelerce verilmiş olan iflas kararlarının Türkiye’de tanınması mümkün değildir.

3) Yabancı İflas Kararlarının Türkiye’deki Etkisi

Yabancı iflas kararlarının Türkiye’deki etkisi ile ilgili olarak doktrinde iki farklı görüş savunulmaktadır. Bu görüşlerden ilki uyarınca, yabancı iflas kararlarının Türkiye’de tanınması mümkün değildir; zira, “*yabancı iflas kararları, taraflar arasındaki hukuki bir uyumsuzluğu kesin bir hükme bağlayan ve bu anlamda tanıma tenfize konu olabilecek kararlardan sayılamaz*”.¹⁰⁶² Ayrıca, iflas cebri icraya ilişkin bir takip yolu olması nedeniyle, devletin egemenlik alanını ilgilendirmektedir.¹⁰⁶³ Diğer bir görüş ise, yabancı iflas kararları da diğer tüm yabancı mahkeme kararları gibi, tanıma tenfiz koşullarına tabidir ve bu koşulları sağladığı takdirde Türkiye’de hüküm doğurabilecektir.¹⁰⁶⁴

¹⁰⁶⁰ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 408; Kuru, İcra-İflas, s. 506; Kuru, El Kitabı, s. 946; Karşlı, s. 232; Atalı, Milletlerarası İflas, s. 903; Bolayır, s. 107; Güneysu Güngör, s. 126; Yeşilirmak, s. 190-191; Önal, s. 2888; Öztürk, s. 121; Ergin Nomer, İflas Davalarında Milletlerarası Yetki Anlaşmaları, İstanbul Barosu Dergisi Cilt: 85 Sayı: 2011/6, s. 5.

Ayrıca bkz. Yarg. HGK, E. 2011/19-151 K. 2011/275, 04.05.2011 (www.kazanci.com; erişim tarihi: 25.02.2017); Kuru, El Kitabı, s. 946, 10 nolu dn’de belirtilen Yargıtay kararları.

¹⁰⁶¹ Güneysu Güngör, s. 181-182; Yeşilirmak, s. 211; Ekşi, s. 226; Nomer, s. 590; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 377; Şanlı, Ticari Akitler, s. 149; Çelikel/Erdem, s. 549; Esen, s. 199; Süzen, s. 101; Nomer, İflas, s. 5; Pelin Güven, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 106; Hatice Özdemir Kocasakal, Milletlerarası Yetki Anlaşmalarının İflas Davası Üzerindeki Etkilerine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, Hakan Pekcanitez’e Armağan, DEÜHFD, Cilt: 16 Yıl: 2014 (Basım Yılı: 2015; Özel Sayı), s. 2304- 2307. Sargın, iflas davalarında yetkinin Türk mahkemelerinin yetkisini bertaraf etmeye olanak sağlamayan, “*kamu düzeni karakterli*” bir yetki kuralı olduğunun altını çizmektedir. Bkz. Sargın, s. 164.

¹⁰⁶² Nomer, s. 589-590; Nomer, İflas, s. 8-9; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 497.

¹⁰⁶³ Nomer, İflas, s. 4.

¹⁰⁶⁴ Güneysu Güngör, s. 179-180; Atalı, Milletlerarası İflas, s. 903-904; Önal, s. 2896; Yeşilirmak, s. 206. Yazar, Yargıtay’ın yabancı iflas idaresinin Türkiye’de yetki kullanabilmesi için öncelikle yabancı iflas kararının tanınması gerektiğine ilişkin bir karardan yola çıkarak, katı bir yorum yapılmaması gerektiğini, Alman hukukundaki gibi, iflas idaresinin “*müflisin zorunlu temsilcisi*” olduğunu kabul ederek, devletin egemenlik alanına girmeyen işlemleri bakımından ayrıca bir tanıma kararına gerek olmadığını savunmaktadır (bkz. s. 206-207). Aksi görüşte bkz. Ekşi, Tanıma-Tenfiz, s. 517.

Yabancı iflas kararlarının Türkiye’de hüküm ifade edebilmesi bakımından Türk mahkemelerince tanıma / tenfiz kararı verilmesine ilişkin olarak bkz. Yarg. HGK, E. 2009/19-161 K. 2009/207, 27.05.2009; Yarg.11.HD, E. 2002/7981 K. 2002/466, 25.01.2002; Yarg. 19.HD, E. 2001/6226 K. 2001/1617, 01.03.2001 (Yargıtay bu kararında, yabancı iflas kaydının yetkilerinin tanınmayacağını, buna karşılık iflas kararının tanınmasına ilişkin şartların incelenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Kanımızca Yargıtay, somut olay bakımından iflas kaydının yabancı hukuktan kaynaklanan yetkileri doğrudan borçlunun Türkiye’deki malları üzerinde kullanamayacağını,

Birinci görüş uyarınca, zaten yabancı iflas kararlarının tanınması mümkün olmadığı ve idare merkezi yurt dışında bulunan gerçek ve tüzel kişiler hakkında iflas kararı vermek üzere Türkiye’de yer itibariyle yetkili mahkeme de bulunmadığı için, yabancı kişilerin iflasında, alacaklıların, borçlunun Türkiye’deki mallarına erişmesi mümkün olmayacaktır. Yabancı iflas idaresinin de borçlunun Türkiye’deki malları hakkında işlem yapma yetkisi bulunmayacaktır. Yabancı bir ülkede hakkında iflas kararı verilmiş bir kişinin alacaklılarının münferiden, borçlunun Türkiye’deki mallarına başvurmalarını sağlayacak, örneğin ilamlı veya ilamsız icra gibi başka bir imkânın kabulü de pek mümkün değildir. Buna en başta, borçlunun iflasına karar veren (muhtemelen idare merkezi) mahkemesinin iflasa uyguladığı hukuk izin vermeyecektir. Zira, iflas, Türk hukukunda da kabul edildiği üzere, borçlunun tüm mallarını içeren ve tüm alacaklıların tatminini amaçlayan bir takip şekli olarak kabul edilmektedir. Bu bakımdan alacaklılar arasında eşitsizliğe yol açacak bir yol veya imkânın kabulü mümkün değildir. Türk hukukunda da bu sonucu engellemek üzere, İİK m. 184/f. 1’de “*iflas açıldığı zamanda müflisin haczi kabil bütün malları hangi yerde bulunursa bulunsun bir masa teşkil edeceği ve alacakların ödenmesine tahsis olunacağı*” düzenlenmiştir. Ayrıca, İİK m. 219/f. 2 uyarınca, yabancı alacaklılar da alacaklarını masaya yazdıracaklardır; bu bakımdan, borçlunun “yerli” veya “yabancı” tüm alacaklıları eşit konumdadır. Bu iki hüküm aslında, Türk mahkemelerinde verilen iflas kararlarının evrensel olduğunu göstermektedir.¹⁰⁶⁵ Sonuç olarak, Türk hukukunda, Türk mahkemelerinde verilen iflas kararının yabancı ülkelere teşmili yönünde hükümlere yer verildiği görülmektedir. Bu bağlamda, yabancı mahkemeden verilen, idare merkezi Türkiye dışında bulunan kişiler hakkındaki iflas kararlarına hiç hüküm tanımamak kanaatimizce en azından çelişkilidir. Ayrıca, yabancı alacaklıların (ki bu alacaklılar arasında Türk vatandaşları da olabilir) borçlunun Türkiye’deki mallarına ulaşmalarının engellenmesi, başta Türk kamu düzenine aykırı sonuçlar yaratacaktır ki, bu aykırılığın temelinde mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkının ihlali yatmaktadır.

öncelikle iflas kararının tanınması gerektiğini anlatmak istemiştir) (www.kazanci.com; erişim tarihi: 20.02.2017) ;

¹⁰⁶⁵ Ayrıca bkz. İcra İflas Kanunu’nu Tatbikatına Dair Nizamname (RG. 02.10.1932 – S. 2215) m. 40/f. 3; **Nomer**, s. 588; **Güneysu Güngör**, s. 156; **Yeşilirmak**, s. 198-199; **Önal**, s. 2883. Aksi görüşte, Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 516. Yazar, borçlunun yurtdışında bulunan mallarının iflas masasına kaydedilecek olmasının, Türk hukukunda iflasın evrenselliği ilkesinin benimsendiğini ortaya koymayacağını, zira, yurt dışında bulunan malların Türkiye’deki iflas masasına dahil olup olmayacağına malın bulunduğu yer hukukunun karar vereceğini belirtmektedir.

Yargıtay tarafından da çoğunlukla kabul edilen ikinci görüş uyarınca, yabancı mahkeme kararının MÖHUK m. 54’de yer alan tanıma / tenfiz şartlarını taşıyıp taşımadığı araştırılacaktır. Bu araştırma açısından en büyük sorun “münhasır yetki” şartından kaynaklanmaktadır. MÖHUK m. 54/b bendi uyarınca, Türk mahkemesinin münhasır yetkisine giren konularda verilmiş olan yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi mümkün değildir. Türk hakimi, bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini re’sen nazara alacaktır.

Muamele (idare) merkezi veya şubesi Türkiye’de bulunan iflasa tabi kişiler bakımından Türk mahkemelerinin yetkisi münhasırdır.¹⁰⁶⁶ Ancak, muamele merkezi veya şubesi Türkiye’de bulunmayan kişiler bakımından İİK m. 154’de belirtilen yetkinin münhasır yetki yaratmayacağı bir gerçektir; zira, Türkiye’de yetkili mahkeme olmayacaktır.¹⁰⁶⁷ Bu bağlamda, idare merkezi yurt dışında bulunan ve Türkiye’de şubesi bulunmayan kişiler hakkında yabancı mahkemelerce verilmiş iflas kararlarının Türkiye’de tanınmaması için, en azından münhasır yetki açısından herhangi bir engel bulunmamalıdır. Zira aksinin kabulü halinde, yine, yabancı iflas kararlarının Türkiye’de herhangi bir etki yaratmayacağını kabul eden birinci görüş ile aynı çıkmaza girilecektir. İİK m. 154’ün uygulama alanına girmeyen, Türk mahkemelerinde hakkında iflas kararı verilemeyecek kişilerin alacaklılarının korunması iflasta eşitlik ve Türk hukukunda da kısmen kabul görmüş olan evrensellik ilkeleri ile de uyumludur.

Diğer taraftan, yabancı iflas kararının tanınması sonrasında, iflas masasının oluşturulması, iflas idaresi seçimi gibi Türk iflas hukukuna özgü işlemlerin gerçekleştirileceği ve bu işlemler gerçekleştirilirken Türk hukukunun esas alınacağı belirtilmektedir.¹⁰⁶⁸ Dolayısıyla, örneğin alacakların iflas masasına

¹⁰⁶⁶ Doktrinde bu münhasırlığın, “iki yanlılaştırılarak uygulanması” gerektiği savunulmuştur; buna göre, bir yandan idare merkezi Türkiye’de bulunan kişiler hakkında verilmiş yabancı iflas kararlarının tanınmaması gerektiği, diğer yandan, sadece borçlunun idare merkezinin bulunduğu yer mahkemesince verilen yabancı iflas kararlarının tanınması gerektiği” dile getirilmektedir. Bkz. **Güneysu Güngör**, s. 181-182. Ancak, diğer bir görüş, MÖHUK m. 54/b bendindeki münhasır yetki denetiminin yalnızca, Türk mahkemelerinin yetki alanına ilişkin olduğu, borçlunun idare merkezinin bulunduğu yer dışında verilen yabancı iflas kararlarının tanınmasının bu hükme dayanarak engellenemeyeceği dile getirilmiştir. Bkz. **Yeşilirmak**, s. 211-212. Kanımızca da, Güneysu Güngör’ün ifade ettiği “ikinci yan” ancak “aşırı yetki” denetimi bakımından geçerli olabilir. Ancak, borçlunun idare merkezinin, mallarının önemli bir bölümünün bulunduğu ülkeden farklı bir ülkede olması halinde de, borçlu hakkında verilen iflas kararının mutlaka idare merkezi mahkemesinden verilmesi gerektiği, aksi halde aşırı yetkinin söz konusu olacağı yönündeki fikrin kabulü konusunda da ihtiyatlı olunması gerektiği görüşündeyiz.

¹⁰⁶⁷ Aynı yönde bkz. **Esen**, s. 200; **Önal**, s. 2899-2900.

¹⁰⁶⁸ Bkz. **Güneysu Güngör**, s. 155 vd; **Yeşilirmak**, s. 219-222; ; **Gökçenay**, s. 250; **Önal**, s. 2902-2903. Yazar, bu noktada yetkinin borçlunun mal ve haklarının bulunduğu yerdeki iflas dairesinde olacağını belirtmektedir.

kaydedilmesinden sonra iflas idaresinin her bir iflas alacağı hakkında ayrı ayrı inceleme yapması gibi hususlar iflas kararının Türkiye’deki etkilerinin aslen Türk hukukuna uygun olarak gerçekleşeceğini göstermektedir.¹⁰⁶⁹ Bu durumun, yabancı mahkemece verilmiş iflas kararına Türkiye’de etki tanınmanın, Türk devletinin egemenlik haklarına bir müdahale olarak nitelendirilemeyeceği düşüncesini güçlendirdiği kanısındayız.

3. MÖHUK’da Düzenlenen Bazı Yetki Kuralları

a. Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Uyuşmazlıklarda Yetki

Doktrinde belki de en çok tartışılan ve uygulamada özellikle boşanma davaları kapsamında geniş bir yeri olan MÖHUK m. 41 uyarınca, Türklerin kişi hallerine ilişkin uyuşmazlıklar, *“yabancı ülke mahkemelerinde açılmadığı veya açılmadığı takdirde Türkiye’de yer itibarıyla yetkili mahkemede, bulunmaması hâlinde ilgilinin sakin olduğu yer, Türkiye’de sakin değilse Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülür.”*¹⁰⁷⁰

¹⁰⁶⁹ İflas alacaklarının incelenmesi ile ilgili bkz. **Pekcanıtez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s. 509; Kuru, **İcra-İflas**, s. 623; Kuru, **El Kitabı**, s. 1118-1119.

¹⁰⁷⁰ Bu yetki kuralı, doktrinde birçok yönden tartışılmıştır. Özellikle, hükümde yer alan “yabancı ülke mahkemelerinde açılmadığı veya açılmadığı takdirde” ifadesinin Türk mahkemelerinin yetkisi üzerindeki etkisi bakımından doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır. Söz konusu fikir ayrılığı, Türklerin kişi hallerine ilişkin bir davanın yabancı ülke mahkemelerinde açılmış olması halinde, (taraf, sebep ve konu bakımından) aynı davanın Türk mahkemelerinde açılması halinde derdestlik itirazının mı, yetki itirazının mı ileri sürülmesi gerektiğine ilişkindir. HMK m. 114’ün derdestliği bir dava şartı olarak düzenlemiş olması konuyu daha da önemli hale getirmektedir. Ancak bu tartışma çalışma konumuz dışında kalmaktadır. Yabancı ülke mahkemelerinde açılan davanın Türk mahkemelerinde açılması halinde derdestlik itirazının ileri sürülmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. **Nomer**, s. 467-468; **Çelikel/Erdem**, s. 568-569; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 385; **Sakmar, Le nouveau DIP turc**, s. 386; **Ekşi, Milletlerarası Yetki**, s. 156; **Süral, HMK**, s. 178; **Çiçekli**, s. 249; **Akıncı, Derdestlik**, s. 47-54; **Ziya Akıncı/Cemile Demir Gökyayla, Milletlerarası Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık İstanbul 2010**, s. 38-39. Yabancı ülke mahkemelerinde açılan davanın Türk mahkemelerinde açılması halinde yetki itirazının ileri sürülmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. **Tiryakioğlu, Kişi Halleri**, s. 1154; **Bayraktaroğlu-Özçelik**, s. 323. Tiryakioğlu, bu yetki itirazının dava şartı olarak kabul edilmesi gerektiğini dile getirmektedir. Bkz. **Tiryakioğlu, Kişi Halleri**, s. 1155 ve s. 1158-59. Aynı yönde bkz. **Sema Çörtoğlu Koca, Boşanma, Ayrılık ve Evliliğin Butlanı Davaları ile Velayete İlişkin Davalarda Milletlerarası Yetki Sorunu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 20 Yıl: 2016/2**, s. 254-255.

Milletlerarası derdestlik ve milletlerarası yetki kavramlarının “iç içe geçmiş olduğu ve birbirinden ayıramayacağı” yönünde bkz. **Tan-Dehmen**, s. 179.

Diğer taraftan, Türkiye’de yetkili mahkeme bulunamaması halinde, son kademedede İstanbul, Ankara veya İzmir mahkemelerinde dava açılabilmesine imkân sağlayan bu kuralın aşırı yetki yaratıp yaratmadığı da tartışılmıştır. Ancak, kuralın “Türklerin kişi hallerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında mutlaka yetkili bir Türk mahkemesinin bulundurulması” düşüncesine dayandığı ve bu düşüncenin de aşırı yetki yaratmayacağı dile getirilmiştir. **Ekşi, MÖHUK m. 54/b**, s. 50; **Ekşi, Aşırı Yetki**, s. 257.

Aslında, MÖHUK m. 41, *forum necessitatis* doktrininin Türklerin kişi hallerine ilişkin uyuşmazlıklar bakımından kabul edildiğini gösteren bir yetki kuralıdır.¹⁰⁷¹ Bununla birlikte, hüküm, Türk mahkemelerinin “ihtiyaç duyulan *for*” olduğu hallerde yetki kazanmasını engelleyen önemli bir şarta yer vermektedir. Çalışmamız açısından önem arz eden konu da işte tam da bu şart ile ilgilidir: MÖHUK m. 41’de öngörülen, “Türklerin kişi hallerine ilişkin davaların yabancı ülke mahkemelerinde açılmamış veya açılmamış olması” şartı, adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkını ihlal edecek sonuçlar yaratabilecek nitelikte midir?

Bu sorunun sorulmasında iki önemli etken bulunmaktadır. İlk olarak, MÖHUK m. 41, mülga MÖHUK m. 28’den farklı olarak, davanın açıldığı yabancı mahkemenin taraflar veya uyuşmazlık ile ilgisi olup olmadığı ile ilgilenmemektedir. Mülga MÖHUK m. 28’de yer alan Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayan kişiler bakımından ancak bu kişilerin yerleşim yeri mahkemelerinde açılan davaların, Türk mahkemesinin yetkisini ortadan kaldırabileceğine ilişkin düzenleme MÖHUK m. 41’de yer almamaktadır.¹⁰⁷²

İkinci olarak ise, doktrinde bir görüş uyarınca, dava veya taraflar ile herhangi bir ilgisi olmayan (veya en azından mevcut hükmün “olmamasına izin verdiği”) yabancı bir mahkemede açılan davanın sonuçlanmasına ve hükmün kesinleşmesine rağmen, aynı davanın Türk mahkemelerinde esastan görülmesi mümkün değildir; ancak ve sadece Türkiye’de tanıma / tenfiz davası açılabilir.¹⁰⁷³ Bu bağlamda, yabancı ülkede açılmış davaya rağmen Türk mahkemelerinin yetkisinin doğabilmesine olanak sağlayan hiçbir ihtimal kabul görmemektedir. Diğer bir ifadeyle, Türklerin kişi hallerine ilişkin davanın bir kere yabancı devlet mahkemelerinde açılmış olması halinde, Türk mahkemelerine başvurmak isteyen Türk vatandaşı, ancak yabancı mahkeme kararının kesinleşmesinden ve söz konusu yabancı mahkeme kararının Türkiye’de tanınması / tenfizi talebi reddedildikten sonra kendi devletinin korumasından yararlanabilecektir.

Kanımızca, hükmün bu şekilde yorumu, yabancı mahkemede açılan davanın gerek aşırı yetki, gerekse yargılanma güvencelerinin eksikliği sebebiyle adil

¹⁰⁷¹ Doktrinde, Türk vatandaşlarının, Türk mahkemelerinin sağladığı hukuki korumadan yoksun bırakılmaması bakımından MÖHUK m. 41’in önemli bir işlevi olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Tan-Dehmen**, s. 198.

¹⁰⁷² Bu durum doktrinde eleştirilmektedir. Bkz. Tiryakioğlu, **Kişi Halleri**, s. 1151; **Tan-Dehmen**, s. 200-201. Nomer de, bu durumun madde metninde bulunan davanın yabancı mahkemede “açılmadığı” ibaresini anlamsız kıldığını belirtmektedir. Bkz. **Nomer**, s. 468.

¹⁰⁷³ Sakmar, **Le nouveau DIP turc**, s. 386; Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s. 156-157; **Doğan**, s. 66; Tiryakioğlu, **Kişi Halleri**, s. 1155-1156; **Bayraktaroğlu-Özçelik**, s. 323

yargılanma hakkına aykırı sonuçlar yaratması halinde, Türk mahkemesinde dava açmak isteyen kişinin mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkını ihlal edecektir. Yukarıda açıkladığımız üzere, AIHM içtihamı, mahkemeye erişim hakkı kapsamında kişilere erişmek istediği mahkeme açısından bir seçim hakkı vermemekte, taraf devletlere de, her uyumsuzluk bakımından yetki tesis etmek gibi bir yükümlülük yüklememektedir. Ancak, bir kişinin yabancı bir mahkemede adil yargılanma hakkının ihlal edildiği durumlarda, korunması gereken kişinin “seçiminden” bahsetmek mümkün olmayacaktır; bu kişi açısından kendisi ve dava konusu ile en yakın ilişkili devlet mahkemesine başvurmak bir zorunluluk haline gelmektedir. Mahkemeye erişim hakkı, herhangi bir mahkemeye değil, adil yargılanma güvencelerini sunan bir mahkemeye erişimi ifade etmektedir. Adil yargılanma ihlallerinin yaşandığı bir mahkeme, kişiler için bir alternatif olamaz.

Dolayısıyla, MÖHUK m. 41’in herhangi bir yabancı mahkemede açılan davanın Türk mahkemelerinin yetkisini bu denli engelleyecek şekilde yorumlanması mahkemeye erişim hakkına aykırıdır. Gerçekten de, MÖHUK m. 41 davanın açıldığı yabancı mahkeme ile uyumsuzluk veya taraflar arasında hiçbir bağ aramaksızın, Türk mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldırmakta ve bu durum eleştirilmektedir. Fakat, yine de, Türk mahkemelerinin yetkisinin ancak yabancı mahkeme hükmünün tanınması / tenfizinin reddinden sonra doğabileceği kabul edilmektedir. Yabancı mahkemedeki yargılama sürerken, bir tarafın adil yargılanma hakkının açık bir şekilde ihlal edilmesi halinde, bu kararın Türk mahkemelerince tanınmayacak / tenfiz edilmeyecek olması (ki az ihtimal ile dahi olsa, aksi mümkündür), o kişinin Türk mahkemelerinde dava açmasının engellenmesini haklı kılmamaktadır. Yabancı devlet mahkemelerinde adil yargılanma hakkı ihlal edilen kişinin, Türk mahkemelerine başvurmaya, yabancı mahkeme kararının Türk mahkemelerinde tanınması / tenfizinin reddinden sonra imkân vermek adil yargılanma hakkının “makul süre” unsuru ile de bağdaşmamaktadır.¹⁰⁷⁴

Diğer taraftan, yabancı mahkemede dava açan kişinin, hükmün Türkiye’de tanınması / tenfizi talebinde bulunmaması ihtimalinde, nasıl bir sonuca varılması gerektiği sorusu ile karşılaşılmaktadır. Bu durumda, yabancı ülkede adil yargılanma

¹⁰⁷⁴ Bu nedenledir ki, doktrinde, MÖHUK m. 41 hakkında yasal bir düzenleme yapılarak, davanın açıldığı yabancı devlet mahkemeleri ile taraflar arasında makul bir bağlantının aranmasının gerektiği belirtilmektedir. ayrıca, yabancı mahkemede açılan davaların makul bir süre içinde sonuçlanmaması halinde, Türk mahkemelerinin yetkisinin doğmasına olanak sağlanmasının, hak arama özgürlüğünün bir gereği olduğu dile getirilmektedir. Bkz. Tiryakioğlu, **Kişî Halleri**, s. 1159 ve s. 1164-1165.

hakkı ihlal edilen ve davanın esastan Türk mahkemelerinde görülmesini isteyen kişi, aslında hiçbir hüküm doğurmasını istemediği yabancı mahkeme kararının Türk mahkemelerinde tanınması / tenfizi davasını açmak zorunda mı kalacaktır? Bu ihtimalde, bu kişinin tanıma / tenfiz davası açmak bakımından menfaati, davanın reddindedir; zira, ancak bu takdirde, Türk mahkemesinin davayı esastan görmesini sağlayabilecektir.

Tam da bu noktada, milletlerarası yetki kurallarının mahkemeye erişim hakkı lehine yorumlanması gerektiği gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Türklerin kişi hallerine ilişkin davaların yabancı bir devlet mahkemesinde açılmış olması halinde, aynı davanın Türk mahkemelerinde açılması üzerine, davalının MÖHUK m. 41 gereğince derdestlik itirazı ileri sürebileceğini, milletlerarası derdestliğin kabulüne ilişkin istisnai bir hüküm olduğunu kabul eden görüş uyarınca, davanın yabancı mahkemede hükme bağlanması halinde, Türk mahkemelerinin davanın esasına ilişkin yetkisi doğabilecektir; bu açıdan, yabancı mahkeme kararının Türk mahkemelerinde tanınması / tenfizinin talep edilmesi zorunluluğu yoktur. Bu görüş, Türk mahkemesinde dava açmak isteyen davacının mahkemeye erişim hakkının korunması bakımından bir adım ileridedir. Ancak, kanımızca, bu görüş bakımından da, milletlerarası derdestliğin, özellikle Türk hukukundaki gibi bir dava şartı olarak kabulünün hiçbir koşula bağlanmamış olması sakıncalıdır.¹⁰⁷⁵ Derdestliğin de tıpkı “yetkisizlik” gibi, kesin bir şekilde Türk mahkemelerinin yetkisinin doğmasına engel olacağını kabul etmek, özellikle yabancı mahkemede adil yargılanma güvencelerinin sağlanmadığı ihtimalde, Türk mahkemelerinde dava açamayan kişinin mahkemeye erişim hakkını ihlal edecektir.

¹⁰⁷⁵ MÖHUK m. 41’in milletlerarası derdestliğin kabulünü öngören istisnalardan biri olması doktrinde eleştirilmekte, örneğin MÖHUK m. 42’nin uygulama alanına giren uyumsuzluklarda veya malvarlığına ilişkin davalarda derdestlik kabul edilmez iken, Türklerin kişi hallerine ilişkin uyumsuzluklarda neden böyle bir düzenlemeye gidildiğine anlam verilememekte ve çok haklı gerekçeler ileri sürülmektedir. Bkz. **Tan-Dehmen**, s. 198 vd. Gerçekten de, MÖHUK m. 42, yabancıların kişi hallerine ilişkin bazı davalar bakımından Türk mahkemelerinin yetkisini hiçbir şarta bağlamayan “saf” bir “*forum necessitatis*” kuralı olarak ön plana çıkmaktadır. Bkz. Sakmar, **Le nouveau DIP turc**, s. 388.

Diğer taraftan, derdestliğin dava şartı olarak kabulünün “kötü niyetli kullanıma” sebep olup olmayacağı da ayrı bir sorundur. Zira, derdestlik bir dava şartı olarak taraflarca yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilecektir. Hakimin, yabancı bir mahkemede aynı konuda açılmış bir dava olup olmadığını araştıramayacağı göz önüne alındığında, derdestliğin hakimce re’sen nazara alması pratikte pek de mümkün değildir. Davalının, davanın başında değil de, yargılamanın sonucuna göre derdestliği ileri sürmesi ise rastlanabilir bir durumdur. Sürat, derdestliğin ileri sürülmesi bakımından da HMK m. 29/f. 1 ve TMK m. 2’nin geçerli olacağını, dürüstlük kuralına aykırı bu tür işlemlerin kanun tarafından korunamayacağını, hakimin bu durumda derdestlik itirazını dikkate almamasının mümkün olduğunu belirtmektedir. Bkz. Sürat, **HMK**, s. 179-180.

Gerek ulusal, gerekse uluslararası doktrinde, giderek ağırlık kazanan görüş, milletlerarası derdestliğin “yabancı devlet mahkemesince verilecek kararın Türkiye’de tanınması / tenfizi ihtimalinin mevcut olması”¹⁰⁷⁶, “davacının Türk mahkemelerinde açtığı dava bakımından hukuki yararının olması”¹⁰⁷⁷, “yabancı mahkemenin dava ile bağlantısının bulunması”¹⁰⁷⁸, “yabancı mahkemenin uygun sürede karar vermesi”¹⁰⁷⁹ gibi bir takım şartlara bağlı olarak kabul edilebileceği yönündedir. Bu bağlamda, MÖHUK m. 41 ve 47’nin uygulama alanına giren uyuşmazlıklar ile diğer uyuşmazlıklar bakımından bir fark gözetilmemesi gerektiği de ifade olunmaktadır.¹⁰⁸⁰

Görüldüğü üzere, aslında, milletlerarası derdestliğin kabulü bakımından ileri sürülen tüm şartlar özünde adil yargılanma güvencelerine ilişkindir. Dolayısıyla, MÖHUK m. 41 uygulamasında olduğu gibi, herhangi bir şart aranmaksızın, yabancı mahkemelerde açılan davaların Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, geçici de olsa, ortadan kaldırdığını kabul etmek, mahkemeye erişim hakkına bir müdahale teşkil etmekte ve bu müdahale kanımızca hakkın özüne zarar vermektedir. Bu noktada, yabancı mahkemenin uyuşmazlık ile bağlantılı olmasının yanında, yabancı mahkemede adil yargılanma güvencelerinin tümüyle sağlanıp sağlanmadığının (veya sağlanamayacağını) dikkate alınarak derdestlik itirazının kabulü hakkında karar verilmesi gerektiğini düşünüyoruz.¹⁰⁸¹

Tabii ki, vardığımız sonuç, Türk mahkemelerinde dava açması mümkün olmayan kişinin, yabancı başka bir mahkemede, adil yargılanma güvencelerine uygun şekilde yargılanma imkânına sahip olmadığı durumları kapsamaktadır. Türklerin kişi hallerine ilişkin bir davanın herhangi yabancı bir mahkemede açılmaması (negatif yetki çatışması) ihtimalinde, davanın yetkili Türk mahkemelerinde açılması her zaman mümkündür. Zaten maddede bu durum açıkça

¹⁰⁷⁶ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 422; Ekşi, *Milletlerarası Yetki*, s. 204; Akıncı, *Derdestlik*, s. 138-139; Doğan, s. 52-53.

¹⁰⁷⁷ Doğan, s. 54. Ayrıca bkz. Vahit Doğan, *Türk Hukukunda Yabancı Derdestliğin Nazara Alınması*, Ergin Nomer’e Armağan, MHB 2002/2, s. 138 vd.

¹⁰⁷⁸ Ekşi, *Milletlerarası Yetki*, s. 204; Tiryakioğlu, *Kişî Halleri*, s. 1163-1165.

¹⁰⁷⁹ Doğan, *Derdestlik*, s. 135.

¹⁰⁸⁰ Doğan, s. 54; Doğan, *Derdestlik*, s. 144.

¹⁰⁸¹ Milletlerarası derdestlik itirazının kabul edilmesi bakımından doktrinde ileri sürülen şartların incelenmesi ve değerlendirilmesi çalışma konumuzu aşmaktadır. Örneğin, gerek ulusal, gerekse uluslararası doktrinde sıklıkla ileri sürüldüğünü gördüğümüz “yabancı mahkeme kararının Türkiye’de tanınması / tenfizi ihtimalinin varlığı” şartı uygulama bakımından ciddi anlamda belirsizlikler ve zorluklar yaratabilecek niteliktedir. Bu görüşü ileri sürenler de, yabancı devlet mahkemesinde nihai karar verilmeden önce, tanıma / tenfiz şartlarının tümünün gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinin imkânsız olduğunu dile getirmektedirler. Diğer taraftan, örneğin, “davacının Türk mahkemelerinde açtığı dava bakımından hukuki yararının olması” şartı da, derdestlik itirazının kabulü bakımından tek başına yeterli değildir.

düzenlenmektedir. Diğer taraftan, yabancı bir mahkemede dava açılması ve fakat mahkemenin yetkisizlik kararı vermesi halinde de, MÖHUK m. 41 uyarınca Türk mahkemelerinin yetkisi doğacaktır. Doktrinde her ne kadar, yabancı mahkemenin verdiği yetkisizlik kararının o ülke hukukuna göre kesinleşmiş olması gerektiği ifade edilse de¹⁰⁸², teorik olarak bu sürenin çok uzun olmayacağı düşünüldüğünde, yine MÖHUK m. 41 uygulaması, Türk mahkemelerine erişim açısından bir ihlal oluşturmaz.

Türk mahkemesinde dava açmak isteyen ve fakat MÖHUK m. 41 düzenlemesi gereğince, davasının yetkisizlik veya derdestlik gerekçesiyle reddedileceğini düşünen davacının Türk mahkemelerine başvurmayarak yabancı başka bir mahkemeye başvurması da mümkündür. Böyle bir durumda, bu mahkemenin adil yargılanma güvencelerini sağlayan bir mahkeme olması halinde, artık davanın Türk mahkemelerinde görülememesi nedeniyle davacının mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini söylemek mümkün olmayacaktır. Örneğin, bir Türk vatandaşı kadın ile bir İran vatandaşı erkeğin evli olduğunu ve çiftin Almanya’da yaşadıklarını varsayalım. İran vatandaşı erkeğin İran mahkemelerinde boşanma dava açması ve mahkemenin de kendisini yetkili sayması halinde, Türk vatandaşı kadının MÖHUK m. 41 çerçevesinde Türk mahkemelerinde dava açması mümkün olmayacaktır. Türk vatandaşı kadının, mutad meskenleri olan Almanya’da dava açması ve Alman mahkemelerinin kendisini yetkili sayarak davayı görmesi halinde, Türk vatandaşı kadının Türk mahkemelerine başvuramaması, kanımızca mahkemeye erişim hakkının ihlal etmeyecektir.

Yargıtay’ın mülga MÖHUK m. 28 ve MÖHUK m. 41 ile ilgili içtihadına bakıldığında, maddenin mümkün olduğunca Türk vatandaşlarının kendi mahkemelerinin korumasından yararlanacakları şekilde yorumlandığı görülmektedir. Yargıtay bir kararında, yabancı bir mahkemede boşanma kararı verilmiş olmasına rağmen, bu kararın tanınması talep edilmeyip Türk mahkemelerinde tekrar boşanma davası açılmasına engel bir durum olmadığı, Türk vatandaşlarının Türk mahkemelerinde hak aramasının engellenemeyeceği belirtilmektedir.¹⁰⁸³ Yargıtay’ın yine başka bir kararında da, yabancı mahkemede verilen boşanma kararından sonra Türk mahkemesinde açılan boşanma davasında, (yabancı mahkemede boşanma davası açan) davalının MÖHUK m. 41’e dayanarak

¹⁰⁸² Tiryakioğlu, **Kişî Halleri**, s. 1152-1153.

¹⁰⁸³ Yarg. 2. HD, E. 1985/11103 K. 1986/97, 14.01.1986 (www.kazanci.com; erişim tarihi: 01.03.2017).

derdestlik itirazında bulunmasını, hakkın kötüye kullanımı olarak nitelendiren yerel mahkeme kararını onamıştır.¹⁰⁸⁴

b. Miras Davalarında Yetki

Türk mahkemelerinin yabancı unsurlu miras uyuşmazlıklarındaki milletlerarası yetkisi, MÖHUK'da yer alan özel bir yetki kuralı ile belirlenmektedir. MÖHUK m. 43 uyarınca, “*mirasa ilişkin davalar ölenin Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesinde, son yerleşim yerinin Türkiye’de olmaması hâlinde terekeye dâhil malların bulunduğu yer mahkemesinde görülür.*” Kanımızca, bu hüküm ne davacının ne de davalının adil yargılanma hakkına ilişkin menfaatlerini ihlal edecek niteliktedir. Öngörülen yetki kriterleri, mahkemeye erişim hakkını sağlayacak ölçüde yeterli, aşırı yetki yaratmayacak ölçüde uyuşmazlık ile bağlantılıdır.¹⁰⁸⁵ Miras davalarına ilişkin MÖHUK m. 43 hükmü doktrinde de mahkemeye erişim bağlamında çok tartışılan bir hüküm değildir.

MÖHUK m. 43 kapsamında, doktrinde, mirasçılık belgelerinin verilmesi konusunda yetkili mahkemenin tespitinde fikir ayrılıkları yaşanmaktadır. Mirasçılık belgelerinin verilmesinde yetkinin tespiti uygulama bakımından büyük önemi haizdir. Doktrinde bir görüşe göre, “*mirasçılık belgesi verilmesi işi esasen bir dava niteliği taşımadığından*” MÖHUK m. 43’ün uygulama alanına girmemektedir.¹⁰⁸⁶ HMK m. 382/f. 2/c/6 bendi uyarınca mirasçılık belgesi verilmesi bir çekişmesiz yargı işidir. Buna göre, mirasçılık belgelerinin verilmesinde çekişmesiz yargı işlerinde yetkiyi düzenleyen HMK m. 384 hükmü uygulanacaktır. Anılan hüküm,

¹⁰⁸⁴ Yarg. HGK, E. 2013/2225 K. 2015/1353, 22.04.2015 (www.lexpera.com; erişim tarihi: 01.03.2017).

¹⁰⁸⁵ Aksi görüşte bkz. Sakmar, **Le nouveau DIP turc**, s. 389. Yazar, ölenin milli hukukuna tabi taşınır mallar bakımından MÖHUK m. 43’deki kriterlerin aşırı yetki yaratabilecek nitelikte olduğunu belirtmektedir.

¹⁰⁸⁶ **Doğan**, s. 68; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 386. Şanlı, daha önceki bir eserinde, mirasçılık belgelerinin MÖHUK m. 43’ün (mülga MÖHUK m. 30) uygulama alanına giren “miras davaları”ndan olduğunu belirtmiştir. Bkz. Cemal Şanlı, **Yabancı Veraset İlamlarının Türk Mahkemelerinde Tanınması veya Delil Olarak Kullanılması**, Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu’na Armağan, Bayrak Matbaacılık İstanbul 1990, s. 300. Ayrıca bkz. **Çelikel/Erdem**, s. 575-576. Yazarlar, mirasçılık belgesinin verilmesi bakımından MÖHUK m. 43’ün uygulama alanı bulamayacağını belirtmekte, buna karşın, mirasçılık belgesinin iptali ve yeni mirasçılık belgesinin verilmesine ilişkin davalarda ise MÖHUK m. 43’ün uygulanacağını ifade etmektedirler (bkz. s. 576). Nomer ise, mirasçılık belgelerinin MÖHUK m. 43’ün uygulama alanına girip girmediği konusunda sessiz kalmıştır. Bununla birlikte hükmün, iç hukukta yer alan mirasa ilişkin diğer yetki kuralları (TMK m. 576 ve HMK m. 11) ile birlikte uygulanacağını dile getirmektedir. Bkz. **Nomer**, s. 471. Bu görüşe göre, mirasçılık belgeleri bakımından HMK m. 11/f. 3 de uygulama alanı bulacaktır. HMK m. 11/f. 3 uyarınca, “*mirasçılık belgesinin iptali ve yeni mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin davalarda, mirasçıların her birinin oturduğu yer mahkemesi de yetkilidir.*”

mirasçılık belgesinin verilmesi bakımından, “talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesinin yetkili olacağını” belirtmektedir.”¹⁰⁸⁷

Sorun, ölenin Türkiye’de mallarının bulunması nedeniyle mirasçılık belgesi almak isteyen kişilerin Türkiye’de oturmadıkları hallerde ortaya çıkmaktadır. Zira yabancı mirasçılık belgelerinin Türk mahkemelerinde tanınması bakımından da, gerek tanınmanın ön şartları (yabancı “mahkeme” kararı niteliği ve kesinleşme¹⁰⁸⁸),

¹⁰⁸⁷ “Oturulan yer” kavramı, yerleşim yerinden farklıdır. Doktrinde, “yerleşim yeri” yerine “oturulan yer” kriterinin belirlenmesinin kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğu belirtilmekte, oturulan yerin “esnek” bir kavram olduğunun altı çizilmektedir. Bkz. **Karlı**, s. 57. Kuru, “oturulan yer”in kişinin tesadüfen bulunduğu yer olmadığını, yerleşim yerinin bulunduğu veya yerleşme niyeti olmaksızın oturduğu yer olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Kuru**, s. 918, 30 nolu dn. Oturulan yer mahkemesine yetki tanınması, HMK sistemine yabancıdır. Dolayısıyla, hükmün gerekçesinde herhangi bir açıklamaya yer verilmemekle birlikte, kanımızca, buradaki “bilinçli tercih” çekişmesiz yargı işlerinde yetkinin “kolaylaştırılmasına” yöneliktir. Ayrıca bkz. **Umar**, s. 1126. Yazar, bu tercihin “yadırganmayabileceğini” belirtmekte; ancak hükmün, mirasçılardan birinin kendi oturduğu yerdeki mahkemeye başvurmayıp diğer ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesine başvurmaya imkân tanımamasını “mantıklı” bulmamaktadır.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, MÖHUK m. 43’ün yanında HMK m. 11’in de uygulanabileceğini kabul eden görüş çerçevesinde, mirasçılar “oturdıkları yer” mahkemesine başvurarak mirasçılık belgesi verilmesini talep edebileceklerdir. Görüldüğü üzere, gerek HMK m. 384, gerekse HMK m. 11/f. 3, “oturulan yer mahkemesine yetki tanımaktadır.

¹⁰⁸⁸ Doktrinde, mirasçılık belgelerinin, yabancı mahkeme kararlarının tanınması hükümlerine tabi birer ilam hükmünde olup olmadığının tartışmalı olduğu belirtilmiştir. Bkz. Demir Gökyayla, **Mirasçılık Belgeleri**, s. 562-563. Bununla birlikte, gerek doktrinde, gerekse Yargıtay kararlarında, yabancı mirasçılık belgelerinin tanınabileceği belirtilmektedir. Buna göre, yabancı idari makamlarca verilen mirasçılık belgelerinin Türkiye’de tanınması mümkün değilken, mahkeme kararı niteliğindeki (idari makamlarca verilmiş mirasçılık belgelerinin mahkemece tasdik edilmiş olması halinde) mirasçılık belgeleri tanımaya konu bir ilam olarak kabul edilmektedir. Bkz. Şanlı, **Veraset İlamları**, s. 295- 296; Ergin Nomer, **Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Tanınmasında Kesinleşme Şartı**, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s. 921; Demir Gökyayla, **Mirasçılık Belgeleri**, s. 562-566. Ekşi’ye göre, yabancı devlet hukuku uyarınca mirasçılık belgesi verilmesi yetkisinin sadece belediye veya noterlere verilmiş olması ve bu işlemlerle sınırlı olmak üzere, belediye veya noterlerin “adli teşkilat” olarak kabul edilmeleri halinde, noter veya belediye tarafından verilen mirasçılık belgeleri mahkemeden verilmiş gibi tanımaya konu yapılabilecektir. Bkz. Ekşi, **Milletlerarası Miras Hukuku**, s. 113.

Yabancı “ilamların” Türkiye’de hüküm doğurabilmesi için “mahkeme kararı” niteliğinin aranması hakkında genel bilgi için bkz. “Tanıma / Tenfizde Ön Koşulların Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi” başlıklı bölüm.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizi bakımından bir başka ön şart “kesinleşme” şartıdır. Doktrinde, yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizi bakımından hem şekli hem de maddi kesinliğin aranması gerektiğinden hareket ile, mirasçılık belgelerinin “inşai etkisi olmayan çekişmesiz yargı kararlarından olduğu” ve bu nedenle niteliği itibarıyla kesin hüküm teşkil etmediği gerekçesiyle tanınamayacağı dile getirilmiştir (Bkz. Şanlı, **Veraset İlamları**, s. 297-298; Aysel Çelikel, **Yeni Kanuna Göre Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfiz Koşulları**, MHB C. 2 Sayı: 2 (1982), s. 13). Aynı yönde Aysel Çelikel, **Ahkâmı Şahsiye Konusundaki Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması**, İstanbul 1963, s. 102; Nomer, **Çekişmesiz Yargı Kararları**, s. 911 ve 918-919; Nomer, s. 497; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 499; Çelikel/Erdem, s. 729; Nihal Uluocak, **Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri**, Filiz Kitabevi İstanbul 1987, s. 149; Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 6. Bası C. VI, Demir Demir Yayıncılık İstanbul 2001, s. 5824.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizi açısından şekli anlamda kesinliği yeterli sayan görüş için bkz. Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 41; Atâ Sakmar, **Yabancı İlamların Türkiye’deki Sonuçları**, İstanbul 1982, s. 57-58; Şeref Ertaş, **Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi**, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, DEÜHFD, Cilt: 3 Sayı: 1-4 (1988), s. 391. Benzer yönde bkz. Çelikel, **Yeni Kanuna Göre Tenfiz**, s. 13. Mirasçılık belgeleri ile ilgili olarak bkz.

gerekse esas şartları (özellikle Türkiye’de bulunan taşınmazlara ilişkin olarak Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğunun kabulü¹⁰⁸⁹) bakımından birçok engel ile karşılaşmaktadır.¹⁰⁹⁰ Sonuç olarak, Türkiye’de taşınır ve / veya taşınmaz

Demir Gökyayla, **Mirasçılık Belgeleri**, s. 568; **Gökçenay**, s. 210-211. Ekşi, gerek çekişmeli, gerekse çekişmesiz yargı yoluyla verilen mirasçılık belgelerinin kesinleşme şartını yerine getirdiğini belirtmektedir. Bkz. Ekşi, **Milletlerarası Miras Hukuku**, s. 128. Ertaş, yabancı mirasçılık belgelerinin kesinleşmiş olup olmadığı bakımından bir ayrıma gitmektedir: buna göre, yabancı mahkemede herhangi bir itiraza konu olmayan, sadece mirasçılık sıfatını “tespit eden” belgelerin tanınması mümkün değilken, mirasçılar arasında çekişme bulunan hallerde yabancı mahkemenin “ilgililerin mirasçılık sıfatını kesin olarak saptayan” mirasçılık belgeleri kesin hüküm teşkil ettiğinden tanınmalıdır (Bkz. **Ertaş**, s. 384). Şanlı da, “hasımlı bir dava” sonucunda verilen yabancı veraset ilamlarının gerek şekli gerekse maddi anlamda kesin hüküm olduğunu kabul etmektedir Bkz. Şanlı, **Veraset İlamları**, s. 297, 17 nolu dn. Ayrıca bkz. Ergin Nomer, **Yabancı Veraset İlamlarının Tanınmasında Yargıtay Kararları, İstanbul Barosu Dergisi Cilt: 65 Sayı: 10-11-12 (1991)**, s. 792; Atâ Sakmar, **Yabancılık Unsuru Taşıyan Vasiyetnamelerin Tenfizi ve Yargıtay Uygulaması, Hıfzı Timur’un Anısına Armağan İstanbul 1979**, s. 740)

Türk doktrini, ağırlıklı olarak, mirasçılık belgelerinin maddi anlamda kesinleşip kesinleşmediği konusunda TMK ve HMK hükümlerini esas almaktadır. HMK m. 388’de “çekişmesiz yargı kararlarının maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediği” açıkça hüküm altına alınmıştır. Ancak mirasçılık belgelerinin kesinleşmesi bakımından Türk hukukunun değil, mirasçılık belgesini veren yabancı mahkeme kanunlarının esas alınması gerektiği haklı şekilde dile getirilmektedir (Bkz. Ekşi, **Milletlerarası Miras Hukuku**, s. 128-130; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s. 132-135; **Gökçenay**, s. 208-210). Yabancı mahkemelerden alınan ve üzerinde “kesinleşme şerhi” bulunan mirasçılık belgelerinin kesin hüküm olmaması nedeniyle tanınmaması kanımızca da doğru değildir. Yargıtay’ın konu ile ilgili kararları da istikrar kazanmamıştır. Her ne kadar son yıllarda verilen kararlarda daha çok yabancı mirasçılık belgelerinin tanınması yönünde bir eğilim varsa da (Bkz. Yarg. 8.HD, E. 2013/23629 K. 2014/18556, 17.10.2014; Yarg. 8.HD, E. 2013/20799 K. 2014/13665, 27.06.2014; Yarg. 7.HD, E. 2011/7822 K. 2011/8489, 29.12.2011; (www.kazanci.com; erişim tarihi: 20.12.2017)), bu yönde bir istikrar olduğundan bahsedilememektedir (Aynı yönde bkz. Ekşi, **Milletlerarası Miras Hukuku**, s. 130-133 ve Demir Gökyayla, **Mirasçılık Belgeleri**, s. 567-568’de belirtilen kararlar. Ayrıca bkz. İzzet Doğan, **Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku, Seçkin Yayıncılık Ankara 2010**, s. 207’de belirtilen kararlar).

Yabancı “ilamların” Türkiye’de hüküm doğurabilmesi bakımından “kesinleşme” şartı hakkında genel bilgi için bkz. “Tanım / Tenfizde Ön Koşulların Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi” başlıklı bölüm.

¹⁰⁸⁹ MÖHUK m. 43’ün münhasır yetki tesis edip etmediği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, MÖHUK m. 43 uyarınca Türk mahkemelerinin yetkisi münhasırdır (Bkz. Şanlı, **Veraset İlamları**, s. 300-303). Diğer bir görüş ise, münhasır yetkiyi sadece Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar bakımından kabul etmektedir. bkz. Ekşi, **Milletlerarası Yetki**, s. 225; Ekşi, **Milletlerarası Miras Hukuku**, s. 140-143; **Çelikel/Erdem**, s. 575; **Süzen**, s. 65-66; Huysal, **HMK**, s. 85-86. MÖHUK m. 43’ün (mülga MÖHUK m. 30) Türkiye’de bulunan hem taşınır hem de taşınmazlar bakımından münhasır yetki yaratmayacağına ilişkin olarak bkz. Demir Gökyayla, **Mirasçılık Belgeleri**, s. 575; **Nomer**, s. 515, 264 nolu dn. Yazar, sadece miras sebebi ile istihkâk davalarında malın bulunduğu yer mahkemelerinin münhasır yetkili olduğunu belirtmekte, bu “münhasırlığın” davanın “aynı” niteliğinden kaynaklandığını dile getirmektedir., Dolayısıyla, münhasır yetkinin kaynağı MÖHUK m. 43 değil, HMK m. 12’dir (bkz. s. 513, 262 nolu dn). Aynı yönde bkz. **Esen**, s. 190-191.

Yargıtay, Türkiye’de bulunan taşınmazlara ile ilgili olarak Türk mahkemelerinin yetkisini münhasır yetki olarak değerlendirmekte ve yabancı mirasçılık belgelerinin tanınmasını bu gerekçe ile reddetmektedir. Bkz. Yarg. HGK, E. 2001/2-922 K. 2001/746, 24.10.2001; Yarg. 8.HD, E. 2013/23629 K. 2014/18556, 17.10.2014 (www.kazanci.com; erişim tarihi: 03.03.2017)

¹⁰⁹⁰ Doktrinde, gerek maddi anlamda kesinleşmediği, gerekse Türkiye’deki menkul ve/veya gayrimenkul mallara ilişkin olması sebebiyle Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine tabi olması nedenleriyle tanımayaya konu olamayacak yabancı mirasçılık belgelerinin Türkiye’de açılacak davalarda delil olarak kullanılabileceği belirtilmektedir (Bkz. Şanlı, **Veraset İlamları**, s. 305-306; aynı yönde bkz. **Uluocak**, s. 149-150; Sakmar, **Yabancılık Unsurlu Vasiyetnameler**, s. 741-742. Yazar tanınmayan yabancı çekişmesiz yargı kararlarının Türk mahkemelerinde “resmi senet” olarak dikkate alınacağını ifade etmektedir.). Yargıtay da bu yönde hüküm kurmaktadır (bkz. Yarg. HGK,

terekesi bulunan miras bırakanın yerleşim yeri yabancı ülkede bulunan mirasçılarının Türk mahkemelerinden mirasçılık belgesi almaları milletlerarası yetkisizlik nedeniyle mümkün olmamakta, yabancı mahkemelerden alınan mirasçılık belgelerinin Türkiye’de tanınması talepleri ise çeşitli tanıma engelleri ile karşılaşmaktadır. Bu durumda, mirasçılık belgesi alamayan veya yabancı mirasçılık belgesinin tanınması talebi reddedilen kişilerin Türkiye’de bulunan terekeye ilişkin haklarının nasıl korunacağı sorusu gündeme gelmektedir.

Sorunun, ya milletlerarası yetki kuralları ya da yabancı mirasçılık belgelerinin tanınmasına uygulanacak hükümler dahilinde çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Doktrinde ve Yargıtay kararlarında ağırlıklı olan görüş, Türkiye’de bulunan taşınmaz malları kapsayan yabancı mirasçılık belgelerinin MÖHUK m. 54/b bendi uyarınca, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girdiği ve bu nedenle tanınmayacağı yönündedir. Dolayısıyla, sorunun milletlerarası yetki kuralları çerçevesinde çözümü gereklidir.

Doktrinde savunulan diğer bir görüş, MÖHUK m. 43’ün mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin “davaları” dışlamadığı, maddenin lafzından da böyle bir sonuç çıkarılamayacağı yönündedir.¹⁰⁹¹ Kanımızca da, yabancı unsurlu mirasçılık belgelerinin verilmesi bakımından Türk mahkemelerinin yetkisinin MÖHUK m. 43’ün uygulama alanına girdiğinin kabulü gereklidir. Zira aksinin kabulü, yukarıda ele aldığımız Türk mahkemelerine erişim noktasında çıkacak sorunlar bir yana, hükmün *ratio legis*’ine de aykırıdır. Zira, MÖHUK m. 43, yabancılık unsuru içeren miras uyuşmazlıklarında, iç hukuktaki yer itibariyle yetki kurallarından daha geniş bir alan çizmektedir. Hükmün amacı Türk mahkemelerinin yetkili olmasını sağlamaktır. Bu bağlamda, ölenin Türkiye’deki “son” yerleşim yeri mahkemesine ve iç hukukta öngörülme-yen “malların bulunduğu yer” mahkemesine yetki tanınmaktadır. Her ne kadar doktrinde aksi görüşler varsa da¹⁰⁹², MÖHUK m. 43, Türk mahkemelerinin yetkisini, HMK ve TMK’da düzenlenen yer itibariyle yetki kurallarına başvurmaksızın tesis etmeye yöneliktir. Bu bakımdan Yargıtay’ın yabancılık unsurlu uyuşmazlıklarda HMK’da yer alan kurallara (m. 384 ve m. 11)

E. 2009/19-161 K. 2009/207, 27.05.2009; Yarg. 8.HD, E. 2013/23629 K. 2014/18556, 17.10.2014). Ancak, mirasçılık belgeleri bakımından yetkiyi MÖHUK m. 43’ün uygulama alanına sokmayan görüş çerçevesinde, yerleşim yeri veya oturduğu yer Türkiye dışında bulunan mirasçıların Türkiye’de mirasçılık belgesi almak konusunda yetkili mahkeme bulamayacağı unutulmamalıdır. Yabancı mirasçılık belgesi ancak mirasa ilişkin başka davalar bakımından Türk mahkemelerinin yetkili olduğu durumlarda delil olarak kullanılabilir.

¹⁰⁹¹ Ekşi, **Milletlerarası Miras Hukuku**, s. 28. Ayrıca bkz. **Süzen**, s. 60.

¹⁰⁹² **Nomer**, s. 471.

başvurmasının da doğru olmadığı kanaatindeyiz.¹⁰⁹³ Kaldı ki, yukarıda açıkladığımız üzere, mirasçılık belgelerinin verilmesinde yetki tesisi bakımından HMK’da yer alan kurallar yetersiz kalmakta, MÖHUK m. 43’e başvurma zorunluluğu doğmaktadır. Bu bakımdan, mirasçılık belgesi verilmesini bir çekişmesiz yargı işi olarak düzenleyen HMK m. 382/f. 2/c/b. 6 hükmünün de herhangi bir engel teşkil etmeyeceği, “çekişmesiz yargı işi” ile “dava” ayrımının bu anlamda MÖHUK m. 43’ün uygulanmasını bertaraf edemeyeceği düşüncesindeyiz.

c. İş Sözleşmelerinden Doğan Davalarda Yetki

Yabancılık unsurlu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin yetkisini belirleyen MÖHUK m. 44 uyarınca, “*Bireysel iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda işçinin işini mutaden yaptığı işyerinin Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. İşçinin, işverene karşı açtığı davalarda işverenin yerleşim yeri, işçinin yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu Türk mahkemeleri de yetkilidir.*”

MÖHUK’da özel olarak düzenlenen yetki kurallarının (MÖHUK m. 41-47) uygulanmasında, anılan kuralların düzenledikleri alana özgü durumlar göz önünde bulundurulmaktadır. Doktrinde ağırlıklı görüş, MÖHUK m. 41 ve 42 dışındaki yetki kurallarının (MÖHUK m. 43-47) uygulandığı durumlarda iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarının uygulanmayacağı yönündedir. Bu bağlamda, MÖHUK m. 44’ün de yabancı unsurlu iş sözleşmesi ihtilaflarında tek başına uygulanacağı, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına (İş MhK m. 5) başvurulamayacağı belirtilmektedir.¹⁰⁹⁴

Bu görüş uyarınca, işçinin açacağı davalar bakımından dört farklı yetki kriteri belirlenmiştir. İşçi, mutad işyerinin Türkiye’de bulunması halinde, o yer mahkemelerinde dava açabilecektir. Mutad işyerinin yanı sıra, işçiye, kendi yerleşim yeri veya mutad meskeni veya işverenin yerleşim yerinde dava açma imkânı da tanınmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz üzere, davacının “zayıf taraf” olması halinde, kendi yerleşim yerinde dava açmasına olanak sağlayan yetki kuralları aşırı yetki kuralları arasında değerlendirilmemektedir. Zira, burada zayıf

¹⁰⁹³ Bkz. Yarg. 20. HD, E. 2016/5739 K. 2016/10025, 03.11.2016 (www.kazanci.com; erişim tarihi: 03.03.2017).

¹⁰⁹⁴ Uyanık Çavuşoğlu, *İş İhtilafı*, s. 975; Çelikel/Erdem, s. 579. Ayrıca bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figaneşe, s. 381; Doğan, s. 57 ve 64; Ekşi, *Tanıma-Tenfiz*, s. s. 204-205; Tiryakioğlu, *Kişî Halleri*, s. 1156-1157; Çörtoğlu Koca, s. 194-195

tarafın kendisine en yakın yerde dava açması, adalete ve mahkemeye en kolay nerede ulaşabilecekse o mahkemeye başvurabilmesi amaçlanmaktadır. Zayıf taraf lehine bu düzenlemeler, davalının mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkından çok, zayıf tarafın menfaatlerini gözetmektedir ki, bu da gerek yabancılık unsuru taşıyan, gerekse taşımayan uyuşmazlıklarda taraflar arası eşitlik ve denge ilkesinin bir istisnasını teşkil etmektedir.¹⁰⁹⁵ Hükmün gerekçesinde de ifade edilen bu eşitsizlik, işverenin maddi ve fiziki imkânlarının işçiye oranla daha geniş olmasına, özellikle yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda, işçinin kendi yerleşim yeri veya mutad meskeninden daha farklı bir ülkede dava açmak veya bir davaya taraf olmak bakımından yaşayacağı güçlüklerle dayanmaktadır.¹⁰⁹⁶

Hükümde yer alan ikili ayrım uyarınca, işverenin açacağı davalar ise sadece mutad işyerinin Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesinde görülebilecektir. Bu bağlamda, örneğin Brüksel I Tüzüğü m. 20/f.1 (1215/2012 sayılı Brüksel I Recast Tüzüğü m. 22/f. 1; aynı yönde Lugano Konvansiyonu m. 20/f. 1; İsv. MÖHK. m. 115/f. 1) hükmü dikkate alınmamıştır. Anılan hüküm, işverenin açacağı davalarda işçinin yerleşim yeri mahkemelerini yetkilendirmektedir (İsv. MÖHK. m.115/f. 1, işçinin yerleşim yeri yanında mutad işyeri mahkemesine de yetki tanımaktadır). MÖHUK m. 44 uyarınca, işverenin açacağı davalarda işçinin yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesi yetkili değildir. Bu durumda, örneğin, işçinin mutad işyerinin yurtdışında bulunduğu durumlarda, iş sözleşmesi ve işçinin çalışması sona erdikten ve işçi yerleşim yerine (Türkiye’ye) döndükten sonra, (özellikle Türk) işverenin işçiye karşı açacağı bir davada Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi doğmayacaktır. Bu durumun, hem işçi hem de işveren bakımından mahkemeye erişimi zorlaştıracığı bir gerçektir. Oysa, MÖHUK m. 44’ün yanında, davalının yerleşim yeri mahkemesine yetki tanıyan İş MhK m. 5’in de uygulanabileceğinin kabulü halinde, dava Türk mahkemelerinde açılabilir.

Milletlerarası yetki kurallarının kişilerin mahkemeye erişimini zorlaştırması başlı başına mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu yaratmaz. Yerleşim yeri Türkiye’de bulunan işçi ya da işverenin Türk mahkemeleri yerine, adil yargılanma güvencelerini sağlayan yabancı bir devlet mahkemelerine başvurmak zorunda kalması da doğrudan adil yargılanma hakkının ihlali olarak nitelendirilemez. Ancak, özellikle işçi açısından bakıldığında, işçinin kendi

¹⁰⁹⁵ Dardağan, s. 222-223; Süzen, s. 176; Çörtoğlu Koca, s. 209.

¹⁰⁹⁶ Bkz. MÖHUK m. 44’ün gerekçesi, <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf>, erişim tarihi: 05.03.2017. Ayrıca bkz. Uyanık Çavuşoğlu, İş İhtilafı, s. 965; Çörtoğlu Koca, s. 29-33.

yerleşim yeri mahkemeleri yerine, mutad işyerinin bulunduğu ülke mahkemelerinde davalı sıfatıyla kendini savunmak zorunda kalması, özellikle ekonomik açıdan işçinin ciddi şekilde zorlanmasına ya da kendini savunamamasına yol açtığı takdirde, mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkının ihlali söz konusu olabilecektir. Aynı durum, Türk işveren açısından da geçerlidir. Fakat, işverenin, iş sözleşmesinin güçlü tarafı olarak, “iş yaptığı” ülkede dava açmaya zorlanması, kanımızca kabul görebilecek niteliktedir. İşçinin ise, sadece belirli bir süre o ülkede çalışmış olduğu ve sözleşme sona erdikten sonra o ülke ile hiçbir bağının kalmadığı düşünüldüğünde, işçinin mutad işyeri mahkemelerinde kendini savunmak zorunda bırakılması “milletlerarası yetki kurallarının olabildiğinde mahkemeye erişim hakkı lehine yorumlanması” ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Dolayısıyla, kanımızca MÖHUK m. 44’ün yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmesi uyuşmazlıklarında tek başına uygulanması gerektiğini savunan ve bu bağlamda İş MhK m. 5’e başvurulamayacağını ileri süren görüş hükmün *ratio legis*’ine aykırıdır. Bu yorum, işçiye karşı açılacak davalar bakımından işçinin korunmasına imkân vermemektedir.¹⁰⁹⁷ Davalı işçinin yerleşim yerinin bulunduğu ve aynı zamanda davacı işveren ile de bağlantılı olan Türk mahkemelerinin yetkisini kabul etmemek için herhangi bir neden görememekteyiz. Aslında, işverenin yerleşim yerinin Türkiye’de bulunmaması halinde de, şayet amaç işçiye korumak ise, evrensel anlamda kabul gören bir yetki kriteri olarak davalının (işçinin) yerleşim yerinde dava açılması gerektiğini kabul etmek gerekmektedir. Bu bakımdan, işverenin yerleşim yerinin belirleyici olmadığını düşünüyoruz.

Şu halde, Türk hakiminin, yerleşim yeri Türkiye’de bulunan işçinin mahkemeye erişim hakkı lehine başvurabileceği bir yetki kuralı (İş MhK m. 5) varken, bu kuralın uygulanmayacağını kabul etmek kanımızca yanlıştır. Doktrinde de, MÖHUK m. 44’ün yanında İş MhK m. 5’in uygulanmayacağını savunan görüşler, ortaya çıkan sonuç bakımından MÖHUK m. 44’ün tatmin edici olmadığı yönündedir. Bu bağlamda MÖHUK m. 44’ün değiştirilmesi gerektiği ileri

¹⁰⁹⁷ Aynı yönde Uyanık Çavuşoğlu, *İş İhtilafı*, s. 976. Yazar, Türk işverenin Türk işçisiyle arasında çıkan iş uyuşmazlıkları hakkında Türkiye’de milletlerarası yetkili bir mahkemenin bulundurulması gerektiğini ifade etmektedir. yazara göre, Türk işverenlerin, “*hukuku gelişmemiş ülkelerde çalıştırdıkları Türk işçileri aleyhine açacakları davaları bakımından Türk mahkemelerinin kapısının açılması zaruri olabilir. İşverenin açacağı davalarda, tam da hedeflenen yarar “İşçinin korunması” açısından mahkeme devletinin hukukunun yüksek standardından yararlanılmak istenebilir*”. Yazar, aslında tam da, AİHS m. 6/ f. 1 kapsamında korunan mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkının korunmasına işaret etmektedir. zira, mutad işyeri ülkesinin adil yargılanma güvencelerinden yoksun yargı sistemi, MÖHUK m. 44’ü AİHS m. 6/f. 1’e aykırı sonuçlar doğuran bir yetki kuralı haline getirmektedir.

sürülmektedir.¹⁰⁹⁸ Hükümün değiştirilmesini önermek bir çözüm yoludur. Fakat mevcut durumda, MÖHUK m. 44'ün yanında İş MhK m. 5'in uygulanmasını engelleyen herhangi bir gerekçenin bulunmadığı kanaatindeyiz.

Yargıtay'ın MÖHUK m. 44'ün uygulama alanına giren uyuşmazlıklarda İş MhK m. 5'in uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin net bir kararına rastlamadığımızı belirtmek isteriz. Ancak, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin kararlarında, yabancı unsurlu iş sözleşmesinde yer alan “yabancı mahkemenin yetkilendirilmesine” ilişkin hükümlerin uygulanmasında, Türk mahkemelerinin yetkisinin bertaraf edilemeyeceği yönündeki görüşün dayanağı olarak MÖHUK m. 44 değil, İş MhK m.5 gösterilmektedir.¹⁰⁹⁹ Dolayısıyla, Yargıtay'ın da, MÖHUK m. 44'ün yanında İş MhK m. 5'in uygulanabileceğini kabul ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu yorum tarzı, MÖHUK m. 44'ün mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkı bakımından yarattığı sakıncaları ortadan kaldırmaktadır.

d. Yabancılık Unsuru Taşıyan Uyuşmazlıklarda Yabancı Mahkemelerin Yetkilendirilmesi

Milletlerarası ticarete taraf iradesi büyük önemi haizdir. Taraf iradelerinin milletlerarası sözleşmelerdeki en yaygın yansıması yetki sözleşmeleridir. Bu nedenle, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda yabancı ülke mahkemelerinin yetkilendirilmesi şartlarını düzenleyen MÖHUK m. 47'nin uygulama alanı bir hayli geniştir. Anılan hüküm uyarınca, “*yer itibarıyla yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hâllerde, taraflar, aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. (...)Dava, ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması hâlinde yetkili Türk mahkemesinde görülür.*”

MÖHUK m. 47'nin uygulanması şartları çalışma konumuzun dışındadır. Bununla birlikte, taraflarca yetkilendirilen yabancı mahkemede adil yargılanma güvencelerine uygun bir yargılama yapılmaması veya yapılmayacak olmasına ilişkin ciddi ve makul şüphelerin varlığı halinde, yetki sözleşmesine etki tanınıp

¹⁰⁹⁸ Uyanık Çavuşoğlu, **İş İhtilafı**, s. 976; Çörtoğlu Koca, s. 210-211.

¹⁰⁹⁹ Yarg. 9.HD, E. 2009/42000 K. 2011/3964, 18.02.2011 (www.kazanci.com; erişim tarihi: 05.03.2017); Yarg. 9.HD, E. 2010/7381 K. 2010/16168, 03.06.2010 (bkz. Nuray Ekşi, **5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a İlişkin Yargıtay Kararları, Oniki Levha Yayıncılık İstanbul 2010**, s. 50-55).

tanınamayacağı, bu tür durumlarda, Türk mahkemelerinin yetki kazanıp kazanamayacağı meselesi, adil yargılanma hakkı ve milletlerarası yetki sözleşmelerinin önemli bir kesişim noktasını oluşturmaktadır.

MÖHUK m. 47’de açıkça düzenlendiği üzere, Türk mahkemelerinin yetkili olduğu durumlarda, geçerli bir yetki sözleşmesi ile yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmesi halinde, Türk mahkemelerinin yetkisi iki halde doğmaktadır: Yetkilendirilen yabancı mahkemede dava açılması ve bu mahkemenin yetkisiz olduğuna karar vermesi ve Türk mahkemelerinde açılan davada davalının yetki ilk itirazında bulunmaması.¹¹⁰⁰ Doktrinde, yetkilendirilen mahkemenin kendini yetkisiz sayacağına “likit kanıtlarla” ortaya konması halinde, davanın yetkili Türk mahkemelerinde görülebileceği ifade edilmektedir.¹¹⁰¹ Ayrıca, yetkili yabancı mahkemenin verdiği kararın borçlunun mallarının bulunduğu ülkede (ki bu ülke Türkiye de olabilir) tenfizinin mümkün olmaması halinde de, yetki sözleşmesinin varlığına rağmen Türk mahkemelerinin yetki kazanacağı kabul edilmektedir.¹¹⁰² Aksi halde, “etkin bir yargı yoluna başvuruyu sağlamayan yetki sözleşmesine dayanarak”, Türk mahkemelerine erişimin kapatılmasının AİHS m. 6’nın ihlali anlamına geleceği belirtilmektedir.¹¹⁰³

Genel olarak ifade etmek gerekirse, davacının yetkilendirilen yabancı mahkemede “hakkını elde edemeyeceği” açık bir şekilde ortada ise, davalının yetki sözleşmesine dayalı itirazının Türk hakimince reddedilmesi gerektiği; böyle bir

¹¹⁰⁰ Türk mahkemelerinde açılan davadan önce, yabancı mahkemede dava açılması halinde, davalı yetki sözleşmesine dayanarak ileri sürüleceği itirazın niteliği doktrinde tartışmalıdır. MÖHUK m. 41 ile ilgili tartışmaya paralel olarak, burada bir derdestlik itirazından değil, yetki itirazından bahsedilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Sargın, s. 189-190; Süral, HMK, s. 196; Emre Esen, **Yabancı Mahkeme Lehine Yapılan Yetki Anlaşmasına Dayanan Yetki İtirazının Değerlendirilmesinde Dürüstlük Kuralının Etkisi ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 6.3.2009 Tarihli İçtihadının Eleştirisi**, MHB Yıl: 31 Sayı:1 (2011), s. 201. Ayrıca bkz. MÖHUK m. 47’nin gerekçesi, (<http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf>; erişim tarihi: 06.03.2017).

¹¹⁰¹ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 415; Şanlı, Ticari Akitler, s. 113. Aynı yönde bkz. Sargın, s. 82 ve 183; Baki Kuru, **Sözleşme İle Yabancı Mahkemelerin Yetkili Kılınması**, MHB Cilt: 6 Sayı: 2 Yıl: 1986, s. 145. Bu konuda Fransız doktrininde Türk doktrininden bir adım öteye giden görüşlere rastlamak mümkündür. Bu kapsamda, şayet, yabancı mahkemenin kendini yetkili görmemesi “ihtimali” varsa, başvuru mahkemenin yetki itirazını reddederek uyumsuzluğu görmesinin doğru olacağı belirtilmektedir. Bkz. Corbion, s. 194.

¹¹⁰² Sargın, s. 188; Nomer, s. 488; Akıncı, s. 14; Akıncı, Derdestlik, s. 67; Kuru, **Yabancı Mahkemelerin Yetkilendirilmesi**, s. 145; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 415; Şanlı, Ticari Akitler, s. 113. Şanlı, yabancı mahkemeden alınacak kararın borçlunun malvarlığının bulunduğu yer (Türk) mahkemelerinde tenfiz edilmeyeceği “ispatlandığında”, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin doğacağını kabul etmektedir. Bu bağlamda, Türk mahkemesinin yetkisinin doğması açısından tenfiz davasının red ile sonuçlanmasına gerek yoktur. Ayrıca bkz. Nuyts, **General Report**, s. 74-75. Konu ile ilgili farklı görüşler için bkz. Sargın, s. 84.

¹¹⁰³ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 415-416; Şanlı, Ticari Akitler, s. 113-114. Nomer de, yabancı mahkemeyi yetkilendiren sözleşmenin, Türk mahkemeleri bakımından “*ihkâk-ı haktan imtina*” sonucunu doğurması halinde geçerli sayılamayacağını dile getirmektedir. Bkz. Nomer, s. 488.

durumda, Türk mahkemelerinin davayı görme yetkisinin ortadan kalkmayacağı savunulmaktadır.¹¹⁰⁴ Davacının yetkilendirilen yabancı mahkemede “hakkını elde edememesi” kavramı ile neyin kast edildiği çok önemlidir. Zira, kanımızca, davacının yabancı devlet mahkemelerine başvurmasındaki menfaati yalnızca “icra edilebilir” bir karar almak değildir. Yetkilendirilen yabancı mahkemede adil yargılanma güvencelerine uyulmaması da kişinin “hakkını elde edememesi” kapsamındadır. Bu noktada, birçok sorun ortaya çıkmaktadır: Özellikle tacirler arası yetki sözleşmeleri bakımından, basiretli olması beklenen tarafların, yetkilendirdikleri mahkemenin adil yargılanma yap(a)mayacağını bilmelerine rağmen yetki sözleşmesi yapmaları halinde, “ahde vefa” ilkesine rağmen, yetki sözleşmesini geçersiz saymak mümkün müdür? ¹¹⁰⁵ Burada tarafların, adil yargılanma hakkından feragat ettikleri kabul edilmeli midir? Yetki sözleşmesinin geçersiz sayılması için gerekli şartlar nelerdir? Bu noktada, yetkilendirilen mahkemenin adil bir yargılama yap(a)mayacağına ilişkin “şüphe” yeterli midir? Bu soruya olumsuz yanıt verildiği takdirde, yetkilendirilen mahkemenin adil bir yargılama yap(a)mayacağı nasıl ispat edilmelidir, bu konuda ispat yükü ve derecesi nasıl belirlenmelidir?

¹¹⁰⁴ **Nomer**, s. 487.

¹¹⁰⁵ Taraflardan birinin tacir olmadığı, daha net bir ifadeyle, müzakere gücünün eşit olmadığı yetki sözleşmeleri bakımından varılacak sonuç biraz farklıdır. Öncelikle, yetki sözleşmesinin “taraf iradesine” dayandığı unutulmamalıdır. Tarafların iradelerini sakatlayan bir durum var ise (hata, aldatma veya korkutma), o takdirde yetki sözleşmesi geçersiz sayılmalıdır.

Diğer taraftan, bir tarafın diğerine (zayıf tarafa) dayattığı (özellikle iltihak sözleşmelerinde veya genel işlem şartlarında yer alan) yetki sözleşmelerinin de ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz sayılması gerekmektedir. Bkz. **Gruson**, s. 165-166; **Guez**, s. 166. Yazar, zayıf tarafa dayatılan yetki sözleşmelerinin mahkemeye erişim hakkını ihlal edip etmediği konusunda AİHM’nin silahların eşitliği ilkesine ilişkin içtihadından faydalanılabileceğini belirtmektedir. Bu bağlamda yetki sözleşmesinin geçersiz sayılması için, zayıf tarafın yetkilendirilen mahkemeye ulaşamadığının somut bir şekilde ortaya konması, örneğin, zayıf tarafın adli yardımdan faydalanamayarak uyuşmazlığın karşı (güçlü) tarafı karşısında gerekli savunma imkânlarından faydalanamayacağını anlaşılmaması gerektiğini ifade etmektedir. Bunun dışında, yetki sözleşmesinin uyuşmazlık çıktıktan sonra yapılması halinde, “sözleşmenin müzakere edildiği” sonucuna varmanın mümkün olduğunu ve bu nedenle yetki sözleşmesinin geçersiz sayılmaması gerektiğini ileri sürmektedir (bkz. s. 166-167). Ayrıca bkz. Cemile Demir Gökyayla, **Seçilen Mahkemede Adil Yargılanma Yapıl(a)mayacağı Şüphesi Yetki Anlaşmasının Geçerliliğini Etkiler mi?**, **DEÜHFD Cilt:13 Sayı: 2/ 2011 (Basım Yılı: 2013)**, s. 59. Yazar bir tarafı tacir, diğer tarafı ise bir devlet kurumu veya bir devlet vatandaşı özel kişi olan ve söz konusu devlet kurumunun veya özel kişinin “baskın durumunu kötüye kullanmak” suretiyle, diğer tarafa kabul ettirdiği yetki sözleşmelerinin de ahlaka aykırı kabul edilerek geçersiz sayılabileceğini ifade etmektedir. Bu gibi durumlarda, sözleşme konusu işi yapmak isteyen tacir, baskı veya zorlama sonucunda, yetkilendirilen mahkemede adil yargılanmama riskinin varlığını bilerek yetki sözleşmesi yapmayı kabul etmektedir. Guez de “profesyoneller” arası olmakla birlikte, bir tarafın müzakere gücünün diğer tarafa oranla daha az olduğu durumlarda, yetki sözleşmesinin bir taraf aleyhine silahların eşitliği ilkesine aykırı sonuçlar yaratabileceğini, yetkilendirilen mahkemeye başvurunun bir taraf için kabul edilemez dezavantajlar yaratabileceğini, bu takdirde, zayıf tarafın faydalandırıldığı korumaya benzer bir korumanın devreye girebileceğini belirtmektedir (bkz. **Guez**, s. 395-396). Aynı yönde bkz. **Gruson**, s 166-167.

Tüm bu sorular cevaplanmadan önce, kanımızca bir hususu net bir biçimde ortaya koymakta fayda vardır: Doktrinde ve Yargıtay kararlarında kabul edildiği üzere, “yetki sözleşmeleri açıkça kamu düzenini ihlal etmemelidir; ahlâka, dürüstlük kuralına¹¹⁰⁶ ve hakkın kötüye kullanımı yasağına, hukukun temel ilkelerine, adalet ve ahlâk anlayışına, Anayasa’da yer alan temel haklara aykırılık oluşturan yetki sözleşmeleri geçersiz sayılmalıdır”.¹¹⁰⁷ Bu bağlamda, seçilen mahkemenin adil bir yargılanma yap(a)mayacağının tespiti halinde, tarafların yetki sözleşmesine bağlı kalmaya zorlanması mümkün değildir.¹¹⁰⁸ Doktrinde, AİHS m. 6/f. 1’in taraf devletlere “yetki sözleşmelerinin *a posteriori* etkilerinin denetimine ilişkin mekanizmaları” devreye sokma yükümlülüğü yüklediği ifade edilmektedir.¹¹⁰⁹ Ancak bu denetim hiçbir zaman, “kanuni ve hukuki” yetki

¹¹⁰⁶ Dürüstlük kuralına aykırılıktan kasıt, Yarg. 11. HD’nin 06.03.2009 tarihli, doktrinde geniş bir biçimde eleştirilen içtihadına konu edildiği şekliyle dürüstlük kuralına aykırılık değildir. Bu konuda ayrıntılı incelemeler için bkz. Esen, **Dürüstlük Kuralı**, s. 203-205; Sargın, s. 184-185; Akıncı, **Derdestlik**, s. 90-92. Aksi görüşte, Kuru, **Yabancı Mahkemelerin Yetkilendirilmesi**, s. 145.

¹¹⁰⁷ Şanlı/Esen/Ataman-Figamneşe, s. 401; Akıncı, **Derdestlik**, s. 137; Demir Gökyayla, **Adil Yargılanma**, s. 59 ve s. 62-64; Sargın, s. **Nomer**, s. 488. Yazar, yabancı devlet mahkemesini yetkilendiren anlaşmanın “*hukuki himayeden feragati gerektirecek şekilde yorumlanamayacağını*” belirtmektedir. Ayrıca bkz. yukarıda Yarg. 9.HD, E. 2010/7381 K. 2010/16168, 03.06.2010; Yarg. HGK, E. 1998/12-287 K. 1998/325, 06.05.1998.

Yalnızca “tarafların mahkemeye erişim hakkını ihlal etmeyen yetki sözleşmelerine etki tanınabileceği”, zira, taraf iradesinin de özünde bir yetki kriteri olduğu dile getirilmekte ve tüm yetki kriterlerinin AİHS m. 6/f. 1’in denetimine tabi olduğu vurgulanmaktadır. Bkz. **Guez**, s. 153 ve s. 158; **Corbion**, s. 195-196.

¹¹⁰⁸ Sargın, s. 76-77; Demir Gökyayla, **Adil Yargılanma**, s. 57-59. Türk milletlerarası yetki sistemi ile bire bir uyuşmamakla birlikte, özellikle Kanada Yüksek Mahkemesi’nin, Amerikan ve İngiliz mahkemelerinin, yetkilendirilen yabancı mahkemede adil yargılanma yapılamayacağını dikkate alarak, davalının yetki itirazlarını reddettiği ve kendilerini yetkili saydığı kararlar için bkz. (s. 55-56). Tarafların Belçika mahkemeleri (ve diğer AB ülkeleri) dışında yabancı bir mahkemeyi yetkilendirmeleri halinde dahi, yetkilendirilen yabancı mahkemede adil yargılanma güvencelerine ilişkin sorunların varlığı halinde, Belçika mahkemeleri *forum necessitatis* doktrini çerçevesinde kendilerini yetkili saymaktadır. Belçika Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 11 hükmünün, AB vatandaşı davacılar her zaman adil yargılanabilecekleri bir mahkeme sunulması bakımından çok yararlı bir hüküm olduğu dile getirilmektedir. Bkz. Nuyts, **General Report**, s. 75 ve 85. Ayrıca bkz. Nuyts, **Report for Belgium**, s. 14-16. Bu konuda 30.06.2005 tarihli Yetki Anlaşmasına Dair Lahey Sözleşmesi’nin (Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements; <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=98>; erişim tarihi: 07.03.2017) m. 6/c hükmünün de dikkate alınması gereklidir. Anılan hüküm uyarınca, yetki sözleşmesine uyulmasının açıkça haksız sonuçlara yol açması veya mahkemesi yetkili kılınmayan (başvurulan) devletin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi halinde, yetki sözleşmesine etki tanınmamalıdır. Bu hüküm, doktrinde, taraflardan birinin yetkilendirilen devlet mahkemesinde “önyargı, rüşvet ve benzeri sebeplerden dolayı adil şekilde yargılanmasının mümkün olamayacağının anlaşılması” veya “yetki sözleşmesinin davanın açıldığı devletin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi” halinde yetki sözleşmesinin hüküm doğurmayacağı şeklinde yorumlanmaktadır. Bkz. Demir Gökyayla, **Adil Yargılanma**, s. 61; Feriha Bilge Tanrıbilir, **30 Haziran 2005 Tarihli Yetki Anlaşmasına Dair Lahey Sözleşmesi**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:11 Sayı: 1-2 Yıl: 2007, s. 337-338.

Ayrıca bkz. yukarıda Yarg. 9.HD, E. 2010/7381 K. 2010/16168, 03.06.2010; Yarg. HGK, E. 1998/12-287 K. 1998/325, 06.05.1998 (www.kazanci.com; erişim tarihi: 06.03.2017).

¹¹⁰⁹ **Guez**, s. 396.

sözleşmelerini, mahkemeye erişim ve adil yargılanma kaygılarına kurban edecek şekilde uygulanmamalıdır. Yetki sözleşmelerinin geçerliliğine ilişkin denetim, somut olay temelli, titiz bir değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır. Aksi halde, hukuki güven ve öngörülebilirliğin zedelenmesine sebep olunacaktır.¹¹¹⁰ Aşağıdaki açıklamaların bu genel ilkeler ışığında değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız.

Doktrinde, yetki sözleşmesinin, müzakere gücü eşit “kabul edilen” taraflar arasında, serbest iradeye dayalı olarak akdedilmiş olması ve fakat sözleşme yapıldıktan sonra yetkilendirilen mahkemenin adil yargılanma standartlarının ciddi anlamda değişmesi ile tarafların yetkilendirdikleri mahkemenin adil yargılanma standartlarını haiz olmadığını baştan bilmelerinin farklı sonuçları olabileceği, ikinci halde tarafların adil yargılanma hakkından feragat etmiş olup olmadıklarının sorgulanması gerektiği belirtilmektedir.¹¹¹¹ İlk halde, yani tarafların seçtiği devlet mahkemelerinin, sonradan adil yargılanma güvencelerini göz ardı eden yargılama organına dönüşmesi durumunda zaten bir “feragat”ten söz edilemez. Bu durumda, Türk mahkemelerine başvuran tarafın, yetkilendirilen yabancı mahkemede adil bir yargılama yapılamayacağını, aşağıda ele alacağımız şekilde, makul ve objektif olarak ortaya koyması halinde Türk mahkemelerinin yetkisi doğabilecektir. Bu bakımdan, davalının yetki sözleşmesine dayanarak yapacağı yetki itirazının reddedilmesi gerekmektedir.¹¹¹²

Tarafların bilerek adil yargılanma güvencelerini sağlamayan bir devlet mahkemesini yetkilendirmeleri halinde ise, bir “feragat”ten bahsetmek mümkün olabilir mi? Doktrinde bu anlamda bir feragatten bahsedilemeyeceği¹¹¹³, bu yönde bir feragatin varlığı kabul edilecek olsa dahi, yetkilendirilen mahkemenin asgari bazı güvenceleri sağlaması gerektiği belirtilmektedir.¹¹¹⁴ Bir mahkemeyi yargılama organı haline getiren özelliklerin var olmaması halinde, tarafların o mahkemeyi yetkilendirmelerini adil yargılanma hakkından feragat olarak nitelendirmek kanımızca çok güçtür. Zira, bu şekilde bir nitelendirme, çalışmamızın ilk bölümünde ele aldığımız, adil yargılanma hakkından feragat ilişkin genel ilkelere uymayacağı gibi, AİHS m. 6’nın ruhuna ve anlamına aykırı düşecektir.

Bir tarafın adil yargılanma hakkının sunduğu asgari güvenceleri dahi sağlamayan bir mahkemede yargılanmayı kabul etmesi, o tarafın “serbest

¹¹¹⁰ Guez, s. 396-397.

¹¹¹¹ Kiestra, s. 101.

¹¹¹² Aynı yönde bkz. Sargin, s. 183.

¹¹¹³ Nomer, s. 488.

¹¹¹⁴ Kiestra, s. 101.

iradesi”nin sorgulanmasına yol açacak niteliktedir. Doktrinde, bu tür yetki sözleşmelerinin, “makul ve adil olmadığı” belirtilmekte, esas sözleşmenin diğer hükümlerinin de sadece bir tarafın menfaatlerini koruması halinde, gerek esas sözleşmenin gerekse yetki sözleşmesinin geçerliliği bakımından “serbest irade”den bahsedilemeyeceği ifade olunmaktadır ¹¹¹⁵

Yetkilendirilen mahkemenin adil bir yargılama yapabilmesi bakımından olmazsa olmaz asgari güvencelerin başında, çalışmamızın birinci bölümünde ele aldığımız, kanunilik / bağımsızlık ve tarafsızlık gelmektedir. Kanımızca, tarafların bu güvencelerden feragat etmesi mümkün değildir. Kuvvetler ayrılığının güvence altına alınmadığı, hukuk devleti gereklerinden uzak, yargının yasama ve yürütmenin emrinde olduğu bir devlet yargısı adil yargılanma güvencelerini sağlayamaz. ¹¹¹⁶ Örneğin, yetkilendirilen mahkeme hukukunda hakimlik teminatının yer almaması, hakimin çekinmesi ve reddi gibi kurumların düzenlenmemiş olması halinde, bu mahkemenin bağımsız ve tarafsız olduğundan bahsedilebilecek midir? Bu ihtimalde, AİHM’nin “görünüşte bağımsızlık ve tarafsızlığa ilişkin yorumuna aykırı bir durum ile karşılaşılacağı ortadadır. Ancak, yine de adil yargılama yapılmayacağının somut bir biçimde ortaya konması gerektiği düşüncesindeyiz. Zira, Türk mahkemeleri tarafından uygulanacak yaptırım, yetki sözleşmesinin geçersiz sayılması olacaktır. Hakimin çekinmesi (yasaklılığı) gereken hallerden birinin ortaya çıkması ve hakimin davaya bakmaya devam etmesi halinde ise, “tarafli” bir hüküm verilip verilmediğine bakılmaksızın, adil yargılanma hakkının ihlali sonucuna varılmalı ve yabancı mahkemeyi yetkilendiren bir sözleşmenin varlığına rağmen Türk mahkemeleri yetki kazanmalıdır. Aksi halde, Türk mahkemelerinin davalının yetki itirazını kabul ederek kendisini yetkisiz sayması ve davacıyı o mahkemede dava açmaya zorlaması, yukarıda ele aldığımız milletlerarası adaletin inkârının en somut şekliyle gerçekleşmesi anlamına gelecektir. Örneğin, yargılamayı yapacak hakimin taraflardan biri ile akrabalık ilişkisi bulunması halinde, diğer tarafın Türk mahkemesine başvurması üzerine, yargılamanın tarafli olup olmadığına bakılmaksızın, ve yargılamanın ilerlemesinin beklenmeksizin Türk mahkemesinin yetki kazanacağının kabulü gerekir.

¹¹¹⁵ Gruson, s. 198-199.

¹¹¹⁶ Uygulamada da en çok bu tür sorunlarla karşılaşmakta olduğu belirtilmekte, AİHM’nin “görünüşte bağımsızlık ve tarafsızlık” hakkında verdiği kararlara atıf yapılmaktadır. Bkz. Demir Gökyayla, **Adil Yargılanma**, s. 53-54 ve s. 56-58.

Konuya bir de tanıma / tenfiz boyutundan bakmakta fayda vardır. Kanunilik / bağımsızlık ve tarafsızlık unsurlarını taşımayan bir mahkemenin verdiği kararın Türk mahkemelerinde tanınması / tenfizi mümkün değildir. Bu durumda, “yetkili yabancı mahkemenin verdiği kararın Türkiye’de tanınması / tenfizinin mümkün olmadığının kesinlik arz ettiği durumlarda, yetki sözleşmesinin geçersiz olacağı” görüşü de vardığımız sonucu desteklemektedir. Kısaca, yetkilendirilen mahkemede adil bir yargılama yapılmayacağının açık bir şekilde ortada olduğu hallerde, “taraf iradesi”ne (ki adil bir yargılama ortamı sunmayan bir mahkemeyi yetkilendiren bu iradenin serbestliği yukarıda ifade ettiğimiz üzere ciddi anlamda tartışmaya açıktır) en üstün değeri verip, ortaya çıkacak sonucun Türk kamu düzenine aykırılığını göz ardı etmenin doğru olmadığı düşüncesindeyiz.

Kaldı ki, aşağıda üzerinde duracağımız üzere, yetki sözleşmesini geçersiz sayarak Türk mahkemelerini yetkilendirebilmek için, yabancı mahkemede gerçekleştirilecek yargılamanın adil ol(a)mayacağı “şüphesi”nden öte, somut bir gerçekliğin varlığını aramaktayız. Bu nedenle, uygulamada, Türk mahkemesine başvuran davacının, yetkilendirilen yabancı mahkeme önünde davacı veya davalı olarak kendini savunduğu ve adil yargılanma hakkının ihlaline somut bir şekilde maruz kaldığı (örneğin daha önceki yargılama veya başvurularda) durumlarda, Türk mahkemelerinin yetki kazanacağını düşünmekteyiz. Dolayısıyla, uyuşmazlığın yabancı mahkeme önüne götürüldüğü durumlarda zaten yetki sözleşmesi icra edilmiş olduğundan, yukarıda yer verdiğimiz “ahde vefa / basiretli tacirin “serbest” iradesi ile akdettiği sözleşmeyi etkisiz kılamayacağı” ikilemi de söz konusu olmayacaktır. Yabancı mahkemede dava açılmadan veya geçici hukuki koruma tedbirleri dahil herhangi bir hukuki korunma talebinde bulunulmadan ve dolayısıyla somut bir adil yargılanma ihlaline maruz kalmadan önce Türk mahkemelerinde dava açılması halinde, yetki sözleşmesinin geçersiz olacağını kabul etmenin ender durumlarda mümkün olduğunu düşünmekteyiz. Bu bağlamda, somut olayın özelliklerinin dikkate alınması gerektiği kanısındayız.

Taraflarından birinin adil yargılanma hakkının ihlaline yol açabilecek yetki sözleşmelerinin geçersiz sayılması bakımından yaşanabilecek en önemli sorunların başında ispat sorunu gelmektedir. Doktrinde, yetkilendirilen yabancı mahkemede adil bir yargılama yapıl(a)mayacağı yönünde makul ve objektif şüphenin varlığı ve bu şüphenin açık ve ikna edici delillere dayanması halinde, Türk mahkemesinin yetkisinin doğacağı kabul edilmektedir. Aksi halde, yani Türk mahkemelerinin

yetkisizlik kararı vermesi halinde, Türk mahkemesine başvuran kişinin Anayasa m. 36 ile korunan hak arama özgürlüğünden mahrum bırakılmış olacağı savunulmaktadır.¹¹¹⁷ Örneğin yetkilendirilen mahkemenin tarafsız olmadığının ispatı bakımından, “ taraflar veya dava ile seçilen mahkeme arasında bir ilgi bağının varlığının mahkemenin tarafsızlığını gölgeleyebileceği ve yetki anlaşmasına etki tanınmasını önleyebileceği” belirtilmektedir.¹¹¹⁸ Bu örneği somutlaştıracak olursak, Sudan’da devlet başkanının himayesindeki bir şirket ile anlaşarak metro inşaatı yapım işini üstlenen Türk müteahhit şirket ile yerel şirket arasındaki sözleşmede Sudan mahkemelerinin yetkilendirilmesi halinde, yetkilendirilen mahkemenin uyuşmazlık ile bağlantılı olması, yetki anlaşmasının geçersiz sayılmasını gerektirebilecektir.

Doktrinde, yetkili yabancı mahkemede adil bir yargılama yapılamayacak olmasının tam olarak ispat edilemeyeceği, “*davacının yabancı mahkemede dava açması halinde neler olacağını tam olarak bilemeyeceği ancak adil yargılamadan mahrum bırakılacağına dair haklı şüphelerinin olabileceği*” dile getirilmektedir.¹¹¹⁹ Kanımızca, yabancı mahkemeyi yetkilendiren sözleşmenin geçersiz sayılması için adil yargılanma konusunda olumsuz bir “şüphe” yeterli değildir. Şüpheden öte olguların ortaya konması beklenmelidir. Bu konudaki ispat yükü kuşkusuz yetki sözleşmesinin geçersiz olduğunu iddia eden taraftadır.¹¹²⁰ Örneğin, Türk mahkemesinde dava açan kişinin, daha önce yetkilendirilen mahkemeye başvurarak geçici hukuki koruma talebinde bulunması halinde, mahkemenin bu talep hakkında yaptığı inceleme ve verdiği kararda adil yargılanma hakkını ihlal ettiğinin ispat edilmesi, yetkilendirilen mahkemenin yapacağı yargılamada da adil yargılanma güvencelerinin ciddi tehlike altında olduğunu gösterecektir. Yine, örneğin, yabancı mahkemede dava açılması halinde, ciddi bir yargılama masrafı (teminat, harç vb.) ile karşı karşıya kalınması ya da mahkemenin özellikle bir tarafın lehine, silahların eşitliği ilkesine aykırı şekilde bilgilendirme ve açıklama haklarını göz ardı etmesi gibi hallerde, adil yargılanma

¹¹¹⁷ Demir Gökyayla, **Adil Yargılanma**, s. 58 ve s. 67-68. Sargın da, siyasi, dini veya ırka dayalı sebeplerle, yabancı mahkemede adil bir yargılama yapılamayacağını “*tesbit edilebildiği hallerde*”, tarafların yetki sözleşmesi ile bağlı tutulamayacağını ifade etmektedir. Bkz. **Sargın**, s. 77 ve 182. Ancak, bu tespitin hangi şartlara bağlı olduğuna dair bir açıklamada bulunmamaktadır.

¹¹¹⁸ **Sargın**, s. 77; **Guez**, s. 362-364. Yazar, bu konuda farklı görüşler olduğunu, ancak doktrinde ağırlıklı olarak, “seçilen mahkeme ile uyuşmazlık arasında herhangi bir bağlantı aranmaması” yönünde eğilimin kabul gördüğünü belirtmektedir. Uyuşmazlık ya da taraflar ile seçilen mahkemenin bağı güçlendikçe, mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda sorunların artacağını vurgulamaktadır. Aynı yönde bkz. **Gruson**, s. 167-169.

¹¹¹⁹ Demir Gökyayla, **Adil Yargılanma**, s. 67.

¹¹²⁰ Demir Gökyayla, **Adil Yargılanma**, s. 67; **Guez**, s. 396; **Gruson**, s. 182.

hakkı ihlal edilen kişiden yabancı mahkemedeki yargılamaya devam etmesi beklenmemelidir; bu kişinin Türk mahkemesine başvurusu ve yabancı mahkemede yaşanan adil yargılanma ihlallerini delillendirmesi halinde yetki sözleşmesinin geçersiz olduğunu kabul etmek gerekir.

Yabancı mahkemeyi yetkilendiren sözleşmenin geçersiz sayılarak Türk mahkemesinin yetkilendirilebilmesi için, yabancı mahkemede somut bir ihlale maruz kalınmasına gerek olmayan durumların başında, yetkilendirilen mahkemenin kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olmadığı kesin bir şekilde ortaya olduğu durumlar gelmektedir. Örneğin, bir tarafın yabancı olduğu uyumsuzlukların çözümünde yetkili olacak olağanüstü mahkemelerin kurulması, sıkıyönetim veya olağanüstü hal ilan edilmesi ve yapılacak yargılamalarda adil yargılanma güvencelerinin askıya alındığının / uygulanmayacağına açıkça ilan edilmesi gibi yargılamanın adil olmayacağını önceden net bir biçimde ortaya koyan durumlarda, yetkili mahkemeye başvurulması beklenmemelidir. Zira, aksinin kabulü adil yargılanma hakkının “makul süre” unsurunu ihlal edecektir.

Yetkilendirilen mahkemede adil bir yargılanma yapılamayacağına ilişkin öngörünün, “kesin bir tehlike” olarak ortaya olup olmadığına karar vermek için, yukarıda yer verdiğimiz, AİHM’nin “sınır dışına kararlarına ilişkin” içtihadından yararlanılabileceği düşüncesindeyiz.¹¹²¹ AİHM, sınır dışı edilecek kişinin, gönderileceği ülkede adil şekilde yargılanmayacağına açık bir şekilde ortaya olduğu, adil yargılanmama riskini kesin biçimde kanıtlayan yeterli delillerin mevcut olduğu durumlarda, sınır dışı kararının adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geleceği görüşündedir.¹¹²² Bu kararlarda, AİHM, sınır dışı kararının verildiği sırada, kişinin iade edileceği ülkedeki yargılama standartlarını esas almaktadır.¹¹²³ Dolayısıyla, yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen mahkemenin adil bir yargılama yap(a)mayacağına ilişkin riskin somutlaştırılmasında, başvuru mahkeme, inceleme yaptığı anı esas almalıdır. Bu bağlamda, yetki sözleşmesinin yapıldığı sırada değil, yetki sözleşmesinin geçersiz olduğunun ileri sürüldüğü anda, yetkilendirilen mahkemede geçerli olan yargılama standartları önem taşır.

Yetkilendirilen mahkemede adil bir yargılama yap(a)mayacağına ortaya konması dışında, yetkilendirilen mahkemeye ulaşamayacak olduğu, diğer bir

¹¹²¹ Bkz. “*Forum Necessitatis* ve Adil Yargılanmama Riski” başlıklı bölüm.

¹¹²² Bkz. yukarıda AİHM *Soering – Birleşik Krallık* kararı, prgf. 113; yukarıda AİHM *Mamatkulov ve Askarov – Türkiye* kararı, prgf. 84-91; AİHM *Al Saadoon ve Mufdhi – Birleşik Krallık* kararı, prgf. 149-150 (Karar Tarihi: 02.03.2010 / Başvuru No: 61498/08).

¹¹²³ **Ergül**, s. 241.

ifadeyle, yetki sözleşmesinin uygulanmasının imkânsız olduğu durumlarla da karşılaşılabilir. Doktrinde, yetkilendirilen mahkemeye başvurmanın imkânsız olması ve başka bir yabancı mahkemenin de uyuşmazlık hakkında kendini yetkili saymayacak olması halinde de, davacıya mahkemeye erişim imkânı sunmak amacıyla, başvuru mahkemenin yetki kazanacağı savunulmaktadır.¹¹²⁴ Bu durumun en tipik örneği, yetkilendirilen mahkemeye iç savaş, kuşatma vb. nedenlerle ulaşılamamasıdır. Başka bir örnek olarak, yetkilendirilen devlet makamlarının, taraflardan birinin ülkeye girişini engellemesi düşünülebilir. Böyle durumlarda, yargılamanın yapılacağı ülkeye giriş yapamayan ve fakat adli yardıma ihtiyacı olmaksızın kendini vekili vasıtasıyla temsil ettirebilecek tarafın, mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkının somut olay çerçevesinde ihlal edilip edilmeyeceği de kanımızca önem taşımaktadır. Yetkilendirilen mahkemeye ulaşılamayacak olması halinde yetki sözleşmesinin geçersizliğine hükmedilebilmesi bakımından, iç savaş ya da çatışma vb. olayların varlığı farklılık arz etmekle birlikte, somut olayın özelliklerinin göz ardı edilmemesi gerektiği düşüncesindeyiz. İç savaş, çatışma vb. olaylarda, tarafın (asaleten) veya vekilin mahkemeye erişememesi konusunda herhangi bir fark olmayacaktır. Vekilin de, fiili imkânsızlıklar dolayısıyla tarafı temsil edemeyecek olması ihtimalinde, yetki sözleşmesinin geçersiz sayılması gerekecektir.

AİHM'nin bir tarafın adil yargılanma hakkını ihlal edebilecek nitelikteki milletlerarası yetki sözleşmelerini konu alan ve konu ile ilgili görüşünü ortaya koyan bir kararına rastlamadığımızı belirtmek isteriz. Ancak, AİHK, eski bir kararında yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen mahkemenin adil bir yargılama yapamayacağına ve bu nedenle başvuru taraf devlet mahkemelerinin yetkisizlik kararı vermesinin AİHS m. 6/f. 1'in ihlaline yol açacağına ilişkin başvuru iddialarını değerlendirmiştir.¹¹²⁵ Karara konu olayda, Belçika mahkemelerinin yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlıkta, başvuru (Belçika vatandaşı pilot) ile davalı (Air Zaire) arasında akdedilmiş olan ve Kinşasa (eski Leopoldvil (Zaire) / bugünkü Demokratik Kongo Cumhuriyeti sınırları içerisinde) mahkemelerini yetkilendiren bir yetki anlaşmasına dayanarak ve başvuru tarafın Belçika mahkemelerinin yetkili olması gerektiği yönündeki itirazlarını kabul etmeyerek davayı yetkisiz olması nedeniyle reddetmesi üzerine, başvuru, diğer bazı hak

¹¹²⁴ Sargın, s. 184; Nuyts, **General Report**, s. 75; Guez, s. 164-165.

¹¹²⁵ AİHK *Gauthier – Belçika* (kabul edilmezliğe ilişkin) kararı (Karar Tarihi: 06.03.1989 / Başvuru No: 12603/86).

ihlalleri yanında, AİHS m. 6/f. 1 ile korunan mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasını da içeren bir başvuruda bulunmuştur. Somut olayda ilk derece mahkemesi yetkili olduğuna karar vermiş, bu karara davalı Air Zaire tarafından yapılan yetkisizlik itirazı üzerine, bir üst derece mahkemesi, ilk derece mahkemesinin yetkili olduğuna ilişkin kararını bozmuştur. Başvurucu, üst derece yargılamasında, Belçika mahkemelerinin Leopoldvil mahkemelerini yetkilendiren yetki anlaşmasını dikkate almaması gerektiğini, zira, bu anlaşmanın bağımsız bir adli yapıya sahip olmayan bir devletin mahkemelerini yetkilendirdiğini, yetkilendirilen mahkemenin adil bir yargılama yapamayacağını ileri sürmüştür. Başvurucunun bu iddiaları, üst derece mahkemesi tarafından, “yabancı bir yargı sistemi hakkında değerlendirmelerde bulunmanın mahkemenin işi olmadığı” ve “yetki kurallarının taraflarca akdedilen bir yetki sözleşmesinin yerine geçecek şekilde uygulanamayacağı” gerekçeleri ile reddedilmiştir. Başvurucu (Belçika vatandaşı pilot) AİHK karşısında AİHS m. 6/f. 1’e dayanmış ve Belçika mahkemelerinin yetkisizlik kararı vermesinin bu hükme aykırı olduğunu iddia etmiş; Belçika mahkemelerinin bu kararının, kendisini, AİHS m. 6/f. 1’de yer alan güvenceleri taşımayan ve AİHS’e taraf olmayan bir üçüncü devlet mahkemesine başvurmak zorunda bıraktığını belirtmiştir. AİHK ise konuya ilginç bir noktadan yaklaşmıştır. Komisyon’a göre, Belçika mahkemelerinin yetkisizlik kararı tek taraflı bir hükme (yetki kuralına) değil, tarafların serbestçe akdettikleri bir yetki anlaşmasına dayanmaktadır. Komisyon ayrıca şu tespitlerde bulunmuştur: Ne AİHS m. 6/f. 1, ne de AİHS’in diğer hükümleri bu tip anlaşmaların yapılmasına engeldir. Ayrıca, AİHS m. 6/f. 1, taraf devletleri, yetkileri dahilinde bulunan kişilerin yetki anlaşması yapmalarına engel olacak hükümler sevk etmek ile yükümlü kılmamaktadır.

Doktrinde bu karar haklı olarak eleştirilmektedir. Zira, Komisyon, başvuru tarafından ileri sürülen, AİHS m. 6/f. 1’de düzenlenen şartları taşımayan ve adil yargılanma standartlarına uymayan üçüncü bir devlet mahkemelerinin yetkili olduğu durumlarda AİHS m. 6/f. 1 kapsamında mahkemeye erişim ve adil yargılanma haklarının ihlalinin ileri sürülüp sürülemeyeceği, bu konuda bir inceleme yapılmasının gerekli olup olmadığı sorularını cevapsız bırakmıştır.¹¹²⁶ Sadece, AİHS hükümleri çerçevesinde tartışmasız olan bir gerçeğin altı çizilmiş, tarafların yetkili mahkemeyi aralarında kararlaştırabileceklerini ön plana

¹¹²⁶ Kiestra, s. 101.

çıkarılmıştır. Oysa, uyuşmazlığın esası tarafların yetki sözleşmesi akdetmek konusunda özgür olup olmadıklarının incelenmesini gerektirmemektedir. Taraf devletlerin, somut olayda Belçika usul hukukunun, yabancı mahkemenin yetkilendirilmesine ilişkin hükümlerinin AİHS m. 6/f. 1'e uygun olup olmadığının araştırılmasına da ihtiyaç bulunmamaktadır. Belçika usul hukukunun, tarafların yabancı mahkemeyi yetkilendirmesine engel olmadığı açıktır. Diğer taraftan, yetki sözleşmesi ile yabancı bir mahkemeyi yetkilendiren kişilerin, daha sonra bu mahkemenin adil bir yargılama yapmayacağına ilişkin itirazlarının hangi şartlar altında reddedilmesi, hangi şartlar altında ise kabul edilmesi gerektiği titizlikle cevaplandırılması gereken sorunlardır. Tarafların yetki anlaşması yapmak konusundaki iradelerinin sıhhati, yetki anlaşmasının tarafların serbest iradelerine dayalı olup olmadığı ve / veya yetki anlaşması yapıldıktan sonra yetkilendirilen mahkemedeki yargılama şartlarının AİHS m. 6/f. 1'e aykırı şekilde esaslı / kökten değişimi yetki anlaşmasının geçerliliğinin sorgulanmasını gerektirecektir.¹¹²⁷ AİHM, genel anlamda usulî haklardan feragat edilebileceğini kabul etmekle birlikte¹¹²⁸, asgari bazı gerekliliklerin her zaman korunması gerektiği unutulmamalıdır.¹¹²⁹

II. ADİL YARGILANMA HAKKININ YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANIMASI VE TENFİZİ ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

A. Genel Olarak

Çalışmamızın ilk bölümünde belirttiğimiz üzere, AİHS m. 6/f. 1 ile güvence altına alınan haklar tüm yargılamalar bakımından geçerlidir. AİHS'e taraf olsun ya da olmasın, yabancı bir devlet mahkemesince verilen kararların AİHS'e taraf devlet mahkemelerinde tanınması veya tenfizi usulünün de m. 6/f. 1'e tabi olduğu şüphesizdir. Ayrıca, yine çalışmamızın ilk bölümünde, AİHM tarafından yapılan genişletici yorum ile AİHS m. 6'ya dahil edilen hükmün icrası hakkının, yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizini talep etme hakkını kapsayacak şekilde geniş yorumlandığını ifade etmiştik. Ancak, hükmün icrası hakkının, usulî açıdan adil yargılanma güvencelerine uygun şekilde verilen yabancı mahkeme kararlarının

¹¹²⁷ Kiestra, s. 101.

¹¹²⁸ Bkz. yukarıda AİHM Pfeifer ve Plankl – Avusturya kararı, prgf. 37-38.

¹¹²⁹ Kiestra, s. 101.

kayıtsız - şartsız tanınması / tenfizi konusunda taraf devletlere “olumlu bir yükümlülük” yüklediğini de vurgulamıştık. Zira, yabancı bir mahkeme kararına kendi mahkemesinde verilmiş bir hüküm ile aynı etkiyi tanımak, yargı yetkisinin bir egemenlik faaliyeti olması sebebiyle, devletlerin egemenlik alanına girmektedir. Bu anlamda, egemenlik alanına giren hususların söz konusu olması, yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizi bazı şartlara bağlamak konusunda, taraf devletler açısından meşru bir dayanak noktasıdır.

Hükümün icrası hakkının taraf devletlere yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizi konusunda yüklediği olumlu yükümlülükler bir yana, AİHM, taraf devletlere, adil yargılanma hakkını göz ardı eden yargılamalar sonucunda verilen yabancı mahkeme kararlarını tanımamak / tenfiz etmemek konusunda “olumsuz bir yükümlülük” yüklemektedir. AİHM, ayrıca, tanıma / tenfiz işlemlerinin de yargılamanın bir parçası olması sebebiyle, adil yargılanma güvencelerinin uygulama alanına girdiği konusunda çok nettir.

Çalışmamızın bu bölümünde, öncelikle adil yargılanma hakkına aykırı yargılamalar sonucunda verilen yabancı mahkeme kararlarının AİHS’e taraf devletlerde tanınması / tenfizi halinde, taraf devletlerin m. 6 kapsamındaki sorumluluğuna ve adil yargılanma hakkının işlevlerinden biri olarak ön plana çıkan “dolaylı koruma” kavramına ilişkin AİHM içtihadına değinilecektir. Daha sonra ise, Türk hukukunun tanıma / tenfize ilişkin hükümlerinin AİHS m. 6 /f. 1 kapsamında incelenerek, adil yargılanma hakkı bakımından ortaya çıkan veya çıkabilecek bazı sorunlar ele alınacaktır.

B. AİHM İçtihatlarında Doğrudan ve Dolaylı Koruma / İhlal Kavramları

1. Adil Yargılanma Hakkının Dolaylı Korunması / İhlali Kavramının Ortaya Çıkışı

AİHS’e taraf devletler, AİHS m. 1 çerçevesinde, kendi yetki alanları içindeki herkesi AİHS ile güvence altına alınan haklardan faydalandırma yükümlülüğü altındadır. Bu çerçevede, kendi yargı organlarının gerçekleştirdiği AİHS’e aykırı

fiiller, AİHS'in doğrudan ihlalini doğurmaktadır. Dolaylı ihlal kavramı¹¹³⁰ ise, AİHS ile sağlanan güvencelerin yer¹¹³¹ ve konu bakımından genişletilmesini ifade etmek üzere, doktrin tarafından kullanılan bir kavramdır.

Bu anlamda dolaylı koruma, AİHS'de açıkça düzenlenmeyen bazı hakları korumak üzere ve taraf devletlerin doğrudan kendi işlem veya eylemleri ile sebebiyet vermedikleri ve fakat kendi işlem veya eylemlerinin sonucu olarak yabancı bir devlette, yabancı devletin işlem ve eylemlerine bağlı olarak ortaya çıkabilecek ihlalleri önlemek amacıyla geliştirilmiş bir koruma biçimidir.¹¹³² Esasen, buradaki “dolaylılık” ihlalden ziyade korumaya yöneliktir. Zira, uluslararası hukukta, her devletin kendi işlem veya eylemlerinden sorumlu olduğuna ilişkin genel bir kabul söz konusudur. AİHS'e taraf devletlerin, özünde hukuka (AİHS'e) aykırı olmayan işlem veya eylemlerinin, yabancı bir devletin işlem veya eylemlerine bağlı olarak hukuka aykırı hale gelmesi, “teknik anlamda” mümkün olmasa da, sonuç olarak taraf devletin sorumluluğuna gidilebilmektedir. Bu açıdan, taraf devletlerin “dolaylı ihlalleri”nden ziyade, AİHS'de yer alan hükümlerin taraf devletlerce hem doğrudan hem de dolaylı korumayı sağlayacak şekilde uygulanmasından bahsedilmesi daha uygundur.¹¹³³

AİHM, ilk defa *Soering* kararında¹¹³⁴, AİHS ile doğrudan koruma altına alınmamış bir hakkı, sınır dışı edilmeme hakkını, aslında “dolaylı” olarak

¹¹³⁰ Kavramın Fransızca karşılığı “*protection par ricochet*” / “*protection indirecte*”, İngilizce karşılığı ise “*indirect protection*” olarak ifade edilmektedir. Bkz. **Sinopoli**, s. 230; Cohen-Jonathan, **Principes généraux**, s. 194 ; **Ergül**, s. 110, 448 nolu dn.

¹¹³¹ AİHS'in yer bakımından uygulanması konusunda, yukarıda, bazı farklı fikirlerin ileri sürüldüğünü dile getirmiştik. AİHS m. 1 hükmü, devletler hukuku bağlamında, yabancı devletlerin fiilleri hakkında taraf devletlerin yargı yetkisinin bulunup bulunmadığı konusundan başka, AİHM tarafından geliştirilen dolaylı ihlal kavramı bakımından da değerlendirilmektedir.

AİHS m. 1' de, taraf devletlerin “yetki alanları içinde bulunan” herkese AİHS'de düzenlenen hakları tanımakla yükümlü oldukları belirtilmektedir. AİHS'in uygulanma alanını belirleyen bu hükümden, AİHS'in yalnızca taraf devletlerin sınırları dahilinde uygulanabileceği anlamı çıkarılmamalıdır. Taraf devletler, “kendi yargı alanına giren” ve fakat sınırları dışında icra edilen veya etki doğuran işlem ve eylemlerinden de sorumludur; bu anlamda, devletlerin yargı gücü ve kontrolü altındaki kişiler bakımından sınır aşan yükümlülükleri olduğu dile getirilmektedir. Bkz. **Sinopoli**, s. 67-68; **Augenstein/Jägers**, s. 12; Jean François Flauss, **L'exequatur des jugements étrangers devant la cour européenne des droits de l'homme, Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit, Librairie Dalloz Genève 2002**, s. 69-70, 1 nolu dn. AİHS uyarınca, taraf devletlerin sorumluluğuna yol açan “yargısal bağ”, devletlerin işlem veya eylemlerinin hukuka aykırılığından ziyade, devletlerce icra edilen yargısal güç ve kontrolün, yabancı ülke veya yabancı ülkede bulunan ve hakkı ihlal edilen kişi üzerindeki etkilerine dayanmaktadır. Bkz. **Augenstein/Jägers**, s. 12; **Sinopoli**, s. 228. Ayrıca bkz. **Cohen-Jonathan/Flauss**, s. 440-442; **Kaya**, s. 148-150.

¹¹³² **Sinopoli**, s. 228; **Ergül**, s. 111.

¹¹³³ **Sinopoli**, s. 237-238.

¹¹³⁴ Bkz. yukarıda AİHM *Soering* – Birleşik Krallık kararı, prgf. 113.

korumuştur.¹¹³⁵ Zira, AİHM esasen, devletlerin yabancıları ülkesine kabulü veya sınır dışı etmesi, geri göndermesi gibi konularda taraf devletlere takdir hakkı tanımaktadır.¹¹³⁶ Ancak Sözleşme'nin koruduğu temel değerler ve amacı doğrultusunda gelişen ve genişleyen yorumu, yabancıların, AİHS'e taraf olmayan bir ülkede, AİHS ile korunan haklarının ihlal edilmesi tehlikesine karşı korunmalarını gerekli kılmaktadır.¹¹³⁷ AİHM, bu yorum çerçevesinde geliştirdiği dolaylı koruma teorisi ve dolaylı korumanın kapsamı hakkında şu tespitte bulunmaktadır: "Bir kişinin, AİHS'e taraf bir devletin yetki sınırları dışında, AİHS ile korunan haklarının ihlaline ilişkin ciddi bir risk altına sokulması halinde, dolaylı olarak, taraf devletin sorumluluğunun söz konusu olacağı bir gerçektir."¹¹³⁸

Şu halde, AİHM, taraf devletlere sadece doğrudan kendi işlem ve eylemleri sonucunda ortaya çıkan ihlaller hakkında değil, yabancı devletlerin işlem ve eylemleri ile ilgili olarak da sorumluluk yüklemektedir.¹¹³⁹ Taraf devletlerce alınan sınır dışı kararlarının, kişilerin yaşam, kötü muameleye maruz kalmama veya aile ve özel hayatına saygı haklarının korunmasına yönelik etkileri ile ortaya çıkan bu yorum tarzı¹¹⁴⁰ zamanla AİHS m. 6/ f. 1'i de içine alacak şekilde genişletilmiştir.¹¹⁴¹ Böylece, AİHM, taraf devletlere AİHS ile korunan hakların yabancı ülkelerde, -ki bu ülke AİHS'e taraf da olabilir-,¹¹⁴² ihlal edilmesini "önleme" yükümlülüğü de getirerek, AİHS'in uygulama alanını genişletmiştir.¹¹⁴³

¹¹³⁵ Bu nedenle söz konusu haklar, "dolaylı haklar" (*droits indirectement protégés*) veya türemiş haklar (*droits dérivés*) olarak anılmaktadır. Bkz. **Ergül**, s. 111; **Sinopoli**, s. 231.

¹¹³⁶ **Ergül**, s. 113-114. AİHS, kişiye, vatandaşı olmadığı bir devlette, ikamet hakkı güvencesi sunmadığı gibi, "geri verme, sınır dışı etme ve sığınma hakkı gibi konuları düzenlememektedir.

¹¹³⁷ "... bir taraf devletin bir hükümlüyü (kaçığı), işkence tehlikesine maruz kalacağını düşünmek için esaslı sebeplerin bulunduğu bir devlete bilerek teslim etmesi, AİHS'in başlangıç kısmında belirtilen "siyasi gelenekler, idealler, özgürlükler ve hukukun üstünlüğü bakımından ortak miras" olarak tanımlanan Sözleşme'nin temel değerleriyle bağdaştırılması pek mümkün değildir. (...) Bu halde, "geri verme" m. 3'ün ruhuna ve anlamına aykırı düşer." Bkz. yukarıda AİHM Soering – Birleşik Krallık kararı, prgf. 88.

¹¹³⁸ AİHM Z ve T – Birleşik Krallık (kabul edilmezliğe ilişkin) kararı, (Karar Tarihi: 28.02.2006 / Başvuru No: 27034/05).

¹¹³⁹ **Sinopoli**, s. 214.

¹¹⁴⁰ Bu konudaki AİHM kararları için bkz. **Ergül**, s. 114 vd.

¹¹⁴¹ Bkz. çalışmamızın "Giriş" ve "Forum Necessitatis ve Adil Yargılanmama Riski" başlıklı bölümlerinde atıf yaptığımız AİHM kararları. AİHM Bader ve Kanbor kararı bu açıdan biraz farklı bir karardır. AİHM, Suriye'deki yargılamaların adil yargılanma hakkının açık şekilde ihlaline sebebiyet verdiğini belirledikten sonra, AİHS'in 6. maddesi yerine 2 ve 3. maddelerinin ihlali sonucuna varmıştır (prgf. 47-48).

¹¹⁴² **Ergül**, s. 121-122.

¹¹⁴³ Doktrinde, AİHM'nin bu içtihadının, taraf devletleri, yabancı devletlerin işlem ve eylemleri hakkında bir "tahmin" yürütme sorunu ile karşı karşıya bıraktığı, bu açıdan "öngörülebilirliğin" hassas bir incelemeye konu olması gerektiği dile getirilmektedir. Bkz. **Sinopoli**, s. 216. Bu konuda, tekrara düşmemek için, "olağan şartlarda yetkisiz olan bir mahkemenin forum necessitatis olarak yetki kazanabilmesi açısından", yetkili yabancı mahkemede yaşanabilecek olası adil yargılanma ihlalleri ile ilgili olarak yapması gereken araştırma ve incelemeler hakkında AİHM içtihadına atıf

Bu noktada iki şeyin ayırt edilmesi gerekmektedir: taraf devletlerin, tümüyle kendi yargı sistemlerini ilgilendiren sınır dışı kararlarında AİHS m. 6/f. 1'in koruduğu haklara uygun davranmaları gerekmektedir. Aksi halde, sınır dışı kararları ile ilgili olarak doğrudan sorumlulukları söz konusu olacaktır. İkinci olarak, taraf devletlerin AİHS m. 6'ya uygun işlemleri ile yabancı bir devletin m. 6'ya aykırı işlem ve eylemlerini gerçekleştirmesine imkân sağlamaması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, taraf devlet mahkemelerinin AİHS m. 6'ya uygun bir kararı, AİHS'e aykırı bir sonuç doğuruyorsa, burada artık, yabancı bir devletin değil, taraf devletin sorumluluğundan bahsedilecektir.¹¹⁴⁴ Burada taraf devletin sorumluluğuna yol açan durum, başka bir devletin AİHS m. 6'ya aykırı işlem veya eylemini “önlememektir”.¹¹⁴⁵ AİHS m. 6'nın tanıma tenfiz kararları üzerindeki etkisi de işte tam bu noktada ortaya çıkmaktadır. Zira, taraf devletlerin, yabancı devlet mahkemelerinin AİHS m. 6/f. 1'i ihlal ederek verdikleri kararların tanınması veya tenfizi durumunda, yabancı devletin AİHS m. 6'ya aykırı işlem veya eylemi önlenmemiş, tam aksine, taraf devlet mahkemelerince tasdik edilmiş olmaktadır. Aşağıda AİHM'nin bu konuya ilişkin yaklaşımı incelenecektir.

2. Dolaylı Koruma / İhlal Kavramının Tanıma / Tenfiz Kararları Açısından Etkisi

AİHM'nin adil yargılanma hakkına ilişkin içtihadı, yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizi kapsamında taraf devletlere iki temel yükümlülük yüklemektedir. Bunlardan ilki, AİHM tarafından birçok kez vurgulandığı üzere, adil yargılanma güvencelerini sağlamayan yargılamalar sonunda verilmiş olan kararların taraf devletlerde etki doğurmasını engellemek üzere geliştirilmiş “olumsuz yükümlülük”tür. Anılan yükümlülük, AİHM'nin sınırdışı kararlarında yer verdiği “dolaylı ihlal” kavramına dayanmakta ise de, AİHM'nin tanıma / tenfiz kararları bakımından yaklaşımı, pek çok noktada sınırdışı kararlarından ayrılmaktadır.

yapmakla yetiniyoruz. Bkz. “*Forum Necessitatis* ve Adil Yargılanmama Riski” başlıklı bölüm. Ayrıca bkz. **Ergül**, s. 240-243.

¹¹⁴⁴ “... uzaklaştırma kararının alınması sırasında, yabancı hala bu kararı alan Sözleşmeye taraf devletin yargı yetkisi içinde bulunmaktadır. Taraf devletin Sözleşme bakımından sorumluluğunu ortaya çıkaran, bu işlem bir kişiyi doğrudan Sözleşme tarafından korunan haklarının ihlaline maruz bırakma sonucunu doğurduğu takdirde, söz konusu ülkeden uzaklaştırma işlemidir.” (bkz. **Ergül**, s. 120).

¹¹⁴⁵ **Sinopoli**, s. 223.

AİHS m. 6/f. 1'in taraf devletlere yüklediği ikinci yükümlülük ise, hükmün icrası hakkı kapsamında değerlendirilen tanıma / tenfiz hakkının gerçekleştirilmesine yöneliktir. Adil yargılanma hakkının biçimsel unsurlarını da kapsayacak şekilde tüm güvencelerin uygulama alanı bulduğu tanıma / tenfiz hakkı, taraf devletler bakımından “olumlu yükümlülük” olarak adlandırılmaktadır.

a. Dolaylı Koruma - Doğrudan İhlal (Olumsuz Yükümlülük) Sorunsalı

1) Dolaylı Koruma Yükümlülüğü ve Doğrudan İhlal Kavramı

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizi bakımından adil yargılanma hakkına aykırılığın tartışıldığı ve AİHS m. 6 /f. 1'e aykırılığı nedeniyle, yabancı mahkeme kararlarının tanınmaması / tenfiz edilmemesi yönünde taraf devletlere pozitif bazı yükümlülükler yüklenebileceğinin benimsendiği ilk AİHM kararı, *Pellegrini – İtalya* kararıdır.¹¹⁴⁶ AİHM, bu kararında, İtalyan mahkemelerinin yabancı bir mahkeme tarafından verilen bir kararın tanınması (Vatikan) yönünde verdiği kararın AİHS m. 6/f. 1'i ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Böylece, AİHM, taraf devletlerin, yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizi kararı vermeden önce, söz konusu kararın adil yargılanma hakkına uygun şekilde verilip verilmediğini araştırma yükümlülüğü olduğunu ortaya koymuştur. Bu bakımından *Pellegrini* kararı, doktrinde, kategorik bir ilkenin ortaya konduğu

¹¹⁴⁶ Yukarıda AİHM *Pellegrini – İtalya* kararı, prgf. 40-48. Karara konu olayda, başvurunun evliliği, kan hısımlığı nedeniyle Vatikan mahkemeleri tarafından iptal edilmiştir. Başvurucu, Vatikan mahkemelerindeki yargılamada, davacının kimliği ve dava sebepleri hakkında bilgilendirilmediğini, delilleri inceleme fırsatının verilmediğini, avukat ile temsil edilebileceğine ilişkin herhangi bir hatırlatmada bulunulmadığını, dosyanın suretinin kendisine verilmediği belirtmiştir. Başvurucu, ayrıca, kendisine duruşmaya katılma ve iddia / cevaplarını sunma imkânı da tanınmadığını dile getirerek savunma haklarının ciddi anlamda ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AİHM, Vatikan mahkemesinin evliliğin iptaline ilişkin kararının İtalyan mahkemelerince silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine uygun bulunmasını yetersiz bir incelemeye dayandırmıştır. Mahkeme, somut olaydaki incelemesinin Vatikan mahkemelerinin gerçekleştirdiği yargılamanın AİHS m. 6/f. 1'de yer alan güvencelere uygun olup olmadığını kapsamadığını belirtmiştir. Buna karşın, İtalyan mahkemelerinin tanıma / tenfiz kararı (exequatur) vermeden önce, Vatikan mahkemesinin kararının m. 6'ya uygun olup olmadığı konusunda yeterli bir inceleme yapıp yapmadığının AİHM denetimine tabi olduğu vurgulanmıştır. Sonuç olarak, AİHM, İtalyan mahkemelerinin *exequatur* kararı vermeden önce, davalının savunma haklarının AİHS m. 6'ya aykırı şekilde ihlal edilip edilmediği konusundaki inceleme yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle, m. 6'nın ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir. Kararın özellikle Vatikan mahkemesinin uyguladığı dini kurallar kapsamında incelenmesi ve “dini” mahkemelerde verilen kararların tanınması / tenfizi taleplerinde adil yargılanma hakkı ihlallerinin değerlendirilmesine ilişkin ayrıntılı incelemeler için bkz. Louis-Léon Christians, **Exequatur et procès équitable, Revue critique de droit international privé** 2004, s. 106 vd.

yenilikçi ve gelişimci (*novateur et progressiste*) bir içtihat olarak değerlendirilmektedir.¹¹⁴⁷

Görüldüğü üzere, yukarıda açıkladığımız AİHM'nin, taraf devletlerce verilen sınır dışı kararları üzerinden yarattığı dolaylı koruma kavramı, aslında tam olarak tanıma / tenfiz kararları kapsamında sağlanması beklenen koruma ile örtüşmemektedir. Sınır dışı kararları bakımından AİHS m. 6/f. 1 ile sağlanmaya çalışılan dolaylı koruma, “yabancı bir devletin m. 6’ya aykırı muhtemel işlem veya eylemlerini önleme” amacını taşımaktadır. Oysa, m. 6’yı ihlal eden yabancı mahkeme kararlarının taraf devletlerde tanınması / tenfizi kararlarına teşmil edilen dolaylı koruma, “yabancı bir ülkede gerçekleşmiş bir ihlalin, taraf devletlerde etki doğurmasını (yayılmasını) önleme”ye yöneliktir.¹¹⁴⁸ Bu açıdan, tanıma / tenfiz kararları kapsamında taraf devletlerin yükümlülüğü, dolaylı bir koruma sağlanması gibi görünse de, kanımızca, aslında doğrudan taraf devletlerin kendi yargı organlarının işlevine ilişkindir. Diğer bir ifadeyle, AİHS m. 6’yı ihlal ederek verilen bir yabancı mahkeme kararının tanınması / tenfizi kararını veren taraf devlet “doğrudan” AİHS m. 6’ya aykırı hareket etmiş olacaktır.¹¹⁴⁹ Zira, yabancı bir mahkeme hükmünün tanınması / tenfizine ilişkin karar, o hükme tenfiz devleti mahkemelerince verilmiş bir hüküm ile aynı etkinin tanınması anlamına gelmektedir.¹¹⁵⁰

¹¹⁴⁷ Jean Paul Costa, *Le Tribunal de la Rote et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme*, *Revue Trimestrielle des droits de l'homme* (2002), s. 474 ve s. 476.

¹¹⁴⁸ Doktrinde, AİHM içtihadının, sınır dışı kararları bakımından “önleyici”, tanıma / tenfiz kararları bakımından ise “iyileştirici” özellik taşıdığı ifade edilmektedir. Bkz. **Barba**, s. 21.

¹¹⁴⁹ Ekşi’ye göre, “tanıma / tenfiz kararını veren devlet AİHS’e taraf değilse, m. 6’nın tanıma / tenfiz davasına etkisi dolaylıdır.” Tanıma / tenfiz davasında, yabancı mahkemenin adil yargılanma ilkesine uyup uymadığının dikkate alınması zorunluluğu, “dolaylı bir tenfiz engeli”dir. Bkz. Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 683. Kanımızca, “dolaylılık” kararı veren ülkenin AİHS’e taraf olup olmaması ile ilgili değildir. Ayrıca, taraf devletlere tanıma / tenfiz davalarında yüklenen “kararın AİHS m. 6’ya aykırı olup olmadığını inceleme yükümlülüğü” dolaylı bir koruma sağlamakla birlikte, bu yükümlülüğün ihlali doğrudan ihlal niteliğindedir.

¹¹⁵⁰ Huysal, **Adil Yargılanma**, s. 76-77. AİHS m. 6’yı ihlal eden bir kararı tanıyan / tenfiz eden devlet, söz konusu ihlali sahiplenmiş ve kendi ihlali haline getirmiştir. Bkz. **Kiestra**, s. 256. Aynı yönde bkz. **Flauss**, s. 79; **Marchadier**, s. 391. Kinsch de, AİHS’e taraf olmayan bir devletin mahkeme kararlarının tanınması / tenfizi kararı veren taraf devlet mahkemelerinin, kararı veren devlet mahkemelerine yardım (*assistance*) etmiş olacağı belirtilmektedir. Bkz. 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 European Human Rights Institutions”, International Cooperation Through Private International Law, Essays in Memory of Peter E. Nygh, ed. by Talia Einhorn and Kurt Siehr, TMC Asser Press 2004**, s. 222.

Adil yargılanma hakkına aykırı şekilde verilmiş yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfiz edilmesi halinde, ortaya maddi bir takım sonuçların çıkacağı unutulmamalıdır. Doktrinde, tanıma / tenfiz talebinin reddinin davalı bakımından arz ettiği önemin, adil yargılanma denetiminin daha katı bir şekilde yapılmasını gerekli kıldığı belirtilmektedir. Bkz. **Christians**, s. 106 vd., II/A.

AİHM tarafından *Pellegrini* kararında açık bir şekilde ifade edildiği üzere, AİHS m. 6'yı ihlal eden bir mahkeme hükmünü onaylayan taraf devlet, adil yargılanma hakkının ihlalini önlemek bakımından gerekli incelemeleri yapmaması nedeniyle,¹¹⁵¹ AİHS m. 6/f. 1'i dolaylı olarak değil, doğrudan ihlal etmiş olacaktır.¹¹⁵² Doktrinde bu inceleme yükümlülüğü “ikinci derece inceleme” olarak adlandırılmaktadır.¹¹⁵³ Dolayısıyla, adil yargılanma hakkı ihlal edilen kişi, gerek davanın esası hakkında karar veren mahkemenin ait olduğu devletin AİHS'e taraf olması halinde o devlete, gerekse söz konusu kararın tanınması / tenfizi kararını veren mahkemenin ait olduğu devlete karşı AİHM'ye başvurabilecektir.¹¹⁵⁴

AİHM, *Pellegrini* kararında açıkça belirttiği üzere, adil yargılanma güvencelerini ihlal eden mahkemenin “davanın esası bakımından hukuken doğru bir sonuca ulaşmış olup olmaması” ile de ilgilenmemektedir. Örneğin, *Pellegrini* kararında, Vatikan mahkemelerinin, hısımlık nedeniyle evliliğin iptali konusunda doğru bir karar vermiş olması, başvurucunun hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiği sonucunu değiştirmemektedir. Zira AİHM, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine uyulmamasının maddi sonucu değiştirmeyecek olmasına değil, tarafların adil bir yargılamaya olan güveninin korunmasına önem vermektedir. Bu nedenle, usulî güvencelerin ihlal edilmiş olması, tanıma / tenfiz talebinin reddi bakımından yeterlidir.¹¹⁵⁵

2) Taraf Devletlerin Olumsuz Yükümlülüğünün Kapsamı

Dolaylı koruma kavramını ortaya çıkaran sınır dışı kararları ile tanıma / tenfiz kararları arasında, taraf devletlere yüklenen olumsuz yükümlülüğün amacı ve içeriği bakımından birçok fark bulunmaktadır. En başta, söz konusu yükümlülük çerçevesinde, taraf devletlerce adil yargılanma hakkının ihlali konusunda gerçekleştirilmesi beklenen incelemenin aynı olması beklenemez.

¹¹⁵¹ Briggs, s. 186-187; Fawcett, s. 35; Juratowitch, s. 176-177; Kiestra, s. 249; Costa, s. 471 ve s. 474; Hazelhorst, s. 69.

¹¹⁵² AİHM tüm kararlarında, görevinin taraf devlet mahkemeleri yerine geçip karar vermek olmadığını tekrarlamaktadır. Buna karşın, doktrinde, AİHM'nin, *Pellegrini* kararıyla, taraf devlet mahkemelerinin yerine geçerek, yabancı mahkeme kararının adil yargılanma güvencelerine aykırı olup olmadığı konusunda karar verdiğine dikkat çekilmektedir. Bkz. Cohen-Jonathan/Flauss, s. 453-454. Aynı yönde bkz. Costa, s. 474.

¹¹⁵³ Spielmann, s. 765. Flauss da taraf devletin bu konudaki yükümlülüğünü “denetimde ihmal”e (*défaut de vigilance*) bağlamaktadır. Bkz. Flauss, s. 75-76; Cohen-Jonathan/Flauss, s. 453. Ayrıca bkz. Costa, s. 474.

¹¹⁵⁴ Huysal, *Adil Yargılanma*, s. 77. Ayrıca bkz. AİHM Avotış – Letonya kararı (Karar Tarihi: 23.05.2016 / Başvuru No: 17502/07).

¹¹⁵⁵ Christians, s. 106 vd, II/A. Aksi görüşte bkz. Kinsch, s. 312. Yazar, somut olay bakımından yabancı hakimnin hakkaniyete uygun bir sonuca varmış olması halinde, tanıma / tenfiz talebinin reddedilmemesi gerektiğini savunmaktadır.

Bu noktada, sınırdışı kararlarına konu “gerçekleşmesi muhtemel adil yargılama ihlalleri” ile, tanıma / tenfiz kararlarına konu “halihazırda gerçekleşmiş ihlaller” bakımından, “kuvvet ya da derece” değerlendirmesinde farklı kıstasların benimsenmesi gerekliliği ile karşılaşılmaktadır. AİHM, sınır dışı kararları bakımından yaptığı incelemelerde, AİHS m. 6/f. 1’in dolaylı koruma etkisinin devreye girebilmesi bakımından “adaletin açıkça inkar edilecek olması”nı (*flagrant denial of justice*) veya “AİHS’in “açık bir ihlalinin varlığı”nı (*flagrant breach*) aramaktadır.¹¹⁵⁶ AİHM’nin bu yaklaşımı doktrinde geniş ve uzun tartışmaların doğmasına neden olmuştur. Gerçekten de, adil yargılanma hakkının tanıma / tenfiz kararlarına özgü korumasını somutlaştırmak bakımından, hangi ihlallerin ya da hangi “standart”ın esas alınması gerektiği AİHM içtihadı kapsamında önemli bir sorundur.

Bu konuda şöyle bir tespit yapılmaktadır: AİHS’e taraf tanıma / tenfiz devleti mahkemesi, önüne gelen yabancı mahkeme kararını adil yargılanma ihlalleri bakımından mutlaka incelemek zorundadır. Fakat tanıma / tenfizde benimsenecek adil yargılanma standardı ne olmalıdır? Bu konuda iki eğilimden biri seçilebilir: ideal (optimal) standart ya da asgari (minimal) standart. Şayet adil yargılanma ihlalleri bakımından, tanıma / tenfiz mahkemesinden beklenen, kendi yaptığı yargılamalardaki standardı esas alması ise, o takdirde “ideal inceleme standardı” söz konusu olacaktır. Şayet, bu standardın altında, tanıma / tenfize özgü “etkisi azaltılmış bir inceleme” öngörülecek ise, asgari bir standardın yeterli görüldüğünden bahsedilecektir.¹¹⁵⁷

AİHS’e taraf olsun ya da olmasın¹¹⁵⁸, bir devlet yargılaması sırasında gerçekleşen adil yargılanma hakkına aykırı herhangi bir işlemin, AİHS’e taraf diğer

¹¹⁵⁶ Bu konuda özellikle bkz. yukarıda AİHM *Drodz ve Janousek – Fransa ve İspanya* kararı, yargıç Matscher’in kararda varılan sonucu destekleyen oy yazısı (*concurring opinion*). Yargıç Matscher, AİHS m. 6’nın dolaylı uygulanması halinde, ancak azaltılmış bir etkiye sahip olabileceğini belirtmektedir. Ayrıca bkz. **Spielmann**, s. 763-764; **Kiestra**, s. 255; **Gilliaux**, s. 129.

¹¹⁵⁷ **Kinsch**, s. 291-292. AİHM’nin, tanıma / tenfiz davaları kapsamında taraf devlet mahkemelerine yüklediği inceleme yükümlülüğünün standardı hakkında ayrıntılı incelemeler için bkz. **Barba**, s. 60 vd.

¹¹⁵⁸ İngiliz Yüksek Mahkemesi *Maronier v Larmer* kararında (2003 QB 620 (CA)) Hollanda’da verilen bir kararın tenfizi talebini AİHS’in adil yargılanma standartlarının ihlal edildiği gerekçesiyle reddetmiştir. Karar ile ilgili bkz. **Hazelhorst**, s. 2-3. Aynı şekilde Fransız mahkemeleri de *Pordéa c. Société Times Newspaper* kararında (Cr. De Cass. Civ., 97-17598, 16.03.1999) bir Fransız vatandaşının kişilik haklarının ihlali ile ilgili olarak İngiliz mahkemelerinde verilen kararın, yargılama giderlerinin yüksekliği nedeniyle adalete erişimi engellediği gerekçesiyle, AİHS m. 6’ya aykırı bularak tenfizini reddetmiştir. AİHM’nin de daha önce verdiği *Drodz ve Janousek – Fransa ve İspanya*, *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein - Almanya* ve *Pellegrini - İtalya* kararlarında hep AİHS’e üye olmayan devletlerde verilen mahkeme kararlarındaki ihlallerin tartışılmış olması sebebiyle, Hollanda mahkemelerinin verdiği bir kararın tenfizinin reddi farklı bir durum yaratmıştır

bir devlet tarafından onaylanması veya görmezden gelinmesi halinde, AİHS'e taraf olan devletin bu hareketinin, söz konusu devletin sorumluluğuna yol açıp açmayacağının belirlenmesi noktasında, AİHS'in "açıkça" ihlal edilmesinden ne anlaşılması gerektiği aydınlatılmalıdır.¹¹⁵⁹ Bu aşamada başlıca iki temel sorun ile karşılaşilmektedir. Bunlardan ilki, "açık ihlal" ifadesinin muğlak, somut olaya ve farklı değerlendirmelere göre değişen bir ifade olmasıdır. Hangi şartların bir ihlali "açık" ve "katlanılamaz" hale soktuğunun belirlenmesi oldukça güçtür.^{1160 1161}

Bkz. **Juratowitch**, s. 187. Ayrıca bkz. **Fawcett**, s. 24-29; **Kiestra**, s. 249-251 ve s. 258. Yazar, AİHM'nin, AİHS'e taraf olmayan (üçüncü) devlet mahkemelerinin verdiği kararların incelemeye tabi tutulması yönünde oluşturduğu içtihadın net olmadığını belirtmektedir. Aynı yönde bkz. **Barba**, s. 25; **Spielmann**, s. 767; **Dean Spielmann, Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions, Cyrrus Human Rights Law Review Vol. 1 (2012)**, s. 11.

Pellegrini kararında, tanınması talep edilen karar üçüncü bir devlet (Vatikan) mahkemelerinde verilmiştir. Bununla birlikte, AİHS'e taraf devletlerin de her zaman adil yargılanma standartlarına uyduğu kesin olarak söylenememektedir. Bkz. **Barba**, s. 24; **Kiestra**, s. 258-259. Bu durum, AİHM'nin adil yargılanma hakkına ilişkin geniş içtihadı (ihlal kararları) ile de ortaya konmaktadır. Bu nedenle, tanıma / tenfiz yargılamalarında yapılacak adil yargılanma güvencelerinin ihlal edilip edilmediğine ilişkin incelemenin, tanınması / tenfizi istenen kararın AİHS'e taraf olan ya da olmayan bir devlet mahkemelerinde verilmiş olmasına bağlı olarak değişmemelidir. Aynı yönde bkz. **Fawcett**, s. 5; **Costa**, s. 475-476 ; **Flauss**, s. 77-78. Aksi görüşte, **E,Guinchard**, s. 223; **Kinsch**, s. 325 vd.; **Kinsch, Impact of Human Rights**, s. 227-228; Laurence Sinopoli, **Droit au procès équitable et exequatur: Strasbourg sonne les cloches à Rome, Gazette du Palais Juillet-Août 2002**, s. 1162; **Hazelhorst**, s. 179 vd.

Ayrıca, bir görüşe göre, söz konusu ihlalin AİHS'e taraf bir devlette gerçekleşmesi halinde, mağdurun öncelikle "gerçek sorumluya karşı" AİHM'ye başvurması beklenebilecektir Bkz. **Kiestra**, s. 259; **Costa**, s. 475. Aynı yönde, **Christians**, s. 106 vd., II/A. Bu görüşe katılamamaktayız. Zira, adil yargılanma hakkı ihlal edilen kişi, söz konusu karar icra aşamasına gelinceye kadar AİHM nezdinde herhangi bir başvuruda bulunmayabilir. Zira, mağdur kararın AİHS'e taraf bir ülkede tanınmayacağı / tenfiz edilmeyeceğini düşünmekte haklıdır. Ne zaman ki, kararın tenfizi talebi söz konusu olur, adil yargılanma hakkı ihlal edilen kişi, o zaman tanıma / tenfiz devleti mahkemeleri nezdinde itirazlarını dile getirir. Ayrıca bkz. **Flauss**, s. 78. Yazar, adil yargılanma hakkı ihlal edilen kişinin, farklı nedenlerle, esas hakkındaki yargılamayı yapan devlete karşı AİHM'ye başvuramayabileceğini ifade etmektedir.

¹¹⁵⁹ **Juratowitch**, s. 180. **Kiestra**, AİHM'nin açık ihlale dayalı bu denetimini "adaletin açıkça inkârının etkisi azaltılmış standartlarda bir denetim (*attenuated standard of flagrant denial of justice*) olarak tanımlamaktadır. Bkz. **Kiestra**, s. 249. Ayrıca bkz. **Milano**, s. 91.

¹¹⁶⁰ **Barba**, s. 20; **Kiestra**, s. 257. Örneğin, *Drodz ve Janousek* davasında, Andorra'da gerçekleştirilen cezai bir yargılama inceleme konusu yapılmıştır. Somut olayda, Andorra mahkemesince verilen karara karşı tek kanun yolu, yine aynı hakimlerden oluşan heyete başvuruda bulunulmasıdır. Başvurucular hakimlerden birinin yargılama diline yeterince hakim olmadığını ileri sürmüşlerdir. Böyle bir durumda, adil yargılanma hakkının açıkça ihlal edilmediğine hükmetmek AİHM'nin *Pellegrini* kararında vardığı sonuç ile uyumlu değildir. Bu durumda, hangi hallerin *Pellegrini* kararında olduğu gibi, AİHS m. 6/f. 1'in ihlaline sebebiyet vereceği konusunda doktrin ve uygulamanın aydınlatılması gereği ile karşılaşılmaktadır.

¹¹⁶¹ AİHM *Iribarne Pérez – Fransa* kararında, açık ihlâl kavramına ilişkin şu saptamada bulunmuştur: "Somut olayda AİHM açık bir ihlâl olmadığını belirlemiştir. Mahkeme, başvurunun, özellikle temel savunma haklarına uyulmadığına ilişkin bir tespitte bulunmamaktadır. Başvurucu, avukat yardımıyla faydalanmış, duruşma kamuya açık yapılmış ve karar Başvurucuya tebliğ edilmiştir. Ayrıca, Başvurucu, mahkemenin bağımsız olmadığına ilişkin bir itirazda da bulunmamıştır." Bkz. AİHM *Iribarne Pérez – Fransa* kararı, prgf. 32 (Karar Tarihi: 24.10.1995 / Başvuru No: 16462/90). Doktrinde AİHM'nin bu yaklaşımı eleştirilmiş, açık ihlâl kavramının, sayılan bu dört hale indirgenmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Bkz. **Marchadier**, s. 415-416. Milano da, mahkemeye erişim ve savunma haklarının adil yargılanma hakkının çekirdeğini oluşturduğunu, ancak konunun AİHM içtihadı ile açıklığa kavuşturulmaya muhtaç olduğunu dile getirmektedir. Bkz. **Milano**, s. 92.

İkinci sorun ise, bir devletin, AİHS standartlarına aykırı bir işlemini onaylayan ya da görmezden gelen AİHS'e üye diğer devletin bu hareketinin (tanıma / tenfiz kararının), AİHS'e açıkça aykırılık söz konusu olmadığı sürece mümkün görülmesidir. AİHS'e taraf bir devlet, adil yargılanma standartlarının "açıkça" ihlal edildiği bir hükmü tenfiz etmemeye mecbur olmalıdır. Sorun şu ki, bu tenfiz yargılamasında, yabancı ülkedeki yargılama sırasında AİHS'in "açıkça" ihlal edilip edilmediğine dair inceleme, öngörülemez ve hatta gerekçelendirilemez bazı sonuçlara yol açabilecektir.¹¹⁶² Zira, AİHM'nin bile "açık ihlal" kavramına ilişkin içtihadı net değildir. Örneğin, yabancı devletteki yargılama sırasında, adli yardım verilmemesi, somut olayın özelliklerine göre bazen açık bir ihlal olarak nitelendirilebilecekken, bazen tanıma / tenfize engel teşkil etmeyebilir. Ayrıca, tanıma / tenfiz hakiminin, "açık ihlal nitelendirmesi" konusunda epey geniş bir takdir yetkisini haiz olacağı da unutulmamalıdır.

Doktrinde, haklı olarak, yargılama yapılacak ülkede AİHS m. 6/f. 1'in ihlal edilmesi ihtimali ile yargılama yapılarak hüküm verilmiş olması ve bu hükmün AİHS'e taraf bir devlette tanınması / tenfizinin istenmesi halinde farklı şekillerde değerlendirme yapılması gerektiği dile getirilmektedir.¹¹⁶³ Yargılama yapılacak ülkede yaşanabilecek "muhtemel" aykırılıkların "açık (aşıkâr)" bir ihlale yol açması gerektiğinden bahsedilirken, halihazırda yapılmış bir yargılama sonucunda verilmiş bir hükmün tenfizi aşamasında da AİHS'in adil yargılanma standartlarının açıkça ihlal edilmiş olması aranmalı mıdır?

AİHM *Drodz ve Janousek* kararında¹¹⁶⁴, ihlalin açık (aşıkâr) olmasının gerekli olduğu tespitinden vazgeçmemiştir. *Pellegrini* kararında ise, Vatikan mahkemelerinin gerçekleştirdiği adil yargılama ihlallerinin AİHS standartlarına açıkça aykırı olmasına rağmen, AİHM bu ihlallerin "açık" olduğunu net bir şekilde ifade etmemiştir. Bu nedenle, doktrinde, en azından ilk bakışta, AİHM'nin "açık ihlâl / adaletin açıkça inkârı" yaklaşımından vazgeçtiği dile getirilmektedir.¹¹⁶⁵

¹¹⁶² **Juratowitch**, s. 180. Yazar, AİHM'nin bazı kararlarında somut olayın özelliklerini dikkate alarak AİHS'in "açıkça" ihlal edildiğine, bazı kararlarında ise "açık ihlal"ın var olmadığına hükmettiğini, bu kararlara yazılan karşı oy yazılarında ise farklı görüşler savunulduğunu dile getirerek, "açık ihlal" kavramının net sonuçlara varılmasını sağlayamayacak kadar göreceli olduğunu ifade etmiştir. Benzer görüşte bkz. **Kiestra**, s. 254.

¹¹⁶³ **Juratowitch**, s. 181.

¹¹⁶⁴ Bkz. yukarıda AİHM *Drodz ve Janousek – Fransa ve İspanya* kararı, prgf. 110.

¹¹⁶⁵ Sinopoli, **Droit au procès équitable et exequatur**, s. 1160; **Kiestra**, s. 251-252; **Costa**, s. 472; **Spielmann**, s. 768; **Kinsch**, **Impact of Human Rights**, s. 222; **Cohen-Jonathan/Flauss**, s. 453; **Hazelhorst**, s. 69; **Barba**, s. 22-23; **Spielmann**, **Recognition and Enforcement**, s. 7. Ayrıca bkz. **Marchadier**, s. 417-418; **Andreas Bucher**, **La dimension sociale du droit international privé**,

Diğer taraftan, AİHM'nin *Pellegrini* kararı ile, önceki içtihadından ayrılmadığı ileri süren görüşlere rastlamak mümkündür. Bu görüşler uyarınca, AİHM, yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizi davaları kapsamında yapılacak incelemelerde “adaletin açıkça inkârı / açık ihlal” standardından (asgari standart) vazgeçmemiştir¹¹⁶⁶

Yabancı bir devlet mahkemelerinde verilen hükmün AİHS'e taraf bir devlette tanınması / tenfizinin istenmesi halinde, hükmün verildiği devletteki yargılama sırasında gerçekleşen adil yargılama ilkelerine aykırılıkların AİHS'in “açık” bir şekilde ihlaline sebebiyet verip vermediği konusunda, AİHS'e taraf devlet mahkemelerine belirli bir takdir hakkının tanınması gerektiği savunulmakta; bununla birlikte, yargılamanın yapıldığı mahkemenin gerçekleştirdiği ihlallerin “açık” olmadığı gerekçesiyle hükmün tanınması / tenfizine karar verilmesinin endişe verici olduğu belirtilmektedir.¹¹⁶⁷

Recueil des Cours, RCADI Tome 341 (2009), s. 304-305. Yazar, adil yargılanma hakkı ihlallerini başlı başına “AİHS'in açık ihlali” olarak değerlendirmektedir.

¹¹⁶⁶ **Kiestra**, s. 252; **Kinsch**, s. 314-316; Sinopoli, **Droit au procès équitable et exequatur**, s. 1161; **Marchadier**, s. 454-455; **Spielmann**, s. 767-769.

AİHM, *Pellegrini* kararından sonra verdiği *Eskinazi ve Chelouche - Türkiye* kararında, yabancı mahkemede yapılacak yargılamada adaletin açıkça inkâr edileceğine ilişkin somut verilerin varlığını aramıştır. *Eskinazi* kararına konu olay, uluslararası çocuk kaçırma ile ilişkindir. Türk makamları, İsrail yetkili makamlarının, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi (1980) kapsamında, hem Türk hem Fransız vatandaşı anne tarafından Türkiye'ye kaçırılan çocuğun iadesine ilişkin talebini kabul ederek, çocuğun iadesi için gerekli işlemleri yerine getirmiştir. Başvurucu anne, iade halinde, İsrail dini mahkemelerinin hem boşanma, hem de çocuğun velayeti davası bakımından yetki kazanacağını, bu durumda da adil yargılanma hakkını ihlal edeceğini ileri sürmüştür. AİHM, İsrail mahkemeleri nezdinde henüz gerçekleşmemiş yargılamalar bakımından, Türk makamlarının elindeki veriler çerçevesinde, başvurusunun adil yargılanma hakkının açıkça ihlal edileceğini doğrulayan bir sonuca varılamayacağını ifade ederek başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Kanımızca AİHM'nin bu kararı, tanıma / tenfiz içtihadına ilişkin değerlendirmelere ışık tutacak nitelikte değildir. Karara konu olay ve değerlendirmeler daha çok sınır dışı kararlarındakine benzer bir durumu ortaya koymaktadır. Yukarıda açıkladığımız üzere, AİHS m. 6'nın koruma alanı sınır dışı kararları bakımından farklılıklar arz etmektedir. Bkz. AİHM *Eskinazi ve Chelouche - Türkiye* (kabul edilmezliğe ilişkin) kararı (Karar Tarihi: 06.12.2005 / Başvuru No: 14600/05). Ayrıca bkz. AİHM *Saccoccia - Avusturya* (kabul edilebilirliğe ilişkin) kararı (Karar Tarihi: 05.07.2007 / Başvuru No: 69917/01). Ayrıca bkz. **Spielmann**, s. 768-769. Yazara göre, AİHM, *Pellegrini* kararından sonra verdiği *Saccoccia* kararında, doktrindeki tartışmalardan haberdar olmasına rağmen, bilinçli olarak, Amerikan mahkeme kararının “adaletin açıkça inkârına yol açacak şekilde verilmiş olup olmadığının” incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca bkz. AİHM *Lindberg - İsveç* kararı, prgf. 13 (Karar Tarihi: 15.01.2004 / Başvuru No: 48198/99).

¹¹⁶⁷ **Juratowitch**, s. 181; Adrian Briggs, **Foreign Judgments and Human Rights, Law Quarterly Review 2005, 121**, s. 185-186. İngiliz mahkemelerinin AİHM'nin *Pellegrini* kararında ortaya koyduğu ilkeleri tam olarak anlayamadığı ve uygulayamadığı yönünde bkz. **Fawcett**, s. 22-23. Yazar, *Government of the United States of America v Montgomery* kararından (2004 WLR 2241 (HL)) yola çıkmaktadır. Anılan kararda, İngiliz Yüksek Mahkemesi (Lord Carswell'in görüşü uyarınca), Amerikan Hukukunda uygulama alanı bulan “adaletten kaçışın önlenmesi doktrininin” AİHS m. 6 ile öngörülen standartlara aykırı olmakla beraber adil yargılanma hakkının açıkça inkâr edilmediği (*flagrant denial of the right to a fair trial*) gerekçesiyle, haciz kararının tenfizinin adaletin yararlarına aykırı sonuç doğurmayacağı sonucuna ulaşmıştır. Bu kararın AİHM'nin *Pellegrini* kararı ile varılan sonuca aykırı olduğu savunulmaktadır. Ayrıca bkz. **Briggs**, s. 187-188.

Esasen varılacak sonuç hukuk tekniğinden ziyade, hukuk politikası ile ilgilidir.¹¹⁶⁸ Bir taraftan bakıldığında, AİHS'e taraf bir devlet mahkemesinde açılan tanıma / tenfiz davalarında, tenfiz mahkemesini, yabancı hükmün AİHS'de yer alan adil yargılanma ilkelerini açıkça ihlal edip etmediğinin araştırmak yerine, çok açık (aşıkâr) olmamakla birlikte AİHS'in ihlaline yol açan aykırılıkların varlığı konusunda inceleme yapma yükümlülüğü altına sokmak bazı gerekçelerle kabul edilmeyebilir. Bir kere, yabancı hükmün AİHS'in adil yargılanma standartlarını sadece açıkça ihlal edip etmediğine bakmak yerine, daha ayrıntılı (açık ihlaller dışındaki ihlalleri de saptamaya elverişli) bir inceleme yapmak tanıma / tenfiz mahkemesini çok daha ağır bir iş yükü altına sokmak anlamına gelecektir.¹¹⁶⁹ İkinci olarak, tanıma / tenfiz isteminin reddi, bazı durumlarda, davacının mahkemeye erişim hakkı yanında özel yaşama saygı, malvarlığının korunması gibi AİHS ile korunan diğer hakların ihlali sonucunu doğurabilecektir.¹¹⁷⁰ AİHS m. 6/ f. 1'i açıkça ihlal etmeyen yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizinin reddi m. 6'nın koruduğu diğer bir hak olan mahkemeye erişim hakkına zarar vermemeli, tanıma /tenfiz mahkemesinin yapacağı inceleme mahkemeye erişim hakkını ihlal edecek noktalara taşınmamalıdır.

Ayrıca, kendisinden yabancı bir mahkeme hükmünün tanınması / tenfizi istenen bir devlet mahkemesinin bu talebi yalnızca kabul, kısmen kabul veya reddedebileceği, yeniden yargılama yapılmak üzere dosyayı kararı veren yabancı devlet mahkemesine göndermek gibi bir “ara” seçeneğinin olmadığı da bir gerçektir.¹¹⁷¹ Uluslararası nezaketin bir gereği olarak ve etkin bir çözüme ulaşmak için, aslında AİHS standartlarına aykırı bir yargılama yapılmışsa, bu yargılamaya karşı önce yargılama yapılan ülkede başvuru yapmak gerektiği de savunulabilir.¹¹⁷² Zira, aksi halde, AİHS standartlarına aykırı bir yargılama sonucunda verilen yabancı mahkeme hükmünün, söz konusu aykırılık çok açık bir ihlale sebebiyet vermese dahi, AİHS'e taraf devlet mahkemelerinde tanınması / tenfizi hiçbir zaman mümkün olmayacaktır ki, bu da devletlerarası saygı ve iyi ilişkilerin

¹¹⁶⁸ **Barba**, s. 19-20. Yazar, sorunun, AİHS'in, tanıma / tenfize ilişkin “devletlerarası işbirliğini kuvvetlendirici milletlerarası sözleşmeler” karşısındaki yerinin belirlenmesine ilişkin olduğunu belirtmektedir. Bu bağlamda, AİHS'in tanıma / tenfizi zorlaştırmayacak şekilde yorumlanması halinde, m. 6/f. 1'in etkisinin azaltılacağı sonucuna varılacaktır

¹¹⁶⁹ **Juratowitch**, s. 181.

¹¹⁷⁰ **Kiestra**, s. 256; Sinopoli, **Droit au procès équitable et exequatur**, s. 1062. Ayrıca bkz. AİHM *Ateş Mimarlık – Türkiye* kararı, prgf. 42-48 (Karar Tarihi: 25.09.2012 / Başvuru No: 33275/05).

¹¹⁷¹ **Juratowitch**, s. 182.

¹¹⁷² **Juratowitch**, s. 182.

sürdürülebilmesini zorlaştıracaktır.¹¹⁷³ Tüm bu gerekçelere rağmen, AİHS’e taraf devlet mahkemelerinin AİHS’e aykırılıklar içeren bir yabancı mahkeme kararını tanınması / tenfizi halinde, tanıma / tenfiz kararını veren devletin sorumluluğunu yalnızca “açık” ihlallere indirgemenin doğru olmayacağı ifade olunmaktadır.¹¹⁷⁴

Kanaatimizce de, tanıma / tenfiz davaları bakımından, taraf devletlerin sorumluluğu, AİHS’in sadece “açık” ihlallerine indirgenmemelidir. Bir kere, gerek doktrin ve AİHM içtihadında, gerekse ulusal hukuklarda, adil yargılanma hakkının “açık” ihlalinin hangi halleri kapsadığını net bir şekilde ortaya konulmamaktadır ve bu konuda yerleşik / öngörülebilir bir uygulama söz konusu değildir. Ayrıca, çalışmamızın birçok yerinde AİHS m. 6 ile ilgili incelemelerin somut olay odaklı olması gerektiği üzerinde durulmuştur. Bir yargılamada, normal şartlar altında, adil yargılanma hakkının “açık (aşıkâr)” ihlali olarak nitelendirilemeyecek bir usulsüzlük, mağdur olan tarafın özellikleri de göz önüne alındığında ciddi sonuçlar yaratabilecektir. Yabancı kararın tanınması / tenfizi ile birlikte, o karar tanıma / tenfiz devleti mahkemelerinin kararı ile aynı hükmü doğurduğuna göre, tenfiz devleti mahkemelerinde esastan yapılan yargılamalar ile tanıma / tenfiz yargılamaları arasında adil yargılanma hakkına ilişkin farklı bir standardın benimsenmesinin savunulamayacağı görüşündeyiz.¹¹⁷⁵

Kanımızca, “AİHS’de öngörülen adil yargılanma standartlarının “açıkça” ihlal edileceğine dair gerçek / ciddi risklerin varlığını gösteren esaslı sebep ve delillerin gösterilmesi zorunluluğu” henüz gerçekleşmemiş ihlaller için söz konusu iken, AİHS’in adil yargılanma standartlarını ihlal ettiği ileri sürülen kararların denetiminde, yani tanıma / tenfiz davalarında, daha sıkı ve ciddi bir inceleme yapmak gerekecektir. Son ihtimalde, AİHS ilkelerine uyulup uyulmadığını belirlemek amacıyla olağan bir inceleme yapılarak, tanınması / tenfizi talep edilen yabancı mahkeme hükmünün tanınması ya da tenfizinin, bir ihlali onaylamak anlamına gelip gelmeyeceğine karar verilmelidir.¹¹⁷⁶ Bu bağlamda, tanıma /tenfiz kapsamında sağlanması öngörülen usulî korumanın amacı göz ardı

¹¹⁷³ Özellikle AİHS’e taraf olamayan bir devlet mahkemesinden bire bir AİHS standartlarında bir yargılama yapılmasını beklemenin doğru olmayabileceği, böyle bir beklentinin tanıma / tenfiz taleplerinin reddi yönündeki kararları arttıracacağı ifade olunmaktadır. Bkz. **Kiestra**, s. 255.

¹¹⁷⁴ **Juratowitch**, s. 182.

¹¹⁷⁵ Aynı yönde bkz. **Kiestra**, s. 256; **Flauss**, s. 76; **Barba**, s. 28. Yazar, AİHS’in konuya ilişkin içtihadının net olmadığından yola çıkarak, “tereddüt ve şüphe halinde, optimal standardın tercih edilmesi gerektiğini” vurgulamakta, tanıma / tenfiz hakiminin, AİHS ile öngörülen güvenceler karşısında, sadece açık adil yargılanma ihlallerini tespiti yönelik yüzeysel bir inceleme ile yetinemeyeceğinin altını çizmektedir.

¹¹⁷⁶ **Juratowitch**, s. 187.

edilmemelidir.¹¹⁷⁷ Mevcut durumda, AIHM içtihadının tam olarak oturmadığını hatırlatmakta fayda görüyoruz.

Tüm bu tartışmaların pratikte ne kadar önemli olduğu da ayrı bir sorundur. Zira, gerek Brüksel I Tüzüğü (1215/2012 sayılı Brüksel I Recast Tüzüğü) uygulayan devletlerin, gerekse AB müktesebatı dışında kalan ülkelerin, tanıma / tenfiz davalarında, inceleme konusu yaptıkları en önemli şart “kamu düzenine uygunluk”tur (Brüksel Konvansiyonu m. 27; Brüksel I Tüzüğü m. 34; 1215/2012 sayılı Tüzük m. 45/f. 1/a). Adil yargılanma hakkı ve hakkın koruduğu yargısal ilkeler, milletlerarası usulî kamu düzenine ilişkindir. Dolayısıyla, yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizinde, adil yargılanma hakkına aykırılıkların “insan hakları hukuku”ndan ziyade “milletlerarası kamu düzeni politikası” çerçevesinde değerlendirildiği belirtilmektedir.¹¹⁷⁸ Dolayısıyla, açık olsun ya da olmasın, milletlerarası usulî kamu düzeni çerçevesinde değerlendirilen adil yargılanma ihlalleri tanıma / tenfiz taleplerinin reddi sebebidir.¹¹⁷⁹

¹¹⁷⁷ **Kiestra**, s. 254-255. Kinsch, bu noktada, AIHS m. 6 ile öngörülen koruma standardının sağlanmasının başlı başına bir amaç olup olmadığı sorusunu sormaktadır. Şayet olumlu cevap verilecek olursa, bu kez, “tam koruma” standardının (*standard optimal*) her tanıma / tenfiz davasında uygulanmasının mümkün olup olmadığı sorusu ile karşılaşılacaktır. Bkz. Kinsch, **Impact of Human Rights**, s. 223.

¹¹⁷⁸ **Fawcett**, s. 23-24; **Kiestra**, s. 271; **Sinopoli**, s. 178; **Sudre**, s. 376; **Cohen**, s. 477-478; **Bucher**, s. 305; **Flauss**, s. 72. Ayrıca bkz. **Hazelhorst**, s. 68 vd. Yazar, AIHS ile güvence altına alınan hakların, AIHS’e taraf devletler açısından “harici kamu düzeninin (*external public policy*) bir parçası olduğunu” ifade etmektedir. Topluluk Hukuku Tüzüklerini uygulayan devletlerde ileri sürülen tanıma / tenfiz taleplerinde “kamu düzenine aykırılık” şartının yorumlanması ve iç hukuklardaki uygulaması ile ilgili bkz. Burkhard Hess /Thomas Pfeifer, **Interpretation of the Public Policy Exception as referred in EU Instruments of Private International and Procedural Law, Study for the European Parliament, Brussels 2011**, s. 30 vd.; bkz. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2011/453189/IPOL-JURI_ET\(2011\)453189_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2011/453189/IPOL-JURI_ET(2011)453189_EN.pdf); erişim tarihi: 20.02.2016; Jacques Foyer, **Droits internationaux de l’homme et ordre public international, Du droit interne au droit international, Mélanges Raymond Goy, Publications de l’Université de Rouen 1998**, s. 333 vd. Yazar, Brüksel Konvansiyonu’nu uygulamayan (Brüksel Tüzüğü sistemine dahil olmayan) ülkelerden gelen kararlar bakımından, AIHS anlamında adil yargılanma hakkı kavramının tartışılabilirliğini, bununla birlikte adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil eden durumların milletlerarası kamu düzeni kapsamında bertaraf edildiğini ifade etmektedir. Bkz. s. 337-339. Dolayısıyla, yazar, milletlerarası kamu düzeni kavramının haricinde, insan hakları ve adil yargılanma kavramlarının kullanılmasına gerek olup olmadığını sorgulamaktadır. Bu konu ile ilgili açıklamalar için bkz. “AIHS’in 6. Maddesinin Usulî Milletlerarası Kamu Düzeni Karşısındaki Yeri” başlıklı bölüm.

¹¹⁷⁹ Bu noktada, yalnızca, milletlerarası usulî kamu düzeni kapsamında değerlendirilmeyen adil yargılanma ihlalleri bakımından sorun yaşanabilecektir. Zira, milletlerarası kamu düzenine aykırılığın tanıma / tenfiz taleplerinin reddi bakımından bir gerekçe olabilmesi için, söz konusu aykırılığın açık, katlanılmaz bir aykırılık olması gerekmektedir. Bu konu aşağıda ayrıntılı şekilde ele alınacaktır. Bkz. aşağıda “Tanıma / Tenfiz Şarhlarının Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi” başlığı altında “Kamu Düzenine Aykırılık” ile ilgili bölüm.

b. Adil Yargılanma Hakkının “Tanıma / Tenfiz Hakkı”nı Kapsayıp Kapsamadığı Sorunsalı: Taraf Devletlerin “Olumlu” Yükümlülüğü

1) Tanıma / Tenfiz Hakkının Bağımsız Bir Hak Olarak Kabulü

Çalışmamızın ilk bölümünde “hükümün icrası hakkı” kapsamında ifade ettiğimiz üzere, yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizi talebinin başlı başına bir “hak” olarak AİHS m. 6’nın uygulama alanına dahil olup olmadığı, bu anlamda *Hornsby* içtihadının tanıma / tenfizi de kapsayacak şekilde geniş yorumlanıp yorumlanamayacağı, AİHM’nin gelişen içtihadı kapsamında ayrıca ele alınması gereken bir konudur.

AİHM ilk defa, *McDonald – Fransa* kararında¹¹⁸⁰, yabancı bir mahkeme kararının tanınması talebinin reddinin adil yargılanma hakkına müdahale teşkil edeceğini açık bir biçimde ortaya koymuştur.¹¹⁸¹ Bu bağlamda hükümün icrası hakkı, tanıma / tenfiz hakkını da içermektedir, zira bir yabancı mahkeme hükmünün diğer bir ülkede etki doğurması ancak tanıma / tenfiz ile mümkündür.¹¹⁸² Doktrinde bu kararın çok önemli olduğu, zira AİHM’nin daha evvel gayet temkinli

¹¹⁸⁰ Bkz. yukarıda AİHM *McDonald – Fransa* (kabul edilmezliğe ilişkin) kararı (Karar Tarihi: 29.04.2008 / Başvuru No: 18648/04).

¹¹⁸¹ Kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. Fabien Marchadier, **Conflit de juridictions. - Non-reconnaissance du jugement étranger. - Compétence indirecte du juge étranger. - Fraude. - Privilège de juridiction. - Droit au procès équitable. - Discrimination. - Divorce, Journal du droit international (Clunet) n° 1, Janvier 2009, 6**, s. 3 vd. Yazar, AİHM’nin McDonald kararında vardığı “müdahale” sonucunu eleştirmekte, AİHS m. 6/f. 1 kapsamında yapılması gereken ve AİHM tarafından da taraf devlet mahkemelerine bir yükümlülük olarak yüklenen “dolaylı yetki denetimi” sonucunda tanıma talebinin reddinin “adil yargılanma hakkına bir müdahale” olarak görülemeyeceğini belirtmektedir. Oysa, AİHM, somut olayın şartlarından bağımsız olarak, tanıma / tenfiz talebinin reddinin, adil yargılanma hakkına müdahale teşkil edeceğini genel bir kural olarak ortaya koyduktan sonra, somut olayın şartlarını değerlendirmiş ve kararı veren yabancı mahkemenin (davacının geçici olarak bulunduğu yer olarak Florida mahkemelerinin) yetkisinin aşırı yetki teşkil etmesi nedeniyle, tanıma talebinin reddinin “meşru ve orantılı” bir müdahale olduğu sonucuna varmıştır.

¹¹⁸² Kinsch, **Status Acquired Abroad**, s. 267-268; **Kiestra**, s. 204; **Marchadier**, s. 359-360; **Spielmann**, s. 774; **E.Guinhard**, s. 216; **Bucher**, s. 306-307; **Barba**, s. 32-33; Sargın, **Zamanaşımı**, s. 332.

yaklaştığı¹¹⁸³ “tanıma / tenfiz hakkını”, adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirerek büyük ve yenilikçi bir adım attığı ifade edilmektedir.¹¹⁸⁴

AİHM’nin, taraf devletlerin egemenlik haklarına ilişkin meselelerde, öteden beri çekingen davrandığı ve birçok somut tartışmada ya suskun kalmayı veya çeşitli sebeplerle kabul edilebilirlik / ihlal kararı vermemeyi tercih ettiği göz önüne alındığında, tanıma / tenfiz konusunda atılan bu adımın gerçekten de ne kadar değerli olduğu ortaya çıkmaktadır. Örneğin, yargı ve icra bağımsızlığının mahkemeye erişim konusunda ciddi bir sınırlama sebebi olmasına karşın, AİHM, meseleyi “meşru amaç ve orantılılık” zemininde ve devletler hukuku ilkeleri ışığında değerlendirerek, ihlal kararı vermemeye özen göstermektedir. Bu açıdan bakıldığında, AİHM’nin, kişilerin “mahkemeye erişim hakkını etkin şekilde kullanma” imkânı olduğu sürece, tanıma / tenfiz hakkını adil yargılanma hakkının koruması kapsamında değerlendirmeyebileceği düşünülebilirdi. Diğer bir ifadeyle, kişilerin, yabancı mahkeme kararının tanınması / tenfizi yoluna başvurmak yerine, iddialarını taraf devlet mahkemelerinde esasa ilişkin bir davada ileri sürme hak ve imkânları olduğu sürece, tanıma / tenfiz konusunda taraf devletlere olumlu bir yükümlülük yüklenemeyeceği yönünde kararlar vermesi beklenebilirdi. Ancak gelinen noktada, AİHM’nin, adil yargılanma hakkının uygulama alanını gittikçe genişleten yorumunu tanıma / tenfiz konusunda da uygulamakta olduğu ve tanıma / tenfiz yargılamalarını adil yargılanma hakkının “tüm unsurlarının sağladığı korumadan” faydalandırdığı görülmektedir.¹¹⁸⁵ Bu bağlamda, AİHM’nin de, tanıma / tenfiz hukukunun temel dayanağını oluşturan *favor recognitionis* ilkesini

¹¹⁸³ Bkz. yukarıda AİHM *Sylvester – Avusturya* (kabul edilebilirliğe ilişkin) kararı, (Karar Tarihi: 09.10.2003 /Başvuru No: 54640/00). AİHM bu kararında her ne kadar, tanıma / tenfiz hakkını, tartışmaya kapalı bir şekilde, adil yargılanma hakkının koruması altında değerlendirmese de, tanıma / tenfiz yargılamalarının AİHS m. 6 /f. 1’in uygulama alanına girdiğini kabul etmiştir. Bu konuda, Avusturya makamlarının, “tanıma / tenfiz yargılamalarının usulî yargılamalar olduğu, medeni hak ve yükümlülük olarak değerlendirilip m. 6’nın uygulama alanına sokulamayacağına” ilişkin iddiaları kabul görmemiştir.

¹¹⁸⁴ **Spielmann**, s. 776; **Kinsch**, *Procès équitable et privilège de juridiction en matière d’exequatur*, s. 839; **Patrick Kinsch**, *La non-conformité du jugement étranger à l’ordre public international mise au diapason de la Convention Européenne des droits de l’homme*, *Revue Critique de droit international privé (RCDIP)* 100 Octobre-Décembre 2011, s. 819. Yazara göre, kararın getirdiği yenilik, milletlerarası kamu düzeni kavramının AİHM tarafından denetlenmesidir (bkz. s. 820).

¹¹⁸⁵ AİHM *Avotiņš – Letonya* kararı, prgf. 96 (Karar Tarihi: 23.05.2016 / Başvuru No: 17502/07); AİHM *Sholokhov – Ermenistan ve Moldova* kararı, prgf. 66 (Karar Tarihi:31.07.2012 / Başvuru No: 40358/05).

benimsediğini söylemek yanlış olmayacaktır. Tanıma / tenfiz talebinin kabulü kural, reddi ise istisnadır.^{1186 1187}

Bu noktada, tanıma / tenfiz hakkının AİHS m. 6/f. 1'e dahil edilmesi bakımından, belki de en ön plana çıkan unsur "makul sürede yargılanma" unsurudur. Zira, bir davanın mahkemece esastan görülmesi ile yabancı bir mahkeme kararının tanınması / tenfizi konusunda karar verilmesi bakımından gerek zaman, gerekse yapılacak masraflar açısından ciddi farklar olduğu bir gerçektir. Uyuşmazlık hakkında yabancı bir mahkeme kararının var olması halinde, öncelikle bu kararın tanınması / tenfizi yoluna gidilmesi hak sahibi açısından avantajlı olduğu kadar, usul ekonomisi ilkesinin de bir gereğidir.¹¹⁸⁸ Zira, Türk hâkiminin, kişilerin hakka ulaşması bakımından çeşitli hukuki imkânları varsa, "*bu imkânlardan daha ucuz, basit ve hızlı olanından sonuç alınmasını sağlayacak olanın gerçekleşmesine gayret göstermesi gerektiği*" tartışmasıdır.¹¹⁸⁹ Bu nedenledir ki, esastan görülmekte olan bir davada, yabancı bir mahkeme kararının tanınması talebi ileri sürüldüğü takdirde, tanıma talebinin bekletici mesele yapılarak, öncelikle bu konuda karar verilmesi gerekmektedir. Bu husus Yargıtay tarafından da kabul görmüş, bu çözüm yolunun AİHS m. 6'ya daha uygun olacağı açıkça belirtilmiştir.¹¹⁹⁰

¹¹⁸⁶ Tanıma ile tenfizin nitelik olarak farklı olduğu, tanımanın temelinde kazanılmış haklara saygı ilkesinin yattığı belirtilmektedir. Bkz. Bilgin Tiryakioğlu, **Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi**, Ankara 1996, s. 37. Kanımızca, hükmün icrası hakkı bu açıdan tanıma ile tenfiz arasında bir ayrım gözetilmemesini gerektirmektedir. Zira, tenfizi gereken bir yabancı mahkeme kararı da "icrai işleme muhtaç bir hakkın varlığını" ortaya koymaktadır ve bu bakımdan "kazanılmış haklara saygı ilkesi"nin korumasından yararlandırılmalıdır.

¹¹⁸⁷ Doktrinde AİHM'nin tanıma / tenfiz hakkı konusundaki içtihadının gelişmemesine veya geç gelişmesine bir sebep olarak da, AİHS'e taraf devletlerin, çoğunlukla, yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizi bakımından zorluk çıkarmamaları, bu açıdan "*favor recognitionis*" ilkesini benimsemiş olmaları gösterilmektedir. Bkz. **Kiestra**, s. 215.

¹¹⁸⁸ Kesin hükmün iç hukukta hizmet ettiği tüm menfaatler yabancı mahkemelerce verilmiş hükümler bakımından da geçerlidir. Ansay'a göre, "verilmiş hükümleri tekrar tekrar mahkemeye getirmek" kişilerin hukuka olan güvenlerini zedelediği kadar, emek, para ve zaman israfına da sebep olur. Aynı delilleri bulmak bazen zorlaşabileceği hatta imkânsızlaşabileceği gibi, yabancı bir mahkemede dahi olsa, ulaşılan maddi hukuki gerçeğin, diğer bir devlette kabul edilmemesi için herhangi bir gerekçe söz konusu olamaz. Bkz. Tuğrul Ansay, **Yabancı Mahkeme İlâmlarının Tenfizinde Karşılıklı Muamele Şartı**, Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1964, s. 247.

¹¹⁸⁹ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 887.

¹¹⁹⁰ Yarg. 8.HD E. 2012/13500 K. 2013/6516, 06.05.2013. ayrıca bkz. Yarg. 18.HD, E. 2012/12365 E. 2013/483, 17.01.2013: "*Dava, vasi atanması hakkındaki yabancı ilamın tanınmasına ilişkindir. Yabancı memleketlerde yaşayan Türk vatandaşlarını yabancı mahkemece verilen vesayet kararının tanınmaması halinde davanın aynısını Türk mahkemelerinde açmaya zorlama 5718 Sayılı Yasanın amacına aykırıdır.*" Yargıtay, somut olaydaki uyuşmazlık bakımından, AİHS m. 6 ile güvence altına alınan mahkemeye erişim ve hukuki dinlenilme hakkına ilişkin şu tespitte bulunmaktadır: "*Yabancı mahkemelere, açıklanan konularda verilen yetki uyarınca bunların aldıkları kararların tanınmaması mümkün değildir. Zira yabancı mahkemece verilen ilamlarının tanınmaması Türk vatandaşlarına külfetli hale gelebilecek ve kendi milli hukukundan istifadesi yabancı hukuka göre daha da*

Bu çerçevede, kişilerin tanıma / tenfiz yerine, Türk mahkemelerinin yetkili olması halinde, davanın esastan görülmesi talebiyle Türk mahkemelerine başvurmaları beklenemeyecektir. Zira, bu durumda her ne kadar ilk bakışta, yetkili bir mahkemenin varlığı sebebiyle, mahkemeye erişim hakkının ihlalinin bahsedilemeyecekse de, kişilerin makul sürede ve mümkün olan en az masrafla hakka ulaşmalarının engellenmesi halinde, adil yargılanma hakkının gereklerinin yerine getirildiği söylenemeyecektir. Ayrıca, çalışmamızın ilk bölümünde ifade ettiğimiz üzere, makul süre unsurunun ihlâli, aslında “domino etkisi” sebebiyle, mahkemeye erişim hakkının da ihlâli sonucunu doğuracaktır.¹¹⁹¹ Kısaca, tanıma / tenfiz şartları adil yargılanma hakkı aleyhine yorumlanarak, kişilere tanıma / tenfiz yolunun kapatılması ve fakat esasa ilişkin dava yolunun açılması, adil yargılanma hakkı ile uyumlu değildir.

2) Tanıma / Tenfiz Şartlarının Tanıma / Tenfiz Hakkının Özüne Zarar Vermeyecek Şekilde Düzenlenmesi ve Yorumlanması Zorunluluğu

AİHM’nin, tanıma / tenfiz talebinin reddini, *McDonald* kararındaki gibi adil yargılanma hakkına bir müdahale olarak gördüğü ve tanıma / tenfiz şartlarının kişiyi adil yargılanma ve hükmün icrası hakkından mahrum bırakacak şekilde uygulanamayacağını belirttiği, kanımızca “tanıma/ tenfiz hakkı” bakımından belki de en önemli kararı *Négrépontis Giannisis – Yunanistan* kararıdır.¹¹⁹² Karara konu olay, dayısı ile birlikte bir süre Amerika’da yaşayan ve doğumundan itibaren dayısı ile çok sıkı bağları bulunan (baba-oğul ilişkisi yaşayan) başvurucunun dayısı tarafından evlat edinilmesine ilişkin Amerikan mahkemeleri kararının Atina mahkemesinde tanınması talebine ilişkindir. Atina mahkemesi her ne kadar evlat edinme kararının tanınmasına ve başvurucunun soyadının değişmesine karar vermiş

zorlaşacaktır. Yabancı memleketlerde yaşayan Türk vatandaşlarını yabancı mahkemece verilen vesayet kararının tanınmaması halinde davanın aynısını Türk mahkemelerinde açmaya zorlama 5718 Sayılı Yasanın amacına aykırıdır. Türk Medeni Kanununun 404 ila 410. maddeleri arasında düzenlenen küçüklük, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, özgürlüğü bağlayıcı ceza, yaşlılık, sakatlık, deneyimsizlik ile ağır hastalık hallerinin kısıtlama nedeni olup olmadığı yapılacak yargılama sonucunda belirleneceğinden bu duruma düşen bir kişinin milli hukukunun uygulama alanı olan ülkesine getirilmek zorunda bırakılması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı ile hukuki dinlenilme hakkını ciddi biçimde engelleyecek bir uygulamadır.”

¹¹⁹¹ Frison-Roche, s. 15.

¹¹⁹² AİHM *Négrépontis Giannisis – Yunanistan* kararı, prgf. 89-92 (Karar Tarihi: 03.05.2011 / Başvuru No: 56759/08).

ise de bu karar, evlat edinenin kardeşlerinin itirazı¹¹⁹³ üzerine İstinaf mahkemesi tarafından bozulmuştur. Mahkeme, rahip olan evlat edinenin bu işleminin dini hayata ve Yunan hukukuna aykırı olduğunu belirterek yabancı mahkeme kararının tanınmasının Yunan kamu düzenini bozacağı sonucuna ulaşmıştır. AİHM bu kararın başvurucunun AİHS m. 8 ile korunan özel hayata saygı hakkı yanında adil yargılanma hakkını da ihlal ettiği sonucuna varmıştır. AİHM’ye göre, “hükmün icrası hakkı”nı ilk defa somutlaştıran ve *Hornsby* içtihadı, ulusal mahkemelerinin kararının icrası kadar yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizini de kapsamaktadır (prgf. 89). Evlat edinme kararının tanınması talebi, medeni hukuka ilişkindir ve AİHS m. 6’nın koruması kapsamındadır. Yunan mahkemeleri, yabancı mahkeme kararının tanınması talebini, “kamu düzenine aykırılık” gerekçesiyle reddetmiştir; ancak, red kararı, tanıma / tenfiz şartları arasında sayılan “kamu düzenine uygunluk” şartının orantısız ve keyfi şekilde uygulanması sonucunda verilmiş ve başvurucunun adil yargılanma hakkı ihlal edilmiştir.

Görüldüğü üzere, AİHM içtihadının geldiği noktada, hükmün icrası hakkını ulusal yargı organları kadar yabancı mahkeme kararlarına da teşmil edilmekte, “tanıma/tenfiz hakkı” bakımından mahkeme kararının “menşei” ile ilgilenilmemektedir.¹¹⁹⁴ Bu çerçevede, tanınması / tenfizi talep edilen kararın AİHS m. 6 anlamında “medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin olması” halinde, kişilerin tanıma / tenfiz hakkından mahrum bırakılmaması gerekmektedir.¹¹⁹⁵ Her ne kadar, doktrinde, AİHM içtihadının tanıma /tenfiz hakkının temeli konusunda istikrar kazanmadığı belirtilse de¹¹⁹⁶, kanımızca önemli olan tanıma / tenfiz talebinin bir “hak” olarak AİHS m. 6 koruması kapsamında değerlendirilmesidir. AİHM somut olayın şartlarına göre, bazı kararlarında adil yargılanma ve hükmün icrası hakkının

¹¹⁹³ Kararın üçüncü kişilerin haklarını ilgilendirmesi durumunda bu kişilere tanınan itiraz hakkının kullanılması (*terce opposition*).

¹¹⁹⁴ **Spielmann**, s. 776-777; Marchadier, **Compétence indirecte du juge étranger**, s. 4.

¹¹⁹⁵ **Kiestra**, s. 211; **Sinopoli**, s. 261-262; Marchadier, **Compétence indirecte du juge étranger**, s. 4. Yazar, AİHM’nin, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin bir yabancı mahkeme kararının tanınmaması / tenfiz edilmemesi halinde, kişilerin yabancı mahkemede hüküm altına alınan haklarına etki tanınmaması sonucunu doğuracağından hareket ile, “sonuç odaklı” bir değerlendirme yaptığını dile getirmektedir. Bu bağlamda, yazar, tanıma ve tenfiz kararları bakımından bir farka işaret etmektedir. Buna göre, hiçbir icrai etkisi olmayan, davacının icrai bir talebine bağlı olmaksızın sadece kesin hüküm etkisinin tanınmasını konu ettiği davalar ile tenfiz davalarının ayrılması gerekmektedir. Böylece, yabancı mahkeme kararının yalnızca kesin hüküm etkisinden yararlanmak isteyen davacının bu talebinin, hükmün icrası ile bir ilgili olmaması sebebiyle, AİHS m. 6/f. 1 kapsamında kabul edilen tanıma / tenfiz hakkı kapsamında korunmaya değer olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

¹¹⁹⁶ **Kiestra**, s. 211.

ihlali sonucuna varmakta iken, bazı kararlarında mahkemeye erişim hakkına vurgu yapmaktadır.

Bu noktada, AİHM içtihadından çıkan sonuç şudur: Yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizi bir haktır, bu konuda taraf devletlerin pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Ancak bu hak, tıpkı mahkemeye erişim hakkında olduğu gibi, mutlak değildir, bazı sınırlamalara tabi tutulabilir. Diğer bir ifadeyle, AİHS m. 6 çerçevesindeki taraf devletlerin yükümlülüğü, yabancı mahkeme kararlarının “kayıtsız-şartsız” tanınması / tenfizi değildir. Bununla birlikte, tanıma / tenfiz hakkının sınırlandırılması, yani bazı şartların öngörülmesi mümkündür; ancak bu şartların düzenlenmesi ve yorumlanmasında “orantılılık” esas alınmalıdır. Tanıma / tenfiz şartları keyfi ve orantısız uygulandığı takdirde AİHS m. 6 ihlal edilmiş olacaktır; bu açıdan, somut olayın şartları mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır.¹¹⁹⁷

Ayrıca, tanıma / tenfizin reddine ilişkin kararlar ile ortaya çıkacak sonucun AİHS ile korunan diğer haklar ile uyumlu olması gerekmektedir.¹¹⁹⁸ AİHM’nin tanıma / tenfiz taleplerinin reddinin özellikle AİHS m. 8 ve m. 14 ve Ek Protokol m. 1’e aykırı olacağına ilişkin birçok ihlal kararı bulunmaktadır.¹¹⁹⁹ Diğer taraftan, tanıma / tenfiz kararının da AİHS ile korunan diğer haklara uygun olması gerekmektedir. Ancak bu sorun, taraf devletlerin tanıma / tenfiz şartları kapsamında yapacağı denetim ile kolayca aşılabilecektir.¹²⁰⁰ Zira, AİHS ile korunan haklara aykırı bir sonuç yaratacak bir yabancı mahkeme kararının tanınması / tenfizi “dolaylı yetki” veya “kamu düzenine aykırılık” gerekçeleriyle reddedilebilecek ve bu durum tanıma / tenfiz hakkına müdahale bakımından “meşru amaç” olarak değerlendirilecektir. Örneğin, aşırı yetki kurallarından birine dayanarak kendini yetkili gören bir yabancı mahkemenin kararının tanınması / tenfizi AİHS m. 6’ya aykırıdır. Bu durumda, anılan kararın icrası bakımından AİHS m. 6’daki tanıma / tenfiz hakkına dayanılamayacaktır.

¹¹⁹⁷ **Spielmann**, s. 777; **Barba**, s. 59; **Kiestra**, s. 211-212. Yazar bu konudaki tek istisnanın, kanuna karşı hile olduğunu belirtmektedir.

¹¹⁹⁸ **Kiestra**, s. 212; **Spielmann**, s. 781; **Bucher**, s. 309; Spielmann, **Recognition and Enforcement**, s. 19-23. Ayrıca bkz. Ebru Şensöz, **Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2012**, s. 378-379.

¹¹⁹⁹ Bkz. yukarıda AİHM *Wagner ve J.M.W.L. – Lüksemburg* kararı, prgf. 118 vd.; yukarıda AİHM *Vrbica – Hırvatistan* kararı, prgf. 55-56; yukarıda AİHM *Négrépontis Giannisis – Yunanistan* kararı, prgf. 61 vd. Bu konuda ayrıntılı incelemeler için bkz. **Barba**, s. 40 vd.

¹²⁰⁰ Aynı yönde bkz. **Kiestra**, s. 212.

Son olarak, tanıma / tenfiz hakkının, AİHM'nin *Pellegrini* içtihadı ile çelişip çelişmediğine de değinmek gerekmektedir. Bir görüşe göre, *Pellegrini* içtihadı ile taraf devletlere yüklenen “optimal” incelemeye ilişkin yükümlülük, tanıma tenfiz hakkı ile çelişkiye yol açmaktadır.¹²⁰¹ Bu görüşe göre, AİHM, bir taraftan, taraf devletlerin kişilerin tanıma / tenfiz hakkına orantısız bir şekilde müdahale edemeyeceğine hükmederken, diğer taraftan, yabancı mahkeme kararlarının tarafların adil yargılanma hakkını ihlâl edip etmediği konusunda “açık ihlâller ile sınırlı olmayan” bir inceleme yükümlülüğü öngörmesi tutarsızdır. Kanımızca, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira, davacının tanıma / tenfiz hakkı hiçbir zaman, davalının adil yargılanma hakkına üstün tutulamaz. Bu açıdan, davalının adil yargılanma hakkını ihlâl eden bir yabancı mahkeme kararının tanınması / tenfizinin korunmaya çalışılması mümkün değildir. *Pellegrini* kararı ile taraf devlet mahkemelerine yüklenen “olumsuz” yükümlülük ile, tanıma / tenfiz hakkı kapsamında öngörülen “olumlu” yükümlülük birbirinden tamamen bağımsızdır ve ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

3) Tanıma / Tenfiz Hakkı ile Mahkemeye Erişim Hakkının Ayrıldığı Durumlar

Doktrinde, AİHM'nin, “tanıma / tenfiz hakkı”nı, *McDonald* kararında olduğu gibi, bazı kararlarında adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirirken, bazı kararlarında tanıma / tenfiz talebinin reddini mahkemeye erişim hakkının ihlali çerçevesinde ele aldığı belirtilmektedir.¹²⁰² Örneğin, AİHM *Romanczyk* kararında, Polonya mahkemeleri tarafından verilen nafaka ödenmesine ilişkin kararın, Fransa'da yaşamakta olan borçlu babadan tahsili konusunda Fransız makamlarının Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsiline İlişkin 1956 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmediği gerekçesiyle mahkemeye erişim hakkının ihlaline karar vermiştir.¹²⁰³

¹²⁰¹ Barba, s. 66.

¹²⁰² Kiestra, s. 206-207; Spielmann, *Recognition and Enforcement*, s. 17.

¹²⁰³ Bkz. yukarıda AİHM *Romanczyk – Fransa* kararı, prgf. 62-67. Ayrıca bkz. AİHM *Matrakas ve Diğerleri – Polonya ve Yunanistan* kararı, prgf. 144 vd. (Karar Tarihi: 07.11.2013 / Başvuru No:47268/06). AİHM, bu kararlarında, “kesin ve bağlayıcı bir mahkeme kararının” icra edilmemesinin ve bu konuda taraf devletlerin üzerlerine düşen pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmemesini mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak yorumlamaktadır. Bu bakımdan, kararın ulusal bir yargı organı veya yabancı bir devlet mahkemesi tarafından verilmesi arasında bir fark görmemektedir. Ayrıca bkz. *Pini ve Diğerleri – Romanya* kararı, prgf. 187-189 (Karar Tarihi: 22.06.2004 / Başvuru No: 78028/01; 78030/01).

AİHM, *Vrbica* kararında ise,¹²⁰⁴ Hırvatistan (Koprivnica) mahkemeleri, Titograd (Karadağ) mahkemeleri tarafından verilen tazminat hükmünün tenfizine karar vermiştir. Fakat, davalı taraf, tenfiz kararına konu Titograd mahkemesi hükmünün karar numarasının yanlış olmasından dolayı karara itiraz etmişlerdir. Bunun üzerinde Koprivnica mahkemeleri tenfiz kararını bozmuş ve başvurucuya doğru karar numarasını bildirmesi için süre tanımıştır. Fakat başvurucu, mahkeme tarafından verilen süreyi geç öğrenmiştir ve daha evvel doğru karar numarasını mahkemeye sunmuş olduğunu düşünerek, yeniden beyanda bulunmamıştır. Bunun üzerine, mahkeme tenfiz talebini reddetmiştir. Bu arada başvurucu ikinci bir tenfiz talebinde bulunmuştur. Ancak davalılar ilam zaman aşımı süresinin dolduğuna dair itirazda bulunmuştur. Başvurucu, ilk tenfiz davasının, zaman aşımı süresini kesmesi gerektiğini belirtmiş ise de, mahkeme talebin reddine karar vermiştir. AİHM bu olayda, Koprivnica mahkemelerinin zamanaşımı süresine dayalı red kararını başvurucunun Ek Protokol m. 1 ile korunan malvarlığı haklarına müdahale niteliğinde olduğunu, zamanaşımı süresinin “yanlış” uygulanması sonucunda, bu müdahalenin orantısız olduğu sonucuna varmıştır. AİHM aynı gerekçeyi AİHS m. 6/f. 1’in ihlali bakımından da ortaya koymuştur.¹²⁰⁵

AİHM, *Ateş Mimarlık – Türkiye* kararında da *Vrbica* kararı ile benzer bir sonuca varmıştır. Karara konu olayda, Ateş Mimarlık Alman konsolosluğunun restorasyonu işini almış, sözleşme bir süre sonra Alman konsolosluğunca feshedilmiştir. Ateş Mimarlık sözleşme ile yetkilendirilen Berlin mahkemelerinde alacak davası açmış, Berlin mahkemesi henüz alacak hesabını gösteren kesin faturanın çıkarılmamış olduğunu belirterek, ancak kesin hesabın çıkarılmasından sonra uyuşmazlığı esastan inceleyebileceğine karar vermiştir. Daha sonra işin kesin hesabı Alman konsolosluğu tarafından çıkarılmıştır. Ateş Mimarlık söz konusu hesaba eklemeler yapmak suretiyle, konsolosluktan ödeme talebinde bulunmuş ve herhangi bir ödemenin yapılmaması üzerine İstanbul (Beyoğlu Ticaret) mahkemelerinde alacak davası açmıştır. Ateş Mimarlık bu davada birkaç kere Berlin mahkemesi kararının tanınmasını talep etmiş ise de, mahkeme, dava konusu talep ile Berlin mahkemesi kararının konusunun aynı olmaması nedeniyle tanıma talebini reddetmiştir. Mahkeme daha sonra 10 yıllık zaman aşımı süresinin sözleşmenin feshinden itibaren başladığını ve sürenin dolduğunu gerekçe

¹²⁰⁴ AİHM *Vrbica – Hırvatistan* kararı, prgf. 71-73 (Karar Tarihi: 01.04.2010 / Başvuru No: 32540/05).

¹²⁰⁵ Ayrıca bkz. Sargın, *Zamanaşımı*, s. 334, 91 nolu dn.

göstererek davayı reddetmiştir. AİHM, Berlin mahkemesi kararının kesin hüküm olmasa da kesin delil olabileceğini, mahkemenin MÖHUK'un ilgili hükmünü (2675 sayılı MÖHUK m. 42 / 5718 sayılı MÖHUK m. 58) dikkate almadığını, zaman aşımı kurallarını yanlış yorumlayarak Ateş Mimarlık'ın mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir.¹²⁰⁶ Kararın, AİHS m. 6'nın tanıma / tenfiz kararları bakımından sağladığı koruma çerçevesinde ortaya koyduğu, kanımızca en önemli nokta şudur: tanıma talebinin, “makul” bir gerekçe gösterilmeksizin, hukukun yanlış değerlendirilmesi sonucunda reddi adil yargılanma hakkına aykırı bulunmuştur. Türk mahkemesinin tanıma talebini hukuka aykırı bir şekilde reddetmesine ek olarak, zamanaşımı kurallarını da yanlış uygulaması ve davayı reddetmesi mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla AİHM, *Ateş Mimarlık* kararında, *Vrbica* kararından farklı olarak, tanıma talebinin reddinin başlı başına adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturduğu sonucuna varmıştır.

AİHM'nin *Romanczyk* ve *Vrbica* kararlarında adil yargılanma ve hükmün icrası hakkından ziyade, “mahkemeye erişim hakkına” dayanması şu gerekçelerle açıklanabilir: öncelikle, çalışmamızın ilk bölümünde de belirttiğimiz üzere, AİHM, mahkemeye erişim hakkını adil yargılanma hakkından tamamen bağımsız bir şekilde düşünmemekte ve uygulamamaktadır. İkinci olarak, her iki olayda da özünde, “tanıma / tenfiz hakkı” kaynaklı bir sorun yoktur. Diğer bir ifadeyle, başvuru, taraf devlet kanunlarında yer alan tanıma / tenfiz şartlarının yanlış uygulanması nedeniyle hakkına ulaşamamış değildir. İlk olayda, Fransız makamlarının, Fransa'nın taraf olduğu 1956 tarihli New York Sözleşmesi'ni uygulamak konusunda üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmedikleri görülmektedir. Bu açıdan aslında icra edilmeyen kararın yabancı bir mahkeme kararı olması pek bir anlam ifade etmemektedir. İkinci olayda ise, Hırvat mahkemesinin kanundaki zaman aşımı süresini (ki bu 10 senelik süre tüm ilamlar için aynıdır) yanlış uygulaması söz konusudur. Sonuç olarak her iki olayda da, taraf devletlerin tanıma / tenfiz şartlarına ilişkin bir tartışma yoktur; tanıma /tenfiz şartlarının davacının hakkına ulaşması bakımından bir “engel” olarak değerlendirilmesi söz konusu değildir. Şu halde, bu kararlar aslında “tanıma / tenfiz hakkı”na ilişkin de değildir. Ancak bu kararlar, AİHM'nin tanıma / tenfiz

¹²⁰⁶ Bkz. yukarıda AİHM *Ateş Mimarlık – Türkiye* kararı, prgf. 41-48. Ayrıca bkz. Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 688-690.

yargılamalarını, her halükârda adil yargılanma hakkı korumasından faydalandırıldığını göstermesi bakımından önemlidir.

c. Tanıma / Tenfiz Davalarında Adil Yargılanma Hakkına Uyuma
Yükümlülüğü

AİHM, AİHS'e taraf devletlerin tanıma / tenfiz prosedürlerine ilişkin yükümlülükleri üzerinde ayrıca durmuştur. Bu kapsamda, çalışmamızın başından bu yana incelediğimiz, AİHM tarafından m. 6'nın koruma alanı içinde değerlendirilen tüm ilke ve hakların tanıma / tenfiz yargılamalarında geçerli olduğu unutulmamalıdır.¹²⁰⁷

Diğer tüm uyuşmazlıklarda olduğu gibi, tanıma / tenfiz taleplerinin ileri sürülebilmesi bakımından da mahkemeye erişim hakkının sağlanması zorunludur.¹²⁰⁸ Bu bağlamda, tanıma / tenfiz davasının açılmasını aşırı derecede zorlaştıran şartlar öngörülmemeli veya söz konusu şartlar bu yönde yorumlanmamalıdır.

AİHM, *K - İtalya* kararında, *Pellegrini* kararına atıfta bulunarak, AİHS'e taraf bir devletin mahkemelerinin yabancı bir devlette verilmiş bir kararı tenfiz ederken bağımsız bir şekilde hareket ettiğini ifade etmiştir.¹²⁰⁹ Karara konu olayda, Polonya mahkemeleri tarafından verilen bir nafaka kararının İtalyan mahkemelerinde tenfiz edilmesi istenmiştir. AİHM, İtalyan mahkemelerinin tenfiz kararını makul sürede veremediğini dile getirerek, AİHS m. 6'nın ihlal edildiğine karar vermiştir.¹²¹⁰

Tanıma / tenfiz davalarında “çabukluk (*célérité*)” adil yargılanma hakkının sağladığı korumanın merkezindedir.¹²¹¹ Bununla birlikte, tanıma / tenfiz davalarının çok uzun sürdüğü gözlemlenmektedir. Türk hukukunda olduğu gibi, birçok hukukun revizyon yasağını kabul etmesine ve dolayısıyla da, tanıma / tenfiz kararlarının, kanunlarda sayılan (veya içtihat ile belirlenen) sınırlı sayıdaki şartın değerlendirilmesinden ibaret olmasına karşın, tanıma / tenfiz yargılamalarının

¹²⁰⁷ **Gilliaux**, s. 128-129.

¹²⁰⁸ Bkz. yukarıda AİHM Selin Aşlı Öztürk – Türkiye kararı, prgf. 38-44.

¹²⁰⁹ AİHM *K - İtalya* kararı, prgf. 21 (Karar Tarihi: 20.07.2004 / Başvuru No: 38805/97).

¹²¹⁰ Benzer şekilde, tenfiz prosedürünün gereğinden fazla uzaması sonucunda, yabancı mahkeme kararının zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle, tenfiz talebinin reddine ilişkin bir olayda da, AİHM m.6/f. 1'in ihlâl edildiği sonucuna varmıştır. Bkz. yukarıda AİHM *Vrbica – Hırvatistan* kararı, prgf. 71-73.

¹²¹¹ **Marchadier**, s. 363. Aynı yönde bkz. **Gilliaux**, s. 128-129.

uzaması sebebiyle hak kayıplarının yaşandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Çalışmamızın ilk bölümünde de ifade ettiğimiz üzere, AİHM, yargılamaların makul sürede sonuçlandırılması bakımından davanın niteliğini, somut olayın karmaşıklığını ve tarafların üzerlerine düşen yükümlülükleri yerine getirip getirmediğini dikkate almaktadır. Tanıma / tenfiz yargılamaları ise, niteliği itibarıyla “karmaşık” olmamasına rağmen, bazen tarafların üzerlerine düşen yükümlülüğü gereği gibi yerine getirmemesi, bazen, örneğin, hakimin gereksiz yere bilirkişi incelemesinin yapılmasına karar vermesi nedeniyle, gereğinden fazla uzamaktadır. Türk tanıma / tenfiz hukukunu da yakından ilgilendiren bu sorun, AİHS m. 6/f. 1’in ihlâline sebebiyet vermektedir.

AİHM, Peru mahkemelerinde verilen evlat edinme kararının Lüksemburg mahkemelerinde tanınmasına ilişkin talebin reddine ilişkin somut olayda, Lüksemburg mahkemelerinin “gerekçeli karar hakkı”nın gereklerini yerine getirmediği sonucuna varmış ve ihlal kararı vermiştir.¹²¹² Tanıma / tenfiz yargılamalarında, hakkaniyete uygun yargılamanın (hukuki dinlenilme hakkı ve silahların eşitliği ilkesinin) gereklerinin eksiksiz bir şekilde yerine getirilmesi zorunludur.¹²¹³

Bu yaklaşımdan yola çıkıldığında, tenfiz edilen kararın AİHS’e taraf tenfiz devletinin yargı alanında etki doğuracak olması nedeniyle, tenfizden doğacak dolaylı sonuçların AİHS’e uygun olması gereğinin yanında, AİHS’e taraf bir devletin yabancı bir mahkeme kararını tenfiz işleminin / yargılamaının da AİHS’e uygun olması gereği ortaya çıkmaktadır.¹²¹⁴

C. Türk Hukukunun Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması / Tenfizi Hakkındaki Hükümlerinin Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi

¹²¹² Bkz. yukarıda AİHM *Wagner ve J.M.W.L. – Lüksemburg* kararı, prgf. 94-98.

¹²¹³ Her ne kadar, yabancı bir hakem kararının tenfizine ilişkin olsa da, AİHM *Ern Makina* kararında, tebligata ilişkin usulsüzlüklerin hakkaniyete uygun yargılanma hakkına aykırı olduğunu dile getirmiştir. Bkz. yukarıda AİHM *Ern Makina San. ve Tic. Aş. – Türkiye* kararı, prgf. 28-34.

¹²¹⁴ **Aktepe Artık**, s. 70; Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 690-691; Matscher, **DIP face à la CEDH**, s. 224; **Juratowitch**, s. 177; **Spielmann**, s. 771; **Flauss**, s. 72; Spielmann, **Recognition and Enforcement**, s. 18, 58 nolu dn. Ayrıca bkz. yukarıda AİHM *Saccoccia – Avusturya* (kabul edilebilirliğe ilişkin) kararı.

1. Genel Olarak

AIHM, tanıma / tenfiz yargılamaları bakımından, taraf devletlerin bir takım yükümlülükleri olduğunu açık bir biçimde ortaya koymuştur. Bu çerçevede, gerek taraf devlet hukuklarında kabul edilmiş tanıma / tenfiz koşullarının, gerekse bu koşulların uygulanmasının AIHM'in öngördüğü bu yükümlülükler çerçevesinde değerlendirilmesi ve yorumlanması bir zorunluluktur.

Türk Hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizine ilişkin hükümler MÖHUK'un 50 ilâ 60. maddeleri arasında düzenlenmektedir. MÖHUK m. 50 uyarınca, *“Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmların Türkiye’de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır.”* Yine MÖHUK m. 58’de, “yabancı mahkeme ilâmının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi için yabancı ilâm hakkında tanıma kararı verilmesi gerektiği” ifade edilmektedir.

Bir yabancı mahkeme kararının tanınması / tenfiz edilebilmesi için aranan şartlar MÖHUK m. 54’de dört ana başlık altında sayılmaktadır. Buna göre, yabancı mahkeme ilâmının verildiği devlet ile Türkiye arasında karşılıklılık (ahdi, kanuni veya fiili karşılıklılık) bulunmalı; ilâm, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olmalı veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince (aşırı yetkiye dayanarak) verilmiş olmamalı; ilamda yer alan hüküm Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmamalı; yabancı mahkemede, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin savunma haklarına aykırılık bulunmamalıdır. MÖHUK m. 58/ f.2’de, tanıma kararı verilebilmesi için karşılıklılık şartının aranmayacağı belirtilmiştir.

2675 sayılı MÖHUK’da ise, yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizi bakımından, kararı veren mahkeme ile uyumsuzluk veya taraflar arasında makul bir bağın varlığına dair inceleme yapılmasına imkân sağlayan herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. 5718 sayılı MÖHUK ise, aşırı yetkinin varlığını, davalının itirazına bağlı olarak, tanıma / tenfiz talebinin reddi açısından bir şart olarak açıkça düzenlemiştir. Diğer taraftan, doktrindeki eleştiriler dikkate alınmış ve davalının savunma haklarına uygunluk, 2675 sayılı MÖHUK m. 42 / f. 1’in aksine, tanıma kararları bakımından da şart koşulmuştur. Adil yargılanma hakkının gereklerine

uygun bu değişiklikler, Türk tanıma / tenfiz hukukunu AİHS m. 6 ile uyumlu hale getirmek bakımından önemlidir.

2. Tanıma / Tenfiz Yargılamalarında Mahkemeye Erişim Hakkının Yarattığı İki Temel Sorun: Hukuki Yarar Kavramının ve Yargılama Harçlarının Değerlendirilmesi

a. Tanıma / Tenfizde Hukuki Yarar

5718 sayılı MÖHUK ile kabul edilen belki de en önemli değişiklik, tanıma / tenfiz talebinde bulunabilecek kişilere ilişkindir. MÖHUK m. 52 uyarınca, “yabancı mahkeme kararının tenfiz edilmesinde hukukî yararı bulunan herkesin tenfiz isteminde bulunabileceğı” kabul edilmiştir.¹²¹⁵ Bu değişikliğin temeli AİHM’nin Türkiye hakkında verdiği bir ihlal kararına dayanmaktadır.¹²¹⁶ 2675 sayılı MÖHUK’da ise tanıma / tenfiz talebinde bulunabilecek kişilere ilişkin herhangi bir belirleme bulunmamasına rağmen Yargıtay, özellikle yabancı devletlerde verilen boşanma kararlarının tanınması bakımından, tanıma talebinde bulunmayı “şahsa bağlı hak” olarak nitelendirip, bu tür kararların tanınması

¹²¹⁵ Maddede her ne kadar tenfiz talebinden bahsedilmiş ise de, bu kuralın tanıma kararları bakımından da uygulanacağına şüphe yoktur. Bkz. **Güven**, s. 180; Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 61; Nuray Ekşi, **Yabancı Boşanma Kararının Türkiye’de Tanınması Davasının Mirasçılar Tarafından Açılabilceğine İlişkin Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 3.4.2012 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi**, MHB Cilt: 32 Sayı: 1 (2012), s. 40.

Sargın/Erten, MÖHUK m. 52/f. 1 hükmünün, “tanıma / tenfiz talebinde hukuki yarar”a ilişkin Türk hukukundaki tartışmayı sona erdirecek, “kimlerin hukuki yararı olduğunun kabul edilmesi gerektiğı sorusuna cevap veren bir içerik taşımadığını” belirtmektedir. Bkz. Fügen Sargın/Rifat Erten, **MÖHUK Hükümleri Dairesinde Tanınmanın Hukuki Niteliğı, Usûlü ve Karşılaşılan Bazı Sorunlar: “Yeni Bir Düzenleme Yapma Gereğı”, Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi Yıl: 2014 Cilt:3 Sayı: 2**, s. 82.

Doktrinde, talepte bulunan kişinin hakkının himaye edilmesinin tanıma / tenfiz kararı verilmesine bağlı olduğu durumlarda, hukuki yarardan bahsedileceğı ve o kişiye tanıma / tenfiz talebinde bulunma hakkının tanınması gerektiğı belirtilmektedir. Bu bağlamda, sıradan bir menfaatten ziyade, mirasçılık gibi “hukuki” bir menfaatin söz konusu olması gerektiğı vurgulanmaktadır. Bkz. **Nomer**, s. 529; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 567. Ayrıca bkz. **Çelikel/Erdem**, s. 666-667; Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 63-78. Sirmen’e göre, talep sonucuna uygun olarak elde edeceğı hükmün, kişinin hukuki durumunda iyileşme sağlayacak olması halinde, hukuki yarardan söz edilmelidir. Bkz. Sedat Sirmen, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Taraf Sıfatı Sorunu ve Hukuki Yarar: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Selin Aslı Öztürk / Türkiye Kararı**, Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan, Yetkin Yayınları Ankara 2012, s. 1021. Nomer, yabancı yargılamanın taraflarının (gerçek veya tüzel kişilerin) var olmaları halinde, diğerk kişi veya kişilerin tanıma / tenfiz talebinde bulunma konusunda hukuki yararlarının bulunamayacağı ifade etmektedir. Bkz. **Nomer**, s. 529. Aksi yönde bkz. **Sargın/Erten**, s. 82-83.

¹²¹⁶ Bkz. yukarıda AİHM **Selin Aslı Öztürk – Türkiye** kararı, prgf. 38-44. Kararın incelemesi için bkz. **Sirmen**, s. 1013 vd. Ayrıca bkz. Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 693-694.

talebinin sadece esas uyuşmazlığın taraflarınca ileri sürülebileceğini kabul etmekte idi.¹²¹⁷

AİHM kararına konu olayda da, Yargıtay 2. HD, çocuğun boşanma ve boşanmanın fer'ileri hakkında verilen yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizi talebiyle dava açamayacağı gerekçesiyle, başvurucunun ölen babası hakkında Almanya Bensheim Asliye Hukuk Mahkemesince verilmiş boşanma kararının tanınması talebini kabul eden yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yeniden yapılan yargılama sonucunda, yerel mahkemenin Yargıtay kararına uyarak başvurucunun tanıma talebini reddetmesi ve kararın kesinleşmesi üzerine, uyuşmazlık AİHM'ye taşınmıştır.

AİHM, öncelikle 2675 sayılı MÖHUK'da, tanıma / tenfiz davası açabilecek kişilerin açıkça belirtilmediğini, Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre, yalnızca ilk yargılamaya taraf olanların yabancı bir ülkede alınan kararın tanınması ve tenfizi için dava açabileceklerinin kabulü halinde çocukların anne-babalarının boşanma kararının tanınması ve tenfizi için başvuru yapma imkânının ortadan kalktığını ifade etmiştir. Tanınması istenen kararın taraflarının korunmaya çalışılırken, tanıma talebinde bulunmakta meşru yararı bulunan kişilerin mahkemeye erişimlerinin engellendiğini ve bunun da iki yarar arasında orantısızlığa yol açtığını belirten AİHM, kararın tanınması ile elde edilecek imkânlarından mahrum bırakan bu ihtilaflı içtihadın, başvurana, orantısız bir yük dayattığı ve bu suretle mahkemeye erişim hakkının özde çiğnendiği kanaatine varmıştır. Böylece AİHM hem AİHS m. 6/f. 1'in, hem de başvurucunun miras haklarının zarara uğratıldığı gerekçesiyle Ek Protokol m. 1'in ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹²¹⁸

Görüldüğü üzere, her ne kadar yapılan değişikliklere ilişkin kanun gerekçesinde açıkça belirtilmese de, adil yargılanma hakkı MÖHUK'un tanıma /

¹²¹⁷ Yarg. 2.HD, E. 1994/11220 K. 1994/1266, 19.12.1994. Buna karşın, Yarg. 2. HD'nin aksi yönde kararları da mevcut idi. Bkz. Yarg. 2.HD, E. 1992/12665 K. 1992/13059, 29.12.1992. (bkz. www.kazanci.com; erişim tarihi: 18.02.2017). Sirmen, MÖHUK m. 52 ile, hukuki yararı bulunan herkesin tanıma / tenfiz davası açabileceğinin açıkça düzenlenmemiş olması ihtimalinde dahi, Türk hukukunda, çocukların ebeveynleri hakkındaki boşanma kararlarının tanınmasını talep etme haklarının olduğu kabul edilmeliydi. Bkz. Sirmen, s. 1022. Aynı yönde bkz. Sargın/Erten, s. 81. Gerçekten de, AİHM'nin Selin Aslı Öztürk kararından sonra, farklı bir sonuca ulaşmak mümkün değildir.

¹²¹⁸ Doktrinde, AİHM'nin, Selin Aslı Öztürk kararında, m. 6/f. 1'i Ek Protokol m. 1 ile korunan malvarlığı hakkına erişim konusunda bir araç olarak kullandığı belirtilmektedir. Bkz. Barba, s. 31. Gerçekten de AİHM'nin, bazı başvurularda, başvurucunun esasa ilişkin haklarının ihlâl edildiği sonucuna, usulî hakların ihlâlî üzerinden varma eğiliminde olduğu, bu kapsamda, esasa ilişkin haklardan ziyade usulî haklar konusunda ihlâl kararı verdiği dile getirilmektedir. Bkz. Strasser, s. 602. Bu çerçevede, AİHS m. 6/ f. 1'in sözleşme ile güvence altına alınan diğer hakların korunmasında ne denli önemli olduğu bir kere daha ortaya çıkmaktadır.

tenfiz hükümlerinin düzenlenmesinde önemli bir role sahiptir. Bununla birlikte, aşağıda ele alacağımız yargılama harçları ile ilgili açıklamalarda görüleceği üzere, tanıma / tenfiz yargılamalarına ilişkin düzenlemelerde adil yargılanma hakkına tümüyle uyulduğu söylenememektedir.

b. Tanıma / Tenfizde Yargılama Harçları

Tanıma / tenfize ilişkin ön koşullar ve asıl koşullar dışında, adil yargılanma hakkını ilgilendiren önemli bir husus, tanıma / tenfiz davalarında ödenmesi gereken karar ve ilâm harçlarıdır. Aslında konu, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun¹²¹⁹ 4. maddesindeki açık ifade karşısında tartışmadan uzaktır. Anılan hüküm uyarınca, *“yabancı bir mahkeme tarafından verilen ilâmların tenfizi için açılacak davalardan, bu ilâmlarda hükmolunmuş şeyin değeri, nev'i ve mahiyetine göre (I) Sayılı Tarife gereğince harç alınır.”* Buna göre, her ne kadar doktrinde eleştirilse de,¹²²⁰ Harçlar Kanunu'nun bu düzenlemesi karşısında, tenfiz davalarında nispi harç alınacağı net bir biçimde dile getirilmektedir.¹²²¹ Bununla birlikte, hükmün atıf yaptığı I Sayılı Tarife III/1/a hükmünde, *“konusu belirli bir değer ile ilgili bulunan davalarda esas hakkında karar verilmesi halinde hüküm altına alınan anlaşmazlık konusu değer üzerinden”* nispi harç alınacağını belirten hüküm karşısında, tenfiz davalarının esasa girmeye imkân vermeyen davalar olması nedeniyle uygulamada tereddüt yaşanmaktadır. Nitekim, Yargıtay'ın tenfiz davaların maktu harç alınması gerektiğini ifade eden kararları mevcuttur.¹²²² Tanıma davalarında ise, maktu harç alınacağı konusunda tereddüt yoktur.¹²²³

Harçlar Kanunu'nun tenfiz davalarında nispi harç alınacağını öngören bu maddesi, doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir. Zira, yabancı mahkemede esas davanın görülmesi için nispi harç ödeyen davacının bir de kararın tenfizini sağlamak üzere nispi harç ödemesini beklemenin “davacı bakımından önemli bir zorluk” olacağı ifade edilmekte, mükerrer harç uygulamasının ortadan kaldırılması

¹²¹⁹ RG. 17.07.1964 – S. 11756.

¹²²⁰ Cemal Şanlı, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Tahsil Olunacak “Karar ve İlâm Harcı”na ve Ticaret Mahkemelerinin Bulunduğu Yerlerde “Görevli Mahkeme”ye İlişkin Bazı Sorunlar**, İstanbul Barosu Dergisi Cilt: 69 Sayı: 10-12 (1993), s. 764-765; Aygül, s. 89; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 577; Çelikel/Erdem, s. 664.

¹²²¹ Aygül, s. 89; Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 54.

¹²²² Yarg. 11.HD, E. 2012/6212 K. 2012/15280, 05.10.2012; Yarg. 11.HD, E. 2012/731 K. 2012/8893, 25.05.2012 (bkz. Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 54); Yarg. 11.HD, E. 2009/1307 K. 2010/12619, 07.12.2010 (bkz. www.kazanci.com; erişim tarihi: 20.02.2017). Ayrıca bkz. Aygül, s. 86 9 nolu dn.'de belirtilen kararlar.

¹²²³ Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 55; Şanlı, **Karar ve İlâm Harcı**, s. 764-765.

gerektiği vurgulanmaktadır.¹²²⁴ Hatta, tenfiz davalarındaki harç sorununu aşmak için, “yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda, yetkili mahkemenin tayininin mümkün mertebe tenfiz davası açmayı zorunlu kılmayacak şekilde yapılması gerektiği” ifade edilmektedir.¹²²⁵

Kanımızca da, tenfiz davaları bakımından da tanıma davalarında olduğu gibi maktu harç alınması, gerek tenfiz davasının amacına, gerekse mahkemeye erişim hakkının gereklerine daha uygundur. Dava konusunun belirli bir değer veya bir miktar para olması, tenfiz davalarında nispi harç alınmasını haklı kılamaz. Diğer taraftan, AİHM, çalışmamızın birinci bölümünde de ifade ettiğimiz üzere¹²²⁶, yargılama harç ve giderlerinin, mahkemeye erişim hakkının özüne zarar vermeyecek düzeyde kalması gerektiğini, hakka ulaşmayı aşırı derecede güçleştiren yargılama giderlerinin hakka orantısız şekilde müdahale oluşturacağını kabul etmiştir. Bu anlamda, esas davanın davacısı ile tanıma tenfiz davasının davacısının aynı olması halinde, bu kişi iki kere (muhtemelen esas davanın görüldüğü mahkemede de nispi) harç ödemek zorunda kalacaktır. Şayet bu harçların toplam miktarı, davacıyı, hakka erişim bakımından aşırı ölçüde zorlayacak ise, tenfiz davası bakımından mahkemeye erişim hakkının ihlali sonucu ile karşılaşılacaktır.¹²²⁷

3. Tanıma / Tenfize İlişkin Ön Koşullarının Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi

¹²²⁴ Çelikel/Erdem, s. 664; Aygöl, s. 89; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 577.

¹²²⁵ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 577. Kanımızca, tenfiz davalarında nisbi harç alınması nedeniyle, kişilerin tenfiz davası açmak yerine, uyuşmazlığın esastan görülmesi talebiyle Türk mahkemelerine başvurmalarını sağlamaya çalışmak bir çözüm olamaz. Zira, kişiler ancak, davanın Türk mahkemesinde görülmesi konusunda üstün bir yararı varsa bu yola başvuracaklardır. Elinde yabancı bir mahkeme kararı bulunan bir kişi, en kısa ve masrafsız yol olarak, bu kararın Türk mahkemelerinde tenfizini isteyecektir. Bu nedenle, tenfiz davalarında maktu harç alınması gerektiğinin düzenlenmesi ve sorunun kökünden çözülmesi daha doğrudur.

¹²²⁶ Bkz. “Yargılama harç ve Giderleri Bakımından Adli Yardım” başlıklı bölüm.

¹²²⁷ Yargıtay da, bire bir tenfiz davasında ödenecek harca dair olmasa da, yerel mahkemenin verdiği yabancı mahkeme kararının tenfizine ilişkin kararın temyizi aşamasında talep edilen temyiz harcı ile ilgili verdiği kararda, “dava konusunun değerini dahi aşacak şekilde 3.883.756.791,00 TL harcın yatırılmasının talep edilmesi nedeniyle davalı vekiline gönderilen muhtıra usul ve yasaya aykırıdır” demiştir. Bkz. Yarg. 19.HD, E. 2013/18073 K. 2014/1091, 14.01.2014 (bkz. www.kazanci.com; erişim tarihi: 22.03.2017)

a. MÖHUK m. 50’de Belirtilen Ön Koşullar

Tanıma / tenfiz davası açılabilmesi için yabancı ilâmın bir takım özellikler taşıması gerekmektedir. MÖHUK m. 50’de belirlenen bu şartlar uyarınca, ancak yabancı bir “mahkemenin” verdiği, “hukuk davalarına ilişkin”, “kesinleşmiş” yabancı mahkeme kararları (ilâmları) tanıma / tenfiz talebine konu olabilir. Dolayısıyla, bu maddede üç ön koşulun düzenlendiği görülmektedir.¹²²⁸

Hemen belirtelim ki, aşağıdaki bölümde inceleyeceğimiz bu koşulların tümü, tanıma / tenfiz sistemi bakımından “makul” koşullardır. Zira, MÖHUK’da, tanıma / tenfiz hakkı ile bağdaşmayacak ağırlıkta veya özünde ayrımcı olan koşullar öngörülmemiştir. Bu açıdan, genel anlamda, Türk tanıma / tenfiz hukukunun *favor recognitionis* hükümler içerdiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Bununla birlikte, söz konusu koşulların tanıma / tenfiz hakkını zedeleyecek, hakkın özüne zarar verecek nitelikte olmaması, uygulamada bu koşulların çok katı yorumlanarak tanıma / tenfiz taleplerinin reddine karar verilmesine ve böylece talepte bulunan kişinin hakka erişememesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlaline engel olmamaktadır. Dolayısıyla, tanıma / tenfiz hakkının ihlal edilip edilmemesi konusunda uygulamanın önemli bir payı vardır.

Öncelikle, milletlerarası usul hukukunun ve özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklar bakımından tanıma / tenfiz kurumunun “hukuk davalarına ilişkin” yabancı mahkeme kararlarını kapsayacağının düzenlenmesinde herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Bunun dışında, MÖHUK m. 50/ f. 2 uyarınca, “yabancı mahkemelerin ceza ilâmlarında yer alan kişisel haklarla ilgili hükümler hakkında da tenfiz kararı istenebileceği” düzenlenmektedir.¹²²⁹ Buna göre, yabancı mahkeme kararının bir özel hukuk uyuşmazlığına ilişkin olması yeterlidir, kararı veren mahkemenin hukuk mahkemesi dışında bir mahkeme olması tanıma / tenfiz kararı verilmesine engel olmaz.¹²³⁰

¹²²⁸ MÖHUK m. 50’de tenfiz kararları bakımından düzenlenen bu şartların tanıma kararları hakkında da uygulanması konusunda doktrinde neredeyse fikir birliği bulunmaktadır. Konu ile ilgili olarak bkz. **Sargın/Erten**, s. 79-80. Yazarlar, doktrindeki ağırlıklı görüşe biraz tereddüt ile katılmaktadır. Zira, yazarlar, MÖHUK m. 50’de belirtilen şartların, zaten MÖHUK m. 58’de belirtildiğinin altını çizilmektedir.

¹²²⁹ Bkz. Yarg. HGK., E. 2001/ 4-962 K. 2001/750, 24.10.2001 (www.kazanci.com; erişim tarihi:11.03.2017).

¹²³⁰ Tanınması / tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararının bu niteliğinin Türk hukukunda incelenmesi için bkz. **Gökçenay**, s. 123 vd.

Tanım / tenfiz kararı verilebilmesi için aranan ön koşullardan en çok tartışılanı, kararın yabancı bir “mahkeme” tarafından verilmiş olmasıdır.¹²³¹ 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun (NHK)¹²³² m. 27/A ve m. 30’da yabancı boşanma¹²³³ ve evlat edinme kararlarının idari makamlarca verilmiş olması halinde tanınabileceğine ilişkin istisna ve Türkiye’nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalarda öngörülen hükümler dışında, MÖHUK m. 50 vd. hükümlerince tanım / tenfiz talep edildiği takdirde, kararın yabancı bir mahkeme tarafından verilmiş olması şartı aranmaktadır. Tanım / tenfiz koşullarını düzenlemek konusunda (makul şekilde kullanılması şartıyla) takdir hakkına ve serbestiye sahip olan devletlerin, yalnızca yabancı “mahkeme” kararlarının tanınabileceğini / tenfiz edilebileceğini öngörmeleri egemenlik hakkının bir gereğidir.¹²³⁴ Dolayısıyla, bu koşul da özünde “makul” bir tanım / tenfiz koşuludur.

Bununla birlikte, özel hukuka ilişkin bazı uyumsuzlukların adli olmayan (idari veya dini) kurumlar tarafından da çözüme kavuşturulabileceğini düzenleyen yabancı hukuklar karşısında,¹²³⁵ Türk hukukunda aranan bu şartın uygulanmasında bazı zorluklarla karşılaşmaktadır. Özellikle, tarafların yerleşim yerinin veya mutad meskenlerinin bulunduğu ülkede, mahkeme dışında bir makamın “yargısal olarak yetkilendirildiği” tüm konular bakımından, tanım / tenfiz engeli ile karşılaşıldığı düşünüldüğünde, konunun adil yargılanma (tanım / tenfiz) hakkı bakımından tartışılması gereği doğmaktadır. Zira, idari makamların da, “yargısal faaliyetlerinde” adil yargılanma güvencelerine uyması gerektiğine ilişkin tartışma

¹²³¹ Yabancı mahkemenin ait olduğu devletin “dış egemenliğe” sahip olmasının gerekip gerekmediği, işgal altındaki topraklarda verilen mahkeme kararlarının bu anlamda nasıl yorumlanacağı, kararı veren mahkemenin ait olduğu devletin tanım / tenfiz talep edilen devlet tarafından uluslararası hukuk anlamında tanınmış olmasının gerekip gerekmediği konularında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Gökçenay**, 55-63.

¹²³² RG. 29.04.2006 – S. 26153.

¹²³³ 29.04. 2017 tarih ve 30052 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 690 sayılı Kanun Hükmüne Kararname ile Nüfus Hizmetleri Kanunu’na eklenen 27/A maddesi uyarınca, yabancı ülke adli veya idari makamlarınca boşanmaya, evliliğin butlanına, iptaline veya mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin olarak verilen kararlar, tarafların -bizzat veya vekilleri aracılığıyla- birlikte başvurusu, verildiği devlet kanunlarına göre konusunda yetkili adli veya idari makam tarafından verilmiş ve usulen kesinleşmiş olması ve Türk kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması şartlarıyla nüfus kütüğüne tescil edilir.

¹²³⁴ **İ.Doğan**, s. 210; Atâ Sakmar, **Devletler Hususi Hukukunda Boşanma, İstanbul 1976**, s. 216. Yazar, Fransız hukukunda adli olmayan boşanmaların tanındığını belirttikten sonra, bu durumun, “devletin boşanma konusunda karar verecek mercii istediği gibi tayin etme hakkına sahip olduğu” gerekçesine dayandırıldığını ifade etmektedir. Ayrıca bkz. Ebru Şensöz/Begüm Şermet, **Fransız Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, GSÜHFD 1/2011**, s. 657, dn. 16. İsviçre hukukunda da adli veya idari organlar tarafından verilmiş kararların tanınması mümkündür (İsv. MÖHK m. 25).

¹²³⁵ Özellikle adli olmayan boşanmalara ilişkin yabancı hukuk uygulamaları ile ilgili bkz. Nuray Ekşi, **Milletlerarası Özel Hukukta Medeni Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması**, Beta Yayınları İstanbul 2012, s. 39 vd.

bir yana, bir kararın yabancı ülkede hüküm doğurmasını talep edebilmek bakımından, kararın adli ya da idari bir makamca verilmiş olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Yabancı idari makamlarca verilen kararların tanınması / tenfizi talepleri de adil yargılanma (tanıma / tenfiz) hakkının kapsamına girmektedir.¹²³⁶

Kural olarak, kararın yabancı bir “mahkeme” tarafından verilip verilmediği konusunda kararın verildiği yer hukukunun uygulanacağı kabul edilmektedir. Bununla birlikte, bu hukukun “mahkeme” vasfı verdiği “yargı” organının, tanıma / tenfiz devleti tarafından “mahkeme” olarak görülmemesi de mümkündür. Doktrinde, yabancı hukuka göre mahkeme kararı olarak kabul edilen bir kararın, tanıma / tenfiz devletine göre de aynı vasfı taşıyor olması aranmaktadır; buna göre, “mahkeme” sıfatını taşımayan, örneğin belediye, noter, valilik gibi organlarca verilmiş kararların Türk mahkemelerinde tanınması / tenfizi mümkün görülmemektedir.¹²³⁷

Esasen, konu daha çok yabancı boşanma ve evliliğin butlanı / iptali kararları bakımından tartışılmakta; yabancı idari makamlarca verilen kararların tanınması fikir ayrılıklarına neden olmaktadır. Bununla birlikte, 690 sayılı KHK ile NHK’ya eklenen 27/A maddesi, bu tartışmaya büyük oranda son vermiştir. Anılan hüküm, yabancı ülke adli veya idari makamlarınca boşanmaya, evliliğin butlanına, iptaline veya mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin olarak verilen kararların, usulen kesinleşmiş olması ve Türk kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması şartlarıyla nüfus kütüğüne tescil edilebileceğini düzenlemektedir. Ayrıca, tescil için tarafların veya vekillerinin birlikte başvuruları aranmaktadır. O halde, tarafların tescil için birlikte başvurmadıkları yabancı idari makam kararları bakımından bu hükmün uygulanması mümkün değildir. Bu durumda, hükmün son fıkrası uyarınca, MÖHUK m. 50 vd. hükümlerine göre tanıma talebinde bulunmak gerekecektir.

¹²³⁶ Aynı yönde bkz. **Marchadier**, s. 362.

¹²³⁷ Tuğrul Arat, **Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 21 Sayı: 1-4 (1964), s. 500; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 491; Çelikel/Erdem, s. 654; Akıncı/Demir Gökyayla, s. 47-48; Güven, s. 36; Işıl Özbakan, **Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara 1987, s. 144. Aynı yönde Yarg. 2.HD, E. 1995/3612 K. 1995/4567, 13.04.1995; Yarg. 2.HD, E. 1998/12495 K. 1998/14188, 28.12.1998 (bkz. **İ.Doğan**, s. 209-210). Aksi görüşte, **Ertaş**, s. 380; **Tiryakioğlu**, s. 37; Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 111-112; Sakmar, **Boşanma**, s. 217; **Gökçenay**, s. 73 ve s. 168. Ayrıca bkz. **Sargın/Erten**, s. 47-48. Yazarlara göre, Türk hukukunda tanıma hakkında yapılan, “yabancı mahkeme kararının kesin hüküm ve kesin delil etkisinin tanınması” şeklindeki tanımın eksik kaldığını belirtmektedir. Bu çerçevede, yabancı idari organlar tarafından verilen özel hukuka ilişkin “idari kararların” ve geçici koruma tedbirlerinin tanınmanın kapsamında değerlendirilmesi gereklidir; böylece, “*tanınmanın hukuki etkisi, kararların kesin hüküm ve kesin delil etkisinden daha farklı içerikte doğar.*”

Öyleyse, artık, en azından yabancı boşanma, evliliğin butlanı / iptali kararları bakımından da, evlat edinmede olduğu gibi, idari makam kararları tanınabilecektir. Ancak, kanımızca gayet isabetli olan bu değişikliğin, yorum yoluyla, tüm uyuşmazlıkları kapsayacak şekilde genişletilmesi ve MÖHUK m. 50’de yer alan “*yabancı mahkemelerden*” verilmiş kararlar ifadesinin bertaraf edilmesi mümkün görülmemektedir.¹²³⁸

Bununla birlikte, diğer tanıma / tenfiz şartlarını (kamu düzenine ve savunma haklarına uygunluk) ve özellikle adil yargılanma hakkının tüm ilkelerini uygulayan ve başta kanunilik, bağımsızlık ve tarafsızlık olmak üzere tüm unsurlarını taşıyan bir “yargı organı”nın¹²³⁹ yabancı hukuk tarafından belirli bir uyuşmazlığı çözmek konusunda yetkilendirilmesi halinde, adli teşkilata dahil olmasa dahi, bu organ tarafından verilen kararların tanınmaması / tenfiz edilmemesi için de geçerli bir sebep ya da gerekçe yoktur.¹²⁴⁰

Konuyu, mahkemeye erişim ve tanıma / tenfiz hakları, kısaca adil yargılanma hakkı bakımından ele alacak olursak şu sonuç ortaya çıkmaktadır: Adli olmayan makamlarca verilen hiçbir kararın Türkiye’de tanınması / tenfizi mümkün değildir. Tenfiz davacısının elindeki tek imkân, Türk mahkemelerinde tekrar esasa ilişkin bir dava açmaktır. Türk milletlerarası yetki kurallarının buna olanak sağladığı

¹²³⁸ NHK m. 27/A maddesi, düzenlendiği şekliyle, uygulamada sorun yaratacak birçok nokta içermektedir. Örneğin, doktrinde eskiden beri tartışılmalı ve bir sonraki başlıkta değineceğimiz “kesinleşme şartı” konusunda MÖHUK m. 50’den farklı olarak “usulen kesinleşmiş olma” ifadesine yer verilmiş, bu konuda herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Hükmün uygulama alanına giren kararların “kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması” şartıyla tescil edileceği düzenlenmiş, ancak bu şartın kim tarafından ve ne şekilde denetleneceğine dair bir bilgiye yer verilmemiştir. Diğer taraftan, 1. fıkradaki şartları taşımayan kararlar hakkında MÖHUK’un tanımaya ilişkin hükümlerinin uygulanacağını belirtilmesi de açık değildir. Adil yargılanma hakkı lehine yaptığımız yorum, en azından boşanma, evliliğin butlanı veya iptali konusunda idari kararlara da tanıma yolunun açıldığı yönünde olsa da, pratik açıdan m. 27/a/f. 1’de belirtilen şartların MÖHUK m. 50 vd. bakımından da geçerli olduğu unutulmamalıdır. Diğer bir ifadeyle, kesinleşme ve kamu düzenine aykırı olmama şartları konusunda tescil talebi reddedilen idari kararların MÖHUK hükümleri çerçevesinde de tanınması mümkün olmayacaktır. Geriye sadece, tarafların tescil için birlikte başvurmadığı kararlarının MÖHUK kapsamında tanınabileceği ihtimali kaldığına dikkat çekmek isteriz.

¹²³⁹ Kararı veren yargı organının, yargılama yetkisini bir devletten alması ve bir egemenlik adına karar vermesi gereklidir. Bkz. **Sakmar**, s. 16; **Arat**, s. 500; **Çelikel/Erdem**, s. 649.

¹²⁴⁰ Objektif bir yargılamanın özelliklerini taşıyan, keyfi bir yargılama sonucu verilmeyen kararların, dar anlamda mahkeme kararı olmasalar bile, tanınmaları / tenfiz edilmeleri mümkündür. Bkz. **Ertaş**, s. 380.

Ayrıca, kamu düzenine aykırı olmamak şartıyla, örneğin, dini mahkemelerin verdiği boşanma kararlarının, özellikle mahkemenin katıldığı / onayladığı talâk kararlarının Türk mahkemelerinde tanınması gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. Ekşi, **Adli Olmayan Boşanmalar**, s. 80-85; **İ.Doğan**, s. 210-211; **Gökçenay**, s. 142; **Çelikel/Erdem**, s. 655; Ahmet Cemal Ruhi, **Talâk ve Türk Kamu Düzeni** (bkz. <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=Tal%E2k%20ve%20T%FCrk%20Kamu%20D%FCzeni&kimlik=667840882&url=makaleler/acruhi-1.htm>; erişim tarihi: 20.07.2014). Ayrıca bkz. Ergin Nomer, **Suudi Arabistan Hukuku’na Göre “Talak” ve Türkiye’de Tanınması** [“Talak” ve “Türk Kamu Düzeni”], **İstanbul Barosu Dergisi Cilt 65 Sayı: 7-9 (1991)**, s. 501-508.

durumlarda, davacının maruz kaldığı tek sakınca hakkına daha çok zaman ve para harcayarak erişecek olmasıdır.¹²⁴¹ Ancak, davacının yetkili bir Türk mahkemesi bulamaması halinde ortaya çıkan sonuç çok daha sıkıntılıdır. Zira, sadece kararın adli bir yargı organı tarafından verilmemiş olması nedeniyle, tanıma / tenfiz talebi reddedilen davacı, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin bulunmaması nedeniyle, hakkına da kavuşamayabilecektir. Bu sonucun önüne geçilmesini sağlamak amacıyla, kararın yabancı bir mahkeme tarafından verilmesi gerektiği yönündeki şartın, uygulamada biraz daha esnek yorumlanması doğru olacağını, en azından Türk hakiminin tanıma / tenfiz talebini reddederken, davacının adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkını da dikkate alarak karar vermesi gerektiğini düşünüyoruz.

MÖHUK m. 50’de tanınması / tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararının verildiği ülke hukukuna uygun olarak kesinleşmiş olması gerektiği düzenlenmektedir. Bununla birlikte, Türkiye’nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalardaki hükümler saklıdır. Birçok yabancı hukukta da, tanınması / tenfiz edilmesi talep edilen kararın kesin ve bağlayıcı olması gerektiği ifade edilmektedir.¹²⁴² Doktrinde yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizi bakımından aranan kesinleşme şartının ne zaman gerçekleşmiş kabul edileceğine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmektedir.¹²⁴³ Ne var ki, MÖHUK m. 53/1/b’de yer

¹²⁴¹ Adli olmayan kararların tanınmasının reddi anlamında en fazla sorun, yabancı boşanma kararları bakımından yaşanmaktadır. Örneğin, tanınması reddedilen karar bir boşanma kararı ise, tanıma talebinde bulunan kişinin, MÖHUK m. 41’e göre yetkili Türk mahkemesinde dava açması gerekecektir. Bu açıdan MÖHUK m. 41, taraflardan birinin Türk vatandaşı olması halinde, her halükârda yetkili bir Türk mahkemesi bulundurulmasını amaçladığından, milletlerarası yetkisizlik engeli ile karşılaşılmayacaktır.

¹²⁴² Kiestra, s. 201; Gökçenay, s. 169.

¹²⁴³ Doktrinde, yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizi bakımından hem şekli hem de maddi kesinliğin aranması gerektiği ifade edilmektedir. Çelikel, *Ahkamı Şahsiye* s. 102; Nomer, *Çekişmesiz Yargı Kararları*, s. 911 ve 918-919; Nomer, s. 497; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 499; Çelikel/Erdem, s. 656; Uluocak, s. 149; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. Bası C. VI, *Demir Demir Yayıncılık İstanbul 2001*, s. 5824.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizi açısından şekli anlamda kesinliği yeterli sayan görüş için bkz. Demir Gökyayla, *Kamu Düzeni*, s. 41; Ertaş, s. 391; Sakmar, s. 57-58; Gökçenay, s. 171; Uğur Tütüncübaşı, *Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türkiye’de Tanınması*, *Adalet Yayınevi Ankara 2014*, s. 141; Banu Şit, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kesinleşme Şartı*, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt XV Yıl: 2011 Sayı: 1*, s. 63. Benzer yönde bkz. Çelikel, *Yeni Kanuna Göre Tenfiz*, s. 13. Esen’e göre yabancı mahkeme kararında kesinleşme şartı bakımından bulunması gereken özellik, “verildiği ülke hukukuna göre ihtilaf konusunu kesin ve nihai olarak çözüme kavuşturmuş olmasıdır”. Bu açıdan yoktur. Bkz. Emre Esen, *Alman Hukukunda İhtarlı Basit Dava Usulü (Mahnverfahren) Çerçevesinde Verilen Kararların Türk Hukukunda Tenfizi Yıl: 27 Sayı: 1-2 (2007)*, s. 56.

Yabancı mahkeme kararının kesinleşmiş olmasının (HMK m. 114/f. 2 anlamında) bir dava şartı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin olarak bkz. Şit, s. 65 vd. Yazar, kesinleşme şartının tanıma / tenfiz davası açıldığı sırada bulunmayıp, yabancı mahkeme kararının, tanıma / tenfiz davası sürerken kesinleşmesi halinde, “dava şartı noksanlığı” sebebiyle, davanın

alan, tanıma / tenfiz talebinin ileri sürüldüğü dilekçeye, “yabancı ilâmın kesinleştiğini gösteren ve ilâmın verildiği ülke makamlarınca onanmış yazı veya belge ile bu belgenin onanmış tercümesinin eklenmesi gerektiği” yönünde düzenlemenin, “kesinleşme” şartının tespiti konusunda ortaya çıkabilecek güçlükleri ortadan kaldıracığı belirtilmektedir.¹²⁴⁴

Kanımızca, yabancı mahkeme kararının kesinleşmiş olması şartı tanıma / tenfiz kurumunun amacına ve AİHS m. 6 anlamında tanıma / tenfiz hakkına uygundur. Bu açıdan, üzerinde durulması gereken en önemli nokta, kesinleşme şartını karşılamayan yabancı mahkeme kararların tanınması / tenfizinin reddedilecek olması nedeniyle, söz konusu kararlara konu hakka erişimin sağlanması bakımından Türk mahkemelerinde esasa ilişkin davanın açılabilirliği olmalıdır.

b. MÖHUK m. 50’de Belirtilen Ön Koşullar Dışında Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Özellik Arz Eden Bir Tenfiz Engeli Olarak “Zamanaşımı”

Doktrinde, tanınması / tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararının, verildiği ülke hukukuna göre, icra edilebilir bir ilâm niteliğinde olması gerektiği

reddedilemeyeceğini, buna karşılık, hakimın kesinleşme şartının yerine gelmediğini sonradan fark etmesi halinde, durumu resen dikkate alıp davayı reddetmesi gerektiğini savunmaktadır.

690 sayılı KHK ile Nüfus Hizmetleri Kanunu’na eklenen 27/A maddesinde, yabancı boşanma ve evliliğin butlanı / iptali kararlarının “usulen” kesinleşmiş olması halinde nüfus kütüğüne tescil edileceği hükme bağlanmıştır. Görüldüğü üzere, kanun koyucu, kesinleşme şartını “kesin” ifadelerle düzenlememektedir.

¹²⁴⁴ Çelikel/Erde m. 658; Tütüncübaşı, **Çekişmesiz Yargı Kararları**, s. 142. Kanımızca verildiği ülke hukukuna göre şekli anlamda kesinleşmiş olan, uyuşmazlığı kesin olarak çözüme kavuşturmuş olan kararların tanınması / tenfizi gereklidir. Taraf olduğumuz milletlerarası sözleşmeler çerçevesinde, nafaka ve velayet kararları gibi maddi anlamda kesinleşmesi mümkün olmayan, değişen şartlar dahilinde, yargı organlarınca gözden geçirilmesi mümkün olan kararlar hakkında da aynı sonuca varılmalıdır. MÖHUK’un kesinleşme şartı konusunda hükmün verildiği yer hukukuna yaptığı açık atıf ve MÖHUK m. 53/1/b bendi karşısında, “şekli-maddi kesinlik tartışmasının pratik bir faydası olmadığı” yönündeki görüşe katılıyoruz.

Diğer taraftan, örneğin HMK m. 388’de, “kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, çekişmesiz yargı kararlarının maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceği” açık bir şekilde düzenlenmiştir. MÖHUK m. 58/ f.2’ye göre, çekişmesiz yargı kararlarının tanımaya konu olabileceği düzenlenmektedir. Görüldüğü üzere, Türk hukukunda maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceği düzenlenmiş çekişmesiz yargı kararlarının tanınmasına imkân verilmektedir. MÖHUK’un kesinleşme şartı konusunda açıkça kararın verildiği yer hukukuna atıf yapmasına rağmen HMK m. 388’e dayanılamayacağı düşünülebilirse de, MÖHUK hükümlerinin kendi içindeki tutarlılığı bakımından, yabancı mahkeme kararlarının şekli anlamda kesinlik yanında ayrıca ve özellikle maddi anlamda da kesinleşmeyi aramadığı sonucuna varılmalıdır. Aynı yönde bkz. Tütüncübaşı, **Çekişmesiz Yargı Kararları**, s. 142; Gökçenay, s. 194-195.

ifade olunmaktadır.¹²⁴⁵ Tanıma / tenfiz hakkı kapsamında, konumuz bakımından önem arz eden bir husus da “zamanaşımı”nın tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararının icrasına engel olmasıdır. Tanıma kararlarına konu olacak yabancı mahkeme kararları bakımından ise, zamanaşımı bir engel olamaz; zira, bu tür kararların icrası söz konusu değildir. Hukuki kesinlik ve ilam niteliği zamanaşımına uğramaz.¹²⁴⁶ Tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararının zamanaşımına uğraması, doktrinde MÖHUK m. 55/f. 2 kapsamında “kararın yerine getirilmesine engel bir sebep” olarak ele alınmaktadır.¹²⁴⁷

Zamanaşımı hiçbir zaman kişilerin hak arama özgürlüklerini engellemek bakımından orantısız bir araç olarak kullanılmamalıdır. Yukarıda yer verdiğimiz AİHM’nin *Vrbica* kararında, ilâma ilişkin bir zamanaşımı süresinin öngörülebileceği, zamanaşımının mahkemeye erişim hakkına müdahale açısından meşru (elverişli) amaca yönelik araçlardan olduğu belirtilmekte, bununla birlikte, “zamanaşımı sürelerinin mahkemeye erişim hakkını sınırlayıcı bir araç olarak yarattığı sonucun, izlenen hukuki amaç ile ölçülü olup olmadığına” dikkat edilmesi gerektiği vurgulanarak, somut olay bakımından AİHS m. 6/f. 1’in ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Aynı şekilde, *Ateş Mimarlık* kararında da, tanıma talebinin hukuka aykırı olarak reddedilmesi sonucunda, başvurucunun, bu kez, esastan görülen davada ileri sürdüğü taleplerin zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle, hakkına ulaşmasının engellenmesi AİHM tarafından AİHS m. 6/f. 1’e aykırı bulunmuştur.

Doktrinde de, zamanaşımının mahkemeye erişim hakkını sınırlayan elverişli araçlardan biri olduğu kabul edilmekle birlikte, zamanaşımı sürelerinin hiçbir tereddüde yer vermeyecek biçimde açık ve kesin şekilde düzenlenmesi gerektiğinin

¹²⁴⁵ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 494; Güven, s. 36 ve s. 214; Nomer, s. 504; Ekşi, Tanıma-Tenfiz, s. 112; Şit, s. 64. Aksi görüşte bkz. Sargın, Zamanaşımı, s. 348-350. Yazar, MÖHUK m. 50’de yer alan “kesinleşme”ye ilişkin ifadenin aynı zamanda icra edilebilirlik şartını da kapsamadığını belirtmektedir. Konuyu zamanaşımı özelinde değerlendiren yazar, doktrinde ileri sürüldüğünün aksine, kararın verildiği yer hukukuna göre zamanaşımına uğramış bir ilâmın “hukuki varlığının ve ilâm niteliğinin” sona ermiş olmadığını, “icra edilebilirlik vasfını yitirmiş bir ilâmın Türkiye’de tanınması ve hatta zamanaşımı itirazı ileri sürülmez ise tenfizi ve cebri icrasının da olası” olduğunun altını çizmektedir. Aksi görüşte bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 542.

¹²⁴⁶ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 544; Güven, s. 214.

¹²⁴⁷ Ekşi, Tanıma-Tenfiz, s. 156; Sargın, Zamanaşımı, s. 359; Mesut Aygün/Ali Önal, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Özel Hukukta Zamanaşımı, Legal Hukuk Dergisi Cilt: 14 Sayı: 165 Yıl: 2016, s. 4930; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 542-543. Yazarlar, yabancı mahkeme kararının verildiği ülke hukukunda, icraya ilişkin bir zamanaşımı süresi öngörülmesi halinde, kararın bu sürede tenfizinin talep edilmesi gerektiğini, aksi halde, kararın “kesin hüküm taşıyan bir mahkeme kararı” vasfını yitireceğinden hareket ile, zamanaşımı itirazının MÖHUK m. 50/f. 1 veya m. 55/f. 2 kapsamında ileri sürülebileceğini ifade etmektedir.

altı çizilmektedir.¹²⁴⁸ Ayrıca, zamanaşımı sürelerinin hak sahibinin makul beklentilerine cevap verecek şekilde “ölçülü” olması zaruridir.¹²⁴⁹ Bu bağlamda, ölçülülük ilkesine uygun ve makul zamanaşımı sürelerinin belirlenmesinde, tenfiz talebinde bulunmanın zamanaşımını kesen / durduran bir etkiye sahip olup olmayacağı, tenfiz sürecinin uzunluğunun hak kaybına yol açıp açmayacağı gibi hususların dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır.¹²⁵⁰

AIHM’nin *Vrbica* kararında vardığı sonuç doğrultusunda, tenfiz taleplerinde ilâm zamanaşımının uygulanmasında, somut olayın şartlarına öncelik tanıyan esnek hükümlerin benimsenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, kararın verildiği veya kararın tenfizinin talep edildiği ülke hukukuna göre belirlenecek ilâm zamanaşımı sürelerinin¹²⁵¹ geçirilmiş olmasını, kararın tenfizi bakımından bir engel olarak kabul edebilmek için, somut olaydaki şartlara bakılması gerekecektir. Şayet, tenfiz davasının açılammaması, davacının kusurundan veya hilesinden kaynaklanmayan ve haklı/makul görülebilecek bir nedene dayanıyorsa ve hakkın kötüye kullanımı sonucunu yaratmayacaksa, zamanaşımı süresinin geçirilmiş olmasının bir tenfiz engeli olarak kabul edilmemesi gerektiği ifade edilmekte, aksi halde hak arama özgürlüğünün ve mahkemeye erişim hakkının ihlali sonucu ile karşılaşılacağı dile getirilmektedir.¹²⁵²

¹²⁴⁸ MÖHUK m. 50 vd. hükümlerinde, ne yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizi taleplerinin ileri sürülmesi gereken süreye (ilâm zamanaşımı), ne tanıma / tenfiz kararları sonrasında bu kararlara bağlı olarak açılacak diğer davalara (örneğin yabancı boşanma kararı tanındıktan sonra açılacak mal rejiminin tasfiyesi davalarına) ilişkin zamanaşımı sürelerine ve bu sürelerin işlemeye başlaması gereken zamana, ne de, tenfiz kararı verildikten sonra icra talebine ilişkin zamanaşımı süresine (icra zamanaşımı) ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Bu nedenle, anılan konularda gerek doktrinde, gerekse Yargıtay kararlarında farklı sonuçlara varıldığı görülmektedir. Bu durum, hukuki güvenlik ilkesini zedelediği gibi, adil yargılanma hakkına aykırı sonuçların doğmasına da sebep olabilmektedir.

¹²⁴⁹ Sargın, **Zamanaşımı**, s. 339; Aygün/Önal, s. 4931.

¹²⁵⁰ Sargın, **Zamanaşımı**, s. 339.

¹²⁵¹ MÖHUK m. 50 vd. hükümlerinde, bir tenfiz engeli ya da şartı olarak yabancı mahkeme kararlarının tenfizinin talep edilmesi gereken herhangi bir süre belirlenmemiştir. MÖHUK m. 50’de yer alan ve kararın verildiği ülke hukukuna atıf yapan ifadenin, ilâm zamanaşımı süresi bakımından yol gösterici olup olmadığı, tenfiz taleplerinde uygulanacak zamanaşımı süreleri bakımından hangi hukukun uygulanacağı doktrinde tartışmalıdır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Sargın, **Zamanaşımı**, s. 340-362; Aygün/Önal, s. 4919 vd.; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s. 320-321; Nomer, s. 504; Güven, s. 214-216; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 542. Yargıtay da bazı kararlarında, ilâm zamanaşımını kararı veren mahkemenin hukukuna göre belirlerken (bkz. Yarg. 11. HD, E. 1998/393 K. 1998/3945, 28.05.1998; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s. 321-322), çoğu zaman Türk hukukunu uygulamaktadır (bkz. Yarg. 2.HD, E. 2011/10335 K. 2012/4239, 29.02.2012, ayrıca bkz. Aygün/Önal, s. 4921-4922’de belirtilen kararlar).

¹²⁵² Sargın, **Zamanaşımı**, s. 339. Yazar, bu şekilde hak kayıplarına engel olmak üzere, tenfiz talebini ileri süren tarafın hile/kusuruna dayanmayan hallerde, zamanaşımının işlemeyeceğini öngören bir düzenlemenin kabul edilebileceğini savunmaktadır. Yazar, ayrıca, ilâmın zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle tenfiz talebinin reddi halinde, tarafları/konusu/sebebi aynı olan bir davanın, tenfiz kararının kesin hüküm etkisi sebebiyle, Türk mahkemelerinde esastan görülmesinin de mümkün olmayacağına dikkat çekmektedir (Bkz. s. 354).

Diğer taraftan, dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise, yabancı mahkeme kararlarının tanınmasına bağlı olarak ileri sürülebilecek talepler bakımından Türk hukukunda öngörülen zamanaşımı sürelerinin hangi andan itibaren işlemeye başlayacağı meselesidir. MÖHUK m. 59 uyarınca, “*yabancı ilâmın kesin hüküm veya kesin delil etkisi yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade eder.*” Bu bağlamda, tanıma kararına bağlı olarak ileri sürülebilecek tenfiz taleplerinde zamanaşımı süresinin, tanıma kararının verildiği andan itibaren mi, yoksa, geriye etkili şekilde, kararın verildiği ülkede kesinleştiği andan itibaren mi işlemeye başlayacağı sorusu ile karşılaşılmaktadır.

MÖHUK m. 59’dan yola çıkılarak, yabancı mahkeme kararının tanınması halinde, hükmün etkisinin geriye yürüyecek olması dikkate alındığında, zamanaşımı süresinin de geriye yürüyeceği düşünülebilecektir. Bu konuda, Yargıtay’ın geçmiş dönemde farklı yönde kararlar verdiği görülmekte ise de, doktrinde ve Yargıtay’ın son zamanlarda verdiği kararlarda aksi yönde bir fikir birliği olduğu görülmektedir.¹²⁵³ Buna göre, zamanaşımı süresinin, kararın verildiği ülkede kesinleştiği andan itibaren işlemeye başlayacağının kabul edilmesi, tanıma kararına bağlı olarak ileri sürülebilecek talepleri ve buna bağlı hakların kullanımını imkânsızlaştırır; bu durum da AİHS m. 6 ile korunan hak arama özgürlüğünün ihlâl edilmesine sebep olur.¹²⁵⁴

Diğer taraftan, tanıma / tenfiz talebinin herhangi bir haklı sebebe dayanmaksızın geciktirilmesi halinde, yine davacının hak arama özgürlüğü lehinde yorum yapıp yapılamayacağı şüphelidir. Diğer bir ifade ile, tanıma / tenfiz talebinde bulunabilmek için bir engelin söz konusu olmadığı durumlarda, davalının

¹²⁵³ Bu konu özellikle, yabancı mahkemelerde verilen boşanma davalarına bağlı olarak Türk mahkemelerinde ileri sürülebilecek eşler arası nafaka, tazminat veya mal rejiminin tasfiyesine ilişkin talepler kapsamında ortaya çıkmaktadır. Yargıtay, son yıllarda verdiği kararlarda, yabancı mahkemelerde verilen boşanma kararlarının ancak Türk mahkemelerinde tanınması halinde hüküm doğuracağını belirterek, anılan taleplere ilişkin TMK’da düzenlenen zamanaşımı sürelerinin tanıma kararının kesinleştiği andan itibaren başlayacağına hükmetmektedir. Bkz. Yarg. 8. HD, E. 2009/2030 K. 2009/2937, 08.06.2009 (bkz. **Çelikel/Erdem**, s. 733); Yarg. 8. HD, E. 2015/3525 K. 2015/8509, 16.04.2015; Yarg. 2.HD, E. 2009/9283 K. 2010/11533, 10.06.2010; Yarg. 2.HD, E. 2009/20515 K. 2010/594, 14.01.2010; Yarg. 8. HD, E. 2009/4595 K. 2010/805, 18.02.2010; Yarg. 8. HD, E. 2014/23308 K. 2015/18783, 05.06.2014 (bkz. www.kazanci.com; erişim tarihi: 15.03.2017). Aksi yönde bkz. Yarg. 8.HD, E. 2009/2030 K. 2009/2937, 08.06.2009 (bkz. **İ.Doğan**, s. 444); Yarg. 8. HD, E. 2013/17758 K. 2014/2032, 17.02.2014; Yarg. 8. HD, E. 2014/4434 K. 2014/4886, 21.03.2014 (bkz. www.kazanci.com; erişim tarihi: 15.03.2017) . Ayrıca bkz. **Akıncı/Demir Gökyayla**, s. 63-64; Gizem Ersen Perçin, **Milletlerarası özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014**, s. 248-250’de belirtilen Yargıtay kararları.

¹²⁵⁴ **Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe**, s. 580-581; **Nomer**, s. 533; **Çelikel/Erdem**, s. 732-733, Sargın, **Zamanaşımı**, s. 360. Aksi görüşte bkz. **Ersen Perçin**, s. 249; **Aygün/Önal**, s. 4929; **Şükran Şıpka**, **Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar**, **3. Tıpkı Basım, Oniki Levha Yayıncılık 2013 İstanbul**, s. 361 vd.

ve tanıma / tenfiz kararından etkilenecek üçüncü kişilerin, hakkın kötüye kullanımına karşı korunması gerekmektedir. Aksi halde, davalı açısından, hukuki güven / belirlilik ilkelerine aykırı ve adil olmayan sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Bu bağlamda, zamanaşımı sürelerinin amacına uygun şekilde, tanıma / tenfiz davasının tarafları arasında makul bir denge gözetilerek, hakkaniyete uygun yorum yapılması gerektiği, zamanaşımı sürelerinin başlaması konusunda, kararın verildiği ülkede kesinleşme anı veya tanıma / tenfiz kararının kesinleştiği anın mutlak şekilde kabulü yerine, somut olaya özgü değerlendirme yapılmasının daha doğru olacağı görüşüne katılmaktayız.¹²⁵⁵

4. MÖHUK m. 54’de Düzenlenen Tanıma / Tenfiz Şartlarının Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi

a. Karşılıklılık

Milletlerarası usul hukukunda geniş bir uygulama alanı bulan karşılıklılık, yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de etki doğurması bakımından azımsanmayacak derecede önemli bir sorundur.¹²⁵⁶ MÖHUK m. 54/ a bendinde belirtildiği üzere, yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de tenfiz edilebilmesi için, “Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşmanı ya da o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiilî uygulamanın bulunması” gereklidir. Karşılıklılık şartı, sadece Türkiye’de icrası gereken yabancı mahkeme kararlarının “tenfizi” için öngörülmüş olup, inşaî etkili kararların tanınması bakımından karşılıklılık şartı aranmamaktadır (MÖHUK m. 58/f. 1).

Yabancı mahkeme kararlarının tenfizi bakımından karşılıklılık şartı doktrinde öteden beri tartışılmalıdır. Bir görüşe göre, karşılıklılık, ne toplum ne de birey menfaatine dayanmaktadır; sadece siyasi düşünce ve amaçlar çerçevesinde öngörülen ve uygulama açısından da ciddi bir yük getiren bu şartın aranması günümüz ihtiyaçlarına ve adalet anlayışına da uygun değildir, bu nedenle, tanıma /

¹²⁵⁵ Sargın, **Zamanaşımı**, s. 361.

¹²⁵⁶ Doktrinde karşılıklılık şartının tanıma / tenfiz sisteminin temelini, ruhunu teşkil ettiği, bu bakımdan sistemin temel ilkeleri arasında yer aldığı belirtilmektedir. bkz. Mehmet Tezgel, **Türk Hukukunda Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Adalet Yayınevi Ankara 2012, s. 153; Arat, s. 502, 314 nolu dn.; İhsan Saracoğlu, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi**, İBD Cilt: 49 Sayı: 9-10 (1975), s. 817.

tenfiz bakımından karşılıklılık aranmamalıdır.¹²⁵⁷ Diğer bir görüşe göre ise, yargı ve icra hakkının kullanılması bir egemenlik tasarrufudur; Türk mahkemesi kararlarını kendi ülkesinde icra etmeyen devletlerin mahkemelerinde verilen kararlara, kendi ülkemizde icrai sonuçlar bağlamanın haklı bir sebebi olamaz.¹²⁵⁸¹²⁵⁹

Karşılıklılığın hangi şekillerde sağlanabileceğine ilişkin detaylı açıklamalar ile doktrinde karşılıklılığın kabulü veya reddi ile ilgili olarak daha önce ileri sürülen farklı gerekçelerin üzerinde durmanın gerekli olmadığını düşünmekteyiz.

¹²⁵⁷ **Ansay**, s. 254 ve s. 261; **Demirkol**, s. 39 ve s. 50; **Şensöz**, s. 183; Fügen Sargın, **A Critical Analysis of the Requirements of Recognition and Enforcement of Foreign Judgments under Turkish Law, IPRax-Hafts 4/2008 (July 2008)**, s. 355. Sakmar ve Nomer, özellikle, yabancı mahkemenin lehinde karar verdiği tenfiz davacısının Türk vatandaşı olması halinde, diğer tüm tenfiz şartlarına uygun olan kararın, sadece karşılıklılık koşulunu yerine getirmemesi nedeniyle, reddinin ortaya çıkardığı hak kaybını örnek göstermişlerdir. Kanımızca, ayrımcılık yasağı ve adil yargılanma hakkının bir gereği olarak, bu hak kaybı, hak sahibinin vatandaşlığına bağlı olmaksızın, eleştirilmelidir. Bkz. **Sakmar**, s. 90; **Sakmar, Le Nouveau DIP turc**, s. 399; **Nomer**, s. 511-512. Ayrıca bkz. **Ekşi, Tanıma-Tenfiz**, s. 174. Yazara göre, “yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde karşılıklılık şartından artık vazgeçilmelidir.” Fransız ve İsviçre hukuklarında tanıma ve tenfizde karşılıklılık aranmamaktadır. Alman Hukukunda ise sadece malvarlığına ilişkin kararların tenfizi bakımından karşılıklılık aranmaktadır (ZPO § 328/II).

Kinsch de, diğer tüm tenfiz şartlarının sağlanması halinde, karşılıklılığın yokluğu nedeniyle tenfiz talebinin reddinin, bireylerin hukuki menfaatlerinin kurban edilmesi anlamına geldiğini, bu nedenle karşılıklılığın AİHS bakımından pek de kabul edilebilir bir tenfiz şartı olmadığını dile getirmektedir. Bu bağlamda, genel ilke olarak, özünde ayrımcılık olan tanıma / tenfiz engellerinin kabul edilemeyeceğini savunmaktadır. Bkz. **Kinsch**, s. 105-106.

¹²⁵⁸ **Çelikel, Yeni Kanuna Göre Tenfiz**, s. 8 ve özellikle 2 nolu dn.; **Çelikel/Erdem**, s. 673. Aynı yönde bkz. **Güven**, s. 86. Tanıma / tenfizde karşılıklılığın bir şart olarak aranması konusunda farklı görüşler ile ilgili olarak bkz. **Çelikel, Ahkâmı Şahsiye**, s. 88-91; **Demirkol**, s. 48-53; **Tiryakioğlu**, s. 71-73; **Demir Gökyayla, Kamu Düzeni**, s. 49. Ayrıca bkz. 2675 sayılı MÖHUK’un yasalaşmasından önce gerçekleştirilen çalışmalar kapsamında Aysel Çelikel, Atâ Sakmar ve Ergin Nomer tarafından ileri sürülen fikirler, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu : Öntasarı Sempozyumu (22-24 Kasım 1976), Fakülteler Matbaası İstanbul 1978**.

Devletin icra organlarını harekete geçiren tenfiz kararları bakımından tanımadan daha fazla şart öngörülmesinin, diğer bir ifadeyle, daha sıkı bir denetimi gerekli kılmanın, tanıma ile tenfizin aynı olmamasından kaynaklandığı, bu nedenle tanımada karşılıklılığın aranmamasının isabetli olduğu savunulmaktadır: “... mütekabiliyet, yabancı ilamların tenfizi hususunda devletlerin hakimiyetlerine karşılıklı riayet ve hürmet esasından doğmuştur. Devletler, ancak kendi kararlarının tenfizi taahhüt edildiği takdirde, diğer devletlerin kararlarının tenfiz edilebileceğini beyan etmektedirler. Yabancı ilamların tenfizi, bir devletin amme kudretlerinin harekete geçmesini zaruri kılmakta olduğundan bu hususta mütekabiliyet aranılabilir. Tanımda ise, bir icra mevzu bahis değildir. mütekabiliyet gayesi itibarıyla tenfizin şartı olabilir. Asgari şartların aranması gereken bu meselede, esas hakkın doğumu ile ilgili olmayan fakat devletler arasında karşılıklı hürmet prensibinin ifadesi olan mütekabiliyeti aramamak gerektiği kanaatindeyiz. Mütekabiliyet esasen tenkit edilmiş bir sistemdir.” Bkz. **Çelikel, Ahkâmı Şahsiye**, s. 88. Ayrıca bkz. **Demir Gökyayla, Kamu Düzeni**, s. 62.

¹²⁵⁹ Karşılıklılığın sadece bazı kararlar bakımından aranması gerektiği yönünde görüşler de ileri sürülmektedir. Buna göre, sadece malvarlığına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tenfizi bakımından karşılıklılık koşulunun öngörülmesinin doğru olacağı belirtilmektedir. Malvarlığına ilişkin olmayan yabancı kararların ve özellikle aile hukukuna ilişkin kararların tenfizi konusunda, taraf menfaatine hiçbir şekilde hizmet etmeyen karşılıklılık koşulundan vazgeçilmesinde yarar olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca, karşılıklılık koşulunun, Türk vatandaşlarının lehine, onların haklarını koruyacak tek yönlü bir kural olarak kullanılabileceği belirtilmektedir. Bkz. **Tütüncübaşı, Çekişmesiz Yargı Kararları**, s. 195. Yukarıda Sakmar ve Nomer’in de dikkat çektiği bu sorunun, karşılıklılığın tek yönlü bir kural olarak uygulanması ile çözümlenemeyeceğine, aksinin kabulünün ayrımcılık yasağına aykırı olacağına ilişkin kanaatimizi bu noktada tekrar ediyoruz. Dolayısıyla, en uygun çözüm karşılıklılık koşulunun kaldırılmasıdır.

Konumuz bakımından önem arz eden husus, karşılıklılığın aranmasının ortaya çıkardığı sonuçtur. Zira, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, adil yargılanma hakkı, hükmün icrası hakkı kapsamında tanıma / tenfiz de bir hak olarak kabulüne ve bu konuda devletlerin olumlu yükümlülüklerinin varlığına işaret etmektedir.

Hemen ifade etmek gerekir ki, AİHM'nin karşılıklılığın tanıma / tenfiz bakımından bir şart olarak öngörülemediğine veya bu şartın somut olay temelinde “orantısız” olacağına ilişkin bir kararı bulunmamaktadır. Zaten, AİHM, daha önce de belirttiğimiz üzere, egemenlik haklarına dokunan konularda, insan hakları temelinden uzaklaşabilmekte ve devlet egemenliğini koruyan bir yaklaşım sergileyebilmektedir. Dolayısıyla, adil yargılanma hakkı odaklı yaklaşım, bu noktada AİHM'nin değerlendirmelerinin de ötesine geçmeyi gerektirmektedir.

Kanımızca, tanımanın, yargı yetkisinin kullanımından feragat veya yabancı devletin yargı yetkisinin kullanımını onaylamak bakımından tenfizden hiçbir farkı yoktur.¹²⁶⁰ Tanımanın, sahip olduğu kesin hüküm etkisi nedeniyle, tenfizden farklı koşullara bağlanmasının doğru olmadığı düşüncesindeyiz. Dolayısıyla, tanıma kararları bakımından “siyasi mülahazalardan” vazgeçmek mümkün ise, tenfiz bakımından da karşılıklılığın öngörülmemesi gerektiğini savunmak için bir engel bulunmamaktadır.¹²⁶¹ Kaldı ki, “hakka erişmek” bakımından da tanıma ile tenfiz arasında herhangi bir fark yoktur. Türk milletlerarası usul hukukunda öngörülen tüm tanıma / tenfiz şartları, toplumsal ve bireysel değerleri korumak anlamında yeterlidir.¹²⁶² Kanımızca devletin egemenlik hakları (yargı yetkisi) bakımından en

¹²⁶⁰ “Yabancı mahkeme kararlarını tanıyan, tenfiz eden devlet, prensip olarak kendi mahkemelerinin çözmeye yetkili olduğu bir uyuşmazlığı çözmeye yetkisinden vazgeçmekte, adeta uyuşmazlık üzerindeki egemenlik tasarruf yetkisinin başka bir devlet tarafından yargı yetkisi kullanılarak ortadan kaldırılmasına izin vermektedir.” Bkz. Yarg. İBK., E. 2010/1 K. 2012/1, 10.02.2012.

Yargıtay’ın tanıma ile tenfizi karıştırdığı, böylece tanınması gerekli (inşaî etkili) yabancı mahkeme kararları bakımından dahi karşılıklılığı aradığı kararları bulunmaktadır. Bkz. Yarg. 2. HD, E. 2008/6094 K. 2008/10375, 10.07.2008 (bkz. www.kazanci.com; erişim tarihi: 20.03.2017); Yarg. 2.HD, E.2004/9389 K. 2004/11706, 12.10.2004 (bkz. **Demirkol**, s. 47). Ayrıca bkz. **Akıncı/Demir Gökyayla**, s. 44, 65 nolu dn.’de belirtilen kararlar; **Sargın/Erten**, s. 49, 16 nolu dn.. Tenfiz bakımından karşılıklılığın aranması, uygulamada bu tür önemli sorunların yaşanmasına da neden olmaktadır. Ayrıca bkz. **Demirkol**, s. 46-47.

¹²⁶¹ Aksi görüşte bkz. Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 6. Bası C. VI, **Demir Demir Yayıncılık İstanbul 2001**, s. 5813 . Yazar hem tanıma hem de tenfiz bakımından karşılıklılığın aranması gerektiğini, aksi halde “çelişik sonuçların doğabileceğini” savunmaktadır.

Yabancı ilam hakkında tanıma kararı verilmesi, “yabancı hükmün millileştirilmesi, hükme ilişkin sonuçların ülke içerisinde yayılması” anlamına gelmekte ise (bkz. **Demirkol**, s. 43; **Güven**, s. 23; **Arat**, s. 426; Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 1; **Tiryakioğlu**, s. 15; **Özbakan**, s. 18), yabancı devletin yargı yetkisini tanınması ve onaylanması bakımından tanıma da tenfiz ile aynı önem ve değerdedir ve kanımızca hem tanıma hem de tenfiz kararları bakımından karşılıklılık aranmamalıdır.

¹²⁶² Aynı yönde **Demirkol**, s. 50. Yazar, karşılıklılık koşulu dışındaki diğer tenfiz koşullarının da, devletin egemenlik haklarının zedelenmesini önleyici nitelikte olduğunu belirtmekte, bu şartların taraf ve devlet menfaatlerini korumak bakımından etkinliğine dikkat çekmektedir.

önemli menfaati, kararı veren yabancı mahkemenin yetkisinin denetimi (MÖHUK m. 54/b bendi) ile korunmaktadır. Yabancı mahkemenin Türk mahkemesinin münhasır yetkisine giren bir konuda veya kendisi ile ilgisi bulunmayan bir uyuşmazlık hakkında karar vermiş olması halinde, bu kararın ne tanınması ne de tenfizi mümkündür. Bunun dışında, devletin yargı yetkisi çerçevesinde kullandığı egemenlik haklarının bir de “karşılıklılık” koşulu ile korunmaya çalışılması orantısız sonuçlara yol açabilecektir.

Gerçekten de, münhasır ve aşırı yetki denetiminden geçen, Türk kamu düzenine açıkça aykırı hiçbir sonuç yaratmayan, adil yargılanma güvencelerini tümüyle sağlayan bir yargılama sonucunda verilen yabancı mahkeme kararının, sadece karşılıklılığın sağlanmaması nedeniyle tenfizinin reddedildiği durumlarda, davacının hakkına erişebilmek için sahip olacağı tek imkân, davanın esastan Türk mahkemelerinde açılmasıdır. Bu durumun, usul ekonomisi ve makul sürede yargılama açısından adil yargılanma hakkını ihlal eden sonuçları bir tarafa, Türk mahkemelerinin davanın esası hakkında yetkili olmadığı durumlarda, davacının hakkına erişmesi hiçbir şekilde mümkün olmamaktadır.¹²⁶³ Devletin icrai organlarının devreye girmesi gerekçe gösterilerek, sadece tenfiz bakımından dahi olsa, karşılıklılığın aranması kanımızca tanıma / tenfiz kurumunun ruhuna ve amacına aykırıdır. Zira karşılıklılığın olmaması sebebiyle “cezalandırılan”, kararı veren yabancı devletten ziyade, tenfiz talebinde bulunan kişidir.¹²⁶⁴

Konuya adil yargılanma hakkı çerçevesinden bakıldığında ve tanıma / tenfiz kurumunun amacı göz önüne alındığında, aksi bir sonuca varmak kanımızca mümkün değildir. Karşılıklılığın bulunmaması halinde ortaya çıkan sonuç, hükmün icrası ve tanıma / tenfiz hakkına orantısız şekilde müdahale niteliğindedir ve hakkın özüne zarar vermektedir. Karşılıklılığın bir tenfiz şartı olarak öngörülmesi halinde,

¹²⁶³ Doktrinde, karşılıklılığın sonradan ortadan kalkabilecek bir “engel” olmasından yola çıkarak, daha önceden karşılıklılığın sağlanmaması nedeniyle tenfiz talebi reddedilen kişinin, karşılıklılığın sağlanması halinde tekrar tenfiz talebinde bulunabileceği dile getirilmektedir. Zira, sadece karşılıklılığın var olmaması nedeniyle tenfiz talebi reddedilen kişinin “uğradığı haksızlığın” artmasına izin vermemek gerekir. Bkz. Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 49.

¹²⁶⁴ Aynı yönde bkz. Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 177. Yazar, özel hukuka ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tenfizinin karşılıklılığın bulunmaması nedeniyle reddedilmesinin, yabancı devletin değil, tenfizi talep eden kişinin menfaati ile yakından ilgili olduğunu, yabancı mahkeme kararının tenfiz edilmemesinin, Türk mahkemesi kararlarını tenfiz etmeyen yabancı devletlere karşı uygulanan bir yaptırım olmadığını, bilakis yabancı mahkemece lehine karar verilen kişiyi mağdur eden bir uygulama olarak ortaya çıktığını ifade etmektedir. Ansay da, karşılıklılığın aranmaması yönündeki görüşünü şu şekilde ifade etmiştir: “Yabancı ilamların tenfizi ile varılmak istenen netice adaletin tecellisidir ve bu olmalıdır. Bir devlet mahkemeleri tarafından verilen kararlar ya adildir, ya da adil değildir; ya hukukun esas prensiplerine riayet edilmmiştir; yahut da edilmemiştir. Adaletin tecellisi uğrunda sarf edilmiş emek ve zaman, devletlerin egemenlik anlayışlarına taalluk eden ve ikinci derecede önemli olan meselelere feda edilmemelidir.” Bkz. **Ansay**, s. 254.

karşılıklılığın varlığının Türk hakimince re'sen nazara alınacak olması, hakim in bu konuda takdir yetkisinin bulunmaması, karşılıklılığın yokluğu halinde, diğer tenfiz şartlarına ilişkin herhangi bir inceleme yapılmaksızın tenfiz talebinin derhal reddedilecek olması¹²⁶⁵ da bu görüşümüzü desteklemektedir.

b. Kararını Veren Yabancı Mahkemenin Yetkisinin Denetimi: Münhasır Yetki ve Aşırı Yetki Denetiminin Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi

1) *Münhasır Yetki Denetimi*

MÖHUK m. 54/b bendi, yabancı mahkeme kararının, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması gerektiğini belirtmektedir. Türk hakimi bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini re'sen inceleyecektir. Ayrıca, kararı veren mahkeme ile uyumsuzluk konusu veya taraflar arasında “gerçek” bir bağın yokluğu da, tanıma / tenfiz davalısının itirazına bağlı olarak red sebebi teşkil edecektir. Her iki şart da adaletin düzgün yönetimi, doğal hakim ilkesi ve adil yargılanma hakkı ile yakından ilgilidir.

Dolayısıyla, esasen, MÖHUK m. 54/b bendi, özellikle yabancı mahkeme kararının tarafların adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediği konusunda yapılması gereken inceleme bakımından, AİHM'nin *Pellegrini* kararı ile belirlediği esaslara uygundur. Bu bağlamda, tanıma / tenfiz şartları arasında sayılan dolaylı yetki denetiminin, AİHS'in taraf devlet mahkemelerine yüklediği bir yükümlülük olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.¹²⁶⁶

Bununla birlikte, Türk hakiminin gerek münhasır yetki, gerekse aşırı yetki denetimi açısından aşırıya kaçmaması gerektiği de bir gerçektir. Örneğin, Yargıtay'ın önceki yıllarda verdiği kararlarına bakıldığında, yabancı vesayet kararlarının tanınması bakımından münhasır yetki kavramını yanlış yorumladığı ve doktrinde savunulanan aksine, “vesayet kararı verilmesinde Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğunu” kabul ettiği görülmektedir.¹²⁶⁷ Bununla birlikte, son yıllarda verdiği kararlarında Yargıtay isabetli bir şekilde, vesayet kararlarında yetkinin kamu düzeni veya münhasır yetki ile bir ilgisi olmadığına hükmetmekte ve

¹²⁶⁵ Tezgel, s. 154; Demirkol, s. 39.

¹²⁶⁶ Marchadier, *Compétence indirecte du juge étranger*, s. 3.

¹²⁶⁷ Yarg. HGK, E. 2009/2-557 K. 2009/527, 18.11.2009; Yarg. HGK, E. 2009/2-280 K. 2009/326, 08.07.2009 (bkz. www.kazanci.com; erişim tarihi: 18.02.2017).

bu kararlarında özellikle AIHS m. 6'ya dayanmaktadır.¹²⁶⁸ Gerçekten de, vesayet kararlarının tanınmasının arz ettiği aciliyet de düşünüldüğünce, tanıma talebinde bulunan kişinin bu talebinin reddedilmesi, daha çok zaman ve para harcanmasına (usul ekonomisi ilkesine aykırılığa) sebep olacak, münhasır yetki denetiminin yanlış uygulanması sonucu kişilerin Türk mahkemeleri önünde esasa ilişkin dava açmaya zorlanmaları adil yargılanma hakkı ihlali sonucunu doğuracaktır.

Yabancı devlet mahkemelerinin verdiği boşanma kararları kapsamındaki mal rejiminin tasfiyesi veya mirasın taksimi kararlarının içerdiği, Türkiye'de bulunan taşınmaz malların tasfiyesine (taraplardan birinin adına tesciline) ilişkin hükümlerin tanınması, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine dayalı olarak reddedilmektedir.¹²⁶⁹ Konu özellikle boşanma kararları ile birlikte verilen mal

¹²⁶⁸ “Hukuk Genel Kurulu kararının vesayete ilişkin tüm alanlarda uygulanmasının kabulü halinde yabancı ülke vatandaşı olan kişinin kendi ülkesinde milli hukuku (5718 Sayılı Kanun m.10/1) uyarınca ve doğal olarak vatandaşı olduğu devletin mahkemesi tarafından verilen kısıtlılık kararının Türkiye’de tanınmasına karar verilemeyecektir. Bu durumda yabancının Türkiye’de yeniden dava açması ve Türk Mahkemelerinin ilgilinin milli hukukuna göre karar vermesi gerekecektir. Bu uygulama ise yabancı mahkemelerin, mensubu olduğu devletin vatandaşları üzerinde yargılama yapma ve karar verme yetkisine müdahale niteliğindedir. 5718 sayılı Kanundaki hükümlerin amacı da dikkate alındığında yabancı mahkemelere, Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin olarak, öngörülen kurallara göre yargılama yapıp karar verme yetkisinin bulunduğu tartışmasızdır. Yabancı mahkemelere, açıklanan konularda verilen yetki uyarınca bunların aldıkları kararların tanınmaması mümkün değildir. Zira yabancı mahkemece verilen ilamlarının tanınmaması Türk vatandaşlarına külfetli hale gelebilecek ve kendi milli hukukundan istifadesi yabancı hukuka göre daha da zorlaşacaktır. Yabancı memleketlerde yaşayan Türk vatandaşlarını yabancı mahkemece verilen vesayet kararının tanınmaması halinde davanın aynısını Türk mahkemelerinde açmaya zorlama 5718 Sayılı Yasanın amacına aykırıdır. Türk Medeni Kanununun 404 ila 410. maddeleri arasında düzenlenen küçüklük, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, özgürlüğü bağlayıcı ceza, yaşlılık, sakatlık, deneyimsizlik ile ağır hastalık hallerinin kısıtlama nedeni olup olmadığı yapılacak yargılama sonucunda belirleneceğinden bu duruma düşen bir kişinin milli hukukunun uygulama alanı olan ülkesine getirilmek zorunda bırakılması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı ile hukuki dinlenilme hakkını ciddi biçimde engelleyecek bir uygulamadır. Ayrıca 5718 sayılı Yasada da vesayet ile ilgili özel ve ayrık bir hüküm zaten yer almamaktadır.” Bkz. Yarg. 18.HD, E. 20012/12365 K. 2013/483, 17.01.2013. Ayrıca bkz. Yarg. HGK, E. 2013/18-1628 K. 2015/894, 04.03.2015; Yarg. 18.HD, E. 2015/5194 K. 2015/18432, 14.12.2015; Yarg. 18. HD, E. 2013/16914 K. 2014/5145, 20.03.2014; Yarg. 18.HD, E. 2016/3763 K. 2016/6542, 25.04.2016 (bkz. www.kazanci.com; erişim tarihi: 18.02.2017). Yargıtay bu kararlarında, vesayetin yönetimine ilişkin kararların idari nitelikte olması sebebiyle tanınamayacağını, vesayetin yönetimi dışındaki kararların ise tanınmasının mümkün olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 516-517; Ekşi, Tanıma-Tenfiz, s. 233-234; Çelikel/Erdem, s. 687; Nomer, s. 538; Süzen, s. 92; Musa Aygül, Yabancı Mahkemeden Verilen Vesayet Kararlarının Tanınması (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Bir Kararının Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan, Yetkin Yayınları Ankara 2012, s. 146-147.

Yerleşim yeri Türkiye’de bulunan kişiler hakkında verilen vesayet kararlarının tanınmasının mümkün olmadığı yönünde bkz. Cemile Demir Gökyayla, Milletlerarası Özel Hukukta Vesayet, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, GSÜHFD 1/2011, s. 418

¹²⁶⁹ Cemal Şanlı, Türkiye’deki Gayrimenkullerle İlgili Bir Yabancı Boşanma Kararının Tenfizi, MHB Cilt: 6 Sayı: 1 (1986), s. 45; Mustafa Erkan, Bir Tabu: Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Yetki, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 20 Sayı: 1 Yıl: 2012, s. 23-24; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 517; Ekşi, Tanıma-Tenfiz, s. 182-184; Şensöz, s. 267-268. Ayrıca bkz. Yarg. 8.HD. E. 2009/6260, K. 2010/3402, 21.06.2010 (bkz. Ekşi, Yargıtay Kararları,

rejiminin tasfiyesi kararları bakımından tartışılmaktadır. Yabancı boşanma kararı tanınması ve fakat mal rejiminin tasfiyesi kararlarının tanınması taleplerinin reddi, doktrinde “*yabancı mahkeme hükmünün bir bütün olarak uygulanmasının ve adaletin tamamlanmasının engellendiği, ve bu durumun hak arayan kişilerin menfaatlerinin dikkate alınmadığı*” gerekçesiyle eleştirilmektedir.¹²⁷⁰

Konuya münhasır yetki özelinde bakıldığında, bir yabancı mahkeme hükmünün Türkiye’de bulunan taşınmazlara ilişkin kısmının tanınmayarak / tenfiz edilmeyerek, davacının Türk mahkemelerinde esas hakkında yeniden dava açmaya zorlanmasının, usul ekonomisi ilkesine ters sonuçlar yarattığı düşünülebilir. Fakat, konu adil yargılanma ve tanıma / tenfiz hakkının sağlanması bakımından hassas bir değerlendirmeyi gerektirmektedir.

Yabancı mahkemelerde verilen ve Türkiye’de bulunan taşınmaz malların tasfiyesini de kapsayan boşanma kararlarının “bir bütün halinde” tanınması gerekli olduğunu savunmak kanımızca pek mümkün değildir. Şöyle ki, taşınmazın aynına ilişkin davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin münhasır yetkili olduğunun kabulü pek çok gerekçeye dayanmaktadır.¹²⁷¹ Bu gerekçelerin arasında belki de en önemlisi, sicile güven ve üçüncü kişilerin haklarının korunmasına ilişkindir. Kanımızca, münhasır yetkinin kabulündeki gerekçelerin, AİHM’nin adil yargılanma hakkının sınırlandırılmasında başvurduğu “meşru amaç” kriterinin gereklerini karşıladığı şüphesizdir. Geriye, tenfiz talebinin reddinin, söz konusu meşru amaçlar ile orantılı olup olmadığı konusunda karar vermek kalacaktır.

AİHM, tanıma / tenfiz kararı verilebilmesi için adil yargılanma hakkını ihlal etmeyen şartların öngörülebileceğini kabul etmektedir. Bu kapsamda, yabancı mahkemenin verdiği kararın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir

s. 118); Yarg. 8.HD, E. 2014/19183 K. 2015/5260, 26.02.2015 (bkz. www.kazanci.com; erişim tarihi: 24.06.2017).

Diğer taraftan yabancı mahkemede verilen ve Türkiye’de bulunan bir taşınmaz malın “ayn olarak paylaşımına” ilişkin kararlar ile, taşınmazın aynına ilişkin olmayıp, sadece paylaşım esaslarını düzenleyen kararların birbirinden ayırt edilmelidir. Yarg. 8.HD, yukarıda anılan 26.02.2015 tarihli kararında bu ayrımı net bir şekilde ortaya koymuş, Türkiye’de bulunan taşınmaz(lar)ın aynına ilişkin olmayan kararlar bakımından münhasır yetki engelinin söz konusu olmayacağını açık bir şekilde belirtmiştir. Aynı yönde bkz. Yarg. 8.HD, E. 2016/4772 K. 2016/5813, 30.03.2016 (bkz. www.lexpera.com; erişim tarihi: 28.06.2017).

¹²⁷⁰ Erkan, **Münhasır Yetki**, s. 24. Yazar, HMK m. 12 uyarınca, “taşınmazın aynına ilişkin davaların taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılması gerektiğine” ilişkin kuralın, milletlerarası yetki açısından bir münhasır yetki kuralı olarak kabulünün ve kuralın katı bir şekilde uygulanmasının “adil yargılamaya ulaşım noktasında büyük zorluklar getirdiğini” ifade etmektedir. Ayrıca bkz. **Çelikel/Erдем**, s. 557. Yazarlar, eşlerin ortak iradeleri ile hazırlamış oldukları anlaşmaya dayanan (çekişmesiz) mal paylaşımını hüküm altına alan yabancı mahkeme kararlarının tanınması taleplerinin münhasır yetki dolayısıyla reddedilemeyeceği görüşündedir. Aynı yönde bkz. Yarg. 2. HD, E. 1994/9962 K. 1994/12007, 06.12.1994 (bkz. **Çelikel/Erдем**, s. 557).

¹²⁷¹ Ayrıntılı incelemeler için bkz. **Süzen**, s. 25 vd.

konuda verilmiş olup olmadığına dair incelemenin, tanıma / tenfiz hakkını ihlal etmediği bir gerçektir. Diğer taraftan, taşınmazın Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesine münhasır yetki tanınmanın, “münhasır yetkinin aşırıya kaçan bir yorumu” şeklinde nitelendirilemeyeceğini düşünüyoruz. Bu sebeple, tenfiz taleplerinin reddinin, tanıma / tenfiz hakkının özüne orantısız şekilde zarar verdiği sonucuna da ulaşamayacaktır. Bu nedenle, taşınmazların aynına ilişkin davalarda münhasır yetkinin kabulünü tümüyle tartışmaya açan yorumlara katılmadığımızı belirtmek isteriz.

2) *Aşırı Yetki Denetimi*

Aşırı yetki kavramının adil yargılanma hakkı bakımından önemi ve aşırı yetki kurallarının bertaraf edilmesindeki amaca yönelik çalışmamızın önceki bölümlerinde yer verdiğimiz inceleme ve açıklamalar, yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizi bakımından da geçerlidir.¹²⁷² Bu anlamda adil yargılanma hakkının tanıma / tenfiz kararları üzerindeki koruması, kararı veren yabancı mahkemenin yetkisinin “aşırı yetki” kurallarına dayalı olarak tesis edildiği halleri de kapsamaktadır.¹²⁷³ Hatta, devletlerin egemenlik alanlarına girmeleri nedeniyle doğrudan denetlenemeyen ve cezalandırılmayan aşırı yetki kuralları, ancak, tanıma / tenfizin reddi yoluyla cezalandırılabilmektedir. Bu anlamda, kararı veren yabancı mahkemenin yetkisizinin dolaylı denetimi, aşırı yetkinin bertaraf edilmesi konusunda belki de tek araçtır.¹²⁷⁴

Bununla birlikte, aşırı yetki denetimi bakımından aşırıya kaçılması da tanıma / tenfiz hakkına zarar verebilecektir.¹²⁷⁵ Bu noktada da, adil yargılanma hakkının tanıma / tenfizde ikili işlevi hatırlatılmaktadır: tanıma / tenfiz şartları bir taraftan

¹²⁷² Bkz. “Adil Yargılanma Doktrini Kapsamında Davalının Korunması: Aşırı Yetki Kurallarının Bertaraf Edilmesi” başlıklı bölüm.

¹²⁷³ **Bucher**, s. 305-306.

¹²⁷⁴ **Bucher**, yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizinde yabancı mahkemenin yetkisinin denetimine ilişkin bağımsız bir tanıma / tenfiz şartı ve denetimi öngörülmemiş olsa dahi, “hakkaniyete dayalı hakim hakkı”nın, kamu düzeni çerçevesinde değerlendirilebileceğini belirtmektedir. Ancak, davalı bakımından “hakkaniyete dayalı hakim hakkı”nı, davacı bakımından “uygulanabilir bir hüküm elde etme hakkı”nı tehlikeye sokan aşırı yetki kurallarının uygulanması ile ortaya çıkan sonucun, tanıma / tenfiz talep edilen mahkemenin kamu düzenine gerçekten ve katlanılmaz şekilde aykırı olması gerektiğinin de altını çizmektedir. Bkz. **Bucher**, s. 307-308.

¹²⁷⁵ Huysal şu isabetli tespitte bulunmaktadır: “... devletler milli hukuklarında yer alan ve gerçek bir bağlantıya dayanmayan, aşırı olarak nitelendirilebilecek, milletlerarası yetki kurallarının varlığını sorgulamazken, aynı kurallara dayanılarak verilen yabancı mahkeme kararlarının ülkelerinde sonuç doğurmasını engelleyebilmektedir.” Bkz. Huysal, **Aşırı Yetki**, s. 480. Yabancı mahkemenin yetkisinin aşırı olup olmadığının tespitinde (denetiminde) kullanılacak kıstaslar ile ilgili bkz. Huysal, **Aşırı Yetki**, s. 484 vd.; **Süzen**, s. 138 vd.

hükümün icrası ve tanıma / tenfiz hakkının önünde engel yaratmak üzere kullanılmamalıdır; diğer taraftan davalının adil yargılanma hakkı da güvence altına alınmalıdır. Belki de biraz da bu dengeyi kurmak amacıyla, MÖHUK m. 54/b bendinde yabancı mahkemenin yetkisinin aşırı olup olmadığı konusundaki denetimin davalının itirazına bağlı olarak yapılabileceği düzenlenmektedir. Doktrinde de bu düzenleme haklı bulunmuş, aşırı yetki denetiminin davalının itirazına bağlanması ile Türk hakiminin aşırı derecede ağır bir iş yükü ile karşı karşıya bırakılmasının ve tanıma / tenfiz davalarının uzamasının önleneceği belirtilmiştir.¹²⁷⁶

AİHM'nin yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizinde aşırı yetki denetimi ile doğrudan ilişkili bir kararı bulunmamaktadır. Ancak, AİHM *McDonald – Fransa* kararında¹²⁷⁷, başvurunun Fr. MK. m. 15'in aşırı yetki yarattığına ilişkin iddiasını kabul etmemiştir. Zira, AİHM, aşırı yetkinin varlığını kabul için, somut olayda başvuru mahkemesinin yetkisinin de taraflar arasında dengesizliğe yol açacak bir yetki kriterine dayanmaması (diğer bir ifadeyle, karar veren mahkemenin de aşırı yetkili olmaması) gerektiğini ifade etmiştir. Karara konu olayda, boşanma kararını veren Florida mahkemelerinin yetkisi de başvurunun (davacı) geçici nitelikteki meskeni mahkemesi olarak aşırı yetkiye dayanmaktadır.

¹²⁷⁶ Huysal, **Aşırı Yetki**, s. 495. Süzen de, aşırı yetki denetiminin taraf (davalının) menfaatini sağlamaya yönelik olması nedeniyle, düzenlemeyi doğru bulmaktadır. Bkz. **Süzen**, s. 145.

Kaya, aşırı yetki itirazını kamu düzeni ile ilişkilendirmekte ve aşırı yetkinin davalının itirazına bağlı bir tenfiz engeli olması nedeniyle kamu düzeni müdahalesinin uygulanma alanının daraldığını ifade etmektedir. Bununla birlikte, Anayasa m. 36 ve AİHS m. 6'nın koruma alanına girdiği ölçüde, aşırı yetki konusunda kamu düzeni müdahalesinin devreye girebileceğini ve bu durumda hakimın aşırı yetkiyi re'sen dikkate alabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. **Kaya**, s. 228.

¹²⁷⁷ Bkz. yukarıda AİHM *McDonald – Fransa* (kabul edilmezliğe ilişkin) kararı (Karar Tarihi: 29.04.2008 / Başvuru No: 18648/04). AİHM bu kararında, Amerikan vatandaşı başvurunun Fransız mahkemelerinde tanınmasını talep ettiği Florida mahkemelerinin boşanmaya ilişkin hükmünün tanınmasının reddini, başvurunun adil yargılanma hakkına bir müdahale olarak görmüştür. Fakat, somut olayın şartları dolayısıyla ihlal kararı vermemiştir. Zira başvuru Fransız eşinden boşanmak üzere ilk defa Fransız (Marsilya) mahkemelerine başvurmuştur. Fransız mahkemeleri boşanma talebini reddetmiştir. Başvuru bunun üzerine kararı temyiz etmeyerek Florida mahkemelerinde dava açmış ve boşanmıştır. Fransız mahkemeleri, tanıma talebini reddederken, başvurunun “milletlerarası yetki bakımından kanuna karşı hile yaptığını” belirtmiş, davacının geçici mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemelerinin (Florida) verdiği boşanma kararının tanınamayacağını vurgulamıştır. AİHM, kimsenin kendi sebep olduğu bir durumdan şikayet edemeyeceğini belirterek, (Marsilya mahkemelerinde görülen boşanma davasında) temyiz talebinde bulunmayan başvurunun tanıma talebinin reddini AİHS m. 6/f. 1'in ihlali saymamıştır. Zira, burada hakkının ihlal edildiğini ileri süren başvurunun makul ve meşru bir beklentisinin varlığından söz edilemeyecektir. Ayrıntılı incelemeler için bkz. Sinopoli, **Du privilège de juridiction et du droit à un procès équitable**, s. 89 vd., II/A ; Marchadier, **Compétence indirecte du juge étranger**, s. 4 vd.

Dolayısıyla, kararın verildiği yer mahkemesinin yetkisinin aşırı olduğu durumlarda, tanıma / tenfiz talebinin reddedileceği açıktır.¹²⁷⁸

c. Adil Yargılanma Hakkının Bir Tenfiz Engeli Olarak Milletlerarası Kamu Düzeni ile İlişkisi

1) Genel Olarak

MÖHUK m. 54/c bendi uyarınca, milletlerarası kamu düzenine uygunluk hem tanıma, hem de tenfiz kararları bakımından Türk hakiminin re'sen nazara alması gereken bir şarttır. Doktrinde, bu şart ile ne bireylerin çıkarlarına, ne de devletin dış politikasına hizmet edildiği, yabancı mahkeme kararlarının Türk milletlerarası kamu düzenine uygunluğunun incelenmesi ile yalnızca toplumun menfaatlerinin korunmaya çalışıldığı belirtilmektedir.¹²⁷⁹ Bu çerçevede, yabancı hükümden faydalanacak kişinin, yani, tanıma / tenfiz davacısının vatandaşlığı bir önem taşımamakta, sadece yabancı mahkeme hükmünün tanınması / tenfizine ilişkin karar ile ortaya çıkacak somut sonuç ile ilgilenilmektedir.

Bugün geline nokta, kamu düzenine uygunluk denetimi, esasa ilişkin (maddi) milletlerarası kamu düzeni kadar, usulî konulardaki geçerli temel ilke ve kuralları içine alan milletlerarası usulî (şekli) kamu düzeninin de dikkate alınmasını gerekli kılmaktadır.^{1280 1281} Zira, milletlerarası kamu düzeni kavramı anayasal usulî

¹²⁷⁸ AİHM'nin kararı veren yabancı mahkemenin yetkisinin tanıma / tenfiz hakimince denetlenebileceğine ilişkin görüşü ve *McDonald* kararında dayandığı “kararı veren mahkemenin aşırı yetkili olması halinde, tenfiz hakiminin talebi reddedebileceğine” ilişkin gerekçe, kararı veren yabancı mahkeme (devlet) ile tanıma / tenfiz mahkemesi (devleti) arasında herhangi bir milletlerarası sözleşmenin söz konusu olmadığı durumları kapsamaktadır. Zira AİHM yukarıda bahsi geçen *Hussin* kararında farklı bir sonuca varmıştır. Belçika mahkemelerinin Alman mahkemesi tarafından verilen kararın tanınmasını, “Alman mahkemelerinin Brüksel Konvansiyonu’nun ilgili maddesini yanlış yorumlayarak kendini yetkili saydığı gerekçesiyle” reddettiği somut olayda, AİHM Brüksel Konvansiyonu’nun yorumlanmasının kendi yetki alanında olmadığını ifade etmiştir. Bu nedenle, doktrinde, AİHM’nin, “tanıma / tenfizde dolaylı yetki denetimi” konusunda, milletlerarası bir sözleşmenin var olup olmadığına göre farklı sonuçlara vardığı ifade edilmektedir Bkz. **Barba**, s. 37.

¹²⁷⁹ Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 73.

¹²⁸⁰ **Güven**, s. 132-133; **Doğan**, s. 120; Uyanık Çavuşoğlu, **Boşanma**, s. 81; Demir Gökyayla, **Gerekçe**, s. 9; **Kaya**, s. 110. İsviçre, Fransa, Almanya gibi pek çok ülke hukuklarında yapılan “maddi-şekli kamu düzeni” ayrımının Türk hukukunda da kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 140-142. Yazar, aslında savunma haklarına uyulmasının gerçeği aydınlatmaya da katkısı olacağını, bu yönüyle savunma haklarının doğru (adaletli) karar vermeye hizmet ettiğini ifade ederek usulî kamu düzeni ile varılan maddi sonuç arasında bir bağ kurmaktadır (bkz. s. 201). Ayrıca bkz. **Şensöz/Şermet**, s. 662 vd.

¹²⁸¹ Maddi kamu düzeni ile usulî kamu düzeninin birbirinin tamamlayıcısı olduğu, tanıma / tenfiz talebinin reddi bakımından birlikte veya ayrı ayrı uygulanabilecekleri ve farklı uygulama alanları ve usulleri olsa da aynı amaca hizmet ettikleri dile getirilmektedir. bkz. **Othenin-Girard**, s. 96.

hak ve ilkeler kadar, başta adil yargılanma hakkı olmak üzere uluslararası anlamda kabul görmüş tüm ilke ve hakları kapsamaktadır. Yabancı devlet mahkemesinde uygulanan usul kurallarına ilişkin gerek soyut düzenlemelerin, gerekse somut uygulamaların milletlerarası alanda kabul görmüş ilke ve haklara aykırı olması halinde, yabancı mahkeme kararının tanınması / tenfizi mümkün değildir. Bu çerçevede, gerek AİHS m. 6'ya, gerekse AİHS'de düzenlenen ve AİHM tarafından da güvence altına alınan tüm hak ve ilkelere aykırı yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizinin de Türk kamu düzenine aykırı olduğu belirtilmektedir.¹²⁸² Yukarıda incelediğimiz AİHM'nin *Pellegrini* kararı, tam da bu noktaya işaret etmektedir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, AİHS m. 6 ile korunan güvencelerin ihlali usulî milletlerarası kamu düzenine aykırılık kapsamında değerlendirilmektedir.

Esasa ilişkin (maddi) milletlerarası kamu düzeni kapsamında değerlendirilen ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizine engel oluşturan hususlar çalışma konumuzun dışındadır. Bununla birlikte, maddi milletlerarası kamu düzeninin bir tanıma / tenfiz engeli olarak keyfi şekilde uygulanması sonucunda, tanıma / tenfiz talebinin reddedilerek kişilerin haklarına erişmelerinin engellenmesi adil yargılanma hakkının koruması dahilindedir ve AİHM tarafından açıkça AİHS m. 6'ya aykırı bulunmaktadır. Aynı sonuç usulî milletlerarası kamu düzeninin yorumu bakımından da geçerlidir. Diğer bir ifadeyle, bir yabancı mahkeme kararının tanıma / tenfiz devletinin gerek şekli gerekse maddi milletlerarası kamu düzenine aykırılığı bakımından yapılacak denetim, “tanıma / tenfiz hakkı” ile sınırlandırılmaktadır.

Usulî milletlerarası kamu düzeni kavramı ise, tanıma / tenfiz kararlarının AİHS m. 6/f. 1'de düzenlenen güvenceler kapsamında değerlendirilmesi açısından hayati önemi haizdir. Usulî milletlerarası kamu düzeni, MÖHUK m. 54'de belirtilen tanıma / tenfiz şartları arasında, genel olarak kamu düzenine aykırılığı düzenleyen c bendi ve “savunma haklarına aykırılık” başlığı altında ele alınan ç bendi kapsamında incelenmektedir. MÖHUK m. 54/ ç bendinde, kararı veren mahkemenin kanunları uyarınca, “*kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil*

¹²⁸² **Nomer**, s. 520; Demir Gökyayla, **Gereke**, s. 9. AİHS m. 6 dışında, AİHS ve AİHM tarafından güvence altına alınan haklar bir yana, adil yargılanma hakkının kapsamına giren tüm usulî ilkelerin Türk kamu düzeni tarafından korunduğu savunulabilecekse de kanımızca bu konuda bazı tereddütler bulunmaktadır. Bkz. “İnsan Hakları Hukuku ve AİHS'in Üstünlüğü” başlıklı bölüm.

edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş” olması ve tanıma / tenfiz davalısının bu duruma itiraz etmesi halinde, tanıma / tenfiz talebinin reddedileceği düzenlenmektedir. Görüldüğü üzere, MÖHUK m. 54/ ç bendinde belirtilen usulsüzlükler, adil yargılanma hakkının uygulama alanına giren tüm ilke ve hakları güvence altına almaktan uzaktır. Ayrıca, Türk hakiminin söz konusu usulsüzlükleri davalının itirazına bağlı olarak dikkate alabileceğine ilişkin düzenleme de doktrinde eleştirilmektedir.

Çalışmamızın bu bölümünde, öncelikle AİHS m. 6/f. 1 ile usulî milletlerarası kamu düzeni kavramı arasındaki ilişki üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda, çalışmamızın ilk bölümde ortaya koyduğumuz, adil yargılanma hakkının içerdiği temel hak ve ilkelerin tümünün “usulî kamu düzenine aykırılık” kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, AİHS m. 6 ile usulî kamu düzeni kavramı arasında bir üstünlük ilişkisinden (hiyerarşi) bahsedilip bahsedilemeyeceği sorusuna cevap bulmaya çalışacağız. Daha sonra, Türk hukukunun tanıma / tenfiz hükümlerinin belirlediği koruma sistemini inceleyecek ve bu sistemin adil yargılanma hakkının güvence alınmasındaki rolü üzerinde duracağız.

2) Adil Yargılanma Hakkının Usulî Milletlerarası Kamu Düzeni Kapsamında Değerlendirilmesi

a) İnsan Hakları Hukuku ve AİHS’in 6. Maddesinin Bağımsızlığı ve Üstünlüğü

i. AİHS’in 6. Maddesinin Usulî Milletlerarası Kamu Düzeni Karşısındaki Yeri

Yukarıda, yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizinde, adil yargılanma hakkına aykırılıkların “insan hakları hukuku”ndan ziyade “milletlerarası kamu düzeni politikası” çerçevesinde değerlendirildiğini dile getirmiştik. Gerçekten de, AİHS m. 6’nın koruma alanındaki usulî güvencelerin göz ardı edilmesi sonucu verilen kararların büyük oranda kamu düzenine aykırılık nedeniyle tanınması / tenfiz edilmesi mümkün olmamaktadır. Bu konu Brüksel I Tüzüğü’nü (ve Brüksel I Recast Tüzüğü’nü) uygulayan devletler açısından ayrı bir önemi haizdir. Zira Brüksel Tüzükleri’nin (Brüksel I, II ve Recast) öngördüğü

tanıma / tenfiz sistemi ile AİHM'nin AİHS m. 6/f. 1 çerçevesinde geliştirdiği koruma sistemi farklı amaçlara yönelmektedir; Brüksel Tüzüğü sistemi, üye devlet mahkemelerinde verilen kararların “serbest dolaşımını” sağlamayı amaçlamakta ve üye devletler arasındaki tanıma / tenfiz taleplerinin reddini çok sınırlı sebeplere bağlamakta iken¹²⁸³, AİHS m. 6 çerçevesinde geliştirilen AİHM içtihadı “esaslı” bir adil yargılanma hakkı denetimini öngörmektedir.¹²⁸⁴

¹²⁸³ Brüksel I Recast Tüzüğü, tanıma / tenfizde red sebeplerini düzenlediği m. 45/f. 1/b bendinde, “davalının mümkün olan ilk fırsatta bu hususa itiraz etmesi şartıyla, dava dilekçesinin, savunmasını hazırlamasına olanak sağlayacak makul bir süre içinde davalıya tebliğ edilmemesi ve davanın, davalının yokluğunda görülmüş olması halinde” tanıma talebinin reddedileceğini düzenlemektedir (Brüksel I Tüzüğü m. 34/f. 2; Brüksel Konvansiyonu m. 27/f. 2). Doktrinde, tanıma talebinin reddini bu denli sınırlı bir duruma bağlayan bu hükmün AİHS m. 6/ f. 1 ile uyumlu olmadığı dile getirilmektedir. Bu bağlamda, AİHS m. 6/f. 1’in, anılan hükmün geniş yorumlanmasını zorunlu kıldığı vurgulanmaktadır. Ayrıca, üye devletlerin, usuli temel hakların ihlali halinde, tanıma talebinin reddi bakımından, Brüksel Recast Tüzüğü m. 45/f. 1’e (Brüksel I Tüzüğü m. 34/f. 1; Brüksel Konvansiyonu m. 27/f. 1) başvurabilecekleri, zira, kamu düzeni kavramı içine giren usuli temel hakların belirlenmesinde üye devletlerin takdir hakkı olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Hammje**, s. 28-29; **Vlas**, s. 404.

¹²⁸⁴ Brüksel I (güncel anlamda Brüksel I Recast) Tüzüğü’nü uygulayan ülkeler, adil yargılanma hakkını ihlal eden yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini, AİHS m. 6 yerine Brüksel I Tüzüğü’nün 34. maddesi (Brüksel Konvansiyonu m. 27; 1215/2012 sayılı Tüzük m. 45/f. 1/a) gereğince “kamu düzenine aykırılık” kapsamında değerlendirmektedir. Zira, AİHS m. 6 ile korunan hak ve ilkelerin de milletlerarası kamu düzeni içinde yer aldığı kabul edilmektedir. Bkz. yukarıda AAD’nin *Krombach – Bamberski kararı*, (Case, C-7/98, 28.03.2000); AAD *Eurofood IFSC kararı* (Case, C-341/04, 02.05.2006); AAD *Régie Nationale des Usines Renault SA v. Maxicar SpA kararı* (Case, C-38(98, 11.05.2000). Ayrıca bkz. Ceyda Süral, **Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, (Editörler) Işıl Özkan/Ceyda Süral/Uğur Tütüncübaşı, Adalet Yayınevi Ankara 2016**, s. 222. AAD’nin milletlerarası kamu düzeni kapsamında gerçekleştirdiği adil yargılanma ihlallerine ilişkin incelemeler ile bazı üye devlet içtihatları ilgili olarak bkz. **Kiestra**, s. 260 vd.; **Kinsch**, s. 319 vd. Brüksel I (Recast) Tüzüğü’nü uygulayan devletlerde verilen kararların diğer bir üye devletin kamu düzenine aykırı olmayacağı yönünde güçlü bir varsayımın kabul edildiği belirtilmekte, bu durumun, “insan hakları hukukunun etkilerinin” daraltıldığı şeklinde yorumlanmaktadır. Bkz. **Fawcett**, s. 27; **Juratowitch**, s. 188. Diğer taraftan, AİHS’in adil yargılanma hakkını korumasına ve bu bağlamda AİHM’nin, *Pellegrini* kararı ile, taraf devletlere adil yargılanma güvencelerine ilişkin ciddi bir tanıma / tenfiz incelemesi yapma yükümlülüğü yüklemesine karşın, Tüzük sisteminin üye devlet kararlarının serbest dolaşımını desteklediği dile getirilmektedir. Bu açıdan, adil yargılanma ihlallerinin “kamu düzenine aykırılık” kapsamında bir tanıma / tenfiz engeli olarak kabulünün, Tüzüğün uygulanmasını engelleyebileceği ifade edilmektedir. Bu bağlamda, Tüzük ile öngörülen anlayışın AİHS m. 6 ile çeliştiği ifade edilmektedir. Bkz. Matscher, **DIP face à la CEDH**, s.223; **Hammje**, s. 28; **Sinopoli**, s. 180-187. Yazar, Fransız Temyiz Mahkemesi’nin AİHS’yi ilk sıraya koyarak “konvansiyonlar çatışmasına” çözüm getirdiğini belirtmektedir. Aynı yönde bkz. **Kinsch**, s. 319.

Diğer taraftan Kinsch, AİHS m. 6’nın Brüksel Tüzüğü’nü uygulayan devlet mahkemelerinde verilen kararlar bakımından bir tenfiz engeli olmaması gerektiğini belirtmektedir. Buna göre, Brüksel sistemi kendi içinde uygulanmalıdır. AİHM’nin tanıma /tenfiz konusunda taraf devletlere ek bir inceleme yükümlülüğü getirmesine karşın, AB üyesi devletlerin tam tersine tanıma / tenfiz incelemesini tümüyle ortadan kaldıran bir sisteme yönelmesinin tesadüfi olamayacağını vurgulamakta ve Brüksel I Tüzüğü hükümlerini aşan bir adil yargılanma hakkına uygunluk incelemesinin AB üyesi ülkelerde verilen kararlar için mümkün görülmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **Kinsch**, s. 326; **Hazelhorst**, s. 69 ve s. 179 vd.. Ayrıca bkz. **Barba**, s. 71-77; **Flauss**, s. 84-88; **E.Guinchard**, s. 224-225. Yazar, AB üyesi devletler bakımından yapılması gereken farklı değerlendirmenin aslında AİHS’e taraf devletlerin tümü için geçerli olması gerektiğini belirtmektedir. Buna göre, tenfiz prosedürünün kaldırılması, sadece AB ülkelerini değil, AİHS’e taraf ülkeleri kapsayacak şekilde uygulandığı takdirde, ayrımcı olmayacaktır.

Brüksel Konvansiyonu / Tüzüğü’nün ortaya çıkardığı “Topluluk hukuku kamu düzeni (*ordre public communautaire*)” kavramının Brüksel Konvansiyonu ve AİHS m. 6/f. 1 kapsamında incelenmesi

Brüksel Tüzüğü sistemindeki devletlerin yaşadığı “konvansiyonlar çatışması” Brüksel I Tüzüğü’nü (Recast) uygulamayan devletler bakımından da geçerlidir. Zira, AB üyesi olmayan devletler de, tanıma / tenfiz konusunda birçok ikili veya çok taraflı anlaşmaya taraftır ve bu sözleşmeleri uygulama yükümlülüğü altındadır.¹²⁸⁵ Bu durumda, örneğin Türkiye’nin taraf olduğu bir ikili tenfiz anlaşmasında, yabancı mahkeme kararının hiçbir denetime tabi tutulmaksızın tanınması / tenfiz edilmesinin öngörülmesi halinde, Türk mahkemeleri, yabancı mahkemede verilen kararın AİHS m. 6’ya ve milletlerarası usulî kamu düzenine aykırı olup olmadığı konusunda bir inceleme yapmayacak mıdır?¹²⁸⁶ Bu soruya olumlu yanıt verilmesi halinde, Türkiye’nin AİHS m. 6/f. 1 kapsamında sorumlu olacağı açıktır. Ayrıca, çalışmamızın ilk bölümünde ifade ettiğimiz üzere, taraf

için bkz. **Sinopoli**, s. 187 vd. Buna karşın, İngiliz hukukunda ise, Brüksel Tüzüğü’nün uygulanmasına öncelik verildiği görülmektedir. Bkz. **Fawcett**, s. 31. Ayrıca bkz. **Kinsch**, s. 322, 866 nolu dn.

Gerçekten de AİHM, Topluluk Hukuku’nun temel haklara yaklaşımının AİHS ile paralel olduğunu, bu anlamda Topluluk Hukuku kurallarının AİHS’yi ihlâl etmediği yönünde “olumlu bir önyargıya” sahiptir. AİHM, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret AŞ – İrlanda* kararında (Karar Tarihi: 30.06.2005 / Başvuru No: 45036/98), AAD’nin denetimi altındaki Topluluk Hukuku uygulamasının, sistemsal açıdan AİHS ile uyumlu olduğunu dile getirmiştir (prgf. 160-165). Bu kapsamda, *Avotiņš* kararında (bkz. yukarıda AİHM *Avotiņš – Letonya kararı*) Letonya mahkemelerinin Brüksel I Tüzüğü’nü uygulamak konusundaki yükümlülüklerini göz önüne alarak, başvuruçunun bilgilendirme hakkının ihlâlüne ilişkin ciddi soru işaretleri barındıran Limasol mahkemesi kararının Letonya mahkemelerinde tenfiz edilmesini AİHS m. 6/f. 1’e aykırı bulmamıştır (prgf. 49-54. Kararın eleştirisi için bkz. Maxime Barba, **Les exigences du procès équitable face au droit européen de l’executur : Histoire d’un arrêt paradoxal** (<http://www.gdr-elsj.eu/2014/04/01/cooperation-judiciaire-civile/les-exigences-du-proces-equitable-face-au-droit-europeen-de-lexequatur-histoire-dun-arret-paradoxal/>)). Dolayısıyla, Topluluk Hukuku kurallarının uygulandığı tanıma / tenfiz talepleri bakımından AİHS m. 6/f. 1 kapsamında gerçekleştirilmesi gereken denetimin, bizzat AİHM tarafından zayıflatıldığı görülmektedir. Ayrıca, *Avotiņš* kararına konu olayda başvuruçunun, hem esasa ilişkin yargılamada, hem de tenfiz davasında adil yargılanma hakkının ihlâl edildiği iddiası ile Kıbrıs’a ve Letonya’ya karşı AİHM’ye başvurmuştur. Ancak Kıbrıs’a karşı yapılan başvuru, Komisyon tarafından süre aşımı (AİHS m. 35/f. 1) dolayısıyla reddedilmiştir. Şayet, süre aşımı söz konusu olmasaydı, AİHM’nin, Kıbrıs’daki yargılamanın AİHS m. 6/f. 1’e aykırı olup olmadığı konusunda da hüküm kuracağı düşünüldüğünde, şöyle bir soru ortaya çıkmaktadır: Esasa ilişkin yargılamanın AİHS m. 6/f. 1’i ihlâl etmesi halinde dahi, tenfiz mahkemesinin AİHS m. 6/f. 1’i ihlâl etmediği sonucuna varılabilecek midir? Diğer bir ifadeyle, Brüksel Tüzüğü’nün üye devletlere tenfiz konusunda yüklediği yükümlülükler, adil yargılanma hakkına üstün tutulmalı mıdır? Kanımızca, bu soruya olumlu yanıt verilmesi mümkün değildir.

¹²⁸⁵ **Flauss**, s. 82-83.

¹²⁸⁶ Türkiye’nin taraf olduğu ve “doğrudan tanıma usulü”nün kabul edildiği milletlerarası sözleşmelerin bazılarında, başta kamu düzeni olmak üzere, bazı denetim şartlarının öngörüldüğü görülmektedir. Ancak birçok sözleşmede de, doğrudan tanıma engeli olarak hiçbir şart düzenlenmemektedir. Bu sözleşmeler uyarınca gerçekleştirilecek doğrudan tanıma bakımından kamu düzeni denetimi ve dolayısıyla da usulî temel haklara uyulup uyulmadığına ilişkin bir denetim yapılamayacaktır. Bkz. Ebru Şensöz, **Türkiye’nin Taraf Olduğu Bazı Milletlerarası Sözleşmeler Çerçevesinde Doğrudan Tanıma Usulü**, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* **Yıl:11 Sayı: 22 (2012/2)**, s. 396-397 ve s. 403.

Milletlerarası sözleşmeler dışında bazı kararların tanıma usulüne gerek kalmaksızın nüfus siciline tescili mümkündür. Örneğin, yukarıda ele aldığımız üzere Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 27/A’da belirtilen, yabancı adli veya idari makamlarca verilmiş olan boşanma, evliliğin butlanı ve iptali kararları bu kapsamda değerlendirilecektir. Ancak bu kararların kamu düzenine uygun olması zorunluluğu kanunda açıkça belirtilmiştir.

devletler, AİHS hükümlerini uygulamaktan hiçbir şekilde imtina etme hakkına sahip değildir. Taraf devletlerin işlem ve eylemleri, tarafı oldukları başka milletlerarası sözleşmelere dayanıyor olsa dahi, bu durum, AİHS'in uygulanmaması konusunda taraf devletlere bir imkân sağlayamayacaktır.

AİHS'in, yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizinde, taraf devletlerin uygulamakla yükümlü oldukları diğer milletlerarası sözleşmelerden üstün olduğunu ortaya koyduktan sonra, AİHS m. 6'ya aykırılıkların, taraf devletlerin usulî milletlerarası kamu düzeni anlayışı karşısındaki yerinin de belirlenmesi gerekmektedir. Doktrinde, haklı olarak, AİHS m. 6/f. 1'in ihlalinin, milletlerarası usul hukuku bağlamında her zaman kamu düzeninin ihlaline sebebiyet vermeyebileceği belirtilmektedir.¹²⁸⁷ AİHS m. 6 kapsamında değerlendirilen tüm hak ve ilkelerin çoğunun usuli milletlerarası kamu düzeni kavramına dahil olduğu savunulabilirse de, bu iki kavramın bire bir aynı olduğu ve örtüştüğünü ileri sürmek pek kolay değildir. Ayrıca, gerek usuli kamu düzeni kavramının, gerekse adil yargılanma hakkının gelişen ve değişen kavramlar olması, bugün için geçerli olan bazı düşüncelerin gelecekte değişebileceğini göstermektedir. Bu bağlamda, adil yargılanma hakkı ihlalleri bakımından, "üstün" hukuk düzeni olarak AİHS'e mi, yoksa taraf devletlerin milletlerarası kamu düzeni anlayışlarına mı öncelik tanınacağına karar verilmesi gerektiği ifade olunmaktadır.¹²⁸⁸

Yabancı mahkemedeki yargılama sırasında gerçekleşen adil yargılanma usulsüzlüklerinin, AİHM içtihadı çerçevesinde AİHS m. 6'ya aykırı olduğu kanaatine varan tanıma / tenfiz hakiminin, söz konusu kararın tanınması ile ortaya çıkacak sonucun tanıma / tenfiz devletinin usulî milletlerarası kamu düzenine aykırı olmayacağına hükmederek tanıma / tenfiz kararı vermesi, uygulamada sık rastlanacak bir durum olmamakla birlikte, kanımızca imkânsız değildir. Zira, tanıma / tenfiz talebini reddedebilmek için, tanıma / tenfiz kararının ortaya

¹²⁸⁷ Aksi görüşte bkz. **Foyer**, s. 344.

¹²⁸⁸ **Fawcett**, s. 28-30 ve s. 36-37. Yazar, AİHS m. 6'nın yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizi üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesinde, yalnızca somut sonuçların dikkate alınması ile yetinilmemesi gerektiğini, bu sonuçların milletlerarası usul hukukunun gelişimine etkilerinin de önemli olduğunu belirtmektedir. Bu noktada, yazar, iki dereceli bir inceleme ve değerlendirme yapılması gerektiğini savunmaktadır: ilk aşamada, somut olay kapsamında, yabancı devlet mahkemelerinde yaşanan adil yargılanma ihlallerinin ortaya konması gerekmektedir. Bu aşamada "insan hakları hukuku" ön planda tutulmalıdır. Bu aşamadan sonra, belirlenen adil yargılanma ihlallerinin önlenmesinde ise milletlerarası usul hukuku kurallarına başvurulmalıdır. Diğer bir ifadeyle, AİHS m. 6/f. 1 dikkate alınarak tespit edilen adil yargılanma usulsüzlüklerinin, tanıma / tenfiz devletinde etki yaratmasının önüne geçilmesi bakımından milletlerarası kamu düzeni müdahalesinden faydalanılmalıdır. Ayrıca bkz. **Hazelhorst**, s. 78-79 ve s. 283 vd.

çıkarcacağı sonucun talepte bulunulan devletin kamu düzenine “açıkça” aykırı olması aranmaktadır. Dolayısıyla, AİHS m. 6 yerine, milletlerarası kamu düzeni anlayışına üstünlük tanınması halinde, yabancı mahkeme kararının tanınmasına / tenfizine karar verilecektir. Yabancı mahkeme kararını adil yargılanma güvenceleri bakımından denetleme yükümlülüğünü gerekli ve yeterli titizlikle yerine getirmiş olması bir tarafa, AİHS’e taraf tanıma / tenfiz devletinin, ortaya çıkan sonuç bakımından AİHS kapsamındaki sorumlulukları bakidir.

Bu noktada şöyle bir örnek verebiliriz: Aşağıda ayrıntılı bir şekilde üzerinde duracağımız Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu 2012 yılında verdiği bir kararında, kısaca, yabancı mahkeme kararlarının gerekçesiz olmasının başlı başına Türk milletlerarası kamu düzenine aykırı olmadığına, “gerekçe” konusunda yabancı mahkemenin kendi usulünün dikkate alınması gerektiğine hükmetmiştir.¹²⁸⁹ Oysa, çalışmamızın ilk bölümünde belirttiğimiz üzere, AİHM’nin açık içtihadı, “gerekçeli karar hakkı”nın adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirildiği, mahkeme kararlarının, hükme esas alınan olgu ve hukuki sebepleri gösterir dayanaktan tümüyle yoksun olması halinde, AİHS m. 6/f. 1’in ihlal edilmiş olacağı yönündedir. Bu durumda Yargıtay’ın İBK kararında ortaya koyduğu ilkeleri esas alan Türk hakiminin, gerekçesiz bir yabancı mahkeme kararını kamu düzenine aykırı bulmayarak tanınması / tenfiz etmesi mümkündür. Bu noktada, en yüksek yargı organı tarafından kamu düzenine aykırı bulunmayan bir hususun AİHS m. 6/f. 1’in ihlaline sebebiyet verebileceği görülmektedir. Her ne kadar, aşağıda ayrı bir başlık altında inceleyeceğimiz bu karar, AİHS m. 6/f. 1’in yanlış yorumlanması sonucunda, Türk milletlerarası kamu düzenine de aykırı olan bir hususu kamu düzenine uygun bulmuş olsa da, kararın vardığı yanlış sonuç çerçevesinde, Türk kamu düzenine aykırılığın, AİHS m. 6’ya aykırılıktan ayrıldığı görülmektedir. Bu durumda MÖHUK m. 54/c bendi dışına taşan bir korumaya ihtiyaç duyulacaktır.

Aynı şekilde, örneğin, yabancı mahkemedeki yargılamada adli yardıma ihtiyaç duymasına karşın, adli yardımdan faydalanamayan ve bu nedenle açıklama ve savunma hakkını gerektiği gibi kullanamayan bir kişiye karşı verilmiş kararın Türk mahkemelerinde tanınması / tenfizi talebinin söz konusu olduğunu düşünelim. Şayet, haklılığını gösterir unsurların söz konusu olduğu ve yeterli maddi imkândan yoksun olduğu ortada olan bu kişinin, yalnızca karşılıklılığın sağlanmaması nedeniyle yabancı mahkemede adli yardımdan faydalanamaması söz konusu ise, bu

¹²⁸⁹ Yarg. İBK, E. 2010/1 K. 2012/1, 10.02.2012 (bkz. www.kazanci.com; erişim tarihi: 25.03.2017).

husus Türk hakimî tarafından usulî kamu düzenine açıkça aykırı bulunmayacaktır; zira HMK m. 334/f. 3 uyarınca, yabancıların adli yardımdan faydalanmaları karşılıklılık koşuluna bağlanmaktadır. AİHS m. 6'ya aykırı bu durumun, kamu düzenine aykırı bulunmaması halinde, tanıma / tenfiz kararı verilebilecektir. Bu durumda, Türk hakimînin usulî milletlerarası kamu düzeni anlayışının AİHS m. 6'ya üstün tutulması nedeniyle AİHS'in ihlali sonucu ile karşılaşılabilir.

Kanımızca, yabancı mahkeme kararlarının adil yargılanma hakkına aykırı olup olmadığını tespit bakımından iki dereceli bir denetim yapılmalıdır. Taraf devletlerin usulî milletlerarası kamu düzenine aykırılık teşkil eden yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizi zaten mümkün değildir. Ancak ikinci aşamada, yabancı mahkeme kararının yarattığı sonuçların adil yargılanma güvenceleri ile bağdaşıp bağdaşmadığına karar vermek, kısaca bir adil yargılanma ihlalinin söz konusu olup olmadığını tespit etmek bakımından AİHS m. 6'nın devreye girmesi kaçınılmazdır. Zira, taraf devletlerin usulî kamu düzenini bozmayacak bazı durumların AİHS m. 6 ile bağdaşmaması mümkündür. Bu açıdan, AİHS m. 6/f. 1'in "üstün ve bağımsız", belki de daha çok "tamamlayıcı" bir tanıma / tenfiz engeli olarak kabulü gerekmektedir.

Esasen, uluslararası doktrine bakıldığında, AİHS m. 6'ya aykırılığın bağımsız bir tanıma / tenfiz engeli oluşturup oluşturmadığı tartışmalarının ötesine geçildiği görülmektedir. Bu çerçevede, "usulî kamu düzenine aykırılık" kavramının terk edilip, yerine "adil yargılanma hakkının temel ilkelerine aykırılık" kavramının bir tanıma / tenfiz şartı olarak kabul edilip edilemeyeceği üzerinde tartışılmaktadır.¹²⁹⁰ Usulî kamu düzeni kavramının tanımının tam olarak yapılamaması ve hangi hak ve ilkeleri kapsadığının tam olarak belirlenememesi karşısında, adil yargılanma hakkının çok daha net ve anlaşılır olduğu ve kamu düzeni kavramının aksine, politik amaçlara dayanmadığı savunulmaktadır.¹²⁹¹ Böylece, usulî milletlerarası kamu düzenine aykırılık şartının uygulanmasında esas alınan "millî" bakış açısı terk edilerek, tanıma / tenfiz hukuku evrensel standartlara kavuşacak ve tanıma /

¹²⁹⁰ **Barba**, s. 67-68; **Hazelhorst**, s. 283 vd. Yazar, Brüksel I Tüzüğü'nü yürürlükten kaldıran 1215/2012 sayılı Brüksel Recast Tüzüğü'nün kabulüne ilişkin çalışmalar sırasında yapılan öneride, tanıma / tenfiz şartları arasında kamu düzenine atf yapılmadığını, bunun yerine adil yargılanma hakkının temel ilkelerine atf yapmakla yetinildiğini, ancak bu önerinin, "kamu düzeni kavramının üye ilkeler için arz ettiği önem ve anlama dayanılarak" bir hayli eleştirildiğini ifade etmektedir. Böylece, Brüksel I Recast Tüzüğü'nde de "kamu düzenine aykırılık" şartı korunmuştur.

¹²⁹¹ **Hazelhorst**, s. 284-285. Aksi yönde bkz. **Foyer**, s. 344-345. Yazar, kamu düzeni kavramının, ulusal değerlerin korunması bakımından arz ettiği önem nedeniyle, "terk edilmemesi" gerektiğini ifade etmektedir. Bu bağlamda, temel haklara aykırılığın doğrudan değil, "kamu düzeni" kavramı dahilinde dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır.

tenfiz talebinin reddi sebepleri bakımından öngörülebilirlik sağlanabilecektir. Diğer taraftan, usuli kanuna karşı hile gibi, adil yargılanma hakkı dışında kalan ve fakat usuli kamu düzeni içinde değerlendirilebilen bazı hususların da tanıma / tenfiz kararı verilmesine engel teşkil etmesi nedeniyle, usuli kamu düzenine aykırılık kavramının tümüyle terk edilmesi mümkün görülmemektedir.¹²⁹² Ortaya çıkan tablo şudur: Usulî kamu düzenine aykırılık kümesi ile adil yargılanma hakkına aykırılık kümesinin kesiştiği alanda birçok temel hak ve ilke vardır; bu hak ve ilkeler her iki kavramın da koruma alanındadır. Fakat usulî kamu düzenine aykırılık kümesi ile AİHS m. 6/f. 1 anlamında adil yargılanma hakkına aykırılık kümesi tam olarak kesişmemektedir. O nedenle, adil yargılanma hakkına aykırılık, usulî kamu düzenine aykırılığın yanında bağımsız bir tanıma / tenfiz engeli olarak kabul edilmelidir.

ii. AİHS m. 6'nın “Bağımsız” Bir Tenfiz Engeli Olarak Uygulanıp Uygulanamayacağının Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Çalışmamızın ilk bölümünde ifade ettiğimiz üzere, AİHS hükümleri, gerek MÖHUK m. 1/f. 2, gerekse T.C. Anayasası m. 90/son fıkrası uyarınca hem MÖHUK'da hem de iç hukukta düzenlenen diğer kanun hükümleri karşısında öncelikli olarak uygulanacaktır. Bu nedenle doktrinde, AİHS m. 6'nın MÖHUK'da yer alan tanıma / tenfiz şartlarından bağımsız bir şekilde uygulanabileceği belirtilmektedir.¹²⁹³

Bu çerçevede, tanıma / tenfiz taleplerinin reddedilmesi bakımından kamu düzenine aykırılığa başvurmaya gerek yoktur. MÖHUK m. 54'de ayrıca ve açıkça belirtilmese de, AİHS m. 6/f. 1'e uygunluk, hakim tarafından re'sen dikkate alınması gereken, bağımsız ve üstün bir tanıma / tenfiz şartıdır. Böylece, bir üst başlıkta ele aldığımız sorun da kendiliğinden çözüme kavuşmaktadır. Her ne kadar,

¹²⁹² Barba, s. 69.

¹²⁹³ Ekşi, **Tanıtma-Tenfiz**, s. 696; Şensöz, s. 377-379. Yazar, çok doğru bir şekilde, şu tespiti yapmaktadır: “İnsan hakları belgeleri ile teminat altına alınan hakların ihlali suretiyle verilen ilamların tanınmasının reddi, her zaman, MÖHUK m. 54/c “Türk kamu düzenine açıkça aykırılık” çerçevesinde değerlendirilebilecek olsa dahi, kanaatimizce, bu sözleşmeler ve bu sözleşmelerde teminat altına alınan haklar, “üst ve ölçüt norm” olarak, müstakilen tanıma ve tenfizin reddi sebebi olarak kullanılmalıdır. Böylelikle, insan haklarına ilişkin sözleşmelerin tüm devletlerde etkili bir biçimde uygulanmasına katkı sağlanmış olacaktır.” Nomer de, AİHS m. 6 ile güvence altına alınan hakları ihlal eden yabancı mahkeme kararlarının tanınamayacağını / tenfiz edilemeyeceğini belirttikten sonra, bu ihlallerin aynı zamanda “Türk kamu düzeni müdahalesi için haklı bir sebep teşkil edeceğini” ifade etmiştir. Bkz. **Nomer**, s. 528. Yazar, her ne kadar, AİHS m. 6'ya aykırılığı, açıkça, bağımsız bir tanıma / tenfiz engeli olarak nitelendirmese de, kamu düzenine aykırılık yanında ayrı bir engel olarak kabul etmektedir.

taraf olduğumuz AİHS hükümlerinin, MÖHUK m. 54 dışında bir “tanıma / tenfiz şartı kaynağı” olarak kabulü MÖHUK’da teyit ediliyor olsa da (MÖHUK m.1/f. 2), bu çözüm, MÖHUK m. 54’de belirtilen sınırlı sayıdaki tanıma / tenfiz şartlarına bir şartın daha eklenmesi anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, bu yorum tarzının gerçek anlamda bir “çözüm” olabilmesi, uygulamada kabul görüp görmeyeceğine bağlıdır.

Diğer taraftan, AİHS m. 6/f. 1’e uygunluğu, hakim tarafından re’sen dikkate alınması gereken bir tanıma / tenfiz şartı olarak değerlendirmenin bazı sakıncaları da bulunmaktadır. Aşağıda ayrıntılı şekilde inceleneceği üzere¹²⁹⁴, MÖHUK m. 54’ün c ve ç bendlerinin uygulanması bakımından, yabancı mahkemede gerçekleştirilen yargılama sırasında yaşanan bazı adil yargılanma hakkı ihlalleri tanıma / tenfiz davalısının itirazı üzerine incelenebilecekken, usuli kamu düzenine aykırı bazı ihlaller hakim tarafından re’sen dikkate alınmaktadır. AİHS m. 6/f. 1’e aykırılığın re’sen dikkate alınması gerektiğini ifade ederken, MÖHUK m. 54/ ç bendindeki “davalının itirazı şartının” etkisizleştirilmesi sonucuna varılmaması gerekmektedir. AİHS m. 6/f. 1’e aykırılığın re’sen dikkate alınması gerektiğini ifade ederken, yukarıda verdiğimiz örneklerden yola çıkarak, MÖHUK m. 54/c bendi kapsamında kamu düzenine aykırı olmadığı sonucuna varılan adil yargılanma ihlallerini kastettiğimizi belirtmek isteriz. Zira, aşağıda belirttiğimiz üzere, MÖHUK m. 54/ç bendi kapsamındaki usule aykırılıklar bakımından davalının itirazının aranması gerektiğini düşünüyoruz. Bu bağlamda, adil yargılanma hakkının kapsamına giren tüm hak ve ilkelere aykırılığın hakim tarafından re’sen dikkate alınması gerektiğini savunmak, tanıma / tenfiz hâkimine aşırı ölçüde iş yükü getirecek bir inceleme yükümlülüğü öngörerek, tanıma / tenfiz davalarının amacına aykırı biçimde uzamasına sebep olacak şekilde yorumlanmamalıdır.

Doktrinde, ayrıca, AİHS m. 6’ya aykırı yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine engel olmak bakımından MÖHUK m. 55/f. 2’ye de başvurulabileceği ifade edilmekte ise de,¹²⁹⁵ kanımızca bu pek mümkün değildir. Anılan hüküm uyarınca, “karşı taraf ancak [MÖHUK’da düzenlenen tanıma / tenfize ilişkin hükümlere] göre tenfiz şartlarının bulunmadığını veya yabancı mahkeme ilâmının kısmen veya tamamen yerine getirilmiş, yahut yerine getirilmesine engel bir sebep ortaya çıkmış olduğunu öne sürerek itiraz edebilir.”

¹²⁹⁴ Bkz. “Milletlerarası Kamu Düzenine Aykırılık Bakımından Hakim Tarafından Re’sen Nazara Alınacak Haller ile Tanıma / Tenfiz Davasının İleri Sürmesi Gereken Haller: MÖHUK m. 54/ c ve ç Bendlerinin Ortaya Koyduğu Sistemin Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi” başlıklı bölüm.

¹²⁹⁵ Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 696.

Kanımızca, AİHS m. 6'ya aykırılık “hükümün yerine getirilmesine engel bir sebep” olarak kabul edilemez. Ayrıca MÖHUK m. 55/f. 2, yabancı mahkemede hüküm verildikten sonra ortaya çıkmış olan tenfiz engellerini ifade etmektedir. Bu anlamda, hüküm, daha çok “icrai olarak bir anlam ifade etmeyen, icrai bakımdan etkisiz” hükümlerin tenfizine engel olunabileceğini düzenlemektedir. Oysa, yabancı mahkeme kararının adil yargılanma hakkına uygun olması başlı başına bir tanıma / tenfiz şartıdır ve MÖHUK m. 54'de yer alan şartlar ile aynı düzlemde değerlendirilmesi gerekmektedir.

iii. Tanınması / Tenfizi Talep Edilen Kararın AİHS'e Taraf Devlet Mahkemelerinde Verilmiş Olmasının Sonuçları: AİHS m. 6 Kapsamında Usulî Milletlerarası Kamu Düzeninin “Azaltılmış” Etkisi

Yukarıda *Pellegrini* kararı çerçevesinde, AİHM'nin taraf devletlere AİHS m. 6'ya aykırı yabancı mahkeme kararlarının tanınmaması / tenfiz edilmemesi konusunda “olumsuz” bir yükümlülük yüklediğinden ancak bu yükümlülüğün, diğer bir ifadeyle, “yabancı mahkeme kararını hakkında yapılması zorunlu adil yargılanma incelemesinin” derecesi hakkında AİHM içtihadının net olmadığından, bu konuda uluslararası doktrinde de farklı yaklaşımlar sergilendiğinden bahsetmiştik. AİHM'nin *Pellegrini* kararı ve izleyen içtihadından bağımsız olarak, yabancı mahkeme kararları bakımından uygulanması gereken adil yargılanma denetiminin sadece açık ihlalleri değil, taraflarının iddia ve savunma haklarını etkileyen tüm ihlalleri tespiti yönelmesi gerektiği kanısında olduğumuzu belirtmiştik.

Sorun, yabancı mahkemede gerçekleştirilen yargılama sırasında yaşanan bir usulsüzlüğün, tanıma / tenfiz aşamasında adil yargılanma hakkının sağladığı koruma kapsamında değerlendirilmesine ilişkindir. Örneğin, yabancı mahkemede bilirkişi incelemesine başvurulduğunu, bilirkişi raporunun bir tarafa tebliğ edilmediğini, kendisine tebliğ yapılmayan tarafın, bilirkişi raporu ile ilgili itirazlarını, karşı tarafın beyanları üzerinden yaptığını varsayalım. Burada, bilirkişi raporunun tenfiz davalısına tebliğ edilmediğini tespit eden hakimin, tenfizin reddi kararı vermesi gerektiği söylenmelidir. Fakat, bilirkişi raporu kendisine tebliğ edilmese de, tarafın bir şekilde (karşı tarafın beyanları üzerinden dahi olsa), rapor ile ilgili beyan ve itirazlarını mahkemeye sunabilme imkânı olduğunu kabul ederek,

yabancı mahkeme kararının tanınmasına / tenfizine karar verilmesi gerektiği ileri sürülebilecektir.

Başlangıç noktası olarak ortaya konması gereken genel ilke şudur: Tanıma / tenfiz hakimi, yargılamayı yapan hakimın değerlendirmelerinden bağımsız olarak, adil yargılanma hakkına ilişkin bir ihlalin yaşanıp yaşanmadığını belirleyecektir.¹²⁹⁶ Bir görüşe göre, milletlerarası usul hukuku, teknik olarak, usulî kamu düzeni açısından, “kamu düzeninin azaltılmış etkisinin uygulanmasını” kabul etmese de, buna engel bir durum yoktur¹²⁹⁷ Şöyle ki, kamu düzeninin azaltılmış etkisi, esasen yalnızca maddi kamu düzeni açısından başvurulabilecek bir milletlerarası özel hukuk uygulamasıdır. Ancak bu uygulamanın usulî kamu düzeni bakımından da kabulü mümkündür. Zira kamu düzeninin azaltılmış etkisi, orantılılık ilkesi, hukuki güvenlik ve uluslararası adli nezaket ve işbirliğinin bir gereği olduğu ölçüde uygulanmaktadır.¹²⁹⁸ Usulî kamu düzeni bakımından da bu sebeplerin varlığı halinde, yabancı mahkemelerin adil yargılanma güvencelerine tam olarak uymayan kararlarını tanımak / tenfiz etmek mümkün görülmektedir.¹²⁹⁹ Bu bakımdan AİHM’nin daha çok sınır dışı kararlarında benimsediği “açık ihlal ya da adaletin açıkça inkârı” tehlikesi karşısında adil yargılanma korumasının devreye girebileceği” görüşü doktrinde de destek bulmuştur.¹³⁰⁰

Diğer bir görüş uyarınca ise, usulî kamu düzenine aykırılık teşkil eden savunma (adil yargılanma) hakkı ihlalleri konusunda kamu düzeninin azaltılmış etkisinin uygulanması söz konusu olamaz; zira, bu durumda, korunması gereken bir

¹²⁹⁶ **Nomer**, s. 525; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 199. Yazar, bu incelemenin, maddi kamu düzenine aykırılık incelemesi bağlamında Türk hukukunda benimsenen esasa girme yasağı (*révision au fond*) sistemine aykırı olmayacağını belirtmektedir.

¹²⁹⁷ **Kinsch**, s. 292-293. Aynı yönde, bkz. **Kaya**, s. 110.

¹²⁹⁸ **Kinsch**, s. 293.

¹²⁹⁹ **Othenin-Girard**, s. 100-102. Yazar, gerek tanınması / tenfizi talep edilen kararın İsviçre ile olan ilgisinin daha az olması halinde usulî kamu düzenine aykırılığın daha esnek biçimde uygulanması bakımından, gerekse usulî kamu düzeninin azaltılmış etkisinin kabulü bakımından, İsv. MÖHK m. 27/ f. 2’de öngörülen sistemin mantığına dayanmaktadır. Buna göre, usulî kamu düzenine aykırılığın bir tanıma / tenfiz engeli olabilmesi için davalının itirazı arandığına göre, söz konusu usulî aykırılık kararın İsviçre ile sıkı bağları bulunan bir konuya ilişkin olduğu hallerde dahi, davalı itirazda bulunmaz ise, yabancı mahkeme kararı tanınabilecek / tenfiz edilebilecektir. O halde, usulî kamu düzeninin azaltılmış etkisinin kabulü gerekir. Diğer taraftan, usulî kamu düzeninin koruduğu haklar bakımından “dokunulamaz bir çekirdeğinin varlığı (*noyau dur*)” da göz ardı edilemez. Örneğin, bir kişinin ırkına veya cinsiyetine bağlı olarak ayrımcılık yapıldığı ve o kişinin savunma haklarından faydalandırılmadığı yabancı yargılamalar sonunda verilen kararların tanınması / tenfiz edilmesi mümkün değildir. bu gibi hallerde, kararın İsviçre ile olan bağının yakınlığı / uzaklığı önem taşımayacaktır.

¹³⁰⁰ **Kinsch**, s. 325 vd.; **Kinsch**, **Impact of Human Rights**, s. 227-228; Sinopoli, **Droit au procès équitable et exequatur**, s. 1162. Aynı yönde bkz. **Cohen-Jonathan**, s. 195-196.

kazanılmış hak söz konusu değildir.¹³⁰¹ Bir tarafın, hukuki dinlenilme ve adil yargılanma hakkı ihlal edilerek varılan maddi sonucun “kazanılmış bir hak” olarak korunması bakımından usulî kamu düzeni kavramına başvurulması çelişkilidir.

Kanımızca, sorunu iki ayrı eksenle ele almak gerekmektedir. Öncelikle, doktrinde bir kısım yazarlarca destek bulan, “kararı veren mahkemenin ait olduğu devletin AİHS’e taraf olması halinde, yapılacak tanıma / tenfiz incelemesinin sadece açık ihlallere yönelik olması gerektiği” görüşünün incelenmesi gerekmektedir. İkinci olarak ise, kararın verildiği devletin AİHS’e taraf olup olmadığına bakılmaksızın, yabancı mahkeme kararının adil yargılanma hakkı kapsamında incelenmesinde, “usulî kamu düzeninin azaltılmış etkisi”nin dikkate alınıp alınmayacağı sorusunun cevaplandırılması zaruridir.

Öncelikle, usulî kamu düzeninin yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizi üzerindeki etkisine ilişkin genel bir ilkeyi ortaya koymakta fayda vardır. Yabancı devlet hukuklarının usul hükümlerinin tanıma / tenfiz devletinden farklı olması, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği anlamına gelmeyeceği gibi, bu durum bir tanıma / tenfiz engeli teşkil etmeyecektir.¹³⁰² Adil yargılanma hakkı ihlalinin kamu düzenine aykırılığının belirlenmesinde esas alınması gereken nokta, tarafların adil yargılama ilkelerine olan güveninin korunmasıdır. Bu bakımdan, adil yargılanma güvencelerini göz ardı ederek verilen kararın, maddi hukuk bakımından doğru bir sonuca varmış olmasının hiçbir değeri yoktur.¹³⁰³ Bu husus, AİHM tarafından *Pellegrini* kararında açık bir şekilde ortaya konulmuştur.¹³⁰⁴

Diğer taraftan, *Pellegrini* yargılamasında Vatikan mahkemesinin azımsanamayacak derecede önemli ve ciddi ihlaller gerçekleştirdiği görülmektedir. AİHM, *Pellegrini* kararında, Vatikan mahkemelerince gerçekleştirilen ihlalleri “açık ihlal” kavramına sokmamıştır. Dolayısıyla şu soru yanıtız kalmıştır: Adil

¹³⁰¹ **Bucher**, s. 291. Ayrıca bkz. Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 199 ve s. 223. Yazara göre, kamu düzeninin hafifletilmiş etkisi, yetkili hukukun koruduğu bir hakkın bertaraf edilmemesi düşüncesine dayanmaktadır. Adil yargılanma hakkının sağladığı usulî güvencelerin ihlal edilmesi söz konusu ise, kazanılmış bir haktan söz edilemez.

¹³⁰² Kinsch, **Impact of Human Rights**, s. 223-224; **Nomer**, s. 524-525; **Şanlı/Esen/Atman-Figanmeşe**, s. 520; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s. 308; **Güven**, s. 145; **Nomer**, **Gerekçe**, s. 12. Ayrıca bkz. yukarıda 10.02.2012 tarihli Yarg. İBK kararı: “*Aleyhine karar verilen tarafa savunma hakkını kullanma imkânının verilmemiş olması da Türk Kamu düzeninin müdahalesini gerektiren bir durumdur. İlke olarak, her mahkeme kendi usul hükümlerini uygular (“Lex Fori” prensibi). Bu sebeple yabancı mahkemenin uyguladığı usulün, Türk Usul hukukundan farklı olması Türk Kamu düzeninin müdahalesi için bir gerekçe değildir.*”

¹³⁰³ Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 202. Aksi görüşte bkz. **Kinsch**, s. 312.

¹³⁰⁴ Bkz. yukarıda AİHM *Pellegrini* – *İtalya* kararı prgf. 45.

yargılanma ihlali içeren yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizi sırasında yapılacak denetim sadece “açık ihlallere özgü” mü olmalıdır?

Doktrinde, *Pellegrini* kararında varılan sonucun AİHM’nin “son sözü” olmasının beklenemeyeceği, bununla birlikte, *Drodz* kararındaki “umursamazlığın” da her dava uygulanamayacağı ifade edilmektedir. Bu çerçevede, “değişken bir standart”ın tercih edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Buna göre, yabancı mahkeme yargılamasında gerçekleştirilen adil yargılanma ihlallerinin önemi ve somut olaydaki etkileri dikkate alınmalıdır; yabancı mahkeme kararındaki ihlal ile bu kararın tanınması / tenfizi hakkındaki menfaatin dengelenmesi esastır.¹³⁰⁵ *Pellegrini* kararı ile ortaya konan “olumsuz yükümlülük”, kararı veren yabancı mahkemenin ait olduğu devletin AİHS’e taraf olmaması halinde bir “yükümlülük / zorunluluk” iken, kararın AİHS’e taraf devlet mahkemelerinden birine ait olması halinde, adil yargılanma denetimi “ihtiyari” olmalıdır. Zira, ancak bu görüş, topluluk hukukuna özgü bir tanıma / tenfiz sisteminin geliştirilmesine imkân sağlayabilecektir.¹³⁰⁶

Türkiye açısından “Topluluk Hukuku tenfiz düzeni”ne ilişkin kaygılar söz konusu değildir. Türk milletlerarası usul hukukunda otomatik / yarı otomatik tanıma / tenfiz sisteminin yaratılmasına yönelik bir çaba veya böyle bir amaçtan da bahsedilemez. Dolayısıyla, kararı veren yabancı mahkemenin AB üyesi olması veya AİHS’e taraf olması kamu düzenine aykırılık denetimi bakımından bir fark yaratmamaktadır.¹³⁰⁷

Diğer taraftan, kararı veren yabancı mahkemenin ait olduğu devletin AİHS’e taraf olup olmadığına bakılmaksızın, usulî kamu düzeninin azaltılmış etkisinin uygulanıp uygulanamayacağına karar verilmesi gerekmektedir. Kanımızca, bir temel insan hakkı olan adil yargılanma hakkında uyulmadan verilen kararların

¹³⁰⁵ Kinsch, **Impact of Human Rights**, s. 226. Ayrıca bkz. **Kaya**, s. 259-260.

¹³⁰⁶ Kinsch, **Impact of Human Rights**, s. 227-228. Ayrıca bkz. **Kinsch**, s. 326. Sinopoli’ye göre ise, AB’ye üye devlet hakimlerinin, diğer AB ülkelerinde verilmiş kararlarının tanınması / tenfizinde adil yargılanma hakkı bakımından inceleme yapmamak konusundaki “rahatlığı”, *Pellegrini* içtihadı ile son bulmuştur. Yazara göre, AB üyesi (Brüksel Tüzüğü sitemindeki) devletlerde tanıma / tenfiz taleplerinin reddi bakımından AİHS m. 6’nın hiyerarşik uygulaması konusunda belirsizlik söz konusudur. Bkz. Sinopoli, **Droit au procès équitable et exequatur**, s. 1163.

¹³⁰⁷ Bu noktada, Türkiye’nin taraf olduğu doğrudan tanıma usulünü öngören sözleşmeler bakımından bir parantez açmak gerekmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Şensöz, **Doğrudan Tanıma**, s. 395 vd. Türkiye’nin taraf olduğu ve hiçbir tanıma / tenfiz denetiminin öngörülmediği sözleşmeler bakımından, AİHS m. 6/ f. 1 ile Türk hakimine yüklenen yükümlülük ile anılan sözleşme hükümleri arasında “konvansiyonlar çatışması” çıkacağı ortadadır. Bununla birlikte, daha önce de belirttiğimiz üzere, AİHS tüm milletlerarası sözleşmelerin üzerindedir. Bu kapsamda, AİHS’e taraf devletlerin, tarafı oldukları diğer milletlerarası sözleşmelere dayanarak AİHS’yi ihlâl etmesi mümkün değildir. Bkz. **Niboyet-Hoegy**, s. 328. Aynı yönde bkz. **Milano**, s. 90.

“kamu düzeninin azaltılmış etkisi” teorisi uygulanarak tanınması / tenfizi mümkün olmamalıdır. Bu sonuca varmamızı sağlayan ilk gerekçe, kamu düzeninin koruması gereken asıl kişinin, yani adil yargılanma hakkı ihlal edilen kişinin, bir başka kamu düzeni teorisi ve uygulaması ile ikinci defa mağdur edilmesinin çelişkili olmasıdır. Bir adil yargılanma ihlalinin tanıma / tenfiz devletinde de etki doğurmasının engellenmesi gerekirken, söz konusu ihlalin etkilerinin ya da sonuçlarının hafifletilmeye çalışılması kabul edilebilir değildir. Bu açıdan, doktrinde ifade edildiği üzere, korunabilir bir kazanılmış hakkın söz konusu olamayacağına katılmamak mümkün değildir.

Ayrıca, kamu düzeninin azaltılmış etkisi teorisi, orantılılık, hukuki güvenlik ve devletlerarası adli işbirliğinin gereklerine uygun olduğu ölçüde ve somut aykırılığın tanıma / tenfiz devleti ile yakın ilişkili olmamasına bağlı olarak uygulanabilir. Bu çerçevede, bir adil yargılanma hakkı ihlalinin görmezden gelinmesi ne hukuki güvenliğin (davacının tanıma / tenfize olan güveni) ne de adli işbirliğinin gereklerine uygundur. Diğer taraftan, adil yargılanma ihlaline konu yabancı mahkeme kararının tanınması / tenfizi sonucunda, o kararın tanıma / tenfiz devleti mahkemelerince verilmiş bir karar haline gelmesi, tanıma / tenfiz ülkesi ile en sıkı bağı kurmaktadır. Bu bakımdan usulî kamu düzenine aykırılık, maddi kamu düzenine aykırılıktan ayrılmaktadır. Maddi kamu düzenine aykırılık incelemesinde, tanınması / tenfiz edilmesi talep edilen yabancı mahkeme hükmünün esasına uygulanan hukukun tanıma / tenfiz devleti ile yakın ya da uzak ilişkili olması belirleyici olabilecek iken, usulî kamu düzeni bakımından “uzaklık” söz konusu olamaz.¹³⁰⁸ İster yabancı mahkemenin uyguladığı usul kurallarına uygun olsun, ister olmasın, hükmün bir tarafın adil yargılanma hakkının ihlal edilerek verilmiş olması halinde, bu hükmü tanıyan / tenfiz eden devlet, söz konusu ihlâlî “sahiplenmiş” olacaktır.

Sonuç olarak, yabancı mahkeme kararının, bir tarafın adil yargılanma hakkını ihlal eden bir usulsüzlüğe dayanması halinde, bu ihlalin “açık” bir ihlal olmasının gerektiğine veya bu ihlalin etkisinin bazı gerekçelerle hafifletilmesine olanak sağlayan gerekçelerin varlığına dayanılarak “kamu düzeninin azaltılmış etkisi”nin devreye sokulmasına ve kararın tanınması / tenfizinin kabul edilmesine imkân

¹³⁰⁸ Sadece usuli kamu düzeni özelinde değil, genel anlamda temel hakların ihlâlüne ilişkin durumlarda, somut olay ile yargılamayı yapan mahkeme arasında belirleyici bağların bulunmamasına rağmen, kamu düzeni müdahalesinin devreye girebileceği yönünde bkz. **Hamme**, s. 17.

verilmemesi gerektiği düşüncesindeyiz. Adil yargılanma hakkının güvence altına aldığı temel hak ve ilkelerin korunması evrensel değerde olduğundan kamu düzeninin azaltılmış etkisine konu edilmemelidir.

b) AİHS'in 6. Maddesine Aykırılıkların MÖHUK'un Tanıma / Tenfiz Şartları (m. 54 c ve ç) Kapsamında Değerlendirilmesi

i. MÖHUK (m. 54/ c ve ç) Sisteminin Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi: "Hakim Tarafından Re'sen Nazara Alınma" Sorunsalı

MÖHUK, yabancı mahkeme kararlarının adil yargılanma hakkının kapsamına giren hak ve ilkeleri ihlali bakımından ikili bir denetim sistemi öngörmektedir. Buna göre, MÖHUK m. 54/ ç bendinde sayılan ihlallerin söz konusu olması halinde, davalının itirazına bağlı olarak, tanıma / tenfiz talebi reddedilebilecektir.¹³⁰⁹ MÖHUK m. 54/ç bendi uyarınca, "*o yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş*" olması halinde ve tanıma / tenfiz davalısının yabancı mahkemede yaşanan bu usulsüzlükleri, tanıma / tenfiz davasında ileri sürmesi şartıyla, tanıma / tenfiz talebi reddedilecektir. Doktrinde, bu bentte sayılan hallerin hukuki dinlenilme hakkına ilişkin usulsüzlüklere işaret ettiği haklı biçimde vurgulanmaktadır.¹³¹⁰

Gerçekten de, hüküm, davanın bir tarafının yabancı mahkemede bilgilendirme ve açıklama haklarından mahrum bırakılmış olduğunu gösteren usulsüzlüklere gönderme yapmaktadır.¹³¹¹ Ancak, hükmün, hukuki dinlenilme

¹³⁰⁹ MÖHUK m. 54/ç bendi, 2675 sayılı MÖHUK m. 38/d bendi ile aynı hükmü içermektedir. Kısaca "Savunma haklarına uygunluk" şeklinde ele alınan bu şart, 2675 sayılı MÖHUK'da tanıma kararları bakımından aranmamakta ve bu düzenleme doktrinde eleştirilmekte idi. Bkz. Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 218; **Tiryakioğlu**, s. 83. Ayrıca bkz. **Şensöz**, s. 361, 1172 nolu dn.'de belirtilen yazarlar. Buna karşın, Yargıtay'ın tanıma davaları bakımından 2675 sayılı MÖHUK m. 38/d bendinde yer alan halleri c bendi kapsamında değerlendirdiği ve red kararı verdiği yönünde bkz. **İ.Doğan**, s. 355. 5718 sayılı MÖHUK'da bu durum düzeltilmiştir. Böylece, gerek tanıma gerekse tenfiz talepleri bakımından, yabancı mahkeme kararlarının tanıma / tenfiz davalısının savunma haklarına uyularak verilmiş olması gerektiği kabul edilmiştir.

¹³¹⁰ **Akıncı/Demir Gökyayla**, s. 53; Huysal, **HMK**, s. 96.

¹³¹¹ Nitekim Yargıtay da tebligat usulsüzlüklerinin tanıma / tenfiz talebinin reddi sebep olacağı yönünde kararlar vermektedir. Ayrıca, davalının MÖHUK m. 54/ç bendi kapsamında itirazda bulunması halinde, örneğin, yabancı mahkemede tebligatın usulüne uygun yapılmadığını ileri sürdüğü takdirde, önce bu "ihtilafın" çözülmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Yarg. 2.HD, E. 1998/1852 K.1998/3647, 25.03.1998; Yarg. 2.HD, E. 2009/532 K. 2009/6718, 08.04.2009Yarg.

hakkının tüm unsurlarını içerdiği de söylenemez. Bir kere, hukuki dinlenilme hakkının önemli unsurlarından “taraf larca yapılan açıklamaların dikkate alınması ve değerlendirilmesi” hakkının MÖHUK m. 54/ç bendinde yer almadığı görülmektedir. Ayrıca, hüküm, bilgilendirme ve açıklama hakkını da tümüyle kapsamamaktadır.¹³¹² Hükümde, tanıma / tenfiz davalısının, yargılamanın yapıldığı devletin usul hukuku kurallarına uygun olarak mahkemeye çağrılmamış veya temsil edilmemiş ya da yokluğunda hüküm verilmiş olduğu haller ile yetinilmektedir. Dolayısıyla, hüküm bu şekliyle, tanıma / tenfiz davalısının yabancı devletteki yargılamaya aslında hiç katılamamış ve açıklama hakkını hiçbir şekilde kullanamamış olduğu durumların düzenlendiği izlenimini yaratmaktadır.¹³¹³ Bu haller dışında, tanıma / tenfiz davalısının yargılamaya katılmış olması halinde de hukuki dinlenilme hakkının ihlal eden usulsüzlükler ile karşılaşması mümkündür. MÖHUK’un bu usulsüzlükleri bir tanıma / tenfiz engeli olarak görmemesi mümkün değildir.

11.HD, E. 2015/12996 K.2017/936, 20.02.2017 (www.kazanci.com; erişim tarihi: 18.03.2017). Yargıtay’ın MÖHUK m. 54/ç bendinde belirtilen usulsüzlükler hakkında, kamu düzenine aykırılığa dayanarak tanıma / tenfiz talebini reddettiği kararları da vardır. Bkz. Yarg. 2.HD, E. 2005/10735 K. 2005/13428, 04.10.2005 (bkz. Ekşi, **Tanım a-Tenfiz**, s. 309). Ayrıca bkz. **İ.Doğan**, s. 354

¹³¹² Doktrinde, “mahkemeye usulüne uygun şekilde çağrılmamış olma” ifadesinin, tarafların duruşma gününe “davetini” ifade ettiği, bilgilendirme hakkının ise hem davet hem de dava dahilinde yapılacak tüm tebligatları içerdiği belirtilmekte, davet dışında kalan ve bilgilendirme hakkının kapsamına giren tüm tebligat, karşı tarafın açıklamalarının bildirilmesi, dosya içeriğinin incelenmesi gibi haklara ilişkin usulsüzlüklerin MÖHUK m. 54/c kapsamında değerlendirileceği savunulmaktadır. Bkz. Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 208-209; **Kaya**, s. 231. Demir Gökyayla, ayrıca, “usulüne uygun temsil edilmeme” ifadesinin, delil gösterme, gösterilen delillerin incelenmesi, açıklama hakkının kullanılabilmesi için yeterli süre verilmesi, avukatla temsilin zorunlu olduğu hallerde veya tercüman gereken hallerde adli yardım verilmesi gibi hakları da kapsadığı görüşündedir (bkz. s. 210).

Yargıtay’ın “davada usulüne uygun temsil edilmeme” ile ilgili, doktrinde eleştirilen bir kararı uyarınca, “avukatın yabancı ülkedeki yargılama sırasındaki ihmali”, tanıma / tenfiz engeli olarak görülmemiştir (bkz. Yarg. 2.HD, E. 2000/2634 K. 2000/4605, 12.04.2000, bkz. www.kazanci.com; erişim tarihi: 20.03.2017). Ayrıca bkz. **Akıncı/Demir Gökyayla**, s. 54; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 536, 388 nolu dn.; **Şensöz**, s. 363, 1176 nolu dn.

Mahkemeye davet ve tebligata ilişkin uygulanacak kurallar, yargılamanın yapıldığı devletin usul hukuku kuralları ile o devletin taraf olduğu ikili ve çok taraflı sözleşme hükümleridir. Tebligatın, Türkiye’nin de taraf olduğu bir sözleşmeye uygun yapılmaması halinde, savunma haklarına aykırılıktan bahsedilecektir. Örneğin, 1965 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi’nin (RG. 17.6.1972- S.14218) 10 (a) maddesine Türkiye çekince koymuştur. Bu çekince uyarınca, hiçbir akit devlet makamı Türkiye’de bulunan muhataba doğrudan posta yolu ile tebligat yapamaz. Tebligatın Türkiye’deki muhataba doğrudan posta yolu ile yapılmış olması halinde, bu tebligat Sözleşme hükümlerine aykırı olarak yapılmış olur ve Türkiye’nin yargı hakkını ihlal ettiğinden Türk hukuku bakımından yapılmamış sayılır ve yok hükmündedir. Bkz. **Şensöz**, s. 364; Bahadır Erdem, **Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Tebligat, İstanbul 1992**, s. 111.

¹³¹³ Kaya, “kararın davalının gıyabında veya yokluğunda verilmiş olması” ifadesini (MÖHUK m. 54/ç/son hal) davalının erişemeyeceği bir mahkemenin yetkilendirilmesi halinde de söz konusu olabileceğini, bu anlamda aşırı yetkinin bu hal ile ilişkili olabileceğini ifade etmektedir. Bkz. **Kaya**, s. 233. Kanımızca bu sonuca varmak pek mümkün değildir. Zira, madde metni, açıkça, kararın verildiği yer hukukuna aykırı olarak, davalının gıyabında veya yokluğunda hüküm verildiği halleri kapsamaktadır.

Bu nedenledir ki, doktrinde, MÖHUK m. 54/ç bendi kapsamına girmeyen hallerde c bendinin devreye gireceği, ç bendinin uygulama alanına giren hallerde ise, yabancı mahkemede yapılmış olan usulî işlemin -o yer kanunlarına uygun olsun¹³¹⁴ ya da olmasın-, Türk kamu düzenine aykırı olduğunun hakimce tespit edilmesi halinde, tanıma / tenfiz talebinin, davalının itirazına gerek kalmaksızın, reddedilmesi gerektiği yönünde fikir birliği bulunmaktadır.¹³¹⁵ Böylece, MÖHUK m. 54 /ç bendi kapsamında değerlendirilmeyen ve fakat Türk kamu düzenine aykırı usulsüzlükleri içeren yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizine engel olunmaktadır.¹³¹⁶ Burada dikkat edilmesi gereken nokta, m. 54/ç bendinin uygulanmasında, kararı veren mahkemenin usul hukuku kurallarının esas alınması ve fakat ç bendinde sayılan haller dışında kalan ve kamu düzenini ilgilendiren savunma hakkı ihlalleri bakımından ise Türk hukukunun dikkate alınmasıdır.¹³¹⁷

Esasen, MÖHUK m. 54/c ve ç bentlerinin, bu şekilde uygulanacakları kabul edilse dahi, doktrinin ayrıştığı bazı noktalar da bulunmaktadır. Örneğin, MÖHUK m. 54/ç bendinde sayılan usulsüzlüklerin, yargılamanın yapıldığı devlet kanununa

¹³¹⁴ Yabancı devlet kanunlarının, somut olaya uygulanmasındaki usulsüzlüklerden başka, soyut hukuk kuralı olarak da kamu düzenine aykırı olması halinde, MÖHUK m. 54/c bendinin devreye gireceği belirtilmektedir. Bkz. Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 219-220; Doğan, s. 125; Tiryakioğlu, s. 81; Othenin-Girard, s. 93. Özellikle, yabancı hukuktaki sürelerin, ispat araçlarının ve ispata ilişkin kuralların Türk kamu düzenine uygun olması gerektiği vurgulanmaktadır. Bkz. Tiryakioğlu, s. 49; Sakmar, s. 78; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 221. Aynı yönde, Nomer, s. 524-525; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 537; Tütüncübaşı, **Çekişmesiz Yargı Kararları**, s. 179; Güven, s. 145 ve s. 160.

¹³¹⁵ Nomer, s. 527; Nomer, **Gerekçe**, s. 12; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 533 ve 537; Çelikel/Erdem, s. 706 ve 709; Doğan, s. 124; Çelikel, **Yeni Kanuna Göre Tenfiz**, s. 10; Sakmar, **Boşanma**, s. 237-238; Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 308; Güven, s. 161; Akıncı/Demir Gökyayla, s. 53; Uyanık Çavuşoğlu, **Boşanma**, s. 82; Tiryakioğlu, s. 48-49; Esen, **İhtarlı Basit Dava Usulü**, s. 67; Tütüncübaşı, **Çekişmesiz Yargı Kararları**, s. 188; Şensöz, s. 368; Kaya, s. 229-230; Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 206; Özkes, s. 229. Ertaş'a göre, savunma haklarına aykırılığın, kamu düzenine aykırılıktan farklı bir bentte düzenlenmesi nedeniyle, bu durumun kamu düzenine aykırılık içinde ayrıca değerlendirilmemesi gerekmektedir. Bkz. Ertaş, s. 396. İ.Doğan'a göre, MÖHUK m. 54/ç'de belirtilen usulsüzlükler hakkında, tanıma / tenfiz davalısı itirazda bulunmasa bile, savunma haklarına aykırılık tenfiz hakimince saptanırsa, bu kez kamu düzenine aykırılık sebebiyle, hakim bu aykırılığı re'sen nazara alarak tanıma / tenfiz istemini reddedebilecektir. Bkz. İ.Doğan, s. 353. Aynı yönde bkz. Gökçenay, s. 140-141. Bu yorum, MÖHUK m. 54/ç'de yer alan "davalının itirazı" şartını etkisizleştirmektedir.

Türk Hukukunda MÖHUK m. 54/ç bendi ile c bendi kapsamında benimsenen bu yorum tarzı Brüksel I Tüzüğü m. 34/ f. 1 ve f. 2 (Brüksel I Recast Tüzüğü m. 45/f. 1/ a ve b bendleri) arasındaki ilişki bakımından da kabul edilmektedir. Bkz. Hazelhorst, s. 75. Brüksel I Tüzüğü m. 34/f. 2 (Brüksel I Recast Tüzüğü m. 45/f. 1/ b bendi) kapsamında, savunma hakkı ihlalinin tanıma talebinin reddini sağlaması için gerekli şartlar hakkında bkz. Süral, **AB Devletler Özel Hukuku**, s. 223-225.

¹³¹⁶ Yarg. 2. HD, E. 2009/8144 K. 2009/12603, 25.06.2009; Yarg. 2.HD, E. 2005/10735 K. 2005/13428, 04.10.2005 (bkz. www.kazanci.com; erişim tarihi: 20.03.2017)

¹³¹⁷ Doktrinde, yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizi bakımından yapılacak usuli haklara uyulup uyulmadığına ilişkin denetimde yabancı hukukun dikkate alınması eleştirilmektedir. Bkz. Alexandre, s. 197 vd.

aykırı olmasını yeterli gören görüş¹³¹⁸ karşısında, anılan usulsüzlüklerin aynı zamanda tanıma / tenfiz davalısının savunma (adil yargılanma) haklarını ihlal etmiş olması gerektiği, aksi halde tanıma / tenfiz kararı verilebileceğini ileri süren görüşler de vardır.¹³¹⁹ Ancak, tarafların yargılamanın yapıldığı devlet kanununa uygun olarak bilgilendirildikleri, kendilerine gerekli açıklama ve ispat imkânlarının tanındığı bir yargılamada, tarafların bu imkânları kullanmamaları halinde, adil yargılanma haklarının ihlal edilmiş olduğundan bahsedilemeyeceği konusunda şüphe yoktur.¹³²⁰

MÖHUK m. 54/ç bendi temel olarak iki noktada eleştirilmektedir. Öncelikle, hükmün sadece sayılan usulsüzlükler bakımından uygulanması ve tüm savunma haklarını (adil yargılanma hak ve ilkelerini) kapsamaması nedeniyle, “hükmü veren mahkemede savunma haklarına uyulmuş olması” şeklinde değiştirilmesi

¹³¹⁸ **Nomer**, s. 526; **Göger**, s. 388. Nomer, MÖHUK m. 54/ç ‘de sayılan usulî işlemlerin bir kere usulüne uygun yapılmamış olmasının, tanıma / tenfiz talebinin reddi için yeterli olduğunu, aynı zamanda davalının savunma haklarının ihlal edilmiş olmasının aranmayacağını belirttikten sonra, “savunma hakkına etkili usule ilişkin işlemlerin, usulüne uygun olarak yerine getirilmemiş olsa dahi, savunma hakkının ihlalinin ortaya çıkmaması ihtimalinin mevcut olduğunu” ifade etmektedir. Kanımızca bu iki yorum birlikte değerlendirildiğinde tutarlı bir sonuç çıkmamaktadır. Şayet, usulî işlemin usul kurallarına aykırılığı yeterli görülmeli ise, bu takdirde, “savunma hakkının ihlalinin ortaya çıkmaması ihtimali” ile ilgilenilmemelidir.

Yabancı mahkemede yargılama sırasında “savunma hakkına etkili usule ilişkin işlemlerin, usulüne uygun olarak yerine getirilmemiş olsa dahi, davalının, örneğin, davetin usulsüz yapılmış olmasına rağmen davalının davadan haberdar olması ve savunmasını yapmış olması hainde, savunma haklarına aykırılıktan bahsedilemeyeceği yönünde bkz. Çelikel, **Ahkamı Şahsiye**, s. 107; Tütüncübaşı, **Çekişmesiz Yargı Kararları**, s. 187; **Güven**, s. 159; **Doğan**, s. 124; Sargın, **Critical Analysis**, s. 356.

Aygül, davalıya tebligatın yapıp yapılmadığının veya kararın davalının gıyabında verildiğinin yabancı mahkeme kararından anlaşılması halinde, davacının, davalının yabancı mahkemede savunma haklarını kullanabildiğini ispat etmesinin gerekeceğini belirtmektedir. Buna göre, yabancı mahkemede, mahkemenin usul kurallarına aykırı bir işlem gerçekleştirilmiş olmasına rağmen, sonuçta davalının savunma hakları ihlal edilmemiş ise, tanıma / tenfiz talebinin kabul edileceği sonucu çıkmaktadır. Bkz. **Aygül**, s. 97; Sargın, **Critical Analysis**, s. 356.

Yabancı mahkemede yaşanan, örneğin tebligat usulsüzlüğünün daha sonra düzeltilmesi halinde, zaten bilgilendirme ve adil yargılanma hakkının ihlalden bahsedilemez. Fakat bu noktada, anılan usulsüzlüğün, yabancı mahkemece düzeltilmiş olması ile yabancı mahkemenin söz konusu usulsüzlüğü düzeltmemesine rağmen, tebligat muhatabının bir şekilde tebligattan haberdar olduğu ve yargılama katıldığı durumları ayırt etmek gerekmektedir. Zira, çalışmamızın ilk bölümünde üzerinde durduğumuz üzere, AİHM adil yargılanma hakkına ilişkin aykırılıklar bakımından *in globo* denetim yapmaktadır. Bu çerçevede, yargılama sırasında yaşanan bir usulsüzlüğün mahkeme tarafından düzeltilip düzeltilmediğine bakılmaktadır. Adil yargılanma hakkı ihlal edilen mağdurun, aykırılık düzeltilmeksizin yargılamaya katılabildiği durumlarda, bilgilendirme hakkının gereği gibi yerine getirildiğinden bahsedilemeyeceğinden, bu hususun “savunma hakkına etkili usule ilişkin işlemlerin, usulüne uygun olarak yerine getirilmemiş olsa dahi, savunma hakkının ihlalinin ortaya çıkmaması ihtimali” bakımından göz ardı edilmemesi gerekir.

¹³¹⁹ Çelikel, **Ahkamı Şahsiye**, s. 107-111; **Arat**, s. 440; **Saracoğlu**, s. 821; **Özbakan**, s. 166. Ayrıca bkz. **Şensöz**, s. 367.

¹³²⁰ **Nomer**, s. 526-527; Nomer, **Gerekeçe**, s. 14; **Doğan**, s. 124; **Güven**, s. 159; Çelikel, **Ahkamı Şahsiye**, s. 107; **Özbakan**, s. 166; **Şensöz**, s. 368. Ayrıca bkz. Yarg. 11.HD, E. 2009/9696 K. 2011/2300, 07.03.2011; Yarg. 11.HD, E. 2009/9684 K. 2011/2301, 07.03.2011 (bkz. **Doğan**, s. 124-125).

önerilmektedir.¹³²¹ İkinci olarak, maddede sayılan usulsüzlüklerin davalının itirazına bağlı olmaksızın, mahkemece re'sen dikkate alınarak, tanıma / tenfiz talebinin reddine karar verilmesi gerektiği savunulmaktadır.¹³²² Gerek AIHS m. 6, gerekse Anayasa tarafından korunmakta olan hukuki dinlenilme hakkının ihlali niteliğinde olan MÖHUK m. 54/ç bendindeki durumların, tanıma / tenfiz davalısının itirazı olmasa da MÖHUK m. 54/c bendinde yer alan kamu düzenine aykırılığa dayalı olarak mahkemece re'sen nazara alınabilecek olması da yeterli görülmemektedir.¹³²³ Bu nedenle, MÖHUK m. 54/ç bendinin kaldırılarak, savunma haklarına uygunluğun c bendi kapsamında, kamu düzenine aykırılık başlığı altında, hakim tarafından re'sen incelenecek bir tanıma / tenfiz şartı haline getirilmesi gerektiği savunulmaktadır.¹³²⁴

MÖHUK m. 54/ç bendinde düzenlenen hukuki dinlenilme hakkı ihlallerinin, hakkı ihlal edilen kişinin itirazına bağlanmasının, ilk bakışta adil yargılanma hakkına aykırı sonuçlar yaratabileceği düşünülebilir. Zira, MÖHUK'un bu düzenlemesi, m. 54/ç bendinde sayılan hallerin “hukuki dinlenilme hakkı açısından re'sen nazara alınmayı gerektirmeyecek derecede hafif ve göz ardı edilebilecek ihlaller” olduğu izlenimi yaratmaktadır.¹³²⁵ Oysa, “*o yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş*” olması, hukuki dinlenilme

¹³²¹ Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 217; Tütüncübaşı, **Çekişmesiz Yargı Kararları**, s. 188; Çelikel, **Yeni Kanuna Göre Tenfiz**, s. 11.

¹³²² Sakmar, s. 74-75; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 218; Pekcanitez, **Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 765; Özkes, s. 229; Aktepe Artık, s. 372. Ayrıca bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 534. Yazarlar, MÖHUK m. 54/ç bendi düzenlemesinin savunma hakkının “mahiyet ve önemine” uygun olmadığı görüşündedirler. Yazarlar bu sonuca, anılan hükümde yer alan usulsüzlüklerin “savunma hukukunun temel ilkeleri”ne ilişkin olmasına dayanarak varmaktadır. Huysal da, benzer bir şekilde, MÖHUK m. 54/ç bendinde sayılan hallerin tümünün -HMK m. 27'de usul hukukuna hakim ilkeler arasında düzenlenen- hukuki dinlenilme hakkının kapsamına girdiğini belirtmekte ve şu tespitte bulunmaktadır: “HMK m. 27, MÖHUK m. 54/ç'de ret sebebi olarak düzenlenen tüm unsurları kapsamaktadır. HMK ile açıkça Türk usul hukukunun (adil yargılanma hakkının teminatı olarak) temel ilkesi olarak düzenlenen bu konunun, MÖHUK'ta halen davalının itirazı koşuluna bağlı tutulması bir uyumsuzluk olup, kanaatimizce bu düzenlemenin korunmasının yerinde olup olmadığı tekrar düşünülmesi gereken bir konudur. Nitekim doktrinde savunma hakkının ihlali anlamına gelen bu tip usulsüzlüklerin pek çoğunun MÖHUK m. 54/b kapsamında Türk kamu düzenine aykırılık oluşturacağı ve mahkemelerce re'sen incelenmesi gerektiği kabul edilmektedir.” Bkz. Huysal, **HMK**, s. 96.

¹³²³ Tanrıver, **Adil Yargılanma Hakkı**, s. 206; Özkes, s. 229.

¹³²⁴ Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 218; Uyanık Çavuşoğlu, **Boşanma**, s. 83.

¹³²⁵ Savunma haklarına ilişkin bu ayırım yalnızca usulî kamu düzeni kavramının kendi içinde değil, usulî kamu düzeni ile maddi kamu düzeni arasında da tartışma konusudur. Doktrinde, usulî kamu düzenine aykırılığın maddi kamu düzenine aykırılıktan daha az “şok edici” olduğunu savunmanın, bu anlamda usulî kamu düzeninin daha az korunmayı hak edeceğini kabul etmenin zor olduğu belirtilmektedir. Bkz. Othenin-Girard, s. 98.

hakkının kapsamındaki gerek bilgilenme, gerekse açıklama yapma ve dolayısıyla da dikkate alınma haklarının açık bir biçimde ihlalidir. Diğer taraftan, hak sahiplerinin hukuki dinlenilme hakkını kullanmak konusunda serbest oldukları unutulmamalıdır.

MÖHUK m. 54/c bendi ile ç bendinin uygulanmasında, kanun koyucunun usulî milletlerarası kamu düzenini ilgilendirecek ciddiyetteki adil yargılanma ihlalleri ile daha hafif, taraflarca ileri sürülmediği takdirde mahkemece re'sen nazara alınmayı gerektirmeyen, “feragate müsait” haklara ilişkin adil yargılanma ihlalleri arasında bir ayrım gözetdiği görülmektedir.¹³²⁶ İsviçre Hukukunda da savunma haklarına ve hatta usul hukukunun temel ilkelerine aykırılığın, tanıma / tenfiz davalısının itirazına bağlı olarak incelenebileceği yönündeki düzenleme¹³²⁷, MÖHUK m. 54/ç’de yer alan “davalının itirazı” şartının, hükmün amacını ve kanun koyucunun iradesini tartışmaksızın, hemen yanlış olduğunu söylemek konusunda tereddüt uyandırmaktadır. Diğer taraftan, MÖHUK m. 54/ç’de yer alan bu şartın uygulama alanının, Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler ile daraltıldığını da göz ardı etmemek gerekir. Zira, Türkiye’nin taraf olduğu iki ve çok taraflı sözleşmelerde “savunma haklarına ilişkin usul işlemlerine uyulmuş olması” şartı, davalının itirazına bağlı olmaksızın aranmaktadır.¹³²⁸

Doktrinde, “savunma hakkına ilişkin usulî işlemlerin, usulüne uygun yapılmaması halinde dahi, davanın bir tarafının savunma haklarının ihlali sonucunun ortaya çıkmaması ihtimali bulunduğundan”, tenfiz davalısının bu konuda itirazının aranması gerektiği belirtilmiştir.¹³²⁹ Bir diğer görüşe göre, somut

¹³²⁶ İngiliz hukukunda, adil yargılanma hakkı ihlallerinin, taraflarca ileri sürülmesi gerektiği, mahkemenin adil yargılanma ihlallerini re'sen nazara alamayacağını kabul edildiği belirtilmektedir. Hakimlerin insan hakkı ihlallerinin milletlerarası usul hukuku bakımından önemini kavrayamamış olmaları nedeniyle böyle bir sonuca varıldığı dile getirilmektedir. Bkz. **Fawcett**, s. 33-34. İsviçre MÖHK m. 27/ f. 1 uyarınca, İsviçre kamu düzenine açıkça aykırı bir kararın tanınması mümkün değildir. Hükmün 2. fıkrası şu şekildedir: Aşağıdaki hallerde, bir tarafın itiraz etmesi kaydıyla yabancı mahkeme kararının tanınması reddedilir: a. İtirazda bulunan tarafın, ihtirazi kayıt koymaksızın davanın esasına girmemiş olması şartıyla, o tarafın yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uyarınca, usulüne uygun olarak davet edilmemiş olması; b. Yabancı mahkeme kararının, İsviçre usul hukukunda benimsenen temel ilkelerin ihlali neticesinde verilmiş olması, özellikle bir tarafın açıklama hakkını kullanamamış ve delillerini sunamamış olması.

¹³²⁷ İsv. MÖHK’nın kabulünden önce, usulî kamu düzenine aykırılığın da, maddi kamu düzeninde olduğu gibi, tanıma / tenfiz hakimince re'sen nazara alındığı ifade edilmektedir. İsv. MÖHK m. 27/f. 2’de benimsenen çözümün, “aksinin gerçekleştirilmesinin çok zor olacağı” fikrine dayandığı ifade edilmekte, usulî kamu düzenine aykırılık hallerinin tanıma / tenfize engel olabilmesini davalının itirazına bağlamanın pratik faydalarından söz edilmektedir. bu çerçevede, özellikle, usulî kamu düzenine aykırılık hallerinin hükümden anlaşılamayacağı belirtilmektedir. Bkz. **Othenin-Girard**, s. 97-98.

¹³²⁸ **Şensöz**, s. 362. İlgili sözleşme ve hükümler için bkz. 1173 nolu dn.

¹³²⁹ **Nomer**, s. 527; **Kaya**, s. 230; **Şensöz**, s. 365-366 ve s. 369-370: “Kanaatimizce, doktrinde

olarak bir tarafın savunma haklarını ihlal etmeyen bir usulsüzlük hakkında, tenfiz davalısının itirazını aramak “pratik bakımdan faydalı değildir”; zira, tenfiz davalısı itiraz hakkını kullanmış olsa da, Türk hakimi, ortada bir ihlal olmadığını tespit ederek tanıma / tenfize hükmedecektir.¹³³⁰ Kanımızca da bu gerekçe, davalının itirazının aranmasını haklı kılacak nitelikte değildir.

Kanımızca, MÖHUK m. 54/ç’de aranan davalının itirazı şartı, üç nokta açısından desteklenebilir. İlk olarak, Türk hakiminin tanıma / tenfiz incelemesini, yabancı mahkeme hükmü üzerinden yapacağı unutulmamalıdır. Dolayısıyla, hâkim, ancak hükümde anlaşılabilen usulsüzlükleri tespit edebilecek ve ancak bu usulsüzlüklerin tenfiz davalısının adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediğine hükmedebilecektir. Yargıtay kararlarında da yabancı mahkemede savunma hakkına uyulmadığının karardan anlaşılabilir olması gerektiği kabul edilmektedir.¹³³¹ Hükümden anlaşılmayan hususların, tenfiz davalısı tarafından ileri sürülmesini beklemek, bu bakımdan pratik bir faydaya işaret etmektedir. İkinci olarak, tenfiz davalısının, özellikle kendi inisiyatifinde olan, adil yargılanma hakkının onun kullanımına bağladığı hakları, bu hakların doğumundan sonra kullanmayarak, feragat edebileceği de gözden kaçırılmamalıdır. Nasıl ki, davalının, yabancı ülkede usulüne uygun olarak mahkemeye çağırılmış, açıklama hakkını kullanması için fırsat verilmiş olmasına rağmen, bu hakları isteyerek kullanmadığı durumlarda, adil yargılanma haklarının ihlal edilmediği kabul edilmekte ise, burada

Nomer tarafından yapılan açıklamalar ile aynı yönde, MÖHUK m.54/ç bendinde sayılan ihlaller, genel anlamda savunma haklarının ihlali hallerini değil, savunma haklarına ilişkin usul işlemlerine uyulmaması hallerinin bir kısmını saymaktadır ve usul hukuku açısından kamu düzenini başka bir deyişle savunma hakkını ihlal etmese dahi, bu usul işlemlerine uyulmamış olması, itiraz halinde tanınmanın ve tenfizin reddine sebep olur. İtiraz halinde savunma haklarına ilişkin usul işlemlerine uyulmadığı tespit edildiği takdirde, hakimin takdir hakkı bulunmamakta ve savunma hakkı ihlal edilmemiş olsa dahi, tanıma ve tenfizi red etmek zorundadır. Bu hüküm, savunma hakları ihlal edilmemiş olsa dahi, tanıma ve tenfizi engelleyebilecek nitelikte bir hüküm olduğundan, MÖHUK m.54/c bendinde yer alan “kamu düzenine aykırılık” şartından farklı anlam taşımaktadır.”

¹³³⁰ Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 215.

¹³³¹ Yarg. 11.HD, E. 2006/12691 K. 2008/5976, 06.05.2008; Yarg. 2.HD, E. 2009/532 K. 2009/6718, 08.04.2009 (bkz. www.kazanci.com; erişim tarihi: 28.03.2017). Ayrıca bkz. **Aygül**, s. 89 ve s. 98. Yazar, Yargıtay’ın tanıma / tenfiz şartlarının tespiti konusunda yalnızca yabancı mahkeme hükmünden faydalanılabileceğini ifade ettiğini, zira aksini revizyon yasağına aykırı bulduğunu belirtmektedir. Ancak, yazarın da belirttiği üzere (bkz. s. 102), tanıma / tenfiz davalarında da, delillerin serbestçe değerlendirilmesi esası (HMK m. 192) uygulama alanı bulacağından ve tanıma / tenfiz şartlarının ispatının, yabancı mahkeme hükmü dışında bazı delil ve belgelere dayanılmasını zorunlu kıldığından, Yargıtay’ın bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Aynı yönde **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 488-489.

Doktrinde, Türk mahkemesinde görülen tanıma / tenfiz davasında, savunma haklarına aykırılık itirazında bulunulması halinde, hakimin, söz konusu aykırılığa ilişkin incelemeyi dosyada bulunan belgeler üzerinden yapacağı ve bu incelemenin hakim tarafından re’sen yapılacağı ifade edilmektedir. Bkz. Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 313. Tenfiz davalarında re’sen araştırma ilkesinin geçerliliği ve ispat yükü ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Aygül**, s. 89 vd.

da, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini, davalının kendisinin ileri sürmesi beklenebilecektir. Bu açıdan, ayrıca, yabancı mahkeme kararının tanınmasının / tenfizinin, savunma hakkı ihlâl edilen tarafın lehine olabileceği de unutulmamalıdır. Bu tür durumlarda, ihlâlin varlığını ileri sürmeyi tarafın kendisine bırakmanın, taraf iradesine saygının gereği olduğu dile getirilmektedir.¹³³² Son olarak, Türk milletlerarası kamu düzenine aykırılık noktasına ulaşmış savunma / adil yargılanma hakkı ihlallerinin zaten MÖHUK m. 54/c bendi kapsamında hakim tarafından re'sen nazara alınabileceği tereddütsüz şekilde kabul görmekte iken, c bendi kapsamına girmeyen hususlarda da, diğer bir ifadeyle, “usul hukukunu ilgilendiren tüm usulsüzlükler”in hakim tarafından re'sen nazara alınması gerektiğini savunmak, Türk hakiminin iş yükünü aşırı derecede ağırlaştırarak, tanıma / tenfiz davalarının uzamasına sebep olabilecektir. Bu durum da, tanıma / tenfiz davalarının amaç ve niteliğine uygun değildir.

Kaldı ki, tenfiz davalısının MÖHUK m. 54/ç'de yer alan hususlardan biri ile ilgili olarak itirazda bulunması halinde, söz konusu usulsüzlüğün gerçekleşip gerçekleşmediğini ispat yükünün –normal şartlarda ispat yükünün davalıda olması gerektiği halde, davalıdan menfi bir durumun ispatı istenemeyeceğinden- tenfizi isteyen tarafa ait olduğu kabul edilmektedir.¹³³³ Ayrıca, Yargıtay da, örneğin yabancı mahkemede açılan davadan haberi olmadığını ileri süren tenfiz davalısının bu iddiasının yerinde olup olmadığını araştırırken, yerel mahkemenin, dava dilekçesinin kime ve ne şekilde tebliğ edildiğini araştırması gerektiğini ifade etmektedir.¹³³⁴

Böylece, tanıma / tenfiz davalısının, yabancı mahkemede bilgilendirme ve açıklama hakkına ilişkin bir usulsüzlüğün yaşandığını iddia etmesi yeterlidir. Bu itiraz ile karşılaşan Türk hakimi, bir usulsüzlük yaşanıp yaşanmadığını, olumlu cevap halinde bu usulsüzlüğün davalının adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediğini tespit etmekle yükümlüdür.

¹³³² Othenin-Girard, s. 98-99.

¹³³³ Çelikel/Erdem, s. 709; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 537-538; Tütüncübaşı, Çekişmesiz Yargı Kararları, s. 188; Aygül, s. 96; Şensöz, s. 366. Ayrıca bkz. Yarg. 2.HD, E. 2005/10735 K. 2005/13428, 04.10.2005; Yarg. 2.HD, E. 2009/532 K. 2009/6718, 08.04.2009; Yarg. 11.HD, E. 1999/2484 K. 1999/4277, 24.05.1999; Yarg. 11.HD, E. 2012/3715 K. 2012/8307, 18.05.2012 (bkz. www.kazanci.com; erişim tarihi: 29.03.2017). Aksi yönde bkz. Yarg. 2.HD, E. 2014/25332 K. 2014/25398, 11.12.2014 (kararın eleştirisi için bkz. Çelikel/Erdem, s. 709, 304 nolu dn.); Ekşi, Tanıma-Tenfiz, s. 315; Tiryakioğlu, s. 91.

¹³³⁴ Yarg. 11.HD, E. 2010/15232 K. 2012/6549, 20.04.2012 (bkz. Ekşi, Tanıma-Tenfiz, s. 313-314).

MÖHUK m. 54/ç bendinde sayılan usulsüzlüklerin, tanıma / tenfiz bakımından birer red sebebi olarak kabulü için davalının itirazının aranması, davalının yokluğunda yürütülen yargılamalar bakımından, hak kaybına yol açacak nitelikte görülebilirse de¹³³⁵, kanımızca, davalının tanıma / tenfiz yargılamasına katılmaması ve kendisine tanıma / tenfizi engelleme imkânı sunulmasına rağmen bu imkânı kullanmaması, AİHS dahil hiçbir hukuk düzeninde adil yargılanma hakkına aykırı görülemeyecektir. Şayet, MÖHUK çerçevesinde, Türk kamu düzenine aykırı sayılabilecek usulsüzlük ve adil yargılanma hakkı ihlallerinin hakim tarafından göz önünde bulundurulmaksızın, tanıma / tenfiz kararı verilebilecek bir sistem benimsenmiş olsa idi, o zaman böyle bir sakıncadan bahsedilebilirdi. Ancak, MÖHUK m. 54/c bendi ile güvence altına alınan “ihlal sınırı”, bu sonucun doğmasına engeldir.

Tüm bu açıklamalar ışığında, son olarak, MÖHUK m. 54/ç bendinde aranan “itiraz” şartının ve genel olarak MÖHUK m. 54/ c ve ç bentleri çerçevesinde uygulanan inceleme sisteminin, AİHS ve AİHM içtihadı çerçevesinde “kabul edilebilir” olup olmadığına da kısaca değinmek gerekmektedir. Yukarıda açıkladığımız üzere, AİHM, tanıma / tenfiz kararları bakımından, taraf devletlere, yargılamanın taraflarından birinin adil yargılanma hakkının ihlali sonucu verilen yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizi talebini reddetmek konusunda olumsuz yükümlülükler yüklemektedir. AİHM, *Pellegrini* kararında, aleyhinde *exequatur* kararı istenen tarafın itirazlarına rağmen, İtalyan mahkemesinin, Vatikan mahkemelerinde yaşanan adil yargılanma hakkına aykırılıkların, itirazda bulunan davalının adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediğine ilişkin incelemeyi yeterli derinlik ve etkinlikte yapmamış olması nedeniyle, ihlalin söz konusu olduğuna hükmetmiştir. AİHM, yeterli incelemenin yapılmış olması halinde, Vatikan mahkemelerinde yaşanan savunma hakkı ihlallerinin adil yargılanma hakkına aykırı olduğu sonucuna varılması gerektiğini belirtmiştir.

Pellegrini kararında, savunma / adil yargılanma hakkına ilişkin bazı aykırılıkların davalının itirazına bağlı olarak ileri sürülebilmesinin adil yargılanma hakkına aykırı olup olmadığı konusunda bir belirleme yapılmamıştır. Zira,

¹³³⁵ Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 216. Yazara göre, “*tanıma-tenfiz davası, diğer tarafın yokluğunda görülüyorsa, usule ilişkin ihlaller re’sen göz önünde tutulamayacaktır. Bu durumda, hukuk düzenimizin usulî temel değerlerin korunması, hakkını savunamayan, savunmayı bilmeyen ya da istemeyen tarafın pasifliği nedeniyle, etkisini yitirecek, gerileyecektir.*” Othenin-Girard da, davalının yokluğunda görülen tanıma / tenfiz davalarına özgü olarak, usulî kamu düzenine aykırılığın hakim tarafından re’sen nazara alınabileceğinin düzenlenebileceğini ifade etmektedir. Bkz. **Othenin-Girard**, s. 99.

başvurucu, İtalyan mahkemeleri nezdinde, *exequatur* talebinin reddedilmesi gerektiği yönünde savunmada bulunmuştur. AİHM'nin bu kararından sonra, “davalının itirazı” koşulunun tartışıldığı bir karara rastlamadığımızı belirtmek isteriz. Bununla birlikte, gerek *Pellegrini* kararından, AİHM'nin adil yargılanma hakkı ile ilgili olarak, çalışmamızın ilk bölümünde yer verdiğimiz içtihadından hareket edilecek olursa, AİHM'nin tanıma / tenfiz kararları bakımından taraf devletlere yüklediği “inceleme yükümlülüğü”nün ve bu yükümlülüğe ilişkin ölçütlerin, gerek MÖHUK m. 54/c, gerekse ç bentleri kapsamında karşılandığı sonucuna varılacaktır. Türk hukukunun, usulî milletlerarası kamu düzenine girmeyecek derecedeki ihlalleri tanıma / tenfiz davalısının itirazına bağlı olarak incelenmesini öngören MÖHUK m. 54/ç hükmü, Türk hakiminin, tanınması / tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararını adil yargılanma ihlalleri bakımından inceleme yükümlülüğünü yerine getirmediği anlamına gelmez.¹³³⁶ Ayrıca, davalının kendisine itiraz hakkı tanınmış olmasına rağmen, bu hakkı kullanmaması ve sonuç olarak tanıma / tenfiz kararı verilmesi halinde, davalının AİHM'ye başvurması ihtimalinde, AİHM'nin Türkiye hakkında ihlal kararı vermesi de pek mümkün değildir. Meğer ki, Türk hakimi MÖHUK m. 54/c bendi kapsamındaki inceleme yükümlülüğünü yerine getirmemiş olsun.

Tüm bu açıklamalar bir yana, tanıma / tenfiz davalarında yapılacak adil yargılanma incelemesinin, tanıma / tenfiz hakkını tehlikeye sokacak noktaya ulaşmaması gerektiği de ayrı bir husustur. Aşağıda inceleyeceğimiz üzere, AİHM maddi kamu düzenine aykırılığın keyfi şekilde yorumlanması sonucu tanıma / tenfiz taleplerinin reddini AİHS m. 6'ya aykırı bulmaktadır. Aynı sonuç, usulî kamu düzenine aykırılık değerlendirmeleri için de geçerli olmalıdır.

Türk doktrini ve Yargıtay'ın tanıma / tenfiz kararlarının verilmesinde adil yargılanma ihlalleri konusunda verdiği kararlarda, genel olarak, yeterli incelemeyi yaptığı ve gerekli hassasiyeti gösterdiği görülmektedir. Bununla birlikte, Yargıtay'ın, adil yargılanma hakkını yanlış yorumladığı ve yanlış sonuçlara vardığı kararları da mevcuttur. Bu duruma en güzel örnek, aşağıda, arz ettiği öneme binaen ayrı bir başlık altında incelemeyi uygun bulduğumuz Yargıtay'ın 10.02.2012 tarihli kararıdır.

¹³³⁶ Doktrinde, adil yargılanma güvencelerinin MÖHUK m. 54/ ç bendi ile paralellik arz ettiği, ç bendindeki itiraz şartının “devletin takdir marjı içerisinde görülmesinin olağan olduğu” dile getirilmektedir. Bkz. **Kaya**, s. 233 ve 237.

ii. Yabancı Mahkeme Kararlarının Gerekçeli Olma(ma)sının Türk Usulî Milletlerarası Kamu Düzeni Çerçevesinde Değerlendirilmesi ve Yargıtay'ın Yaklaşımı

Yabancı mahkeme kararlarının “gerekçeli” olmamasının Türk mahkemeleri tarafından bir tanıma / tenfiz engeli olarak kabul edilmesinin gerekip gerekmediği meselesi, gerek doktrinde, gerekse Yargıtay kararlarında öteden beri tartışılabilen bir konu olmuştur.¹³³⁷ Bu nedenle, Yargıtay'ın çelişen kararlarının engellenmesi ve

¹³³⁷ Doktrinde bir görüş, yabancı mahkeme kararlarının gerekçesiz oluşunu tanıma/tenfiz talebinin reddi için yeterli görmemekte, bu konunun mahkemenin hukukuna göre tayin edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Aysel Çelikel, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi**, İÜHFM Cilt: 29 S. 3 (1963), s. 863-864; Özbakan, s. 168; Nomer, **Gerekçe**, s. 15. Benzer yönde bkz. Çelikel/Erdem, s. 704. Sakmar, gerekçenin kararı veren mahkemenin hukukuna tabi olduğunu ve yabancı mahkeme kararının gerekçesiz oluşunun başlı başına bir kamu düzenine aykırılık hali oluşturmadığını kabul ettikten sonra, kararın tenfiz şartlarını (özellikle kamu düzenine aykırılığı) incelemeye imkân vermeyecek şekilde yazılmış olması ve mahkemenin hükümdeki sonuca nasıl vardığını göstermemesi halinde, bu durumun göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Sakmar, s. 78-79. Aynı yönde bkz. Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 212-213; Demir Gökyayla, **Gerekçe**, s. 24. Doktrinde diğer bir görüşe göre ise, Anayasa m. 141/f. 3'de belirtilen kural, Anayasa'da yer alan temel bir usul hukuku ilkesi olması sebebiyle, Türkiye'de tanınması / tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararları bakımından da geçerli ve bağlayıcıdır; bu nedenle gerekçesiz yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi Türk kamu düzenine aykırı olacaktır. Bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 521, 363 nolu dn. Aynı yönde bkz. Huysal, **Adil Yargılanma**, s. 74. Ayrıca bkz. Esen, **İhtarlı Basit Dava Usulü**, s. 70-71. Bir diğer görüş uyarınca, gerekçenin yokluğu tek başına bir tanıma / tenfiz engeli sayılamaz; Türk hakimî, somut olayın özelliklerini dikkate alarak, yabancı mahkeme kararının gerekçesiz oluşunun tanıma / tenfize engel oluşturup oluşturmayacağına karar vermelidir. Ayrıca, bazı ülkelerde ve bazı özel yargılama usullerinde mahkeme kararlarının gerekçesiz olabileceğinin düzenlendiği veya tarafların anlaşmaları halinde kararın gerekçesiz yazılabileceğinin kabul edildiği de göz önünde bulundurularak, bu gibi hallerde, mahkeme kararının gerekçesiz oluşunu tanıma / tenfize engel bir kamu düzenine aykırılık sebebi olarak görmemek gerektiği vurgulanmaktadır. Bkz. Doğan, s. 122-123. Bu görüşe yakın diğer bir görüş ise, “somut olaya göre, kararın gerekçesiz oluşu, adil yargılanma hakkını ihlal ediyor, yabancı kararın MÖHUK m. 54/ç bendi kapsamında değerlendirilmesi ve tanıma / tenfiz talebinin reddi gerekir”. Zira, bir tarafın yabancı mahkemedeki yargılamada hukuki dinlenilme ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunması halinde, gerekçenin olmaması sebebiyle bu iddia incelenemiyorsa, tanıma / tenfiz mümkün olmayacaktır. Bkz. Tütüncübaşı, **Çekişmesiz Yargı Kararları**, s. 191-192. Güven ise, tanıma / tenfiz davalısının, yabancı mahkemede adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine dair iddiasını incelemeye imkân vermeyen bir kararın MÖHUK m. 54/c bendi kapsamında kamu düzenine aykırılık sebebiyle tanınmayacağı / tenfiz edilmeyeceği görüşündedir. Bkz. Güven, s. 155.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizinde gerekçe, Fransa ve İsviçre hukuklarında (bkz. Demir Gökyayla, **Gerekçe**, s. 24-25) da tartışmalara ve farklı uygulamalara konu olmuştur. Fransız tanıma / tenfiz hukukunda, gerekçe, milletlerarası kamu düzeni dahilinde değerlendirilmemekle birlikte, AİHM'nin gerekçeli karar hakkına ilişkin kararları ve AAD'nin –AİHS m. 6/f. 1'i milletlerarası kamu düzeni kapsamında değerlendiren- *Krombach* içtihadı birlikte yorumlandığında farklı sonuçlara ulaşıldığı görülmektedir. Ayrıca ATHŞ'nin 47. maddesinde belirtilen adil yargılanma hakkının da gerekçesiz kararların tanınması / tenfizi bakımından dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir. Bu kapsamda, davalının adil yargılanma hakkını orantısız ve açık bir biçimde ihlâl etmeyen yargılamalar sonunda verilen kararların, sadece gerekçesiz olmaları nedeniyle, tanınmasının / tenfizinin reddedilemeyeceği ifade edilmektedir. Bkz. Florence Benoît-Rohmer, **Obligation de motiver les décisions juridictionnelles**, RTD. Eur. 2013, s. 686. Aksi yönde bkz. Leroy, s. 44-46. Yazar, gerekçeli karar hakkının doğal adaletin bir sonucu olduğunu kabul ettikten sonra, gerekçesizliğin bir kamu düzenine aykırılık sebebi ve bir tanıma / tenfiz engeli olmamasının çelişkili olduğunu dile getirmektedir. Diğer taraftan, gerekçesizlik bir tanıma / tenfiz

görüş ayrılıklarının giderilmesi amacıyla, içtihadın birleştirilmesi talebinde bulunulmuştur.¹³³⁸ Ancak, Yargıtay'ın bu konuda verdiği 10.02.2012 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı (YİBK), tartışmaları bitirmek yerine, belki de daha da alevlendirmiştir. YİBK'da yer alan görüşlerin ve varılan sonuçların tek tek değerlendirildiği eserler bulunmaktadır.¹³³⁹ Ancak, biz, çalışmamızın bu bölümünde, yalnızca, YİBK'da yapılan tespitleri AİHS m. 6 ve AİHM içtihadı ile birlikte değerlendirerek, yabancı mahkeme kararı bakımından gerekçenin önemine ve AİHM'nin taraf devletlere yüklediği “olumsuz yükümlülük” çerçevesinde, tanıma / tenfiz yargılamaları sırasında gerçekleştirilmesi gereken adil yargılanma ihlalleri hakkındaki inceleme açısından gerekçenin rolüne ilişkin görüşlerimizi açıklayacağız.¹³⁴⁰

YİBK'da gerekçenin amacı ve niteliğine ve bir mahkeme kararının gerekçeli olması gerektiğine dair pek çok doğru değerlendirmede bulunulmuştur. Örneğin, kamu düzeninin belirsiz niteliği gereği, somut olay odaklı bir inceleme yapmak gerektiği belirtilirken, yabancı ilamda gösterilen gerekçeye başvurulabileceği dile

engeli olarak görülmemekle birlikte, tanıma / tenfiz kararı verilebilmesi için gerekçenin yerine geçen “muadil (eş değerde)” belge ve açıklamaların varlığı aranmaktadır. Örneğin, taraflarca ileri sürülen beyan ve deliller (taraflarca ileri sürülen beyan ve delillerin incelenmesi bakımından revizyon yasağının ihlâl edilmemesine özen gösterilmelidir) ya da kararı veren yabancı mahkemeden alınan belgeler (örneğin açıklayıcı bir karar) bu kapsamda, gerekçenin işlevini yerine getirebilecektir. Böylece, tanıma / tenfiz hukukunda, gerekçe konusunda katı ve kesin kuralların benimsenmediği, esnek ve tanıma / tenfiz kurumunun amacına ve ruhuna uygun bir duruş sergilendiği görülmektedir. Gerekçe konusunda, karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde ortaya konan farklı yaklaşımlar dikkate alındığında bu tutumun makul olduğu dile getirilmektedir. Bkz. **Cuniberti**, s. 3-4; Etienne Cornut, **Motivation des jugements étrangers et ordre public international de procédure, La Semaine Juridique Edition Générale n° 45, 5 Novembre 2008, act. 651**. Yazar, taraflarca ileri sürülen beyan ve delillerin gerekçe yerine geçebilecek belgeler arasında sayılmaması gerektiği görüşündedir. Ayrıca bkz. **Alexandre**, s. 259-262; Laurence Usunier, **Régularité internationale des jugements : obligation de motivation, Revue critique de droit international privé 2013**, s. 898 vd.

¹³³⁸ “Yabancı mahkeme ilamının gerekçesiz olmasının kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediği ve bu bağlamda gerekçeden yoksunluğun yabancı mahkeme kararının tenfizine engel olup olmayacağı” hususunda Yargıtay 2. Hukuk Dairesi kararlarının, aynı Daire kararlarıyla ve Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin kararlarıyla çeliştiği ileri sürülerek, görüş ayrılığının içtihatların birleştirilmesi yoluyla giderilmesi, Av. Serpil Alatalı Bayburt'un 24.11.2009 tarihli başvurusuyla istenilmiştir.” Bkz. Yarg. İBK, E. 2010/1 K. 2012/1, 10.02.2016. Yargıtay 2.HD'nin kendi içinde görüş ayrılıkları taşıyan ve 13.HD kararları ile çelişen kararları ve YİBK'dan önceki Yargıtay uygulaması ile ilgili olarak bkz. Demir Gökyayla, **Gerekçe**, s. 14-18; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 267, 337 nolu dn.

¹³³⁹ Özellikle bkz. Huysal, **Adil Yargılanma**, s. 70 vd.; Demir Gökyayla, **Gerekçe**, s. 18 vd.

¹³⁴⁰ YİBK, özellikle gerekçenin varlığının Türk kamu düzeni ile ilişkisine dair kabul edilmesi güç birçok tespitin yanında, Türk tanıma / tenfiz doktrininde kabul gören birçok noktaya da değinmiştir. Çalışmamızın konusu gereği, yalnızca, gerekçeli karar hakkı ve yabancı mahkeme kararının gerekçesiz oluşunun AİHS m. 6 açısından bir ihlale sebebiyet verip vermeyeceği konusunda incelemelerde bulunacağız.

getirilmektedir.¹³⁴¹ Yargıtay, gerekçenin kamu düzeni ile ilgili olduğunu da açıkça ortaya koymaktadır.¹³⁴² Bu bağlamda, gerekçenin, tarafların hukuki dinlenilme hakkının bir gereği olduğu, tarafların iddia ve savunmalarının değerlendirilip değerlendirilmediğinin ancak gerekçeden anlaşılabileceği belirtilmektedir.¹³⁴³ Bununla birlikte, Yargıtay, milletlerarası usul hukuku ile medeni usul hukukunun “gerekçe yaklaşımı”nın aynı olmadığını ifade ederek, yabancı mahkeme kararlarının gerekçeli olması ya da olmaması gerektiği konusunda kararı veren mahkemenin hukukunun uygulanacağını (*lex fori* ilkesi), bu anlamda gerekçe eksikliğinin kural olarak kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceğini belirlemiştir.

Gerekçenin iç hukuktaki işlevi ile tanıma / tenfiz hukuku bakımından işlevi arasında ciddi farklar olduğu yadsınamaz.¹³⁴⁴ Yargıtay’ın buraya kadar yaptığı tespitlerde hiçbir sorun yoktur. Yargıtay’ın doktrince de eleştirilen en önemli değerlendirmesi şudur: “*Temel savunma hakkının ihlali ile kararın gerekçesiz oluşu farklı hususlar olup, savunma hakkının verilmemiş olması iç hukuktaki kamu düzenine aykırılık yaratacak ise de, yabancı ilamın gerekçesiz oluşu sadece ve tek başına bir sebep olarak kamu düzenine aykırılığı oluşturmayacaktır.*”¹³⁴⁵ Doktrinde, haklı olarak, yargı kararlarının gerekçeli olmasının adil yargılanma hakkı ile yakından bağlantılı olması açısından, yabancı mahkeme kararları ile ulusal (yerel) mahkeme kararları arasında bir ayrım yapılmamakta, bu anlamda gerek

¹³⁴¹ “Kamu düzeninin belirsiz niteliğinin sonucu olarak hangi kriterlerin kullanılması ile ortaya çıkacağı hususu yabancı ilamda gösterilen gerekçede ve itiraz olunan hüküm ile ortaya çıkacağını kabul etmek gerekecektir.”

¹³⁴² “Gerekçenin kamu düzeni ile ilgili bulunduğu açıktır. Gerekçe kuralını kamu çıkar, yarar ve düzeni ile aynı kavşakta birleştiren onun denetimi olanaklı kılınan değerlerdir.”

¹³⁴³ “Tarafların ileri sürdükleri iddia ve vakıaların değerlendirilmemesi, savunma hakkının ihlali olduğu gibi bu durumda gerekçenin de devreye girdiğini unutulmamalıdır. Zira mahkeme kararlarının gerekçeli olması, tarafların ileri sürdükleri iddia ve savunmaların dikkate alınmasının bir sonucudur.”

¹³⁴⁴ Usunier, **Motivation**, s. 898 vd., prgf. 6.

¹³⁴⁵ Aynı yönde bkz. Nomer, **Gerekçe**, s. 12. Yazara göre, kamu düzenine aykırılık bakımından incelenmesi gereken şey gerekçe değil, hüküm fıkrası veya fıkralarıdır. Gerekçe, bu anlamda, yabancı mahkeme kararının tanınması / tenfizini etkileyecek bir role sahip değildir. yabancı mahkeme kararında bir gerekçenin bulunması veya bulunmaması, kararın kamu düzenine aykırılığı bakımından herhangi bir önemi haiz değildir. Gerekçenin varlığı, tanıma / tenfiz kararı bakımından “ne etkilidir ne de gereklidir”.

Ancak yazar, tanıma / tenfizde kamu düzenine aykırılık kapsamında yaptığı açıklamalarda aynen şu ifadeleri kullanmaktadır: “Yabancı mahkeme kararında hükmün kamu düzenine aykırılığında, davada tespit edilmiş ve hükmün gerekçesinde yer almış maddi vakıalar da etkili olabilir. Yabancı mahkeme kararında tespit ve değerlendirmeye tabi tutulan maddi vakıalar ile hüküm arasında gi4 illiyet veya uygunluk rabıtası mevcut değilse, bu durum kamu düzeninin müdahalesine sebep olabilir. Şüphesiz tenfiz hakimi, yabancı mahkeme kararında tespit edilen maddi vakıaları inceleme ve değerlendirme yetkisine sahip değildir. ancak révision au fond yasağı, tenfiz şartlarının tespiti maksadıyla, kararın içeriğine bakılmasına engel teşkil etmediğinden, maddi vakıalar ile hüküm arasındaki uyumsuzluğu (çelişkiyi veya illiyetsizliği)-sadece bunu tespit ile sınırlı olmak üzere-araştırıp, belirleyebilir.” Bkz. Nomer, s. 525.

Anayasa'nın m. 141/f. 3 hükmünde yer alan, gerekse AİHS m. 6 ve AİHM içtihadı ile ortaya konan gerekçeli karar hakkının, yabancı mahkemelerde yapılan yargılamaları da kapsadığı savunulmaktadır.¹³⁴⁶

Konunun değerlendirilmesinde “yabancı mahkeme kararlarının gerekçeli olması gerektiği” yönünde, gerek iç hukukumuzda, gerekse insan hakları hukukunda kabul gören ilkenin amacı ve niteliğinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Zira, böylece konu netliğe kavuşacak, aslında büyük ve derin görüş ayrılıklarının söz konusu olmadığı açığa çıkacaktır. YİBK’da belirtilen ve doktrinde de neredeyse ittifakla kabul edilen husus, yabancı mahkeme kararının gerekçeli olması gerektiğinden bahsedildiğinde, kastedilenin HMK m. 297 anlamında bir gerekçe aranmadığıdır.¹³⁴⁷ Zira aksinin kabulü, gerçekten de tanıma / tenfiz sistemimize tamamen ters sonuçlar yaratır. İfade edilmek istenen, hükmün tarafların adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğini gösteren, hükümdeki sonuca nasıl varıldığını aydınlatan açıklamalardır.¹³⁴⁸ Hükümde, her ne ad ve her ne şekilde olursa olsun bu açıklamalara yer verildiği takdirde, Anayasa m. 141 / f. 3 ve AİHS m. 6 anlamında aranan “gerekçe zorunluluğu” karşılanmış olacaktır.

Yargı kararlarının gerekçeli olması zorunluluğunun, başlı başına uyulması gereken bir adil yargılanma ilkesi / hakkı olması dışında, yabancı mahkeme kararlarında gerekçe aranması, tanıma / tenfiz şartlarının yerine gelip gelmediğinin hüküm fıkrasından anlaşılmasının pek mümkün olmamasından kaynaklanmaktadır. Nitekim Yargıtay da bu nedenle, tanıma / tenfiz şartlarına ilişkin inceleme

¹³⁴⁶ **Sanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 521, 363 nolu dn.; Esen, **İhtarlı Basit Dava Usulü**, s. 71; Huysal, **Adil Yargılanma**, s. 74. Yazar, çok doğru bir tespit yaparak, Anayasa m. 141/f. 3 hükmünün Anayasa m. 36 ile birlikte yorumlanması gerektiğini, adil yargılanma hakkının bir parçası olan m. 141/f. 3 hükmünün, “*Türk mahkemelerini aşan, Türkiye’de etki tanıma bakımından (tanıma / tenfiz davalarında yapılacak denetimde) yabancı mahkeme kararlarını da kapsayacak bir etkiye kavuşacağını*” dile getirmektedir. Gerekçesiz hakem kararlarının tanınması / tenfizine ilişkin olarak aynı yönde bkz. Akıncı, **Gerekçesiz Hakem Kararları**, s. 85.

Doktrinde ve YİBK’da savunulan Anayasa m. 141/f. 3’ün yabancı mahkeme kararlarını kapsayacak şekilde yorumlanamayacağı yönündeki görüş karşısında (bkz. **Nomer, Gerekçe**, s. 14-15), Demir Gökyayla şu yerinde yorumu yapmaktadır: “*Anayasa m. 141/f. 3’de düzenlenen ilkenin, “yabancı mahkemelerin ne şekilde karar vermesi gerektiğini düzenlemek amacıyla getirilmediği şüphesizdir.” Yabancı mahkeme kararlarının gerekçeli olması zorunluluğu, temel bir insan hakkı olan adil yargılanma hakkının bir gereği olarak Anayasa’da yer almaktadır. Gerekçenin temel savunma hakları ile olan ilgisi, onu kamu düzeninin bir parçası yapmaktadır. Ancak bunun dayanağı anayasal bir ilkeden çok insan hakları hukukudur*”. Bkz. Demir Gökyayla, **Gerekçe**, s. 21.

¹³⁴⁷ Bununla birlikte, Demir Gökyayla, YİBK’nın yabancı mahkeme kararlarında “HMK anlamında bir gerekçe aranmaması” ile “hiçbir şekilde gerekçe aranmaması” arasındaki çizgiyi net bir şekilde ortaya koymadığını belirtmektedir. Bkz. Demir Gökyayla, **Gerekçe**, s. 23. Yazara göre, bir yabancı mahkeme kararının, HMK’nın öngördüğü biçimde gerekçe içermesi beklenemez ise de, bu ifade, “*yabancı ilamdan o hüküm sonucuna nasıl varıldığının anlaşılmasına gerek olmadığı anlamına gelmez*” (bkz. s. 22). Aynı yönde bkz. Esen, **İhtarlı Basit Dava Usulü**, s. 69.

¹³⁴⁸ Aynı yönde bkz. **Sakmar**, s. 78-79; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 213; Demir Gökyayla, **Gerekçe**, s. 23; **Güven**, s. 155.

yapılmasına olanak sağlamayan yabancı mahkeme kararlarının tanınmasını / tenfizini reddetmiştir.¹³⁴⁹ Bu bağlamda, YİBK’da belirtildiğinin aksine, Türk tanıma / tenfiz sisteminde geçerli olan revizyon yasağı ilkesine de dayanılamaz.¹³⁵⁰ Zira, Türk hakimi, gerekçeye, hükme esas alınan hukukun veya vakıaların takdirini incelemek üzere başvurmayacak, yalnızca, esasa ve konumuz açısından önem arz eden usule (adil yargılanma hakkı ihlallerine) ilişkin bazı hususları inceleyebilmek için hüküm ile birlikte gerekçeyi de dikkate alacaktır.¹³⁵¹ Yargılamanın taraflarının ileri sürdüğü vakıa ve delillerin dikkate alınıp alınmadığını, diğer bir ifadeyle hukuki dinlenilme hakkına uyulup uyulmadığını gösterebilecek tek unsur, hükümde yer alan açıklamalardır. Bu bağlamda, örneğin hüküm ile gerekçe arasında bir çelişkinin var olup olmadığı bakımından da gerekçenin varlığına ihtiyaç vardır. Tanıma / tenfiz hakiminin, hiçbir gerekçeye dayanmayan, tarafların adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğini inceleme olanağı sunmayan yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizi yönünde karar vermesi halinde, AİHS m. 6 ile öngörülen yükümlülüğünü ihlal edeceği açıktır. Dolayısıyla, kanımızca, YİBK’da belirtilenin aksine, gerekçe ilamın tenfizini etkileyebilecek bir güce sahiptir.¹³⁵² Bu

¹³⁴⁹ Yarg. 13.HD, E. 1996/3116 K. 1996/3450, 08.04.1996 (bkz. Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 267, 337 nolu dn.); Yarg. 13.HD, E. 2001/9007 K. 2001/11406, 05.12.2001 (www.kazanci.com; erişim tarihi: 18.03.2017). Ayrıca bkz. 10.02.2012 tarihli YİBK’na Yarg. 13. HD Başkanı ve üyeleri tarafından yazılan karşı oy yazısı: “*Kararın hüküm fıkrası (sonucu), talep hakkında verilen sonucu belirtir. Örneğin; 50.000 TL’nin davalı Maliye Hazinesinden tahsili ile davacı A’ya verilmesine dair yabancı mahkeme kararında ki hüküm fıkrası görünüşte kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmemektedir. Ancak bu uyumsuzluk (A) ile maliye Hazinesi arasındaki Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren vergi hukuku uyumsuzluğundan doğduğu takdirde, Türk kamu düzenine aykırı bir kararın tenfizi sonucu doğuracaktır. Tenfizi istenen kararın kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmeyeceği hüküm fıkrası (sonucu), ile gerekçenin birlikte değerlendirilmesi ile saptanacağından sayın çoğunluğun gerekçe içermeyen kararların sadece hüküm bölümünün denetlenmesini yeterli gören düşüncelerine katılmıyoruz.*”

¹³⁵⁰ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 521, 363 nolu dn; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 75; Demir Gökyayla, **Gerekçe**, s. 19 ve s. 34; Aygül, s. 104-105; Esen, **İhtarlı Basit Dava Usulü**, s. 72. Aksi görüşte, Nomer, **Gerekçe**, s. 14-16.

¹³⁵¹ Usunier, **Motivation**, s. 898 vd., prgf. 6. Aynı yönde bkz. Akıncı, **Gerekçesiz Hakem Kararları**, s. 86: “...içlerinde Türkiye’nin de bulunduğu bazı hukuk sistemleri, hükmün gerekçeli olması koşulunu, “uyumsuzluğun çözümünde söz konusu sonuca nasıl varıldığını öğrenme” açısından taraflara tanınan vazgeçilmez bir hak olarak algılamaktadır.”

Tanıma / tenfiz hakiminin yabancı mahkeme kararının dayandığı delilleri ve tarafların hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmiş olup olmadığının incelenmesi dışında, revizyon yasağına aykırı hiçbir değerlendirmenin yapılamayacağına en güzel örnek, sürpriz karar yasağının ihlalinin dikkate alınamayacağıdır. Çalışmamızın ilk bölümünde de belirttiğimiz üzere, dikkate alınma hakkının bir unsuru da sürpriz karar yasağıdır. Ancak, sürpriz karar yasağı, adil yargılanma hakkı içinde değerlendirilmekle birlikte, esasa uygulanan hukukun denetimini gerektirdiği için, tanıma / tenfiz hakimince re’sen dikkate alınabilecek bir husus değildir. bkz. Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 214.

¹³⁵² Aynı görüşte bkz. Huysal, **Adil Yargılanma**, s. 74; Demir Gökyayla, **Gerekçe**, s. 19 . Ayrıca bkz. 10.02.2012 tarihli YİBK’na Yarg. 13. HD Başkanı ve üyeleri tarafından yazılan karşı oy yazısı: “*Tenfizi istenen kararın kamu düzenine aykırı olup olmadığı gerekçe ile saptanabilir. Anayasa 141/3 maddesi “ Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.” HUMK 388 (HMK 297) maddesi de bütün kararların gerekçeli olmasını öngörmüştür. Gerekçe hükmün dayandığı*

durumun, kamu düzenine (adil yargılanma hakkının gereklerine) aykırılığın yalnızca hüküm fıkrasının dikkate alınarak incelenebileceğine dair kural ile de çelişmediği kanısındayız.

YİBK'nın verilmesi ve doktrinde de fikir ayrılıklarının daha keskin bir şekilde ortaya çıkması bakımından önem arz eden bir husus da, başta Almanya olmak üzere, İsviçre, Avusturya ve İtalyan hukuklarında kabul edilen ve “ihtarlı basit dava usulü” olarak Türkçe’ye çevrilen yargılamalar sonucunda verilen kararların gerekçesiz olmasının, bir tenfiz engeli olarak görülmesidir.¹³⁵³ Yargıtay, gerekçenin varlığının gereksizliği ve etkisizliği sonucuna özellikle bu kararlar üzerinden varmaktadır.¹³⁵⁴ Doktrinde ihtarlı basit dava usulü çerçevesinde verilen yabancı mahkeme kararlarının gerekçesinin, bizatihi yargılama usulü olduğu, bir “gıyap” kararı olması nedeniyle, bu kararlar bakımından gerekçesizliğin bir tanıma / tenfiz engeli olarak görülemeyeceği belirtilmektedir.¹³⁵⁵

Bu noktada, AİHM'nin gerekçe zorunluluğundan vazgeçmeksizin, bu zorunluluğun somut olayın şartlarına göre farklılıklar arz edebileceğine ilişkin ihtihadından yola çıkılmalıdır. Buna göre, yabancı mahkeme kararında uygulanan

hukuki esasları açıklar. Böylelikle hükmün denetlenmesi mümkün olur. Taraflar da mahkemenin gerekçesi sayesinde haklı olup olmadıklarını anlayabilir. Yargıtay incelemesi aşamasında kararın usul ve yasalara uygun olup olmadığı gerekçe ile denetlenebilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 45.maddesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hükümlerinin ve kararların gerekçeli olmasını şart koştuğu gibi sözleşmenin 6 maddesi de adil yargılama hakkı başlığı altında kararların gerekçeli olmasına değinmektedir.”

¹³⁵³ Konu ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Esen, **İhtarlı Basit Dava Usulü**, s. 46 vd.; Nomer, **Gerekçe**, s. 10 vd.

İngiliz hukukunda da “summary judgment” kapsamında verilen kararların gerekçe içermemesinin, tanıma / tenfiz engeli oluşturup oluşturmayacağı konusunda bkz. Demir Gökyayla, **Gerekçe**, s. 29-31. İngiliz hukukuna özgü “Summary judgment” ve tarafların yokluğunda gerçekleştirilen (“default of appearance”) yargılamaların adil yargılanma hakkı bakımından değerlendirilmesi için bkz. J. A. Jolowicz, **Fundamental guarantees in civil litigation: England, Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation/ Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil**, edited by/sous la direction de Mauro Cappelletti et Denis Tallon, **Milano, A Guiffre; Dobbs Ferry, N.Y., Oceana, 1973**, s. 162-164.

¹³⁵⁴ Diğer taraftan Yargıtay’ın, yabancı mahkeme kararının gerekçesiz oluşunun, kararın verildiği devlet hukukuna uygun ya da aykırı olduğu durumlar arasında herhangi bir ayırım yapmadığı görülmektedir. Buna göre, MÖHUK m. 54/c bendi kapsamında kamu düzenine aykırılığa başvurulamayacağını kabul eden Yargıtay, kendi usul hukukuna aykırı şekilde gerekçesiz verilen kararların MÖHUK m. 54 / ç bendi kapsamında tanınması / tenfizine engel olunabileceği konusunu da tartışmamıştır.

¹³⁵⁵ Nomer, **Gerekçe**, s. 10 ve s. 13; Esen, **İhtarlı Basit Dava Usulü**, s. 71: “İhtarlı basit dava usulü çok sıkı şekil kurallarına bağlı ve dayalı olarak yürütüldüğünden ve icra kararı bu kurallara dayalı olarak verildiğinden dolayı, ihtarlı basit dava usulü sonucunda verilen kararların gerekçesi olarak bu kurallar gösterilebilir.”

İsviçre Federal Mahkemesi, yabancı mahkemede açılan davanın kendisine usulüne uygun biçimde bildirilmiş olmasına rağmen, davaya katılmayan davalı hakkında verilen gerekçesiz yabancı mahkeme kararlarının tanınabileceğini / tenfiz edilebileceğini belirtmektedir. bkz. Demir Gökyayla, **Gerekçe**, s. 24, 48 nolu dn. Yazar, yokluğunda kararın gerekçesiz verileceğini bilen tarafın, bu durumu, tanıma / tenfiz aşamasında kendi lehine kullanmasına izin verilmesinin hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebileceğini ifade etmektedir (bkz. s. 25).

usulün adil yargılanma hakkına uygun olduğu bir şekilde (uygulanan usul kurallarından, hüküm fıkrasındaki açıklamalardan) tespit edilebiliyorsa, diğer bir ifadeyle, AİHS m. 6 ile öngörülen ve tanıma / tenfiz hakimine yüklenen inceleme yükümlülüğünün ifa edilebilmesi için gerekli şartlar oluşmuş ise, o takdirde, yabancı mahkeme kararının tanınması / tenfizine engel yoktur.¹³⁵⁶ Aynı durum, tarafların gerekçenin yazılmaması konusunda anlaşabileceklerini düzenleyen yabancı hukuklara göre verilen kararlar için de geçerlidir.¹³⁵⁷ Zira bu durumda, tarafların gerekçeli karar hakkından feragat etmiş olduklarının kabulü gerekir.¹³⁵⁸

Sonuç olarak, kanımızca, yabancı mahkeme kararlarının gerekçesizliği, somut olaya göre değerlendirilmesi gereken ancak kural olarak tanıma / tenfiz kararının verilmesine engel olan bir husustur.¹³⁵⁹ Bu husus, Türk kamu düzeninin içine AİHS m. 6 ile dahil edilmiştir. Ne var ki, YİBK’den sonra verilen Yargıtay kararlarında, somut olay değerlendirilmeksizin, “yabancı mahkeme kararının gerekçesiz oluşunun bir tanıma / tenfiz engeli olmadığına” hükmedildiği görülmektedir.¹³⁶⁰ Dolayısıyla, gerek yerel mahkemeleri, gerekse Yargıtay Dairelerini bağlayan YİBK ile¹³⁶¹, yabancı mahkeme kararlarının gerekçesiz oluşunun, hiçbir incelemeye bağlı olmaksızın, Türk kamu düzenine aykırı olmadığı yönünde bir uygulamanın istikrar kazanabileceği görülmektedir. Bu durum, Türkiye’nin AİHS m. 6’ya aykırılık sebebiyle mahkum edilmesinin önünü açmıştır. Kanımızca, yukarıda da belirttiğimiz üzere, AİHS m. 6’ya aykırılığın bağımsız bir tanıma / tenfiz şartı olarak kabulü, Türk hakiminin YİBK ile yaratılan “engel”i aşabilmesi bakımından

¹³⁵⁶ Bu çerçevede, özel olarak, ihtarlı basit dava usulüne dayanarak verilmiş yabancı mahkeme kararlarının tenfizi gerektiği yönünde bkz. Nomer, **Gerekçe**, s. 10-12; Esen, **İhtarlı Basit Dava Usulü**, s. 71-72; Demir Gökyayla, **Gerekçe**, s. 28-29.

¹³⁵⁷ Demir Gökyayla, **Gerekçe**, s. 39.

¹³⁵⁸ Kanımızca, bu husus genel anlamda, tüm savunma hakları bakımından geçerli olmalıdır. Tanıma / tenfiz davalısının, yabancı mahkemede yapılan yargılama sırasında rıza gösterdiği savunma hakkı ihlallerine ya da kullanımından feragat ettiği haklara dayalı olarak, tanıma / tenfiz davasında itirazda bulunabileceğini kabul etmek dürüst davranma ilkesine (HMK m. 29) ve hakkın kötüye kullanımı yasağına ters düşecektir.

¹³⁵⁹ Aksi yönde bkz. **Kaya**, s. 235-236. Yazar, gerekçenin ilâmın tenfizini etkileyebilecek bir güce sahip olmadığını, AİHM kararlarında mahkeme “hükümlerinin” gerekçeli olmasının arandığını belirtmektedir. Ayrıca, AİHS m. 6’nın gerektirdiği gerekçenin, “yabancı mahkeme kararının tanıma / tenfiz şartlarının sağlanması” olarak yerine getirilmiş olacağını dile getirmekte, fakat sonuç olarak, gerekçesizliğin ancak adil yargılanma hakkı kapsamındaki diğer hakları ihlâl etmesi halinde kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşılabileceğini, bu bağlamda YİBK’nın AİHM içtihadı ile uyumlu olduğunu ileri sürmektedir.

¹³⁶⁰ Yarg. 4.HD, E. 2011/11959 K. 2012/3154, 29.02.2012 (bkz. Ekşi, Tanıma-Tenfiz, s. 297-299); Yarg. 11.HD, E. 2014/14504 K. 2015/3388, 12.03.2015 (bkz. www.kazanci.com; erişim tarihi: 28.03.2017).

¹³⁶¹ 2797 sayılı Yargıtay Kanunu’nun (RG. 08.02.1983 – S. 17953) 45. Maddesi uyarınca, “*ıctihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar.*”

başvurulabilecek bir çözüm yoludur. Zira, YİBK'nın yabancı mahkeme kararlarının gerekçesiz oluşunu, hiçbir şart altında, kamu düzenine aykırı görmeyen yaklaşımı karşısında, MÖHUK m. 54/c bendinin bir tenfiz engeli olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin bu yanlış kabul, Türk hakiminin AİHS m. 6'ya dayanması suretiyle etkisiz hale getirilebilecektir.

3) Maddi Kamu Düzenine Aykırılığın Tanıma / Tenfiz Engeli Olarak Kabulünün Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi

Doktrinde, tanıma / tenfizin talep edildiği mahkemelerin, kamu düzenine bakış açısı ve yorumunun çok önemli olduğu, kamu düzenine aykırılığın “yabancı mahkeme kararlarının tanınmasının / tenfizinin önüne geçebilmek için bir bahane” olarak kullanılmaması gerektiği ifade edilmektedir.¹³⁶² AİHM de, tanıma / tenfiz şartlarının, kişilerin haklarına erişmelerini engelleyecek ölçüde geniş veya keyfi uygulanmasının AİHS m. 6/f. 1 kapsamında taraf devletlere yüklenen olumlu yükümlülüklerin (tanıma /tenfiz hakkının) ihlaline sebebiyet vereceğini açık olarak ortaya koymaktadır. Yukarıda ayrıntılı bir şekilde incelediğimiz, *Négrépontis Giannisis* kararında, AİHM, Yunan mahkemelerinin Amerikan mahkemelerinden alınan evlat edinme kararının Yunan kamu düzenine aykırı olduğuna hükmetmelerinin, kamu düzeninin orantısız ve keyfi bir yorumundan ibaret olduğunu ifade etmiştir.¹³⁶³

Doktrinde, AİHM'nin, tanıma / tenfiz hakkına öncelik tanıyarak, takdir hakkını hukuki güvenliğin ve tanıma / tenfiz davacısının meşru beklentilerinin karşılanması yönünde kullandığı belirtilmektedir. Bu bağlamda, tanıma / tenfiz hakkı, tanıma / tenfiz talep edilen devletin kamu düzeni müdahalesi bakımından “kamu düzeninin azaltılmış etkisi” teorisinin uygulanmasına imkân sağlayan meşru bir dayanak olarak görülmektedir.¹³⁶⁴ Zira, AİHM *Négrépontis* kararında, Yunan Yüksek Mahkemesi tarafından kamu düzeni müdahalesi lehinde ileri sürülen

¹³⁶² Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 280. Yazar, kamu düzenini çok dar yorumlayan tanıma / tenfiz mahkemelerinin, yabancı mahkeme kararlarının kendi ülkelerinde etki doğurmasını sudan bahanelerle” engelleyebildiklerine, kamu düzenini esnek şekilde yorumlayan tanıma /tenfiz mahkemelerinin ise, yabancı mahkemede mağdur edilen tarafın hakkının bir kere daha ihlal edilmesine sebep olduklarına dikkat çekmektedir. Bu bağlamda, tanıma / tenfiz talep edilen devlet mahkemelerinin somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak, “kamu düzenini olması gerektiği gibi uygulamaları”nın önem taşıdığını vurgulamaktadır. Ayrıca bkz. **Kaya**, s. 103 ve s. 114 vd. Yazar, bazı durumlarda, yabancı unsurlu duruma etki tanımamanın insan haklarını ihlal edebileceğini ifade etmektedir; böyle durumlarda, “*insan hakları ihlali teşkil eden kamu düzeni müdahalesinin kendisidir*” (bkz. s. 114).

¹³⁶³ Bkz. yukarıda AİHM *Négrépontis Giannisis* – Yunanistan kararı, prgf. 89-92.

¹³⁶⁴ Kinsch, **Ordre public international**, s. 820.

gerekçelerin, üstün/ emredici ortak ihtiyaçları karşılamaktan uzak olduğu sonucuna varmıştır. Sonuç olarak, bu karar, tanıma / tenfiz devletinin maddi kamu düzenine aykırılık konusunda sahip olduğu takdir hakkının sınırlanabileceğini göstermektedir.¹³⁶⁵

Gerçekten de, maddi milletlerarası kamu düzenine aykırılık, yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizi bakımından Türk hakiminin en sık başvurduğu gerekçelerden biridir. Çalışmamızın konusuna girmemekle birlikte, Yargıtay'ın özellikle aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizinin reddinde, doktrin tarafından da oldukça eleştirilen kararları mevcuttur. Ancak, adil yargılanma hakkı ve tanıma / tenfiz kararlarının kişilerin haklarına erişimelerindeki öneminin gittikçe ön plana çıkması ile birlikte Yargıtay'ın maddi kamu düzenine aykırılığı daha dar yorumlamaya başladığı ve tanıma / tenfizin reddi yoluna gitmediği görülmektedir. Yargıtay, Alman mahkemelerinde verilmiş bir vesayet kararının tanınmasına ilişkin bir kararında, Türk kamu düzenine aykırılığın AİHM'de Türkiye'nin mahkumiyetine sebep olacak şekilde yorumlanmaması gerektiğini açıkça ifade etmiştir.¹³⁶⁶

¹³⁶⁵ Kinsch, **Ordre public international**, s. 821-823. Ayrıca bkz. Barba, s. 65-66.

¹³⁶⁶ Yarg. 18.HD, E. 2012/12365 K. 2013/483, 17.01.2013 (bkz. www.kazanci.com; erişim tarihi: 25.03.2017). Kararda şu ifadeler yer verilmiştir. “*Taraflar Türk vatandaşı olmasalar bile hukuki menfaatlerinin bulunması koşuluyla yabancı ilamın tenfizini veya tanınmasını isteyebilirler. Yukarıda ayrıntılı açıklandığı üzere bu hususun tek başına kamu düzenine aykırılık oluşturmayacağı açıktır. MÖHUK'un 9. ve 10. maddelerinde yer alan hak ve fiil ehliyeti ile vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi sebepleri, vesayet ve kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi istenen kişinin milli hukukuna tabidir hükmünün, milli hukukta mevcut olması şartıyla yabancı mahkemeler tarafından da verilebileceği şeklinde yorumlamak gerekir. Çünkü vesayet ve kısıtlılık müessesesi hem Alman ve hem de Türk hukukunda mevcuttur. O halde Türk hukukunda mevcut olmayan bir müessese hakkında Alman mahkemelerinin vermiş olduğu bir karardan da söz edilemez. Buradaki ölçü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ihlal edilip edilmemesidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kişilerin yararının gözetilmesini her şeyden üstün tutmaktadır. Alman mahkemesi tarafından verilen vesayet kararının, vesayet altına alınanın Almanya'daki hukuki menfaatlerini koruyacağı gibi, bu kararın Türk mahkemeleri tarafından tanınması aynı zamanda vesayet altına alınan kişinin Türkiye'deki çıkarlarını koruyacaktır. Alman mahkemesi tarafından Türk milli hukuku ile çatışmayacak ve hatta aynı paralelde verdiği kararın ne milli hukuka ve ne de münhasır yetki ya da kamu düzeni ile bir alakası bulunmamaktadır. Aksine davranışların diğer bir ifade ile yerel mahkeme ya da Hukuk Genel Kurulu kararlarında ileri sürülen gerekçelerin kabulü halinde Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde mahkumiyeti sonucunu doğurur ki bunun da hiç arzu edilmeyen bir durum olduğunda kuşku yoktur.*”

III. MİLLETLERARASI USUL HUKUKUNUN DİĞER KONULARININ ADİL YARGILANMA HAKKI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Çalışmamızın birinci bölümünde, AİHS m. 6/f. 1 ile milletlerarası usul hukukunun kesiştiği noktalar hakkında genel bazı inceleme ve değerlendirmelere yer vermiş, Türk hukukunda düzenlenen hükümlerin incelenmesi konusunda bu bölüme atıf yapmıştık. Çalışmamızın bu bölümünde ise, öncelikle adil yargılanma doktrininin Türk milletlerarası yetki kuralları ve tanıma tenfize ilişkin MÖHUK’da yer alan hükümler üzerindeki etkisi hakkında ayrıntılı açıklamalara yer vermeye çalıştık. Bununla birlikte, adil yargılanma hakkının milletlerarası usul hukuku üzerindeki etkileri yalnızca milletlerarası yetki ve tanıma / tenfiz ile sınırlı değildir.

Milletlerarası usul hukukunun adil yargılanma hakkı kapsamında incelenmesi gereken diğer konuları, yabancılık unsuru içermeyen uyuşmazlıklar hakkında uygulama alanı bulacak hükümlerden pek çok noktada ayrılmaktadır. Bu bakımdan, özellikle milletlerarası tebligat, yabancı devletlerin yargı ve icra bağımsızlığı, yabancılar ve Türk vatandaşları bakımından öngörülen teminat yükümlülüğü ve yabancıların adli yardımdan faydalanmasına ilişkin milletlerarası usul hukukuna ilişkin pek çok konunun adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmesi zorunludur. Çalışmamızın bu bölümünde, öncelikle, Türk milletlerarası usul hukukunun adli yardım ve teminat yükümlülüğüne ilişkin, mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkı bakımından tartışmaya açık hükümleri üzerinde durulacaktır. Daha sonra, yargı bağımsızlığı konusu ele alınacak ve AİHM’nin özellikle yabancı doktrin tarafından eleştirilen yaklaşımı konusunda ayrıntılı incelemelere yer verilecektir. Son olarak, milletlerarası tebligat konusunda Türk hukukunda yer alan hükümlerin ve özellikle uygulamanın adil yargılanma hakkı bakımından sorun yaratan noktalarına değinilecektir.

B. Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Düzenlendiği Şekliyle Teminat Yükümlülüğü ve Adli Yardımın Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi

1. Teminat Yükümlülüğü

a. Genel Olarak

Teminat, genel anlamıyla hukuki korunma talep eden kişinin (davacı, davaya müdahalede bulunan veya takip yapan kişi) maddi anlamda zor durumda olması ya da ekonomik açıdan hukuken ve fiilen zor ulaşılabilir olması (davanın açıldığı yer ile yakın bağlarının bulunmaması) halinde, davasında haksız çıkması ihtimali karşısında, yargılama masrafları ve/veya karşı tarafın uğrayacağı muhtemel masrafları karşılamak amacıyla önceden bir güvence gösterilmesidir.¹³⁶⁷

Normal şartlar altında, yargılama masrafları ve / veya davalının zararını karşılamak konusunda “ekonomik olarak ulaşılabilir” kişiler bakımından öngörülme-yen teminat yükümlülüğü, Anayasa’nın 36. maddesi ile korunan hak arama özgürlüğü ve mahkemeye erişim hakkına getirilen istisna / engellerden biridir.¹³⁶⁸¹³⁶⁹ Latince “*cautio judicatum solvi*” yani dava masrafları için teminat akçesi olarak ifade edilen teminat kavramının öncelikli amacının “devlet hazinesinin menfaatini gözetmek” olmadığı belirtilmekte; dava masraflarının yurtdışında tahsilinin zorluğu karşısında, davalının muhtemel zararını gidermek üzere, “eşya veya borçlar hukukuna ilişkin bir hakkın bir başkası için tesis

¹³⁶⁷ Milletlerarası uyuşmazlıklar bakımından teminat, ihtiyati tedbir (HMK m. 392) ve ihtiyati hacizde (İİK m. 259) istenen teminat ile karıştırılmamalıdır. Geçici hukuki korunma talepleri de adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirilmekle birlikte, ihtiyati tedbir veya hacizde, “yeni oluşacak bir durum nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı veya tamamen imkânsız hale geleceğinden ve buna dayalı olarak geçici koruma talebinde bulunan kişinin ciddi bir şekilde zarar görebileceğinden” hareket ile farklı usullerin uygulanması sebebiyle, bu konudaki teminat, yargılama giderlerinin tahsilini güvence altına alan ve konumuzu oluşturan teminat yükümlülüğünden ayrılmaktadır.

¹³⁶⁸ Aziz Serkan Arslan, **HMK Hükümlerine Göre Teminat Kurumu ve Dava Şartı Niteliği, Hakan Pekcanitez’e Armağan, DEÜHFD Cilt: 16 Yıl: 2014 (Basım Yılı: 2015; Özel Sayı), s. 944.** Ayrıca bkz. Yarg. 12.HD, E. 2013/30803 K. 2013/38356, 03.12.2013, bkz. **Dava Açan veya İcra Takibinde Bulunan Yabancıların Teminat Yükümlülüğüne ilişkin Olarak 2012-2013 Yıllarında Verilen Bazı Yargıtay Kararları, (Derleyen: Nuray Ekşi), Legal UTTDER Cilt:3 Sayı: 2 Yıl: 2014, s.322-324.**

¹³⁶⁹ Fransız doktrininde teminatın “aşırı yetki kurallarının sonuçlarının dengelenmesi” kapsamında bir araç olarak kullanılabileceği belirtilmektedir. Buna göre, teminatın amacı, mahkeme ile bağları zayıf olan davacıya karşı davalının korunmasıdır. Bu durum dikkate alındığında, davacının teminat yükümlülüğü nedeniyle dava açamayacak olması, davalının korunmasına hizmet edecektir. Bkz. **Sinopoli, s. 158.**

edilmesi”nin amaçlandığı dile getirilmektedir.¹³⁷⁰ Bununla birlikte, teminatın asıl amacının davalıyı mı, devleti mi korumak olduğu az sonra inceleyeceğimiz hükümlerin ayrıştığı noktalardan biridir.

Teminat, Türk milletlerarası usul hukukunun önemli konularının başında gelmektedir. Zira hem yabancılık unsuru taşıyan bir davanın esastan Türk mahkemeleri önünde görülmesinde hem de tanıma / tenfiz davalarında karşılaşılan, uygulama alanı olan bir konudur.¹³⁷¹ Türk milletlerarası usul hukukunda yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda teminat yükümlülüğü iki ayrı kanunda düzenlenmektedir. HMK m. 84 vd. hükümlerinde, davacının maddi açıdan zor durumda olduğu haller dışında (HMK m. 84/f. 1/b bendi), Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşının dava açması, davaya müdahalede bulunması veya takip yapması (HMK m. 84/f. 1/a bendi) halinde “davalı tarafın muhtemel yargılama giderlerini karşılamak üzere” uygun bir teminat göstermesi gerektiği düzenlenmektedir. MÖHUK m. 48 uyarınca ise, Türk mahkemesinde dava açan, davaya katılan veya icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tüzel kişiler, yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermek zorundadır. Görüldüğü üzere, her iki kanunun düzenleme konusu aynı olmakla birlikte, uygulama alanları ve kapsamaları farklıdır.

Türk hukukunda teminatın düzenlenişine ilişkin teknik ve ayrıntılı incelemeler konumuz dışındadır. Bu nedenle, çalışmamızın teminat yükümlülüğüne ilişkin bu bölümünde, HMK ve MÖHUK’da yer alan teminata ilişkin hükümler hakkında genel bilgilere yer verdikten sonra daha çok eleştirilen hususların ve teminat yükümlülüğü ile mahkemeye erişim hakkı arasındaki ilişkinin üzerinde durmaya çalışacağız

¹³⁷⁰ Bülent Özden, *Alman Hukukunda “Cautio Judicatum Solvi” Kuralı*, MHB Yıl: 10 Sayı: 1-2 (1990), s. 133-134. Aynı yönde bkz. Nomer, s. 492; Uğur Tütüncübaşı, *Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü*, DEÜHFD Yıl: 2010 (Basım Yılı: 2012) Cilt:12 Sayı:2, s. 218-219. Ayrıca bkz. Mustafa Okur, *Adli Teminat*, Yetkin Yayınları Ankara 2011, s. 69-73. Sargın ise, teminat kurumunun hem devleti hem de davalıyı koruduğunu belirtmektedir. Bkz. Sargın, *Cautio Judicatum Solvi*, s. 401.

¹³⁷¹ Ekşi, *Tanıma-Tenfiz*, s. 89 vd.; Güven, s. 217 vd.

b. HMK Hükümleri Uyarınca Teminat Gösterme Yükümlülüğü

HMK m. 84’de düzenlenen teminat yükümlülüğü, kanunun açık ifadesi gereğince, Türk vatandaşı davacı, davaya müdahil olarak katılan¹³⁷² veya takip yapan kişiye yöneliktir. Böylece, esasen Yargıtay’ın, yabancıların teminat yükümlülüğünü düzenleyen mülga 2675 sayılı MÖHUK m. 32’nin kabulünden sonra dahi, yabancıların teminat yükümlülüğünü de HUMK hükümlerine tabi tutan kararlarına dayalı sorunlar ve HUMK m. 97’nin uygulanmasında Türk vatandaşı-yabancı ayırımı ile ilgili tartışmalar tümüyle son bulmuştur.¹³⁷³

HMK m. 84’e göre, Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşı, dava açması, davaya müdahalede bulunması veya takip yapması halinde teminat göstermekle yükümlüdür. 1086 sayılı HUMK’un 97. maddesinde, “Türkiye’de yerleşim yeri olmayan kişiler” hakkında teminat yükümlülüğü düzenlenmekteydi. HMK m. 84’de ise yerleşim yeri” kriteri yerine, “mutad mesken” esas alınmıştır. HMK m. 84’ün gerekçesinde, mutad mesken kavramının, “tüm hayat ilişkilerinin belirli bir coğrafi alanda yoğunlaşması biçiminde tanımlandığı” belirtilmekte¹³⁷⁴, “yerleşim yeri” kriteri yerine “mutad mesken” kriterinin benimsenmesi suretiyle, “istisnaen teminat gösterme zorunluluğu ile karşı karşıya kalmalarının amaçlandığı” ifade olunmaktadır.¹³⁷⁵

Kanımızca, bu ifade doğru değildir. Zira, yerleşim yeri, hukuki bir kavramdır. Mutad meskeni yurtdışında bulunan bir Türk vatandaşının yerleşim yerinin Türkiye’de olması mümkündür. Mutad mesken kavramının, uygulamada tam

¹³⁷² “Davaya müdahil olarak katılan” ifadesi ile bağımsız bir dava olan asli müdahale davasının davacısının teminat yükümlülüğü değil, fer’i müdahilin durumu ele alınmaktadır. Bkz. hükmün gerekçesi. Ayrıca bkz. Çalışkan, s. 43; Tütüncübaşı, s. 199-200; Arslan, s. 950; Pekcanitez, Fer’i Müdahale, s. 102-104; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 526; Karşı, s. 399, 816 nolu dn; Emre Kıyak, Türkiye’de Mutad Meskeni Olmayan Türk Vatandaşları İçin Teminat Gösterme Yükümlülüğü, EÜHFD Cilt: XVI Sayı: 1-2 (2012), s. 237.

¹³⁷³ Çelikel/Erdem, s. 615; Çalışkan, s. 34.

¹³⁷⁴ Mutad mesken kavramı doktrinde de “geçici bir oturma yeri dışında, devamlılık gösteren ve kişinin hayat ilişkilerinin ağırlık merkezinin bulunduğu yer olarak tanımlanmaktadır. Kavram ile ilgili olarak bkz. Tütüncübaşı, s. 196; Kıyak, s. 233; Nomer, s. 120-121; Çelikel/Erdem, s. 185-186 ve s. 615; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 37; Ekşi, Tanıma-Tenfiz, s. 91-92; Gülören Tekinalp/Ayfer Uyanık, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Güncelleştirilmiş 12. Baskı, Vedat Kitapçılık İstanbul 2016, s. 55; Işıl Özkan, Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Ankara 2003, s. 82-83; İlyas Arslan, Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı, Oniki Levha Yayıncılık İstanbul 2014, s. 35 vd.; Burak Huysal, Kanunlar İhtilafı Alanında İkametgah ve Doğurduğu Sorunlar, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yıl: 2003/2, s. 186-187.

¹³⁷⁵ “[Mutad mesken] kavramının benimsenmesi sayesinde, yurtdışında yerleşik olan Türk vatandaşlarının Türkiye’de zaman zaman kullandıkları bir mutad meskenleri de çoğunlukla bulunduğundan, istisnaen teminat gösterme zorunluluğu ile karşı karşıya kalacaklardır.” Bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 527. Ayrıca bkz. Çalışkan, s. 39

oturmaması ve özellikle kişinin yalnızca tek bir mutad meskeni olabileceğini kabul eden görüş¹³⁷⁶ karşısında, yerleşim yeri yurtdışında olan Türk vatandaşlarının mutad meskenlerinin de yurtdışında olacağı kabul edilecek ve teminat yükümlülüğü ile karşı karşıya kalma ihtimalleri arttırılmış olacaktır.¹³⁷⁷

Diğer taraftan, Türk vatandaşlarının yerleşim yerlerini nüfusa kayıtlı oldukları yer olarak değerlendiren Yargıtay'ın, eski Nüfus Kanunu m. 4'ü yanlış uygulaması sonucu, yerleşim yeri yurtdışında olan Türk vatandaşlarından teminat alınamamasının da önüne geçmek için fiili bir kriterin esas alındığını, böylece teminat istenebilecek hallerin arttırıldığını söylemek yanlış olmayacaktır.¹³⁷⁸ HMK'da mutad mesken kriterinin esas alınması ile birlikte, Yargıtay'ın doktrinde eleştirilen önceki değerlendirmesi sonucu Türkiye ile fiilen bağı olmayan Türk vatandaşlarından teminat istenememesinin önüne geçilmiştir.¹³⁷⁹

HMK düzenlemesinde ülkeden ülkeye değişen ve vasıflandırma sorunları yarattığı gerekçesiyle eleştirilen yerleşim yeri kriterinin terk edilerek, mutad meskenin esas alınması, doktrinde daha gerçekçi bir kriter olarak destek bulmaktadır.¹³⁸⁰ Zira teminat yükümlülüğü, amacı gereği, hak arayan kişinin Türkiye ile fiili bağının var olup olmamasına göre söz konusu olacaktır.¹³⁸¹

¹³⁷⁶ Tekinalp/Uyanık, s. 55; Tütüncübaşı, s. 196.

¹³⁷⁷ Aynı yönde bkz. Bilge Umar, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı**, TBB Dergisi Yıl: 2006 Sayı: 67, s. 128-129. Ayrıca bkz. Umar, s. 282-283; Okur, s. 161; Arslan, s. 949; E.Erdoğan, s. 150, 644 nolu dn.. Karşı görüşte bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 527; Kıyak, s. 234. Bu görüş uyarınca, "teminat, Türkiye'de yerleşim yeri olmayan ve mutad meskeni de bulunmayan Türk vatandaşları bakımından uygulama alanı bulur."

¹³⁷⁸ Benzer görüşte bkz. Tütüncübaşı, s. 198; Arslan, s. 949.

¹³⁷⁹ Tütüncübaşı, s. 189.

¹³⁸⁰ Çelikel/Erdem, s. 615-616 ; Çalışkan, s. 37-39; Tütüncübaşı, s. 197-198, 45 nolu dn. Yazar, yurtdışında yaşayan ve çalışan Türk vatandaşlarının mutad meskenlerinin neresi olduğunu tespitinde bu kişilerin çalışma ve oturma izinlerinin sürelerinin dikkate alınabileceğini belirtmektedir. Yurtdışında uzun süreli veya süresiz oturma ve/veya çalışma iznine sahip Türk vatandaşlarının mutad meskenlerinin Türkiye'de olmadığını belirlemek suretiyle m. 84/f.1/a bendi gereğince bu kişilerin teminat göstermekle yükümlü olacaklarını kabul etmek kanımızca da isabetlidir (bkz. s. 199). Ayrıca bkz. Kuru, s. 621; Yarg. 17.HD, E. 2013/12360 K. 2013/14625, 31.10.2013 (bkz. Kuru, s. 621, 4 nolu dn).

Buna karşın, aksi görüş olarak doktrinde, her ne kadar amaç açısından isabetli bulunsa da, mutad meskenin tespitinin yerleşim yerine göre daha zor olması gerekçesiyle, HMK m. 84/1/a düzenlemesinin usul ekonomisi açısından uygun olmadığı savunulmaktadır. Bkz. Kıyak, s. 228.

Mutad meskenin nerede olduğunu ispatında Türkiye'nin de taraf olduğu "Yaşam Belgesi Verilmesine Dair Sözleşme" (RG. 16.03.2004 – S. 25404) hükümlerinden faydalanılabileceği yönünde bkz. Kıyak, s. 234-235.

¹³⁸¹ HMK m. 84/f. 1/a bendinin uygulanmasında davalının yerleşim yerinin veya mutad meskeninin nerede olduğu önem taşımamaktadır. Davacının teminat yükümlülüğünün belirlenmesinde sadece davacının değil, davalının da Türkiye ile fiili bağının incelenmesi gerektiği, davalının yerleşim yerinin (HMK'ya göre, mutad meskeninin) Türkiye'de bulunmaması halinde davalının korunacak bir menfaati olmayacağı görüşü için bkz. Turgut Turhan, **Davacının veya Davaya Katılanın Teminat Gösterme Yükümü**, Prof. Dr. Osman F. Berki'ye Armağan, Ankara 1977, s. 871-872. Kanımızca bu görüş, teminat yükümlülüğünün amacı ile pek bağdaşmamaktadır. Zira güvence altına

HMK'nın teminat ile ilgili hükümleri yalnızca gerçek kişileri kapsamaktadır. HMK m. 84/f.1 hükmünün gerekçesinde, tüzel kişiler için mutad mesken kriterinin uygulanamayacak olması nedeniyle, yerleşim yeri olarak statülerindeki (kuruluş belgelerindeki) idare merkezlerinin esas alınması gerektiği, idare merkezi Türkiye'de bulunan tüzel kişilerin teminat yükümlülüğü olmadığı, idare merkezi yurtdışında olan tüzel kişiler için ise MÖHUK m. 48'in uygulama alanı bulacağı belirtilerek, HMK m. 84 vd. hükümlerin sadece gerçek kişilerin teminat yükümlülüğünün düzenlendiği vurgulanmaktadır.¹³⁸²

HMK düzenlemesinde göze çarpan en önemli noktalardan biri, teminatın kapsamının “davalı tarafın muhtemel yargılama giderleri” ile sınırlı tutulmasıdır. Bu bağlamda, yargılama giderleri dışında kalan, davalının zarar-zıyanı açıkça teminatın kapsamına alınmamıştır. Bu durum hükmün gerekçesinde de “*içeriğinin tümüyle belirsizlik arz etmesi sebebiyle, bu güne kadar hiç uygulama alanı bulmamış olması hususu da dikkate alınarak, temin edilmesi gerekenler arasına, karşı tarafın dava veya takip nedeniyle uğrayabileceği muhtemel zararlar dahil edilmemiştir*” şeklinde ifade olunmuştur.¹³⁸³

HMK m. 86 uyarınca, teminat kararı mahkemece re'sen verilir. Hakim kararını verirken tarafları (davacı/fer'i müdahil/takip alacaklısı ve davalı/takip borçlusu) dinleyebilir. Teminatın tutarı ve şekli de, tarafların anlaşmaları saklı kalmak kaydıyla, hakim tarafından serbestçe tayin edilir (HMK m. 87/f.1). Ancak hakimin bu kararını verirken taraflar arasındaki menfaat dengesini¹³⁸⁴ ve teminatın öngörülme amacını göz önünde bulundurarak, mahkemeye erişim hakkının özüne zarar vermeyecek şekilde titiz davranmalıdır.¹³⁸⁵ İhtiyati tedbir veya haciz uygulamasında, adeta geleneksel hale geldiği üzere, alacağın %10-15'i oranında istenilen teminatın, tamamen farklı bir kurum olan HMK m. 84 vd. maddelerinde düzenlenen teminat açısından da uygulanması doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir.¹³⁸⁶ İstenen teminat miktarının mahkemeye erişim hakkı ile orantılı

almaya çalışılanın “davalının” yargılama giderleri olduğu düşünüldüğünde, davalının Türkiye ile bağını aramak gerekçelendirilmesi zor bir ayrımcılık yapmak anlamına gelecektir.

¹³⁸² **Tütüncübaşı**, s. 195, 36 nolu dn; **E.Erdoğan**, s. 150.

¹³⁸³ Davalının muhtemel zarar-zıyanının teminatın kapsamına alınmamasını olumlu bir gelişme olarak nitelendiren görüş için bkz. **Çalışkan**, s. 44-45.

¹³⁸⁴ **Kıyak**, s. 240.

¹³⁸⁵ **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 430-431; **Çelikel/Erdem**, s. 622; **Çalışkan**, s. 79-81; **Şanlı, Ticari Akitler**, s. 157.

¹³⁸⁶ **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 430; **Çalışkan**, s. 233; **Şanlı, Ticari Akitler**, s. 157.

olup olmadığı çalışmamız açısından büyük önemi haiz olduğundan bu konu aşağıda ayrıca incelenecektir.¹³⁸⁷

Hakim tarafından belirlenecek kesin süre¹³⁸⁸ içinde teminatın gösterilmesi zorunludur. Aksi halde dava, dava şartı yokluğu gerekçesiyle usulden reddedilir (HMK m. 88/1 ve m. 114/1/ğ).¹³⁸⁹ Dava / takip açıldığı tarihte teminat yükümlülüğünün söz konusu olmaması ve fakat sonra HMK m. 84/f. 1/a veya b’de yer alan hallerin ortaya çıkması halinde, yine, yargılamanın her aşamasında mahkemece re’sen teminata hükmedilebilecektir (HMK m. 86).

HMK m. 85’de teminattan muafiyet halleri düzenlenmektedir. Buna göre, adli yardımdan yararlanılması, teminat göstermekle yükümlü davacının / fer’i müdahilin veya takip alacaklısının yurtiçinde istenen teminatı karşılamaya yeterli taşınmaz malının veya aynı teminata bağlı bir alacağının olması, davanın sadece küçüğün menfaatini korumaya yönelik olarak açılmış olması ve ilamlı bir alacağa ilişkin ilamlı takip yapılması hallerinde teminat gösterme yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır.¹³⁹⁰ Doktrinde, HMK m. 85’de düzenlenen muafiyet hallerinin, AİHS m.6 çerçevesinde mahkemeye erişim hakkının kısıtlanmasının bir ihlal olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğine ilişkin incelemede kullanılan “orantılılık” kriterini sağlamak amacıyla öngörüldüğü belirtilmektedir.¹³⁹¹ Bu muafiyet halleri arasında, aşağıda ele alacağımız MÖHUK hükümlerini de yakından ilgilendiren iki halden ilki adli yardım talebinin kabulü, ikincisi ise davacının yurtiçinde malvarlığının bulunmasıdır. Adli yardım talebinin teminat yükümlülüğü yerine getirildikten sonra kabul edilmesi halinde, HMK m. 89/f. 1 uyarınca, teminatın iadesine karar verilecektir. Fakat, kanımızca, aşağıda ele alacağımız üzere, adli

¹³⁸⁷ Bkz. “Teminat Yükümlülüğünün Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi” başlıklı bölüm.

¹³⁸⁸ Hakimin ilk vereceği sürenin mutlaka “kesin süre” olmasının gerekmeyeceği yönünde bkz. **Kıyak**, s. 230. Ayrıca bkz. **Çalışkan**, s. 49.

¹³⁸⁹ HMK’nın m. 114/1/ğ hükmü doktrinde, teminatın hakim kararına bağlı bir dava şartı olarak düzenlenmiş olduğu, teminata ilişkin mahkeme kararı verilmeden önce davalının “davacının teminat göstermesi gerektiği yönünde itirazlarının” teknik anlamda dava şartı eksikliği dahilinde değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bkz. **Kıyak**, s. 230. Aksi görüşte bkz. **Arslan**, s. 969. Teminat yükümlülüğünün davalının yargılama giderlerini güvence altına almak üzere öngörülmesi nedeniyle dava şartı olarak düzenlenmesinin yanlış olduğu yönünde bkz. **E.Erdoğan**, s. 152. Ayrıca, teminatın dava şartı olarak düzenlenmiş olmasının “*hak arama özgürlüğünü zedeleyebileceği*” ifade edilmektedir. Bkz. **Karşı/Koç/Konuralp**, s. 50

¹³⁹⁰ Doktrinde, hakimin önüne gelen somut olayda teminattan muafiyet konusunda karar verirken, “HMK m. 85’de belirtilen durumlara lafzi olarak bağlı kalmaması gerektiği”, teminattan muafiyet hallerinin maddenin ruhuna bağlı kalınarak genişletilebileceği ileri sürülmektedir. Bu bağlamda çekişmesiz yargı işlerinde de, ilgililerin teminattan muaf tutulmaları gerektiği savunulmaktadır. Bkz. **Çalışkan**, s. 42. Kanımızca bu yorum doğru değildir. Zira HMK m. 85’in uygulanmasında kanun koyucunun “kıyasen genişletme” gibi bir amacının olmadığı açıktır. Teminattan muafiyet halleri kanunda açık ve sınırlı bir şekilde belirlenmiştir.

¹³⁹¹ **E.Erdoğan**, s. 151.

yardım talebinin, teminat yükümlülüğünün bir dava şartı olarak değerlendirileceği ön inceleme aşamasından önce sonuçlandırılması gereği karşısında, bu hüküm daha çok, dava açıldıktan sonra oluşan şartlara bağlı olarak adli yardım talep edilmesi halinde uygulanabilecektir.

HMK m. 85’de sayılan haller dışında, MÖHUK m. 48’de belirtilen “karşılıklılık” koşulunun da teminattan muafiyeti sağlayacağı, bu bağlamda Türkiye’nin taraf olduğu sözleşmelerdeki “teminattan muafiyet” hükümlerine bakılması gerektiği belirtilmektedir.¹³⁹² Ancak unutmamak gerekir ki, MÖHUK m. 48 açısından karşılıklılık vatandaşlık temellidir. Oysa, HMK’da esas alınan kriter mutad meskendir. Kanun koyucu, HUMK’dan farklı olarak HMK’da karşılıklılığı bir muafiyet sebebi olarak öngörmemiştir. Zira, zaten HMK hükümleri kapsamında HUMK’un aksine, yalnızca Türk vatandaşlarının teminat yükümlülüğü düzenlenmektedir.¹³⁹³

Karşılıklılığın HMK’da düzenlenen teminat hükümleri kapsamında da dikkate alınması gerektiği görüşünün uygulanmasında bir takım güçlüklerle karşılaşılacağı kanaatindeyiz. Öncelikle, HMK m. 84/f. 1/a bendi uyarınca teminat göstermekle yükümlü olan Türk vatandaşının mutad meskeninin bulunduğu ülke ile Türkiye arasında imzalanmış olan sözleşmede muafiyetin mutad mesken esas alınarak tanınmış olmasına dikkat edilmelidir.¹³⁹⁴ Ayrıca, MÖHUK’un genişletilerek HMK’ya da uygulanması sonucunda muafiyet sağlayacak olan karşılıklılığın sadece ahdi karşılıklılığı mı kapsayacağı, yoksa kanuni ve fiili karşılıklılığın da mı dikkate alınacağı sorusu ile karşılaşılacaktır. Türkiye’nin taraf olduğu anlaşmalarda yer alan teminattan muafiyete ilişkin hükümlerin HMK kapsamında da uygulanması “karşılıklılık” dolayısıyla değil, Anayasa m. 90 gereğidir. Diğer taraftan, HMK m. 85’in açık ifadesi, muafiyet sebeplerinin

¹³⁹² **Eksi, Tanıma-Tenfiz**, s. 92; **Çalışkan**, s. 93; **Arslan**, s. 963-965; **Tütüncübaşı**, s. 206-207 ve s. 218: “Her iki kanun açısından da karşılıklılık şartının gerçekleşmesi durumunda, teminat göstermekle yükümlü olan taraf bu yükümlülüğünden muaf tutulmaktadır. Ancak HMK bakımından yalnızca sözleşmesel karşılıklılık kabul edilmektedir.” **Çelikel/Erdem**, s. 618. Yazarlar, Türkiye’nin taraf olduğu sözleşmelere atıf yaparken, bu sözleşmelerin HMK kapsamında “karşılıklılığa” dayalı olarak uygulanacağına dair bir ifadeye yer vermemektedir. Ayrıca bkz. **Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe**, s. 432-433; **Şanlı, Ticari Akitler**, s. 158.

¹³⁹³ Doktrinde, HUMK m. 97’de düzenlenen karşılıklılığa bağlı teminattan muafiyet halinin aslında 2675 sayılı MÖHUK’un yasalaşması ile birlikte anlamını yitirdiği, 2675 sayılı MÖHUK m. 32 ile yabancıların teminat yükümlülüğünün düzenlenmesi karşısında, HUMK m. 97’nin yalnızca Türk vatandaşları açısından uygulanabilecek olması nedeniyle karşılıklılığın da bir muafiyet sebebi olarak ortadan kalktığı belirtilmektedir. Bkz. **Eksi, Tanıma-Tenfiz**, s. 90-91.

¹³⁹⁴ Teminattan muafiyet sağlayan anlaşmalarda mutad mesken kriterinin benimsenmemesi sonucunda Türk vatandaşları açısından teminat yükümlülüğü doğacağı yönündeki eleştiri için bkz. **Okur**, s. 161.

genişletilmesine elverişli değildir. Bu nedenle, MÖHUK m. 48’de yer alan bir muafiyet sebebi olarak “karşılıklılığın” HMK m. 84 vd. hükümlere uygulanamayacağı kanaatindeyiz.

c. MÖHUK Hükümleri Uyarınca Teminat Gösterme Yükümlülüğü

MÖHUK m. 48’de düzenlenen teminat yükümlülüğünde esas alınan tek kriter “yabancılık”tır. “Yabancı” gerçek kişiler veya statülerindeki idare merkezi yurtdışında bulunan tüzel kişiler ile, tüzel kişilikleri olmamakla birlikte idare merkezi hukuklarına göre davada taraf olma ehliyetini haiz kişi veya mal topluluklarının ve vatansız ve mültecilerin teminat yükümlülüğü bu madde kapsamında belirlenmektedir.¹³⁹⁵ Doktrinde, MÖHUK m. 48’in uygulanmasında

¹³⁹⁵ **Nomer**, s. 491; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 428-429; **Çelikel/Erdem**, s. 619; **Güven**, s. 220; **Tütüncübaşı**, s. 201; **Şanlı, Ticari Akitler**, s. 145-155; **Doğan**, s. 84; Bülent Özden, **Türk Hukukunda Yabancı Şahısların Teminat Mükellefiyeti**, Alfa Yayınları 1999 s. 28-34; **Çalışkan**, s. 57-64. Yazar vatansızlar ile ilgili olarak aşağıda ele alacağımız karşılıklılık koşulunun uygulanamayacağı, bu durumun eşitlik ilkesine aykırı olduğu için hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı gerekçesiyle “vatansızların teminat gösterme yükümlülüğü”nün olmaması gerektiğini savunmaktadır. Sargın da vatansızlar ve mülteciler açısından karşılıklılığın hiçbir zaman karşılanamayacağından hareket ile MÖHUK’un karşılıklılığa ilişkin düzenlemesinin adaletin inkârına yol açacak nitelikte olduğunu ifade etmektedir. Sargın, **Cautio Judicatum Solvi**, s. 403. Kanımızca da yazarın haklı olarak eleştirdiği bu durum, aşağıda belirttiğimiz üzere, YUKK m. 88/f. 1 ile bir ölçüde giderilmiştir.

Vatansızların da teminat göstermesi gerektiği yönünde bkz. **Nomer**, s. 491; **Çelikel/Erdem**, s. 619, 121 nolu dn; **Özden**, s. 29; **Okur**, s. 176; **Güven**, s. 220; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 435; **Şanlı, Ticari Akitler**, s. 166: “[Karşılıklılığın] uygulanmasında, davacı veya takipte bulunan vatansız veya hiçbir devlet ile organik bağı olmayan bir milletlerarası kurum ise, karşılıklılık şartının gerçekleşmesi mümkün bulunmadığı için, davacı veya takipte bulunanın teminat yatırmaktan muaf tutulması da mümkün değildir.” Milletlerarası kurum ve kuruluşlar açısından bu kuruluşların kurucu anlaşmalarına bakılması gerektiği yönünde bkz. **Çalışkan**, s. 64.

MÖHUK m. 48 kapsamında yabancı gerçek kişilerin teminat yatırması konusunda en çok tartışılan husus TVK m. 28 uyarınca Türk vatandaşlığından çıkma izni almak suretiyle ayrılan “Mavi Kart” sahibi (imtiyazlı statülü) yabancıların durumudur. TVK m. 28 kapsamındaki kişiler, kanunda sayılan istisnalar dışında, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanabilmektedir. TVK m. 28 hükmünün mavi kart sahibi kişilere tanınan hakların kapsamının belirlenmesi bakımından net olmadığı haklı olarak dile getirilmektedir (bkz. **Aybay/Dardağan Kibar**, s. 98).

Bir görüşe göre, teminat hak arama özgürlüğüne getirilmiş bir istisnadır. İstisnaların dar yorumlanması gerekmektedir. TVK m. 28 kapsamındaki kişilerin Türk vatandaşları ile aynı haklara sahip olmasından yola çıkarak bu kişilerin teminat yatırmakla yükümlü olmadıklarının kabulü gerekir. Bkz. **Çalışkan**, s. 63.

Diğer bir görüşe göre ise, TVK m. 28 kapsamındaki kişilerin teminat yükümlülüğü olmadığının kabulü mümkün değildir. Zira bu kişiler, her ne kadar bir çok konuda Türk vatandaşları ile aynı haklara sahip olsalar da, yabancı statüsündedirler ve yabancı statüsündeki bu kişilerin teminat yükümlülükleri olmadığını savunmak doğru değildir. bkz. **Çelikel/Erdem**, s. 620. Dolayısıyla bu kişilerin MÖHUK m. 48 çerçevesinde teminat yükümlülükleri bulunmaktadır. Bkz. **Kuru**, s. 622, 6 nolu dn; **Okur**, s. 180-181. Ayrıca bkz. Yarg. 2.HD, E. 1992/1217 K. 1992/1514, 11.02.1992: “Türk Mahkemelerinde dava açan yabancı gerçek ve tüzel kişiler, yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermek zorundadırlar” (2675 sayılı K.32). Davacı Türk asıllı olmakla beraber yabancı bir devlet tabiiyetindedir. 2675 sayılı Kanun’un 32/2. maddesi şartları araştırılarak, şartlar oluşmamışsa

yalnızca yabancılık kriterinin esas alınması eleştirilmiş, mutad meskeni veya yerleşim yeri Türkiye’de olan yabancılar açısından bir ayırım yapılması gerektiği, MÖHUK m. 48’e ekleme yapılarak “Türkiye’de mutad meskeni olmayan yabancılar” hakkında teminat yükümlülüğü öngörülmesinin daha doğru olacağı savunulmuştur.¹³⁹⁶ Biz de, bu görüşü, teminatın “Türkiye ile yeterli bağı olmayan” kişiler için kabul edilebilecek bir istisna olması sebebiyle uygun bulmaktayız.

teminat alınması gerektiği düşünülmeden yargılamaya devam edilmesi doğru bulunmamıştır.” (www.kazanci.com; erişim tarihi: 07.12.2016).

Son olarak, TVK m. 28 kapsamındaki kişilerin teminat yükümlülükleri olduğunu kabul eden bir diğer görüşe göre, bu kişilerin teminat yükümlülüğü, MÖHUK m. 48 kapsamında değil, mutad meskenlerinin Türkiye dışında olması halinde nedeniyle HMK m. 84 vd. hükümler kapsamında belirlenecektir. Bkz. **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 428-429, 184 nolu dn; **Güven**, s. 220; **Doğan**, s. 84-85; **Tütüncübaşı**, s. 216.

Kanımızca sorun, teminat yükümlülüğünün ya da daha doğru bir anlatımla Türk vatandaşları bakımından geçerli olan “teminat göstermeme kuralı”nın bir hak olup olmadığı noktasından kaynaklanmaktadır. Zira teminat göstermemeyi bir “hak” olarak kabul edecek olursak, TVK m. 28 kapsamındaki kişilerin bu “hak”tan faydalandırılmaları gereği ile karşılaşmak mümkün olacaktır. Aslında kanımızca buradaki hak mahkemeye erişim hakkıdır, teminat ise bir yükümlülüktür. Dolayısıyla, TVK m. 28 kapsamındaki kişilerin Türk vatandaşları ile eşit haklardan faydalanmaları konusunda esas olan mahkemeye erişim hakkı anlamında bir eşitliktir. Bu noktada iki farklı yorum yapılabilir. Şayet, mavi kart sahiplerinin TVK’da sınırlı şekilde sayılmış olan haklar dışında, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan eşit şekilde faydalanabileceklerinden hareket edilecek olursa, mahkemeye erişim hakkından da Türk vatandaşları ile eşit şekilde faydalanmaları gerektiği düşünülebilir. Ancak kanımızca, mavi kartlılar ile Türk vatandaşları arasında bu yönde bir eşitlik kurulması mümkün değildir.

Şöyle ki, teminat yükümlülüğünün mahkemeye erişim hakkının istisnası / sınırlandırılmasına ilişkin olduğu tartışmasızdır. Fakat, istisnanın dar yorumlanması gerektiğinden hareketle, sonuç olarak yabancı bir devlet vatandaşına Türk vatandaşlarına tanınanın ötesinde bir imkân tanımak mümkün olmamalıdır. HMK m. 84 vd. hükümler mutad meskeni yurtdışında olan Türk vatandaşlarını kapsadığına göre, teminat konusunda Türk vatandaşları bile yükümlendirilebilmektedir. Bu durumda, TVK m. 28 kapsamındaki yabancılara, vatandaş ile eşit muamele yapılarak, bu kişilerin teminat yükümlülüğü olduğu görüşündeyiz.

Son olarak, uygulanacak hükümler konusuna gelecek olursak, TVK m. 28 kapsamındaki kişilerin yabancı statüsünde olmaları nedeniyle, HMK m. 84’ün Türk vatandaşlarına ilişkin hükümlerinin bu kişilere uygulanabilmesi için kanunda açık bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç olduğu düşüncesindeyiz. Zira, çalışmamızın ilk bölümünde açıkladığımız üzere, Anayasa’nın 16. maddesi uyarınca yabancılar hakkında temel hak ve özgürlüklere ilişkin kısıtlamalar ancak kanun ile yapılabilmektedir. Mevcut durumda böyle bir düzenleme olmadığına göre, bu kişilerin teminat yükümlülüğüne ilişkin HMK m. 84 vd. hükümlerin değil, MÖHUK m. 48’in uygulanması gerekecektir. Kaldı ki, HMK’daki hükümlerin MÖHUK açısından kıyasen uygulanabileceğinin kabulü karşısında, anılan hükümlerin birbirinden ayrıldığı tek bir nokta vardır; o da teminatın kapsamıdır. HMK uyarınca yalnızca davalının yargılama giderleri teminat kapsamında iken, MÖHUK uyarınca, teminat hem yargılama giderlerini hem de davalının uğraması muhtemel zarar ve ziyarı kapsamaktadır. Bu açıdan TVK m. 28 kapsamındaki kişilerin daha güç bir durumda bırakıldıkları düşünülebilir de, hakimin teminatın miktarına karar verirken mahkemeye erişim hakkının özüne zarar verilmemesine dikkat etmesi gerektiğinden, bu konuda herhangi bir olumsuz ayrışmanın olmayacağını düşünmekteyiz.

Türk vatandaşlığı yanında başka bir ülkenin vatandaşlığına sahip kişilerin ise teminat yükümlülüğü yoktur. Zira çifte vatandaşlık halinde, bu kişilerin Türk vatandaşlığı dikkate alınır. **Nomer**, s. 492; **Çelikel/Erdem**, s. 619, 121 nolu dn ; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 428; **Şanlı, Ticari Akitler**, s. 154; **Tütüncübaşı**, s. 201-202; **Doğan**, s. 84; **Özden**, s. 32; **Okur**, s. 176; **Sargın, Cautio Judicatum Solvi**, s. 396.

Mecburi dava arkadaşlığının söz konusu olması halinde ise, HMK m. 84/f. 3’ün kıyasen uygulanması gerektiği, teminat yükümlülüğünün ancak tüm dava arkadaşlarının yabancı olmaları halinde doğacağı ifade edilmektedir. bkz. **Çalışkan**, s. 75. Aksi görüşte bkz. **Özden**, s. 34-35.

¹³⁹⁶ Sargın, *Cautio Judicatum Solvi*, s. 402-403; **Tütüncübaşı**, s. 216-217.

Aşağıda ele alacağımız teminattan muafiyette karşılıklılık konusunda yaşanan, gerek karşılıklılığın tespitine dair, gerekse karşılıklılığın bulunmaması halinde mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasına ilişkin sorunlar da bu görüşü desteklemektedir. MÖHUK m. 48 açısından, davacı, davaya katılan veya takipte bulunan yabancı kişinin mutad meskeni ile ilgili görüş ayrılıkları bir yana, hükmün uygulanması açısından, davacının Türkiye’de malvarlığının bulunmasının herhangi bir önem taşımadığı gibi, davalının yerleşim yeri veya vatandaşlığının da dikkate alınmayacağı tartışmasıdır.¹³⁹⁷

Mültecilerin teminat yükümlülüğüne ilişkin olarak birkaç noktaya, özellikle 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK)¹³⁹⁸ hükümlerine değinmek gerekmektedir. Kural olarak, yabancı olmaları dolayısıyla, mültecilerin MÖHUK m. 48 çerçevesinde teminat yükümlülüğü varsa da, Türkiye’nin de taraf olduğu 28.07.1951 tarihinde imzalanan BM Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme’nin¹³⁹⁹ 16. maddesi uyarınca, mülteciler teminat yükümlülüğünden muaftırlar. Diğer taraftan, YUKK kapsamında uluslararası koruma statüsüne sahip mülteci (m. 61), şartlı mülteci (m. 62) ve ikincil koruma statüsü (m. 63) sahibi kişiler (yabancı veya vatansızlar) hakkında, YUKK m. 88/f. 1 uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler karşılıklılık şartından muaftır. Bu nedenle, aşağıda ele alacağımız üzere, MÖHUK m. 48 kapsamında, hâkim teminat yükümlüsü uluslararası koruma statüsü sahibini, karşılıklılık esasına göre muaf tutmak zorunda olduğundan, bu kişilerin teminat yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır YUKK’nın bu hükmü, MÖHUK m. 48’in mülteciler ve vatansızlar açısından ortaya çıkardığı, eşitliğe aykırı durumu bir miktar gidermiştir. Fakat yine de, uluslararası koruma statüsüne sahip olan ve olmayan yabancılar arasında ayırım yapan bu düzenlemenin ve karşılıklılığı sağlayamayacak -uluslararası koruma statüsü sahibi olmayan- kişilerin mahkemeye erişim hakkının ihlâl edildiğini söylemek mümkündür.¹⁴⁰⁰

¹³⁹⁷ Sargın, *Cautio Judicatum Solvi*, s. 396; Nomer, s. 491.

¹³⁹⁸ RG. 11.04.2013 – S. 28615.

¹³⁹⁹ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 14 Aralık 1950 tarih ve 429 (V) sayılı Kararıyla toplanan Konferansta kabul edilmiş, 28 Temmuz 1951 tarihinde Cenevre’de imzalanmış ve 43. maddeye uygun olarak 22 Nisan 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşmeyi 24 Ağustos 1951 tarihinde imzalamış ve 29 Ağustos 1961 tarihinde ihtirazi kayıtlarla onaylamıştır. 359 Sayılı Onay Kanunu 5 Eylül 1961 gün ve 10898 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Türkiye’nin ihtirazi kaydı şöyledir: "Bu sözleşmenin hiçbir hükmü, mülteciye Türkiye’de Türk uyruklu kimselerin haklarından fazlasını sağladığı şeklinde yorumlanamaz".

¹⁴⁰⁰ YUKK m. 88/f. 1’den bağımsız olarak, aynı görüşte bkz. Sargın, *Cautio Judicatum Solvi*, s. 403.

MÖHUK m. 48’de öngörülen teminat HMK m. 84/f. 1/a bendinden farklı olarak, hem davalının yargılama giderlerini hem de zarar-zıyanını kapsamaktadır. Bu nedenle, hükmün kamu düzenine ilişkin olduğu, hakim tarafından re’sen dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir.¹⁴⁰¹ HMK m. 114/f.1/ğ bendi gereğince, teminata ilişkin mahkeme kararının yerine getirilmemiş olması dava şartı eksikliği sayılmaktadır; bu durumda davanın usulden reddedilmesi gerekecektir. (HMK m. 115/f. 2).¹⁴⁰²

MÖHUK’da teminatın türü ve miktarına ilişkin herhangi bir belirleme yapılmamıştır.¹⁴⁰³ Dolayısıyla, bu konuda, HMK’da yer alan hükümlerin, uygun olduğu ölçüde MÖHUK kapsamındaki teminat yükümlülüğüne de uygulanacağı kabul edilmektedir.¹⁴⁰⁴ Bu çerçevede, HMK’nın teminattan muafiyete ilişkin m. 85 hükmünün MÖHUK kapsamındaki teminat yükümlülüğüne de uygulanıp uygulanmayacağı açıklığa kavuşturulmalıdır. Doktrinde bu soruya olumlu yanıt verilmektedir. Buna göre, MÖHUK m. 48’in uygulandığı durumlarda da HMK m. 85’de belirtilen hallerde, teminattan muafiyet söz konusu olacaktır.¹⁴⁰⁵ HMK m. 85 hükmünün, MÖHUK m. 48’e göre teminata hükmedilmesi gereken hallerde de uygulanabileceğine dair açık bir kanuni düzenleme olmadığı gibi, bu yönde bir uygulamaya da rastlamadığımızı belirtmek isteriz. Yargıtay’ın, teminat yükümlüsünün mutad meskeni veya vatandaşlığından bağımsız olarak, “teminatın HMK m. 84 vd. ve MÖHUK m. 48’de düzenlendiğini” ifade ettiği kararları mevcuttur.¹⁴⁰⁶ Ancak Yargıtay’ın bu kararlarında, bilinçli olarak, HMK’da yer alan

¹⁴⁰¹ **Nomer**, s. 492-493; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 431; **Çelikel/Erdem**, s. 623; **Tütüncübaşı**, s. 203.

¹⁴⁰² MÖHUK m. 48’de yer alan teminat yükümlülüğünün, teminatın amacı dikkate alınarak, dava şartı değil, ilk itiraz olarak düzenlenmesi gerektiği yönünde bkz. **E.Erdoğan**, s. 156.

¹⁴⁰³ Doktrinde daha çok Yargıtay’ın yabancıların göstermesi gereken teminatın döviz cinsinden depo edilmesine ilişkin kararlarına yer verilmekte ve bu görüş eleştirilmektedir. Bkz. **Nomer**, s. 493, 223 nolu dn; **Çelikel/Erdem**, s. 621-622; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 430; **Doğan**, s. 87; **Güven**, s. 226; **Çalışkan**, s. 76-77; **Tütüncübaşı**, s. 205; **Özden**, s. 53-57; **Okur**, s. 191; Sargın, *Cautio Judicatum Solvi*, s. 406-407; Ejder Yılmaz, **Davada İnanca**, AÜHF 50.Yıl Armağanı (1977), s. 407-408. Aksi yönde bkz. **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz**, s. 533.

¹⁴⁰⁴ “MÖHUK’da teminat konusunda ayrıntılı bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle teminat konusundaki ayrıntılarda genel bir kanun olan HMK’daki hükümlere bakılması gerekmektedir.” Bkz. **Güven**, s. 221. Örneğin teminatın türü ile ilgili olarak HMK m. 87’nin uygulama alanı bulacağı ifade olunmaktadır. Bkz. **Nomer**, s. 493; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 430; **Çelikel/Erdem**, s. 621; **Tütüncübaşı**, s. 204. Bu kapsamda, örneğin, teminat yükümlüsünün Türkiye’de teminat miktarının karşılayacak miktardaki malvarlığının teminat olarak gösterilmesinin yeterli olacağı belirtilmektedir. Bkz. **Doğan**, s. 87.

¹⁴⁰⁵ Ekşi, **Tanıma-Tenfiz**, s. 92.

¹⁴⁰⁶ Yarg. 12. HD, E. 2011/24973 K. 2112/12080, 12.04.2012, bkz. **Dava Açan veya İcra Takibinde Bulunan Yabancıların Teminat Yükümlülüğüne İlişkin Olarak 2012-2013 Yıllarında Verilen Bazı Yargıtay Kararları**, Derleyen: **Nuray Ekşi**, Legal UTDER Cilt:3 Sayı: 2 Yıl: 2014, s. 310-313.

teminata ilişkin kuralların kıyasen MÖHUK açısından da uygulanacağına, özellikle HMK m. 85'deki muafiyet hallerinin MÖHUK kapsamında da uygulanabileceğine ilişkin bir tespitte bulunmadığı görülmektedir.¹⁴⁰⁷ Bununla birlikte, teminat kurumunun amacı ve işlevinin, HMK m. 85'de sayılan hallerde MÖHUK m. 48 çerçevesinde de teminattan muafiyetin tanınmasını gerekli kıldığını düşünüyoruz. Ancak mevcut düzenlemeler ışığında aksinin de savunulabileceğini belirtmek isteriz.

MÖHUK çerçevesinde teminat yükümlüsü olan yabancı kişilerin adli yardımdan yararlanmaları halinde teminat göstermekten muaf olacaklarında şüphe yoktur.¹⁴⁰⁸ Bu açıdan HMK m. 85/f.1/a bendi bir hatırlatmadan ibarettir. Yalnız bu noktada, HMK uyarınca yalnızca yabancı gerçek kişilerin, ki o da karşılıklılık koşuluna bağlı olarak, adli yardımdan yararlanabileceği unutulmamalıdır.

HMK m. 85/f. 1/b bendi ise, ancak MÖHUK kapsamında muafiyet sebebi olarak öngörülen karşılıklılığın bulunmaması halinde, hakimın yabancı kişiyi teminattan muaf tutma konusunda takdir yetkisinin var olup olmadığı konusundaki tartışmada benimsenecek fikir çerçevesinde uygulama alanı bulabileceğinden bu konuya ilişkin görüşlerimizi aşağıda açıklayacağız.

HMK m. 85/f. 1/c bendindeki muafiyet sebebi, davanın yalnızca küçüğün menfaatlerini korumaya yönelik olarak açılmış olması halidir. Bu hükmün, gerek davanın esastan Türk mahkemeleri önünde görülmesi, gerekse bu konuya ilişkin tanıma/tenfiz davasının söz konusu olması halinde, MÖHUK m. 48'in kapsamındaki durumlarda dikkate alınması ve uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Zira aksi halde, HMK ile MÖHUK hükümleri çerçevesinde, Türk vatandaşları ile yabancılar arasında, küçüğün menfaati aleyhine olumsuz bir ayrımcılık yapılmış olacaktır ki, bunun kabul görmesi kanımızca mümkün değildir.

HMK m. 85/f. 1/ç bendinde ise ilamlı alacaklara özgü bir durum düzenlenmekte, ilamlı icra takibi yapılması halinde teminattan muaf olunacağı belirtilmektedir. MÖHUK m. 48'in uygulanması açısından, dava veya takip türüne ilişkin bir belirlemeye gidilmemiştir. Dolayısıyla, MÖHUK kapsamında, ilamlı icra takibi yapılması halinde de teminat gösterilmesi gerekmektedir.¹⁴⁰⁹ Bununla birlikte, HMK'nın ilamlı icra takiplerine ilişkin bu hükmünün yabancıların teminat

¹⁴⁰⁷ Aksi yönde yalnızca bir karara rastladığımızı belirtmek isteriz. Bkz. Yarg. 3. HD E. 2014/1296 K. 2014/9607, 16.06.2014 (www.lexpera.com; erişim tarihi: 22.02.2017).

¹⁴⁰⁸ **Nomer**, s. 495; **Güven**, s. 225; **Özden**, s. 52; **Çalışkan**, s. 99; **Okur**, s. 632; Tütüncübaşı, **Çekişmesiz Yargı Kararları**, s. 214-215.

¹⁴⁰⁹ **Güven**, s. 222; **Doğan**, s. 90; **Okur**, s. 275.

yükümlülüğünde de uygulanması gerektiği belirtilmektedir.¹⁴¹⁰ Teminatın amacı göz önüne alındığında bu görüşe katılmamak pek mümkün değildir. İcrai işleme konu hakkın gerek Türk mahkemelerinde esastan görülerek ilama bağlanmış olması, gerekse yabancı bir mahkemenin kararının Türkiye’de tenfiz edilmesi halinde, ilama bağlı hakka ulaşmak için başvurulacak icrai yol bakımından teminat gösterilmesinin gerekli olmadığını düşünüyoruz.

d. Teminat Yükümlülüğünün Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi

HMK m. 85’deki teminattan muafiyete ilişkin düzenlemeler dışında, yabancılar açısından en fazla tartışmaya konu olan hal MÖHUK’da düzenlenen karşılıklıdır. Teminat yükümlülüğü açısından muafiyet hali olarak düzenlenen ve ilk bakışta yabancıları teminat yükümlülüğünden kurtarma amacı taşıdığı düşünülen karşılıklıyla ilgili uygulamada pek çok sorunla karşılaşmaktadır. Karşılıklılığın teminattan muafiyeti sağlamaktan çok “olumsuz bir şart” olarak değerlendirilmesi, yabancıların mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılması açısından değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Özellikle, karşılıklılığın uygulanmasında hakime takdir yetkisi tanınıp tanınmadığına ilişkin tartışma mahkemeye erişim hakkı bağlamında büyük önemi haizdir. Karşılıklılığa ilişkin sorunlar dışında, gerek yabancıların, gerekse yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda Türk vatandaşlarının teminat yükümlülüğünün doğması halinde, hem HMK m. 84 vd. Hükümler hem de MÖHUK m. 48 çerçevesinde, hükmedilecek olan teminat miktarının da mahkemeye erişim hakkı ile doğrudan bağlantılı olduğu bir gerçektir. Aşağıda bu iki konu üzerinde durulacaktır.

1) Teminattan “Muafiyet Sebebi” Olarak Karşılıklık

Karşılıklık, çalışmamızın ilk bölümünde ifade ettiğimiz üzere, milletlerarası hukukun ve özellikle teamül hukukunun kabul ettiği önemli, uygulamada çok yer bulan ve genel olarak, yabancıların temel hak ve özgürlüklerine getirilen sınırlamalarda başvuru bir ilkedir.¹⁴¹¹ Bununla birlikte, karşılıklılığın aranması

¹⁴¹⁰ Doğan, s. 90; Çalışkan, s. 44 ve s. 70-71; E.Erdoğan, s. 155.

¹⁴¹¹ Yukarıda değindiğimiz üzere, yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde, Türk hukukunda aranan şartlardan biri karşılıklıdır. Bu nedenle, milletlerarası usul hukukunda karşılıklık en çok tenfiz

her temel hak ve özgürlük bakımından kabul görmemekte, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı açısından farklı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Teminat konusunda karşılıklılığın bir muafiyet sebebi mi, bir yükümlülük sebebi mi olduğu tartışılabilir. Zira, teminat yükümlülüğü, mahkemeye erişim hakkına getirilen bir sınırlama, bir istisna olarak değerlendirilmekte, karşılıklılık ise, sağlanamadığı takdirde teminat yükümlülüğünün doğmasına sebep olan bir engel olarak ortaya çıkmaktadır. Türkiye ile bağı olmadığı düşünülen yabancı kişiler için davalıyı ve hazineyi korumak amacıyla teminat yükümlülüğü öngörülmesi, dolayısıyla bu kişilerin mahkemeye erişim haklarının sınırlandırılması makul karşılanabileceken, bu yükümlülüğün karşılıklılığa bağlı olarak ortadan kaldırılmamasının doğru olmayacağı savunulabilecektir. Zira çalışmamızın ilk bölümünde de belirttiğimiz üzere, devletlerin egemenlik kaygılarına bağlı olan ve tamamen siyasi gerekçelere dayanan karşılıklılığa mahkemeye erişim hakkına ilişkin konularda başvurulması çok hassas bir incelemeyi gerektir.

Yabancıların teminat yükümlülüğü konusunda karşılıklılığın bir muafiyet sebebi olarak kabul edilip edilmeyeceğine veya kabul edilecek ise ne şekilde uygulanması gerektiğine ilişkin görüşlere yer vermeden önce MÖHUK m. 48 kapsamında karşılıklılık ile ilgili doktrinde ifade edilen bazı temel bilgilere değinmek gerektiği düşüncesindeyiz.

MÖHUK m. 48 bağlamında karşılıklılığın ahdi (ikili veya çok taraflı sözleşmeye dayalı), kanuni (yabancı devlet hukukunda adli yardımın düzenlenişi bakımından Türk hukuku ile eşdeğerlik) ve fiili olmak üzere 3 şekilde sağlanabileceği tartışmasızdır.¹⁴¹² Ahdi karşılıklılık açısından herhangi bir sorun ile

şartları kapsamında tartışılmaktadır. Yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde aranan karşılıklılık ile teminatta aranan karşılıklılık tam olarak örtüşmese de, karşılıklılık konusunda temel bilgiler için, yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde karşılıklılığa ilişkin açıklamalardan faydalanılabilir. Bkz. **Demirkol**, s. 40-42 ve s. 55 vd.; **Nomer**, s. 511-512; **Çelikel/Erdem**, s. 672-678; **Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe**, s. 501-512 ; Ekşi, **Tanım- Tenfiz**, s. 157-177; **Güven**, s. 84-90. Milletlerarası hukukta karşılıklılık ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Süleyman Dost, **Milletlerarası Hukukta Mütakabiliyet İlkesi**, **SDÜHFD Cilt: 5 Sayı: 2 Yıl: 2015**, s. 1 vd.

¹⁴¹² **Nomer**, s. 494; **Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe**, s. 430; **Çelikel/Erdem**, s. 624; **Güven**, s. 222; **Tütüncübaşı**, s. 208; **Çalışkan**, s. 89 . Ayrıca bkz. Yarg. 12.HD, E. 2012/1510 K. 2012/19223, 05.06.2012; Yarg. 12.HD, E. 2012/14712 K. 2012/31472, 05.11.2012; Yarg. 19.HD, E. 2013/10700 K. 2013/17222, 05.11.2013; Yarg. 12.HD, E. 2013/30803 K. 2013/38356, 03.12.2013. Kararlar için bkz. **Dava Açan veya İcra Takibinde Bulunan Yabancıların Teminat Yükümlülüğüne ilişkin Olarak 2012-2013 Yıllarında Verilen Bazı Yargıtay Kararları**, **Derleyen: Nuray Ekşi, Legal UTDER Cilt:3 sayı: 2 Yıl: 2014**, s. 313-324. Yarg. 12.HD, E. 2014/12188 K. 2014/15555, 29.05.2014; Yarg. 12.HD, E. 2012/16820 K. 2012/23886, 09.07.2012; Yarg. 23.HD, E. 2012/2528 K. 2012/3765, 29.05.2012 (www.kazanci.com; erişim tarihi: 08.12.2016).

Teminat yükümlüsü yabancı kişinin birden fazla vatandaşlığı varsa, bu kişinin gerçek vatandaşlığının tespit edilmesi ve buna göre teminattan muaf olup olmadığının belirlenmesi gerektiği ifade olunmaktadır. Bkz. **Okur**, s. 175. Bununla birlikte, karşılıklılığın tespiti açısından

karşılaşılmamaktadır. Türkiye'nin taraf olduğu teminattan muafiyete ilişkin hükümler içeren pek çok ikili veya çok taraflı antlaşma vardır.¹⁴¹³ Milletlerarası nezaket, dostluk ve adli yardım anlayışına dayalı bu antlaşma hükümleri, her bir antlaşma açısından esas alınan muafiyet kriterlerine dikkat edilmek suretiyle uygulama alanı bulacaktır.

Kanuni karşılıklılık açısından da, doktrinde, teminata ilişkin Türk hukukunda yer alan hükümler ile birebir aynı hükümlerin öngörölmüş olmasının aranmayacağı, “*benzer ve yakın bir muamele*”nin varlığının yeterli sayılacağı vurgulanmaktadır.¹⁴¹⁴ Bazı ölkelerin kanunlarında teminat ile ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemektedir. Bu ölkede vatandaşlarının Türkiye’de dava açmaları halinde teminattan muaf tutulmaları gerektiği belirtilmektedir.¹⁴¹⁵ Teminattan muafiyet konusunda Türkiye ile antlaşma imzalamamış olan devlet vatandaşlarının ancak mevzuatlarında yabancılar için teminat gösterme şartının arandığı ve bu konuda fiili karşılıklılığın da gerçekleşmediği durumlarda Türkiye’de teminat göstermekle yükümlü tutulmaları gerektiği dile getirilmektedir.¹⁴¹⁶

Bunun dışında, yabancı kişinin, ölkesinde yabancılar dava açtığında ve özellikle Türk vatandaşları hakkında herhangi bir teminat yükümlölüğünün fiilen öngörölmediğini ortaya koyması halinde de karşılıklılık sağlanmış olacaktır.¹⁴¹⁷ Bu konuda her ne kadar “yabancı kişinin fiili durumu ispatladığında karşılıklılığın ispatlanmış olacağı” ifade olursa da¹⁴¹⁸, teminat yükümlölüğünün doğup doğmadığına ilişkin incelemenin mahkemece re’sen yapılması gerektiği unutulmamalıdır. Bu konuda “ispat yükünün” yabancı kişiye yüklenemeyeceği düşüncesindeyiz. Hakimin, karşılıklılığın ispatı yönünde teminat yükümlüsünden yardım talep edebilecekse de, kendisinin ulaşabildiği her delili değerlendirmesi gerekmektedir.¹⁴¹⁹

yabancı kişinin vatandaşlıklarından birinin yeterli olacağı, bu kişinin vatandaşı olduğu devletlerden biri ile karşılıklılığın sağlanması halinde teminattan muafiyetin söz konusu olacağının kabul edilmesinin daha doğru olacağı düşüncesindeyiz.

¹⁴¹³ Türkiye’nin bu konuda taraf olduğu ikili ve çok taraflı antlaşmaların detaylı listesi için bkz. Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 159-165; **Okur**, s. 602-630. Ayrıca bkz. **Çelikel/Erdem**, s. 626-628.; **Çalışkan**, s. 91-96.

¹⁴¹⁴ **Nomer**, s. 494; **Güven**, s. 222; **Çalışkan**, s. 89

¹⁴¹⁵ **Çelikel/Erdem**, s. 624; **Çalışkan**, s. 89; **Özden**, s. 46; **Okur**, s. 182.

¹⁴¹⁶ **Çelikel/Erdem**, s. 624.

¹⁴¹⁷ **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 435.

¹⁴¹⁸ **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 435.

¹⁴¹⁹ Bu konu, aşağıda, yabancıların adli yardımdan yararlandırılmaları bakımından aranan karşılıklılık koşulunun ispatı ile ilgili olarak ayrıntılı şekilde incelenmiştir. Aynı görüşler burada da geçerlidir. Bkz. “Adli Yardımdan Yararlanma Koşullarının Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde

Karşılıklılık konusunda en önemli tartışma, bu konuda hakimin takdir yetkisinin bulunup bulunmadığıdır. Doktrinde geniş ölçüde kabul edildiği üzere, 2675 sayılı MÖHUK m. 32'nin aksine, MÖHUK m. 48'deki “*Mahkeme, dava açanı, davaya katılanı veya icra takibi yapanı karşılıklılık esasına göre teminattan muaf tutar*” ifadesi hakime karşılıklılığın tespitinde herhangi bir takdir hakkı tanımamaktadır. Bu durum teminata ilişkin hükümlerde bir “geriye dönüş” olarak değerlendirilmektedir. Bu çerçevede, hakim karşılıklılığın varlığı halinde yabancı kişiyi teminat göstermekten muaf tutmak zorunda olduğu gibi, karşılıklılığın sağlanmadığı durumlarda yabancıyı teminattan muaf tutamayacaktır.¹⁴²⁰ Diğer bir görüş ise, hükmün gerekçesine atıf yapmakta ve karşılıklılık gerçekleşmemiş olsa bile hakimin takdir hakkı söz konusu olabilecek ve yabancı kişi belirli şartlar altında teminattan muaf tutulabilecektir.¹⁴²¹ Gerçekten de hükümde, “*muaf tutar*” ifadesinin kullanılmış olmasına karşın, gerekçede “*ancak mahkeme, karşılıklılık bulunmasa dahi dava ve takibin niteliğine ve duruma göre davacıyı, davaya katılanı veya takip talebinde bulunanı teminat göstermekten muaf tutulabilecektir. Hakim bu konuda takdir hakkına sahiptir*” denilmektedir.¹⁴²²

Kanımızca da, hükmün lafzı hakime takdir hakkı vermemektedir. Bu olumsuz düzenlemeyi adeta yumuşatmak, karşılıklılığa ilişkin hakimin takdir hakkını 2675 sayılı MÖHUK m. 32'de düzenlendiği şekliyle uygulamak açısından hükmün gerekçesinden yararlanılıp yararlanılamayacağı tartışılabilir. Fakat amaçsal yorum yaparak, kanun koyucunun hakime takdir hakkı tanımadığı izlenimini yaratan “*tutar*” ifadesini, sadece karşılıklılığın bulunduğu halleri kapsayacak şekilde anlamak mümkündür. Zira, hakime takdir hakkı tanındığında, karşılıklılığın varlığına rağmen yabancı kişi hakkında teminat kararı verilebilmesinin de yolu

Değerlendirilmesi” başlığı altında, “Yabancılar Açısından Aranan Karşılıklılık Koşulu” başlıklı bölüm. Ayrıca bkz. **Okur**, s. 182. Yazar, adli yardım konusunda yabancılar için öngörülen karşılıklılık koşulunun ispatının yabancı kişi tarafından yapılması gerektiğini belirtmekte, teminat yükümlülüğünden muafiyette karşılıklılığı ispat bakımından açık bir görüşe yer vermemektedir. Bununla birlikte, teminata muafiyete ilişkin “*Türkiye’nin taraf olduğu anlaşmalarla ilgili tereddüt hasıl olması halinde, bu hususun Dışişleri Bakanlığı’ndan sorulması ve buradan gelecek cevaba göre hareket edilmesinin uygun olacağını*” ifade etmektedir. Aynı yönde bkz. **Kuru**, s. 623.

¹⁴²⁰ **Nomer**, s. 493-494; **Çelikel/Erdem**, s. 624-625; **Güven**, s. 224; **Çalışkan**, s. 90; **Doğan**, s. 87; **İ.Doğan**, s. 155-156.

¹⁴²¹ **Tütüncübaşı**, s. 209; **E.Erdoğan**, s. 151 ve s. 155. Ayrıca bkz. Ahmet Cemal Ruhi, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Seçkin Yayınları Ankara 2009**, s. 356.

¹⁴²² İzzet Doğan’a göre, “hükmün gerekçesinde çelişkili bir görüş sergilenmektedir”. Dolayısıyla, yazar, gerekçede bir yanlışlık olduğunu düşünmektedir. Bkz. **İ.Doğan**, s. 156.

açılmış olacaktır.¹⁴²³ Bu durumun önüne geçilmesi amacıyla kanun metninde “*tutar*” ifadesinin tercih edildiği görüşündeyiz. Bu açıdan olumsuz yönde olmasa da, hakime olumlu yönde bir takdir hakkı tanındığını kabul etmek daha doğru olacaktır.¹⁴²⁴ Bu yorum, teminattan muafiyeti karşılıklılık koşuluna bağlayan MÖHUK m. 48’in mahkemeye erişim hakkı bakımından yarattığı sakıncayı en aza indirmek açısından da daha uygundur.¹⁴²⁵

Bu bağlamda, hakim, karşılıklılığın sağlanamadığı hallerde, derhal teminata hükmetmemelidir. Karşılıklılığın sağlanmadığı durumlarda teminattan muafiyetin kabul edileceği en önemli durum, yabancıların Türkiye’de teminatı karşılayacak değerde malvarlığının bulunmasıdır.¹⁴²⁶ HMK m. 85/f. 1/b bendinde düzenlenen bu hal, diğer hallerden (a, c ve ç bendleri) farklı olarak, ancak karşılıklılığın sağlanamadığı hallerde hakimin takdir yetkisinin var olduğunu kabul eden görüş çerçevesinde uygulama alanı bulabilecektir. Mahkemeye erişim hakkının gereği olarak, MÖHUK m. 48’in hakime takdir hakkı tanıyacak şekilde yorumlanması gerektiğinden yola çıkarak, Türkiye’de yargılama giderlerini karşılayacak malvarlığının bulunması halinde, yabancı kişilerin teminattan muaf tutulması gerektiği düşüncesindeyiz.

Bununla birlikte, HMK m. 85/f. 1/b bendinin uygulanmasında bazı sorunlarla karşılaşılabilceği dile getirilmektedir. Örneğin, davacının / davaya katılanın / takipte bulunanın yurtiçinde bulunan ve teminatı karşılayacak yeterlilikteki malvarlığını dava devam ederken devredebileceği, bunun önüne geçmek için söz konusu malvarlığı üzerinde dava süresince geçerli olacak ve teminat miktarı kadar ihtiyati tedbirin uygulanabileceği belirtilmektedir.¹⁴²⁷ Ancak böyle bir durumda, - davanın başında hiç teminat gösterilmemiş ise- teminata yargılamanın her aşamasında hükmedilebileceği unutulmamalıdır. Şayet davacının / davaya katılanın / takipte bulunanın Türkiye’de bulunan malvarlığına dayanılarak az miktarda bir teminata hükmedilmiş ise, HMK m. 87/f. 2 gereğince, teminatı gerektiren durum ve koşullarda değişiklik olmasına dayanılarak teminat miktarı arttırılabilecektir. Diğer

¹⁴²³ Sargın, *Cautio Judicatum Solvi*, s. 397. Yazar, ahdi karşılıklılık halini istisna olarak belirtmektedir. Diğer bir ifadeyle, ahdi karşılıklılığın varlığı halinde, hakimin takdir hakkını olumsuz yönde kullanması ve teminata hükmetmesi mümkün olmayacaktır.

¹⁴²⁴ Benzer yönde bkz. Çelikel/Erdem, s. 625; E.Erdoğan, s. 151.

¹⁴²⁵ Bu sonuca Anayasa m. 90 aracılığıyla varılabileceği yönünde bkz. E.Erdoğan, s. 151. Yazar, teminat istenmesi konusunda hakime takdir hakkı tanınması gerektiğini belirtmektedir. Yazara göre, Anayasa’nın 90. maddesi çerçevesinde, hakim, somut olayda teminat istenmesinin mahkemeye erişim hakkını ihlal edeceği kanaatine ulaşırsa, AİHS m. 6 gereğince teminat yatırılmasına gerek olmadığına karar verebilmelidir. Ayrıca bkz. s. 154-155.

¹⁴²⁶ Tütüncübaşı, s. 209; E.Erdoğan, s. 155.

¹⁴²⁷ Okur, s. 163; Arslan, s. 962.

tarafından, HMK m. 85/f. 1/b bendinde teminat yükümlüsünün sadece taşınmaz mal veya aynı teminat ile güvence altına alınmış alacak hakkından bahsedilmesi eleştirilmekte, “*çok büyük parasal değere ulaşan taşınır mallarının veya yüklü gelir getiren haczedilebilir haklarının (patent veya telif hakkı gibi)*” teminattan muafiyet bakımından dikkate alınmamasının anlaşılabilir olduğu ifade edilmektedir.¹⁴²⁸ Gerçekten de, m. 84/f. 1/b bendinin amaca yönelik yorumunun bu görüşü desteklediği kanaatindeyiz.

Karşılıklılık konusunda hakime takdir hakkı tanınmasına ilişkin farklı görüşler bir yana, karşılıklılığın tümüyle ortadan kaldırılması gerektiği de savunulabilir. Zira karşılıklılık araştırması mahkemelere ciddi bir yük getirmesinin yanı sıra, teminat yükümlülüğü bakımından yabancılar arasında makul bir gerekçeyle dayanmadığını düşündüğümüz bir ayrıma yol açmaktadır. Örneğin, yabancı devlet mahkemelerinde, Türk vatandaşlarının sadece tâbiyetlerinden dolayı mahkemeye erişim haklarının ihlal edildiğini varsayalım. Bu durum, o ülke vatandaşlarının da Türk mahkemeleri önünde aynı muameleye tabi tutulmalarına, Türk mahkemeleri önünde aynı ihlaller ile karşı karşıya bırakılmalarına gerekçe oluşturabilecek midir?¹⁴²⁹ Bu ihlalin teminat yükümlülüğü öngörülmesi suretiyle veya başka şekillerde gerçekleştirilmesinin herhangi bir önemi olmadığı düşüncesindeyiz. Bu nedenle, teminat kurumunun amacı ve işlevinin Türkiye ile yeterli bağı bulunmayan Türk vatandaşları ile yabancılar açısından herhangi bir ayırım yapılmasına olanak sağlamadığı kanaatindeyiz.¹⁴³⁰ Bu bağlamda, teminat

¹⁴²⁸ Umar, s. 285.

¹⁴²⁹ “*Temel hakların kabulü ve tanınması, karşı devletin uygulamasına bağlanamaz. (...) Karşılıklılık temel haklara bağlılık ilkesi ile bağdaşmaz.*” Bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 330.

¹⁴³⁰ Doktrinde de, teminat yükümlülüğünün ayrımcılık yasağı kuralını içeren AİHS m. 14 kapsamında değerlendirilmediği, bu açıdan davacının vatandaşlığının dikkate alınmadığı, AİHM’nin kararlarında daha çok teminat miktarı üzerinde durduğu ve teminat miktarının AİHS m. 6/f. 1 uyarınca mahkemeye erişim hakkı ile orantılı olup olmadığını incelediği dile getirilmektedir. Bkz. Matscher, *DIP face à la CEDH*, s. 221. Oysa, milletlerarası usul hukuku açısından m. 6/f. 1’in m. 14 ile birlikte değerlendirilmesi daha uygundur; davacının yabancı olmasının teminat yükümlülüğünün AİHS’e uygun olup olmadığının tespiti bakımından hiçbir rol oynamadığını kabul etmenin pek de doğru olmadığı düşüncesindeyiz. Aynı yönde bkz. Sinopoli, s. 159; Kiestra, s. 122-123. Yazar konuyu Brüksel I Tüzüğü kapsamında ele almakta, yerleşim yeri üye devletlerden birinde bulunanlar ile bulunmayanlar arasındaki eşitsizliğe dikkat çekmektedir. Ayrıca bkz. Kohl, s. 639; E. Erdoğan, s. 154. Yazar, MÖHUK m. 48’in AİHS m.1, m. 6 ve m. 14 çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmekte, AİHS’de yer alan hakların tanınmasının, tarafların milli hukuklarında veya yerleşim yeri hukuklarındaki uygulamaya bağlanamayacağını vurgulamaktadır: “*Şu halde, mahkemeye erişim hakkı konusunda salt tâbiyeti esas alan ve karşılıklılık kaydıyla muafiyet getiren MÖHUK’un 48. maddesi, AİHS’in 6. maddesi ile çelişmektedir.*” Aynı yönde bkz. Sinopoli, s. 164-165. Yazar, davacının mutad meskeni veya yerleşim yeri hukukuna “endekslenen” ayrımcı anlayışın da mesnetsiz olduğunu belirtmektedir. Yazar, Alman ve Avusturya hukuklarından örnek vermektedir. AAD, *David Charles Hayes ve Jeannete Karen Hayes – Kronenberger GmbH* kararında (Aff. C-323/95, 20.03.1997), teminatın meşru bir amaca hizmet ettiğini belirtmekle birlikte, “ayrımcı” olduğunu vurgulamıştır. Ayrıca bkz. Simon, s. 55. Sargın da, MÖHUK m. 48’in

yükümlülüğünün HMK’da “Türkiye’de mutad meskeni olmayan davacı / davaya katılan¹⁴³¹ / takipte bulunan” bakımından öngörülmesi, “yabancılık” kriterinin teminat yükümlülüğünde belirleyici olmaktan çıkarılması gerektiği ve böylece teminat konusunda yeknesak bir düzenlemenin kabul edilebileceği yönündeki görüşe katılmaktayız.¹⁴³² Sonuç olarak, teminat yükümlüsünün tanımının değiştirilmesi ve Türkiye’de mutad meskeni bulunmayan kişilerin teminattan muaf olup olmayacaklarının belirlenmesinde karşılıklılığın esas alınmaması, bunun yerine teminat yükümlüsünün Türkiye ile olan ekonomik bağına esas alan bir kriterin benimsenmesini ve MÖHUK m. 48’in bu yönde düzenlenmesi gerektiği görüşündeyiz.

uygulanması bakımından, davacının vatandaşlığının esas alınmasının, maddenin en önemli kusuru olduğunu belirtmekte, maddenin bu haliyle ayrımcılık yasağına aykırı olduğunu ve Anayasa m. 16’yı ihlâl ettiğinin savunulabileceğini vurgulamaktadır. Bkz. Sargın, *Cautio Judicatum Solvi*, s. 402-403.

Diğer taraftan her ne kadar, günümüzde, tarafların vatandaşlığının milletlerarası özel hukuk uyumsuzlukları açısından daha az öneme sahip olduğu, zira sayısı giderek artan milletlerarası adli yardım ve işbirliği antlaşmaları sayesinde vatandaş ile yabancıya eşit muamele ilkesinin birçok devletçe kabul gördüğü ifade edilse de (bkz. Matscher, *DIP face à la CEDH*, s. 221), halen MÖHUK m. 48’de olduğu üzere, yabancılık ayırt edici bir kıstas olarak kullanılmaya devam etmektedir.

¹⁴³¹ Doktrinde, davacının yanında davaya katılan fer’i müdahilin teminat yükümlülüğü ile karşı karşıya bırakılması eleştirilmekte, ancak katıldığı taraf yararına ve sınırlı imkânlarla sahip fer’i müdahilin davalıya zarar vermesi ihtimali bulunmadığı, bu nedenle fer’i müdahilden teminat istenmesinin hukuki dinlenilme hakkına aykırı olduğu belirtilmektedir. Bkz. Sargın, *Cautio Judicatum Solvi*, s. 404-406. Aynı yönde bkz. Özkes, s. 259.

¹⁴³² **Tütüncübaşı**, s. 219-220; Sargın, *Cautio Judicatum Solvi*, s. 402-403. Yazar, tarafların şahsı ve somut olayın özelliklerinin gerektirdiği ölçüde, istisnaen teminat yükümlülüğünün öngörülmesinin davacı ile davalının menfaatlerinin dengelenmesi açısından daha doğru olacağını belirttiikten sonra, bu dengenin sağlanması bakımından, karşılıklılığın ve davacının vatandaşlığının bir rolünün olmaması gerektiğinin altını çizmektedir. Ayrıca, teminat yükümlüsü yabancı kişinin Türkiye’de yerleşim yeri [veya mutad meskeni] bulunması halinde, büyük olasılıkla malvarlığının da bulunduğundan hareket ile, yargılama giderlerinin tahsili bakımından sorun yaşanmayacağını, bu bağlamda, yerleşim yeri [veya mutad meskeni] Türkiye’de bulunan yabancı ile vatandaş arasında ayırım yapılmasının makul olmadığını savunmaktadır.

Ayrıca bkz. **Kiestra**, s. 123. Yazar, Hollanda Medeni Usul Kanunu m. 224’e atıf yaparak, söz konusu hükmün, teminat yükümlülüğünü Hollanda’da oturmakta olmayan herkes için öngördüğünü, böylece vatandaş ile yabancı arasında herhangi bir ayrımcılığa yol açılmadığını belirtmektedir. Ayrıca bkz. **Sinopoli**, s. 168. Yazar, vatandaşlığa bağlı ayrımcılığın mesnetsiz olduğunu ifade ederken şu tespitte bulunmaktadır: Davalı taraf, yerleşim yeri veya mutad meskeni yurtdışında bulunan ve fakat başvurulmuş mahkemenin (*for*) vatandaşlığına sahip olan davacıya karşı hiçbir korumadan faydalanamaz iken, sadece yabancı ülke vatandaşı olan ve fakat *forum* ile malvarlığı, mutad meskeni vb. bağları bulunan yabancılara teminat yükümlülüğü yüklemek, ayrımcılık yasağının orantısız bir şekilde ihlaline sebebiyet verir.

Bu görüşün Türk hukuku bakımından geçerli olamayacağı, zira, mutad meskeni yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarına da teminat yükümlülüğü getirilmiş olması nedeniyle, vatandaşlığa dayalı herhangi bir ayrımcılıktan bahsedilemeyeceği ileri sürülebilirse de, HMK m. 84 ile MÖHUK m. 48 arasındaki “muafiyet” halleri farklarının gözden kaçırılmaması gerekmektedir. Zira, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, HMK m. 85’deki muafiyet hallerinin MÖHUK m. 48 çerçevesinde, yabancılardan istenen teminat yükümlülüğüne doğrudan uygulanabilirliği konusunda ciddi şüpheler vardır. Dolayısıyla, HMK m. 84/f. 1/a hükmünün varlığının, MÖHUK m. 48’in “vatandaşlığa bağlı ayrımcı karakterini” ortadan kaldırmadığı kanaatindeyiz.

Mevcut durumda ise, MÖHUK m. 48'deki düzenlemenin, karşılıklılığın sağlanmadığı durumlarda hakime takdir yetkisi tanınarak teminattan muafiyet konusunda açık bir kapı bırakılmasına imkân verecek şekilde yorumlanması gerektiğini düşünüyoruz.

2) Teminat Miktarının Mahkemeye Erişim Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi

Çalışmamızın ilk bölümünde, teminat yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin, “davacının kötünietli davranışına karşılık devletin ve davalının korunmasını amaçlaması”¹⁴³³ (meşru amaca uygunluk) nedeniyle, mahkemeye erişim hakkı bakımından başlı başına bir ihlal sebebi olmadığını belirtmiş, genel olarak AİHM'nin bu konudaki içtihadına atıf yapmıştık.¹⁴³⁴ Bununla birlikte, AİHM, somut olay odaklı bir inceleme yaparak, istenilen teminat miktarının mahkemeye erişim hakkının kısıtlanması açısından ölçülü ve orantılı olup olmadığını dikkate almakta, teminat yükümlüsünün ödeme gücünün üzerindeki teminat tutarlarının mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğine hükmetmektedir.¹⁴³⁵ AİHM bu kararlarında, yargı organlarının davaya bakmak üzere talep ettikleri masraflar ile başvuruçuların mahkeme kanalıyla iddialarını ispat etmek istemeleri arasında iyi bir denge sağlanamadığını belirtmiştir.¹⁴³⁶

Yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulan teminat yükümlülüğünün mahkemeye erişim hakkının ihlaline yol açmayacak nitelikte olup olmadığının tespitinde incelenmesi gereken en önemli kriter ölçülülük kriteridir. Zira teminat, davacıyı dava açarken veya takip yaparken düşünmeye sevk etmek, davacının mahkemeye erişim hakkını kötüye kullanmasını engellemek, yargılama bakımından ortaya çıkabilecek giderlerin ve hatta davalının zarar-zıyanının tahsilindeki güçlükleri ortadan kaldırmak gibi meşru sayılan amaçlara dayanan ve kanunla öngörülmüş bir istisnadır. Bu açıdan sorun, teminatın bu meşru amaçlara ulaşmak bakımından elverişli, gerekli ve orantılı bir araç olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

¹⁴³³ Sargın, *Cautio Judicatum Solvi*, s. 401.

¹⁴³⁴ Yukarıda AİHM *Tolstoy Miloslavsky – Birleşik Krallık* kararı, prgf. 63.

¹⁴³⁵ *Milano*, s. 276-277; *Kiestra*, s. 122; *Çalışkan*, s. 198; *Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe*, s. 331-332.

¹⁴³⁶ Yukarıda AİHM *Ait-Mouhoub - Fransa* kararı, prgf. 57-58; Yukarıda AİHM *Kreuz – Polonya* kararı, prgf. 60; Yukarıda AİHM *Podbielski ve PPU Polpure – Polonya* kararı, prgf. 60-61. Ayrıca bkz. *Çalışkan*, s. 199-201.

Teminat kararını verecek hakim, teminat miktarına hükmederken teminatın amaçlarını göz önünde bulundurmalı¹⁴³⁷ ve takdir hakkını mahkemeye erişim hakkının engellenmemesi yönünde kullanmalıdır.¹⁴³⁸ Bu bağlamda, teminat miktarının taraflar arasındaki menfaat dengesine uygun olması halinde hak arama ve mahkemeye erişim hakkının özüne zarar verilmeyeceği kabul edilebilir. Teminatın, davacının / takipte bulunanın ödeme gücünü aşan miktarlarda tayini, mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlandırmanın amacı ile sınırlandırmada kullanılan araç arasında orantısızlık doğuracak ve bu durumda ölçülülük ve hakkın özüne dokunmama ilkeleri zedelenecektir.¹⁴³⁹

HMK m. 84 vd. hükümleri bakımından hükmedilecek teminat yalnızca teminat yükümlüsü davacının / takipte bulunanın davayı kaybetmesi halinde, davalının yargılama giderlerini kapsamakta iken, MÖHUK'da bu giderlere ek olarak davalının muhtemel zarar ve ziyarı da kapsam dahilindedir. Yargılama giderleri, HMK m. 323'de açık bir liste halinde sayılmaktadır. Dolayısıyla, hakimin anılan giderleri karşılayacak ölçüde (objektif unsur) makul bir teminata hükmetmesi, teminat miktarını tayin ederken teminat yükümlüsünün maddi durumunu (sübjektif unsur) da dikkate alması gerekmektedir.

MÖHUK m. 48 anlamında, davalının zarar-ziyanının belirlenmesinde de, teminat yükümlüsünün ödeme gücü göz önünde bulundurulmalıdır. Somut olay incelemesi yapılmaksızın belirli bir oran (%10-15) gözetilerek¹⁴⁴⁰ ve teminat ile korunan giderlerin yerine dava konusu esas alınarak teminata hükmedilmesi mahkemeye erişim hakkını ihlal edecektir.¹⁴⁴¹ Davalı tarafın muhtemel zararının, açılan davaya doğrudan bağlı olarak uğrayabileceği zararlar olup, doğrudan dava nedeniyle olmayan zararların teminat kapsamında değerlendirilemeyeceği ifade

¹⁴³⁷ Özden, s. 61; Okur, s. 188; Yılmaz, *Davada İnanca*, s. 396.

¹⁴³⁸ Çelikel/Erdem, s. 622; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 331-332; Çalışkan, s. 230; Okur, s. 188; Sargın, *Cautio Judicatum Solvi*, s. 404.

¹⁴³⁹ Çalışkan, s. 231; Milano, s. 276-277.

¹⁴⁴⁰ Yarg. 19.HD, E. 2013/10700 K. 2013/17222, 05.11.2013, bkz. **Dava Açan veya İcra Takibinde Bulunan Yabancıların Teminat Yükümlülüğüne ilişkin Olarak 2012-2013 Yıllarında Verilen Bazı Yargıtay Kararları**, (Derleyen: Nuray Ekşi), Legal UTDER Cilt:3 sayı: 2 Yıl: 2014, s. 319-320.

¹⁴⁴¹ Yarg. 12. HD, E. 2011/24973 K. 2112/12080, 12.04.2012, bkz. **Dava Açan veya İcra Takibinde Bulunan Yabancıların Teminat Yükümlülüğüne ilişkin Olarak 2012-2013 Yıllarında Verilen Bazı Yargıtay Kararları**, (Derleyen: Nuray Ekşi), Legal UTDER Cilt:3 sayı: 2 Yıl: 2014, s. 310-313. Ayrıca bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 331-332. Yargıtay'ın yüksek bir teminat miktarına hükmedilmesi nedeniyle mahkemeye erişim veya adil yargılanma hakkının ihlal edilebileceğini belirten açık bir kararına rastlamadığımızı belirtmek isteriz. Bununla birlikte, yüksek karar ve temyiz harcının davacının kanun yoluna başvuru ve adil yargılanma haklarını ihlal ettiğine yönelik aşağıda yer verdiğimiz Yarg. 9. HD, E. 2009/10000 K. 2009/30626 sayılı ve 26.10.2010 tarihli kararının (bkz. www.kazanci.com) dayandığı temel fikrin teminat açısından da geçerli olduğuna şüphe yoktur.

edilmektedir.¹⁴⁴² Bu anlamda, “davalının muhtemel zararı”nın dar yorumlanması gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Hakimin makul, teminatın amacını gözeten bir teminata hükmedebilmesi açısından tarafları dinlemesi (HMK m. 86) ve özellikle teminat yükümlüsünün ileri sürdüğü hususları değerlendirmesi büyük önemi haizdir.

Teminat hakim tarafından yargılamanın her aşamasında re’sen dikkate alınması gereken bir dava şartıdır. Hakimin hükmettiği teminatın yatırılmaması halinde davanın usulden reddi söz konusu olacaktır. Bu nedenle, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda dava açan / davaya katılan / takipte bulunanlar için öngörülmüş olan teminata ilişkin hükümlerin, kural olarak, hak arama özgürlüğünü düzenleyen Anayasa m. 36’ya ve AİHS m. 6/f. 1’e aykırılık teşkil edeceği belirtilmektedir.¹⁴⁴³ Bununla birlikte, AİHM’nin AİHS’e taraf devletlerin belirli durumlarda ve belirli kişiler bakımından teminat yükümlülüğü öngörmelerini doğrudan AİHS m. 6/f. 1’in ihlali olarak değerlendirmedeğinin bir kere daha altını çizmekte fayda vardır. Bu noktada önemli olan, teminat yükümlülüğünün mahkemeye erişim hakkının etkin bir biçimde sağlanmasına engel olmayacak şekilde uygulanmasıdır.

2. Adli Yardım

a. Genel Olarak

Adli yardım kavramını ve adli yardımın kapsamını çalışmamızın birinci bölümünde incelemiş, AİHM’nin adli yardım konusuna yaklaşımına ilişkin içtihadına bu bölümde yer vermiştik. Bununla birlikte, adli yardımın Türk hukukunda düzenlenişine ve Türk hukukuna özgü daha teknik ayrıntı ve incelemelere bu bölümde yer vereceğimizi belirtmiştik. Türk hukukunda adli yardıma ilişkin usul ve şartlar HMK’nın 334 ila 340. maddelerinde düzenlenmektedir. Anılan hükümler yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar açısından da olduğu gibi uygulama alanı bulmaktadır. Zira MÖHUK’da yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklara özgü adli yardımı düzenleyen hükümlere yer verilmemiştir.

¹⁴⁴² **Okur**, s. 188. Ayrıca bkz. AİHK X – İsveç kararı (Karar Tarihi: 28.02.1979 / Başvuru No: 7973/77); **Kohl**, s. 639.

¹⁴⁴³ **Aybay/Dardağan Kibar**, s. 254-255; **Atalı**, s. 554; **Çalışkan**, s. 32 ve s. 84-85; **E.Erdoğan**, s. 148.

HMK m. 334 şu şekildedir: “Kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimseler, iddia ve savunmalarında, geçici hukuki korunma taleplerinde ve icra takibinde, taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması kaydıyla adli yardımdan yararlanabilirler. (2) Kamuya yararlı dernek ve vakıflar, iddia ve savunmalarında haklı göründükleri ve mali açıdan zor duruma düşmeden gerekli giderleri kısmen veya tamamen ödeyemeyecek durumda oldukları takdirde adli yardımdan yararlanabilirler. (3) Yabancıların adli yardımdan yararlanabilmeleri ayrıca karşılıklılık şartına bağlıdır.”

Adli yardım kurumu, teminat yükümlülüğü ile olan ilişkisi bakımından da milletlerarası usul hukuku açısından önem arz etmektedir. Zira HMK m. 335 uyarınca, adli yardım yalnızca yargılama (ve takip) giderlerini değil, aynı zamanda teminat yükümlülüğünü de içine almakta, adli yardım talebi kabul edilen kişi teminat göstermekten muaf tutulmaktadır. Ancak yukarıda ele aldığımız MÖHUK kapsamındaki teminata ilişkin karşılıklılıkla ilgili sorunlar adli yardımda da karşımıza çıkmaktadır.¹⁴⁴⁴

Yabancılar adli yardım tanınmasında da uygulanacak HMK m. 334 vd. hükümler kapsamında öngörülen şartların adil yargılanma hakkı bakımından ortaya çıkabileceği sorunlar, adli yardımdan yararlanabilecek kişiler, yoksulluk ve haklılık koşullarının yorumu ve karşılıklılık şartının varlığı ve ispatı noktalarında toplanmaktadır. Diğer taraftan adli yardım taleplerin incelenmesi, verilecek kararın gerekçeli olması zorunluluğu, adli yardım kararına karşı itiraz yolu ile ilgili olarak adil yargılanma hakkı kapsamında sorun yaratabilecek hükümlerin de incelenmesi gerekmektedir.

b. Adli Yardımdan Yararlanabilecek Kişiler ve Özellikle Yabancı Tüzel Kişilerin Durumu

HMK'dan önce yürürlükte olan HUMK m. 465 uyarınca adli yardımdan sadece gerçek kişilerin faydalanabileceği belirtilmekteydi. Bu çerçevede, “hayır kurumları” dışında, tüzel kişilerin adli yardım alamayacakları dile

¹⁴⁴⁴ Teminat yükümlülüğünde olduğu gibi adli yardımın verilmesi bakımından da karşılıklılığın aranması eleştirilmekte, adli yardım kurumunun uluslararası sözleşme ve mevzuata uygun olarak düzenlenmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Bkz. Sargın, *Cautio Judicatum Solvi*, s. 403.

getirilmekteydi¹⁴⁴⁵ Yabancı hayır kurumlarının ise, karşılıklılık koşulunun varlığı halinde adli yardımdan yararlanabilecekleri ifade edilmekteydi.¹⁴⁴⁶ HMK açısından da durum aynıdır. HMK uyarınca sadece gerçek kişiler¹⁴⁴⁷ ile “kamuya yararlı dernek ve vakıflar” adli yardımdan faydalanabilmektedir. HMK m. 334 /f. 2’de belirlenen dernek ve vakıflar dışında, tüzel kişilerin adli yardımdan faydalanma imkânları yoktur.¹⁴⁴⁸ Yabancı tüzel kişiler ise ancak, tabiiyetinde bulundukları devlet ile Türkiye arasında adli yardıma ilişkin bir anlaşmanın var olması halinde adli yardımdan faydalanabileceklerdir.¹⁴⁴⁹

Gerek Türk, gerekse yabancı tüzel kişilerin adli yardımdan faydalanmalarına imkân sağlanmaması, Anayasa m. 10’da yer alan eşitlik ilkesine aykırı olması sebebiyle, eleştirilmektedir.¹⁴⁵⁰ Biz de, hak arama ve adalete erişim açısından gerçek-tüzel kişi ayırımı yapılamayacağı, herkesin eşit şekilde adalete erişim hakkına sahip olması gerektiği, dolayısıyla tüzel kişilerin de gerçek kişiler gibi, şartları oluştuğu takdirde adli yardımdan yararlanmalarına olanak tanınması gerektiği düşüncesindeyiz. Yabancı kamu yararına dernek ve vakıfların, ticari amaç taşıyan tüzel kişilerden farklı olarak, adli yardım taleplerinin kabul edilmesi gerektiği ifade olunmaktadır.¹⁴⁵¹ Tüzel kişilere adli yardım sağlanması açısından bu kişilerin fiilî durumlarının (örneğin ortaklarının ekonomik kapasitesi) göz önüne alınarak adli yardıma ihtiyaçlarının olup olmadığı, örneğin yargılama giderleri ödeyemeyecek durumda olmaları nedeniyle adli yardım talep edilmekteyse, öngörülen yargılama giderinin miktarının mahkemeye erişim hakkının kısıtlayacak nitelikte olup olmadığı değerlendirilmelidir.¹⁴⁵²

AIHM, yabancı tüzel kişilerin adli yardımdan faydalandırılmaması hakkında verdiği bir kararda,¹⁴⁵³ şu tespitlerde bulunmuştur: AIHS’e taraf devletler arasında

¹⁴⁴⁵ Ömer Uğur Gençcan, **Adli Yardım, Yargıtay Dergisi Yıl:2005 Cilt: 31 Sayı: 1-2**, s. 128; **Akbal**, s. 152-153; **Esendal**, s. 180; Atalay, **Adli Yardım**, s. 64. Yazar, tüzel kişinin mensup olduğu yabancı devlette Türk tüzel kişilerine adli yardım tanınıyor olması halinde dahi, yabancı tüzel kişilere Türkiye’de adli yardım sağlanmasının mümkün olmadığını belirtmekte, tüzel kişinin mensubu olduğu devlet ile Türkiye arasında bu konuyu düzenleyen ikili bir anlaşmanın varlığı halini ayırık tutmaktadır. Ayrıca bkz. **A.Kılınç**, s. 209-210.

¹⁴⁴⁶ Atalay, **Adli Yardım**, s. 64.

¹⁴⁴⁷ Avukatın vekili olduğu kanuni temsilcinin ise temsil ettiği kişi adına ve yararına adli yardım talebinde bulunması mümkündür. Bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 1000; Atalay, **Adli Yardım**, s. 55; **A.Kılınç**, s. 193; Ruhi, **Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe**, s. 37.

¹⁴⁴⁸ **Nomer**, s. 495; Ruhi, **Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe**, s. 38.

¹⁴⁴⁹ **A.Kılınç**, s. 209-210.

¹⁴⁵⁰ **A.Kılınç**, s. 355; Ruhi, **Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe**, s. 39.

¹⁴⁵¹ **A.Kılınç**, s. 210.

¹⁴⁵² **Benoît-Rohmer**, s. 681.

¹⁴⁵³ **AIHM Granos Organicos Nacionales - Almanya kararı**, prgf. 48-53 (Karar Tarihi: 22.03.2012 / Başvuru No: 19508/07).

tüzel kişilere adli yardım tanınması gerektiği yönünde bir uzlaşma veya ortak bir eğilim söz konusu değildir. Birçok taraf devlet tüzel kişilere adli yardım sağlamamaktadır.¹⁴⁵⁴ Ayrıca AİHM, Alman usul hukukunun, davacının davasının açıkça dayanaktan yoksun olmadığı durumlarda, yargılama başında istenen peşin harç ve giderlerin alınmayabileceğini öngördüğünü, bu konuda gerçek-tüzel kişi ya da Alman tüzel kişisi-yabancı tüzel kişi ayırımının da yapılmadığını tespit etmiştir. Dolayısıyla başvuru yabancı tüzel kişinin, bu konuda mahkemeden talepte bulunmasına bir engel bulunmadığı gibi, mahkemenin de davanın açıkça dayanaktan yoksun olmadığını görmesi halinde yargılama masraflarının alınmamasına karar verebileceği belirtmiştir. Diğer taraftan AİHM, başvuru, davalı şirket olarak, davacı tarafın teminat yatırması gerektiği konusunda da bir itirazda bulunmadığını ifade etmiştir. Sonuç olarak AİHM, AİHS'e taraf devletler arasında tüzel kişilere adli yardım sağlanması konusunda bir uzlaşma olmamasına dayanarak başvuru mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasının ulaşılmak istenen meşru amaç ile orantılı olduğuna ve m. 6/f. 1'in ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

AİHM'nin bu kararına katılamamaktayız. Zira, AİHS'e taraf devletlerin tüzel kişilere adli yardım sağlanması konusunda ortak ve yerleşik bir uygulamasının olmaması mahkemeye erişim hakkının kısıtlanmasını haklı kılmamaktadır. Diğer taraftan, adli yardım talebinin reddedilmesini “davanın görülmemesinin kamu yararına aykırı sonuçlar yaratmayacağı” gerekçesine dayandırılmasını da mümkün görmüyoruz. Mahkemeye erişim hakkının sadece kamu yararını ilgilendiren konularla sınırlı olarak sağlandığını söylemek doğru değildir. Adli yardım sağlanması konusunda, kamu yararını ilgilendiren, örneğin gaiplik, vesayet, evlat edinme veya soybağına ilişkin davalar bakımından “pozitif ayrımcılık” yapılabilirse de¹⁴⁵⁵, kamu yararını ilgilendirmeyen davaların görülmeyebileceği, bu davalarda adli yardım verilmeyebileceği sonucuna varılamaz. Davalı konumunda olduğu davada, davacının teminat yatırması gerektiğini ileri sürmemesinin de, başvuru mahkemeye erişim hakkının mahrum bırakılmasını destekleyecek bir gerekçe

¹⁴⁵⁴ AİHM *Agromodel OOD ve Mironov – Bulgaristan* kararı, prgf. 24 (Karar Tarihi: 24.09.2009 / Başvuru No: 68334/01); AİHM *VP Diffusion SARL – Fransa* (kabul edilebilirliğe ilişkin) kararı (Karar Tarihi: 26.08.2008 / Başvuru No: 14565/04).

¹⁴⁵⁵ İngiliz hukukunda olduğu üzere, dava konusunun “mahkeme önüne getirilmeye değer olması”, kamu yararını ilgilendirmeyen davalarda “davanın başarı şansının daha yüksek olmasının aranması” mümkün olabilir. Bkz. **D'Ambra**, s. 89. Ancak kamu yararını ilgilendirmeyen davaların tümüyle adli yardımın kapsamı dışında bırakılmasının mahkemeye erişim hakkını ihlal edeceği sonucuna varılmalıdır. Bkz. **L'aide juridique pour un meilleur accès au droit et à la justice, Conseil d'Etat Section du rapport et des études, La Documentation française, 1991**, s. 22.

olarak görmek zordur. Adli yardım verilmemesinin mahkemeye erişim hakkını ihlal etmediği sonucuna varabilmek için dayanılabilecek tek gerekçe, Alman medeni usul hukukunda yer alan ve davanın açıkça dayanaktan yoksun olmadığının tespiti halinde yargılama harç ve giderlerin peşinen alınmayabileceğini öngören düzenleme olabileceği, meşru amaç olarak görülen kamu kaynaklarının ölçülü kullanılması düşüncesi ile mahkemeye erişim hakkının kısıtlanması arasında orantının ancak bu hükme dayalı olarak kurulabileceği kanaatindeyiz.

Adli yardım talebinde bulunacak kişiler davacı veya davalı konumunda olabilirler. Usulî hükümleri bir tarafa koyacak olursak, bu açıdan adli yardım verilmesinde bir farklılık bulunmamaktadır. İcra/iflas takiplerinde, takibin taraflarının adli yardım talebinde bulunabilmeleri mümkündür. Ayrıca, davaya fer'i müdahil sıfatıyla katılanların, geçici hukuki koruma talebinde bulunanların, çekişmesiz yargı işlerinde ilgili sıfatını haiz olanların da adli yardımdan faydalanabilecekleri ifade edilmektedir.¹⁴⁵⁶

c. Adli Yardımdan Yararlanma Koşullarının Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi

HMK m. 334 uyarınca, adli yardımdan yararlanabilmek için “yoksulluk” ve “davanın dayanaktan yoksun olmaması” ve yabancılar için “karşılıklılık” koşullarının varlığı aranmaktadır. Adli yardımdan yararlanma koşullarının adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirilmesine geçmeden önce, bu koşulların varlığını tespit bakımından hakimnin ne şekilde bir inceleme yapacağına kısaca değinmek gerekmektedir.

Doktrinde, HMK m. 337/f. 1’de yer alan adli yardım taleplerinin duruşma yapılmadan inceleneceğine ilişkin düzenlemeden yola çıkılarak adli yardım taleplerinin herhangi bir yargılama usulüne tabi olmadığı; ancak adli yardımın bir “çekişmesiz yargı işi” olması¹⁴⁵⁷ nedeniyle, çekişmesiz yargı işlerine ilişkin basit yargılama usulünün adli yardım taleplerinde de uygulanması gerektiği belirtilmektedir.¹⁴⁵⁸ HMK m. 382’de açık bir şekilde çekişmesiz yargı işleri arasında sayılmamasına karşın, adli yardımın çekişmesiz yargı işi olarak

¹⁴⁵⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1000; A.Kılınc, s. 197; Esendal, s. 184. Ayrıca noterlikçe yapılacak işlerde adli yardıma ilişkin olarak bkz. Alim Taşkın, **Noterlik İşlemlerinde Adli Yardım Hükümlerinin Uygulanması**, AÜHFD C.49 Sayı: 1-4, s. 117-136.

¹⁴⁵⁷ Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 2411.

¹⁴⁵⁸ Atalay, Adli Yardım, s. 81; A.Kılınc, s. 237.

nitelendirilmesinin sonucu, re'sen araştırma ilkesinin adli yardım talepleri açısından da uygulanacak olduğudur.¹⁴⁵⁹ Ancak, bir yandan HMK m. 385'de çekişmesiz yargı işlerinde “aksine bir hüküm olmadığı sürece” re'sen araştırma ilkesinin geçerli olacağının belirtilmesinin, diğer yandan, adli yardım taleplerinin nasıl ileri sürülmesi gerektiğine ve nasıl inceleneceğine ilişkin özel düzenlemelerin varlığının re'sen araştırma ilkesinin uygulama alanını daralttığı ifade edilmektedir.¹⁴⁶⁰ Tüm bu açıklamalar ışığında, adli yardım talebinde bulunan kişinin “yoksul” olup olmadığına, “davasının dayanaktan yoksun olup olmadığına” ve yabancılara adli yardım verilmesi bakımından “karşılıklılığın var olup olmadığına” dair araştırmada re'sen araştırma ilkesi geçerli olduğu ortaya konmaktadır.¹⁴⁶¹ Aşağıda, bu koşullar açıklanacaktır.

1) Yoksulluk

Hak arama yollarının herkese açık olması gerektiğinden yola çıkılarak, ekonomik olarak yeterli kaynağa sahip olmayanlara ¹⁴⁶² adli yardım sağlanabileceğini düzenleyen HMK m. 334 uyarınca, “*Kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimseler*” adli yardımdan faydalanma imkânına sahiptirler. Doktrinde, sadece ekonomik anlamda yetersiz kişilerin değil, belirli kesimlerin, özellikle kadın ve çocukların, toplumun diğer kesimlerine oranla daha güçsüz konumda olmaları nedeniyle adil yardımdan faydalanmak konusunda öncelikli olmaları gerektiği dile getirilmektedir.¹⁴⁶³

Adli yardımdan faydalanmak açısından yoksulluk kavramının farklı yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁴⁶⁴ Bu bağlamda, adli yardımdan

¹⁴⁵⁹ A.Kılınç, s. 241; Akbal, s.162; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 2425-2426.

¹⁴⁶⁰ A.Kılınç, s. 241-242.

¹⁴⁶¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1004; Atalay, Adli Yardım, s. 83; A.Kılınç, s. 241; Akbal, s. 158 ve s. 162.

¹⁴⁶² Doktrinde adli yardım kurumunun ruhuna daha uygun olduğu gerekçesiyle yoksulluk şartı “ekonomik anlamda yetersizlik”, “mali yetersizlik”, “maddi sıkıntıya düşme tehlikesi” olarak ele alınmaktadır. Bkz. A.Kılınç, s. 198; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 2418.

¹⁴⁶³ Cebre, s. 382. Ayrıca bkz. Özbek, Gider Avansı, s. 36. Fransız usul hukukunda, adli yardım Fransız vatandaşlarına, AB üyesi ülke vatandaşlarına ve Fransa’da ikamet etmekte olanlara bazı şartlar dahilinde tanınmakta iken, yabancıların şüpheli, sanık veya hükümlü ya da küçük yahut kamu davası açılmasını gerektiren bir suçun mağduru olmaları halinde yerleşim yeri kıstasına bakılmaksızın adli yardım sağlanmaktadır. Bu bakımdan mültecilere de ayrı bir statü tanınmıştır, ancak mültecilere adli yardım verilebilmesi için Fransa’ya yasal yoldan giriş yapmış ve en az bir sene süreyle Fransa’da yaşıyor olmaları aranmaktadır. Bkz. Puechavy, s. 624.

¹⁴⁶⁴ Gençcan, s. 129.

faaydalanabilmek açısından “yoksulluk” nisbi bir yoksulluktur; hükmün gerekçesinde de belirtildiği üzere, yoksulluktan fakr-u zaruret içinde bulunmak anlaşılmamalıdır.¹⁴⁶⁵ Bu durum, kanunda da açıkça ifade edilmektedir. Adli yardım talebinde bulunan kişi genel olarak yoksul olmayabilir, ancak kendisinden talep edilen yargılama giderlerini ödediği takdirde zor duruma düşecek olması halinde yoksulluk koşulu var sayılmalıdır.¹⁴⁶⁶ Bu bağlamda, adli yardım talebinde bulunan kişinin geliri, malvarlığı, borçları ve sosyal durumu, kendisi ve ailesinin yaşam düzeyi ve ihtiyaçlarının dikkate alınması gerekmektedir.¹⁴⁶⁷

HMK, deme gücünden yoksunluğu ya da ekonomik olarak yetersizliği objektif bir biçimde düzenlemiştir. Bu nedenle, ödeme gücünden yoksunluk, “dava konusunun değeri” veya “uyuşmazlığın niteliği” gibi başka kriterler ile birlikte değerlendirilemeyecektir. Doktrinde bu durum eleştirilmekte, ekonomik anlamda yetersizliğin her yargılama bakımından ayrı değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁴⁶⁸ Bu çerçevede, bazı uyuşmazlıklarda “toplumsal yarar”ın daha ön planda olması nedeniyle yargılamada taraflar arasındaki sosyal eşitsizliğin giderilmesi ihtiyaının daha da belirgin şekilde ortaya çıktığı savunulmakta, ödeme gücünden yoksunluk kriterinin objektif bir şekilde ele alınmasının “adli yardım kurumunun anayasal temelinde yer alan hak arama hürriyeti ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu” belirtilmektedir.¹⁴⁶⁹ Ayrıca, “davanın çok önemli olduğu veya karşı tarafın çok güçlü olduğu” durumların da adli yardımda yoksulluk şartının değerlendirilmesinde dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır.¹⁴⁷⁰

Yoksulluk şartının araştırılmasında, adli yardım talebinde bulunan kişinin sunduğu fakirlik belgesine dayanılabileceği ifade edilmektedir.¹⁴⁷¹ Bununla birlikte, fakirlik belgesi tek başına yeterli olmayacaktır. Zira, HMK m. 336/f. 2 uyarınca, “*talepte bulunan kişinin yargılama giderlerini karşılayabilecek durumda*

¹⁴⁶⁵ Akbal, s. 154; Aktepe Artık, s. 110; Atalay, Avukatla Temsil, s. 99; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 2418; Karşı, s. 585.

¹⁴⁶⁶ “Hukuk devleti, hak arayan bireye, ekonomik durumu sarsılmadan etkin bir hukuki koruma sağlamak ve adalete erişim imkânı sunmak zorundadır.” Bkz. Pekcanitez/Atalay/zekes, s. 1000. Ayrıca bkz. Akbal, s. 154; Aktepe Artık, s. 110; A.Kılınç, s. 200; Atalay, Avukatla Temsil, s. 99; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 708; Ruhi, Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe, s. 43; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 2413 ve 2418.

¹⁴⁶⁷ Pekcanitez/Atalay/zekes, s. 1000; Atalay, Adli Yardım, s. 59-60; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 2418-2419; Esendal, s. 181-182; A.Kılınç, s. 201.

¹⁴⁶⁸ A.Kılınç, s. 200.

¹⁴⁶⁹ A.Kılınç, s. 200.

¹⁴⁷⁰ Akkan, Avukatla Temsil Zorunluluğu, s. 193.

¹⁴⁷¹ Akbal, s. 158.

olmadığını gösteren mali durumuna ilişkin belgeler”in sunulması gerekmektedir.¹⁴⁷²

Yabancılar açısından “yoksulluk” incelemesinin nasıl yapılacağına ilişkin ayrı bir düzenlemeye yer verilmediği gibi, doktrinde de bu yönde bir belirlemeye rastlamadığımızı belirtmek isteriz. Bununla birlikte, yabancılar açısından da, yabancının yaşadığı ülkedeki ekonomik durumunu gösterir belgelerin temin edilmesi, Türkiye’de bulunan veya (belirlenebildiği kadarıyla) yurtdışındaki malvarlığına ilişkin bilgilerin edinilmesi gerekecektir. Bu çerçevede, adli yardım talep eden yabancının sağladığı bilgi ve belgeler dışında, örneğin, karşı tarafın mahkemeye sunacağı bilgi ve belgelerden de faydalanılabilir.

AIHM, adli yardımdan faydalanma şartları arasında “yoksulluk” şartının öngörülebileceğini kabul etmekte, adli yardım talebinde bulunan kişinin finansal durumuna ilişkin değerlendirmeyi de taraf devlet mahkemelerine bırakmaktadır.¹⁴⁷³ Bununla birlikte, AIHM, kişilerin ödeme gücünden yoksun olmaları konusunda çok yüksek bir ispat ölçüsünün benimsenmemesi gerektiğini belirtmektedir.¹⁴⁷⁴ Bu çerçevede, adli yardım talebinde bulunan kişinin ev sahibi olması, ailesinin ihtiyaçlarını karşılayacak gelire sahip olması adli yardım talebinin reddi için geçerli gerekçeler değildir.¹⁴⁷⁵ Esas alınması gereken husus, kişilerin ödeme gücü ile mahkemeye erişim hakkı önündeki engel (harç, yargılama gideri vs.) arasındaki orantılılıktır.¹⁴⁷⁶

2) Davanın Dayanaktan Yoksun Olmaması

Adli yardımın sağlanmasında vatandaş veya yabancı ayırımı yapılmaksızın arana diğer koşul kısaca “haklılık”tır. Davacı açısından aranan bu koşul, doktrinde öteden beri tartışıl gelmiştir. “Haklılık” koşulunun fakir ile zengin arasındaki eşitsizliğin adalet önünde de sürdürülmesine yol açtığı, “*fakirin ancak haklı olması halinde adli yardım kurumundan yararlanarak dava açabilesi olanaklı iken,*

¹⁴⁷² Atalay, *Avukatla Temsil*, s. 100; Ruhi, *Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe*, s. 44.

¹⁴⁷³ E.Erdoğan, s. 159. Ayrıca bkz. AIHM *Kniat – Polonya* kararı, prgf. 44 (Karar Tarihi: 26.07.2005 / Başvuru No: 71731/01); AIHM *Jedamski ve Jedamska – Polonya* kararı, prgf. 64 (Karar Tarihi: 26.07.2005 / Başvuru No: 73547/01).

¹⁴⁷⁴ AIHM *Tunç – Türkiye* kararı, prgf. 27-31 (Karar Tarihi: 21.02.2008 / Başvuru No: 20400/03).

¹⁴⁷⁵ Aktepe Artık, s. 111; Ruhi, *Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe*, s. 44-45. Aynı yönde bkz. AIHM *Serin – Türkiye* kararı, prgf. 32-35 (Karar Tarihi: 18.11.2008 / Başvuru No: 18404/04); yukarıda AIHM *Mehmet ve Suna Yiğit – Türkiye* kararı, prgf. 36-38.

¹⁴⁷⁶ Bkz. yukarıda AIHM *Kniat – Polonya* kararı, prgf. 44-45; yukarıda AIHM *Jedamski ve Jedamska – Polonya* kararı, prgf. 66.

zengininin haklı olup olmadığına bakılmaksızın dava açma olanağının bulunduğu” ileri sürülerek “haklılık” koşulunun kaldırılması gerektiği savunulmaktadır.¹⁴⁷⁷

Doktrinde adli yardımın “*acil servis maddesi*” olduğu, adli yardımın kişilere sadece geçici bir muafiyet sağladığı, adli yardımdan faydalanan kişinin davasını kaybettiği takdirde yargılama masraflarını ödemek zorunda kalacağı düşünüldüğünde adli yardıma ilişkin olarak yapılacak incelemelerin mahkemeleri gereksiz yere uğraştıracak noktaya getirilmemesi gerektiği savunulmuştur.¹⁴⁷⁸ Adli yardım talebinin baştan beri haksız olması veya talebin haklılığını ortaya koyan sebeplerin ortadan kalkması halinde adli yardım kararının kaldırılabilmesinin de unutulmaması gerektiği, bu bakımdan adli yardım talebinin incelenmesinde aşırı titiz davranılmasının adli yardımın amacı ile çelişeceği vurgulanmaktadır.¹⁴⁷⁹ AİHM, *Aerts – Belçika* kararında. iç hukukta kanun yoluna başvuruda avukatla temsil zorunluluğunun benimsenmiş olduğundan, adli yardımın “haklılık” şartına bağlanmış olmasını mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak nitelendirmiştir.¹⁴⁸⁰

Adli yardımdan faydalanmak için “haklılık” şartının aranmasına ilişkin tartışma bir tarafa, bu şartın kabul edilmesi halinde benimsenecek “ispat ölçüsü” ayrı bir tartışma konusudur. Doktrinde, “haklılık” şartının “esas davanın sonucuna ilişkin bir haklılık” olarak algılanmaması gerektiği, adli yardım açısından “ilk görünüşte haklılığın” yeterli olduğu, haklılığın tam olarak ispat edilmesinin gerekmediği ifade edilmektedir.¹⁴⁸¹ Bu açıdan kabul edilecek “yaklaşık ispat” ölçüsünün¹⁴⁸², “talepte bulunan kişinin baştan açıkça haksız görülüyor olması” şeklinde anlaşılması gerektiği vurgulanmaktadır.¹⁴⁸³ Adli yardım talebinde bulunan kişinin, iddia ve savunmasında başarılı olma ümidinin varlığı ve bu ümidin talepte bulunanın haksız çıkması ihtimalinden daha fazla olması halinde haklılık koşulunun

¹⁴⁷⁷ Yılmaz, s. 219. Ayrıca bkz. Pekcanitez, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, s. 784. Özkes, s. 308.

¹⁴⁷⁸ Gençcan, s. 130-131.

¹⁴⁷⁹ Gençcan, s. 134; Akbal, s. 163. Diğer taraftan, adli yardım kararının kısmi de olabileceği unutulmamalıdır. Şayet talepte bulunan kişinin, belirli yargılama giderlerini ödeyebileceği düşünülmekte ise, hangi yargılama giderleri için adli yardım verildiği açıkça belirtilmek suretiyle, kısmi adli yardım tanınmasına karar verilebilir. Bkz. Akbal, s. 165-166.

¹⁴⁸⁰ Aktepe Artık, s. 109.

¹⁴⁸¹ Akbal, s. 155; A.Kılınc, s. 203; Ruhi, *Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe*, s. 46; Atalay, *Pekcanitez Usûl*, s. 2420.

¹⁴⁸² Yaklaşık ispat doktrinde, bir vakıa iddiasının doğru olma ihtimalinin doğru olmama ihtimaline göre daha ağır bastığı ispat ölçüsü olarak nitelendirilmekte, istisnai hallerde uygulama alanı bulan bu ispat ölçüsüne daha çok, geçici koruma tedbirlerine ilişkin kararlarda olduğu gibi, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde başvurulduğu ifade olunmaktadır. Bkz. Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 681; A.Kılınc, s. 204; Ruhi, *Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe*, s. 46.

¹⁴⁸³ Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 1002; Atalay, *Adli Yardım*, s. 62; Atalay, *Avukatla Temsil*, s. 99; Atalay, *Pekcanitez Usûl*, s. 2420; Aktepe Artık, s. 109; A.Kılınc, s. 203; Akkan, *Avukatla Temsil Zorunluluğu*, s. 193; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 710; Ruhi, *Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe*, s. 46.

gerçekleştiği sonucuna varılması gerektiği savunulmuştur.¹⁴⁸⁴ Gerçekten de aksinin kabulü, hakimnin davaya ilişkin kanaatini önceden açıklayamayacağı ilkesine aykırılık oluşturacağı gibi, adli yardım kurumunun da amacına ulaşamaması sonucunu doğuracaktır.¹⁴⁸⁵

HMK'nın adil yardımdan faydalanma şartlarını düzenleyen 334. maddesinde de “haklılık” koşulu korunmuştur. Maddenin ilk halinde, adli yardım talebinde bulunan kişilerin hukuki korunma taleplerinde (dava, icra takibi veya geçici koruma taleplerinde) “*haklı oldukları yolunda kanaat uyandırmaları*” gerektiği düzenlenmekteydi. Fakat tartışma konusu olan bu hüküm, 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un¹⁴⁸⁶ 22. maddesi ile değiştirilmiştir. Yeni düzenleme uyarınca adli yardım talebinde bulunanların “*(hukuki korunma) taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması*” aranmaktadır. Bu değişiklik, AİHM'nin tavsiye ettiği bir değişiklik olup, doktrinde “haklılık şartının yumuşatıldığı” şeklinde yorumlanmaktadır.¹⁴⁸⁷

“Haklılık” ya da “dayanaktan yoksunluk” konusunda nasıl bir ölçütün belirleneceği, bu kavramların içinin nasıl doldurulacağı adli yardım kurumu açısından hayati önemi haizdir. Bir görüşe göre, adli yardım talebinde bulunan kişinin davasında haklı olup olmadığı veya davanın dayanaktan yoksun olup olmadığına ilişkin incelemede, dava dosyasına ciddi delillerin sunulup sunulmadığına bakılabilecek, örneğin asıl davasında sadece yemin deliline dayanan kişilerin adli yardım talepleri kabul edilmeyecektir.¹⁴⁸⁸

Doktrinde, adli yardımdan faydalanacak kişilerden, bu kişilerin “haklı oldukları” konusunda, düşük bir ispat ölçüsü ile dahi olsa, daha yargılamanın başında yargı organı nezdinde bir kanaat uyandırılmasını istemenin hukuki dinlenilme hakkıyla tam olarak bağdaşmadığı belirtilmektedir.¹⁴⁸⁹ Zira, ihtiyacı olan tarafın adli yardımdan faydalanması konusunda verilecek kararın geçici ve yüzeysel bir “yaklaşık ispat” incelemesine dayanması, adli yardım konusunda verilecek kararın doğruluğu konusunda ciddi şüphe uyandırmaktadır. Adli yardım

¹⁴⁸⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1002; Aktepe Artık, s. 115.; A.Kılınç, s. 203; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 708.

¹⁴⁸⁵ Akbal, s. 155-156; A.Kılınç, s. 203.

¹⁴⁸⁶ RG. 30.04.2013, S. 28633.

¹⁴⁸⁷ Aktepe Artık, s. 114; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 708.

¹⁴⁸⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1004; Atalay, Adli Yardım, s. 78; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 2426; Akbal, s. 162.; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 708. Yazarlar, dava konusunun 2500 TL'nin üzerinde olması halinde davacının elinde alacağını kanıtlayacak kesin delillerden birisine sahip olup olmadığına bakılabileceğini ifade etmektedir.

¹⁴⁸⁹ Özekes, s. 308; Özekes, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Sorunları, s. 1300; Pekcanitez, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 784.

konusundaki kararın hukuki dinlenilme ve adil yargılanma hakkı açısından arz ettiği önem karşısında, başlangıçtaki bu yüzeysel incelemenin isabetli olmadığı vurgulanmaktadır.¹⁴⁹⁰

Diğer taraftan, ekonomik olarak zayıf olanın, güçlü olanın aksine, ek bir külfet ile, daha baştan mahkemeyi haklı olduğu konusunda ikna etmesini beklemenin doğru olmadığı belirtilmektedir.¹⁴⁹¹ AİHM de aynı görüştedir; adli yardım alabilmek için adli yardım talebinde bulunan kişilerin “yoksul ve fakat haklı oldukları konusunda yargı organını ikna etmek zorunda olmaları” eleştiriye açıktır.¹⁴⁹² AİHM, her ne kadar, davanın dayanaklarının sağlam olması ve makul bir başarı şansının bulunmasını adli yardımın şartları arasında düzenlenebileceğini belirtmekte ve bunu meşru görmekte ise de, başarı ihtimalinin varlığına ilişkin inceleme ve ispat ölçüsünün mahkemeye erişim hakkının özüne zarar vermemesi gerekmektedir.¹⁴⁹³ Konu, mahkemenin dilini bilmeyen ve avukatlık hizmetinden yararlanamayan, bu nedenlerle adli yardım talebinde bulunan yabancılar açısından daha hassas bir incelemeyi gerekli kılmaktadır. Kendini hukuken ve fiilen ifade edemeyecek durumda olan ve adli yardıma başvuran yabancılardan davalarında haklı oldukları yönünde, yaklaşık ispat ölçüsü ile dahi olsa, çaba sarf etmelerini beklemek adil yargılanma hakkı ile bağdaşmayacak sonuçlara yol açabilecektir. Dolayısıyla, hakimin, somut olay odaklı bir inceleme yapması, adli yardım talebinde bulunan kişilerin ve özellikle yabancıların kendilerine özgü durumlarını da “haklılıklarının ispatı” bakımından dikkate alması gerektiği düşüncesindeyiz.

Kanaatimizce adli yardımın sağlanmasında aranabilecek “haklılık” (veya “dayanaktan yoksunluk”) çok özel, adli yardım kurumuna özgü bir “haklılık” olmalıdır. Adli yardım talebinde bulunan kişiler, tam olarak ne “davalarında haklı olduklarını” ne de “davalarının dayanaktan yoksun olmadığını” ispat etmekle yükümlü tutulmalıdır. Burada adli yardım talebinde bulunan kişinin davasının haklılığından değil, dava hakkını kullanmak veya hukuki korunma talebini ileri sürmek konusunda haklı olup olmadıkları araştırılmalıdır. Kişilerin yargı organlarına “makul” bir hukuki korunma talebi ile gelmeleri halinde, davanın

¹⁴⁹⁰ “Adli yardım talep edenin haklı görünmemesi sebebiyle hatalı bir şekilde reddedilmesi, adil yargılanma hakkının ihlali ile aynı görülmektedir.” Bkz. Pekcanitez, **Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 784. Ayrıca bkz. **Özekes**, s. 308.

¹⁴⁹¹ **Özekes**, s. 308; **A.Kılınc**, s. 158. Yukarıda AİHM *Aerts – Belçika* kararı, prgf. 60. Bu kararda AİHM, iç hukukta kanun yoluna başvuruda avukatla temsil zorunluluğunun benimsenmiş olduğundan, adli yardımın “haklılık” şartına bağlanmış olmasını mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak nitelendirmiştir. Bkz. **D’Ambra**, s. 86; **Aktepe Artık**, s. 109; **Boyar**, s. 201.

¹⁴⁹² **Ü.Kılınc**, s. 136-137; **Boyar**, s. 201.

¹⁴⁹³ **Gilliaux**, s. 301-302.

dayanaktan yoksun olmadığına karar verilmelidir. Gerek tercüman, gerekse avukat yardımı alamayan yabancılar açısından ise daha hassas bir değerlendirme yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Aksi halde, özellikle ekonomik şartı karşılamış olan kişilerin (vatandaş veya yabancıların), “haklılık” koşulunu sağlamadıkları gerekçesiyle adli yardımdan mahrum bırakılmaları söz konusu olacaktır ve bu durum AİHS m. 6/f. 1’i açıkça ihlal edecektir.¹⁴⁹⁴

3) Yabancılar Açısından Aranan Karşılıklılık Koşulu

HMK m. 334/f. 3 hükmü, yabancıların adli yardımdan yararlanabilmelerini yargılama giderlerini kısmen veya tamamen ödemedi yoksunluk ve haklılık şartları dışında, ayrıca karşılıklılık şartına bağlamıştır. Bu çerçevede, Türk mahkemelerinden adli yardım talebinde bulunan yabancıların kendi ülkesinde Türk vatandaşlarının adli yardımdan faydalanıp faydalanmadığına bakılacaktır.¹⁴⁹⁵

Doktrinde, isabetli bir şekilde belirtildiği üzere, yabancıların birden çok ülke vatandaşlığına sahip olması halinde, bu ülke hukuklarının biri açısından karşılıklılığın sağlanması yabancıların adli yardımdan faydalanması için yeterlidir.¹⁴⁹⁶ Yabancıların aynı zamanda Türk vatandaşı olması veya sonradan Türk vatandaşlığını kazanması halinde ise, Türk vatandaşlığının kazanılmasından sonra ileri sürülen adli yardım taleplerinde karşılıklılık şartının aranmaması gerekecektir. Bu noktada, 5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu’nun (TVK)¹⁴⁹⁷ 25 ila 28. maddeleri arasında düzenlenen hükümler çerçevesinde “çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden” Mavi Kart sahibi kişiler ile mülteci ve vatansız kişiler açısından mevcut duruma ve YUKK hükümlerine ilişkin bazı açıklamalar yapmak gerekecektir.

¹⁴⁹⁴ **Aktepe Artık**, s. 115. Ayrıca bkz. AİHM *Gnahoré – Fransa* kararı, prgf. 39-41 (Karar tarihi: 19.09.2000 / Başvuru No: 40031/98). AİHM’nin bu kararı, somut olayda dava konusunun “temyiz başvurusunda avukatla temsil zorunluluğu” kapsamında olmaması nedeniyle adli yardım talebinin reddedilmesini AİHS m. 6/f. 1’in ihlali olarak değerlendirilmediği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bkz. **Bougrab**, s. 1018; **Milano**, s. 262-265.

¹⁴⁹⁵ Bu noktada da, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, karşılıklılığın ahdi (ikili veya çok taraflı sözleşmeye dayalı), kanuni ve fiili olmak üzere 3 şekilde sağlanabileceğini; ahdi veya kanuni karşılıklılık olmasına rağmen, yabancı ülkede Türk vatandaşlarının fiilen adli yardımdan faydalandırılmıyor olmaları halinde karşılıklılığın varlığından söz edilemeyeceğini; ahdi veya kanuni karşılıklılığın olması halinde, uygulamada yabancı devlette Türk vatandaşı tarafından ileri sürülmüş bir adli yardım talebinin olmaması veya böyle bir talep ileri sürülmüş ve fakat gerekli şartları taşımadığı gerekçesiyle yabancı devlet mahkemelerince reddedilmiş olması halinde karşılıklılığın olmadığına söylenemeyeceğini belirtmekle yetiniyoruz.

¹⁴⁹⁶ **A.Kılınc**, s. 208.

¹⁴⁹⁷ RG. 12.06.2009 – S. 27256.

TVK m. 28 ve Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin¹⁴⁹⁸ 53. maddesi uyarınca mavi kart sahibi Türk asıllı yabancıların, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan “aynen” yararlanmaya devam edebilecekleri hüküm altına alınmıştır. Ancak bu kişiler ile ilgili hukuki sorunlarda karşılıklılığın aranıp aranmayacağına dair özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, aslen “yabancı” statüsünde bulunan bu kişilerin Türk mahkemelerinde adli yardım talebinde bulunmaları halinde, bu kişilerin vatandaşı olduğu devlet ile Türkiye arasında karşılıklılığın aranması gerekecektir.

Mülteciler ve vatansız kişiler açısından ise durum biraz farklıdır. Yukarıda teminat yükümlülüğüne ilişkin açıklamalarımıza benzer şekilde, öncelikle, YUKK kapsamında uluslararası koruma statüsü sahibi olan mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahibi kişiler - ki bu kişilerin yabancı bir devlet vatandaşı veya vatansız olmaları fark yaratmamaktadır- ile uluslararası koruma statüsü elde edemeyen mülteci ve vatansız kişiler arasında bir ayırım yapmak gerekecektir. YUKK m. 88/f. 1 uyarınca, uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler, karşılıklılık şartından muaftır. Bu hüküm nedeniyle, uluslararası koruma statüsü sahiplerinin adli yardım taleplerinde karşılıklılık şartı aranmayacaktır.

Uluslararası koruma statüsü sahibi olmayan mülteciler açısından ise, BM Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Sözleşme’nin m. 16/f. 2 hükmü, mültecilerin, “sürekli yerleşim yeri olan taraf devlette” adli yardım ve teminat yatırma yükümlülüğünden muaf tutulma dahil, mahkemelere müracaat bakımından vatandaş gibi muamele görmeleri gerektiğini” düzenlemektedir. Buna göre, uluslararası koruma statüsüne sahip olmayan mülteciler açısından da karşılıklılık şartının aranmaması gerekecektir.

Uluslararası koruma statüsü sahibi olmayan vatansız kişilere ilişkin hukukumuzda bir düzenleme yoktur.¹⁴⁹⁹ Bununla birlikte, doktrinde, yerleşim yeri Türkiye’de bulunan vatansız kişilerin de, BM Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair

¹⁴⁹⁸ RG. 06.04.2010 – S. 27544.

¹⁴⁹⁹ 28.09.1954’de New York’da imzalanan ve 39. maddeye uygun olarak 06.06.1960’da yürürlüğe giren BM Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme Türkiye tarafından onaylanmamıştır. Sözleşme’nin 16. maddesinin 2. fıkrası uyarınca “*Vatansız bir kişi, daimi ikametinin bulunduğu Sözleşmecî Devlette, adli yardım ve cautio judicatum solvi den (teminat akçesinden) muafiyet dahil olmak üzere mahkemelere başvuruya ilişkin konularda bir vatandaşıncı ile aynı muameleden yararlanır.*” Görüldüğü üzere, bu hüküm, BM Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme ile aynıdır.

Sözleşme'nin m.1/C/6 hükmüne¹⁵⁰⁰ kıyasen adli yardımdan karşılıklılık şartı aranmaksızın faydalandırılmaları gerektiği savunulmaktadır.¹⁵⁰¹

Karşılıklılığın varlığını ispat yükünün, adli yardımdan yararlanmak isteyen yabancıya ait olduğu belirtilmektedir.¹⁵⁰² Bununla birlikte, Türkiye ile yabancının vatandaşı olduğu devlet arasında ikili veya çok taraflı bir anlaşma varsa, karşılıklılık koşulu ispat edilmiş sayılacaktır.¹⁵⁰³ Böyle bir durumda, ikili ya da çok taraflı uluslararası bir sözleşmenin var olup olmadığının mahkeme tarafından araştırılacağı belirtilmektedir.¹⁵⁰⁴ Bu açıdan hakimin, bir sözleşmenin var olup olmadığının tespitinde bilirkişi görüşüne başvurabileceği gibi, HMK m. 33 ve MÖHUK m. 2 çerçevesinde, tarafların yardımını da isteyebileceği dile getirilmektedir.¹⁵⁰⁵ Diğer taraftan, Türkiye ile adli yardım antlaşması akdetmiş bir yabancı devlette, Türk vatandaşlarının fiilen adli yardımdan faydalanıp faydalanmadıklarını araştırmanın Türk mahkemelerinin yetkisini aştığı ifade edilmektedir.¹⁵⁰⁶

Türkiye'nin adli yardım konusunda yabancı bir devlet ile anlaşma akdetmiş olması halinde, adli yardımın şekline, şartlarına, kapsamına, sınırlarına ve usulüne söz konusu anlaşma hükümleri uygulanacak, HMK'nın adli yardıma ilişkin hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır. Adli yardıma ilişkin olarak Türkiye'nin taraf olduğu ikili ve çok taraflı anlaşmalar arasında 01.03.1954 tarihinde imzalanan ve 14.04.1957 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi¹⁵⁰⁷ 2015 yılı sonu itibarıyla 49 devletin taraf olması nedeniyle en geniş uygulama alanı bulan anlaşma olarak ön plana çıkmaktadır. Sözleşme'nin 20 ila 24. maddeleri arasında adli yardıma ilişkin hükümler yer almaktadır. Sözleşme m. 20 gereğince, *“hukukî ve ticarî konularda Akit Devletler vatandaşları, diğer bütün Âkit Devletlerin vatandaşları gibi, adli muzaheretin talep olunduğu Devletin*

¹⁵⁰⁰ “Vatansız olup da, mülteci statüsü tanınmasına yol açan koşullar ortadan kalktığı için, normal ikametgahının bulunduğu ülkeye dönebilecek durumda olanlardan normal ikametgahının bulunduğu ülkeye dönmeyi reddetmek için önceden maruz kaldığı zulme bağlı haklı sebepler ileri sürebilen kişiler” hakkında Sözleşme'nin uygulanmaya devam edeceğine dair hüküm.

¹⁵⁰¹ A.Kılınc, s. 209. Ayrıca bkz. Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 2421. Yazar, vatansızların veya mültecilerin adli yardımdan yararlanabilmeleri için karşılıklılık şartının aranmaması gerektiğini ifade etmektedir.

¹⁵⁰² Atalay, **Adli Yardım**, s. 79; Esendal, s. 180; A.Kılınc, s. 234-235; Özden, s. 52; Okur, s. 182 ve s. 632; Ruhi, **Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe**, s. 49; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 2420.

¹⁵⁰³ Atalay, **Adli Yardım**, s. 80.

¹⁵⁰⁴ Atalay, **Adli Yardım**, s. 80; A.Kılınc, s. 234.

¹⁵⁰⁵ A.Kılınc, s. 234-235.

¹⁵⁰⁶ A.Kılınc, s. 207.

¹⁵⁰⁷ Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi'ne Katılmamızın Uygun Bulunması Hakkında 1574 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. (RG. 23.03.1972 – S. 14137).

kanunlarına uyarak, adli müzaharetten istifade edeceklerdir.” Bu hüküm, Sözleşmeye taraf devletlerin vatandaşları açısından karşılıklılık şartının aranmayacağı sonucunu doğurmaktadır. Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi dışında birçok çok taraflı anlaşma olduğu gibi, ikili anlaşmalarda da temel olarak sözleşmeye taraf devlet vatandaşlarının, diğer taraf devlet mahkemelerinde “vatandaş ile eşit şartlarda” yargılanmalarına ilişkin hükümler yer almakta, bu hükümler söz konusu sözleşmeye taraf devlet vatandaşı olan yabancılar açısından HMK m. 334/f. 3’ün uygulanmasına engel olmaktadır.

Ahdi karşılıklılık dışında, karşılıklılığın yabancı devletin hukukunda yer alan adli yardıma ilişkin bir kanun hükmü vasıtasıyla sağlandığı veya yabancı devletin fiili uygulamasına dayanıldığı durumlarda karşılıklılığı ispat yükünün yabancıya ait olduğu belirtilmektedir.¹⁵⁰⁸ Ancak burada teknik anlamda bir ispat faaliyetinin söz konusu olmadığı da ifade edilmektedir.¹⁵⁰⁹ Gerçekten de, dilini bilmedikleri bir mahkemeye adli yardım talebiyle başvuran yabancıların, tercümanlık ve hukuki danışmanlık hizmeti yahut avukat yardımı da alamadıkları düşünüldüğünde, karşılıklılığa ilişkin olarak teknik anlamda bir ispat yükü ile karşılaşmalarının adil yargılanma hakkı ile ne kadar bağdaşacağı tartışmaya açıktır. Ahdi karşılıklılık dışında, yabancıların adli yardım talebi ile mahkemeye başvurmaları ve vatandaşı oldukları devlet ile Türkiye arasında kanuni veya fiili bir karşılıklılığın varlığını iddia etmeleri halinde, karşılıklılığın gerçekten var olup olmadığının ispatını yabancidan beklemek doğru değildir. Doktrinde, karşılıklılık şartının ispatı ile yüz yüze bırakılan yabancının, MÖHUK m. 2 gereğince, kanuni karşılıklılığın ya da fiili uygulamanın ispatında hakime yardımcı olmaması halinde, Türk hakiminin yabancı hukuktaki karşılıklılık durumu ile ilgili bilgiye ulaşamaması nedeniyle, “*yabancı hukuk kuralı uygulanamayacağı için bunun sonucuna katlanmak zorunda kalacağı*” ifade edilmektedir.¹⁵¹⁰ Bu görüş uyarınca, adli yardım talebinde bulunan yabancı kişi, hiçbir şekilde tercüman yardımı ve avukat yardımından faydalanmadan, kendi ülkesindeki adli yardıma ilişkin kanuni düzenleme ve/veya fiili uygulamaya ilişkin bilgileri Türk hakimine sunmakla yükümlü olacak, gerekli bilgileri sunamaması halinde ise, “*yabancı hukuk kuralı uygulanamayacağı*” için “*ortaya çıkan sonuca katlanmak zorunda kalacak*”, yani karşılıklılığın var olmadığı sonucuna varılarak, yabancıya adli yardım verilmeyecektir.

¹⁵⁰⁸ Atalay, *Adli Yardım*, s. 80; A.Kılınc, s. 235.

¹⁵⁰⁹ A.Kılınc, s. 207; Atalay, *Pekcanitez Usûl*, s. 2427.

¹⁵¹⁰ A.Kılınc, s. 236. Aynı yönde bkz. Atalay, *Pekcanitez Usûl*, s. 2428.

Kanımızca, yabancıların içinde bulunduğu durum karşılıklılığın varlığını ispatın kendinden beklenmesine uygun değildir. Yabancıların adli yardımdan faydalanmasının karşılıklılık şartına bağlanmasının ne kadar doğru olduğu tartışması bir yana, bir de karşılıklılığa ilişkin ispat yükünü adli yardım talep eden kişiden beklemenin doğru olmadığı düşüncesindeyiz. Diğer taraftan, karşılıklılığın ispatında MÖHUK m. 2'ye dayanarak, hakim tarafından yardım talep edebileceği¹⁵¹¹, tarafın bilgi vermemesi halinde ise, “yabancı hukukun uygulanamayacağını” savunmak kanımızca yerinde değildir. Zira MÖHUK m. 2, hakim tarafından kanunlar ihtilafı kurallarının re'sen uygulanması sonucunda tespit edilecek yetkili (uygulanacak) hukukun içeriğini tespit için taraflardan yardım isteyebileceğini düzenlemektedir. Türk hakiminin tüm çabalarına rağmen, yabancı hukukun somut uyuşmazlığa ilişkin hükümlerini tespit edememesi halinde öngörülen yaptırım ise yabancı hukuk yerine Türk hukukunun uygulanmasıdır. Dolayısıyla, adli yardımda kanuni veya fiili karşılıklılığın varlığına dayanan yabancı kişinin, iddiasını ispat eden bilgileri sağlayamaması, yani iddiasını ispat edememesi halinde, yaptırım olarak “Türk hukukunun uygulanacağı” söylenemez; böyle bir durumda, karşılıklılığın tespit edilememesi söz konusu olacaktır.

Diğer taraftan, yukarıda belirttiğimiz üzere, adli yardım taleplerinin incelenmesinde re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Türk hakimi, yoksulluk ve haklılık şartı ile ilgili olduğu kadar, karşılıklılık koşulunun sağlanıp sağlanmadığına ilişkin olarak da, tarafın sunduğu bilgi ve belgeler dışında başkaca “delillere” re'sen başvurabilir. Kanımızca, hakim tarafından karşılıklılığın ispatı açısından tarafın yardım talep edebileceğinde kuşku yoktur. Ancak bu talebin dayanağı MÖHUK m. 2 değil, adli yardım taleplerinin incelenmesinde uygulama alanı bulan re'sen araştırma ilkesidir.¹⁵¹² Hakim tarafından yardım talep ettiği yabancı kişinin, kanuni veya fiili karşılıklılığın sağlandığına dair ulaşabildiği tüm belgeleri mahkemeye sunmasının beklenmesi doğaldır. Bu noktada da, yabancı dildeki belgelerin tercüme ettirilerek

¹⁵¹¹ “Eğer karşılıklılık koşulu, ilgili yabancı ülkenin iç hukukunda geçerli bir hukuk kuralına, örneğin, o ülkede yaşayan tüm yabancıların, karşılıklılık kuralı çerçevesinde, adli yardımdan yararlanabileceklerine ilişkin bir kanun hükmüne dayanıyorsa, bu takdirde, yabancı kanun hükmünün ispatı söz konusudur.” Bkz. Atalay, **Adli Yardım**, s. 80.

¹⁵¹² Yabancı hukukun içeriğini tespit için başvurulmuş MÖHUK m. 2'nin uygulama alanı ve bu kapsamda “re'sen araştırma” ilkesinin ne anlama geldiğine ilişkin ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. **Nomer**, s. 190-198. Yazar, konuyu çok net bir şekilde, şu şekilde açıklamaktadır: “Hukukumuz, vakıa olmadıkları halde, yabancı hukuk kuralları için bir yardımdan söz etmiştir. Ancak sözü edilen “yardım” olayı usul hukuku anlamında bir ispat usulünü ifade etmez. Hakim mesela, yabancı kanun metinlerinden istifade yoluyla veya yabancı mahkeme kararları ve literatürü tetkik ile veya herhangi bir şekilde yabancı hukuku bizzat tespit etmiş ise artık “yardım” söz konusu olmaz.” Bkz. s. 194.

sunulması gerektiğinden hareketle, uygulamada, şayet ciddi bir tercüme masrafı ile karşılaşılacaksa, adli yardım talebinde bulunan kişiden tercüme masraflarını karşılamasını beklemenin de doğru olmayacağını düşünüyoruz. Adli yardım talebinde bulunan yabancının karşılıklılığın varlığına ilişkin bir bilgi veya belge sunamaması halinde ise, hakimin kanuni veya fiili karşılıklılığın sağlanıp sağlanmadığına ilişkin olarak, Adalet ve Dışişleri Bakanlığı'ndan veya bilirkişiden yardım istemesi, yabancı dil biliyorsa kendisinin ilgili devlet mevzuatını ve uygulamasını araştırması veya konu ile ilgili doktrini araştırması, kısaca her türlü imkâna başvurarak karşılıklılık konusunda gerekli incelemeyi gerçekleştirmesi gerekmektedir. Tabii ki, tüm bu araştırmaya rağmen, kanuni veya fiili karşılıklılığın bulunduğu tespit edilememesi halinde, HMK m. 334/f. 3 gereğince, karşılıklılığın var olmamasına dayanarak adli yardım talebinin reddedilmesi gerekecektir.¹⁵¹³

Tüm bu açıklamalardan sonra, yabancılara adli yardımdan faydalanabilmeleri için aranan karşılıklılık şartının adil yargılanma hakkı ile bağdaşıp bağdaşmadığı daha net bir biçimde ortaya koyulabilmektedir. Doktrinde yabancılara açısından yoksulluk ve haklılık şartlarına ek olarak bir de karşılıklılık şartının aranması doğru bulunmamakta, HMK m. 334/f. 3 hükmünün AIHS ile bağdaşmadığı dile getirilmektedir.¹⁵¹⁴ Zira, temel insan haklarının karşılıklılık şartına bağlanamayacağı vurgulanmaktadır.¹⁵¹⁵

Gerçekten de, karşılıklılık milletlerarası bir teamül kuralı olarak, genel anlamda yabancılara temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasında faydalanılabilecek bir ilke gibi görünse de (Anayasa m. 16), hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının özüne zarar verdiği hallerde (m. 13) karşılıklılık bir sınırlama sebebi olarak kabul edilmemelidir. Bu çerçevede sınırlandırılan hakkın milletlerarası hukuk açısından arz ettiği öneme de dikkat edilmelidir. Adli yardımın gerek mahkemeye erişim, gerekse hukuki dinlenilme hakkının kullanımının sağlanmasındaki yadsınamaz rolü ve adil yargılanma hakkı açısından arz ettiği önem karşısında, adli yardımın da temel bir insan hakkı olarak kabul edilmesi ve

¹⁵¹³ Aksi görüşte bkz. Atalay, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2428. Yazara göre, mahkemenin, fiili karşılıklılığın tespiti bakımından re'sen araştırma görevi yoktur.

¹⁵¹⁴ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 329-330; Atalı, s. 558; A.Kılınc, s. 208; E.Erdoğan, s. 159; Huysal, **Adil Yargılanma**, s. 69, Ruhi, **Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe**, s. 50.

¹⁵¹⁵ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 329-330; Dost, s. 19-20; A.Kılınc, s. 355-356.

yabancıların adli yardımdan faydalanabilmeleri bakımından aranan karşılıklılık şartının kaldırılması gerekmektedir.¹⁵¹⁶

Uygulamada ikili ve çok taraflı antlaşmaların varlığı sayesinde karşılıklılık şartının aşılması mümkün olabilmektedir. Böylece aslında Türkiye'ye karşı AİHM'ye başvuruda bulunulabilecek uyumsuzluk sayısı ciddi biçimde azalmaktadır. Zira, çalışmamızın ilk bölümünde yer verdiğimiz AİHM'nin adli yardıma ilişkin içtihadı, her ne kadar devletlerin adli yardıma ilişkin mevzuatında (özellikle bizim hukukumuzda olduğu gibi yoksulluk ve haklılık şartı gibi) bazı şartlar öngörmek konusunda serbest olduklarını belirtse de, mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkının somut ve etkili bir şekilde sağlanıp sağlanmadığına ilişkin değerlendirmede, HMK m. 334 /f.1 kapsamında ekonomik açıdan ihtiyaç sahibi olan ve davasını belirli delillere dayandırabilen yabancıların sırf vatandaşı oldukları devlet ile Türkiye arasında adli yardıma ilişkin karşılıklılık koşulu sağlanmadığı için adli yardımdan mahrum bırakılmış olmaları halinde, AİHM'nin AİHS m. 6/f. 1'in ihlal edildiği sonucuna varması kaçınılmazdır.¹⁵¹⁷ Nitekim, AİHM, bir

¹⁵¹⁶ Doktrinde de karşılıklılık ilkesinin uygulamasının daraldığı, birçok alanda aranmadığı belirtilmektedir. Adli yardım konusunda pozitif ayrımcılık yapılmasını gerektiren mülteciler, çocuklar, hükümlüler, yaşlılar gibi "özel kategorilere giren" kişilerin adli yardımdan yararlanabilmelerini sağlamak açısından "kurumlaşma" sağlanmaya çalışıldığı dile getirilmektedir. Bkz. **Esendal**, s. 188.

¹⁵¹⁷ AİHM, yukarıda yer verdiğimiz yabancı tüzel kişiye adli yardım verilmemesini m. 6/f. 1'e aykırı bulmadığı, *Granos Organicos Nacionales - Almanya* kararında (prgf. 48-53) şu tespitlere yer vermiştir: Başvurucu tüzel kişinin adli yardım talebini reddeden Alman mahkemeleri temelde iki gerekçeye dayanmıştır. Bunlardan ilki, Alman Medeni Usul Kanunu'nda yer alan ve AB ülkelerinden veya Avrupa Ekonomik Topluluğu'na üye ülkelerden birinde bulunmayan tüzel kişilere adli yardım verilmeyeceğini düzenleyen hükümdür. Başvurucu tüzel kişinin mensubu olduğu devlet (Peru) ile Almanya arasında karşılıklılık sağlanmamaktadır. Diğer taraftan, Başvurucunun bir Alman tüzel kişisi ile aynı muameleye tabi tutulsaydı bile, kendisine adli yardım tanınmaması gerektiği; zira davanın görülmemesinin kamu yararına aykırılık oluşturmayacağı görüşüne dayanılmıştır. AİHM, Başvurucu'nun Peru hukukunda yabancı tüzel kişilere adli yardım verildiğine ilişkin bir belge sunmadığını, bu durumun Peru hukukunda yargılama giderlerinin çok düşük olması ya da yargılamanın başında peşinen yargılama gider veya harcı ödenmesinin öngörülmediğine dayansa dahi, Peru hukuku uyarınca tüzel kişilere adli yardım sağlandığının söylenemeyeceğini, dolayısıyla karşılıklılığın sağlanmadığını belirtmiştir. AİHM bu kararında, adli yardım alabilmek için diğer tüm şartları yerine getirmiş yabancı (gerçek ya da tüzel) kişilerin sadece karşılıklılığın sağlanamaması nedeniyle adli yardımdan mahrum bırakılmasına ilişkin bir değerlendirmede bulunmamıştır. Zira somut olayda, bir taraftan yabancı tüzel kişilere adli yardım verilmemesi hakkında inceleme yaparken, Başvurucunun davasının açıkça dayanaktan yoksun olmadığına tespit edilemediğini de dile getirmiştir. Şayet aksi sonuca varabilseydi, ekonomik açıdan adli yardıma ihtiyaç duyan ve ilk bakışta davasında haklı olduğu anlaşılan yabancı veya gerçek kişilerin karşılıklılık olmadığı gerekçesiyle adli yardımdan faydalandırılmamasını AİHS m. 6/f. 1'in ihlali olarak değerlendirmesinin kuvvetle muhtemel olduğu kanaatindeyiz.

AİHM'nin bu kararı doktrinde de eleştirilmektedir. Bkz. **E.Erdoğan**, s. 159. Yazara göre, AİHM'nin bu kararı, yerleşik içtihadı ile uyum arz etmemektedir. Zira, Mahkeme, daha önceki kararlarında karşılıklılığın ve devletlerin bireysel menfaatlerinin AİHS'de öngörülen hakların tanınması bakımından "temel hareket noktası" olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir. Bkz. yukarıda AİHM *Nacaryan ve Deryan - Türkiye* kararı, prgf. 49; yukarıda AİHM *Apostolodi ve*

kararında, başvuruçunun Belçika devleti topraklarında oturma izni bulunmaması nedeniyle adli yardım verilmemesini adil yargılanma hakkının (m. 6/f. 1) ve ayrımcılık yasağının (m. 14) ihlali olarak nitelendirmiştir.¹⁵¹⁸ Dolayısıyla, adli yardıma ilişkin taraf olduğumuz sözleşme hükümlerinin sağladığı fiili durumdan faydalanmak yerine, HMK m. 334/f. 3’de yer alan karşılıklılık şartının kaldırılmasının daha doğru olacağı düşüncesindeyiz.

Diğer taraftan, karşılıklılık şartının aranması yabancılar ile vatandaş arasında eşitsizliğe de yol açmaktadır. Adli yardım, yabancılar ile vatandaşlar arasında eşitsizliğin kabulüne elverişli bir konu değildir.¹⁵¹⁹ Bu konuda, Anayasa’nın 16. maddesinden yararlanılamayacağı kanaatindeyiz.¹⁵²⁰ Zira, “adli yardım sağlanması” her ne kadar milletlerarası hukukun bir kuralı değilse de, mahkemeye erişim ve hakkaniyete uygun yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkının kullanımı bakımından vatandaş ile yabancı arasında eşitsizliğin yaratılması anayasal korumaya konu olamaz. Bu noktada, çalışmamızın ilk bölümünde ele aldığımız

Diğerleri – Türkiye kararı, prgf. 71. Ayrıca bkz. yukarıda AİHM Koua Poirrez – Fransa kararı, prgf. 49.

Şayet AİHM, açıkça, adli yardıma ihtiyacı olan ve gerekli şartları sağlamış yabancı bir kişinin, karşılıklılık şartının sağlanmaması nedeniyle adli yardımdan mahrum bırakılması ve mahkemeye erişememesine ilişkin olarak ihlal kararı vermiş olsaydı, zaten Anayasa’nın 90. maddesine ve hatta AİHM kararlarının bir milletlerarası hukuk kaynağı olması nedeniyle Anayasa’nın 16. maddesine de dayanarak karşılıklılığın kaldırılması gerektiğini savunulabilecektik. (Ayrıca böyle bir durumda HMK m. 375/f. 1/i bendine de başvurulabilirdi). Aynı yönde bkz. **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 330. Yazarlar, mevcut düzenleme yürürlükte iken dahi, “Anayasa m. 90’ın son fıkrası esas alınmak suretiyle, adli yardımın diğer şartlarının sağlanması halinde, mahkemelerin karşılıklılık şartını ihmal ederek yabancıya adli yardımın sağlamaları gerektiği” savunmuştur. Ayrıca bkz. **E. Erdoğan**, s. 160. Yazar da, Anayasa m. 90 ve AİHS m. 6’nın HMK m. 334/f. 3’e nazaran öncelikle uygulanacağını belirtmektedir.

¹⁵¹⁸ Bkz. yukarıda AİHM *Anakomba Yula – Belçika* kararı, prgf. 34-39. Karara konu olayda, Belçika Usul Kanunu’nun ilgili maddeleri ihlale sebebiyet vermiştir. Belçika Usul Kanunu’nun 668. maddesi uyarınca, adli yardım, Belçika ile adli yardım konusunda anlaşma imzalamış devlet vatandaşlarına, Avrupa Konseyi’ne üye devlet vatandaşlarına, mutad meskeni Belçika’da veya Avrupa Birliği’nde bulunan kişilere ya da yabancıların oturdukları/çalıştıkları ülkeye girişlerine dair taleplere ilişkin davalarda verilmektedir. AİHM, küçüğün menfaatinin söz konusu olduğu babalık davasının adli yardım tanınmasını gerektirecek değerde bir dava olduğunu, Başvuruçunun Belçika’da oturmaması nedeniyle ulusal yargı organlarının Başvuruçunun adli yardım konusundaki talebini reddetmesinin mümkün olmadığını dile getirmiştir. Bu konuda, AİHM, ulusal yargı makamlarının, Belçika Usul Kanunu’nun 668. maddesinde yer alan ve adli yardım talebinde bulunan kişiler ile Belçika devleti arasında minimal bir bağ olmasını arayan kriterlerin, objektif ve meşru amaca yönelik olduğu yönündeki savunmalarına da itibar etmemiştir. Başvuruçunun oturma izni olmaması sebebiyle, oturma izni olanlar ile arasında ayırım yaratacak şekilde -218 Euro tutarındaki masrafları kendisinin karşılanmaya zorlanması- gerek m. 6/f. 1’e gerekse m. 14’e aykırı bulunmuştur.

¹⁵¹⁹ **Marchadier**, s. 84. Ayrıca bkz. Sınır Aşan Uyuşmazlıklarda Adalet Erişimin Geliştirilmesi Amacıyla Adli Yardım Hakkında Asgari Kuralların Belirlenmesi İlişkin 2002/8 sayılı 27.01.2003 tarihli AB Konseyi Yönergesi (Council Directive 2002/8/EC of 27 January 2003 to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes; bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32003L0008>; erişim tarihi: 18.10.2016) m. 4.

¹⁵²⁰ Aynı yönde bkz. Huysal, **Adil Yargılanma**, s. 69.

üzere, Anayasa'nın 13. maddesinin esas alınması ve eşitliğin "Anayasa'nın sözü ve ruhu" gereğince üstün tutulmasının doğru olacağı görüşündeyiz. Adli yardım konusunda karşılıklılığın aranmasının, yabancı ile vatandaş (ve hatta karşılıklılığı sağlayan veya sağlayamayan yabancılar) arasında yarattığı ayrımın AİHS m. 14'de yer alan ayrımcılık yasağına da aykırı olacağı da unutulmamalıdır.¹⁵²¹

Yabancıların adli yardımdan yararlanmaları için karşılıklılığın sağlanması gereği son olarak, yabancıların teminat yükümlülüğü bakımından da önem arz eden bir konudur. Zira yukarıda ele aldığımız üzere, MÖHUK kapsamında teminattan muafiyet bakımından da karşılıklılık aranmaktadır. Yukarıda yabancı tüzel kişilerin adli yardımdan faydalandırılmamalarına ilişkin itirazlarımız bir yana, en azından karşılıklılığın sağlanamadığı durumlarda yabancı gerçek kişileri teminattan muaf tutabilmek için bir yol da adli yardımdır. Fakat çözüm olarak düşünülebilecek bu yolda da, karşılıklılık duvarına çarpılmakta, adli yardım da alamayan yabancıların (HMK m. 85'de yer alan diğer haller dışında, ki en çok uygulama alanı bulabilecek olan "yabancıların yurt içinde teminatı karşılamaya yeterli malvarlığının bulunması"na ilişkin muafiyet hali, adli yardım talebinde bulunan yabancıların "yoksul" olacağı düşünüldüğünde uygulanamayacaktır¹⁵²²) hiçbir şekilde teminat yükümlülüğünden kurtulmaları mümkün kılınmamaktadır. Bu nedenle, adli yardım bakımından yoksulluk ve haklılık şartlarını karşılayan yabancıların teminattan muaf tutulmalarına engel olan karşılıklılık şartı ile tekrar karşı karşıya bırakılmalarının yanlış olduğu kanaatindeyiz.

Adli yardım şartları ve bu şartları taşımayan kişilere adli yardım tanınmaması sonucunun yarattığı sorunlar, adli yardım kurumunun "ikincilliği" (*subsidiarité*)¹⁵²³, yani adli yardım ile ulaşılmak istenen amaca öncelikle hukuki koruma sigortası sağlanması, adliyelerde ücretsiz hukuki danışma bürolarının

¹⁵²¹ **Kiestra**, s. 125-126; **Lardon-Galeote**, s. 140-141; **Marchadier**, s. 84; Huysal, **Adil Yargılanma**, s. 69.

Bu çerçevede, adli yardımın tanınması bakımından vatandaşlığın esas alınması mümkün olmasa da, daha makul (az ayrımcı olan) bazı kriterlerin öngörülebileceği belirtilmektedir. Örneğin, Fransız hukukunda kabul edildiği üzere, adli yardımın, talep eden kişinin mutad meskeninin davanın görüldüğü yerde bulunmasına bağlı olarak tanınabileceğinin mümkün olduğu dile getirilmektedir Bkz. **Marchadier**, s. 85. Kanımızca, bu yönde bir şart da ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmelidir. Yerleşim yeri veya mutad meskeni, davanın görülmekte olduğu yerde olmayan kişinin adli yardıma ihtiyacının çok daha fazla olacağı, bu bakımdan mahkemeye erişim hakkının etkin şekilde sağlanması anlamında, adli yardımın çok daha önemli bir rol oynayacağı unutulmamalıdır.

¹⁵²² Yukarıda incelendiği üzere, karşılıklılığın bir teminattan muafiyet sebebi olarak hakime takdir hakkı vermeyecek şekilde uygulanmaması gerektiği kabul edilse dahi, bu takdirde de, yabancıların yurt içinde yeterli malvarlığı bulunmadığı için HMK m. 85/f. 1/b bendi uygulama alanı bulamayacak, teminattan muafiyet sağlanamayacaktır.

¹⁵²³ **D'Ambra**, s. 92-93.

kurulması¹⁵²⁴ gibi önlemler aracılığıyla ulaşılmaya çalışılması ile aşılabilecektir. Diğer taraftan, AİHM'nin de belirttiği üzere, yargılama giderlerinin azaltılması veya peşinen alınan harç ve giderlerin belirli koşullar altında alınmaması veya ertelenmesi gibi düzenlemelerin kabulü ile de (en azından yargılama giderleri ile ilgili kısım açısından) adli yardım sağlanamamasının yaratacağı ihlalleri önlemek mümkündür. Fakat, adli yardım kurumunun yasalarla düzenlenmesi/kurumsallaştırılması halinde, öngörülen şartların adil yargılanma hakkına aykırı sonuçlar doğurması kabul edilmemelidir.

4) Adli Yardım Usulünün Adil Yargılanma Hakkı Açısından Yarattığı Sorunlar

Adli yardım kararları ileriye etkilidir. Bu nedenle, dava dilekçesiyle birlikte aynı zamanda adli yardım talebinde bulunulduysa, mahkeme karar verene kadar harç ve giderlerin en azından bir kısmının yatırılmasının istenebileceği, böyle bir durumda adli yardım talebi kabul edilse dahi ödenen harç ve masrafların iade edilmeyeceği belirtilmektedir.¹⁵²⁵ Uygulamada davaların UYAP sistemi üzerinden açıldığı, davanın açılabilmesinin sistemde tanımlanan harç ve giderlerin yatırılmasına bağlı olduğu, dava açılmadan da hakimnin adli yardım talebini inceleyemeyeceği dile getirilmektedir.¹⁵²⁶ Böyle bir durumda, sistemde tanımlanan harç ve giderleri yatıramayacak durumda olan kişilerin dava açamamaları ve adli yardım talebinde bulunamamaları söz konusu olur ki, bu durum mahkemeye erişim hakkının açık ihlali niteliğinde olacaktır. Ancak BAYİMHY m. 205/f. 2'de açık bir şekilde “*adli yardım talebiyle açılan dava ve işlerde adli yardım konusunda bir karar verilinceye kadar harç, gider ve delil avansı alınmayacağını*” düzenlemektedir.¹⁵²⁷

Diğer taraftan, dava açıldıktan sonra da adli yardım talebinde bulunulması mümkündür. Bu durumda, adli yardım kararının ileriye dönük etki doğuracak

¹⁵²⁴ Örneğin Avusturya hukukunda belirli mahkemeler (*tribunaux de district*) nezdinde taleplerini ileri sürecek kişilerin avukatla temsil edilmemeleri halinde, beyanlarını yazılı veya sözlü sunmak ya da mahkeme kaleminden yardım almak imkânına sahip oldukları ifade edilmektedir. Bkz. Franz Matscher, *Rapport de l'Autriche, Aide judiciaire et accès à la justice en Europe, Padova 1989*, s. 42.

¹⁵²⁵ Akbal, s. 157-158.

¹⁵²⁶ Akbal, s. 158.

¹⁵²⁷ Yargı HGK, E. 2013/4-168 K. 2013/1513, 30.10.2013. Ayrıca bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz, s. 710; Ruhi, *Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe*, s. 58-59; Özbek, *Gider Avansı*, s. 132-133; Atalay, *Pekcanıtez Usûl*, s. 2424.

olması nedeniyle, adli yardım kararı verilinceye kadar geçecek sürede yapılmış olan harcamalar iade edilmeyecektir.¹⁵²⁸ Böyle bir durumda bir ayırım yapılmalıdır. Şayet, adli yardım şartları dava açıldıktan sonraki bir tarihte oluşmuş ve buna dayanarak talepte bulunulmuş ise, tabii ki yapılan harcamaların geriye dönük olarak iadesi mümkün olmayacaktır. Ancak, şayet kişi davayı açtığı sırada adli yardımdan faydalanabilecek durumda ise, örneğin bilgisizliğinden adli yardım talebinde bulunmamış ise, bu durumda belki de başkalarından borç alarak yürüttüğü davasında adli yardım kararının geriye dönük etki doğurmadığını kabul ederek hak sahibine iadede bulunmamak adil yargılanma hakkı ile bağdaşmaz. Adli yardım talebi yargılamanın her aşamasında ileri sürülebileceğinden, karar ve temyiz harcının yüksek olması nedeniyle adli yardım talebinde bulunulması ve bu talebin kabul edilmemesine bağlı olarak kanun yoluna başvurulamaması halinde de adil yargılanma hakkının ihlal edilmiş olacağı açıktır.¹⁵²⁹

¹⁵²⁸ Akbal, s. 160.

¹⁵²⁹ Yarg. 9.HD, E. 2009/10000 K. 2009/30626, 26.10.2010: "Öncelikle belirtmek gerekir ki, adli yardım talebinin temyiz aşamasında ileri sürülmesine hukuken bir engel bulunmamaktadır. Davalılardan Gaye açısından yargılama sırasında adli yardım talebinde bulunulmamış olması, temyiz aşamasında bu yönde başvuru yapılamayacağı şeklinde değerlendirilmemelidir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da konuyla ilgili kararında, adli yardım talebinin kanun yollarına müracaat aşamasında yapılabileceğini kabul etmiş, ilk derece mahkemesinin bu yönde delilleri değerlendirerek usuli işlemleri tamamlaması gerektiği hükmüne bağlanmıştır (Yargıtay [HGK 27.01.2010 gün 2010/19-49 E](#), 2010/10 K).

HUMK'nın 465. maddesinde, "Kendisiyle ailesini maiyetçe ehemmiyetli zarurete düşürmeksizin masarifi lazimeyi kısmen veya tamamen ifadan aciz olan kimselerle müessesatı hayriye iddia ve müdafaalarında veya icraya ve ihtiyati tedbirlere müracaatlarında haklı olduklarına dair delil gösterirlerse müzaheretli adliyeyle nail olabilirler" şeklinde düzenlemeye yer verilmiş, takip eden maddelerde, adli yardımlara dair esaslar ele alınmıştır.

Dava konusu olayda davalılardan talep edilen maddi tazminat miktarı 2.500.000.00 TL olup, davalıların dosya içeriği ile sabit olan gelir durumları ve bir kısım davalılar yönünden üzerine tedbir konulan malvarlığı dikkate alındığında yargılamadaki adli yardım taleplerinin kabulüne karar verilmelidir. Özellikle kararın temyizi aşamasında oldukça yüksek miktarda karar ve temyiz harcının yatırılmasının istenmesi ve verilen sürede yatırılmaması üzerine kanun yoluna başvuru hakkının ortadan kaldırılması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde sözü edilen adil yargılama hakkının ihlali niteliğindedir. Benzer bir olayda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararında, başvurucudan istenen mahkeme harcının çok yüksek miktarda olması durumunda devletin mahkeme harcı almaktaki menfaati ile başvuranın mahkemeler vasıtasıyla hakkını korumadaki çıkarları arasında adil bir denge bulunmadığı kabul edilmiş ve başvuran yararına ihlalin varlığı sonucuna varılmıştır (AHİM, 19.06.2001 gün, başvuru no: 28249/95, Kreuz/Polonya).

Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bir kararında, başvurucuyu harç ödemekle yükümlü tutmanın kendisine aşırı bir yük getirmesi halinde, mahkemeye başvuru hakkının özünün zedelendiği kabul edilmiştir (AHİM, 26.06.2007 gün, başvuru no: 25321/02, Ülger/Türkiye).

Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni onaylamış olup, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı yetkisini de kabul etmiştir. Anayasa'nın 90. maddesinde, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz (Ek cümle: 07.05.2004-5170 S.K./7. mad). Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır" şeklinde kurala yer verilmiştir. Böyle olunca, adil yargılama hakkının ihlal edilmemesi bakımından somut olayda davalılara adli yardım hakkı sağlanmalıdır.

Adli yardım talebinin hangi aşamada hüküm ifade edeceği konusu bir yana adli yardım kararlarının kesin olması, HUMK m. 469'da düzenlendiği gibi, HMK'nın da bu kararlara karşı kanun yoluna kapatmış olması ve adli yardım talebinin reddine ilişkin kararların gerekçe içermemesi en çok eleştirilen noktalardan biriydi. Nitekim, AİHM, *Bakan – Türkiye* kararında, adli yardım kararlarına karşı başvuru imkânı tanınmamasının m. 6/f. 1'i ihlal ettiğini belirtmişti.¹⁵³⁰ Karara konu olayda, İdare Mahkemesi, başvuranlar hakkında Asliye Hukuk Mahkemesi'nin vermiş olduğu adli yardım kararının kendisini bağlamayacağını ifade etmiş, başvuranın avukatla temsil edilmesini, adli yardıma ihtiyacı olmadığı yönünde yorumlamıştır.¹⁵³¹

Öte yandan, Harçlar Kanunu'nda 6009 sayılı Yasa ile 23.07.2010 tarihinde değişiklik yapılmış olup, anılan Kanun'un 28. maddesine göre, bakiye karar ve ilam harcının ödenmemiş olması, hükmün tebliğe çıkarılmasına, takibe konulmasına ve kanun yollarına başvurulmasına engel oluşturmaz. Mahkemece anılan hüküm de bir değerlendirmeye tabi tutularak karar verilmelidir.” (www.kazanci.com; erişim tarihi: 22.10.2016).

¹⁵³⁰ AİHM *Bakan – Türkiye* kararı, prgf. 76-78 (Karar Tarihi: 12.06.2007 / Başvuru No: 50939/99).

¹⁵³¹ “AİHM, mahkemeye erişim hakkının mutlak olmadığını ve zımnen kabul edilmiş bazı sınırlamalara konu olabileceğini zira doğası gereği Devlet'in bu hususta yaptığı düzenlemelere tabi olduğunu anımsatmaktadır. AİHS'in 6 § 1 maddesi müşterilerin medeni hak ve yükümlülüklerine ilişkin kararlar noktasında mahkemeye erişim haklarını etkin biçimde teminat altına almaktaysa da, bu hususta kullanılacak araçların seçimini Devlet'e bırakır. Ancak sözleşmeci Devletler bu alanda bir takdir payına sahiptirler. Hiç kuskusuz bu noktada AİHS'in gereklerine riayet edilip edilmediği konusunda bir karar verilmesi görevi AİHM'ye aittir (*Airey – İrlanda*, 9 Ekim 1979 tarihli karar, ve *Z. Ve diğerleri – Birleşik Krallık*, no: 29392/95, §§ 91-93). Mahkemeye erişim noktasında konulan sınırlar bir yargılanabilirin mahkemeye erişim hakkını ihlal edecek biçimde bir kısıtlama getiremez. Bu sınırlamanın AİHS'in 6 § 1 maddesi ile uyuşması ancak kullanılan araçlarla gözlenen hedef arasında makul bir oran mevcut olduğu ölçüde mümkündür (*Bellet – Fransa* 4 Aralık 1995). Söz konusu sınırlama maddi nitelikli bir sınırlama olabilir (*Kreuz*, adı geçen, § 54). AİHM, adaletin iyi idaresinin menfaatinin, bir kimsenin mahkemeye erişimi noktasında maddi kısıtlamalar konulabileceğini asla göz ardı etmemiştir (*Tolstoy-Miloslavsky – Birleşik Krallık*, 13 Temmuz 1995, §§ 61...). Sivil mahkemelere yapılan taleplere ilişkin masrafların ödenmesinin istenmesi AİHS'in 6 § 1 maddesi anlamında mahkemeye erişim hakkının sınırlanması olarak kabul edilemez (*Kreuz*, adı geçen, § 60).

Bununla birlikte, başvuranın ödeme gücü, özel koşullar hesaba katılarak takdir edilen masrafların tutarı ve söz konusu sınırlamanın uygulamaya konulduğu yargılama safhası gibi unsurlar ilgilinin mahkemeye erişim hakkı ve davasının «(...) bir mahkeme» tarafından görülüp görülmediğinin belirlenmesi bakımından dikkate alınmalıdır (*Kreutz*, adı geçen, § 60, *Weissman ve diğerleri – Romanya*, no: 63945/00, § 37, ve *Iorga – Romanya*, no: 4227/02, § 39, 25 Ocak 2007).

Mevcut davada yargılama giderlerinin ödenmemesi, idare mahkemesinin başvuranların talebini yapılmamış olarak kabul etmesine yol açmıştır. Bu nedenle söz konusu sınırlama yargılamanın başında, yani ilk derece mahkemesi önünde yapıldığı sırada konulmuştur.

İstenen yargılama giderleri 50.463.900 TL tutarında idi (yaklaşık 170 Euro). Olayların meydana geldiği dönemde iki aylık asgari ücrete denk gelen bu tutar ilk bakışta çok yüksek gözükmesine de yakınlarının ölümü sonrasında artık hiçbir gelirleri kalmayan başvuranlar için büyük bir meblağ teşkil etmekteydi. Bu hususta Asliye Hukuk Mahkemesi üç yıl evvel ilgililerin sundukları fakirlik belgesine istinaden adli yardım tahsisinde bulunmuştu. Söz konusu Başvuranların ekonomik durumlarında söz konusu dönemden bu yana bir düzelme olduğunu gösteren herhangi bir dosya unsuru mevcut değildir. 26 Ekim 1998 tarihinde idare mahkemesine gönderilen mektupta başvuranların hiçbir gelir kaynağı bulunmadığı belirtilmiştir.

AİHS'in teorik ya da hayali hakları değil somut ve gerçek hakları korumayı amaçladığını hatırla tutmak gerekir. Bu itibarla AİHM, herhangi bir kaynağına sahip olmayan başvuranlar için yargılama giderleri tutarının aşırı bir yük teşkil ettiği kanaatine varmaktadır (bkz. *Iorga*, adı geçen,

AİHM'nin bu kararından sonra yasalaşan HMK'nın adli yardım talebinin incelenmesi başlıklı 337. maddesinin ilk hali uyarınca, mahkeme adli yardım talepleri ile ilgili olarak duruşma yapmaksızın karar vermekte ve adli yardım kararlarına karşı kanun yoluna başvurulamamaktaydı. Doktrinde, hukuki dinlenilme hakkının bir gereği olarak, bir yandan adli yardım talebi hakkında davanın karşı tarafının görüşünün mutlaka alınmasının gerekli olduğu belirtilmekte, diğer yandan adli yardım kararının gerekçeli olarak verilmesi zorunluluğu üzerinde durulmaktaydı.¹⁵³² Ayrıca, adli yardıma ilişkin mahkemeye verilen kararlar dava

§ 43).

Ancak idare mahkemesi, bir avukat tarafından temsil edilmeleri sebebiyle başvuruların yargılama giderlerini ödemelerinin imkânsız olduğunu iddia edemeyeceklerini değerlendirmiştir. Mahkeme kararını desteklemek üzere Danıştay'ın bir içtihadını mesnet göstermiştir.

AİHM'ye göre idare mahkemesinin bu hususta sunduğu gerekçe uygun değildir. İdare mahkemesi, sadece bir avukat yardımından faydalanmış oldukları gerekçesiyle başvuruları yeterli gelire sahip kabul etmiştir. Böylece mahkeme ilgililerin gerçek mali durumlarını hesaba katmayan bir değerlendirmede bulunmuştur. İdare mahkemesine gönderilen 26 Ekim 1998 tarihli mektupta başvuruların avukatı, avukatlık ücretini tahsil edemediğini belirtmiştir.

İdare mahkemesinin yapılan talebin temelsiz olduğu yönündeki ilk gerekçeye ilişkin olarak AİHM, mahkemenin devletin parasını makul bir başarı şansına sahip talepte bulunan kimselere adli yardım adı altında tahsis etmemek yönündeki meşru bir şüpheden ilham aldığını kabul etmektedir. Adli yardımdan yararlanmaya elverişli davaların belirlenmesini sağlayan bir uygulama yürürlüğe konulmadan adli yardım sistemi işleyemez (bkz. Gnahoré – Fransa, no: 40031/98, § 41, ve Essaadi – Fransa, no: 49384/99, §§ 33, 26 Şubat 2002).

Bununla birlikte Aerts davasında AİHM, «adli yardım bürosu iddianın haklı olmadığı gerekçesiyle [adli yardım] talebi [ni] reddetmekle [başvuranın] mahkeme hakkını» ettiği hükmüne varmıştı (Aerts – Belçika, 30 Temmuz 1998, § 60). Müteakiben Belçikalı yasa koyucu adli yardıma ilişkin yasada değişiklik yaparak bu yöndeki taleplerin yalnızca açıkça dayanaktan yoksunluk sebebiyle reddedilmesi kuralını yürürlüğe koymuştur (bkz. Debeffe – Belçika, no: 64612/01, 9 Temmuz 2002). Adli yardım bürosu gibi idare mahkemesi de aynı şekilde başvuruların talebinin yerindeliği hakkında bir hükme varmıştır. Bu noktada AİHM başvuruların tazminat talebinin yerindeliğine dair bir takdirde bulunamayacağını hatırlatmaktadır. Ancak yine de AİHM, Türk yasa koyucu tarafından yürürlüğe konulmuş adli yardım sisteminin yargılanabilirleri keyfilikten koruyacak niteliği haiz gerekli tüm usul güvencelerini sunmadığının altını çizmeye mecbur addetmektedir. Bu görevin adli makamlara, asıl talep üzerinde bir hüküm vermeye davet edilen mahkemeye tevdi edildiği doğruysa da Türk Hukuku talebin yerindeliği hakkındaki mahkemenin takdirine itiraz etme imkânı sunmamaktadır. Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunun 469. maddesindeki hükümler uyarınca adli yardım talebine ilişkin karar kat'i olup bu karara karşı hiçbir yasal başvuru yolu mevcut değildir. Bu nedenle adli yardım talebi taraflarca yargılama esnasında sunulan yazılı belgeler temelinde yapılan tek bir incelemenin konusu olmaktadır. Taraflar duruşma sırasında dinlenmemekte ve itirazda bulunma imkânına sahip bulunmamaktadırlar.

Son olarak AİHM adli yardım talebinin reddinin başvuruları davalarının bir mahkeme tarafından görülmesi imkânından tamamen yoksun bıraktığını kaydetmektedir.

Bu unsurları ve yargılama başlangıcında konulan sınırlamayı göz önünde bulunduran AİHM, Devlet'in, mahkemeye erişim hakkını AİHS'in 6 § 1 maddesinin gereklerine uygun bir şekilde düzenleme yükümlülüğünü yerine getirmeyerek bu alanda kendisine tanınan takdir payını aştığı kanaatine varmaktadır.

Bu nedenle Hükümet'in itirazını reddederek AİHS'in 6 § 1 maddesinin ihlal edildiğine hükmetmek yerinde olacaktır." Kararın Türk Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılmış olan Türkçe çevirisi için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-120699"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (erişim tarihi: 22.10.2016).

Aynı yönde bkz. AİHM Fatih Yürük – Türkiye kararı (Karar Tarihi: 06.04.2010 / Başvuru No: 4930/05); AİHM Bek – Türkiye kararı (Karar Tarihi: 20.04.2010 / Başvuru No: 23522/05); AİHM Adnan Özdemir – Türkiye kararı (Karar Tarihi: 20.05.2010 / Başvuru No: 4574/06); AİHM Eşref Çakmak – Türkiye kararı (Karar Tarihi: 15.02.2011 / Başvuru No: 3494/05).

¹⁵³² A.Kılınc, s. 156.

sonunda verilen hüküm ile birlikte dahi kanun yoluna taşınmamaktaydı.¹⁵³³ Bu durum haklı olarak eleştirilmekte, adil yardıma ilişkin kararın en azından hükümle birlikte kanun yoluna götürülebilmesi gerektiği savunulmaktaydı.¹⁵³⁴

HMK'nın haklı olarak eleştirilen 337. maddesi 6459 sayılı Kanun'un 23. maddesi ile değiştirilmiş; adli yardım taleplerinin incelenmesinin talep hâlinde duruşmalı olarak yapılacağı; adli yardım taleplerinin reddine ilişkin mahkeme kararlarında sunulan bilgi ve belgelerin kabul edilmeme sebebinin açıkça belirtilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Ayrıca, 6459 sayılı Kanun m. 23/f. 2 ile, *“Adli yardım talebinin reddine ilişkin kararlara karşı, tebliğinden itibaren bir hafta içinde kararı veren mahkemeye dilekçe vermek suretiyle itiraz edilebileceği, itiraz incelemesi neticesinde verilen karar kesin olduğu”* hükme bağlanmıştır. Bu son derece isabetli değişiklik ile, AİHM tarafından m. 6/f. 1 kapsamında açık bir şekilde ortaya konmuş olan bir ihlal nedeni ortadan kaldırılmıştır.

Yine de adli yardım kurumu ile ilgili olarak “ideal”e ulaşıldığı söylenememektedir. 6459 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerin çok yerinde olduğunun altı çizilmekle birlikte, HMK'da yer alan adli yardım koşullarının araştırılması ve yorumlanması, kısaca uygulamaya yansımaları bakımından Türk usul hukukunun geçer not almadığı vurgulanmaktadır.¹⁵³⁵ Bu durum, yabancılara adli yardım verilmesi bakımından da geçerlidir. Zira, adli yardım konusundaki HMK hükümleri vatandaş – yabancı ayrımı yapılmaksızın herkese uygulanmaktadır.

¹⁵³³ Akbal, s. 164.

¹⁵³⁴ Aktepe Artık, s. 113; Akbal, s. 171.

¹⁵³⁵ Aktepe Artık, s. 119. Yazarın eleştirdiği noktalardan bir tanesi de, adli yardımdan faydalanan kişinin dava sonunda haksız çıkmış olması ihtimalinde, yoksulluk halinin devamına rağmen, ertelenen yargılama giderlerinin bu kişiden talep edilebilir olmasıdır. HMK m. 339/f. 1 uyarınca, *“adli yardımdan yararlanan kişinin haksız çıkması hâlinde, uygun görülürse yargılama giderlerinin en çok bir yıl içinde aylık eşit taksitler hâlinde ödenmesine karar verilebilir.”* Yazar bu düzenlemenin sosyal devlet anlayışı ile bağdaşmayacağını, ertelene yargılama giderlerinin tahsili konusunda hakime takdir yetkisi tanınması gerektiğini belirtmektedir (bkz. s. 118). Ayrıca, haklı olmasına rağmen delil yetersizliği veya başka bir nedenden dolayı davasını “tesadüfen” kaybetmiş, ekonomik anlamda yetersiz kişilerin, yargılama giderleri yanında adli yardım kararı ile geçici olarak muaf tutuldukları -ertelenen- giderleri de ödemek zorunda kalmalarının adalet duygusunu zedelediği yönünde bkz. A.Kılınc, s. 173. Bununla birlikte, anılan ertelenen giderlerin taksitlendirilerek tahsilinin sosyal devlet anlayışı açısından büyük bir adım olduğunu ifade eden görüşler de vardır. Bkz. Atalay, *Avukatla Temsil*, s. 100). Ayrıca bkz. Demircioğlu, s. 124; Akkan, *Avukatla Temsil Zorunluluğu*, s. 197. Bu fikir ayrılıklarının 6459 sayılı Kanun'un 24. maddesi ile HMK m. 339'a eklenen ikinci fıkra ile son bulduğu söylenebilir. Zira, anılan hüküm uyarınca *“adli yardım kararından dolayı Devletçe ödenen veya muaf tutulan yargılama giderlerinin tahsilinin, adli yardımdan yararlananın mağduriyetine neden olacağı mahkemece açıkça anlaşılırsa, mahkeme, hükmünde tamamen veya kısmen ödemedi muaf tutulmasına karar verebilir.”*

C. Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Düzenlendiği Şekliyle Yargı ve İcra Bağışıklığının Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi

Çalışmamızın ilk bölümünde, mahkemeye erişim hakkı ve bu hakka ilişkin AİHM içtihadı ve bu içtihat çerçevesinde gelişen Türk doktrin ve uygulamasında kabul gören temel ilkeleri ortaya koymuştuk. Türk hukukunda, Türk mahkemelerinin yargı yetkisinin varlığının dava şartları arasında düzenlendiğini (HMK m.114/f. 1/a bendi), bu nedenle, mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasına yol açan yargı ve icra bağışıklığının, hassasiyetle incelenmesi gereken bir konu olduğunu dile getirmiştik. Aşağıda, kendisine başvurulmuş devlet mahkemelerinin yargı veya icra yetkisini ortadan kaldıran yargı ve icra bağışıklığını Türk milletlerarası usul hukukunda düzenlendiği şekliyle ele alarak, yargı ve icra bağışıklığını mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkı çerçevesinde inceleyeceğiz.

1. Türk Hukukunda Yargı ve İcra Bağışıklığına İlişkin Düzenlemeler

a. Yargı Bağışıklığı

Yargı bağışıklığı, bir devletin, milletlerarası hukukun öngördüğü ölçüde, başka bir devlet üzerinde yargı yetkisini kullanmasını önleyen bir milletlerarası özel hukuk ilkesidir.¹⁵³⁶ MÖHUK m. 49'da “*yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerinden doğan hukukî uyuşmazlıklarda yargı muafiyeti tanınmayacağı*” düzenlenmektedir. Bu hüküm, Türk hukukunda sınırlı yargı bağışıklığı teorisi benimsendiğini ortaya koymaktadır. Bugün artık, insan hakları, demokrasi ve hukuk devleti ilkeleri ışığında gelinecek noktada, “egemenin egemeni yargılayamayacağı” görüşüne dayanan mutlak yargı bağışıklığı teorisinin 20. yüzyılda terkedilmiş olması ve devletlerin bazı konularda yargılanabilecekleri

¹⁵³⁶ Evrensel bir devletler (örf-âdet) hukuku ilkesi olan bağışıklık şu şekilde tanımlanmaktadır: “*her devletin, özellikle cebri icra ve yargı konusundaki egemenliği, diğer devletin bağışıklığı ile sınırlıdır*”. Bkz. Dominique Favre, *L'immunité de juridiction des états et des organisations internationales: La pratique suisse, Droit des immunités et exigences du procès équitable, sous la direction de Isabelle Pingel, Editions Pedone 2004*, s. 45. Doktrinde, devletler hukukunun bağışıklık konusunda sadece genel ilkeleri ortaya koyduğu, ayrıntıların ise, her devletin kendi düzenleme ve uygulaması ile belirlendiği, bu nedenle temel bazı noktalarda dahi farklılıkların söz konusu olduğu dile getirilmektedir. Bkz. **Fragistas**, s. 170.

görüşünün tereddütsüz ve yaygın bir şekilde kabul görmesi nedeniyle, mutlak yargı bağımsızlığından sınırlı yargı bağımsızlığına geçiş ile ilgili sürece değinmiyoruz.¹⁵³⁷ Bununla birlikte, net bir şekilde ortaya konması gereken en önemli husus, günümüzde özellikle uluslararası doktrinde bir hayli tartışılan yargı bağımsızlığı konusunda, insan hakları yaklaşımının benimsendiği ve “uluslararası hukukun çekim merkezinin devletin korunmasından insanın korunmasında doğru kaydığıdır”.¹⁵³⁸

Sınırlı yargı bağımsızlığı anlayışına göre, “egemenlik veya hükümet tasarrufları”¹⁵³⁹ (*jure imperii*) açısından yabancı devlete yargı bağımsızlığı tanınmakta, devletin taraf olduğu *özel hukuktan kaynaklanan* ilişkilerde ise yargı bağımsızlığının tanınmaması öngörülmektedir. “Devletin devlet olmasının bir gereği olarak icra edilen veya devletin devlet olma işlevini yerine getirmesinin bir sonucu olarak yapılan işlem veya eylemler”, egemenlik veya hükümet tasarrufu olarak kabul edilmekte, bu işlem veya eylemler açısından yabancı devlete yargı bağımsızlığı tanınması gerektiği ifade edilmekte, bu işlem ve eylemler dışında kalan durumlarda yargı bağımsızlığının tanınmayacağı kabul edilmektedir.¹⁵⁴⁰

Bir tasarrufun egemenlik haklarına dayalı olarak gerçekleştirilen işlem veya eylemlere ilişkin olup olmadığının tespitinde temel olarak iki kriter

¹⁵³⁷ Sınırlı yargı bağımsızlığına geçiş sürecince önemli bir adım 16.05.1972 tarihli Devletlerin Yargı Bağımsızlığı Hakkında Avrupa Sözleşmesidir (bkz. http://www.wipo.int/edocs/trtdocs/en/ce-cs11/trt_ce_cs11.pdf; erişim tarihi: 28.11.2016). Türkiye bu sözleşmeye taraf değildir. Ayrıntılı incelemeler için bkz. **Arsava**, s. 5-7; Favre, **Immunité de juridiction**, s. 43-45; Ergin Nomer, **Devletlerin Kaza Muafiyeti, İHFM Cilt:35 Sayı:1-4 (1969)**, 473 vd.; Ceyda Süral, **Uluslararası Özel Hukukta Yabancı Devletlerin Sınırlı Yargı ve İcra Muafiyeti**, Adalet Yayınevi Ankara 2015, s. 13-15 ve s. 25-39; Yasir Gökçe, **Mutlak yargı Bağımsızlığından Sınırlı Yargı Bağımsızlığına Geçiş Trendi, İş Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklarda Yargı Bağımsızlığı ve Ülkemizdeki Durum**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, Sayı:1 Yıl: 2014, s. 94- 104.

Devletlerin egemenlik tasarrufları dışında kalan konularda yargılanmasının kabulü bir yana, günümüzde artık “*ağır insan hakları ihlallerinde devletlerin hakimiyet tasarruflarında dahi yargı muafiyetinin sınırlandırılması eğilimine mahkeme kararlarında rastlandığı*” belirtilmektedir. Bkz. **Nomer**, s. 423-424. Yazar bu eğilimin henüz bir devletler hukuku teamül kuralı haline gelmediğini belirtmekte, uygulamada da bir devamlılık ve istikrar sağlanamadığının altını çizmektedir. Bu konudaki değerlendirmelere bu bölümün sonunda yer vereceğiz.

¹⁵³⁸ Jean-François Flauss, **Droit des immunités et protection international des droits de l'homme**, *Revue suisse de droit international et de droit européenne (RSDIE)* 3/2000, s. 303-304.

¹⁵³⁹ **Özdemir Kocasakal**, s. 527.

¹⁵⁴⁰ **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 344; **Süral**, s. 16; **Çelikel/Erdem**, s. 632; **Şanlı, Ticari Akitler**, s. 124-125; **Nomer**, s. 423; **Doğan**, s. 40; **E. Erdoğan**, s. 105; Esra Dardağan Kibar, **Yargı Kararları Işığında Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı Alanında Güncel Gelişmelere Bakış, Rona Aybay’a Armağan, Legal Hukuk Dergisi Aralık 2014 Özel Sayısı**, s. 682. Ayrıca bkz. Yarg. 4.HD. E. 1985/9190 K. 1986/2436, 17.03.1986; Yarg. 4.HD. E. 1987/7309 K. 1987/7373, 12.10.1987; Yarg. 4.HD E. 2010/6451 K. 2010/7394, 17.06.2010; Yarg. 9.HD E. 2009/913 K. 2010/41802, 29.12.2010. Ayrıca bkz. **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 341, 34 nolu dn.

kullanılmaktadır: bunlardan ilki, tasarruf amacı, ikincisi ise işlemin niteliğidir.¹⁵⁴¹ MÖHUK m. 49'da “*özel hukuk ilişkilerinden doğan hukukî uyumsuzlıklardan*” bahsedildiğine göre, Türk hukukunda “işlemin amacı” değil, “işlemin niteliği” kriterinin esas alındığı görülmektedir.¹⁵⁴² Buna göre, dava konusu işlem veya eylem, özel hukuk alanında düzenlenmiş ise yabancı devlete yargı bağımsızlığı tanınmayacaktır. Bu noktada, hangi ilişkinin özel hukuk ilişkisi olarak kabul edilmesi gerektiğine uygulanacak hukukun ne olacağı sorusu ile karşılaşilmektedir. Doktrinde ifade edildiği üzere, bu konuda *lex fori* uygulama alanı bulacaktır.¹⁵⁴³ Devletlerin yargı bağımsızlığı tanıyarak yargı yetkilerinden vazgeçtikleri düşünüldüğünde, “*muafiyet ölçüsünün, ondan yararlanan değil, onu tanıyan devlet tarafından belirlenecek olması*”¹⁵⁴⁴ gayet makul olduğu gibi, özellikle yargı yetkisinin varlığının bir dava şartı olarak düzenlenmiş olması sebebiyle, uygulama açısından da sonuca hızlı bir şekilde ulaşmayı sağlar. Sonuç olarak, Türk hakimi hangi ilişkinin özel hukuk ilişkisi olarak kabul edilmesi gerektiği konusunda Türk hukukunu uygulayarak yargı bağımsızlığının tanınması konusunda karar verecektir.¹⁵⁴⁵

¹⁵⁴¹ Yılmaz Altuğ, **Devletler Hususi Hukukunda Yargı Yetkisi**, İstanbul 1979, s. 110; Aslan Gündüz, **Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı ve Milletlerarası Hukuk**, İstanbul 1984, s. 179; Özdemir Kocasakal, s. 528; Çelikel/Erdem, s. 632-633.

¹⁵⁴² Özdemir Kocasakal, s. 536; Nomer, s. 426. Fransız hukukunda ise, işlemin amacı ve işlemin niteliği kriterleri birlikte uygulanmaktadır. Bu uygulama, yargı bağımsızlığının uygulama alanını genişletmesi, buna mukabil, mahkemeye erişim hakkını sınırlandırması nedeniyle eleştirilmektedir. Bkz. Lagarde, s. 154. Yazar, “işlemin niteliği” kriterinin daha işlevsel olduğunu savunmaktadır. Bununla birlikte, Fransız Yargıtayı’nın “işlemin yabancı ülkenin egemenlik haklarının kullanımına katkısı”nı esas alan ve işlemin amacı ve niteliği kriterlerini birleştiren bir yaklaşımı benimsediği görülmektedir. Bkz. Régis de Gouttes, **L’apport de l’arrêt de la Cahmbre Mixte de la Cour de Cassation du 20 Juin 2003 dans la problématique del’immunité de juridiction des états étrangers, Droit des immunités et exigences du procès équitable, sous la direction de Isabelle Pingel, Editions Pedone 2004**, s. 34-37 ve s. 40-41. Favre, işlemin amacının bir önem taşımadığını, zira bir tarafının devlet olduğu işlemlerin neredeyse hepsinin “devletin yararına” olacağını, bu nedenle işlemin “içsel niteliği”nin belirleyici olması gerektiğini savunmaktadır. Bu bağlamda yargı organlarının uyumsuzluk konusu yabancı devlet işlem veya eyleminin dışında kalan bazı işaretlerden yararlandığını, örneğin, devletin kendi toprakları dışında akdettiği işlemlerin “ticari” olarak nitelendirilebildiğini belirtmektedir. Bkz. Favre, **Immunité de juridiction**, s. 44-45. İsviçre Federal Mahkemesi’nin yargı bağımsızlığına ilişkin yaklaşımını ortaya koyan içtihadı ile ilgili ayrıntılı incelemeler için bkz. Favre, **Immunité de juridiction**, s. 46 vd.

¹⁵⁴³ Nomer, **Kaza Muafiyeti**, s. 488; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 341; Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 124; Nomer, s. 425; Özdemir Kocasakal, s. 529; Doğan, s. 41; Corbion, s. 119; Süral, s. 284; E.Erdoğan, s. 108-109. Bununla birlikte, yazar, *lex fori* olarak Türk hukukunun yanı sıra, karşılaştırmalı hukuka da bakılması gerektiği yönünde yabancı doktrinde ve Türk doktrininde ileri sürülen görüşlere yer vermektedir. Ayrıca bkz. Sevin Toluner, **Milletlerarası Hukuk Dersleri/Devletin Yetkisi**, 5.Baskı, Beta Yayınları İstanbul, 1996, s. 385.

¹⁵⁴⁴ Özdemir Kocasakal, s. 529.

¹⁵⁴⁵ Bkz. Yarg. 13.HD, E. 2001/8947, K. 2001/11405, 05.12.2001 tarihli kararı: “*Davacı, davalı Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Büyükelçiliği ile aralarındaki anlaşmaya göre, Türkiye’de tedavi gören Kuzey Kıbrıs vatandaşlarının ilaçlarının kendi eczanesinden karşılandığını bildirip, ilaç bedellerinin ödenmeyen kısmı için başlatılan icra takibine davalı tarafından yapılan itirazın iptaline, alacağın faizi ile tahsiline ve inkâr tazminatına hükmedilmesini istemiştir. Davalı yabancı*

Bununla birlikte, “dava konusu işlem veya eylemin özel hukuk alanında düzenlenmiş olması”, yargı bağıışıklığının kabul edilip edilmeyeceğine ilişkin incelemede doğru sonuca ulaşmak açısından tam olarak yeterli olmayabilir. Doktrinde de, MÖHUK m. 49 düzenlemesi yargı bağıışıklığına ilişkin sorunları çözmekten uzak, yetersiz bir hüküm olarak değerlendirilmekte; m. 49 ile Türk hukuku açısından sadece genel bir ilkenin ortaya konmakla yetinildiği şeklinde eleştirilmektedir.¹⁵⁴⁶ Bu noktada, uyuşmazlık konusu talebin özel hukuka ilişkin bir talep olması ile, bu talebin ortaya çıkmasına sebep olan işlem veya eylemin özel hukuktan kaynaklanan bir sebebe dayalı olup olmadığının farkının ortaya konulması gerekmektedir. Bu duruma tipik örnek, yabancı bir devletin egemenlik alanına giren eylemi sonucu verdiği zararlardan kaynaklanan tazminat davalarıdır. Örneğin, İran-İrak savaşı sırasında, Irak Devleti’ne ait savaş uçaklarının saldırısına uğrayan ve bu saldırı sonucunda kendisine ait tankerin hasar gördüğünü, üç denizcinin de öldüğünü belirten davacının tazminat talebi, “harp halindeki devletlerin savaş araçlarının üçüncü devlet vatandaşlarına verdiği zararların özel

devlet olarak yargı muaflığı bulunduğu bulunduğunu bildirerek davanın reddini istemiştir. Mahkemece davanın Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti aleyhine açılması gerektiği, Büyükelçiliğe KKTC tarafından yetki verilmediğinden davanın husumet yönünden reddine karar verilmiştir.

Yabancı bir devletin, Türkiye’deki Büyükelçiliği, o yabancı devletin temsilcisidir. Türkiye’deki yabancı devlet büyükelçileri, şahsî ilişkileri dışında temsil ettiği devlet adına da özel işlem ve sözleşmeler yapar ve yaptığı bu sözleşmelerin doğrudan sorumlusu da temsil ettiği yabancı devlettir. Özel hukuk alanında yaptığı bu sözleşmelerden dolayı da, temsil ettiği yabancı devleti temsilen, büyükelçilik aleyhinde dava açılabilir. Davacının dayandığı ve varlığını iddia ettiği sözleşme, hususî hukuk işlemidir. Olayda yargı muaflığı de söz konusu değildir. Bu hali ile dava doğru açılmıştır.”

(İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk, Yargı Muaflığına İlişkin Mahkeme Kararları (26.11.2011); <http://hukuk.istanbul.edu.tr/wp-content/uploads/2014/11/YARGI-MUAFLIYETINE-ILISKIN-MAHKEME-KARARLARI.pdf>; erişim tarihi: 16.11.2016). ayrıca bkz.

Yarg. 10.HD, E. 1993/5620 K. 1993/10875, 14.10.1993; Yarg. 4.HD, E. 2002/2431 K. 2002/11163, 10.10.2002; Yarg. 9.HD, 2009/913 K. 2010/41802, 29.12.2010. Türk hukukunda yargı bağıışıklığının istisnaları olarak, yabancı devletin ticari faaliyetlerinden, taraf olduğu iş sözleşmelerinden ve herhangi bir işlem ya da eylemi neticesinde oluşan haksız fiil sorumluluğundan doğan uyuşmazlıklarda yargı bağıışıklığına ilişkin ayrıntılı incelemeler için bkz. **Süral**, s. 291-304.

¹⁵⁴⁶ **Toluner**, s. 385; **Süral**, s. 283. Yazar, yargı bağıışıklığının özel hukuk-kamu hukuku ilişkisi ayırımına bağlı olarak tanınmasının bir takım sorunlara yol açacağını dile getirmektedir. Bir hukuki ilişkiyi özel hukuk ilişkisi olarak nitelendirirken, söz konusu ilişkinin sadece niteliğinin (objektif kriter) mi dikkate alınacağı, hukuki ilişkinin amacının (sübjektif kriter) da belirleyici olup olmayacağı sorusu ile karşılaşıldığını ifade etmektedir (s. 285). Bu bağlamda, yazar, Türk hakiminin uluslararası sözleşme ve teamülleri de dikkate alması gerektiğini savunmakta, bu çerçevede, AİHM, Uluslararası Adalet Divanı kararları ve Türkiye’nin henüz taraf olmadığı 02.12.2004 tarihli Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağıışıklığına İlişkin Birleşmiş Milletler (BM) Sözleşmesi’nin (*United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property 2004, General Assembly Resolution 59/38, Annex, Official Records of the General Assembly, Fifty-ninth Session, Supplement No. 49 (A/59/49)*) ve yine Türkiye’nin taraf olmadığı 16.05.1972 tarihli Devletin Yargı Bağıışıklığına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (*European Convention on State Immunity*) hükümlerinin belirleyici olabileceğini ifade etmektedir (s. 285-286). Anılan BM Sözleşmesi, her ne kadar henüz yürürlüğe girmiş olmasa da AİHM’nin de yargı bağıışıklığına ilişkin kararlarında atıf yaptığı, yargı bağıışıklığı konusunda kapsamlı düzenlemeler içeren uluslararası bir metindir. Bkz. **Süral**, s. 43-44; **Gökçe**, s. 97-98.

hukuk ilişkisinden doğmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.¹⁵⁴⁷ Yargıtay, bu tür davalarda yabancı devletin yargı bağımsızlığının tanınması yönünde hüküm kurmuştur. Diğer taraftan, doktrinde, “yabancı devletin esasen egemenlik tasarrufunu gerçekleştirirken haksız fiil teşkil edecek bir davranışta bulunması halinde, haksız fiil teşkil eden davranış dolayısıyla açılan davada, tasarrufun egemenlik tasarrufu olduğu gerekçesiyle yargı bağımsızlığının varlığını ileri süremeyeceği savunulmaktadır.”¹⁵⁴⁸ Bu görüş Yargıtay’ın tartışmaya açık bir kararına dayanmaktadır. Anılan kararda Yargıtay, ABD’nin, New York havalimanında, bir Türk vatandaşına daha önce vermiş olduğu vizeyi iptal ederek, bu kişiyi Türkiye’ye dönmeye zorlaması nedeniyle açılan maddi/manevi tazminat davasında, davacı Türk vatandaşına yaptığı muamelenin haksız fiil olarak nitelendirmiş ve ABD’yi tazminat ödemeye mahkum etmiştir.¹⁵⁴⁹ Yargıtay’ın vardığı sonuç doktrinde eleştirilmiş, Yargıtay’ın yabancı devletin egemenlik kavramına dayalı tasarrufları ile ilgili vermiş olduğu önceki kararlardan ayrılması doğru bulunmamıştır.¹⁵⁵⁰ Nitekim Yargıtay yakın tarihli bir kararında, bu karardan dönerek şu ifadeyi kullanmıştır: “Vize işlemi, devletlerin egemenlik tasarrufu kapsamında yaptığı işlemlerden olup gerek uluslararası hukuk ve gerekse iç hukukumuzda bu konuda tereddüt bulunmamaktadır. Bu bağlamda vize başvurusunun reddine karar vermek ya da vize talebine olumlu ya da olumsuz cevap vermemek biçimindeki eylem ya da işlem egemenlik tasarrufu kapsamında değerlendirilmelidir.”¹⁵⁵¹

Kanımızca, yabancı devletlerin egemenlik tasarruflarına dayalı olarak gerçekleştirdikleri işlem ve eylemlerden kaynaklanan davalarda yargı bağımsızlığının varlığını kabul etmek için hassas bir inceleme yapılması gerekmektedir. Zira, sonuç olarak, en önemli egemenlik yetkilerinden biri olan yargı yetkisinden vazgeçilmesi söz konusu olmaktadır. Yukarıda verilen vize işlemleri ile ilgili örneklerde, Yargıtay her ne kadar vize işlemlerinin yabancı devletin egemenlik alanına girdiği konusunda haklı olsa da, dava konusunun, yani davacının talebini dayandırdığı

¹⁵⁴⁷ Yarg. 4. HD, E. 1985/9190 K. 1986/2436, 17.03.1986. aynı yönde bkz. Yarg. 4. HD, E. 1987/7309 K. 1987/7373, 12.10.1987(www.kazanci.com; erişim tarihi: 10.11.2016). Kararların incelemesi için bkz. Rona Aybay, **Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı**, TBB Dergisi Sayı: 72 Yıl: 2007, s. 112-113.

¹⁵⁴⁸ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 341, 34 nolu dn.

¹⁵⁴⁹ Yarg. 4.HD, E. 2006/718 K. 2006/1549 sayılı kararı için bkz. Aybay, s. 114 vd; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 341, 34 nolu dn.

¹⁵⁵⁰ Aybay, s. 120. Ayrıca bkz. Berat Lale Akkutay, **Devletin Jus Cogens Normlara Aykırı Fiillerinden Dolayı Hukuki Yargı Bağımsızlığı**, TBB Dergisi, 2014 (113), s. 110-111, 55 nolu dn.

¹⁵⁵¹ Yarg. 4.HD, E. 2013/10023 K. 2013/13933, 10.09.2013 (www.kazanci.com; erişim tarihi: 13.11.2013)

yabancı devletin davranışının, egemenlik alanında kalan konu ile birebir bağlantı içinde olduğunun tespitinin gerekli olduğu düşüncesindeyiz. Şayet yabancı devletin eylem ya da işlemi, egemenlik alanında kalan bir konuya ilişkin olmakla birlikte, doğrudan egemenlik haklarının kullanımına yönelen ya da bunun için gerekli olan bir eylem ya da işlem değilse, kısaca, egemenlik haklarının kullanımına ilişkin ve bu kullanım ile orantılı değilse, bu takdirde özel hukuk kaynaklı bir borç sebebi olarak haksız fiilin söz konusu olmasından hareketle, yabancı devlete yargı bağımsızlığının tanınmasının doğru olmayacağını düşünüyoruz. Bu yaklaşım, aşağıda ele alacağımız AIHM içtihadı ile de uyum arz etmektedir.¹⁵⁵²

Bir işlem ya da eylemin yargı bağımsızlığına tabi olup olmayacağı konusunda ispat yükünün kime ait olacağı da ayrı bir sorundur. İspat sorunu, aşağıda ele alacağımız icra bağımsızlığı açısından da geçerlidir. Doktrinde, yabancı devletin yargı bağımsızlığından yararlanacağını *prima facie* kanıtlamasının yeterli olacağı, yabancı devletin bu iddiası karşısında, yargı bağımsızlığının istisnasının söz konusu olacağına ilişkin ispat yükünün davacı tarafa geçeceği ifade olunmaktadır.¹⁵⁵³ Yargı bağımsızlığını ispat yükünün davalıya (yabancı devlete) yüklenmesi gerektiğini belirten görüşler de vardır.¹⁵⁵⁴

Kanımızca, yargı bağımsızlığından yararlanacak olan yabancı devletin, uyumsuzluk konusunun bir egemenlik tasarrufuna dayandığını ispat etmesi gerektiğini kabul etmek daha doğrudur. Zira, yargı bağımsızlığının mahkemeye

¹⁵⁵² Dardağan Kibar, Yargıtay’ın yabancı devletin vize işlemleri sırasında gerçekleştirdiği eylemleri (vizesi olan kişiyi ülkeye sokmayarak, kişiyi ülkesine geri gönderme ve vize başvurusuna herhangi bir cevap vermeme) “haksız fiil” olarak niteleyen, yargı bağımsızlığı tanınmaması gerektiği yönündeki kararlarını tarihli Devletin Yargı Bağımsızlığına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve 17.01.2005 tarihli Devletlerin ve Mallarının Yargı Bağımsızlığına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (bkz. https://treaties.un.org/doc/source/recenttexts/english_3_13.pdf; erişim tarihi: 28.11.2016) hükümleri çerçevesinde yorumlamıştır (bkz. s. 689-692). Buna göre, Türkiye’nin taraf olmadığı bu sözleşmelerin “devletin yargılanabileceği haksız fiiller” ile ilgili hükümleri, Yargıtay’ın vardığı sonucu doğrulamamaktadır. Zira, anılan hükümler, öncelikle, vücut bütünlüğüne karşı işlenen haksız fiiller bakımından yargı bağımsızlığının kabul edilmeyeceğini ve fiilin işlendiği yerin mahkemenin bulunduğu yer olması gerektiğini belirtmektedir. ayrıca failin de fiilin işlendiği sırada, o ülkede bulunması gerekmektedir. Tüm bu şartlar, Yargıtay’ın kararına konu olaylarda gerçekleşmediğinden, yargı bağımsızlığının tanınmaması yönündeki kararların doğru olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Ayrıca, yazar, Yargıtay kararlarında öne çıkan “egemenlik işlemi-haksız fiil ayırtılmasının bir nebze yapaylık taşıdığını” dile getirmektedir (bkz. **Dardağan Kibar**, s. 708). Bu görüşe katılamamaktayız. Zira, egemenlik işleminin söz konusu olduğu her olayda, devletlerin söz konusu işlemin gerçekleştirilmesi sırasında yaptığı her eylemin yargı bağımsızlığına tabi tutulması, mahkemeye erişim hakkının ihlal edilip edilmediğine karar verebilmek için yapılması gerekli olan “orantılılık” araştırmasını gereksiz ve etkisiz kılacaktır.

¹⁵⁵³ **Süral**, s. 91 ve s. 287. Yazar, Türk hukukunda yabancı devletin yargı bağımsızlığından yararlanmasının kural olarak kabul edilmesinden hareketle, yabancı devletin yargı bağımsızlığını ileri sürmesinin yeterli olması gerektiğini, uyumsuzluk konusunun özel hukuk ilişkisi olması dolayısıyla yargı bağımsızlığının uygulanamayacağını ispat yükünün davacı tarafa ait olması gerektiğini belirtmektedir.

¹⁵⁵⁴ **Nomer**, s. 429.

erişimin sınırlanmasına, dolayısıyla hak arama özgürlüğünün ihlaline yol açan önemli bir engel olduğu ortadadır. Yargı bağıışıklığı, icra bağıışıklığından daha net bir şekilde, kişilerin adil yargılanma haklarını ellerinden almaktadır. Bu nedenle, yabancı bir devlete karşı hak arayan kişiler, ellerinde yargı organının verdiği bir karar olduğu sürece, bu devlete ait kamusal amaca tahsis edilmeyen, dolayısıyla da icra muafiyeti kapsamına girmeyen bir malı elbet bulacak ve ellerindeki kararı icra etmek imkânına kavuşabileceklerdir. Oysa, yargı bağıışıklığı, kişileri bu karara ulaşmaktan mahrum etmektedir. Bu noktadan bakıldığında, uyuşmazlık konusunun bir egemenlik tasarrufuna dayandığını ispat yükünün yabancı devlete yüklenmesinin devletler arasındaki nezaket ilişkilerini bozucu bir etkisinin olacağını kabul etmek de zordur. Yargı bağıışıklığı sayesinde yabancı devletler, geçici olarak değil, bir süre kısıtlamasına tabi olmaksızın yargılamadan muaf tutulmakta, kişilerin mahkemeye erişimleri tamamen engellenmektedir. Bu nedenle, yargı bağıışıklığının tanınması konusundaki ispat yükünün yabancı devlete yüklenmesinin mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkının gerekleri açısından daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

Diğer taraftan, yargı bağıışıklığının yargı yetkisini ortadan kaldıran bir sebep olarak Türk mahkemeleri açısından HMK m. 114 uyarınca dava şartı niteliğinde olduğu unutulmamalıdır. Bu durum, yargı bağıışıklığının mahkemelerce re'sen nazara alınması, taraflarca da her zaman ileri sürülebileceği sonucunu doğurmaktadır. Yargı bağıışıklığının varlığı her ne kadar davanın her aşamasında ileri sürülebilecekse de, yabancı devletin yargı bağıışıklığını davanın başında ileri sürmeyerek esasa ilişkin savunmalarda bulunması halinde, hakim yabancı devletin yargı bağıışıklığından zımnen feragat ettiğini kabul ederek bağıışıklık iddiasını reddetmesi gerekecektir.¹⁵⁵⁵

¹⁵⁵⁵ **Süral**, s. 287. Uluslararası hukukta ve karşılaştırmalı hukukta (özellikle 2004 BM Sözleşmesi'nde) yabancı bir devletin başka bir devlet mahkemelerinde dava açması, açılmış bir davaya müdahale etmesi veya kendisine karşı açılmış bir davada esasa ilişkin savunmalarını ileri sürmesi halinde yargı muafiyetinden zımnen feragat etmiş sayılacağı belirtilmektedir. Bkz. **Süral**, s. 289; **Göger**, s. 371; **Doğan**, s. 42. Yazar, yabancı devletin davacı olması halinde, davalının yargı muafiyetini ileri sürüp süremeyeceği sorusuna olumlu yanıt vermektedir. Diğer bir ifadeyle, yargı muafiyetinin "*hem aktif hem de pasif etkiye*" sahip olduğunu belirtmektedir. davacı yabancı devletin dava açarak feragat etmiş olduğu bir muafiyeti davalının ileri sürebileceğini kabul etmek kanımızca güçtür. Zira, bu kabul aslında, yabancı devletin yargılamaya taraf olmak konusundaki iradesini hiçe saymak, "zımni" feragate etki tanımamak anlamına gelecektir.

Yetki anlaşması veya tahkim anlaşması yapmış olan bir devletin de yargı bağıışıklığından feragat etmiş sayılacağı kabul edilmektedir. Bkz. **Özdemir Kocasakal**, s. 566; **Nomer**, s. 430; **Şanlı, Ticari Akitler**, s. 128; **Süral**, s. 304; **E. Erdoğan**, s. 108-109 ve 115-116. Yazar, bu noktada bir parantez açmakta, Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi (RG. 24.12.1984 – S. 18815) m. 32/f. 2 ve Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi (RG. 27.09.1975 – S. 15369) m. 45 ile yargı

Yargı bağışıklığından faydalanacak kişilerin de tam olarak belirlenmesi gerekmektedir. Doktrinde, yargı bağışıklığının başlangıçta, sadece devlet başkanlarının şahsı için kabul edilmiş olduğu, ancak zamanla, devlet tüzel kişiliğinin de yargı bağışıklığına tabi tutulduğu ifade edilmektedir.¹⁵⁵⁶ Bugün artık, uluslararası hukuk uyarınca, devlet ve hükümet başkanlarına, dışişleri bakanı ve devleti sınırlı biçimde temsil yetkisini haiz diplomatik ve konsüler temsilcilere, yabancı devletin askeri kuvvetlerine mensup kişilere, uluslararası örgütlere¹⁵⁵⁷ ve Uluslararası Adalet Divanı gibi bazı uluslararası mahkemelerin üyelerine yargı bağışıklığı tanınmaktadır.¹⁵⁵⁸ Diğer taraftan, bu kişilere tanınan yargı bağışıklığının kapsamının birbirinden farklı olduğunu hatırlatmakta fayda vardır. Örneğin, yabancı devletin yargı bağışıklığından farklı olarak, devlet ve hükümet başkanlarının ve dışişleri bakanlarının işlemlerinin egemenlik tasarrufuna ilişkin olup olmadığına bakılmamaktadır.¹⁵⁵⁹ Diplomatik temsilcilerin yargı bağışıklığı ise,

bağışıklığından feragatin açıkça yapılması gerektiği düzenlendiğinden, zımni bir feragatin mümkün olamayacağı, bu hallerde, Türk hakiminin yargı hakkı yokluğunu re'sen dikkate alması gerektiğini vurgulamaktadır.

¹⁵⁵⁶ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 339.

¹⁵⁵⁷ Devletlerin belirli bir amacı gerçekleştirmek üzere bir araya gelerek kurdukları milletlerarası örgütler, kurucu anlaşmaları çerçevesinde yargı bağışıklığından yararlanmaktadır. Söz konusu anlaşmaların milletlerarası örgütlere, kendi faaliyet alanları ile sınırlı kalmak kaydıyla, mutlak bir yargı bağışıklığı tanıdığı belirtilmekte, bunun yabancı devletin yargı bağışıklığından daha geniş bir bağışıklık tanınması şeklinde anlaşılması gerektiği vurgulanmaktadır. Ancak yine de, gelinen noktada, milletlerarası örgütlerin yargı bağışıklığı ile ilgili anlayışın doktrinde eleştirildiği ifade edilmekte, milletlerarası örgütlere de özel hukuka ilişkin işlemlerde yargı bağışıklığı tanınmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 356-357; E.Erdoğan, s. 114; Lagarde, s. 150. Yazar, milletlerarası örgütlerin kurucu anlaşmalarında yer alan bağışıklığa ilişkin hükümlerin AIHS m. 6 ile çeliştiğini, ortaya bir “konvansiyonlar çatışması” çıktığını ve bu çatışmanın, örneğin tanıma / tenfize ilişkin bir milletlerarası sözleşmede yer alan hükmün AIHS ile çatışması ile bir tutulamayacağını, milletlerarası örgütlerin kurucu anlaşmalarının AIHS’e üstün tutulmasının “ıkna edici” olmadığını ifade etmektedir.

AIHM de, *Waite ve Kennedy* kararı ile, milletlerarası örgütlere tanınan yargı bağışıklığı konusunda, bu örgütlerin kendi bünyelerinde var olan ve adil yargılanma güvencelerine uygun şekilde “yargılama” yapabilecek organların varlığının, mahkemeye erişim hakkı açısından alternatif bir yol olabileceğini belirtmiştir. Bu kapsamda, milletlerarası örgütlere tanınan yargı bağışıklığının mutlak olmadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Ayrıntılı incelemeler için bkz. Pingel, s. 477 vd.; Johan G. Lammers, *Immunity of International Organisations, International Organizations Law Review* 10 (2013), s. 276-286; Mathias Audit, *Immunité de juridiction des organisations internationales et droit à un procès équitable, Revue critique de droit international privé* 2004, s. 409 vd. Yazar, milletlerarası örgütlere tanınan yargı bağışıklığının, bu örgütlerin işleyişini sağlama amacını taşıdığını ve bu anlamda meşru bir amaca yönelik olduğunu dile getirmektedir.

¹⁵⁵⁸ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 339.

¹⁵⁵⁹ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 348. Devlet başkanları, resmi gezilerinde olduğu kadar özel amaçlı gezilerinde de bulundukları ülkenin yargı yetkisine tabi değildirler. Bkz. Nomer, s. 433. Yazar, bugün artık, devlet başkanlarının tabi olduğu mutlak yargı bağışıklığının reddedildiğini, ancak bu görüşün yaygın olmadığını belirtmektedir. Aynı yönde bkz. Çelikel/Erdem, s. 643. Yazarlar, devlet başkanlarının ceza davalarında mutlak yargı bağışıklığından yararlanırken, özel hukuka ilişkin davalarda bağışıklığın ileri sürülemeyeceğinin belirtildiğini ifade etmektedirler. Dolayısıyla, devlet ve hükümet başkanlarının da, temsil ettikleri devletlerin yargı bağışıklığına paralel şekilde, yalnızca görevleriyle ilgili işler ve görev süreleriyle sınırlı olmak üzere yargı bağışıklığına sahip oldukları kabul edilmektedir. Bkz. E.Erdoğan, s. 110.

Türkiye'nin de taraf olduğu Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi'nde¹⁵⁶⁰, konsüler temsilcilerin yargı bağışıklığı ise, yine Türkiye'nin de taraf olduğu Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'nde¹⁵⁶¹ düzenlenmektedir.

Doktrinde, Yargıtay'ın çoğu zaman, diplomatik ve konsüler temsilciler ile, bu kişilerin mensubu olduğu devletin yargı bağışıklığını karıştırdığı belirtilmekte, yabancı devlet namına diplomatik temsilcileri vasıtasıyla kurulan hukuki işlem ve ilişkilerden çıkan uyuşmazlıklarda, diplomatik temsilcinin değil, temsil ettiği yabancı devletin yargı bağışıklığından söz edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır.¹⁵⁶² Ancak bunun tersi de mümkündür. MÖHUK m. 49/f. 2'de, yabancı devleti temsilen, diplomatik temsilcilere tebligat yapılabileceği düzenlenmektedir. Yabancı devletin yargı bağışıklığından faydalanmadığı özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda, diplomatik temsilcilere tebligat yapılması, diplomatik temsilcinin yargı bağışıklığına sahip olduğu gerekçesiyle reddedilemez.¹⁵⁶³

¹⁵⁶⁰ Sözleşme'nin 31. maddesi, diplomatik temsilcilerin hangi durumlarda yargı bağışıklığından yararlanamayacaklarını belirtmektedir.

¹⁵⁶¹ Sözleşme'nin 43. maddesi uyarınca, “1. Konsolosluk memurları ve konsolosluk hizmetlileri, resmî görevlerinin yerine getirilmesi sırasında işledikleri fiillerden dolayı kabul eden Devlet'in adli ve idarî makamlarının yargısına tabi değildirler .

2. Bununla beraber, bu maddenin fıkrası hükümleri, a) Bir konsolosluk memurunun veya bir konsolosluk hizmetlisinin açıkça veya zımnen gönderen Devlet'in vekili sıfatıyla akdetmediği bir mukaveleden doğan; veya b) Kabul eden Devlet ülkesinde bir taşıt aracının, bir geminin veya bir hava taşıtının sebebiyet verdiği zarar yüzünden üçüncü bir kişi tarafından açılan hukuk davalarına uygulanmaz.”

¹⁵⁶² Şanlı/Esen/Ataman-Figaneşe, s. 339; Nomer, s. 427; Çelikel/Erdem, s. 630. Ayrıca bkz. Yarg. 10.HD, E. 1993/5620 K. 1993/10875, 14.10.1993 (www.kazanci.com); erişim tarihi: 12.11.2016).

¹⁵⁶³ Bkz. Yarg. HGK, E.1991/6-299 K. 1991/406, 18.09.1991 tarihli kararı: “Söz konusu Yasanın “Yabancı Devletin Yargı Muafiyetinden Yararlanamayacağı Haller” başlıklı 33. maddesinde de, yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerinden doğan hukuki uyuşmazlıklarda Yargı muafiyeti tanınmayacağı ve bu gibi uyuşmazlıklarda yabancı devletin diplomatik temsilcilerine tebligat yapılabileceği öngörülmüştür.

Burada, yabancı bir devletin özel bir şahıs gibi girdiği özel hukuk ilişkilerinden dolayı aleyhine açılacak dava ile diplomatik temsilcilerin yargı muafiyetini birbirine karıştırmamak gerekir.

Gerçekten, bu gün tüm hukuk sistemleri yabancı devletleri, hakimiyet-egemenlik-tasarrufları bakımından yerel yargıdan muaf tutmuştur. Bu itibarla, gerek Türkiye'nin taraf olduğu Viyana Sözleşmesinde ve gerekse bu hususta düzenlenmiş olan ikili ve çok taraflı anlaşmalarda kabul edilmiş olan muafiyet, diplomatik temsilcilerle ilgili olup, temsil ettikleri devlet aleyhine açılan davalar için değildir.”

MÖHUK m. 49/f. 2'de düzenlenen ve “yabancı devletin diplomatik temsilcisine tebligat yapılabileceğini” öngören hüküm uluslararası hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle doktrinde eleştirilmektedir (Bkz. Gündüz, s. 307; Fügen Sargın, 1961 Tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi Hükümleri Dahilinde MÖHUK'un 33. Maddesinin Uygulanabilirliği Sorunu, AÜHFD Yıl: 2003 C. 52 Sayı:1, s. 23-24). Bu görüşe göre, 1961 Tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi, diplomatik bağışıklığı düzenlemekte, diplomatik bağışıklığın bulunmadığı hallede ise misyon üyesine doğrudan tebligat yapılabileceğini düzenleyen bir hükme yer vermemektedir. Sözleşme'de yer alan ve diplomatik bağışıklığı sınırlandıran hükümlerin dar yorumlanması gerekmektedir. Bu bağlamda, diplomatik temsilcilere kendi yargı bağışıklığı ile ilgili konularda dahi doğrudan tebligat yapılamayacağının kabulü karşısında, bu

Yabancı devletlerin kendilerine tanınan yargı bağıışıklığından feragat ederek kendilerine karşı başlatılmış olan bir yargılamanın devamını sağlayabileceklerini belirtmiştik. Devletlerin açık bir beyan ile veya ikili veya çok taraflı sözleşme hükümleri çerçevesinde veya yabancı bir devlet mahkemesinde dava açarak ya da kendilerine karşı yabancı bir devlet mahkemesinde açılmış davaya katılmak veya karşı dava açmak suretiyle yargı bağıışıklığından açıkça veya zımnen feragat edebilmeleri mümkündür.¹⁵⁶⁴

Yabancı bir mahkemede yabancı bir devlet aleyhine verilmiş kararların Türk hukukunda etki doğurması amacıyla Türk mahkemelerinde tenfiz talebi ile dava açılması halinde de yargı bağıışıklığı sorunu ile karşılaşılacaktır.¹⁵⁶⁵ Bu durumda, doktrinde, yabancı mahkemede görölmüş olan (esasa ilişkin) davada yabancı devletin yargı bağıışıklığının tanınmadığı hallerde, Türk mahkemesinin tenfiz davasını görebileceği ifade olunmaktadır.¹⁵⁶⁶ Aksi durumda, yabancı mahkemede görölmüş olan davanın ve verilen kararın, yabancı devletin egemenlik alanına giren bir uyuşmazlığa ilişkin olması halinde, yabancı devletin yargı bağıışıklığının söz konusu olması nedeniyle Türk mahkemelerinin tenfiz davasını reddetmesi gerekecektir. Bu durumda, MÖHUK m. 55/f. 2 uyarınca, yabancı ilamın yerine getirilmesine engel teşkil eden bir durumun ortaya çıkmış olduğu veya MÖHUK m. 54. /f. 1/c bendi uyarınca, yabancı mahkeme kararının tenfizinin Türk kamu

temsilcilere temsil ettikleri devlete karşı açılan davalarda doğrudan tebligat yapılabileceğini öngören MÖHUK m. 49/f. 2 hükmünün Viyana Sözleşmesi'ni ihlal ettiği sonucuna varılmakta, MÖHUK m. 49/f. 2'nin uygulanma imkânının olmadığı belirtilmektedir. Aynı yönde bkz. **Toluner**, s. 385. Aksi görüş için bkz. **Nomer**, s. 427-428. Yazar, yargı bağıışıklığına girmeyen bir uyuşmazlıktan dolayı yabancı devleti temsil eden diplomatik temsilciye tebligat yapılabilmesini önleyen bir düşünce olmadığını belirttikten sonra, tebligatın Tebligat Kanunu ve Tebligat Tüzüğü'nde yer alan hükümler doğrultusunda yapılmasının "mümkün ve gerekli" olduğunu vurgulamaktadır. Aynı yönde bkz. **Çelikel/Erdem**, s. 639. Yazarlara göre, MÖHUK m.49/f.2, f.1'in uygulanabilmesi için zorunludur. Ayrıca bkz. **Süral**, s. 308-309. Yazar, uygulamada MÖHUK m. 49/f. 2 uyarınca yapılan tebligatlarda sorun yaşandığını, yabancı devlete yargı bağıışıklığı tanınmayan konularda Dışişleri Bakanlığı aracılığıyla ve diplomatik yoldan tebligat yoluna gidildiğini belirlemektedir (Bkz. s. 310). Ayrıca bkz. Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün 16.11.2011 tarihli 63/3 nolu Genelge'nin (<http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/genelgeler/63%20-%203.pdf>) 39-43. maddeleri.

¹⁵⁶⁴ **Süral**, s. 92 ve s. 288-289. Ayrıca bkz. 2004 tarihli BM Sözleşmesi m.7 ve m. 8.

¹⁵⁶⁵ **Aslan Gündüz, Yabancı Devlet Malları Üzerinde Cebri İcra Mümkün müdür?, MHB Yıl: 1984/1**, s. 8; Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s. 703-705.

¹⁵⁶⁶ **Süral**, s. 317. Yazar, yabancı mahkemede görölmüş olan (esasa ilişkin) davada yabancı devletin yargı bağıışıklığının tanınmadığı hallerde, Türk mahkemesinin tenfiz davasını görebileceği ifade ettikten sonra, yabancı mahkeme kararının konusunu oluşturan uyuşmazlığın bir özel hukuk uyuşmazlığı olması halinde, bu kararın Türk mahkemelerinde tenfiz edilebileceğini, böyle bir durumda yabancı devletin yargı bağıışıklığından faydalanamayacağını dile getirmektedir. Bununla birlikte, örneğin yabancı mahkemenin, esasa ilişkin dava özel hukuka ilişkin olmasa da, yargı bağıışıklığını tanımadığı ve davaya devam ederek karar verdiği hallerde, ilk görüşe göre, Türk mahkemesinin tenfiz davasını görmesi gerekcekken, ikinci görüşe göre, esasa ilişkin davanın özel hukuka ilişkin bir dava olmaması sebebiyle tenfiz davasını reddetmesi gerekecektir.

düzenine aykırı olacağına dayanılarak tenfiz isteminin reddi gerekeceği belirtilmekte ise de¹⁵⁶⁷, biz, yargı bağıışıklığının HMK m.114’de yer alan dava şartlarından biri olması ve dava şartlarının tanıma/tenfiz davaları bakımından da geçerli olmasından hareketle, tenfiz davasının HMK m. 115 uyarınca dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilmesi gerektiği görüşüne¹⁵⁶⁸ katılmaktayız.

b. İcra Bağıışıklığı

İcra bağıışıklığı da yargı bağıışıklığı gibi devletlerin eşitliği ve egemenlik esaslarına dayanan, yabancı bir devlet aleyhine verilmiş ve icra kabiliyeti kazanmış bir yargı organı (mahkeme veya hakem heyeti) kararının yerine getirilmesini engellemeye yönelik bir kavramdır.¹⁵⁶⁹ İcra bağıışıklığına ilişkin değerlendirmelerin ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz gibi dava konusunu oluşabilecek bir tehlikeye karşı korumayı amaçlayan geçici hukuki korumalar açısından da geçerli olduğuna şüphe yoktur. Bu açıdan, icra bağıışıklığı, çalışmamızın birinci bölümünde ele alınan ve mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirilen hükmün icrası hakkını engelleyen önemli bir sebep olarak önümüze çıkmaktadır.

Doktrinde, icra bağıışıklığı tanınmasının devletlerin egemenlik haklarının tanınması ve korunması bakımından yargı bağıışıklığına oranla çok daha önemli olduğu, “yabancı bir devlet aleyhine verilmiş olan yargısal bir hükmü o devlete karşı icra etmenin, o devleti ulusal bir mahkeme önünde yargılamaya nazaran çok daha büyük bir egemenlik ihlali olacağı” ifade edilmektedir.¹⁵⁷⁰ Bu görüşler, uzun süre mutlak icra bağıışıklığının kabulüne yol açmış olsa da, geline nokta, icra bağıışıklığı açısından da yargı bağıışıklığında olduğu gibi, sınırlı bağıışıklığın geçerli olduğu kabul edilmektedir.¹⁵⁷¹ Ancak, yabancı devletin icra bağıışıklığına getirilen

¹⁵⁶⁷ Ekşi, **Tanım-Tenfiz**, s. 704.

¹⁵⁶⁸ **Süral**, s. 317.

¹⁵⁶⁹ **Özdemir Kocasakal**, s. 536-537; **Çelikel/Erdem**, s. 646. Ayrıca bkz. Ronny Abraham, **Immunité d’exécution: La pratique française, Droit des immunités et exigences du procès équitable, sous la direction de Isabelle Pingel, Editions Pedone 2004**, s. 113-114. Yazar, icra bağıışıklığının uluslararası örf-adet hukukuna dayanan bir ilke olduğunu, bu nedenle sınırlarının da milletlerarası örf-adet kuralları uyarınca belirlenebileceğini, bu kuralların ise her an değişebileceğini dile getirmektedir.

¹⁵⁷⁰ **Gündüz, Cebri İcra**, s. 5; **Özdemir Kocasakal**, s. 537; **Çelikel/Erdem**, s. 647; **Süral**, s. 198; **Lagarde**, s. 158.

¹⁵⁷¹ **Gündüz, Cebri İcra**, s. 20-21; **Nomer, Kaza Muafiyeti**, s. 492; **Özdemir Kocasakal**, s. 538; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 345; **Çelikel/Erdem**, s. 647; **Süral**, s. 198. Aynı yönde bkz. Dominique Favre, **L’immunité d’exécution des états et des organisations internationales: La pratique suisse, Droit des immunités et exigences du procès équitable, sous la direction de Isabelle Pingel, Editions Pedone 2004**, s. 129-130.

sınırlamaların yargı bağışıklığına getirilen sınırlamalardan daha katı olduğu da ifade edilmektedir.¹⁵⁷²

İcra bağışıklığının ne zaman söz konusu olması gerektiğine dair öteden beri ileri sürülen fikirler temel olarak yargı bağışıklığı ile icra bağışıklığının örtüşüp örtüşmediği noktasında toplanmaktadır. Ağırlıklı olarak kabul gören görüş, yargı bağışıklığı ile icra bağışıklığının aynı kritere dayanmadığı¹⁵⁷³, bu iki kavramın birbirinden bağımsız biçimde ele alınması gerektiği görüşüdür.¹⁵⁷⁴ Bu görüş uyarınca, birbirine çok yakın iki kavram olmalarına rağmen, yargı bağışıklığı ile icra bağışıklığı konusunda belirleyici kriterler farklıdır ve bu iki kavram birçok halde örtüşmemektedir.¹⁵⁷⁵ Ayrıca, yabancı devletin yargı bağışıklığından feragat etmiş olması, icra bağışıklığından da feragat edildiği anlamına gelmemektedir.¹⁵⁷⁶ Cebri icra bağışıklığından ayrıca ve açıkça feragat edilmesi gerekmektedir.¹⁵⁷⁷

Bir devlete ait malların hangilerinin icraya konu olamayacağına ilişkin kuralların milletlerarası örf-adet hukukunda ve devletlerin kendi aralarında akdetmiş oldukları anlaşmalarda yer aldığı ifade edilmektedir.¹⁵⁷⁸ Milletlerarası hukukta genel kabul gördüğünü ifade ettiğimiz sınırlı icra bağışıklığı teorisi uyarınca, icraya konu olacak malların niteliği ve kullanım amacı dikkate alınmaktadır.¹⁵⁷⁹ Buna göre, kamusal amaçlara tahsis edilmiş, yabancı devletin kamusal yetkilerini kullanmak ve bu çerçevede yükümlülüklerini yerine getirmek

¹⁵⁷² **Süral**, s. 199. Favre da, icra bağışıklığının yargı bağışıklığına nazaran daha geniş ölçüde kabul gördüğünü belirtmektedir. Bkz. Favre, **L'immunité d'exécution**, s. 129.

¹⁵⁷³ İcra bağışıklığını yargı bağışıklığı ile birlikte ele alan görüş ve uygulamalar için bkz. Gündüz, **Cebri İcra**, s. 2-4; **Özdemir Kocasakal**, s. 539-541.

¹⁵⁷⁴ Gündüz, **Cebri İcra**, s. 3; Hazel Fox, **Immunity from Execution and Effective Redress: The Paractice of Common Law States; A Few Comments, Droit des immunités et exigences du procès équitable, sous la direction de Isabelle Pingel, Editions Pedone 2004**, s. 131. Ayrıca bkz. **Özdemir Kocasakal**, s. 541; Favre, **L'immunité d'exécution**, s. 129. Yazar, İsviçre doktrininde, her ne kadar yargı ve icra bağışıklığının birbirinden bağımsız kavramlar olduğu savunulsa da, içtihadın yargı bağışıklığına uygulanan ilkelerin icra bağışıklığı bakımından da geçerli olduğunu kabul ettiğini, zira icra bağışıklığının yargı bağışıklığının bir sonucu olduğundan hareket edildiğini vurgulamaktadır.

¹⁵⁷⁵ **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 339; **Şanlı, Ticari Akitler**, s. 129.

¹⁵⁷⁶ Gündüz, **Cebri İcra**, s. 5; **Özdemir Kocasakal**, s. 542-543; **Nomer**, s. 429; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 339; **Şanlı, Ticari Akitler**, s. 129; **Süral**, s. 216; **Abraham**, s. 115; Fox, **Immunity from Execution**, s. 131.

¹⁵⁷⁷ Örneğin, bir devletin tahkim anlaşması imzalaması ve tahkim yargılaması sonunda verilecek kararı uygulamak konusunda yükümlülük altına girmesi halinde, bu yükümlülüğün icra bağışıklığından feragat anlamına gelip gelmediği tartışmalıdır. Bkz. **Abraham**, s. 115-116; **Özdemir Kocasakal**, s. 560-562. Fox, belirli bir davranış (örneğin davalı olarak davanın esası hakkında görüş bildirme) veya anlaşma ile bir devletin yargısına tabi olmayı kabul eden yabancı devletin, icrai tedbirlere de tabi olmak yönünde iradesinin varlığından bahsedilemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. Fox, **Immunity from Execution**, s. 131.

¹⁵⁷⁸ **Özdemir Kocasakal**, s. 554; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 345-346; **Şanlı, Ticari Akitler**, s. 130; **Doğan**, s. 44; **Abraham**, s. 113-114..

¹⁵⁷⁹ Gündüz, **Cebri İcra**, s. 5; **Özdemir Kocasakal**, s. 542;

üzere kullandığı mallar icra bağımsızlığına sahiptir.¹⁵⁸⁰ Kamusal amaçtan kasıt, savunma, güvenlik, diplomasi gibi yabancı devletin hakimiyet alanına giren konulardır.¹⁵⁸¹ O halde, yabancı devlete ait olan ve bu devletçe kamusal amaçlara tahsis edilmemiş olan, örneğin yabancı devletin özel hukuka ilişkin / ticari bir faaliyeti gereği mülkiyetinde bulunan mallar icraya konu olabilecektir.¹⁵⁸² Bu açıdan, icrai işleme konu olacak yabancı devlete ait malın, uyuşmazlık konusu ticari ilişki veya faaliyete özgülenmiş olması aranmamaktadır; kamusal amaca hizmet etmediği sürece yabancı devletin herhangi bir mal hakkında icrai işlem uygulanabilecektir.¹⁵⁸³

Bu noktada, bir malın kamusal amaca tahsis edilmiş olup olmadığını tespit açısından başvurulabilecek kriterlerin ne olacağı sorusu ile karşılaşılmaktadır. Doktrinde, “*icra konusu malı elinde tutan, yani icra bağımsızlığını ileri süren kişinin sıfatı*”nın veya “*icrai işleme yol açan alacağın kaynağı*”nın dikkate alınabileceği

¹⁵⁸⁰ Nomer, **Kaza Muafiyeti**, s. 492-493; **Özdemir Kocasakal**, s. 542; **Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe**, s. 346; **Şanlı, Ticari Akitler**, s. 130; **Abraham**, s. 114-115.

¹⁵⁸¹ **Özdemir Kocasakal**, s. 543; **Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe**, s. 346; **Şanlı, Ticari Akitler**, s. 131; **Çelikel/Erdem**, s. 647; **Süral**, s. 314. Yazar, diplomatik temsilcilik ve konsolosluk binaları ile doğrudan diplomatik amaçlarla kullanılan tüm malvarlıklarının, savaş gemileri dahil askeri ekipmanın, bir uluslararası organizasyona üyelik ile bağlantılı olan malvarlığının icra bağımsızlığına sahip olduğunu dile getirmektedir. Bkz. s. 198. Ayrıca bkz. Nomer, s. 432. Yazar, bir malın kamusal amaca tahsis edilmiş olup olmadığının belirlenmesinde *lex forin*in uygulama alanı bulacağını belirtmektedir.

¹⁵⁸² Bkz. Yarg. 12.HD, E. 2004/6469 K. 2004/13007, 24.05.2004 tarihli kararı: “*Yargı bağımsızlığı ve cebri icra bağımsızlığı birbirinden farklıdır. Yargı bağımsızlığı tespit edilirken ihtilaf konusu hukuki ilişkinin veya işlemin niteliği veya amacı dikkate alınırken cebri icra bağımsızlığının tespitinde ihtilaf konusu ilişkiden ziyade cebri icraya konu olacak malın mahiyeti, kullanım biçimi dikkate alınmak zorundadır. Avrupa'daki devletlerin uygulamalarında yabancı devletin bir ticari faaliyeti ile ilgili olarak kullanılan malların cebri icra bağımsızlığından yararlanmayacağı görüşü çoğunlukla kabul edilmektedir.*

Yabancı devlete ait olup ülkede bulunan diplomatik ve konsolosluk amaçları için kullanılmayan mallara taşınmazlara karşı cebri icra mümkündür. Örneğin yabancı devlet diğer devlet topraklarında bir ticari teşebbüs yürütür ve bu amaçla burada malları da varsa cebri icra mümkündür. Yabancı devletin demir yollarına ait vagonları, depoladığı tütünleri, yabancı devletin bir mahalli bankaya yatırılmış ticari teşebbüs için ayrılmış parası, yabancı bir devletin bir fert ile yaptığı sözleşme gereği bankaya teminat olarak yatırılan para, yabancı devletin ticari sahada ticari amaçla kullandığı uçakları, v.s. gibi malları haczedilebilir.

Türk Devletin kabul ederek 20.5.1975 tarihinde onayladığı ve Türk Devleti ile Türkmenistan Devleti arasında 29.4.1994 tarihinde imzalanan “Diplomatik İlişkiler Üzerine Viyana Sözleşmesi”nin 22, 23 ve 24. maddeleri dikkate alındığında, amacın sadece elçiliğin veya konsoloslüğün giderlerini ve işletme masraflarını karşılamak üzere tutulan yabancı bir devlete ait Büyükelçiliğin veya Konsoloslüğün cari genel bir banka hesabı aleyhine bir takip ile ilgili olarak cebri icra uygulanamaz. Mahkemece şikayete konu banka hesabındaki paraların bu niteliği taşıyıp taşımadığı ilgili banka şubesinden araştırılarak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile bu paralar üzerindeki haczin kaldırılması doğru olmadığı gibi ticari sahada faaliyet gösteren uçakları ile ilgili olarak haciz, muhafaza uygulaması ve seferden menine ilişkin yazıların kaldırılması isteminin reddine karar vermek gerekirken Viyana Sözleşmesinin 22. maddesinin yanlış yorumlanmak suretiyle buna ilişkin şikayetin kabulü de isabetsizdir.”

(www.kazanci.com; erişim tarihi: 15.11.2016).

¹⁵⁸³ **Özdemir Kocasakal**, s. 546-547; **Doğan**, s. 42.

belirlenmektedir.¹⁵⁸⁴ Şayet, yabancı devlet, icrai işleme konu edilmek istenen malın ne amaçla kullanıldığına ilişkin önceden bir açıklamada bulunmuş ise, icra bağıışıklığının tanınmasının gerekip gerekmediği konusunda güçlük çekilmeyeceği, ancak bu durumun istisnai olduğu belirtilmektedir.¹⁵⁸⁵ Diğer taraftan, böyle bir beyan söz konusu olsa dahi, bu beyanın gerçeği yansıtır yansıtmadığı konusunda da sorun çıkabilecektir. Dolayısıyla, icrai işleme konu yapılmak istenen malın kamusal amaca tahsis edilmiş olup olmadığına ilişkin ispat yükünün hangi tarafa yükleneceği sorusu ortaya çıkmaktadır.¹⁵⁸⁶

İcra bağıışıklığına konu malın tahsis amacına ilişkin ispat yükünün farklı uygulamalara konu olduğu belirtilmekte,¹⁵⁸⁷ “milletlerarası ilişkilerin bozulmasını önlemek amacıyla”, ispat yükünün davacı tarafa yüklenmesinin daha doğru olacağı savunulmaktadır.¹⁵⁸⁸ Bu görüşe katılamamaktayız. Zira, günümüzde bu görüşün tam aksine, yabancı bir devletin egemenliğine bireylerin haklarından daha çok önem verilmesi ve öncelik tanınmasının milletlerarası ilişkileri daha çok bozduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Diğer taraftan, icra bağıışıklığının söz konusu olduğunu ileri süren taraf yabancı devlettir. Konuya gerek usul hukukunun temel prensipleri, gerekse çalışmamızın ana eksenini oluşturan adil yargılanma hakkı ve mahkemeye erişim kapsamında hükmün icrası hakkı lehine bir bakış açısıyla yaklaşarak, icrai işleme konu edilmek istenen malın icra bağıışıklığı kapsamında olduğuna ilişkin ispat yükünün yabancı devlete ait olması gerektiği kanısındayız.

Türk hukukunda, yabancı devletin icra bağıışıklığını düzenleyen bir hüküm yer almamaktaydı. Konu ile ilgili tartışmalar yukarıda açıkladığımız ve milletlerarası hukukta kabul gören görüşlere dayanmaktaydı. Diğer taraftan, “devlet mallarının haczolunamayacağını” düzenleyen İİK m. 82/f. 1’in yabancı devlete ait malları kapsayıp kapsamadığı konusu da tartışılmaktaydı. Fakat, İİK m. 82 hakkındaki bu tartışmalar, İİK m. 32’ye 02.07.2012 tarihinde 6352 sayılı Kanun¹⁵⁸⁹ ile eklenen ikinci fıkra ile son bulmuştur.¹⁵⁹⁰ Anılan hüküm uyarınca, “yabancı

¹⁵⁸⁴ Özdemir Kocasakal, s. 544.

¹⁵⁸⁵ Özdemir Kocasakal, s. 543.

¹⁵⁸⁶ Özdemir Kocasakal, s. 542.

¹⁵⁸⁷ Gündüz, Cebri İcra, s. 20; Özdemir Kocasakal, s. 542.

¹⁵⁸⁸ Gündüz, Cebri İcra, s. 20.

¹⁵⁸⁹ RG. 05.07.2012 – S. 28344.

¹⁵⁹⁰ Bu hükmün eklenmesinden önce de, doktrinde “devlet mallarının haczolunamayacağını” düzenleyen İİK m. 82/f. 1’in yabancı devlete ait malları kapsamadığı ileri sürülmekteydi. Bkz. Gündüz, Cebri İcra s. 15; Özdemir Kocasakal, s. 553; Nomer, s. 431; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s. 347; Şanlı, Ticari Akitler, s. 132, Ekşi, Tanıma-Tenfiz, s. 704; Süral, s. 310. Ayrıca bkz. Yarg. 12.HD, E. 2004/6469 K. 2004/13007, 24.05.2004 (www.kazanci.com), erişim tarihi: 15.11.2016).

devlet aleyhine başlatılan ilamlı icra takiplerine ilişkin icra emrinde uluslararası antlaşmalar saklı kalmak kaydıyla, borçlu devlete ait olan mallar hakkında cebri icra yapılabileceği hususu ayrıca ihtar edilir.” Böylece, hukukumuzda, yabancı devletlere karşı ilamlı icra takibinde bulunulabileceği ve borçlu devlete ait mallar hakkında icrai işlem yapılabileceği açıkça kabul edilmiş bulunmaktadır. Yabancı devletlere karşı ilamsız icra takibi yapılması ise kabul edilmemektedir. Zira, 6352 sayılı Kanun ile İİK m.42’ye eklenen ikinci fıkra uyarınca, “yabancı devlet aleyhine ilamsız takip yoluna başvurulamaz”.¹⁵⁹¹ İİK m. 32 ve m. 42’ye eklenen bu hükümlerin MÖHUK’un 49. maddesine eklenerek, milletlerarası usul hukukunun konuları arasında yer alan yargı ve icra bağışıklığının tek bir madde ile MÖHUK’da düzenlenmesi sağlanabilirdi.

Son olarak, icra bağışıklığından yalnızca yabancı devletlerin faydalanabileceğini belirtmekte fayda vardır. Yabancı devletlerin, ticari faaliyetlerini devletten bağımsız tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar aracılığıyla sürdürmeleri halinde, bu kuruluşlar, yabancı devlet tarafından kontrol ediliyor olsalar dahi, icra bağışıklığını ileri sürme hakkına sahip olamayacaklardır.¹⁵⁹²

2. Yargı ve İcra Bağışıklığının Adil Yargılanma ve Mahkemeye Erişim Hakkı Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Çalışmamızın ilk bölümünde ifade ettiğimiz üzere, yargı ve icra bağışıklığı, genel olarak, kısaca “devletler arası nezaket ve iyi ilişkilerin geliştirilmesi” şeklinde belirtilen “meşru” bir amaca yönelik olduğu kabul edilerek AİHM tarafından da mahkemeye erişimin kısıtlanabileceği haller arasında sayılmaktadır.¹⁵⁹³ AİHM,

¹⁵⁹¹ Yabancı devletler çoğu zaman haklarında başlatılan icra takiplerine katılmamayı tercih etmektedirler. Buna bağlı olarak, haklarında başlatılan ilamsız icra takiplerinin kesinleşmesi sonucunda yabancı devlet malları üzerinde icrai işlemlerin yapılmasının devletler arasında sürtüşmeye sebep olabileceği, bu nedenle yabancı devlet hakkında ilamsız icra takibi yapılmasının önüne geçildiği belirtilmektedir. bkz. **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 348. Ayrıca bkz. **Süral**, s. 312.

¹⁵⁹² **Özdemir Kocasakal**, s. 551-552. Diplomatik temsilciliklerin (misyon binalarının, bu binalar içindeki eşyalar ile misyona ait nakil araçlarının ve diplomatik temsilcilerin özel konutlarının) icra bağışıklığı ise Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi’nde (m. 22 ve m. 30) düzenlenmektedir.

¹⁵⁹³ Yargı bağışıklığı ile ilgili olarak bkz. yukarıda AİHM *Fogarty – Birleşik Krallık* kararı, prgf. 34-39; yukarıda AİHM *McElhinney – İrlanda* kararı, prgf. 35-40; yukarıda AİHM *Al-Adsani – Birleşik Krallık* kararı, prgf. 56-67; yukarıda AİHM *Jones ve Diğerleri – Birleşik Krallık* kararı, prgf. 193-198; AİHM *Kalogeropoulou ve Diğerleri – Yunanistan ve Almanya* kararı (Kabul edilmezlik kararı, Karar Tarihi: 12.12.2002 / Başvuru No: 59021/00). İcra bağışıklığı ile ilgili olarak bkz. AİHM *Manoilescu ve Dobrescu- Romanya ve Rusya* kararı, prgf. 73 (Kabul edilmezlik kararı, Karar tarihi: 03.03.2005 / Başvuru No: 60861/00). Ayrıca bkz. Emmanuel Voyiakos, **Access to Court vs. State**

yargı ve icra bağısıklığına ilişkin sorunların “sözleşmeler hukukuna ilişkin teamül kuralları” çerçevesinde ve AİHS’in de bir uluslararası sözleşme olmasından yola çıkarak, Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin¹⁵⁹⁴ “genel yorum kuralı” başlığını taşıyan 31. maddesinin 3. fıkrasının c bendi kapsamında değerlendirmek gerektiğini dile getirmektedir.¹⁵⁹⁵ Anılan hüküm, uluslararası sözleşmelerde yer alan (ve dolayısıyla AİHS’de düzenlenen) hükümlerin yorumlanmasında, Sözleşme tarafı devletler arasında “uygulanabilir uluslararası hukuk kurallarının” dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir.

Bununla birlikte, AİHM, söz konusu sınırlamanın orantılı olmasına ve mahkemeye erişim hakkı kısıtlanan kişilerin başka (alternatif) yollarla hak

Immunity, The International and Comparative Law Quarterly Vol. 52 No.2 (Apr. 2003), s. 300; Jérôme Candrian, L’immunité des Etats face au droits de l’homme et à la protection des biens culturels, Schulthess 2005, s. 662; Dardağan Kibar, s. 701-704; Sudre, s. 417; Gilliaux, s. 410-411; Fawcett, s. 17-18.

Bu noktada yargı ve icra bağısıklığına ilişkin sorunlara AİHS’in uygulanabilir olup olmadığına ilişkin tartışmalara kısaca değinmek isteriz. AİHS’in 1. maddesinde, Sözleşme’ye taraf devletlerin “kendi yetki alanları içinde bulunan herkese” Sözleşme ile düzenlenen hak ve özgürlükleri tanımakla yükümlü oldukları belirtilmektedir. Doktrinde, AİHM’nin, “yetki alanı” ifadesini, milletlerarası özel hukuk bakımından taşıdığı anlamdan çok, uluslararası hukuka uygun şekilde yorumladığı ifade edilmektedir. Bu yorumun bir sonucu olarak ise, Sözleşme tarafı devlet mahkemelerinde yabancı devletlerin eylemleri dolayısıyla yargılanmalarına imkân vermeyen yargı bağısıklığına ilişkin kuralların, taraf devletlerin “yargı yetkisini ortadan kaldırdığını”, bu nedenle aslında AİHS m. 1’in, yargı bağısıklığı kapsamına giren üçüncü devletlerin işlem ve eylemleri hakkında m. 6/f. 1’in uygulanmasına engel olduğu vurgulanmaktadır. Bununla birlikte, ne (yabancı devletlere tanınan yargı bağısıklığı nedeniyle adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini ileri süren) başvurucların ne de bu başvurulara muhatap olan taraf devletlerin bu durumu öne sürerek, bu tür başvurularda AİHS’in uygulama alanı bulamayacağını ileri sürmediklerine dikkat çekilmektedir. Bkz. **Voyiakis**, s. 309-310; **E.Guinchard**, s. 204-205. Dolayısıyla, yazar, yabancı devletin bir işlem veya eyleminin konu edildiği başvurularda AİHS m. 1’in dikkate alınmasının adaletin inkârının ve adil yargılanma hakkının ihlalinin önlenmesi açısından adeta bir “çıkılmaz” götüreceğini belirtmekte, bu nedenle m. 1 ile m. 6’nın bağımsız olarak ele alınması gerektiğini savunmaktadır (bkz. s. 206). Sudre de, yargı bağısıklığına ilişkin meselelerin AİHS m. 1 gerekçe gösterilerek AİHS m.6/f. 1’in uygulama alanı dışında bırakılmasının mümkün olmadığını, hukukun üstünlüğü ilkesinin yargı bağısıklığını adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkı bakımından denetime tabi tutulmasını gerekli kıldığını, aksinin adaletin inkârına yol açacağını vurgulamaktadır. Bkz. Sudre, **La jurisprudence de la CEDH**, s. 21-22. Nitekim AİHM de yargı bağısıklığına ilişkin sorunların AİHS m. 6/f. 1’in uygulama alanına girdiğini kabul etmekte ve yargı bağısıklığını bir “usulî engel (*obstacle / barrière procédurale*)” olarak tanımlamaktadır. Doktrinde de, AİHM’nin, yargı bağısıklığına tanınan “adil yargılanma denetiminden bağısıklığa” son verdiği belirtilmektedir. Bkz. Sudre, **La jurisprudence de la CEDH**, s. 22. Yazar ayrıca, yargı bağısıklığının aslında, mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasından çok, kişilerin mahkemeye erişim hakkından mahrum bırakılması anlamını taşıdığını belirtmekte, AİHM’nin yargı bağısıklığını bir “sınırlama” olarak nitelendirerek yargı bağısıklığı lehine yorum yaptığını dile getirmektedir (Bkz. s. 24).

Yargı bağısıklığının AİHS m. 1 ve etkin başvuruya ilişkin m. 13 çerçevesinde değerlendirilmesi için bkz. Fouad Zarbiev, **Quelques observations sur le traitement de l’exception d’immunité juridictionnelle de l’Etat étranger par la Cour européenne des droits de l’homme, Revue trimestrielle des droits de l’homme 15/59 (2004)**, s. 624 vd.

¹⁵⁹⁴ Vienna Convention on the Law of Treaties, Concluded at Vienna on 23.05.1969, UN Treaty Series No.18232.

¹⁵⁹⁵ **Voyiakis**, s. 300. Ayrıca bkz. yukarıda AİHM *Fogarty - Birleşik Krallık* kararı, prgf. 35; yukarıda AİHM *Al-Adsani - Birleşik Krallık* kararı, prgf. 55; yukarıda AİHM *McElhinney - İrlanda* kararı, prgf. 36.

aramalarına imkân sağlanıp sağlanmadığına dikkat etmektedir.¹⁵⁹⁶ Ayrıca, AİHM, “somut olayın şartlarının, söz konusu bağışıklığı tanımayı, yani mahkemeye erişim hakkının kısıtlanmasını gerekli kılıp kılmadığını” da incelemektedir.¹⁵⁹⁷ Bu kapsamda, AİHM, devletlerin büyükelçilik veya konsolosluklarda çalışan kişilerle arasında doğan iş hukukuna dayalı uyuşmazlıklarda¹⁵⁹⁸, kişisel zararlardan doğan uyuşmazlıklarda¹⁵⁹⁹ ve yabancı devletlerin girmiş olduğu ticari ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda¹⁶⁰⁰ sınırlı yargı bağışıklığı tanınabileceğini kabul etmekte; anılan konularda yabancı devletlere yargı bağışıklığı tanınmasını mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak görmektedir.¹⁶⁰¹ Belirtmek gerekir ki, AİHM, yabancı devletin yargı bağışıklığına ilişkin verdiği kararlarda somut olay odaklı bir inceleme yaparak, mahkemeye erişim hakkının engellendiğine ilişkin kesin ve net çizgiler koymaktan kaçınmaktadır. Bu durum doktrinde eleştirilmekte, AİHM’nin insan hakları konusunda bazen “uç” noktalara varan kararlar vermekte ise de, yargı bağışıklığına ilişkin sorunların “aksi bir örnek olarak” ön plana çıktığı ifade edilmektedir.¹⁶⁰²

¹⁵⁹⁶ AİHM *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein - Almanya* kararı, prgf. 48 (Karar Tarihi: 12.07.2001 / Başvuru No: 42527/98); AİHM *Waite ve Kennedy - Almanya* kararı, prgf. 67-68 (Karar Tarihi: 18.02.1999 / Başvuru No: 26083/94).

AİHM’nin bu değerlendirmesi de doktrinde eleştirilmektedir. Zira yargı bağışıklığının meşru ve orantılı bir “mahkemeye erişim hakkı sınırlaması” olarak kabulü bakımından, alternatif bir hak arama yolunun varlığının dikkate alınması gereklidir ve fakat yeterli değildir. bu bağlamda, alternatif olarak gösterilen hak arama yolunun etkin olup olmadığının da araştırılmasının gerekli olduğu savunulmaktadır. Bkz. Sudre, *La jurisprudence de la CEDH*, s. s. 27-28; *Milano*, s. 304.

¹⁵⁹⁷ Doktrinde, AİHM’nin yargı bağışıklığının mahkemeye erişim hakkı ile ilişkisi konusundaki bakiş açısını “gereklilik” kavramı üzerine kurduğu belirtilmektedir. Bkz. Marco Gestri, *Access to a Court and Jurisdictional Immunities of States: What Scope for the Balancing of Interests Test?*, *Symposium: The Future of the ECHR System, The Italian Yearbook of International Law*, Vol:20 2010, s. 93. Ayrıca bkz. AİHM *Cudak - Litvanya* kararı, prgf. 59 (Karar Tarihi: 23.03.2010 / Başvuru No: 15869/02); AİHM *Oleynikov - Rusya* kararı, prgf. 59 (Karar Tarihi: 14.03.2013 / Başvuru No: 36703/04).

¹⁵⁹⁸ Bkz. yukarıda AİHM *Fogarty - Birleşik Krallık* kararı, prgf. 37; yukarıda AİHM *Cudak - Litvanya* kararı, prgf. 62-73 ; yukarıda AİHM *Sabeh El Leil - Fransa* kararı, prgf. 53. AİHM, her türlü iş sözleşmesi uyuşmazlığını yargı bağışıklığının dışında tutmamakta, yapılan işin diplomatik veya konsüler hizmete ilişkin olup olmadığına veya uyuşmazlığın diplomatik veya konsüler amaçlarla yapılan işlemlerden doğup doğmadığına bakmaktadır. Ayrıca bkz. *Nomer*, s. 424. Yazar, yargı bağışıklığının tanınmasında, “diplomatik görev ile ihtilaf konusu iş arasındaki fonksiyonel ilişki”nin belirleyici olduğunu dile getirmektedir.

¹⁵⁹⁹ Bkz. yukarıda AİHM *McElhinney - İrlanda* kararı, prgf. 37-40.

¹⁶⁰⁰ Bkz. yukarıda AİHM *Oleynikov - Rusya* kararı, prgf. 61.

¹⁶⁰¹ AİHM’nin “bir fiilin yabancı devletin egemenlik hakkına ilişkin olup olmadığı” konusundaki değerlendirmesinin mahkemeye erişim hakkı ile bağdaşmayacak ölçüde dar olduğu dile getirilmekte, bu çerçevede AİHM’nin ileri sürdüğü gerekçelerin bir hayli “kırılgan olduğu”nun altı çizilmektedir. Bkz. *Cohen-Jonathan/Flauss*, s. 443.

¹⁶⁰² *E.Guinhard*, s. 201-211; *Cohen-Jonathan/Flauss*, s. 442. Zarbiev, yargı bağışıklığının yarattığı ve fakat AİHM tarafından ele alınmayan bir soruna dikkat çekmektedir. Yazar, yargı bağışıklığının silahların eşitliği ilkesine aykırı olup olmadığı sorusunun sorulabileceğini, zira, davacının yargı bağışıklığından faydalanan devlete karşı, yabancı bir mahkemeye başvurmadan alıkonarak, davalı devlete karşı zayıf duruma düşürüldüğünün düşünülebileceğini dile getirmektedir.

Her ne kadar, yargı ve icra bağışıklığının dayandığı sebepler, AİHM tarafından, mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılması açısından “meşru amaç” olarak kabul görüyorsa da, meşru bir amacın varlığı yetmemekte, aynı zamanda meşru amaca yönelik şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine ve sınırlamanın meşru amaç ile orantılı olup olmadığına da bakılmaktadır.¹⁶⁰³ Diğer taraftan, AİHM, AİHS m. 6/f. 1 kapsamında değerlendirdiği sınırlamaların adil yargılanma hakkının ihlaline yol açıp açmadığı konusunda hakkın özüne zarar verilip verilmediğini de incelemektedir. Bu çerçevede, yabancı devlete (veya devletin temsilcilerine ya da yargı veya icra bağışıklığı tanınan kişi ya da kurumlara) yargı bağışıklığı tanınmasının, kişilerin mahkemeye erişim haklarının özüne zarar verdiği konusunda şüphe yoktur. Aynı şekilde, icra bağışıklığı tanınmasının ise yine hükmün icrası kapsamında, kişilerin mahkemeye erişim haklarının özüne zarar vereceği açıktır.¹⁶⁰⁴ Zira, gerek dava açma hakkı, gerekse hükmün icrası hakkı engellenen kişilerin yapabilecekleri tek şey, sorunun, yabancı devlet ile vatandaşı oldukları devlet arasında diplomatik yollardan çözümünü beklemektir.¹⁶⁰⁵ Özellikle, kişilerin “davalı” devlet mahkemelerine başvurmaktan kaçınmak için haklı sebeplerinin var olduğu durumlarda, adil yargılanma hakkının ihlali kaçınılmaz olmaktadır. Bununla birlikte, AİHM’ye göre, meşru bir amacın varlığı, yargı veya icra bağışıklığının söz konusu olduğunun tartışmasız olduğu durumlarda, kişilerin hak arama özgürlüğünün engellenmesine yol açacak şekilde karar verilmesini haklı kılmaktadır. Doktrinde AİHM’nin yargı bağışıklığı ile AİHS m. 6/ f. 1 arasındaki ilişkide takdir hakkını taraf devletler lehine kullandığı belirtilmektedir.¹⁶⁰⁶

Bununla birlikte, silahların eşitliği ilkesinin, tarafların “usulî statü”lerinin mutlak şekilde eşit olması yönünde bir kaide koymadığını belirterek, yargı bağışıklığının silahların eşitliği ilkesine aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Bkz. **Zarbiev**, s. 626-627.

¹⁶⁰³ Yargı bağışıklığına ilişkin kuralların AİHM tarafından ikili bir incelemeye tutulduğu belirtilmektedir: meşruiyet incelemesi, ki AİHM’nin bu konuda bir itirazı bulunmamaktadır; orantılılık incelemesi, ki AİHM yargı bağışıklığının mahkemeye erişimin engellenmesi bakımından orantılı olduğunu varsaymaktadır (Bkz. **Sudre**, s. 416). İngiliz mahkemeleri de aynı inceleme yöntemini benimsemektedir. Lordlar Kamarası, *Jones v Ministry of Interior for the Kingdom of Saudi Arabia* kararında (2006 2 WLR 1424), AİHS m. 6 ile korunan mahkemeye erişim hakkının yargı bağışıklığından etkilendiğini, mahkemeye erişim hakkının bu şekilde engellendiğini, bununla beraber önemli olanın bu engelin meşru bir amaç gözetilerek ve orantılı sonuçlar yaratacak şekilde kabul edilip edilmediği olduğunu ifade etmiştir. Bkz. **Fawcett**, s. 17-18, 87 nolu dn; **Juratowitch**, s. 190-191.

¹⁶⁰⁴ Fox, **Immunity from Execution**, s. 135. Yazar, yabancı devlete icra bağışıklığı tanınması halinde, hükmün icrasını sağlamak bakımından tek yolun, borçlu devlerin onayını almak olduğunu belirtmekte ve bu durumun mahkemeye erişim hakkının etkinliği bakımından ciddi bir sınırlama oluşturduğunu dile getirmektedir.

¹⁶⁰⁵ **Çelikel/Erdem**, s. 631. Ayrıca bkz. **Toluner**, s. 372.

¹⁶⁰⁶ **Cohen-Jonathan/Flauss**, s. 443-444.

Yargı ve icra bağışıklığının mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkı açısından yarattığı sonuçlar Türk doktrininde de tartışılmış, yargı bağışıklığının hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı ile “bağdaşmadığı” belirtilmiştir.¹⁶⁰⁷ Sorun, uluslararası hukukta kabul gören iki ilkenin hangisine öncelik tanınacağı ile ilgilidir. Şayet konuya “meşru amaç” bakış açısıyla yaklaşılacak olursa, yargı bağışıklığına öncelik tanınmış olacak, “hakkın özüne verilen zarar” bakış açısıyla yaklaşılacak olursa, mahkemeye erişim hakkı ön plana alınmış olacaktır. Zira, meşru amacın varlığına rağmen, hakkın özüne bu derece zarar veren bir sınırlamanın meşru amaca dayansa dahi kabul edilemeyecek olduğu sonucuna varılacaktır.¹⁶⁰⁸

¹⁶⁰⁷ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 337; Şanlı, *Ticari Akitler*, s. 123-124.

¹⁶⁰⁸ Bu noktada Fransız mahkemelerinin uluslararası hukukta kabul gören bu iki temel ilke arasında yarattığı hiyerarşide adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkını yargı bağışıklığına üstün tuttuğunu belirtmek gerekmektedir. Fransız mahkemelerinin uygulamasına değinmemizin sebebi, ayrıntısına girmeden bahsedeceğimiz bu çözüm tarzının uluslararası özel hukukun yetki sistemi açısından epeyce ilgi çekici ve fakat bir o kadar tartışmaya açık olmasıdır. Fransız Temyiz Mahkemesi (Cr de Cass., Chambre Sociale) 25.01.2005 tarihinde verdiği bir karara (Arrêt Degboe, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007051781>) konu olay şu şekildedir: Merkezi Fildişi Sahilleri’nde bulunan bir milletlerarası örgüt statüsündeki Afrika Kalkınma Bankası’nda (AKB) çalışırken işine son verilen bir Fransız vatandaşının (M.Degboe), yargı bağışıklığının söz konusu olmasına bağlı olarak, söz konusu örgüt bünyesinde veya Fildişi Sahilleri mahkemelerinde iş sözleşmesinin feshine dayalı taleplerini ileri sürebileceği bir yargılama imkânını elde edememiştir. Bunun üzerine M. Degboe Paris mahkemelerinde dava açmıştır. Paris Mahkemesi AKB’yi tazminat ödemeye mahkum etmiştir. İtiraz üzerine yapılan incelemede Fransız Temyiz Mahkemesi (*Cr de Cass*), böyle bir durumda Fransız mahkemelerinin olağanüstü yetkisinin doğacağını belirtmiştir. *Cr de Cass.*, AİHS m. 6/f. 1’e dayanarak, Fransız vatandaşı kişinin, hakkını elde etmek amacıyla başvurabileceği hiçbir yol olmaması halinde, zayıf taraf konumundaki bu kişinin korunmaya muhtaç olması nedeniyle, Fransız mahkemelerinin yetki tesisine imkân sağlamıştır. Böyle bir durumda, Fransız mahkemelerinin “kaçış / acil durum hakimi (*for de secours*)” olarak, kişilerin mahkemeye erişim hakkını etkin bir şekilde kullanmalarını sağlamak ve böylece uluslararası alanda adaletin inkârının (*déni de justice internationale*) yaratacağı sonuçları bertaraf etmekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Sonuç olarak karar iki temel noktaya dayanmaktadır: adaletin inkârının önlenmesi ve mahkemeye erişim hakkı. Bununla birlikte, bu içtihadın ve *for de secours* doktrininin tüm yargı bağışıklığı hallerini kapsamadığı gibi, dünyanın herhangi bir ülkesinde yargı bağışıklığı sebebiyle mahkemeye erişim hakkını kullanamayan herkesin Fransız mahkemelerine başvurabileceği sonucunu yaratmadığı belirtilmektedir. Zira somut olayda davacı Fransız vatandaşıdır ve Fransız mahkemeleri kendi yer itibarıyla yetki kuralları uyarınca yetkili mahkeme olarak karar verme hakkına sahiptir. *Cr. de Cass*, *acil durum hakimi* olarak yetkisini tesis ederken uyuşmazlığın Fransa ile bağının olup olmadığına dikkat etmektedir. Kararın yorumu ve incelemesi için bkz. François Viangalli, *Immunité de juridiction et déni de justice*, *Recueil Dalloz* 2005, s. 1540, prgf.1-10; *Audit*, s. 409 vd.; *Pingel*, s. 477 vd.; *Moissinac-Massénat*, s. 2 vd. Hak arama özgürlüğünün ihlali ve adaletin inkârı sonucunun doğması halinde yargı bağışıklığının tanınması gerektiği yönünde bkz. *Flauss*, s. 305. *Cr. De Cass*’ın verdiği bu sonuç, kararın yabancı bir ülkede tenfizinin gerekli olmaması sebebiyle somut olay açısından çok fazla sorun yaratmayacaksa da, kararın yabancı bir devlet mahkemesinde, örneğin Türk mahkemelerinde tenfizinin talep edilmesi halinde aşırı yetki denetimi açısından ciddi şekilde tereddütlerle yaklaşılabilir niteliktedir.

Sonuç olarak, Fransız yüksek yargısının, mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkını, yargı bağışıklığı ile gözetilen “meşru amaca” üstün tuttuğu ortadadır. Bkz. *Audit*, s. 409 vd, I/A. Zira, davacının Fildişi Sahilleri mahkemelerine ulaşmasındaki zorluklar, onun hak arama özgürlüğünü ihlâl edecek niteliktedir. Bkz. *Pingel*, s. 447 vd., *Cr. de Cass*’ın bu kararı, mahkemeye erişim hakkının üstün tutulması konusunda, gerekçe olarak AİHS m. 6/f. 1’in gösterilmesi bakımından

O halde, her ne kadar doktrinde ciddi şekilde eleştirilse de, AİHM tarafından tartışılmayan iki noktayı ortaya koymak gerekir: yargı ve icra bağışıklığı mahkemeye erişimin kısıtlanması açısından meşru amaca dayanmaktadır¹⁶⁰⁹; fakat yabancı devletin yargı bağışıklığının kabulü, bu devlete karşı hak arayan kişileri o devlet mahkemesine başvurmaya veya diplomatik yollardan çözümü beklemeye zorlamaktadır ki, bu durum özellikle yabancı devlet mahkemelerinde dava açma

eleştirilmektedir. Zira, karara konu olayda AİHS'in uygulama alanı bulamayacağı belirtilmekte, mahkemeye erişim hakkının Fransız milletlerarası usul hukukunda "kamu düzenine ait" bir kavram olması nedeniyle, kararın gerekçesinde usulî kamu düzenine atf yapılmasının gerekli olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. **Moissinac-Massénat**, s. 3-4.

Mahkemeye erişim hakkının sağlanması bakımından Fransız mahkemelerinin yarattığı *for de secours* doktrini aslında *Common Law*'da ileri sürülen "*forum necessitatis*" doktrini ile aynı amacı yansıtmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz üzere, *forum necessitatis* doktrini uyarınca da, şayet, hakkını arayan davacı, davasını açacak yetkili bir mahkemeyi hiçbir şekilde bulamıyorsa, o takdirde, adalet anlayışı kendisine yetkili bir mahkeme sağlanmasını gerektirecektir. Bu durumda, normal şartlarda yetkili olmayan bir devletin mahkemeleri olağanüstü şekilde yetki kazanabilecek ve davacının davasının görülmesi sağlanabilecektir. Bununla birlikte, *forum necessitatis* doktrininin uygulanabilmesi için de bazı şartların varlığı aranmaktadır. bkz. Yukarıda "Adil Yargılanma Doktrini Kapsamında Davacının Korunması: *Forum Necessitatis* Doktrini" başlıklı bölüm.

Fransız mahkemelerinin yargı bağışıklığı sebebiyle, yabancı devlet mahkemesinin veya yargı bağışıklığı tartışma konusu yapılan devlet dışında üçüncü bir devletin kendisini yetkisiz sayması halinde, Fransa ile bağlantılı gördüğü olaylarda -somut olayda davacının Fransız vatandaşı olması ile bu bağlantı sağlanmış olmaktadır-, *for de secours* olarak olağanüstü yetki tesisi, aşırı yetki kavramının uluslararası doktrinde daha farklı ve daha esnek yorumlanması halinde daha anlaşılır olabileceği düşüncesindeyiz.

¹⁶⁰⁹ Doktrinde AİHM'nin "meşru amaç" yaklaşımı, geniş ölçüde sorgulanmaktadır. AİHM'nin meşruiyet incelemesi, somut olay odaklı olmaması ve yargı bağışıklığını her halükarda mahkemeye erişim hakkına üstün tutması nedeniyle eleştirilmektedir. Bkz. **Zarbiev**, s. 633-634; **Whytock**, s. 2081. Yazar, sadece AİHM'nin değil, Uluslararası Adalet Divanı'nın yargı bağışıklığı konusundaki yaklaşımını da eleştirmektedir (s. 2036 ve 2082). Zira Uluslararası Adalet Divanı, 03.02.2012 tarihli Almanya – İtalya kararında (bkz. <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf>), İkinci Dünya Savaşı sırasında Almanya'nın İtalyan vatandaşlarına karşı işlemiş olduğu savaş suçlarından doğan uyuşmazlıklarda İtalyan mahkemelerinin Almanya'nın yargı bağışıklığına ilişkin itirazlarını reddederek, davaları görmeye devam etmesini uluslararası yargı bağışıklığı kurallarına aykırı bulmuştur. Yazarın eleştirisine konu husus ise, hem AİHM'nin hem de ICJ'nin yargı bağışıklığı ile ulaşılmak istenen amaç veya korunmak istenen menfaat ile davacının mahkemeye erişim hakkının kısıtlanması arasında varlığı aranan "ölçülülük" konusunda gerekli incelemelerin yapılmamasıdır. Milano da, yargı bağışıklığının adaletin düzgün yönetimine hizmet etmediğini vurgulamaktadır. Bkz. **Milano**, s. 305. Ayrıca bkz. **E.Erdoğan**, s. 107; **Arsava**, s. 10-11; **Dardağan Kibar**, s. 695-696 ve s. 698-701; **Akkutay**, s. 106-107; **Flauss**, s. 305. Yazar, Yargı bağışıklığının uluslararası toplumda gelişmekte olan hukuk devleti bilinci ile uyuşmadığını açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

Diğer taraftan, başvuru sahiplerinin mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkının gerçek anlamda dikkate alınmamasının, "meşru amaç" ve "orantılılık" incelemelerini anlamsız ve uygulanamaz kıldığına altı çizilmektedir. Bkz. **Voyiakis**, s. 313. Yazar, AİHM'nin yargı bağışıklığı meselesine, insan hakları çerçevesinden ziyade uluslararası hukuk çerçevesinden baktığını, bu durumun AİHS m. 1'in uygulanarak aslında m. 6/f. 1'e aykırılığa ilişkin inceleme ve araştırmaların etkisizleştirilmesine yol açtığını dile getirmektedir. Aynı yönde bkz. **Gestri**, s. 92; **Milano**, s. 304-305, Sudre, **La jurisprudence de la CEDH**, s. 26; **Zarbiev**, s. 634-635. Yazar, AİHM'nin bir "insan hakları kurumu" olarak devletler hukukuna bu denli öncelik tanımasının anlaşılabilir olduğunu belirtmektedir. Ayrıca bkz. **E.Guinchard**, s. 208. Yazar, yargı bağışıklığı ile ilgili sorunlara uluslararası hukuk çerçevesinden bakılmasının AİHM'nin *Al-Adsani* kararında vardığı sonucu ortaya çıkardığını belirtilmekte ve bu sonucu bir "karikatür" olarak tanımlamaktadır.

veya dava açabilse dahi adil bir şekilde yargılanamayacak kişiler açısından hakkın özüne zarar verecektir.¹⁶¹⁰

Dolayısıyla, AİHM'nin mahkemeye erişim hakkı aleyhine net tavrı karşısında, meşru amaç ve hakkın özüne müdahale kriterleri açısından tartışılacak pek fazla şey yoktur.¹⁶¹¹ Yargı bağımsızlığının adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkının ihlaline yol açıp açmayacağına ilişkin olarak üzerinde durulması gereken kilit konu orantılılık / ölçülülük ilkesidir.

Uluslararası doktrinde de bu konu üzerinde durulmaktadır. Şayet, yabancı devletler arasındaki iyi ilişki ve nezaket kuralları bağlamında yargı bağımsızlığının tanınması çok gerekli değilse, yargı bağımsızlığının tanınması mahkemeye erişim hakkının kısıtlanmasını haklı kılacak derecede önemli değilse, kişilerin mahkemeye erişim haklarının kısıtlanmaması gerektiği savunulmaktadır; bu bağlamda devletlerarası ilişkiler ve bireylerin hak arama özgürlüğü arasındaki menfaat çatışmasının iyi yönetilmesi gerekliliği ile karşılaşılmaktadır.¹⁶¹² Dolayısıyla, yargı bağımsızlığının tanınmasında uluslararası hukukun doğru yorumlanması esastır. Orantılılık / ölçülülük doktrini (*proportionality doctrine*) olarak ele alınan bu görüş uyarınca, ele alınması gereken bir başka kriter de, yargı bağımsızlığından faydalanacak olan yabancı devletin, başka bir devlet mahkemelerinde ileri sürülen hakkı, en kısa sürede ve adil yargılanma standartlarına uygun bir biçimde yürütülecek bir yargılama ile sonuca kavuşturabilecek olmasıdır. Şayet bu mümkün

¹⁶¹⁰ **Whytock**, s. 2061-2062. Yazar, yargı bağımsızlığı ilkesinin uluslararası alanda kabul gören bir ilke olması sebebiyle kişilerin sadece bir devlet mahkemelerinde değil, muhtemelen başka diğer pek çok ülkede dava açmasının engellendiğini, tek çare olarak uyumsuzluğun tarafı olan yabancı devlet mahkemelerine başvurma imkânının kaldığını belirtmektedir. davalı devlet mahkemelerinde dava açılması halinde ise, yer itibarıyla yetki dahil pek çok engel ile karşılaşılabileceği bir yana, adil yargılanmaya ilişkin sorunların yaşanacak olması da mahkemeye erişim hakkının kullanılamamasına yol açacaktır. Dolayısıyla yargı bağımsızlığı hem davanın açıldığı devlet mahkemelerinde (*forum devleti*), hem üçüncü devlet mahkemelerinde, hem de yargı bağımsızlığından yararlanan yabancı devlet mahkemelerinde mahkemeye erişim hakkını sınırlandırmaktadır.

¹⁶¹¹ “Meşruiyet” amaç tartışması bakımından, Sudre tarafından çok haklı şekilde dile getirilen önemli bir noktaya değinmek gerektiği düşüncesindeyiz. Sudre, AİHM tarafından yargı bağımsızlığı konusunda yapılan incelemelerin etkin olmadığını savunurken şu tespiti yapmaktadır: AİHM, yargı bağımsızlığının meşru olduğunu ifade ederken, yargı bağımsızlığı kurumunun “uzun zamandır uygulanıyor olması”na dayanmaktadır. Oysa AİHM, her fırsatta, AİHS’in “yaşayan bir belge” olduğunu ve AİHS ile korunan hakların dinamik ve gelişime açık şekilde yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir. Dolayısıyla, yargı bağımsızlığının uzun zamandır uygulanıyor olması hiçbir şekilde, mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılması bakımından meşru olduğunu ortaya koymaz. bu yaklaşım, AİHS ve AİHM içtihadının dayandığı temel ile de uyumlu değildir. Bkz. Sudre, **La jurisprudence de la CEDH**, s. 25-26. Aynı yönde bkz. **Pingel**, s. 457.

¹⁶¹² **Whytock**, s. 2077; **Mills**, s. 228. Yazar, yargı bağımsızlığının ancak “uluslararası hukukun talep ettiği ölçüde” kabul edilebileceğini, uluslararası hukukun tanıdığı ölçülerin dışına çıkılmaması gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca bkz. **Cohen-Jonathan/Flauss**, s. 446; **Candrian**, s. 671. Aynı yönde bkz. Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 124. Yazar, yargı bağımsızlığının adil yargılanma hakkı ile bağdaşmadığından hareketle, yargı bağımsızlığına ilişkin sorunların “daha esnek bir biçimde” ele alınması gerektiğini dile getirmektedir.

ise, o takdirde yabancı devletin yargı bağıışıklığından faydalanma talebi haklı görülebilecektir; zira, bu takdirde, davacının mahkemeye erişim hakkının sağlanması bakımından başvurabileceği “alternatif bir yol”dan bahsedilebilecektir.¹⁶¹³ Davacının, davalı yabancı devlet mahkemelerinde adil yargılanma imkânının olup olmadığı, yargı bağıışıklığından faydalanan söz konusu devlet ile davanın açıldığı diğer devlet arasındaki uluslararası ilişkilerin yargı bağıışıklığının tanınmasını gerektirip gerektirmediği konuları incelenmeden tanınan yargı bağıışıklığının, “mahkemeye erişim hakkının meşru amaca dayalı olarak sınırlandırılması” çerçevesinde kabul görmesi mümkün değildir.¹⁶¹⁴

Gerçekten de yargı bağıışıklığı ile mahkemeye erişim hakkının çatışan ve kanımızca birinin diğerine üstün tutulması mümkün olmayan iki temel değer ve yargılama hukuku ilkesi olarak bağdaştırılmasını, birlikte uygulanmasını mümkün kılacak tek şey, somut olay odaklı bir orantılılık incelemesidir.¹⁶¹⁵ Bu incelemede öncelikle dikkat edilmesi gereken kriter yargı bağıışıklığının tanınmadığı konuların belirlenmesidir. Yabancı devletlerin hangi faaliyetlerinin egemenlik faaliyeti olarak kabul edileceği bu incelemede önemli yer tutmaktadır.¹⁶¹⁶ Yabancı devlet işlem ve eylemlerinin “egemenlik faaliyeti” olarak belirlenmesinde, yargı bağıışıklığından ziyade mahkemeye erişim hakkı lehine yorum yapılmasının daha doğru olacağını düşünüyoruz. Bu noktada, kanımızca, yabancı devlete yargı bağıışıklığı tanınırken, uyumsuzluk konusunun yabancı

¹⁶¹³ **Whytock**, s. 2082. Yargı bağıışıklığının AİHS m. 6/f. 1 anlamında ihlâl yol açmadığının kabulü bakımından, “alternatif” başvuru imkânlarının varlığı büyük önem taşımaktadır. AİHM, bu değerlendirmeye ilk olarak *Waite ve Kennedy* kararında, uluslararası bir teşkilatın yargı bağıışıklığına ilişkin olarak yer vermiş olsa da, yabancı devletlere tanınan yargı bağıışıklığının AİHS m. 6/f. 1 ile uyumlu olup olmadığının incelenmesinde de aynı değerlendirmenin esas alınabileceği düşünülebilir. Bununla birlikte, bu görüşün kabulünün mümkün olmadığı, zira, (davalı) yabancı devlet mahkemelerinde yapılacak yargılamanın adil olacağından emin olmanın mümkün olmadığı belirtilmektedir. Bkz. **Gestri**, s. 93-95. Ayrıca bkz. Sudre, **La jurisprudence de la CEDH**, s. 27-28; **Milano**, s. 306-307.

¹⁶¹⁴ **Süral**, s. 25. Sudre de, alternatif bir hak arama yolunun varlığına ve bu yolun etkin olup olmadığına ilişkin bir inceleme yapılmaksızın, yargı bağıışıklığı tanınmasını adaletin inkârı olarak tanımlamakta ve bu durumun, yargı bağıışıklığı yönünde karar vermesi istenen devletin kamu düzenine aykırı olacağı sonucuna varmaktadır. bkz. Sudre, **La jurisprudence de la CEDH**, s. 29-30. Ayrıca bkz. Hazel Fox, “**State Immunity From Adjudication and the Right of Access to Court: The Practice of Common Law States**”, **Droit des immunités et exigences du procès équitable, sous la direction de Isabelle Pingel, Editions Pedone 2004**, s. 69. Yazar, ancak etkin alternatif hukuki yolların varlığı halinde, devletlerarası iyi ilişkilerin korunması bakımından yargı bağıışıklığının kabulüne devam edilebileceği görüşündedir.

¹⁶¹⁵ Doktrinde, özellikle, temel insan haklarının korunması fikrinin, uluslararası normlar hiyerarşisinde yargı bağıışıklığına ilişkin kurallardan daha aşağıda olmadığı belirtilmektedir. Yargı bağıışıklığına ilişkin kuralların ahdi ve örfî niteliği ve uluslararası hukukun emredici hükümleri ile güvence altına alınmamış olması, yargı bağıışıklığının adil yargılanma ve mahkemeye erişim haklarına üstün tutulmayacağını ortaya koymaktadır. Bkz. **Flauss**, s. 308.

¹⁶¹⁶ **Candrian**, s. 671-672.

devletin doğrudan egemenlik haklarının kullanımına yönelen ya da bunun için gerekli olan bir eylem ya da işleme ilişkin olup olmadığına bakılmalı, egemenlik haklarının kullanımı ile orantılı olmayan işlem ve eylemler açısından yargı bağıışıklığı tanınmamalıdır. İlk aşama geçildikten, diğer bir ifadeyle, yabancı devletin faaliyetinin yargı bağıışıklığının tanınmasını gerektiren bir faaliyet olduğunun tespitinden sonra ise, yukarıda yer verdiğimiz görüşler çerçevesinde bir inceleme yapılması gerekecektir.

Bu aşamada, yargı bağıışıklığının kişilerin hak arama özgürlüklerini ve mahkemeye erişim haklarının kullanımını ertelemeyen, tamamen ortadan kaldıran bir engel olması nedeniyle, hak arayan kişinin davalı devletin kendi mahkemelerinde dava açıp açamayacağına ve dava açabilse dahi adil yargılanma standartlarına uygun bir şekilde yargılanıp yargılanmayacağına dair bir incelemenin yapılması gerektiği görüşüne katılmamak mümkün değildir. Şayet bu inceleme sonucunda, kişinin o devlet mahkemelerinde dava açması veya adil bir şekilde yargılanması mümkün görünmüyorsa yargı bağıışıklığının tanınmaması daha doğru olacaktır. Zira, yukarıda da belirttiğimiz üzere, insan haklarının korunmasının devletlerin egemenlik haklarının korunmasından daha önemli hale geldiği günümüzde, yargı bağıışıklığı itirazının reddi devletler arası ilişkileri bozacak, diplomatik krizlere neden olacak derecede önemli görülmemelidir.¹⁶¹⁷ Tabii ki, davaya bakacak olan mahkemenin (*forum*), yabancı devletin yargı bağıışıklığı itirazını reddederken, çok hassas bir inceleme yapması, özellikle o devlet mahkemelerinde adil yargılanma yapılamayacağı konusundaki gerekçesini çok ciddi kanıtlara dayandırması gerekecektir. Aksi halde varılan sonuç, uygulamada yargı bağıışıklığının tamamen reddi anlamına gelebilecektir.

Son olarak, mahkemeye erişim hakkının kısıtlanabilmesi için özellikle yargı bağıışıklığının dayandığı “meşru amacın” varlığından emin olmak gerektiğinin altı çizilmelidir. Zira, mahkemeye erişim hakkının kısıtlanması açısından yargı bağıışıklığı doktrininin tek dayanak noktası meşru amacın varlığıdır. Ancak, son yıllarda, yabancı devletin egemenlik tasarrufu söz konusu olsa dahi, bazı durumlarda meşru amacın yokluğu sebebiyle yargı bağıışıklığının tanınmaması gerektiği de savunulmaktadır. Bu görüş uyarınca, şayet yabancı devletin işlem veya

¹⁶¹⁷ Aynı yönde bkz. **Arsava**, s. 7; **Zarbiev**, s. 634-635; **Lagarde**, s. 151. Yazar, şu doğru tespiti yapmaktadır: “Devletler hukukunun dokunulmaz (katı) çekirdeği bağıışıklık değil, her devletin diğer devletin egemenlik haklarına ve bağıımsızlığına saygı duymasıdır. Bağıışıklık, yalnızca, diğer devletin egemenlik haklarının ciddi ve gerçek şekilde zarar görmesi halinde kabul edilmesi gereken bir zorunluluktur.”

eylemi temel hak ve özgürlüklerin ihlaline dayanıyorsa, bu anlamda kölelik veya işkence yasağının ihlali gibi uluslararası hukukta *jus cogens* olarak tanınmış bazı kuralların devletlerin egemenlik tasarrufları kapsamında ihlal edilmesi söz konusu ise, artık yargı bağıışıklığının tanınmaması ve bu tür işlem ve eylemlerden zarar gören kişilerin mahkemeye erişim hakkının kısıtlanmaması gerekecektir.¹⁶¹⁸

Sonuç olarak, yukarıda açıkladığımız üzere, sınırlı yargı ve icra bağıışıklığının kabulü ile başlayan sürecin, adil yargılanma hakkı lehine devam ettirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu bağlamda, AİHM'nin de yargı bağıışıklığı başta olmak üzere, milletlerarası usul hukukuna ilişkin sorunlarda, uluslararası hukuk kurallarından faydalanmak yerine AİHS m. 6/f. 1'e özgü bir "milletlerarası özel hukuk yaratması gerektiği" yönündeki görüşlere¹⁶¹⁹ katılmaktayız.

¹⁶¹⁸ Bu açıdan AİHM'nin *Al-Adsani – Birleşik Krallık* kararında vardığı sonucun tutarsız olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Cohen-Jonathan/Flauss**, s. 444; Sudre, **La jurisprudence de la CEDH**, s. 28. İşkence yasağı, devletlere ve devlet adına hareket eden kişilere yargı bağıışıklığı tanınmasına engeldir. Zira bu tür eylemler, "hükümsel" (devletin işleyişine yönelik) eylemler olmadığı gibi, "*rationae materiae*" yabancı devletin bağıışıklığını korumaya yönelik egemenlik haklarının kullanımı sonucu yapılmış sayılamaz. Bkz. **Fawcett**, s. 18-19. Ayrıca bkz. **Mills**, s. 228; Leandro de Oliveira Moll, **Case Note Al Adsani v. United Kingdom, State Immunity and Denial of Justice with Respect to Violations of Fundamental Human Rights, Melbourne Journal of International Law 561 (2003)**, s. 587 vd. Ayrıca bkz. yukarıda AİHM *Al-Adsani – Birleşik Krallık* kararı, yargıç Rozakis ve Caflisch'in, yargıç Wildhaber, Costa, Cabral Barreto ve Vajic'in de katıldığı karşı oy yazısı. Kararın ayrıntılı eleştirisi için, bkz. Catherine Kessedjian, **Les actions civiles pour violation des droits de l'homme- Aspects de droit international privé, Travaux du Comité français de droit international privé, 2002-2004**, s. 151-184; **Zarbiev**, s. 638 vd. 09.11.1998 tarihinde kabul edilen İnsan Hakları Kanunu'ndan sonra İngiliz mahkemelerinin yargı bağıışıklığı ile ilgili uygulamalarının AİHS m. 6 ile güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkını ile çelişmeyeceği yönünde bkz. **Fox**, s. 66-68.

Jus cogens ihlallerinin yargı bağıışıklığı bakımından bir istisna teşkil ettiğine ilişkin ayrıntılı incelemeler için bkz. **Voyiakis**, s. 316 vd. Aksi yönde bkz. **Candrian**, s. 688-690. Flauss da, uluslararası hukukun *jus cogens* kurallarını ihlal eden devletlerin yargı bağıışıklığından feragat ettikleri anlamını taşıdığını belirtmektedir. Bkz. **Flauss**, s. 309.

Ayrıca bkz. **Nomer**, s. 423-424; **Doğan**, s. 41; **E. Erdoğan**, s. 107; **Arsava**, s. 8-12; **Akkutay**, s. 102 vd. ve s. 120-122. Ancak yazarlar, halihazırda, *jus cogens* normların ihlali halinde yargı bağıışıklığı tanınmayacağına ilişkin bir uluslararası hukuk kuralından söz etmenin mümkün olmadığını dile getirmektedir. Bununla birlikte, devletlerin insan hakları ihlallerinde yargı bağıışıklığından yararlanamayacaklarına ilişkin eğilimin yakın bir zamanda genel kabulü yansıtan bağlayıcı bir kural olarak ortaya çıkmasının muhtemel olduğu belirtilmektedir.

¹⁶¹⁹ **E. Guinchard**, s. 211. Cohen-Jonathan ve Flauss da, AİHM'nin uluslararası hukuk kurallarının düzenleniş konusunda "sorun yaratmamak" yönündeki eğiliminin, gerçek bir orantılılık denetiminin hayata geçirilmesini engellediği görüşündedir. Bkz. **Cohen-Jonathan/Flauss**, s. 446.

D. Türk Milletlerarası Usul Hukukunun Tebligata İlişkin Düzenleme ve Uygulamalarının Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Yarattığı Sorunlar

1. Genel Olarak

Bilgilendirme hakkının en önemli aracı tebligattır. Tebligat, bir davaya ilişkin işlemleri, davanın taraflarına veya taraf olmamakla birlikte yargılamaya katılması gereken kişilere, kanunda belirtilen usule uygun olarak bildirmek üzere yapılan belgelendirme işlemi olarak tanımlanmaktadır.¹⁶²⁰ Çalışmamızın ilk bölümünde ele aldığımız üzere, bilgilendirilme hakkı, hukuki dinlenilme ve adil yargılanma haklarının sağladığı diğer tüm güvencelerin kullanımını sağlaması bakımından ilk adımdır ve hayati öneme sahiptir. Hakkında açılan veya devam eden bir davadan ve bu davada yapılan işlemlerden haberdar edilmeyen davalının, adil yargılanma hakkını kullanması mümkün değildir. Aynı durum, açtığı bir davada, gerek mahkemenin, gerekse diğer tarafın işlemlerinden haberdar edilmeyen davacı bakımından da geçerlidir. Diğer taraftan, bir tarafa (genellikle davalıya) tebligat yapılamaması nedeniyle yargılamaya devam edilememesi veya yargılamanın aşırı derecede uzaması da, diğer tarafın mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkını ihlal edebilecektir. Dolayısıyla, tebligata ilişkin hükümlerin de usulî hakkaniyet ve adil yargılanma hakkı gözetilerek uygulanması hayati önemi haizdir.

Tebligatın güvenli ve usulüne uygun şekilde yapılması gerekmektedir. Fakat, tebligatın mümkün olan en kısa sürede, en ucuz ve basit şekilde yapılması da, adil yargılanma hakkı bakımından bir o kadar önemlidir.¹⁶²¹ Bir taraftan, yargılamanın taraflarının hukuki dinlenilme hakkı güvence altına alınmaya çalışılırken, diğer taraftan, yargılamaların tebligata bağlı sorunlar dolayısıyla aşırı derecede uzamasının önüne geçilmesi zaruridir.

Genel olarak ifade edecek olursak, Türkiye’den yurt dışına ve yurtdışından Türkiye’ye yapılacak tebligatlara ilişkin esaslar, 7201 sayılı Tebligat Kanunu ve (Tebligat Tüzüğü’nün yerini alan) Tebligat Kanunu’nun Uygulanmasına Dair

¹⁶²⁰ Erdönmez, **Pekcanıtez Usûl**, s. 487; Üstündağ, s. 427; Muşul, s. 45; Deliduman, s. 308; Güneş, s. 221; Ruhi, **Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe**, s. 175; Uyanık Çavuşoğlu, s. 68; Erdem, s. 6; Yılmaz/Çağlar, s. 39; Gonca Gülfem Bozdağ, **1965 Tarihli Lahey Sözleşmesi Bakımından Tebligat Kanunu’na İlişkin Bazı Sorunlar**, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 20 Yıl: 2016 Sayı: 2**, s. 270.

¹⁶²¹ Bozdağ, s. 281; Esra Günay, **Türkiye’den Yabancı Ülkeye Yapılan Tebligat ve Esasları**, **TAAD Yıl:3 Sayı: 11 (Ekim 2012)**, s. 278.

Yönetmelik¹⁶²² ve Adalet Bakanlığı tarafından yayınlanan tebliğ ve genelgeler¹⁶²³ ile düzenlenmektedir. Bunun dışında, konu ile ilgili Türkiye'nin taraf olduğu ikili ve çok taraflı antlaşmalar uygulama alanı bulmaktadır.¹⁶²⁴ İkili veya çok taraflı antlaşmalarda yer alan uluslararası tebligata ilişkin hükümlerin adil yargılanma hakkı bakımından tartışılması gereksizdir. Zira bu sözleşmelerde bir taraftan devletlerin egemenlik hakları gözetilmekte iken, diğer taraftan sözleşmeye taraf devletlerdeki yargılamalarda gerçekleştirilecek tebligat işlemleri bakımından mümkün olan en basit yolun tercih edildiği, fakat her şeyden önce adil yargılanma hakkının gereklerinin dikkate alındığı ve tarafların bilgilendirme ve hukuki dinlenilme hakkına ilişkin menfaatlerinin korunduğu görülmektedir.¹⁶²⁵

Genel olarak, adil yargılanma ve hukuki dinlenilme hakkına aykırı olmayan bu hükümlerin uygulanmasında bazen adil yargılanma hakkı ihlalleri ile karşılaşmaktadır. Örneğin, Türkiye'nin taraf olduğu bir milletlerarası sözleşmede

¹⁶²² RG. 25.01.2012 – S. 28184.

¹⁶²³ Özellikle Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü (UHDİGM) tarafından 16.11.2011 tarihinde yayınlanan “Hukuki alanda Uluslararası Adli Tebligat İşlemleri” konulu 63/3 sayılı tebliği (bkz. <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/genelgeler/63%20-%203.pdf>; erişim tarihi: 27.03.2017), uluslararası tebligata ilişkin gerek teorik gerekse pratik anlamda pek çok sorunu ele almaktadır.

¹⁶²⁴ Uluslararası tebligat konusunda Türkiye'nin taraf olduğu iki tane çok taraflı sözleşme bulunmaktadır. Bunlardan ilki, 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesidir (RG. 28.05.1973 – S. 14547). Türkiye, 1965 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine İlişkin Lahey Sözleşmesi'ne (Tebliğat Sözleşmesi) de taraf olmuştur (RG.17.06.1972 – S. 14218). Tebligatın yapılacağı devlet ile Türkiye'nin her iki sözleşmeye de taraf olması halinde, Tebligat Sözleşmesi uygulama alanı bulacaktır (Tebliğat Sözleşmesi m. 22). Tebligat Sözleşmesi aynı zamanda, tebligatın yapılmasını talep eden devlet ile tebligatın yapılacağı devlet arasında ikili bir anlaşmanın var olması halinde, bu anlaşma hükümlerinin de uygulama alanı bulacağını düzenlemektedir (bkz. m. 25). Bu konuda UHDİGM'nin 63/3 sayılı Genelgesi'nde de, ikili veya çok taraflı anlaşmalardan hangisi tebligatın daha çabuk ve kolay yapılmasını öngörüyor ise o hükümlerin uygulanması gerektiğini açıkça belirtmektedir (bkz. m. 24).

Doktrinde, Tebligat Kanunu'nda yer alan hükümlerin uygulanabilmesi için tebligatın yapılacağı ülke ile Türkiye arasında (veya Türkiye ile tebligatın yapılacağı ülke arasında) ikili veya çok taraflı bir antlaşmanın imzalanmamış olması gerektiği, aksi halde tebligatın, mevcut uluslararası sözleşme hükümlerine göre gerçekleştirileceği belirtilmektedir. Bkz. **Çelikel/Erdem**, s. 498; **Erdem**, s. 57 vd.; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 457; **Nomer**, s. 583; **Muşul**, s. 465; **Günay**, s. 264; **İ.Doğan**, s. 465. Tebligat Kanunu hükümlerine, Türkiye ile tebligatın yapılacağı ülke arasında ikili veya çok taraflı herhangi bir anlaşmanın söz konusu olmadığı durumlarda gidileceği şüphesizdir. Bununla birlikte, Tebligat Kanunu'nun yurt dışına yapılacak tebligat açısından daha kolay bir usul öngörmesi halinde, tebligatın yapılacağı ülke ile Türkiye arasında adli yardımlaşma sözleşmesinin var olması, Tebligat Kanunu'ndaki hükümlerin uygulanmasına engel olamaz. Zaten, Tebligat Sözleşmesi m. 8'de de bu durum açıkça düzenlenmiştir. Örneğin, yurtdışında tebligat yapılacak kişinin Türk vatandaşı olması halinde, Tebligat Kanunu m. 25/a maddesi çok kolay bir usul öngörmektedir. Dolayısıyla, uygulamada, Türk vatandaşlarına yapılacak tebligatlarda öncelikle Tebligat Kanunu m. 25/a hükmünün uygulandığı, şayet bu yolla sonuç alınamıyorsa –ki, hükmün doğru uygulanması halinde, bu ihtimal epey azdır-, o takdirde ikili veya çok taraflı anlaşma hükümlerine başvurulduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Bozdağ**, s. 288-289. Ayrıca bkz. **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 462; **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 70; **Nomer**, s. 584; **Ruhi, Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe**, s. 191.

¹⁶²⁵ Örneğin 1965 tarihli Tebligat Sözleşmesi m. 15 ve 16'da davalının yargılamadan haberdar edilmesi bakımından, adil yargılanma hakkını güvence altına alan hükümler yer almaktadır. Bkz. **Vlas**, s. 395-397.

yer alan ve tebligatın daha çabuk ve masrafsız bir şekilde yapılması imkânını sunan bir hükmün uygulanmayarak yargılamanın uzamasına sebep olan mahkeme kararları adil yargılanma hakkını ihlal etmektedir. Aynı şekilde, iç hukukta veya uluslararası sözleşmelerde yer alan ve adil yargılanma hakkını ihlal etmeyen hükümlerin, ihlâl sebebiyet verecek şekilde uygulanması da mümkündür.

Türk hukukunun uluslararası tebligata ilişkin hükümlerinin ayrıntılı şekilde incelenmesi çalışmamızın kapsamını aşmaktadır. Bununla birlikte, uygulamada, gerek usulsüz tebligata bağlı olarak, gerekse, adil yargılanma hakkının gerekleri ile uyum arz eden tebligata ilişkin hükümlerin uygulanmaması nedeniyle adil yargılanma ihlallerine rastlanıldığı gözlemlenmektedir. Çalışmamızın bu bölümünde öncelikle, konumuz açısından önem arz eden, uluslararası tebligatın en çabuk, basit ve masrafsız şekilde gerçekleştirilmesine imkân sağlan kuralların uygulanmaması nedeniyle yaşanan sorunlar üzerinde durulacak, daha sonra Tebligat Kanunu uyarınca yapılacak tebligatlar bakımından adil yargılanma hakkını ilgilendiren birkaç noktaya değinilecek ve son olarak da uluslararası tebligat hukukumuz açısından doktrinde epeyce eleştirilen ve yeniden düzenlenmesi önerilen ilan tebligat yoluna ilişkin bazı tespitlerde bulunulacaktır.

2. Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Özellik Arz Eden Bir Durum: Doğrudan Posta Yolu ile Tebligat ve Türk Hukuku Uygulaması

Türkiye'nin taraf olduğu ikili anlaşmaların birçoğunda yer alan diplomatik veya konsüler yolla ya da merkezi makam vasıtasıyla tebligatta¹⁶²⁶ yaşanan güçlükler ve zaman kayıplarının aşılmasını sağlayan ve bu anlamda gerek davacının, gerekse davalının adil yargılanma hakkını koruyan en önemli yollardan biri 1965 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine İlişkin Lahey Sözleşmesi'nin (Tebligat Sözleşmesi) 10. maddesinde düzenlenen “doğrudan posta yoluyla tebligat”tır.¹⁶²⁷

¹⁶²⁶ Çeşitli yabancı devletler ile Türkiye arasındaki ikili adli yardımlaşma sözleşmelerinde yer alan hükümler ve devletlere göre tebligat işlemlerinde uygulanacak esaslar ile ilgili bkz. Ruhi, **Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe, (1.Baskı)** s. 244 vd. Ayrıca bkz. Şanlı, **Ticari Akitler**, s. 163, 187 nolu dn.

¹⁶²⁷ Türkiye ile tebligatın yapılacağı devlet arasında tebligat konusunda hem ikili antlaşmanın imzalanmış olması, iki devletin de 1965 tarihli Tebligat Sözleşmesi'ne taraf olması ve tebligatın yapılacağı devletin Sözleşme'nin 10/a maddesine çekince koymamış olması şartıyla, Tebligat Sözleşmesi'nin doğrudan tebligata ilişkin hükümlerinin uygulanmasına engel olmayacaktır. Bkz. Adalet Bakanlığı UHDİGM'nin 63/3 sayılı Genelgesi.

Tebliğat Sözleşmesi'nin m. 10 / a bendi gereğince, talepte bulunulan devlet itiraz etmedikçe, yapılmak istenen tebliğin, yabancı ülkedeki kişilere doğrudan posta yoluyla gönderilmesi mümkündür. Bu yol, uluslararası tebligat işlemlerinin yargılamanın gereksiz uzamasına sebep olmasını önlemek ve uluslararası tebligata ilişkin engelleri en aza indirmek bakımından çok önemlidir. Ne var ki, doktrinde, bu hükmün yurtdışına yapılacak tebligatlar bakımından uygulanamadığı vurgulanmakta, hükmün etkin bir şekilde uygulanarak, doğrudan posta yoluyla tebligat usulünün teşvik edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁶²⁸

Türkiye, Tebligat Sözleşmesi'nin bu hükmünün uygulanmasında Türkiye'ye yapılacak tebliğler bakımından çekince koymuştur. Dolayısıyla, Türkiye'de bulunan muhataba doğrudan posta yoluyla yapılan tebligatlar usulsüzdür.¹⁶²⁹ Fakat, bu çekince, Türkiye'den yapılacak tebliğ işlemlerini kesinlikle etkilememektedir.¹⁶³⁰ Diğer bir ifadeyle, Tebligat Sözleşmesi'ne taraf olan ve m. 10'a çekince koymayan devletlere yapılacak tebligatlarda, doğrudan tebligat usulünün Türk hukukunda kabul edilen tebligata ilişkin ilkelere aykırı olduğu gerekçesiyle uygulanmaması, Sözleşme'ye aykırı olmasının yanında, tebliğ talebinde bulunan kişinin adil yargılanma hakkını açıkça ihlal edecektir.¹⁶³¹

¹⁶²⁸ Çelikel/Erdem, s. 505; Bozdağ, s. 285.

¹⁶²⁹ Çelikel/Erdem, s. 507; Erdem, s. 111; Bozdağ, s. 283-284. Ayrıca bkz. Yarg. 11.HD, E. 2015/3276 K. 2015/8820, 02.07.2015; Yarg. 11.HD, E. 2015/13931 K. 2016/1211, 10.02.2016; (bkz. www.kazanci.com; erişim tarihi: 20.03.2017).

¹⁶³⁰ Çelikel/Erdem, s. 506-507; s. 50; Bozdağ, s. 284; Hatice Özdemir Kocasakal, **Yabancı Ülkelerde Bulunan Kişilere Tebligat, GSÜHFD 2009/1**, s. 50.

¹⁶³¹ Bkz. Yarg. 2.HD, E. 1997/10213 K. 1997/ 10552, 10.10.1997; Yarg. 11.HD, E. 2009/1307 K. 2010/12619, 07.12.2010. Aksi yönde bkz. Yarg. HGK, E. 1994/2-559 K. 1995/60, 08.02.1995 (bkz. www.kazanci.com; erişim tarihi: 20.02.2017). Yargıtay bir kararında da, Kanada'da bulunan davalıya doğrudan posta yoluyla yapılan tebligatın, "muhatabına bizzat yapılması gerektiği düşüncesindedir. Oysa bu husus, tebligatın yapıldığı ülke hukukunu ilgilendirmektedir. Davalının adına tebligatı alabilecek bir kişiye, usulüne uygun şekilde yapılan tebligatın geçersiz sayılmaması kanaatimizce daha doğrudur. Bkz. Yarg. 2.HD, E. 2010/22937 K. 2012/2620, 14.02.2012 (www.kazanci.com; erişim tarihi: 20.03.2017).

Ayrıca bkz. Bozdağ, s. 285; Özdemir Kocasakal, **Tebliğat**, s. 54. Yazar, şu yerinde tespitte bulunmaktadır: "... bir devlet, kendi ülkesinde posta ile doğrudan tebligata imkân veriyorsa, tebligatı çıkaran makamın, ait olduğu devletin iç hukuk düzenlemelerine dayanarak buna engel olması Anlaşmanın ihlali anlamına gelir. Zira bir kere Anlaşma çerçevesinde tebligatın yapılmasına karar verildikten sonra bu Anlaşmada öngörülen yöntemlerin ayrıca iç hukukta yer alan usullere uygunluğunu aramak, ne Anlaşmanın ne de iç hukukun tam olarak uygulandığı anlamına gelir. İki yöntem birbirinden bağımsız ve ayrı işleyen yöntemlerdir. Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebligat yapılacak ise bu Kanun ve ilgili Tüzük [Yönetmelik] hükümleri çerçevesinde tebligatın yapılması gerekir. Eğer bu Kanun yerine taraf olduğumuz uluslararası anlaşmalar çerçevesinde tebligatın yapılması söz konusu ise o zaman ilgili anlaşma hükümlerinin baştan sonra gerektiği gibi uygulanması; Tebligat Kanunu'na uygunluk açısından ayrıca bir değerlendirme yapılmaması gerekir."

Burada bir parantez açmak zaruridir. Tebligat Sözleşmesi'nin sadece 10/a maddesinin değil, tüm maddelerinin yargılama sürelerini uzatmamaya özen gösterecek şekilde uygulanması gerekmektedir. Örneğin, Sözleşme'nin m. 3 vd.'de düzenlenen merkezi makam ile tebligat usulünün de, aslında, Sözleşme ile tam uyumlu şekilde gerçekleştirilmediği belirtilmektedir. Buna göre, Türk

Tebliğat Sözleşmesi'nin 10/a maddesi, yurt dışında bulunan Türk vatandaşları bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Bu bağlamda, aşağıda yer vereceğimiz, Tebligat Kanunu'nun 25/a maddesi bu uygulamaya engel değildir.¹⁶³² Bununla birlikte, Adalet Bakanlığı UHDİGM'nin 63/3 sayılı Genelgesi'ne göre, Tebligat Kanunu m. 25/a uyarınca yapılacak tebligatın aksine, tebliği çıkaran yetkili merciin, tebliğ evrakının Türkçesi ile muhatabın dilinde yapılmış tercümesinin muhatabın adresine postalanması gerekmektedir.¹⁶³³ Ayrıca, postalama işlemi bakımından, özel posta / kurye hizmetlerinden faydalanılabilecektir.¹⁶³⁴

3. Tebligat Kanunu Uyarınca Yurt Dışına Yapılan Tebligat İşlemlerinde Adil Yargılanma Hakkını İlgilendiren Sorunlar

a. Yurt Dışında Bulunan Kişilere Tebligat

1) Genel Olarak

Tebliğat muhatabının yurt dışında bulunması halinde, Türkiye ile tebligatın yapılacağı ülke arasında tebligat konusunda ikili ve çok taraflı bir anlaşma bulunmaması halinde, uzun bir yol olarak, Tebligat Kanunu m. 25'de düzenlenen diplomatik usule göre tebligat yapılması yoluna başvurulacaktır. Bu noktada, adil yargılanma hakkını ilgilendiren birkaç noktaya değinmek gerekmektedir: Muhataba yapılacak tebligatın, muhatabın öğrenebileceği bir adrese veya muhatabın öğrenebileceği bir usul ile, tebligata konu işlemi gerçekleştirebilmesi için muhataba adil yargılanma hakkını ihlal etmeyecek bir süre tanımak suretiyle ve muhatabın öğrenebileceği bir dilde yapılması gerekmektedir.

Yurt dışında oturan kişinin, Türkiye'de de adresi bulunması halinde, bu adrese tebligat yapılabilir midir? Doktrinde ve Yargıtay kararlarında bu soruya

mahkemeleri, tebligat evrakını, doğrudan yabancı merkezi makama göndermek yerine, öncelikle, UHDİGM'ye göndermektedir. Tebligat evrakı UHDİGM'nin denetiminden geçtikten sonra yabancı merkezi makama iletilmektedir. Bu uygulamanın bir yandan vakit kaybına sebebiyet verdiği ifade edilirken, bir yandan da, UHDİGM denetiminin, yabancı merkezi makamların, tebligat evrakındaki eksiklikler nedeniyle evrakı iadesi ihtimalini en aza indirmesi nedeniyle yargılamanın uzamasına ve tebliği çıkaran devletin itibarının zedelenmesine engel olduğu vurgulanmaktadır. Bkz. **Bozdağ**, s. 276-277. Ayrıca bkz. **İ.Doğan**, s. 466. Görüldüğü üzere, uluslararası tebligatta en kısa ve en makul usullerin düzenlenmesi yetmemekte, bu usullerin doğru uygulanması da gerekmektedir.

¹⁶³² **Bozdağ**, s. 288.

¹⁶³³ Ayrıca bkz. **Çelikel/Erdem**, s. 507; Özdemir Kocasakal, **Tebliğat**, s. 51.

¹⁶³⁴ Özdemir Kocasakal, **Tebliğat**, s. 51.

olumlu yanıt verilmemektedir.¹⁶³⁵ Zira, böyle bir durumda, muhatabın bilgilenme hakkından etkin bir biçimde faydalanması mümkün olmadığı için, hukuki dinlenilme ve adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Aynı şekilde, yurt dışında oturan kişilerin Türkiye’deki yakınlarına tebligat yapılamayacağı gibi, bu kişiler hakkında ilanen tebligat yoluna da gidilemeyecektir.¹⁶³⁶ Yurt dışında oturduğu bilinen muhatabın adresinin bilinmemesi (meçhul olması) halinde ise, Tebligat Kanunu m. 28 uyarınca, ancak yurt dışında ilanen tebligat yoluna gidilebilecektir.¹⁶³⁷ Dolayısıyla, adil yargılanma hakkı bakımından önemli olan, tebligatın muhatabın öğrenebileceği şekilde yapılması, bu anlamda öngörülen düzenlemelere uyulması gerekliliğidir.

Adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerin, hak sahibi tarafından kullanılmasına imkân tanınması bakımından bir diğer önemli husus, tebligatın muhataba “gereken zamanda” ulaştırılmasıdır. UHDİGM’nin 63/3 sayılı Genelgesi uyarınca, duruşma gününü içeren tebliğlerin, tebliği çıkaran mercii tarafından, duruşma gününden en az üç ay önce UHDİGM’ne gönderilmesi gerekmektedir. Böylece, muhataba, tebliği aldıktan sonra mahkemeye sunacağı beyanları oluşturmak ve sair hazırlıklarını yapmak üzere, makul bir süre bırakılması amaçlanmaktadır. 63/3 sayılı Genelge’de yer alan bu hükme uyulmadığı takdirde, tebligat evrakı, tebliği çıkaran merciiye iade edilmektedir.¹⁶³⁸

¹⁶³⁵ Yarg. 2.HD, E. 2005/1613 K. 2005/4472, 22.03.2005; Yarg. 12.HD, E. 2003/17422 K. 2003/21415, 27.10.2003 (Bkz. www.kazanci.com; erişim tarihi: 29.03.2017). Ayrıca bkz. **Günay**, s. 267-268; Ruhi, **Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe**, s. 180 ve s. 190; **Muşul**, s. 466. Bununla birlikte yazar, istisnaen, yurt dışında yerleşik olan Türk vatandaşının adres kayıt sisteminde yurt dışı adresi yerine, yurt içinde bir adres bildirdiği takdirde, Tebligat Kanunu m. 21/f. 2 uyarınca, bu adrese tebligatın yapılabileceğini dile getirmektedir. Bu durumda, muhatabın yurt dışında bulunduğu bilinmesine rağmen, m. 21/f. 2 gerekçe gösterilerek yurt içindeki adresine tebligat yapılması mümkün olabilecektir. Anılan hüküm şu şekildedir: “Gösterilen adres muhatabın adres kayıt sistemindeki adresi olup, muhatap o adreste hiç oturmamış veya o adresten sürekli olarak ayrılmış olsa dahi, tebliğ memuru tebliğ olunacak evrakı, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir veya memurlarına imza karşılığında teslim eder ve tesellüm edenin adresini ihtiva eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştırır. İhbarnamenin kapiya yapıştırıldığı tarih, tebliğ tarihi sayılır.”

Kanımızca, muhatabın yurt dışında oturduğunun, yurt dışındaki adresinin bilinmesi halinde, muhatabın tebligatın içeriğini öğrenemeyeceğinin bilinmesine rağmen, adres kayıt sistemindeki adresine tebligat yapılabileceğini kabul etmek bilgilendirme hakkı ile bağdaşmaz. Tebligatta esas olan “kişiye”, yani kişinin bulunduğu yere ulaşmaktır. Tebligat Kanunu’nun 21. maddesi “tebliğ imkansızlığı” başlığını taşımaktadır. Hükümün birinci fıkrasında, muhatabın gösterilen adresine tebligat yapılması gerektiği belirtilmektedir. Muhatabın gösterilen adresinin yurt dışında bulunması halinde, adres kayıt sistemindeki adresine doğrudan tebligat yapıp, “tebliğ imkânsızlığına” ilişkin hükümden faydalanılamaz.

¹⁶³⁶ Yarg. 2.HD, E. 2005/1613 K. 2005/4472, 22.03.2005; Yarg. 2.HD, E. 2006/14330 K. 2007/6617, 19.04.2007 (Bkz. www.kazanci.com; erişim tarihi: 29.03.2017).

¹⁶³⁷ Bkz. aşağıda “Yurt Dışında Yapılan İlanen Tebligata İlişkin Sorunlar” başlıklı bölüm.

¹⁶³⁸ **Günay**, s. 266; Ruhi, **Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe**, s. 189.

Mahkemenin taraflara yapacağı bildirimler, yargılama dilinin Türkçe olması sebebiyle Türkçe yapılmaktadır. Bununla birlikte, UHDİGM 63/3 sayılı Genelgesi m. 29 uyarınca, tebliğ evrakının hukuk dili bilen bir tercüman tarafından çevirisinin yapılması gerekmektedir. Yabancı kişiye gönderilen tebligata, tarafın anlayacağı bir dilde tercümesinin eklenmesi, hukuki dinlenilme ve adil yargılanma hakkının bir gereğidir.¹⁶³⁹ Gerçekten de, tebliğ evrakının muhatabın anlayacağı bir dilde tercüme edilmeden, Türkçe gönderilmesi bilgilenme ve adil yargılanma hakkına aykırıdır. Kendisine gönderilen bir tebliğin çevirisinin muhataba yüklenmesi kabul edilemez.¹⁶⁴⁰

2) Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarına Tebligat

Tebliğat Kanunu’nun 25/a maddesinde, yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarına özgü bir tebligat usulü öngörülmektedir. Buna göre, tebliği çıkaran mercii, evrakı doğrudan muhatabın yaşadığı yerdeki Türk temsilciliklerine gönderecek (m. 25/a/f. 5) ve tebligat Türk dış temsilcilikleri tarafından yapılacaktır.¹⁶⁴¹ Bu tebligat usulünün temelinde, m. 25/a/f. 3’de düzenlenen “özel bir bildirim şekli” yer almaktadır. Anılan hüküm uyarınca, “*Tebliğin konusu ile hangi merci tarafından çıkarıldığı bilgilerinin yer aldığı ve otuz gün içinde başvurulmadığı takdirde tebliğin yapılmış sayılacağı ihtarı içeren bildirim, muhataba o ülkenin mevzuatının izin verdiği yöntemle gönderilir.*” Bu hüküm çerçevesinde, tebligatın yapılmış sayılabilmesi, söz konusu bildirimin, muhataba usulüne uygun şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Aksi takdirde usulsüz tebligat söz konusu olacaktır.¹⁶⁴²

¹⁶³⁹ **Kohl**, s. 641. Bu husus Tebligat Yönetmeliği m. 40/f. 1’de şu şekilde düzenlenmektedir: “*Tebliğ evrakı ve tebliğ mazbatalı kapalı zarf, muhatabın bulunduğu ülke diline veya anlaşmalarla belirlenen dile tercüme ettirilir.*”

¹⁶⁴⁰ Doktrinde, Türkiye ile yabancı devletler arasında imzalanan bazı ikili antlaşmalarda, bu noktanın atlandığı ve örneğin, tebliğ evrakının İngilizce tercümesi yapılarak gönderilebileceğinin düzenlendiği belirtilmekte ve bu durumun muhatabın savunma hakkını ihlal edebileceği vurgulanmaktadır. Zira, tebliğ evrakının içeriğini öğrenemeyen muhatabın “tebliğden imtina hakkını da kullanamayacağı ifade edilmektedir. Bkz. **Bozdağ**, s. 304.

¹⁶⁴¹ Ruhi, fiziki ortamda gönderilen tebligat evrakının, Türk dış temsilciliğine, “elektronik ortamda bir paket halinde” gönderilmesinin daha kolay olacağını ve daha kısa süre alacağını belirtmekte ve bunun için yasal düzenleme yapılması gerektiğinin altını çizmektedir. Bkz. Ruhi, **Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe**, s. 205.

¹⁶⁴² Özdemir Kocasakal, **Tebliğat**, s. 32. Aynı yönde bkz. Erdönmez, **Pekcanıtez Usûl**, s. 538-539. Tebligat Kanunu m. 25/a/f. 4 şu şekildedir: “*Bildirimin o ülkenin mevzuatına göre muhataba tebliğ edildiği belgelendirildiğinde, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde Türkiye Büyükelçiliği veya Konsoloslusuna başvurulmadığı takdirde tebligat otuzuncu günün bitiminde yapılmış sayılır.*”

Hükümde belirlenen “otuz günlük süre”, kendisine yapılan tebligatı kötüniyetle almayan tarafa karşı, diğer tarafın adil yargılanma hakkının korunmasına olanak sağlamakta ve bu nedenle doktrinde destek görmektedir.¹⁶⁴³ Zira, yargılamanın kötüniyetli tarafın davranışına bağlı olarak gecikmesinin önüne geçilmek istenmektedir. Dolayısıyla, tebligatın yapılacağı ülkenin hukukuna uygun şekilde yapılmış olan bildirim sonrasında, muhatabın tebligatı öğrenmiş olduğundan ve bu bağlamda bilgilenme hakkının gereğinin yerine getirildiğinden hareket ile, muhatabın tebliğ evrakını almaya gelmemesi veya tebliği almaktan imtina etmesi ile ilgilenilmemektedir.¹⁶⁴⁴ Kanımızca bu usul, bir taraftan bilgilenme hakkını güvence altına alması, diğer taraftan yargılamanın uzamasına engel olması nedeniyle, yargılamanın her iki tarafının adil yargılanma hakkını güvence altına almaktadır.

Doktrinde, yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarına yapılacak tebligat işlemlerinde Tebligat Kanunu’nun 25/a maddesinin öncelikli şekilde uygulanması, bu usulden sonuç alınamadığı takdirde, (ikili veya çok taraflı anlaşmalarla düzenlenen) diğer usullere başvurulması gerektiği ifade olunmaktadır. Zira, uluslararası anlaşmalar dahilinde yapılacak tebligatın daha fazla belge hazırlanmasını gerekli kıldığı, örneğin tebliğ evrakının tercümesinin eklenmesi vb. işlemler nedeniyle, daha fazla zaman ve para harcanmasını gerekli kılan usullerin uygulanmaması gerektiği vurgulanmaktadır.¹⁶⁴⁵ Bununla birlikte, Tebligat Kanunu m. 25/a’nın uygulanamayacağı durumlar da söz konusu olabilir. Türk dış temsilciliğince yapılacak bildirimin, muhatabın gösterilen adreste oturmaması veya bu adresten sürekli olarak ayrılmış olması, adresin yetersiz olması veya tespit edilememesi nedeniyle muhataba ulaşmadığı hallerde Tebligat Kanunu m. 25/a’nın

Muhatap Türkiye Büyükelçiliği veya Konsoloslukuna başvurduğu takdirde tebliğ evrakını almaktan kaçınırsa bu hususta düzenlenecek tutanak tarihinde tebliğ yapılmış sayılır. Evrak bekletilmeksizin merciine iade edilir.” Ayrıca bkz. Yarg. 2.HD, e. 2004/14236 K. 2004/15619, 23.12.2004 (bkz. www.kazanci.com; erişim tarihi: 30.03.2017).

¹⁶⁴³ **Bozdağ**, s. 289-290; **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 73; **Ruhi, Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe**, s. 197.

¹⁶⁴⁴ Doktrinde, muhatabın yurt dışı temsilciliğimizin gönderdiği bildirimi almasına rağmen, temsilciliğe müracaat etmediği veya müracaat etse dahi tebligatı almaktan imtina ettiği durumlarda, yurt dışı temsilciliğinin hatalı bir şekilde, evrakı tebliği çıkaran merciye iade ettiği belirtilmekte, böylece, Tebligat Kanunu’nun, yargılamaların uzamasına engel olabilecek bu hükmünün doğru işletilmediğinden bahsedilmektedir. Bkz. **Ruhi, Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe, (1.Baskı)**, s. 189.

¹⁶⁴⁵ **Ruhi, Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe**, s. 203; **Bozdağ**, s. 288-289; **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 70; **Nomer**, s. 584. Ayrıca bkz. **Erdönmez, Pekcanitez Usûl**, s. 539.

uygulanması mümkün olmayacaktır.¹⁶⁴⁶ Bu gibi durumlarda, uluslararası anlaşmalardaki hükümlere başvurulması gerektiği belirtilse de, anılan şartlarda, bu hükümlerin uygulanması da pek mümkün olmayabilecektir. Zira, muhatabın bulunduğu adresin tebligatı yapacak devletin yetkili makamlarınca da bulunamaması halinde, yurt dışında ilan tebligat yoluna gidilmesi gerekebilecektir.¹⁶⁴⁷

b. Yurt Dışında Yapılan İlan Tebligata İlişkin Sorunlar

Tebliğat Kanunu m. 28/f. 1 uyarınca, adresi meçhul olanlara ilan tebligat yapılır. Maddenin devamında, ilgili hükümler uyarınca tebligat yapılamayan ve “ikametgahı, meskeni veya iş yeri de bulunamayan kimsenin adresi meçhul sayılacağı” belirtilmiştir.¹⁶⁴⁸ Muhatabın adresinin bulunması için gerekli tüm araştırmaların yapılması gerekmektedir.¹⁶⁴⁹ Muhatabın adresi yeterince araştırılmaksızın ilan tebligat yapılması mümkün olmadığı gibi, araştırma

¹⁶⁴⁶ Bu noktada Tebligat Kanunu m. 35/son fıkrası da uygulanabilecektir. Anılan hüküm şu şekildedir: “Daha önce yurt dışındaki adresine tebligat yapılmış Türk vatandaşı, yurt dışı adresini değiştirir ve bunu tebliğ çıkaran merciye bildirmez, adres kayıt sisteminden de yerleşim yeri adresi tespit edilemezse, bu kişinin yurt dışında daha önce tebligat yapılan adresine Türkiye Büyükelçiliği veya Konsoloshuğunca 25/a maddesine göre gönderilen bildirimin adrese ulaştığının belgelendiği tarihten itibaren otuz gün sonra tebligat yapılmış sayılır.”

¹⁶⁴⁷ 1965 tarihli Tebligat Sözleşmesi m. 1/f. 2’de Sözleşme’nin, muhatabın adresinin bilinmediği hallerde uygulanmayacağı düzenlenmektedir.

¹⁶⁴⁸ Tebligat Yönetmeliği m. 16/f. 1 uyarınca tebligat, muhatabın bilinen en son adresine yapılır. Ancak, muhatabın bilinen en son adresinin tebligata elverişli olmadığına anlaşılmaması veya tebligat yapılamaması hâlinde, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi bilinen en son adresi olarak kabul edilir ve tebligat buraya yapılır. Ayrıca başkaca adres araştırması yapılmasına gerek yoktur (m. 16/f. 2). Tebligat Yönetmeliği m. 48/f. 1 ve 2’de tebligat muhatabının adresinin meçhul sayılması ile ilgili şu düzenlemeye yer verilmiştir: “Bu Yönetmelik hükümleri uyarınca kendisine tebligat yapılamayan, tebliğ memuru tarafından adresi tespit edilemeyen, adres kayıt sisteminde de yerleşim yeri adresi bulunmayan kişinin adresinin tespiti için tebligatı çıkaran merci tarafından adres araştırması yapılır.

Tebliğatı çıkaran merci, muhatabın adresini öncelikle resmî veya özel kurum ve dairelerden, bunlardan sonuç alınamadığı takdirde kolluk vasıtasıyla araştırabilir ve tespit ettirebilir. Yapılan araştırmalara rağmen muhatabın adresinin tespit edilememesi halinde adres meçhul sayılır.”

Şu halde, muhatabın adres kayıt sisteminde bir adresi mevcut olduğu sürece, adresin meçhul sayılarak ilan tebligat yoluna gidilmesi mümkün değildir. Adres kayıt sisteminde adresi bulunmayan muhataba yapılacak tebliğler bakımından ise, adres araştırması yapılması gerekmektedir. Şayet bu araştırma sonucunda da herhangi bir adrese ulaşılamaz ise, o takdirde ilan tebligat yoluna gidilebilecektir. Bkz. Erdönmez, **Pekcanıtez Usûl**, s. 534-535. Ayrıntılı incelemeler için bkz. **Yılmaz/Çağlar**, s. 510 vd.; **Muşul**, s. 99 vd.

¹⁶⁴⁹ Yarg. 6.HD, E. 2008/8461 K. 2008/10212, 25.09.2008 (bkz. **Bozdağ**, s. 292, 83 nolu dn.); Yarg. 13.HD, E. 2004/11450 K. 2004/15075, 21.10.2004; Yarg. 18.HD, E. 2007/4172 K. 2007/4397, 17.05.2007 (bkz. Ruhi, **Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe**, s. 214, 510 ve 512 nolu dn.). Ayrıca bkz. Yarg. 2.HD, E. 2007/21110 K. 2008/4827, 07.04.2008 (bkz. **Muşul**, s. 104, 107 nolu dn.); **Yılmaz/Çağlar**, s. 504 ve 505 ve 524 vd’de belirtilen kararlar.

Bu bağlamda, Adalet ve Dışişleri Bakanlıklarınca işbirliği yapılmakta, Dışişleri Bakanlığı’nın UYAP üzerinden yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının açık adresleri tespit edilmektedir. Bkz. **İ.Doğan**, s. 473; Ruhi, **Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe**, s. 196.

sonucunda bir adres bulunmasına rağmen ilanen tebligat yoluna başvurulması da mümkün değildir; aksi, muhatabın adil yargılanma hakkının ihlalidir.¹⁶⁵⁰ Bu bağlamda, ikili ve çok taraflı adli yardım anlaşmaları çerçevesinde yabancı yetkili makamlardan yardım alınması, Türkiye'nin yurt dışı temsilciliklerinde tutulan kayıtlardan faydalanılması veya yabancı ülke mevzuatında öngörülen başka şekillerde adres tespitinin yapılması mümkündür.¹⁶⁵¹ Zira, ilanen tebligat yöntemi başvurulacak son çaredir.¹⁶⁵² AİHM de, bu hususa dikkat çekmekte, muhatabın bilgilendirilebilmesi için mümkün olan her yola başvurulması gerektiğinin altını çizmektedir.¹⁶⁵³

Bununla birlikte, doktrinde, haklı olarak, muhatabın adresinin tespit edilmesi açısından, dava süreci uzatılmadan tüm çabanın gösterilmesi gerektiği vurgulanmakta, ancak bu konuda yurt içindeki uygulama açısından sorun yaşanmamasına karşın, “yurt dışı uygulamasında halen anlaşılır ve tarafların haklarına zarar vermeyecek açık bir düzenlemenin bulunmadığına” dikkat çekilmektedir.¹⁶⁵⁴

Yurtdışındaki “adresi meçhul olan” muhataba ne şekilde tebligat yapılacağı ise Tebligat Kanunu'nun 29. maddesinde gösterilmektedir: İlan muhatabın en güvenli şekilde öğrenebileceği tahmin edilen ve varsa tebliği çıkaran merciin bulunduğu yerde yayınlanan birer gazetede ve ayrıca elektronik ortamda yapılmalıdır. Tebliğ olunacak evrak ve ilan sureti, tebliğ çıkaran merciye ait herkesin kolayca görebileceği bir yere asılır. Tebliği çıkaran mercii, ilanın iki defa yapılmasına karar verebilir. Bu durumda, iki ilan arasındaki süre bir haftadan az olamaz (Yönetmelik m. 49/c bendi). Doktrinde yapılacak ilanın, muhatabın öğrenme ihtimali en yüksek yerdeki (muhatabın bulunduğu veya bulunma

¹⁶⁵⁰ Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 536. Ayrıca bkz. Yarg. 3.HD, E. 2010/5115 K. 2010/11163, 22.06.2010; Yarg. 12.HD, E. 2003/14957 K. 2003/18887, 30.09.2003 (bkz. Ruhi, **Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe**, s. 213 ve s. 215, 507 ve 513 nolu dn.). Ayrıca bkz. Muşul, s. 468; Yılmaz/Çağlar, s. 517 vd.; Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 536-537, 264 nolu dn'de belirtilen kararlar.

¹⁶⁵¹ Ruhi, **Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe**, s. 214; Bozdağ, s. 292-294.

¹⁶⁵² Yılmaz/Çağlar, s. 503; Muşul, s. 102; Bozdağ, s. 294; Ruhi, **Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe**, s. 214. Yazara göre, yurt dışında yapılacak ilanen tebligat, tebligata ilişkin mevzuat ve milletlerarası sözleşmeler kapsamında tebliğ işleminin gerçekleştirilememesi nedeniyle, taraf teşkilinin sağlanamaması veya hukuki bir işlemin sonuçlandırılmamasının engellenmesi bakımından “*pratik zekânın bir ürünü olarak karşımıza çıkmaktadır.*” (bkz. s. 216).

¹⁶⁵³ AİHM *Schmidt – Letonya* kararı, prgf. 91-94 (Karar Tarihi: 27.04.2017 / Başvuru No: 22493/05). AİHM, muhatabın (davalının) adresinin bulunması konusunda yalnızca davacının getirdiği bilgiler ile yetinilemeyeceğini, mahkemenin muhatabın adresini bulmak konusunda mahkemenin de çaba sarf etmesi gerektiğini, bu açıdan, örneğin muhatabın adresini değiştirmesi halinde, durumu mahkemeye bildirmediği ihtimalde dahi, mahkemenin davalının ihmali davranışına bağladığı sonucun orantılı olması gerektiğini dile getirmiştir (bkz. prgf. 95).

¹⁶⁵⁴ Bozdağ, s. 294.

ihtimalinin olduğu) yabancı ülke gazetelerinden birinde -ki bu gazete, yabancı ülkede dağıtımı yapılan bir Türk gazetesi de olabilecektir- yapılabileceği belirtilmektedir.¹⁶⁵⁵ Ancak, gerek Tebligat Kanunu, gerekse Yönetmelik hükümlerinde, yurt dışında yapılması gereken ilan tebligata ilişkin ayrıntılı bir düzenleme bulunmamaktadır.

Uygulamada, tebligatın yurtdışında yayınlanan bir gazetede ilanı yoluna gidildiği, fakat bu çözüm yolunda da bazı soru işaretleri ile karşılaşıldığı ifade edilmekte, bu nedenle yurt dışında ilan tebligat yoluna pek başvurulmadığına dikkat çekilmektedir.¹⁶⁵⁶ Yurt dışında bulunan bir kişiye, Türkiye’de ilan tebligat yapılmasının da mümkün olmaması karşısında, yurt dışında ilan tebligatı yapılamadığı durumlarda nasıl bir yol izleneceğine dair açıklık bulunmaması, yargılamanın devamı ve her iki tarafın adil yargılanma hakkı bakımından ciddi sorunlar yaratmaktadır. Doktrinde, bu durumun bir an önce yeni bir düzenleme ile netliğe kavuşturulması gerektiği ifade edilmekte, bu anlamda elektronik tebligat yolundan faydalanılabileceği ileri sürülmektedir.¹⁶⁵⁷

Tebligat Kanunu m. 28/son fıkrasında, ilan tebligat yapılan hallerde, tebliği çıkaran merciin, tebliğ olunacak evrak ile ilan suretlerini yabancı ülkede bulunan muhatabın bilinen en son adresine ayrıca iadeli taahhütlü mektupla göndermesi gerektiği ve posta makbuzunun dosyaya konulacağı düzenlenmektedir (Yönetmelik m. 49/f. 2). Doktrinde bu hükümden ne şekilde anlaşılması gerektiğinin belirsiz olduğu ifade edilmekte, hükmün, daha çok ilan tebligat yapılamayan hallerde

¹⁶⁵⁵ Ruhi, **Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe**, s. 213; **Bozdağ**, s. 291.

¹⁶⁵⁶ **Yılmaz/Çağlar**, s. 523; **Bozdağ**, s. 292-295. Yazar, sadece muhataba ulaşacağı düşünülen yabancı bir gazetede yayınlanması talebiyle, yurt dışı temsilciliklere gönderilen tebligatların, “sehven” yabancı devlet makamlarına iletilerek ilan tebligat yapılmasının istendiğini, yabancı makamların da, “kendi hukuklarında ilan tebligatın öngörülmemesi sebebiyle, bu şekilde bir talebi yerine getirmediklerini” belirtmektedir. Ruhi’ye göre de, tebligatın bir egemenlik faaliyeti olması nedeniyle, tebligatın yapılacağı ülkede kabul görmeyen bir yol ile tebligat yapmaya çalışmanın “*ne kadar hukuki olduğu sorgulanabilir*” (bkz. Ruhi, **Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe**, s. 216). Ayrıca, bazı yabancı ülkelerde, yetkili makamların izni olmadan gazetelerde bu tür metinlerin yayınlanmasına izin verilmediğini, böylece, yurt dışında ilan tebligatının yapılmasının mümkün olmadığını vurgulanmaktadır (bkz. **Bozdağ**, s. 295).

¹⁶⁵⁷ **Bozdağ**, s. 296. Ruhi, gerek Türkiye’de gerekse yabancı ülkelerde gazetede yayın yoluyla gerçekleştirilecek ilan tebligatının yeniden düzenlenmesi gerektiğini, yapılacak yeni düzenleme ile, gazetede ilan yolunun terk edilerek, “Türkiye’de elektronik ortamda ilan tebligat havuzu oluşturulabileceğini”, muhatabın bilinen son adresinin Türkiye’de veya yurt dışında olması halinde, o kişiye yapılacak ilan tebligatının “elektronik havuza atılmak suretiyle gerçekleştirilebileceği” önerisinde bulunmaktadır. Ruhi, **Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe**, s. 216.

Bu konuda Alman Medeni Usul Kanunu m. 185 örnek gösterilmektedir. Anılan hükme göre, ilan tebligatının, muhatabın yurt içinde veya yurtdışında bulunmasına göre bir ayırım yapılmaksızın, mahkeme panosuna asılarak ya da elektronik bilgi sistemine bildirimde bulunulması ile yapılmakta olduğu ifade edilmektedir. bkz. **Bozdağ**, s. 290, 75 nolu dn.

uygulama alanı bulabileceği dile getirilmektedir.¹⁶⁵⁸ Gerçekten de, ilanen tebligat yapılabilmesi için, muhatabın adresinin bilinmemesi, bulunamaması gerekmektedir. Dolayısıyla, tebligatın, “yabancı ülkede bulunan muhatabın bilinen en son adresine ayrıca iadeli taahhütlü mektupla gönderilmesi” mümkün olmayacaktır. İlanen tebligatın şartlarının oluşmasına rağmen, gerek adli yardımlaşmaya ilişkin hükümlerin işletilememesi, gerekse, tebligat yapılacak ülkenin iç hukuku ve kamu düzeninin izin vermemesi nedeniyle ilanen tebligat yapılamayan hallerde bile bu hükmün işletilebilmesi için “bilinen bir adres”e ihtiyaç vardır. Dolayısıyla bu hükmün, ilanen tebligat usulünün özüne uygun olmadığı görülmektedir.



¹⁶⁵⁸ Yılmaz/Çağlar, s. 521; Bozdağ, s 295.

SONUÇ

Çalışmanızda, AIHS m.6/ f. 1 ve T.C. Anayasası m. 36'da düzenlenen adil yargılanma hakkının milletlerarası usul hukuku bakımından yarattığı sorunlar üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda, milletlerarası usul hukukunun birçok konusu adil yargılanma penceresinden incelenmeye ve somut sonuçlara varılmaya özen gösterilmiştir. Çalışmamızın sonuç bölümünde, incelediğimiz her bir konunun özetlenmesinin doğru olmayacağı kanaatindeyiz. Milletlerarası usul hukukunun her alanında adil yargılanma kavramının izlerine rastlamak mümkündür. Bu bağlamda, adil yargılanma hakkı, milletlerarası usul hukuku açısından büyük bir değer ve önem taşımaktadır.

Vardığımız en temel sonuç şudur: Kanunlar ihtilafı bakımından “milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti”nin işlevi, adil yargılanma hakkının milletlerarası usul hukukundaki işlevi ile bire bir örtüşmektedir. Diğer bir ifadeyle, yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda, milletlerarası usul hukukunun her alanında, adil yargılanmanın sağlanması temel amaç olarak ön plana çıkmaktadır.

Adil yargılanma hakkının AIHM tarafından genişletilen kapsamı, hakkın önemini milletlerarası uyuşmazlıklar bakımından daha da arttırmıştır. Özellikle, mahkemeye erişim ve hükmün icrası hakları, milletlerarası usul hukukunun temel iki konusunu, milletlerarası yetki ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizini yakından ilgilendirmektedir. Diğer taraftan, milletlerarası usul hukukunda adil yargılanma hakkı bakımından önemli sorunlar yaratan adli yardım konusu ön plana çıkmaktadır. Yargı ve icra bağışıklığı konusu da, üzerinde uzlaşa sağlanmış bir konu gibi göründe de, uluslararası doktrinde adil yargılanma ve insan hakları boyutu ile bir hayli tartışılan bir konudur.

Çalışmamızın, daha çok “kavramsal” olarak tanımlayabileceğimiz birinci bölümünde, adil yargılanma hakkının kapsamı, AIHM içtihadı ile belirlenen adil yargılanma güvencelerine ilişkin genel ilke ve hakkın unsurlarının altyapısı üzerinde durulmuştur. Bu bölümde ön plana çıkan, “adalete erişim” ve “milletlerarası adaletin inkârı” kavramlarıdır. Bu kavramlar, milletlerarası usul hukukunu da yöneten temel kavramlardır. Bu noktada, adalete erişim ve adaletin inkârının önlenmesi bakımından yabancı ile vatandaş arasında herhangi bir ayırım

yapılamayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Adil yargılanma hakkının insan onuru, demokratik ve sosyal hukuk devleti, adalet anlayışı gibi değerlere dayanan temel bir insan hakkı olduğuna şüphe yoktur. Dolayısıyla, usul hukukunun bu en önemli temel hakkından faydalanmak konusunda, yabancılar ile Türk vatandaşlarının eşit olduğu net bir şekilde ortaya konmuştur. Bugün, geline nokta, aksini savunmanın çok güç olduğu açıktır. T.C. Anayasası m. 10’da ifadesini bulan eşitlik ilkesi ve AİHS m. 14’de düzenlenen ayrımcılık yasağı, adil yargılanma güvencelerinin sağlanması açısından vatandaş ile yabancı arasında ayırım yapmaya engeldir.

Bu noktada, karşılıklılık, milletlerarası usul hukukunda adil yargılanma hakkının sağlanmasında önemli ve hatta temel bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Karşılıklılık, her ne kadar, milletlerarası teamül kuralları çerçevesinde kabul gören ve yabancıların anayasal temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasında başvurulan bir ilke olsa da, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının karşılıklılık koşuluna bağlanmak suretiyle sınırlandırılması mümkün görülmemelidir. Karşılıklılık egemenlik temelli siyasi bir zorunluluktur. Oysa, temel hak ve özgürlüklerin tanınmasında asıl olan devletin siyasi çıkarlarının değil, bireylerin korunmasıdır.

Tam da bu noktada, adil yargılanma hakkının mutlak değil nisbi bir hak olduğu gerçeği, diğer bir ifadeyle, belirli şartlar altında “sınırlanabilir” niteliği ön plana çıkmaktadır. Gerek AİHS m. 6 çerçevesinde gelişen AİHM içtihadının, gerekse T.C. Anayasası’nın ortaya koyduğu üzere, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında uyulması gereken bazı şartlar söz konusudur. Bu kapsamda, adil yargılanma hakkı, ancak meşru bir amacı gerçekleştirmek üzere, elverişli ve varılmak istenen sonuç ile orantılı araçlar kullanılmak suretiyle ve adil yargılanma hakkının koruma alanındaki hak ve ilkelerin özüne zarar vermeyecek şekilde sınırlandırılabilir. Bu şartların tümünün bir arada olması zorunludur. Meşru bir amaca dayanan ve fakat adil yargılanma hakkının özüne zarar veren sınırlandırmaların, AİHS ve AİHM içtihadı çerçevesinde kabul görmesi mümkün değildir. Bu anlamda, karşılıklılığın kabulü, genel olarak, her ne kadar meşru bir amaca dayanan, “orantılı” bir araç gibi görünse de, çalışmamız kapsamında ele aldığımız sorunlar bakımından adil yargılanma hakkının özüne zarar veren sonuçlar doğurmaktadır.

Dolayısıyla, gerek teminattan muafiyet sebebi, gerekse yabancılara adli yardım verilmesi için aranan bir şart olarak karşılıklılığın yeniden düzenlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Özellikle adli yardım sağlanmasında Türk vatandaşları ile yabancılar arasında ciddi bir ayrıma sebep olan karşılıklılığın kaldırılması yönündeki görüş, doktrinde önemli ölçüde destek bulmaktadır. MÖHUK m. 48’de düzenlendiği şekliyle, teminat konusunda aynı destek söz konusu olmasa da, karşılıklılığın muafiyet sebebinden çok, bir “ayrımcılık aracı” olarak nitelendirdiğimizi belirtmek isteriz. Bu bakımdan, teminat konusunda, karşılıklılık yerine, Türkiye ile daha yakın bağlantı kuran ve teminat kurumunun amacına hizmet eden başka (en başta teminat yükümlüsünün Türkiye’de malvarlığı bulunması gibi) muafiyet sebeplerinin kabul edilmesi gerektiği kanısındayız.

Çalışmamızın gerek birinci gerekse ikinci bölümünde adli yardım kurumunun üzerinde durmamızın temel sebebi adli yardımın koruduğu alanın genişliğidir. Adli yardım, yargılama harç ve giderlerinde, tercüman hakkının sağlanmasında ve avukatla temsilin etkin bir şekilde gerçekleştirilmesinde çok önemli bir role sahiptir. Türk usul hukuku, gerek yabancılık unsuru içeren gerekse içermeyen uyuşmazlıklarda karşılaşılan gider ve harçların yüksekliği konusunda çok parlak bir tablo sergilememektedir. Adli yardım, bu tablonun adil yargılanma hakkı üzerindeki olumsuz etkilerini engelleyebilecek önemli bir silahtır.

Türk medeni usul hukukunda ücretsiz tercüman hakkı tanınmamaktadır. Tercüman hakkı, kendisini Türkçe ifade edemeyen yabancıların, başta hukuki dinlenilme hakkı olmak üzere, yargılamadaki tüm haklarını kullanabilmeleri açısından hayati önemdedir. Medeni yargıda ücretsiz tercüman hakkı sağlanması gerektiği savunulabilir. Ancak, AİHM’nin de belirttiği üzere, adalet hizmetinin sunulması bakımından taraf devletlerin mali durumlarının dikkate alınması gerekmektedir. Bu nedenle, devletleri ekonomik anlamda aşırı derecede zorlayacak yükümlülükler öngörülemediği kabul edilmektedir. Ne var ki, devletin ekonomik olarak korunması ile bireylere adil yargılanma hakkının temel güvencelerinin sunulması arasında makul bir dengenin kurulması esastır. Bu noktada, adli yardım kurumu devreye girmektedir. Medeni yargıda ücretsiz tercüman hakkı sağlanmasa da, ihtiyaç olan durumlarda, yabancılara tercümanlık hizmeti verilmesi bakımından etkin bir adli yardım mekanizmasının kurulması şarttır.

Aynı şekilde, medeni yargıda ücretsiz avukat yardımı da sunulmamaktadır. Oysa, bir yabancının, yargılama kurallarını bilmediği bir mahkemede dava açmak

veya kendini savunmak zorunda kalması durumunda, belki de en çok ihtiyaç duyacağı şey, hukuki danışmanlık hizmetidir. Bu hizmete ekonomik durumu nedeniyle ulaşamayan yabancıların, özellikle davanın karşı tarafının avukat ile temsil edildiği hallerde, hukuki dinlenilme hakkından eşit şartlarda faydalanamayacağı bir gerçektir. Bu nedenle, silahların eşitliği ilkesi de zedelenmiş olacaktır. Dolayısıyla, tercüman hakkında olduğu gibi, avukatlık hizmetinin sunulmasında da, ihtiyaç halinde, adli yardımın devreye girmesi zaruridir. Adli yardım kurumunun, bu denli geniş kapsamı, adli yardım şartlarının adil yargılanma hakkı bakımından hassas bir değerlendirmeye tabi tutulmasını gerekli kılmaktadır. Adil yargılanma hakkından faydalanmak konusunda, yabancılar ile Türk vatandaşları arasında eşitliğin sağlanabilmesi amacıyla, yabancılara adli yardım tanınması için aranan karşılıklılık koşulunun kaldırılması kanımızca kaçınılmazdır.

Adil yargılanma hakkı bakımından AİHM'nin birçok kararına konu olan bir başka sorun da yargı ve icra bağışıklıklarıdır. Her ne kadar, mutlak bağışıklıktan nisbi bağışıklığa geçiş konusunda sağlanan uzlaş, yargı ve icra bağışıklığının tartışmadan uzak olduğu izlenimini yaratsa da, mahkemeye erişim hakkı ve adaletin inkârı noktasında birçok sorun ile karşılaşlmaktadır. Türk doktrininde pek yer bulmayan, ancak uluslararası doktrini bir hayli meşgul eden bu sorunlara ilişkin tartışmalar, özellikle yargı bağışıklığı uygulamasını ciddi şekilde değiştirebilecek sonuçları haizdir. Tüm bu tartışmalara yer verdikten sonra vardığımız sonuç şudur: MÖHUK m. 49'da açık bir şekilde ifade edildiği üzere, yabancı devletin egemenlik faaliyetlerini ilgilendirmeyen konularda yargı bağışıklığı tanınmamaktadır. Ancak, yargı bağışıklığı kapsamında kalan işlem ve eylemlerin söz konusu olduğu hallerde dahi, davanın yargı yetkisi yokluğu gerekçesiyle reddi için bazı incelemelerin yapılması şarttır. Aksi halde, davacının mahkemeye erişim hakkına orantısız bir müdahalede bulunulmuş, hakkın özüne zarar verilmiş olacaktır.

Yargı bağışıklığının kişilerin hak arama özgürlüklerini ve mahkemeye erişim haklarının kullanımını ertelemeyen, tamamen ortadan kaldıran bir engel olması nedeniyle, hak arayan kişinin, başka yollarla mahkemeye erişiminin sağlanıp sağlanamayacağına (davalı devlet mahkemelerinde dava açıp açamayacağına ve dava açabilse dahi adil yargılanma standartlarına uygun bir şekilde yargılanıp yargılanmayacağına) dair bir inceleme yapılması ve bu inceleme sonucunda olumlu kanıya ulaşılması halinde yargı bağışıklığının tanınması gerekmektedir. Kanımızca, yargı bağışıklığı uygulaması, ancak bu şekilde adil yargılanma hakkı ile

bağdaştırılabilecektir. İcra bağışıklığı ise, daha az tartışılan bir konudur. İspat yükü bağışıklıktan faydalanan devlete ait olmak üzere, icrai işlemin tarafı olan devletin kamusal faaliyetine tahsis edilmiş mallarının icrası mümkün değildir. Yargı bağışıklığında olduğu gibi, bu noktada da, meşru amaç ve orantılılık kriterleri devreye girmektedir. Hangi malların icradan muaf tutulacağı konusunda doğru bir tespitin yapılması şartıyla, icra bağışıklığı, hükmün icrası (ve dolayısıyla adil yargılanma) hakkını ihlal etmemektedir.

Milletlerarası usul hukukunun adil yargılanma hakkını yakından ilgilendiren diğer bir konusu milletlerarası tebligattır. Milletlerarası tebligata ilişkin incelemelerimizde temel olarak iki nokta üzerinde durulmuştur: tebligatın mümkün olan en kolay ve kısa yol tercih edilerek gerçekleştirilmesi ve bu yolun adil yargılanma güvencelerine aykırı olmaması. Bu bağlamda, özellikle Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası tebligatı kolaylaştıran uluslararası antlaşma hükümlerinin titizlikle uygulanması gerekmektedir. Diğer taraftan, özellikle yurtdışında yapılan ilanen tebligatlar konusunda yaşanan sorunların, Tebligat Kanunu ve Yönetmeliği'nde değişiklik yapılmasını gerekli kıldığı bir gerçektir.

Milletlerarası usul hukukunun bu temel konuları dışında, çalışmamızın büyük bir bölümünde adil yargılanma hakkının milletlerarası yetki kuralları ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi üzerindeki etkileri üzerinde durulmuştur. Adil yargılanma hakkı ve adaletin inkârının engellenmesi kapsamında bağımsız bir hak olarak ele alınan mahkemeye erişim ve hükmün icrası haklarının anılan iki alanda ciddi sonuçları söz konusudur.

Milletlerarası yetki kurallarının düzenlenmesi ve yorumlanması konusunda adil yargılanma hakkının çok önemli bir rolü vardır. Tarafların adil yargılanma hakkı dikkate alınmadan düzenlenen ve yorumlanan milletlerarası yetki kurallarının, milletlerarası usul hakkaniyetini sağlaması mümkün değildir. Bu çerçevede, yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda, tarafların (davacı ile davalının) menfaatleri arasında makul bir dengenin sağlanmaya çalışılması esastır. Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar, yabancı unsur taşımayan uyuşmazlıklardan daha farklı özellikler arz etmektedir. Dolayısıyla, milletlerarası usul hakkaniyetinin sağlanması bakımından da, bu özelliklerin dikkate alınması zaruridir.

Kanımızca, MÖHUK'un milletlerarası yetki sistemi, adil yargılanma hakkının tüm gereklerini eksiksiz şekilde yerine getirmekten uzaktır. MÖHUK'da yer alan kurallar özellikle mahkemeye erişim hakkının sağlanması bakımından

yetersizdir. Bu nedenle, birçok yabancı milletlerarası yetki sisteminde kabul edildiği üzere, *forum necessitatis* doktrininin MÖHUK bakımından da kabul edilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Bu bağlamda, MÖHUK’da hem davacının mahkemeye erişim hakkını güvence altına alarak milletlerarası adaletin inkârının önlenmesini sağlayacak, hem de davalının uyuşmazlık ile hiçbir ilişkisi bulunmayan bir mahkemede kendini savunmak zorunda kalmasını engelleyecek genel bir yetki kuralının düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Böylece, T.C. Anayasası m. 142’de düzenlenen yetkide kanunilik ilkesi ihlal edilmeksizin, adil yargılanma hakkının gereklerinin yerine getirilebileceği bir sistem kurulabileceği kanısındayız. Bu bağlamda, kanımızca, MÖHUK’a “olağanüstü (istisnai) hallerde yetki” başlıklı aşağıdaki maddenin eklenmesi uygun olacaktır:

“Yabancı bir mahkemede dava açılmasının mümkün olmadığı veya davacıdan makul surette beklenemeyeceği hallerde, uyuşmazlığın Türk mahkemeleri ile bağlantılı olması koşuluyla, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi doğar.”

Adil yargılanma hakkını yakından ilgilendiren bir diğer konu ise, tanıma / tenfizdir. AİHM tarafından hükmün icrası hakkı kapsamında tanınan tanıma / tenfiz hakkı, AİHS’e taraf devletlere, milletlerarası usul hukuklarında düzenlenen şartları taşıyan yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizi konusunda “olumlu” bir yükümlülük yüklemektedir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde adil yargılanma hakkının tüm gereklerine uyulması esastır.

Diğer taraftan, AİHM, yabancı ülkede adil yargılanma hakkının ihlali sonucunda verilen yabancı mahkeme kararlarının tanınmaması / tenfiz edilmemesi konusunda “olumsuz” bazı yükümlülükler öngörmektedir. Bu bağlamda, adil yargılanma hakkına uygunluğun, MÖHUK m. 54’de yer alan tanıma / tenfiz koşullarına “bağımsız bir tanıma / tenfiz şartı” olarak eklenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Zira, özellikle, Türk tanıma / tenfiz hukukunda kamu düzenine aykırılık engeli ile karşılaşmamasına rağmen AİHS m. 6/f. 1 gereğince adil yargılanma hakkına aykırı sonuçlar doğuran yabancı mahkeme kararlarının tanınması / tenfizinin önüne ancak bu şekilde geçilebilecektir. Bu yönde bir düzenleme, kanımızca, AİHM’nin taraf devletlere yüklediği olumsuz yükümlülüğün bir gereğidir.

Adil yargılanma hakkı, milletlerarası usul hukuku üzerinde sürekli gelişen ve genişleyen bir etki alanına sahiptir. Çalışmamızda vardığımız sonuçların bazıları henüz AİHM tarafından bire bir ele alınmış değildir. Bununla birlikte, AİHM’nin

ortaya koyduğu bazı temel ilkelerin Türk yargı organlarınca da giderek daha fazla dikkate alındığını söylemek yanlış olmayacaktır.



KAYNAKÇA

- Abraham Ronny**, “Immunité d’exécution: La pratique française”, Droit des immunités et exigences du procès équitable, sous la direction de Isabelle Pingel, Editions Pedone 2004, p. 113-117.
- Adede A. O.**, A Fresh Look at the Meaning of the Doctrine of Denial of Justice Under International Law, The Canadian Yearbook of International Law, Vol. 14 (1977), s. 73-95.
- Akbaba Ahmet**, İnsan Hakları Hukukunda Üçüncü Kuşak Haklar, Legal Yayınları İstanbul 2016.
- Akbal Mehmet**, Medeni Yargılama Hukukunda Adli Yardım, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2011 (93), s. 147-173.
- Akbulut Olgun**, Adil Yargılanma Hakkı, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, GSÜHFD Ocak 2002 Yılı: 1 Sayı: 1, s. 175-207.
- Akbulut Olgun**, Güncel Tartışmalar Işığında İnsan Hakları Sözleşmelerinin Türkiye Anayasal Sisteminde Normlar Hiyerarşisindeki Yeri, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9 Sayı: 115-116 Mart-Nisan 2014, s. 7-45.
- Akehurst Michael**, Jurisdiction in International Law, The British Yearbook of International Law, Vol. 46 (1972-73), s. 145-257.
- Akılhoğlu Tekin**, İnsan Hakları, Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, İmaj Yayınevi 2010.
- Akıncı Ziya**, Gerekçesiz Hakem Kararları Türkiye’de Tenfiz Edilebilir mi?, İBD 1996/1, s. 82-91 (“*Akıncı, Gerekçesiz Hakem Kararları*”).
- Akıncı Ziya**, Milletlerarası Usul Hukukunda Seçilen Mahkemenin Bağlantılı Olması Koşulu, Ergin Nomer’e Armağan, MHB Yıl:22 Sayı: 2002/2, s.
- Akıncı Ziya**, Milletlerarası Usûl Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Milletlerarası Derdestlik, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002 (“*Akıncı, Derdestlik*”).
- Akıncı Ziya/Demir Gökavla Cemile**, Milletlerarası Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık 2010.
- Akkan Mine**, Medeni Usul Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu, Yetkin Yayınları Ankara 2010 (“*Akkan, Avukatla Temsil Zorunluluğu*”).
- Akkan Mine**, Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2007/I, s. 29-68.

- Akkutay Berat Lale**, Devletin Jus Cogens Normlara Aykırı Fiillerinden Dolayı Hukuki Yargı Bağımsızlığı, TBB Dergisi, 2014 (113), s. 99-125.
- Aktepe Artık Sezin**, Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Seçkin Yayıncılık 2014.
- Alangoya Yavuz**, Anayasa'nın Medeni Usul Hukukuna Etkisi, MHB Sayı: 2 Yıl: 1981, s. 1-4.
- Alangoya Yavuz**, Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973.
- Alangoya Yavuz/Yıldırım M. Kamil/Deren Yıldırım Nevhis**, Medeni Usul Hukuku Esasları 7. Bası, Beta Yayınları 2011.
- Alexandre Danièle**, Les pouvoirs du juge de l'exequatur, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1970.
- Altıparmak Cüneyd**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları, TBB Dergisi Sayı: 63 Yıl: 2006, s. 244-270.
- Altıparmak Kerem**, "Due Process of Law" Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 45 Sayı 1-4 1996, s. 219-250.
- Altuğ Yılmaz**, Devletler Hususi Hukukunda Yargı Yetkisi, İstanbul 1979.
- Altuğ Yılmaz**, Türk Milletlerarası Usûl Hukuku, İstanbul 1983.
- Angelet Nicolas/Weerts Alexandra**, Les immunités des organisations internationales face à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme . - La jurisprudence strasbourgeoise et sa prise en compte par les juridictions nationales, Journal du droit international (Clunet) n° 1, Janvier 2007, doctr. 1.
- Ansay Tuğrul**, Yabancı Mahkeme İlâmlarının Tenfizinde Karşılıklı Muamele Şartı, Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1964, s. 245-264.
- Arat Tuğrul**, Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 21 Sayı: 1-4 (1964), s. 421-527.
- Arsava Füsün**, Yabancı Mahkeme Kararlarının İcrası ve Devletlerin Yargı Bağımsızlığı, TAAD Cilt:1 Yıl: 3 Sayı: 8 (2012), s. 1-20.
- Arslan Aziz Serkan**, HMK Hükümlerine Göre Teminat Kurumu ve Dava Şartı Niteliği, Hakan Pekcanıtez'e Armağan, DEÜHFD, Cilt: 16 Yıl: 2014 (Basım Yılı: 2015; Özel Sayı), s. 943-974.
- Arslan İlyas**, Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı, Oniki Levha Yayıncılık İstanbul 2014.
- Arslan Ramazan**, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989.

Arslan Ramazan/Tanriver Süha, Yargı Örgütü Hukuku, Yetkin Yayınları Ankara 2001.

Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar Ayvaz Sema, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları Ankara 2016.

Arslan Zühtü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler, s. 274-294 (http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/arslan.pdf).

Aşçıoğlu Çetin, Yargı Kararlarında Gerekçe, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 8-9 Mayıs 1992, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 43-63 (*"Aşçıoğlu, Yargı Kararlarında Gerekçe"*).

Aşçıoğlu Çetin, Yargıda Gerekçe Sorunu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2003 (48), s. 109-116.

Aşık İbrahim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmeleri, TBB Dergisi 2011 (97), s. 11-48.

Atalay Oğuz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında Avukatla Temsil Zorunluluğu ve Adli Yardım, Hukuk Perspektifleri Dergisi Yıl: 2006 Sayı: 8, s. 97-100 (*"Atalay, Avukatla Temsil"*).

Atalay Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Adli Yardım, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü: Ankara: 1986 (*"Atalay, Adli Yardım"*).

Atalı Murat, Avrupa Birliğinde İdare Merkezi Teorisinin Milletlerarası İflas Hukuku Bakımından Geçerliliği, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi Cilt: 2 Sayı: 4 Yıl: 2006, s. 881-905 (*"Atalı, Milletlerarası İflas"*).

Atalı Murat, Türk Medenî Usûl Hukuku Açısından Davada Yabancıların Durumu, Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler, TBB Yayını, Ankara 2010, s. 545-561.

Audit Mathias, Immunité de juridiction des organisations internationales et droit à un procès équitable, Revue critique de droit international privé 2004 p. 409.

Augenstein Daniel/Jägers Nicola, Human Rights in Business, Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union, Edited by Juan José Alvarez Rubio and Katerina Yiannibas, Routledge London and New York 2017.

Aybay Rona, Uluslararası Sözleşmelerin Türk Hukukundaki Yeri, TBB Dergisi Yıl: 2007 Sayı: 70, s. 187-213.

Aybay Rona, Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı, TBB Dergisi Sayı: 72 Yıl: 2007, s. 109-120.

Aybay Rona/Dardağan Kibar Esra, Yabancılar Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 3. Baskı İstanbul 2010.

- Aygül Musa**, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Bazı Usul Hukuku Problemleri, MHB Yıl 31 Sayı 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 Yayınları Ankara 2012, s. 135-159.
- Aygün Mesut/Önal Ali**, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Özel Hukukta Zamanaşımı, Legal Hukuk Dergisi Cilt: 14 Sayı: 165 Yıl: 2016, s. 4907-4948.
- Balkar Bozkurt Süheyla**, Milletlerarası Tahkimde Yargılama Masraflarının Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi ve Sonuçları, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 10 Sayı: 129-130 (Mayıs-Haziran 2015), s. 121-222.
- Barba Maxime**, L'exequatur sous le regard de la Cour Européenne des droits de l'homme, Mémoire de Master 2 sous la direction de Louis d'Avout, Université Jean Moulin Lyon 3, 2012.
- Barba Maxime**, Les exigences du procès équitable face au droit européen de l'exequatur : Histoire d'un arrêt paradoxal (<http://www.gdr-elsj.eu/2014/04/01/cooperation-judiciaire-civile/les-exigences-du-proces-equitable-face-au-droit-europeen-de-lexequatur-histoire-dun-arretparadoxal/>).
- Barthélémy Jean**, "Les nouvelles frontières du procès équitable", Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention Européenne des droits de l'homme, Bruylant Bruxelles 1996, p. 103-124.
- Batum Süheyl**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul Üniversitesi Basımevi İstanbul 1993.
- Bayraktaroğlu Özçelik Gülüm**, Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini, AÜHFD 63 (4) 2014, s. 833-878.
- Benoît-Rohmer Florence**, "La charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne", Recueil Dalloz 177(2001) no.19, p. 1483-1492.
- Benoît-Rohmer Florence**, Les droits fondamentaux dans l'Union européenne, Revue Trimestrielle de droit européen 3/2013 p. 651 et s.
- Benoît-Rohmer Florence**, Obligation de motiver les décisions juridictionnelles, RTD Eur. 2013, p. 686.
- Besson Sébastien**, Arbitration and Human Rights, 24 ASA Bulletin 3/2006 (Septembre), p. 395-415.
- Bolayır Nur**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmeleri, İBD Cilt: 85 Sayı: 2011/5, s. 131-147.
- Bolayır Nur**, Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hakimin Rolü, Vedat Kitapçılık 2014.

- Bolayır Nur**, Medeni Usûl Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, Beta Yayınları İstanbul 2009.
- Boré Louis**, “La motivation des décisions de justice et la Convention Européenne des droits de l’homme”, La Semaine Juridique (Edition Générale), No 3/2002, p. 121-127.
- Bougrab Jeannette**, “L’aide juridictionnelle, un droit fondamental?”, L’Actualité Juridique- Droit Administratif (AJDA) Décembre 2001, p. 1016-1024.
- Boyar Oya**, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adli Yardım ve Adil Yargılanma Hakkı, Disiplinlerarası Yaklaşımla İnsan Hakları, İstanbul 2010, s. 188.
- Bozdağ Gonca Gülfem**, 1965 Tarihli Lahey Sözleşmesi Bakımından Tebligat Kanunu’na İlişkin Bazı Sorunlar, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 20 Yıl: 2016 Sayı: 2, s. 269-310.
- Briggs Adrian**, Foreign Judgments and Human Rights, Law Quarterly Review 2005, 121 (Apr), p. 185-189.
- Brunet Andrée**, Droit au procès équitable et contrôle de la motivation des décisions de la cour de cassation. Justice et Droits Fondamentaux, Etudes offertes à Jacques Normand, Litec 2003, p. 51-60.
- Bucher Andreas**, La dimension sociale du droit international privé, Recueil des Cours, RCADI Tome 341 (2009).
- Budak Ali Cem**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yetki Sözleşmeleri”, Legal Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi Cilt: 8 Sayı: 22 Yıl: 2012/1, s. 1-25.
- Cambi Favre-Bulle Alessandra**, “L’état de la jurisprudence en Suisse”, L’arbitrage et la Convention Européenne des droits de l’homme, Nemesis Bruylant 2001, p. 69-76.
- Canbeldek Özlem**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Kanunu Işığında Yetki Sözleşmeleri, Legal Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi Yıl: 2012 Sayı: 22, s.
- Candrian Jérôme**, L’immunité des Etats face au droits de l’homme et à la protection des biens culturels, Schulthess 2005.
- Cappelletti Mauro**, Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Proceedings (General Report), Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil/ Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation, edited by/sous la direction de Mauro Cappelletti et Denis Tallon, Milano, A Guiffre; Dobbs Ferry, N.Y., Oceana, 1973, p. 661-773.
- Cebre Ayvaz**, Hak Arama Yolları ve Adil Yargılanma Hakkı, TAAD Cilt: 1 Yıl: 2 Sayı: 5, s. 373-395.
- Centel Nur**, Dürüst Yargılama ve Medya Bakımından Demokrasi Kültürü, AÜSBFD Yıl:1994 Cilt: 49 Sayı: 3-4, s. 57-72.

- Christians Louis-Léon**, Exequatur et procès équitable, *Revue critique de droit international privé* 2004, p. 106.
- Clay Thomas**, Un déni de justice peut justifier la compétence internationale du juge français, *Revue critique de droit international privé* 2006, p. 140.
- Cohen Dany**, La Convention Européenne des droits de l'homme et le droit international privé français", *Revue Critique de Droit International Privé* 78(3) Juillet-Septembre 1989, p. 451-483.
- Cohen-Jonathan Gérard**, "Conclusions générales", Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention Européenne des droits de l'homme, Bruylant Bruxelles 1996, p. 159-197.
- Cohen-Jonathan Gérard**, "Le droit au juge", Gouverner, Administrer, Juger, *Liber Amicorum Jean Waline*, Dalloz 2002, p. 471-504 ("*Cohen-Jonathan, Droit au juge*").
- Cohen-Jonathan Gérard**, "Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention Européenne des droits de l'homme", *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Nemesis Bruylant Bruxelles 1998, p. 165-196 ("*Cohen-Jonathan, Principes généraux*").
- Cohen-Jonathan Gérard/Flauss Jean-François**, Cour européenne des droits de l'homme et droit international général, *Annuaire Français de Droit International* XLVII 2001, p. 423-457.
- Corbion Lycette**, Le déni de justice en droit international privé, Presse Universitaire d'Aix-Marseille 2004.
- Cornut Etienne**, Motivation des jugements étrangers et ordre public international de procédure, *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 45, 5 Novembre 2008, act. 651.
- Courbe Patrick**, *Droit international privé*, Armand Colin, 2ème édition 2003.
- Courbe Patrick**, Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la Convention dans le système française", *Quelle Europe pour les droits de l'homme?*, ed. Paul Tavernier, Bruylant Bruxelles 1996, p. 249-265.
- Cuniberti Gilles**, Conflit de juridictions. - Exequatur d'un jugement étranger. - Ordre public international. - Exigence de motivation. - Documents de nature à servir d'équivalents. - Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, article 27-1. - Convention de Lugano du 16 septembre 1988, article 27-1, *Journal du droit international (Clunet)* n° 1, Janvier 2007, 3.
- Çakın Akın**, *Adalet Erişim*, Seçkin Yayınları Ankara 2016.
- Çalışkan Zeynep**, *Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat*, Vedat Kitapçılık 2013.
- Çayan Gökhan**, *Adil Yargılanma Hakkı*, Legal Yayınları İstanbul 2016.

- Çelik Adem**, Adil Yargılanma Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku), Adalet Yayınevi Ankara 2007.
- Çelikel Aysel**, Ahkamı Şahsiye Konusundaki Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması, İstanbul 1963 (“*Çelikel, Ahkamı Şahsiye*”).
- Çelikel Aysel**, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi, İÜHFM Cilt: 29 S. 3 (1963), s. 863-865.
- Çelikel Aysel**, Yeni Kanuna Göre Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfiz Şartları, MHB Cilt: 2 Sayı:2 1982, s.7-13 (“*Çelikel, Yeni Kanuna Göre Tenfiz*”).
- Çelikel Aysel/ Öztekin Gelgel Günseli**, Yabancılar Hukuku, Beta Yayınları Yenilenmiş 22. Bası İstanbul 2016.
- Çelikel Aysel/Erdem Bahadır**, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınları 2016.
- Çiçekli Bülent**, Yabancı Unsurlu Boşanma Davalarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, TBB Dergisi Sayı: 56 (2005), s. 239-259.
- Çoban Ali Rıza**, Yeni Anayasa Mahkemesi Kanunu’nun Mahkemenin İş Yüküne Etkisi Açısından Değerlendirilmesi, Bireysel Başvuru “Anayasa Şikayeti”, HUKAB Yayınları Ankara 2011, s. 161-177.
- Çörtoğlu Koca Sema**, Boşanma, Ayrılık ve Evliliğin Butlanı Davaları ile Velayete İlişkin Davalarda Milletlerarası Yetki Sorunu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 20 Yıl: 2016/2, s. 209-268.
- Çörtoğlu Koca Sema**, Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelerde Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi, Yetkin Yayınları Ankara 2016.
- D’Ambra Dominique**, “Réformer l’aide juridictionnelle, Justice et droit du procès, Du légalisme procédural à l’humanisme processuel”, Mélanges en l’honneur de Serge Guinchard, Dalloz 2010, p. 85-98.
- Dardağan Esra**, Milletlerarası Usul Hukukunda “Aşkın Yetki” Kavramı, Siyasal Yayınevi Ankara 2005.
- Dardağan Kibar Esra**, Yargı Kararları Işığında Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı Alanında Güncel Gelişmelere Bakış, Rona Aybay’a Armağan, Legal Hukuk Dergisi Aralık 2014 Özel Sayısı, s. 677-713.
- Dayınlarlı Kemal**, Dictionnaire des Termes Juridiques Français-Turc, 3é édition revue et augmentée, Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ankara 2004.
- De Gouttes Régis**, “L’apport de l’arrêt de la Cahmbre Mixte de la Cour de Cassation duTT 20 Juin 2003 dans la problématique del’immunité de juridiction des états étrangers”, Droit des immunités et exigences du procès équitable, sous la direction de Isabelle Pingel, Editions Pedone 2004, p. 33-42.
- De Gouttes Régis**, L’enchevêtrement des normes internationales relative au procès équitable: Comment les concilier?, Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention Européenne des droits de l’homme, Bruylant Bruxelles 1996, p. 139-157.

- De Oliveira Moll Leandro**, Case Note Al Adsani v. United Kingdom, State Immunity and Denial of Justice with Respect to Violations of Fundamental Human Rights, Melbourne Journal of International Law 561 (2003), p. 561-591.
- De Visscher Charles**, Le déni de justice en droit international, RCADI Tome 52 (1935), p. 365-442.
- Deliduman Seyithan**, Tebligat Giderinin (Zamanında) Yatırılmamasının Sonuçları, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 307-322.
- Demir Gökyayla Cemile**, Milletlerarası Özel Hukukta Vesayet, Prof. Dr. Atâ Sakmar'a Armağan, GSÜHFD 1/2011, s. 403-427.
- Demir Gökyayla Cemile**, Seçilen Mahkemede Adil Yargılama Yapıl(a)mayacağı Şüphesi Yetki Anlaşmasının Geçerliliğini Etkiler mi?, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:13 Sayı:2 2011, s. 51-69 (*"Demir Gökyayla, Adil Yargılanma"*).
- Demir Gökyayla Cemile**, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001 (*"Demir Gökyayla, Kamu Düzeni"*).
- Demir Gökyayla Cemile**, Yabancı Mahkemelerden Alınan Mirasçılık Belgelerinin Türkiye'de Hüküm ve Sonuç Doğurması, Prof. Dr. Fikret Eren Armağanı, Ankara 2006, s. 559-583 (*"Demir Gökyayla, Mirasçılık Belgeleri"*).
- Demir Gökyayla Cemile**, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Gereksiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Y. 2013, Cilt: 9, S. 105-106, s. 7-42 (*"Demir Gökyayla, Gerekçe"*).
- Demircioğlu Yaşar**, Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- Demirkol Özüm**, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde Karşılıklılık Esası, Oniki Levha Yayıncılık İstanbul 2017.
- Di Filippo Marcello**, Individual Right of Access to Justice and Immunity of International Organizations: An Italian Perspective, Italian Yearbook of International Law Vol. 17 2007, p. 79-97.
- Digest of Strasbourg case law relating to the European Convention on Human Rights, Heymanns-Verlag Köln 1984.
- Doğan İzzet**, Öğretide ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku, Seçkin Yayıncılık Ankara 2010.
- Doğan Vahit**, Milletlerarası Özel Hukuk, Savaş Yayıncılık, Ankara 2016.
- Doğan Vahit**, Türk Hukukunda Yabancı Derdestliğin Nazara Alınması, Ergin Nomer'e Armağan, MHB 2002/2, s. 121-147 (*"Doğan, Derdestlik"*).
- Doğru Osman**, Siz Hala Yargı Harcı Ödüyor Musunuz? İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin İki Kararı Üzerine Not, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 5 Sayı: 59, s. 3449-3470.

Dubos Olivier, Le droit à un procès équitable dans la législation de l'Union: La protection juridictionnelle des particuliers au service de l'effectivité de la norme européenne, Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union Européenne, Nemesis Anthemis 2012, p. 137- 157.

Ekinci Hüseyin, Anayasa Mahkemesi Kanunu Çerçevesinde Bireysel Başvuruların İncelenmesi Usulü, Bireysel Başvuru "Anayasa Şikayeti", HUKAB Yayınları Ankara 2011, s. 137-160.

Ekinci Hüseyin/Sağlam Musa, Sorularla Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Anayasa Mahkemesi Yayınları Ankara 2014.

Ekşi Nuray, (Derleyen), Dava Açan veya İcra Takibinde Bulunan Yabancıların Teminat Yükümlülüğüne İlişkin Olarak 2012-2013 Yıllarında Verilen Bazı Yargıtay Kararları, Legal UTDER Cilt:3 sayı: 2 Yıl: 2014, s. 311-324.

Ekşi Nuray, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a İlişkin Yargıtay Kararları, Oniki Levha Yayıncılık İstanbul 2010 ("*Ekşi, Yargıtay Kararları*").

Ekşi Nuray, Devletler Özel Hukukunda Aşırı Yetki Kuralları, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 247-258 ("*Ekşi, Aşırı Yetki*").

Ekşi Nuray, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sığınmacı ve Mültecilerin Türkiye'den Sınırdışı Edilmelerini Engelleyen Haller, İBD Cilt: 82 Sayı: 6 (2008), s. 2803-2837.

Ekşi Nuray, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin Yabancıların Sınırdışı Edilmesine Uygulanıp Uygulanamayacağı Sorunu, MHB Yıl: 29 Sayı: 1-2 (2009), s. 119-139.

Ekşi Nuray, Milletlerarası Özel Hukukta Medeni Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması, Beta Yayınları 2012 ("*Ekşi, Adli Olmayan Boşanmalar*").

Ekşi Nuray, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Bası, Beta Yayınları 2000 ("*Ekşi, Milletlerarası Yetki*").

Ekşi Nuray, Yabancı Boşanma Kararının Türkiye'de Tanınması Davasının Mirasçılar Tarafından Açılabilirliğine İlişkin Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 3.4.2012 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi, MHB Cilt: 32 Sayı: 1 (2012), s. 33-50.

Ekşi Nuray, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Beta Yayınları 2013 ("*Ekşi, Tanıma-Tenfiz*").

Ekşi Nuray, Yabancı Mahkemenin Aşırı Yetkisinin Tenfiz Mahkemesi Tarafından Denetlenmesi (5718 Sayılı MÖHUK md. 54/b). İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yıl: 9 Cilt: IX Sayı: 2 Haziran 2010, s. 25-70 ("*Ekşi, MÖHUK m. 54/b*").

Ekşi Nuray, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, Beta Yayıncılık İstanbul 2013 ("*Ekşi, Milletlerarası Miras Hukuku*").

Erdem Bahadır, Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Tebligat, İstanbul 1992.

Erdoğan Ersin, Medeni Usûl Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması, Yetkin Yayınları Ankara 2016.

Erdoğan Gülnur, Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Adalet Yayınevi Ankara 2011.

Ergül Ergin, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması, Yargı Yayınevi Ankara 2013 (“*Ergül, Bireysel Başvuru*”).

Ergül Ergin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku’nda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme, Yargı Yayınevi Ankara 2012.

Erişir Evrim, Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

Erkan Mustafa, Bir Tabu: Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Yetki, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 20 Sayı: 1 Yıl: 2012, s. 11-51 (“*Erkan, Münhasır Yetki*”).

Erkan Mustafa, HMK Değişikliklerinin İhtiyati Tedbir Kararlarına Etkisinin Milletlerarası Usûl Hukuku Açısından İncelenmesi, Hukuk Biliminin Güncel Sorunları III. Uluslararası Kongre (4-6 Mayıs 2012) Bildiri Kitabı, Cilt 2, Adalet Yayınevi Ankara 2012, s. 237-260.

Ersen Perçin Gizem, Milletlerarası özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

Ertaş Şeref, Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: III Sayı:1-4, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, Ankara 1988, s. 365- 438.

Esen Emre, Alman Hukukunda İhtarlı Basit Dava Usulü (Mahnverfahren) Cercevesinde Verilen Kararların Türkiye’de Tenfizi, MHB Yıl: 27 2007, s. 21-79 (“*Esen, İhtarlı Basit Dava Usulü*”).

Esen Emre, Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı; MHB Yıl: 22 2002, s. 183-206.

Esen Emre, Yabancı Mahkeme Lehine Yapılan Yetki Anlaşmasına Dayanan Yetki İtirazının Değerlendirilmesinde Dürüstlük Kuralının Etkisi ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 6.3.2009 Tarihli İçtihadının Eleştirisi, MHB Yıl: 31 Sayı:1 (2011), s. 191-207 (“*Esen, Dürüstlük Kuralı*”).

Esendal Nihan, Yabancıların Adli Yardımdan Yararlanması ve Adil Yargılanma Hakkı, Terazi Hukuk Dergisi Sayı 4/31 Yıl: 2009, s. 179-194.

Fauvarque-Cosson Bénédicte, Droit comparé et droit international privé: La confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux, Revue international de droit comparé No. 4 2000, p. 797- 818.

- Favoreu Louis**, “Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge”, Gouverner, Administrer, Juger, Liber Amicorum Jean Waline, Dalloz 2002, p. 513-521.
- Favre Dominique**, “L’immunité d’exécution des états et des organisations internationales: La pratique suisse”, Droit des immunités et exigences du procès équitable, sous la direction de Isabelle Pingel, Editions Pedone 2004, p. 129-130 (“*Favre, Immunité d’exécution*”).
- Favre Dominique**, “L’immunité de juridiction des états et des organisations internationales: La pratique suisse”, Droit des immunités et exigences du procès équitable, sous la direction de Isabelle Pingel, Editions Pedone 2004, p. 43-55 (“*Favre, Immunité de juridiction*”).
- Favreau Bertrand**, “Aux sources du procès équitable une certaine idée de la qualité de la justice”, Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen, Bruylant Bruxelles 2001, p. 9-21.
- Fawcett J. J.**, The Impact of Article 6(1) of the ECHR on Private International Law, International and Comparative Law Quarterly vol.56, January 2007, p. 1-47.
- Feichtinger Julian/Lehner Karin**, Comparative Study of “Residual Jurisdiction” in Civil and Commercial Disputes in the EU, National Report for Austria, p. 1-20 (bkz. http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_resid_jurisd_austria_en.pdf).
- Fernandez Arroyo Diego P.**, Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales, Recueil des Cours Tome 323 (2006).
- Fitzmaurice Gerald**, The Meaning of the Term “Denial of Justice”, The British Yearbook of International Law, Vol. 13 (1932), s. 93-114.
- Flauss Jean-François**, “Droit des immunités et protection international des droits de l’homme”, Revue suisse de droit international et de droit européenne (RSDIE) 3/2000, p. 299-324.
- Flauss Jean-François**, “Les nouvelles frontières du procès équitable”, Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention Européenne des droits de l’homme, Bruylant Bruxelles 1996, p. 81-102 (“*Flauss, Nouvelles frontières*”).
- Flauss Jean-François**, L’exequatur des jugements étrangers devant la cour européenne des droits de l’homme, Mélanges en l’honneur de Bernard Dutoit, Librairie Dalloz Genève 2002, p. 69-88 (“*Flauss, Exequatur*”).
- Flécheux Georges**, L’accès au droit, Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l’homme, (éd.) Catherine Teitgen-Colly, Nemesis Bruylant 2002, p. 177-182.
- Fohrer Estelle**, L’incidence de la Convention européenne des droits de l’homme sur l’ordre public international français, Mémoire de DEA de Droit international privé et du commerce international sous la direction de Gérard Cohen-Jonathan, Bruylant Bruxelles 1999.

- Fox Hazel**, “Immunity from Execution and Effective Redress: The Paractice of Common Law States; A Few Comments”, *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, sous la direction de Isabelle Pingel, Editions Pedone 2004, p. 131- 135 (“*Fox, Immunity from Execution*”).
- Fox, Hazel** “State Immunity From Adjudication and the Right of Access to Court: The Practice of Common Law States”, *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, sous la direction de Isabelle Pingel, Editions Pedone 2004, p. 57-69.
- Foyer Jacques**, “Droits internationaux de l’homme et ordre public international”, *Du droit interne au droit international*, Mélanges Raymond Goy, Publications de l’Université de Rouen 1998, p. 333-348.
- Fragistas Nikolaou**, *La compétence internationale en droit privé*, RCADI Tome 104 (1961), p. 159-272.
- Fricero-Bernardini Natalie**, “Le droit au juge dans les juridictions civiles”, *Le droit au juge dans l’Union Européenne*, sous la direction de Joël Rideau, LGDJ 1998, p. 11-21.
- Frison-Roche Marie-Anne**, *Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure*, *Le temps dans la procédure*, Actes du colloque organisé le 5 Décembre 1995 par le Tribunal de Nanterre et l’Association française de philosophie du droit, Dalloz 1996, p. 11-23.
- Galetta Diana-Urania**, *RTD Eur* 2013, p. 77 vd.
- Gannagé Léna**, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, LGDJ Paris 2001.
- Gestri Marco**, *Access to a Court and Jurisdictional Immunities of States: What Scope for the Balancing of Interests Test?. Symposium: The Future of the ECHR System*, *The Italian Yearbook of International Law*, Vol:20 2010, p. 91-97.
- Gilliaux Pascal**, *Droit(s) européen(s) à un procès équitable*, Bruylant 2012.
- Göğer Erdoğan**, *Devletler Hususi Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları Ankara 1977.
- Gökçe Yasir**, *Mutlak Yargı Bağımsızlığından Sınırlı Yargı Bağımsızlığına Geçiş Trendi, İş Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklarda Yargı Bağımsızlığı ve Ülkemizdeki Durum*, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt: XVIII, Sayı:1 Yıl: 2014, s. 91-111.
- Gökçenay Berivan**, *Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi Mümkün Mahkeme Kararları*, *Yayınlanmamış Doktora Tezi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2009.
- Gölcüklü Feyyaz**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde “Adil Yargılanma””, *AÜSBFD* Cilt: 49 S. 1 1994, s. 199-234.
- Gören Ülkü Nazlı**, *Medeni Yargılama Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu*, *MÜHF-HAD* Cilt: 16 Sayı: 3-4, s. 309-325.

Gözler Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları (Ders Kitabı), Ekin Yayınları 2016.

Göztepe Ece, Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi, TBB Dergisi Yıl: 2011 Sayı: 95, s. 13-40.

Gözübüyük Şeref/Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi Ankara 2013.

Gözübüyük Şeref/Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.

Grisel Etienne, The Right to a Fair Trial in Swiss Law, The Right to a Fair Trial, European Commission For Democracy Through Law, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2000, p. 72-94.

Guez Philippe, L’élection de for en droit international privé, Thèse de doctorat en droit, Université de Paris X-Nanterre 2000.

Guinchard Emmanuel, “Procès équitable (Article 6 CESDH) et droit international privé”, International Civil Litigation in Europe and Relations With Third States Ed by A. Nuyts & N. Watté, Bruylant Bruxelles 2005, p. 199-245.

Guinchard Serge, Le Procès équitable, Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l’homme, (éd.) Catherine Teitgen-Colly, Nemesis Bruylant 2002, p. 183-190 (“*Guinchard, Le procès équitable*”).

Guinchard Serge, “Procès équitable”, Encyclopédie Dalloz, Répertoire de procédure civile Janvier 2006, p. 1 et suivant.

Guinchard Serge, L’influence de la Convention européenne des droits de l’homme et de la jurisprudence de la Cour européenne sur la procédure civile, Petites Affiches no:72, 12 Avril 1999 (weblextensio).

Guinchard Serge, Le procès équitable, droit fondamental?, AJDA 1998, p. 191 (“*Guinchard, AJDA*”).

Gülmez Mesut, Anayasa Değişikli Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri, TBB Dergisi Sayı: 54 2004, s. 147-161.

Günay Esra, Türkiye’den Yabancı Ülkeye Yapılan Tebligat ve Esasları, TAAD Yıl:3 Sayı: 11 (Ekim 2012), s. 259-282.

Gündüz Aslan, Milletlerarası Hukuk, Beta Yayınları 8. Baskı İstanbul 2015.

Gündüz Aslan, Yabancı Devlet Malları Üzerinde Cebri İcra Mümkün müdür?, MHB Yıl: 1984/1, s. 1-21 (“*Gündüz, Cebri İcra*”).

Gündüz Aslan, Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı ve Milletlerarası Hukuk, İstanbul 1984.

Güneş Derya Belgin, Tebliğ Yokluğu, İÜHFM Cilt: 74 Sayı: 1 (2016), s. 221-231.

Güneysu Güngör Gülin, Milletlerarası Özel Hukukta İflas, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1997.

Güven Pelin, Tanıma-Tenfiz, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Yetkin Yayınları Ankara 2013.

Hammje Petra, “Droits fondamentaux et ordre public”, Revue critique de droit international privé 86 (1) Janvier-Mars 1997, p. 1-31.

Hanağası Emel, Davada Menfaat, Yetkin Yayınları Ankara 2009.

Hanağası Emel, Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi, Yetkin Yayınları Ankara 2016.

Harlow Carol, “L'accès à la justice comme droit de l'homme: La Convention Européenne et l'Union Européenne”, L'union Européenne et les droits de l'homme, sous la direction de Philip Alston, Bruylant Bruxelles 2001, p. 189-217.

Hazelhorst Monique, Free Movement of Civil Judgments in the European Union and the Right to a Fair Trial, Springer Asser Press 2017.

Hess Burkhard/Pfeifer Thomas, Interpretation of the Public Policy Exception as referred in EU Instruments of Private International and Procedural Law, Study for the European Parliament, Brussels 2011, (bkz. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2011/453189/IPOL-JURI_ET\(2011\)453189_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2011/453189/IPOL-JURI_ET(2011)453189_EN.pdf); erişim tarihi: 20.02.2016).

Hill Jonathan, The Exercise of Jurisdiction in Private International Law, Asserting Jurisdiction, International and Legal Perspectives (Ed. Patrick Capps/ Malcolm Evans/ Stavros Konstadinidis), Hart Publishing Oregon 2003.

Hottelier Michel, La CEDH et les règles suisses de procédure- aspects historiques et développements récents, Revue jurassienne de jurisprudence 15 ème année 1/05 (2005), p. 11-51.

Huysal Burak, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler, MHB Yıl: 31 Sayı:2 2011, s. 71-101 (“*Huysal, HMK*”).

Huysal Burak, Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Milletlerarası Özel Hukuk’a İlişkin Bazı Değerlendirmeler, Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı, Editörler: Ayfer Uyanık Çavuşoğlu/ Zeynep Derya Tarman, Oniki Levha Yayıncılık 2014, s. 63-80 (“*Huysal, Adil Yargılanma*”).

Huysal Burak, Kanunlar İhtilafı Alanında İkametgah ve Doğurduğu Sorunlar, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yıl: 2003/2, s. 173-207.

Huysal Burak, Yabancı Mahkemenin Dava ve Taraflar ile Gerçek Bağlantısının Tanıma ve Tenfiz Üzerindeki Etkisi, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, GSÜHFD 1/2011, s. 467-502 (“*Huysal, Aşırı Yetki*”).

İnceoğlu Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu Hukuku ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, Tıpkı 4. Baskı, Bata Yayınları 2013.

İzgi Ömer, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, TBMM Basımevi Ankara 2002.

Jacot-Guillarmod Olivier, “L’arbitrage privé face à l’article 6 § 1 de la Convention Européenne des droits de l’homme”, Protection des droits de l’homme: la dimension européenne, Mélanges en l’honneur de Gérard J. Wiarda, ed. par Franz Matscher et Herbert Petzold, Carl Heymanns Verlag KG 1988, p. 281-294.

Jaksic Aleksandar, Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings, Journal of International Arbitration 24(2) 2007, p. 159-172.

Jarrosso Charles, “L’arbitrage et la Convention Européenne des droits de l’homme”, Revue de l’arbitrage vol. 1989, p. 573-607.

Jolowicz J. A., Fundemantal guarantees in civil litigation: England, Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation/ Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil, edited by/sous la direction de Mauro Cappelletti et Denis Tallon, Milano, A Guiffre; Dobbs Ferry, N.Y., Oceana, 1973, p. 121-173.

Juratowitch Ben, The European Convention on Human Rights and English Private International Law, Journal of Private International Law Vol. 3 No.1 April 2007, p. 173-199.

Kanadoğlu Korkut, Anayasa Şikayeti, Bireysel Başvuru “Anayasa Şikayeti”, HUKAB Yayınları Ankara 2011, s. 107-115.

Karlı Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, Alternatif Yayıncılık İstanbul 2014.

Karlı Abdurrahim/Koç Evren/Konuralp Cengiz Serhat, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Problemleri Konular, Alternatif Yayıncılık İstanbul 2014.

Kaşıkara Serhat, Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye, Adalet Yayınevi Ankara 2009.

Kaşıkara Serhat, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi Çerçevesinde Medeni Hak ve Yükümlülük Kavramı, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Cilt:2 Yıl:2 Sayı:4, s. 233-290.

Kaya Ceren, Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Kavramının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile İlişkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2015.

Kılınç Ayşe, Bir İnsan Hakkı Olarak “Adli Yardım”, Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi Cilt: 3 No: 2011, (http://www.sosbilko.net/dergi_HIA/arsiv/2011/01ayse_kilinc.pdf).

Kılınç Ayşe, Medeni Usul Hukukunda Adli Yardım, Adalet Yayınevi Ankara 2013.

- Kılınç Bahadır**, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği, Anayasa Yargısı Yıl: 2008 Sayı: 25, (http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/bahadir_kilinc.pdf).
- Kılınç Ümit**, Mahkemeye Erişim Hakkı ve Türk Hukukunun A.İ.H.S. ile Uyum Sorunu, İzBD Ocak 2013, s. 126-156.
- Kılıçoğlu Evren**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Gider Avansına İlişkin Düzenlemeleri Hakkında Değerlendirmeler, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yıl: 2012 Sayı: 99-100.
- Kırlı Aydemir Deniz Defne**, Milletlerarası Usul Hukukunda İhtiyati Tedbirler, Oniki Levha Yayıncılık İstanbul 2013.
- Kıyak Emre**, Türkiye'de Mutad Meskeni Olmayan Türk Vatandaşları İçin Teminat Gösterme Yükümlülüğü, EÜHFD Cilt: XVI Sayı: 1-2 (2012), s. 225-246.
- Kiestra Louwrens R.**, The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law, Asser Press Springer Netherlands 2014.
- Kinsch Patrick**, Procès équitable et privilège de juridiction en matière d'exequatur d'un jugement de divorce, Revue Critique de DIP 2008, p. 830 et ss. ("*Kinsch, Procès équitable et privilège de juridiction en matière d'exequatur*").
- Kinsch Patrick**, "Le droit international privé au risque de la hiérarchie des normes: l'exemple de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme en matière de reconnaissance des jugements", Annuaire de droit européen Volume V 2007, Bruylant Bruxelles 2010, p. 957-973.
- 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 European Human Rights Institutions", International Cooperation Through Private International Law, Essays in Memory of Peter E. Nygh, ed. by Talia Einhorn and Kurt Siehr, TMC Asser Press 2004, p. 197-228 ("*Kinsch, Impact of Human Rights*").
- Kinsch Patrick**, Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé, RCADI Tome 318 (2005), p. 9-332.
- Kinsch Patrick**, La non-conformité du jugement étranger à l'ordre public international mise au diapason de la Convention Européenne des droits de l'homme", Revue Critique de droit international privé (RCDIP) 100 Octobre-Décembre 2011, p. 817-823 ("*Kinsch, Ordre public international*").
- 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 Kurt Siehr, Eleven International Publishing 2010, p. 232-275 ("*Kinsch, Status Acquired Abroad*").

Kloth Mathias, Immunities and Right of Access to Court under article 6 of the European Convention on Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers 2010.

Knoepfler François, “Les droits de l’homme et l’arbitrage”, Revue suisse de droit international et de droit européenne (RSDIE) 3/2007, p. 463-477.

Kohl Alphonse, Implications de l’article 6, alinéa 1er, de la Convention européenne des droits de l’homme, en procédure civile, Journal des Tribunaux 106 ème année No: 5439 1987, p. 637-644.

Korkmaz Cansu, Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Sonucunda Verdiği Kararların Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, YBHD 2017/3, s. 215-276.

Korkmaz Ramazan, Medeni Usul Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, Oniki Levha Yayıncılık 2014.

Kurt Konca Nesibe, Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, Adalet Yayınevi 2009 (“*Kurt Konca, Aleniyet*”).

Kurt Konca Nesibe, Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması, SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 4 Sayı: 2 Yıl: 2004 (MİHBİR Özel Sayısı), s. 65-96.

Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Bası Cilt II-VI, Demir Demir Yayıncılık İstanbul 2001.

Kuru Baki, İcra-İflas Hukuku El Kitabı, Türkmen Kitabevi İstanbul 2006 (“*Kuru, El Kitabı*”).

Kuru Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, Legal Yayınevi İstanbul 2016 (“*Kuru, İcra-İflas*”).

Kuru Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Legal Yayınevi İstanbul 2016.

Kuru Baki, Sözleşme İle Yabancı Mahkemelerin Yetkili Kılınması, MHB Cilt: 6 Sayı: 2 Yıl: 1986, s. 140-145 (“*Kuru, Yabancı Mahkemelerin Yetkilendirilmesi*”).

Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları Ankara 2014.

Kuru Baki/Budak Ali Cem, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler, İBD Cilt: 85 Sayı: 2011/5, s. 3-43.

Kuty Franklin, L’obligation de motivation des décisions judiciaires au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme, Revue Trimestrielle des droits de l’homme, 9ème année No:33 Janvier 1998, p. 843-852.

Lagarde Paul, “Conclusions Générales”, Droit des immunités et exigences du procès équitable, sous la direction de Isabelle Pingel, Editions Pedone 2004, p. 149-160.

- Lambert Pierre**, “L’arbitrage et l’article 6, 1^e de la Convention Européenne des droits de l’homme”, *L’arbitrage et la Convention Européenne des droits de l’homme*, Nemesis Bruylant 2001, p. 9-22.
- Lambert Pierre**, “Le droit d’accès à un tribunal dans la Convention Européenne des droits de l’homme”, *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruylant Bruxelles 2001, p. 57-66.
- Lambert Pierre**, “Les procédures d’arbitrage et la Convention Européenne des droits de l’homme”, *Présence du droit public et des droits de l’homme*, Mélanges offerts à Jacques Velu, Tome Deuxième, Bruylant Bruxelles 1992, p. 1281-1291 (“*Lambert, Arbitrage*”).
- Lammers Johan G.**, Immunity of International Organisations, *International Organizations law Review* 10 (2013), p. 276-286.
- Lardon-Galeote Catherine**, “Rapport de synthèse”, *Aide judiciaire et accès à la justice en Europe*, Padova 1989, p. 127-145.
- Leroy Jacques**, La force du principe de la motivation, *Travaux de l’Association Henri Capitant*, Tome III-Limoges 1998, LGDJ 2000, p.35-46.
- Maier Harold G./Mccoy Thomas R.**, A Unifying Theory for Judicial Jurisdiction and Choice of Law, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39 (1991), s. 249-292.
- Marchadier Fabien**, “Droit d’agir en reconnaissance d’un jugement et divorce étranger et procès équitable”, *Revue Critique de droit international privé (RCDIP)* 99 (3) Juillet-Septembre 2010, p. 498-510.
- Marchadier Fabien**, Conflit de juridictions. - Non-reconnaissance du jugement étranger. - Compétence indirecte du juge étranger. - Fraude. - Privilège de juridiction. - Droit au procès équitable. - Discrimination. – Divorce, *Journal du droit international (Clunet)* n° 1, Janvier 2009, 6 (“*Marchadier, Compétence indirecte du juge étranger*”).
- Marchadier Fabien**, Les objectifs généraux du droit international privé à l’épreuve de la CEDH, Thèse pour l’obtention du grade de docteur en droit, Université de Limoges.
- Matscher Franz**, “L’arbitrage et La Convention”, *La Convention Européenne des droits de l’homme*, Commentaire article par article, ed. par Louis Edmond-Pettiti/ Emmanuel Decaux/ Pierre-Henri Imbert, Economica 1999, p. 281-292 (“*Matscher, Arbitrage*”).
- Matscher Franz**, “Le droit international privé face à la Convention Européenne des droits de l’homme”, *Travaux du comité français de droit international privé*, Edition A. Pedone 2000, p. 211-234 (“*Matscher, Le DIP face à la CEDH*”).
- Matscher Franz**, Quarante ans d’activités de la Cour européenne des droits de l’homme, *RCADI* Tome 270 (1997), p. 237-398.
- Matscher Franz**, Quelques développements récents de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l’homme au sujet des garanties procédurales en matière civile, “*Droit et Justice*, Mélanges en

l'honneur de Nicolas Valticos, sous la direction de René-Jean Dupuy, Edition A. Pedone 1999, p. 449-457 (*"Matscher, Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos"*).

Matscher Franz, The Right to a Fair Trial in the Case-Law of the Organs of the European Convention on Human Rights, The Right to a Fair Trial, European Commission For Democracy Through Law, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2000, p. 10-23 (*"Matscher, Case-Law"*).

Mayer Pierre, "Droit au procès équitable et conflits de juridictions", Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention Européenne des droits de l'homme, Bruylant Bruxelles 1996, p. 125-138.

Mayer Pierre, Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence, RCDIP 1979, p. 349 ss.

Meraklı Yayla Deniz, Yabancılık Unsuru Taşıyan Uyuşmazlıklarda Yetki Sözleşmesi'nin Tarafları ve HMK Madde 17 Kapsamındaki Yetki Sözleşmesinin Üçüncü Kişilere Teşmili, Hakan Pekcanitez'e Armağan, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16 Yıl: 2014 (Basım Yılı: 2015; Özel Sayı), s. 1987-2013.

Miaja de la Muela Adolfo, Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international, RCADI Tome 135 (1972), p. 1-96.

Milano Laure, Le droit à un tribunal au sens de la Convention Européenne des droits de l'homme, Thèse pour le doctorat en droit de l'Université Montpellier I, Dalloz 2006.

Mills Alex, Rethinking Jurisdiction in International Law, The British Yearbook of International Law 2014, p. 1-53.

Mock Peter, Le droit à un procès équitable en matière civile, Revue Trimestrielle des droits de l'homme 6^{ème} année No:21 Janvier 1995, p. 385-400.

Moissinac Massénat Véronique, Immunité de juridiction et droit à un tribunal, La Semaine Juridique Edition Générale n° 52, 2005.

Mourre Alexis, "Reflexions sur quelques aspects du droit à un procès équitable en matière d'arbitrage après les arrêts des 6 Novembre 1998 et 20 Février 2001 de la Cour de Cassation Française", L'arbitrage et la Convention Européenne des droits de l'homme, Nemesis Bruylant 2001, p. 23-55.

Muir Watt Horatia, "Les principes généraux en droit international privé", Journal du droit international (JDI) 2/ 1997, p. 403-415.

Muşul Timuçin, Tebligat Hukuku, Adalet Yayınevi Ankara 2013.

Niboyet-Hoegy Marie-Laure, La mise en oeuvre du droit international privé conventionnel (incidences du droit des traités sur les pouvoirs du juge national), Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs?, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Dalloz 1996, p. 313-336.

- Nomer Ergin**, Devletler Hususi Hukuku, 21.Bası, Beta Yayınları İstanbul 2015.
- Nomer Ergin**, Devletler Hususi Hukukunda Milletlerarası Yetki Mefhumu, İHFM, Cilt: 40 Sayı: 1-4 Yıl: 1974, s. 393-426 (“*Nomer, Yetki Mefhumu*”).
- Nomer Ergin**, Devletlerin Kaza Muafiyeti, İHFM Cilt:35 Sayı:1-4 (1969), s. 471-495 (“*Nomer, Kaza Muafiyeti*”).
- Nomer Ergin**, İflas Davalarında Milletlerarası Yetki Anlaşmaları, İBD Cilt:85 Sayı: 6 Yıl:2011, s. 3-11(“*Nomer, İflas*”).
- Nomer Ergin**, İhtilafsız Kaza Alanında Milletlerarası Yetki, Hıfzı Timur’un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s. 545-578.
- Nomer Ergin**, Suudi Arabistan Hukuku’na Göre “Talâk” ve Türkiye’de Tanınması [“Talâk” ve “Türk Kamu Düzeni”], İBD Cilt 65 Sayı: 7-9 (1991), s. 501-508.
- Nomer Ergin**, Talâk ve Türk Kamu Düzeni, İBD Cilt: 65 Sayı:7-8-9 Yıl:1991, s. 501-508.
- Nomer Ergin**, Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Tanınmasında Kesinleşme Şartı, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, 2. Tıpkı Baskı, İstanbul 2001, s. 909-922 (“*Nomer, Çekişmesiz Yargı Kararları*”).
- Nomer Ergin**, Yabancı Mahkeme İlâmlarının Tenfizinde Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni, MHB Yıl:23 2003, s. 565-577.
- Nomer Ergin**, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde “Gerekçe”. İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: X Sayı: 1 2011, s. 9-16 (“*Nomer, Gerekçe*”).
- Nomer Ergin**, Yabancı Veraset İlamlarının Tanınmasında Yargıtay Kararları, İBD Cilt: 65 Sayı: 10-11-12 (1991), s. 789-796.
- Normand Jacques**, Le Domaine du principe de motivation, Travaux de l’Association Henri Capitant, Tome III-Limoges 1998, LGDJ 2000, p. 17-34.
- Nuyts Arnaud**, Comparative Study of “Residual Jurisdiction” in Civil and Commercial Disputes in the EU, National Report for Belgium, p. 1-23 (bkz. http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_resid_jurisd_belgium_en.pdf) (“*Nuyts, Report for Belgium*”).
- Nuyts Arnaud**, Due Process and Fair Trial: Jurisdiction in the United States and in Europe Compared, International Civil Litigation in Europe and Relations With Third States, Bruylant Bruxelles 2005, p. 157- 197.
- 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 Regulations, General Report (Final Version dated 3 September 2007), p. 5-156 (bkz. http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf) (“*Nuyts, General Report*”).

Okur Mustafa, Adli Teminat, Yetkin Yayınları Ankara 2011.

Oppetit Bruno, Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil en droit français, Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil/ Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation, edited by/sous la direction de Mauro Cappelletti et Denis Tallon, Milano, A Guiffre; Dobbs Ferry, N.Y., Oceana, 1973, p. 481-509.

Othenin-Girard Simon, La Réserve d'ordre public en droit international privé suisse, Personnes-Famille-Successions, Thèse de doctorat (Université de Neuchâtel) 1999.

Önal Ali, Yabancı Unsurlu İflas Davalarında Türk Mahkemelerinin Yetkisi Sorunu, Hakan Pekcanitez'e Armağan, DEÜHFD, Cilt: 16 Yıl: 2014 (Basım Yılı: 2015; Özel Sayı), s. 2881-2907

Öncü Mehmet, AİHS'in 6 § 3 e) Hükmü Anlamında Tercüman Yardımından Yararlanma Hakkı, Hakan Pekcanitez'e Armağan, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16 Yıl: 2014 (Basım Yılı: 2015; Özel Sayı), s. 4457-4497.

Özbakan Işıl, Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 1987.

Özbek Hadimoğlu Nimet, Milletlerarası Usûl Hukukunda Geçici Hukuki Koruma, Yetkin Yayınları Ankara 2013.

Özbek Mustafa, Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansı, 2. Bası Yetkin Yayınları Ankara 2016 ("*Özbek, Gider Avansı*").

Özbek Mustafa, Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuk Dergisi Yıl:2006/2 Sayı:4, s. 907-927 ("*Özbek, Adalete Erişim*").

Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları Ankara 2014.

Özdemir Kocasakal Hatice, Devletlerin Yargı ve İcra Muafiyetleri ve Bunların Tahkim Yargılamasındaki Rolü, MHB Yıl 22 2002, s. 525-576.

Özdemir Kocasakal Hatice, Yabancı Ülkelerde Bulunan Kişilere Tebligat, GSÜHFD 2009/1, s. 27-63 ("*Özdemir Kocasakal, Tebligat*").

Özdemir Kocasakal, Hatice Milletlerarası Yetki Anlaşmalarının İflas Davası Üzerindeki Etkilerine İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, Hakan Pekcanitez'e Armağan, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16 Yıl: 2014 (Basım Yılı: 2015; Özel Sayı), s. 2295-2318.

Özden Bülent, Alman Hukukunda "Cautio Judicatum Solvi" Kuralı, MHB Yıl: 10 Sayı: 1-2 (1990), s. 133-138.

Özden Bülent, Türk Hukukunda Yabancı Şahısların Teminat Mükellefiyeti, Alfa Yayınları 1999.

Özekes Muhammet, (Yayına Hazırlayan), Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme, Medeni Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı V, Ankara 8-9 Eylül 2006 ("*Tasarı*").

- Özekes Muhammet**, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet Yayınevi Ankara 2009 (“*Özekes, Temel Haklar ve İlkeler*”).
- Özekes Muhammet**, İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Seçkin Yayıncılık Ankara 1999.
- Özekes Muhammet**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Hakkın Bazı Güncel Sorunları, Legal Hukuk Dergisi Yıl: 3 Sayı: 28, Nisan 2005, s. 1295-1307 (“*Özekes, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Sorunları*”).
- Özekes Muhammet**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Yetkin Yayınları 2003.
- Özel Sibel**, Haksız Fiillere İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Yetkisini Belirleyen HMK m.16 Kuralının Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi, Kazancı Hukuk Dergisi Yıl: 2012 Cilt:8 Sayı: 89-90, s. 7-36.
- Özen Muharrem**, Yargı Bağımsızlığını Zedeleyen Düzenleme, Uygulamalar ve Bağımsızlığı Sağlamaya Yönelik Çözüm Önerileri, Ankara Barosu Dergisi Sayı: 2010/1 Yıl: 68, s. 31-65.
- Özkan Işıl**, Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Ankara 2003.
- Özkan Işıl/Süral Ceyda/Tütüncübaşı Uğur** (Editörler), Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku Adalet Yayınevi Ankara 2016.
- Öztürk Pınar**, İİK m. 154/III Uyarınca, İflas Davasında Yetkili Mahkemenin ‘Borçlunun İşlem (Muamele) Merkezi’ne Göre Belirlenmesi, İBD, Cilt: 72 Sayı: 1998 / 1-2-3, s. 116-127.
- Palmer Shaun**, When will the English Court agree to be a “forum of necessity” for foreign litigants?; (bkz. <http://blogs.law.nyu.edu/transnational/2015/01/when-will-the-english-court-agree-to-be-a-forum-of-necessity-for-foreign-litigants/>)
- Pataut Etienne**, Principe de souveraineté et conflits de juridictions (Etude de droit international privé), LGDJ 1999.
- Patrick Kinsch**, Procès équitable et privilège de juridiction en matière d'exequatur d'un jugement de divorce, Revue critique de droit international privé 2008 p. 830 (“*Kinsch, Procès équitable et privilège de juridiction en matière d'exequatur*”).
- Paulsson Jan**, Denial of Justice in International Law, Cambridge University Press 2005.
- Pazarcı Hüseyin**, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi Gözden Geçirilmiş 15. Baskı Ankara 2016.
- Pekcanitez Hakan**, Hukuki Dinlenilme Hakkı, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını İzmir 2000, s. 753-791 (“*Pekcanitez, Hukuki Dinlenilme Hakkı*”).

- Pekcanitez Hakan**, Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi, Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s. 635-666 (*"Pekcanitez, Aleniyet"*).
- Pekcanitez Hakan**, Medeni Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale, DEÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1992 (*"Pekcanitez, Fer'i Müdahale"*).
- Pekcanitez Hakan**, Medeni Usul Hukukunda Yeni Bir Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi (HUMK m. 445/11), 75.Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 515-551 (*"Pekcanitez, HUMK m. 445/11"*).
- Pekcanitez Hakan**, Medeni Yargıda Adil Yargılama, İzmir Barosu Dergisi Sayı: 2 Nisan 1997, s. 35-55 (*"Pekcanitez, Adil Yargılama"*).
- Pekcanitez Hakan**, Mukaveseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Sikayeti, (http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg12/pekcantez.pdf) s. 257-287.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet**, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Yetkin Yayınları Ankara 2013.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Sungurtekin Özkan Meral/Özekes Muhammet**, İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları Ankara 2016.
- Pekcanitez Hakan/Özekes Muhammet/Akkan Mine/Taş Korkmaz Hülya (Editörler)**, Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık İstanbul 2017.
- Pınar Burak/Meriç Nedim**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yargı Harçlarına Bakışı: Yiğit ve Ülger Davaları Işığında Hak Arama Özgürlüğü ve Yargı Harçları İlişkisi, TBB Dergisi Sayı: 84 2009, s. 188-211.
- Picod Fabrice**, "Le droit au juge en droit communautaire", Le droit au juge dans l'Union Européenne, sous la direction de Joël Rideau, LGDJ 1998, p. 141-170.
- Pingel Isabelle**, De l'immunité de juridiction des organisations internationales constitutive d'un déni de justice, Revue critique de droit international privé 2005 p. 477.
- Puechavy Michel**, L'aide juridictionnel et la Convention européenne des droits de l'homme, Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti, Bruylant Bruxelles 1998, p. 621-633.
- Quilleré-Majzoub Fabienne**, La défense du droit à un procès équitable, Bruylant Bruxelles 1999.
- Redfield Stephanie**, Searching For Justice: The Use of Forum Necessitatis, Georgetown Journal of International Law Vol. 45/ 2014, p. 893-928.
- Renucci Jean-François**, "Le droit au juge dans la Convention Européenne des droits de l'homme", Le droit au juge dans l'Union Européenne, sous la direction de Joël Rideau, LGDJ 1998, p. 131-140.

- Ribs Jacques**, L'accès au droit, Libertés, Mélanges Jacques Robert, Montchrestien 1998, p. 415-430.
- Rideau Joël**, "Le droit au juge: Conquête et Instrument de l'Etat de droit", Le droit au juge dans l'Union Européenne, sous la direction de Joël Rideau, LGDJ 1998, p. 3-7.
- Ritleng Dominique**, L'encadrement des procédures devant le juge national par le droit à un procès équitable, Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union Européenne, Nemesis Anthemis 2012, p.103- 135.
- Rozakis Christos**, The Right to a Fair Trial in Civil Cases, Judicial Studies Institute Journal [4:2 2004], p. 96-106.
- Ruhi Ahmet Cemal**, Milletlerarası Usul Hukukunda Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2016 ("Ruhi, Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe").
- Ruhi Ahmet Cemal**, Talâk ve Türk Kamu Düzeni, (<http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=Tal%E2k%20ve%20T%FCrk%20Kamu%20D%FCzeni&kimlik=667840882&url=makaleler/acruhi-1.htm>).
- Sağlam Fazıl**, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Anayasa Şikayeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar TBB Paneli Ankara 2011, s. 20-31.
- Sağlam Musa**, Bireysel Başvuru "Anayasa Şikayeti", HUKAB Yayınları Ankara 2011, s. 1-22.
- Sağlam Musa**, Bireysel Başvuru, İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri, 2. Baskı Ankara 2013.
- Sakmar Atâ**, Devletler Hususi Hukukunda Boşanma, Fakülteler Matbaası İstanbul 1976 ("Sakmar, Boşanma").
- Sakmar Atâ**, Le nouveau droit international privé turc, RCADI, Tome 223 (1990), s. 315-416 ("Sakmar, Le nouveau DIP turc").
- Sakmar Atâ**, Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları, İstanbul Üniversitesi Yayın No. 2961, 1982.
- Sakmar Atâ**, Yabancılık Unsuru Taşıyan Vasiyetnamelerin Tenfizi ve Yargıtay Uygulaması, Hıfzı Timur'un Anısına Armağan İstanbul 1979, s. 729-745 ("Sakmar, Yabancı Unsurlu Vasiyetnameler").
- Samuel Adam**, Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights, Journal of International Arbitration 21(5) 2004, p. 413-437.
- Saracoğlu İhsan**, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi, İBD Cilt: 49 Sayı: 9-10 (1975), s. 811-830
- Sargın Fügen**, 1961 Tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi Hükümleri Dahilinde MÖHUK'un 33. Maddesinin Uygulanabilirliği Sorunu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yıl: 2003 Cilt: 52 Sayı:1, s. 13-36.

- Sargın Fügen**, A Critical Analysis of the Requirements of Recognition and Enforcement of Foreign Judgments under Turkish Law, *IPRax-Hafts* 4/2008 (July 2008), s. 354-359 (“*Sargın, Critical Analysis*”).
- Sargın Fügen**, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları*, Yetkin Yayınları Ankara 1996.
- Sargın Fügen**, Tapu Kanunu’nda Yapılan Son Değişiklikler Işığında Yabancılar ile Yabancı Yatırımcıların Türkiye’de Taşınmaz Mal Edinmeleri ve Sınırlı Ayni Haklardan Yararlanmaları, Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler, TBB Yayını, Ankara 2010, s. 429-491 (“*Sargın, Yabancıların Taşınmaz Mal Edinimleri*”).
- Sargın Fügen**, Yabancı Mahkeme İlâmlarına Dayalı İcra Yoluyla Takip Edilebilirliğe Bir Engel Olarak “Zamanaşımı”, *Legal UTDER* Yıl: 2017 Cilt: 6 Sayı: 2, s. 285-380 (“*Sargın, Zamanaşımı*”).
- Sargın Fügen**, A limitation to the right of effective access to justice before the Turkish civil courts: *Cautio Judicatum Solvi*, *ZZPInt* (10) 2005, s. 391-415 (“*Sargın, Cautio Judicatum Solvi*”).
- Sargın Fügen/ Erten Rifat**, MÖHUK Hükümleri Dairesinde Tanımanın Hukuki Niteliği, Usûlü ve Karşılaşılan Bazı Sorunlar: “Yeni Bir Düzenleme Yapma Gereği”, *Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi* Yıl: 2014 Cilt:3 Sayı: 2, s. 37-136.
- Sarıöz Ayşe İpek**, *Haksız Rekabetten Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme*, Oniki Levha Yayıncılık İstanbul 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* Volume LXXIV (1991), p. 5-34.
- Schroeder Friedrich-Christian/Yenisey Feridun**, *Dürüst Yargılanma Hakkı (Fair Trial)*, Alkım Yayınları İstanbul 1997.
- Schroeder Friedrich-Christian/Yenisey Feridun/Peukert Wolfgang**, *Ceza Muhakemesinde Fair Trial İlkesi*, İstanbul Barosu Yayınları İstanbul 1999.
- Sırrı Terzioğlu Süleyman**, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda, Hak İhlaline Yol Açan Kamu Gücü Faaliyetinin, Yürütme Organı Bakımından Türkiye Cumhuriyeti Devletine Atfedilebilmesi Sorunu, *TBB Dergisi*, Yıl: 2016 Sayı: 127, s. 45-72.
- Simon Denys**, *Unité des fondements du droit à un procès équitable, Le droit à un procès équitable au sens du droit de l’Union Européenne*, *Nemesis Anthemis* 2012, p. 39- 62.
- Sinopoli Laurence**, “Droit au procès équitable et exequatur: Strasbourg sonne les cloches à Rome”, *Gazette du Palais* Juillet-Août 2002, p. 1157-1166 (“*Sinopoli, Droit au procès équitable et exequatur*”).
- Sinopoli Laurence**, Du privilège de juridiction et du droit à un procès équitable, *Revue Critique de Droit International Privé* 2005, p. 89 (“*Sinopoli, Du privilège de juridiction et du droit à un procès équitable*”).

- Sinopoli Laurence**, Le droit à un procès équitable dans les rapports privés internationaux, Recherche sur le champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention Européenne des droits de l'homme en droit international privé, Thèse pour le doctorat en droit de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2000.
- Sinopoli Laurence**, Le procès équitable en droit international privé français et "européen", ("*Sinopoli, Procès équitable*") (https://halshs.archives-ouvertes.fr/file/index/docid/419087/filename/Le_procès_equitable_en_droit_international_privé_français_et_européen_-_SINOPOLI_Laurence.pdf).
- Sirmen Sedat**, 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 Yayınları Ankara 2012, s. 1013-1022.
- Smit Hans**, Constitutional Guarantees in Civil Litigation in the United States of America, Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation/ Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil, edited by/sous la direction de Mauro Cappelletti et Denis Tallon, Milano, A Guiffre; Dobbs Ferry, N.Y., Oceana, 1973, p. 417-479.
- Soyer Jean Claude/De Salvia Michel**, La Convention Européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article, ed. par Louis Edmond-Pettiti/ Emmanuel Decaux/ Pierre-Henri Imbert, Economica 1999, p. 239 et s.
- Sperduti Giuseppe**, Sur la notion de "droits et obligations de caractère civil" dans l'article 6 par.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, Humanité et droit international, Mélanges René-Jean Dupuy, Editions A. Pedone Paris 1991, p. 279-294.
- Spielmann Dean**, La reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires étrangères et les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme : Un essai de synthèse. Revue Trimestrielle des droits de l'homme 22 ème année No:88 Octobre 2011, p. 761- 786.
- Spielmann Dean**, Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions Requirements Under the European Convention on Human Rights. An Overview, Cyprus Human Law Review, Vol. 1 Issue 1 2012, p 4-24 ("*Spielmann, Recognition and Enforcement*").
- Strasser Wolfgang**, The relationship between substantive rights and procedural rights guaranteed by the European Convention on Human Rights, Protecting Human Rights: The European Dimension/ Protection des droits de l'homme: la dimension européenne, Studies in honour of/Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda, Carl Heymanns Verlag 1988, p. 595-604.
- Sudre Frédéric**, "Dix ans d'applicabilité de l'article 6 par la Cour Européenne des droits de l'homme", Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Dalloz 2010, p.393-402.
- Sudre Frédéric**, "Droits intangibles et/ou droits fondamentaux: Y a-t-il des droits prééminents dans la la Convention Européenne des droits de

l'homme?", Liber Amicorum Marc-André Eissen, Bruylant Bruxelles/LGDJ 1995, p. 381-398.

Sudre Frédéric, "Existe t-il un ordre public européen?", Quelle Europe pour les droits de l'homme?, ed. Paul Tavernier, Bruylant Bruxelles 1996, p. 39-80.

Sudre Frédéric, "La jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme", Droit des immunités et exigences du procès équitable, sous la direction de Isabelle Pingel, Editions Pedone 2004, p. 19-31 (*"Sudre, La jurisprudence de la CEDH"*).

Sudre Frédéric, Droit européen et international des droits de l'homme, Presses Universitaires de France 2011.

Sudre Frédéric, Le droit à un procès équitable "hors les juridictions ordinaires", Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubois, Dalloz 2002, p. 205- 220.

Sur Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, Beta Yayınları 10. Baskı İstanbul 2016.

Süral Ceyda, Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, (Editörler) Işıl Özkan/Ceyda Süral/Uğur Tütüncübaşı, Adalet Yayınevi Ankara 2016 (*"Süral, AB Devletler Özel Hukuku"*).

Süral Ceyda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi, TBB Dergisi Sayı: 100 Yıl: 2012, s. 167-216 (*"Süral, HMK"*).

Süral Ceyda, Uluslararası Özel Hukukta Yabancı Devletlerin Sınırlı Yargı ve İcra Muafiyeti, Adalet Yayınevi Ankara 2015.

Süzen Begüm, Hukuk Muhakemeleri Kanunun 10. Maddesi Kapsamında Yabancı Unsurlu Sözleşmelerden Doğan Davalarda Yetki, Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 11 Sayı: 145-146 (Eylül-Eküm 2016) Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 1111-1146.

Süzen Begüm, Tanıma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi, Oniki Levha Yayıncılık İstanbul 2016.

Şahbaz İbrahim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri, TBB Dergisi Yıl: 2004 Sayı: 54, s. 178 -216.

Şanlı Cemal, Türkiye'deki Gayrimenkullerle İlgili Bir Yabancı Boşanma Kararının Tenfizi, MHB Cilt: 6 Sayı: 1 (1986), s. 40-45.

Şanlı Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 6. Bası, Beta Yayınları 2016 (*"Şanlı, 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 Cilt:69 Sayı 10-11-12 1993, s. 763-769 (*"Şanlı, Karar ve İlam Harcı"*).

- Şanlı Cemal**, Yabancı Veraset İlamlarının Türk Mahkemelerinde “Tanınması” veya “Delil” Olarak Kullanılması, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu’na Armağan Bayrak Matbaacılık 1990, s. 291-307 (“*Şanlı, Veraset İamları*”).
- Şanlı Cemal/Esen Emre/Ataman Fıganmeşe İnci**, Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Bası, Vedat Kitapçılık 2016.
- Şen Ersan**, Adillik mi Dürüstlük mü?, (bkz. http://sen.av.tr/tr/makale-detay/10/adillik_mi_durustluk_mu?.html; erişim tarihi: 22.02.2016).
- Şensöz Ebru**, Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2012.
- Şensöz Ebru**, Türkiye’nin Taraf Olduğu Bazı Milletlerarası Sözleşmeler Çerçevesinde Doğrudan Tanıma Usulü, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:11 Sayı: 22 (2012/2), s. 389-444 (“*Şensöz, Doğrudan Tanıma*”).
- Şensöz Ebru/Şermet Begüm**, Fransız Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, GSÜHFD 1/2011, s. 653-690.
- Şirin Tolga**, Türkiye’de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme, İstanbul 2013.
- Şit Banu**, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kesinleşme Şartı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt XV Yıl: 2011 Sayı: 1, s. 61-74.
- Tan Dehmen Mine**, Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar Bakımından 5718 Sayılı MÖHUK’da Kabul Edilen Yetki Kuralı, MHB Yıl: 33 Sayı: 1 (2013), s. 169-211.
- Tanör Bülent/Yüzbaşıoğlu Necmi**, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları 2016.
- Tanrıbilir Feriha Bilge**, 30 Haziran 2005 Tarihli Yetki Anlaşmasına Dair Lahey Sözleşmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:11 Sayı: 1-2 Yıl: 2007, s. 321-354.
- Tanrıver Süha**, Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı. Türkiye Barolar Birliği Dergisi S. 53, Temmuz-Ağustos 2004, s. 191-215 (“*Tanrıver, Adil Yargılanma Hakkı*”).
- Tanrıver Süha**, Türk Medeni Usûl Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi, TBB Dergisi Sayı: 65 Yıl: 2006, s. 368-377.
- Taşkın Alim**, Noterlik İşlemlerinde Adli Yardım Hükümlerinin Uygulanması, AÜHFD C.49 Sayı: 1-4, s. 117-136.
- Taşpolat Tuğsavul Melis**, Kollektif Hukuki Yarar Çerçevesinde Topluluk Davaları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

- Tavernier Paul**, “Faut-il réviser l’article 6 de la Convention Européenne des droits de l’homme?”, *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Nemesis Bruylant Bruxelles 1998, p.707-720.
- Tekinalp Gülören/Uyanık Ayfer**, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, Güncelleştirilmiş 12. Baskı, Vedat Kitapçılık İstanbul 2016.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sancakdar Oğuz**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınları Ankara 2004.
- Tezgel Mehmet**, *Türk Hukukunda Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Adalet Yayınevi Ankara 2012.
- Tinière Romain**, *La concurrence des sources du droit à un procès équitable dans l’ordre juridique de l’Union, Le droit à un procès équitable au sens du droit de l’Union Européenne*, Nemesis Anthemis 2012, p. 63-83.
- Tiryakioğlu Bilgin**, *Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, Tuğrul Arat’a Armağan, Yetkin Yayınları Ankara 2012, s. 1141-1165 (“*Tiryakioğlu, Kişi Halleri*”).
- Tiryakioğlu Bilgin**, *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları no: 501, 1996.
- Titium Patrick**, “Du contrôle de la Cour Européenne des droits de l’homme sur la motivation des décisions internes”, *Protection des droits de l’homme: la perspective européenne*, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, Carl Heymanns Verlag KG 2000, p. 1403-1408.
- Toluner Sevin**, *Milletlerarası Hukuk Dersleri/Devletin Yetkisi*, 5.Baskı, Beta Yayınları İstanbul, 1996.
- Troller Alois**, *L’influence de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse sur les droits des parties devant les tribunaux cantonaux en matière de procédure civile, Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil/ Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*, edited by/sous la direction de Mauro Cappelletti et Denis Tallon, Milano, A Guiffre; Dobbs Ferry, N.Y., Oceana, 1973, p. 623-638.
- Turan Hüseyin**, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Adalet Yayınevi Ankara 2016.
- Turhan Turgut**, *Davacının veya Davaya Katılanın Teminat Gösterme Yükümü*, Prof. Dr. Osman F. Berki’ye Armağan, Ankara 1977, s. 853-905.
- Tütüncübaşı Uğur**, *Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:12 Sayı:2 2010, s. 183-223.
- Tütüncübaşı Uğur**, *Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türkiye’de Tanınması*, Adalet Yayınevi Ankara 2014 (“*Tütüncübaşı, Çekişmesiz Yargı Kararları*”).

Uğur Gençcan Ömer, Adli Yardım, Yargıtay Dergisi Yıl:2005 Cilt: 31 Sayı: 1-2, s. 127-140.

Uluocak Nihal, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, Filiz Kitabevi İstanbul 1987.

Umar Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları Ankara 2014.

Umar Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı, TBB Dergisi Yıl: 2006 Sayı: 67, s. 121-162.

Usunier Laurence, La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé, Economica 2008.

Usunier Laurence, Régularité internationale des jugements : obligation de motivation, Revue critique de droit international privé 2013, p. 898.

Uyanık Çavuşoğlu Ayfer, Bireysel İş İhtilafında Türk Mahkemesinin Milletlerarası Yetkisi, Tankut Centel'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Yayınları 2011, s. 959-990 ("*Uyanık Çavuşoğlu, İş İhtilafı*").

Uyanık Çavuşoğlu Ayfer, Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma, Beta Yayınları 2006.

Üstündağ Saim, Medeni Yargılama Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Baskı, İstanbul 2000.

Velu Jacques, La Convention européenne des droits de l'homme et les garanties fondamentales des parties dans le procès civil, Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil/ Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation, edited by/sous la direction de Mauro Cappelletti et Denis Tallon, Milano, A Guiffre; Dobbs Ferry, N.Y., Oceana, 1973, p. 245-333 .

Viangalli François, Immunité de juridiction et déni de justice, Recueil Dalloz 2005 p. 1540.

Virgos M./Cambronero A., Comparative Study of "Residual Jurisdiction" in Civil and Commercial Disputes in the EU, National Report for Spain, p. 1-21 (bkz. http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_resid_jurisd_spain_en.pdf).

Vlas P., "The Principle of Fair Trial in International Civil Litigation", Law and Reality, Essays on National and International Procedural Law in Honor of Cornelis Carel Albert Voskuil, Martinus Nijhoff Publishers 1992, p. 391-406.

Von Mehren Arthur T./Trautman Donald T., Jurisdiction to Adjudicate, Harvard Law Review Vol. 79 (1966), s. 1121-1179.

Von Mehren Arthur Taylor, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, RCADI Tome 167 (1980), p. 9-112.

Von Mehren Arthur Taylor, Theory and Practice of Adjudicatory Authority in Private International Law, A comparative Study of the Doctrine, Policies and Practices of Common-Law and Civil-Law Systems

General Course on Private International Law (1996), RCADI Tome 295 (2002), p. 9-432.

Voyiakis Emmanuel, Access to Court vs. State Immunity, The International and Comparative Law Quarterly Vol. 52 No.2 (Apr. 2003), p. 297-332.

Whytock Christopher A., Foreign State Immunity And The Right To Court Access, Boston University Law Review, Vol. 93 (2013), s. 2033-2093.

Willis Hugh Evander, Due Process of Law Under The United States Constitution, University of Pennsylvania Law Review Vol. 74 No. 4, p. 331-345.

Yaşa Yasemin, Hukuk Terimleri Sözlüğü (İngilizce-Türkçe), Beta Yayınları İstanbul 2012.

Yeşilirmak Ali, Uluslararası Hukukta İflas, Oniki Levha Yayıncılık İstanbul 2012.

Yeşilova Bilgehan, Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği, TBB Dergisi Sayı:86 Yıl: 2009, s. 47-101.

Yılmaz Ejder, Davada İnanca, AÜHF 50.Yıl Armağanı (1977), s. 381-410 (“*Yılmaz, Davada İnanca*”).

Yılmaz Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları Ankara 2013.

Yılmaz Ejder, Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti, Ankara Barosu Dergisi Yıl: 1984 Sayı: 2, s. 200-224.

Yılmaz Ejder/Çağlar Tacar, Tebligat Hukuku, Yetkin Yayınları Ankara 2013.

Zarbiev Fouad, Quelques observations sur le traitement de l'exception d'immunité juridictionnelle de l'Etat étranger par la Cour européenne des droits de l'homme. Revue trimestrielle des droits de l'homme 15 ème année No. 59 Juillet 2004, p. 621-644.

Zenati Castaing Frédéric, La motivation des décisions de justice et les sources du droit, Recueil Dalloz 2007 No: 22, p. 1553-1560.

Zoller Elizabeth, “Procès équitable et due process of law”, Recueil Dalloz 2007 No 8, p. 517- 523.

Yararlanılan Web Siteleri

www.adalet.gov.tr

www.hudoc.echr.coe.int

www.kazanci.com

www.lexpera.com

<http://www.mevzuat.gov.tr>

www.anayasa.gov.tr

www.tbmm.gov.tr

www.uhdigm.adalet.gov.tr



ÖZGEÇMİŞ

10.06.1983 tarihinde İstanbul’da doğdum. 2002 yılında Saint Joseph Fransız Lisesi ve 2007 yılında Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden mezun oldum. 2009 yılında Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde başladığım yüksek lisans öğrenimimi, “Haksız Rekabetten Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme” konulu tezim ile tamamladım. 2011 yılında Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde özel hukuk doktora programına kabul edildim. 2009 yılından bu yana Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı araştırma görevlisi olarak çalışmaktayım.

Yayınlar

Makale ve Kitaplar

- Uluslararası Tahkimde “Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz ve İcrasının İmkansız Olması” Kavramları, *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 16, Özel Sayı, 2014*, s. 2015-2061 (Hakemli Makale).
- 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’ndaki İkamet Düzenlemeleri ile İlgili Bazı Meseleler, *Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, Cilt:II, Beta Yayınları Ekim 2014*, s. 2363-2392 (Hakemli Makale).
- Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim İtirazı ile Karşılaşan Türk Hakiminin Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Dair Yapacağı İncelemenin Kapsamı ve Sonuçları, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9 Sayı: 121-122, Eylül-Ekim 2014*,s. 195-224 (Hakemli Makale).
- 6102 sayılı TTK, 5718 sayılı MÖHUK ve 6100 sayılı HMK Çerçevesinde Haksız Rekabetten Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme, Oniki Levha Yayınları, Şubat 2012 (Kitap).
- HMK’nın 16. Maddesi Uyarınca Haksız Fiillerden Doğan Uyuşmazlıklarda Yetkili Mahkemenin Tespiti ve Hükümün Türk Millelerarası Özel Hukuku

Açısından Değerlendirilmesi, *MÜHFD* 2012/1, s. 155-183 (Hakemli Makale).

- İnternet Alan Adlarının (*Domain Names*) Kullanımından Doğan Haksız Rekabet Halleri ve Uygulanacak Hukuk, *Ata Sakmar'a Armağan, GSUHFD* 1/2011, s. 619-652 (Hakemli Makale).
- HUMK'un 446. maddesi ile Kesin Hüküm İlişkisi, *İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:84, Sayı: 2010/1*, s. 141-172 (Makale).

AIHM Karar Çevirileri:

Sinan Işık- Türkiye, *İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:84, Sayı: 2010/2*.

Kemal Taşkın ve Diğerleri- Türkiye, *İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:84, Sayı: 2010/2*.

Atilla Kart- Türkiye, *İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:84, Sayı: 2010/1*.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite: TC. Galatasaray Üniversitesi

Enstitü: Sosyal Bilimler Enstitüsü

Adı Soyadı: A. İpek Sarıöz Büyükalp

Tez Başlığı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Kararları Işığında Milletlerarası Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı

Savunma Tarihi: 14.09.2017

Danışmanı: Prof. Dr. Hatice Özdemir Kocasakal

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı

İmza

Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez

Prof. Dr. Ziya Akıncı

Prof. Dr. Sibel Özel

Prof. Dr. Hatice Özdemir Kocasakal

(Danışman)

Doç. Dr. Burak Huysal



Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK