

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

YABANCI ÇEKİŞMESİZ YARGI KARARLARININ
TÜRK HUKUKUNDA TANINMASI

Uğur TÜTÜNCÜBAŞI

Danışman
Prof. Dr. Işıl ÖZKAN

İZMİR - 2011

DOKTORA
TEZ ONAY SAYFASI

2003800274

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı : Uğur TÜTÜNCÜBAŞI
Tez Başlığı : Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması

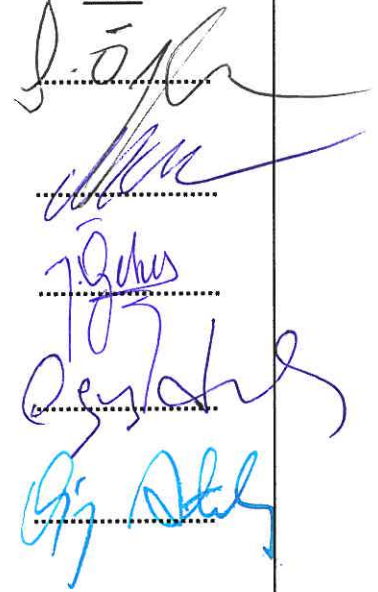
Savunma Tarihi : 22.11.2011

Danışmanı : Prof.Dr.İşıl ÖZKAN

JÜRI ÜYELERİ

<u>Ünvanı, Adı, Soyadı</u>	<u>Üniversitesi</u>
Prof.Dr.İşıl ÖZKAN	YAŞAR ÜNİVERSİTESİ
Prof.Dr.Ayşe Melda SUR	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
Prof.Dr.Muhammet ÖZEKES	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
Doç.Dr.Oğuz ŞİMŞEK	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
Prof.Dr.Oğuz ATALAY	GEDİZ ÜNİVERSİTESİ

İmza



Oybirliği (X)

Oy Çokluğu ()

Uğur TÜTÜNCÜBAŞI tarafından hazırlanmış ve sunulmuş "Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması" başlıklı tezi kabul edilmiştir.

Prof.Dr. Utku UTKULU
Enstitü Müdürü

YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum “**Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması**” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

06.10.2011

Uğur TÜTÜNCÜBAŞI

ÖZET
Doktora Tezi
YABANCI ÇEKİŞMESİZ YARGI KARARLARININ
TÜRK HUKUKUNDA TANINMASI
Uğur TÜTÜNCÜBAŞI

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Özel Hukuk Programı

Medenî yargı temelde çekişmeli ve çekişmesiz yargı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Çekişmesiz yargıya ilişkin işler de mahkemelerde görülmekle beraber, çekişmeli yargıdan farklı özellikler taşımaktadırlar. Özellikle çekişmesiz yargı bir yargılama işi olmakla beraber bir dava değildir. Birçok ülkede bu iki yargı çeşidi ayrı kanunlarda düzenlenmiş olduğu gibi, aynı kanunda da bu iki konuda farklı düzenlemelere yer verilmiştir. Hukukumuz bakımından ise çekişmesiz yargıya ilişkin genel bir düzenleme yer almamaktaydı ve bu sebeple çekişmesiz yargı işleri çekişmeli yargı işleri gibi değerlendirilmekte ve çekişmeli yargı kalıbına uydurulmaya çalışılmaktaydı. Ancak yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile ilk kez çekişmesiz yargıya ilişkin usûl hükümleri düzenlenmiştir. Böylece uygulamada yaşanan tereddütler de giderilmeye çalışılmıştır.

Çekişmesiz yargının en önemli özelliklerinden biri kesin hüküm kuvvetine sahip olup olmadığı hususudur. Bu kapsamda çalışmamızın birinci bölümünde çekişmesiz yargının genel özellikleri ve gelişimi açıklandıktan sonra, çekişmesiz yargı kararlarının kesinleşmesi hususu üzerinde durulmuştur. Çekişmesiz yargı kararları açısından maddî anlamda kesin hüküm kavramının çekişmesiz yargıya yabancı olması, çalışmamızın ana tartışma konusunu oluşturmaktadır. Çünkü yabancı mahkemeler tarafından verilen çekişmesiz yargı kararlarının Türkiye’de etki doğurabilmeleri için Türkiye’de tanınmaları

gerekir. Tanımanın da en önemli ön şartlarından birini yabancı mahkeme kararının kesinleşmiş olması oluşturmaktadır. Çekişmesiz yargı kararlarının kural olarak şekli anlamda kesinlik taşımaları sebebiyle, diğer tanıma şartlarını da taşıyan bu yabancı kararlarda da etki doğurmaları mümkün olabilecektir.

Anahtar Kelimeler: Çekişmesiz Yargı, Yabancı Mahkeme Kararı, Tanıma, Kesin Hüküm.

ABSTRACT

Doctoral Thesis

Doctor of Philosophy(PhD)

RECOGNITION OF FOREIGN UNCONTESTED JUDGMENTS IN TURKISH LAW

Uğur TÜTÜNCÜBAŞI

Dokuz Eylül University

Graduate School of Social Sciences

Department of Private Law

Private Law Program

Civil procedure is basically divided into two as contested and uncontested litigation. Although uncontested claims are resolved by courts, they have different characteristics than those of contested claims. Most importantly, although uncontested claims require litigation, they are not a case. In many states, these two types of litigation are regulated in different laws; or if in the same law there are different provisions for each. In our law, there was not a general regulation relating to uncontested litigation, therefore, uncontested claims were treated as contested claims and they were forced to fit in the rules of contested litigation. However, the new Civil Procedure Law provides for procedural rules concerning uncontested claims. The problems arising in practice are aimed to be removed with this Law.

One of the important discussions about uncontested judgments is whether they have the effect of *res judicata*. In the first part of this study, the general characteristics and development of uncontested judgments are explained and the final and binding character of them is discussed. The main discussion of this study is that the substantial final and binding character of judgments is foreign to uncontested judgments. The uncontested judgments

need to be recognized in Turkey in order to have any effect in Turkey. One of the most important prerequisites of recognition is that the foreign judgment has a final and binding character. As uncontested judgments have a formal final and binding character, such foreign judgments which meet the other conditions of recognition will have an effect in Turkey.

Keywords: Uncontested Judgment, Foreign Decision, Recognition, Final and Binding Judgment.

YABANCI ÇEKİŞMESİZ YARGI KARARLARININ TÜRK HUKUKUNDA TANINMASI

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI.....	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xiv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ÇEKİŞMESİZ YARGI

I. ÇEKİŞMESİZ YARGI KAVRAMI ve GENEL ÖZELLİKLERİ	3
A. Genel Olarak	3
B. Çekişmesiz Yargının Genel Özellikleri	5
1. Kanunda Sayılan Kıstaslar	6
a. Çekişme (Hasım) Yokluğu Kıstası (HMK m. 382/I-a)	6
b. Sübjektif Hakkın Yokluğu Kıstası (HMK m. 382/I-b)	9
c. Hâkimin Re’sen Harekete Geçmesi Kıstası (HMK m. 382/I-c).....	11
2. Öğretide Sayılan Kıstaslar.....	13
a. İnşâî Etki Kıstası	14
b. Önleyici Etki Kıstası	16
C. Çekişmesiz Yargının Tanımı	17
II. ÇEKİŞMESİZ YARGININ GELİŞİMİ	18
A. Genel Olarak	18
B. Mukayeseli Hukukta Durumu ve Gelişimi	18
1. Roma Hukukunda.....	18
2. Alman Hukukunda	19

3. Avusturya Hukukunda.....	27
4. İsviçre Hukukunda	30
C. Türk Hukukunda Durumu ve Gelişimi	33
III. ÇEKİŞMESİZ YARGIYA TÂBİ İŞLER	37
A. Genel Olarak	37
B. Kişiler Hukukunda	38
1. Kanunda Belirtilen Çekişmesiz Yargı İşleri.....	38
2. Öğretide Belirtilen Çekişmesiz Yargı İşleri	39
C. Aile Hukukunda	39
1. Kanunda Belirtilen Çekişmesiz Yargı İşleri.....	39
a. Eşler Arasındaki İlişkilerde	40
b. Hısımlık Hukukunda	42
c. Vesayet Hukukunda	43
2. Öğretide Belirtilen Çekişmesiz Yargı İşleri	43
D. Miras Hukukunda	45
1. Kanunda Belirtilen Çekişmesiz Yargı İşleri.....	45
2. Öğretide Belirtilen Çekişmesiz Yargı İşleri	48
E. Eşya Hukukunda	48
1. Kanunda Belirtilen Çekişmesiz Yargı İşleri.....	48
2. Öğretide Belirtilen Çekişmesiz Yargı İşleri	49
F. Borçlar Hukukunda	51
1. Kanunda Belirtilen Çekişmesiz Yargı İşleri.....	51
2. Öğretide Belirtilen Çekişmesiz Yargı İşleri	53
G. Ticaret Hukukunda	53
1. Kanunda Belirtilen Çekişmesiz Yargı İşleri.....	53
2. Öğretide Belirtilen Çekişmesiz Yargı İşleri	56
H. İcra ve İflas Hukukunda.....	57
1. Kanunda Belirtilen Çekişmesiz Yargı İşleri.....	57
2. Öğretide Belirtilen Çekişmesiz Yargı İşleri	59
İ. Diğer Hukuk Dallarında	61
1. Kanunda Belirtilen Çekişmesiz Yargı İşleri.....	61
2. Öğretide Belirtilen Çekişmesiz Yargı İşleri	62

IV. ÇEKİŞMESİZ YARGI KARARLARI ve ÖZELLİKLERİ	63
A. Çekişmesiz Yargı Kararları	63
B. Çekişmesiz Yargı Kararlarının Kesinliği (Kesin Karar)	65
1. Şeklî Anlamda Kesin Karar	67
a. Kavram ve Meydana Gelmesi	67
b. Sonuçları	70
2. Maddî Anlamda Kesin Karar	71
a. Genel Olarak	71
b. Maddî Anlamda Kesin Hükümün Şartları	72
(1) Tarafların Aynı Olması (Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları)	73
(2) Dava Sebebinin (Vakıaların) Aynı Olması (Kesin Hükümün Objektif Sınırları)	74
(3) Dava Konusunun (Hüküm ile Talep Sonucunun) Aynı Olması	76
c. Kararın İçeriği Bakımından Maddî Anlamda Kesin Hükümün Uygulanma Alanı	78
d. Maddî Anlamda Kesin Hükümün Başlaması ve Etkileri	79
e. Çekişmesiz Yargı Kararları Açısından Maddî Anlamda Kesinlik Kavramı	83
(1) “Ne bis in idem” Kuralının Uygulanması	85
(2) Bir İşin Yargılama Sırasında Çekişmesiz Yargı Alanından Çıkıp Çekişmeli Yargı Alanına Girmesi	86
(3) Çekişmesiz Yargı Kararları Açısından Maddî Anlamda Kesinliğin Değerlendirilmesi	92
C. Çekişmesiz Yargı Kararlarının Değiştirilebilmesi	93
1. Genel Olarak	93
2. Kararın Sonradan Haksız veya Hatalı Görülmesi Sebebiyle Değiştirilmesi	94
3. Kararın Verilmesinden Sonra Meydana Gelen Değişiklikler (Vakıalar) Sebebiyle Değiştirilmesi	95
4. Değiştirilen Kararın Etkisi	96

İKİNCİ BÖLÜM

YABANCI ÇEKİŞMESİZ YARGI KARARLARININ TÜRK HUKUKUNDA TANINMASI KOŞULLARI

V. YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI HAKKINDA GENEL BİLGİLER	97
A. Genel Olarak	97
B. Mahkeme Kararlarının Türleri ve Yabancı Mahkeme Kararlarının Etkileri	100
1. Genel Olarak	100
2. Mahkeme Kararlarının Türleri	101
a. Eda Kararları	101
b. Tespit Kararları	102
c. İnşâî (Yenilik Doğurucu) Kararlar	102
3. Yabancı Mahkeme Kararlarının Etkileri (Sonuçları)	103
C. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınmasının Teorik Gerekçesi ile Tanıma ve Tenfize İlişkin Sistemler	105
1. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınmasının Teorik Gerekçesi	105
a. Mücamele (Comity) Teorisi	105
b. Yargısal (Kazaî) Akit Teorisi	106
c. Özel Kanun (Lex Specialis) Teorisi	107
d. Müktesep Haklar Teorisi	107
2. Tanıma ve Tenfize İlişkin Sistemler	108
a. Tanıma ve Tenfiz Müessesesini Kabul Etmeyen Sistemler	108
b. Tanıma ve Tenfiz Müessesesini Kabul Eden Sistemler	109
(1) Tanımayı Tenfizdeki Usûle Bağlayan Sistemler	111
(2) Tanımayı ve Tenfizi Ayrı Usûle Bağlayan Sistemler	112
D. Türk Hukukunda Tanımaya İlişkin Gelişim	112
1. Osmanlı Döneminde Tanıma ve Tenfiz	112
2. MÖHUK'dan Önce Tanıma ve Tenfiz	113
3. 2675 Sayılı MÖHUK'a Göre Tanıma ve Tenfiz	115
4. 5718 Sayılı MÖHUK'a Göre Tanıma ve Tenfiz	117

VI. TANIMA KAVRAMI ve ÇEKİŞMESİZ YARGI KARARLARININ	
TANINMASI KOŞULLARI.....	119
A. Kavram	119
B. Tanımanın Koşulları	120
1. Çekişmesiz Yargı Kararlarının Tanınmasında Aranılan Koşullar.....	120
a. Tanımadaki Aranılan Ön koşullar	124
(1) Yabancı Mahkemelerden Hukuk Davalarına İlişkin Olarak	
Verilmiş Bir İlâmın Olması.....	124
(2) Yabancı Kararın Kesinleşmiş Olması.....	129
b. Tanımadaki Aranılan Asıl Koşullar	137
(1) İlâmın Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisine Giren Bir	
Konuda Verilmemiş Olması.....	137
(i) Türkiye’de Bulunan Taşınmazlara İlişkin Davalar.....	140
(ii) Mirasa İlişkin Davalar	144
(iii) İş, Tüketici ve Sigorta Sözleşmelerinden Doğan Davalar	147
(2) İlâmın Dava Konusu veya Taraflarla Gerçek Bir İlişkisi	
Bulunmadığı Halde Kendisine Yetki Tanıyan Bir Devlet	
Mahkemesince Verilmiş Olmaması	155
(3) Kararın Kamu Düzenine Açıkça Aykırı Bulunmaması	160
(4) Savunma Haklarının İhlal Edilmemiş Olması	169
2. Tanımadaki Aranılmayan Koşullar.....	173
a. Karşılıklılık (Gegenseitigkeit).....	173
b. Türklerin Kişi Hallerine İlişkin davalarda Türk Kanunlar	
İhtilafı Kurallarına Uygunluk.....	178

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YABANCI ÇEKİŞMESİZ YARGI KARARLARININ TÜRK HUKUKUNDA TANINMASI USÛLÜ

VII. TANIMADA İZLENECEK USÛL	180
A. Genel Olarak	180
B. Görevli ve Yetkili Mahkeme	182
1. Görev	182

2. Yetki	184
C. Teminat	185
1. Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Teminat Gösterme	
Yükümlülüğü	186
2. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanuna	
Göre Teminat Gösterme Yükümlülüğü.....	189
D. Tanıma Davasında Taraflar, Tanıma Talebi ve Gerekli Belgeler.....	193
1. Taraflar	193
2. Tanıma Talebi	197
3. Gerekli Belgeler	197
E. Tanıma Davasının Görülmesi	198
1. Yargılama Usûlü	198
2. Tanıma Talebinin Kapsamı	202
3. İspat Yükü ve İtirazlar	203
VIII. TANIMA DAVASINDA VERİLECEK KARARLAR VE KANUN	
YOLLARI	205
A. Karar	205
1. Tanıma Kararı	205
2. Tanıma Talebinin Reddi Kararı.....	206
3. Kısmi Tanıma Kararı.....	207
4. Tanıma Kararının Sonuçları	208
5. Kararın Şekli	209
B. Kanun Yolları	210
1. İstinaf.....	211
2. Temyiz.....	212
3. Yargılamanın İadesi	214
SONUÇ.....	215
KAYNAKÇA	223

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABD	Ankara Barosu Dergisi
Abs.	Absatz
AD	Adalet Dergisi
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AMK	Anayasa Mahkemesi Kararı
Aufl.	Auflage
AußStrG	Außerstreitgesetz
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Art.	Artikel
b.	Bent
BSK	Basler Kommentar
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Bundesgerichtsentscheidung
BGH	Bundesgerichtshot
BGHZ	Bundesgerichtshof/ Zivilsachen Schriftensammlung von Entscheidungen
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
Çev.	Çeviren
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DHH	Devletler Hususî Hukuku
dn.	Dipnot
E.	Esas
Einl.	Einleitung
EBK	Eski Borçlar Kanunu (818 sayılı)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EHVK	Ecnebilerin Hak ve Vezaiî Hakkında Muvakkat Kanunu
ETK	Eski Ticaret Kanunu (6762 sayılı)
Fam FG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FGG	Gesetzüber die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HD	Hukuk Dairesi
Hrs.	Herausgeber
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu (6100 sayılı)
HMU	Hukuk Muhakemeleri Usûlü
HUMK	Hukuk Muhakemeleri Usûlü Kanunu (Mülga)
IPR	Internationales Privatrecht
IPRAX	Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
İHFD	İstanbul Hukuk Fakültesi Dergisi
İİK	İcra ve İflâs Kanunu
İKİD	İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi
İş. K.	İş Kanunu
İzBD	İzmir Barosu Dergisi
JZ	Juristenzeitung
K.	Karar
kn.	Kenar numarası
Karş.	Karşılaştırınız
m.	Madde
MBD	Manisa Barosu
MHB	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MİHDER	Legal Medenî Usûl ve İcra İflas Hukuku Dergisi
MK	Medeni Kanun
MÖH	Milletlerarası Özel Hukuk
MÖHUK	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun
MünchKom	Münchener Kommentar
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Noterlik Kanunu
Nüf. K.	Nüfus Kanunu
OLG	Oberlandesgericht

RabellsZ	Rabels zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RG	Resmi Gazete
RpflG	Rechtspflegergesetz
s.	Sayfa
S.	Sayı
SJZ	Schweizerische Juristen Zeitung
T.	Tarih
Teb. K.	Tebliğat Kanunu
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
TVK	Türk Vatandaşlık Kanunu
vd.	ve devamı
Y.	Yıl
YD	Yargıtay Dergisi
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZPO	Zivilprozessordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozessrecht

GİRİŞ

Yabancı devlet mahkemelerinden alınan tespit kararlarının ve inşâî nitelikteki kararların Türk hukukunda da etki doğurabilmeleri için Türkiye’de tanınmaları gerekir. Böylece tanıma ile yabancı kararın hukukî değeri kabul edilir ve onunla kazanılmış hak tanınır. Yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de tanınması Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanunun 58’inci maddesinde düzenlenmiştir. Tanımanın şartları da 58. maddenin yaptığı atıf ile tenfiz şartlarını düzenleyen 54. maddedeki (a bendi hariç) asıl koşulların ve 50. maddedeki ön koşulların gerçekleşmesine bağlanmıştır. Yabancı kararların Türk hukukunda tanınması bakımından MÖHUK, çekişmeli ve çekişmesiz yargı kararları arasında bir fark görmemektedir.

Çalışmamızın konusunu, yabancı çekişmesiz yargı kararlarının Türk hukukunda tanınması oluşturmaktadır. Bu anlamda öncelikle çekişmesiz yargı kavramı ve genel özellikleri hakkında bilgi verilmeye çalışılacaktır. Ardından da, yabancı mahkeme kararlarının tanınması şartları ve bu bağlamda yabancı çekişmesiz yargı kararları açısından teşkil ettikleri özellikler üzerinde durulacaktır.

Çalışmamızın birinci bölümünün konusunu oluşturan çekişmesiz yargı hakkında, Prof. Dr. Baki Kuru’nun 1961 tarihli çalışmasından sonra, yapılan çalışmaların sayısı azdı. Ancak kanun koyucunun yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu çalışmaları kapsamında ilk defa Türk hukukunda çekişmesiz yargıyı da ayrıca düzenleme amacı taşımasının da etkisiyle, son yıllarda ortaya konulan çalışmaların da sayısı artmıştır.

Medenî yargı temelde çekişmeli ve çekişmesiz yargı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Çekişmesiz yargıya ilişkin işler de mahkemelerde görülmekte olan bir yargılama işi olmakla beraber bir dava değildir. Birçok ülkede bu iki yargı çeşidi ayrı kanunlarda düzenlenmiş olduğu gibi, aynı kanunda da bu iki konuda farklı düzenlemelere yer verilmiştir. Hukukumuz bakımından ise çekişmesiz yargıya ilişkin

genel bir düzenleme yer almamaktaydı ve bu sebeple çekişmesiz yargı işleri çekişmeli yargı işleri gibi değerlendirilmekteydi.

Çekişmesiz yargının bugüne kadar özellikle mukayeseli hukukta farklı tanımları yapılmış olmasına rağmen, bu yargı çeşidinin tam anlamıyla ve eksiksiz olarak tarifinin yapılması mümkün olamamıştır. Biz de bu sebeple çekişmesiz yargının genel özelliklerini kanunda ve öğretide belirtilen kıstaslar altında ortaya koymaya çalışacağız.

Türk hukukunda olduğu gibi mukayeseli hukukta ve özellikle Alman, Avusturya ve İsviçre hukuk sistemlerinde çekişmesiz yargıya ilişkin yeni kanunlar kabul edilmiştir. Çalışmamızda mukayeseli hukuktaki bu yeni düzenlemeleri genel hatları ile aktarmaya çalışacağız. Ardından hukukumuzda çekişmesiz yargıya tâbi olduğu belirtilen işler ile bunların hangi kıstaslara göre çekişmesiz yargıdan sayıldığı ifade edilmeye çalışılacaktır. Bu bölümün son kısmında ise, çalışmamızın geneli açısından da büyük öneme sahip olan çekişmesiz yargı kararlarının özelliği ve bilhassa kesinliği konusu ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde öncelikle yabancı mahkeme kararlarının tanınması hakkında genel bilgiler verilecektir. Ardından, tanıma için aranan şartlar, özellikle yabancı çekişmesiz yargı kararları açısından incelenecektir. Bu yapılırken yine mukayeseli hukuktaki durum aktarılacak ve sağlıklı bir karşılaştırma yapılması imkânı oluşacaktır. Bu şartlar içerisinde özellikle çekişmesiz yargı kararları açısından “kesinleşme” ve “yabancı mahkeme tarafından verilen karar” olma şartı ayrı bir öneme sahiptir.

Son bölümde ise yabancı çekişmesiz yargı kararlarının Türk hukukunda tanınması usûlü incelenecektir. Bu konuda özellikle yabancı çekişmeli yargı kararları ile çekişmesiz yargı kararlarının tanınması açısından oluşacak farklılıklar ortaya konulmaya çalışılacaktır. Zira, hukukumuzda kabul edilen istinaf ve bunun devamı olan temyiz kanun yolları bakımından, çekişmeli ve çekişmesiz yargı kararları açısından önemli farklar bulunmaktadır. Bunun gibi olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın iadesi hususunda da bu iki karar çeşidi arasında fark bulunmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ÇEKİŞMESİZ YARGI

I. ÇEKİŞMESİZ YARGI KAVRAMI ve GENEL ÖZELLİKLERİ

A. Genel Olarak

Medenî yargının konusunu, hukuk mahkemelerinin özel hukuk alanındaki yargısal faaliyetleri oluşturmaktadır. Medenî yargıdaki yargısal faaliyetler de temelde çekişmeli ve çekişmesiz yargı olmak üzere ikiye ayrılır. Bu iki yargı çeşidi de özel hukuka ilişkin olaylarla ilgilenmelerine karşın aralarında önemli farklar bulunmaktadır¹.

Bununla beraber çekişmesiz yargı ismi de yanıltıcı niteliktedir². Zira uyuşmazlığın bulunmaması, çekişmesiz yargıyı çekişmeli yargıdan ayırmaya yarayan kıstaslardan sadece birini teşkil etmektedir (çekişme yokluğu kıstası). Yoksa her zaman bir çekişmesizlik söz konusu değildir. Aksi taktirde çekişmesiz yargıda ilgililerin her konuda anlaşmaları durumunda, çekişmesiz yargı işine bakan hâkimin, ilgililerin talepleri doğrultusunda karar vermesi gerekirdi. Oysa çekişmesiz yargıda, çekişmeli yargıdan farklı olarak re'sen araştırma ilkesi geçerlidir ve hâkim ilgililerin talepleri ile kural olarak bağlı değildir. Bu sebeple de hâkimin işin niteliğine uygun bir karar vermesi gerekecektir. Neticede buradaki çekişmesizlik kavramı, çekişmeli yargının karşısı olarak kullanılmayıp, farklı bir yargı kolunu ifade etmek için kullanılmaktadır³.

¹ Baki Kuru, **Nizasız Kaza**, Ankara, 1961, (Nizasız Kaza), ss. 10-13; Saim Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul, 2000, s. 32; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, **Medenî Usûl Hukuku**, 10. Bası, Ankara, 2011, s. 76.

² Mukayeseli hukukta çekişmesiz yargı'ya verilen isimler şöyledir: Almanya ve İsviçre'de; freiwillige Gerichtsbarkeit: İhtiyari kaza (İsteğe bağlı yargı), Avusturya'da; Verfahren in außer Streitsachen: ihtilaflı (çekişmeli) olanlar dışındaki işlere ilişkin yargılama usûlü. Bkz. Kuru, Nizasız Kaza, s. 1, dn. 2; Murat Atalı, "Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı", **Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV**, Ankara, 2006, ss. 50-105, s. 56.

³ Kuru, Nizasız Kaza, s. 1; Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 77-78; Wolfgang Brehm, **Freiwillige Gerichtsbarkeit**, 4. Auflage, Stuttgart, 2009, § 1, s. 40; Leo Rosenberg, K. Heinz Schwab und Peter Gottwald, **Zivilprozessrecht**, 17. Auflage, München, 2010, § 11, s. 62.

Hukukumuzda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunundan önce çekişmesiz yargıya ilişkin bir düzenleme yoktu ve çekişmesiz yargı işleri, maddî hukuka ilişkin farklı kanunlarda, dağınık şekilde ve yetersiz hükümlerle yürütülmeye çalışılıyordu. Bu sebeple de mahkemeler her çekişmesiz yargı işini mutlaka bir dava şekline çevirerek çekişmeli yargıya ilişkin olan genel usûl hükümlerini çekişmesiz yargıya dâhil işler için de uygulamaya çalışmaktaydılar. Oysa 6100 sayılı HMK ile İsviçre Federal Medenî Usul Kanunu model alınmıştır ve Kanunun dokuzuncu kısmında ilk kez çekişmesiz yargıya ilişkin usûl hükümlerine yer verilerek bu karışıklığın ortadan kaldırılması amaçlanmıştır (m. 382-388)⁴.

Çekişmesiz yargı işleri de mahkemelerde görülmekte olduğu için, burada bir yargılama faaliyeti söz konusudur⁵. Her ne kadar kanunlarımızda birtakım çekişmesiz yargı işleri mahkemeler dışında halledilebilecek olsalar da, mahkemeler tarafından görülen bütün çekişmesiz yargı işlerini birer yargılama faaliyeti olarak nitelendirmemiz gerekir. Örneğin, 6217 sayılı kanun⁶ ile Noterlik Kanununda yapılan değişiklikle, mirasçılık belgesi verilmesi veya terk eden eşin ortak konuta davet edilmesi işlerinin noterlerce **de** yapılabilecekleri düzenlenmiş olsa da (ki bunlar

⁴ Kuru, Nizasız Kaza, ss. 21-22; Üstündağ, s. 34; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.77; Yavuz Alangoya, Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, **Medenî Usul Hukuku Esasları**, 7. Baskı, İstanbul, 2009, ss. 51-53. Ayrıca bkz. HMK genel gerekçe.

⁵ Kuru, Nizasız Kaza, s. 14; Fritz Baur, “Der Begriff der Rechtsprechung und die freiwillige Gerichtsbarkeit”, **Deutsche Notar Zeitschrift**, München-Berlin, 1955, ss. 507-521, s. 507; Walther J. Habscheid, **Freiwillige Gerichtsbarkeit**, 7. Auflage, München, 1983, § 4, ss. 25-26; Kazimierz Lubinski, “Das Wesen und die juristische Natur der Tätigkeit des Gerichts in der freiwilligen Gerichtsbarkeit”, **Festschrift für Hideo Nakamura**, Tokyo, 1996, ss. 359-388, s. 374; Walter Zimmermann, **Freiwillige Gerichtsbarkeit**, Heidelberg, 1996, s. 1. Ayrıca karşı. Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 11, s. 63. Bununla beraber, çekişmesiz yargıda idare hukukuna benzer şekilde kamu düzenini korumak düşüncesi olsa da, bu ancak ikincil amaçtır. Çekişmesiz yargının da asıl amacı bireylerin özel hukuka ilişkin menfaatlerini korumaktır. Ancak yine de çekişmesiz yargının teknik anlamda bir yargılama faaliyeti mi yoksa idarî faaliyet mi olduğu hakkında farklı görüşler mevcuttur. Bkz. Kuru, Nizasız Kaza, ss. 5-13; Max Guldener, **Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz**, Zürich, 1954, s. 2; Baur, s. 516 vd.; Habscheid, § 5, s. 26 vd.; Theodor Keidel und Werner Sternal, **FamFG**, 16. Auflage, München, 2009, § 1, s. 35-36; Lubinski, s. 363 vd. Ayrıca bkz. Kâmil Yıldırım, “Alman Hukukunda Çekişmesiz Yargı”, **Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV**, Ankara 2006, (Çekişmesiz Yargı), ss. 19-48, ss. 21-24.

⁶ Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, T. 31.03.2011 (RG. 14.4.2011, S. 27905).

HMK'ya göre çekişmesiz yargı işleri arasında sayılmıştır (m. 382/2-c, (6) ve m. 383/2-b, (5)), bu işler de aslen birer çekişmesiz yargı işidir⁷.

Bu konuda Türk hukuku bakımından şöyle bir ayırım yapmak gerekecektir: Çekişmesiz yargı işleri arasında sayılan işleri mahkeme, yani yargı organı dışında bir makam da yerine getirebiliyorsa, o zaman mahkeme dışında yerine getirilmiş olan bu tür işler artık klasik anlamda çekişmesiz yargıya dâhil⁸ sayılamayacaktır. Zira Kuru'nun da "Nizasız Kaza" eserinde belirttiği gibi⁹, bağımsız mahkemeler dışındaki organlar çekişmesiz yargı organları arasında yer almazlar. Bu sebeple de, bu organların yapmış oldukları faaliyetlerin birer çekişmesiz **yargı** işi (faaliyeti) olarak nitelendirmek doğru değildir¹⁰.

B. Çekişmesiz Yargının Genel Özellikleri

Özel hukuk alanına ilişkin bir yargılama faaliyeti olan çekişmesiz yargının çekişmeli yargıdan önemli farkları vardır. Bu sebeple çekişmesiz yargı konusu içinde belki de en önemli sorun çekişmesiz yargının çekişmeli yargıdan ayırt edilebilmesidir. Zira hiçbir hukuk sisteminde bu ayrımı sağlayacak açık bir tanım yapılamamıştır¹¹. Bundan yola çıkarak, çekişmesiz yargının tanımını yapmak yerine, onu çekişmeli yargıdan ayırmaya yarayacak bir takım kıstaslar üzerinde

⁷ Bunun gibi HMK'nın 386. maddesinde sayılan "mühürleme, deftere geçirme ve yemin tutanağı" gibi işlerin düzenlenmesi usûlü, Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği hükmüne yer verilmiştir. Bu işlerin de çıkarılacak yönetmelikle mahkemeler dışında başka mercilere, örneğin noterlere devredilecek olması durumunda, bunlar da kanımızca artık birer yargılama faaliyeti sayılamayacaktır. Öğretide de bu tür işler ile, zaten iş yükü fazla olan mahkemelerin meşgul edilmemesi gerektiği haklı olarak ileri sürülmektedir. Bkz. Ali Cem Budak, "Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı", **Medenî Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-IV**, Ankara, 2006, ss. 128-187, ss. 148-150; Hakan Pekcanitez, "Tartışmalar", **Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV**, Ankara 2006, s. 205; Süha Tanrıver, "Noterlerin İşlevleri Hakkında Yeni Gelişmeler", **Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, 2004/122, ss. 15-23.

⁸ Çekişmesiz yargının klasik alanları için bkz. Habscheid, § 6, s. 33.

⁹ Kuru, Nizasız Kaza, ss. 127-129.

¹⁰ Kuru, Nizasız Kaza, s. 10, dn. 27. Karş. Helmut Kollhosser, Reinhard Bork und Florian Jacoby, **Freiwillige Gerichtsbarkeit**, 2. Auflage, München, 2002, s. 19-22; Keidel/Sternal, § 1, s. 36.

¹¹ Baur, ss. 510, 513; Reinhard Bork, Florian Jacoby und Dieter Schwab, **FamFG**, Bielefeld, 2009, § 1, s. 2; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 11, s. 61; Kuru, Nizasız Kaza, s. 35 vd.; Yıldırım, Çekişmesiz Yargı, s. 21.

durulmaktadır. Bunun için çekişmesiz yargıya ilişkin temel kıstasların ele alınarak çekişmesiz yargı işlerinin genel olarak sınırlarının çizilmesi ve böylece çekişmeli yargıdan ayırt edilmesi sağlanabilecektir. Fakat bunun için tek bir ayırıcı kıstas genel olarak bulunmadığı için, bu iki yargı çeşidini birbirinden ayırmak için birkaç kıstası birlikte uygulamak gerekir¹².

Aşağıda öncelikle 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzda sayılan ve hukukumuzda mutabık kalınan çekişmesiz yargıya ilişkin temel kıstaslar incelenecektir. Ardından ise kanunumuzda belirtilmeyen ama öğretide ileri sürülen bir nevi ikincil (yardımcı) kıstaslar açıklanmaya çalışılacaktır.

1. Kanunda Sayılan Kıstaslar

Çekişmesiz yargıyı düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun dokuzuncu kısmında, "çekişmesiz yargı işleri" başlığını taşıyan 382. maddesinde çekişmesiz yargı işleri sayılmadan önce, bu maddenin birinci fıkrasında üç temel ölçüt esas alınarak bu işlerin genel olarak sınırları çizilmiştir. 382/I maddesi'ne göre,

"Çekişmesiz yargı, hukukun, mahkemelerce, aşağıdaki üç ölçütten birine veya birkaçına göre bu yargıya giren işlere uygulanmasıdır: a) İlgililer arasında uyuşmazlık olmayan hâller (Çekişme Yokluğu Kıstası), b) İlgililerin, ileri sürülebileceği herhangi bir hakkın bulunmadığı hâller (Sübjektif Hakkın Yokluğu Kıstası), c) Hâkimin resen harekete geçtiği hâller".

a. Çekişme (Hasım) Yokluğu Kıstası (HMK m. 382/I-a)

Çekişmeli yargıyı çekişmesiz yargıdan ayıran ve kanunda sayılan ilk kıstas, ilgililer arasında çekişmenin (ihtilafın, uyuşmazlığın) olmaması kıstasıdır. Buna göre, çekişmeli yargı, iki taraf arasında bir çekişme (ihtilaf), anlaşmazlık, iddia ve karşı iddia hakkında karar verilmesi talebi ile açılan "davalar" ile meşgul olurken; çekişmesiz yargıya tâbi işlerde teknik anlamda bir uyuşmazlık söz konusu değildir.

¹² Kuru, Nizasız Kaza, ss. 15-16; Üstündağ, ss. 32-37; Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 76-80; Budak, s. 128; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, ss. 51-52.

Yani çekişmesiz yargıda mahkemeden talepte bulunan kişi ile uyuşmazlık içinde bulunan bir karşı taraf ve buna bağlı olarak bir çekişme (ihtilaf) olmadığı için, mahkeme, ilgililer arasında mevcut bir çekişme hakkında karar vermez¹³. Bu sebeple bu kıstasa, niza yokluğu, ihtilâf yokluğu veya hasım yokluğu kıstası¹⁴ da denilmektedir.

Örneğin, ergin kılınma (TMK m. 12), ad ve soyadın değiştirilmesi (MK m. 27, Nüfus Hizmetleri K. m. 36), gaiplik nedeniyle evliliğin feshi (TMK m. 131), yeniden evlenmede bekleme süresinin hâkim tarafından kaldırılması (TMK m. 132/III), vasiyeti yerine getirme görevlisine görevinin bildirilmesi (MK m. 550) ve kıymetli evrakın iptali gibi işler, çekişme yokluğu kıstasına göre çekişmesiz yargı işleridir.

Medenî yargı sistemimizde çekişmeli yargı iki taraf sistemine göre kurulmuş ve buna göre bir tarafta davacı, karşı tarafta ise davalı olmak üzere daima iki taraf vardır¹⁵. Eğer bir davada birbiri ile çekişme halinde olan iki taraf yoksa çekişmeli yargıdan ve dolayısıyla davadan da bahsedilemez. Bu durumda eğer şartları mevcutsa çekişmesiz yargı işi söz konusu olur. Çünkü çekişmesiz yargıda birbiriyle ihtilaf halinde olan iki taraf yoktur. Buna rağmen uygulamada çekişmesiz yargı işlerini çekişmeli yargıya benzetebilmek için “dava”, “hasımsız dava”¹⁶ veya “tek taraflı dava” terimlerinin kullanılması yanlıştır¹⁷. Bu sebeple çekişmesiz yargıda

¹³ Kuru, Nizasız Kaza, s. 16; Kuru, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. I, 6. Baskı, İstanbul, 2001, (HMu), s. 27; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 78.

¹⁴ “Hasım yokluğu” kıstası, “çekişme (ihtilaf) yokluğu” kıstasının farklı bir şekilde ifadesinden başka bir şey değildir. Fakat çekişmesiz yargıda, bu yargı türünün özelliğine uymayan “hasım” teriminin yeri yoktur. Kuru, Nizasız Kaza, ss. 20, 26.

¹⁵ Çekişmeli yargıda, davacı veya davalı tarafta birden fazla kişi bulunabilirse de (HMK m. 57), davada iki’den fazla, örneğin üç tarafın bulunması imkânsızdır. Kuru, HMu, C. I, s. 884 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 79, 285.

¹⁶ 5719 sayılı MÖHUK’un 55. maddesinde de “Hasımsız ihtilâfsız kaza kararlarında tebliğ hükmü uygulanmaz.” denilerek bu terim yanlışlığına düzülmüştür.

¹⁷ Çekişmesiz yargı işlerinde bazen şekli taraflar oluşturularak, bu işler çekişmeli yargıya sokulmak yani yapay bir dava yaratılmak istenmektedir. Bazen işin niteliği gereği hiçbir hasıma gerek olmayan işlerde bir “kanunî hasım” yaratılmakta ve bu işler çekişmeli yargıya sokulmaktadır. Örneğin, adın değiştirilmesi gibi kişisel durum sicilindeki kaydın düzeltilmesi davasında Nüfus K. m. 36 (değişik: R.G.-14/04/2011-6217/31. md) gereği, nüfus idaresinin hasım gösterilmesi. Aynı şekilde, taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımı yoluyla

“dava” yerine “iş” ve “taraf” yerine “ilgili” kavramlarından söz edilir¹⁸. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanununda da çekişmesiz yargı “çekişmesiz yargı işi” olarak ifade edilmiş (m. 362/1-ç, 382, 384) ve dava olmadığı için yargılamanın sùjeleri için de doğrusu olan “ilgili” kavramı kullanılmıştır (m. 382-387).

Çekişme yokluğu kıstasına göre, mahkemelerin baktığı ve ilgililer arasında bir çekişme (ihtilaf) olmayan bütün işler çekişmesiz yargı işi olmasına karşın¹⁹, medenî yargıya dâhil olan bütün çekişmeli işlerin de çekişmeli yargıya dâhil birer “dava” olduğu söylenemez. Çünkü bir çekişme ihtiva etmekle beraber çekişmesiz yargıya dâhil olan başka işler de vardır. Örneğin, hâkimin eşlerden birinin birliği temsil yetkisini kaldırılmasına ve sınırlandırılmasına (TMK m. 190) ve koşulların değişmesi sebebiyle temsil yetkisinin geri verilmesine ilişkin karar vermesi (MK m. 191); aile konutu ile ilgili işlemler için diğer eşin rızasının sağlanamadığı hâllerde hâkimin müdahalesinin istenmesi (MK m. 194/II) ve aile birliğinin korunmasına ilişkin hâkimin alacağı önlemler gibi²⁰.

Dolayısıyla, çekişme yokluğu kıstası sadece bir kısım çekişmesiz yargı işleri açısından geçerli olan bir kıstastır. Ayrıca çekişmesiz yargı içerisinde “çekişme”nin

kazanılmasında tescil davasının hazineye ve ilgili kamu tüzel kişilerine karşı açılacağı düzenlenmiştir (MK m. 713). Oysa kanunî hasım olan resmi makama, sadece bilgisine başvuru bir kaynak olarak bakmak daha doğru olacaktır. Bu sebeple nüfus idaresi veya hazinenin duruşmada hazır bulunmaları kamu menfaatlerini koruma düşüncesinden kaynaklanmakta olup gerçek anlamda hasım değildirler. Kuru, Nizasız Kaza, ss. 21-26, 68, 95; Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 79, 285; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, ss. 52-53. Aynı yönde: Yar. HGK 5.12.1990, 2/560-622 (İKİD 1996/425, s. 11813-11815); Yar. 11. HD, 6.4.1993, 936/2255 (İKİD 1996/429, s. 12083-12084).

¹⁸ Kuru, Nizasız Kaza, ss. 24-26, 157-158; Kuru, HMu, C. I, ss. 30, 886; Budak, ss. 154-155; Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 55, 79; Yıldırım, Çekişmesiz Yargı, s. 30.

¹⁹ Kuru, HMu, C. I, s. 27. Çekişmeli yargıda da, davalının kendisini savunmayıp pasif kalması (yargılamanın gıyabında devam etmesi), davacının davasından feragat etmesi ve davalının davayı kabul etmesi hallerinde olduğu gibi, davanın bir çekişme olmadan da sonuca bağlandığı durumlar mevcuttur. Bu haller görünürde bir çekişme içermemesine rağmen çekişmeli yargıya dâhildir. Çünkü bir olayın çekişmeli olup olmadığını belirlerken, sadece görünür veya meydana gelmiş bir çekişme ile yetinilmemelidir. Olayın ilgilileri arasında bir çekişme meydana getirme ihtimalinin olması ve bu çekişmeyi meydana getirecek kişinin bilinmesi; onun bir irade beyanının olayı çekişmeli hale getirmesi için yeterli olması gerekir. Kuru, Nizasız Kaza, s. 18.

²⁰ Kuru, Nizasız Kaza, s. 19; Kuru, HMu, C. I, s. 28; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 79; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 52.

bir istisna teşkil ettiğini, buna karşın “çekişmesizlik” hâlinin çekişmesiz yargıda kuralı oluşturduğunu söylemek de mümkün değildir²¹.

Sonuç olarak, “çekişme yokluğu” kıstası çekişmeli ve çekişmesiz yargıyı ayırt etmeye yarayan en önemli kıstas olmakla beraber²², tek başına yeterli bir kıstas değildir. Bu sebeple birden fazla amacı olan çekişmesiz yargıya dâhil işleri “çekişme yokluğu” kıstası ile ayırmanın mümkün olmadığı durumlarda diğer bazı kıstasları bulmamız ve onlara göre çekişmesiz yargı işlerini tespit etmemiz gerekecektir²³.

b. Sübjektif Hakkın Yokluğu Kıstası (HMK m. 382/I-b)

Çekişmeli yargı ile çekişmesiz yargıyı birbirinden ayıran ve kanunda düzenlenmiş olan ikinci kıstas, ilgililerin ileri sürebileceği herhangi bir hakkının bulunmamasıdır; yani diğer bir ifadeyle sübjektif hakkın yokluğu kıstasıdır.

Çekişmeli yargının konusu davalardır ve dava açan kişi, bir başkası (davalı) tarafından ihlal edilen veya tehlikeye sokulan hakkının bu kişiye karşı korunması için mahkemeden hukukî koruma talep etmektedir. Yani kişi, mahkeme aracılığıyla sübjektif hakkını korumaya çalışır²⁴. Bu bağlamda, tespit davalarında, davacının bir sübjektif hakkının olup olmadığı tespit edilirken; eda davalarında, bu tespitten ayrıca bazı sonuçlar çıkarılmaktadır. İnşai davalarda ise esas olan, davacının, karşı tarafa ileri sürebileceği bir sübjektif hakkının olmasıdır. Böylece çekişmeli yargının bütün dava türlerinde bir tarafın diğer tarafa karşı ileri sürebileceği bir sübjektif hak ile meşgul olunmaktadır²⁵.

²¹ Habscheid, § 4, s. 19.

²² Almanya’da, kanun koyucu ilgili sayısının fazla olduğu yargılamaları basit ve ekonomik bir şekilde gerçekleştirebilmek amacıyla birçok çekişmeli yargı işini de çekişmesiz yargı alanına soktuğu için bu kıstas Alman hukukunda fazla bir önem taşımamaktadır. Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 11, ss. 62-63; Bork/Jacoby/Schwab, § 1, s. 2; Kuru, Nizasız Kaza, ss. 17-18; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 52;

²³ Kuru, Nizasız Kaza, s. 19; Kuru, HMK, C. I, s. 28; Üstündağ, s. 33.

²⁴ Kuru, HMK, C. I, s. 871; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 80.

²⁵ Kuru, Nizasız Kaza, s. 33.

Oysa, çekişmesiz yargıda, ilgililerin her zaman bir sübjektif hakkından bahsedilemez. Bu sebeple de kural olarak başkası tarafından ihlal edilen bir sübjektif haktan söz edilmesi ve yine ona karşı mahkemeden bir koruma talep edilmesi söz konusu değildir. Bunun sonucunda da çekişmesiz yargı’da şeklen ilgili olan herkes maddî ilgili sıfatına sahip değildir²⁶. Örneğin, velayetin kaldırılmasında (MK m. 348) veya vasinin görevden alınmasında (MK m. 483) talepte bulunanın bir sübjektif hakka sahip olması söz konusu değildir. Zira burada durumun mahkemeye bildirilmesi ile sadece mahkeme harekete geçirilmiş olur. Yoksa velayetin kaldırılmasında ya da vasinin görevden alınmasında bunu talep edenin hakkı ihlal edildiği için bu talepte bulunulmamıştır veya talep edene bir hakkın geçmesi de söz konusu değildir²⁷.

Çekişmesiz yargıda verilen kararların özelliklerini güzel bir şekilde ifade eden “sübjektif hakkın yokluğu” kıstası da tek başına çekişmesiz yargı işlerini çekişmeli yargıdan ayırmak için yeterli olmayacaktır. Bu sebeple bu kıstası da diğer kıstaslar ile birlikte dikkate almak gerekecektir²⁸.

²⁶ Çekişmesiz yargıdaki “ilgili” kavramı, usûl işlemlerini yapan şeklî ilgiliden ziyade, çekişmesiz yargı sonucunda verilecek karardan etkilenen maddî ilgiliyi ifade etmektedir. Çekişmeli yargıda maddî taraf yerine şeklî taraf esas alınmasına karşı, çekişmesiz yargıda maddî ilgili kavramı esas alınır. Buna göre, bir çekişmesiz yargı işinde şeklen yer almasa bile, o çekişmesiz yargı işi ile hukukî bağlantısı olan veya doğrudan etkilenen kişi, maddî ilgili sayılacaktır. Örneğin, velayetin kaldırılması konusunda mahkemeye başvuran bir üçüncü kişi ise, bu kişi şeklî ilgilidir. Ancak anne, baba ve çocuk bu durumdan etkilenecek olmaları sebebiyle maddî ilgili durumundadırlar. Yar. 2. HD. 4.6.2002, 6834/7495 (YKD 2003/1, s. 17-18). Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 79; Kuru, Nizasız Kaza, s. 140 vd. Ayrıca bkz. Habscheid, § 14, s. 92 vd. Alman hukukunda da çekişmesiz yargıya dâhil işlerde şeklî ve maddî ilgili kavramları kullanılıyordu. Ancak Alman kanun koyucu 1 Eylül 2009 tarihinde yürürlüğe giren yeni “Aile İşlerine ve Çekişmesiz Yargı İşlerine Dair Yargılama Usûlü Hakkında Kanun” (FamFG) ile (FGG-Reformgesetz vom 17. Dezember 2008, BGBl. I 2586) bir adım ileri giderek Kanunun 7. Paragrafında ilgililer kavramına kimlerin dâhil olabileceğini ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Bkz. Bork/Jacoby/Schwab, § 7, ss. 17-18.

²⁷ Kuru, Nizasız Kaza, s. 33; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 80. Bir kişinin gaipliğine karar verilmesini isteyen kişi de (MK m. 32); bununla her hangi bir kişiye karşı olan sübjektif hakkını ileri sürmeyip, sadece bu konuda hâkimi harekete geçirmektedir. Kuru, Nizasız Kaza, ss. 33-34; Bork/Jacoby/Schwab, § 7, s. 18.

²⁸ Kuru, Nizasız Kaza, s. 34.

c. Hâkimin Re'sen Harekete Geçmesi Kıstası (HMK m. 382/I-c)

Çekişmeli yargı ile çekişmesiz yargıyı birbirinden ayıran ve kanunda sayılan son kıstas “hâkimin re'sen harekete geçtiği” hâllerdir. Çekişmeli yargıda hâkimin kendiliğinden harekete geçmesi söz konusu değildir. Zira medenî usûl hukukumuzda, kural olarak tasarruf ilkesi geçerlidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun “Yargılamaya Hâkim olan İlkeler” başlıklı birinci kısım ikinci bölümünde düzenlenen tasarruf ilkesine göre, “*Hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz*” (m. 24/I). Buna göre, medenî usûl hukukunda davacının talebi olmadan, hâkimin kendiliğinden bir davaya bakması yasaktır. Bu ilke, “davacının olmadığı yerde dava ve hâkim olmaz” şeklinde ifade edilmektedir²⁹. Ancak bu ifadede yer alan “dava” kelimesinden de anlaşılacağı üzere, tasarruf ilkesi sadece çekişmeli yargı için geçerli olan bir ilkedir³⁰.

Çekişmeli yargıda, hâkimin re'sen bir davaya bakması imkânsız olduğundan, hâkimin re'sen harekete geçtiği bütün işler çekişmesiz yargıya tâbidir. Bununla beraber kanunda kamu yararının korunmasının ağır bastığı bazı istisnâî hallerde Cumhuriyet savcılarının hukuk davası açma yetkisi tanınmış olmakla beraber, bu, hâkimin re'sen bir uyuşmazlığı çözdüğü anlamına gelmez. Zira burada davayı taraflar dışında savcı açmış olduğundan, bu davaya hâkim re'sen değil savcının talebiyle bakmaktadır. Bu da çekişmeli yargıda hâkimin re'sen harekete geçmesinin mümkün olmadığını göstermektedir³¹.

Çekişmesiz yargının re'sen takibe bağlı işlerinde, hâkim ilgililerin taleplerini beklemek (ve bu taleplere uymak) zorunda olmadan, bir işin şartlarının gerçekleştiğine kanaat getirdiği an, re'sen harekete geçer. Örneğin, boşanmadan sonra meydana gelen yeni bir durumun zorunlu kılması hâlinde çocuklar hakkında durumun gerektirdiği önlemlerin alınması (MK m. 183), velayet altındaki çocuğun korunması için uygun önlemlerin alınması ya da çocuğun ana babadan alınarak bir

²⁹ Yar. 16. HD, 11.12.2003, 12180/11065 (YKD 2005/4, s. 572); Yar. 9. HD, 30.05.2002, 1232/9324 (YKD 2003/6, s. 893).

³⁰ Kuru, Nizasız Kaza, s. 34; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 240; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 201.

³¹ Kuru, Nizasız Kaza, s. 34; Kuru, HMK, C. I, ss. 28-29; Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 240-241.

aile yanına veya bir kuruma yerleştirilmesine karar verilmesi (MK m. 346, 347) gibi işler bu kıstasa göre çekişmesiz yargıya dâhildir³².

Çekişmesiz yargı işlerinde “re’sen harekete geçme ilkesi” yanında “re’sen araştırma ilkesi” de geçerlidir. Bu ilkeye göre, hâkim ilgililerin mahkemeye sunduğu vakıalarla bağlı olmayıp, çekişmesiz yargı işine dâhil tüm malzemelerini (vakıaları ve delilleri) kendisi temin ve tespit eder. Buna karşın çekişmeli yargıda “tarafarca getirme ilkesi” geçerlidir. Buna göre dava malzemelerinin toplanması ve mahkemeye getirilmesi taraflara aittir. Çekişmeli yargıda hâkim, kural olarak kendiliğinden yani taraflarca ileri sürülmeyen vakıaları araştıramaz ve hükme esas alamaz³³.

Bununla beraber çekişmesiz yargı işlerinde “re’sen harekete geçme ilkesi” ile “re’sen araştırma ilkesi” birbirine karıştırılmamalıdır. Aksi halde takibi talebe bağlı olan çekişmesiz yargı işlerinde re’sen araştırma ilkesi yerine taraflarca getirme ilkesi geçerliymiş gibi bir anlam çıkarılabilir. Oysa “re’sen harekete geçme ilkesi”, yargılamanın başlangıcını ve yargılamanın konusunu belirlemek için kullanılan bir ilkedir. Buna karşın “re’sen araştırma ilkesi”, başlamış olan bir yargılamada, mahkeme kararına esas teşkil edecek olan vakıa ve delillerin hâkim tarafından temin edileceğini ifade eden bir ilkedir. Bu sebeple, takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde yargılamanın başlaması ve yargılama konusu talepte bulunan ilgililer tarafından kararlaştırılsa bile, burada da “re’sen araştırma ilkesi” geçerlidir. Bu bağlamda bütün çekişmesiz yargı işlerinde hâkim, ilgililerin ileri sürdükleri iddia ve beyanlarla veya ilgililer tarafından getirilen malzemelerle bağlı olmayıp, durumun gerektirdiği başka vakıa ve delilleri araştırıp tespit etmesi mümkündür³⁴.

³² Kuru, Nizasız Kaza, ss. 34, 154. 5395 sayılı Kanun’un 7. maddesi kapsamında da çocuk hâkimi tarafından re’sen çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı alınması mümkündür. Ayrıca bkz., aşağıda § 2, A, II, 2, 7.

³³ Kuru, Nizasız Kaza, ss. 159-162; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 244; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, ss. 183-184. Ancak kamu düzenini ilgilendiren davalar “tarafarca getirme ilkesi”nin istisnalarını oluşturmakta ve bu davalarda “re’sen araştırma ilkesi” uygulanmaktadır: Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 248-250; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 184, dn. 3.

³⁴ Walter Zimmermann, **Das neue FamFG**, München, 2009, s. 27. Karş. Eberhard Schilken, “Verfahrensmaximen in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Zivilverfahrensrechtliche Probleme des 21. Jahrhunderts, (Hrsg. Schilken, Eberhard/Deren-Yıldırım, Nevhis/Yıldırım, Kamil), Remscheid, 2006, ss. 139-154, ss. 144, 148; Kuru, Nizasız Kaza, ss. 160-162. “...çekişmesiz

Çekişmesiz yargı işlerinde “re’sen araştırma ilkesi”nin geçerli olması, bunun karşısı olan “taraf larca getirilme ilkesi”nin temelinde yatan düşünceye de uygundur. Çünkü çekişmesiz yargıda birbiriyle çekişme (ihtilaf) hâlinde olan iki taraf (“hasım”) yoktur, bunun yerine “ilgililer” vardır. Yani bu yargı türünde çekişen taraf menfaatlerinden ve bunların savunulmasından kural olarak bahsedilemez. Eğer burada taraf larca getirme ilkesi uygulansaydı, o zaman hâkimin; talepte bulunan ilgilinin iddia ettiğ i vakıalar ve ileri sürdüğ ü deliller ile bağı kalması gerekirdi ki, bu da çekişmesiz yargı işlerinde hâkimin, maddî gerçeğ in ortaya çıkarılması işlevine engel olurdu. Bu sebeple bütün çekişmesiz yargı işlerinde kural olarak “re’sen araştırma ilkesi”nin geçerli olması daha uygun ve faydalıdır³⁵.

Sonuç olarak çekişmeli yargının aksine çekişmesiz yargıda “hâkimin re’sen harekete geçmesi ilkesi” ile “hâkimin re’sen araştırma ilkesi” geçerlidir. Bu iki yargı çeşidini birbirinden ayırmaya yarayan önemli bir kıstas olan “hâkimin re’sen harekete geçmesi”, yine de tek başına bir iş i çekişmesiz yargıdan saymak için yeterli değildir. Somut olayda mutlaka diğ er kıstaslardan en az birinin tespit edilmesi gerekecektir³⁶.

2. Öğretide Sayılan Kıstaslar

Çekişmesiz yargıyı çekişmeli yargıdan ayırmak için kanunda sayılan üç temel kıstas yanında, öğretide ileri sürülmüş ve fakat kanunda yer almayan “inş aî etki” ve

yargıda hâkim, taraf ların talepleri ile bağı olmadığından resen araştırma ilkesi uyarınca davacının bozma kararına uyulması talebi ile bağı değildir...çekişmesiz yargıda, davanın (iş in) hasımsız açılması nedeniyle davacının Özel dairenin bozma kararına uyulmasını istemesinin davacı yararına usûlî kazanılmış hak doğurmaz, hâkim direnme kararı verebilir...”. Yar. HGK, 2003/21-170, 2003/188, 26.2.2003 (YKD, 29/6, Haziran 2003, s. 859-862).

³⁵ Mieczyslaw Sawczuk, “Zur Frage nach dem Zweck der freiwilligen Gerichtsbarkeit”, **Festschrift für Hans Friedhelm Gaul**, Bielefeld, 1997, ss. 649-666, s. 661; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 249. “Eğer taraf larca getirilme ilkesi medenî usûlün en temel ilkesi ise, bu durumda re’sen araştırma çekişmesiz yargının temel ilkesidir”: Yıldırım, s. 32 ve dn. 45; Takibi talebe bağı çekişmesiz yargı işlerinde (örneğin, miras işlerinde), talebin geri alınması ile yargılamaya son vermek mümkün olduğundan, re’sen araştırma ilkesi de sadece yargılama devam ettiğ i sürece söz konusu olabilecektir. Bu durumda talebin geri alınması durumunda da hâkim yargılamayı sonlandıracaktır. Kuru, Nizasız Kaza, s. 161.

³⁶ Kuru, Nizasız Kaza, s. 34; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 78.

“önleyici etki” kıstasları şeklinde iki kıstas daha mevcuttur³⁷. Bu iki kıstasta tek başlarına çekişmesiz yargı işlerini çekişmeli yargıdan ayırmaya yetmeyecektir. Ancak yine de bu ayırımı yardımcı olabilecek önemli kıstaslardır.

a. İnşâî Etki Kıstası

Öğretide sayılan bu kıstasa göre, çekişmeli yargı mevcut hakların tespitine ve korunmasına çalışacak; çekişmesiz yargı ise, hukuki ilişkilerin yeni şekiller almasına, değiştirilmesine ve kaldırılmasına hizmet edecektir³⁸. Bu kıstasa göre çekişmesiz yargıdan sayılan işlere: Ergin kılınma (MK m. 12), ad ve soyadın değiştirilmesi (MK m. 27, Nüfus Hizmetleri K. m. 36), henüz evlenme yaşında olmayanların evlenmesine izin verme (MK m. 124/II, 128) ve vasi tayini (MK m. 404) gibi işler örnek olarak verilebilir³⁹.

“İnşâî etki” kıstası, çekişmeli ve çekişmesiz yargıyı birbirinde tam anlamıyla ayırmak için tek başına yeterli değildir. Bunun birinci sebebi, çekişmeli yargı alanında da inşâî etkiye sahip kararların verilebiliyor olmasıdır. Bu anlamda inşâî davalar karşımıza çıkmaktadır⁴⁰. Bununla beraber her iki yargı alanındaki inşâî kararlar farklı özelliklere sahiptir. Şöyle ki, çekişmeli yargıdaki inşâî kararların dayanağı, tarafların bu konudaki sübjektif haklarıdır. Burada inşâî karar bir amaç olup, bu karar ile çekişmeli konu sonuçlandırılmaktadır. Buna karşın çekişmesiz

³⁷ Bu iki kıstas haricinde öğretide “ihtiyari olmak” kıstası da zikredilmektedir. Burada kastedilen, ilgililerin, aralarında anlaşıp mutabık kaldıkları bir işin, tanzim edilmesi için mahkemeye başvurmaları konusunun isteklerine bağlı olmasıdır. Ancak bu kıstas, tarih boyunca çekişmesiz yargıdan sayılmış tevsik, tasdik ve izin işleri (örneğin, vasinin bazı muamelelerine izin verilmesi (MK m. 462, 463)) için bir kıstas olmuştur. Bununla beraber, ayırım için kullanılacak genel bir kıstas olarak kabul edilemez. Zira “çekişme yokluğu” kıstası ile bu işleri çekişmesiz yargıya sokmak mümkündür, bu sebeple de “ihtiyari olma” kıstasının yardımcı bir kıstas olarak kabulüne de gerek yoktur. Kuru, Nizasız Kaza, ss. 26-27.

³⁸ Habscheid, § 4, s. 20; Brehm, § 1, s. 41; Kuru, Nizasız Kaza, s. 29, dn. 70.

³⁹ Hukukumuzda, Alman hukukunun aksine tevsik, tasdik ve sicil işleri mahkemelerce görülmediklerinden bu işler birer yargısal faaliyet olmayıp çekişmesiz yargı işlerinden de sayılmamaktadır. Bu sebeple “inşâî etki” kıstasına göre çekişmesiz yargıdan sayılan işlerin sayısı da azalmaktadır. Kuru, Nizasız Kaza, s. 30.

⁴⁰ Ancak çekişmeli yargıda verilen inşâî kararlar genelde olumsuz etkiye sahip iken (evliliğin sona erdirilmesi gibi), çekişmesiz yargıda verilen kararlar olumsuz olmak dışında olumlu inşâî etkiye de sahiptirler. Habscheid, § 4, s. 20.

yargıda böyle bir sübjektif haktan bahsedilemeyeceği gibi, inşaî kararlar bir amaçtan çok bir araç teşkil etmektedirler. Zira bu kararların alınmasındaki amaç, sonraki tedbirlerin alınmasına esas teşkil etmesi içindir. Ayrıca çekişmesiz yargıda alınan inşaî kararlar ile de iş sona ermiş olmamakta, aksine yeni başlamaktadır⁴¹.

İkinci olarak, sırf çekişmeli yargıda değil, çekişmesiz yargı alanında da mevcut hakların tespiti ve korunması söz konusu olabilir. Örneğin, mirasçılık belgesinin verilmesi işi çekişmesiz yargıya dâhil olmakla beraber, burada mevcut miras haklarının tespiti söz konusudur. Ama inşaî kararlarda olduğu gibi, her iki yargı çeşidindeki tespit kararlarının özellikleri konusunda da farklar mevcuttur. Öncelikle, çekişmeli yargıdaki tespit kararlarının sebebini taraflar arasındaki bir ihtilaf (çekişme) oluşturmaktadır. Tespit kararı ile bu ihtilaf sonuçlandırılmaktadır. Oysa çekişmesiz yargıdaki tespit işlerinde ilgililer arasında bir ihtilaftan söz etmek mümkün değildir⁴².

Bunun dışında, çekişmesiz yargıdaki tespit işlerinin konusunu olgular (vakıalar) da oluşturabilmektedir. Örneğin, ölüm karinesi sebebiyle nüfus kütüğüne ölü kaydı düşülen kişinin sağ olduğunun tespiti (MK m. 44/II), kaza sonucunda veya üçüncü kişinin kusuruyla yok olan vasiyetnamenin içeriğinin tespiti (MK m. 543), mirasın reddi beyanının tespiti ve tescili (MK m. 609) işlerinde olduğu gibi. Oysa çekişmeli yargıdaki tespit davalarının konusunu kural olarak hukuki ilişkiler oluşturmaktadır. Buna bağlı olarak, tespit davaları sonucunda verilen kararlar maddî anlamda kesin karar teşkil edip, söz konusu hukuki ilişki kesin olarak tespit edilmiş olur. Çekişmesiz yargıda ise maddî anlamda kesin karardan söz edemeyeceğimiz için⁴³, mirasçılık belgesinde de olduğu gibi tespit edilen hukuki ilişkilerin kesin olarak tespit edilmiş olmasından bahsedemeyiz⁴⁴.

Açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, “inşaî etki” kıtası genelde “sübjektif hakkın yokluğu” veya “çekişme yokluğu” kıtaslarından biri ile birlikte bir işin

⁴¹ Ergun Önen, **İnşaî Dâva**, Ankara, 1981, ss. 118-120; Kuru, Nizasız Kaza, s. 32.

⁴² Kuru, Nizasız Kaza, s. 30.

⁴³ Bkz. aşağıda “Maddî Anlamda Kesin Karar” başlığı altındaki açıklamalar (§4, II, B).

⁴⁴ Kuru, Nizasız Kaza, ss. 30-31.

çekişmesiz yargıya dâhil olduğunu tespiti yaramaktadır. Bu sebeple tek başına olmasa da diğer kıstaslarla beraber iki yargı çeşidini ayırmaya yarayacak önemli bir kıstastır⁴⁵.

b. Önleyici Etki Kıstası

Çekişmeli yargının görevleri arasında, ihlale uğramış veya uğrayacağı konusunda kuvvetli emareler bulunan özel hukuka dâhil hukuki ilişkilerin düzeltilmesi (tamir edilmesi), bu ihlallerin ortadan kaldırılması ve böylece eski hâle getirilmesi yer almaktadır. Örneğin, bir malın malikine iade edilmesi için açılan istihkak davası (MK m. 683), mülkiyet ilişkisine dayanan ihlali tamir etmek, ilişkiyi eski hâline getirme amacını taşımaktadır⁴⁶.

Çekişmesiz yargı ise, henüz meydana gelmemiş, fakat gelecekte meydana gelmesi muhtemel ihlallerin önlenmesi ile meşgul olur. Yani çekişmeli yargı gibi tamir edici değil önleyici mahiyettedir. Çekişmesiz yargıda harekete geçilebilmesi için, başkasının hukuk alanında yapılmış bir ihlali şart olmadığı gibi, böyle bir ihlale ilişkin kuvvetli emarelerin bulunmasına dahi gerek yoktur. Örneğin, alacaklısı ihtilaflı olan borcun mahkemeye tevdiinde (TBK m. 187) veya velayet altında bulunmayan küçüğü gelecekteki muhtemel şahsi veya maddî zararlardan korumak için bir vasi tayin edilmesinde (MK m. 404) olduğu gibi, genel ve belirsiz bir ihlal ihtimalinin bulunması yeterlidir. Zira burada borçlunun veya küçüğün hukuki ilişkilerine yapılmış olan bir ihlalin tamir edilmesi söz konusu değildir. Bu sebeple, çekişmeli yargı geçmiş veya şimdiki zamanda yapılmış bir ihlal ile meşgul olup bunu tamir etmeye çalışırken, çekişmesiz yargı gelecekte meydana gelmesi muhtemel olan bir ihlale karşı önleyici tedbirler almaya çalışır⁴⁷.

Her ne kadar çekişmeli yargıda da önleyici mahiyette olan ihtiyati tedbir kararları (HMK m. 389) mevcutsa da; bunların alınması ancak, ortaya çıkmış bir

⁴⁵ Kuru, Nizasız Kaza, s. 32.

⁴⁶ Brehm, § 1, s. 41; Kuru, Nizasız Kaza, ss. 27-28.

⁴⁷ Velayetin kaldırılması (MK m. 348) veya vasinin görevden alınması (MK m. 483) müesseselerinde de küçüğün muhtemel ihlallerden korunması amaçlandığından “önleyici olmak”, “tamir etmek” ten daha ağır basmaktadır. Kuru, Nizasız Kaza, ss. 28-29.

ihtilafın olması veya bu ihtilafın çıkacağına dair kuvvetli emarelerin bulunması durumunda söz konusu olur. Oysa çekişmesiz yargıda henüz meydana gelmemiş hatta görünür bile olmayan ihlallere karşı önlem alınmaya çalışılmaktadır. Ancak bu durum da göstermektedir ki, “önleyici etki” kıstası da bu iki yargı çeşidini birbirinden ayırmak için tek başına yeterli olmayacaktır⁴⁸.

C. Çekişmesiz Yargının Tanımı

Çekişmesiz yargıyı çekişmeli yargıdan ayırmak için yukarıda açıkladığımız kıstaslardan anlaşılacağı gibi, çekişmesiz yargının değişik amaçları vardır. Bu amaçların hepsini içerisine alacak ve çekişmesiz yargıyı çekişmeli yargıdan kesin çizgilerle ayırabilecek açık bir çekişmesiz yargı tanımını yapmak zordur. Ancak yine de, Kuru’nun “Nizasız Kaza” eserinde yaptığı gibi çekişmesiz yargıya dâhil olan işleri gruplandırmak suretiyle bir tanıma ulaşmak mümkün olabilir. Kuru’nun verdiği çekişmesiz yargı tanımı şöyledir:

Hukuki kazanın bir nev’i olan çekişmesiz yargı; objektif hukukun, müstakil mahkemelerce, aşağıdaki dört kıstastan birine veya bir kaçına göre bu kazaya giren işlere tatbik edilmesidir:

- 1- İlgililer arasında bir ihtilâf olmayan haller - “İhtilâf-çekişme yokluğu” kıstası.
- 2- İlgililerin, hususi şahıslara karşı dermeyanı kabil sübjektif haklarının bulunmadığı haller - “Sübjektif hakkın yokluğu” kıstası.
- 3- Hâkimin re’sen harekete geçeceği bütün haller - “Re’sen harekete geçmek” kıstası.
- 4- Hususi hukuk münasebetlerinin yeni şekiller alması, tesisi, inkişafı, değiştirme ve kaldırılmasında ve bu hukuk münasebetlerine henüz vaki olmamış ve fakat istikbalde vukuu muhtemel olan tecavüzlerin önlenmesinde, alâkalıların mahkemece himaye edilmesi icap eden haller - “inşâî-önleyici etki” kıstasları⁴⁹.

⁴⁸ Kuru, Nizasız Kaza, s. 29.

⁴⁹ Kuru, Nizasız Kaza, s. 39; Kuru, HMu, C. I, ss. 26-29.

II. ÇEKİŞMESİZ YARGININ GELİŞİMİ

A. Genel Olarak

Çekişmeli yargının konusu olan dava, tarih içerisinde en başta gelişen hukuk müesseselerinden biri olup ilk kanunların düzenlediği bölümlerden biri de çekişmeli yargı olmuştur. Buna karşın çekişmesiz yargının ortaya çıkması ve kanunlarda düzenlenmesi çok sonraları olmuştur. Bu sebeple de çekişmeli yargıda olduğunun aksine çekişmesiz yargının geniş ve ayrıntılı bir tarihi geçmişinden bahsetmek pek mümkün olmamakla birlikte, yine de Roma hukukuna kadar çekişmesiz yargının takip edilmesi mümkündür ve daha o zamanlarda koruyucu bir amaç ile ortaya çıktığı söylenebilir⁵⁰.

Çekişmesiz yargının hukukî düzenleniş biçimi bakımından mukayeseli hukukta üç sistem mevcuttur. Bunlardan birincisi, çekişmesiz yargının ayrı bir usûl kanunu ile düzenlenmiş olduğu sistemdir (Almanya ve Avusturya’da olduğu gibi). İkinci sistemde ise, çekişmesiz yargının önemli hükümleri medenî usûl kanunlarında yer almaktadır (Türkiye, İsviçre, Fransa, İtalya, İspanya ve Yunanistan’da olduğu gibi). Üçüncü ve son sistemde ise, çekişmesiz yargıya ilişkin bazı usûl hükümleri Medenî Usûl kanununda değil, Medeni kanun ile diğer bazı kanunlarda dağıtılmış olmaktadır (HMK’dan önce Türk hukukunda olduğu gibi)⁵¹.

B. Mukayeseli Hukukta Durumu ve Gelişimi

1. Roma Hukukunda

Roma hukukunda yargılama çekişmeli (iurisdictio contentiosa) ve çekişmesiz (iurisdictio voluntaria) olarak ikiye ayrılmakla beraber, yine de bunun sistematik olarak yargılamanın iki’ye ayrıldığı anlamına gelmediği ifade edilmektedir. Her ne kadar Digestaların (Roma hukuku kitapları) sadece bir yerinde ifade edilse de,

⁵⁰ Habscheid, § 3, s. 12; Kuru, Nizasız Kaza, s. 43.

⁵¹ Lubinski, ss. 366-367. Kuru, Nizasız Kaza, s. 124; Yıldırım, ss. 18-19; Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 76-77.

“iurisdictio voluntaria” tabirinin çekişmesiz yargının menşeiini oluşturduğu kabul edilmektedir. Buna göre, Prokonsülün (eski Roma’da yargıcın yerine geçen-vekili) şehir dışında, çocuklar ve esirleri serbest bırakmaya ve evlatlığa ilişkin olan işlemleri çekişmesiz yargıya dâhildi. Çekişmesiz yargıya ilişkin işlerin sadece mahkemelerin yetkisinde olması da, Roma hukukunda çekişmesiz yargının bir yargılama faaliyeti olduğunu göstermektedir⁵².

2. Alman Hukukunda

Almanya’da yargı genel mahkemeler (sulh mahkemesi, asliye mahkemesi, yüksek asliye mahkemesi ve Federal Yargıtay) yanında idare, vergi, iş ve sosyal mahkemeleri olmak üzere beş kola ayrılmaktadır. Genel adli yargı da üç alt alana ayrılmakta ve bu yargı içerisinde ceza yargısı yanında çekişmeli medenî yargı ile çekişmesiz (ve aile işlerine ilişkin) yargı yer almaktadır (§ 13 GVG). Özel hukuk ihtilaflarından çekişmeli yargı için Medenî Usûl Kanunu (ZPO), çekişmesiz yargı için ise “Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Hakkında Usûl Kanunu” (FamFG) geçerlidir. Bu da çekişmesiz yargının Alman hukukunda genel yargı içerisinde özel bir yargı çeşidi olarak yer aldığını göstermektedir.⁵³

Alman hukukunda çekişmesiz yargıyı düzenleyen ilk temel kanun olan 1898 tarihli “Çekişmesiz Yargı İşleri Hakkında Kanun (FGG⁵⁴)”, Alman Medeni Kanunu (BGB), Medeni Usûl Kanunu (ZPO) ve Tapu Sicil Tüzüğü (GBO) ile birlikte 1.1.1990 tarihinde yürürlüğe girmişti. Bu tarihe kadar çekişmesiz yargıya ilişkin işler esas olarak eyalet kanunlarına göre yerine getiriliyordu⁵⁵.

⁵² Guldener, ss. 7-8; Habscheid, § 3, ss. 12-13; Lubinski, ss. 365-366; Kollhosser/Bork/Jacoby, s. 5; Kuru, Nizasız Kaza, s. 44.

⁵³ Wolfgang Brehm, **Freiwillige Gerichtsbarkeit**, 4. Auflage, Stuttgart, 2009, ss. 33-34; Yıldırım, ss. 19-20; Murat Atalı, “Almanya’da Çekişmesiz Yargı Reformu ve Bunun Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan**, Ankara, 2009, ss. 105-114, 108.

⁵⁴ Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17.5.1898, RGB1. s. 189.

⁵⁵ Walther J. Habscheid, **Freiwillige Gerichtsbarkeit**, München 1983, ss. 14-17; Keidel/Sternal, Einl., s. 2; Kollhosser/Bork/Jacoby, ss. 6-7; Kuru, Nizasız Kaza, s. 46.

Ancak baştan beri bir çerçeve kanundan ibaret olan ve ayrıntılı usul kuralları içermeyen bu çekişmesiz yargı kanunu bilhassa yargılamanın esnekliği ve buna bağlı olarak hâkimin Medeni Usûl Kanununda (ZPO) söz konusu olan şeklî usûl kurallarına nazaran daha rahat bir yapıya sahip olması⁵⁶ sebebiyle toplam 94 kez değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklikler ya kanunun belirli maddelerinin veya bölümlerinin değiştirilmesi ya da bunların çıkarılması şeklinde olmuştur. Bazen de özel kanunlarla yeni işler bu kanuna eklenmiştir. Örneğin, 1951 tarihli “Kat Mülkiyeti ve Devamlı Sükna Hakkına İlişkin Kanun” veya 1953 tarihli “Tarımsal İşler Hakkında Mahkeme Usûlüne İlişkin Kanun” gibi⁵⁷.

Yaklaşık 100 yılı aşkın bir süre yürürlükte kalan ve Almanya’da mahkemelerin çekişmesiz yargı alanındaki faaliyetlerini düzenleyen bu çekişmesiz yargı kanunu (FGG) artık eskimişti ve yeni bir kanuna ihtiyaç vardı. Özellikle kanunun kendi içinde bütünlük taşıyan bir usûl kanunu olmaktan uzak olması ve toplam 36 (önceden 34) maddeden oluşan çok dar bir genel hükümler bölümüne sahip olması, bu konuda reforma ihtiyaç duyulmasının başlıca nedenlerindedir.

Bunların dışında, çoğu zaman hiçbir fark öngörmeksizin Medenî Usûl Kanununa atıf yapan ve anlaşılması zor özel hükümlere sahip olan eskimiş bir çerçeve kanun olmaktan ibaretti. Yürürlüğe girdiği zamanlar çekişmesiz yargının klasik konuları ile sınırlıyken, zamanla kanun koyucu tarafından bazı özel kanunlarla bu uygulama alanı genişletilerek; Medenî Usûl Kanununda yer alması gereken birçok çekişmeli iş dahi, esnek yapısı, masrafsız oluşu, basit ve hızlı halledilebilecek olması gibi sebeplerle çekişmesiz yargı kanunu kapsamına dâhil edilmiştir. Alman öğretisinde “çekişmesiz yargının gerçek çekişmeli işler” olarak adlandırılan bu

⁵⁶ Özellikle çekişmesiz yargı kanununda re’sen harekete geçme ve re’sen araştırma ilkesinin hakim olması, katı ispat kuralları yerine serbest delil ikamesinin mümkün olması ve mahkeme kararlarının sonradan değiştirilebilmesi olanağının bulunması bu kanunun Medenî Usûl Kanunu ZPO’ya nazaran daha esnek bir yapıya sahip olmasını sağlamıştır. Yıldırım, ss. 44-45.

⁵⁷ Habscheid, § 3, s. 17; Keidel/Sternal, Einl., ss. 3-4; Helmut Borth und Hans Joachim Musielak, **Familiengerichtliches Verfahren**, München, 2009, Einl., ss. 2-3; Kuru, Nizasız Kaza, ss. 48-49; Budak, Değişiklikler, ss. 275-277.

işler⁵⁸, çekişmesiz yargı kanunu kapsamında sayılan toplam 350 civarında işin yaklaşık beşte birini kapsamaktadır. Öğretide Habscheid'in "çekişmesiz yargının zaferi" olarak adlandırdığı bu durum⁵⁹ birçok konuda, çekişmeli yargıyı düzenleyen Medenî Usûl Kanununa (ZPO'ya) müracaatı zorunlu kılmaktaydı. Böylece "kanun koyucunun bir deneme alanı" hâline gelmiş olan Çekişmesiz Yargı Kanunu FGG'nin, bu karmaşıklığı gidermesi için yeni bir kanunun yürürlüğe girmesi şarttı⁶⁰.

Alman Adalet Bakanlığı, yeni yapılacak olan bir çekişmesiz yargı kanunu ile aile hukukuna dâhil olan yargılamaların tamamını çekişmesiz yargıya dâhil etmek; gerçekte çekişmeli olan işleri çekişmesiz yargı kanunu kapsamından çıkarmak ve mümkün olduğunca eksiksiz ve yeknesak bir kanun yapma amacı taşımaktaydı⁶¹. Bu bağlamda Adalet Bakanlığı'nca 1964 yılında bir komisyon kurulmuş ve bu komisyon 1977 yılında ilk kapsamlı taslağını sunmuştur. Ancak eksiklikleri fazla olan bu taslak öğreti tarafından da çok eleştirilmiştir⁶². Uzun bir aranın ve değerlendirme çalışmalarının sonunda 2005 yılında "Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Hakkında Usûl Kanunu" hakkında reform kanunu tasarısı (FGG-Reformgesetz) oluşturulmuştur. Söz konusu tasarı 2006 yılında tereke ve ilân işlerine ilişkin usûl kurallarının eklenmesiyle tamamlandı. 19.9.2008 tarihinde Federal Meclis tarafından onaylanan⁶³ ve 22.12.2008 tarihli Federal Resmi Gazetede (Bundesgesetzblatt)

⁵⁸ "Echte Streitsachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit". Kuru, Nizasız Kaza, ss. 17-18; Habscheid, § 3, s. 17. Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 11, ss. 62-63; Brehm, § 2, ss. 57; Kollhossler/Bork/Jacoby, ss. 4 ve 8-10.

⁵⁹ "Siegeszug" der Freiwilligen Gerichtsbarkeit. Habscheid, § 3, s. 17.

⁶⁰ Reinhard Bork, "Die Erneuerung der Freiwilligen Gerichtsbarkeit aus deutscher Sicht", **Zeitschrift für Zivilprozessrecht**, 117. Band, Heft 4, 2004, ss. 399-420, ss. 400-403; Habscheid, § 3, s. 17; Brehm, § 1, s. 50; Kai Schulte Bunert, **Das neue FamFG**, 2. Auflage, Köln, 2010, Einl., s. 1; Yıldırım, ss. 43-44, 46; Atalı, Almanya'da Çekişmesiz Yargı Reformu, s. 106.

⁶¹ Yıldırım, ss. 44-45; Bork, ss. 403-405; Keidel/Sternal, Einl., s. 4; Borth/Musielak, Einl., s. 2; Zimmermann, FamFG, ss. 1-2;

⁶² Helmut Kollhossler, "Zur Problematik eines »Allgemeinen Teils« in einer Verfahrensordnung für die Freiwillige Gerichtsbarkeit", **Zeitschrift für Zivilprozessrecht**, 93. Band, Heft 3, Köln, 1980, ss. 265-311; König, Bernhard, "Probleme eines »Allgemeinen Teils« einer Verfahrensordnung für die Freiwillige Gerichtsbarkeit", **Zeitschrift für Zivilprozessrecht**, 93. Band, Heft 3, Köln, 1980, ss. 312-330.

⁶³ BR-Drs. 617/08 (B).

yayımlanan⁶⁴ kanun, 1.9.2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir (FamFG § 112); bu suretle birlikte 1.1.1900 tarihli “Çekişmesiz Yargı Kanunu” (FGG) ile Alman “Medenî Usûl Kanunu” (ZPO)’nun 6. ve 9. kitabı yürürlükten kaldırılmıştır⁶⁵.

“Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Hakkında Usûl Kanunu” (FamFG) ile getirilen yenilikleri ve değişiklikleri şu şekilde saymak mümkündür: Öncelikle vesayet mahkemesi kaldırılarak bu mahkemelerce bakılan çekişmesiz yargı işleri aile mahkemelerine aktarılmıştır. Bunun gibi, genel mahkemelerce görülmekte olan bir kısım aile hukuku alanındaki işler de bu mahkemelerden alınarak aile mahkemelerine aktarılmıştır (§ 210 FamFG). Böylece aile hukukuna ilişkin işlerin tek elde toplanması ile karmaşaya son verilmiş ve “büyük aile mahkemesi” oluşturulmuştur⁶⁶. Ancak yine de aile hukukuna ilişkin birçok konuda Alman Medenî Usûl yasasına atıf yapılmış olması sebebiyle karmaşanın yargılama kuralları konusunda devam ettiğini söylemek mümkündür⁶⁷. Bunun dışında eski kanunda (FGG’de) yer alan ve genelde “gerçek çekişmeli işler” olarak adlandırılabilen Kat Mülkiyeti Kanunu’na ilişkin işler de çekişmesiz yargı alanından çıkarılmıştır⁶⁸.

Eskiden Alman Yargı Örgütü Kanunu (GVG), kural olarak çekişmeli yargı alanında faaliyet gösteren genel mahkemelere ilişkin düzenlemeleri kapsamaktayken, çekişmesiz yargı işleri bakımından mahkemelerde yürütülen faaliyetler hakkında,

⁶⁴ BGBI. I, s. 2568.

⁶⁵ Keidel/Sternal, Einl., s. 4-5; Bunert, Einl., ss. 2-4, kn. 5-11; Yıldırım, s. 45.

⁶⁶ Atalı, Almanya’da Çekişmesiz Yargı Reformu, s. 112; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 11, s. 65; Keidel/Sternal, Einl., s. 10; Borth/Musielak, Einl., s. 5; Bunert, Einl., s. 6; Ursula Bumiller und Dirk Harders, **FamFG Freiwillige Gerichtsbarkeit**, 9. Auflage, München, 2009, Einl., s. 1; Meysen Thomas, **Das Familienverfahrensrecht-FamFG**, Köln, 2009, s. 3. Ayrıca, “büyük aile mahkemesi” fikri hakkında ayrıntılı tartışma ve eleştiriler için bkz. Christof Kerwer, “Bericht über die Diskussion zum Thema »Die Erneuerung der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (Außerstreitverfahren) aus deutscher, österreichischer und schweizerischer Sicht«”, **Zeitschrift für Zivilprozessrecht**, 117. Band, Heft 4, 2004, ss. 445-451, 446 vd.

⁶⁷ Borth/Musielak, Einl., ss. 4 ve 7; Bumiller/Harders, § 1, s. 29; Brehm, § 1, s. 51.

⁶⁸ Yıldırım, s. 46; Bumiller/Harders, § 1, s. 29. Ancak reformun başında amaçlanmış olduğu gibi, bütün “çekişmeli işlerin” bu yeni çekişmesiz yargı kanunu kapsamından çıkarılması yine de mümkün olmamıştır. Bork/Jacoby/Schwab, § 1, s. 2.

ancak istisnai olarak uygulanmaktaydı⁶⁹. Ancak FamFG ile yapılan değişiklikle çekişmesiz yargının da adli yargı alanındaki yargı örgütünün bağımsız bir parçası haline gelmesi sağlanarak, Yargı Örgütü Kanununun çekişmesiz yargı işleri bakımından kıyasen değil, doğrudan uygulanması sağlanmıştır. Böylece yukarıda açıklandığı üzere, Alman adli yargısı üç alt alana ayrılmış oldu⁷⁰.

Bir diğer yenilik ise, mahkemelerde yürütülen çekişmesiz yargı işlerine kimlerin katılabileceğine ilişkin olarak “ilgili” kavramının kanunda geniş bir şekilde tanımlanmış olmasıdır. Zira eski kanun (FGG), bu konuda herhangi bir düzenlemeye sahip değildi. Bu eksiklik sebebiyle eskiden, söz konusu iş bakımından uygulanacak maddî hukuk düzenlemesinin amacından yola çıkarak, kimlerin “ilgili” sayılabileceği belirlenmeye çalışılıyordu. Bu da adil yargılanma hakkının güvence altına alınması ve bilhassa hukuki dinlenilme hakkı açısından olumsuz sonuçlara sebep olmaktaydı. Ancak yeni kanun 7. paragrafındaki düzenleme ile bu olumsuzluk ortadan kaldırılarak kimlerin “ilgili” kabul edileceği açıkça tanımlanmıştır⁷¹.

Son olarak kanunun birinci kitabının beşinci kısmında (§ 58-75 arası FamFG) kanun yolları açısından da eskiye nazaran önemli bir yeniliğin getirildiği görülmektedir. Buna göre, çekişmesiz yargı işleri bakımından asliye veya sulh mahkemeleri tarafından ilk derecede verilen bütün nihai kararlara karşı şikâyet (Beschwerde) yolu getirilmiştir. Ara ve yan kararlarına karşı ise, kanun tarafından açıkça öngörülmüş olması şartıyla Medenî Usûl Kanununda düzenlenmiş olan (§

⁶⁹ İstinabe, mahkemede kullanılacak dil, duruşmaların düzen ve intizamı istisnalara örnek verilebilir. Atalı, Almanya’da Çekişmesiz Yargı Reformu, s. 107; Borth/Musielak, Einl., s. 4; Schilken, Verfahrensmaximen, s. 141.

⁷⁰ Atalı, Almanya’da Çekişmesiz Yargı Reformu, s. 108, Brehm, § 3, s. 62.

⁷¹ § 7 FamFG’e göre, çekişmesiz yargı işini mahkeme önüne getiren (başvuran) kişi ilgilidir. Bunun yanında, hukuki durumu çekişmesiz yargı faaliyetinden doğrudan etkilenecek olanlar ile bu yasa veya başka bir yasa gereğince çekişmesiz yargı faaliyetine hâkim tarafından re’sen çağırılması gereken veya kendiliğinden katılması mümkün olan kişiler “ilgili” sayılmaktadırlar. Bunlar dışında hâkim yine kanunda açıkça düzenlenmiş olmak şartıyla, başka kişileri de re’sen veya talep üzerine mahkemeye “ilgili” sıfatıyla çağırabilir. Atalı, Almanya’da Çekişmesiz Yargı Reformu, ss. 108-109; Brehm, § 7, s. 110; Bork/Jacoby/Schwab, § 7, ss. 17-21; Zimmermann, FamFG, ss. 10-11; Borth/Musielak, Einl., s. 6; Bunert, ss. 24-26; Meysen, ss. 3-5.

567-572 ZPO) acele şikâyet (sofortige Beschwerde) yolunun kıyasen uygulanması kabul edilmiştir⁷².

Bu değişikliklere göre yeni Alman “Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Hakkında Usûl Kanunu” (FamFG) dokuz kitap ve toplam 491 paragraftan oluşmaktadır:

Birinci kitap: Genel hükümleri (§ 1-110),

İkinci kitap: Aile hukuku alanındaki çekişmesiz yargı işlerini (§ 111-270),

Üçüncü kitap: Yasal danışmanlık ve vesayet işlerini (§ 271-341),

Dördüncü kitap: Tereke ve terekenin paylaştırılması işlerini (§ 342-373),

Beşinci kitap: Sicil işleri ve işletmelere ilişkin işleri (§ 374-409),

Altıncı kitap: Diğer çekişmesiz yargı işlerini (§ 410-414),

Yedinci kitap: Özgürlüklerin kısıtlanması hakkında işleri (§ 415-432),

Sekizinci kitap: İlân usûlüne ilişkin işleri (§ 433-484),

Dokuzuncu kitap: Son hükümleri (§ 485-491) düzenlemektedir⁷³.

Alman hukukunda ayrı ve ayrıntılı bir çekişmesiz yargı kanunu olmasına rağmen, çekişmesiz yargıya ilişkin ne kanunda (gerek eski FGG gerek yeni FamFG’da) ne öğretide bir tanıma rastlamak mümkün değildir. Öğretide genelde çekişmesiz yargının maddî olarak bir tanımını oluşturmaktan ziyade, hangi işlerin çekişmesiz yargıya dâhil olduğunun tespit edilmesi için bazı kıstaslar üzerinde durulmuştur. Zira çekişmesiz yargının düzenleme alanına ilişkin genel bir değerlendirme yapıldığında, çekişmesiz yargının birbirinden farklı birçok iş ile

⁷² Atalı, Almanya’da Çekişmesiz Yargı Reformu, s. 110; Zimmermann, FamFG, s. 4; Borth/Musielak, Einl., ss. 8-9.

⁷³ Yıldırım, s. 45; Atalı, Almanya’da Çekişmesiz Yargı Reformu, s. 107.

uğraştığı görülecektir. Bu işlerin birçoğu arasında da işlevsel bir bağlantı yer almamaktadır⁷⁴.

Alman hukukunda ancak, bir kanunda çekişmesiz yargı işi olarak tanımlanmış olan, çekişmesiz yargı organlarına yetki verilmiş (aktarılmış) olan, çekişmesiz yargı kanununun uygulanacağı açıkça belirlenmiş olan ve son olarak da çekişmesiz yargı ile arasında maddî bir bağ olan işler çekişmesiz yargıya dâhil sayılmaktadırlar. Buna göre maddî kıstaslardan yararlanılmadığı için, şeklî anlamda bir çekişmesiz yargı yapısından bahsedilebilir⁷⁵. Buna rağmen pozitif düzenlemelerin sınırlı kalışı dolayısıyla bir işin çekişmesiz yargıya dâhil olup olmadığına ilişkin açık bir kanun hükmü yoksa da, öğretide bazı kıstaslar oluşturulmaya çalışılmıştır. Bu kıstaslar arasında Alman hukukunda ihtiyarilik, inşâî etki, önleyici ve koruyucu amaç kıstasları ön plana çıkmaktadır⁷⁶.

Alman çekişmesiz yargı işleri açısından son bir önemli konu ise, çekişmesiz yargıda yer alan organlardır. Birçok ülkede olduğu gibi Alman hukukunda da çekişmesiz yargıda aslî organ mahkemelerdir ve bu kapsamda yargılamanın konusuna göre aile, tereke ve sicil mahkemeleridir⁷⁷. Mahkemeler ile beraber, mahkeme bünyesinde çalışan yardımcı adalet memurları da (Rechtspfleger)⁷⁸ çekişmesiz yargıya dahil olan özellikle klasik çekişmesiz yargı alanında sayılan işlerin çoğunu mahkeme adına halletmektedirler. Bunların dışında kanun koyucu bazı işleri noterlere ve bir takım idari organlara (gençlik dairesi memurları, evlendirme dairesi memurları, evrak memurları vb.) aktarmıştır⁷⁹.

⁷⁴ Brehm, § 1, s. 34; Kollhosser/Bork/Jacoby, ss. 2-3; Keidel/Sternal, § 1, s. 34; Yıldırım, ss. 20-21.

⁷⁵ Zimmermann, FamFG, s. 3; Brehm, § 1, ss. 35-36; Keidel/Sternal, § 1, ss. 32 ve 34-35; Borth/Musielak, § 1, s. 31; Bunert, s. 19; Schilken, Verfahrensmaximen, s. 142; Kuru, Nizasız Kaza, ss. 48-49.

⁷⁶ Yıldırım, s. 25; Habscheid, § 4, s. 22; Brehm, § 1, ss. 35-36 ve ss. 40-42.

⁷⁷ Brehm, § 3, s. 63; Habscheid, § 9, s. 52; Lubinski, ss. 375-376.

⁷⁸ “Rechtspfleger” kavramının Türkçede tam bir karşılığı olmadığı hakkında bkz. Kuru, Nizasız Kaza, s. 49, dn. 15 ve s. 127.

⁷⁹ Lubinski, s. 375; Brehm, § 3, ss. 63-67; Keidel/Sternal, Einl., ss. 10-12 ve 16-25; Yıldırım, ss. 28-30.

1957 tarihli Yardımcı Adalet Memurları Kanunu ile bu memurlara çekişmesiz yargı alanında verilen görevler, 1969 yılında yayımlanıp 1970 yılında yürürlüğe giren yeni “Yardımcı Adalet Memurları Kanunu” ile önemli ölçüde genişletilerek, çekişmesiz yargıya ait işlerin büyük bir çoğunluğu bu memurlara bırakılmış⁸⁰ ve çekişmesiz yargının temel organı haline getirilmişlerdir⁸¹. Bu memurlar, kendilerine verilen işleri kanun dairesinde, kendi sorumlulukları altında yürütürler ve bağımsızdırlar. Ancak görev dağıtımı bağlı oldukları mahkeme başkanı tarafından yapıldığı için, kanunî hâkim ilkesi onlar için geçerli değildir⁸².

Ayrıca Alman Anayasasını 103. paragrafının birinci fıkrasında düzenlenmiş olan mahkeme önünde herkesin “hukuki dinlenilme hakkına” sahip olduğuna ilişkin hüküm, hâkimlerden farklı olarak yardımcı adalet memurları karşısında geçerli değildir⁸³. Ama bu durum yine de hukuki dinlenilme hakkının kısıtlanması anlamına

⁸⁰ Yardımcı Adalet memurlarına bırakılan işler için bkz. Bassenge/Roth, § 3, s. 663 vd.

⁸¹ Keidel/Sternal, Einl. ss. 18-22; Peter Bassenge und Herbert Roth, **Gesetz über das Verfahren in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit-Rechtspflegergesetz**, 12. Auflage, Heidelberg, 2009, Einl., s. 647; Kuru, Nizasız Kaza, ss. 127-129; Budak, Değişiklikler, ss. 278-279. Alman hukukundaki “yardımcı adalet memuru” hakkında bkz. Lessing, Volker (Çeviren. Öztan, Bilge/Öztan, Fırat), “Türk Alman Dostluğunun Bağlantı Halkasını Teşkil Eden Yardımcı adalet Memuru (Rechtspfleger) Kimdir?”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 40, S. 1-4, 1988, ss. 347-366.

⁸² Brehm, s. 65; Kollhosser/Bork/Jacoby, ss. 13-14; Zimmermann, FGG, ss. 4-5; Bassenge/ Roth, Vor. § 1, ss. 654-656; Yıldırım, s. 29. Ayrıca Alman Anayasasının, yargı yetkisini hâkimlere tevdi eden 92. maddesi açısından, yardımcı adalet memurlarının çekişmesiz yargı alanındaki faaliyetlerinin Anayasa’ya aykırı olup olmadığı hakkında ve klasik çekişmeli yargı işleri açısından bu yönde bir aykırılığın olmadığı kabul edilmektedir. Zira, çekişmesiz yargıya dahil işlerin çoğu teknik anlamda bir yargılama olarak değerlendirilemez. Baur, Der Begriff der Rechtsprechung, s. 510 vd.; Brehm, § 1, s. 47 vd. Bu bağlamda teknik anlamda daha çok idarî fonksiyonu olan ve kişilerin temel haklarına (bilhassa özgürlüklerinin kısıtlanması) ilişkin konular hakkında karar verilmediği sürece, mahkemelerin karar vermesi gerekli değildir. Zira mirasçılık belgesinin verilmesi gibi konular, maddî hukuka ait olan bazı var olan hukuki durumların (soybağı gibi) kontrol edilmesinden ibarettir. Bu tür konular hâkim tarafından verilecek bir karara ihtiyaç duyacak ağırlıkta değildir. “Hâkimlik İlkesi” çekişmeli yargıda veya ceza yargısında sahip olduğu önem ve ağırlığı, çekişmesiz yargı alanında aynı şiddetle geçerli değildir. Bu sebeple de basit çekişmesiz yargı işlerinin Hâkimden alınıp başka organlara verilmesi mümkündür. Baur, ss. 514-519.

⁸³ Karş. BVerfGE 101, 397, NJW 2000, s. 1709.

gelmemektedir. Çünkü yardımcı adalet memuru da hukuk devleti prensibi gereği adil yargılama ilkesini dikkate almak zorundadır⁸⁴.

3. Avusturya Hukukunda

Avusturya’da ilk genel çekişmesiz yargı kanunu 1854 yılında, yani Almanya’dan yaklaşık 50 yıl önce yapılabilmektedir. Bu kanundan önce, uygulamanın acil ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla, çekişmesiz yargıya dâhil olan terekeye ilişkin bazı işler ile vesayet ve hacir işlerini düzenleyen iki ayrı kanun 1850 yılında yürürlüğe girmiştir⁸⁵. 1854 tarihli ilk çekişmesiz yargı kanunu (Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten ausser Streitsachen)⁸⁶ uzun çalışmaların ve tartışmaların sonucunda değil, imparatorluğun tamamında yeknesak bir hukuk sisteminin sağlanmasına duyulan gereksinim neticesinde ortaya çıkmış bir kanundur. Bu kanundan başka, muhtelif çekişmesiz yargı işleri hakkında çıkarılmış özel kanunlar da mevcuttur. Çekişmesiz yargı kanununda, çekişmesiz yargı tarif edilmediği için, hangi işin çekişmesiz yargıya tâbi olduğu ya bu kanunda ya da özel kanunlarında bu konuda bir açıklığın (hükmün) bulunmasına bağlıydı⁸⁷.

Birçok yönüyle eleştirilen ve ciddi değişikliklere de uğrayan 1854 tarihli bu ilk çekişmesiz yargı kanunu, buna rağmen yaklaşık 150 yıl süreyle yürürlükte kalmıştır⁸⁸. Ancak zaman içerisinde yürürlüğe giren birçok özel kanunun bir yandan bu kanuna atıf yapması ve diğer yandan da belli konulara ilişkin olarak ayrı hükümler getirmesi ile karmaşık bir hal alan çekişmesiz yargı alanı için 1984 yılında Avusturya Adalet Bakanlığı tarafından bir Çekişmesiz Yargı Kanun tasarısı hazırlandı. Söz konusu tasarı, Uyum Kanunu tasarısı ve Kira Hukukuna İlişkin Çekişmesiz Yargı Kanunu tasarısı ile birlikte onaylanarak 12 Aralık 2003 tarihinde

⁸⁴ Brehm, § 3, ss. 64-65 ve § 10, s. 148; Bodo Pieroth und Bernhard Schlink, **Grundrechte Staatsrecht II**, 17. Auflage, Heidelberg, 2001, s. 279; Schilken, *Verfahrensmaximen*, ss. 143-144; Kollhossner/Bork/Jacoby, s. 14; Keidel/Sternal, *Einl.* ss. 17-18; Bork/Jacoby/Schwab, § 1, ss. 2-3. Hukuki dinlenilme hakkı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Özkes, Muhammet, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara 2003.

⁸⁵ RGB1 255.

⁸⁶ RGB1 1854/208. Yürürlük tarihi 21.9.1955.

⁸⁷ Kuru, Nizasız Kaza, ss. 50-51; Atalı, *Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı*, ss. 50-52.

⁸⁸ König, ss. 313-314.

Resmi Gazete’de yayımlanmış⁸⁹ ve 1 Ocak 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Böylece, özellikle hukuk devleti ilkesi bakımından eleştirilen uygulamadaki durum düzeltilmiş ve modern bir çekişmesiz yargı kanununa kavuşulmuştur⁹⁰.

Yeni Avusturya Çekişmesiz Yargı Kanunu (AußStrG), altı ana bölüm ve toplam 208 paragraftan oluşmaktadır:

Birinci bölüm: Genel hükümleri (§ 1-80),

İkinci bölüm: Aile, çocuk ve kayımlık ile ilgili işleri (§ 81-142),

Üçüncü bölüm: Tereke ile ilgili işleri (§ 143-185),

Dördüncü bölüm: Belgelendirme işlerini (§ 186-190),

Beşinci bölüm: Rızaî açık artırma işlerini (§ 191-198),

Altıncı bölüm: Son hükümler ile geçiş hükümlerini (§ 199-208) düzenlemektedir⁹¹.

Yeni çekişmesiz yargı kanunu ile Avusturya Medenî Usûl Kanununa (ÖZPO) genel bir atıf yoluna gidilmeyip, aksine, bazı somut konularda usûl kanununun hükümlerinin kıyasen uygulanması öngörülmüştür⁹². Bununla beraber, eskiden olduğu gibi yeni kanunda da, genel hükümler dışında en temel yargı işleri düzenlenmiş ve birçok özel kanunda yer alan çekişmesiz yargıya ilişkin hükümlere dokunulmamıştır. Bu hükümlerin yeni kanunla uyumları, aynı tarihte çıkarılmış olan uyum yasaları ile sağlanmıştır. Ayrıca yeni kanunla beraber taraf kavramı (§ 2 AußStrG)⁹³, hukukî dinlenilme hakkının garanti edilmesi (§ 15 AußStrG) ile hâkimin

⁸⁹ BGBI 2003/111, 112, 113.

⁹⁰ Atalı, Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı, ss. 52-55.

⁹¹ Atalı, Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı, ss. 58-59.

⁹² Örneğin, Usûl kanunundaki dava ehliyetine, adli yardıma veya tebligata ilişkin hükümlerinin çekişmesiz yargıda da kıyasen uygulanmasını öngören bilinçli yollamalar gibi. Atalı, Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı, s. 58 ve dn. 15.

⁹³ Buradaki “taraf” (Partei) kelimesi “ilgili” anlamında kullanılmaktadır. Ayrıca 2. paragrafın ilk iki bendinde şeklî “taraf” anlayışına yer verilmişken, 3. bentte maddî “taraf” anlayışı kabul edilmiştir. Bunun yanında, özel bir hüküm gereği yargısal faaliyete dâhil edilen kişi veya

re'sen araştırma ilkesi ve taraflarca katkıda bulunma yükümlülüğü (§§16, 31 AußStrG) gibi konular da ilk defa kanunda düzenlenmiştir⁹⁴.

Avusturya çekişmesiz yargı kanununda da çekişmesiz yargının bir tanımı yapılmamıştır. Bu sebeple bir işin çekişmesiz yargıya dâhil olup olmadığının tespiti için kanun koyucu “şeklî kıstası” esas almıştır. Bu kıstasa göre, bir işin çekişmesiz yargıya dâhil olduğunu belirleyebilmek için o işin açık bir hükümle çekişmesiz yargıya dâhil edilmiş olduğu aranacaktır (§ 1/II AußStrG)⁹⁵. Şayet buna rağmen bir işin çekişmeli mi yoksa çekişmesiz yargıya mı dâhil olduğu konusunda bir tereddüt ortaya çıkarsa, çekişmeli yargı lehine karar verilmesi gerekecektir⁹⁶.

Avusturya hukukunda çekişmesiz yargı usûlüne tâbi olan işlerin tamamı özel hukuka ilişkin olduğundan, bunlar da 1895 tarihli Yargı Yetkisinin Kullanılması ve Adliye Mahkemelerinin Yetkisi Hakkında Kanun'un (Jurisdictionsnorm)⁹⁷ birinci paragrafına göre “medenî yargı” yoluna dâhil olup adliye mahkemeleri tarafından halledilir⁹⁸. Yine bu kanunun 104-a paragrafı gereğince, çekişmesiz yargı işlerinde asıl görevli mahkeme kural olarak sulh mahkemesidir (Bezirksgericht). Bununla birlikte ticaret veya asliye hukuk mahkemelerinin de bazı çekişmesiz yargı işlerinde görevli olmasını düzenleyen ve kanunla getirilen istisnalar da mevcuttur⁹⁹.

Yine Alman hukukunda olduğu gibi Avusturya hukukunda da çekişmesiz yargıya tâbi işlerin birçoğu yardımcı adalet memurlarına (Rechtspfleger)

merciler de, “taraf” olarak kabul edilmektedir (örneğin, gaiplik kararında savcılığın taraf olarak yer alması gibi). Atalı, Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı, ss. 78-79.

⁹⁴ Atalı, Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı, ss. 58-61.

⁹⁵ Avusturya hukukunda kanunla çekişmesiz yargıya dahil olan belli başlı işler için bkz. Atalı, Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı, ss. 66-69.

⁹⁶ Atalı, Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı, s. 66.

⁹⁷ Gesetz vom 1.8.1895, RGB1. 1895/111.

⁹⁸ Özel hukuka ilişkin olup adliye mahkemeleri tarafından halledilmesi gereken işlerin bir kısmının çekişmesiz yargı bir kısmının ise çekişmeli yargı usûlüne tâbi kılınması usûlî bir müeyyideye de bağlanmıştır. Zira bu ilişki, tarafların veya hâkimin re'sen gözeceği bir dava şartı (Verfahrensvoraussetzung) olduğu kabul edilmektedir. Atalı, Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı, s. 64. Ayrıca karş. Daphne Ariane Simotta, “Das Vergreifen in der Verfahrensart und seine Folgen (§ 40a JN)”, **Festschrift für Hans W. Fasching**, Wien, 1988, ss. 463-490, ss. 463-464 ve 467.

⁹⁹ Atalı, Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı, ss. 69-70 ve dn. 39.

bırakılmıştır (§ 2 RpflG). Ancak görev dağıtımı bağlı oldukları mahkeme tarafından yapıldığı için, mahkemenin talimatları ile bağılırlar¹⁰⁰. Ayrıca noterler de, başta terekeye ilişkin olmak üzere birçok çekişmesiz yargıya dâhil sayılan işi üstlenmektedirler¹⁰¹.

Çekişmesiz yargıda ilk derece mahkemelerinden verilen bütün nihaî kararlara karşı kural olarak tebliğ tarihinden itibaren 14 günlük kesin süre (§§ 46/I, 23/II AußStrG) içerisinde istinaf yoluna başvurulabilir. Ara kararlar ise sadece nihaî karar ile birlikte istinaf incelemesine tâbidir (§ 45 AußStrG). Bu kararlara karşı da belirli şartlar (§ 62-65 AußStrG) ve sebeplerin (§ 66/I AußStrG) varlığı hâlinde temyiz yolu açıktır.

4. İsviçre Hukukunda

İsviçre’de medenî yargılama yakın zamana kadar her bir kantonda, kendi çıkarmış olduğu özel usûl kanunu ile yürütülmekteydi. Buna göre İsviçre’de toplam 26 ayrı hukuk usûlü kanunu uygulanmaktaydı. Bununla beraber hiçbir kanton özel bir çekişmesiz yargı kanununa sahip olmayıp, Federal hukukta ve özellikle Kantonal Medenî Usûl Kanunlarında dağınık şekilde bir takım çekişmesiz yargıya ilişkin hükümler yer alıyordu¹⁰².

Usul kanunları’nın içerdiği farklı kurallar farklı hükümlerin verilmesine sebep olduğu gibi, kanunlarda yer alan farklı süreler gibi nedenler de karışıklığa yol açıyordu. Bu parçalanmışlığın yarattığı önemli sorunları gidermek amacıyla usûl kanunlarının birleştirilmesi için çalışma başlatılmış ve 12 Mart 2000 tarihinde halk oylamasına sunulan federal usul kanunun yapılması hususu %86,4’lük bir oy çoğunluğu ile kabul edilmiştir. Bunun üzerine Adalet bakanlığınca kurulan komisyon

¹⁰⁰ Atalı, Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı, ss. 74-75.

¹⁰¹ Atalı, Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı, ss. 75-78.

¹⁰² Kuru, Nizasız Kaza, s. 52 vd.; Fridolin Walther, “Die aktuelle Situation der Freiwilligen Gerichtsbarkeit nach schweizerischem Recht”, *Zeitschrift für Zivilprozessrecht*, 117. Band, Heft 4, 2004, ss. 421-443, s. 422.

tarafından hazırlanan ön tasarı Haziran 2003 tarihinde kamuoyuna açıklanmış¹⁰³ ve yapılan değerlendirmeler üzerine gerçekleşen bir kısım değişiklik ve düzeltmelerin ardından 19 Aralık 2008 tarihinde onaylanarak 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁰⁴. Böylece birçok Avrupa ülkesinden yaklaşık 100 yıl sonra bütün ülkede geçerli olan bir federal medenî usûl kanununa kavuşulmuş oldu¹⁰⁵.

İsviçre kanun koyucusu çekişmesiz yargıyı Almanya ve Avusturya’da olduğu gibi müstakil bir kanun ile düzenlemek yerine, bu yeni Medenî Usûl Kanunu içerisinde çekişmesiz yargıya yer vermiştir. Buna göre, İsviçre Medenî Usûl Kanunun 248. maddesinden itibaren Basit Yargılama Usûlü (Summarisches Verfahren) düzenlenmiştir¹⁰⁶ ve genel olarak bu usûlün uygulanacağı konular arasında (e) bendinde “çekişmesiz yargıya dâhil işler” de belirlenmiştir. Ardından kanunun 249, 250 ve 251. maddelerinde basit yargılama usûlünün özellikle uygulanacağı işler ayrıca belirtilmiştir. 249. maddede 18 bent halinde Medenî Kanundaki (ZGB) işler, 250. maddede 32 bent hâlinde Borçlar kanunundaki (OR) işler ve 251. maddede de 6 bent hâlinde icra-ıflâs kanunundaki (SchKG) işler sayılmıştır. Bu sayılan işlerin büyük bir bölümü teknik anlamda çekişmesiz yargıya dâhil işlerdir.

Kanunun 252-256. maddeleri arasında basit yargılama usûlünde talep, cevap, deliller, re’sen araştırma ilkesi ve karar konuları düzenlenmiştir. Ayrıca kanunda aksine bir hüküm bulunmaması veya hukukî güvenliğe aykırı olmaması şartıyla, çekişmesiz yargıda verilen kararların sonradan yanlış olduğunun anlaşılması

¹⁰³ Tasarı hakkında açıklamalar ve bazı değerlendirmeler için bkz. Yavuz Alangoya, “İsviçre’de Yeni Federal Usul Kanununa Doğru”, **Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan**, Ankara, 2006, (Seliçi’ye Armağan), ss. 83-102.

¹⁰⁴ BB1 2009, S. 21 ff.

¹⁰⁵ Hans Peter Walter, “Auf dem Weg zur Schweizerischen Zivilprozessordnung”, **Schweizer Juristen Zeitung**, Zürich, 2004, ss. 313-321, s. 315; Walther, s. 423 vd.; Thomas Sutter Som, “Schwerpunkte und Leitlinien des Vorentwurfs zur Schweizerischen Zivilprozessordnung”, **Die künftige schweizerische Zivil-prozessordnung**, Zürich, 2003, ss. 11-23, ss. 12-13; Yavuz Alangoya, “İsviçre Hukukunda Çekişmesiz Yargıya (Nizasız Kaza) İlişkin Düşünceler”, **Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Tpolantısı-IV**, Ankara, 2006, ss. 110-121, s. 114.

¹⁰⁶ Stephen V. Berti, **Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung**, Basel, 2011, s. 88; Sylvia Frei, “Sühnverfahren, summarisches, einfaches und ordentliches Verfahren nach der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung”, **Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung**, Basel 2003, ss. 17-32, ss. 29-30.

durumunda, talep üzerine veya re'sen kaldırılabilirliği veya değiştirilebileceğine ilişkin hükümler bulunmaktadır (m. 256/2)¹⁰⁷.

Ayrıca kanunun aile hukukuna ilişkin özel yargılama başlıklı ikinci bölümünün altıncı kısmında yine basit yargılama usûlünün uygulanacağı aile hukukunu ilgilendiren, mal rejimine ve aile konutuna ilişkin işler ile evlilik birliğinin korunması hakkında tedbirler ve eşlerden birinin evlilik birliğini tek başına temsil etmek konusunda yetkili kılınması gibi (m. 271) çekişmesiz yargıya dâhil olan işler açısından ayrı bir düzenleme yoluna gidilmiştir¹⁰⁸.

Kanun, basit yargılama usûlü sonucunda verilmiş olan ilk derece mahkemesi kararlarına ve bu bağlamda çekişmesiz yargı kararlarına karşı istinaf (Berufung) yolunu kabul etmiştir (m. 308/1 ve 314). İstinaf yoluna başvurma sebepleri: hukukun yanlış uygulanması ve esasın (Sachverhalt) yanlış tespit edilmesidir (m. 310). Müracaat süresi ise 30 gündür¹⁰⁹.

İsviçre Medenî Usûl Kanunu da (ZPO), tıpkı özel bir çekişmesiz yargı kanununa sahip olan Almanya ve Avusturya hukuklarında olduğu gibi çekişmesiz yargının tarifini yapmamakta ve sadece hangi işlerin basit yargılama usûlüne (ve dolayısıyla çekişmesiz yargıya) dâhil olacağını belirtmektedir. Buna karşın bir kısım kantonal usûl kanunlarında eskiden çekişmesiz yargıya ilişkin tarifler yer alıyordu. Ancak hiç biri çekişmesiz yargı ile çekişmeli yargı arasında kesin bir ayırım yapamamaktaydı¹¹⁰. Bu sebeple öğretide çoğunluk çekişmesiz yargıyı, Federal Mahkeme Teşkilat Kanunu (Bundesrechtspflegengesetz, OG) m. 44 vd. anlamında

¹⁰⁷ Kanunun 257. maddesinde, basit yargılama usûlüne dâhil olan hallerde ihtilafın bulunmaması veya derhal ispat edilebilir olması ve hukuki durumun açık olduğu durumlarda mahkemenin hukukî himaye sağlayacağı düzenlenmiştir. Bkz. Alangoya, s. 115; Frei, s. 30.

¹⁰⁸ Berti, s. 98. 2003 tarihli ön tasarıda bu kısımda düzenlenen işler de 259. maddede (kanunda m. 249) belirtilen Medeni kanundaki işler arasında sayılmıştı. 2003 tarihli ön tasarı hakkında açıklamalar ve bazı değerlendirmeler için bkz. Alangoya, s. 114 vd.

¹⁰⁹ Berti, s. 140. 2003 tarihli ön tasarı, kanun yolları olarak “Appellation” ve “Rekurs” kavramlarına yer vermiş iken, kanun bu kavramı birleştirmiş ve “Berufung” (istinaf) şeklinde teke indirmiştir (tasarıda olduğu gibi kanunda “Beschwerde” ve “Revision” yer almaya devam ediyor). 2003 tarihli ön tasarıda ki durum için bkz. Christine Baltzer Bader, “Die Rechtsmittel”, **Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung**, Zürich, 2003, ss. 87-106, ss. 91-100; Alangoya, s. 117.

¹¹⁰ Guldener, ss. 1-2; Kuru, Nizasız Kaza, s. 36 vd.; Alangoya, ss. 117-118. Ayrıca, İsviçre öğretisinde yapılan tanımlar için bkz. Walther, ss. 429-431.

özel hukuk ihtilafı olarak anlaşılan çekişmeli yargının, karşıt kavramı olarak tanımlamaktadır. Yani, Özel Hukuk İhtilafları kavramına dâhil olan işler çekişmeli yargıyı tarif ederken, bir iş bu kavrama girmiyorsa, karşıt olarak çekişmesiz yargıya dâhil olmaktadır¹¹¹.

Çekişmesiz yargıya ilişkin olarak İsviçre Medenî Usûl Kanununda yapılan düzenleme birçok açıdan eleştirilmiştir. Özellikle kanunun adi yargılama usûlüne ilişkin genel hükümlerinin, kanunda aksine hüküm yoksa uygun olduğu ölçüde özel yargılamalarda da uygulanacağı hususundaki genel atfın (m. 219)¹¹² yetersiz oluşu¹¹³ ile çekişmesiz yargıya ilişkin “taraf (ilgili)” veya “sulh imkânı” gibi kavramların eksik bırakılmış olması eleştirilmektedir. Bunun gibi, mahkemelerin görevlerine ilişkin bir düzenlemeye gidilmemiş olması ve var olan kantonal düzenlemeye devam edilmesi, parçalanmışlığın devam edeceği ve bunu gidermek konusunda yakalanmış olan tarihi bir fırsatın harcanmış olması sebebiyle de kanun eleştirilmektedir¹¹⁴.

C. TÜRK HUKUKUNDA DURUMU ve GELİŞİMİ

Türk hukuk sistemi, çekişmesiz yargı alanında müstakil bir kanuna sahip değildi. Çekişmesiz yargıya dâhil işler, farklı kanunlarda (özellikle Medeni Kanunda) dağınık bir şekilde yer almaktaydı. Yine bu işlere ilişkin bazı usûl hükümleri de farklı kanunlarda, dağınık şekilde ve yetersiz olarak yer almaktaydı. 1961 yılında Prof. Dr. Baki Kuru’nun “Nizasız Kaza” çalışmasından sonra günümüze kadar sadece birkaç makale yazılmış ve sonuç olarak çekişmesiz yargı hukukumuzda çok az incelenmiş ve gereken önem verilmemiştir. Çekişmesiz yargının iyi bilinmemesinden dolayı, çekişmeli ve çekişmesiz yargıya ilişkin farklar dikkate

¹¹¹ Walther, ss. 431, 433; Andrea Brüesch, **Basler Kommentar-Schweizerische Zivilprozessordnung**, Basel, 2010, s. 112; Alangoya, ss. 119-120.

¹¹² Berti, s. 89; Frei, s. 26.

¹¹³ Karş. Alangoya, ss. 116-117; Somm, s. 14.

¹¹⁴ Walther, ss. 439, 443; Walter, s. 317; Alangoya, Seliçi’ye Armağan, s. 97. Karş. “Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts, keine Vereinheitlichung der Gerichtsorgani-sation”. Somm, ss. 14 ve 16-17.

alınmadan, çoğu çekişmesiz yargı işi için hasım (taraf) yaratılarak bu işlere ilişkin yargılama dava şeklinde görülmekteydi¹¹⁵.

Medenî Usûl Hukukundaki eksiklikleri gören kanun koyucu, yeni bir kanunun hazırlanması için adımlar atmış ve ilk tasarı daha 1946 yılında hazırlanmış, fakat kanunlaşmamıştır. Son olarak 2004 yılında Adalet Bakanlığı tarafından yeni bir Hukuk Usûlü Kanunu tasarısı hazırlamak üzere bir komisyon oluşturulmuştur¹¹⁶. Komisyonun 2006 yılında hazırladığı taslak, alınan görüşler üzerine yapılan değişikliklerden sonra 2008 yılında Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı olarak Türkiye Büyük Millet Meclisine gönderilip, 12.1.2011 tarihinde TBMM tarafından onaylanmış ve 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmesi kabul edilmiştir (m. 451)¹¹⁷.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile çekişmesiz yargıyla ilgili Almanya ve Avusturya’da olduğu gibi ayrı bir kanun yapılması yerine, İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununda olduğu gibi, çekişmesiz yargı konuları da bu kanunun içerisinde düzenlenmiştir. Buna göre çekişmesiz yargıya ilişkin usûl hükümleri, HMK’nın Dokuzuncu Kısımında 382-388. maddeleri arasında ilk kez düzenlenmiştir.

HMK’da çekişmesiz yargının tanımı yapılmamıştır. Bunun yerine kanunun 382. maddesinin birinci fıkrasında, hukukumuzda üzerinde mutabık kalınan çekişmesiz yargıya ilişkin temel kıstaslar olan çekişme yokluğu, subjektif hakkın yokluğu ve hâkimin re’sen harekete geçmesi kıstasları esas alınarak çekişmesiz yargının genel sınırları çizilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, İsviçre’de olduğu gibi, çekişmesiz yargı işleri mümkün olduğunca tek tek sayılmaya çalışılmıştır¹¹⁸.

¹¹⁵ Kuru, Nizasız Kaza, s. 60 vd.; Yıldırım, s. 47.

¹¹⁶ “Yargı reformu çerçevesinde olmak üzere; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda uygulamadan kaynaklanan aksaklıkları gidermek, davaların hızlı, basit, en az giderle ve etkin bir biçimde görülmesi ve bir kısım uyuşmazlıkların nizasız kaza, sulh, uzlaşma gibi yöntemlerle çözümünü sağlamak, karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeleri hukuk yargılamasına yansıtmak amacıyla yeni bir Kanun Tasarısı Hazırlamak” amacıyla komisyon oluşturulmuştur. Bkz. 6100 sayılı HMK genel gerekçesi.

¹¹⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 63-64.

¹¹⁸ Ayrıca bkz. § 3, I, başlık altındaki açıklamalar.

Çekişmesiz yargı işleri için, görevli mahkeme aksine bir düzenleme yoksa sulh mahkemesi olarak belirlenmiştir (m. 383). Kanımızca bütün çekişmesiz yargı işlerini sulh mahkemesine bırakmak isabetli olmayabilir. Çünkü çekişmesiz yargı alanına giren konular farklı özelliklere sahiptir ve bu bağlamda da bir kısım çekişmesiz yargı işinin halledilmesi uzmanlık gerektirecektir. Örneğin konkordato ile ilgili işler veya iflâsın ertelenmesi gibi işler uzmanlık gerektirecektir ve bu işler için sulh mahkemesi yerine ticaret (asliye) mahkemelerinin görevlendirilmeleri kanımızca daha isabetli olacaktır¹¹⁹.

Kanunda, İsviçre Federal Medenî Usûl kanununda olduğu gibi, çekişmesiz yargı işlerine niteliğine uygun düştüğü ölçüde, basit yargılama usûlünün uygulanacağı düzenlenmiştir (m. 385/1). Ayrıca çekişmesiz yargı işleri için kural olarak re'sen araştırma ilkesinin geçerli olacağı açıkça düzenlenmiştir (m. 385/2).

Mukayeseli hukukta olduğu gibi, HMK m. 385/3'de, mahkemeler dışındaki resmî makamlara da çekişmesiz yargı işlerinin bırakılabileceği ve bunların birer yargı organı niteliği taşımamalarından dolayı, uygulanacak usûlün ilgili özel kanunlarda belirtilen hükümlere tâbi olacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile Anayasa'nın 9. maddesinde yer alan, yargı erkinin bağımsız mahkemeler aracılığıyla kullanılması sorunu da aşılmıştır. Böylece yargıyla hiç bağı olmayan, fakat çekişmesiz yargı kavramı içerisinde gösterilen birçok idari iş, sicil ile ilgili vb. işler mahkemelerden alınarak mukayeseli hukukta olduğu gibi noterlere ve adli memurlara aktarılıp mahkemelerin iş yükü büyük oranda azaltılabilecektir¹²⁰.

Her ne kadar Anayasanın 9'uncu maddesi ile yargılama yetkisini bağımsız mahkemeler eli ile kullanılacağı düzenlenmişse de, bu konuda bir ayrıma gitmemiz gerekir. Zira mahkemelerin faaliyetleri içerisinde “kazaî tasarruflar” yanında “idari tasarruflar” da yer almaktadır. Bu sebeple yargı faaliyetini (Gerichtsbarkeit) eğer geniş anlamda kullanılacak olursa, bu tasarrufların hepsi bir yargı faaliyeti sayılacaktır. Buna karşın dar anlamda yargı faaliyeti ise sadece kazaî faaliyetleri

¹¹⁹ Bkz. Taşpınar, Tartışmalar, ss. 219-220; Budak, Tartışmalar, s. 228.

¹²⁰ Aynı yönde bkz. Budak, ss. 148-150; Pekcanitez, Tartışmalar, s. 205; Tanrıver, Tartışmalar, ss. 206-207.

ifade etmek için kullanılmıştır. Bu açıdan çekişmesiz yargı alanında sayılan mühürleme, deftere geçirme, yemin tutanağı ve mirasçılık belgesi düzenleme gibi işlerin, teknik anlamda birer idarî tasarruf olduğu açıktır¹²¹.

Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bazı kararlarında belirttiği üzere, Anayasa, kuvvetler ayrılığı ilkesini katı bir ilke olarak değerlendirmemiştir. Yürütmenin, doğrudan yargı işleminin özünü etkileyecek müdahaleleri, kuvvetler ayrılığı ilkesini etkiler. Buna karşın, yargı yetkisinin doğrudan kullanılmasıyla ilgili bulunmayan işleri kapsayan “yargı idaresi” diyebileceğimiz alanda, yürütmeye yetki tanınmasının, bu ilke ile bağdaşmayan bir yönü yoktur¹²².

Yargı fonksiyonunu şekli (organik) ölçütü esas alınır, mahkemelerin yapmış oldukları her türlü faaliyet yargı fonksiyonu içerisine dâhil edilecektir. Buna karşılık, maddi ölçüt dikkate alınır, mahkemelerin sadece hukukî uyuşmazlıklar ve hukuka aykırılık iddialarını kesin olarak çözen ve karara bağlayan bir devlet fonksiyonu olduğu kabul edilebilecektir¹²³. Bu bağlamda, hukukî uyuşmazlıkları veya hukuka aykırılık iddiaları, bağımsızlık ve tarafsızlık niteliğine sahip organlarca çözümlense dahi, bunların verdiği kararlar kesin hüküm oluşturmuyorsa, bunların faaliyetleri yargı fonksiyonunda kapsamında değerlendirilemez ve kararları da yargı kararı olarak nitelendirilemez¹²⁴.

Çekişmesiz yargıya dâhil olan işlerin mahkemelere tevdi edilmiş olmakla birlikte bunlar birer dava niteliği taşımamaktadır. Birçoğu da yargılamadan ziyade idarî niteliğe sahip bulunmakta ve haklarında verilen kararlar kesin hüküm teşkil etmemektedir¹²⁵. Bu sebeple, çekişmesiz yargıya dâhil sayılan ve teknik anlamda

¹²¹ Bkz. Üstündağ, s. 45; Budak, ss. 174-175; Tanrıver, Tartışmalar, ss. 206-207.

¹²² Anayasa Mahkemesi, 8.9.1989, E. 1988/37, K. 1989/36 (AMKD, S. 25, s. 354; RG, 18.1.1990, S. 20406). Anyasa Mahkemesinin idarî para cezaları konusunda verdiği bir başka kararında; “Gelişen, büyüyen, çeşitlenen ve çoğalan toplumsal gereksinimleri yerinde, zamanında ve etkin bir biçimde karşılayabilmek için çağdaş yönetimlerde idareye geniş ve değişik alanlarda yaptırım yetkileri tanınmaktadır” ifadesi yer almaktadır. Anyasa Mahkemesi, 23.10.1997, E. 1997/19, K. 1997/66 (AMKD, S. 35, C. 1, s. 107).

¹²³ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 11. Baskı, Ankara, 2010, ss. 375-376; Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa, 2000, s. 834

¹²⁴ Gözler, s. 835.

¹²⁵ Ayrıca bkz. Burak Pınar, **Yargı ve İcra Harçları**, 2. Baskı, Ankara, 2009, s. 63.

idarî yanı ağır basan basit çekişmesiz yargı işlerinin, kanuni bir düzenleme ile mahkemelerden alınıp başka yetkili organlara verilmesi Anayasa'nın 9'uncu maddesine aykırılık teşkil etmeyecektir¹²⁶.

HMK'da son olarak, kanunda çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlara karşı, özel kanuni düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla, “istinaf” kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmiş iken (m. 387), temyiz yoluna başvuru genel olarak kabul edilmemiştir (m. 362/1-ç).

III. ÇEKİŞMESİZ YARGIYA TÂBİ İŞLER

A. Genel Olarak

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanun'unun “çekişmesiz yargı işleri” başlığını taşıyan 382. maddesinde çekişmesiz yargı işlerinin önce genel çerçevesi belirlendikten sonra, maddenin ikinci fıkrasında, mevcut kanunlarımızdaki belli başlı çekişmesiz yargı işleri mümkün olduğunca kategorilere ayrılarak belirtilmiştir. Kanun koyucu çekişmesiz yargı işlerinin uygulamada tam olarak bilinmemesi ve bazı çekişmesiz yargı işlerinin dava gibi yürütülmesi nedeniyle, tereddütlerin yaşanmaması için çekişmesiz yargı işlerini bu şekilde uzun bir liste hâlinde tek tek saymayı tercih etmiştir¹²⁷.

Her ne kadar kanun yapma tekniği açısından bu kazuistik metod uygun değilmiş gibi görünse de; çekişmesiz yargı konusunda model aldığımız İsviçre Federal Usûl Kanununda da aynı yöntem benimsenmiştir. İsviçre hukukunda da ilk kez çekişmesiz yargı konusu, federal usul kanunda düzenlenirken bu şekilde sayma yöntemi tercih edilmiştir. Bu yöntem, bir işin çekişmeli mi yoksa çekişmesiz yargıya

¹²⁶ Alman hukuku bakımından da aynı yönde bkz. yukarıda dn. 82.

¹²⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 78; ayrıca bkz. 382. madde gerekçesi.

mı tâbi olduğu konusundaki tereddütlerin giderilmesi için pratik bir çözüm oluşturacaktır¹²⁸.

Kanunda kullanılan sayma yöntemi tahdidî değildir. Çünkü çekişmesiz yargı işlerinin neler olduğunu aşağıda incelerken de görüleceği üzere, kanunda sayılmamış olan başka çekişmesiz yargı işleri de vardır. Bunun gibi yeni kanunlar ve bunlara bağlı olarak zamanla yeni çekişmesiz yargı işleri de ortaya çıkabilecektir. Bu sebeple kanun koyucu, öğretide de ileri sürülen görüşlere paralel olarak, çekişmesiz yargı işlerini saymadan önce çekişmesiz yargıya ilişkin temel kıstasları esas alarak çekişmesiz yargı işlerinin genel olarak sınırlarını çizmiştir. Bu suretle maddede sayılmayan işlerin de, ilk fıkrada sayılan kıstaslara uymaları hâlinde çekişmesiz yargı işi olacakları kabul edilmiştir. Bu düzenleme şekli ile çekişmesiz yargı işlerini saymada unutmama veya sonradan ortaya çıkabilecek yeni çekişmesiz yargı işleri açısından oluşabilecek tereddütlerin de önüne geçilmiş olmuştur¹²⁹.

Aşağıda önce Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 328/II’de belirtilmiş olan çekişmesiz yargı işleri maddedeki düzenlemeye paralel olarak kategorilere ayrılarak belirtilecektir. Bununla beraber her bir kategorinin altında ayrıca 328. maddede açıkça düzenlenmemiş olan ve fakat öğretide ağırlıklı olarak çekişmesiz yargıya dâhil olduğu belirtilen işler sayılacaktır. Bu yapılırken de her işin ilgili kanun ve kanun maddesi ile çekişmesiz yargıya dâhil olmalarını gerektiren kıstaslara da yer verilecektir.

B. Kişiler Hukukunda

1. Kanunda Belirtilen Çekişmesiz Yargı İşleri

Kişiler hukukuna ilişkin kanunda belirtilen işler, bu alanda öğretide de ağırlıklı olarak belirtilenlerin hemen hemen hepsini kapsamaktadır. Bunlar:

¹²⁸ Hakan Pekcanitez, “Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu Nasıl Hukuk Muhakemeleri Kanunu Oldu?”, **İzmir Barosu Bülten**, Y. 21, S. 30, Mayıs-2011, ss. 22-28, 25.

¹²⁹ Bkz. Madde gerekçesi. Aynı yönde, Kuru, Tartışmalar, ss. 193-194; Budak, Tartışmalar, s. 226.

1- Ergin kılınma (kazai rüşt) (MK m. 12)¹³⁰.

2- Ad ve soyadın değiştirilmesi (MK m. 27, Nüfus Hizmetleri K m. 36)¹³¹.

3- Ölüm karinesi sebebiyle (ilgili yerin mülkî amirinin emriyle) nüfus kütüğüne ölü kaydı düşülen kişinin sağ olduğunun tespiti (MK m. 31, 44)¹³².

4- Gaiplik kararı (MK m. 32, 35, 45, 586, 588)¹³³.

5- Kişisel durum sicilindeki kaydın düzeltilmesi (MK m. 39, Nüfus Hizmetleri K. m. 36)¹³⁴.

2. Öğretide Belirtilen Çekişmesiz Yargı İşleri

Öğretide ağırlıklı olarak çekişmesiz yargıya dâhil olduğu belirtilen ve kanunda sayılmamış olan kişiler hukukuna ilişkin tek çekişmesiz yargı işi; Vakfın Kuruluşunun sicile tescili işidir (MK m. 102-104)¹³⁵.

C. Aile Hukukunda

1. Kanunda Belirtilen Çekişmesiz Yargı İşleri

Aile hukukuna ilişkin olarak kanunda belirtilen çekişmesiz yargı işlerinin kolay bulunması ve anlaşılmasının sağlanması için kanun koyucu tarafından ayrıca üç alt kategoriye ayrılarak belirtilmiştir. Bunlar:

¹³⁰ Çekişme ve sübjektif hakkın yokluğu ile inşâi etki kıstasları. Kuru, Nizasız Kaza, s. 66; Budak, s. 130; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 52.

¹³¹ Çekişme yokluğu ve inşâi etki kıstasları. Kuru, Nizasız Kaza, s. 66; Budak, s. 130.

¹³² Çekişme ve sübjektif hakkın yokluğu kıstasları. Kuru, Nizasız Kaza, ss. 66-68; Budak, s. 130.

¹³³ Çekişme ve sübjektif hakkın yokluğu ile inşâi etki kıstasları. Kuru, Nizasız Kaza, s. 68; Budak, s. 130.

¹³⁴ Çekişme yokluğu kıstası. Kuru, Nizasız Kaza, s. 68. Budak, s. 130.

¹³⁵ Çekişme yokluğu ve inşâi etki kıstasları. Kuru, Nizasız Kaza, s. 68; Budak, s. 130.

a. Eşler Arasındaki İlişkilerde

1- Henüz evlenme yaşında olmayanların evlenmesine izin verme (MK m. 124/II, 128)¹³⁶.

2- Gaiplik nedeniyle evliliğin feshi (MK m. 131)¹³⁷.

3- Evlendirme memurunun, evlenme başvurusunu ret kararına karşı yapılan itiraz (MK m. 138)¹³⁸.

4- Yeniden evlenmede bekleme süresinin hâkim tarafından kaldırılması (MK m. 132/III)¹³⁹.

5- Terk eden eşin ortak konuta davet edilmesi (MK m. 164/III)¹⁴⁰.

¹³⁶ Çekişme ve sübjektif hakkın yokluğu ile önleyici-inşai etki kıstasları. Kuru, Nizasız Kaza, s. 69; Budak, s. 130.

¹³⁷ Çekişme yokluğu ve inşai etki kıstasları. Kuru, Nizasız Kaza, ss. 69-70; Budak, s. 130.

¹³⁸ Evlendirme memuru evlendirmeye engel bir yasal durumun varlığı halinde evlenme başvurusunu reddedecektir (MK m. 134-137) ve bu karara karşı da, evlenme talebinde bulunan kişilerin her birinin mahkemeye başvurma hakkı vardır. İtiraz mahkemece evrak üzerinden incelenip kesin (şekli anlamda kesin) karara bağlanır (MK m. 138/I). Ancak mutlak butlan sebeplerinden birinin bulunduğu ilişkin ret kararına karşı açılan davalar, Cumhuriyet savcısının hazır bulunması ile karara bağlanırdı (MK m. 138/II). Kanımızca çekişme yokluğu kıstasına göre çekişmesiz yargı işi sayılan bu iş, m. 138/II gereğince yargılamaya “kanuni hasım” olarak Cumhuriyet savcısının katılması sebebiyle işi yine de çekişmeli yargı haline getirmezdi. Ali Cem Budak, “Prof. Dr. Baki Kuru’nun Nizasız Kaza İsimli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Değişiklikler”, **75. Yaş Günü için Baki Kuru Armağanı**, Ankara, 2004, ss. 273-306, ss. 281-282; ayrıca bkz., Kuru, Nizasız Kaza, ss. 21-23. Akıntürk ise, MK m. 138/II’ye göre mutlak butlan sebeplerinden birinin varlığına dayanan red kararlarına karşı mutlaka dava açmak gerekeceğini ve böylece itirazın çekişmeli yargı türüne dönüşeceğini savunmaktadır, bkz. Turgut Akıntürk, **Türk Medenî Hukuku-Aile Hukuku**, C. II, İstanbul, 2004, s. 86; ayrıca karşı, Ali Karagülmez ve Sami Sezai Ural, **Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri**, Ankara, 2003, s. 213. Ancak, 6217 sayılı “Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 31. maddesi ile Medeni Kanununun 138 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “ve Cumhuriyet savcısının hazır bulunmasıyla” ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece konuya ilişkin görüşümüz, bu kanun değişikliği ile de desteklenmiş oldu ve herhalde artık işin çekişmesiz yargıya dâhil sayılmasına bir engel de kalmamıştır.

¹³⁹ Çekişme ve sübjektif hakkın yokluğu ile inşai etki kıstasları. Kuru, Nizasız Kaza, s. 70; Budak, Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler, s. 282; Üstündağ, s. 33; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 78; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 52.

6- Eşlerden birinin, evlilik birliğini tek başına temsil etmek konusunda yetkili kılınması (MK m. 188)¹⁴¹.

7- Aile konutu ile ilgili işlemler için diğer eşin rızasının sağlanamadığı hâllerde hâkimin müdahalesinin istenmesi (MK m. 194/II)¹⁴².

8- Mevcut mal rejiminin eşlerden birinin veya alacaklıların talebiyle mal ayrılığına dönüştürülmesi (MK m. 206, 210) ve sebeplerin ortadan kalkması hâlinde mal ayrılığından eski rejime geri dönülmesi (MK m. 208/II)¹⁴³.

9- Paylaşmalı mal ayrılığında boşanma veya evliliğin iptali hâlinde, aile konutu ve ev eşyasını hangi eşin kullanmaya devam edeceği hakkında karar verilmesi (MK m. 254/II)¹⁴⁴.

10- Sağ kalan eşe aile konutu üzerinde ve ev eşyası üzerinde mülkiyet veya intifa hakkı tanınması (edinilmiş mallara katılma rejiminde MK m. 240, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde MK m. 255, mal ortaklığı rejiminde MK m. 279)¹⁴⁵.

11- Mal ortaklığında eşlerden birinin mirası reddine izin verilmesi (MK m. 265)¹⁴⁶.

¹⁴⁰ Çekişme ve sübjektif hakkın yokluğu ile önleyici etki kıstasları. Kuru, Nizasız Kaza, s. 71; Budak, s. 131. Bununla beraber 6217 Sayılı Kanun ile Noterlik kanununa (ve MK m. 164'e) yapılan ekleme sonucunda, Noterlik kanununun 71/A (a) maddesine göre "Terk eden eşin ortak konuta davet edilmesi" işi artık noterler tarafından **da** yapılabilir. **mkd**

¹⁴¹ Önleyici-inşâî etki kıstası. Budak, Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler, s. 287.

¹⁴² Önleyici-inşâî etki kıstası. Budak, Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler, ss. 286-287. Aksi görüşte olan Şıpka ise, burada bir çekişmeli davanın söz konusu olduğunu ve rıza vermeyen eşe karşı husumet yöneltilmesi gerektiğini, eğer eş kayıp yada bir adres bırakmadan gitmiş ise de, bu durumda kendisine bir kayyım atanması gerektiğini savunmaktadır: Şükran Şıpka, **Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası**, İstanbul, 2004, s. 176.

¹⁴³ Çekişme ve sübjektif hakkın yokluğu ile önleyici-inşâî etki kıstasları. Kuru, Nizasız Kaza, ss. 72-73; Budak, s. 132.

¹⁴⁴ Önleyici-inşâî etki ve re'sen harekete geçme kıstasları. Budak, Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler, s. 287.

¹⁴⁵ Önleyici-inşâî etki kıstası. Budak, s. 132, dn. 25.

¹⁴⁶ Önleyici-inşâî etki kıstası. Kuru, Nizasız Kaza, s. 73; Budak, s. 132.

b. Hısımlık Hukukunda

1- Ana babaya çocuğun mallarından bir kısmını çocuğun bakım ve eğitimi için sarf etme izninin verilmesi (MK m. 327)¹⁴⁷.

2- Velayetin kaldırılması, velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesi (MK m. 348, 349)¹⁴⁸ ve kaldırılan velayetin geri verilmesi (MK m. 351)¹⁴⁹.

3- Hâkimin çocuğun mallarının yönetimine müdahale etmesi (MK m. 352/II, 360) ve çocuğun mallarının yönetiminin kayyıma devri (MK m. 361)¹⁵⁰.

4- Evlilik sona erince velayet kendisinde kalan eşin, hâkime çocuğun malları hakkında defter sunması (MK m. 353)¹⁵¹.

5- Aile yurdunun kurulmasına izin verilmesi, kuruluşun tebliğ ve ilanı (MK m. 388-390), kapatılması hâlinde tapu sicilindeki şerhin silinmesine izin verilmesi (MK m. 395), taşınmazın bizzat malik veya ailesi tarafından kullanılması şartına geçici olarak istisna tanınması (MK m. 387/II)¹⁵².

6- 14/1/1998 tarihli ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanuna¹⁵³ göre aile mahkemesi hâkimi tarafından karar verilecek tedbirler¹⁵⁴.

¹⁴⁷ Çekişme yokluğu ve önleyici-inşâi etki kıstasları. Kuru, Nizasız Kaza, s. 77; Budak, Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler, s. 290.

¹⁴⁸ Sübjektif hakkın yokluğu, önleyici-inşâi etki ve re'sen harekete geçme kıstasları. Kuru, Nizasız Kaza, s. 78; Budak, s. 133; Üstündağ, s. 33; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 52.

¹⁴⁹ Çekişme yokluğu, inşâi etki ve re'sen harekete geçme kıstasları. Kuru, Nizasız Kaza, s. 79; Budak, s. 133.

¹⁵⁰ Re'sen harekete geçme, önleyici etki, çekişme ve sübjektif hakkın yokluğu kıstasları. Kuru, Nizasız Kaza, s. 79; Budak, s. 133.

¹⁵¹ Re'sen harekete geçme, önleyici etki ve çekişme yokluğu kıstasları. Kuru, Nizasız Kaza, s. 79; Budak, s. 133.

¹⁵² Çekişme yokluğu ve inşâi etki kıstasları. Kuru, Nizasız Kaza, s. 80; Budak, s. 133.

¹⁵³ RG. 17.1.1998, S. 23233.

¹⁵⁴ Kanunun 1. maddesine göre TMK'nda öngörülen tedbirlerden ayrı olarak, "eşlerden birinin veya çocukların veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birinin aile içi şiddete maruz kaldığı" halde Aile mahkemesi hâkimi tarafından hükmedilecek tedbirler, öncelikle "**önleyici etki kıstasına göre**" çekişmesiz yargı işlerinden sayılmaktadır. Bununla beraber kanunun aynı maddesinde hâkimin aile içi şiddetin önlenmesine ilişkin tedbirlere şiddete maruz kalan kişilerin veya Cumhuriyet Başsavcılığının bildirmesi halinde "re'sen" karar vereceğini düzenlemiştir. Her

7- Çocuk hâkimi tarafından, çocuğun anası, babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimse, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu ve Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya resen çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı alınması (Çocuk Koruma Kanunu m. 7)¹⁵⁵.

c. Vesayet Hukukunda

- Vesayet işleri (MK m. 396-494):

Vesayet konusu Medeni Kanunun Aile hukuku başlıklı ikinci kitabının üçüncü kısmında düzenlenmiştir. Kanunun vesayet makamlarının görevlerinden saydığı bütün işler (hacir işleri dâhil) çekişmesiz yargıya tâbi işlerdendir. Zira burada çoğunlukla taraflar arasında çekişme olmadığı gibi ilgililerin birbirlerine karşı ileri sürebilecekleri sübjektif haklardan da genel olarak bahsetmek mümkün değildir. Ayrıca bu kısımda alınan kararların çoğunluğu önleyici ve inşâî etkiye sahip olup vesayet işlerinde hâkim de genelde re'sen harekete geçmektedir. Bu sebeple vesayet işlerini en az iki kıstasa göre kolayca çekişmesiz yargıya dâhil etmek mümkündür¹⁵⁶.

2. Öğretide Belirtilen Çekişmesiz Yargı İşleri

Öğretide ağırlıklı olarak çekişmesiz yargıya dâhil olduğu belirtilen ve kanunda sayılmamış olan aile hukukuna ilişkin işler şunlardır:

ne kadar kanundaki ifade açık olmasa da, burada hâkimin tedbirlere karar verebilmesi için şiddete maruz kalanın veya Cumhuriyet Başsavcılığının talebini beklemek zorunda olmaması gerekir. Bu sebeple, Ailenin Korunmasına Dair Kanun'a göre tedbirlere karar verilmesi, "**re'sen harekete geçme kıstasına göre**" de çekişmesiz yargı işlerindendir. Bkz., Budak, Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler, ss. 290-291. Ayrıca Yılmaz, Ailenin Korunmasına Dair Kanun kapsamında hâkim tarafından verilecek tedbirleri ihtiyati tedbirler arasında saymaktadır. Ejder Yılmaz, **Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri**, Cilt 1, Ankara, 2001, s. 759 vd.

¹⁵⁵ Sübjektif hakkın yokluğu ve önleyici etki ile re'sen harekete geçme kıstasları. Budak, Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler, s. 291. 2252 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, 5395 sayılı (RG. 15.7.2005, S. 25876) Çocuk Koruma Kanunu'nun 48. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış. Eski kanunda konuyu düzenleyen m. 10 ve 14'ün yerini 5395 sayılı Kanun'un 7. maddesi almıştır. Budak, s. 133, dn. 38.

¹⁵⁶ Kuru, Nizasız Kaza, ss. 80-84.

1- Anlaşmalı Boşanma (MK m. 166/III)

Önceki Medeni Kanunun 134. maddesinde 1988 yılında 3444 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle kanunda “anlaşmalı boşanma” ya yer verilmiştir. 4721 sayılı yeni Medeni Kanunda bu değişiklik aynen benimsenerek “Evlilik birliğinin sarsılması” başlıklı 163. maddenin 3. fıkrasında yer almıştır. Bu düzenlemeye göre evliliği en az bir yıl sürmüş, boşanma ve yan sonuçları konusunda da anlaşmış eşlerin birlikte başvurması ile hâkim boşanmaya karar verebilecektir. Böylece çekişmeli yargı içerisinde yer alan boşanma davası, bu sebebe (anlaşmaya) dayanılarak açılırsa çekişme yokluğu ve inşâi etki kıstaslarına göre takibi talebe bağlı bir çekişmesiz yargı işi olacaktır¹⁵⁷.

2- Boşanmadan sonra meydana gelen yeni bir durumun zorunlu kılması hâlinde çocuklar hakkında durumun gerektirdiği önlemlerin alınması (MK m. 183)¹⁵⁸.

3- Eşlerden birinin birliği temsil yetkisini kaldırılmasına ve sınırlandırılmasına karar verilmesi (MK m. 190) ve koşulların değişmesi sebebiyle temsil yetkisinin geri verilmesine ilişkin hâkim kararı (MK m. 191)¹⁵⁹.

4- Evlilik birliğinin korunması amacıyla alınan tedbirler (MK m. 195-201)¹⁶⁰.

5- Evlat edinme kararı (MK m. 315, 316)¹⁶¹.

¹⁵⁷ Budak, Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler, ss. 282-286; Nevzat Özdemir, **Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma**, İstanbul, 2003, ss. 115-119; Öztan, Bilge, **Aile Hukuku**, Ankara, 2004, s. 421; ayrıca bkz., Akıntürk, s. 262.

¹⁵⁸ Örneğin, velayet hakkının ana babadan hangisi tarafından kullanılacağı, velayet hakkı kendisine verilmeyen eşle kişisel ilişki veya nafaka konuları hakkında karar verilmesi. Sübjektif hakkın yokluğu, önleyici-inşâi etki ve re’sen harekete geçme kıstasları. Kuru, Nizasız Kaza, s. 71; Budak, s. 131; Üstündağ, s. 34; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 52.

¹⁵⁹ Önleyici-inşâi etki kıstasları. Kuru, Nizasız Kaza, s. 72; Budak, Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler, s. 287; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 79; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 52.

¹⁶⁰ Çekişme ve sübjektif hakkın yokluğu ile önleyici-inşâi etki kıstasları. Kuru, Nizasız Kaza, s. 72; Budak, s. 131, dn. 21; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 79; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 52.

6- Evlatlık ilişkisinin kaldırılması (MK m. 317-319)¹⁶².

7- Çocuk ile ana ve baba arasındaki hukuki işlemlere izin verilmesi (MK m. 345)¹⁶³.

8- Velayet altındaki çocuğun korunması için uygun önlemlerin alınması ya da çocuğun ana babadan alınarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirilmesi (MK m. 346, 347)¹⁶⁴.

9- Vesayet altındaki kişinin evlat edinmesi veya evlat edinilmesine denetim makamınca izin verilmesi (MK m. 463)¹⁶⁵.

D. Miras Hukukunda

1. Kanunda Belirtilen Çekişmesiz Yargı İşleri

Miras hukuku kapsamındaki çekişmesiz yargı işlerinin birçoğu mukayeseli hukukta mahkemelerden alınıp noterlere veya yardımcı adalet memurlarına aktarılmıştır. Yeni HMK ve ona bağlı olarak çıkarılan bazı kanunlar ile Türk hukukunda da bu yönde bir gelişme izlenebilir. Zira 6217 sayılı kanun ile bunun ilk adımı atılmıştır¹⁶⁶. Buna göre miras hukukuna ilişkin kanunda belirtilen çekişmesiz yargı işleri şunlardır:

¹⁶¹ Çekişme ve sübjektif hakkın yokluğu ile önleyici-inşâî etki kıstasları. Kuru, Nizasız Kaza, s. 77; Budak, Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler, s. 289.

¹⁶² Sübjektif hakkın yokluğu ve önleyici-inşâî etki kıstasları. Kuru, Nizasız Kaza, s. 77; Budak, s. 132.

¹⁶³ Çekişme yokluğu ve önleyici-inşâî etki kıstasları. Kuru, Nizasız Kaza, s. 77; Budak, Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler, s. 290.

¹⁶⁴ Sübjektif hakkın yokluğu, önleyici etki ve re'sen harekete geçme kıstasları. Kuru, Nizasız Kaza, s. 78; Budak, s. 133; Üstündağ, s. 34; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 52.

¹⁶⁵ Çekişme ve sübjektif hakkın yokluğu ile önleyici-inşâî etki kıstasları. Kuru, Nizasız Kaza, s. 77; Budak, s. 132.

¹⁶⁶ Mirasçılık belgelerinin noterlerce de verilebiliyor olması gibi.

1- Sulh hâkimi tarafından resmî vasiyetname düzenlenmesi (MK m. 532); el yazısı ile vasiyetnamenin sulh hâkimi tarafından saklanması (MK m. 538); sözlü vasiyetname tutanağının sulh veya asliye mahkemesine tevdiî (MK m. 540)¹⁶⁷.

2- Vasiyeti yerine getirme görevlisine görevinin bildirilmesi (MK m. 550)¹⁶⁸.

3- Vasiyeti yerine getirme görevlisinin tereke malları üzerinde tasarruf etmesine izin verilmesi (MK m. 553)¹⁶⁹.

4- Gaibin mirasçılarına, gaibe düşen miras payının teslim edilmesi (MK m. 586/II)¹⁷⁰.

5- Tereke mallarının korunması ve hak sahiplerine ulaşmasını sağlamak için önlem alınması (*defter tutma, mühürleme, terekenin resmen yönetilmesi, vasiyetnamenin teslim alınması, açılması, ilgililere tebliği*) (MK m. 589-597)¹⁷¹.

6- Mirasçılık belgesi verilmesi (MK m. 598)¹⁷²:

Mirasçılık belgesi (veraset ilâmı, veraset senedi), bir miras hakkı yaratmayıp, yalnız kişinin mirasçılık sıfatının ispatına ve bu sıfatla tereke malları üzerinde tasarruf edebilmesine hizmet eden; kişinin hangi sıfatla mirasçı olduğunu ve miras payının ne olduğunu gösteren resmi bir belge niteliğindedir. Eski Medeni Kanun sadece atanmış mirasçılara mirasçılık belgesinin verilmesini düzenlemiş iken (EMK m. 538), 4721 sayılı Medeni Kanun uygulamaya ve doktrindeki görüşlere uygun yeni

¹⁶⁷ Çekişme yokluğu kıtası. Kuru, Nizasız Kaza, s. 85; Budak, s. 134.

¹⁶⁸ Re'sen harekete geçme ve çekişme yokluğu kıtasları. Kuru, Nizasız Kaza, s. 85; Budak, s. 134; Üstündağ, s. 33; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 78; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 52.

¹⁶⁹ Çekişme yokluğu, sübjektif hakkın yokluğu ve önleyici-inşâî etki kıtasları. Budak, s. 134, dn. 43.

¹⁷⁰ Çekişme yokluğu. Kuru, Nizasız Kaza, s. 85; Budak, s. 134.

¹⁷¹ Re'sen harekete geçme, önleyici etki ve çekişme yokluğu kıtasları. Kuru, Nizasız Kaza, ss. 85-86; Budak, s. 134.

¹⁷² Çekişme yokluğu kıtası. Kuru, Nizasız Kaza, ss. 86-88; Budak, Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler, s. 294; Zahit İmre ve Hasan Erman, **Miras Hukuku**, 8. Basım, İstanbul, 2011, s. 318; Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, **Miras Hukuku**, 2. Bası, Ankara 2008, ss. 360-361. Bununla beraber 6217 Sayılı Kanun ile Noterlik kanununa (ve MK m. 598'e) yapılan ekleme sonucunda, Noterlik kanununun 71/A (b) maddesine göre "Mirasçılık belgesi verilmesi" işi artık noterler tarafından **da** yapılabilmektedir.

bir düzenleme getirmiştir. Buna göre Medeni Kanun'un 598. maddesinin birinci fıkrasında yasal mirasçılara, ikinci fıkrasında da, atanmış mirasçılara ve vasiyet alacaklılarına bu belgenin verilmesi düzenlemiştir¹⁷³.

Ancak lehine belirli bir mal vasiyet edilen kişi (musaleh) mirasçı olmayıp sadece vasiyeti yerine getirmekle görevli olanlara karşı kişisel bir alacak hakkına sahiptir. Bu sebeple de mirasçılık belgesi talep edemez. Her ne kadar, MK m. 598/2'ye göre vasiyet alacaklısına da vasiyet alacaklısı olduğunu gösteren bir belge verileceği öngörülmüş ise de, bu belge gerçek anlamda bir "mirasçılık belgesi" değildir. Zira vasiyet alacaklısı bu belge ile örneğin tapu siciline başvurarak vasiyet konusu taşınmazın kendi adına tescilini talep edemez; yalnızca, mülkiyet hakkının kendisine devri için vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişilere (mirasçılara) karşı kişisel bir dava ve talep hakkına sahiptir¹⁷⁴.

7- Terekenin yazımı işleminin sona erdiğinin mirasçılara bildirilmesi (MK m. 607), mirasın reddi beyanının tespiti ve tescili (MK m. 609); mirasın reddinin, mirası reddeden kişiden sonra gelen mirasçılara bildirilmesi (MK m. 614); mirasın reddi süresinin uzatılması (MK m. 615)¹⁷⁵.

8- Terekenin resmî defterinin tutulması (MK m. 619-627, 631)¹⁷⁶.

9- Sulh hâkiminin özellikleri olan eşyanın mirasçılardan birine tahsis edilmesi veya satılmasına karar vermesi (MK m. 653)¹⁷⁷.

¹⁷³ Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, **Miras Hukuku**, Ankara, 2008, ss. 491-496; İmre/Erman, ss. 315-316; Serozan/Engin, s. 361; Mustafa Dural ve Turgut Öz, **Türk Özel Hukuku-Miras Hukuku**, C. IV, İstanbul, 2003, ss. 387-389; O. Gökhan Antalya, **Miras Hukuku**, İstanbul, 2003, ss. 260-263; Budak, Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler, s. 294.

¹⁷⁴ İmre/Erman, ss. 316-317; Serozan/Engin, ss. 361; Budak, Değişiklikler, s. 294 ve dn. 74.

¹⁷⁵ Çekişme yokluğu, inşâî etki ve re'sen harekete geçme kıstasları. Kuru, Nizasız Kaza, s. 88; Budak, s. 135.

¹⁷⁶ Çekişme yokluğu kıstası. Kuru, Nizasız Kaza, s. 88; Budak, s. 135.

¹⁷⁷ Kuru, Nizasız Kaza, s. 130, dn. 23; Budak, s. 135.

2. Öğretide Belirtilen Çekişmesiz Yargı İşleri

Öğretide ağırlıklı olarak çekişmesiz yargıya dâhil olduğu belirtilen ve kanunda sayılmamış olan miras hukukuna ilişkin işler şunlardır:

1- Kaza sonucunda veya üçüncü kişinin kusuruyla yok olan vasiyetnamenin içeriğinin tespiti (MK m. 543)¹⁷⁸.

2- Terekenin resmî tasfiyesi (MK m. 632-636)¹⁷⁹.

3- Miras ortaklığına temsilci atanması (MK m. 640/III)¹⁸⁰.

4- Mirasın paylaşılmasında bazı malların özgülenmesi veya ne şekilde satılacağı hakkında hâkiminin karar vermesi (MK m. 651)¹⁸¹.

5- Aile konutu ve ev eşyasının sağ kalan eşe özgülenmesi (MK m. 652/I)¹⁸².

E. Eşya Hukukunda

1. Kanunda Belirtilen Çekişmesiz Yargı İşleri

Kanun koyucu tarafından eşya hukukuna ilişkin çekişmesiz yargıya dâhil olan işlerin hemen hepsi kanunda belirtilmiştir. Bunlar:

1- Taşınmaz üzerinde taraf oluşturulmasına ve hak ihlaline sebebiyet vermeyecek düzeltmelerin yapılması:

a) İpotekli borç senedinin iptali (MK m. 925-926)¹⁸³.

¹⁷⁸ Çekişme yokluğu kıstası. Kuru, Nizasız Kaza, s. 85; Budak, s. 134.

¹⁷⁹ Çekişme yokluğu kıstası. Kuru, Nizasız Kaza, s. 88; Budak, s. 135.

¹⁸⁰ Çekişme ve sübjektif hakkın yokluğu ile önleyici-inşâî etki kıstasları. Kuru, Nizasız Kaza, s. 88; Budak, s. 135.

¹⁸¹ Kuru, Nizasız Kaza, s. 130, dn. 23; Budak, s. 135.

¹⁸² Budak, s. 135.

¹⁸³ Çekişme yokluğu kıstası. Kuru, Nizasız Kaza, s. 97; Budak, s. 136; Üstündağ, s. 33, Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 78; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 52.

b) Tapu sicilindeki kayıtların düzeltilmesi için aynî hakkın sona erdiğinin tapu memurunun talebi üzerine tespiti (MK m. 1026/III)¹⁸⁴.

c) Taşınmazların tapu sicilinde kayıtlı yüzölçümünün düzeltilmesi (Tapu Kanunu m. 31)¹⁸⁵.

2- Taşınmaz rehninde alacaklı için kayyım tayini (MK m. 880)¹⁸⁶.

2. Öğretide Belirtilen Çekişmesiz Yargı İşleri

Öğretide ağırlıklı olarak çekişmesiz yargıya dâhil olduğu belirtilen ve kanunda sayılmamış olan eşya hukukuna ilişkin işler şunlardır:

1- Taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılması (MK m. 713, Kadastro Kanunu m. 13, 14):

Eşya hukukundaki çekişmesiz yargı işleri arasında belki de en önemlisi taşınmazların olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile iktisabıdır. Buna göre, taşınmazın olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı ile kazandığını iddia ve talep eden zilyedin (ilgilinin), ne tescil talebinde bulunduğu sırada ve ne de bundan önce doğmuş olan bir sübjektif hakkı (mülkiyet hakkı) yoktur. Burada ilgilinin, sadece o

¹⁸⁴ Çekişme yokluğu, önleyici etki ve re'sen harekete geçme kıstasları. Burada re'sen harekete geçen mahkeme olmayıp resmi makamı temsilen tapu sicil memurudur. Ama yine de mahkeme, kararı ilgililerin talebi üzerine vermediği için burada da, re'sen harekete geçme kıstası söz konusudur. Bkz. Kuru, Nizasız Kaza, s. 97 ve dn. 28; Budak, s. 136.

¹⁸⁵ Çekişme yokluğu kıstası. Tapu Kanunu m. 31: “Gayrimenkul malların yüz ölçüsü tapu sicilinde yazılı miktardan fazla çıkıpta bu fazlalığın bitişik araziye el uzatmaktan ileri gelmediğine ve sınırda da bir değişiklik olmadığına mahkemece karar verilirse sicille, karar veçhile kaydolunur”. Ancak aynı maddenin son cümlesinde “itiraz halinde genel hükümler çerçevesinde dava açılır” denilmek suretiyle, itiraz halinde, istemde bulunan tapu sicilinin düzeltilmesi davası açması gerekir. Bu durumda da iş, çekişmesiz yargıdan çıkıp çekişmeli yargıya dönüşecektir. Kuru, Nizasız Kaza, ss. 96-97; Budak, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, ss. 123-126; Jale G. Akipek ve Turgut Akıntürk, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2009, ss. 514-515.

¹⁸⁶ Çekişme ve sübjektif hakkın yokluğu ile önleyici-inşâî etki kıstasları. Kuru, Nizasız Kaza, s. 97; Budak, s. 135. Ancak burada atanan kişi sadece alacaklının değil, bütün ilgililerin menfaatini korumak durumunda olduğundan, teknik anlamda bir kayyım değildir. Bu kişi İsviçre hukuk sisteminde “Treuhänder” (güvenilir kişi) olarak adlandırılmaktadır: Akipek/Akıntürk, ss. 783-784.

taşınmazın mülkiyetinin kurucu inşâi etkiye sahip bir mahkeme kararı ile kendisine verilmesini talep etmek hususunda bir hakkı vardır. Bu hak sübjektif bir hak olan mülkiyet hakkına değil de zilyetlik hakkına dayanmaktadır. Ayrıca mahkemenin bu yönde vereceği karar da geçmişe etkili¹⁸⁷ kurucu yenilik doğuran bir karar olacağından; m. 713'deki tescil işi sübjektif hakkın yokluğu ve inşâi etki kıstaslarına göre bir çekişmesiz yargı işidir¹⁸⁸.

Bununla birlikte, her ne kadar kanun koyucu 713. maddenin üçüncü fıkrasında “*Tescil davası, Hazineye ve ilgili kamu tüzel kişilerine veya varsa tapuda malik gözüken kişinin mirasçılarına karşı açılır*” demiş olsa da; burada bir itiraz oluncaya kadar iş yine de çekişmesiz yargı işidir. Ancak yapılan ilan üzerine (MK m. 713/IV) mahkemeye itirazda bulunulması halinde¹⁸⁹, maddî anlamda çekişmesiz yargı işi sayılan tescil işi, itiraz ile birlikte artık çekişmeli yargı alanına girer. Bu sebeple, itiraz edilinceye kadar tescil işi, çekişme yokluğu kıstasına göre de bir çekişmesiz yargı işi olma özelliği taşır¹⁹⁰.

2- Tapu sicilindeki belgelere aykırı kayıtların düzeltilmesine karar verilmesi (MK m. 1027, Tapu Sicili Tüzüğü m. 85):

MK m. 1027: “*İlgililerin yazılı rızaları olmadıkça, tapu memuru, tapu sicilindeki yanlışlığı ancak mahkeme kararıyla düzeltebilir*”. Tapu Sicil Tüzüğü m. 85/II: “*Belgeye aykırı yazımın veya tescilin düzeltilmesine, ilgililerden birisinin yazılı*

¹⁸⁷ Mülkiyet hakkı, zilyedin şartları tamamladığı andan itibaren -yani yirmi yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu tarihten itibaren- kazanılmış olur. Budak, Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler, s. 299; Akipek/Akıntürk, s. 498; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, 12. Bası, İstanbul, 2009, s. 373.

¹⁸⁸ Kuru, Nizasız Kaza, ss. 89-96; Budak, Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler, ss. 294-301. Ayrıca bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, ss. 52-53. Kararın yenilik doğuran bir karar olmayıp, açıklayıcı olduğuna ilişkin görüş için bkz. Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 372. Ancak Yargıtay'da, kazandırıcı zamanaşımı yoluyla tapusuz taşınmazların edinilmesine ilişkin MK. m. 639/1'e göre (yeni MK m. 713) verilen tescil kararlarının inşâ-ihdasi (yapıcı-kurucu-yenilik doğurucu) nitelikte olduklarına karar vermiştir (bkz. 4.12.1998 gün ve 4/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı: RG 6.5.1999, S. 23687, ss. 43-46).

¹⁸⁹ İtirazda bulunan üçüncü kişi, madde de sayılan şartların gerçekleşmediği iddiasında bulunabileceği gibi, kanımızca tescil talebine bir istihkak iddiası ile de karşı çıkabilir (MK m. 713). Kuru, Nizasız Kaza, s. 93; Budak, Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler, s. 299. Karş. Akipek/Akıntürk, s. 501; Oğuzman/Seliçi/Özdemir, ss. 370-371.

¹⁹⁰ Kuru, Nizasız Kaza, ss. 89-90, 95.

oluru olmazsa, müdür defterdarlık veya mal müdürlüğünden düzeltme için dava açılmasını, talep eder”. MK m. 1027 ve Tapu Sicil Tüzüğü m. 85 aynı düzeltme işini hükme bağlamakta ve düzeltme kararı, tapu memurunun bir hakkın tescili veya terkinin sırasında belgelere aykırı yaptığı yanlışlıklara mahsustur. Bunun haricindeki yanlışlıkların düzeltilmesi MK m. 1025/I’ın kapsamına girer¹⁹¹.

Ayrıca ilgililer MK m. 1027’deki düzeltmeler için doğrudan doğruya mahkemeye başvuramazlar. İlgililer ancak yanlışlığın düzeltilmesi için tapu memuruna müracaat edebilirler. Çünkü her iki maddede sadece tapu memurunun (müdürünün) yanlışlığın düzeltilmesini hâkimden re’sen isteyebileceğini düzenlemiştir. Eğer tapu memuru kaydın düzeltilmesi talebini reddederse, MK m. 1027’ye göre mahkemeye başvurma hakkı olmayan ilgililer, şartları mevcutsa, MK m. 1025/I’e göre açacakları düzeltme davası ile yanlışlığın düzeltilmesini sağlayabileceklerdir. Fakat bu dava, tapu idaresi ve ona bağlı olarak hazine aleyhine değil de, tapu memurunun hatası neticesinde hak sahibi gözükken kişi aleyhine açılacaktır¹⁹².

F. Borçlar Hukukunda

1. Kanunda Belirtilen Çekişmesiz Yargı İşleri

En az çekişmesiz yargıya ait işleri ihtiva eden hukuk dalı borçlar hukukudur ve kanun koyucu 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda, öğretide sayılan hemen hemen bütün çekişmesiz yargı işlerini toplamayı başarmıştır¹⁹³. Burada ilgililerden birinin devletçe daha fazla korunması söz konusu olmayıp taraflar eşit

¹⁹¹ MK m. 1025/I: “Bir aynî hak yolsuz olarak tescil edilmiş veya bir tescil yolsuz olarak terkin olunmuş ya da değiştirilmiş ise, bu yüzden aynî hakkı zedelenen kimse tapu sicilinin düzeltilmesini dava edebilir”.

¹⁹² Re’sen harekete geçme ve önleyici etki kıstasları. Kuru, Nizasız Kaza, ss. 97-101; Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 648. Karş. Akipek/Akıntürk, s. 345.

¹⁹³ Borçlar hukukunda çekişmesiz yargıya tâbi işleri konusunda öğretide genelde görüş birliği hâkimdir ve bu sebeple de HMK’da bu işlerin bir nevi eksiksiz sayılmaları da mümkün olmuştur. Kanun koyucunun belki tekrardan kaçınmak istediği için saymadığı iki çekişmesiz yargı işi (TBK m. 123 ve m. 473/II) bulunmaktadır. Ancak bu iki iş, kanunda belirtilmiş olan TBK m. 98 ile paralellik göstermektedir. Bkz., aşağıda, “öğretide sayılan işler” başlığı altındaki açıklamalar.

durumda bulunduklarından, “re’sen harekete geçmek” kıstasına göre çekişmesiz yargı işlerine rastlamak mümkün değildir. Bunun gibi “inşâî etki” veya “sübjektif hakkın yokluğu” kıstaslarından da borçlar hukuku alanında bahsetmek mümkün gözüküyor. Bu alandaki işler genelde “önleyici etki” veya “çekişme yokluğu” kıstaslarına göre çekişmesiz yargı işlerinden sayılmaktadır¹⁹⁴. Buna göre kanunda belirtilen çekişmesiz yargı işler şunlardır:

1- Yetkisi sona eren temsilcinin temsil belgesini mahkemeye teslimi (TBK m. 44/I)¹⁹⁵.

2- Borçluya ifa veya teminat göstermesi için süre verilmesi (TBK m. 98)¹⁹⁶.

3- Tevdi mahalli belirlenmesi veya tevdi edilemeyecek eşyanın satılması (TBK m. 107, 108, 111)¹⁹⁷.

4- Alacaklısı ihtilaflı olan borcun mahkemeye tevdiî (TBK m. 187)¹⁹⁸.

5- Ayıplı hayvanın bilirkişi tarafından muayenesi (TBK m. 224)¹⁹⁹.

6- Mesafeli satımlarda ayıbın tespiti veya ayıplı malın satılmasına izin verilmesi (TBK m. 226/II, III)²⁰⁰.

7- İşçiye kârdan hisse verilmesini öngören iş sözleşmesinde, mahkemenin işverenin hesaplarını inceleyecek bir kişi tayin etmesi (TBK m. 403/II)²⁰¹.

¹⁹⁴ Kuru, Nizasız Kaza, s. 102.

¹⁹⁵ Çekişme yokluğu kıstası (EBK m. 36/I). Kuru, Nizasız Kaza, s. 102; Budak, s.136.

¹⁹⁶ Çekişme yokluğu kıstası (EBK m. 82). Kuru, Nizasız Kaza, s. 102; Budak, s.136.

¹⁹⁷ Çekişme yokluğu ve önleyici etki kıstasları (EBK m. 91, 92, 95). Kuru, Nizasız Kaza, s. 102; Budak, s.136.

¹⁹⁸ Çekişme yokluğu, önleyici etki kıstasları (EBK m. 166). Kuru, Nizasız Kaza, s. 103; Budak, s.136.

¹⁹⁹ Çekişme yokluğu, önleyici etki kıstasları (EBK m. 199). Kuru, Nizasız Kaza, s. 103; Budak, s.136.

²⁰⁰ Çekişme yokluğu ve önleyici etki kıstasları (EBK m. 201/II, III). Kuru, Nizasız Kaza, s. 103; Budak, s.137.

²⁰¹ Çekişme yokluğu kıstası (EBK m. 323/II). Kuru, Nizasız Kaza, ss. 103-104; Budak, s. 137.

8- Eser sözleşmesinde eserin ayıplı olup olmadığının bilirkişiye tespit ettirilmesi (TBK m. 474/II)²⁰².

9- Satılmak için komisyoncuya gönderilen eşyanın hasarının tespiti (TBK m. 534/I)²⁰³.

10- Komisyoncu elindeki malın açık artırma ile satışına izin verilmesi (TBK m. 542)²⁰⁴.

2. Öğretide Belirtilen Çekişmesiz Yargı İşleri

Öğretide ağırlıklı olarak çekişmesiz yargıya dâhil olduğu belirtilen ve kanunda sayılmamış olan borçlar hukukuna ilişkin işler şunlardır:

1- Borçlunun temerrüdü halinde borçluya, borcunu ifa etmesi için uygun bir süre verilmesi (TBK m. 123)²⁰⁵.

2- Eser sözleşmesinde yükleniciye, eserin ayıpsız veya sözleşmeye uygun olarak yapılması için uygun bir süre verilmesi (TBK m. 473/II)²⁰⁶.

G. Ticaret Hukukunda

1. Kanunda Belirtilen Çekişmesiz Yargı İşleri

Hukukumuzda ticaret sicilinin idari bir makam olan, ticaret sicili müdürlükleri tarafından tutulduğundan (TTK m. 24) ve ticaret sicili müdürü tarafından yönetildiğinden (TTK m. 25), ticaret hukuku alanındaki çekişmesiz yargı

²⁰² Çekişme yokluğu ve önleyici etki kıstasları (EBK m. 359/II). Kuru, Nizasız Kaza, s. 104; Budak, s.137.

²⁰³ Çekişme yokluğu ve önleyici etki kıstasları (EBK m. 418/I). Kuru, Nizasız Kaza, s. 104; Budak, s.137.

²⁰⁴ Çekişme yokluğu, önleyici etki kıstasları (EBK m. 426). Kuru, Nizasız Kaza, s. 104; Budak, s.137.

²⁰⁵ Çekişme yokluğu kıstası (EBK m. 106/I). Kuru, Nizasız Kaza, s. 102.

²⁰⁶ Çekişme yokluğu kıstası (EBK m. 358/II). Kuru, Nizasız Kaza, s. 102.

işlerinin sayısı daralmıştır²⁰⁷. Bununla birlikte Ticaret hukuku alanında var olan çekişmesiz yargı işleri ağırlıklı olarak “çekişme yokluğu” ve “önleyici etki” kıstaslarına göre çekişmesiz yargı işi sayılmaktadır²⁰⁸. Bunlar:

1- Ticari defterlerin ziyaî hâlinde belge verilmesi (TTK m. 82/7)²⁰⁹.

2- Acentenin müvekkili hesabına teslim aldığı malın Borçlar Kanununa göre satılması (TBK m. 108; TTK m. 111)²¹⁰.

3- Kolektif şirketin tasfiyesinde tasfiye memuru tayini (TTK m. 273)²¹¹.

4- Komanditer ortağın talebiyle şirket hesaplarını incelemek için eksper tayini (TTK m. 310)²¹².

5- Anonim şirkette ayni sermaye konulması, tescilden itibaren iki yıl içinde sermayenin onda birini aşan tutarda işletme devralınması ve sermaye azaltılmasında bilirkişi raporu alınması ve mahkemenin izni (TTK m. 343, 356)²¹³.

²⁰⁷ Ancak ticaret sicili memurunun kararlarına karşı ilgililerin itiraz etmesi üzerine, mahkemenin bu itirazı değerlendirip bir karara bağlaması (TTK m. 34) bir çekişmeli yargı işi sayılmaktadır. Bkz. aşağıda öğretilde sayılan işler başlığı altındaki açıklamalar.

²⁰⁸ Kuru, Nizasız Kaza, ss. 104-110.

²⁰⁹ Çekişme yokluğu kıstası (ETK m. 68/IV). Kuru, Nizasız Kaza, s. 106; Budak, s. 137.

²¹⁰ Çekişme yokluğu ve önleyici etki kıstasları (EBK m. 92; ETK m. 125). Kuru, Nizasız Kaza, s. 107; Budak, s. 137.

²¹¹ Çekişme yokluğu kıstası (ETK m. 212). Kuru, Nizasız Kaza, s. 107; Budak, s. 137.

²¹² Çekişme yokluğu kıstası (ETK m. 249). Kuru, Nizasız Kaza, s. 107; Budak, s. 137.

²¹³ Çekişme yokluğu kıstası (ETK m. 303, 311, 396). Kuru, Nizasız Kaza, s. 107; Budak, s. 138. Ancak HMK’da sayılan bu işler Ticaret Kanununa göre hazırlanmıştır ve fakat yeni TTK 473. maddesi dikkate alınmamıştır. ETK’nda esas sermayenin azaltılmasına ilişkin m. 396’da yer alan “...idare meclisinin talebi üzerine **mahkemece tayin edilecek üç bilirkişi tarafından** verilecek müşterek bir raporla, esas sermayenin azaltılmasına rağmen şirket alacaklılarının haklarını tamamen karşılayacak miktarda aktifler mevcut olduğu tespit edilmiş olmadıkça böyle bir karar verilemez.” hükmü yerine yeni TTK m. 473/2’de yeni bir düzenlemeye gidilmiştir: “**İşlem denetçisinin raporuyla**, sermayenin azaltılmasına rağmen şirket alacaklılarının haklarını tamamen karşılayacak miktarda aktifin şirkette varlığı belirlenmiş olmadıkça sermayenin azaltılmasına karar verilemez”. Bu yeni düzenleme ile sermaye azatımı konusunda artık bir yargı faaliyeti olmaması sebebiyle konu çekişmesiz yargı işleri arasında da yer almamaktadır. Söz konusu yeni düzenlemede yer alan denetçi mahkeme karar ile değil genel kurul tarafınca atanmaktadır (TTK m. 399-400).

6- Kıymetli evrakın iptali (TTK m. 651-652, 657, 661-667, 757-765; TMK m. 919, 925-926)²¹⁴.

7- Eşya taşımada eşyanın hasar ve eksiğinin tespit edilmesi; teslim edilememesi hâlinde Borçlar Kanunu hükümlerine göre satılmasına karar verilmesi; gönderilen eşyanın mahkeme marifetiyle muayenesi (TBK m. 108; TTK m. 869)²¹⁵.

8- Gemi ipoteğinde, malikin bulunamadığı hâllerde kayyım tayini (TTK m. 1034)²¹⁶.

9- Deniz raporu tanzimi (TTK m. 1098-1101)²¹⁷.

10- Kırkambar sözleşmesinde geminin hareket gününün mahkemece tayini²¹⁸.

11- Navlun sözleşmesinde, boşaltma limanında malların hâl ve vaziyetinin, ölçü, sayı ve tartısının ekspere tespit ettirilmesi (TTK m. 1184, 1185/2)²¹⁹.

12- Müşterek avaryalarda dispeççi tayini (TTK m. 1280) ve dispecin mahkemece tasdiki (TTK m. 1281-1284)²²⁰.

²¹⁴ Çekişme yokluğu ve önleyici etki kıstasları (ETK m. 563-564, 569, 573-579, 669-677). Kuru, Nizasız Kaza, s. 108; Budak, s. 138; Üstündağ, s. 33, Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 78; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 52.

²¹⁵ Çekişme yokluğu ve önleyici etki kıstasları (ETK m. 788/I; EBK m. 92, ETK m. 790; ETK m. 795/I). Kuru, Nizasız Kaza, ss. 108-109; Budak, s. 138. Burada da kanun koyucu bu işleri çekişmesiz yargıya tâbi işler arasında sayarken 6762 sayılı eski Ticaret kanunu'ndaki düzenlemeleri dikkate almıştır. Bu düzenlemeler yeni TTK'da eksik düzenlenmiş olmakla beraber sayılan işleri kıyasen Ticaret kanunundaki ve Borçlar kanunundaki genel hükümler (örneğin TBK m. 108, 226; TTK m. 1184, 1185) çerçevesinde de değerlendirmek mümkün olduğundan, halen çekişmesiz yargı işleri içerisinde yer aldıkları söylenebilir.

²¹⁶ Çekişme yokluğu ile önleyici-inşaf etki kıstasları (ETK m. 913). Kuru, Nizasız Kaza, s. 109; Budak, s. 138.

²¹⁷ Çekişme yokluğu ve önleyici etki kıstasları (ETK m. 982-985). Kuru, Nizasız Kaza, s. 109; Budak, s. 139. 6102 sayılı Ticaret kanununda, eski Ticaret kanunumuzdaki düzenlemeye ek olarak mahkeme dışında, Türkiye Cumhuriyeti sınırları dışında "Türk konsoloslukları"nın da deniz raporu düzenleyecekleri hükmüne yer verilmiştir (TTK m. 1098/IV).

²¹⁸ Kuru, Nizasız Kaza, s. 109; Budak, s. 139. 6762 sayılı eski Ticaret Kanun'unun 1048. maddesinde yer alan bu iş çekişme yokluğu ve önleyici etki kıstaslarına göre çekişmesiz yargıya tâbi sayılırken, 6102 sayılı yeni Ticaret kanununda düzenlenmemiştir.

²¹⁹ Çekişme yokluğu ve önleyici etki kıstasları (ETK 1065, 1066/II). Tespit "yetkili diğer makamlara ya da bu husus için yetkili uzmanlara" da yaptırılabilir. Kuru, Nizasız Kaza, s. 109; Budak, s. 139.

13- Denizcilik rizikolarına karşı sigortalarda zararın ve kapsamının belirlenmesi için bilirkişi tayini²²¹.

14- Kooperatiflerde aynı sermayeye değer biçilmesi için bilirkişi tayini (Koop. K m. 21/III)²²².

2. Öğretide Belirtilen Çekişmesiz Yargı İşleri²²³

Öğretide ağırlıklı olarak çekişmesiz yargıya dâhil olduğu belirtilen ve kanunda sayılmamış olan ticaret hukukuna ilişkin işler şunlardır:

1- Ticaret sicili müdürlüğünün kararlarına itiraz (TTK m. 34):

İlgililerin, tescil, değişiklik veya silinme istemleri ile ilgili olarak sicil müdürlüğünce verilecek kararlara karşı itiraz etmeleri çekişme yokluğu kıstasına göre bir çekişmesiz yargı işidir. Sicil müdürlüğü, ilgililerin üstünde resmi bir kurum olduğundan, itiraz eden ilgililer ile sicil müdürlüğü arasında bir çekişmeden söz etmek mümkün değildir²²⁴. Ancak maddenin ikinci fıkrasında, sicil müdürlüğünün kararı ile sicilde kayıtlı bulunan hususlara ilişkin menfaatleri ihlal edilen üçüncü kişilerin de dinleneceği düzenlenmiştir. Eğer üçüncü kişi, dinlenmesi sırasında itirazda bulunanın talebine karşı çıkarsa, itiraz eden ile üçüncü kişi arasında bir çekişme doğacağından iş, çekişmesiz yargıdan çıkıp çekişmeli yargıya dönüşecektir.

²²⁰ Çekişme yokluğu kıstası (ETK m. 1208, 1210-1213). Kuru, Nizasız Kaza, s. 110; Budak, s. 139. 6762 sayılı eski Ticaret kanun'unda yer alan "hükümetçe tayin edilmiş olan dispeççiler" düzenleme yerine, 6102 sayılı yeni Ticaret kanununda "ilgililerin oybirliğiyle atayacakları bir veya birden fazla dispeççi tarafından yapılır" şeklindeki düzenlemeye yer verilmiştir (TTK m. 1280/I).

²²¹ Kuru, Nizasız Kaza, s. 110; Budak, s. 139. 6762 sayılı eski Ticaret Kanun'unun 1443/IV maddesinde yer alan bu iş çekişme yokluğu kıstasına göre çekişmesiz yargıya tâbi sayılırken, 6102 sayılı yeni Ticaret kanununda düzenlenmemiştir.

²²² Çekişme ve sübjektif hakkın yokluğu ile önleyici-inşâî etki kıstasları. Budak, s. 139.

²²³ Öğretide 6762 sayılı eski Ticaret Kanun'undaki düzenlemelere paralel olarak sayılan fakat, 6102 sayılı yeni Ticaret kanununda düzenlenmemiş olan bazı çekişmesiz yargı işlerine burada yer vermedik. Örneğin, Anonim şirkete, mahkemece denetçi atanması (ETK m. 351); deniz ödöncü sözleşmesinin yapılmasındaki zaruretin mahkeme tarafından tespiti (ETK m. 1161); belli olmayan gemi alacaklılarının rehin haklarının iptaline karar verilmesi (ETK m. 1246). Bkz. Kuru, Nizasız Kaza, ss. 107, 109-110; Budak, ss. 138-139.

²²⁴ Kuru, Nizasız Kaza, s. 106 ve dn. 6.

Bununla birlikte, menfaati ihlal edilen bir üçüncü kişi yoksa veya ilgilinin itirazına karşı çıkmazsa, iş çekişmesiz yargıya tâbi sayılmaya devam edecektir²²⁵.

2- Kolektif şirketlerde tasfiye memurlarının yetkilerinin daraltılması veya genişletilmesi (TTK m. 282/1)²²⁶.

3- Anonim şirkette mahkemenin şirket sermayesinin en az onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahiplerinin talebi üzerine genel kurulu toplantıya davet veya gündemi düzenlemek ve çağrıyı yapmak üzere kayyım atanması (TTK m. 412)²²⁷.

4- Gemi mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımı ile kazanılması ve gemi siciline tesciline karar vermek (TTK m. 1000)²²⁸.

5- Kooperatiflerde Genel Kurulu toplantıya çağırarak için mahkemeden izin alınması (Koop. K m. 44/III)²²⁹.

6- Kooperatifin iflâsının ertelenmesine karar verilmesi (Koop. K m. 63/III)²³⁰.

7- Kooperatiflerde tasfiye memurlarının seçilmesi (Koop. K m. 81/III)²³¹.

H. İcra ve İflas Hukukunda

1. Kanunda Belirtilen Çekişmesiz Yargı İşleri

Kanunda belirtilmiş olan bu kapsamdaki çekişmesiz yargı işleri, ikisi hariç öğretide sayılanları da çoğunlukla karşılamaktadır. Bunlar:

²²⁵ Kuru, Nizasız Kaza, s. 106; Budak, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, ss. 122-123.

²²⁶ Çekişme yokluğu kıtası (ETK m. 221/I). Kuru, Nizasız Kaza, s. 107; Budak, ss. 137-138.

²²⁷ Çekişme ve sübjektif hakkın yokluğu kıtasları (ETK m. 367). Kuru, Nizasız Kaza, s. 150, dn. 2; Budak, s. 138.

²²⁸ Çekişme ve sübjektif hakkın yokluğu kıtasları (ETK m. 873). Kuru, Nizasız Kaza, s. 109; Budak, s. 138.

²²⁹ Çekişme ve sübjektif hakkın yokluğu kıtasları. Budak, s. 139.

²³⁰ Çekişme ve sübjektif hakkın yokluğu ile önleyici-inşâî etki kıtasları. Budak, s. 140.

²³¹ Çekişme ve sübjektif hakkın yokluğu ile inşâî etki kıtasları. Budak, s. 140.

1- İpotekli alacakta alacaklının gaipliği veya alacağı almaktan kaçınması hâlinde, borç tutarının icra dairesine tevdi edilmesi üzerine icra mahkemesi tarafından ipoteğin fekkine karar verilmesi (İİK m. 153)²³².

2- Doğrudan doğruya iflâs (İİK m. 177, 178)²³³.

3- İflasın kaldırılması (İİK m. 182)²³⁴.

4- İflasın kapanmasına karar verilmesi (İİK m. 254)²³⁵.

5- Reddolunmuş mirasın tasfiyesinin, mirasçılardan birinin mirası kabul talebi üzerine mahkeme tarafından durdurulması (İİK m. 183)²³⁶.

6- Konkordato mühleti verilmesi ve komiserin atanması (İİK m. 287)²³⁷.

7- Konkordatonun tasdiki (İİK m. 298)²³⁸.

8- Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasında projenin ilanı ve ara dönem denetçisi atanması (İİK m. 309/ö)²³⁹.

9- Fevkalade hâllerde, kusuru olmaksızın borçlarını yerine getiremeyen borçluya mühlet verilmesi (İİK m. 318-322)²⁴⁰.

²³² Çekişme ve sübjektif hakkın yokluğu ile önleyici etki kıstasları. Budak, s. 140.

²³³ Çekişme yokluğu ve inşâi etki kıstasları. Budak, Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, s.117; Budak, s. 140, ayrıca bkz., dn. 98.

²³⁴ Çekişme ve sübjektif hakkın yokluğu ile önleyici-inşâi etki kıstasları. Budak, s. 141.

²³⁵ Çekişme ve sübjektif hakkın yokluğu ile önleyici-inşâi etki kıstasları.

²³⁶ Çekişme ve sübjektif hakkın yokluğu ile önleyici-inşâi etki kıstasları. Budak, s. 141.

²³⁷ Çekişme ve sübjektif hakkın yokluğu ile re'sen harekete geçme ve inşâi etki kıstasları. Budak, s. 142 ve orada dn. 102.

²³⁸ Budak, s. 142. Ayrıca bkz., dn. 103. Konkordatonun tasdiki kimse itiraz etmezse eğer bir çekişmesiz yargı işi gibi bitecektir. Ancak bir itiraz hâlinde çekişmeli yargı alanına girecektir (Bkz. Kuru, Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV, Tartışmalar, s. 197).

²³⁹ Çekişme ve sübjektif hakkın yokluğu ile önleyici-inşâi etki kıstasları. Budak, s. 142. Taşpınar'a göre ara dönem denetçisinin atanması bir tedbir niteliğindedir (Sema Taşpınar, **İcra-İflas Hukukunda Yeniden Yapılandırma**, Ankara, 2005, s. 370).

²⁴⁰ Çekişme ve sübjektif hakkın yokluğu ile önleyici-inşâi etki kıstasları. Budak, s. 142.

2. Öğretide Belirtilen Çekişmesiz Yargı İşleri

Öğretide çekişmesiz yargıya dâhil olduğu belirtilen ve kanunda sayılmamış olan icra-ıflâs hukukuna ilişkin işler açısından farklı görüşlere rastlanmaktadır. Aşağıda bu görüşler de açıklanmaya çalışılmıştır.

1- Sermaye şirketleri ile kooperatiflerin iflâsının ertelenmesi (İİK m. 179-179b, TTK m. 376-377)²⁴¹

Bununla beraber iflâsın ertelenmesinin hukuki niteliği konusunda öğretilerde farklı görüşler mevcuttur. **Atalay’a göre²⁴²**, iflâsın ertelenmesi diye müstakil bir dava olmayıp, asıl iş iflâs talebidir ve bu iş için de, özel hüküm sebebiyle kanun koyucu, talep üzerine, mahkemeye, geçici bir hukuki koruma kararı verme yetkisi vermiştir. İflâsın ertelenmesi ile iflâs davası bitmediği, iflâs davası kapanmayıp görülmeye devam ettiği için, iflâsın ertelenmesi çekişmesiz yargı içerisinde yer alan şirketler hukukuna özgü bir geçici hukuki koruma tedbiridir²⁴³. Yoksa zaten bir çekişmesiz yargı işi olan doğrudan iflâsın içinde iflâsın ertelenmesini de ikinci bir çekişmesiz yargı işi olarak kabul etmek, yani “çekişmesiz yargı işi içinde bir çekişmesiz yargı işi” kavramını kabul etmek pek anlamlı olmayacaktır. Ayrıca iflâsın ertelenmesi kararının 5 yıla kadar uzatılabilmesinden hareketle, bu denli uzun süren bir geçici hukuki korumanın olamayacağı yönündeki eleştiriye karşı da, uygulamada çok daha uzun süre devam eden ihtiyati tedbirlerin mevcut olduğu düşünülürse,

²⁴¹ Çekişme ve sübjektif hakkın yokluğu kıstasları (ETK m. 324). Budak, s. 141; Ahmet Türk, **Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları**, Ankara 1999, s. 306.

²⁴² Oğuz Atalay, **Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi**, İzmir, 2007, ss. 70-76; Atalay, *Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV*, ss. 199-200.

²⁴³ Atalay’a göre, iflâs hukuku ile ilgisi sadece borca batıklık sebebine dayanan iflâs davası veya yargılaması sırasında iflâsın ertelenmesinin talep edilebilmesi ile sınırlı olup, iflâs hükümlerinin devreye girmesini engelleyici bir etkiye de sahip olmasından bahisle iflâs hukuku içerisinde değerlendirilemez (Atalay, s. 73). “Esasen iflâsın ertelenmesi şirketler hukukuna özgü geçici bir koruma olduğuna göre, bozmadan sonra bu yönde bir karar oluşturulmasına olanak da yoktur.” 12. HD, 11.10.2005, 13446/19586 (Kazancı Bilgi Bankası). Karş. Özkes, Muhammet, “İflâsın Ertelenmesi”, **Legal Hukuk Dergisi**, Yıl: 3, S. 33, Eylül 2005, s. 3249-3283, ss. 3256-3258.

sürenin uzunluğunun, ertelemenin geçici hukuki koruma niteliğine bir etkisinin olmayacağını savunmaktadır²⁴⁴.

Özekes’e göre²⁴⁵ de iflâsın ertelenmesi geçici bir hukuki korumadır. Çünkü geçici hukuki koruma denilen kurumun hem çekişmeli hem de çekişmesiz yargı içerisinde görülmesi mümkündür. Geçici hukuki korumaya ilişkin doktrinde kabul edilen tüm özellikler ve başta şu üç temel özellik iflâsın ertelenmesinde da yer almaktadır. Bunlardan birincisi ivedilik; İİK m. 179/II son cümlesi, “*iflâsın ertelenmesi talepleri öncelikle ve ivedilikle sonuçlandırılır*” demekle bu şart belirtiliyor. İkincisi, yaklaşık ispat; burada da bir iyileştirme ümidi aranmakta, bir kesin ispat söz konusu değildir. Üçüncüsü de hukuki dinlenilme hakkı bakımından getirdiği özelliştir: İİK m. 179/II, “*Mahkeme gerek görürse idare ve temsille vazifelendirilmiş kimseleri ve alacaklıları dinleyebilir*” diyor. Bu özelliklere bakılınca geçici hukuki korumanın temel özelliklerinin burada mevcut olduğu görülüyor. Böylece, borçlunun talebi ile doğrudan iflâs bir çekişmesiz yargı işi olduğundan, iflâsın ertelenmesi de çekişmesiz yargı işi içinde bir geçici hukuki koruma olarak değerlendirilmesi gerekir. Ancak Atalay’dan farklı olarak Özekes, iflâsın ertelenmesinin şirketler hukukuna özgü değil, iflâs hukuku içerisinde ve iflâs hukukuna özgü bir geçici hukuki koruma olduğu görüşünü savunmaktadır²⁴⁶.

Budak’a göre ise²⁴⁷, iflâsın ertelenmesine ilişkin İİK m. 179, 179-A ve 179-B ile kanun koyucu sadece doğrudan doğruya iflâsa ilişkin bir geçici önlem değil, güç durumdaki işletmelerin rehabilitasyonuna ilişkin bir müessese yaratma amacı taşımaktadır. Kanunun amacı dikkate alındığında iflâsın ertelenmesinin müstakil bir müessese olarak yorumlanması ve tek başına bir çekişmesiz yargı işi olarak

²⁴⁴ Atalay, Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV, s. 272. Karş., Budak, s. 224.

²⁴⁵ Özekes, İflâsın Ertelenmesi, ss. 3253-3258; Özekes, Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV, ss. 217-219.

²⁴⁶ Özekes, İflâsın Ertelenmesi, ss. 3258.

²⁴⁷ Budak, ss. 223-224.

değerlendirilmesi gerekir. Budak ayrıca geçici bir hukuki koruma görüşünü 5 yıl sürmesi açısından da eleştirmektedir²⁴⁸.

2- Müflisin itibarının yerine getirilmesi (İİK m. 312-316)²⁴⁹.

İ. Diğer Hukuk Dallarında

1. Kanunda Belirtilen Çekişmesiz Yargı İşleri

Bu kısımda bilhassa Nüfus Hizmetleri Kanunu kapsamında yer alan çekişmesiz yargı işleri belirlenmiştir. Bunlar:

1- Nüfus kütüklerinin sayfa birleşim yerlerinin asliye hukuk mahkemesince mühürlenmesi (Nüfus Hizmetleri K. m. 6/III)²⁵⁰.

2- Noterlerin göreve başlarken mahkemede yemin ettirilmesi (Noterlik K. m. 37)²⁵¹.

3- Noter evrak ve defterlerinden alınarak başka yere gönderilecek örneklerin mahkeme tarafından tasdiki (Noterlik K. m. 4)²⁵².

²⁴⁸ Ayrıca bkz., Hakan Pekcanitez, “İflasın Ertelenmesi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 79, S. 2, 2005, ss. 323-358, ss. 335 ve 356. Öztekin’e göre, iflâsın ertelenmesi prosedürü çekişmesiz yargıya dahil olup iflâsa engel olan ve ilgili tarafların menfaatlerini koruyan bir adli tedbir olarak algılanmalıdır: Selçuk Öztekin, “İflasın Ertelenmesi”, **Bankacılar Dergisi**, S. 53, Haziran 2005, ss. 23-71, 30 ve 47; Türk ise, borca batıklık bildirimi ve bununla birlikte yapılan iflâsın ertelenmesi isteminin çekişmesiz yargıya dahil olup, geçici nitelik taşıyan ve erteleme süresini başlatan bir ara karar olduğu görüşündedir: Türk, ss. 306 ve 317; Yılmaz ise, iflâsın ertelenmesini, Ticaret kanununda düzenlenen ihtiyati tedbirler arasında saymaktadır: Yılmaz, s. 724 vd.

²⁴⁹ Çekişme ve sübjektif hakkın yokluğu ile önleyici-inşâî etki kıstasları. Budak, s. 142. “CMUK’un aksine CMK’da memnu hakların iadesi konusunda düzenleme getirilmiş olmadığından ortaya çıkan boşluğun bir an önce giderilmesi gerekir. Hileli müflis bakımından en azından adi ve taksirli müflis için düzenleme getiren İİK m. 313 ve 314 ile öngörülen şartların sağlanmasının aranması gerekir”: Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Özkan Sungurtekin ve Muhammet Özekes, **İcra ve İflâs Hukuku**, 8. Bası, Ankara, 2010, s. 615, dn. 113. Ayrıca karşı, Pekcanitez, *Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV*, s. 205.

²⁵⁰ Çekişme yokluğu kıstası. Kuru, Nizasız Kaza, s. 113; Budak, s. 143.

²⁵¹ Çekişme yokluğu kıstası. Kuru, Nizasız Kaza, s. 113; Budak, s. 143.

²⁵² Çekişme yokluğu kıstası. Kuru, Nizasız Kaza, s. 113; Budak, s. 143.

4- Kamu görevlilerinin mahkeme huzurunda kanunen yemin etme zorunluluğunun öngörüldüğü diğer durumlar²⁵³.

2. Öğretide Belirtilen Çekişmesiz Yargı İşleri

Öğretide ağırlıklı olarak çekişmesiz yargıya dâhil olduğu belirtilen ve kanunda sayılmamış olan diğer hukuk dallarına ilişkin çekişmesiz yargı işleri şunlardır:

1- Temhir ve tahrir işleri (HMK m. 406, eski HUMK m. 546-552,553-560)²⁵⁴.

2- Kamulaştırma bedelinin tespiti işi (Kamulaştırma K. m. 10, 11)²⁵⁵.

3- Toplu İş Söz. Grev ve Lokavt Kanunu'na göre açılan yetki tespitine itiraz işi (m. 15)²⁵⁶.

4- Grev ve lokavt dışı kalacak işçilerin tespitine itiraz işi (Toplu İş Söz. Grev ve Lokavt K. m. 39/II)²⁵⁷.

5- İşkolunun tespitine itiraz işi (Sendikalar K. m. 4)²⁵⁸.

6. Yangın, yer sarsıntısı, seylâp veya heyelan sebebiyle mahkeme ve adliye dairelerinde ziyaya uğrayan dosyaların, 4473 sayılı kanun²⁵⁹ hükümleri çerçevesinde yenilenmesi işlemleri²⁶⁰.

²⁵³ Çekişme yokluğu ve sübjektif hakkın yokluğu kıstasları. Örneğin: BDDK üyelerinin Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu önünde; BDDK'nun yerinde denetim yapmaya yetkili meslek personelinin Ankara Ticaret Mahkemesi önünde; bankaların yönetim kurulu üyeleri ile müdürler kurulu başkan ve üyelerinin seçilmeleri veya atanmalarından sonra yerel ticaret mahkemesi huzurunda yemin etmeleri (5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 27, 84 ve 95). Budak, s. 143.

²⁵⁴ Çekişme yokluğu kıstası. Kuru, Nizasız Kaza, s. 112; Budak, s. 140.

²⁵⁵ Kuru, HMu, C. I, s. 282; Baki Kuru ve Ali Cem Budak, **Tespit Davaları**, 2. Baskı, İstanbul, 2010, s. 280.

²⁵⁶ Re'sen araştırma kıstası. Kuru/Budak, ss. 280-182.

²⁵⁷ Re'sen araştırma kıstası. Kuru/Budak, ss. 282-283.

²⁵⁸ Re'sen araştırma kıstası. Kuru/Budak, ss. 285-287.

²⁵⁹ RG: 21.7.1943, Sayı: 5461.

²⁶⁰ Çekişme yokluğu ve önleyici etki kıstasları. Kuru, Nizasız Kaza, s. 113; Budak, s. 140.

7- “Organize Sanayi Bölgesi (OSB) kurmak amacıyla müteşebbis heyeti meydana getiren kurum ve kuruluşlar adına iktisap edilmiş bulunan arsa, arazi ve taşınmazlar ile bilahare bunlar üzerinde müteşebbis heyeti meydana getiren Kurum ve Kuruluşlar adına inşa edilmiş olan binalar ve ortak tesislerin OSB tüzel kişiliği lehine tapuda tashihen tescil edilmesi ve tescil sırasında, Arsa Ofisi Genel Müdürlüğü’nden satın alınmış olan arsa ve arazilerde Arsa ofisi Kanunu’nun 11. maddesine göre tapuya işlenmiş olan şerhlerin silinmesi” (MK m. 1009; 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu²⁶¹, Geçici m. 6; 1164 sayılı Arsa Üretimi ve Değerlendirilmesi Hakkında Kanun (4698 sayılı Kanun ile değişik) m. 11)²⁶².

IV. ÇEKİŞMESİZ YARGI KARARLARI ve ÖZELLİKLERİ

A. Çekişmesiz Yargı Kararları

Çekişmeli yargıda kararlar, esasen ara kararlar ve nihaî kararlar olmak üzere iki’ye ayrılırlar. Eğer hâkim, karar verdikten sonra yargılamaya son vermeyip onu yürütmeye devam ediyor ve o yargılamadan elini çekmiyorsa, bu kararlar ara kararlardır. Örneğin, görev ve yetki itirazlarının reddine ilişkin kararlar bu niteliktedir²⁶³. Buna karşılık hâkim, karar verdikten sonra yargılamaya devam etmeyip, o yargılamadan elini çekiyorsa, bu tür kararlar nihaî kararlardır. Hâkim verdiği nihaî karar ile yargılamayı usûl ya da esas yönünden sonuçlandırmakta ve böylece verdiği karardan dönmesi veya onu değiştirmesi de söz konusu olmamaktadır²⁶⁴. Örneğin, görevsizlik kararı, yetkisizlik kararı, davacının açtığı alacak davasının kabulü veya reddi kararı gibi²⁶⁵.

²⁶¹ RG. 15.4.2000, S. 24021

²⁶² Çekişme yokluğu ve inşâi etki kıstasları. Budak, s. 143 ve dn. 111.

²⁶³ Kuru, HMu, C. III, ss. 2997-2998; Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 530-531; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 435. Kural olarak hâkim verdiği ara kararlarından yargılama sonuçlanmadan önce dönebilir. Ancak hâkimin ara kararı ile taraflardan biri lehine usulî kazanılmış hak doğmuş ise, artık hâkimin bu ara kararından dönmesi mümkün değildir. Ayrıca, ara kararlar davayı sona erdirmede için, bu kararlar tek başına temyiz edilemez; ancak, esas hükümle birlikte temyiz edilebilirler. Kuru, HMu, C. III, ss. 3000-3003; Üstündağ, ss. 788-789; Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 531, 562 ve dn. 365; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 435.

²⁶⁴ “Ne var ki, hâkim duruşmaya son verip, kararı anlatmakla davadan elini çekmiştir. Artık mahkemece, ... davayı tekrar ele alıp, esasa etkili karar verilemez.”: Yar. 1. HD, 12.12.2002,

Nihaî kararlar da, esasa ilişkin kararlar (hükümler) ve usûle ilişkin nihaî kararlar olarak iki'ye ayrılırlar²⁶⁶. Usûle ilişkin nihaî kararlar, davanın esasına ilişkin olmayan kararlardır. Bu kararlar maddî hukuk bakımında değil de usûl hukuku bakımından verilen nihaî kararlar olup, talep sonucu (esas) hakkında bir karar verilmediği için taraflar arasındaki uyuşmazlık çözümlenmiş olmaz. Örneğin, görevsizlik, yetkisizlik veya taraflardan birinin dava ehliyetinin bulunmaması sebebiyle davanın reddine ilişkin kararlar, usûle ilişkin nihaî kararlardandır²⁶⁷.

Esasa ilişkin nihaî kararlar ise, “hüküm” olarak nitelendirilmektedir (HMK m. 294/1, eski HUMK m. 381). Buna göre, hüküm, hâkimin uyuşmazlığın esasını inceleyerek verdiği ve taraflar arasında uyuşmazlığı sona erdiren bir karardır. Hüküm ile hâkim, davada ileri sürülen talepleri maddî hukuk açısından inceleyerek talep sonucu (esas) hakkında bir nihaî karar vermektedir. Örneğin, davacının alacak talebinin kabulüne veya reddine ilişkin karar veya boşanmaya ilişkin nihaî kararlar gibi²⁶⁸.

Ancak görüldüğü gibi karar ve hüküm farklı kavramlar olup birbirleri ile karıştırılmamalıdır. Her hüküm bir karar olmakla birlikte her karar bir hüküm değildir. Karar, hem esasa ilişkin hem de usule ilişkin olabileceği için; sadece esasa ilişkin olan hükmü de kapsayan daha genel ve üst bir kavramdır. Bunun sonucu olarak hâkimin verdiği her karar bir hüküm teşkil etmez²⁶⁹. Kanunda da nihaî kararlara ilişkin olarak uyuşmazlığın esası hakkında verilen nihaî karar, yani hüküm temel alınmıştır (HMK m. 294/1). Ancak hükme ilişkin hususların, niteliğine aykırı

13589/14189 (YKD 2003/7, s. 1033). “Buna “kararın olumsuz ya da negatif bağlayıcı etkisi” denilebilir”: Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 540.

²⁶⁵ Ara kararların aksine, nihaî kararlar kural olarak temyiz edilebilirler. Kuru, HMK, C. III, ss. 3004-3005; Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 530-531; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 436.

²⁶⁶ Ayrıca davanın konusuz kalması halinde verilen nihaî kararlar için bkz. Kuru, HMK, C. III, ss. 3015-3043.

²⁶⁷ Kuru, HMK, C. III, ss. 3014-3015; Üstündağ, s. 800; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 531.

²⁶⁸ Kuru, HMK, C. III, s. 3005; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 531.

²⁶⁹ Kuru, HMK, C. III, s. 2997; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 530.

düşmedikçe, usule ilişkin nihaî kararlar hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir (m. 294/6)²⁷⁰.

Çekişmesiz yargıda bir çekişme (ihtilaf) hakkında karar verilmediği için bir dava da söz konusu değildir. Yani hâkim, taraflar arasındaki bir uyuşmazlığın esası hakkında, uyuşmazlığı sona erdiren bir hüküm vermemektedir. Bundan dolayı çekişmesiz yargı işleri için, davayı esastan karara bağlayan nihaî karar anlamında “hüküm” tabirini “karar” şeklinde anlamak gerekecektir²⁷¹. Bunun gibi çekişmeli yargıya has bir tâbir olan “ilâm” kelimesi²⁷² de çekişmesiz yargıya yabancısıdır. Çünkü ilâm, hükmün taraflara tebliğ edilen suretleri (nüshaları) için kullanılan bir kavramdır (HMK m. 301/2, eski HUMK m. 392). Oysa çekişmesiz yargıda taraf (hasım) yoktur. Bunun sonucu olarak çekişmesiz yargıdaki kararları, gerek maddî bakımdan (yani hüküm yerine) gerekse şeklî bakımdan (çekişmesiz yargıya ait kararları gösteren suret, yani ilâm yerine) bir ayırım yapmadan “karar” olarak nitelendirmek uygun olacaktır²⁷³.

Bununla beraber, çekişmesiz yargıda da kararları, çekişmeli yargıda olduğu gibi, yargılamayı ilerletmeye yarayan ara karar ve yargılamaya son veren nihaî karar olarak iki'ye ayırmak mümkündür²⁷⁴. Zira çekişmesiz yargıda da hâkim görev veya yetki itirazının reddine ilişkin bir ara karar verebileceği gibi, çekişmesiz yargı işini sonlandıran bir görevsizlik, anlaşmalı boşanma veya gaiplik kararı verebilecektir.

B. Çekişmesiz Yargı Kararlarının Kesinliği (Kesin Karar)

Adli gerçeği ifade eden kesin hüküm, hukuk güvenliğinin ve barışın sağlanması için en önemli araçtır. Kesin hüküm ile kişiler arasındaki uyuşmazlıkların gelecek için kesin olarak sona erdirilmesi amaçlanır. Bu amacın gerçekleşmesinde

²⁷⁰ Hükümler dava çeşitlerine paralel olarak eda, tespit ve inşai hükümler olmak üzere üçe ayrılır. Bkz. Kuru, HMK, C. III, ss. 3005-3014. Ayrıca bkz, aşağıda II. Bölüm, § 1, II.

²⁷¹ Kuru, Nizasız Kaza, ss. 173-174 ve dn. 7; Budak, s. 174.

²⁷² Uygulamada her ne kadar ilâm ve hüküm kavramları zaman zaman birbirinin yerine kullanılmaktaysa da, bu kullanım yanlıştır. Çünkü ilâm, hükmün kendisi değildir; hükmün tebliğ edilen suretidir (HMK m. 301/2). Kuru, HMK, C. III, s. 3146; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 530.

²⁷³ Kuru, Nizasız Kaza, ss. 175-176.

²⁷⁴ Kuru, Nizasız Kaza, s. 174.

kişilerden sonra devletin de menfaati vardır. Devletin (kamu) menfaati ikinci derecede yer alır, zira asıl menfaat kişilerininkidir. Çünkü kişiler yargılama esnasında bütün imkânlarını kullanarak aralarındaki uyuşmazlığın kesin olarak son bulmasını ve hukuki durumun artık mutlak olarak belirlenmesini isterler. Devlet de, aynı uyuşmazlık ile mahkemelerinin defalarca meşgul edilmesini istemez. Böylece kesin hüküm ile hem kişiler hem de devlet açısından hukukî durumda istikrar yaratılmış olur²⁷⁵.

Ayrıca kesin hüküm kamu düzenine ilişkin olduğundan, tarafların kesin hüküm ve bunun etkisi konusunda sözleşme yapmaları mümkün olmadığı gibi, kesin hüküm mahkemece de re'sen göz önünde tutulur²⁷⁶.

Kesin hüküm, maddî anlamda kesin hüküm ve şeklî anlamda kesin hüküm olarak iki'ye ayrılmaktadır. Bir mahkeme hükmüne ancak belli bir safhaya kadar itiraz edilebilmesi şeklî anlamda kesin hükmü ifade ederken²⁷⁷; davanın tarafları arasındaki hukukî ilişkinin bütün bir gelecek için kesin olarak tespiti, yani hükme bağlanan davanın aynısının artık bir daha açılmaması ise maddî anlamda kesin hükmü ifade eder. Her ne kadar bu iki kavramın birbirinden farklı anlamları ve işlevleri olsa da, birbirleri ile sıkı ilişki içindedirler. Çünkü bir hükmün maddî anlamda kesinleşmesi için şeklî anlamda da kesinleşmiş olması zorunlu bir şarttır. Bu nedenle de, hükmün sadece maddî anlamda kesinleşmesi, dar anlamda kesin hükmü

²⁷⁵ Postacıoğlu, 6. bası, ss. 677-678; Kuru, HMu, C. V, ss. 4979-4980; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 560; MünchKommZPO/Gottwald, § 322, ss. 1936-1937; Stein/Jonas/Leipold, § 322, ss. 1184-1185; Walther J. Habscheid, "Die Rechtskraft nach schweizerischem Zivilprozeßrecht", **Schweizer Juristen Zeitung**, Heft 13, Zürich, 1978, (Die Rechtskraft), ss. 201-209, s. 202.

²⁷⁶ Üstündağ, ss. 695-696; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 560; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 555, dn. 3.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 151, s. 872; MünchKommZPO/Gottwald, § 322, s. 1947; Stein/Jonas/Leipold, § 322, ss. 1234-1235; Zöller/ Vollkommer, Vor § 322, s. 1037, kn. 20. BGH, NJW 1993, s. 3204.

²⁷⁷ Bütün nihaî kararlar, şeklî anlamda kesin hüküm haline gelmekle beraber; nihaî karar ile kesin hüküm farklı kavramlardır. Çünkü hâkim karar verdikten sonra yargılamadan elini çekiyorsa, bu bir nihaî karar olmakla birlikte henüz kesin bir karar değildir. Bu karar, ancak kanun yoluna başvuru süresi içerisinde başvurulmamış olması veya başvuru üzerine verilen karardan sonra başvurulacak başka bir kanun yolunun kalmaması ile kesinleşecektir. Bununla beraber nihaî karara karşı kanun yoluna başvuru imkânı yoksa bu karar verildiği anda kesin karar teşkil eder. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 560; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 149, s. 863. Habscheid, Die Rechtskraft, s. 202.

ifade ederken, hükmün şekli ve maddi anlamda kesinleşmesi ise geniş anlamda kesin hükmü ifade eder²⁷⁸.

Çekişmesiz yargı alanında “hüküm” tabirinin yabancı olması sebebiyle, çekişmeli yargıda ifade edilen kesin hüküm yerine “kesin karar” tabirini kullanmak daha uygun olacaktır. Bundan sonrasında kesin karar tabiri ile çekişmesiz yargıda verilen kararların hem şekli hem de maddi anlamda kesinliği kastedilecektir²⁷⁹.

Aşağıdaki açıklamalarımızda öncelikle çekişmeli yargı açısından şekli ve maddi kesinliğe ilişkin düzenlemeler açıklanacak ve ardından konuların sonunda şekli ve maddi anlamda kesinlik, çekişmesiz yargı alanında verilen kararlar açısından kıyaslanarak değerlendirilecektir.

1. Şekli Anlamda Kesin Karar

a. Kavram ve Meydana Gelmesi

Bir hükmün şekli anlamda kesinliğe sahip olması ile, o hüküm aleyhine artık başvurulabilecek normal kanun yollarının kalmaması (veya baştan bulunmaması) anlaşılır. Şekli anlamda kesin hükmün amacı, bir uyuşmazlığın gelecek için son bulmasına hizmet etmektir²⁸⁰. Şekli anlamda kesin hüküm iki şekilde ortaya çıkabilir. Bunlardan birincisi, ilk derece mahkemesince verilen karara karşı istinaf yoluna

²⁷⁸ Üstündağ, ss. 36 ve 693-694; Postacıoğlu, s. 678; Kuru, HMu, C. V, s. 4980; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 560; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 553; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 149, s. 863; MünchKommZPO/Gottwald, § 322, s. 1936 ve 1939; Bork/Jacoby/Schwab – (Elzer, Oliver), § 45, s. 149; Stein/Jonas/Leipold, § 322, s. 1179. Ayrıca bkz. HMK 303. madde gerekçesi. Bu yönde, Yar. 16. HD, 15.7.1991, 12819/10931 (YKD 1992/5, ss. 741-742).

²⁷⁹ Kuru, Nizasız Kaza, s. 177. Ancak burada peşinen çekişmesiz yargı kararlarının da hem şekli hem de maddi anlamda kesinleşebileceği sonucu çıkarılmamalıdır.

²⁸⁰ Kuru, HMu, C. V, s. 4981; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 561; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 554; Habscheid, Die Rechtskraft, s. 202; Thomas Rauscher, **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung**, Band I, 3. Auflage, München, 2008, § 322, s. 1936; Richardi Zöllner und Max Vollkommer, **Zöllner Zivilprozessordnung**, 28. Auflage, Köln, 2010, Vor § 322.

başvurulamayacak olması hâlidir. Bu durumda hüküm verildiği anda şeklî anlamda kesinleşmiş olur²⁸¹.

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 341. maddesine göre, kural olarak ilk derece mahkemelerinden verilen nihaî kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilmekle beraber, bu kararların niteliğine göre bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre miktar ve değere tâbi malvarlığına ilişkin davalarda kanunun belirlediği para sınırını geçmeyen nihaî kararlar için (ister esasa isterse usûle ilişkin nihaî karar olsun) istinaf yoluna başvurulamaz ve bu kararlar verildikleri anda kesindirler. Malvarlığına ilişkin olmayan davalar bakımından ise kanunda bir sınırlama yapılmadığından, bu konudaki ilk derece mahkeme kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Aynı şekilde, çekişmesiz yargı kararlarına karşı da istinaf yoluna başvurulabilir (HMK m. 387)²⁸².

Şeklî anlamda kesin hükmün ortaya çıkabileceği ikinci durum ise, kanun yoluna tâbi olan kararlara ilişkindir. Buna göre ilk derece mahkemesi tarafından verilen hükme karşı kanun yolu açık olmakla beraber, ya süresi içinde başvurulmaması ya da hükme karşı süresi içinde kanun yoluna başvurulmuş olmakla beraber bu başvuru üzerine verilen karardan sonra başvurulabilecek başka bir kanun yolunun kalmaması sonucunda hüküm şeklî anlamda kesinleşir. Bunun gibi, kanun yoluna başvurmadan feragat edilmesi (birden fazla kişinin kanun yoluna başvurma hakkı varsa hepsinin feragati) ile de verilen hüküm şeklî anlamda kesinleşmiş olur²⁸³.

Çekişmeli yargıda olduğu gibi çekişmesiz yargı işlerinde de, mahkemece verilen karara karşı ilgililerin artık normal kanun yollarına başvurarak o kararı iptal ettiremeyecek olmaları, şeklî anlamda kesin kararı ifade eder. Buna göre, aleyhlerine kanun yoluna gidilemeyeceği öngörülen kararlar verildikleri anda şeklî anlamda kesinleşirler (örneğin, komanditer ortağın talebiyle şirket hesaplarını incelemek için

²⁸¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 561; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 716.

²⁸² Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 592-593; Kuru/Arslan/Yılmaz, ss. 640-642.

²⁸³ Kuru, HMu, C. V, ss. 4982-4984; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 561; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 716; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 554; Bork/Jacoby/Schwab – (Elzer), § 45, s. 150; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 150, ss. 866-867. Fridrich Stein, Martin Jonas und Dieter Leipold, **Kommentar zur Zivilprozessordnung**, Band 4, 22. Auflage, Tübingen, 2008, § 322, ss. 1178-1179.

bir işlem denetçisinin atanmasına ilişkin mahkeme kararı, verildiği an kesindir (TTK m. 310/2)).

Aynı şekilde çekişmesiz yargı kararlarına karşı kural olarak yalnız istinaf yolunun açık olması sebebiyle (HMK m. 387)²⁸⁴, kanunlarca verildikleri anda kesin oldukları öngörülmeleyen bütün çekişmesiz yargı kararlarına karşı süresi içerisinde istinaf yoluna başvurulmamış veya başvurulup, bu başvuru üzerine verilen karardan sonra tüm kanun yolları tüketilmişse karar şekli anlamda kesinleşir. Bu sebeple 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzdaki düzenlemeyle çekişmesiz yargı işlerine ilişkin mahkeme kararları ile çekişmeli yargı kararları arasında şekli anlamda kesinlik bakımından kural olarak bir fark söz konusu değildir²⁸⁵.

Ancak kanımızca²⁸⁶, bütün çekişmesiz yargı kararlarına karşı sadece istinaf yolunun kabul edilmesi ve temyiz yolunun yine bütün çekişmesiz yargı kararları için kapatılması isabetli olmamıştır²⁸⁷. Gerçi kanun koyucu bu düzenleme ile genelde çekişmeli yargıya nazaran daha basit ve daha az öneme sahip olan çekişmesiz yargı işleri ile Yargıtay'ı devre dışı bırakıp, Yargıtay'ın iş yükünü azaltmayı hedeflemiş olsa da, bu yöntemin bütün çekişmesiz yargı işleri için isabetli olmadığını düşünüyoruz.

Bunun yerine **Budak'ın** yaptığı ayırım gibi²⁸⁸ çekişmesiz yargı işlerini iki'ye ayırmak ve sadece “basit (küçük)” çekişmesiz yargı işleri²⁸⁹ arasında sayabileceğimiz

²⁸⁴ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 362. maddesinde temyiz edilemeyen kararlar genel olarak belirtilmiştir. Maddede sayılan kararlar arasında çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar da açıkça yer almaktadır (362/1-ç).

²⁸⁵ Kuru, Nizasız Kaza, s. 178, dn. 33. Karş. Habscheid, § 28, s. 205.

²⁸⁶ Budak, ss. 180-181.

²⁸⁷ Kanun koyucu 362. maddenin (d) bendinde “soybağına ilişkin sonuçlar doğuran” nüfus kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin davaları temyiz edilemeyen kararların dışında tutmuştur. Bu sebeple istisnai olarak soybağına ilişkin sonuçlar doğuran çekişmesiz yargı kararlarının temyiz edilebileceği kabul edilmiştir. Budak, s. 181.

²⁸⁸ Budak, ss. 144-148, ayrıca bkz. “tartışmalar” kısmında ss. 224-225.

²⁸⁹ Burada kullanılan “basit-küçük” çekişmesiz yargı işleri kavramı ile usul ekonomisi düşüncesi ile yapılan ayırım dikkate alınmıştır. Yoksa yargının küçüğü veya büyüğü olmaz, bütün haklar aynı şekilde korunmaya layıktır. Ancak bir derecelendirme yapılarak bir kısım çekişmesiz yargı işlerinde ileri derecede hukuki himayenin sağlanmaması mümkündür. Anayasa Mahkemesi de bir kararında “temyizde parasal sınır koymak doğru mudur, acaba küçük dava-büyük dava olur

evlenmede bekleme süresinin kaldırılması, hâkim tarafından resmi vasiyetnamenin düzenlenmesi gibi işler bakımından istinaf kanun yolu ile yetinilmesi daha isabetli olurdu. Buna karşın “adi (büyük)” çekişmesiz yargı işleri olarak addedilen doğrudan doğruya iflâs veya taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımı ile kazanılması gibi çekişmesiz yargı işleri, çekişmeli yargı işlerinden daha basit ve daha az öneme sahip olmadıklarından bu işler için istinaf ile birlikte temyiz yolunun da açık olması kanımızca daha isabetli olurdu²⁹⁰.

Ayrıca bazı özel kanun hükümleri ile bir kısım çekişmesiz yargı kararlarına karşı, kararı veren mahkemede veya asliye hukuk mahkemesinde, “itiraz” yolu öngörülmüştür. Örneğin, TMK m. 27/III, 294, 422/II, 461, 488²⁹¹. Olması gereken hukuk bakımından, çekişmesiz yargı işleri için itiraz yolunun genişletilmesinin yararlı olacağı ve bu şekilde Yargıtay’ın iş yükünün hafifleyeceği ileri sürülmektedir²⁹². Fakat itiraz mahkemesi genelde asliye mahkemesi olduğundan, bu kez de zaten iş yükü fazla olan asliye mahkemesinin iş yükü daha da artacaktır²⁹³. Ayrıca “itiraz” bir kanun yolu olmamakla birlikte bir hukuki çare olarak nitelendirilmektedir²⁹⁴.

b. Sonuçları

Kararların şekli anlamda kesinleşmesi ile şu neticeler meydana gelir. 1- Kesinleşen karara karşı artık olağan kanun yollarına gidilemez. 2- Bir kararın maddi anlamda kesinleşebilmesi için, o kararın öncelikle şekli anlamda kesinleşmiş olması

mu, küçük dava sahiplerini temyiz hakkından mahrum etmek mümkün olur mu?”(Anayasa Mahkemesi, 20.01.1986, 1985-23/1986-2, RG. 16.04.1986, S. 19080) sorusuna, hak arama özgürlüğünde, kanunla yapılacak bu tür sınırlandırmaların Anayasaya uygun olabileceği sonucuna varmıştır: Budak, Tartışmalar, ss. 224-225. Ayrıca karş. Ulukapı, Ömer, Tartışmalar, s. 201.

²⁹⁰ Aynı yönde bkz. Kuru, Tartışmalar, ss. 196-197; Pekcanitez, Tartışmalar, s. 205; Tercan Erdal, Tartışmalar, s. 222.

²⁹¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 82; Budak, ss. 182-186; Budak, Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, ss. 140-148.

²⁹² Kuru, Nizasız Kaza, s. 202; Budak, s. 186.

²⁹³ Bkz. Pekcanitez, “Tartışmalar”, s. 204.

²⁹⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 82; karş. Kuru, Nizasız Kaza, ss. 201-220; Budak, ss. 182, 186.

şarttır²⁹⁵. 3- Çekişmesiz yargı’da “ne bis in idem” ilkesinin uygulanabilmesi için²⁹⁶, kararın şekli anlamda kesinleşmiş olması gerekir²⁹⁷.

Şekli anlamda kesin karar kural olarak geleceğe etkilidir ve sona ermez. Ancak istisnaen olağanüstü kanun yolu olan “yargılamanın iadesi”ne başvurarak (HMK m. 374-381) veya olağan kanun yolu süresinin geçirilmiş olması durumunda “eski hale getirme” talebi kabul edilirse şekli anlamda kesinlik ortadan kalkar ve karar kesinleşmemiş gibi kanun yolu incelemesi yapılır²⁹⁸.

2. Maddî Anlamda Kesin Karar

a. Genel Olarak

Çekişmeli yargıda tarafların amacı, aralarındaki hukukî uyuşmazlığın bütün bir gelecek için kesin olarak tespit edilerek son bulmasıdır. Mahkeme tarafından verilen hüküm, bu amaca ulaşmaya hizmet eden bir vasıtaadır. Bu sebeple maddî anlamda kesin hüküm, mahkeme kararlarına tanınan yasal gerçeklik vasfıdır²⁹⁹. Mahkeme kararlarına tanınan bu gerçeklik vasfından dolayı karar, kararı veren mahkeme tarafından değiştirilemez, olağan kanun yoluna başvurulamaz, tekrar dava edilemez ve daha sonra açılacak olan davalarda bağlayıcı olacaktır. Böylece bir hüküm, maddî anlamda kesinleşip kimin ne yönde haklı olduğu tespit edildikten sonra, aynı taraflar arasında, aynı dava konusu hakkında ve aynı dava sebebine dayanarak ikinci bir dava açılmaz; açılırsa bu ikinci dava usulden (dava şartı yokluğundan) reddedilecektir³⁰⁰.

²⁹⁵ Kuru, HMu, C. V, ss. 4984-4985; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 561; MünchKommZPO/Gottwald, § 322, s. 1941; Stein/Jonas/Leipold, § 322, s. 1189.

²⁹⁶ Bkz. Aşağıda, §4, II, B, 5, a no’lu başlık altındaki açıklamalar.

²⁹⁷ Kuru, Nizasız Kaza, s. 179.

²⁹⁸ Kuru, HMu, C. V, s. 4985; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 561.

²⁹⁹ Kuru, HMu, C. V, s. 4986; Kuru, Nizasız Kaza, s. 179; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 556.

³⁰⁰ Kuru, HMu, C. V, s. 4986; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 562; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 556; Özkaya-Ferendeci, s. 98 vd.; Stein/Jonas/Leipold, § 322; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 151, s. 869; MünchKommZPO/Gottwald, § 322, s. 1936.

Maddî anlamda kesin hüküm ile bir yandan taraflar arasındaki uyuşmazlığın bütün bir gelecek için son bulması sağlanırken, diğer yandan da gereksiz yere mahkemelerin meşgul edilmesi önlenerek, çelişik kararların verilmesi engellenir. Böylece tarafların yargı kararlarına güveni tesis edilerek hukukî istikrar ve barış korunmuş olur³⁰¹.

Çekişmeli yargıya ilişkin bütün nihaî kararlar ile feragat, kabul ve sulh hakkında verilen kararlar maddî anlamda kesin hüküm teşkil ederler. Davayı esastan halleden hükümler (esasa ilişkin nihaî kararlar) gibi usûle ilişkin nihaî kararlar da maddî anlamda kesin hüküm teşkil eder. Ancak, usûle ilişkin nihaî kararlar sadece ilişkin oldukları usûlî eksiklik hakkında kesin hüküm teşkil eder; yoksa dava konusu uyuşmazlığın esası hakkında kesin hüküm teşkil etmez. Buna göre bir dava, hükümle değil de, görevsizlik (veya yetkisizlik) gibi usûle ilişkin bir nihaî karar ile sonuçlanmış ise, usûle ilişkin bu eksiklik tamamlanarak tekrar bir ikinci dava açılabilir. Bu durumda her ne kadar görevli mahkemede açılan ikinci dava ile birinci davanın konusu aynı olsa da birinci davada o konunun esası hakkında bir karar verilmediği için, birinci davada verilen görevsizlik kararı, ikinci davada kesin hüküm teşkil etmeyecektir³⁰².

b. Maddî Anlamda Kesin Hükümün Şartları

Kesin hükmü düzenleyen HMK m. 303'e göre, yeni açılan bir davaya karşı o davanın daha önce maddî anlamda kesin hükme bağlandığından bahsedebilmek için üç şartın bir arada bulunması gerekir. Buna göre, her iki davanın taraflarının, dava sebebinin (vakıaların) ve dava konusunun, yani ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması şarttır.

³⁰¹ Kuru, HMu, C. V, ss. 4986-4987; Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 562, 572; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 555; Stein/Jonas/Leipold, § 322, s. 1184.

³⁰² Kuru, HMu, C. V, s. 4995 ve ss. 5037-5038; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 563; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 153, s. 873; MünchKommZPO/Gottwald, § 322, s. 1971; Stein/Jonas/Leipold, § 322, s. 1208; Zöller/Vollkommer, § 322, s. 1056.

(1) Tarafların Aynı Olması (Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları)³⁰³

Maddî anlamda kesin hükümün varlığından bahsedebilmek için, eski dava ile yeni davanın taraflarının aynı olması gerekir. Medeni yargının amacının taraflar arasındaki uyuşmazlıkları çözmekle sınırlı olduğundan, dava sonunda verilen hüküm sadece tarafları lehe ve aleyhe etkiler (kesin hükümün nisbiliği ilkesi)³⁰⁴. Kural olarak kesin hükümün davanın tarafları dışında üçüncü kişilere herhangi bir etkisi yoktur. Aksi durum hukuki dinlenilme hakkı ile de çelişir. Zira bir yargılamanın süjesi olabilecek ve yargılamadan etkilenebilecek olan kişilerin hukuki dinlenilme hakkı söz konusudur³⁰⁵.

Her ne kadar kesin hükümden söz edebilmek için her iki davanın taraflarının aynı olması gerekse de, tarafların her iki davada da aynı sığata sahip olmalarına gerek yoktur. Yani ilk davada davacı olan taraf ikinci davada davalı ve yine ilk davada davalı olan taraf ikinci davada davacı olarak hareket etse bile taraflar aynıdır. Bu durumda dava sebepleri ve konusu da aynı ise, ikinci dava kesin hükümden dolayı reddedilir³⁰⁶.

Kesin hüküm, tarafların küllî halefleri hakkında da geçerlidir (m. 303/3). Davanın tarafı olmamakla beraber cüz’i halefler de kesin hükümden yararlanırlar. Kanunda açıkça, hükümün kesinleşmesinden sonra dava konusu şeyin mülkiyetini tarafların birisinden devralan yahut dava konusu şey üzerinde sınırlı bir aynı hak veya fer’i zilyetlik kazanan kişiler hakkında da kesin hükümün geçerli olacağı düzenlenmiştir (m. 303/4)³⁰⁷.

³⁰³ Kesin hükümün sübjektif sınırları hakkında daha geniş bilgi için bkz: Nevhis Deren Yıldırım, **Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları**, İstanbul, 1996.

³⁰⁴ Deren-Yıldırım, s. 15; Rosenberg/Schwab/Gotwald, § 156, s. 887; MünchKommZPO/ Gottwald, § 322, s. 1963.

³⁰⁵ Özekes Muhammet, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara, 2003, s. 253 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 567; ayrıca bkz. Deren-Yıldırım, ss. 40-43.

³⁰⁶ Kuru, HMu, C. V, s. 5020; Üstündağ, s. 696; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 567; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, ss. 557-558.

³⁰⁷ Kuru, HMu, C. V, ss. 5027-5031; Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 567-568; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 559; Deren-Yıldırım, ss. 73-80. Rosenberg/Schwab/Gotwald, § 156, II, s. 887 vd.; Gaul, Aktuelle Probleme, s. 108. “Kesin hüküm kamu düzeniyle ilgili olup, küllî ve cüz’i

Davanın devamı sırasında taraflardan biri ölürse, dava ölen tarafın küllî haleflerine karşı yürümeye devam eder. Küllî halefler ölümle beraber davanın tarafı haline geldikleri için, yargılamanın sonunda verilen hüküm doğrudan onlara karşı alınmış olur³⁰⁸. Ancak cüz’i haleflerin durumu burada fark arz ediyor. Davanın açılmasından sonra ve daha kesin hüküm meydana gelmeden dava konusu şey devredilirse, bu durumda davanın devralan kişiye (cüz’i halefe) karşı sürdürülmesi gerekir. Buna rağmen dava devredene karşı sürdürülmeye devam eder ve taraf değişikliğine gidilmeyip hüküm kesinleşirse, böyle bir hüküm cüz’i halefe karşı kesin hüküm teşkil etmez³⁰⁹.

Kesin hüküm sadece davanın tarafları için geçerli olduğundan; müteselsil borçlulardan biri veya birkaçı ile alacaklı arasında yahut müteselsil alacaklılardan biri veya birkaçı ile borçlu arasında oluşan kesin hüküm, diğerleri hakkında geçerli değildir (m. 303/5)³¹⁰.

(2) Dava Sebebinin (Vakıaların) Aynı Olması (Kesin Hükümün Objektif Sınırları)³¹¹

Dava sebebi, davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıalar, yani hayat olayıdır. Hukuki sebepler ise, davacının talep sonucunu haklı göstermek için dayandığı vakıaların (olayların) hukukî niteliği, yani soyut hukuk normudur. Örneğin, sözleşmeye aykırılık, sebepsiz zenginleşme veya haksız fiil hükümleri gibi³¹². Maddî anlamda kesin hüküm için aranan ikinci şart dava sebeplerinin aynı olmasıdır. Fakat ferdileştirme ilkesine³¹³ dayanan bazı yazarlar³¹⁴, kesin hükümdeki

halefleri de bağlar” Yar. 1. HD, 19.9.1989, 17863/9806 (YKD 1989/7-9, s. 1725). “...kesin hükümün akdi ya da irsi haleflerini de bağlayacağı kuşkusuzdur” Yar. 7. HD, 9.7.2007, 2580/2536 (YKD 2008/7, ss. 1315-1316).

³⁰⁸ Deren-Yıldırım, s. 74;

³⁰⁹ Deren-Yıldırım, s. 77; Kuru, HMu, C. V, s. 5029; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 568.

³¹⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 568; Deren-Yıldırım, ss. 132-135; karş. Üstündağ, ss. 699-704.

³¹¹ Kesin hükümün objektif sınırları hakkında daha geniş bilgi için bkz: Hamide Özden Özkaya-Ferendeci, **Kesin Hükümün Objektif Sınırları**, İstanbul, 2009.

³¹² Kuru, HMu, C. II, s. 1591; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 227.

³¹³ “Ferdileştirme ilkesine (Individualisierungstheorie) göre, dava dilekçesinde talep sonucunu haklı gösteren hukukî sebeplerin (hukukî ilişkinin) belirtilmesi gerekli ve yeterlidir; vakıaların

dava sebebi kavramını hukuki sebepler olarak değerlendirmektedirler. Oysa bizim de katıldığımız öğretideki ağırlıklı görüşe göre³¹⁵ dava sebebi, hukuki sebepler olmayıp, davacının davasını dayandırdığı hukuki vakılardır.

Buna göre kesin hüküm bakımından dava sebebi vakılardır. Davacının da, talebini dayandırdığı vakıaların oluşturduğu hayat olayını mahkemeye sunması yeterlidir; ayrıca hukuki sebebi bildirme zorunluluğu da yoktur. Hâkim de, davacının bildirmiş olduğu bu vakıalar ile bağlı olup, davacının bildirmediği vakıaları kendiliğinden (re'sen) inceleyemez ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz (HMK m. 25/1, eski HUMK m. 75/1). Durum böyle olunca hâkim birinci davada sadece ileri sürülen vakıaları incelemiş ve onlar hakkında bir karar vermiş olacaktır. Kesin hüküm de sadece o vakıalar bakımından mevcut olacaktır. Aynı vakılara dayanılarak taraf ve konusu aynı olan ikinci bir dava açılırsa, dava sebeplerinin aynı olmasından dolayı ikinci dava kesin hüküm nedeniyle görülemeyecektir³¹⁶.

Buna karşın ilk davada verilen kesin hükümden sonra ortaya çıkan yeni vakılara dayanılarak hukuki sebebi aynı olan ikinci bir davanın açılması durumunda kesin hüküm nedeniyle ikinci davanın reddedilmesi söz konusu olmayacaktır. Çünkü iki dava, dava sebepleri açısından farklıdır. Zira kesin hüküm, ancak hüküm anındaki durumu tespit eder ve geleceğe etkili değildir. Bu nedenle de, hükümden sonra meydana gelen vakılara dayanılarak açılacak olan ve hakkında kesin hüküm verilen ilk davanın konusu ile tarafları aynı olan ikinci bir davanın, dava sebeplerinin

bildirilmesi gerekli (zorunlu) değildir. ..., hukuki sebepler dava dilekçesinin zorunlu bir unsuru olmadığından, kanunumuzun sistemi, ferdileştirme ilkesi değildir". Bu ilkenin karşısında yer alan: "Vakılara dayandırma ilkesine (Substantierungstheorie) göre, dava dilekçesinde talep sonucunun dayanağı olan ve bu talep sonucunu haklı göstermeye elverişli bulunan bütün vakıaların dava dilekçesinde gösterilmesi gerekli ve yeterlidir; hukukî sebeplerin bildirilmesi gerekli (zorunlu) değildir. Kanunumuzun, m. 179/3 (HMK m. 119/1-e) hükmü ile, vakılara dayandırma ilkesini benimsemiş bulunmaktadır.": Kuru, HMu, C. II, ss. 1589-1590.

³¹⁴ Hayri Domaniç, **Hukukta Kazıyyei Muhakeme ve Nisbi Kuvveti**, İstanbul, 1964, ss. 82-90; Postacıoğlu, ss. 685-699.

³¹⁵ Kuru, HMu, C. II, ss. 1589-1590; Kuru, HMu, C. V, s. 4996; Üstündağ, ss. 460-462, s. 704 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 569; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, ss. 222-223 ve s. 561; Özkaya-Ferendeci, ss. 45-46; Rosenberg/Schwab/Gotwald, § 154, s. 880.

³¹⁶ Kuru, HMu, C. V, ss. 4996-4997; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 561.

(vakıaların) farklı olması nedeniyle dinlenmesi gerekir. Örneğin, şiddetli geçimsizlik hukukî sebebine dayanılarak açılan bir boşanma davası, şiddetli geçimsizliği doğurduğu ileri sürülen vakıalar doğru bulunmadığından dolayı reddedilmiş olsa ve davacı, bundan sonra yine şiddetli geçimsizlik hukukî sebebine dayanan yeni bir boşanma davası açıp şiddetli geçimsizliği haklı gösteren yeni vakıalar ileri sürmüş olsa, bu ikinci dava kesin hüküm sebebiyle reddedilmeyecektir. Zira ikinci davanın konusu, tarafları ve hatta hukuki sebebi aynı olmakla beraber, ikinci davanın dayandığı dava sebebi (vakıalar) farklıdır³¹⁷.

Eğer ilk davanın davalısı, ikinci davanın davacısı olursa acaba dava sebeplerinin aynı olup olmadığı nasıl değerlendirilecektir? Bu durumda Kuru'nun ifade ettiği gibi, ilk davada davalının cevap lâyihasında savunmasını dayandırdığı vakıalar ile açtığı ikinci davada, davacı olarak talebini dayandırdığı vakıaların karşılaştırılması gerekir. Eğer ikinci davada davacı olarak ileri sürülen vakıalar, ilk davada ileri sürülen ve hâkim tarafından reddedilen savunma vakıaları ile aynıysa, ikinci davanın kesin hüküm sebebiyle reddi gerekecektir. Ancak ikinci davada dayanılan vakıalar birinci davada ileri sürülen savunma vakıalarından farklı ise, iki davanın dava sebebi de değişiktir; yani, birinci davada verilen hüküm, ikinci dava için kesin hüküm teşkil etmeyecektir³¹⁸.

(3) Dava Konusunun (Hüküm ile Talep Sonucunun) Aynı Olması

Maddî anlamda kesin hüküm etkisinin üçüncü ve son şartıysa, dava konusunun aynı olmasıdır. İlk davanın konusu ile ikinci davanın konusunun aynı olup olmadığını belirlemek için, kesinleşmiş olan ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci

³¹⁷ Kuru, HMu, C. V, ss. 5000, 5011; Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 566, 569; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, ss. 561-562; Rosenberg/Schwab/Gotwald, § 154, s. 880; MünchKommZPO/Gottwald, § 322, s. 1967 vd.; Zöller/Vollkommer, Vor § 322, s. 1048 vd. “...el atma haksız eylem niteliği taşıdığından devam ettiği sürece her zaman dava açılabilir. Kesin hüküm bu tür olaylarda hüküm anındaki durumu saptar. Hükümden sonraki döneme ait değildir. Bu itibarla yeni oluşan vakıalara dayanılarak açılan ikinci dava, birinci davadaki kesin hükme aykırı sayılamayacağından davanın dinlenilmesi gerekir” Yar. 1. HD, 11.12.2000, 15369/15537 (YKD 2001/7, s. 984). Aynı yönde, Yar. 3. HD, 17.06.1982, 2644/2751 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bankası).

³¹⁸ Kuru, C. V, ss. 5013-5017; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 571.

davaya ait talep sonucunun karşılaştırılması gerekir. Eğer hüküm ve talep aynı ise, dava konusu da aynıdır (m. 303/1). Bu bakımdan ilk davada ileri sürülen taleplerden sadece hükme bağlanmış olanlar hakkında kesin hükmün varlığı söz konusudur (m. 303/2).

Örneğin, ilk davada bir malın aynen teslimi dava edilip, ikinci davada ise malın bedelinin ödenmesi dava edilse, konuları aynıdır. Bunun gibi, bir istihkak davası sonucunda verilen karar ile bir taşınmazın (B)'ye değil, (A)'ya ait olduğuna karar verilmişse, artık (B)'nin aynı taşınmaz için açacağı istihkak veya müdahalenin önlemesi davası, eğer dava sebepleri de aynı ise, kesin hüküm sebebiyle reddolunur³¹⁹. Buna karşılık, ilk davada manevi tazminat talep eden kişi ikinci davada maddî tazminat talep ederse, iki davadaki tazminat isteği aynı olmadığı için kesin hükümden bahsedilemez³²⁰.

Kısmî dava açılması halinde, dava konusunun aynı olup olmadığı meselesi özellik arz eder. Bu durumda açılan kısmî davanın red veya kabul edilmiş olmasına göre farklı iki sonuca varılacaktır. Eğer açılan kısmî dava kabul edilir ve bu davaya ilişkin hüküm kesinleşirse, geri kalan kısım için açılan ikinci davada, dava konusunun aynı olmaması sebebiyle kesin hükümden söz edilemez. Yani kesin hüküm sadece karar verilen kısım hakkında geçerlidir³²¹. Buna karşın, kısmî dava ret edilirse, geri kalan kısım için açılacak dava bakımından, kesin hüküm sebebiyle ikinci davanın reddedilmesi gerekecektir. Zira bu kez dava konusunun aynı olduğu kabul edilmelidir. Örneğin, ilk dava sözleşmenin geçersiz olması sebebiyle reddedilmişse artık açılacak ikinci davanın da, hukuki sebebin haksız olması nedeniyle dava konusunun aynı olduğu kabul edilerek reddi gerekecektir. Yani ilk kısmî davadaki hukukî ilişkinin tespiti (sözleşmenin geçersizliğine) dair bölümün

³¹⁹ Kuru, HMu, C. V, s. 4988; MünchKommZPO/Gottwald, § 322, s. 1945; Stein/Jonas/ Leipold, § 322, s. 1225.

³²⁰ Yar. 9. HD, 18.11.1965, 7927/9239: Kuru, HMu, C. V, s. 4991 ve dn. 12.

³²¹ Kuru, HMu, C. II, s. 1547; Kuru, HMu, C. V, s. 4994; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 570; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 564 ve dn. 19a; Habscheid, Die Rechtskraft, s. 206; MünchKommZPO/Gottwald, § 322, s. 1961, kn. 128. Leipolda göre ise, kısmi davaya ilişkin kesin hüküm talep sebebi hakkında da geçerlidir ve bu da talebin tamamı için geçerli sayılması gerektiği görüşündedir. Bkz., Dieter Leipold, "Teilklage und Rechtskraft", **Festschrift für Zeuner**, Tübingen, 1994, s. 431.

ikinci davada kesin hüküm etkisinin olacağı kabul edilerek aynı konuda birbiriyle çelişen iki kararın çıkması da engellenmiş olacaktır³²².

İlk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucu aynı olmakla beraber, ilk dava, davayı esastan halleden bir hükümle değil de, usûle ilişkin (örneğin dava şartının bulunmaması gibi) bir nedenle reddedilmiş ve karar kesinleşmiş olsa da, aynı konuda (dava şartı sağlanarak) açılacak ikinci davaya bakılması gerekecektir. Zira ilk davada verilen karar sadece usûli bir karar olup, dava konusunun esası hakkında bir karar verilmediğinden, ilk davada verilen karar talep sonucu açısından kesin hüküm teşkil etmez³²³.

c. Kararın İçeriği Bakımından Maddî Anlamda Kesin Hükümün Uygulanma Alanı

Maddî anlamda kesinlik, kural olarak yalnız hüküm fıkrası hakkında geçerlidir. Bu sebeple hüküm fıkrasında tarafların talep sonuçlarının bazıları (örneğin faiz) hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmemişse, karar verilmeyen bu talepler hakkında maddî anlamda kesin hüküm oluşmaz. Bu durumda, hakkında karar verilmeyen taleplere (örneğin faize) ilişkin sonradan açılacak dava için ilk davada verilmiş hüküm, kesin hüküm teşkil etmeyecektir³²⁴. Ancak İçtihadı Birleştirme Kararına göre, mahkeme hüküm fıkrasında yargılama giderleri hakkında bir hüküm

³²² Kuru, HMu, C. II, ss. 1548-1554; Kuru, HMu, C. V, ss. 4994-4995; Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 570-571 ve dn. 369; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 564; Bu konuda Alman hukukundaki farklı görüşler için bkz. Stein/Jonas/Leipold, § 322, s. 1212; Leipold, FS Zeuner, s. 431; MünchKommZPO/Gottwald, § 322, s. 1961; Musielak/Musielak, kn. 73.

³²³ Kuru, HMu, C. V, ss. 5037-5039; Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 563, s. 573-574; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, ss. 564-565. "...bir dâva konusu hakkında kesin hükümden bahsedebilmek için dâvanın taraflarının, dâva konusunun ve dayanılan dâva sebebinin aynı olma ve işin esasına girilerek bir karar verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi gerekir... eksik usulî işlemlere dayalı bir red kararı dâvanın özüne ve gerçek niteliğine göre kesin hüküm sonuçları doğurmayacağından (HGK, 5.6.1999, 310/323) kesin hükümün engellemesinden de bahsedilemez": Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 565. Aynı yönde, Yar. 6. HD, 21.01.2002, 9958/174 (YKD, 2002/9, s. 1330).

³²⁴ Kuru, HMu, C. V, s. 5049; Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 566 ve 572; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 563; Stein/Jonas/Leipold, § 322, kn. 88; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 153, s. 874, kn. 1; Stein/Jonas/Leipold, § 322, s. 1223, kn. 178 vd. Ayrıca bkz. HGK, 06.02.2008, 9-20/105 (İBD 2009/4, s. 2054 vd.).

vermemişse veya eksik hükmetmişse ve bu hüküm de kesinleşmişse, sırf yargılama giderleri için artık ayrı bir dava açılmaz³²⁵.

Maddî anlamda kesinlik, yalnız hüküm fıkrası hakkında geçerli olmasından dolayı, karar gerekçesi de kural olarak kesin hüküm kapsamına dâhil değildir³²⁶. Kural bu olmakla beraber, öğretide bazı istisnalara yer verilmiş ve gerekçenin de maddî anlamda kesinlikle ilgili olduğu kabul edilmiştir³²⁷.

Buna göre, hüküm fıkrası açık değilse, gerekçe, hüküm fıkrasını açıklamaya ve kesin hükmün kapsamını belirlemeye yardım etmektedir³²⁸. Ayrıca bir davanın usûlden reddedilip edilmediğini ve böylece davanın esası hakkında kesin hüküm bulunup bulunmadığını anlamak için gerekçeye başvurmak gerekecektir³²⁹. Son olarak da, hüküm fıkrasına sıkı sıkıya bağlı olan gerekçe kısımlarının da kesin hüküm teşkil edeceği belirtilmiştir. Ancak bu son durumda, gerekçenin hangi kısmının hüküm fıkrasına sıkı sıkıya bağlı olduğu, her somut olayın özelliğine göre belirlenecektir³³⁰.

d. Maddî Anlamda Kesin Hükmün Başlaması ve Etkileri

Maddî anlamda kesinleşmiş bir kararın hüküm ve sonuçlarını (etkisini) doğurması bakımından bir ayırım söz konusudur. Buna göre eda ve tespit hükümlerinde maddî anlamda kesin hüküm, hüküm tarihine kadar olan hukukî durumu kapsadığından geçmişe etkilidir. İnşâî kararlar ise kural olarak geleceğe yöneliktirler. Örneğin boşanma davası gibi. Ancak bazı özel durumlarda inşâî

³²⁵ İBK, 29.5.1957, 4/16-RG, 4.9.1957, S. 9697.

³²⁶ Kuru, HMu, C. V, s. 5049; Postacıoğlu, s. 699; Üstündağ, s. 718; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 564. Habscheid, Die Rechtskraft, s. 205; Alman hukukunda da kesin hükmün sınırları dar tutulmaktadır: Gaul, Aktuelle Probleme, s. 101 vd.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 153, s. 875, kn. 9; MünchKommZPO/Gottwald, § 322, s. 1952, kn. 84; Schilken, s. 500, kn. 1020; BGH, NJW 2008, s. 2922, Rz. 22; BGH, NJW 1995, s. 967.

³²⁷ Kuru, HMu, C. V, ss. 5049-5050; Üstündağ, ss. 718-720; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 564.

³²⁸ Kuru, HMu, C. V, s. 5050; Üstündağ, ss. 718-719; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 564.

³²⁹ Kuru, HMu, C. V, ss. 5050-5051 ve dn. 159a; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 564.

³³⁰ Kuru, HMu, C. V, ss. 5051-5053; Üstündağ, ss. 719-720; Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 564-565; karşı., MünchKommZPO/Gottwald, § 322, s. 1952, kn. 87 vd.; Stein/Jonas/Leipold, § 322, s. 1220, kn. 169 vd.

kararların istisnâ olarak geçmişe etkili olması da mümkündür. Örneğin, nesebin reddi davası veya tenkis davasında olduğu gibi³³¹.

Her ne kadar hukukumuzda inşâî davaları olumlu biçimde sonuçlandıran inşâî kararlar maddî anlamda kesin hüküm kavramı içerisinde incelense de, iki müessese nitelikleri ve etkileri bakımından birbirinden farklıdır. İnşâî kararların değiştirilemez olması ile ilişkin oldukları işler hakkında yeniden dava açılmayacak olmasının nedeni maddî anlamda kesin hükümden kaynaklanmayıp, inşâî kararların sahip oldukları inşâî etki (Gestaltungswirkung) gücünden kaynaklanmaktadır. Bu sebeple maddî anlamda kesin hüküm kavramı, sadece tespit ve eda hükümleri için söz konusu olacaktır³³².

Maddî anlamda kesin hüküm ile inşâî etki arasında üç temel nitelik farkı vardır. Bunlardan ilki, kesin hüküm sadece davanın tarafları ve halefleri hakkında geçerli iken, inşâî etki herkese karşı ileri sürülebilir olmasıdır. Örneğin, boşanma hükmü, inşâî bir hükümdür ve sadece eşler hakkında değil; herkes için geçerlidir. Ancak bu maddî anlamda kesin hükmün değil, inşâî hükmün etkisidir. Bir başka fark, maddî anlamda kesin hüküm mevcut bir hukuki durumu olumlu veya olumsuz biçimde tespit ederken (beyan edici nitelik); inşâî etki yenilik doğurucu (yapıcı)

³³¹ Kuru, HMu, C. V, s. 5032; Kuru, HMu, C. II, ss. 1472-1482; Önen, ss. 189-192; Kuru/Budak, ss. 52-60; Üstündağ, ss. 801-802; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 573; Meral Özkan Sungurtekin, “İnşâî Karar ve Özellikleri”, **Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı**, Ankara, 2004, ss. 553-576, s. 559.

³³² Kuru, Nizasız Kaza, s. 181, dn. 44; Kuru, HMu, C. V, ss. 5092-5093; Önen, s. 175 vd.; Kuru/Budak, s. 50; Sungurtekin-Özkan, s. 575. Ayrıca karşı., Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 91, ss. 503-504, kn. 16; MünchKommZPO/Gottwald, § 322, s. 1940, kn. 19; Zöller/Vollkommer, Vor § 322, s. 1034, kn. 4; Zimmermann, FGG, s. 37. Bununla beraber, bir inşâî davanın reddine ilişkin hükümde, iddia edilen inşâî hakkın mevcut olmadığı kesin olarak belirtilmiş olduğundan, burada ki kesin hüküm, aynı inşâî hakka dayanılarak yeni bir davanın dinlenmesine engel olacaktır. Bu durumda inşâî hükümlerde maddî anlamda kesin hükümden bahsedilemez kuralının bir istisnasını oluşturmaz. Çünkü bir inşâî davanın reddine ilişkin olan hüküm, bir inşâî hüküm olmayıp, böyle bir hakkın olmadığını gösteren bir tespit hükmüdür. Tespit hükümlerinin de maddî anlamda kesinleşmesi mümkün olduğundan bir istisna söz konusu değildir (Kuru, Nizasız Kaza, s. 183, dn 44; Kuru, HMu, C. V, s. 5094; Kuru/Budak, ss. 51-52). Ancak çekişmesiz yargı alanında inşâî karar talebinde bulunanların, bu karar ile elde etmek istedikleri hukuki neticeye dayanan bir sübjektif hakları yoktur. Bu sebeple çekişmesiz yargıda bu yöndeki bir talebin reddedilmesi durumunda, çekişmeli yargıdan farklı olarak, sübjektif hakları olmadığı tespit edilmiş olmaz ve bu sebeple de çekişmesiz yargı alanında verilen, inşâî taleplere ilişkin red kararları maddî anlamda kesin hüküm (karar) oluşturmazlar. Kuru, Nizasız Kaza, s. 185.

niteliktedir. Son bir fark ise, yukarıda da belirttiğimiz gibi, maddî anlamda kesin hüküm, hüküm tarihine kadar olan hukukî durumu kapsadığından geçmişe etkiliyken; inşaî etki kural olarak geleceğe yöneliktir (etkilidir)³³³.

Maddî anlamda kesin hükmün ön şartı şeklî anlamda kesin hüküm olduğundan, bir karar, şeklî anlamda kesinleşmeden, açılan yeni bir davada, dava şartı olan kesin hüküm itirazında da bulunulamaz. Bu durumda eski HUMK'a göre ancak bir ilk itiraz olan derdestlik itirazında bulunulabiliyordu (HUMK m. 187/4)³³⁴. Ancak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre dava şartları açısından bir kararın kesinleşmiş olması ile devam ediyor (derdest) olması arasında bir fark kalmamıştır. HMK 114. maddesinin birinci fıkrasının (1) bendine göre derdestlik itirazı da bir olumsuz dava şartı hâline getirilmiş ve bu suretle ilk itiraz olmaktan çıkarılmıştır.

Buna göre bir dava karara bağlanıp verilen hüküm maddî anlamda kesin hüküm teşkil ettikten sonra, artık aynı taraflar arasında, aynı dava sebebine dayanarak, aynı konu hakkında yeni bir dava açılmaz. Kesin hükümden sonra aynı konuda dava açılmaması, maddî anlamda kesin hükmün **olumsuz** fonksiyonudur. Buna rağmen ikinci kez dava açılırsa, dava şartlarından biri olan kesin hüküm varlığı nedeniyle (m. 114/1-i) kesin hüküm itirazı ile karşılaşır ve esasa girmeden kesin hüküm sebebiyle ikinci dava reddedilir³³⁵.

³³³ Kuru, Nizasız Kaza, ss. 181-182, dn. 44; Kuru, HMu, C. V, s. 5093; Önen, s. 182 vd.; Kuru/Budak, s. 50; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 574; Sungurtekin-Özkan, s. 565 vd.

³³⁴ Kuru, HMu, C. V, s. 5032. Ancak öğretide “derdestlik” itirazının bir ilk itiraz değil de, bir dava şartı olması gerektiği savunulmaktaydı: Kuru, HMu, C. II, s. 1366; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 9. Bası (2010), s. 324; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 193.

³³⁵ Kuru, HMu, C. V, ss. 5053 ve 5057; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 571. Bir mahkeme, bir dava sonunda verilen hükmün kesinleşmesinden sonra; tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir davayı (kesin hükme rağmen) inceleyip öncekine aykırı bir hüküm verir ve bu ikinci hüküm de kesinleşirse, bu ikinci karar yargılamanın iadesi yolu ile iptal edilir (HMK m. 375/1-ı). Bkz. Kuru, HMu, C. V, s. 5222 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 634. Ancak yargılamanın iadesi yoluna başvurulmamış veya başvurulma süresi (hak düşürücü süre (HMK m. 377/2)) geçirilmişse ne olacaktır? Alman hukukunda eskiden ikinci (daha yeni olan) kesin hükmün dikkate alınacağı ileri sürülmekteyken; bugün için öğretideki ağırlıklı görüş ilk (daha eski olan) kararın önceliği olduğu ve onun kesin hüküm olarak dikkate alınacağı şeklindedir. Bkz. MünchKommZPO/Gottwald, § 322, s. 1948, kn. 63; Gaul, Hans Friedhelm, “Aktuelle Probleme Der Rechtskraftlehre in Deutschland”, Zivilverfahrensrechtliche Probleme des 21. Jahrhundert,

Kesin hüküm itirazı, maddî hukuka değil, yargılama hukukuna ait bir kurum olup, bir davanın konusunu oluşturan uyuşmazlığın, daha önce kesin hükümle çözülmüş olması sebebiyle, mahkemece yeniden inceleme konusu yapılamayacağına ilişkin usûli bir itirazdır. Kesin hüküm ile hukuki güvenliğin ve barışın sağlanması amaçlandığından kamu menfaati ön plandadır ve tarafların üzerinde tasarruf edemeyecekleri bir husustur³³⁶. Eğer kesin hüküm varsa, hâkim dava şartı nedeniyle davanın esasına girmeden ikinci kez açılan davayı usûlden reddeder (m.115/2). Hâkim, kesin hükmün varlığını davanın her aşamasında kendiliğinden inceleyebileceği gibi, taraflar da bunu her zaman ileri sürebilirler (m.115/1)³³⁷.

Kesin hüküm aynı zamanda kesin delil etkisine de sahiptir. Böylece birinci davada verilmiş olan maddî anlamda kesin hüküm, tarafları, konusu ve dava sebebi aynı olan ikinci bir davada, birinci davada kesin hükme bağlanmış olan hususlar hakkında (m. 303/2) kesin delil teşkil eder. Bu bağlamda kesin hüküm, içeriğine göre sadece ilgili olduğu hususun ispatında kesin delil olarak kullanılabilir. Örneğin, bir kira bedelinin tespiti davasında verilmiş olan kesin hüküm, kira alacağının ödenmesi için açılacak eda davasında (ikinci dava) kesin delil teşkil edecektir³³⁸. Bu sebeple de

(Hrsg. Schilken, Eberhard/Deren Yıldırım, Nevhis/Yıldırım, Kamil), Remscheid 2006, s. 87-122, ss. 99-100; Stein/Jonas/Leipold, § 322, s. 1235, kn. 216; Musielak/Musielak, § 322, kn. 15; Zöller/Vollkommer, Vor § 322, s. 1056, kn. 78. BGH, NJW 1981, ss. 1517, 1518. Ancak aynı sonuca yabancı mahkemeler tarafından verilmiş bir kesin karar için varmak mümkün değildir. Zira yabancı mahkemeden alınan bir karar, ülke içinde verilmiş ve kesinleşmiş olan bir karar ile çelişirse, bu iki kararın kesinleşme tarihlerine bakılmaz ve yabancı karar tanınmaz. Yani Alman mahkemesi tarafından verilen karara, ne zaman verilmiş olursa olsun (yabancı karar karşısında) öncelik tanınır. Bkz. MünchKommZPO/Gottwald, § 322, s. 1948, kn. 66 ve dn. 158; Stein/Jonas/Leipold, § 322, s. 1235, kn. 217.

³³⁶ “Kural olarak kesin hüküm kamu düzenine ilişkin, istek olmasa bile yargılamanın her aşamasında mahkemece resen gözetilmesi gerekli olumsuz dava koşullarındandır.” Yar. 7. HD, 06.05.2005, 1486/1495 (YKD, 2005/9, s. 1374). “Hukukumuzda kamu düzeninden sayılan ... kesin hüküm tarafların anlaşmaları ile ortadan kaldıramadığı gibi, mahkemece kendiliğinden (resen) göz önünde tutulur.” Yar. 1. HD, 07.11.2011, 10935/11859 (YKD, 2003/1, s. 14); Yar. 7. HD, 9.7.2007, 2580/2536 (YKD 2008/7, ss. 1315-1316). Ayrıca bkz. yukarıda dn. 197.

³³⁷ Kuru, HMu, C. V, s. 5062 ve dn. 177; Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 572 ve 291-295; Üstündağ, s. 695 ve ss. 312-313; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 192 vd; Özkaya-Ferendeci, ss. 98-102; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 151, s. 871, kn. 10; MünchKommZPO/ Gottwald, § 322, s. 1943, kn. 38 ve s. 1947, kn. 57; BGH, NJW 2008, s. 1227, Rz. 9; Stein/Jonas/Leipold, § 322, s. 1234, kn. 211; Zöller/Vollkommer, Vor § 322, s. 1037, kn. 20.

³³⁸ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 154, ss. 881-882, kn. 9. Bu konuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, ilk hükmün ikinci davada “güçlü delil oluşturacağı”na ilişkin görüşü için bkz. HGK,

ne kiracı kira bedelinin ilk davada tespit edilenden daha düşük olduğunu ileri sürebilecek ne de kiralayan daha yüksek bir kira bedeli talep edebilecektir³³⁹.

e. Çekişmesiz Yargı Kararları Açısından Maddî Anlamda Kesinlik Kavramı

Çekişmeli yargıda tarafların amacı, aralarındaki hukukî uyuşmazlığın bütün bir gelecek için kesin olarak tespit edilerek son bulmasıdır ve mahkeme tarafından verilen hüküm, bu amaca ulaşmaya hizmet eden bir vasıtaadır. Bunun sonucu olarak, çekişmeli yargıda verilen bütün nihaî kararların maddî anlamda kesinleşmesi mümkündür. Bu bakımdan usulî hükümler ile esasa ilişkin hükümler arasında da bir fark yoktur³⁴⁰.

Buna karşın çekişmesiz yargı alanında verilen kararlar bakımından aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanununun 388. maddesinde açıkça “Kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde, çekişmesiz yargı kararları maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmez” denmiştir. Bu suretle çekişmeli yargı kararlarından farklı olarak, hâkimin gerekçesini göstermek suretiyle çekişmesiz yargı kararlarını iptal etme, değiştirme ve düzeltme yetkilerinin bulunduğu işaret edilmiştir³⁴¹.

05.07.2006, 19-505/504 (MİHDER, 2008/1, ss. 192-195). Bu kararın eleştirisi için bkz., Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 569, dn. 368.

³³⁹ Kuru, HMU, C. V, s. 5067 ve dn. 197; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 573. Bunun gibi, aynı taraflar arasında, aynı dava sebebine dayanarak ve aynı hukuki ilişki için açılacak ikinci davanın konusu farklı olsa bile, birinci davada verilmiş olan kesin hüküm iki davanın da temelini oluşturan aynı hukuki ilişkinin (örneğin muvazaa iddiasının) mevcut olup olmadığı hakkında ikinci davada kesin delil teşkil edecektir. Buna karşın, bir davada verilen kesin hükümden sonra, birinci davanın taraflarından biri, dava konusu ve sebebi aynı olan ikinci bir davayı bir başkasına (üçüncü kişiye) karşı açarsa, artık birinci davada verilen kesin hüküm, ikinci davada kesin delil teşkil etmez. Çünkü iki davanın tarafları farklıdır. Buna rağmen birinci davada verilen kesin hüküm, ikinci davada takdirli delil etkisine sahip olabilir. Kuru, HMU, C. V, ss. 5073, 5084.

³⁴⁰ Kuru, Nizasız Kaza, ss. 179-180; Kuru, HMU, C. V, ss. 4995 ve 5037-5038; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 563; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 564. Ayrıca bkz. yukarıda §4, II, B), 1’ numaralı başlık altındaki açıklamalar ve dn. 223.

³⁴¹ Bkz., madde gerekçesi. “Nizasız kazâ kararları, şekli bakımından kesinleşmiş olsalar bile maddî hukuk açısından kesin hüküm teşkil etmezler. Bu nedenledir ki, kanunî bir gerçek olarak kabulleri mümkün değildir” HGK 05.12.1990, 2-560/622 (YKD 1992/2, s. 167).

Çekişmesiz yargı alanında verilen kararlar açısından maddî anlamda kesin karar kavramına yer olmaması, çekişmeli yargı ile çekişmesiz yargı arasındaki nitelik farkından kaynaklanmaktadır. Zira aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere; bir çekişmesiz yargı kararı sonradan haksız veya hatalı görülürse ya da karardan sonra ortaya çıkan yeni vakıalar sebebiyle, kararı veren mahkeme tarafından değiştirilmesi mümkündür³⁴².

Bununla beraber çekişmesiz yargı alanında verilen kararların çoğunluğu inşâî kararlardır ve inşâî kararlar da yukarıda³⁴³ açıklamış olduğumuz “**inşâî etki**” gücünün bir sonucu olarak kesinlik arz ederler. Yani çekişmesiz yargı alanında verilmiş olan inşâî kararların çoğunluğunun değiştirilememesi ve bu işler hakkında yeniden karar verilememesinin sebebi maddî anlamda kesin hüküm (karar) teşkil etmelerinden değil, bu inşâî kararlara has “inşâî etki” gücünün sonucundan kaynaklanmaktadır³⁴⁴. Buna göre, örneğin kazaî rüşt (MK m. 12), adın değiştirilmesi (MK m. 27), evlenme yaşında olmayanların evlenmesine izin verilmesi (MK m. 124/II, 128) ve yeniden evlenmede bekleme süresinin kaldırılması (MK m. 132/III) gibi kararların kesinliği, bu kararların “inşâî etki” gücüne sahip olmalarının bir sonucudur³⁴⁵.

³⁴² Kuru, Nizasız Kaza, ss. 188-198; Kuru, HMu, C. V, s. 5033; Üstündağ, s. 34; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, ss. 81-81; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 54; Bork/Jacoby/Schwab – (Elzer), § 45, s. 149, kn. 5. Ancak Alman Çekişmesiz yargı kanununun aile hukukuna ilişkin birçok düzenlemesinde Medeni Usûl Kanununa (ZPO’ya) yapılan atıf sebebiyle, bu kapsamda alınan kararlar maddî anlamda kesin karar niteliğine sahip olabileceklerdir. Zöller/Vollkommer, Vor § 322, s. 1035, kn. 9.

³⁴³ Bkz. §4 II B 4) numaralı başlığın altındaki açıklamalar.

³⁴⁴ Fakat çekişmesiz yargıdaki inşâî etki kavramı ile çekişmeli yargıdaki inşâî etki kavramı birbirinden farklıdır. Şöyle ki, çekişmeli yargıda verilen inşâî karar, lehine hüküm verilen tarafın diğer tarafa karşı ileri sürdüğü bir inşâî hakka dayanır. Örneğin boşanma kararında, davacı eşin boşanma hakkına dayanması gibi. Ve bu durumda mahkemenin bu konuda verdiği inşâî karar, bu inşâî hakkı tespit ettiği oranda kesin hüküm oluşturacaktır. Oysa çekişmesiz yargı alanındaki inşâî kararlar, ilgililerin bu konudaki sübjektif inşâî haklarına dayanmaz (sübjektif hakkın yokluğu kıstası). Örneğin vasi tayin edilecek kimsenin, vesayet altında bulunan kişiye karşı ileri sürebileceği bir sübjektif hakkı yoktur. Bunun sonucu olarak ta, çekişmesiz yargıda alınan inşâî kararlar, ilgililerin bir sübjektif hakkını tespit etmiş olmayacağından, bu kararların teorik açıdan, maddî anlamda kesin karar teşkil etmeleri söz konusu değildir. Kuru, Nizasız Kaza, ss. 182-183; Önen, ss. 118-120.

³⁴⁵ Kuru, Nizasız Kaza, ss. 181-184. Ayrıca bkz. MünchKommZPO/Gottwald, § 322, s. 1940, kn. 19 ve orada özellikle dn. 45; Habscheid, § 28, ss. 204-205.

Çekişmeli yargıda verilen maddî anlamda kesin hükümler davanın taraflarını ve haleflerini etkiler ve kural olarak davanın tarafları dışında üçüncü kişilere herhangi bir etkisi yoktur (kesin hükmün sübjektif sınırları). Buna karşın çekişmesiz yargıda ilgililerin kimlerin olduğunun tespiti ve buna bağlı olarak kesin kararın sübjektif sınırını da tespit etmek çoğu zaman güçtür. Çünkü çekişmesiz yargı işlerinde, davadakinden farklı olarak sadece şeklî anlamda ilgililerin değil, çekişmesiz yargı işinde şeklen yer almasa da, o çekişmesiz yargı işinde verilecek kararlar hukukî durumları etkilenen veya etkilenme ihtimali bulunan maddî anlamda ilgililerin de varlığı söz konusudur³⁴⁶. Bu sebeple yargılamada yer almayan maddî anlamda ilgililer açısından, yargılama sonunda verilen çekişmesiz yargı kararı, onlar için bağlayıcı hâle gelmez. Bu durumda yine çekişmesiz yargıda maddî anlamda kesin kararın yeri olmadığını göstermektedir³⁴⁷.

(1) “Ne bis in idem” Kuralının Uygulanması

Her ne kadar çekişmesiz yargı işleri için maddî anlamda kesinlik yabancı bir kavram da olsa, bu bir kez karara bağlanmış olan bir çekişmesiz yargı işinin yargılanmasının sürekli tekrarlanabilmesini mümkün kılmamalıdır. Yoksa hukuki istikrarın sağlanması mümkün olamayacağı gibi, mahkemeler de sürekli aynı konularda meşgul edilmiş olacaktır. Kuru’nun “Nizasız Kaza” eserinde belirttiği gibi, örneğin, bir ilgilinin vasinin azline ilişkin olan talebi mahkeme tarafından reddedilmişse artık başka birisinin de yine aynı vakıaları ileri sürerek tekrar vasinin azlini istemesi hem mahkemeler hem de ilgililer açısından büyük bir külfet oluşturacaktır. Zira söz konusu örnekteki vasinin azli bir defa reddedildikten sonra, aynı sebeplerden dolayı tekrar rahatsız edilmesi anlamsızdır. Bu sebeple özellikle mahkemelerce talebin reddine karar verilmiş olan çekişmesiz yargı işlerinin, aynı vakıalara dayanılarak tekrar edilmemesi konusunda bir zorunluluk aşîkârdır³⁴⁸.

³⁴⁶ Örneğin velayetin kaldırılması konusunda üçüncü kişiler mahkemeye başvurmuşsa, başvuranlar şeklî anlamda ilgili iken, anne, baba ve çocuk maddî ilgili sıfatına sahiptirler. Yar. 2. HD, 04.06.2002, 6834/7495 (YKD 2003/1, ss. 17-18).

³⁴⁷ Kuru, Nizasız Kaza, s. 185; Muhammet Özkes, **Medenî Usûl Hukukunda Aslî Müdahale**, İstanbul, 1995, s. 48; Budak, Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, ss. 131-137; Budak, ss. 181-182; Pekcanitez/Atalay/Özkes, ss. 79-80 ve dn. 18-19.

³⁴⁸ Kuru, Nizasız Kaza, s. 186.

İşte bu gibi durumlar için, maddî anlamda kesin hükmün mahiyeti konusunda hâkim olan “usûl hukuku teorisi”nin³⁴⁹ temelini teşkil eden ve böylece maddî anlamda kesin karara çok yakın bir müessese olan “ne bis in idem” ilkesinin (yani bir defa karara bağlanmış olan bir işe tekrardan bakılması yasağının) çekişmesiz yargı alanında da uygulanması gerekecektir. Çekişmesiz yargıda bir talebin reddine ilişkin karara kesin karar gücü tanıyamayız. Çünkü bu red kararı ile ilgililerin bir sübjektif hakkının olmadığı tespit edilmemektedir; zira çekişmesiz yargıda ilgililerin böyle bir sübjektif hakkı zaten yoktur (sübjektif hakkın yokluğu kıstası)³⁵⁰. Bu sebeple, sorunu “ne bis in idem” ilkesi ile çözmemiz gerekecektir³⁵¹.

Çekişmesiz yargı alanında, sadece eski yargılamanın dayandığı sebep ve vakıalara istinaden yargılamanın tekrarlanmasının istenmesi durumunda “ne bis in idem” ilkesi uygulanacak ve mahkeme tekrar harekete geçmeyecektir. Buna karşın yeni sebep ve vakıalara istinaden yargılanmanın tekrarlanması istenir veya re’sen takip edilen işlerde hâkim bu yeni vakılardan haberdar olursa, o zaman “ne bis in idem” ilkesi söz konusu olmayıp yargılama tekrarlanabilecektir. Bu yeni ortaya çıkan vakıalar, eski kararın verildiği sırada da mevcut olmasına rağmen, mahkeme o zamanlar bunlardan haberdar olmamış olsa bile, yargılamanın tekrar edilmesi mümkün olacaktır³⁵².

(2) Bir İşin Yargılama Sırasında Çekişmesiz Yargı Alanından Çıkıp Çekişmeli Yargı Alanına Girmesi

Bir çekişmesiz yargı işi mahkemede derdest olduğu sırada, hukuki durumu çekişmesiz yargı kararı ile etkilenebilecek olan bir üçüncü kişinin (maddî anlamda ilgilinin) işi gören mahkemeye yapacağı itiraz ile bir çekişme yaratırsa, derdest olan

³⁴⁹ Teoriler için ayrıca bkz. Özkaya-Ferendeci, s. 88 vd.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 151, ss. 869-870, kn. 3-9; MünchKommZPO/Gottwald, § 322, ss. 1937-1939, kn. 7-15; Stein/Jonas/Leipold, § 322, ss. 1181-1184, kn. 8-26; Zöllner/Vollkommer, Vor. § 322, s. 1036, kn. 14 vd.

³⁵⁰ Oysa çekişmeli yargıda, tarafların bir karar ile elde etmek istedikleri hukukî neticeye dayanan bir sübjektif haklarının mevcut olmadığına ilişkin verilen hüküm (red hükmü), böyle bir hakkın olmadığını gösteren bir tespit hükmüdür ve maddî anlamda kesinleşebilir. Önen, ss. 167-168. Ayrıca bkz., yukarıda §4. II, B 4, dn. 236.

³⁵¹ Kuru, Nizasız Kaza, s. 187; Habscheid, § 28, ss. 208-209; Brehm, § 17, ss. 208-209, kn. 17.

³⁵² Kuru, Nizasız Kaza, s. 187; Habscheid, § 28, s. 207.

iş, çekişmesiz olmaktan çıkıp, çekişmeli yargı alanına sokulabilecektir³⁵³. Fakat bu sadece “çekişme (ihtilaf) yokluğu” kıstasına göre çekişmesiz yargıya giren bir iş için söz konusudur. Buna karşın, diğer kıstaslara göre çekişmesiz yargıya dâhil olduğu kabul edilen bir işin (örneğin vasi tayini işi), çekişme yaratılarak çekişmeli yargı alanına sokulması mümkün değildir³⁵⁴. Eğer “çekişme yokluğu” kıstası dışındaki kıstaslardan biri veya bir kaçına göre çekişmesiz yargıdan sayılan bir iş açısından aynı şey kabul edilecek olsaydı, o zaman bir işin çekişmesiz yargıdan sayılıp sayılmayacağı ve o işin çekişmesiz yargı usûlüne tâbi olup olmayacağı tamamen tesadüfe ve ilgililerin iradesine bırakılmış olurdu³⁵⁵.

Bunun gibi, yapılan itirazın maddî hukuka ilişkin olup bir uyuşmazlık (çekişme) yaratacak nitelikte olması gerekir. Yoksa işi çekişmesiz yargıdan çekişmeli yargıya sokacak nitelikte olmayan bir itiraz, sadece bir maddî ilgilinin yargılamaya katılıp dinlenmesi, görüşünü beyan etmesinden ibaret sayılacaktır. Dolayısıyla, çekişmesiz yargıda yapılan her itiraz, çekişmesiz yargı işini bir davaya (çekişmeli yargıya) dönüştürmez³⁵⁶.

Mahkemenin çekişmesiz yargı işi konusunda verdiği bir kararın ardında, maddî ilgilinin karar aleyhine kanun yoluna başvurması ise, çekişmesiz yargıya dâhil olan bir işi çekişmeli yargıya sokmaz. Zira karar aleyhine kanun yoluna başvurmak, bir çekişme meydana getirmeyecektir. Aksinin kabul edilmesi durumunda, çekişmesiz yargı alanında kanun yollarından bahsetmek mümkün olmazdı ve çekişmesiz yargı alanında verilen kararı beğenmeyen her ilgili kanun yoluna başvurmakla, işi çekişmeli yargıya sokup bir kez daha mahkemede incelenmesine sebep olacaktır. Bu nedenle çekişmesiz yargıya dâhil olan bir işin çekişmeli yargıya dâhil olması, sadece derdest olan çekişmesiz yargı işleri için söz konusu olabilir³⁵⁷.

³⁵³ Kuru, Nizasız Kaza, s. 41; Budak, Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, s. 149.

³⁵⁴ Kuru, Nizasız Kaza, ss. 41-42; Kuru, HMu, C. I, s. 30, Budak, Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, s. 149.

³⁵⁵ Kuru, Nizasız Kaza, s. 42.

³⁵⁶ Özekes, Tartışmalar, s. 213. Ayrıca bkz. Budak, Tartışmalar, ss. 227-228; Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 233-234

³⁵⁷ Kuru, Nizasız Kaza, s. 41.

Kuru'nun "Nizasız Kaza" eserinde belirttiği örneklere göre, taşınmazların tapu sicilinde kayıtlı yüzölçümünün düzeltilmesi işi (Tapu Kanunu m. 31), "çekişme yokluğu" kıstasına göre bir çekişmesiz yargı işidir. Ancak bu işin mahkemede görülmesi sırasında, taşınmaz malikinin komşularından biri, talepte bulunanın hakkına itiraz ederse, talepte bulunana karşı genel hükümler çerçevesinde dava açar (Tapu Kanunu m. 31/II). Böylece talep sahibi ile itiraz eden üçüncü kişi arasında bir uyuşmazlık meydana gelir ve çekişmesiz yargıya dâhil olan bu iş, çekişmeli yargı alanına girmiş olur³⁵⁸.

Bunun gibi, çekişmesiz yargıya dâhil olan, mirasçılık belgesi verilmesi talebinde (MK m. 598), mirasçı olarak gösterilmemiş olan bir kişi, mahkemeye başvurarak kendisinin de mirasçı olduğunu veya talepte bulunanın aslında mirasçı olmayıp sadece kendisinin mirasçı olduğunu bildirir ve böylece mirasçılık belgesinin verilmesine itiraz ederse, bir çekişme yaratılmış olur. Bunun üzerine itirazda bulunan maddî ilgilinin, talepte bulunan ilgili veya ilgilileri hasım göstererek çekişmeli yargıda dava açması gerekecektir. Böylece yine çekişmesiz yargıya dâhil olan mirasçılık belgesinin verilmesi işi, çekişmeli yargı alanına girmiş olur³⁵⁹.

Son bir örnek olarak, kıymetli evrakın iptali talebi de bir çekişmesiz yargı işidir. Talebin incelenmesi sırasında zayi senedin getirilmesi için yapılan ilan üzerine, bir üçüncü kişi, iptali istenen senedi (meşru hamilin kendisi olduğu iddiası ile) mahkemeye ibraz ederse, çekişmesiz yargı işini gören hâkim, iptal talebinde bulunan dilekçe sahibine senedin iadesi (istirdat) davası açması için bir süre verir (TTK. m. 665 ve 763). Bu süre içerisinde iptal talebinde bulunan kişi istirdat davası açarsa, çekişmesiz yargıya dâhil olan iş, çekişmeli yargıya dâhil olacaktır³⁶⁰.

Verilen bu örneklerde, üçüncü kişinin, çekişme yaratmak üzere mahkemeye yapacağı itiraz herhangi bir şekle bağlı değildir ve çekişmesiz yargı işini gören

³⁵⁸ Kuru, Nizasız Kaza, ss. 96-97; Kuru, HMu, C. I, ss. 30-31 ve dn. 111; Budak, Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, ss. 150-151 ve orada dn. 121.

³⁵⁹ Kuru, Nizasız Kaza, ss. 87-88; Kuru, HMu, C. I, ss. 33-34 ve dn. 114; Budak, Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, s. 150.

³⁶⁰ Kuru, Nizasız Kaza, s. 42; Kuru, HMu, C. I, s. 30; Budak, Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, s. 150.

mahkemenin, üçüncü kişi tarafından yapılan itiraz üzerine, çekişmesiz yargı talebinin konusuz kalması sebebiyle, işten el çekmesi gerekecektir. Çünkü çekişmesiz yargıdan çıkıp çekişmeli yargı alanına giren bir iş, kendiliğinden bir davaya dönüşmez. Zira iş artık çekişmeli yargıya dâhil sayılacağından tasarruf ilkesi işlerlik kazanacaktır ve bu ilke uyarınca da “hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz” (HMK m. 24/1)³⁶¹.

Öğretide kabul edildiği üzere, derdest olan bir çekişmesiz yargı işi, yargılama sırasında üçüncü kişinin yapacağı itiraz ile çekişmeli hâle geldiği durumlarda, bu itiraz (başvuru) bir **fer’i müdahale** değildir. Çünkü çekişmesiz yargıda verilecek karar ile hukukî durumu etkilenecek olan bütün üçüncü kişiler, maddî ilgili olarak her zaman yargılamaya katılıp görüşlerini bildirebilirler. Ayrıca fer’i müdahale için ortada bir davanın bulunması ve müdahil olarak katılmak isteyen kişinin, iki taraftan, davayı kazanmasında yararı olan taraf yanında davaya katılması gerekir. Oysa çekişmesiz yargıda dava ve buna bağlı olarak ta iki taraf söz konusu olmadığından dolayı çekişmesiz yargıda fer’i müdahale mümkün değildir³⁶².

Çekişmesiz yargıda fer’i müdahalenin mümkün olmadığı konusunda Türk doktrininde genel olarak görüş birliği olmasına karşın, **aslî müdahale** konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre³⁶³, bir işin, yargılama esnasında çekişmesiz yargıdan çıkıp çekişmeli yargıya girmesi mümkün ise, bu durumda asli müdahale söz konusu olacaktır. Buna göre, üçüncü kişinin itirazı (başvurusu) bir çekişme doğuracak nitelikteyse ve dava açılmasını gerekli kılıyorsa, o zaman çekişmesiz yargı işine bir aslî müdahale vardır. Bu durumda itirazda bulunan üçüncü kişi, çekişmesiz yargıda talepte bulunan ilgili ya da ilgilileri karşısına alarak, onlarla

³⁶¹ Budak, Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, ss. 149-153. Aynı yönde Tapu Kanunu m. 31/II, son cümle: “itiraz halinde genel hükümler çerçevesinde dava açılır” ve Türk Ticaret Kanunu m. 665/1: “İptali istenen senet ibraz edilirse, mahkeme, dilekçe sahibine senedin iadesi davası açması için bir süre belirler”.

³⁶² Kuru, Nizasız Kaza, ss. 141-147; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 535; Pekcanitez Hakan, Medenî Usul Hukukunda Fer’i Müdahale, Ankara 1992, ss. 197-201; Özekes, Aslî Müdahale, ss. 49 ve 52; Budak, Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, ss. 120 ve 149; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 151.

³⁶³ Özekes, Aslî Müdahale, ss. 49 ve 53; Pekcanitez, Fer’i Müdahale, ss. 199-201; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 536; Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 233-234.

bir hak çekişmesine giriyorsa ve aslî müdahalenin şartlarını da taşıyorsa³⁶⁴, aslî müdahale söz konusu olacaktır.

Ancak, çekişmesiz yargıda maddî ilgili kavramı geçerli olduğundan, maddî ilgililer çekişmeli yargıdaki taraf gibi çekişmesiz yargıda yer alabilirler. Eğer üçüncü kişinin yargılamada maddî ilgili sıfatı ile yer alarak hakkını savunması mümkünse, o zaman aslî müdahaleden değil, maddî ilgilinin çekişmesiz yargıda yer almasından söz edilir. Yani her talepte olduğu gibi aslî müdahalede de hukuki yararın mevcut olması gerekir, bu sebeple üçüncü kişinin maddî ilgili olarak yargılamada yer alması mümkünse, aslî müdahale talebinde bulunmasında hukukî yararı olduğu söylenemez³⁶⁵.

Bizim de katıldığımız ve Budak'ın savunduğu karşı görüşe³⁶⁶ göre ise, bir işin yargılama sırasında üçüncü kişinin (maddî ilgilinin) itirazı üzerine çekişmesiz olmaktan çıkıp çekişmeli hale dönüşebileceği durumlarda aslî müdahaleden bahsetmek doğru değildir. Çünkü çekişmesiz yargı işi bir dava değildir ve bu sebeple

³⁶⁴ Aslî müdahalenin şartları: 1- Görülmekte olan bir dava bulunmalıdır, 2- Aslî müdahil görülmekte olan bu ilk davanın tarafı olmamalıdır, 3- Aslî müdahilin müdahalede hukukî yararı bulunmalıdır, 4- Aslî müdahil ayrı bir (ikinci) dava açmalıdır. Bkz. Özekes, Aslî Müdahale, ss. 22-46; Kuru/Arslan/Yılmaz, ss. 535-538; Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 233-234; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, ss. 157-160. Örneğin, yukarıda verdiğimiz kıymetli evrakın iptali talebine ilişkin iş bir çekişmesiz yargı işidir. Fakat talebin incelenmesi sırasında, bir üçüncü kişi, iptali istenen senedi mahkemeye ibraz ederse, hâkim senedin iadesi (istirdat) davası açması için iptal talebinde bulunan dilekçe sahibine bir süre verir (TTK. m. 665 ve 763). Bu süre içerisinde iptal talebinde bulunan istirdat davası açarsa, çekişmesiz yargıya dâhil olan iş, çekişmeli yargıya girecektir. Ancak bu durumda aslî müdahalenin şartları yerine gelmediği için aslî müdahaleden bahsedilemez. Zira istirdat davasını açacak olan kişi, başlangıçta kıymetli evrakın iptali için talepte bulunan kişidir. Yani çekişmesiz yargıda talepte bulunan ile istirdat davasını açıp işi çekişmeli hâle dönüştüren aynı kişidir. Oysa aslî müdahilin bir üçüncü kişi olması gerekir. Özekes, Aslî Müdahale, ss. 50-51.

³⁶⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 233-234. Tartışmalı olmakla beraber, kanımızca, İİK'da çekişmesiz yargı işi olan borçlunun doğrudan doğruya iflâsını talep etmesini düzenleyen hükümler arasında yer alan m. 178/II'ye göre, borçlunun iflâs talebi üzerine, mahkeme, alacaklıların 15 gün içerisinde borçlunun talebine müdahale veya itiraz edebilmeleri için, bu talebi 166/II'ye göre ilan edecektir. Bu durumda alacaklılar itiraz ederlerse bir yarar çatışması oluşacaktır. Ancak bu çatışma, çekişmesiz yargı işini çekişmeli yargı işine dönüştürebilecek nitelikte değildir. Zira burada müdahale ve itiraz eden çekişmesiz yargıya katılan ve maddî anlamda ilgili sıfatına sahip olan bir kişidir. Özekes, Aslî Müdahale, ss. 51-53. Aynı yönde, Budak, Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, ss. 67-68 ve 117-121. Karş. Pekcanitez, Fer'i Müdahale, ss. 199-201; Kuru, İcra ve İflas Hukuku, C. 3, ss. 2680-2681 ve 2796-2799.

³⁶⁶ Budak, Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, ss. 149-153 ve 119-121.

tarafından da bahsedilemez. Ayrıca, aslî müdahalenin şartları burada tam olarak sağlanmış olmamaktadır. Zira aslî müdahaleden bahsedebilmek için iki ayrı dava olmalıdır. Hâkim, her iki davayı birlikte inceleyip karar verebileceği gibi, davalardan birisini (genellikle aslî müdahale davasını) diğeri için bekletici sorun da sayabilir. Davalar birbirinden bağımsız olduğu için de, iki dava hakkında ayrı ayrı iki karar verecektir³⁶⁷. Buna karşın çekişmeli hale dönüşen çekişmesiz yargı işinin konusuz kaldığı için sona ermesi söz konusudur. Yani bu durumda derdestliği muhafaza eden bir “asıl dava” (çekişmesiz yargı işi) ile birlikte görülmekte olan yeni ikinci bir “aslî müdahale davası” aynı anda bulunmamaktadır. Çekişmesiz yargı işi itiraz üzerine konusuz kaldığı için, mahkeme tarafından birlikte görülen bir ilk dava (iş) ile ikinci bir dava veya bekletici sorun sayılabilecek iki ayrı dava değil, tek bir dava vardır.

Bu sebeple çekişmesiz yargı işinin sona ermesi ve yeni bir davanın açılması söz konusudur. Bunun için üçüncü kişinin itirazı üzerine çekişme yaratılan ve böylece çekişmesiz yargıdan çıkıp çekişmeli yargı alanına giren derdest çekişmesiz yargı işinin, çekişmesiz yargı talebinde bulunan ilgili tarafından ıslah yoluyla, davaya dönüştürülmesi gerekecektir. Çekişme yaratan üçüncü kişi bakımından ise, çekişmeyi ortadan kaldırmak için dava harçlarını yatırmak (çekişmesiz yargı işine ilişkin dosya üzerinden) karşı tarafa bir dava dilekçesi tebliğ edebilecektir³⁶⁸.

Bu açıklamaların sonucu olarak bizce, üçüncü kişinin (maddî ilgilinin) itirazı ile bir uyuşmazlık yaratılarak çekişmesiz yargı işi çekişmeli yargıya dönüşmesi mümkün olmakla birlikte; bu itirazı kendine özgü bir müessese olarak nitelendirmek daha doğru olacaktır. Bu sebeple bu itirazı bir fer’i müdahale veya aslî müdahale şeklinde nitelendirmemiz mümkün değildir³⁶⁹.

³⁶⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 235.

³⁶⁸ Budak, Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, ss. 151-152.

³⁶⁹ Alman hukukunda da klasik çekişmesiz yargı işleri açısından fer’i müdahalenin kabul edilmediği görülmektedir. Bkz. Habscheid, § 16, s. 112 vd.; Keidel/Sternal, § 1, s. 43, kn. 384; Pekcanitez, Fer’i Müdahale, s. 198 ve dn. 5. Ancak hukukumuz açısından geçerli olmamakla beraber, Alman hukuku bakımından yukarıda açıkladığımız “çekişmesiz yargının gerçek ihtilaflı işleri” hakkında çekişmeli yargıya ilişkin hükümlerin ve bu anlamda fer’i müdahalenin uygulanması kabul edilmektedir. Bkz. Habscheid, § 16, ss. 114-116; Brehm, § 2, ss. 58-59, kn. 8. Pekcanitez, Fer’i Müdahale, s. 198 ve dn. 7. Aynı şekilde Alman hukukunda çekişmesiz

Ancak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki düzenleme ile kanun koyucu yukarıda belirttiğimiz ilk görüşü benimsemiştir. Kanunun aslî müdahale başlığını taşıyan 65. maddesinin ilk fıkrasında “davaya” değil “yargılamaya” müdahale kavramı kullanılmış olduğundan, hem çekişmeli hem de çekişmesiz yargıda aslî müdahalenin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Böylece yeni kanundaki düzenleme karşısında, çekişmesiz yargıdaki mevcut ilgili ya da ilgililere karşı aslî müdahalede bulunulabilecektir³⁷⁰.

(3) Çekişmesiz Yargı Kararları Açısından Maddî Anlamda Kesinliğin Değerlendirilmesi

Çekişmesiz yargı kararları açısından maddî anlamda kesin karara ilişkin yukarıda yaptığımız açıklamaların sonucu olarak, maddî anlamda kesin karar kavramının, şeklî anlamda kesin karar kavramının aksine, kural olarak çekişmesiz yargı işleri bakımından geçerli olamayacağı ortaya konulmuştur. Her ne kadar çekişmesiz yargı kararlarında maddî anlamda kesin karara benzer sonuçlar meydana getirebilecek, “inşâî etki” gücünden ve “ne bis in idem” ilkesinden bahsedebiliyorsak da, kural olarak maddî anlamda kesinlik kavramı çekişmesiz yargıya yabancısıdır³⁷¹.

Kural bu olmakla beraber bu kuralın dolaylı bir istisnasını çekişmeli hale gelen çekişmesiz yargı işleri oluşturur. Zira çekişmesiz yargı işi iken çekişmeli hale gelen ve bunun sonucu olarak çekişmeli yargıda hakkında karar verilen (başta çekişmesiz yargıdan sayılan) bu iş (talep) için, karar sonucunda maddî anlamda kesin hüküm oluşacaktır. Ancak çekişmeli hâle dönüşen bu işlerde artık çekişmesiz yargı işinden değil, çekişmeli yargı davasından bahsedildiği ve çekişmeli yargı usûl kuralları geçerli olacağından, bu tür işleri de kuralın doğrudan bir istisnası saymak doğru değildir.

Bu şekilde maddî anlamda kesin karar teşkil etmeyen çekişmesiz yargı kararları sonucunda hakkı bu karardan etkilenen ve yargılamaya katılmamış olan

yargıda aslî müdahaleye yer olmadığı kabul edilmiştir. Bkz. Habscheid, § 16, s.114; Stein/Jonas-(Bork), Vor. § 64, kn. 4. Pekcanitez, Fer’i Müdahale, s. 198

³⁷⁰ Bkz., madde gerekçesi.

³⁷¹ Habscheid, § 28, ss. 206-207, Kuru, Nizasız Kaza, ss. 180, 187; Kuru, HMu, C. I, s. 34, dn. 114.

üçüncü kişiler (maddî anlamda ilgililer), yeni bir karar verilmesi için mahkemeye talepte bulunma hakkına sahip olacaktılar. Üçüncü kişi tarafından yapılan bu talep, yargılamanın yenilenmesi davası olmayıp, yeni bir çekişmesiz yargı işi niteliğindedir³⁷².

C. Çekişmesiz Yargı Kararlarının Değiştirilebilmesi

1. Genel Olarak

Çekişmesiz yargı alanında verilen kararlar, çekişmeli yargıdan farklı olarak, kararı veren mahkeme tarafından sonradan değiştirilebilecektir. Burada kast edilen, usûlüne göre verilmiş kararın, kararı veren mahkeme tarafından kararın verilmesinden ve taraflara tefhim veya tebliğ edilmesinden sonraki safhada değiştirilebilmesidir. Yoksa daha karar verilmeden, yargılamanın devam ettiği esnada mahkemece kararın istenildiği gibi değiştirilmesi zaten mümkündür. Zira karar henüz taraflarca öğrenilmiş (tefhim veya tebliğ edilmiş) değildir. Bunun gibi, karardaki yazı veya hesap hataları gibi açık hataların da, çekişmeli yargıda olduğu gibi mahkeme tarafından düzeltilmesi mümkündür (HMK m. 304, eski HUMK m. 459) ve burada işlenecek olan konunun dışındadır³⁷³.

Çekişmeli yargının aksine çekişmesiz yargıda kararların, kararı veren mahkeme tarafından sonradan değiştirilebilmesinin kural olarak kabul edilmesinin sebebi, iki yargı çeşidi arasındaki nitelik farkından kaynaklanmaktadır. Zira çekişmeli yargı alanında verilen hükümle bir tarafın sübjektif hakkı tespit edilmektedir. Eğer hükmün verilmesinden sonra bu hüküm mahkemece değiştirilecek olsaydı, kişinin sübjektif hakkı ihlal edilmiş olurdu. Bu nedenle çekişmeli yargıda verilen hükümlerin değiştirilmezliği ilkesi esastır. Buna karşın, çekişmesiz yargıda verilen kararlar, ilgililerin bu konuda mevcut olan sübjektif haklarına dayanmazlar ve

³⁷² HGK, 05.04.1989, 2-81/226: Bkz. Budak, Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, ss. 135-136, dn. 79. Alman hukukundaki benzer durum için bkz. Keidel, Der Grundsatz des Rechtlichen Gehörs im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, ss. 186-187.

³⁷³ Kuru, Nizasız Kaza, s. 188.

bu sebeple de çekişmesiz yargıda verilen kararın sonradan değiştirilmesi durumunda, ilgililerin sübjektif hakkı da ihlal edilmiş olmaz³⁷⁴.

Çekişmesiz yargıda verilen mahkeme kararı: 1- Kararın sonradan haksız veya hatalı görülmesi veya 2- Kararın verilmesinden sonra ortaya çıkan yeni değişiklikler (vakıalar) sebebiyle, sonradan değiştirilebilir. Bu durum da çekişmesiz yargı kararları açısından maddî anlamda kesinliğin söz konusu olmadığını göstermektedir³⁷⁵.

2. Kararın Sonradan Haksız veya Hatalı Görülmesi Sebebiyle Değiştirilmesi

Mahkemenin, verdiği kararı sonradan haksız veya hatalı görmesi değişik sebeplere dayanabilir. Ancak bu başlık altında incelenecek olan değiştirme halleri, konunun ve vakıaların aynı kalması halinde yapılacak olan değişikliklerdir. Yoksa kararın verilmesinden sonra vakılarda meydana gelecek olan değişikliklere istinaden kararın değiştirilmesi konusu müteakip başlık altında incelenecektir.

Kararların sonradan haksız görülmesi sebebiyle değiştirilmesine ilişkin Kuru'nun "Nizasız Kaza" eserinde belirttiği örneklerle göre: 1- Bir kişinin savurganlık sebebiyle hacir altına alınması (MK m. 406) talep ediliyor ve mahkeme yaptığı inceleme sonucunda, o kişinin savurganlık yapmadığına kanaat getirip talebi reddediyor. Ancak mahkeme daha sonra bir şekilde, o kişinin bütün mal varlığını kumara yatırdığını öğrenirse; mahkeme verdiği kararı değiştirip o kişinin hacir altına alınıp kendisine bir vasi atanmasına karar verebilecektir. 2- Aynı şekilde, mahkeme tarafından verilen mirasçılık belgesinde (MK m. 598) bütün mirasçıların gösterilmediği sonradan anlaşılırsa, o mirasçılık belgesi, belgeyi veren mahkeme tarafından bütün mirasçıları kapsayacak şekilde değiştirilip düzeltilebilecektir³⁷⁶.

Ancak çekişmesiz yargı kararlarının sonradan değiştirilebilmesi ilkesinin bazı istisnaları mevcuttur. Özellikle mahkemenin verdiği karar üzerine üçüncü kişilere

³⁷⁴ Kuru, Nizasız Kaza, ss. 188-189.

³⁷⁵ Habscheid, § 27, ss. 195-196; Kuru, Nizasız Kaza, ss. 181, 189 vd.; Üstündağ, ss. 34-35; Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 81-82.

³⁷⁶ Habscheid, § 27, ss. 196-197; Kuru, Nizasız Kaza, s. 190

müktesep haklar sağlanmışsa, bu karar artık mahkeme tarafından sonradan değiştirilemeyecek ve üçüncü kişilerin müktesep hakları korunmuş olacaktır. Örneğin, vasiye mahkemece üçüncü bir kişiye bir taşınmazın satımına ilişkin izin verilmesinin ardından, üçüncü kişinin bu hukuki ilişkin geçerli olduğuna ve artık değiştirilmeyeceğine güvenebilmesi sağlanmalıdır. Böylece hukuki güvenlik görüşü, haksız görülen kararın değiştirilebilmesi görüşü karşısında üstün tutulmuş olmaktadır³⁷⁷.

Aynı şekilde münhasıran takibi talebe bağlı bir çekişmesiz yargı işi hakkındaki talebin reddine ilişkin karar da, mahkeme tarafından kendiliğinden değiştirilemez. Bu karar sadece yine talep üzerine sonradan mahkemece haksız veya hatalı görülürse değiştirilebilir. Ancak hem takibi talebe bağlı hem de re'sen takip edilen işler için bu istisna geçerli olmayıp, bu tür işlere ilişkin verilen kararlar re'sen mahkeme tarafından da değiştirilebilir³⁷⁸.

3. Kararın Verilmesinden Sonra Meydana Gelen Değişiklikler (Vakıalar) Sebebiyle Değiştirilmesi

Görüldüğü gibi, yukarıdaki açıklamalarımızda çekişmesiz yargı işi hakkında mahkeme tarafından verilen bir karar, kararın verilmesi anında mevcut olup mahkemece fark edilmemiş olan vakıalar sebebiyle kararın sonradan değiştirilebilmesi hususuna ilişkindi. Oysa burada söz konusu olan sebepler, özellikle uzun bir zaman dilimi için etkili olacak olan kararların, bu kararların verilmesinde etkili olan vakıaların sonradan değişmesi nedeniyle kararın da değiştirilmesine ilişkindir. Örneğin, mahkeme tarafından vasi olarak atanan bir kimse, atandığında bu görevi yapabilecek yetenekte birisi olduğu için atanmıştır (MK m. 413). Fakat vasi olarak atanan kişi sonradan görevini ağır surette savsaklar veya borç ödemede acze düşerse, sonradan meydana gelen bu olaylar sebebiyle, mahkeme tarafından verilen

³⁷⁷ Habscheid, § 27, s. 197; Bork/Jacoby/Schwab – (Elzer), § 47, s. 154, kn. 1 vd.; Kuru, Nizasız Kaza, s. 191

³⁷⁸ Kuru, Nizasız Kaza, ss. 191-192.

vesayet kararı değiştirilebilecektir. Böylece vesayet altındaki kişinin menfaati da korunmuş olacaktır (MK m. 483)³⁷⁹.

Kararın sonradan haksız veya hatalı görülmesi sebebiyle, kararın değiştirilebilmesine ilişkin istisnalar burada da geçerlidir. Buna göre, verilen kararın verilmesine sebep olan vakıaların sonradan değişmiş olması sebebiyle, mahkeme tarafından kararın değiştirilmesi, eğer takibi talebe bağlı işler hakkında talebin reddine ilişkin bir kararsa, burada da, ancak yeni bir talep üzerine değiştirilebilecektir. Bunun gibi üçüncü kişilere müktesep haklar veren kararlar, burada da sonradan değiştirilemezler³⁸⁰.

4. Değiştirilen Kararın Etkisi

Çekişmesiz yargı kararını veren ve verdikten sonra hatalı olduğu kanaatine varan veya sonradan meydana gelen olaylar sebebiyle değiştirilmesine karar veren mahkemenin bu kararı geleceğe etkili bir karar olacaktır. Zira kararın sonradan haksız görülmesi sebebiyle değiştirilmesinin geçmişe etkili olması durumunda, üçüncü kişilerin haklarına tecavüz edilmiş olurdu. Örneğin, bir kişinin vasi olarak atanmasına ilişkin karar geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılacak olsaydı, o vasi tarafından yapılan bütün hukuki işlemler geçersiz sayılacak ve bununla üçüncü kişilerin mahkeme kararlarına karşı olan güvenleri sarsılmış olacaktır. Bunun gibi kararın verilmesinden sonra meydana gelen değişiklikler sebebiyle verilen kararın değiştirilmesinin de geleceğe etkili olmasının hukuki güven dışında, ilk kararın verildiği zamanda doğru olmasına dayanmaktadır. Çünkü ancak sonradan meydana gelen olaylar sebebiyle karar haksız görülmüştür ve bu sebeple kararın değiştirilmesine ilişkin yeni kararın geçmişe etkili olması mümkün değildir³⁸¹.

³⁷⁹ Bunun gibi, vesayeti gerektiren sebebin ortadan kalkması üzerine mahkeme (vesayet makamı) vesayetin sona ermesine karar verir (MK m. 472). Mahkemenin bu kararı inşai nitelikte bir karardır. Habscheid, § 27, ss. 199-200; Kuru, Nizasız Kaza, s. 193; Brehm, § 16, kn. 17-19; Bork/Jacoby/Schwab – (Elzer), § 48, s. 158, kn. 7; Zimmermann, FamFG, ss. 37-38, kn. 106.

³⁸⁰ Habscheid, § 27, ss. 201-202; Kuru, Nizasız Kaza, s. 194.

³⁸¹ Habscheid, § 27, ss. 201-203; Bork/Jacoby/Schwab – (Elzer), § 48, ss. 158-159, kn. 11-14; Zimmermann, FamFG, ss. 40-41, kn. 115; Kuru, Nizasız Kaza, s. 195.

İKİNCİ BÖLÜM

YABANCI ÇEKİŞMESİZ YARGI KARARLARININ TÜRK HUKUKUNDA TANINMASI KOŞULLARI

V. YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI HAKKINDA GENEL BİLGİLER

A. Genel Olarak

Uluslararası hukuka göre egemenlik, devletin hukuksal açıdan herhangi bir üst otoriteye tâbi olmadan, yalnızca uluslararası hukuk kuralları veya kendi kabul ettiği bağlantılarıyla sınırlanan, iç ve dış işlerinde bağımsızlığını, yetkilerin tam ve münhasır karakterini ifade eder¹.

Bir devlet, egemenliğini yasama, yürütme ve yargı organları vasıtasıyla kullanır. Yasama organı ile kanunları koyar, yürütme organı ile kanunları uygular ve yargı organı ile de ortaya çıkan ihtilafları kanunlar çerçevesinde çözerek toplumsal düzeni sağlar. Bu organlar görevlerini yerine getirirken devletin egemenliği adına hareket ederler. Devletler, egemenlikleri konusunda kıskançtırlar ve onu dokunulmaz bir hak olarak ilan etmişlerdir². Bu sebeple hiçbir devlet, organlarının faaliyetlerini yerine getirirken başka bir devletin müdahalesine kesinlikle izin vermez³.

Yargılama yetkisi de, egemenlik hakkının bir parçasını oluşturduğu için her devlet kendi vatandaşları ve ülkesi ile ilgili davalara kendi mahkemelerinde bakmak

¹ Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, 5. Bası, Ankara, 2007, s. 148 vd.; Melda Sur, **Uluslararası Hukukun Esasları**, 4. Baskı, İzmir, 2010, s. 106.

² Osman Fazıl Berki, **Devletler Hususi Hukuku**, Cilt. II, Ankara, 1966, s. 10; Tuğrul Arat, “Yabancı Mahkeme İlamlarının Tanınması ve Tenfizi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXI, S. 1-4, 1964, ss. 421-527, s. 421.

³ O. Işık Nazikoğlu, “Yabancı Memleket Mahkemelerinden Verilen Kararların Tanınması ve Tenfizi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. VII, S. 3-4, 1950, ss. 468-500, s. 468; Arat, s. 421-422.

ister⁴. Bu bağlamda, bir devletin başka bir devlet mahkemesi tarafından verilen kararlarını tanımak ve bunların, ülkesinde icrasına izin vermek zorunda olmadığı da geleneksel hukuk anlayışındaki hâkim fikirdir. Ancak diğer devletlerce verilen kararlara hiçbir etki tanımamanın uluslararası ilişkilerin gelişimini engelleyeceği açıktır⁵.

İkinci dünya savaşından sonra toplumsal yapıdaki değişiklikler, ekonomik hayatın gelişmesi, sermaye akımları ve bazı ülkelerdeki işgücü ihtiyacı, birçok insanın kendi ülkesinden başka bir ülkeye göç etmesine sebep olmuştur. Uluslararası ilişkilerin bu şekilde gelişmesi neticesinde, milyonlarca vatandaşımız da başka devletlerin egemenlikleri altında bulunan ülkelere yerleşmiş ve buralarda bir takım hukuki ilişkilere girmişlerdir. Bunun doğal sonucu olarak da gerek kendi aralarında gerekse de bulundukları ülkenin vatandaşları ile aralarında birçok ihtilaf meydana gelmiştir ve böylece milletlerarası özel hukukun uygulama alanı genişlemiştir⁶.

Söz konusu ihtilafların çözülmesi için kişiler bulundukları ülkelerdeki mahkemelere başvuracak ve mahkemeler de haklıyı tespit ederek hakkın yerine getirilmesi konusunda hükümler vereceklerdir. Verilen hükümlerin, verildikleri devletten başka bir devletin ülkesinde etki doğurması gerektiğinde ise, yukarıda açıklanan egemenlik anlayışının sert bir şekilde uygulanması durumunda bu etki imkânı ortadan kalkacaktır. Yabancı mahkeme kararlarına karşı takınılacak bu

⁴ “Bunun kazai yetkiye ilişkin sonuçları ise şöyledir, 1. Yargı hakkı ülke ve milli toplum üzerinde zorlayıcıdır, 2. Diğer devletlerin yargı sahasına müdahale edilemez, 3. Milletlerarası örf hukukundan ve Milletlerarası sözleşmelerden doğan vecibeler saklıdır”, (Browlie, Ian; Principles of public international law, Oxford 1973, s. 280), naklen, Işıl Özbakan, **Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, 1987, s. 1.

⁵ Özbakan, s. 2; Şeref Ertaş, “Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi”, **Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı**, Ankara, 1987, ss. 365-438, s. 366.

⁶ Bilge Umar, “Yabancı ve Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, **Adalet Dergisi**, Yıl 51, S. 8, 1960, ss. 472-492, s. 473; Arat, s. 422; Atâ Sakmar, **Yabancı İlamların Türkiye’deki Sonuçları**, İstanbul, 1982, s. 2; Ertaş, ss. 366-367; Esat Şener, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, **Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, S. 41, Ankara, 1984, ss. 5-11, s. 5; Ahmet Cemal Ruhi, **Boşanma ile İlgili Yabancı Mahkeme İlamlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, 2003, s. 107.

olumsuz tavır, kişilerin haklarını elde edememelerine ve bunun neticesinde de hukuk düzeninin bozulmasına sebep olacaktır⁷.

Yabancı bir devlet mahkemesinden alınacak kararların sadece o devlette etkili olup, diğer devletlerde hiçbir etki doğurmaması günümüzün uluslararası gelişimine ters düşecektir. Bir devletin başka bir devlet mahkemesi tarafından verilen kararı tanınması ve icrasını sağlaması, dava ekonomisi açısından da büyük yarar sağlayacaktır. Çünkü lehine karar alan taraf, bu kararı başka bir devlette tanıtamaması ve icra ettirememesi durumunda yeniden dava açmak zorunda kalacaktır ve böylece hem zaman hem de dava masrafları açısından kayba uğrayarak mağdur olacaktır. Ayrıca bu devlet mahkemesi de gereksiz bir dava ile meşgul olup, o dava neticesinde iki ayrı devlet mahkemesince verilen iki ayrı karar ile karşı karşıya kalınacaktır⁸.

Bütün bu zorunluluklar yabancı mahkeme kararlarına etki tanınması gereksiniminin ve bu bağlamda “tanıma” ve “tenfiz” kurumlarının ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Milletlerarası özel hukuktan doğan problemlerin en önemlilerinden birisini, yabancı mahkemeler tarafından verilmiş kararların tanınması ve tenfizi sorunu oluşturmaktadır⁹. Yabancı mahkeme kararlarının kesin hüküm etkisinin başka bir devletin ülkesinde kabul edilmesi onların tanınması ile, bu kararların icra kabiliyeti ise tenfizi ile mümkün olacaktır.

Görüldüğü gibi tanıma ve tenfiz farklı iki kavramdırlar. Tanıma ile yabancı mahkeme kararlarının sahip oldukları kesin hüküm kuvveti diğer ülkelerde de kabul edilmiş olacaktır. Fakat tanıma ile başka bir ülkenin cebri icra kuvvetleri harekete geçirilemeyecek, sadece verilen karar ile kazanılmış bir hakkın varlığı kabul edilecektir. Tenfiz ise tanımaya göre bir adım daha ileride olup, yabancı mahkeme

⁷ Arat, s. 423; Ertaş, s. 367.

⁸ Özbakan, s. 2; Ertaş, s. 367; Peter Hartmann, **Zivilprozessordnung**, 69. Auflage, München, 2011, § 328, kn. 7.

⁹ “Devletler Hususi Hukuku ile alakalı en eski İngiliz mahkeme içtihatları, yabancı ilamların tanıma ve tenfizi meselesine taalluk etmektedir”, Umar, s. 473, dn. 1; Aysel Çelikel, **Ahkâmı Şahsiye Konusundaki Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması**, İstanbul, 1963, ss. 1-2 ve dn. 2.

kararının hem kesin hüküm hem de icra kabiliyeti niteliklerinin kabul edilmesi ve başka bir ülke kamu gücünü harekete geçirebilme etkisine sahip olması demektir¹⁰.

B. Mahkeme Kararlarının Türleri ve Yabancı Mahkeme Kararlarının Etkileri

1. Genel Olarak

Bir başkası tarafından subjektif hakkı ihlal edilen veya tehlikeye sokulan kimsenin, ortaya çıkan uyuşmazlığı anlaşılarak çözemiyorsa, devletin yetkili yargı organlarına başvurarak hukuki koruma talep edebilme yetkisine dava hakkı denir. Devlet adına yargı hakkını (ve yetkisini) kullanan bağımsız mahkemeler, kişiler arasında özel hukuk alanında çıkan uyuşmazlığa kural olarak hakkı ihlal edilen kişinin (davacının) talebi (dava açması) üzerine el koyar¹¹ ve bu uyuşmazlığı vereceği hüküm ile çözümler¹².

Mahkemelerin uyuşmazlıkları halleden çeşitli türde kararları mevcuttur. Bunlardan bazıları, mahkemelerin uyuşmazlığın esasına girmeden verdiği kararlar (dava ehliyetinin bulunmaması nedeniyle davanın reddine ilişkin olan veya mahkemenin görevsiz olması nedeniyle verdiği görevsizlik kararı gibi usule ilişkin kararlar); bazıları ise uyuşmazlığı çözen kararlardır. Yine bazı kararlar uyuşmazlığa son veren kararlar; bazıları ise uyuşmazlığa son vermeyip davayı yürütmeye yarayan (görev veya yetki itirazının reddine ilişkin kararlar gibi) ara kararlar şeklindedir. Yargılamaya son veren (ileri sürülen talep hakkında kesin olarak karar verilen) ve hâkimin uyuşmazlıktan elini çekmesi sonucunu doğuran kararlara nihai karar denir¹³.

¹⁰ Erdoğan Göğer, **Devletler Hususi Hukuku**, 4. Bası, Ankara, 1977, s. 375; Özbakan, s. 13; M. Şükrü Özdemir, “Yabancı Mahkeme Boşanma Kararının Türkiye’de Tanınması”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt. 20, Ocak-Nisan 1994, S. 1-2, ss. 121-126, s. 121; Ruhi, Boşanma, ss. 108-109.

¹¹ Kural olarak davacının talebi olmadan, mahkemenin kendiliğinden (re’sen) harekete geçmesi yasak olsa da (HMK m. 24), mahkemenin çekişmesiz yargıda, birçok durumda (vasinin azli veya velayetin kaldırılması hallerinde olduğu gibi) kendiliğinden harekete geçerek bir çekişmesiz yargı işine bakması mümkündür. Kuru, Nizasız Kaza, s. 34, dn. 89.

¹² Postacıoğlu, s. 131; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 235; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 285.

¹³ Nihaî kararlar da, esasa ilişkin, usûle ilişkin ve davanın konusuz kalması halinde verilen nihaî kararlar olmak üzere üçlü bir ayrıma tabi tutulur. “Esasa ilişkin nihaî kararlar”, davayı esastan çözümleyen ve dava konusu hakkında bir karar veren nihai kararlardır. Örneğin davalının,

İşte bu çeşit kararların hepsi için bazen “**hüküm**” terimi kullanılmaktadır. Oysa karar ve hüküm aynı anlamda olmayıp, karar hükmü de kapsamaktadır. Yani karar, hükümden daha geniş olarak anlaşılmaktadır ve hüküm yerine karar denilebilirse de, her karara hüküm denilemez. Hüküm, sadece davayı esastan çözen, taraflar arasındaki uyuşmazlığı sona erdiren bir nihaî karar olduğundan, diğer kararları, örneğin ara kararları veya usûle ilişkin kararları kapsamamaktadır¹⁴.

Tanıma ve tenfize konu olan mahkeme kararları kavramından da, uyuşmazlığı kesin olarak çözüp yargılamaya son veren ve hâkimin davadan elini çekmesi sonucunu doğuran “hüküm”leri kastediyoruz. Usûle ilişkin olan yetkisizlik, görevsizlik veya dava şartları oluşmadığından davanın usûlden reddine ilişkin kararlar her ne kadar temyiz edilebilen kararlar da olsa, tanınmaları ve tenfiz edilmeleri söz konusu değildir¹⁵.

2. Mahkeme Kararlarının Türleri

Nitelikleri açısından mahkeme kararları dava çeşitlerine paralel olarak üçe ayrılır. Bunları eda kararları, tespit kararları ve inşaî (yenilik doğurucu) kararlar olmak üzere üç grupta toplamak mümkündür.

a. Eda Kararları

Mahkemenin davalıyı bir şeyi verme, bir şeyi yapma veya bir şeyi yapmama konusunda belirli bir edime mahkûm ettiği kararlar eda kararlarıdır. Burada mahkemece verilen hüküm dolaylı olarak davacının hakkının varlığını da tespit

davacıya belli bir miktar para ödemeye mahkûm edilmesi gibi. “**Usûle ilişkin nihaî kararlar**” ise, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmez-sona erdirmez, sadece (görevsizlik veya yetkisizlik gibi) usule ilişkin sorunları karara bağlar. Kuru, HMu, C. III, ss. 3004- 3005 ve ss. 3014-3015; Üstündağ, s. 800; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 531. Ayrıca bkz. yukarıda Birinci Bölüm, § 4, I no’lu başlık altındaki açıklamalar.

¹⁴ Kuru, HMu, C. III, s. 2997; Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 530-531.

¹⁵ İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları “geçici” nitelikte olup kesin hüküm niteliğinde etki doğurmazlar. Bu kararların da tanıma ve tenfizi sözkonusu olamaz, Ergin Nomer, **Milletlerarası Usul Hukuku**, İstanbul, 2009, ss. 150-151, kn. 377; Çelikel, Ahkâmı Şahsiye, s. 9; Aysel Çelikel ve Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 9. Bası, İstanbul, 2009, ss. 581-583.

etmektedir. Buna göre, eda davasının kabulü halinde verilen hüküm, iki hususu içerecektir: 1. Davacının dayandığı hakkın veya hukuki ilişkinin var olduğunun tespiti ve 2. Davacının istediği edanın ifasına yönelik bir emir yer alacaktır. Bu sebeple eda kararları hem şeklî ve maddî anlamda kesin hüküm (ve kesin delil) teşkil eder, hem de icra kabiliyeti taşırlar. Eğer mahkeme tarafından talep reddedilirse, davacının talep ettiği hakkın veya hukuki ilişkinin mevcut olmadığı tespit edilmiş olacağından, bu ret kararı bir tespit hükmü niteliği taşır ve kesin hüküm (HMK m. 303, eski HUMK m. 237) ile kesin delil teşkil eder¹⁶.

b. Tespit Kararları

Bir hukuki ilişkinin varlığı, yokluğu veya içeriğinin belirlenmesi hakkında bir karar elde etmek amacıyla açılan dava¹⁷ sonunda verilen karar bir tespit karardır. Tespit kararlarının amacı sadece tespit olduğundan verilen hüküm ile davalı bir şey yapmaya veya bir şeyden kaçınmaya mahkûm edilemez. Tespit hükmü duruma göre menfî veya müspet kesin hüküm ve kesin delil teşkil eder. Ancak tespit hükmünde eda emri bulunmadığı için icra kabiliyeti taşımaz¹⁸.

c. İnşâî (Yenilik Doğurucu) Kararlar

Bir hukuki durumun kurulması, değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması için hak sahibinin tek taraflı iradesinin yeterli olmadığı veya bu konuda tarafların anlaşmasının mümkün olmadığı ve bunun ancak bir mahkeme kararı ile sağlandığı hallerde, açılan dava sonucu verilen karar inşaîdir. Boşanma, babalık, nesebin reddi, evlenmenin butlanı, ölüme bağlı tasarrufların iptali, tenkis davası neticesinde verilen kararlar gibi. Bu kararların hukuki alanda etkili olmaları için icra (infaz) edilmelerine

¹⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz, ss. 288-289; Pekcanitez./Atalay/Özekes, ss. 295-296; Çelikel/Erdem, s. 578.

¹⁷ Tespit davaları Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzda açıkça düzenlenmiş olmamakla beraber, öğretide ve uygulamada tespit davasının açılabilceği tereddütsüz kabul edilmekteydi. Bkz. Kuru/Budak, ss. 60, 68; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 290; Pekcanitez./Atalay/Özekes, s. 297. Ancak 6100 sayılı yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunun 106. maddesi ile tespit davaları ilk kez kanunumuzda düzenlenmiş oldu.

¹⁸ Kuru/Budak, ss. 60, 340 vd., Kuru/Arslan/Yılmaz, ss. 289-294; Pekcanitez./Atalay/Özekes, ss. 296-304; Çelikel/Erdem, s. 578.

ihtiyaç yoktur. İnşâî etkisi, kararın kesinleşmesi ile kendiliğinden ortaya çıkar. Ancak, hüküm inşâî hak yanında aynı zamanda bazı edimlere mahkûmiyeti de içeriyorsa, bu edimler açısından icra kabiliyeti taşıyacaktır. Mahkeme inşâî davanın reddine karar verirse bu ret kararı bir tespit hükmündedir¹⁹.

3. Yabancı Mahkeme Kararlarının Etkileri (Sonuçları)

Kesinleşmiş yabancı bir mahkeme kararının genel olarak iki tür etkisi vardır. Bunlar, 1) Kesin hüküm ve 2) İcra kabiliyeti²⁰.

Bilindiği gibi²¹ kesin hüküm, bir mahkeme kararının, bir uyuşmazlığı nihai olarak ortadan kaldıran ve o konunun mahkemeler önünde yeniden tartışma konusu yapılmasına engel olan kanuni hakikat vasfıdır. Kesin hüküm şeklî anlamda kesin hüküm ve maddî anlamda kesin hüküm olmak üzere ikiye ayrılır. Şeklî anlamda kesin hükümden, kesinleşen bir karara karşı artık normal kanun yollarına başvurulamayacağı anlaşılırken; maddî anlamda kesin hüküm ise, şeklî anlamda kesinleşen hükme tanınan kanuni hakikat vasfıdır.

Kısacası kesin hüküm, kararın aynı konuda, aynı taraflar arasında ve aynı dava sebebine dayanılarak yeniden mahkeme önünde muhakeme konusu yapılamamasıdır. Bu sayede kesin hükme bağlanmış bir davanın açılması önlenerek, gereksiz yere mahkemeler meşgul edilmeyip mahkeme kararlarına uyulması sağlanır, çelişkili kararların verilmesine engel olunarak hukuki istikrar sağlanır ve tarafların yargı kararlarına güveni tesis edilerek hukuki barış korunmuş olur²².

Maddî anlamda kesin hükmün, iki hukukî etkisi mevcuttur; 1. Olumlu (müsbet) etki: Kararın kesin delil (*Beweiswirkung*) teşkil etmesi, yani aynı konuda, aynı taraflar arasında, aynı sebeple ikinci kez dava açılması durumunda, ilk davada verilen kesin hüküm, kesin delil teşkil eder. 2. Olumsuz (menfi) etki: Aynı konuda,

¹⁹ Önen, s. 166 vd; Kuru/Arslan/Yılmaz, ss. 294-297; Pekcanitez./Atalay/Özekes, ss. 304-306.

²⁰ Arat, ss. 423-425; Sakmar, s. 1; Çelikel, Ahkâmı Şahsiye, s. 13; Çelikel/Erdem, s. 576 vd.; Özbakan, s. 5.

²¹ Geniş bilgi için bkz. yukarıda Birinci bölüm, § 4 no'lu başlık altındaki açıklamalar.

²² Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 715 vd.; Pekcanitez./Atalay/Özekes, s. 560 vd.

aynı taraflar arasında, aynı sebeple ikinci kez dava açılamaması, yani kesin hükmün (*Rechtskraftwirkung*) varlığı nedeniyle reddedilmesini sağlamasıdır²³.

Mahkeme kararlarının kesin hüküm etkisi ve icra kabiliyeti kural olarak sadece kararın verildiği devletin ülkesinde meydana gelir. Çünkü devletlerin bağımsız ve egemen olmaları birinin mahkemesinde verilen kararın diğerinin ülkesinde zorla uygulanmasını ve etkilerini doğurmasını engeller. Ancak uluslararası ilişkilerin yoğunlaşmasıyla birlikte, egemenlik ilkesine sıkı sıkıya bağlı kalmak, devletlerin karşılıklı çıkarlarını bozacağı düşüncesine sebep olmuştur ve böylece yapılan uluslararası sözleşmeler ve iç hukuk mevzuatlarındaki düzenlemeler ile devletler yabancı mahkemeler tarafından verilmiş olan kararlara bazı şartlar altında kendi ülkelerinde etki tanımaya kendilerini mecbur hissetmişlerdir²⁴.

İşte, yabancı mahkeme kararlarının kesin hüküm etkisinin ve icra kabiliyetinin²⁵ kabul edilerek yerli mahkeme kararları gibi sonuç doğurmasının benimsenmesi, yabancı kararların tanınması (*reconnaissance*) ve tenfizi (*exécution*) kurumlarını meydana getirmektedir²⁶. Buna göre, yabancı bir mahkeme kararının sahip olduğu kesin hüküm kuvvetinin yabancı ülkede kabulü onun tanınmasıyla; kesin hüküm kuvvetinin sonucu olarak maddî icra muamelelerini gerekli kılan kamu gücünü harekete geçiren vasfı ise tenfizi ile sağlanacaktır²⁷.

Yukarıda açıkladığımız üzere, her mahkeme kararı, hem kesin hüküm, hem de icra kabiliyetini birlikte taşımazlar. Bazı mahkeme kararlarına yalnız kesin hüküm kuvveti tanınmış olup bu kararlar nitelikleri gereği cebri icraya konu teşkil edemezler. Bu tür mahkeme kararları yalnız tanınabilirler, icra kabiliyetleri olmadığı için tenfiz edilemezler. Buna göre, tespit kararları ile inşai (yenilik doğurucu) kararların icra kabiliyetleri olmayıp bunların Türkiye’de yalnızca tanınmaları mümkün olduğu için, bunlara tanıma şartları uygulanacaktır.

²³ Kuru/Arslan/Yılmaz, ss. 727-730; Pekcanitez./Atalay/Özekes, ss. 571-573.

²⁴ Belgesay, s. 214; Berki, s. 220; Sakmar, s. 1; Özbakan, s. 11 vd. ; Ertaş, s. 369.

²⁵ “Etkilerin nitelendirilmesi yabancı mahkeme kararın etkilerinin ileri sürüldüğü ikinci ülke hukukuna göre yapılır”, Ertaş, s. 370.

²⁶ Özbakan, s. 13.

²⁷ Özbakan, s. 13; Çelikel/Erdem, s. 577.

Eda kararlarının ise kesin hüküm ve icra kabiliyetleri olması sebebiyle hem tanınmaları hem de tenfizleri mümkün olacaktır. Ancak eğer boşanma kararı gibi yenilik doğurucu bir karar aynı zamanda nafaka veya tazminat ödenmesi gibi bir eda kararını da bünyesinde ihtiva ediyorsa, kararın eda bölümü için tenfiz şartlarının varlığının aranması gerekecektir²⁸.

Acaba yabancı mahkeme kararlarının etkilerinin kapsamı hangi ülke hukukuna göre tayin edilecektir? Yani bir yabancı mahkeme kararı, verildiği ülkede sahip olduğu etkilere, kararın ileri sürüldüğü ikinci ülkede de aynen sahip olacak mıdır? Bu konuda hâkim fikir; yabancı mahkeme kararlarının başka ülkelerdeki etkilerinin, kural olarak kararın verildiği (ilk) ülkenin hukukuna göre belirlenmesidir. Bununla beraber, yabancı mahkeme kararlarına ülkemizde aynı değerdeki bir mahkeme kararına bağlanan etkiden daha fazla etkinlik tanımak mümkün olmayacaktır²⁹.

C. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınmasının Teorik Gerekçesi ile Tanıma ve Tenfize İlişkin Sistemler

1. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınmasının Teorik Gerekçesi

Mahkeme kararlarının verildikleri ülke dışında da belirli şartlar altında kesin hüküm kuvveti ve icra kabiliyetine sahip olmalarını açıklamak için çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Bunların başlıcaları, mücamele (comity) teorisi, yargısal (kazai) akit teorisi, özel kanun (lex specialis) teorisi ve müktesep haklar teorisidir³⁰.

a. Mücamele (Comity) Teorisi

Bu teori, tanıma ve tenfiz konusunda ileri sürülen görüşlerin en eskisi olup özellikle Common Law'un hâkim olduğu ülkelerde uygulanmıştır. Bu görüşe göre yabancı ülkede elde edilmiş olan hakları, devletler bir mecburiyet sebebiyle değil,

²⁸ Çelikel/Erdem, s. 579; Ertaş, ss. 370-374.

²⁹ Sakmar, s. 182; Nomer, s. 145; Ertaş, ss. 370-374.

³⁰ Bu teorilerin ayrıntıları için bkz. Çelikel, Ahkâmı Şahsiye, ss. 28-39; Umar, ss. 473-476; Arat, ss. 426-433; Özbakan, ss. 32-45.

“Comitas Gentium” denilen uluslararası nezaket görevi gereğince rîzai olarak tanınırlar. Bu görüşün esasında karşılıklılığın sağlanması yatmaktadır. Şöyle ki, kendi mahkemelerinden verilen kararların diğer ülkelerde uygulanmasını sağlamak için yabancı devlet mahkemesinden verilen kararların tanınması ve tenfizi gerekecektir³¹.

Teori başta, tanıma ve tenfiz için sadece karşılıklılık şartını aramış olması sebebiyle eleştirilmiştir. Karşılıklılık tanıma ve tenfizi zorlaştıracak bir şarttır. Yine bu teorinin uygulanması durumunda davalının, kararın tanınması istendiği ülkede ne gibi savunma haklarına sahip olabileceğinin tesbiti de imkânsızdır. Kararı tanıyacak mahkeme karşılıklılık şartı ile bağlı olduğundan, bu şartın gerçekleşmesiyle kararı veren mahkemenin yetkisizliği haricinde hiçbir itiraz ileri sürülemeyecektir. Yine aynı şekilde, kararların basit bir nezaket sonucu tanınması ve hukuki esaslara bağlanmaması da eleştirilmiştir³².

b. Yargısal (Kazaî) Akit Teorisi

Bu teoriye göre hâkim, taraflar arasındaki ihtilafı halleden bir hakem özelliği taşır ve kesin hüküm, otoritesini tarafların anlaşmasından almaktadır. Bu anlaşma tarafların davanın neticelerine rıza gösterdikleri konusunda bir akit benzeridir ve bu akitle taraflar davanın sonunda kaybedecek olanın hükmün sonuçlarına katlanacağını kabul etmektedir. Bu şekilde mahkeme tarafından verilen karar bir kazaî akit kabul edilince de, akitlerin haiz olduğu uluslararası kuvvete sahip olmalıdır³³.

Bu teori de eleştirilere uğramıştır. Hareket noktasının hatalı olduğu, adaletin tarafların iradesine değil, kamu otoritesine dayanacağı savunulmuştur. Ayrıca akit ile mahkeme kararı arasında mahiyet farkı da vardır. Mahkeme kararı, devlet otoritesini temsil eden kaza organlarının iradesidir. Akit ise belirli bir neticeye ulaşmak amacıyla tarafların anlaşmasıdır. Yargısal akit teorisi, akit taraflarının gıyabında verilmiş olan kararlar için de savunulamaz. Çünkü tarafların kararın içeriği

³¹ Umar, s. 473; Çelikel, Ahkâmı Şahsiye, s. 28; Arat, s. 427; Özbakan, s. 32.

³² Umar, s. 474; Çelikel, Ahkâmı Şahsiye, s. 30; Arat, s. 427; Özbakan, s. 34; Yılmaz Altuğ, **Türk Milletlerarası Usûl Hukuku**, İstanbul, 1983, s. 112.

³³ Çelikel, Ahkâmı Şahsiye, s. 30; Arat, s. 432; Özbakan, s. 36; Nazikoğlu, s. 472.

konusunda anlaşmaları sözkonusu değildir. Ayrıca davayı kaybedenin kendi rızası ile ödemeyi kabul etmemesi durumunda, davayı kazanan tarafın hakkına kavuşmak için yeniden mahkemeye başvurması gerekecektir³⁴.

c. Özel Kanun (Lex Specialis) Teorisi

Bu teoriye göre; bir mahkeme kararı, belirli bir ihtilafı çözen özel bir kanundur. Bu sebeple, yabancı bir devlet kanununu uygulamamız hangi gerekçelere dayanıyorsa, yabancı mahkeme kararını tanımamız da aynı gerekçelere dayanmaktadır. Ancak bu görüş de karar ile kanun arasında farklılıklar olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Karar geçmiş bir olaya bağlıdır ve ferdileştirilmiş olayların takdirinin neticesidir. Kanun ise düzenlediği olaylardan önce vardır. Yine karar bir müeyyide teşkil ederken, kanun bir ihtardır. Ayrıca yabancı kanunu uygulayan hâkim kararı kendisi verir, oysa yabancı bir kararı tanıyıp tenfiz ederken kararı veren hâkimin kararına iştirak eder³⁵.

d. Müktesep Haklar Teorisi

Bu teori ise kaynağını uluslararası özel hukukun prensiplerinden olan, yetkili kanuna göre kazanılmış haklara uyulması gerekir prensibi oluşturmaktadır. Bir ülkede, yabancı bir mahkeme kararının tanınmasını istemek, aslında yabancı mahkemede elde edilmiş olunan bir hakkın tanınmasını istemektir. Bu sebeple, yabancı mahkeme kararlarının tanınması müktesep haklara uyma prensibi esaslarına tâbi olmalıdır. Her ne kadar bu görüş “tanıma”nın esasını teşkil edebilecek olsa da, hangi hakkın müktesep hak olup olmadığının belirlenmesindeki zorluk sebebiyle eleştirilmiştir. Yabancı mahkemece lehine hüküm verilen taraf, bu hükmün verildiği ülkede bir hak kazanmış olmakla beraber, kazanmış olduğu bu hak, hükmün verildiği ülkenin dışında müktesep bir hak olarak kabulünü de gerektirmeyecektir. Hiçbir

³⁴ Çelikel, Ahkâmı Şahsiye, s. 31; Arat, s. 432; Özbakan, s. 37; Nazikoğlu, s. 473.

³⁵ Umar, s. 476; Çelikel, Ahkâmı Şahsiye, s. 33; Arat, s. 429; Özbakan, s. 38; Nazikoğlu, ss. 472-474.

devletten müktesep haklara uyulması prensibinin şart kıldığı şekilde, yabancı bir hâkimiyetin tasarrufu altında verilen mahkeme kararını da kabul etmesi istenemez³⁶.

Kanımızca³⁷, bu teoriler zorlama çözümler getirmekte ve yabancı mahkeme kararlarının etkinliği sorusuna tatmin edici cevaplar verememektedir. Birçok yönüyle de eleştirilen bu görüşler ile konuyu teorik olarak açıklamak pek yararlı olmayacaktır. Yabancı mahkeme kararlarının başka ülkelerde etkinliğe sahip olmalarının ortaya çıkış nedeni gelişen uluslararası ilişkiler ve işbirliğidir. Gelişen ilişkiler neticesinde, kişiler arasında çıkan ihtilafları halleden mahkeme kararlarının başka ülkelerde tanınmaması çeşitli mahsurlara yol açacaktır. Bu sebeple de her devlet, gerek kendi menfaatleri, gerekse uluslararası hayatın gerekleri açısından bu konuya bir çözüm getirmeye çalışmıştır. Devletlerin arasındaki bu yakın ilişki, yabancı ilamların etkinliğinin kabul edilmesindeki esas amacı açıklamaktadır.

2. Tanıma ve Tenfize İlişkin Sistemler

a. Tanıma ve Tenfiz Müessesesini Kabul Etmeyen Sistemler

Her yargı kararı onun verildiği devletin yargı hakkına istinad edilen bir egemenlik fiili olup, sadece verildiği devletin sınırları içerisinde etkili olur. Yabancı bir yargı kararının “tanınması” gereği, bu yönde uluslararası hukukta bir mükellefiyetin olmadığını da gösterir. Bu sebeple her devlet, yabancı yargı kararını tanıyıp tanımayacağına veya hangi şartlar altında tanıyabileceğine kendi karar verir³⁸.

Bazı sistemler egemenlik düşüncesinden hareketle, yabancı yargı kararlarının tanıma ve tenfizini kabul etmemişlerdir³⁹. Tanıma ve tenfiz müessesesini kabul

³⁶ Seviğ, s. 81; Arat, s. 429; Aysel Çelikel, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Müktesep Haklar Nazariyesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 29, S. 1-2, İstanbul, 1963, s. 249 vd.; Özbakan, ss. 39-45; Nazikoğlu, s. 474.

³⁷ Çelikel, Ahkâmı Şahsiye, s. 37; Sakmar, s. 7-8; Özbakan, s. 44.

³⁸ Nomer, s. 144, kn. 358.

³⁹ Yabancı yargı kararlarının tanınmasını ve tenfizini kabul etmeyen devletler de olmuştur; mesela, İsviçre’ de Glarus Kantonu, Hollanda, İran, Liechtenstein, İsveç, Finlandiya ve İzlanda (1932 yılında İskandinav ülkeleri olan Norveç, İsveç, Danimarka, Finlandiya ve İzlanda imzalamış

etmeyen bu sistemlerde, yabancı yargı kararlarının hiçbir etkisi yoktur. Yabancı yargı kararları ancak tanıma veya tenfiz edildiği zaman kesin hüküm etkisine veya icra kabiliyetine sahip olurlar. Bu sistemlerde tanıma ve tenfiz kabul edilmediğinden dolayı yabancı yargı kararlarının bu sistemi kabul eden devletlerde böyle bir etkisi söz konusu olmaz. Bunun sonucu olarak yabancı yargı kararının konusunu teşkil eden ihtilaf, bu sistemi kabul eden devletlerin mahkemelerinde yeniden dava konusu yapılmasına ve böylece kendi mahkemelerini lüzumsuz yere meşgul ederek para ve zaman kaybına sebep olmaktadır⁴⁰.

b. Tanıma ve Tenfiz Müessesesini Kabul Eden Sistemler

Tanımayı kabul etmeyen sistemlerde ortaya çıkabilecek sakıncaları ortadan kaldırmak ve adaletin hızlı bir şekilde gerçekleşmesini sağlamak amacıyla modern hukuk sistemlerindeki genel yaklaşım, yabancı yargı kararlarının tanınması ve tenfizinin kabul edilmesi yönündedir. Tanıma ve tenfizi kabul eden ülkeler, bu şekilde yabancı yargı kararlarına kendi ülkelerinde de saygı duyulduğunu belirtmek isterler⁴¹.

Bu ülkelerde tanıma ve tenfize ilişkin farklı sistemler kabul edilmiştir. Bunlar; Exequatur (Tenfiz) Sistemi, Revision sistemi, Tescil sistemi ve Tenfiz davası (Actio Judicati) sistemidir. “Exequatur” sistemi⁴² Kara Avrupası ülkelerinde kabul edilmiştir. Bu sisteme göre, tenfiz talep edilen devlet mahkemeleri yabancı kararları yeniden ele alarak esas bakımından incelemeyebilir. Tenfiz hâkimi sadece kendi hukukunun Exequatur kararı vermek için önceden tespit ettiği şartların o kararda

oldukları anlaşma ile kendi aralarında tanıma ve tenfizi kabul etmişler ve ardından bu yöndeki temayüle uyarak diğer devlet mahkemelerinin kararlarına da hürmet etmişlerdir). Arat, ss. 448 ve 471-475; Nomer, s. 144, dn. 249; Altuğ, s. 114; Max Guldener, **Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz**, Zürich, 1951, s. 94.

⁴⁰ Arat, s. 448; Nomer, ss. 144-145, kn. 358; Yılmaz Altuğ, **Devletler Özel Hukuku**, İstanbul 1995, s. 218; Bilgin Tiryakioğlu, **Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, 1996, s. 15.

⁴¹ Margarete Kopf Buhmann, **Die Anerkennung Ausländischer Adoptionen im Inland**, München, 1989, s. 81; Ruhi, s. 110.

⁴² Latince bir tabir olan “exequatur”, bırakınız yapsınlar kelimesinden gelmektedir ve yabancı kararın tenfizine imkân veren bir anlam taşımaktadır, Çelikel, Ahkâmı Şahsiye, s. 80, dn. 2.

olup olmadığını inceleyecek ve gerçekleşmişse tenfizi kararı verecektir. Exequatur kararının verilebilmesi için gerekli işlemler ise her ülkede değişiklik gösterebilmekte ve buna göre sınırlı veya geniş kontrol yapma imkânı açık olmaktadır. Yapılan kontrol sonucunda verilen Exequatur (tenfiz) kararı yeni bir hüküm olmayıp, yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizini mümkün kılacak bir karardır. Bu usul genellikle yabancı kararın tenfizini sağlamak için uygulanmaktadır. Bu sistemi uygulayan devletlerde tanıma ise, kısmen veya tamamen exequatur kararı aranmaksızın gerçekleştirilmektedir⁴³.

1964 yılına kadar⁴⁴ Fransa’da⁴⁵ uygulanmış olan “Revision” sisteminde ise, yabancı kararın maddî ve hukukî olguları yönünden yeniden incelenmesi sözkonusuydu. Kararı yeniden inceleyen hâkim, eğer kararı, maddi vakıaların takdiri veya bir hukuk kaidesinin uygulanması yönünden yanlış bulursa, tenfizi reddetme hakkına sahipti. Bu sistemde hâkimin geniş bir takdir hakkı bulunmaktadır. Mesela şahit ifadesinin ispat kuvvetinin yeterli görülmemesi veya yabancı mahkemenin taraflar arasındaki sözleşmeyi veya kanunu yanlış uyguladığı kanaatine varması gibi, davanın esasını ilgilendiren konularda tenfiz hâkimi takdir hakkını kullanarak tenfizi reddedebilme imkânına sahipti. Fransız hukukunda, tanıma da tenfiz ile aynı sonuçlara tabi tutulmuştu⁴⁶.

Bir diğer sistem olan Tenfiz davası (Actio Judicati) ise İngiliz (ve Amerikan) hukukunda uygulanmaktadır. Bu sistemde yetkili yabancı mahkemece verilmiş olan karar, İngiltere’de açılacak bir dava yoluyla takip edilerek icrası mümkün kılınacak bir borç doğuracaktır. İngiliz mahkemesinin bu kararı yabancı kararın yerine geçecektir ve artık icra edilecek olan yabancı karar değil, İngiliz mahkemesinin verdiği karar olacaktır. Bu sistemde yabancı karar revision sisteminde olduğu gibi

⁴³ Özbakan, ss. 49-52; Tiryakioğlu, s. 17.

⁴⁴ Revisionun kurumunun kaldırılması zaman içinde gelişerek olmuştur. Önce kişi hallerine ilişkin kararlarda ve ardından 1964 tarihli “Munzer” kararı ile Fransız temyiz mahkemesi bütün haller için revision sistemini kaldırdı. Sakmar, s. 60; Altuğ, Milletlerarası Usûl Hukuku, s. 116; Özbakan, s. 55; Tiryakioğlu, s. 16, dn. 49; Cemile Demir Gökyayla, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni**, Ankara, 2001, s. 82 vd.

⁴⁵ Belçika, Lüksemburg ve kısmen İtalya’da da revision sistemi uygulanmıştır. Özbakan, s. 56.

⁴⁶ Sakmar, s. 60; Özbakan, ss. 52-57; Tiryakioğlu, s. 16.

yeniden esastan incelenmeyip sadece İngiliz hukukunda öngörülen tenfiz şartlarını taşıyıp taşımadığı araştırılır⁴⁷.

İngiliz hukukunda daha sonra çıkarılan kanunlarla dava usûlünden daha basit bir tenfiz usûlü olan tescil sistemi kabul edilmiştir. Bu sistem, yabancı kararların tescili esasına dayanmaktadır ve tescil edilebilen kararlar için, tenfiz davası (actio judicati) usûlü kaldırılmıştır. Tescil sisteminde mütekabiliyet şartı temel şart olarak kabul edilmektedir⁴⁸.

Türk hukukunda tanıma ve tenfiz açısından exequatur sistemine benzer bir sistemin geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Buna göre MÖHUK'da aranan şartların yerine gelmiş olduğunun Türk hâkimi tarafından tespit edilmesi halinde yabancı yargı kararları Türkiye'de tanınıp tenfiz edilebilecektir⁴⁹.

(1) Tanımayı Tenfizdeki Usûle Bağlayan Sistemler

Tenfizi söz konusu olmayan bir yabancı yargı kararının nasıl tanınabileceği konusunda farklı sistemler öngörülmüştür. Bunlardan ilki, tanımayı tenfizdeki usûle bağlayan sistemdir. Bu sisteme göre, yabancı kararın kesin hüküm teşkil etmesiyle, zorla icrası arasında nitelik farkı yoktur ve hükmün bu iki sonucu birbirinden ayrılmaz. Hükmün her iki sonucu da devletin organları üzerinde etkiye sahiptir. Kesin hüküm etkisi ile görülmüş bir davanın, mahkemeler tarafından tekrar görülmesi engellenir; icraî etkisi ile de devlet kuvvetleri harekete geçirilir. Bu sebeple ikisinin de tenfiz edilmesi gerekmektedir. Çünkü tanıma ve tenfiz birbirine bağlı iki kavramdır ve onları koşulları yönünden ayırmak da hatalıdır. Buna göre, tanınacak kararların da tenfiz şartlarını taşıması gerekir. Hakkında exequatur kararı verilemeyen yabancı ilamlar, kesin hüküm etkisine de sahip olamayacaktır. Bununla

⁴⁷ Arat, ss. 485-487; Özbakan, s. 45.

⁴⁸ Arat, s. 487; Özbakan, s. 47.

⁴⁹ Sakmar, s. 61; Tiryakioğlu, s. 18.

beraber yabancıların kişi hallerine ilişkin kararlara istisna tanınmıştır ve exequatur'a tabi olmadan tanınırlar⁵⁰.

(2) Tanımayı ve Tenfizi Ayrı Usûle Bağlayan Sistemler

Bu sistem ise, yabancı kararın kesin hüküm etkisi ile zorla icrası etkisi arasında nitelik farkı olduğu düşüncesinden hareket etmektedir. Bir devletin, tenfiz kararı ile izin vermeden yabancı yargı kararının icrasına kendi ülkesinde engel olması tabiidir. Fakat bir kararın kesin hüküm etkisinin tanınmasında, onun icrasına yardım sözkonusu olmayıp sadece ilgili kararın hukuki mevcudiyeti kabul edilmektedir. Bu sebeple, bir devletin diğer bir devlette meşru surette iktisap olunan hakları tanıması milletlerarası özel hukukun temelidir. Buna göre yabancı kararın tanınmasıyla onun kesin hüküm etkisi yani hükmün hukuki varlığı kabul edilecektir ve kararın icrasının gerçekleştirilmesi söz konusu değildir. Fakat tanıma da her hangi bir denetim olmadan gerçekleşmeyecektir. Tanıma da bir takım şartlara bağlanmış olmakla beraber bu şartlar tenfizde aranan şartlara göre daha hafiftir. Kararın hukuken varlığını kabul etmek ve kazanılmış hakları tanımak söz konusu olduğu için ve devletin icra organlarını harekete geçirmeyeceğinden dolayı tanıma için bir tenfiz kararına da gerek yoktur⁵¹.

D. Türk Hukukunda Tanımaya İlişkin Gelişim

1. Osmanlı Döneminde Tanıma ve Tenfiz

Osmanlı döneminde Türklerin taraf olduğu yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi mümkün değildi. Osmanlı mahkemeleri yabancılar ile Türkler

⁵⁰ Arat, ss. 434-436; Nazikoğlu, s. 477; Özbakan, s. 20; Tiryakioğlu, s. 17. İsviçre hukukunda da bu sistem geçerlidir. Yabancı kararın tenfizi için tanımada aranılan şartların aynısı aranıyor, ek bir şart aranmamaktadır (m. 28). Bkz. Schnyder/Liatowitsch, § 12, kn. 358; Paul Volken, **Zürcher Kommentar zum IPRG**, 2. Auflage, Zürich, 2004, Vor. Art. 25-32, kn. 60; Andreas Furrer, Daniel Girsberger, Florence Guillaume und Dorothee Schramm, **Internationales Privatrecht**, 2. Auflage, Zürich, 2008, ss. 4-5, kn. 10; BSK IPRG-Berti/Däppen, Art. 25, kn. 40, Art. 28, kn. 3.

⁵¹ Türk hukukunda kabul edilen bu sistemdir. Belgesay, s. 215; Muammer Raşit Seviğ, **Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar İhtilafı Kaidelerinin Sentezi**, İstanbul, 1941, s. 92; Berki, s. 352; Arat, ss. 433-434; Tiryakioğlu, s. 18; Nazikoğlu, s. 479. Alman hukukunda da bu ikinci sistem kabul edilmiştir.

arasındaki ihtilaflarda münhasır yetkiye sahipti. Yabancı mahkemenin iki tarafı da yabancı olan bir davada verdiği kararda ise; davanın tarafları aynı devletin vatandaşı iseler verilen karar kendi konsolosluk mahkemesinin kararı ile tenfiz edilir, eğer ayrı vatandaşlıkta iseler davalının mensup olduğu konsolosluk mahkemesi tenfiz kararı verirdi.

Ancak 1914 yılında kapitülasyonların kaldırılmasıyla, hukuk ve ticaret davalarına ilişkin yabancı yargı kararlarının yetkili Türk mahkemesinin kararı ile tenfiz edilebileceği 11 Nisan 1918 tarihli kanun ile kabul edilmiştir. Bu kanuna göre ancak, Türkiye ile akdi karşılıklılığı bulunan bir devletin Türk hukukuna göre yetkili olan mahkemesi tarafından verilmiş olan kesin hüküm niteliğindeki kararları, Türk kamu düzenine aykırı olmamak ve Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen konularda verilmiş olmak şartıyla tenfiz edilebiliyordu. Kişi hallerine ilişkin yabancı kararların tanınması ise bu kanunda düzenleme olmaması sebebiyle mümkün değildi⁵².

2. MÖHUK'dan Önce Tanıma ve Tenfiz

2675 sayılı MÖHUK'un 46. maddesi tarafından yürürlükten kaldırılana kadar tenfiz, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 537-545. maddelerinde açık olarak düzenlenmiştir. Ancak HUMK'da tanımaya ilişkin hükümler yer almamıştır⁵³. Bunun sonucunda uygulamada da bu ayırım yapılmamıştır ve yabancı yargı kararlarına tenfiz dışında tanınan tek etki, takdiri delil kuvvetinin kabulünden ibaret kalmıştır⁵⁴.

⁵² Altuğ, Türk Milletlerarası Usûl Hukuku, ss. 118-120; Ertuş, s. 388.

⁵³ HUMK zamanında her ne kadar pozitif hukukumuzda tanımayı açıkça kabul eden bir hüküm olmasa da, Türkiye Cumhuriyeti'nin bu yıllarda akdetmiş olduğu bazı çok taraflı anlaşmalar yoluyla "tanıma" pozitif hukukumuzda girmiştir. Bkz. Sakmar, ss. 157-158; Yücel Sayman, **Türk Devletler Hususi Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu**, İstanbul, 1978, s. 90 vd.; Aysel Çelikel, "Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması Hakkında Sözleşme ve Türk Hukuku", **Prof. Dr. Hıfzı Timur'un Anısına Armağan**, İstanbul, 1979, s. 195 vd.

⁵⁴ Sakmar, s. 160. İstanbul 10. Asliye Hukuk Mahkemesinin E. 1965/928-K. 1966/361 sayılı kararı. Atâ Sakmar, **Devletler Hususi Hukukunda Boşanma**, İstanbul, 1976, ss. 209-210.

HUMK'nun tenfiz dışında tanımayı düzenlememiş olmasına rağmen doktrinde tanımanın Türk hukukunda mümkün olduğu kabul edilmiştir⁵⁵. Ancak teorik dayanaklar ile tanımanın şartları açısından görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Tenfizden ayrı olarak tanımanın da varlığını kabul edenler, tanıma ve tenfiz için aranan şartların birbirinden ayrı olarak düşünülmesi gerektiği görüşündeydiler⁵⁶. Buna karşın diğer görüşü savunanlara göre, HUMK'da tanımaya yer verilmeyip, sadece tenfizin düzenlenmiş olması bir boşluk meydana getirmiştir ve bu boşluğun ancak HUMK'daki mevcut tenfiz şartlarının tanımaya da uygulanmasıyla doldurulabileceğini ifade ediyorlardı. Tanımadaki farklı şartların aranması durumunda istikrarın bozulacağı ve tenfizi reddedilen bir yabancı yargı kararının tanınmasının sakıncalı olacağı gerekçe gösterilmiştir⁵⁷.

HUMK'a göre Türk mahkemeleri tarafından tenfiz kararı verilebilmesi için yabancı kararın şu şartları taşıması gerekiyordu:

1- Kararın hukuk ve ticaret davalarına dair verilen kesinleşmiş bir mahkeme kararı olması gerekiyordu⁵⁸ (m. 537).

2- Kararı veren mahkemenin mensup olduğu devlet ile Türkiye arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma bulunmalıydı⁵⁹ (m. 540/1).

⁵⁵ “...tenfiz ancak kesin hüküm kuvvetinin tanınmasıyla mümkün olmakta ve Türk mahkemelerinin verdiği exequatur kararı yabancı ilama hem kesin hüküm kuvvetini, hem de icra kabiliyetini kazandırmaktadır. Yabancı ilamların bu iki etkisinin birlikte ortaya çıkması ve Türkiye’de sonuç hâsıl etmesi mümkün olduğuna göre, sadece kesin hüküm kuvvetinin göz önünde bulundurulmasına bir engel olmaması gerekir”, Sakmar, s. 166.

⁵⁶ Seviğ, s. 92; Belgesay, ss. 215-217; Nazikoğlu, s. 480; Berki, s. 352; Arat, ss. 479-480; Göğer, s. 380; Sakmar, s. 168.

⁵⁷ Umar, ss. 481-482; Çelikel, Müktesep Haklar Nazariyesi, s. 254, dn. 33. Yazar HUMK’da sayılan şartlara ek olarak “tanınacak kararın aynı zamanda Devletler Hususi Hukukuna nazaran yetkili kanunun tatbiki ile elde edilmiş olması şartı”nın da aranması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. agm., s. 256. Aynı yönde, Muammer Raşit Seviğ ve Vedat Raşit Seviğ, **Devletler Hususi Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, 1967, s. 456; Osman Fazıl Berki, **Türk Hukukunda Kanun İhtilafları**, Ankara, 1971, s. 221.

⁵⁸ Yabancı mahkemelerin ceza ilamlarında yer alan kişisel haklarla ilgili hükümler hakkında da tenfiz kararı verilebiliyordu (m. 545).

⁵⁹ Akdi karşılıklılık arayan bu hüküm sebebiyle yabancı kararların Türkiye’de tenfiz edilmesi son derece zordu. Çünkü Türkiye bu konuda sadece Avusturya, İtalya ve Romanya ile akdettiği ikili anlaşmalar ile yalnız nafaka kararlarını kapsayan az sayıda çok taraflı anlaşmaya katılmıştır.

3- Karar Türk hukukuna göre yetkili olan bir mahkeme tarafından verilmiş olmalı ve müdafaa hakkına uyulmuş olması gerekiyordu (m. 540/2).

4- Karar hukukun genel kaidelerine ve Türk kamu düzenine aykırı olmamalıydı (m. 540/3).

5- Kararın ahkâmı şahsiye'ye veya aile hukukuna ait bir davaya ilişkin olmaması gerekiyordu (m. 540/4).

HUMK m. 540; mahkemenin tenfiz kararını kanaati dairesinde vereceğini ve yukarıda saydığımız şartların gerçekleşmemiş olması durumunda tenfizi reddetmeye mecbur olduğunu ifade etmiştir. Maddenin bu ifadesinden, mahkemenin, aranan tenfiz şartları tam olsa dahi tenfize karar veremeyebileceği anlaşılmaktadır. Oysa bu ifade haklı olarak eleştirilmiştir ve burada kanununun amacının, mahkemenin sadece tenfiz şartlarının tam olarak yerine getirilmiş olup olmadığı konusunda bir takdir yetkisine sahip olduğu ifade edilmiştir. Aksi halde kanununda aranan bütün şartları yerine getirmiş olan bir kararın dahi, takdiri bazı sebeplerle reddedilmesi mümkün olabilecekti⁶⁰.

3. 2675 Sayılı MÖHUK'a Göre Tanıma ve Tenfiz

1915 tarihli Ecneblerin Hukuk ve Vezaifi Hakkındaki Muvakkat Kanunu (EHVK), 67 sene Türk Milletlerarası Özel Hukukunu düzenledikten sonra, 1982 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK)⁶¹ yürürlüğe girmesiyle kaldırılmıştır. Bu döneme kadar yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusu da, 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunun

Sakmar, s. 62; Çelikel, Ahkâmı Şahsiye, s. 91 vd. Ayrıca öğretide çoğunluk, karşılıklılık şartının tenfizde taşıdığı önemi tanımada taşımadığını ifade ederek tanımada karşılıklılığın aranmaması gerektiğini savunmuşlardır. "Tanımada, tenfizde olduğu gibi devletlerin hâkimiyetlerini zedeleyecek bir tehlike yoktur ki, devletler bu müesseseyi kabul ederken karşılıklı olarak hâkimiyetlerinden tavizi şart olarak ileri sürsünler". Arat, s. 446. Aynı yönde, Belgesay, s. 217; Nazikoğlu, s. 430; Seviğ/Seviğ, s. 457; Çelikel, Ahkâmı Şahsiye, s. 88. Aksi yönde, Umar, s. 27; Yılmaz Altuğ, **Devletler Hususi Hukukunda Yargı Yetkisi**, 2. Bası, İstanbul, 1979, s. 139.

⁶⁰ Nazikoğlu, s. 499; Çelikel, Ahkâmı Şahsiye, ss. 123-124; Sakmar, s. 61 ve 114.

⁶¹ 20. 5. 1982 - 2675; RG. 22. 5. 1982 - 17701.

537-545'inci maddeleri arasında düzenlenmişti⁶². 2675 sayılı MÖHUK'un 46. maddesi ile bu hükümler de yürürlükten kaldırılmıştır ve MÖHUK'un yürürlüğe girmesiyle beraber yeni bir dönem başlamıştır.

2675 sayılı MÖHUK'nun konumuz açısından en büyük özelliği tanıma ve tenfizi ayrı olarak düzenlemiş olmasıdır. Ayrıca tanıma için karşılıklılık şartını aramaması ve tenfiz için akdi karşılıklılık yanında kanuni ve fiili karşılıklılığı kabul etmesi gösterilebilir. Bunun gibi HUMK'un 540. maddesinin aksine, Türklerin kişi hallerine ilişkin yabancı mahkeme kararlarını tanınmasına imkân sağlaması da önemli bir değişikliktir. Ancak bunun için MÖHUK'un 38. maddesinin (e) bendine göre "Türklerin kişi hallerine ilişkin ihtilaflarda Türk kanunlar ihtilafı kuralının gösterdiği hukukun uygulanmamış ve davalı Türk vatandaşının tenfize bu yönde itiraz etmemiş olması" şartının gerçekleşmesi gerekirdi.

2675 sayılı MÖHUK'e göre yabancı mahkeme kararlarının tanınmasının ön koşulu, hukuk davalarına ilişkin ve kesinleşmiş olan bir mahkeme kararının bulunmasıydı (m. 34). Asıl koşullar ise, yabancı mahkeme kararının Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması, kararın kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması ve Türklerin kişi hallerine ilişkin yabancı kararda Türk kanunlar ihtilafı kuralları gereğince yetkili hukukun uygulanmış olmasıydı (m. 38). Tenfiz için bu şartlara ek olarak karşılıklılık şartı (m. 38/a) ve savunma haklarına uyulmuş olma şartı (m. 38/d) aranmaktaydı.

Türk tenfiz hâkimi tarafından yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda kanunda aranılan şartların yerine getirilmiş olduğunun tespit edilmesi durumunda, ilgili yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizi gerçekleşecektir. Hâkimin bu konuda, eskiden olduğu gibi bir takdir hakkı bulunmamaktadır⁶³.

2675 sayılı MÖHUK ile ilk kez yabancı çekişmesiz yargı kararlarının Türk hukukunda tanınması konusunda da kanunda açık bir düzenlemeye yer verilmiştir.

⁶² Bkz. yukarıda İkinci bölüm, § 1. , IV. , B. başlığı altındaki açıklamalar.

⁶³ Sakmar, s. 114; Çelikel/Erdem, s. 585.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınmasını tenfiz şartlarına bağlayan kanunun 42. maddesinde yer alan ikinci fıkrada, ihtilafsız kaza kararlarının da tanınmasının aynı hükme tâbi olacağı düzenlenmiştir.

4. 5718 Sayılı MÖHUK’a Göre Tanıma ve Tenfiz

27.11.2007 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun, 12 Aralık 2007 tarihinde yürürlüğe girerek⁶⁴ 1982 yılından beri uygulanan 2675 sayılı kanununu yürürlükten kaldırmıştır (m. 64). 5718 sayılı MÖHUK, 2675 sayılı mülga MÖHUK’un temel yapısını aynen muhafaza etmekle beraber bir kısım değişiklikler yapan ve bu sebeple de “yeni” bir kanundan ziyade “değişiklik” yapan bir kanun özelliği taşımaktadır⁶⁵.

5718 sayılı kanunda tanıma ve tenfiz konusunda var olan sistem kural olarak muhafaza edilmiş olmakla beraber, bir kısım değişiklik yapılmıştır. Öncelikle 52. maddenin birinci fıkrasına “Kararın tenfiz edilmesinde hukukî yararı bulunan herkes tenfiz isteminde bulunabilir” cümlesinin eklenmesiyle eski kanun zamanında sorun teşkil eden durum ortadan kaldırılarak uygulamada kolaylık sağlanmıştır⁶⁶.

Tanıma ve Tenfiz şartlarını düzenleyen 54. maddede, “aşırı yetki” şartına yer verilmiştir. Eski kanunun 38. maddesinde tenfiz şartları arasında sadece, yabancı mahkeme kararının Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması şartı aranmasına karşın, yabancı mahkemenin yetkisine ilişkin bir şart yer almıyordu. Yeni kanunda münhasır yetki yanında, “dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı halde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince” verilen ilamın tanınması ve tenfizi engellenmiştir. Böylece hukuken sakıncası bulunan aşırı yetki kurallarına göre kendilerine yetki tanıyan yabancı mahkemelerin verdikleri kararlarının Türkiye’de etki doğurmasının önüne geçilerek

⁶⁴ RG. 12.12.2007-26728.

⁶⁵ “...yapısı dikkate alındığında, 5718 sayılı Kanun, “yeni” bir milletlerarası özel hukuk kanunu olmaktan daha çok, 2675 sayılı Kanunda “değişiklik” yapan bir kanun niteliğinde olduğu anlaşılır”, Ergin Nomer ve Cemal Şanlı, **Devletler Hususî Hukuku**, 16. Bası, İstanbul, 2008, Önsözü.

⁶⁶ Aysel Çelikel ve B. Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 8. Bası, İstanbul, 2007, s. 576.

birçok Avrupa ülkesi kanununda bulunan şartın benzeri kanunda düzenlenmiş oldu. Ancak yine de bu şartın Türk tenfiz hâkimi tarafından incelenebilmesi için, davalının bu konuda itiraz etmesi şarttır (m. 54/1-b)⁶⁷.

Bunun dışında, 2675 sayılı kanunun 38. maddesinin (e) bendinde yer alan “Türklerin kişi hallerine ilişkin yabancı ilamda Türk kanunlar ihtilafı kuralları gereğince yetkili kılınan hukukun uygulanmamış ve Türk vatandaşı olan davalının tenfize bu yönde itiraz etmemiş olması” şartı kaldırılmıştır.

Konumuz açısından önemli olan bir diğer değişiklik de, eskiden tenfizden farklı olarak tanıma için aranmayan “savunma haklarının ihlal edilmiş olmaması” şartının 5718 sayılı MÖHUK ile artık yabancı mahkeme kararlarının tanınmasında da aranacak olmasıdır. Zira eski kanunun tanımayı düzenleyen 42. maddesinde, 38. maddeye yapılan yollama ile tanıma için tenfizi düzenleyen “38. maddenin (a) ve (d) bentleri uygulanmaz” (m. 42/1, son cümle) hükmü yer almaktaydı. Bunun yerine 5718 sayılı MÖHUK’un yine tanımayı düzenleyen 58. maddesinde “Tanımada 54 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi uygulanmaz” cümlesine yer verilerek, tanımada tenfizden farklı olarak sadece karşılıklılık şartının aranmayacağı düzenlenmiştir (m. 54/1-son cümle). Böylece artık yabancı mahkeme kararlarının tanınabilmesi için de, aleyhine tanıma talep edilen kişinin savunma haklarını kullanamamış olması ihtimalinin Türk tenfiz hâkimi tarafından denetlenebileceği açıkça düzenlenmiştir.

Son bir değişiklik ise, artık yabancı çekişmesiz yargı kararlarının tanınması yanında tenfiz edilmelerine de imkân tanınmış olmasıdır. Kanunun tanıma ve tenfize ilişkin tebliğ ve itiraz konusunu düzenleyen 55/2 maddesinin ikinci cümlesinde, “İhtilafsız kaza kararlarının tanınması ve tenfizi de aynı hükme tâbidir” denilerek, ilk kez yabancı çekişmesiz yargı kararlarının da Türk hukukunda tenfiz edilebileceği MÖHUK’ta düzenlenmiştir.

⁶⁷ Çelikel/Erdem, 8. Bası, s. 609.

VI. TANIMA KAVRAMI ve ÇEKİŞMESİZ YARGI KARARLARININ TANINMASI KOŞULLARI

A. Kavram

Tanımaya, yabancı mahkemeler tarafından verilmiş olan kararın kesin hüküm kuvvetinin diğer ülkelerde kabul edilmesidir⁶⁸. Yabancı bir ülkede verilen mahkeme kararının etkisi kural olarak verildiği ülke ile sınırlıdır. Yabancı bir mahkeme kararının Türkiye’de etki doğurabilmesi için bu karara istinaden tanıma veya tenfiz kararı verilmesi gerekir. Türk mahkemelerince hakkında tanıma veya tenfiz kararı verilmeyen yabancı mahkeme kararının hukuki sonuç doğurması ve kanıt olarak kullanılması mümkün değildir⁶⁹. Bununla beraber takdiri delil olarak mahkemeye sunulması mümkündür⁷⁰.

Yabancı mahkemeler tarafından verilen tespit kararları ile inşaî nitelikteki (yenilik doğurucu) kararların Türk mahkemelerinde tanınmaları mümkündür. Yabancı mahkemelerce verilen bu türdeki kararların tanınması, Türk hukukunda kesin hüküm kuvveti kazanmalarını sağlayacaktır⁷¹. Tanıma ile kararın hukuki değeri kabul edilir, onunla kazanılmış hak tanınır. Buna karşın yabancı mahkemelerce verilmiş olan eda kararlarının niteliği gereği icra kabiliyetleri vardır ve bu sebeple yabancı eda kararları için tanıma kararı almak yeterli olmayıp bu tür kararlar için

⁶⁸ Nomer, s. 145, kn. 361; Çelikel/Erdem, s. 577; Reinhold Geimer, **Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland**, München 1995, ss. 85-86; Schütze, § 328, kn. 1.

⁶⁹ “...2675 sayılı Kanun gereğince yabancı mahkeme ilamları, Türk mahkemelerince tanınmasına ve tenfizine karar verilmedikçe hukuki sonuç doğurmazlar ve delil olarak bu ilamlara dayanılmaz...”. Yar. 2. HD, 28.3.1985, E. 1985/640, K. 1985/2979 (YKD, C. 11, S. 6, Haziran 1985, ss. 797-798). “Yabancı ilâm Türk yargısınca tanınmadıkça kesin hüküm veya kesin delil durumuna gelemmez” Yar. 2. HD, 9.5.1996 (YHD 192-11/1997, s. 1536).

⁷⁰ “Eda davasında, davacı, tanınmamış ve tenfizi istenmemiş yabancı mahkeme ilâmına takdiri delil olarak dayanabilir” Yar. HGK, 24.10.2001, E. 4-462, K. 750 (YASA 243-02/2002, s. 257). Nomer, ss. 146-147, kn. 365.

⁷¹ “...Tanıma, ancak inşaî mahiyette yenilik doğurucu ve mal varlığına ilişkin olmayan yabancı kararlar için mümkündür. Mal varlığına ilişkin bir eda davası sonucu verilen karar cebrî icrayı gerektirdiğinden, tanınması değil tenfizi istenmelidir...”. Yar.2. HD, 27.11.1986, E. 1986/9880, K. 1986/10434: Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, 11. Bası, İstanbul, 2002, s. 405, dn. 286.

Türk mahkemesince tenfiz kararı verilmelidir⁷². Tenfiz kararı ile yabancı mahkeme kararının hem kesin hüküm hem de icra kabiliyeti kabul edilerek, Türk kamu gücünü harekete geçirebilme etkisine sahip olur. Böylece tenfiz kararı aynı zamanda tanımayı da içerir⁷³.

B. Tanımanın Koşulları

Tanıma ile yabancı bir ülkede alınan mahkeme kararı, alındığı ülkedeki etkisini bir başka ülkede de gösterecektir. Fakat devletlerin, yabancı kararı hiçbir koşula bağlı tutmadan doğrudan tanımaları sözkonusu değildir. Bu sebeple Türk hukukunda da tanıma ve tenfiz için belirli koşulların yerine getirilmesi aranmaktadır. Ancak yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi farklı koşullara tabi tutulmuştur. Biz de aşağıda öncelikle tanıma için aranan koşulları açıklayıp, ardından da tanımada aranmayan bazı koşulları önemleri sebebiyle açıklamaya çalışacağız.

1. Çekişmesiz Yargı Kararlarının Tanınmasında Aranan Koşullar

Yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de tanınması 5718 sayılı MÖHUK’un 58. maddesinin atfı ile tenfizin koşullarına ilişkin 54. maddedeki (“a” bendi hariç) asıl koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Bununla beraber, her ne kadar açık bir atıf yapılmış olmasa da, MÖHUK’un 50’nci maddesinde tenfiz için aranan ön (genel) koşulların, tanıma için de aranması gerekecektir. Zira tenfiz için yabancı kararın

⁷² “...Tanınması dava yolu ile istenen yabancı mahkeme kararı, eda davası sonunda verilmiş olan ve belirli parayı tahsilini içeren bir karardır. Bu kararın Türkiye’de icra edilebilmesi ancak tenfizine karar verilmekle mümkündür. Yabancı ilâmın tanınması kesin hüküm kuvvetinin kabulü anlamını taşıdığından tanıma ancak (inşai mahiyette) yenilik doğurucu ve mal varlığına ilişkin olmayan yabancı kararlar için mümkündür. Olayda, yukarıda açıklandığı gibi mal varlığına ilişkin bir eda davası sonucu verilen karar sözkonusu olduğundan ve bu karar cebrî icrayı gerektirdiğinden tanınması değil tenfizi istenmelidir...”. Yar.13. HD, 30.6.1989, E. 1989/1221, K. 1989/4636 (YKD, C. 16, S. 7, Temmuz 1990, s. 1029-1030).

⁷³ Erdoğan Göğer, **Devletler Hususi Hukuku**, 4. Bası, Ankara, 1977, s. 375; Özbakan, s. 13; M. Şükrü Özdemir, “Yabancı Mahkeme Boşanma Kararının Türkiye’de Tanınması”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt. 20, Ocak-Nisan 1994, S. 1-2, ss. 121-126, s. 121; **Ruhi**, Boşanma, ss. 108-109.

tanınması, yani kesin hüküm kuvvetinin kabulü zorunlu olduğundan, bu ön koşullar tenfiz gibi tanıma için de aranmak zorundadır⁷⁴.

MÖHUK'un Tanımaya ilişkin 58. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, “İhtilâfsız kaza kararlarının tanınması da aynı hükme tâbidir” düzenlemesi gereğince, tanıma için aranan 50. maddedeki ön koşullar ile 54. maddede yer alan asıl koşulların yerine gelip gelmediği yabancı çekişmesiz yargı kararlarının tanınması için de araştırılacaktır.

MÖHUK madde 50'ye göre tanıma için aranacak ön koşullar; “*Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmın*” olmasıdır.

MÖHUK madde 54'e göre aranacak asıl koşullar ise şunlardır:

“b) İlâmın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması,

c) Hükümün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması,

ç) 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 ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması.”

Türk hâkimi yukarıdaki şartların, tanınması istenen yabancı mahkeme kararında birlikte bulunması durumunda tanıma kararı verecektir. Hâkimin, şartların

⁷⁴ Tiryakioğlu, s. 34; Cemal Şanlı “Yabancı Veraset İlamlarının Türk Mahkemelerinde “Tanınması” veya “Delil” Olarak Kullanılması”, **Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu’na Armağan**, İstanbul, 1990, ss. 291-307, s. 296; Cemile Demir-Gökyayla, “Yabancı Mahkemelerden Alınan Mirasçılık Belgelerinin Türkiye’de Hüküm ve Sonuç Doğurması”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, 2006, ss. 559-583, s. 561. Karş. Ergin Nomer, “Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Tanınmasında Kesinleşme Şartı”, **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı**, 2. Bası, İstanbul, 2001, ss. 909-922, s. 910.

yerine gelmiş olduğunun kontrolü hakkında her ne kadar takdir hakkı bulunsa da, şartların yerine gelmiş olması durumunda artık tanıma kararı vermek konusunda bir takdir hakkı bulunmayıp, tanıma kararı vermek zorundadır⁷⁵.

İsviçre hukukunda da yabancı çekişmesiz yargı kararlarının tanınmasına ilişkin Türk hukukundakine benzer bir düzenleme mevcuttur. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun (IPRG) 31. maddesine göre, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen⁷⁶ m. 25-29 arasındaki düzenleme, yabancı çekişmesiz yargı kararlarının ve belgelerinin tanınmasında da uygun olduğu oranda uygulanacaktır. Buna göre tanıma için aranan şartlar genel olarak şunlardır:

- 1- Kararı veren yabancı mahkemenin veya makamın milletlerarası yetkiye sahip olması gerekir (m. 25/a, m. 26);
- 2- Karara karşı verildiği ülkede gidilebilecek bir olağan kanun yolu kalmamış veya karar kesinleşmiş (endgültig) olmalıdır (m. 25/b);
- 3- Karar İsviçre kamu düzenine aykırılık teşkil etmemelidir (m. 25/c, m. 27/1);
- 4- Taraflardan biri duruşmaya usûlüne uygun çağrılmadığını ileri sürmüyor olmalıdır (m. 25/c, m. 27/2-a);
- 5- Karar İsviçre usûl hukukunun temel ilkelerine aykırı bir şekilde ve bilhassa hukukî dinlenilme hakkına aykırı olarak verilmemiş olmalıdır (m. 25/c, m. 27/2-b);

⁷⁵ “Hâkim bu şartların hepsinin yerine gelmiş olması halinde zorunlu olarak tenfiz kararını verecek ve bu konuda bir takdir hakkına sahip bulunmayacaktır”. 2675 sayılı MÖHUK gerekçesi s. 11. Çelikel/Erdem, s. 585; Kuru, HMu, C. VI, § 83, s. 5807. “...tenfiz (tanıma) kararının kanunda gösterilen şartlar dâhilinde verileceği belirtilmek suretiyle kontrol sistemi açık olarak kabul edilmiştir”. Sakmar, Yabancı İlâmlar, s. 114. İsviçre hukuku bakımından karşı. Schnyder/Liatowitsch, § 12, kn. 357; BSK IPRG-Berti/Däppen, Art. 25, kn. 40. Karşı. Volken, Art. 25, kn. 35.

⁷⁶ İsviçre hukukunda, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi için aranan şartlar bakımından bir fark bulunmamaktadır (m. 28). BSK IPRG-Berti/Däppen, Art. 28, kn. 3.

- 6- Aynı taraflar arasında ve aynı konuda önceden İsviçre’de başlanmış bir yargılama veya karar verilmemiş ya da üçüncü bir ülkede karar verilmiş ve İsviçre’de tanınabilecek bir başka karar ile çatışmıyor olması gerekir (m. 25/c, m. 27/2-c).

Alman hukukunda ise, yabancı çekişmesiz yargı kararları “Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Hakkında Usûl Kanunu” (FamFG)’nin 109. paragrafında yer alan şartlara göre tanınacaktır⁷⁷. 109. paragrafta yer alan bu düzenleme, genel olarak yabancı mahkeme kararlarının tanınmasını düzenleyen Alman Medenî Usûl Kanunu (ZPO)’nun 328. paragrafı ile örtüşmektedir⁷⁸. Buna göre, yabancı çekişmesiz yargı kararlarının Alman hukukunda tanınması için aranan şartlar genel olarak şunlardır:

- 1- Kararı veren mahkeme Alman hukukuna göre yetkili olmalıdır (§ 109/1 Nr. 1)⁷⁹;
- 2- İlgililerin savunma haklarını kullanabilmeleri için duruşma tebligatının usûlüne uygun ve zamanında yapılmış olması gerekir (§ 109/1 Nr. 2);
- 3- Kararın Almanya’da verilmiş bir karar veya daha önce verilmiş ve tanınabilecek olan yabancı bir karar ile ya da Almanya’da önceden başlamış olan bir yargılama ile aynı olmaması (çatışmaması) gerekir (§ 109/1 Nr. 3);
- 4- Kararın Alman kamu düzenine aykırılık teşkil etmemesi gerekir (§ 109/1 Nr. 4)⁸⁰.

⁷⁷ Bu kanunda çekişmesiz yargı ile beraber aile hukukuna ilişkin düzenlemelerin olması sebebiyle, aile hukukuna ilişkin kararların tanınması da § 107 de düzenlenmiştir ve § 109 da yer alan şartların gerçekleşmesine tâbi tutulmuştur. Bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 157, kn. 61.

⁷⁸ Yabancı çekişmesiz yargı kararlarının (ve aile hukukuna ilişkin yabancı kararların) tenfizi ise, aynı kanununun (FamFG) 110. paragrafın da düzenlenmiştir. § 110’da yer alan düzenleme, genel olarak tenfizi düzenleyen Madenî Usûl Kanunu § 723 ile paraleldir. Tek fark, kural olarak aile hukukuna dâhil mal varlığına ilişkin tenfiz kararlarında karşılıklılığın aranmamasıdır. Bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 157, kn. 63.

⁷⁹ Bkz. aşağıda, 2, b) no’lu başlık altındaki açıklamalar (Spiegelbildprinzip).

⁸⁰ Malvarlığına ilişkin kararlarda bir beşinci şart olarak karşılıklılığın varlığı aranır (§ 109/4 Nr. 5, § 110)

a. Tanımda Aranılan Ön koşullar

(1) Yabancı Mahkemelerden Hukuk Davalarına İlişkin Olarak Verilmiş Bir İlâmın Olması

MÖHUK m. 50 gereğince Türk mahkemesi tarafından tanıma kararı verilebilmesi için öncelikle yabancı mahkemeler tarafından verilmiş bir ilâmın olması gerekir. Yabancı mahkeme ilâmı, yabancı bir devletin yargı organı tarafından verilmiş olan karardır. Başka bir ifadeyle ilâm, yapılan yargılama sonucu hukuki iddiayı kesin ve geçerli olarak sonuçlandıran karardır. İlâm, hangi devletin egemenliği altında verilmiş ise o devlete ait sayılır ve ülke üzerindeki egemenliğin sonradan değişmiş olması, ilâmın yabancılık vasfını etkilemez⁸¹.

Yabancı mahkeme ilâmı, yabancı bir devletin yargı organı tarafından verilen ve o ülkenin hukukuna göre kesinleşmiş olan karardır. Mahkeme ile kastedilen, kanunlar çerçevesinde ihtilafları çözmesi için devlet otoritesi ile görevlendirilen resmi makamdır. Burada önemli olan mahkemenin egemen bir devlet adına karar vermiş olmasıdır⁸².

Uluslararası hukuka göre yabancı bir hâkimiyet adına verilen kararların bağımsız ve uluslararası hukukta tanınmış olan bir devlet tarafından verilmesi mümkün olduğu gibi, konfedere veya federe devletlerin ya da tanınmamış bir devlet mahkemesi tarafından da verilmesi mümkündür. Bunun gibi işgal altında bulunan devletler de, o devlet mahkemeleri kendi milleti adına faaliyetlerine devam ediyorsa, bunların verdiği kararlar da yabancı karar mahiyetindedir ve tanımaya konu olabilecektir⁸³.

⁸¹ Sakmar, Yabancı İlâmlar, s. 17.

⁸² Sakmar, s. 17; Nomer, ss. 45-47, kn. 117 vd.; Çelikel/Erdem, ss. 580-581; Geimer, s. 660. Devlet olabilmenin dört unsuru vardır. Bunlar, 1-Belirli bir kara parçası, 2- yerleşmiş insan topluluğu, 3- kişiler ve şeyler üzerinde devamlı olarak idare ve kontrol icra eden bir hükümet, 4- Bağımsızlık. Doebling, Karl, **Genel Devlet Kuramı** (Çev. Prof. Dr. Ahmet Mumcu), 2. Baskı, İstanbul 2002, ss. 24-57; Pazarcı, ss. 140-152. Sur, ss. 98-112.

⁸³ Özbakan, ss. 146-148.

Mahkemeler, resmi olarak karar verme yetkisine sahip olan organlardır. Bir mahkemenin yargı mercii niteliği taşıması için de yetkilerini devletten alması ve bir egemenlik adına karar vermesi gerekir⁸⁴. Bu bağlamda, himaye ve manda altındaki devletler dış hâkimiyet açısından başka bir devlete bağlı olmalarına karşın iç hâkimiyete sahip olmaları sebebiyle bu devletin mahkemeleri tarafından verilen kararların da tanınmaları mümkündür⁸⁵.

Yabancı kararı veren bir mahkeme değil de bir adli, idari veya dini bir makam da olabilir. Mesela; Suudi Arabistan'da şer'i mahkeme, Moskova'daki Birleşik Arap Cumhuriyeti Konsoloslugu, eski Sovyet sosyalist Cumhuriyetler Birliğinde rızai boşanmada şahsi hal sicil memuru, İngiltere'de Kilise⁸⁶, Danimarka'da Kral, vali veya belediye başkanı belirli konularda karar vermiş olabilir. Önemli olan bu verilen kararların yabancı kaynaklı olması ve adil olması için verildiği ülkenin yetkili makamları tarafından hukuka ve usûle uygun olarak verilmiş olmasıdır⁸⁷. Fakat

⁸⁴ Schütze, § 328, kn. 19; Hartmann, § 328, kn. 10.

⁸⁵ Çelikel, Ahkâmı Şahsiye, s. 18 vd.; Arat, s. 500; Çelikel/Erdem, s. 576; Özbakan, s. 147; Tiryakioğlu, s. 35.

⁸⁶ İngiliz hukukuna göre, milletlerarası yetkiye sahip bir devletin makamları tarafından verilen ve verildiği devlet hukukuna göre geçerli olan yargısal veya yargı dışı boşanma kararlarının tanınması mümkündür. Tiryakioğlu, s. 37, dn. 100, 101.

⁸⁷ Sakmar, Boşanma, ss. 216-217, Özbakan, s. 120; Tiryakioğlu, s. 37; Ertaş, s. 380. Ruhi, Boşanma, s. 121. Alman hukukunda yabancı idarî makamlar tarafından verilen kararların tanınması mümkündür. Margarete Krapf Buhmann, **Die Anerkennung ausländischer Adoptionen im Inland**, München, 1989, s. 66; Karl Firsching, **Zur Anerkennung ausländischer Akte der Freiwilligen Gerichtsbarkeit**, StAZ 1976, s. 153; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 157, kn. 26, ve Kn. 51-52. Musielak/Borth, § 107, kn. 2; Bunert, s. 103, kn. 410. Jörg Richardi, **Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung des autonomen Rechts**, Konstanz, 1991, ss. 101-102; Thomas Rauscher, **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung**, Band 4, München 2010, § 108, kn. 8-10. İsviçre hukukunda da mahkemeler yanında ilgili yabancı makamlar tarafından verilen ve diğer tanıma şartlarını taşıyan kararların da tanınması (ve tenfizi) mümkündür (m. 25/a). Örneğin, mahkeme dışındaki makamlar tarafından gerçekleştirilen ve özel hukukun uygulandığı özel boşanmalar gibi (BGE 122, III, 347). Volken, Vor. Art. 25-32, kn. 25 ve Art. 25, kn. 17; BSK IPRG-Berti/Däppen, Art. 25, kn. 8. Monique Jametti Greiner, **Der Begriff der Entscheidung im Schweizerischen internationalem Zivilverfahrensrecht**, Basel, 1998, ss. 125-126.

MÖHUK'un açık düzenlemesi karşısında, mahkeme dışında herhangi bir makam tarafından verilen kararların Türkiye'de tanınması kural olarak mümkün değildir⁸⁸.

Buna karşın Türk kanun koyucusu, sadece mahkeme (adlî) kararlarının tanınmasını öngören MÖHUK m. 50'de yer alan bu kurala, evlât edinme işlemleri açısından bir istisna getirmiştir. 2006 yılında yürürlüğe giren 5490 sayılı "Nüfus Hizmetleri Kanunu"⁸⁹ nun 30'uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre "*Evlât edinme olaylarına ilişkin yabancı adlî veya idarî makamlarca verilen ve o ülkenin hukukuna göre kesinleşmiş olan veya kesin hüküm gibi sonuç doğuran karar ve belgelerin Türkiye'de icra olunabilmesi, yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz veya tanıma kararı verilmesine bağlıdır*". Böylece evlat edinme işlemleri ile sınırlı olmak üzere, yabancı adlî makamlar yanında idarî makamlar tarafından verilen karar ve belgelerin de Türkiye'de tanınmasına imkân verilmiştir⁹⁰.

Bunun gibi Türkiye'nin de katılmış olduğu 20 Mayıs 1980 tarihli "Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi"⁹¹ göre de, akit devletlerin adlî veya idarî makamları tarafından verilmiş olan (m. 1/b), küçüğün velâyetine ilişkin kararların tanınmasını ve tenfizini düzenlemiştir⁹². Aynı şekilde 29 Mayıs 1993 tarihli "Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair

⁸⁸ "...Türkiye de yerine getirilmesi istenen boşanma kararı Kopenhag Belediyesi tarafından verilmiştir. 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 34. maddesi gereği, ancak, yabancı mahkemelerde verilen hukuk davalarına ilişkin kararların Türkiye de yerine getirilmesi istenebilir. Boşanma kararı bir mahkemenin verdiği hüküm niteliği taşımadığından kesinleşmiş mahkeme kararlarının yerine getirilebileceğine ilişkin yukarıda açıklanan yasal kuralın kapsamı dışında kalmaktadır. Hakem kararı olarak değerlendirilmesi halinde de ise Kanununun 45/c maddesi uyarınca boşanma kararlarının Türk hukuk sistemi içinde tahkim yolu ile çözümü mümkün olamadığından yerine getirilmesinin istenmesi de mümkün değildir. Mahkeme tarafından istemin reddine ilişkin olarak verilen karar doğrudur...". Yargıtay 2. HD, 13. 04. 1995, E. 1995/3612, K. 1995/4567, Ahmet Cemal Ruhi, **Gerekçeli-Açıklamalı-Yargıtay İçtihatlı, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun**, Ankara, 2003, ss. 314-315.

⁸⁹ RG. 29.04.2006 - S. 26153.

⁹⁰ Nomer, ss. 179-180, kn. 443.

⁹¹ RG. 2.11.1999, S. 23864.

⁹² Aysel Çelikel, "Yabancı Mahkemelerden Verilen Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi", **Prof. Dr. Yılmaz ALTUĞ'a Armağan**, MHB, Yıl 17-18, S. 1-2, 1997-1998, ss. 107-116, s. 109 vd.

Sözleşme”ye⁹³ göre de, sözleşmeye uygun olduğu, yapıldığı devletin **yetkili makamı** tarafından tevsik edilen bir “evlât edinmenin” diğer akit devletlerince kanunen tanınacağı hükmüne yer vermiştir⁹⁴. Görüldüğü gibi MÖHUK’taki düzenlemeden farklı olarak uluslararası sözleşmelerde kararın bir idarî makam tarafından verilmesi, bunların Türkiye’de tanınması ve tenfizine engel teşkil etmiyor⁹⁵.

Kanımızca olması gereken hukuk bakımından, evlat edinme kararları gibi adlî makamlar dışında, verildiği ülke hukukuna göre yetkili kılınmış olan idari ve hatta dini makamlar tarafından verilen diğer kararların da ülkemizde, diğer tanıma şartlarını da taşımaları ve bilhassa savunma hakkına riayet edilmiş olması şartı ile tanınmalarının mümkün olması gerekir⁹⁶. Bunun için kanunumuzda bu yönde bir değişikliğin yapılması gerekecektir.

Bu bağlamda çekişmesiz yargıya ilişkin yabancı mahkemelerce verilen kararlar bir yargılama faaliyeti sonucunda yabancı bir devlet hâkimiyeti adına verilmiş olmaları nedeniyle Türkiye’de tanınmaları bakımından bir engel bulunmamaktadır. Bununla beraber, yabancı noterler ve idarî makamlar tarafından gerçekleştirilen (evlât edinme işleri hariç) çekişmesiz yargıya dâhil işlerin, var olan bu düzenleme karşısında tanınmaları mümkün gözükmemektedir.

Acaba özellikle Alman ile Avusturya çekişmesiz yargı sistemleri içerisinde önemli bir role sahip olan ve bu ülkelerde çekişmesiz yargıya dâhil olan işlerin birçoğunun aktarılmış olduğu “**yardımcı adalet memurları**” (**Rechtspfleger**) tarafından yerine getirilen çekişmesiz yargı işlerine ilişkin kararlar MÖHUK m. 50 kapsamında, yabancı mahkeme tarafından verilen bir ilam sayılabilir mi?

⁹³ RG. 19.4.2004, S. 25438 (İlgili Tüzük: RG. 15.3.2009, S. 27170).

⁹⁴ Aynı yönde bkz. 02.10.1973 tarihli “Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Sözleşme” (RG. 16.2.1983, S. 17961).

⁹⁵ Çelikel, Velayet, s. 115; Nomer, ss. 180-181, kn. 444-447. Aynı yönde bkz. Bilgin Tiryakioğlu, “Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme”, **Prof. Dr. Nihal ULUOCAK’a Armağan**, İstanbul, 1999, ss. 381-424, s. 390.

⁹⁶ Sakmar, Boşanma, s. 217; Tiryakioğlu, s. 36; Ruhi, ss. 121-122.

Yardımcı adalet memurları yerine getirdikleri işleri kanun dairesinde ve bağımsız yürütürler⁹⁷. Alman Anayasasının 92. maddesinde “Yargı yetkisi hâkimlere tevdi edilmiştir; bu yetki Federal Anayasa Mahkemesi, bu Anayasa ile öngörülen federal mahkemeler ve eyaletlerin mahkemeleri tarafından kullanılır” hükmü yer almaktadır. Bu kapsamda yardımcı adalet memurlarının çekişmesiz yargı alanındaki faaliyetleri de Alman Anayasasına aykırı görülmemiştir⁹⁸. Yardımcı adalet memurlarının verdiği kararlar bir devlet hâkimiyeti adına verilen mahkeme kararı niteliğine sahip olamalarından dolayı⁹⁹ kanımızca, yardımcı adalet memurları tarafından çekişmesiz yargıya dâhil işler hakkında verilen kararların da MÖHUK’un 50’nci maddesi kapsamında Türkiye’de tanınabilmeleri açısından bir engel bulunmamaktadır¹⁰⁰.

Yabancı mahkemeler tarafından verilen bir karar ile ilgili olarak tanıma kararı verilebilmesi için kararın hukuk davalarına ilişkin olması gerekir. Bu husus MÖHUK m. 50’nin ilk cümlesinde açıkça ifade edilmiştir. Hukuk davalarına ilişkin verilmiş karar ile kastedilen; kararın özel hukuk ilişkilerinden doğan bir uyuşmazlığı çözmek için verilmiş olmasıdır¹⁰¹. Hangi kararların hukuk davalarına ilişkin olduğu vasıflandırma sonucu tespit edilecektir ve bu vasıflandırma hâkimin hukukuna (lex fori’ye) göre, yani Türk hukukuna göre yapılır¹⁰².

MÖHUK 50’nci maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye göre, yabancı mahkemelerin ceza ilâmlarında yer alan kişisel haklarla ilgili hükümler hakkında da tenfiz (ve tanıma) kararı istenebilir. Kural olarak ceza hukukuna ait olan yabancı ilâmlar, mülki olmaları sebebiyle aslında tanınıp tenfiz edilememektedir. Ama

⁹⁷ Bkz., yukarıda Birinci bölüm, § 2, II, B ve C başlıkları altındaki açıklamalar.

⁹⁸ Budak, ss. 149-150.

⁹⁹ Volker, s. 364. Karş. Kuru, Nizasız Kaza, ss. 127-129.

¹⁰⁰ Aynı yönde, Emre Esen, “Alman Hukukunda İhtarlı Basit Dava Usulü (Mahnverfahren) Çerçevesinde Verilen Kararların Türk Hukukunda Tenfizi”, **MHB**, Yıl. 27, S. 1-2, İstanbul 2007, ss. 21-79, ss. 51-52.

¹⁰¹ Ergin Nomer, “Türkiye ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Arasında Adli Yardımlaşma, Tanıma ve Tenfiz, Suçluların Geri Verilmesi ve Hükümlülerin Nakli Sözleşmesinde Mahkeme İlâmlarının Tanınması ve Tenfizi”, **MHB**, Yıl 17-18, S. 1-2, İstanbul 1997-1998, s. 286.

¹⁰² Tiryakioğlu, s. 34; Aynı yönde, BSK IPRG-Berti/Däppen, Art. 25, kn. 7; Musielak/Stadler, § 328, kn. 6.

burada kast edilen ceza ilamlarının içerisinde yer alan ve özel hukuka ilişkin olan hükümleridir¹⁰³.

Aynı şekilde idare hukukuna ilişkin olan yabancı mahkeme kararlarının, mülki olmaları sebebiyle tanınmaları mümkün değildir ve kanunda bunlara ilişkin yukarıdaki gibi bir düzenleme de yoktur. Ancak burada bir kıyas yapılarak idare hukukuna ilişkin bu kararların da ceza ilamlarında olduğu gibi, kişisel haklara ilişkin olan hükümleri için tanıma ve tenfiz kararı istenebileceği kanısındayız¹⁰⁴.

(2) Yabancı Kararın Kesinleşmiş Olması

Bir yabancı mahkeme kararının Türkiye’de tanınabilmesi için sahip olması gereken niteliklerden birisi de kesinleşmiş olmasıdır (MÖHUK m. 50/1). Yasal gerçeği ifade eden kesin hüküm müessesesi Türk hukukunda HMK m. 303 (eski HUMK m. 237) de düzenlenmiştir¹⁰⁵. Kesin hüküm, uyuşmazlığın nihaî olarak çözüme kavuşturulmasını amaçlar ve böylelikle hukuki barışın ve mahkeme kararlarına karşı olan güvenin sağlanmasını temin eder.

Kesin hüküm, bir uyuşmazlığı nihaî olarak ortadan kaldıran ve o konunun mahkemeler önünde yeniden tartışma konusu yapılmasına engel olan bir mahkeme kararının kanuni hakikat vasfıdır. Kısacası kesin hüküm, kararın aynı konuda, aynı taraflar arasında ve aynı dava sebebine dayanılarak yeniden mahkeme önünde yargılama konusu yapılamamasıdır. Yukarıda¹⁰⁶ açıkladığımız üzere kesin hüküm, şekli anlamda kesin hüküm ve maddi anlamda kesin hüküm olmak üzere ikiye ayrılır. Eğer ilk derece mahkemesince verilen bir nihaî karara karşı kanun yoluna başvurma imkânı yoksa veya verilen karara karşı kanun yoluna başvurma imkânı varken bundan feragat edilmiş ya da süresi içinde kanun yoluna başvurulmamışsa veya

¹⁰³ Çelikel/Erdem, s. 580; Sakmar, ss. 21-23; Nomer, s. 148, kn. 368; Özbakan, s. 141.

¹⁰⁴ Çelikel/Erdem, 580; Ertaş, s. 391, Ruhi, s. 122, dn. 68.

¹⁰⁵ “Düznlediği hak ve çıkar ilişkileri yönünden yasal gerçeklik sayılan “kesin hüküm” tarafları bağlar. Tarafların anlaşmaları ile ortadan kaldırılamadığı gibi, mahkemece de re’sen göz önünde tutulur”, Yar.1. HD, 09.04.2001, E. 2001/3741, K. 2001/4242 (YKD, C. 28, S. 1, Ocak 2002, s. 17-18).

¹⁰⁶ Bkz. yukarıda Birinci bölüm, § 4, II, A ve B no’lu başlıklar altındaki açıklamalar.

da kanun yoluna başvurulmuş, fakat bu başvuru üst mahkemece reddedilmiş ve başvurulabilecek başka bir kanun yolu kalmamışsa, verilen karar şekli anlamda kesin hüküm teşkil eder¹⁰⁷.

Maddî anlamda kesin hüküm ise, kararda verilen hükmün, yani kararın içeriğinin bağlayıcı bir etkiye sahip olmasıdır. Karar, tarafların ne yönde haklı olduğunu belirten bir tespit olarak, aynı hukuki sonuçların sebep teşkil ettiği her davada bir gerçek olarak dikkate alınır. Bu anlamda kararın bağlayıcı etkiye sahip olması, aynı hukuki sonuçların, tarafları ve dava sebebi aynı olan ikinci bir davaya konu yapılması halinde farklı bir hükme varılması yasağı ve aynı kararın dikkate alınması zorunluluğunu ifade eder. Buna göre maddî anlamda kesin hüküm, hükmün kararı veren mahkeme tarafından değiştirilememesi, olağan kanun yollarına başvurulamaması, tekrar dava edilememesi ve daha sonra açılan davada bağlayıcı olmasını ifade eder. Bir hükmün maddî anlamda kesinleşmesi için şekli anlamda da kesinleşmiş olması şarttır¹⁰⁸.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 50. maddesinde Tanıma için yabancı ilamlarda aranması gereken "o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmlar" ifadesi ile kast edilen acaba nedir? MÖHUK'dan (2675 sayılı yasa'dan) önce yürürlükte olan ve aynı konuyu düzenleyen HUMK'un mülga 537. maddesi, yabancı ilamın "nihaî olma ve kesin hüküm teşkil etme" şartlarını birlikte aramasına rağmen MÖHUK m. 50/1 ilamın nihai olmasını aramamış sadece "kesinleşmiş bulunma" terimini kullanmıştır.

MÖHUK'un 50. maddesinde Tanıma için yabancı ilamlarda aranması gereken "kesin hüküm teşkil etme" şartının, şekli anlamda kesin hükme mi ilişkin bulunduğu, yoksa şekli anlamda kesinlik yanında, maddî anlamda kesin hükmü de mi kapsadığı konusu öğretide tartışmalıdır.

¹⁰⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 549; Ali Cem Budak, **Kara Avrupası ve Anglo Amerikan Medeni Usul Hukuklarında Kesin Hüküm-Türkiye ile İngiltere Örnekleri**, İstanbul, 1991, s. 18 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

¹⁰⁸ "...Maddi anlamda kesin hükmün taraflar yönünden bağlayıcılığı tartışmasızdır. Ancak, maddi anlamda kesin hükmün varlığını kabul edebilmek için, hükmün şekli anlamda kesinleşmesi gerekir...". Yar 16. HD, 15.07.1991, E. 1990/12819, K. 1991/10931 (YKD, C. 18, S. 5, Mayıs 1992, s. 741-743). Bkz. yukarıda Birinci bölüm, § 4, II no'lu başlık altındaki açıklamalar.

Bir görüşe göre¹⁰⁹, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi için şeklî anlamda kesinlik yeterlidir ve bu şekilde de sonradan bozulabilecek kararların tanınmaları halinde ortaya çıkabilecek sakıncalar önlenebilecektir¹¹⁰. Diğer bir görüşe göre ise¹¹¹, yabancı mahkeme kararının tanınması (ve tenfiz edilebilmesi) için kararın hem şeklî anlamda hem de maddî anlamda kesinleşmiş olması gereklidir. Zira hukukî güven açısından hem şeklî hem de maddî anlamda kesinleşmemiş olan kararların tanınması ve tenfizi doğru değildir.

İhtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararları da kural olarak geçici nitelikte olmaları sebebiyle tanınamaz ve tenfiz edilemezler. Ancak kararı veren yabancı mahkemenin hukukuna göre, bu tür kararlar ihtilaf konusunu kesin olarak halletmiş bulunabiliyorlarsa, artık m. 50 anlamında tanıma ve tenfize ehil birer karar haline gelebilirler. Zira artık geçici birer karardan söz edilemez¹¹².

Aynı şekilde Türkiye'nin taraf olduğu 02.10.1973 tarihli “Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Sözleşme” ile 20 Mayıs 1980 tarihli “Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve

¹⁰⁹ Sakmar, Yabancı İlâmlar, s. 57 ve s. 112-113; Sakmar, s. 235; Ertaş, s. 391; Kuru, HMu, C. VI, § 83, s. 5771; Tiryakioğlu, s. 38; Demir-Gökyayla, Mirasçılık Belgeleri, s. 566-569.

¹¹⁰ Bu görüşü savunan Tiryakioğlu'na göre, “Şekli anlamda kesinleşen ilâm, diğer şartları da taşıyorsa, tanıma kararı ile ona maddi anlamda kesin hüküm kuvveti de verilecektir. Böylelikle tanınan yabancı ilâm, kesin hükmün maddi anlamda hem olumlu, hem de olumsuz etkisini, tanıdığı ülkede de gösterecektir”. Tiryakioğlu, s. 38.

¹¹¹ Çelikel, Ahkâmı Şahsiye, ss. 101-102; Çelikel/Erdem, s. 582; Erdoğan Göğçer, **Devletler Hususi Hukuku, Kanunlar İhtilafı**, 4. Bası, Ankara, 1977, s. 386; Şanlı, ss. 296-297; Nomer, “Çekişmesiz Yargı”, s. 911; Ruhi, s. 126; Ruhi, Evlat Edinme, s. 90.

¹¹² Nomer, ss. 150-151, kn. 377; Çelikel, Ahkâmı Şahsiye, s. 9; Çelikel/Erdem, ss. 581-583. Alman hukuku için aynı yönde bkz. Reinhold Geimer, **Internationales Zivilprozessrecht**, 6. Auflage, Köln 2009, s. 993, kn. 2857; Zöllner, Richard ve Reinhold Geimer, **Zöllner Zivilprozessordnung**, 28. Auflage, Köln, 2010, § 328, kn. 70; Schütze, Rolf A., Das internationale Zivilprozessrecht in der ZPO, Berlin 2008, § 328, kn. 29, 107; Musielak, Hans Joachim/Stadler, Astrid, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 7. Auflage, München 2009, § 328, kn. 5. Karş. Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 157, kn. 27. İsviçre hukukunda da yabancı ihtiyatî tedbir kararlarının tanınmasının mümkün olup olmadığı öğretide tartışmalı olmakla beraber, ağırlıklı olarak bunun mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Schnyder, Anton K./Liatowitsch, Manuel, Internationales Privat- und Zivilverfahrens-recht, 3. Auflage, Zürich 2011, § 13, kn. 379; Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, Hrsg. Von Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Schnyder, Anton K./Berti, Stephen, 2. Auflage, Basel 2007, Art. 25, kn. 10-11.

Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi”ne¹¹³ göre de geçici kararların belli şartlar altında Türkiye’de tanınmaları ve tenfizleri mümkün kılınmıştır¹¹⁴.

Tanınması söz konusu olan yabancı kararın, kesinleşip kesinleşmediği, yargılama usûlüne ilişkin bir konudur. Bu nedenle de kararın kesinliği verildiği ülke kanunlarına göre tespit edilmesi gerekir¹¹⁵. 5718 sayılı MÖHUK m. 50’nin birinci fıkrasında da bu husus dikkate alınarak açıkça, “*Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilamların...*” tanınabileceği ifade edilmiştir¹¹⁶.

MÖHUK’un tanıma ve tenfiz davasında dilekçeye eklenecek belgeler arasında “İlâmın kesinleştiğini gösteren ve o ülke makamlarınca usulen onanmış yazı veya belge ile onanmış tercümesi”ni sayan hükmü (m. 53/1-b) karşısında, yabancı mahkeme kararının kesinleşmiş olduğunun tespit edilmesi önemli bir güçlük doğurmaz. Zira kararın kesinleştiği kararı veren mahkeme kalemi tarafından, bu hususun kaydedilerek onaylanması ile ispat edilebilir. Söz konusu onayın, yabancı kararın altına veya ayrı bir belge düzenlenerek ispat edilmesi mümkündür¹¹⁷.

İsviçre hukukunda da yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi için bunların kesinleşmesi gerekir. Ancak kesinleşme ile ilgili neyin kast edildiği kanunda yeteri kadar açık düzenlenmemiştir. İsviçre MÖH kanununun 25. maddesinin (b) fıkrası gereğince, yabancı karara karşı verildiği ülkede gidilebilecek olağan kanun yolu kalmamışsa veya karar kesin (endgültig) ise tanınabilir. Olağan kanun yollarının

¹¹³ Bkz. yukarıda dipnot 89 civarı.

¹¹⁴ Nomer, s. 180, kn. 445; Çelikel, Velayet, s. 115.

¹¹⁵ Göger, DHH, s. 386; Sakmar, Yabancı İlâmlar s. 58, 113; Tiryakioğlu, s. 38; Berti, Stephen V. /Schnyder, Anton K., Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, Basel-Farankfurt am Main 1996, Art. 25, kn. 35; Volken, Art. 25, kn. 44.

¹¹⁶ “...Yabancı bir mahkeme kararının başka bir ülkede yerine getirilebilmesi, yerine getirecek ülke hâkiminin kararına, bu kararın verilebilmesi de, yerine getirilmesi istenen kararı veren devletin kendi kanunlarına göre kesinleşmesi ön koşuluna bağlıdır...”. Yar 14. HD. 30.09.1985, E. 1985/5537, K. 1985/7505 (YKD, C. 12, S. 1, Ocak 1986, ss. 39-41).

¹¹⁷ Sakmar, Yabancı İlâmlar s. 58; Çelikel/Erdem, s. 583.

tüketilmiş olması ile şeklî anlamda kesinliğin kast edildiği kabul edilmektedir¹¹⁸. Bunun gibi ayrıca kesin olmasının aranması ayrı bir anlam taşımadığı ve olağan kanun yollarının tüketilmesi ile aynı anlama geldiği ileri sürülmektedir¹¹⁹.

Alman hukuku bakımından da kararın kesinleşmiş olması zorunluluğu vardır. Bu husus açıkça belirtilmiş olmamakla beraber, tanıma ve tenfiz şartlarını düzenleyen Alman Medenî Usûl Kanunu (ZPO) 328 ve 723. maddenin 2. bendinin 1. fıkrasının sistematüğinden ortaya çıkmaktadır. Alman öğretisinde kesinleşme ile anlaşılması gerekenin hem tanıma hem tenfiz için şeklî anlamda kesinliklik olduğu ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Tenfiz için ayrıca kararın verildiği ülke hukukuna göre icra edilebilen bir karar olması gerekir¹²⁰.

Kanımızca, yabancı mahkeme kararının şeklî anlamda kesinleşmesi, Türk tanıma ve tenfiz hukuku bakımından da yeterlidir. Zira tanıma ile yabancı ülkede kesinleşmiş olan bir kararın sahip olduğu kesin hüküm kuvvetinin Türkiye'ye teşmili söz konusudur¹²¹. Tanıma ve tenfiz dilekçesine eklenecek belgeler arasında kanunun 53/2 maddesinde “*İlâmın kesinleştiğini gösteren ve o ülke makamlarınca usulen onanmış yazı veya belge...*” nin eklenmiş olması aranacağından bu durumun tespiti de bir zorluk teşkil etmez. Bu durum hukukî güven açısından bir sakınca doğurmayacaktır.

Eğer yabancı mahkeme kararının tanınması için hem şeklî hem de maddî anlamda kesinleşmesi arancak olsa, tanımayı düzenleyen ve tenfiz şartlarına atıf yapan MÖHUK'un 58'inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “İhtilafsız kaza

¹¹⁸ Walther J. Habscheid, **Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht**, Basel – Frankfurt am Main, 1990, s. 426; BSK IPRG-Berti/Däppen, Art. 25, kn. 35-36.

¹¹⁹ BSK IPRG-Berti/Däppen, Art. 25, kn. 38. Karş. Paul Volken, **Zürcher Kommentar zum IPRG**, 2. Auflage, Zürich, 2004, Art. 25, kn. 60 vd. Ancak Volken, özellikle aile ve miras hukukuna ilişkin birçok çekişmesiz yargı işinin şeklî anlamda kesinleşmesinin mümkün olmadığını göz önünde bulunduran kanun koyucunun buradaki kesinlik kavramını bilerek belirttiğini ve şeklî anlamda kesin karardan ayırmak istediğini ileri sürmektedir. Volken, Art. 25, kn. 61-63. Aynı yönde bkz., Schnyder/Liatowitsch, § 13, kn. 377.

¹²⁰ Musielak/Stadler, § 328, kn. 5; Musielak/Lackmann, § 723, kn. 1; Schütze, § 328, kn. 19 ve § 723, kn. 12, 20 vd. Geimer, bu konuda şeklî anlamda kesinliğin dahi gerekmeyp, kararı veren yabancı mahkemenin hukukuna göre kararın etki doğurmasının mümkün olmasını yeterli saymaktadır. Geimer, s. 1007, kn. 2889; Zöller/Geimer, § 328, kn. 69.

¹²¹ Nomer, Çekişmesiz Yargı, s. 910.

kararlarının tanınması da aynı hükme tâbidir” hükmünün uygulanması mümkün olmazdı. Zira çekişmesiz yargı kararlarının şeklî anlamda kesinleşmesi mümkün olmasına karşın, ileride yeni vakıaların ispatı halinde değiştirilebilme özelliğine sahip olmaları nedeniyle maddî anlamda kesinleşmeleri kural olarak mümkün değildir¹²². Bu sebeple maddî anlamda kesinleşemeyen bir çekişmesiz yargı kararının tanınması da imkânsız olurdu¹²³. Kanun abesle iştiğal etmeyeceğine göre¹²⁴, çekişmeli yargı kararları gibi çekişmesiz yargı kararlarının da tanınması (ve hatta tenfizi m. 55/1) mümkündür ve bunun için şeklî anlamda kesin kararın varlığı yeterlidir¹²⁵.

Yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de tanınabilmesi için, bunların maddî anlamda kesinleşmiş olmasını hukukî güvenlik açısından gerekli gören görüş¹²⁶ açısından çekişmesiz yargı kararlarının tanınması mümkün olmayacaktır. Oysa çekişmesiz yargı kararları bakımından maddî anlamda kesinlik kavramı yabancı olsa da yukarıda açıklamış olduğumuz¹²⁷ “inşâî etki” ve “ne bis in idem” kavramları bu itirazı ortadan kaldıracaktır. Zira çekişmesiz yargı alanında verilen kararların çoğunluğu inşâî kararlardır ve inşâî kararlar da “inşâî etki” gücünün bir sonucu olarak kesinlik arz ederler¹²⁸. Bunun yanında, çekişmesiz yargı alanında verilen bir

¹²² Kuru, Nizasız Kaza, ss. 180, 187; Kuru/Arslan/Yılmaz, § 66, s. 725; Üstündağ, s. 34; Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 81-81; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 54. Ayrıca bkz. yukarıda Birinci bölüm, § 4, II, 5 no’lu başlık altındaki açıklamalar. Elbette çekişmesiz yargıya dâhil bir iş sonradan çekişmeli hâle gelir ve karara bağlanırsa bu karar maddî anlamda kesin hüküm vasfına da sahip olacaktır. Ancak bu durumda artık bir çekişmesiz yargı kararından değil, çekişmeli yargıda verilmiş bir karardan bahsedilecektir.

¹²³ Kuru’ya göre, “çekişmesiz yargı kararları maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmediğinden, bu kararların kesin hüküm ve kesin delil için tanınması söz konusu olamaz”. Kuru, HMu, C. VI, s. 5824. MÖHUK, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ile onların “kesin hüküm veya kesin delil” olarak kullanılması anlamında kabul etmekle (m. 58/1), çekişmesiz yargı kararlarının da “kesin hüküm kuvvetine” sahip olabileceği anlayışından hareket etmiştir. Nomer, Çekişmesiz Yargı, ss. 912, 913.

¹²⁴ Nomer, Çekişmesiz Yargı, s. 912.

¹²⁵ Sakmar, Yabancı İlâmlar, s. 175.

¹²⁶ Göğer, s. 386; Çelikel, Ahkâmı Şahsiye, ss. 101-102; Çelikel/Erdem, s. 582; Şanlı, ss. 296-297; Ruhi, s. 126; Ruhi, Evlat Edinme, s. 90. Karş. Nomer, Çekişmesiz Yargı, s. 912 ve dn. 8.

¹²⁷ Bkz. yukarıda Birinci bölüm, § 4, II, 5 no’lu başlık altındaki açıklamalar

¹²⁸ Kuru, Nizasız Kaza, ss. 181-184; Kuru/Arslan/Yılmaz, § 66, s. 730; Önen, s. 182 vd; Richardi, s. 68 vd.

kararın “ne bis in idem” ilkesi gereğince¹²⁹, yani bir defa karar bağlanmış olan bir işe tekrardan bakılması yasağı gereğince de tanınmasında bir sakınca yoktur¹³⁰.

Yabancı çekişmesiz yargı kararlarının Türk hukukunda tanınmasını bu ilkeler çerçevesinde prensip olarak kabul eden Nomer, tespit edici nitelikte olan yabancı çekişmesiz yargı kararları açısından bunun mümkün olamayacağını ifade etmektedir. Nomer’e göre¹³¹, çekişmesiz yargı usûlüne tâbi olarak verilmiş mirasçılık belgelerinde olduğu gibi, tespit edici nitelikteki çekişmesiz yargı kararlarının ancak aksi ispat edinceye kadar mirasçılık durumunu tespit edeceği gerekçesiyle bunların tanınması mümkün değildir. Zira mirasçılık belgelesinde mirasçı olarak gözükenlerin, mirasçı olmadıkları herhangi bir davada ileri sürülebileceği gibi, mirasçılık belgesinin iptali veya düzeltilmesi bunu veren mahkemeden talep edilebilmektedir. Bu sebeple de çekişmesiz yargı usûlünde verilmiş yabancı mirasçılık belgelerinin maddî kesin hüküm niteliğinde etkileri bulunmadığından tanınmaları da söz konusu değildir¹³². Bununla birlikte yazar, “ölü veya sağ sayılma kararı” (MK m. 44, eski MK m. 42) gibi tespit edici nitelikte olan¹³³ çekişmesiz yargı kararlarının Türkiye’de tanınmaya ehil çekişmesiz yargı kararları arasında saymaktadır¹³⁴.

Kanaatimizce, yabancı çekişmeli yargı kararlarında olduğu gibi çekişmesiz yargı kararlarının da tanınmasında, kararın verildiği yer hukukuna göre şeklî anlamda kesinleşmiş olması yeterli olacaktır. Kararın şeklî anlamda kesinleşmesi açısından inşâî veya tespit edici nitelikte olması arasında bir fark göremiyoruz¹³⁵. Zira özellikle çekişmesiz yargı usûlüne göre verilmiş olan ve maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmeyen yabancı mirasçılık belgelerinin tanınması hâlinde de, hukuki güvenlik ilkesi

¹²⁹ Kuru, Nizasız Kaza, ss. 186-187.

¹³⁰ Nomer, Çekişmesiz Yargı, ss. 917-918.

¹³¹ Nomer, Çekişmesiz Yargı, ss. 918-919.

¹³² Şanlı’ya göre de, MÖHUK m. 58/2 (mülga 42/II)’de, isim ya da yaş düzeltilmesi gibi sadece inşâî etkiye sahip olan çekişmesiz yargı kararlarının tanınmasına izin verilmektedir. Şanlı, ss. 297-298. Aynı yönde, İnan/Ertaş/Albaş, s. 496.

¹³³ Kuru, Nizasız Kaza, ss. 66-68.

¹³⁴ Nomer, Çekişmesiz Yargı, ss. 921-922.

¹³⁵ Aynı yönde bkz. Ruhi, Evlat Edinme, s. 91.

ciddî bir şekilde zedelenmeyecektir¹³⁶. Çünkü Türk mahkemeleri (ve hatta noterler) tarafından verilen mirasçılık belgeleri de maddî anlamda kesin hüküm oluşturmamalarına ve aksi ispatlanabilir birer belge olmalarına karşın, bunlara dayanarak mirasçılar, tereke üzerinde tasarufta bulunabiliyor ve terekede taşınmazların bulunması halinde de bunları kendi adlarına tescil ettirebiliyorlar. Tanıma kararıyla da, yabancı mahkemeler tarafından verilen mirasçılık belgelerine de Türk hukukunda tanınandan daha farklı bir güç ve nitelik tanınamayacağından¹³⁷, bu belgelerin geçersizliği her zaman Türk mahkemelerinde ileri sürülebilecek ve iptali veya düzeltilmesi istenebilecektir¹³⁸. Bu sebeple MÖHUK madde 50’de aranan yabancı mahkeme kararlarının “o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmlar” şartı bakımından, çekişmesiz yargı usûlüne göre verilmiş olan yabancı mirasçılık belgelerinin tanınması mümkün sayılmalıdır¹³⁹.

¹³⁶ Yargıtayın bu konudaki kararları müstakar değildir. Yargıtayın 1986 tarihli bir kararında menkul mallara ilişkin olan bir yabancı mirasçılık belgesinin tanınabileceğini kabul etmiş ve bu belgenin kesin hüküm şartı açısından bir tanıma engeli görmemiştir. Yar. 2. HD, 10.2.1986, 808/1284 (YKD 1986/11, s. 1612-1613). Buna karşın 1999 tarihli bir kararında da taşınmazlara ilişkin yabancı mirasçılık belgesinin tanınmayacağını ifade ettikten sonra da, inşâî nitelik taşımayan ve kesin hüküm de oluşturmadığını da ifade ederek, tanınmamaları gerektiğini ifade etmiştir. Yar. 2. HD, 13.9.1999, 6975/8850 (Özügür, s. 523). Bunların dışında da Yargıtayın birçok kararında, mirasçılık belgesinin kesin hüküm niteliğinde olmadığı için değil, Türkiye’de bulunan taşınmazlara ilişkin oldukları için “münhasır yetki” sebebiyle tanımadığını görmekteyiz. Oysa yabancı kararın kesinliği konusu daha önce incelenmesi gereken bir ön şart olmasına rağmen, Yargıtay bu şarta bir aykırılık görmemiş olacak ki, çekişmesiz yargı usûlüne göre verilmiş yabancı mirasçılık belgelerini münhasır yetki sebebiyle tanımamıştır. Kararlar için bkz. aşağıda, 2, a, bb.

¹³⁷ Türkiye’de tanınan bir yabancı mahkeme kararının kesin hüküm kapsamı, kararın verildiği ülke kanunlarına göre belirlenmekle beraber, bunlara Türk mahkemelerinin aynı nitelikteki kararlarına tanınan kuvvetten fazlasının sağlanması söz konusu olamaz. Sakmar, Yabancı İlâmlar, s. 182; Ertaş, ss. 369-370; Tiryakioğlu, s. 64; Demir-Gökyayla, s. 569; Schnyder/Liatowitsch, § 13, kn. 377.

¹³⁸ Çelikel, Ahkâmı Şahsiye, ss. 64-65; Demir-Gökyayla, ss. 568-569; Joachim Max Enßlin, **Die Anerkennung ausländischer Akte freiwilliger Gerichtsbarkeit**, München, 1971, ss. 134-141; Max Krefft, **Vollstreckung und Abänderung ausländischer Entscheidungen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit**, Berlin, 1993, s. 62 vd.; Reinhold Geimer, “Anerkennung ausländischer Entscheidungen auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit”, **Festschrift für Murad Ferid**, Frankfurt 1988, ss. 89-130, s. 113.

¹³⁹ Ancak Yargıtay’a göre, “Yabancı mahkemelerden veya makamlardan alınan veraset belgesinin Türk hukukunda tanınandan daha farklı nitelik veya güç taşıdığı kabul edilemez. Bu özel sebebiyle de yalnızca delil olarak dikkate alınabilir. Yabancı hukuka göre düzenlenen ve yabancı ülkede açılan bir vasiyetnameye dayanarak, yabancı mahkeme tarafından verilmiş mirasçılık belgesi kesin hüküm kuvvetine haiz bulunmamaktadır. Açıklanan sebeple de tanınamaz”. Yar. 2.

b. Tanımda Aranılan Asıl Koşullar

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız ön koşulları taşıyan mahkeme kararlarının, yani yabancı bir mahkeme tarafından hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o ülke kanunlarına göre kesinleşmiş olan kararların Türkiye’de tanınabilmesi için MÖHUK’un 58. maddesinin atfı ile 54. maddede (a bendi hariç) yer alan tenfiz şartlarını da taşıması gerekir.

(1) İlâmın Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisine Giren Bir Konuda Verilmemiş Olması

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkındaki Kanunun 54. maddesinin (b) bendine göre yabancı bir mahkeme kararının tanınması için, kararın Türk mahkemelerinin münhasır (kesin) yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması gerekmektedir.

Kanun, bazı hallerde münhasır yetki kuralları öngörür ve bu durumda dava mutlaka kanunda öngörülen mahkeme veya mahkemelerde açılmalıdır. Münhasır yetkili bir mahkeme mevcut ise, başka bir mahkemede dava açılamaz. Hangi davalarda, Türk mahkemelerinin münhasır yetkiye sahip olacağı ne HMK’da ne de MÖHUK’de kesin olarak düzenlenmiştir. Öğretide, mahkemelerin yetkisini belirleyen kuralların hangi konularda münhasır yetki kuralı olduğu, kuralın ifadesinden ve konuluş amacından hareketle belirlenebileceği ifade edilmiştir¹⁴⁰.

HD, 10.7.2001, 3841/10889 (Ruhi, MÖHUK, ss. 180-181). İsviçre ve Alman hukukunda da yabancı mirasçılık belgelerinin tanınması kural olarak mümkün olmasına karşın, tanınmaları taşınmazlar açısından münhasır yetki sebebiyle reddedilmektedir. Karş. Schnyder/Liatowitsch, § 36, kn. 1049; Dölle, Hans, “Über Einige Kernprobleme des Internationalen Rechts der Freiwilligen Gerichtsbarkeit”, Rabels Zeitschrift, 27. Jahrgang, H. 2, 1962/63, ss. 201-244, s. 236 ve dn. 105; Hoffmann/Thorn, § 9, kn. 70; Richardi, s. 60. Karş. Enßlin, s. 176-177. Aksi fikirde olan Geimer, kesin hüküm niteliğinde olmadığı için mirasçılık belgelerinin tanınamayacağı görüşündedir. Geimer, s. 1004, kn. 2884; Geimer, FS Ferid, s. 117. Ayrıca taşınmazların aynına ilişkin münhasır yetki açısından mirasçılık belgeleri hakkındaki değerlendirme için, bkz. aşağıda 2, a, aa) no’lu başlık altındaki açıklamalar.

¹⁴⁰ Nomer, s. 160, kn. 395; Kuru, C. VI, s. 5779; Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, İstanbul, 2002, s. 192.

Bu anlamda, iç hukuk yönünden hangi yetki kurallarının münhasır yetki kuralı olduğu belirtilmiştir¹⁴¹. Ancak, milletlerarası özel hukukun kapsamına giren ilişkilerin niteliği ve güttüğü amaçların farklı olması nedeniyle, iç hukukta kabul edilen münhasır yetki kurallarının tümünün, milletlerarası yetki alanında da kabul edilmesi mümkün gözükmemektedir¹⁴².

Milletlerarası özel hukuk alanında bir yetki kuralının münhasır yetki kuralı oluşturabilmesi için, bir davanın mutlak şekilde ve sadece Türk mahkemelerinde görülmesini sağlamak amacıyla konulmuş olması gerekir. Bu davalar açısından yetki sözleşmesi yolu ile de başka bir ülke mahkemesi yetkili kılınmaz. Bu sebeple MÖHUK m. 54/b anlamında bir milletlerarası kesin yetki kuralından bahsedebilmek için bu yetki kuralının ifadesi ve konuluş amacı dikkate alınarak bu yetki kuralı ile getirilmek istenen düzenlemenin, bu tür davaların mutlak surette ve sadece Türk mahkemelerinde görülmesinin amaçlanıp amaçlanmadığına bakılacaktır¹⁴³. Türk usûl hukukunun yetki kurallarına göre, Türkiye içerisinde bu tür davalarda yalnız bir yetkili mahkemenin kabul edilmiş olması veya birden çok mahkemenin yetkili kabul edilmiş olması önemli değildir¹⁴⁴.

5718 sayılı MÖHUK m. 40’da milletlerarası yetki konusunda genel bir yetki kuralı getirilmiş ve Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin, iç hukukun yer itibariyle yetkili kurallarına göre tayin edileceği düzenlenmiştir. Böylece iç hukuk yetki kurallarına çift taraflı bir fonksiyon yüklenmiştir. Bu genel kural yanında, Türklerin ve yabancıların kişi hallerine ilişkin bazı davalar (m. 41 ve 42) ile miras (m.43), iş (m. 44), tüketici (m. 45) ve sigorta davaları (m. 46) için ayrıca milletlerarası yetki kuralları da getirilmiştir.

¹⁴¹ Kuru, HUKUK, C. I, ss. 548-549. Çelikel/Erdem, s. 601.

¹⁴² Nomer, s. 162, kn. 400; Sakmar, ss. 99-100; Çelikel/Erdem, s. 601; Nuray Ekşi, **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, İstanbul, 2000, ss. 214, 222; Tiryakioğlu, s. 40; Ayfer Uyanık, **Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri**, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İ.Ü. Sos. Bil. Enstitüsü, 1994, s. 65; Fügen Sargın, **Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları**, Ankara, 1996, ss. 151-152; Hoffmann/Thorn, § 3, kn. 62.

¹⁴³ Ergin Nomer, “Türklerin Kişi Hallerine İlişkin İhtilafları ve Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi”, **MHB**, Y. 3, S. 1, 1983, s. 12; Nomer, İmregün’e Armağan, s. 715; Nomer, s. 162, kn. 400; Sakmar, s. 99; Çelikel/Erdem, s. 601; Çelikel, Tenfiz Şartları, s. 9; Şanlı, Uluslararası Ticari Akitler, s. 192; Ekşi, Nuray, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, s. 216.

¹⁴⁴ Nomer, s. 111, kn. 279.

MÖHUK, iç hukukun yetki kuralları yanında, bazı konularda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin iç hukuk yetki kurallarına göre belirlenmesinin yarattığı sorunları engellemek için tamamlayıcı nitelikte kurallar koyarak karma nitelikli bir milletlerarası yetki sistemini benimsemiştir¹⁴⁵.

Ancak MÖHUK’da düzenlenen bu yetki kurallarının hepsinin birer tamamlayıcı kural olduklarını söylemek kanımızca mümkün değil. Şöyle ki, iç hukukta zayıf tarafı korumak ve ona kolaylık sağlamak amacıyla çeşitli yetki kuralları düzenlenmiştir. Bunlar arasında, sigorta şirketleri ile müşterileri arasındaki davalardaki yetkiyi düzenleyen HMK’nın 15. maddesi (eski HUMK m. 19); işçi ve işveren arasındaki iş akitlerinden doğan davalarda yetkili mahkemeyi gösteren İş Mahkemeleri Kanunu’nun¹⁴⁶ 5. maddesi ile tüketiciyle üretici arasındaki ilişkilerden doğan davalarda yetkili mahkemeyi gösteren Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun¹⁴⁷ 23. maddesindeki düzenlemeler yer almaktadır.

İşte iç hukukta düzenlenen bu yetki kuralları yanında MÖHUK’da da aynı konulara ilişkin yer alan yetki kurallarının birer tamamlayıcı kural olmadıkları görüşündeyiz. Zira MÖHUK’da zayıf tarafı korumak amacıyla düzenlenen 44, 45 ve 46. maddeleri genel olarak işçi, tüketici ve sigortalı açısından daha lehtedir. Bu sebeple MÖHUK’da yer alan diğer yetki kurallarının aksine bu maddelerin birer “tamamlayıcı” değil, ülke içi yetki kurallarını “sınırlandıran” kurallar olarak değerlendirmek gerekecektir¹⁴⁸.

Acaba iç hukukta yer alan yetki kuralları ile MÖHUK’da düzenlenmiş olan yetki kuralları arasında hangileri milletlerarası usûl hukuku açısından münhasır yetki kuralı sayılabilecektir? Bu konuda tartışmalı olan yetki kurallarını aşağıda irdelemeden önce belirtmek gerekir ki, öğretilde çoğunlukla Türklerin kişi hallerine ilişkin davalar ile yabancıların kişi hallerine ilişkin bazı davalar için ek yetki

¹⁴⁵ Çelikel/Erdem, ss. 479-481; Ekşi, s. 44 vd.

¹⁴⁶ RG. 04.02.1950-7124, S. 5521

¹⁴⁷ RG. 08.03.1995-22221, S. 4077.

¹⁴⁸ Aynı fikirde bkz. Ayfer Uyanık-Çavuşoğlu, “Bireysel İş İhtilaflarında Türk Mahkemesinin Milletlerarası Yetkisi”, İş Dünyası ve Hukuk, **Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan**, İstanbul 2011, ss. 959-990, s. 975. Aksi yönde bkz. **Vahit Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk**, Ankara 2010, ss. 83-84.

kuralları düzenleyen MÖHUK 41 ve 42. maddelerinin münhasır yetki kuralı olarak kabul edilmemektedir. Zira kanun koyucunun bu yetki kuralları ile değişik nedenlerden ötürü Türklerin ve yabancıların kişi hallerine ilişkin davalarda yetkili bir Türk mahkemesini tesis etme amacı taşıyordu¹⁴⁹.

Şimdi Türk hukukunda bulunan bu gibi yetki kurallarından hangilerinin yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizini engelleyecek şekilde milletlerarası usul hukuku alanında münhasır nitelik taşıdığı üzerinde durulacaktır.

(i) Türkiye’de Bulunan Taşınmazlara İlişkin Davalar

Milletlerarası usûl hukuku anlamında “münhasır (kesin) yetki” olarak öğretilen¹⁵⁰ ittifakla kabul edilen tek yetki kuralı, Türkiye’deki taşınmazlar üzerindeki **aynî hak** davalarında “taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisini” kesin yetki olarak kabul eden HMK m. 12’deki (eski HUMK m. 13) kuraldır. Bu sebeple Türkiye’deki taşınmazların aynına ilişkin verilmiş yabancı mahkeme kararlarının

¹⁴⁹ Nedenler için bkz. Çelikel/Erdem, ss. 513-520; Ekşi, ss. 152-160. Ayrıca, Ecnebi Anonim ve Sermayesi Eshama Münkasem Şirketler ile Ecnebi Sigorta Şirketleri hakkındaki 1330 tarihli Muvakkat Kanun’un 10. maddesinde, yabancı şirketlerin Türkiye’deki şube ve acentelerinin bulunduğu yer bunların kanuni ikametgâhı olarak kabul edilmiştir. Bu da şube veya acentenin faaliyetlerinden dolayı şirkete karşı açılacak davaların bu mahkemede açılacağına ilişkin bir yetki kuralı oluşturmaktadır. Doktrinde (Sakmar, s. 101; Nomer, Münhasır yetki, s. 12; Ekşi, s. 217) bu yetki kuralının, Türk mahkemelerinin diğer yetki kurallarına göre gerçekleşen yetkisini ortadan kaldırmayıp sadece bir alternatif yetki kuralı yaratması sebebiyle münhasır bir yetki kuralı tesis etmediği kabul edilmektedir. Bununla birlikte 10. maddenin, yabancı şirketin Türkiye’deki müşterilerini korumak amacı taşıdığı ve bu sebeple kural aleyhine yetki anlaşmasının şirket açısından geçersiz olduğu kabul edilebilir (Çelikel/Erdem, s. 603; Şanlı, Uluslararası Ticari Akitler, s. 193; Sargın, s. 161). Bunun sonucu olarak, müşteriler şube veya acentenin ikametgâhı dışında yetkili yabancı bir mahkemede dava açabilir ve yabancı mahkemenin verdiği kararın Türkiye’de tanınması ve tenfizi mümkün olacaktır. Ancak davacı şirket açısından bu kural kesin yetki niteliğine sahip olacaktır. Çelikel/Erdem, s. 603; Gülin Güngör, **Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması**, Ankara, 2000, ss. 148-149. Esen, s. 195. Aksi yönde, Vedat Reşit Seviğ, **Hukuk ve Ticaret davalarında Türk ve Yabancı Mahkemelerin Devletler Hususi Hukuku Bakımından Yetkisi**, İstanbul 1963, s. 174).

¹⁵⁰ Kuru, C. I, s. 634 vd.; Sakmar, Yabancı İlâmlar, s. 100; Nomer, s. 162, kn. 400; Nomer, İmregün’e Armağan, s. 715; Çelikel, Tenfiz şartları, s. 9; Çelikel/Erdem, s. 602; Şanlı, Uluslararası Ticari Akitler, s. 192; Sargın, ss. 161-162; B. Bahadır Erdem, “1968 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel Antlaşmasının Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetki Kuralları ile Karşılaştırılması ve Uyumlaştırma Problemi”, **Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan**, MHB, Yıl 17-18, S. 1-2, İstanbul, 1997-1998, ss. 183-215, s. 206.

tanınması ve tenfizi mümkün değildir. Çünkü işin niteliği, kuralın güttüğü amaç ve düzenleniş biçimi, m. 12'nin milletlerarası usûl hukuku bakımından da kesin yetki kuralı olduğunu göstermektedir¹⁵¹. Bu sebeple yabancı bir mahkeme tarafından Türkiye'deki taşınmazın aynına ilişkin verilen bir karar, yetkili bir mahkeme tarafından verilmemiş olacağından, Türkiye'de hukuki bir değer taşımayacaktır (HMK m. 12, MÖHUK m. 54/b)¹⁵².

Buna karşın 6100 sayılı yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmesinden önce, öğretide hâkim olan görüşe göre¹⁵³ taşınmaza ilişkin bir aynî hak doğurmayan kira bedelinin tespiti davaları ile tahliye davalarında HUMK m. 13'ün (yeni HMK m. 12) uygulanmayacağı kabul edilmekteydi. Çünkü taşınmaz üzerindeki şahsî haklara ilişkin davalar bu maddenin kapsamına dâhil kabul edilmemektedirler¹⁵⁴. Bu bağlamda kira tespit davaları veya tahliye davaları gibi taşınmaz üzerinde şahsî haklar doğuran davalara ilişkin taraflar yetki sözleşmesi yaparak taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinden başka bir yerde dava açabileceklerdi. Bunun sonucu olarak da yabancı mahkemeden bu yönde alınan bir kararın Türkiye'de tanınmasının veya tenfizinin istenmesi durumunda MÖHUK m. 54/b açısından bir engel söz konusu olmamalıydı¹⁵⁵.

¹⁵¹ “...Rodos mahkemesi tarafından verilen mirasçılık belgesinin tanınmasına ilişkin davada Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar hakkında Türk hukuku uygulanır (MÖHUK m. 22). Türkiye’de bulunan Taşınmaz mallar hakkında hüküm verme Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girer (MÖHUK m. 38/b). Bu itibarla Türkiye’deki taşınmaz mallar hakkında yabancı mahkemeden verilen ilâmın tanınması isteğinin reddine ilişkin olarak verilen kararda bir yanlışlık yoksa da, taşınır mallar açısından isteğin reddi yukarıda gösterilen sebeplerle usul ve kanuna aykırı bulunduğundan kararın bu açıdan bozulması gerekir”. Yar.2. HD 10.2.1986 gün ve E. 1996/1284, Çelikel/Nomer, s. 370.

¹⁵² Nomer, s. 82, kn. 201; Çelikel/Erdem, s. 602.

¹⁵³ Senai Olgaç, **Kira Parasının Tespiti ve Tahliye Davaları**, İstanbul 1968, s. 101; İlter Erdemir, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, İstanbul, 1986, s. 118; Kuru/Aslan/Yılmaz, s. 154; Kuru, C. I, s. 330; Üstündağ, s. 206; Mustafa Reşit Belgesay, **Hukuk Usulü Muhakemeleri kanunu Şerhi**, C. I, İstanbul 1939, ss. 48-49; Çelikel/Erdem, s. 508.

¹⁵⁴ Örneğin, taşınmazın devir sözleşmesinde kararlaştırılan bedelin ödenmesine ilişkin dava bu madde hükmüne dâhil olmayacaktır. Nomer, s. 82, dn. 142. Ayrıca bkz. Yar.13. HD, 29.1.1993 (YKD 5/1993, ss. 724-725).

¹⁵⁵ Ancak kira bedelinin ülkenin ekonomik durumuyla yakından ilgili olması sebebiyle kira bedeline ilişkin yasal sınırlamalar ile tahliye sebeplerini düzenleyen mülga 6570 sayılı “Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun” yerine geçen (bkz. 6101 sayılı TBK Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 10) 6098 sayılı Borçlar kanununun 339-356’ncı maddeleri

Ancak Üstündağ'ın da belirttiği gibi, eğer taraflar arasındaki sözleşme, aynî hakkın tescil ve tesisi yükümünü doğuruyorsa böyle bir sözleşmenin ifasını sağlamak amacıyla açılmış olan bir dava şahsî nitelikte olmasına rağmen HUMK m. 13 (HMK m. 12) kapsamında değerlendirilebilir. Çünkü söz konusu davalar kabul edilirlse tapu kütüğünde bir değişiklik meydana getireceklerdir¹⁵⁶.

Kanun koyucu bu görüşlere açıklık getirecek şekilde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda, mülga HUMK m. 13'ü yeniden kaleme almıştır. HMK m. 12'nin gerekçesinde açıklandığı üzere, maddede ifade edilen taşınmazın aynından doğan davalar kapsamında doğrudan doğruya taşınmaz üzerindeki bir aynî hakka ilişkin olan davalar gibi, şahsî bir talep hakkı doğuran sözleşmeye dayanarak taşınmaz üzerinde bir aynî hak değişikliği ortaya çıkarabilecek davaların da madde kapsamında değerlendirileceği belirtilmiştir.

Buna göre, Türkiye'de bulunan taşınmazların üzerindeki aynî haklara ilişkin davalar ile taşınmazla doğrudan bağlantılı olan şahsi haklara ilişkin davalar bakımından Türk mahkemelerinin münhasır (kesin) yetkisi vardır. Bu anlamda, taşınmaz satış vaadi sözleşmesine dayanarak tescil isteği ile açılacak davalarda, şuf'a gibi şahsi talepler içeren davalarda¹⁵⁷ ve irtifak haklarına ilişkin davalar ile taksim, ipotek, ortaklığın giderilmesi gibi davalar tapu kütüğünde bir değişiklik meydana getirilebileceğinden dolayı Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi HMK'nın 12. maddesi kapsamında değerlendirilip münhasır yetki sayılacaktır. Buna karşılık taşınmaza ilişkin kira alacağına veya satış bedelinin tahsiline ilişkin davalar taşınmaz ile doğrudan bağlantılı olmadığından 12. madde kapsamında bir münhasır yetki teşkil etmeyecektir¹⁵⁸.

arasında yer alan hükümler de kural olarak emredici nitelikte olup kamu düzenini yakında ilgilendirmektedir. Bu sebeple de milletlerarası özel hukuk açısından doğrudan uygulama alanı bulacaklardır ve yabancı mahkemeden alınan kararın Türkiye'de tanınması ve tenfizi aşamasında MÖHUK m. 54/c maddesi uyarınca tanınması ve tenfizi red edilebilecektir. Bkz. Nuray Ekşi, **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, İstanbul, 2000, s. 99.

¹⁵⁶ Belgesay, HUMK Şerhi, ss. 48-49; Üstündağ, ss. 203-204; Üstündağ, Yerel Mahkemelerde Yargılama, s. 171 vd.; Kuru, C. I, s. 498 vd. Çelikel/Erdem, s. 508

¹⁵⁷ Üstündağ, s. 205.

¹⁵⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 123-124. Aynı yönde, Ekşi, s. 100.

Ancak Türkiye’de bulunan taşınmazlara ilişkin kira tespit davaları ile tahliye davalarında HMK m. 12 kapsamında Türk mahkemelerinin bir münhasır yetkisi bulunmamakla beraber, bu tür davalara ilişkin yabancı mahkeme tarafından verilen bir karar için Türkiye’de tanıma veya tenfiz davası açıldığında, Türk tenfiz hâkimi söz konusu yabancı kararı tenfiz etmeyebilir. Çünkü Türkiye’de taşınmazlara ilişkin kira davalarında uygulan kurallar milletlerarası özel hukuk açısından doğrudan uygulanma alanı bulacağından bu kurallar ile çakışan yabancı mahkeme kararları kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşacaktır (MÖHUK m. 54/c) ve bu sebeple de tanınmaları ve tenfiz edilmeleri mümkün olmayacaktır¹⁵⁹.

Avrupa Birliğinde, “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki Konsey Tüzüğü” (1968 tarihli eski Brüksel Konvansiyonu) 22. maddesine göre de taşınmazın bulunduğu Topluluk üyesi devlet mahkemeleri bu taşınmazlar üzerindeki aynî haklara veya kiraya ilişkin davalara bakmaya münhasır yetkilidir. Bu kapsamda taşınmazlarla ilgili bütün aynî haklara ilişkin davalar ile taşınmazın kullanımına ilişkin davalar bu maddenin kapsamına dâhildir¹⁶⁰. Ancak, özel kullanıma ilişkin olan ve 6 ayı aşmayan kira sözleşmelerine ilişkin davalar bakımından, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi yanında, davalının yerleşim yeri mahkemesi de yetkili sayılmıştır (m. 22/1-ikinci cümle)¹⁶¹.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nun 97. maddesine göre de, “İsviçre’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklarla ilgili davalarda malların bulunduğu yer mahkemeleri münhasır yetkilidir”. Görüldüğü gibi İsviçre kanununda sadece aynî haklardan söz edilmiş, kişisel haklarla ilgili davalara maddede yer verilmemiştir¹⁶².

¹⁵⁹ Ayrıca bkz. Ekşi, ss. 99 ve 101-102; Çelikel/Erdem, s. 508.

¹⁶⁰ Ekşi, ss. 101-102.

¹⁶¹ “Topluluk Adalet Divanı’na göre, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kira sözleşmesinin varlığına, yorumuna; kiracının taşınmaza verdiği zararlara ilişkin tazminat taleplerine ve tahliye davalarına bakmaya münhasır yetkilidir”, “Theodorus Engelbertus Sanders v Ronald van der Putte Case 73/77”, (1977) ECR, s. 2383-2400; “Eric Rösler v Horst Rotterwinkel Case 241/83”, (1985) ECR, s. 99-126 (naklen, Ekşi, s. 101).

¹⁶² Schnyder/Liatowitsch, § 37, s. 363, kn. 1058; BSK IPRG-Berti/Däppen, Art. 27, kn. 10; Ekşi, s. 98, dn. 399. Alman Medenî Usûl Kanunu (ZPO) m. 24/1’de de bu yönde bir düzenleme mevcuttur. Hoffmann/Thorn, § 3, kn. 62.

(ii) Mirasa İlişkin Davalar

Mirasa ilişkin davalar hakkında ülke içi yetki kurallarından olan HMK m. 11'e göre "ölen kimsenin son yerleşim yeri mahkemesi kesin yetkilidir"¹⁶³ ve MK m. 576'ya göre de "miras bırakanın yerleşim yeri mahkemesi"¹⁶⁴ yetkilidir. Fakat miras ile ilgili konularda yerleşim yeri yurt dışında olup Türkiye'de menkul ve gayrimenkul bırakan Türk veya yabancı murisin terekesine ilişkin davalarda hangi mahkeme veya mahkemelerin yetkili olacağına ilişkin soruya, iç hukuka ilişkin bu yetki kurallarına göre çözüm bulmak mümkün değildir. Bu sebeple yabancılık unsuru içeren miras davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenlemek amacıyla MÖHUK'un 43. maddesinde ayrıca bir tamamlayıcı yetki kuralı düzenlenmiştir¹⁶⁵.

Kademeli (basamaklı) bir yetki kuralı¹⁶⁶ getiren 43. maddeye göre, "*Mirasa ilişkin davalar ölenin Türkiye'deki son yerleşim mahkemesinde, son yerleşim yerinin Türkiye'de olmaması hâlinde terekeye dâhil malların bulunduğu yer mahkemesinde görülür*". Murisin Türkiye'nin birden fazla yerinde mallarının bulunması durumunda, malların bulunduğu her yerdeki mahkemenin yetkisi söz konusu olacaktır¹⁶⁷. Maddede, miras davalarının kapsamı konusunda herhangi bir sınırlamaya yer verilmediğinden, miras sebebiyle istihkak, ölüme bağlı tasarrufların iptali ve tenkisi, mirasın taksimi ile veraset belgelerine ilişkin davalar gibi bütün miras davaları 43. maddede öngörülen yer mahkemesinde açılacaktır¹⁶⁸. Yani iç

¹⁶³ HMK m. 11 bazı davalar için murisin son yerleşim yeri mahkemesi kuralına ek yetki esasları da getirmiştir, "Terekede bulunan bir mal hakkında açılmak istenen istihkak davası, terekenin yazımı ve tespiti zamanında mal nerede bulunuyorsa, orada da açılabilir" (m. 11/2). "Mirasçılık belgesinin iptali ve yeni mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin davavlarda, mirasçıların her birinin oturduğu yer mahkemesi de yetkilidir" (m. 11/3).

¹⁶⁴ MK. m. 576, "Miras malvarlığının tamamı için mirasbırakanın yerleşim yerinde açılır. Mirasbırakanın tasarruflarının iptali veya tenkisi, mirasın paylaşılması ve miras sebebiyle istihkak davaları bu yerleşim yeri mahkemesinde görülür".

¹⁶⁵ Seviğ, Vedat Reşit, Hukuk ve Ticaret davalarında Türk ve Yabancı Mahkemelerin Devletler Hususi Hukuku Bakımından Yetkisi, İstanbul 1963, s. 3; Nomer, s. 103, kn. 257; Ekşi, s. 160; Çelikel/Erdem, s. 522.

¹⁶⁶ Bu durumda bir önceki yetki esası varken o uygulanmalıdır ve bir sonraki yetki esasına göre mahkemenin milletlerarası yetkisi tesis edilemez. Çelikel/Erdem, s. 521.

¹⁶⁷ Çelikel/Erdem, s. 521.

¹⁶⁸ Çelikel/Erdem, s. 523; Ekşi, ss. 161-162; Şanlı, Yabancı Veraset İlamları, s. 300.

hukuk kuralları olan HMK m. 11 ve MK. m. 576'daki yetki esasları dikkate alınmaksızın doğrudan MÖHUK m. 43 uygulanacaktır¹⁶⁹.

Acaba MÖHUK'un 43. maddesinde yer alan yetki hükmü yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizini engelleyici bir münhasır yetki hükmü sayılabilir mi?

Bir görüşe göre¹⁷⁰, 43. maddede düzenlenen “murisin son yerleşim yeri mahkemesi” münhasır yetkili olmamasına karşın, Türkiye’de terekeye dâhil malların bulunması halinde, terekeye ait bu mallar bakımından Türk mahkemeleri münhasır yetkilidir. Bu durumda Türkiye’de malları olan murisin, son yerleşim yeri yabancı ülkede olsa dahi, yabancı mahkemelerden alınan kararlar, Türkiye’de sonuç doğurmayacaktır. Bu yorum taşınmaz mallar için olduğu kadar taşınır mallar için de geçerlidir.

Aynı yöndeki bir başka görüşe göre de¹⁷¹, son yerleşim yeri Türkiye’de olan murisin terekeye dâhil malları Türkiye’de bulunmuyorsa, murisin son yerleşim yeri olarak Türk mahkemesinin münhasır yetkisinden söz etmek zordur. Bununla beraber terekeye dâhil malların Türkiye’de bulunması durumunda, bu mallar üzerinde yabancı mahkemelerin, mirasçıların miras haklarını ve bu hakların kapsamını tespit etmesi ile bu mallara ilişkin koruyucu tedbirler alması çok defa fiilen imkânsız olduğu gibi, miras davalarının amaç ve niteliğine ve pratik ihtiyaçlara da uygun düşmeyecektir. Bu sebeple de, Türkiye’de bulunan tereke’ye dâhil mallar açısından malların bulunduğu yer mahkemesinin münhasır yetkili olduğunu kabul etmek gerekir.

Kanımızca, son yerleşim yeri Türkiye’de olan murisin Türkiye’de terekesine dâhil mallarının bulunmadığı durumlarda yabancılık unsuru taşıyan miras davalarında “murisin son yerleşim yeri mahkemesi”nin yetkili olduğunu düzenleyen hükmün münhasır yetki kuralı olarak kabul edilmemesi yerindedir. Ancak Türkiye’de bulunan tereke mallarının niteliği dikkate alınmadan Türkiye’de bulunan mallar hakkında Türk mahkemelerinin münhasır yetkili kabul edilmesi doğru

¹⁶⁹ Ekşi, s. 161.

¹⁷⁰ Çelikel, (7. Bası), s. 340; Çelikel, Tenfiz Şartları, ss. 9-10; farklı, Çelikel/Erdem, ss. 522-523.

¹⁷¹ Şanlı, Yabancı Veraset İlamları, ss. 301-302.

değildir. Burada bir ayırım yapılarak gayrimenkuller açısından Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğunu, fakat menkuller açısından Türk mahkemelerinin yetkisinin aynı niteliği taşımadığını kabul etmek gerekir¹⁷².

Çünkü mirasa ilişkin davalarda, terekeye dâhil olan gayrimenkullerin aynına ilişkin ihtilaflarda da MÖHUK'un 40. maddesinin atfı nedeniyle HMK'nın 12. maddesindeki yetki hükmü uyarınca “gayrimenkulün bulunduğu yer mahkemesi” münhasır yetkili olacaktır¹⁷³. Bu sebeplerle de MÖHUK'un 43. maddesinde yer alan yetki hükmü münhasır nitelikli değildir. Bunun sonucu olarak Türkiye’de bulunan menkul terekeye ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfiz edilmesi mümkün olmakla beraber, terekede bulunan gayrimenkulün aynına ilişkin kararın HMK m. 12 gereğince¹⁷⁴ Türkiye’de sonuç doğurması mümkün olmayacaktır¹⁷⁵.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nun 96. maddesine göre de, miras hukukuna ilişkin mahkeme kararları, 97. maddedeki hüküm saklı kalmak kaydıyla tanınabileceklerdir. Buna göre İsviçre’de bulunan gayrimenkullere ilişkin yabancı mahkeme kararları tanınamazken, menkullere ilişkin olan mahkeme kararları tanınabilecektir¹⁷⁶.

¹⁷² Nomer, ss. 162-163, kn. 400, dn. 282; Ekşi, s. 224 vd.; Çelikel/Erdem, s. 522; Esen, Münhasır Yetki, s. 190.

¹⁷³ Ayrıca karşı. Nomer, s. 160, kn. 395, dn. 276: “Miras sebebi ile istihkak davası da “aynı” bir davadır. Bu itibarla Türkiye’deki gayrimenkullere ilişkin olarak, miras sebebiyle istihkak davası sonucu yabancı bir mahkemeden alınmış olan mahkeme kararının Türkiye’de tenfizine karar verilemez. Bu konuda Türkiye’de yetkili olan miras bırakanın son yerleşme yeri (ikametgâhı) mahkemesi, bulunmaması halinde gayrimenkulün bulunduğu yer mahkemesi (MK m. 576 ve MÖHUK m. 43) münhasıran yetkili bir mahkeme olarak vazife görür”.

¹⁷⁴ Ayrıca bkz. yukarıda aa) no’lu başlık altındaki açıklamalar.

¹⁷⁵ Çelikel/Erdem, s. 523; Esen, Münhasır Yetki Kavramı, ss. 190-191. Yar. 2. HD, 10.02.1986, E. 44/K. 782 (YHD 9/1987, s. 1328). Ayrıca aynı yönde fakat farklı bir gerekçe için bkz. Sakmar, Atâ, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Vasiyetnamelerin Tenfizi ve Yargıtay Uygulaması”, Prof. Dr. Hıfzı Timur’un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s. 729-745, s. 736-737; Ergin Nomer, “Yabancı Veraset İlamlarının Tanınmasında Yargıtay Kararları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 65, S. 10-11-12, İstanbul 1991, ss. 789-796, ss. 795-796; Şanlı, Yabancı Veraset İlamları, ss. 306-307; Ekşi, ss. 225-226.

¹⁷⁶ Schnyder/Liatowitsch, § 36, kn. 1049. Benzer yönde Alman hukuku için bkz. Hoffmann/ Thorn, § 3, kn. 62.

Yabancı çekişmesiz yargı kararlarının Türk hukukunda tanınması açısından da aynı sonuca varmak gerekir. Özellikle yabancı mirasçılık belgeleri açısından büyük bir önemi olan münhasır yetki açısından, yabancı mirasçılık belgelerinin tanınamayacağı düşüncesindeyiz. Bu konuda çekişmeli yargılama usûlü sonunda verilen yabancı bir veraset ilâmı ile çekişmesiz yargı usûlüne göre verilen bir yabancı mirasçılık belgesi arasında da bir fark sözkonusu değildir. Zira yukarıda açıkladığımız gibi, mirasçılık belgeleri maddî anlamda kesin hüküm oluşturmaları da, sırf şeklî anlamda kesinleşmiş olmakla tanınmaya ehil birer karar hâline gelirler¹⁷⁷. Fakat bu durum, Türkiye’de bulunan taşınmaz tereke sebebiyle münhasır yetki şartı engeline takılmayacakları anlamına gelmeyecektir.

Sonuç olarak, Türkiye’de bulunan menkul terekeye ilişkin olarak yabancı mirasçılık belgelerinin tanınması mümkün olmasına karşın, Türkiye’de bulunan taşınmazlara ilişkin kısımların tanınması, bu konuda Türk mahkemelerinin sahip oldukları “münhasır yetki” sebebiyle mümkün değildir. Yargıtayımız da vermiş olduğu birçok kararında, Türkiye’de bulunan taşınmaz terekeye ilişkin yabancı mirasçılık belgelerinin tanınmasını, Türk mahkemelerinin Türkiye’de bulunan taşınmazların aynına ilişkin münhasır yetkiye sahip olmaları sebebiyle reddetmiştir¹⁷⁸. Buna karşılık, menkul terekeye ilişkin yabancı mirasçılık belgelesinin tanınmasında bir engel görmemiştir¹⁷⁹.

(iii) İş, Tüketici ve Sigorta Sözleşmelerinden Doğan Davalar

2675 sayılı mülga MÖHUK’da iş, tüketici ve sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan davalara ilişkin özel bir milletlerarası yetki kuralı bulunmuyordu. Bu

¹⁷⁷ Bkz., yukarıda § 2, II, A, 1, b) no’lu başlık altındaki açıklamalar.

¹⁷⁸ Yar. 2. HD, 11.6.1990, 12861/5906 (Özuğur, s. 531-532); Yar. 2. HD, 22.6.1990, 6373/6410 (www.yargitay.gov.tr); Yar. 2. HD, 13.9.1999, 6974/8850 (Özuğur, s. 523); Yar. 2. HD, 12.7.2002, 8254/9339 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁷⁹ “...Türkiye’deki taşınmaz mallar hakkında yabancı mahkemeden verilen ilâmın tanınması isteğinin reddinde bir yanlışlık yoksa da, taşınır mallar açısından reddi yukarıda gösterilen sebeplerle usul ve kanuna aykırı bulunduğundan hükmün bu açıdan bozulması gerekir”. Yar. 2. HD, 10.2.1986, 808/1284 (YKD 1986/11, ss. 1612-1613). Gökyayla ise, Türk mahkemelerinin hem taşınır hem de taşınmazlar konusunda, yabancı mirasçılık belgelerinin tanınmasını engelleyecek nitelikte münhasır bir yetki kuralının mevcut olmadığı görüşündedir. Demir-Gökyayla, s. 575.

sözleşmelerin taşıdıkları özellikler sebebiyle gerek doktrin gerek uygulamada iç hukuktaki yetki hükümlerinden hareketle milletlerarası yetkinin belirlenmesi de yetersiz kalmaktaydı. 5718 sayılı MÖHUK ile zayıf konumda olan işçi, tüketici ve sigortalıyı korumak amacıyla Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen özel yetki kuralları getirilmiştir. Böylece ekonomik ve sosyal açıdan zayıf konumda olan işçi, tüketici ve sigortalı tarafın açacakları davada kendilerine yakın ve lehlerine olacaklarını düşündükleri Türk mahkemesini seçme hakkı tanınmışken, kendilerine karşı açılacak davalarda milletlerarası yetkiye sahip Türk mahkemesi sayısı sınırlandırılmıştır¹⁸⁰.

Buna göre MÖHUK'un 44. maddesinde bireysel iş sözleşmesinden veya iş ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda genel olarak "işçinin işini mutaden yaptığı işyerinin Türkiye'de bulunduğu yer mahkemesi", milletlerarası yetkili mahkeme olarak kabul edilmiştir. Buna ek olarak, işçinin işverene karşı açtığı davalarda işverenin yerleşim yeri, işçinin yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu Türk mahkemeleri de yetkili kılınmıştır¹⁸¹.

Aynı şekilde meslekî veya ticarî olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda da, tüketicinin seçimine göre, tüketicinin yerleşim yeri veya mutad meskeni ya da karşı tarafın işyeri, yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu Türk mahkemeleri yetkilidir (m. 45/I). Buna karşın, tüketiciye karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme, tüketicinin Türkiye'deki mutad meskeni mahkemesidir (m. 45/II).

Son olarak da, sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, sigortacının esas işyeri veya sigorta sözleşmesini yapan şubesinin ya da acentasının Türkiye'de

¹⁸⁰ Bkz. MÖHUK 44, 45 ve 46. madde gerekçeleri. Ayrıca bkz. Nomer, ss. 161-162; Çelikel/Erdem, ss. 524-530; Uyanık-Çavuşoğlu, ss. 472-476.

¹⁸¹ "İşverenle yapılan iş sözleşmesine uygun olarak, işçinin faaliyetini fiilen icra ettiği yer, işçinin işini mutaden yaptığı işyeridir. İşçi, iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini birden çok devlette yerine getirmekte ise, her biri, işçinin işini mutaden yaptığı işyeri olarak değerlendirilebilir. Bu değerlendirmede, iş ilişkisinin hemen sona ermesinden önce işveren tarafından, -gerçek anlamda fiilî bir etkisi olmayan şekilde- işçinin işyerinin değiştirilmesi veya işçinin geçici olarak işyerini terk etmesi dikkate alınmaz. İşçinin işverene karşı yükümlülüklerini belirli bir ölçüde fiilen Türkiye'de yerine getirmekte olması, işçinin "işini mutaden yaptığı işyerinin" Türkiye'de bulunduğu kabulü için yeterlidir". Nomer, s. 104, kn. 259.

bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir (m. 46). Ancak sigorta ettirene (sigorta poliçesi hâmiline), sigortalıya veya lehdara (sigortadan istifade edene) karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme, onların Türkiye’deki yerleşim yeri veya mutad meskeni mahkemesidir.

MÖHUK m. 44, 45 ve 46’da kullanılan bağlama noktalarının Türkiye’de bulunmuş olması şartıyla Türk mahkemelerinin milletlerarası yetki kazanabilecekleri vurgulanmıştır. Kanımızca¹⁸², maddelerde yer alan “Türk mahkemesi” vurgusu ile bu hükümlerin, iç hukuktaki yetki kuralları karşısında, sadece yabancılık unsuru içeren ihtilaflara ilişkin olduğunu netleştirmek için kullanılmıştır. Bu hükümlerde bu yönde bir vurgu olmasa dahi, Türk mahkemelerinin yetkisi doğacaktır. Zira Milletlerarası usûl hukukunda, hiçbir devletin diğer bir devlet mahkemesinin milletlerarası yetkisini düzenleyemeyeceği ilkesi hâkimdir¹⁸³.

Ayrıca bu hükümlere paralel olarak kanunun yetki anlaşmasına ilişkin 47. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükümle, yine zayıf tarafın korunması amacıyla iş, tüketici ve sigorta sözleşmelerinden doğan ihtilaflarda mahkemenin yetkisinin, bu konuda yetki anlaşması yapılarak bertaraf edilemeyeceği esası kabul edilmiştir¹⁸⁴. Böylece zayıf konumda olan işçinin bu zayıflığından istifade edilerek aleyhine bir yetki sözleşmesini kabul etmek zorunda kalmasının önüne geçilmiştir¹⁸⁵.

Bu yeni düzenlemeler karşısında öğretide işçi, tüketici ve sigorta sözleşmelerine ilişkin olarak Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini

¹⁸² Uyanık-Çavuşoğlu, s. 973.

¹⁸³ Ekşi, ss. 19-20; Uyanık-Çavuşoğlu, s. 973.

¹⁸⁴ Ayrıca bkz. 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu madde 5. Bu maddede yer alan “davalının ikametgâhı mahkemesi veya iş yerinin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir” hükmü, zayıf konumdaki işçiyi korumak amacıyla getirilen ve iç hukuk açısından kamu düzenine dayanan bir “kesin yetki” kuralı kabul edilmektedir. Çelikel/Erdem, s. 604; Ekşi, ss. 218-220; Esen, Münhasır Yetki, ss. 195-197. “...İş davalarında ikametgâh mahkemesi ile işyeri mahkemesini yetkili kabul eden hüküm, işçiyi korumak gayesiyle konulmuş ve bu bakımdan da kamu düzeni düşüncesine dayanır. Bu sebeple, bu iki yetkiyi bertaraf eden veya bunların yanında ek yetkili bir mahkeme tesis eden yetki sözleşmeleri geçerli değildir. İç hukukta kamu düzenine dayanan ve kesin bir yetki düzeni tesis eden bu özel yetki kuralı, yabancı mahkeme kararının tenfizi alanında da, işçiyi korumak gayesiyle sınırlı olarak münhasır bir yetki kuralı niteliğini kazanır...”. YHGK, 06.05.1998, E. 1998/12-287, K. 1998/325; Çelikel/Nomer, Örnek Olaylar- Mahkeme Kararları, s. 494 vd.

¹⁸⁵ Çelikel/Erdem, s. 525.

düzenleyen bu özel yetki hükümlerinin, zayıf tarafı korumakla sınırlı ve zayıf taraf lehine bir “**sınırlı münhasır yetki**” kuralı niteliğine sahip olduğu ileri sürülmektedir. Madde 47/II’deki yetki sözleşmesine ilişkin yasak sebebiyle de, işçinin mutad işyerinin Türkiye’de bulunması hâlinde veya tüketici ya da sigortalının mutad yerleşim yeri veya meskeni Türkiye’de ise, davalı olan işçi, tüketici veya sigortalı aleyhine yabancı mahkemelerce verilen kararların Türkiye’de tanınması ve tenfizi mümkün olamayacağı; buna karşın, işçinin, tüketicinin veya sigortalının kendi lehine yabancı bir mahkemeden almış olduğu kararın, Türkiye’de tanınması ve tenfizinin mümkün olması gerekeceği ifade edilmiştir. Çünkü MÖHUK’un 44, 45 ve 46. maddelerinde düzenlenen Türk mahkemesinin yetkisi, zayıf konumda olan tarafı korumak amacıyla getirilen sınırlı bir münhasır yetki kuralı olup, zayıf tarafın lehine olan bir yabancı mahkeme kararının Türk mahkemelerince tanınması ve tenfizinin, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi ileri sürülerek engellenmemesi gerektiği savunulmaktadır¹⁸⁶.

Kanımızca burada bir münhasır yetki veya “sınırlı” münhasır yetkiden bahsetmek mümkün değildir. MÖHUK’da işçi (m. 44), tüketici (m. 45) ve sigortalı (m. 46) lehine düzenlenen bu milletlerarası yetki kurallarına birer “özel yetki kuralından” öte bir anlam yüklemek pek mümkün gözüküyor. Bu maddelere ilişkin olarak 47’nci maddenin ikinci fıkrasında yer alan hüküm de bizce sınırlı münhasır yetkiye ilişkin görüşü desteklememektedir. Bilakis 47’nci madde her iki fıkrasında yer alan düzenleme ile birlikte dikkate alındığında burada bir münhasır yetki olamayacağı daha iyi anlaşılabilecektir:

*“47-(1) Yer itibariyle yetkinin **münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hâllerde, taraflar, aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyumsuzluğun yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler.(...) Dava, ancak yabancı mahkemenin***

¹⁸⁶ Nomer, ss. 163-164, kn. 403; Nomer/Şanlı, s. 476, dn. 265; Çelikel/Erdem, ss. 525-526, 528, 530, 604; Şanlı, Uluslararası Ticari Akitler, s. 193; Öztekin-Gelgel, Günseli, Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar, İstanbul 2000, s. 136. Ayrıca Yargıtay’a göre, “hayat sigortalarında” yetkili mahkemeyi belirleyen HUMK m. 19’un konuluş sebebi de, ekonomik yönden güçlü bulunan sigorta şirketlerine karşı kişileri korumakla sınırlı bir münhasır yetki kuralıdır, Yar. 11. HD, 19.06.1997 (YHD, 194/1, 1998, s. 80). Nomer, ss. 161-162, kn. 399; Çelikel/Erdem, s. 602.

kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması hâlinde yetkili Türk mahkemesinde görülür.

(2) 44, 45, 46 ncı maddelerde belirlenen mahkemelerin yetkisi tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemez”.

Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, m. 47/2 iş, tüketici ve sigorta akitleri konusunda Türk mahkemelerine bir münhasır yetki tanımıyor. Zira ilk fıkrada, münhasır yetkili Türk mahkemesi mevcutsa yetki sözleşmesinin yapılamayacağını bildirdikten sonra ikinci fıkrada iş, tüketici ve sigorta sözleşmelerinde yetki sözleşmesinin yapılabileceği, ama bu yetki sözleşmesi ile Türk mahkemelerinin yetkisinin bertaraf edilemeyeceği vurgulanıyor. Çünkü geçerli bir yetki anlaşmasının varlığı durumunda kural olarak Türk mahkemesinin yetkisinin ortadan kalkması gerekir. Zira diğer borç ilişkilerinden doğan davalar için yapılacak yetki sözleşmesinin varlığı hâlinde sözleşmede gösterilen yabancı mahkeme bu borç ilişkisi açısından münhasır yetkili hâle geliyor ve dava ancak, yabancı mahkeiz sayarsa veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmazsa yetkili Türk mahkemesinde görülebilecektir¹⁸⁷. Ancak m. 47/2 de zayıf tarafı korumak için Türk mahkemesinin **de** halen yetkili olacağı, yetki sözleşmesi ile (diğer borç ilişkilerinin aksine) sadece yetkisinin ortadan kalkmayacağı vurgulanıyor. Münhasır yetki söz konusu olsaydı hiçbir şekilde yetki sözleşmesi yapılamazdı.

Böylece m. 47/2 ile getirilen düzenlemede, yabancı mahkemeyi yetkili kılan bir yetki anlaşmasının Türk mahkemesinin de yetkisini ortadan kaldırmayacağını, sadece m. 44, 45 ve 46’daki yetkili Türk mahkemelerinin **yanında** bir de yabancı mahkemenin yetkili sayılacağını kabul ediyor.

Bu durumda taraflardan biri, ister işçi, tüketici veya sigortalı isterse de güçlü karşı taraf olsun, yetkili Türk mahkemesi yanında yetki anlaşmasıyla (ek) yetkili olarak belirlenen yabancı mahkemede dava açar ve dava sonuçlanırsa, bu karar MÖHUK’da aranan diğer şartları da taşıyorsa Türkiye’de tanınmasına ve tenfiz edilmesine bir engel yoktur. Bu konuda m. 54/1’deki “münhasır yetki” şartının da bir

¹⁸⁷ Nomer, ss. 116-117, kn. 117.

etkisi yoktur. Zira iş, tüketici ve sigorta sözleşmeleri konusunda bir “münhasır yetki” değil, bilakis, sadece bir “**özel yetki**” kuralı söz konusudur.

Sonuç olarak, yetkinin münhasır yetki esasına dayanmadığı bir borç ilişkisinde taraflar yabancı bir mahkemeyi yetkilendirebilirler. Bu konuda, iki tacir arasında akdedilen bir satım sözleşmesi ile iş, tüketici ve sigorta akitleri arasında yetki sözleşmesi açısından kural olarak bir fark yoktur. Tek fark iş, tüketici ve sigorta akitlerinde, yetki sözleşmesine rağmen Türk mahkemesinde de dava açılabilirken, diğer borç akitlerinde (örneğin satım) artık kural olarak Türk mahkemesinde dava açılmıyor olmasıdır.

Ayrıca “münhasır yetki” ile “özel yetki” farklı kavramlar olup usûl hukukuna ilişkindir. Ve usûl hukukunda maddî hukuktan farklı olarak zayıf tarafın korunması ilkesine yer yoktur. Zira usûl hukuku açısından hakkaniyete uygun olarak “adil ve eşit yargılanma” ile buna bağlı olarak “**silahların eşitliği**” ilkeleri geçerlilik kazanır¹⁸⁸. Bu sebeple bir takım pratik faydaları sebebiyle zayıf taraf lehine birden fazla yetkili mahkeme tayin edilmiş olmasıyla yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen yabancı bir mahkemeden alınan mahkeme kararının “sınırlı münhasır yetki” kuralı gerekçesiyle sadece taraflardan biri (işçi, tüketici veya sigortalı) lehine Türkiye’de tanınıp tenfiz edilebileceği yorumu bu usûl ilkeleri ile çelişmektedir¹⁸⁹. Bu sebeple de yabancı mahkemeden alınan bir karar tanıma ve tenfiz şartlarından olan münhasır

¹⁸⁸ “Adil yargılanma hakkı’nın ulusalüstü düzeyde genel kabul görmüş ölçütleri arasında önemli bir yer tutan “silahların eşitliği” ilkesi, davanın tarafları yargılama sırasında usul hükümleri yönünden eşit konumda bulunma, taraflardan birine dezavantaj sağlayacak kurallara yer vermeme esasını öngörmekte, diğer bir deyişle davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir dengenin varlığını gerekli kılmaktadır.” Anayasa Mahkemesi, 2. 12. 2004, 2001/216, 2004/120 (RG, 21. 10. 2005, S. 25973).

¹⁸⁹ “... maddî hukukta bazı zorunluluklar ya da sosyal gerçeklerle, taraflardan biri lehine kurallar konulmuş olsa da, yargılama önünde, yargılama kuralları bakımından taraflar eşittir. Örneğin, işçi lehine yorum ilkesinin uygulandığı iş hukukuyla ilgili bir uyuşmazlıkta, maddî iş hukuku kuralları çerçevesinde işçi lehine ya da boşanmada kadını koruyan hükümler çerçevesinde bunları dikkate alarak hareket edilmesi mümkündür; ancak, bu işçinin veya kadının yararlandığı bir yargısal imkândan karşı tarafın yararlanamaması...vs. anlamına gelmemelidir. Aksinin kabulü, taraflardan birinin kendisini savunacak silahlar bakımından sınırlı imkânlarla sahip olması, diğer tarafın ise her türlü imkânı kullanması anlamına gelir ki, bu durumda sağlıklı ve doğru bir yargılama yapılamaz ve karar verilemez”. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 265. Aynı yönde, Pınar Çiftçi, **İcra Hukukunda Menfaat Dengesi**, Ankara 2010, s. 71.

yetki engeline takılmadan (diğer şartlar da uygunsa) tanınması ve tenfiz edilmesi gerekir¹⁹⁰.

Alman tenfiz sistemi açısından da bu ayırıma gidilmemiştir. Alman hukunda tanıma ve buna bağlı olarak tenfiz şartlarını da düzenleyen Medenî Usûl Kanununun (ZPO) 328/1-1 maddesine göre “ilamı veren mahkeme Alman kanunlarına göre yetkili değilse” ilgili kararın tanınması ve tenfizinin mümkün olamayacağı ifade edilmiştir. Elbette Alman mahkemesinin münhasır yetkili olduğu konular bu şartın dışında bırakılıyor¹⁹¹. Alman hukukunda iş, tüketici ve sigorta sözleşmeleri konusunda ne bir münhasır yetki kuralı ne de bir yetki sözleşmesi yapılması hususunda sınırlandırma mevcut değildir. Dolayısıyla Alman hukuku açısından bu tür sözleşmelere ilişkin yabancı mahkeme kararlarının her iki taraf açısından da tanınmasına ve tenfizine bir engel bulunmamaktadır.

İsviçre hukukunda da tanıma ve tenfiz şartları açısından milletlerarası yetki konusunu düzenleyen (IPRG) 25. ve 26. paragrafında Alman hukukundakine benzer bir “**dolaylı yetki**” şartı söz konusudur¹⁹². Ayrıca yine kural olarak ve işçi, tüketici ya da sigorta sözleşmelerine ilişkin davalar için yetki sözleşmesi yapmak mümkündür (m. 5)¹⁹³ ve bu yetki sözleşmesine göre yetkilendirilmiş olan yabancı mahkemeden alınan bir kararın tanınması ve tenfiz edilmesi açısından taraflar arasında bir ayırım yapılmamıştır.

Avrupa Birliğinde, “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki Konsey Tüzüğü” (1968 tarihli eski Brüksel Konvansiyonu) ile paralel Konvansiyon olarak adlandırılan ve

¹⁹⁰ Ayrıca bir yabancı mahkeme kararının işçi, tüketici veya sigortalının lehine sonuçlar taşıyıp taşımadığını öğrenmek için, bu kararın içeriğini tetkik etmek gerekecektir ki, bu da yukarıda açıkladığımız üzere, revision yasağı engeline takılacaktır. Zira Türk milletlerarası hukuk sisteminde yabancı mahkemelerinin içeriğini tetkik yasağı kuralı geçerlidir.

¹⁹¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 157, kn. 30, Hoffmann/Thorn, § 3, kn. 62. Örneğin, Almanya’da bulunan taşınmazların aynına ve taşınmaz kiralalarına ilişkin davalarda olduğu gibi. Diğer münhasır yetki alanları için bkz. Schack, § 8, s. 138, kn. 308-316.

¹⁹² Schnyder/Liatowitsch, § 13, s. 131, kn. 373, 374.

¹⁹³ Ancak tüketici sözleşmelerinde tüketici, yetki sözleşmesi ile peşinen yerleşim yeri veya mutad mesken hukukunun yetkisinden vazgeçemez (m. 114/2). Schnyder/Liatowitsch, § 10, s. 110, kn. 315-316.

AB'ye üye ülkeler ile EFTA ülkeleri (İsviçre, İngiltere, Danimarka, Norveç ve İzlanda) arasında imzalanan 2007 tarihli Lugano Konvansiyonu¹⁹⁴ ile işçi, tüketici ve sigorta sözleşmelerine ilişkin MÖHUK m. 44, 45 ve 46'da yer alan düzenlemelere benzer milletlerarası özel yetki kuralları getirilmiştir¹⁹⁵. Ayrıca zayıf tarafı koruyucu bazı şartlar altında yetki sözleşmesi yapılmasına izin verilmiştir. Örneğin, yetki sözleşmesi hukuki ihtilâfın doğumundan sonra yapılmış olmalı veya tüzük ya da konvansiyonda yer alan yetkili mahkemelerden başka zayıf tarafın lehine ek yetkili mahkeme tayin etmiş olmalıdır¹⁹⁶. Madde 35 gereği iş, tüketici ve sigorta sözleşmelerine ilişkin yetki kurallarına uyulmamış olması durumunda, yabancı mahkeme kararlarının tanınamayacağı düzenlenmiştir. Ama bu düzenlemede de zayıf tarafın lehine olacak bir istisnaya yer verilmemiş olup, her iki taraf eşit kabul edilmiştir. Yani burada da bir "sınırlı münhasır" yetkiden bahsetmemiz mümkün değildir¹⁹⁷.

Münhasır yetkiye ilişkin yukarıdaki açıklamalarımızın sonucunda kanımızca, sadece Türkiye'de bulunan gayrimenkullerin aynına ilişkin davalar ile doğrudan uygulanan kurallarımız sebebiyle gayrimenkullerin kiralanmasına ilişkin sözleşmeler açısından münhasır yetki söz konusudur. Miras davalarında da yine sadece gayrimenkuller açısından Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin varlığı kabul edilebilir.

¹⁹⁴ 44/2001 Brüksel Tüzüğü ile Lugano Konvansiyonu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Atâ Sakmar ve Nuray Ekşi, "Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü", **Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan**, MHB, S. 2, 2002, s. 721-743. Ceyda Süral, **Avrupa Birliği'nde Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, İzmir 2007; Uyanık-Çavuşoğlu, ss. 960-969.

¹⁹⁵ Sigorta sözleşmeleri için, Tüzük m. 8-14, Lugano m. 8-14; Tüketici sözleşmeleri için, Tüzük ve Lugano m. 15-17; İş sözleşmeleri için, Tüzük ve Lugano m. 18-21.

¹⁹⁶ Tüzük m. 13, 15 ve 17; Lugano m. 13, 17 ve 21. Ayrıca bkz. Fügen Sargın, **Milletlerarası Usûl Hukukunda Yetki Anlaşmaları**, Ankara 1996, s. 127-129; Nagel/Gottwald, § 3, kn. 111, 124 ve 127.

¹⁹⁷ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 157, s. 896, kn. 18.

(2) İlâmın Dava Konusu veya Taraflarla Gerçek Bir İlişkisi Bulunmadığı Halde Kendisine Yetki Tanıyan Bir Devlet Mahkemesince Verilmiş Olmaması

Kararı veren yabancı mahkemenin milletlerarası ve ülke içi yetkisi, kararı veren mahkemenin kendi usûl hukuku hükümlerine göre belirlenir¹⁹⁸. Kararı veren yabancı mahkemenin yetkisinin, kararın hukuki sonuç doğuracağı ülke veya ülkelerin hukukuna göre belirlenmesi, işin icabı gereği mümkün değildir. Bu sebeple de, kararı veren mahkemenin dâhil olduğu yabancı hukukun yetki hükümleri **prensip olarak**¹⁹⁹ kararı tanıyacak veya tenfiz edecek mahkeme tarafından tartışma konusu yapılamaz²⁰⁰.

2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun'un tanıma ve tenfiz şartlarını düzenleyen 38. maddesinin (b) bendi, kararı veren yabancı mahkemenin yetkisi üzerinde durmamıştır ve sadece kararın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması şartını aramıştır. Yabancı mahkeme, dava konusu ihtilafla veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı halde kendisini yetkili sayarak dava hakkında karar vermiş olsa dahi, yani mahkemenin yetkisi “aşırı yetki”²⁰¹ olarak oluşmuş olsa dahi, 2675 sayılı MÖHUK m.38/b'ye göre

¹⁹⁸ “Mahkemelerin yetkisini, dava konusunun madde ve kıymetine göre tayin eden “görev” de aynı şekilde mahkemenin usul hukuku kuralları çerçevesinde çözülmesi gereken bir konudur. Yer itibarıyla yetkisiz veya görevsiz bir mahkemede açılan bir davaya karşı, aynı hukuk sistemi içinde, davanın çeşitli safhaları içinde, herhalde kesinleşmeden evvel itiraz olanağı vardır. Bütün bu meselelerin doğal olarak kararı veren mahkemenin usul hukuku sistemi içinde çözülmesi gerekir”. Çelikel/Erdem, ss. 600-601.

¹⁹⁹ Ancak, “aşırı yetki kullanılarak yetkili kılınan mahkemelerin vermiş oldukları ilamların tenfizi, kamu düzeninin müdahalesiyle de karşılaşabilir. Türk usul hukukunun yetki sistemi, kaynağını Türk Anayasasında bulur. Anayasada Türk mahkemeleri, hak aramanın, farklı bir ifade şekliyle âdil yargılanmanın teminatı olarak değerlendirilmiştir (Anayasa m. 36 ve ayrıca bkz. AİHS m. 6). Bu bakımdan, Türk usul hukukunun yetki kurallarının dayandığı sistem de, temelde âdil yargılama ilkesine dayanır. Âdil yargılama anlayışından hareket etmemiş olan yabancı bir yetki kuralı, Türk usul hukukunun âdil yargılama ilkesine aykırılık teşkil eder. Ve bu aykırılık, aynı zamanda Türk kamu düzenini de ihlal edici niteliktedir”. Nomer, s. 164, kn. 406.

²⁰⁰ Nomer, s. 164, kn. 404; Çelikel/Erdem, 8. Bası, s. 587 ve dn. 15.

²⁰¹ Aşırı yetki kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ekşi, s. 50 vd.

yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizinin engellenmesi kural olarak mümkün değildir²⁰².

Bu durumda, yabancı mahkemelerin, ihtilafla hiçbir hukuki ilişkileri olmamalarına rağmen veya hukuk devletlerinde kabul edilmiş genel yetki ilkelerine aykırılık taşıyan ve yetersiz ilişkilere dayanan “aşırı yetki” kurallarına göre kendilerini yetkili kabul ederek verdikleri kararların da m. 38/b’ye göre Türkiye’de tanınması ve tenfiz edilmesi yolu açık kalmıştı. Bu durum doktrinde eleştirilmiş ve maddenin konuyu eksik düzenlediği iddia edilmiştir²⁰³.

Hukuken sakıncası bulunan bu durumu engellemek amacıyla 5718 sayılı yeni MÖHUK’un 54. maddesinin (b) bendine “ilamın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması” şartı da bir tanıma ve tenfiz şartı olarak eklenmesi gerekli ve yararlı görülmüştür²⁰⁴.

Milletlerarası hukukta kabul edilmiş olan ve mahkemelerin yetkilerini tesis eden olağan bağlanma noktalarını kullanmayan yetki kurallarına, “aşırı yetki” (“exorbitant jurisdiction”) kuralları denilmektedir. Aşırı yetki kurallarının temelinde yatan amacın, devletin yargılama otoritesini milletlerarası alana yaymak veya vatandaşını himaye etme düşüncesi olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla, Türk usul hukukunun yetkiye ilişkin temel ilkelerine, özellikle eşit ve adil yargılanma ilkesine aykırılık teşkil eden “aşırı yetki” kurallarına dayanarak kendini yetkili kabul etmiş olan yabancı bir mahkemenin vermiş olduğu kararın Türkiye’de tanınması ve tenfiz edilmesi mümkün değildir (m.54/b). Ayrıca, bu şekilde verilmiş olan bir kararın tanınması ve tenfizi Türk usûl hukukuna ait kamu düzeninin müdahalesiyle de karşılaşabilir²⁰⁵.

Tenfiz hâkimince re’sen incelenecek olan “Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine” ilişkin tanıma ve tenfiz şartından farklı olarak, 54. maddenin (b) bendinde

²⁰² Ekşi, s. 75. Kararın kamu düzenine açıkça aykırı olması hali istisna. Bkz. yukarıda dn. 162

²⁰³ Çelikel/Erdem, 8. Bası, s. 587; Sakmar, s. 96 vd., dn. 2. Ayrıca karş. Ruhi, s. 135.

²⁰⁴ Çelikel/Erdem, s. 605.

²⁰⁵ Nomer, s. 165, kn. 408 ve ayrıca bkz. s. 172, dn. 294.

yer alan “aşırı yetkiye” ilişkin bu şartın, tenfiz hâkimince incelenmesi davalının bu konuda itiraz etmesi şartına bağlanmıştır. Ancak davalının itirazı üzerine, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı halde kendisini yetkili gören yabancı bir mahkeme tarafından verilen kararın tanınması ve tenfiz edilmesi engellenebilir²⁰⁶.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda yer alan ve Türkiye’de yerleşim yerinin bulunmaması haline ilişkin olarak yetkiyi düzenleyen 9. maddesinde (eski HUMK m. 16) de “aşırı yetki” ilkesi dikkate alınmıştır. Maddeye göre, “Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye’deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir. Ancak, diğer özel yetki hâlleri saklı kalmak üzere, malvarlığı haklarına ilişkin dava, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde de açılabilir”. Bu düzenleme ile, davalının Türkiye’de herhangi bir malı veya teminatı bulunuyor olsa bile, dava konusu olmayan o malın veya teminatın bulunduğu yerin de yetkili olması kabul edilmemiştir. Böylece, Türk mahkemelerinde alınan kararların, yurt dışında tanınması veya tenfiz edilmesi konusunda yabancı mahkemelerin aşkın yetki gerekçesiyle bu talepleri red etmeleri engelenmiş oldu²⁰⁷.

İsviçre hukukunda da, “aşkın yetkiye” dayanılarak verilen bir yabancı kararın İsviçre’de tanınmasını ve tenfizini engellemek için “**dolaylı yetki**” (indirekte Züständigkeit) şartına başvurulmaktadır²⁰⁸. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 25/a maddesine göre, yabancı bir kararın İsviçre’de tanınması (ve tenfizi) için, kararı veren yabancı mahkemenin veya makamın İsviçre Hukukuna göre, bu kararı verebilmek için milletlerarası yetkiye sahip olması gerekir. Buna göre İsviçre tenfiz hâkimi, kararı veren yabancı mahkemenin milletlerarası yetkisini kendi (yani İsviçre) hukukuna göre denetleyecektir²⁰⁹.

²⁰⁶ Nomer, s. 164, kn. 405; Çelikel/Erdem, s. 606.

²⁰⁷ Bkz. HMK m. 9 gerekçesi; Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 117-118.

²⁰⁸ Furrer/Girsberger/Guillaume/Schramm, s. 29, kn. 8. Dolaylı yetki hakkında farklı sistemler ve görüşler için bkz., Özbakan, ss. 158-162.

²⁰⁹ Furrer/Girsberger/Guillaume/Schramm, s. 59, kn. 11.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması için İsviçre hukukunda aranılan “**dolaylı yetki**” şartı ile Alman hukukunda geçerli olan “**yansıma prensibi**” farklı kavramlar olup birbiriyle karıştırılmamalıdır²¹⁰. Bu iki ülkede geçerli olan yabancı mahkemenin milletlerarası yetkisine ilişkin şartların ayrıntısını açıklamadan önce, genel olarak bu iki kavram üzerinde durmakta yarar vardır.

Yabancı kararların tanınması ve tenfizi için aranılan şartlardan biri, kararı veren yabancı mahkemenin bu kararı verebilmek için milletlerarası yetkiye haiz olmasıdır. Bu yetkinin varlığını belirlemek için iki temel ölçüt esas alınabilir. Bunlardan ilki, tanınacak (ve tenfiz edilecek) kararı veren yabancı mahkemenin hangi durumlarda milletlerarası yetkiye sahip olduğunun belirlendiği özel kuralların konulmasıdır. Yani, kararı tanıyacak olan ülkenin kendi kanunlarında, yabancı mahkemenin milletlerarası yetkiye ne zaman sahip olacağının açıkça düzenlenmesi yoluna gidilebilir. İkinci yol ise, yabancı mahkemelerin milletlerarası yetkisinin varlığına ilişkin özel kurallar koymak yerine, tenfiz ülkesinin kendi mahkemelerinin milletlerarası yetkisini belirleyen yetki kurallarına başvurulup, bu kuralların farazî olarak kullanılmasıyla (hypothetische Anwendung) kararı veren mahkemenin milletlerarası yetkisi tespit edilebilir. Bu yöntemlerden ilki “dolaylı yetki” (indirekte Zuständigkeit) kavramını karşılamakta iken, ikinci yöntem “yansıma prensibini” (Spiegelbildprinzip) açıklamaktadır. Bugün için yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde, kararı veren mahkemenin milletlerarası yetkisinin varlığını araştırmada, başta Almanya olmak üzere (§ 328/1, Nr. 1 ZPO ve § 109/1 Nr. 1, FamFG), Avusturya (§ 80 Nr. 1 EO) ve İtalya hukuklarında “yansıma prensibi” kullanılmaktadır. Buna karşın İsviçre hukukunda “dolaylı yetki”nin varlığı araştırılmaktadır²¹¹.

İsviçre MÖH kanununda İsviçre mahkemelerinin yabancı unsurlu davalara ilişkin doğrudan yetkisi (direkte Zuständigkeit), yani hangi davalara bakmakta milletlerarası yetkiye sahip olduğunu gösteren yetki kuralları ayrı düzenlenmişken,

²¹⁰ Karş. **Volken**, Art. 26, kn. 15; **BSK IPRG-Berti/Däppen**, Art. 26, kn. 3.

²¹¹ Kern, Christoph, “Anerkennungsrechtliches Spiegelbildprinzip und europäische Zuständigkeit”, ZZP, 120. Band, Heft 1, 2007, ss. 31-71, ss. 37-38; Prütting, Hanns/Gehrlein, Markus, ZPO Kommentar, 2010, § 328, kn. 9-10.

yabancı kararların tanınması ve tenfizinin mümkün olması için aranılan yabancı mahkemenin milletlerarası yetkisine ilişkin “dolaylı yetki” kuralları da kanununun 26. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, yabancı bir kararın tanınabilmesi için kararı veren yabancı mahkemenin milletlerarası yetkisinin varlığı şu durumlarda kabul edilmektedir:

1- Bu kanunda buna ilişkin bir yetki kuralı varsa²¹²veya böyle bir kural yoksa davalının yerleşim yeri karar ülkesindeyse;

2- Malvarlığı haklarına ilişkin (borç ilişkilerinden doğan) uyuşmazlıkların çözümü için bu kanuna göre geçerli bir yetki anlaşmasına istinaden kararı veren yabancı mahkeme yetkilendirilmişse;

3- Davalı taraf malvarlığı haklarına ilişkin uyuşmazlıkta kayıtsız şartsız davaya katılmışsa;

4- Karşılık dava söz konusuysa, asıl dava hakkında karar veren makam yetkili idiyse ve asıl dava ile karşılık dava arasında maddî bir bağlantı varsa²¹³.

Alman hukukunda da yabancı kararların tanınmasına ve tenfizine ilişkin İsviçre hukukundakine benzer bir dolaylı yetki şartı yer almaktadır. Yetkiye ilişkin tek tanıma şartı olan bu düzenlemeye “**Yansıma prensibi**” (Spiegelbildprensip) adı verilmekte ve yabancı mahkemenin yetkisinin belirlenmesinde Alman hukukun’daki milletlerarası yetkiye ilişkin düzenleme referans alınmaktadır. Bu prensibe göre, yabancı mahkeme kararına konu olan olayda Alman mahkemesinin milletlerarası yetkisi hangi kıstaslara göre belirleniyorsa, yabancı mahkemenin de varsayımsal olarak o şartlardan birine göre milletlerarası yetkiye sahip olması gerekiyor²¹⁴.

²¹² İsviçre MÖH kanununda milletlerarası yetkiye ilişkin yaklaşık 17 özel dolaylı yetki kuralına (yani yabancı kararların tanınması için kararı veren yabancı mahkemenin milletlerarası yetkisine ilişkin) yer verilmiştir. Bunlar sırasıyla, 39, 42, 45, 50, 58, 65, 70, 73, 74, 78, 84, 85, 96, 108, 111, 149 ve 165nci maddelerde düzenlenmiştir. Bkz. Volken, Art. 26, kn. 6; BSK IPRG-Berti/Däppen, Art. 26, kn. 4.

²¹³ Volken, Art. 26; Kn. 4, 16; Schnyder/Liatowitsch, § 13, ss. 131-132, kn. 375-376; Furrer/Girsberger/Guillaume/Schramm, s. 59, kn. 11 ve s. 60, kn. 13.

²¹⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 157, kn. 29-31; Hoffmann/Thorn, § 3, kn. 160; Dieter Martiny, **Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts**, Tübingen, 1984, § 328, kn. 596;

Ancak Alman hukukunda aranan yetki şartı yani “yansıma prensibi”, İsviçre’de aranan “dolaylı yetki” şartından biraz daha farklı bir özelliğe sahiptir. Dolaylı yetkide açıkça hangi kurallara göre yabancı mahkemenin milletlerarası yetkiye sahip olacağı teker teker kanunda düzenlenmişken, Alman hukukunda ayrıntılı bir düzenleme yoluna gidilmeyip, çift taraflı işlevi olan ülke içi yetki kuralları, milletlerarası yetki alanında da kullanılmaktadır. Yani, Türk hukukunda olduğu gibi, hâkimin önüne gelen olayda milletlerarası yetkiye sahip olup olmadığını nasıl kural olarak iç hukuktaki kendi yetki kaidelerine göre belirliyorsa; aynı şekilde yabancı mahkeme tarafından verilen bir kararın tanınması ve tenfiz edilebilmesi için, kararı veren yabancı mahkemenin de Alman hukukunda düzenlenmiş olan bu yetki kurallarının uygulanması sonucunda milletlerarası yetkiye sahip olması gerekir.

(3) Kararın Kamu Düzenine Açıkça Aykırı Bulunmaması

MÖHUK’un 54. maddesinin (c) bendinde yer alan düzenlemeye göre, Türkiye’de tanınacak ve tenfiz edilecek olan yabancı mahkeme hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması gerekir. Düzenlemede kamu düzeni engellemesinin “açıkça” aykırılık hallerinde sözkonusu olacağının belirtilmesiyle, bu kavramın müdahale alanı sınırlandırılmaya çalışılmış ve uygulamada kötüye kullanılmasının önlenmesi amaçlanmıştır. Ayrıca, kamu düzenine aykırılığın açıkça olmasının aranmasıyla, bu konudaki uluslararası sözleşmelerle de uyum sağlanmaktadır²¹⁵.

Kamu düzeninin bütün özelliklerini ifade edecek tam bir tanımını yapmak güçtür²¹⁶. Genel olarak kamu düzeni kavramı zamana ve yere göre değişen, içeriği ve

Schütze, § 328, kn. 30; Hoffmann/Thorn, § 3, kn. 160; Esra Dardağan, **Milletlerarası Usul Hukukunda “Aşkın Yetki” Kavramı**, Ankara, 2005, s. 245.

²¹⁵ Sakmar, s. 119; Nomer, s. 165, kn. 409. Çelikel, Yeni Kanuna göre Tanıma Tenfiz, s. 10; Tiryakioğlu, s. 46. Ayrıca bkz. 2675 sayılı MÖHUK Gerekçesi, s. 12.

²¹⁶ Kamu düzenini devletler özel hukuku açısından inceleyen Ökçün, kamu düzeni kavramını ihtiyatlı olarak şöyle tanımlamıştır, “Genel olarak denilebilir ki, belirli bir ülkede, belirli bir zamanda kamu yararlarını, kamu vicdanı ile genel ahlâkı çok yakından ilgilendiren hususlar kamu düzeninin içine girer”. A. Gündüz Ökçün, **Devletler Hususî Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni**, 2. Baskı, Ankara, 1997, s. 9. İsviçre Federal mahkemesi de kamu düzeni kavramını çeşitli kararlarında tanımlamaya çalışmıştır. 1962 tarihli bir kararında Federal mahkeme “ihlal edilmeleri İsviçre Hukuk düzeninin esaslı bir ilkesine saldırı kabul edilen veya

sınırları kesin olarak çizilemeyen bir kavramdır. Kamu düzenini bir toplumun siyasi, sosyal, ekonomik ve hukuki açıdan temel yapısını ve temel menfaatlerini ilgilendiren kurallar teşkil etmektedir. Bu esaslara göre Türk hukukunun temel ilkelerine, Türk adap ve ahlak anlayışı ile Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklere aykırılık kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir²¹⁷. Sonuç olarak kamu düzeni, tanımlanamayan, kanunun hükümlerinde somutlaşmaya çalışan, özünde hâkimin takdirine bağlı olarak, belirsizlik içerisinde kendini kabul ettiren genel ve kapsamlı bir kavramdır²¹⁸.

Kamu düzeni kavramı, tanıma ve tenfiz engeli olarak MÖHUK m. 54/c’de düzenlenmiş olduğu gibi, kanunlar ihtilâfı hukukunda da, yabancı kanunun uygulanmasına engel olan bir kural olarak MÖHUK m. 5’de ele alınmıştır²¹⁹. Ancak m. 5’de kamu düzeninin işlevi, kanunlar ihtilafı kurallarımızın uygulanması sonucu ulaşılan yabancı hukukun Türk kamu düzenine aykırı olması halinde bu hukukun uygulanmasının engellenmesi (kamu düzeninin olumsuz etkisi) ve gerektiği hallerde Türk Hukuku’nun uygulanmasını sağlamak (kamu düzeninin olumlu etkisi)²²⁰ iken;

İsviçre’de genellikle hâkim olan hukuk hissinin göz yumulmayacak derecede yaralanmış olduğu sonucunu meydana getiren hükümlerin kamu düzenine ilişkin hükümler” olduğu ifade edilmiştir.

²¹⁷ Çelikel/Erdem, s. 148 vd., s. 606; Yargıtay’a göre, “ahlak ve dürüstlük kurallarını, toplumun, hukukun temel ilke ve yargılarını, adaleti, ahlak anlayışını, Anayasada yer alan temel hakları ciddi şekilde sarsan ve aykırılık oluşturan olaylar kamu düzenini ihlal eden olgulardır”. Yar. HGK, 6.5.1998, E. 12-287/K. 325: Nomer/Şanlı, s. 167, dn. 163.

²¹⁸ Nomer/Şanlı, s. 167; Uluocak, s. 16; M. Reşit Belgesay, Devletler Hususi Hukukunda Adliye, İstanbul 1937, s. 64; Osman Fazıl Berki, Devletler Hususi Hukuku, Cilt: II, 6. Baskı, Ankara 1966, s. 82; Sakmar, s. 132; Çelikel, Ahkâmı Şahsiye, s. 120.

²¹⁹ Kamu düzeni kavramı ayrıca, yabancı hakem kararlarının tenfizinin reddi sebeplerinin düzenlendiği MÖHUK m. 62/b’de karşımıza çıkar. Bu hükme göre, hakem kararı genel ahlâka veya kamu düzenine aykırı ise, yabancı hakem kararı tenfiz edilemez. Yabancı hakem kararlarının tenfizinde karşılaştığımız kamu düzeni kavramı, tezimizin konusunun sınırları içerisinde yer almaması sebebiyle incelenmeyecektir. Yabancı hakem kararlarının tenfizinde kamu düzenine aykırılık hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cemal Şanlı, **Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara, 1986, s. 407; Ziya Akıncı, **Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları ve Tenfizi**, Ankara, 1994, s. 160 vd.; Süha Tanrıver, “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi”, MHB, Y. 17-18, S. 1-2, 1997-1998, **Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan**, İstanbul, 2000, s. 467-491.

²²⁰ Ökçün, ss. 63-67; Nomer/Şanlı, DHH, ss. 169-173; Çelikel/Erdem, s. 160.

madde 54/c’de kamu düzeni, yabancı bir mahkeme kararının Türkiye’de tanınmasını ve tenfizini önlemektedir²²¹.

Her ne kadar kamu düzeni anlayışında fark olmasa da, tanıma ve tenfiz hukukunda, kamu düzeninin uygulama alanı kanunlar ihtilâfı hukukundaki kamu düzenine nazaran daha geniştir. Yabancı bir devletin hukukunun uygulanmasında, sadece maddî hukuka ait bir sonuç söz konusuysa (m. 5), tanıma ve tenfizin engellenmesinde maddî hukuk yanında uygulanan usûl hukuku da inceleme konusu olur (m. 54/c). Burada, yabancı usûl hukuku kurallarına uyulup uyulmadığı veya bunların ihlal edilip edilmediği incelenmez. Önemli olan yabancı mahkeme kararının Türk usûl hukukuna temel teşkil eden prensiplere ve bir hukuk devletinde olması beklenen nitelikteki usûl kurallarına tâbi olarak verilmiş olmasıdır²²².

Türk tanıma ve tenfiz hâkimi, yabancı mahkeme kararının, Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığını denetlerken **prensip olarak** yabancı mahkeme kararının doğrulunu inceleyemez. Bu duruma “révision au fond” yasağı (içeriği tetkik yasağı)²²³ adı verilmektedir. Buna göre tanıma-tenfiz hâkimi, ne yabancı mahkemede uygulanmış olan usûlü, ne de kararda yer alan maddî ve hukukî tesbitleri inceleme konusu yapamaz. Kural olarak usûlde veya kararda yapılmış olan hatalar tanıma ve tenfizi engellemez²²⁴. Ancak, yabancı mahkeme kararında Türk Hukuku açısından vazgeçilmez olan değerlerin ihlali sözkonusuysa, yabancı kararın inceleme dışında tutulması (revision yasağı) prensibinin bir istisnasını meydana

²²¹ Nomer, s. 166, kn. 410; Çelikel/Erdem, s. 606; Demir-Gökyayla, s. 23.

²²² Nomer, s. 168, kn. 413. Usûle ve esasa ilişkin kamu düzeni ayrımı için ayrıca bkz. Demir-Gökyayla, ss. 140-142; Schütze, § 328, kn. 58-59; Musielak/Stadler, § 328, kn. 23, 25.

²²³ “Tanıma ve tenfiz usulünde yabancı mahkeme kararının maddi ve hukuki bakımdan bütün çerçevesiyle incelenmesine izin verilseydi, bu, davanın Türk mahkemesinde tekrar görülmesi anlamına gelirdi. Dolayısıyla “doğruluğu” yabancı mahkemenin sorumluluğu altında olan yabancı mahkeme kararı yerine, sorumluluğu üzerine alan ve kendine ait bir hüküm taşıyan yeni bir Türk mahkemesi kararı ortaya çıkardı. O zaman da, yabancı bir mahkeme kararının tanınması ve tenfizinden söz edilemezdi”, Nomer, s. 154, kn. 386. Ayrıca bkz. yukarıda İkinci Bölüm, § 1, III, B, 2 no’lu başlık altındaki açıklamalar.

²²⁴ Nomer, s. 154, kn. 386; Demir-Gökyayla, s. 75.

getirir ve bu durumda tanıma ve tenfiz devleti olan Türkiye'nin kamu düzeninin müdahalesi kaçınılmaz olur²²⁵.

Bununla birlikte, m. 54/(c)'de yabancı mahkemenin vermiş olduğu "hükmün" kamu düzenine aykırılığından söz edilmesi ve ayrıca bu aykırılığın "açıkça"²²⁶olmasının aranılması, Türk tenfiz hukukunda, kamu düzeni kavramının izin verdiği ölçüde, yabancı kararın tanıma ve tenfizi lehine bir eğilim olduğu anlamına gelmektedir. Bu bakımdan, özellikle, yabancı mahkemenin Türk hukukunun emredici hükümlerini dikkate almamış olması²²⁷ veya uygulanan yabancı hukukun Türk Hukukundan farklı olması²²⁸, tek başına yabancı mahkeme kararının tanınma ve tenfizini engelleyici bir neden değildir. Türk kamu düzeni, Türk hukukunun dayandığı temel prensipleri ve kendisinden vazgeçilemeyecek değerlerin korunması

²²⁵ Nomer, s. 155, kn. 387. "...kanımızca, Fransız Hukuku'nda da kabul edildiği gibi, kamu düzenine aykırılık denetimi açısından, içeriği tetkik yasağına daha esnek yaklaşılmalıdır. Yabancı mahkeme kararındaki Türk kamu düzenine aykırılık ciddi boyutlarda ise, sırf içeriği tetkik yasağından bahisle kararın tanınip-tenfiz edilmesi istenilen amaca ulaşmaya hizmet etmez". Demir-Gökyayla, s. 77. İsviçre MÖH kanunu bakımından da yabancı karar, kamu düzeni, savunma haklarının ihlali ve tanınacak olan kararın aynı taraflar ve konuda verilmiş önceki bir karar veya İsviçre'de açılmış dava ile çelişiyor olması durumlarının incelenmesi dışında içeriği tetkik (revision) yasağı açıkça düzenlenmiştir (m. 27/3). Zira İsviçre tenfiz mahkemesi bir üst (denetim) mahkemesi değildir. Furrer/Girsberger/Guillaume/Schramm, ss. 62-63, kn. 25; Schnyder/Liatowitsch, § 12, kn. 361; Volken, Art. 27, kn. 126; BSK IPRG-Berti/Däppen, Art. 27, kn. 24.

²²⁶ Schütze, Alman tenfiz hukuku bakımından "açıkça" kavramının bir anlam ifade etmeyeceği görüşündedir. Zira bir karar ya kamu düzenine aykırıdır ya da değildir. Schütze, § 328, kn. 60.

²²⁷ "Türk hukukunun emredici hükümlerinin dikkate alınmaması veya yanlış uygulanması tek başına mahkeme kararının tanınması veya tenfizini engelleyici bir sebep olarak görülemez. Türk kamu düzeninin, Türk hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve kendisinden vazgeçilemeyecek değerlerin korunması için sadece kamu düzenine aykırılığın aşikâr olan olaylara münhasır olduğunun kabulü gerekir". Yar.2. HD, 4.11.2004, E. 10683/K. 13120 (İBD 2/2007, s. 708 vd.). Ayrıca bkz. Nomer, s. 167, kn. 412 ve ss. 169-170, kn. 415, dn. 290. Ansay'a göre ise, "İlâmın kanunlarımızdaki amir mahiyetteki hükümlere aykırı olması, Mesela faize faiz verilmesinin veya kumar bahis borcundan doğan bir alacağı hükme bağlamış olan bir ilâmı Türk yargıcı Türk âme intizamına aykırı görerek reddedebilir". Tuğrul Ansay, "Yabancı Mahkeme İlâmlarının Tenfizinde Karşılıklı Muamele Şartı", **Ord. Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan**, Ankara, 1964, ss. 245-262, s. 256; Schütze, § 328, kn. 63 vd.

²²⁸ Yargıtay'ın aksi yönde kararları mevcuttur, Yar.2. HD, 31.01.1994 tarih, 12909/968, Çelikel/Nomer, s. 437, No, 127. "Yabancı ülkelerin milli hukukuna uygun olarak verilen aile hukukunu hükümlerinin tanınması veya yerine getirilmesinin (tenfiz) istenebilmesi hükmün aynı zamanda Türk milli hukukuna da uygun olmasıyla mümkündür". Yar.2. HD, 2.3.1990 tarih, 10693/2445 (İKİD, Ekim 1990, S. 358, s. 7542). Ayrıca bkz. Çelikel/Erdem, ss. 607-608.

için ve sadece kamu düzenine açık bir aykırılığın sözkonusu olduğu hallerde müdahale eder²²⁹.

Öğretide ağırlıklı olarak savunulan görüşe göre²³⁰, MÖHUK’ün 54/(c) maddesindeki “hüküm” kamu düzenine aykırı bulunmaması kavramından anlaşılması gerekenin, verilen kararın Türkiye’deki hukukî sonuç veya sonuçların, Türk kamu düzenine aykırı olmamasıdır. Buna karşılık kararın elde edilmesinde uygulanan yabancı hukukun Türk kamu düzenine aykırılığının incelenmesi söz konusu değildir.

Kanımızca²³¹, maddede yer alan “hüküm” ifadesinden, yabancı mahkemede esasa uygulanan yabancı hukukun Türk kamu düzenine karşı ağır bir aykırılık taşıması durumunda yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizinin mümkün olacağı sonucuna varmak mümkün değildir. Aksi takdirde, Türk kamu düzeni için tahammül edilemez aykırılıklar içeren yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de hukuki sonuçlar doğurmasına göz yumulmuş olur. Bu sebeple yabancı mahkeme “hükümüne” esas olan yabancı hukuk kuralının da Türk kamu düzenine aykırılığı dar bir yorumla dikkatle alınmalıdır.

Öğretide de, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini “hüküm” Türk kamu düzenine aykırı olması nedeniyle engelleyen haller olarak ileri sürülen kıstaslar incelendiğinde, sadece, hüküm Türkiye’deki sonuçlarının kamu düzenine aykırı olmasından hareket edilmediği görülmektedir. Mesela, yabancı bir mahkeme kararının verilmesinde mahkemenin takip ettiği usûlün, Türk usûl hukukunun dayandığı temel prensipleri ihlâl edici olması²³²; tarafların savunma haklarının

²²⁹ Nomer, ss. 155-156, kn. 387. “Türk hukukunun emredici hükümlerinin dikkate alınmaması veya yanlış uygulanması (yabancı) mahkeme kararının tanınması ve tenfizine engel teşkil etmez. Türk kamu düzeninin, Türk hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve kendisinden vazgeçilemeyecek değerlerin korunması için sadece kamu düzenine aykırılığı aşikâr olan değerlere münhasır olduğunun kabulü gerekir”. Yar.2. HD, 16.03.2005(İBD 6/2005, 2253).

²³⁰ Nomer, s. 166, kn. 410; Nomer, Ergin, “Rızaî Boşanma ve Kamu Düzeni”, **Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 4, S. 2, 1984, ss. 94-98, s. 95 vd.; Çelikel/Erdem, s. 606; Tiryakioğlu, s. 47.

²³¹ Demir-Gökyayla, s. 190 vd.

²³² Nomer, s. 171, kn. 418.

tahammül edilemez derecede ihlâl edilmiş olması²³³; yabancı mahkeme kararında tesbit ve değerlendirmeye tâbi tutulan maddî vakıalar ile “hüküm” arasında bir illiyet bağının mevcut olmaması²³⁴; yabancı mahkeme kararı hakkında iadei muhakeme sebeplerinden birinin bulunması²³⁵; yabancı kararı veren hâkimin o hukuka göre, davaya bakmaktan men edilmesini gerektiren bir sebebin varlığına rağmen (örneğin, hâkimin davanın taraflarından biri ile yakın hısımlığının bulunması), davaya bakmış olması²³⁶ gibi kıstasların incelenmesinde, sadece hükmün icra edilmesinin Türk kamu düzenine aykırılığı sözkonusu olamaz²³⁷.

Bu sebeple, yabancı mahkeme kararında, bu tür durumların varlığını incelemek zorunda olan tanıma-tenfiz hâkiminin, yabancı kararın, Türk kamu düzenine uygunluğunu, sadece meydana getirdiği hukuki sonuçları bakımından incelemesi düşünülemez²³⁸. Burada verilen kararın Türkiye’deki sonuçları değil, bizzat kararın varlığı Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmektedir ve bu sebeple de tanınması ve tenfizi mümkün değildir.

Buna göre MÖHUK m. 54/(c) uyarınca, yabancı mahkeme kararının esasına uygulanan hukukun Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı Türk tanıma-tenfiz hâkimi tarafından incelenebilir. Kanımızca, maddede yer alan “hüküm” ifadesi ve içeriği tetkik yasağı buna engel değildir²³⁹. Ancak, kamu düzeninin, tanıma ve tenfiz hukukunda, kanunlar ihtilafı hukukunda (MÖHUK m. 5) olduğundan daha zayıf bir

²³³ Nomer, s. 172, kn. 419.

²³⁴ “Şüphesiz tenfiz hâkimi, yabancı mahkeme kararında tespit edilen maddî vakıaları tetkik ve değerlendirme yetkisine sahip değildir. Sadece, tespit edilmiş bulunan maddî vakıalar ile hüküm arasındaki uygunsuzluğu (çelişkiyi ve illiyetsizliği) araştırıp, belirleyebilir”. Nomer, s. 172, kn. 420.

²³⁵ Çelikel/Erdem, s. 609. Yar. 2. HD, 15.11.1984, E. 9293, K. 9484 (MHB, 1986/2, s. 200).

²³⁶ Çelikel/Erdem, s. 609.

²³⁷ Bu örneklere ek olarak, yabancı kararın esasına uygulanan yabancı hukukta, kadına boşanma hakkı tanınmayıp sadece erkeğe bu hak verilmişse (Tiryakioğlu, s. 51) veya sözleşmenin hile ve ikrah sebebiyle feshinin kabul edilmemesi ya da velayetin tevdiinde çocuğun menfaatinin temel alınmaması hallerinde de, ilgili yabancı mahkeme kararının Türk kamu düzenine aykırı olması nedeniyle tanıma-tenfizin reddedilmesinin mümkün olacağı ifade edilmiştir. Nomer, ss. 169-170, kn. 415. Yar. 2. HD, 17.2.1997, E. 675/K. 1633 (YHD 186-5/1997, s. 739); Yar. 2. HD, 28.2.1991, E. 2108/K. 3555 (İKİD 369/1991 s. 8216).

²³⁸ Demir-Gökyayla, ss. 130-132.

²³⁹ Demir-Gökyayla, ss. 153-154.

müdahale gücüne sahip olması sebebiyle, yabancı kararın tanınma ve tenfizinde, daha esnek ve hoşgörölü davranmak gerekir. Özellikle, yabancı mahkeme kararına konu olan maddî olay, tamamen yabancı bir hukuk sistemi içerisinde yer alıyorsa, kamu düzeni müdahalesi bakımından daha çekingen davranılması gerekir. Burada kanunlar ihtilafı hukuku ile kıyaslandığında, tanıma ve tenfiz hukukunda kamu düzeninin hafifletilmiş etkisinden söz edilir²⁴⁰.

İsviçre devletler özel hukuku kanununda da Kamu düzenine açıkça aykırılık bir tanıma-tenfiz engeli olarak sayılmıştır (m. 27/1). Bu kapsamda maddî hukuk yanında usûl hukuku kuralları da aynı maddedenin devamında zikredilmiştir. Usûl hukuku anlamında kamu düzenine aykırılık, İsviçre usûl hukukuna temel teşkil eden prensiplere (adil yargılanma hakkına) aykırılığın varlığı durumunda söz konusu olur. Bu temel prensipler arasında, hukukî dinlenilme hakkı (m. 27/2-b)²⁴¹ veya davalı olan tarafın kendi yerleşim yeri veya mutad meskeni hukukunda geçerli olan usûle uygun bir şekilde kararı veren mahkemeye çağrılmamış olması (m. 27/2-a)²⁴² ve böylece savunma haklarını kullanma imkânından mahrum bırakılmış olması gösterilmektedir.²⁴³

Maddî kamu düzenine aykırılık durumunu İsviçre tenfiz hâkimi re'sen gözetirken, usûl hukuku anlamında kamu düzeni aykırılıklarının davalı tarafca ileri

²⁴⁰ Nomer, s. 169, kn. 414; Ökçün, ss. 93-95; Demir-Gökyayla, ss. 190-192.

²⁴¹ İsviçre federal mahkemesi, yabancı bir tahkim kararının tenfizine ilişkin verdiği bir kararda açıkça duruşmada (hukukî) dinlenilme hakkı üzerinde durmuştur (BGE 121, II, 331). Schnyder/Liatowitsch, § 13, kn. 392-394.

²⁴² Usûlüne uygun çağrılmış olmakla beraber, çağrı tarihi ile duruşma günü arasında çok kısa bir süre varsa da, bu kamu düzenine aykırılık teşkil edebilecektir. Örneğin, çağrı Cuma günü yapılıyor ve duruşma takip eden Salı günü ise, bu süre savunma hakkının kullanımı için çok kısadır (BGE 117, Ib, 350/I ve BGE 116, II, 625). Ama yine de usûle uygun çağrılmamış olmakla beraber, kişi yargılamada yer almışsa bu şart gerçekleşmiş sayılmaz (m. 27/2-a (son cümle)). Schnyder/Liatowitsch, § 13, kn. 388-390; Volken, Art. 27, kn. 90, 93; BSK IPRG-Berti/Däppen, Art. 27, kn. 15.

²⁴³ İsviçre MÖH kanununda sayılan usûl hukukuna ilişkin kamu düzenine aykırılık kavramı, kanunda açıkça yazmamaktadır. Ancak İsviçre öğretisinde bu şekilde kabul edilmekte ve açıklanmaktadır (materielle und formelle Ordre public). Bkz. Schnyder/Liatowitsch, § 13, kn. 383, 388; Volken, Art. 27, kn. 33-34; Furrer/Girsberger/Guillaume/Schramm, s. 61, kn. 18-19; BSK IPRG-Berti/Däppen, Art. 27, kn. 2. Türk MÖHUK'unda da bu sayılan usûl hukukuna ilişkin aykırılıklar, kamu düzeni şartını düzenleyen m. 54/c bendinden sonra ayrı bir tanıma tenfiz şartı (savunma haklarının ihlali) olarak (ç) bendinde düzenlenmiştir.

sürülmesi gerekir²⁴⁴. Bunun yanında İsviçre hukuku bakımından da, tanınacak olan yabancı kararın, İsviçre ile olan ilişkisinin azaldığı ölçüde, kamu düzeninin müdahalesinde gösterilen çekingenliğin artacağı ifade edilmiştir²⁴⁵.

Tenfizi istenen yabancı mahkeme kararının, Türk mahkemelerinden verilmiş, tarafları, sebebi ve konusu aynı olan bir karar ile bağdaşmaması da mümkündür. Böyle bir durumda, yabancı mahkeme kararının, Türk mahkeme kararı ile bağdaşmayan hükümlerinin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi sebebiyle Türkiye’de tanınması ve tenfizi mümkün olmayacaktır²⁴⁶. Yabancı mahkeme kararı ancak tanınıp-tenfiz edildikten sonra Türkiye’de kesin hüküm etkisine sahip olabileceğinden dolayı, yabancı kararının Türk mahkemesi kararından önce ya da sonra verilmiş olmasının bir önemi yoktur²⁴⁷. Ancak, Türk mahkemesinde açılan

²⁴⁴ Schnyder/Liatowitsch, § 13, kn. 405; Volken, Art. 27, kn. 29; BSK IPRG-Berti/Däppen, Art. 27, kn. 29.

²⁴⁵ Demir-Gökyayla, s. 151; Schnyder/Liatowitsch, § 13, kn. 384-387; Volken, Art. 27, kn. 62; Furrer/Girsberger/Guillaume/Schramm, s. 61, kn. 20. Karş. BGE 126, III, 101, E. 3b.; BGE, 11.7.2005, 5P.128/2005 E. 2.1. BSK IPRG-Berti/Däppen, Art. 27, kn. 5. Alman hukukunda da kamu düzeni şartının dar (restriktiv) yorumlanacağı kabul edilmektedir. Schütze, § 328, kn. 57; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 157, kn. 38; Prütting/Gehrlein, § 328, kn. 23.

²⁴⁶ Sakmar, s. 80; Nomer, ss. 172-173, kn. 420; Ertaş, s. 396; Demirelli, Korhan, “2675 Sayılı Kanununun Yürürlüğünden Bugüne Kadar Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Tanıma ve Tenfiz Durumu”, **Manisa Barosu Dergisi**, Y. 16, S. 62-63, Temmuz-Ekim 1997, ss. 56-64, s. 60; Çelikel/Erdem, s. 610. “Türk mahkemesinin kesin hüküm niteliğini kazanmış bir ilâm varsa, yabancı karar kamu düzeni sebebiyle tanınmaz”. Yar. 2. HD, 8.12.1993, 9648/11903 (Çelikel/Nomer, s. 472, No. 126).

İsviçre MÖH kanununun 27/2-c maddesinde bu hususa ilişkin açık bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre tanınacak yabancı karara ilişkin daha önce aynı taraflar arasında ve aynı konuda İsviçre’de bir dava açılmış veya İsviçre’de karara bağlanmış olması durumunda ya da üçüncü bir ülkede daha önce hakkında bir karar verilmiş olup bu karar İsviçre’de tanınabilecek (ama henüz tanınmamış) durumdaysa, tanınması istenen ilgili (sonraki) yabancı karar tanınmaz. Bkz. Schnyder/Liatowitsch, § 13, kn. 395-398; Furrer/Girsberger/Guillaume/Schramm, s. 62, kn. 21-24; BSK IPRG-Berti/Däppen, Art. 27, kn. 18-23.

Alman hukukunda da tanınacak kararın, aynı konu ve taraflar arasında verilmiş bir Alman kararı veya daha eski tarihli bir başka ülke kararı ile çatışmaması gerekir (§ 328/1 Nr. 4 ZPO ve § 109/1 Nr. 3 FamFG). Alman kanunu bu konuyu kamu düzeni şartı içerisinde değerlendirmeyip ayrı bir şart olarak düzenlemiştir. Bu şarta göre, kural olarak öncelik prensibi kabul edilir ve önceki kararın kesin hüküm kuvvetine dayanılarak sonraki tarihli kararın tanınması engellenir. Ancak birbiriyle çelişen kararlardan birisi Alman mahkemelerinde alınmış bir kararsa, kararların tarihine bakılmaksızın Alman kararına öncelik verilir ve yabancı mahkeme kararı tanınmaz. Bkz. Musielak/Stadler, § 328, kn. 20-22; Schütze, § 328, kn. 51 vd.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 157, kn. 35-37; Demir-Gökyayla, ss. 263-264.

²⁴⁷ Sakmar, s. 80.

davanın yabancı mahkeme kararının verilmesinden sonra açıldığı ve yargılamanın sona erip karara bağlandığı varsayımında, hakkın kötüye kullanılması ihtimali üzerinde durulması gerektiği de ifade edilmiştir²⁴⁸.

Prensip olarak Türk milletlerarası usûl hukuku sisteminde, yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizi için taraflardan birinin tanıma-tenfiz davası açmasından önce veya sonra diğer tarafın, Türk mahkemelerinde, tarafları, sebebi ve konusu aynı olan başka bir dava açmasını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda her iki dava görülmeye devam edecektir. Ancak, açılan davalardan birinin karara bağlanması ve kesin hüküm teşkil etmesi halinde, sürmekte olan diğer davaya devam etmek mümkün değildir. Aksi halde, kesin hüküm teşkil eden karar ile çelişen bir hükmün verilmesi mümkündür. Fakat bir şekilde tenfiz kararı verildiği halde açılan diğer davaya devam edilmişse veya diğer tarafın açtığı davada Türk mahkemesi kesin hüküm teşkil eden bir karar vermiş ve buna rağmen yabancı mahkeme kararı da tanınıp-tenfiz edilmiş olabilir. Bu durumda iki karar birbiryle de çelişiyorsa, aynı konuda farklı iki kesin hükmün varlığı sebebiyle yargılamanın iadesi yoluna başvurmak gerekecektir (HMK m. 375/1-ğ, eski HUMK m. 445/10)²⁴⁹.

Zira tanınan veya tenfiz edilen yabancı mahkeme kararları da Türk mahkemelerinden verilen kararlar gibi kesin hükmün bütün sonuçlarını meydana getirirler ve bu nedenle de yargılamanın iadesine konu olabilecek bir ilâm niteliği taşırlar²⁵⁰. Yargılamanın yenilenmesi talebi üzerine ikinci hükmün iptaline karar verilir (HUMK m. 450/II). Yabancı mahkeme kararları tanındıktan sonra yabancı ülkede kesinleştiği tarihten itibaren olmak üzere geçmişe etkili olarak sonuç doğurmaya başlarlar. Bu sebeple de, Türk mahkemelerinden alınan karar, tanınıp-tenfiz edilen yabancı mahkeme kararından daha sonra kesinleşmiş ise, Türk mahkemesi kararı, yabancı mahkeme kararı lehine iptal edilecektir²⁵¹.

²⁴⁸ Çelikel/Erdem, s. 610.

²⁴⁹ Nomer, s. 173, kn. 421; Çelikel/Erdem, s. 610; Demirelli, s. 60.

²⁵⁰ Sakmar, s. 80; Nomer, s. 173, kn. 421; Çelikel/Erdem, s. 626; Demirelli, s. 61. Yar. 2. HD, 15.11.1984, 9293/9484 (YKD 2/1985, s. 185 vd).

²⁵¹ Çelikel/Erdem, s. 611; Demir-Gökyayla, s. 263.

Kamu düzeni kavramının niteliği gereği değişken olması sebebiyle, kanun koyucunun, kamu düzenine aykırı hususları önceden tek tek belirlemesi mümkün olmadığından, kamu düzeninin hangi hallerde yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizine engel olacağı meselesi hâkimin takdirine bırakılmıştır. Ancak, tanıma-tenfiz hâkimi bu takdir hakkını dikkatli bir şekilde kullanmalı ve kamu düzenine aykırılığın “açıkça” olmasını aramalıdır²⁵².

Kamu düzeni kavramının zaman bakımından değişken oluşu sebebiyle, kamu düzeni düşünceleri, yabancı mahkeme kararının verildiği tarih ile kararın tanınması ve tenfizinin talep edildiği tarih arasında farklı olabilir. Bu nedenle yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizinin talep edildiği anda Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmiyor ve kanununda sayılan diğer şartları da taşıyorsa tanınacaktır²⁵³. Tanıma-tenfiz hâkimi, yabancı kararın kamu düzenine açıkça aykırı olup olmadığını re’sen inceleyecektir. Bu konuda tarafların bir itirazda bulunmasına gerek yoktur²⁵⁴. Kararın tamamının değil de sadece bir kısmının kamu düzenine aykırı olması durumunda, aykırı olmayan kısmının tanınip-tenfiz edilebileceği de ifade edilmiştir²⁵⁵.

(4) Savunma Haklarının İhlal Edilmemiş Olması

Adil yargılanma hakkının bir parçası olan savunma hakkı Anayasanın 36. maddesinde ve Türkiye’nin de iştirak etmiş olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde teminat altına alınmış bir temel haktır. Bu sebeple yabancı mahkeme kararında savunma haklarının ihlal edilmiş olması, bu yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizini engeller²⁵⁶.

²⁵² Göğer, s. 98; Ökçün, s. 98-99 ve 108 vd.; Sakmar, s. 77, 81; Sakmar, Boşanma, s. 240; Nomer, s. 173, kn. 421.

²⁵³ Ökçün, s. 110; Tiryakioğlu, s. 48; Musielak/Stadler, § 328, kn. 24.

²⁵⁴ Demir-Gökyayla, s. 52.

²⁵⁵ Özbakan, s. 170 ve dn. 145; Nomer, s. 177, kn. 430-433; Çelikel/Erdem, ss. 619-620.

²⁵⁶ Hakan Pekcanitez, “Mukayeseli Hukukta Medenî Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti”, **Anayasa Yargısı**, S. 12, Ankara, 1995, ss. 257-287, s. 274; Hakan Pekcanitez, “Hukuki Dinlenilme Hakkı”, **Seyfullah Edis’e Armağan**, İzmir, 2000, (Dinlenilme Hakkı), ss. 753-791; s. 754. Nomer, s. 175, kn. 427.

Savunma haklarının ihlali, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 54. maddesinin (ç) bendinde düzenlenmiştir. Buna göre, “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 ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması” bir tanıma ve tenfiz şartı olarak yer almaktadır.

54. maddenin (ç) bendinde yer alan düzenleme, 2675 sayılı eski MÖHUK m.38/d’yi karşılamaktadır²⁵⁷. Ancak 54. maddenin (ç) bendinde, “gıyabında” kelimesi yanına “veya yokluğunda” ibaresi eklenmek suretiyle, kendisine karşı tanıma ve tenfiz isteminde bulunulan kişinin savunma hakları, onun sadece gıyabında alınan ilâmlar için değil, fakat aynı zamanda verildiği ülke kanunlarına aykırı şekilde “yokluğunda” verilen mahkeme ilâmları için de teminat altına alınmıştır. Yine 2675 sayılı Kanunun tanımayı düzenleyen 42. maddenin birinci fıkrası, tenfiz şartlarından savunma hakkını düzenleyen 38. maddenin (d) bendinin tanımada aranmayacağı yönündeydi. 5718 sayılı yeni kanunda 42. maddeye karşılık gelen 58. maddedeki düzenleme ile bu atıf ortadan kaldırılmış ve 54. maddenin (ç) bendinin yabancı ilamların tenfizinde olduğu gibi tanınmasında da dikkate alınması sağlanmıştır²⁵⁸.

Olumsuz şekilde kaleme alınmış olan 54. maddenin (ç) bendi ile aleyhine tanıma veya tenfiz istenen kişinin yabancı mahkeme önünde savunma haklarına riayet edilmiş olması şartı aranmaktadır. Usulüne aykırı şekilde kişinin gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş olması, savunma haklarının ihlal edilmiş olabileceği ihtimalini doğurmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, savunma hakkının m. 54/(ç)’de sayılan şekillerde ihlâl edilip edilmediğinin, hükmü veren mahkemenin hukukuna göre tespit edilmesi gerekeceğidir. Zira bu husus usule

²⁵⁷ 54. maddenin (ç) bendinde yer alan hususlar, 2675 sayılı eski Kanunun İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından hazırlanan ilk tasarıda “Mahkemede iki tarafın savunma haklarına uyulmuş olması” şeklinde genel bir ifade ile yer almıştı. Ancak daha sonra, yürürlükten kalkmış olan HUMK’un eski 540. maddesine uygun bir biçimde kabul edilmiştir. Çelikel/Erdem, s. 614. Ayrıca bkz. Demir-Gökyayla, s. 217 ve dn. 377’deki açıklamalar.

²⁵⁸ 5718 sayılı MÖHUK gerekçesi, s. 34.

ilişkindir ve usule ilişkin konularda da hâkimin hukuku uygulanır²⁵⁹. Eğer davet edilecek kişi, başka bir ülkede oturuyorsa davetin geçerli olabilmesi için, bu davetin oturduğu ülkenin kanunlarına uygun olarak yapılması gerekir²⁶⁰.

54. maddenin (ç) bendinde yer alan işlemler, usulüne uygun olarak yerine getirilmemiş olsa dahi, savunma hakkının ihlalinin ortaya çıkmaması ihtimali vardır. Şöyle ki, örneğin davalı davaya iştirak etmiş ise, gerekli tebligatın yapılmamış olması veya usulüne uygun olarak yapılmış olup olmamasının hiçbir önemi kalmamaktadır. Davalının davaya iştirak etmesi ile davadan haberdar olduğu ve kendisini savunma imkânına sahip olduğu anlaşılmaktadır²⁶¹.

54. maddenin (ç) bendinde sayılan hususların varlığının bir tanıma-tenfiz engeli olarak incelenebilmesi, ancak aleyhine tanıma-tenfiz talep edilen kişinin bu konuda “itiraz” etmiş olması şartına bağlı olup hâkimin re’sen dikkate alacağı bir şart değildir²⁶². Türkiye’de açılmış olan tanıma-tenfiz davasında, savunma haklarının ihlal edildiğine ilişkin itirazını davalı taraf ispatlaması gerekirken, itirazın 54/ç maddesi anlamında savunma haklarına aykırılığın bulunmadığını ispat yükü ise tanıma-tenfizi isteyen tarafa ait olacaktır²⁶³.

Bununla beraber, 54. maddenin (ç) bendi bütün savunma haklarını içine alacak genişliğe sahip olmaması nedeniyle doktrinde, savunma hakkının ağır ihlali sonucunu doğuran diğer durumlar için m. 54/c’de düzenlenmiş olan kamu düzeni kavramına dayanarak yabancı ilamın tanıma veya tenfizine engel olunabileceği ileri sürülmüştür. Böylece yabancı mahkemede uygulanmış olan ve 54/ç maddesinde yer alan ya da burada sayılanlar dışındaki savunma haklarına ilişkin usûlî işlemler,

²⁵⁹ Seviğ, s. 87; Nomer, s. 17, kn. 42 ve s. 173, kn. 422; Çelikel/Erdem, s. 419; Tiryakioğlu, s. 82.

²⁶⁰ Çelikel, Tanıma, s. 109; Arat, s. 507; Nazikoğlu, s. 493; Tiryakioğlu s. 82.

²⁶¹ Nomer, s. 174, kn. 424; Pekcanıtez, Dinlenilme Hakkı, s. 771.

²⁶² Nomer, s. 174, kn. 425; Çelikel/Erdem, s. 614; Tiryakioğlu, s. 82. Yar. 2. HD, 25.6.1987, E. 4539/K. 5571 (YHD, 10/1988, ss. 1457-1458). Öğretide haklı olarak bu durum eleştirilmiş ve Anayasamızın 36. maddesi ile teminat alınmış olan savunma haklarının, ağır bir şekilde ihlal edilmesinin kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edeceği ve bu durum Türk hâkimi tarafından re’sen gözetilmesi gerektiği savunulmuştur. Metin Tuluay, “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Üzerine Düşünceler”, **Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni**, 1982, Y. 2, S. 1, ss. 22-30, s. 27; Kuru, C. IV, s. 3926; Tiryakioğlu, ss. 82-83.

²⁶³ Çelikel/Erdem, s. 616; Tiryakioğlu, s. 91.

verildikleri mahkemenin hukukuna uygun olsalar bile Türk usûl hukuku anlayışına göre savunma hakkını ihlal ediyorsa, artık itiraza gerek kalmadan, durum tanıma-tenfiz hâkimince re'sen incelenebilir²⁶⁴.

Savunma hakkının Anayasamızda (m. 36) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (m. 6) güvence altına alınmış olması, bu hakkın ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Fakat kanaatimizce, savunma hakkına ilişkin MÖHUK'un 54/ç maddesindeki mevcut düzenleme, savunma haklarının tam olarak korunmasını sağlayamamaktadır. Zira savunma hakları maddede sayılan halleri aşar niteliktedir. Bu sebeple, 54/ç maddesinde sayılan hususlar zaten kamu düzenine aykırılık teşkil edip 54/c maddesi kapsamında da dikkate alınabileceği için, ya (ç) bendi tamamen kaldırılabilir ve hâkimin kamu düzeni kapsamında bu hususu re'sen araştırması sağlanabilir ya da (ç) bendinde tek tek ve eksik sayılmış olan hususlar kaldırılarak, "hükmü veren mahkemede savunma haklarına uyulmuş olması" şeklinde daha genel bir düzenleme yoluna gidilip, bunun da hâkim tarafından re'sen gözetileceği hüküm altına alınabilir²⁶⁵.

Alman hukukunda da (§ 328/I Nr. 2 ZPO, § 109/1 Nr. 2 FamFG) davalı taraf tebligatın yapılmamış veya zamanında yapılmamış olması sebebiyle kendini savunamadığını ispat edebilirse, söz konusu yabancı mahkeme kararının Almanya'da tanınması ve tenfizi mümkün değildir. Söz konusu tebligatın usûlüne uygun yapıp yapılmadığı kararı veren mahkemenin hukukuna (ve bu bağlamda varsa taraf olduğu tebligata ilişkin uluslararası sözleşmelere) göre belirlenir. Ancak tenfiz hâkimi tebligatın usûlüne uygunluğunu denetlerken, talebin (davanın) içeriği hakkında yeteri kadar bilgiler içermesi ile davalıya savunma yapabilmesi ve bu anlamda bir Avukata danışabilmesi için yetecek kadar süre tanınmış olup olmadığına bakacaktır. Bu kural

²⁶⁴ Nomer, ss. 174-175, kn. 426 ve bkz. aynı yer dn. 302'de yer alan açıklamalar; Çelikel, Tenfiz Şartları, s. 11; Çelikel/Erdem, s. 616; Tuluay, ss. 26-27; Kuru, C. IV, s. 3926; Sakmar, s. 115; Sakmar, Boşanma, s. 239; Özbakan, s. 169; Ökçün, ss. 126-127; Pekcanitez, s. 766; Ertaş, s. 397; Tiryakioğlu, s. 81; Demirelli, s. 61; Demir-Gökyayla, s. 201 ve dn. 306; B. Bahadır Erdem, "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 38. Madde (E) Bendinin İncelenmesi ve Bu Bendin Yarattığı Sorunlar", MHB, **Prof.Dr. Mahmut R. Belik'e Armağan**, İstanbul 1993, ss. 105-124, s. 115;

²⁶⁵ Aynı yönde, Göğer, s. 387; Sakmar, s. 115; Demir-Gökyayla, ss. 214-217; Ruhi, s. 149.

ile davalının hukukî dinlenilme ve bu bağlamda savunma hakkı teminat altına alınmaya çalışılmaktadır²⁶⁶.

2. Tanımada Aranmayan Koşullar

Yabancı bir mahkeme kararının Türkiye’de tanınmasına karar verilebilmesi için gerekli olan şartlar, kural olarak tenfiz şartları ile aynıdır. Ancak tanımının tenfizden farklı bir niteliğe sahip olması, tenfizde aranan şartların tanımada da aranmasını imkânsız kılar²⁶⁷. Bu sebeple de “karşılıklılık” şartının yabancı mahkeme kararlarının tanınmasında aranması sözkonusu değildir. Aynı şekilde mülga MÖHUK’da aranan “Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda Türk kanunlar ihtilafı kurallarına uygunluk” şartı artık ne tenfiz ne de tanıma şartı olarak aranmamaktadır.

a. Karşılıklılık (Gegenseitigkeit)

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkındaki Kanunun 54’üncü maddesinin (a) bendine göre bir yabancı mahkeme kararının Türk mahkemelerinde tenfizine karar verebilmesi için “Türkiye Cumhuriyeti ile ilamın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma (ahdî karşılıklılık) yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilamların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün (kanunî karşılıklılık) veya fiilî uygulamanın (fiilî karşılıklılık) bulunması” gerekir²⁶⁸.

²⁶⁶ BGH NJW 1986, 2179 (kararda en az 2 haftalık bir süre gerektiği kabul edilmiş). Friedrich Stein, Martin Jonas und Herbert Roth, **Kommentar zur Zivilprozessordnung**, Band 5, 22. Auflage, Tübingen, 2006, § 328, kn. 93; Musielak/Stadler, § 328, kn. 14-18; Schütze, § 328, kn. 42-49; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 157, kn. 33-34; Hartmann, § 328, kn. 23-24; Prütting/Gehrlein, § 328, kn. 17-21.

²⁶⁷ Nomer, s. 179, kn. 440.

²⁶⁸ MÖHUK’dan önce mülga HUMK 540. maddesinin 1. fıkrası yabancı bir mahkeme ilamının tenfizi için mutlaka ahdî karşılıklılığın bulunmasını aramakta ve kanuni veya fiili karşılıklılığın varlığını yeterli saymamaktaydı. Bu konuya ilişkin eleştiriler için bkz. Osman Fazıl Berki, **Türk Hukukunda Kanun İhtilâfları**, Ankara, 1971, ss. 223-224; Vedat Reşit Seviğ, **Kanunlar İhtilâfı**, İstanbul, 1974, s. 250; Nazikoğlu, s. 494; Ansay, Karşılıklı Muamele Şartı, s. 253; Arat, s. 502 vd.; Sakmar, s. 62 vd.

Buna göre tenfiz hâkimi, ilamın verildiği ülke ile tenfiz konusunda iki veya çok taraflı bir anlaşma olup olmadığını araştırıp²⁶⁹ varsa bu anlaşmanın kabul ettiği ölçüde tenfiz kararı verebilecektir. Şayet böyle bir anlaşma yok ise, ilamın verildiği ülkede yabancı mahkeme kararlarının tenfizini düzenleyen bir kanun hükmünün veya fiili uygulamanın olup olmadığını araştıracaktır. Her ne kadar ahdî veya kanuni karşılıklılık tespit edilse de, kararın verildiği ülke Türk mahkeme kararlarını kendi ülke hukukuna aykırı olarak, yani tenfiz şartlarını taşımasına rağmen fiilen tenfiz etmiyorsa karşılıklılık yine gerçekleşmiş olmaz²⁷⁰.

Karşılıklılık şartı Türk hâkimi tarafından re'sen (MÖHUK m. 2/1) ve öncelikle incelenecek bir şart olup hâkim bu konuda taraflardan yardım isteyebilir. Bu şartın gerçekleşmemiş olmasının tespiti durumunda artık diğer şartların incelenmesine geçilemeyecektir²⁷¹.

Karşılıklılık şartının ilamın kesin hüküm teşkil ettiği anda değil, tenfizin talep edildiği anda bulunması gerekir²⁷². Ayrıca karşılıklılık, tenfiz talep edenin vatandaşlığına değil kararı veren mahkemenin bulunduğu devlete ilişkin bir şarttır²⁷³.

²⁶⁹ Türkiye Cumhuriyeti yabancı ilamların karşılıklı tanınması ve tenfizi konusunda birçok devlet ile iki taraflı veya çok taraflı anlaşmalar imzalamıştır. Bu anlaşmalar için bkz. Nomer, s. 157, kn. 390 ve dn. 269; Çelikel, ss. 597-599; Ahmet Cemal Ruhi, **T.C'nin Onayladığı Devletler Özel Hukuku Alanındaki Çok Taraflı Uluslararası Sözleşmeler**, 3. Bası, Ankara, 2006.

²⁷⁰ Nomer, s. 157, kn. 391; Çelikel/Erdem, s. 596; Schütze, § 328, kn. 72; Musielak/Stadler, § 328, kn. 30. Buna karşın Türk mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin kararı veren ülkede o ana kadar bir talep olmaması sebebiyle henüz bir fiili uygulamaya rastlanılmamışsa, kararın Türk mahkemesince tenfiz edilmesine bir engel yoktur. Aksi halde her ülke önce diğerinin karar vermesini bekler ve karşılıklılık hiçbir zaman gerçekleşemez olurdu. Nomer, s. 157, kn. 391 ve dn. 271; Schütze, § 328, kn. 73. Aynı yönde, Yar. HGK, 13.6.1990, 13-3/347 ve Yar. 13. HD, 13.12.1990, 4485/8676. Bkz. Çelikel/Erdem, ss. 593-595.

²⁷¹ Nomer, s. 474; Çelikel/Erdem, s. 599. Yar. 13. HD, 26.9.1988 (YHD. 10/1988, s. 1477 vd.). Yar. 13. HD, 13.12.1990, 4485/8667 (<http://yargitay.gov.tr/Mevzuat/904485-13h>). Alman hukukunda da hâkim savunma hakkının ihlaline ilişkin şart (§ 328/1 Nr.2 ZPO) hariç, bütün tanıma-tenfiz şartlarını re'sen araştıracaktır. Stein/Jonas/Roth, § 328, kn. 31; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 157, kn. 46; Musielak/Stadler, § 328, kn. 32; Hartmann, § 328, kn. 13; Aksi fikirde, Geimer, s. 1014, kn. 2903; Zöller/Geimer, § 328, kn. 269.

²⁷² Çelikel, Tenfiz Şartları, s. 9; Çelikel/Erdem, s. 596; Tiryakioğlu, s. 76; Demir-Gökyayla, ss. 48-49.

²⁷³ Çelikel, Tenfiz Şartları, s. 9; Çelikel, ss. 596-597; Demir-Gökyayla, s. 47. Bu konuya ilişkin eleştiriler için bkz. Sakmar, ss. 88-89; Nomer, s. 158, kn. 392.

Karşılıklılık şartının gerçekleşmesi açısından devletlerin tenfiz sistemleri farklılık gösterebilir. Yabancı kararların tenfizine ilişkin Türk hukukunda yer alan şartlardan daha ağır olmayan şartlara sahip olan ve Türk mahkeme kararlarını bu şartlara tâbi tutarak tenfiz kararı veren devletler ile aramızda karşılıklılık şartının gerçekleştiğini kabul edebiliriz²⁷⁴. Ancak Türk hukukunda aranan tenfiz şartlarından çok daha ağır şartların arandığı “revision” sistemine sahip olan devletler ile aramızda karşılıklılığın gerçekleştiğini kural olarak kabul etmek mümkün olmayacaktır²⁷⁵. Bununla birlikte, “revision” sistemine sahip olmasına rağmen fiilen Türk mahkemelerince verilmiş kararları tenfiz eden ve böylece fiili karşılıklılığın gerçekleştiği devlet mahkemelerince verilen kararların da, kararı veren mahkemenin hukukundaki “revision” sistemine rağmen ülkemizde de tenfiz edilmesi gerekir²⁷⁶.

Karşılıklılık şartının tenfiz için aranmasının doğru olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, mahkeme kararlarının tenfizi için karşılıklılık şartının aranması gerekir. Çünkü “yargı hakkının kullanılması ve kararların icrası hâkimiyetin bir sonucudur. Bu hakkı yabancı kararlara tanımak, kendi mahkeme kararlarına icra hakkını tanıyan devlet mahkemelerine hasretmek şartına bağlanabilir”²⁷⁷. Özellikle malvarlığına ilişkin Türk mahkemesi tarafından verilen kararları tenfiz etmeyen bir devlet mahkemesinin kararlarını Türkiye’de tenfiz ettirmek için haklı bir sebep bulunmamaktadır²⁷⁸.

Diğer bir görüşe göre ise, karşılıklılık şartı ne davacı ne de davalı lehine olan bir şarttır. Aksine tamamen siyasi amaçlarla, yabancı devletler karşısında bir baskı aracı olarak kullanılan ve hukuki olmayan bir şarttır²⁷⁹. Özellikle yabancılar hukuku alanında belli bir amacı olan karşılıklılık şartının, tenfizde aranması adaletin

²⁷⁴ Ansay, Karşılıklı Muamele Şartı, ss. 260-261; Nomer, ss. 158-159, kn. 393.

²⁷⁵ Ansay, Karşılıklı Muamele Şartı, ss. 260-261; Nomer, s. 159, kn. 394; karş. Çelikel/Erdem, ss. 595-596; Schütze, § 328, kn. 70; Prütting/Gehrlein, § 328, kn. 33.

²⁷⁶ Çelikel, Tenfiz Şartları, s. 9; Çelikel, s. 596; Tiryakioğlu, s. 76.

²⁷⁷ Çelikel/Erdem, s. 595.

²⁷⁸ Çelikel, Tenfiz Şartları, s. 8; Çelikel/Erdem, s. 595; Esat Şener, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, **Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, S. 41, Ankara, 1984, ss. 5-11, s. 8; Tiryakioğlu, s. 73; Aynı yönde, Kuru, HMu, C. VI, s. 5813.

²⁷⁹ Nomer, Sempozyum, s. 260; Nomer, s. 158, kn. 392; Sayman, Sempozyum, s. 260; Sakmar, ss. 88-89.

dağıtılmasında ayrıcalıkların ve farklılıkların ortaya çıkmasına sebep olacaktır²⁸⁰. Ayrıca, yabancı bir devlet mahkemesinden lehine bir karar alarak bunu Türkiye’de tenfiz ettirmek isteyen taraf Türk vatandaşı de olabilir. Bu durumda, kararın verildiği mahkemenin bulunduğu devlet ile aramızda karşılıklılık bulunmuyorsa, bir Türk vatandaşı Türkiye’de hakkını tenfiz ettiremeyecektir²⁸¹.

Kanımızca, Alman hukukunda²⁸² olduğu gibi sadece malvarlığına ilişkin olan yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de tenfiz edilebilmesi için “karşılıklılık” şartı aranmalıdır. Ayrıca bu şart mülga MÖHUK m.38/e de yer alan hüküm gibi Türk vatandaşlarının lehine, onların haklarını koruyacak tek yönlü bir kural olarak kullanılabilmelidir²⁸³. Böylece yabancı bir mahkemeden malvarlığına ilişkin lehine bir karar alan Türk vatandaşının bu kararı Türkiye’de icra etmesi ve hakkına kavuşması mümkün olacaktır. Malvarlığına ilişkin olmayan yabancı kararların ve bilhassa aile hukukuna ilişkin kararların tenfizi konusunda²⁸⁴, siyasi olan ve taraf menfaatine hiçbir şekilde hizmet etmeyen karşılıklılık şartından vazgeçilmesinde yarar vardır.

5718 sayılı MÖHUK’nun 58. maddesinin atfı ile 54’üncü maddenin (a) bendinde yer alan “karşılıklılık” şartı tanıma davasında aranmayacaktır. Böylece hukuk alanında varlığını ipso iure (hukuken) kabul ettirmiş yenilik doğurucu olup malvarlığına ilişkin sonuçlar doğurmayan bir kararın “karşılıklılık” gibi taraf ve kamu düzeni menfaatlerine hizmet etmeyen siyasi nitelikli bir şartta bağlanmaması isabetli olmuştur²⁸⁵.

Bununla birlikte karşılıklılık şartının tanıma için de aranmasının gerekli olduğunu savunan Kuru’ya göre, yabancı bir devletin hukuk sistemine göre

²⁸⁰ Sakmar, Sempozyum, s. 251.

²⁸¹ Sakmar, ss. 89-90; Nomer, s. 158, kn. 392; Hoffmann/Thorn, § 3, kn. 175.

²⁸² Bkz. Alman Medet Usul Kanunu (ZPO) § 328/II. Prütting/Gehrlein, § 328, kn. 35; Hoffmann/Thorn, § 3, kn. 175.

²⁸³ Çelikel, Sempozyum, s. 269. Ayrıca bkz. aşağıda § 2, II, B, 2 no’lu başlık altındaki açıklamalar.

²⁸⁴ Ruhi, s. 132.

²⁸⁵ Nomer, s. 179, kn. 441; Çelikel/Erdem, s. 619; Tiryakioğlu, s. 33.

karşılıklılık arandığı takdirde Türk mahkemesinin vermiş olduğu bir kararın bu devlette tanınması reddedilecek, buna karşılık o devlet mahkemesinin vermiş olduğu karar Türkiye’de tanınabilecektir. Bu sebeple, Türkiye bakımından haksız ve çelişik sonuçlar doğurmaya elverişli olan bu düzenlemenin yerinde olmayıp karşılıklılığın tanımada da aranması gerektiğini ileri sürmektedir²⁸⁶.

Yabancı mahkeme kararının tanınmasıyla onun sadece kesin hüküm etkisi yani hükmün hukuki varlığı kabul edilecektir. Fakat tenfizden farklı olarak tanıma ile başka bir ülkenin cebri icra kuvvetleri harekete geçirilemeyeceğinden devlet otoritesinden taviz verilmesi de söz konusu olmayacaktır. Bu sebeple “karşılıklılık”, amacı nedeniyle sadece tenfizin şartı olabilir. Eğer, tanımada da karşılıklılık bir şart olarak kabul edilecek olursa, “taviz devletlerin hâkimiyetinden değil, müktesep hakların koruyucusu olmayı kendisine gaye edinen hukuk’tan verilecektir”²⁸⁷.

İsviçre MÖH kanununda kural olarak yabancı kararların tanınması ve tenfizinde karşılıklılık şartı aranmamaktadır. Zira kanunda yabancı kararların tanınması için aranan dolaylı yetkinin bu denli geniş düzenlenmiş olduğu durumda, karşılıklılıktan beklen koruma işlevi, anlamını kaybetmektedir. Bu konuda tek istisna iflâs hukukuna ilişkin yabancı kararlar olup, bunlar için karşılıklılık şartı aranmaktadır (m. 166/1-c)²⁸⁸. Alman hukukunda da sadece malvarlığına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması bakımından karşılıklılık şartı aranmaktadır (§ 328/1 Nr. 5, § 328/2 ZPO)²⁸⁹.

²⁸⁶ Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 4. Baskı, C. IV, Ankara, 1984, s. 3934; Kuru, HMu, C. VI, s. 5813. Karş. Çelikel/Erdem, s. 629.

²⁸⁷ Arat, s. 446; Çelikel, Ahkâmı Şahsiye, s. 88; Özbakan, ss. 93-94.

²⁸⁸ Volken, Art. 25, kn. 69, 78; Schnyder/Liatowitsch, § 13, kn. 381; BSK IPRG-Berti/Däppen, Art. 25, kn. 28 ve Art. 27, kn. 3. Alman hukukunda da sadece malvarlığına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması bakımından karşılıklılık aranmaktadır.

²⁸⁹ Nomer, s. 179, dn. 312.

b. Türklerin Kişi Hallerine İlişkin davalarda Türk Kanunlar İhtilafı Kurallarına Uygunluk²⁹⁰

2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi için 38. maddenin (e) bendinde “Türklerin kişi hallerine ilişkin yabancı ilâmda Türk kanunlar ihtilafı kuralları gereğince yetkili kılınan hukukun uygulanmamış ve Türk vatandaşı olan davalının tenfize bu yönde itiraz etmemiş olması” şartı aranmaktaydı.

Görüldüğü gibi 38. maddenin (e) bendi evlilik, boşanma, nesep, ehliyet gibi kişi hallerine ilişkin konularda²⁹¹ Türk kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını, davalı durumda bulunan Türk vatandaşlarını korumak amacını taşımaktaydı²⁹²²⁹³. Bu düzenlemeye göre, kişi hallerine ilişkin ihtilaflarda Türk kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukukun uygulanması halinde bu karar tenfiz edilebilecekti²⁹⁴ veya Türk kanunlar ihtilafının göstermiş olduğu hukuk uygulanmamış olsaydı dahi Türk davalı buna itiraz etmemişse²⁹⁵ bu kararın da yine diğer tenfiz şartlarını da taşıması durumunda tenfiz edilmesi mümkündü²⁹⁶.

²⁹⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Bahadır Erdem, “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun’un 38. Madde (E) Bendinin İncelenmesi ve Bu Bendin Yarattığı Sorunlar”, **Mahmut R. Belik’e Armağan**, İstanbul, 1993, ss. 105-124; Bahadır Erdem, “2675 Sayılı MÖHUK Madde 38/E Bendinin Amacı ve Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin Bu Konuda Müstakar Hale Gelen Kararlarının Eleştirisi”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, ss. 323-343.

²⁹¹ Özbakan, ss. 95-101.

²⁹² Nomer, 13. Bası, s. 452; Çelikel, Tenfiz Şartları, s. 12; Demirelli, s. 62; Tuğrul Ansay, “Yabancı Boşanma İlamlarının Türkiye’de Tanınmasına İlişkin İlk Görüşler”, **Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 2, S. 2, 1982, ss. 1-6, s. 5; Erdem, s. 113.

²⁹³ Bu bendin eleştirisi için bkz. Sempozyum, ss. 260-276.

²⁹⁴ 2675 sayılı MÖHUK’un tanımaya düzenleyen 42. maddesinin 38. maddeye yaptığı yollama sebebiyle (e) bendindeki şart tanıma için de aynen geçerliydi. Ertaş’a göre ise, “kişi hallerine ilişkin ilamlar inşai nitelikte olduğu için bu ilanlar zaten kabili infaz kararları değildir, ancak tanıma konusu olabilirler. Dolayısıyla tenfiz şartları altında kişi hallerine ilişkin ilamlarla ilgili bir şartın yer alması bir çelişki olarak gözükmektedir”. Ertaş, s. 397.

²⁹⁵ Türk vatandaşlarını koruma düşüncesiyle getirilen bu şartın itiraza bağlı tek yanlı bir şart olmasının eleştirisi için bkz. Erdem, s. 116.

²⁹⁶ Erdem, s. 112; Yar. 2. HD, 28.03.1996, E. 1996/1536, K. 1996/3341 (Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi, C. 15, S. 175/6, Temmuz 1996, ss. 1031-1032); Yar. 2. HD, 16.02.1999, E.

Yabancı mahkemenin verdiği kararda Türk kanunlar ihtilafı kuralları gereğince yetkili olan hukuku uygulamak yerine kendi veya başka bir hukuku uygulaması ile ortaya çıkan sonuç, Türk kanunlar ihtilafı kuralları gereğince uygulanması gereken hukuk uygulansaydı çıkacak sonuç ile aynı olması durumunda ne olacaktı? Doktrin²⁹⁷, Türkiye'nin de 1975'de taraf olduğu Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması Hakkındaki Sözleşmedeki²⁹⁸ düzenlemeden yola çıkarak²⁹⁹, “Türk kanunlar ihtilafı kuralları uygulanmamış, ancak elde edilen sonucun uygulanmış olması halinde elde edilecek olan sonuca aykırı bulunmamış olması”³⁰⁰ durumunda, bunun tanımaya veya tenfize engel olmaması gerektiğini ileri sürmüştür³⁰¹.

Sonuç olarak 2675 sayılı MÖHUK'da yer alan bu tanıma ve tenfiz şartının kanunda yer almasının isabetli olmadığı ve hukuk sistemleri arasındaki yakınlaşmaların davalı Türk vatandaşlarının 38/e maddesi gibi tek taraflı ve objektif olmayan bir tanıma ve tenfiz şartı ile korunmasına ihtiyaç bırakmaması sebebiyle 5718 sayılı yeni kanun ile bir tanıma ve tenfiz şartı olmaktan çıkarılmıştır³⁰².

1999/13869, K. 1999/1147 (YKD, C. 25, S. 6, Haziran 1999, s. 766); Yar. 2. HD, 28.03.1996, E. 1996/1536, K. 1996/3341. Çelikel/Nomer, ss. 468-469.

²⁹⁷ Çelikel/Erdem, 8. Bası, s. 604; Postacıoğlu, Sempozyum, s. 266; Ansay, Yabancı Boşanma İlâmları, s. 5; M. Şükrü Özdemir: “Yurt Dışında Alınan Boşanma Kararının Türkiye'deki Etkisi”, **Yargıtay Dergisi**, C. 12, Ocak-Nisan 1986, S. 1-2, ss. 8-16, s. 14; Tiryakioğlu, s. 54; Erdem, s. 123.

²⁹⁸ Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonu üyesi devletler arasında imzalanan 08.09.1967 tarihli sözleşmeye Türkiye 20.05.1975 tarihinde taraf olmuştur. RG. 14.09.1975-15356.

²⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aysel Çelikel, “Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması Hakkında Sözleşme ve Türk Hukuku”, **Hıfzı Timur'un Anısına Armağan**, İstanbul, 1979, ss. 212-213.

³⁰⁰ Çelikel/Erdem, 8. Bası, s. 604.

³⁰¹ “...Başka bir devletin kanunlar ihtilafı kuralları uygulanmış olmasına rağmen elde edilen sonuç, Türk kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması halinde varılacak sonuç ile aynı ise veya buna aykırı değil ise, tanıma ve tenfiz talebi ret edilmeyecektir...”, Yar. 2. HD, 27.03.1997, E. 1997/2966, K. 1997/3479 (Ali İhsan Özuğur, **Medeni Yasadan Önce ve Sonra Türk Miras Hukuku**, Ankara, 2001, s. 762). Yar. 2. HD, 23.02.2000, E. 2000/343, K. 2000/2290 (Ruhi, MÖHUK, s. 370). Yar. 2. HD, 22.09.1997, 9504/9346 (Ömer Camcı, **Boşanma Tazminatı ve Yoksulluk Nafakası**, İstanbul, 1998, s. 139).

³⁰² Çelikel/Erdem, 8. Bası, ss. 607, 610; Erdem, s. 124; Ruhi, ss. 155, 157.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YABANCI ÇEKİŞMESİZ YARGI KARARLARININ TÜRK HUKUKUNDA TANINMASI USÛLÜ

VII. TANIMADA İZLENECEK USÛL

A. Genel Olarak

Türkiye’de görülmekte olan bir davada, yabancı mahkeme kararına dayanılarak kesin hüküm itirazında bulunulması veya kesin delil kuvvetinin ileri sürülmesi mümkündür. Bu durumda asıl davayı görmekte olan mahkeme, yabancı kararın tanıma şartlarına sahip olup olmadığını tespit edecek ve tanımanın kabulüne veya reddine karar verebilecektir¹. Mahkemece tanıma şartlarının tespit edilmesi ile yabancı kararın kesin hüküm veya kesin delil kuvveti dikkate alınabilecektir. Mahkemece tanıma şartlarının tespiti bir tespit hükmü niteliğinde olması sebebiyle, Türk mahkemesi tarafından verilen karar, yabancı kararın da Türkiye’de kesin hüküm kuvvetine sahip olmasını temin edecektir².

Ancak Türkiye’de görülmekte olan bir davada, yabancı karara dayanılarak kesin hüküm veya kesin delil itirazında bulunmak yerine ayrı bir davada bu sonucu temin etmek istenirse; ayrı bir tanıma davası açılabilir. Özellikle çekişmesiz yargı kararlarının çoğunda söz konusu olduğu gibi, kişi hallerine dair yabancı kararlara dayanılarak Türkiye’de idarî bir işlem yapılması isteniyorsa bu şarttır. Zira Türk idarî makamları, sadece Türk mahkemeleri tarafından verilen kararlara göre işlem yapabileceklerdir. Bu durumda MÖHUK m. 50’ye dayanarak Türk mahkemesinden bir tanıma talebinden bulunulması ve tanıma kararı alınması gerekir.

Tanımaya davasının konusunu, yabancı kararın MÖHUK’ta sayılan şartlara uygun olup olmadığının incelenmesi oluşturmaktadır. Bu sebeple yabancı mahkeme

¹ Alman hukukunda da, yabancı kararın görülmekte olan bir davada kural olarak “otomatik” tanınması mümkündür (Automatische Anerkennung). Bkz. MünchKommZPO/Rauscher, s. 525, kn. 19; Keidel/Zimmermann, § 108, s. 968, kn. 69.

² Nomer, s. 185, kn. 458-459; Çelikel/Erdem, ss. 630-631.

kararının kesin hüküm kuvvetinin kabulü amacıyla Türk mahkemesinde açılacak olan tanıma davası bir tespit davası niteliğine sahip olacaktır³.

Ancak yabancı çekişmesiz yargı kararlarının tanınması için Türk mahkemesinden talep edilen tanıma kararı için yapılacak yargılama kanımızca farklı bir nitelik taşımaktadır. Özellikle “çekişme yokluğu” kıstasına göre çekişmesiz yargıya dâhil sayılan bir iş’e ilişkin yabancı mahkeme kararının tanınması talebiyle Türk mahkemesine başvurulması bir tespit davası niteliğine sahip olmayacaktır. Zira tespit davası, çekişmeli yargının üç dava çeşidinden biridir ve iki taraf arasındaki uyuşmazlığın çözümü için başvurulmuş bir araçtır. Oysa yabancı mahkeme önünde görülüp karara bağlanan çekişmesiz yargı işi gibi, bu kararın Türkiye’de tanınması talebi de bir dava olarak nitelendirilemez. Çünkü dava iki taraf sistemi üzerinde kurulmuştur ve bu iki taraf arasında kural olarak bir uyuşmazlık söz konusudur. Tanıma hâkimi ise sadece yabancı çekişmesiz yargı kararının kanunda sayılan tanıma şartlarını taşıyıp taşımadığını inceleyecektir. Burada bir çekişme mevcut değildir.

Bu bağlamda yabancı mahkeme kararının verilmesinde savunma hakkının ihlal edildiğini veya mahkemenin aşırı yetki kurallarına göre kendini yetkili saydığı gibi itirazları ileri sürecektir bir davalı yoktur. Tespit davasından bahsedebilmek için davacı ve davalı olmak üzere iki tarafın varlığı şarttır. Oysa çekişmesiz yargı kararlarının tanınmasında kural olarak bu durum söz konusu olmayıp, sadece tanıma talebinde bulunan bir talep sahibi vardır⁴.

³ Sakmar, Yabancı İlâmlar, ss. 177-178; Nomer, ss. 184-185, kn. 456-460; Çelikel/Erdem, ss. 625, 632. “...Tanıma ve tenfiz davası yabancı ilâmda gösterilen ihtilaftan bağımsız bir tespit davasıdır...”. Yar. 2. HD, 29.12.1992, E. 1192/12665, K. 1992/13059. Çelikel/Nomer, ss. 425-426. Tanıma davasının nizasız kaza şeklinde hasımsız olarak görülmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Ertaş, s. 401.

⁴ Yargıtay 2. HD. 30.12.1994 tarihli kararında; “Tenfiz ve tanıma davası çekişmeli yargı işidir...karşı tarafa dava dilekçesi usulen tebliğ edilmeden...kanuni şekillere uygun olarak iddia ve müdafalarını beyan için davet edilmeden tanıma veya tenfize ilişkin hüküm kurulması doğru bulunmamıştır” (İsmail Özmen, **Velayet-Nesep ve Evlat Edinme Davaları**, Ankara, 1999, s. 836). Yargıtay tanıma davasının çekişmeli yargı işi olduğu yönünde karar vermiş olmasına karşın, bu değerlendirme yabancı mahkemede görülen bir dava sonucunda, çekişmeli yargı usûlüne göre verilmiş olan kararlarının tanınması (ve tenfizi) bakımından geçerlidir. Ancak yabancı çekişmesiz yargı kararları bir dava olmadığından, karşı taraf (davalı) mevcut değildir. Bu sebeple bu kararların tanınması da bir çekişmeli yargı işi değildir.

Ayrıca Türk mahkemesi tarafından hakkında tanıma kararı verilmiş olsa bile, yabancı çekişmesiz yargı kararı, sonradan haksız görülmesi veya sonradan yeni vakıaların ortaya çıkması ile değiştirilebilecektir. Yani bu karara ilişkin tanıma kararının da maddî anlamda kesinleşmesi mümkün değildir. Oysa tespit kararları maddî anlamda kesinlik taşıyan kararlardır ve kural olarak değiştirilemezler⁵. Bu sebeple, özellikle çekişme yokluğu kıstasına göre çekişmesiz yargıya dâhil sayılan yabancı mahkeme kararlarının tanınması için Türk mahkemesinden tanıma talep edilmesi kanımızca bir tespit edici çekişmesiz yargı işidir⁶.

Türkiye’de görülmekte olan bir davada yabancı mahkeme kararına dayanmak yerine, müstakil bir tanıma davasının açılması durumunda, MÖHUK’un tenfiz davaları için ön gördüğü usûl hükümleri, kural olarak tanıma davasında da uygulanacaktır (m. 58 ve m. 55). Zira MÖHUK, konuyu genelde yabancı mahkeme kararlarının tenfizi açısından incelemiş ve tenfiz şartları, tenfiz davası, dilekçeye eklenecek belgeler gibi konuları, kararların tenfizi açısından düzenlemiştir. Tanıma konusunu ise 58’inci maddede düzenlemiş ve tenfiz şartları ile tenfiz hükümlerine atıf yapmakla yetinmiştir. Bunun sonucunda tenfiz usûlü hakkında MÖHUK ve bu bağlamda HMK’da yer alan, yetkili ve görevli mahkeme, teminat veya yargılama usûlü gibi konulara ilişkin hükümler tanıma davası ve bu bağlamda çekişmesiz yargı kararlarının tanınmasına ilişkin tespit edici nitelikteki çekişmesiz yargı işleri açısından da geçerli olacaktır⁷.

B. Görevli ve Yetkili Mahkeme

1. Görev

MÖHUK’un 51’inci maddesinin birinci fıkrasına göre, “tenfiz (ve tanıma) kararları hakkında görevli mahkeme asliye mahkemesidir”. Asliye mahkemeleri

⁵ **Kuru**, Nizasız Kaza, ss. 30-31; **Kuru/Budak**, ss. 277-279; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, ss. 81-82.

⁶ Alman hukukunda da, yabancı çekişmeli yargı kararlarının tanınması için bir tespit davasının (Feststellungsklage) açılması gerekirken; çekişmesiz yargı kararlarının tanınması için bir tespit talebinde (Feststellungsantrag) bulunulması söz konusudur. **Kreff**, s. 26.

⁷ **Çelikel/Erdem**, ss. 632-633.

arasındaki iş bölümü sonucu olarak iş veya ticaret mahkemeleri de görevli olabilirler⁸. Çekişmesiz yargı kararlarının birçoğunun Aile hukukuna ilişkin olmaları sebebiyle, görev konusunda Aile mahkemeleri büyük önem taşımaktadır. Zira 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun⁹ 4/2 maddesine göre, aile hukukuna ilişkin davalarda ve bu bağlamda tanıma ve tenfiz davalarında aile mahkemeleri görevli kılınmıştır¹⁰.

Kararı veren mahkemenin sulh, asliye veya istinaf mahkemesi olması, tanıma davasında görevli mahkemeyi etkilemez¹¹. Görev kuralları kamu düzeni ile ilgili olup (HMK m. 1) dava şartlarındandır (HMK m. 114/1-c). Bu sebeple, mahkemenin görevsiz olduğunu taraflar her aşamada ileri sürebilecekleri gibi, mahkeme tarafından da re'sen gözetilecektir¹².

Çekişmesiz yargı işlerinde iç hukukumuz bakımından, HMK'nın 383'üncü maddesine göre görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece sulh hukuk mahkemesidir. Ancak maddede de belirtildiği gibi aksine bir düzenleme varsa, bu hüküm uygulanmayacaktır. Yabancı mahkeme kararlarının tanınması konusunda asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğunu hüküm altına alan MÖHUK'un 51/1'inci maddesinde de tanınması talep edilen yabancı kararın çekişmeli veya çekişmesiz yargıya dâhil olacağı hususunda bir ayırım yapılmayıp, bütün yabancı mahkeme kararlarının tanınması için uygulanacaktır. Bu sebeple kanımızca, yabancı çekişmesiz yargı kararlarının tanınmasında da asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu kabul edilmelidir.

⁸ Çelikel/Erdem, s. 586; Kuru, HMK, C. VI, ss. 5793-5794. Karş. Nomer, s. 176, kn. 430 ve dn. 305. Aksi fikirde, 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**, S. 10-11-12/1993, s. 768

⁹ RG. 18.1.2003, S. 24997.

¹⁰ Bağımsız Aile Mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde, aynı kanunun 2. maddesinde, bu kanun kapsamına giren dava ve işlere, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen Asliye Hukuk Mahkemesince davanın Aile Mahkemesi sıfatıyla görülüp karara bağlanacağı düzenlenmiştir.

¹¹ Tiryakioğlu, s. 85.

¹² Kuru/Arsalan/Yılmaz, ss. 142-143; Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 112-113.

2. Yetki

Yabancı çekişmesiz yargı kararlarının tanınmasında yetkili olan mahkeme MÖHUK'un 51'inci maddesinin ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Kademeli bir yetki kuralı getiren bu hükme göre sırasıyla:

- 1- kendisine karşı kararın tanınması istenen kişinin Türkiye'deki yerleşim yeri mahkemesinden,
- 2- yoksa sâkin olduğu yer mahkemesinden,
- 3- bu da yoksa, Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinden tanıma kararının verilmesi istenebilir.

Böylece, yabancı mahkeme kararlarının tanınması konusunda her zaman yetkili bir Türk mahkemesi bulmak mümkündür¹³. Ancak kendisine karşı kararın tanınması istenen kişinin Türkiye'de yerleşim yeri veya sâkin olduğu yer mevcut olmasına karşın, davacı örneğin İstanbul veya İzmir mahkemesinde dava açarsa, bu durumda karşı taraf yetki itirazında bulunabilir¹⁴.

Bununla beraber, özellikle “çekişme yokluğu” kıstasına göre çekişmesiz yargı içerisinde yer alan ve karşı tarafın bulunmadığı bir çekişmesiz yargı kararının tanınması için yetkili Türk mahkemesi nasıl tespit edilecektir? Zira açıklamış olduğumuz yetki hükmü karşı tarafın bulunduğu durumları kapsamaktadır. Bu konuda, üç ihtimal düşünülebilir. İlki, karşı tarafın Türkiye'de yerleşim yeri ve sâkin olduğu bir yer yoksa Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemesinin yetkili olacağını düzenleyen son yetki kuralının uygulanmasıdır. İkinci ihtimal, iç hukukumuzda çekişmesiz yargı işlerinde yetkiyi düzenleyen HMK'nın 384'üncü maddesine göre yetkili olan, “talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi”nin uygulanmasıdır. Son ihtimal ise, tanıma talebinde bulunan kişinin, dilediği her hangi bir yer mahkemesinde tanıma davasını açabilmesidir.

¹³ Bkz. 2675 sayılı MÖHUK gerekçesi, s. 12.

¹⁴ Çelikel/Erdem, s. 586.

Yetki konusu, görevden farklı olarak hukukumuzda kural olarak kamu düzeni ile ilgili olmadığından, yetki itirazı bir ilk itiraz olup (HMK m. 116/1-a), kesin yetkinin söz konusu olmadığı durumlarda mahkeme tarafından re'sen dikkate alınamaz¹⁵. Bu sebeple de “çekişme yokluğu” kıstasına göre çekişmesiz yargıya dâhil olan bir işin, Türkiye’de tanınması için, talepte bulunanın kural olarak dilediği yerde dava açabilmesi mümkündür. Zira karşı taraf olmadığı için, bir yetki itirazında bulunacak kimse de yoktur ve dava açıldığı mahkemede görülebilecektir.

C. Teminat

Hak arama özgürlüğü kapsamında kural olarak, davacı, davasında haksız çıkması hâlinde, karşı tarafın bu dava nedeniyle uğrayabileceği zararını karşılamak için önceden bir teminat gösterme yükümlülüğü taşımamaktadır. Ancak, istisnai olarak, davacının davasında haksız çıkması halinde, davalı tarafın uğrayacağı muhtemel zararları ve bu bağlamda yargılama giderlerinin davacıdan istenebilmesi zor veya imkânsız olacağı tahmin edilen durumlar için kanun koyucu tarafından teminat gösterilmesi gerekli görülmüştür¹⁶.

Teminat konusunu düzenleyen hükümler Türkiye’de açılan bütün davalar için geçerli olmaktadır. Bu sebeple yabancı mahkeme kararlarının tanınması için Türkiye’de açılacak tanıma davası veya tanımaya ilişkin çekişmesiz yargı işi bakımından da bir istisna söz konusu olmayacaktır¹⁷. Tanıma konusunda teminat gösterme yükümlülüğü, Hukuk Muhakemeleri Kanununda ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunda yer alan düzenlemeler çerçevesinde değerlendirilecektir. Zira hukukumuzda davacının teminat göstereceği haller iki ayrı

¹⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, ss. 182-183, 286-287; Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 116, 128.

¹⁶ Turgut Turhan, “Davacının veya Davaya Katılanın Teminat Gösterme Yükümü”, **Prof. Dr. Osman F. Berki’ye Armağan**, Ankara, 1977, ss. 853-905, s. 854; Nomer, s. 121, kn. 302; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 598; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 337. Mukayeseli hukukta da, Arjantin, Almanya, Amerika Birleşik Devletleri, Avusturya, Danimarka, İngiltere, İsviçre, Meksika, Monako, Norveç ve Polonya teminat arayan ülkeler arasında gösterilebilir. Buna karşı, Afganistan, İzlanda, Mısır ve Suriye teminat istemeyen ülkeler arasında gösterilmektedir. Bkz. Nomer, s. 123, dn. 212; Çelikel/Erdem, s. 549.

¹⁷ Sakmar, Yabancı İlâmlar, s. 130.

sebebe dayanılarak hem HMK'nın 84-89'uncu maddeleri arasında (mülga HUMK m. 96-100) hem de MÖHUK'un 48'inci maddesinde düzenlenmiştir.

Buna göre, Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşının tanıma davası açması veya davaya müdahil olarak katılması durumunda HMK'ya göre teminat göstermesi gerekir (m. 84/1-a). Buna karşın tanıma davasını açan veya davaya katılan yabancı gerçek ya da tüzel kişiler ise, MÖHUK'a göre teminat göstermesi gerekecektir (m. 48/1).

1. Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Teminat Gösterme Yükümlülüğü

Mülga HUMK m. 97'ye göre, Türkiye'de ikametgâhı olmayan davacı veya davaya katılanların, karşı tarafın muhtemel zararlarını karşılamak için aynı kanunun 96'ıncı maddesinde gösterilen teminatı göstermek zorundaydı. Bu madde, davacı veya davaya katılanın Türk vatandaşı veya yabancı olmasını dikkate almamış, sadece Türkiye'de ikametgâhının olmaması kıstasından hareket etmekteydi¹⁸.

Buna karşın, 6100 sayılı yeni HMK'nın 84/1-a maddesinde ise, teminat konusu sadece Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşları açısından düzenlenmiştir. Maddeye göre, Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşının dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması hâlinde, davalı tarafın muhtemel yargılama giderlerini karşılayacak uygun bir teminat göstermesi hüküm altına alınmıştır¹⁹. Davacının vatandaşlığı ve mutad meskeni dışında, davalının vatandaşlığı veya mutad meskeni teminat konusunda bir role sahip değildir²⁰.

¹⁸ Çelikel/Erdem, s. 550.

¹⁹ “Maddede, teminat konusu sadece Türk vatandaşları açısından düzenlenmiştir. Çünkü, yabancıların, Türkiye'de dava açması...hâlinde, teminat göstermesiyle ilgili olarak MÖHUK 32'nci maddesinde yer alan kural işlerlik kazanacaktır” (84. madde gerekçesi).

²⁰ Turhan ise haklı olarak, HMK m. 84/1-a'daki düzenlemenin (mülga HUMK m. 97) amacının, hayatını Türkiye'de idame ettiren ve ekonomik bakımdan da ülkeye bağlı olan davalıyı, Türkiye ile bir bağı olmayan davacının vereceği muhtemel zararlara karşı korumak olduğunu ifade etmiştir. Buna karşın davalının da Türkiye ile bir bağı yoksa yani mutad meskeni Türkiye'de değilse, bu amaç kapsamında menfaati korunacak kimse olmadığından teminata da gerek yoktur.

84'üncü maddenin ikinci fıkrasında, davanın görülmesi sırasında teminatı gerektiren durum ve koşulların ortaya çıkması hâlinde de mahkemenin teminat gösterilmesine karar vereceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin mülga 97'inci maddenin ikinci fıkrasında yer alan ve Türkiye'de yerleşim yeri olduğu için teminat göstermemiş olan davacının, dava devam ederken yerleşim yerini yabancı bir ülkeye nakletmesi durumunda, yine de teminat göstermesini gerekli kılan düzenleme kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Bu durumda, HMK m. 84/2'ye göre de, dava devam ederken mutad meskenini yurt dışına nakleden davacı hakkında, mahkemece teminat gösterilmesine hükmedilecektir.

Yargıtay, Türkiye dışında oturan, çalışan veya eğitim gören Türk vatandaşlarının ikametgâhlarını, yürürlükten kalkan eski Nüfus kanununun 4. maddesinde yer alan adi karineye dayanarak, Türkiye'de kabul etmekteydi. Bu sayede, yurt dışında yaşasa dahi, Türk vatandaşlarından teminat alınmaması sağlanmak istenmiştir²¹. Oysa teminatın amacı, Türkiye ile yeteri bağlılığı olmayanların açacakları davalarda, davalıyı muhtemel zararlara karşı korumak olduğundan bu uygulama eleştirilmiştir²². Ancak eski nüfus kanunu m. 4'ün yürürlükten kalkmış olması ile artık Yargıtay'ın da uygulaması dayanaksız kalmıştır²³.

HMK'nın 85'inci maddesinde, adlî yardımdan yararlananların (m. 85/1-a)²⁴ ve yurt içinde istenen teminatı karşılamaya yetecek taşınmazı veya ayni teminatla

Bunun için lehine teminat gösterilecek olan davalının da mutad meskeninin dikkate alınması gerekeceğini ifade etmiştir. Turhan, ss. 871-872.

²¹ “Türkiye’de kanuni ikametgahı olmayan Türk vatandaşları açacakları davalarda teminat göstermeleri gerekir. Davacı (A) Almanya’da işçi olarak çalışmaktadır. İkametgah yerleşmek niyetiyle oturulan yerdir. Bir kimsenin işçi olarak bir ülkede çalışması orayı ikametgah edinmek istediğini kabul için başlıbaşına bir sebep sayılmaz. Davacının Almanya’da çalıştığı şehri ikametgah olarak seçtiğini kabule yeterli ve elverişli deliller ileri sürülüp ispat olunmamıştır. o halde ikametgahı Türkiye’de kayıtlı olduğu yerdir.” Yar. 2. HD, 28.12.1972, E. 7198/ K. 7390 (RKD, S. 6-7-8, 1973, s. 257).

²² Turhan, s. 864; Çelikel/Erdem, ss. 550-551.

²³ Çelikel/Erdem, s. 551.

²⁴ HMK m. 334’e göre: “Kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor dutuma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimseler, iddia ve savunmalarında, geçici hukuki korunma taleplerinde ve icra takibinde, haklı oldukları yolunda kanaat uyandırmak kaydıyla adli yardımdan yararlanabilirler”.

güvence altına alınmış bir alacağı bulunanların teminattan muaf tutulacakları düzenlenmiştir (m. 85/1-b). Bunların yanında, çekişmesiz yargı kararları bakımından da önemli bir yere sahip olan ve hem millî, hem de milletlerarası hukukta en önemli korunmaya muhtaç menfaat olarak görülen çocuğun menfaati açısından da bir teminat muafiyeti getirilmiştir. Buna göre, davanın, sırf küçüğün menfaatlerini korumaya yönelik olarak açılmış olması durumunda da teminatın gerekmeyeceği hüküm altına alınmıştır (m. 85/1-c)²⁵.

Eskiden HUMK’da düzenlenmiş olan teminat şartı bir ilk itiraz olarak öngörülmekteydi²⁶. Oysa yeni HMK ile teminat konusu bir dava şartı hâline getirilmiştir (m. 114/1-ğ) ve böylece yargılama giderlerini karşılayacak teminata mahkemece re’sen karar verileceği düzenlemiştir. Ayrıca, hâkim teminata karar vermeden önce, sağlıklı ve doğru bir değerlendirme yapabilmek amacıyla tarafları veya müdahale talebinde bulunan kişiyi dinleyebileceği hususu da hüküm altına alınmıştır (m. 86)²⁷.

Yine eski düzenlemeden farklı olarak, kanun koyucu, nelerin teminat olarak gösterilebileceğini bir liste hâlinde düzenlemek yerine (mülga HUMK m. 96), gösterilecek teminatın tutarını ve şeklini, hâkimin tayin edeceğini hüküm altına almıştır (m. 87/1-ilk cümle). Mülga HUMK m. 96 da olduğu gibi, taraflar teminatın şekli konusunda bir sözleşme yapmışlarsa, teminat ona göre belirlenecektir (m. 87/1-son cümle). Bununla beraber, gösterilecek olan teminatın kapsamı, yargılama ve takip giderleri ile sınırlı olup, davalı tarafın uğrayabileceği muhtemel zararlar için

²⁵ Bkz. 85. madde gerekçesi. HUMK’da yer alan eski düzenleme kapsamında, davacının yerleşim yerinin bulunduğu ülke ile Türkiye arasında teminatın muafiyeti hakkında bir **anlaşmanın** varlığı hâlinde, davacı teminat göstermek zorunda değildi (m. 97/II, son cümle). Kanunî ve fiilî uygulama yeterli sayılmamaktaydı. Çelikel/Erdem, s. 553; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 599. HMK’da bu yönde bir hüküm olmamakla beraber, Türkiye’nin, teminatın muafiyeti hakkında imzalamış olduğu anlaşmalar yine de uygulanacak ve anlaşmaya taraf ülkede yerleşik olan davacı, Türkiye’de açacağı davada teminat göstermekten muaf olacaktır.

²⁶ “HUMK’a göre teminat talebi m. 187/II ve m. 98/I’in açık ifadesi gereği ilk itirazlardandır. Bu itiraz davanın esasına girmeden evvel yapılmadığı takdirde bir daha yapılamaz. HUMK. m. 97 uyarınca yatırılması gereken teminat mahkeme tarafından re’sen göz önüne alınamaz”. Çelikel/Erdem, s. 554.

²⁷ Bkz. 86. madde gerekçesi.

teminat gösterilmesi istenemez²⁸. Hâkim, koşulların değişmesi hâlinde, duruma göre teminat miktarının azaltılmasına, artırılmasına, değiştirilmesine veya kaldırılmasına da karar verebilecektir (m. 87/2).

Ayrıca, hâkim tarafından belirlenen kesin süre içinde teminat gösterilmemesi durumunda, teminatın bir dava şartı olmasının sonucu olarak, davanın usûlden (dava şartı yokluğundan) reddedileceği hükmüne yer verilmiştir²⁹ (m. 88/1)³⁰.

Alman Medenî Usûl Kanunda teminat gösterme yükümlülüğü açısından genel olarak davacının mutad meskeninin, Avrupa Birliği veya Avrupa Ekonomik Topluluğuna taraf ülkelerden birinde olmaması dikkate alınmıştır. Ayrıca teminat hâkim tarafından re'sen gözetilmeyip, davalının talebi üzerine aranan bir şarttır. Ancak akdi karşılıklılığın varlığı veya Almanya'da yeteri derecede malvarlığının bulunması durumunda davacı teminattan muaf tutulabilecektir (§ 110 ZPO). Teminatın davanın başında istenmemiş olsa da devamında istenmesi mümkündür (§ 111). Teminatın miktarına mahkeme serbestçe karar verecektir ve bunu yaparken davalının muhakeme sebebiyle yapacağı muhtemel masrafları dikkate alacaktır. Gerekirse teminat miktarının dava devam ederken artırılması istenebilir (§ 112). Takdir edilen süre içerisinde teminat gösterilmemiş olursa, davalının talebi üzerine dava reddedilebilir (§ 113).

2. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanuna Göre Teminat Gösterme Yükümlülüğü

MÖHUK'ta teminat gösterme yükümlülüğü, HMK'daki gibi mutad mesken ölçütü değil, yabancılık ölçütü³¹ esas alınarak kabul edilmiştir. Buna göre, Türk

²⁸ Zira mülga HUMK m. 97'den farklı olarak, HMK m. 84'de yer alan düzenleme bakımından, "...gösterilecek olan teminatın kapsamı, yargılama ve takip giderleri ile sınırlandırılmış; 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" (84. madde gerekçesi).

²⁹ Mülga HUMK m. 99'da ise, "Hakim tarafından tayin olunan müddet içinde teminat verilmezse muhakemede hazır bulunulmamış addolunur" hükmü yer almaktaydı.

³⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 290. Ayrıca HMK m. 88/2'ye göre, davacı yanında fer'i müdahil olarak yer alan kişinin müdahale giderlerini karşılamak için, istenen teminatı kesin süre içinde vermezse, müdahale talebinden vazgeçmiş sayılmasına karar verileceği düzenlenmiştir.

mahkemesinde dava açan, davaya katılan veya icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tüzel kişilerin, yargılama ve takip giderleri ile karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermesi hüküm altına alınmıştır (m. 48/I). Davacının vatandaşlığı dışında davalının vatandaşlığı, teminat gösterme yükümlülüğünde gözetilmesi gereken bir husus değildir³².

HMK m. 87’de olduğu gibi, MÖHUK m. 48’de de sadece mahkemenin belirleyeceği teminatın gösterileceği ifade edilmiş olup, nelerin teminat olarak gösterilebileceği konusunda bir açıklık getirilmemiştir. Bu hususta Yargıtay tarafından genelde kabul edilen, teminatın döviz biçiminde Merkez bankasına bloke edilmesidir³³. Ancak bu konuda Türk Parasının Kıymetini Koruma hakkındaki mevzuat dikkate alınmalıdır. Zira Yargıtay, teminatın Merkez bankasına Türk parası olarak yatırılmış olmasını bir bozma sebebi olarak değerlendirmektedir³⁴.

Yabancı davacının teminat gösterme yükümlülüğünün bir ilk itiraz mı olduğu, yoksa mahkemece re’sen dikkate alınacak bir husus mu olduğu konusunda MÖHUK’ta bir açıklık yoktur. Ancak öğretide, söz konusu teminat yükümlülüğünün, sadece davalının değil, mahkemenin de maruz kalacağı zararları karşılamak amacını taşıması sebebiyle, burada bir ilk itiraz söz konusu olmayıp, mahkeme tarafından re’sen dikkate alınması gereken bir husus olduğu kabul edilmektedir³⁵. Yargıtay da verdiği kararlarında MÖHUK m. 48 kapsamında gösterilmesi gereken teminatın, mahkeme tarafından re’sen gözetilmesi gereken bir husus olduğunu kabul etmiştir³⁶.

³¹ Vatansız kişiler de, genel anlamda yabancı oldukları için teminat göstermek zorundadırlar. Buna karşın, Türk vatandaşlığı yanında yabancı bir veya birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olan kişinin sadece Türk vatandaşlığı dikkate alınacağı için, MÖHUK kapsamında teminat gösterme yükümlülüğü yoktur. Turhan, ss. 878-881; Nomer, ss. 120-121, kn. 301.

³² Nomer, s. 120, kn. 300; Çelikel/Erdem, s. 554.

³³ Çelikel/Erdem, s. 555. Yar. HGK, 13.5.1983, E. 1980/6-1952, K. 1983/512 (Çelikel/Nomer, 6. Bası, ss. 384-385).

³⁴ Nomer, s. 122, kn. 306 ve dn. 311. Ayrıca bkz. Turhan, ss. 873-874.

³⁵ Nomer, s. 121, kn. 305; Çelikel/Erdem, s. 556 ve dn. 71; Kuru/Arsalan/Yılmaz, s. 601; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 340; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 244. Aksi fikirde, Turhan, ss. 886-887, 891.

³⁶ “2675 sayılı MÖHUK’da emredici bir şekilde düzenlenmiş olan 32. maddesi (yeni m. 48) hükmüne göre, Türk mahkemesinde dava açan yabancı gerçek veya tüzel kişiler, yargılama ve takip giderleriyle, karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği

Ayrıca, mülga HUMK m. 98’de ilk itiraz olarak düzenlenmiş iken, artık HMK’da da açıkça bir dava şartı olarak düzenlenmiş (114/1-ğ) olması sebebiyle, yabancı davacının teminat gösterme yükümlülüğünün HMK’daki düzenlemeye kıyasen MÖHUK için de geçerli olacağı ve mahkemece re’sen dikkate alınması gereken bir husus olarak değerlendirilmesi mümkündür.

Teminatın gösterilmesi için davacıya Mahkeme tarafından kesin bir süre verilir. Bu süre içerisinde teminatın yatırılmaması durumunda, HMK’nın 88’inci maddesi kıyasen uygulanıp davanın, dava şartı yokluğundan (usûlden) reddedilmesi gerekecektir³⁷.

MÖHUK’un 48’inci maddesinin ikinci fıkrasında, mahkemenin, yabancı davacıyı, karşılıklılık esasına göre teminattan muaf tutacağına ilişkin bir istisna yer almaktadır³⁸. Bu hükme göre, “Mahkeme dava açanı, davaya katılanı veya icra takibi yapanı karşılıklılık esasına göre teminattan **muaf tutar**”. 2675 sayılı mülga MÖHUK’un 32. maddesinde yer alan benzer düzenlemeye göre ise, mahkemenin, dava veya takibin niteliğine ve duruma göre teminat göstermek ile yükümlü olanları, karşılıklılık esasına göre teminat göstermekten “**muaf tutabilir**” ifadesi yer

teminatı göstermek zorundadırlar; meğerki davacı karşılıklılık esasına göre, teminattan muaf tutulabilsin. Bu durumda mahkemece bu düzenlemenin emredici nitelikte yapılmış olmasına ve ayrıca kamu düzeni ile ilgisi de dikkate alınarak HUMK’un 98. maddesindeki düzenlemenin aksine, öncelikle ve re’sen gözetilerek ...” Yar. 11. HD, 1.12.1987 (YKD 4/1988, ss. 508-510). Aynı yönde, Yar. 13. HD, 22.3.1984 (YHD, 9/1985, s. 1315); Yar. 13. HD, 1.12.1988 (YHD, 4/1989, s. 527).

³⁷ Eskiden HUMK m. 99 gereği, davacının yargılamada bulunmamış sayılmasına karar verileceği görüşü kabul edilmekteydi. Çelikel/Erdem, s. 556. Ancak Nomer, teminatın re’sen gözetilecek bir husus olması sebebiyle, bu şartın yerine getirilmemiş olması durumunda davanın red edilmesi gerekeceğini eski HUMK zamanında da kabul etmekteydi. Zira eski HUMK m. 99’a göre ilk itiraz olması sebebiyle, davacı yargılamada hazır bulunmamış sayıldığından, davanın akıbeti davalıya bırakılmış oluyordu ve davalı, davayı davacının yokluğunda sürdürme (HUMK m. 377) imkânına sahipti. Oysa MÖHUK’ta yer alan teminata ilişkin düzenleme ile sadece davalının muhtemel zararları değil, yargılama ve takip giderlerini de karşılama amacını taşınmaktadır. Nomer, s. 122, kn. 305 ve dn. 210. 6100 sayılı yeni HMK’daki düzenleme ile artık bu durum açıkça bir dava şartı olarak kabul edildiğinden (m. 88/1, m. 114/1-ğ) dava reddedilecektir.

³⁸ Teminat bakımından karşılıklılık sorunun doğru tespit edilebilmesi için diğer ilgili devletlerin benzer konularda nasıl davrandıklarının incelenmesi gerekir. Çeşitli devletlerdeki farklı uygulamalar, tam ve eşit bir karşılıklılığın aranamayacağını göstermektedir. Bu sebeple teminat konusunda karşılıklılığın temini için, yabancı davacının mensup olduğu devlette Türk davacıya karşı benzer bir muamele gösterilmesi gereklidir. Nomer, ss. 123-124, kn. 309.

almaktaydı. Bu düzenleme karşısında, akdi karşılıklılığın olmadığı hallerde hâkimin fiili ve kanunî karşılıklılık durumlarında bir takdir hakkı söz konusuydu³⁹.

5718 sayılı yeni MÖHUK madde 48/2’de yer alan düzenleme ile eski kanundan farklı olarak, karşılıklılık konusunda hâkimin takdir hakkı ortadan kaldırılmıştır⁴⁰. Ancak yine de, hükümde yer alan karşılıklılık kavramının geniş yorumlanması gerekeceği ve yabancı kişinin teminat yükümlülüğünden muaf tutulabilmesi için bağlı olduğu devlet ile Türkiye’nin teminat konusunda yapmış olduğu iki taraflı⁴¹ veya çok taraflı⁴² sözleşmelerin bulunması dışında, kanunî ve fiilî karşılıklılığın da ispatlanmasının yeterli olacağı kabul edilmektedir⁴³.

HMK’da adlî yardımdan faydalananların (m. 334) teminattan muaf olacağına ilişkin düzenleme (m. 85/1-a), kıyasen MÖHUK m. 48 kapsamında teminat göstermek zorunda olan yabancılar için de uygulanabilir. Yabancıların adlî yardımdan yararlanabilmeleri için, yoksulluk ve haklılık koşulları (bu konuda yaklaşık ispat yeterlidir) yanında, karşılıklılık koşulunun da sağlanmış olması gerekir

³⁹ Çelikel/Erdem, ss. 557-558; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 601, dn. 50. Yar. 21. HD, 8.5.2003 (YKD, Ekim 2003, s. 1593).

⁴⁰ “5718 sayılı MÖHUK Tasarısında yer almayan 48/2’deki bu yeni düzenleme, Kanun’un kabulünden önce TBMM alt komisyonu tarafından değiştirilmiştir”. Çelikel/Erdem, s. 558.

⁴¹ Türkiye bu konuda birçok devlet ile anlaşma imzalamıştır. Bunlar, Almanya, Avusturya, Azerbaycan, Bulgaristan, Cezayir, Çek Cumhuriyeti, Çin Halk Cumhuriyeti, Danimarka, Dominik Cumhuriyeti, Filipinler, Finlandiya, İngiltere, İran, İtalya, İsviçre, Irak, KKTC, Mısır, Macaristan, Norveç, Polonya, Pakistan, Romanya, Suudi Arabistan, Tunus, Ürdün ve Yemen (Şanlı, Milletlerarası Ticarî Akitler, s. 161’den naklen).

⁴² Türkiye’nin de katılmış bulunduğu bazı çok taraflı sözleşmelerde teminat gösterme yükümlülüğü konusunda muafiyet sağlayan hükümler vardır: Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme (RG 5.9.1961, S. 10898), m. 16; Nafaka Alacaklarının Yabancı Memleketlerde Tahsili ile İlgili Sözleşme (RG 18.3.1971, S. 13782), m. 9; Hukuk Usûlüne Dair Sözleşme (RG 23.3.1972, S. 14137), m. 17-19; Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Sözleşme (RG 11.1.1973, S. 14418), m. 9; Nafaka Alacakları Konusundaki Kararların Tanınmasına ve Tenfizine İlişkin Sözleşme (RG 16.2.1983, S. 17961), m. 15-16; Avrupa İkamet Sözleşmesi (RG 20.4.1989, S. 20145), m. 9. Nomer, s. 124, kn. 310; Çelikel/Erdem, ss. 559-560. Ayrıca bkz. Aysel Çelikel ve Cemal Şanlı, **Türk Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı**, 12. Bası, İstanbul, 2007, ss. 15-17.

⁴³ Nomer, s. 123, kn. 308; Çelikel/Erdem, ss. 557-558; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 601.

(HUMK m. 334/3). Burada aranılan karşılıklılığın sadece akdî olmayıp, kanunî veya fiilî karşılıklılık olması da mümkündür⁴⁴.

Acaba mutad meskeni Türkiye’de olan yabancıların da, Türk mahkemelerinde açacakları davalar konusunda teminat gösterme yükümlülükleri olacak mıdır? MÖHUK’un 48’inci maddesindeki düzenleme dikkate alındığında, teminat için tek ölçütün yabancıların davacı olmasını görmekteyiz. Yabancıların yerleşim yeri teminat konusunda hiçbir rol oynamamaktadır. Ancak MÖHUK’ta açıklık olmayan hususlarda HMK’daki hükümleri kıyasen uygulayabildiğimize göre⁴⁵, bu durumda da HMK’nın yurt içinde istenen teminatı karşılamaya yetecek taşınmazı veya aynı teminatla güvence altına alınmış bir alacağı bulunanların teminattan muaf tutulacakları hükmü (m. 85/1-b), burada da kıyasen uygulanmalıdır⁴⁶.

Bununla beraber kanımızca, MÖHUK m. 48’e yapılacak bir ekleme ile sadece “yabancı” yerine “mutad meskeni Türkiye’de olmayan yabancı” ifadesine yer verilmesi de hükmün amacına daha uygun olacaktır. Zira amaç, Türkiye ile yeteri kadar bağı olmayan davacıya karşı davalının korunmasıdır. Bu durumda davacının Türkiye’de mutad mesken sahibi olması, onun dava sonunda davalı tarafından takip edilmesini kolaylaştıracaktır.

D. Tanıma Davasında Taraflar, Tanıma Talebi ve Gerekli Belgeler

1. Taraflar

Tanıma davası, kural olarak yabancı mahkemede görülen davayı kaybeden ve genellikle bu davada davalı sıfatını taşıyan kişiye karşı açılır. Bununla beraber MÖHUK’un 52’nci maddesindeki yeni düzenlemeye göre, ilk davada davacı veya

⁴⁴ Bkz. 334. madde gerekçesi. Aynı yönde, Nomer, s. 125, kn. 311; Çelikel/Erdem, s. 553.

⁴⁵ Örneğin, teminatın mahkeme tarafından verilen süre içerisinde gösterilmemesi durumunda, davanın usûlden reddedilmesi gerektiği konusunda olduğu gibi (HMK m. 88).

⁴⁶ MÖHUK’tan önce yürürlükte olan ve yabancıların teminat gösterme yükümlülüğünü düzenleyen “Ecnebilerin Hak ve Vezaifi Hakkında Muvakkat Kanunu”nun (EHVK) 3. maddesinde bu yönde bir hüküm mevcuttu. Bu hükmüne göre, “...ancak Türkiye’de yeteri kadar malları bulunmayan yabancılar tarafından Türkler aleyhine davacı sıfatıyla açılacak veya müdahil olarak iştirak edilecek davaların” demek suretiyle, yabancıların Türkiye’de mal varlıklarının bulunması teminattan muaf tutulmalarını sağlamaktaydı. Turhan, ss. 881-883.

davalı sıfatına sahip olmasa da, kararın Türkiye’de tanınmasında hukuki yararı bulunanlar, örneğin yabancı boşanma ilâmının tarafları olan eşlerden birinin ölümü halinde onun mirasçıları tarafından da tanıma davasının açılması mümkün olduğu hüküm altına alınmıştır^{47 48}.

Çekişmeli yargıya dâhil olan yabancı bir mahkeme kararının tespit davası niteliğinde olmak üzere tanınması talep edildiğinden, bu talebin “hasımlı olarak açılacak dava yolu ile” yapılması ve isteme ilişkin dilekçenin, duruşma günü ile birlikte karşı tarafa tebliğ edilmesi gerekecektir (m. 55/1)⁴⁹. Yargıtay da yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin vermiş olduğu kararlarda, hasımsız olarak açılan davanın, taraf teşkili yapılmaksızın duruşma yapılması ve karşı tarafa savunma hakkı verilmeden sonuçlandırılmasını kanuna aykırı görmektedir⁵⁰.

⁴⁷ Nomer, ss. 186-187, kn. 464; Çelikel/Erdem, ss. 587-588. Ayrıca bkz. Sakmar, Yabancı İlâmlar, s. 128; Tiryakioğlu, s. 87; Ruhi, Evlat Edinme, s. 130. Kanunda yer alan bu hükümden önce Yargıtay tarafından, ilk davanın tarafları dışında hukukî yararı da olsa başkasının Türk mahkemesinde tanıma ve tenfiz talep edemeyeceği yönünde karar verilmekteydi; “...Boşanmaya ait yabancı mahkeme ilâmının tanınması ve tenfizi talebi taraflarca istenebilir”. Kararın muhalefet şerhinde ise haklı olarak “Boşanmaya ait yabancı mahkeme ilâmının tanınması ve tenfizini her ilgili isteyebilir. Yabancı mahkemeden alınan boşanma kararının eşlerden birinin ölümü halinde tanınmasını ve tenfizini ölen eşin halefleri isteyebilir”. Yar. 2. HD, 18.12.1995 (Çelikel/Nomer, s. 467).

⁴⁸ Alman hukunda da, yabancı kararın tanınmasında hukukî yararı olan herkesin tanıma talebinde bulunabileceği düzenlenmiştir. Bkz. MünchKommZPO/Rauscher, s. 525, kn. 19; Bassenge/Roth, § 108, s. 215, kn. 5; Rossenberg/Schwab/Gottwald, § 157, s. 903, kn. 58.

⁴⁹ Nomer, s. 185, kn. 460. “...davalının da, dava dilekçesinin kendisine tebliği ile açılan davadan haberdar olması, ileri sürülen savlara karşı belirli süre içinde cevap hakkını kullanması, savunmasını yapması, karşı delillerini ileri sürmesi, duruşmalarda hazır bulunması doğal haklarından olduğu gibi, davalının bu haklarına saygı gösterilmesi de hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Bu kurallara uyulması bakımından, davalının Türk veya yabancı bir ülkede oturmasının hiçbir farkı olamaz”. Anayasa Mahkemesi, 28.9.1995, E.42/K.53 (RG 16.5.1997, 22991).

⁵⁰ “Mahkemece, dava dilekçesinin ve duruşma günün davalıya tebliğ edilmesi suretiyle taraf teşkilinin sağlanması gerekirken, bu hususa uyulmaksızın karşı tarafa savunma imkânı sağlanmadan hasımsız olarak açılan davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır”. Yar. 2. HD, 8.4.2008, E. 2007/4203, K. 2008/4879 (RG 7.5.2008, 26869). Aynı yönde, Yar. 2. HD, 14.4.2008 (RG 15.5.2008, 26877). Davalı tarafın yabancı olması halinde, yabancı boşanma kararının tanınması talebinde davalıya tebligat çıkarılmasını “lüzumsuz ve gereksiz” gören görüş için bkz. Şükrü Özdemir, “Yurt Dışından Alınan Boşanma Kararının Türkiye’deki Etkisi”, **Yargıtay Dergisi**, C. 12, S. 1-2, 1986, ss. 8-16, s. 15.

Yabancı çekişmesiz yargı kararlarının tanınması talebinde ise, özellikle çekişme yokluğu kıstasına göre çekişmesiz yargıya dâhil sayılan işler bakımından karşı taraf teşkili söz konusu olamayacağından, tanıma talebi herhangi bir karşı tarafa yöneltilemeyecektir. Kanunun tebligata ilişkin hükmünde bu durumu kast ederek “Hasımsız ihtilâfsız kaza kararlarında tebliğ hükmü uygulanmaz” hükmüne yer verilmiştir (m. 55/1).

Ancak her ne kadar karşı taraf teşkili söz konusu olamasa da, ad ve soyad değişikliği gibi veya nüfus kaydının düzeltilmesine ilişkin kararlar bakımından, iç hukukumuzda verilecek kararlarda öngörüldüğü üzere (Nüfus Kanunu m. 36), yabancı mahkeme kararının tanınması talebinin de Nüfus müdürlüğüne bildirilmesi gerekecektir. Ancak buradaki bildirim, bir taraf oluşumu anlamına gelmemektedir. Zira Türk mahkemesinden yabancı mahkeme kararın tanınması talep edilmeyip doğrudan nüfus kaydının düzeltilmesi veya değiştirilmesine ilişkin bir çekişmesiz yargı işi hakkında karar verilmesi talep edilmiş olsaydı da, Nüfus Kanununda yer alan, “*kayıt düzeltme davaları nüfus müdürü veya görevlendireceği nüfus memuru huzuru ile görülür ve karara bağlanır*” (m. 36/1-a) hükmü gereğince de mahkeme durumu nüfus müdürlüğüne bildirecekti. Ancak bu bildirimle, işin çekişmeli yargıya dâhil olduğunu ve nüfus müdürlüğünün davalı olduğu anlamına gelmemektedir. HMK’da da ad ve soyadın değiştirilmesi ile, kişisel durum sicilindeki kaydın düzeltilmesi işleri açıkça çekişmesiz yargıya dahil sayılmıştır (HMK m. 382/2-a, (2) ve (5)). Tanıma hâkimi de, tanıma kararı verirken kendi hukukunun (lex fori) usûl kurallarını uygulayacağından, Nüfus kanununda yer alan hükmü, yabancı çekişmesiz yargı kararlarının tanınmasında da uygulayacaktır.

Bunun gibi, **olması gereken hukuk bakımından**, yabancı çekişmesiz yargı kararının tanınması hâlinde, bu tanıma kararı ile hukukî durumları etkilenebilecek olan üçüncü kişilerin, Anayasa’nın 36’ncı maddesinde yer alan hak arama hürriyetlerinin korunabilmesi için, kendisinden tanıma talebinde bulunulan mahkeme tarafından re’sen davet edilmeleri uygun olacaktır. Her ne kadar hukukumuzda üçüncü kişinin mahkeme tarafından re’sen davet edilmesine ilişkin genel bir hüküm

bulunmasa da, bu konuya ilişkin özel kanun hükümlerinin kıyasen uygulanması ile bu sonuç sağlanabilecektir⁵¹.

Bu yönde, yabancı mahkeme tarafından verilen mirasçılık belgelerinin Türkiye’de tanınmaları talep edildiğinde, yine tanıma kararı verecek olan mahkemenin, tanıma talebini bilinen bütün ilgililere (örneğin, ölenin nüfus kütüğünde görünen mirasçılara) re’sen bildirmesi ile hem bu kişilerin hak arama hürriyetlerinin korunması, hem de ileride ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların önlenmesi mümkün olabilecektir⁵².

Çekişme yokluğu kıstası dışındaki bir kıstasa göre çekişmesiz yargıya dâhil sayılan ve özellikle aile hukukuna ilişkin çekişmesiz yargı işlerinde olduğu gibi başka ilgililerin de bulunduğu yabancı çekişmesiz yargı işlerinde de, söz konusu yabancı mahkeme kararının tanınmasında, tanıma talebinin bu ilgililere de bildirilmesi uygun olacaktır.

Ancak çekişmeli yargı alanında verilen yabancı mahkeme kararlarında bir karşı tarafın her zaman olması ve bunun yabancı mahkeme kararında belli olması sebebiyle, karşı tarafa tanıma davasında da mutlaka husumet yöneltmesi gerekmektedir. Buna karşın çekişmesiz yargı kararlarının pek azında talep sahibi dışındaki ilgililer bilinmektedir⁵³. Bu sebeple de, olmayan bir karşı tarafa veya belli olmayan bir maddî ilgiliye husumet yöneltilemeyeceği için, yabancı çekişmesiz yargı kararlarının çoğu bakımından sadece talep sahibinin istemi üzerine mahkeme tanıma

⁵¹ Aynı yönde, Budak, Üçüncü Kişilerin Hakları, ss. 126-131. Örneğin, Tapu Kanununun 31. maddesine göre, gayrimenkul malların yüzölçümünün tapu sicilinde yazılı olandan fazla olması durumunda, mahkemece, gayrimenkul malikinin talebi ile, tapuda yazılı yüzölçümünün düzeltilmesine karar verilebilir. Mahkeme, yüzölçümünün düzeltilmesi talebini karara bağlarken, Tapu kanunu m. 31/I gereği “bitişik gayrimenkul maliklerini dinler”. Bu hüküm emredicidir. Bkz. Budak, Üçüncü Kişilerin Hakları, ss. 123-126.

⁵² Aynı yönde, Budak, Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, s. 127.

⁵³ Öğretide çekişmesiz yargıya dâhil olduğu belirtilen evlât edinme işi bakımından; Ruhi’ye göre, ilgili yabancı mahkeme kararının tanınmasını talep eden evlât edinenin, evlatlığı veya kanunî temsilcisini davalı göstererek bir tanıma davası açması gerekecektir. Eğer evlat edinilecek çocuk, Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü bünyesinde bulunan bir çocuk ise, açılan davada tüzel kişiliği bulunan Başbakanlık Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü davalı olarak gösterilmelidir. Ruhi, Evlat Edinme, ss. 130, 133. Kanımızca burada bildirimde bulunulacak ilgililer açısından bu tespit yerindedir. Ancak yine de burada bir davalı (hasım) ve dava değil, çekişmesiz yargı işi ve bu bağlamda ilgililer söz konusudur.

şartlarını inceleyecek ve şartların gerçekleşmiş olması durumunda tanıma kararı verebilecektir. Bu konuda MÖHUK m. 55/1 de yer alan “hasımsız ihtilâfsız kaza kararlarında tebliğ hükmü uygulanmaz” hükmü de kanuni dayanak oluşturmaktadır.

2. Tanıma Talebi

MÖHUK’un 52’inci maddesine göre, yabancı mahkeme kararının tanınması talebi dilekçe ile olur. Dilekçe’ye (varsa) karşı tarafın sayısı kadar örnek eklenecektir. Dilekçede yer alması gereken hususlar şunlardır:

- a- Tanıma isteyenle, karşı tarafın ve varsa kanunî temsilci ve vekillerinin ad, soyad ve adresleri.
- b- Tanıma konusu hükmün hangi devlet mahkemesinden verilmiş olduğu ve mahkemenin adı ile ilâmın tarih ve numarası ve hükmün özeti.
- c- Tanıma, hükmün bir kısmı için isteniyorsa bunun hangi kısım olduğu belirtilmelidir.

MÖHUK m. 52’ye dilekçede yer alması gereken bu hususlar dışında, ayrıca, davanın açıldığı mahkemenin adı veya talep sonucu gibi HMK’nın 119’uncu maddesinde belirtilmiş olan dava dilekçesinde yer alması gereken hususların da ilgili olanlarının eklenmesi gerekecektir⁵⁴.

3. Gerekli Belgeler

MÖHUK’un dilekçeye eklenecek belgeler başlığını taşıyan 53. maddesine göre, tanıma davasına ilişkin dilekçeye şu belgelerin eklenmesi gerekecektir:

- a- Yabancı mahkeme ilâmının o ülke makamlarınca usûlen onanmış aslı veya ilâmı veren yargı organı tarafından onanmış örneği ve onanmış tercümesi,

⁵⁴ Çelikel/Erdem, s. 587. Karş. Ruhi, ss. 177-178.

- b- İlâmın kesinleştğini gösteren ve o ülke makamlarınca usûlen onanmış yazı veya belge ile onanmış tercümesi.

Kanun, 53'üncü maddedeki düzenleme ile, mülga 2675 sayılı MÖHUK'ta olmayan "veya ilâmı veren yargı organı tarafından onanmış örneği" ifadesine yer vererek, konuyu düzenleyen eski 37. madde yer alan, kararın sadece aslının eklenmesini zorunlu tutan hükmün uygulamada yarattığı zorluk giderilmiştir. Zira, bir çok yabancı mahkeme haklı olarak, kararın aslını taraflara vermemekteydi. Bunun yerine aslı gibi onanmış örneği taraflara verilir⁵⁵. Fakat yeni düzenleme ile artık yabancı mahkemeden verilen kararın aslını alamayıp sadece onanmış örneğini alabilen tarafların, tanıma dilekçesine bu karar örneğini onanmış tercümesi ile eklemesi yeterli olacaktır⁵⁶.

E. Tanıma Davasının Görülmesi

1. Yargılama Usûlü

Tanıma davasında uygulanacak yargılama usûlü MÖHUK'un 55'inci maddesinde düzenlenmiştir. Tanıma talebine ilişkin dilekçenin içermesi gereken hususlar ile dilekçeye eklenmesi gereken hususlar Kanunun 52. ve 53. maddelerinde düzenlenmiş olmasına karşın, burada ayrıca dilekçenin duruşma günü ile birlikte karşı tarafa bildirilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır (m. 55/1). Bunun sebebi, hâkimin tanıma kararını verirken sadece dosya üzerinde inceleme yapmasını

⁵⁵ "Davacı vekilinin tenfiz dilekçesine eklediği yabancı mahkeme ilâmı fotokopi olup, onanmış aslının ibraz edilmesi gerekir. Bu konuda eksikliklerin tamamlanması için mahkeme davacıya süre vermeli ve hâsıl olacak sonuca göre karar vermelidir". Yar. 13. HD, 8.2.1991, E. 1990/7708, K. 1991/2756, (Yasa, c. 14, S. 10, Ekim 1991, s. 1399). "...Dosya içindeki belgelerden az yukarıda belirtilen yabancı mahkeme ilâmının onanmış aslı ve onanmış tercümesi bulunmamaktadır. Bu durumda mahkemece davacıya anılan belgeleri ibraz etmesi için kesin mehil verilmesi ve ibraz edemediği takdirde davanın ret edilmesi gerekir...". Yar. 13. HD, 23.5.1995, E. 1995/4891, K. 1995/5016. Saim Üstündağ ve Abdurrahim Karşlı, **Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun**, İstanbul, 1996, s. 330-331. Yargıtay 2. HD'nin 5.7.1994 tarihli kararında, "Dava dilekçesinde eklenmesi zorunlu olan belgelerin dilekçeye eklenmemiş olması davanın reddi için sebep kabul edilmemiş... eksikliğin tamamlanmasını isteme görevi hakime yüklenmiştir". Nomer, Yargıtay Kararları, s. 707.

⁵⁶ Çelikel/Erdem, ss. 589-590.

engellemek ve karşı tarafın tanımaya ilişkin itirazları varsa bunları bildirmesini sağlayabilmektir⁵⁷.

Çekişmesiz yargı kararlarına ilişkin tanıma (ve tenfiz) istemine ilişkin dilekçenin de, duruşma günü ile birlikte karşı tarafa tebliğ edilmesinin gerekli olduğu madde de açıkça düzenlenmiştir (m. 55/1, 2.cümle). Ancak maddenin devamında isabetsiz bir şekilde, “Hasımsız ihtilafsız kaza kararlarında tebliğ hükmü uygulanmaz” hükmüne yer verilmiştir (m. 55/1, 3.cümle). İçerik olarak doğru ve mantıklı olan bu hükümde kullanılan “hasımsız” ifadesinin çekişmesiz yargıda yeri yoktur⁵⁸. Zira önceden de açıkladığımız üzere, çekişmesiz yargı işi bir dava değildir. Bu sebeple de çekişmesiz yargıya dâhil işlerde davacı-davalı veya hasım gibi kavramlar yerine “ilgili” veya “talep sahibi” kavramları kullanılmaktadır.

Kanun koyucun, burada kullanmış olduğu “hasımsız ihtilafsız kaza kararları” ifadesi ile “çekişme yokluğu” kıstasına göre çekişmesiz yargıya dâhil olan işleri ifade etmek istemiştir. Bu düzenlemeye göre, örneğin, ergin kılınma, ad ve soyadın değiştirilmesi, gaiplik nedeniyle evliliğin feshi gibi, sadece bir ilgilinin (talep sahibinin) bulunduğu konulara ilişkin yabancı çekişmesiz yargı kararlarının tanınması için mahkemeye verilecek olan dilekçenin tebliğ edilmesine gerek olmadığı hüküm altına alınmıştır. Ancak yukarıda belirttiğimiz üzere, iç hukukumuzda Nüfus Müdürlüğünün hazır bulunması gereken işler bakımından ilgili sıfatına sahip olması sebebiyle, tanıma talebinin kendisine bildirilmesi uygun olacaktır.

MÖHUK m. 55/1, birinci cümlesine göre, “Tenfiz istemine ilişkin dilekçe, duruşma günü ile birlikte karşı tarafa tebliğ edilir”. Her ne kadar burada yabancı mahkeme kararının tenfizi için tebligatın aranacağı ifade edilmişse de, bu şart tanıma için açılan davalarda da uygulanacaktır. Çünkü tanıma davasında da kişinin savunma haklarını kullanabilmesi için kendisine karşı açılan davadan haberdar olması gerekir.

⁵⁷ Çelikel/Erdem, s. 621.

⁵⁸ Kuru, Nizasız Kaza, ss. 20, 26. Ayrıca bkz. Pekcanitez, Medenî Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-IV, s. 4.

Zira MÖHUK m. 54’de düzenlenen tanıma şartlarının hepsi mahkeme tarafından re’sen incelenebilecek şartlar değildir⁵⁹.

Söz konusu tebligatın nasıl yapılacağına ilişkin MÖHUK’ta bir düzenleme yer almamaktadır. Tebligata ilişkin hükümler 7211 sayılı Tebligat Kanunu⁶⁰ ile Tebligat Tüzüğü içerisinde yer almaktadır. Yurt dışına yapılacak tebligatlar için bu iki kaynağa ilave olarak Türkiye’nin imzalamış olduğu iki ve çok taraflı sözleşmeler uygulanır⁶¹.

Tanıma isteminin, basit yargılama usûlü hükümlerine göre incelenerek karara bağlanması öngörülmüştür (m. 58/1, son cümle). Zira yazılı yargılama usûlü davanın uzamasına ve hakkın elde edilmesini geciktireceğinden, daha kısa ve seri işleyen basit yargılama usûlü tercih edilmiştir⁶². Basit yargılama usûlü HMK m. 316-322 arasında düzenlenmiştir. Basit yargılama usûlünde davanın açılması (veya tanıma talebi) dilekçe ile olur (m. 317/1). Dilekçe, yönetmelikte belirtilen formun doldurulması suretiyle de verilebilir (m. 317/4). Basit yargılama usûlünde cevap süresi, dava dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren iki haftadır. Ancak mahkeme, cevap dilekçesinin bu süre içerisinde hazırlanmasının durum ve koşullara göre çok zor veya imkânsız olduğu durumlarda, bu süre içerisinde başvurmak şartıyla, bir defaya mahsus ve iki haftayı geçmemek üzere ek bir süre verebilir (m. 317/2).

Basit yargılama usûlüne tâbi davaların ve işlerin daha kısa sürede sonuçlanmasını sağlamak amacıyla, HMK’da cevaba cevap (replik) ve ikinci cevap

⁵⁹ Çelikel/Erdem, ss. 622 ve 633-634. “Mahkemece hasımsız açılan davanın taraf teşkili yapılmaksızın duruşma yapılarak karşı tarafa savunma imkânı sağlanmadan kabul edilmesi usul ve yasaya aykırıdır”. Yar. 2. HD, 16.5.2002, E. 2002/2458, K. 2002/2905 (www.kazanci.com.tr). Aksi fikirde olan Ertaş’a göre yabancı çekişmeli yargıya ilişkin kararlar bakımından da; “Tanıma davası nizasız kaza şeklinde hasımsız olarak görülmesi gereken bir davadır. Dolayısıyla tanıma davasında karşı tarafa tebligat yapılmasına gerek yoktur. Ertaş, s. 401.

⁶⁰ RG 11.2.1959, S. 7201; RG 19.2.1959. Değişiklik Kanunu, RG 15.6.1985, S. 18785 ve RG 27.3.2003. Ayrıca bkz. Çelikel/Şanlı, ss. 117-120.

⁶¹ Çelikel/Erdem, s. 462. Ayrıca Uluslararası sözleşmelere göre yurt dışına yapılacak tebligatlar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikel/Erdem, ss. 466-475; Ahmet Cemal Ruhi, **Tebligat Hukuku**, Ankara, 2004, s. 174 vd.

⁶² Çelikel/Erdem, s. 622.

(düplik) aşamaları kaldırılmıştır (m. 317/3)⁶³. Bunun yanında, yazılı yargılama usûlüne kıyasla daha basit bir ön inceleme aşaması ön görülmüştür ve eğer dosya üzerinden karar verilmesi mümkünse, taraflar duruşmaya çağrılmadan sadece dilekçe ve deliller dikkate alınarak karar verilebilir (m. 320/1)⁶⁴.

MÖHUK m. 54/b’de yer alan yabancı mahkemenin yetkisinin “aşırı yetki” olması durumunun tetkiki ile aynı maddenin (ç) bendinde düzenlenen “savunma haklarına riayet” edilmiş olup olmadığının incelenmesi, davalının itiraz etmiş olması şartına bağlıdır. Bu sebeple bilhassa yabancı çekişmeli yargı kararlarının tanınmasında da davalıya tebligat ve bu bağlamda duruşma yapılması zorunludur. Yargıtay da tanıma konusunda verdiği kararlarında; duruşma yapılmadan ve böylece karşı tarafa savunma hakkı verilmeden tanıma kararı veren ilk derece mahkemesinin kararlarını bozmaktadır⁶⁵. Örneğin, Yargıtay 2. HD’nin 14.11.1996 tarihli kararında⁶⁶;

“Mahkemece hasımsız olarak açılan davanın taraf teşkili yapılmaksızın duruşma açılarak karşı tarafa savunma imkânı vermeden kabulü usul ve yasa hükümlerine aykırı bulunmuştur”.

Ancak basit yargılama usûlüne ilişkin olarak HMK’nın 320’nci maddesinin birinci fıkrasında ön görülen “Mahkeme mümkün olan hâllerde tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verir” hükmü, özellikle “çekişme yokluğu” kıstasına göre çekişmesiz yargıya dâhil olan ve yabancı mahkeme tarafından

⁶³ Bununla beraber mülga HUMK’da adli tatilde görülebilecek davalar arasında m. 176/11’e göre, basit yargılama usûlüne bağlı tutulan davalar da yer almaktaydı. Fakat yeni HMK’da 176. maddenin yerini alan 103. maddede bu hüküm yer almamaktadır. Bu sebeple de artık adli tatil süresince tanıma (ve tenfiz) davaları görülemeyecektir.

⁶⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 579-582; Muhammet Özekes, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nda Yargılama Usûlleri Bakımından Getirilen Yeniliklere Genel Bir Bakış”, **Halûk Konuralp Anısına Armağan**, Ankara, 2009, ss. 783-788, ss. 787-788. Ayrıca mahkeme, ön incelemeden sonra, kural olarak iki duruşmada yargılamayı tamamlamak zorundadır ve duruşmaların arası en fazla bir ay olmalıdır (m. 320/3-c. 1).

⁶⁵ Çelikel/Erdem, ss. 633-634.

⁶⁶ Yar. 2. HD, 14.11.1996, E. 10829/K. 11838 (Özmen, s. 838). Aynı yönde; “...hasımsız açılan davanın kabulü ile yabancı mahkeme ilamının tanıma şartlarını taşıyıp taşımadığı da tartışılmaksızın yazılı biçimde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır”. Yar. 2. HD, 29.11.1994, E. 11171/K. 11688 (Özmen, ss. 835-836); Yar. 2. HD, 7.10.2002, E. 10804/K. 11537 (www.kazanci.com.tr).

hakkında karar verilen çekişmesiz yargı işinin Türk mahkemesi tarafından tanınmasında uygulama alanı bulması mümkün olmalıdır. Zira, kazai rüşt veya evliliğin gaiplik nedeniyle feshine ilişkin yabancı çekişmesiz yargı kararlarında olduğu gibi, kural olarak talepte bulunan dışında bir taraf olmaması sebebiyle, tanıma talebine “aşırı yetki” veya “savunma hakkının ihlal edilmemiş olması”na ilişkin tanıma şartları bakımından da itiraz edebilecek bir karşı taraf (davalı) olmayacaktır. Böylece, Yargıtay kararlarının bozma gerekçesini oluşturan, karşı tarafa savunma imkânının sağlanmamış olması da söz konusu olmayacağından, tanıma talebini inceleyen mahkeme duruşma yapmadan dosya üzerinden karar verebilecektir.

2. Tanıma Talebinin Kapsamı

Tanıma davasının ve bu bağlamda yabancı çekişmesiz yargı kararlarının tanınması talebinin konusu, yabancı mahkeme kararının kanunda gösterilen şartlar dâhilinde kesin hüküm kuvvetine (şeklî veya maddî) sahip olduğunun tespitinden ibarettir. Davacı ayrıca yabancı mahkeme kararında hüküm altına alınmamış yeni taleplerde bulunması mümkün değildir. Zira tanıma kararı sadece tespit edici bir niteliğe sahiptir⁶⁷.

Yabancı mahkeme kararının sahip olduğu kesin hüküm ve kesin delil kuvveti, kararı veren devletin hukukuna göre belirlenir. Bununla beraber Türk mahkemesi tarafından hakkında tanıma kararı verilen yabancı mahkeme kararlarına, Türk mahkeme kararlarının sahip olduğu kesin hüküm kuvvetinden daha geniş bir kesin hüküm kuvveti tanınmaz⁶⁸.

Çekişmesiz yargı kararları kural olarak maddî anlamda kesin hüküm kuvvetine sahip olmadıklarından, Türk mahkemesi tarafından tanınan yabancı çekişmesiz yargı kararları da sadece şeklî anlamda kesin hüküm kuvvetine sahip olacaktır. Nasıl ki, irat şeklinde hükme bağlanmış yabancı nafaka kararları, Türkiye’de tanındıktan ve tenfiz edildikten sonra, şartların değişmesi durumunda, muayyen fasılalarla tekrarlanan nafaka ödemelerine ait hükmün değiştirilmesi talep

⁶⁷ Sakmar, Yabancı İlâmlar, s. 130; Tiryakioğlu, s. 89; Ruhi, s. 200.

⁶⁸ Nomer, s. 145, kn. 362; Keidel/Zimmermann, § 108, s. 955, kn. 2-3; Bork/Jacoby/Schwab-Heiderhoff, § 108, s. 376, kn. 5.

edilebiliyorsa⁶⁹; aynı şekilde aksi sabit oluncaya kadar geçerli olan çekişmesiz yargı kararları da, Türk mahkemesi tarafından tanındıktan sonra ortaya çıkacak yeni vakıalar çerçevesinde değiştirilebilir veya iptal edilebilirler. Zira tanınmış yabancı mahkeme kararları, tanıma kararı ile maddî anlamda kesinliğe kavuşmayıp, sahip oldukları şeklî anlamda kesinliklerini sürdürürler.

3. İspat Yükü ve İtirazlar

Kural olarak herkes iddiasını ispat etmekle yükümlüdür (MK m. 6). Ancak tanıma (ve tenfiz) davasında ispat yükü, tarafların ileri sürebilecekleri iddialar ve hâkimin rolü bakımından önemli özelliklere sahiptir. Hâkim tanıma kararı verirken, yabancı mahkeme kararının kanunda yazılı şartları yerine getirip getirmediğini tespit etmektedir. Bu şartların ispatı hususunda bir ayırım yapılması gerekir. Zira kanunda sayılan ön şartların (m. 50) ve aslî şartlardan “münhasır yetkiye girmeyen bir konuda verilmiş olma” (m. 54/1-b) ile “kamu düzenine aykırılık teşkil etmemek” (m. 54/1-c) şartlarının hâkim tarafından re’sen araştırılması gerekir. Bu sebeple, davalı taraf tanıma isteğine karşı çıkmamış olsa veya davayı kabul etmiş olsa dahi, hâkim tanıma şartlarının yerine getirilip getirilmediğini kendiliğinden araştırarak ve şartlar yerine gelmediyse tanıma talebini reddedecektir⁷⁰.

MÖHUK’un 55’inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, davalı ancak tanıma şartlarının bulunmadığını veya yabancı mahkeme ilâmının kısmen veya tamamen yerine getirilmiş ya da yerine getirilmesine engel bir sebep ortaya çıkmış olduğunu öne sürerek itirazda bulunabilir. Tanımanın ön şartları ile aslî şartlardan olan münhasır yetki ve kamu düzeni şartlarının oluşup oluşmadığı, m. 53 gereği tanıma dilekçesine eklenecek olan belgelerden anlaşılabilir. Ayrıca hâkim tarafından da re’sen araştırılmaktadır⁷¹.

⁶⁹ Nomer, s. 146, kn. 364.

⁷⁰ Sakmar, Yabancı İlâmlar, ss. 131, 136; Tiryakioğlu, ss. 89-90; Ruhi, s. 202. Hâkim bu şartları re’sen araştırarak olmakla beraber bu konuda taraflardan yardım da alabilir (MÖHUK m. 2/1).

⁷¹ Tiryakioğlu, s. 90.

Ancak MÖHUK'un 54'üncü maddesinde aranan diğer şartların incelenebilmesi için davalının itiraz etmiş olması gerekir. Bu şartların mahkeme tarafından re'sen incelenmesi söz konusu değildir. Buna göre kararın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilip verilmediği (m. 54/1-b, 2. cümle), ancak davalının itirazı üzerine incelenebilecektir.

Aynı şekilde davalının, hükmü veren mahkemeye usûlüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş ya da bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş olması durumu da (m. 54/1-ç), ancak davalı tarafın itirazı üzerine incelenebilecektir. Davalı bu itirazını maddî olgulara dayandıracak ve yabancı ilâmın dışındaki belgeler ve delillerle itirazını ispat etmeye çalışacaktır⁷².

Tanıma talebine karşı yapılabilecek bir başka itiraz da, yabancı ilâmın tanınmasına engel bir sebebin sonradan ortaya çıkmış olması hâlidir. Burada kast edilen sebep, ifadesi karara esas alınan tanığın, karardan sonra yalan tanıklık yaptığının sabit olması veya karara esas alınan bir hükmün, kesinleşmiş başka bir hüküm ile ortadan kalkmış olması gibi, yargılamanın iadesini gerektirecek sebeplerden birinin (HMK m. 375, mülga HUMK m. 445) ortaya çıkması hâlidir. Kararın verildiği ülkede yargılamanın iadesi yoluna gidilmiş ve ilgili tarafça bu husus ileri sürülürse, yabancı ilâmın yerine getirilmesine engel bir sebebin ortaya çıkması nedeniyle tanıma talebi reddedilebilecektir⁷³.

MÖHUK m. 55/2'de yer alan itirazlar dışında, HMK m. 116'da düzenlenmiş olan yetki ve iş bölümüne ilişkin ilk itirazlar da, tanıma davasında söz konusu olmaları durumunda ileri sürülebilir⁷⁴.

⁷² Sakmar, Yabancı İlâmlar, s. 137; Tiryakioğlu, s. 91.

⁷³ Sakmar, Yabancı İlâmlar, ss. 138-139; Ruhi, ss. 204-205. Karş. Çelikel/Erdem, ss. 609, 623; Tiryakioğlu, ss. 92-93

⁷⁴ Ruhi, s. 205.

VIII. TANIMA DAVASINDA VERİLECEK KARARLAR VE KANUN YOLLARI

A. Karar

Yabancı mahkeme kararının tanınmasını sağlamak amacıyla Türk mahkemesinde açılan davanın konusu, bir uyuşmazlığın çözümüne ilişkin olmayıp, kararın kesin hüküm vasfının Türkiye’de tanınmasını sağlamaktır. Zira yabancı mahkeme kararları, Türk mahkemelerince tanınmadıkça, Türkiye’de hukuki sonuç doğuramazlar. Bu anlamda, yabancı çekişmesiz yargı kararının kesin hüküm kuvvetinin kabulü amacıyla Türk mahkemesinden tanıma talep edilmesi durumunda hâkimin yapacağı iş, kanunda aranan tanıma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinden ibaret olacaktır. Türk tanıma mahkemesinin yabancı mahkeme tarafından verilen karara konu işin esası hakkında yani bir karar vermesi söz konusu değildir⁷⁵.

MÖHUK’un 56’ncı maddesi davanın niteliğine uygun olarak, verilebilecek kararları sınırlandırmış ve yargılama sonucunda ancak yabancı kararın kısmen veya tamamen tanınmasına (tenfizine) veya istemin reddine karar verilebileceğini hükme bağlamıştır. Ayrıca yabancı kararın değiştirilerek tanınması da mümkün değildir⁷⁶.

1. Tanıma Kararı

MÖHUK’un 58’inci maddesinin birinci fıkrasında yabancı mahkeme kararının Türkiye’de kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesinin, m. 54’ün (a) bendi hariç (karşılıklılık şartı) tenfiz şartlarını taşıdığının mahkemece tespitine bağlı olduğu düzenlenmiştir. Maddenin devamında yabancı çekişmesiz yargı kararlarının tanınmasında (m. 58/2) ve yabancı mahkeme kararına dayanılarak Türkiye’de idari bir işlemin yapılmasında da (m. 58/3) aynı hükmün geçerli olacağı açıkça ifade edilmiştir.

⁷⁵ Sakmar, Yabancı İlâmlar, s. 140; Çelikel/Erdem, s. 624; Tiryakioğlu, s. 93.

⁷⁶ Bkz. 2675 sayılı MÖHUK gerekçesi s. 13. Tiryakioğlu, s. 93.

Buna göre tanıma talebini inceleyen yetkili mahkeme, yabancı çekişmesiz yargı kararının, kanunda aranan şartları taşıdığını tespit etmesi durumunda tanıma kararı vermek zorundadır. Türk hâkimi tanıma kararı vermek konusunda bir takdir hakkına sahip değildir⁷⁷. Yabancı mahkeme kararının tanınması ile o karar Türkiye’de, Türk mahkemeleri tarafından verilen kararlar gibi hüküm ifade eder. Bu durum aslında var olan bir hukukî durumun açıklanması niteliğini taşımaktadır⁷⁸.

5718 sayılı MÖHUK’a yeni eklenen “Tanımanın kesin hüküm ve kesin delil etkisi” başlıklı 59’uncu maddesi ile öğretideki ağırlıklı görüşe⁷⁹ de uygun olarak, Türk mahkemesi tarafından tanıma kararı verilen yabancı mahkeme kararının sahip olduğu kesin hüküm veya kesin delil etkisinin yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade edeceği düzenlenmiştir. Böylece yabancı mahkeme kararının verildiği ülkede kesinleştiği tarihten itibaren hüküm ifade edeceği açıkça düzenlenerek, uygulamada var olan bazı tereddütler giderilmiştir⁸⁰.

2. Tanıma Talebinin Reddi Kararı

Yabancı mahkeme tarafından verilen kararın kanunda sayılan tanıma şartlarını taşıyamaması veya tanımaya engel bir sebebin ortaya çıkmış bulunması hallerinde tanıma talebi reddedilecektir. Yabancı bir mahkeme kararı daha önce Türk mahkemesi tarafından tanınmışsa eğer, bir kez daha tanınmasına karar verilemeyecektir⁸¹.

Yabancı mahkeme kararının tanıma şartlarını taşıyamaması sebebiyle, Türk mahkemesi tarafından verilen tanımanın reddine ilişkin karar, kural olarak kesin

⁷⁷ Bkz. 2675 sayılı MÖHUK gerekçesi s. 11. Özbakan, ss. 201-202; Tiryakioğlu, ss. 93-94.

⁷⁸ Sakmar, Yabancı İlâmlar, s. 144; Özbakan, s. 138; Çelikel/Erdem, s. 625; Tiryakioğlu, s. 99; Ertaş, s. 378.

⁷⁹ Sakmar, Yabancı İlâmlar, ss. 182-183; Çelikel/Erdem, 8. Bası, s. 626; Özbakan, s. 138; Ertaş, ss. 372, 403; Tiryakioğlu, s. 99.

⁸⁰ Çelikel/Erdem, 8. Bası, s. 629. Alman hukukunda da aynı yönde bkz. Reinhold Geimer, “Anerkennung ausländischer Entscheidungen auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit”, **Fest Schrift für Murad Ferid**, Frankfurt am Main, 1988, ss. 89-130, s. 98; Rossenberg/Schwab/Gottwald, § 157, s. 904, kn. 65.

⁸¹ Tiryakioğlu, s. 94; Ruhi, s. 217.

hüküm kuvvetine sahiptir. Fakat mahkeme tarafından verilen kesin süre içerisinde tanıma dilekçesine eklenmesi gereken belgelerin ibraz edilmemiş olması durumunda verilecek olan red kararı kesin hüküm teşkil etmez. Eksikliklerin sonradan giderilmesi durumunda, ilgili yabancı mahkeme kararının yeniden tanınması talep edilebilecektir⁸².

Tanıma talebinin reddine ilişkin kararın konusu, yabancı mahkeme kararının Türkiye’de tanınması için gereken şartları taşımadığının tespitinden ibaret olduğu için, sadece bu hususta kesin hüküm teşkil edecektir. Dolayısıyla aynı kararın tekrar tanınması istenemeyecektir. Buna karşın, hakkında tanıma istemi reddedilen yabancı mahkeme kararının dayandığı uyuşmazlığın esası hakkında bir karar verilmiş olmadığından, Türkiye’de aynı taraflar arasında ve aynı konuda yeni bir dava açılabilir. Bu yeni dava bakımından, tanıma talebinin reddi kararı bir kesin hüküm engeli oluşturmayacaktır⁸³.

3. Kısmi Tanıma Kararı

Yabancı mahkeme ilâmında birden fazla konu hakkında karar verilmiş olması mümkündür. Bu konulardan sadece biri veya birkaçı kanunda aranan tanıma şartlarını taşımasına karşın diğer konu veya konuların bu şartları yerine getirmemiş olması durumunda, kararın tanınmasının tamamen reddedilmesi gerekmez.

Örneğin, yabancı mahkeme tarafından hem kişinin gaipliğine hem de bunun sonucu olarak mirasçılarının kim olduğunu gösteren mirasçılık belgesi aynı kararda verilmiş olabilir. Kişinin gaipliğine ilişkin karar ile buna bağlı olarak verilen mirasçılık belgesine ilişkin yabancı mahkeme kararının sadece gaiplik ile ilgili kısmının kanunda aranan şartları taşıması hâlinde tanınabilmesine karşın, gaibin (murisin) Türkiye’de taşınmazlarının bulunması sebebiyle, gaiplik kararı ile birlikte verilen mirasçılık belgesinin tanınmaması söz konusu olacaktır. Zira kanunda sayılan

⁸² Ruhi, s. 217.

⁸³ “Tenfizi reddedilen yabancı bir mahkeme kararının konusu, yetkili Türk mahkemesinde yeniden dava konusu yapılabilir”. Yar. 13. HD, 24.06.2002 (İBD 4/2005, s. 1357 vd.). Nomer, s. 177, dn. 307; Sakmar, Yabancı İlâmlar, s. 184; Çelikel/Erdem, s. 625; Tiryakioğlu, ss. 100-101; Ruhi, s. 217.

tanıma şartları bakımından, yabancı kararın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda verilmemiş olması şartı karşısında, bu mirasçılık belgesinin tanınması mümkün olamayacaktır. Böylece yabancı kararda birden fazla konunun karara bağlanmış olması durumunda tanıma şartlarını yerine getirmeyen bir konunun tanınmaması diğer konu veya konularında tanınamayacağı anlamına gelmez⁸⁴.

MÖHUK'un 56'ncı maddesinde de açıkça "Mahkemece ilâmın kısmen veya tamamen" tanınabilmesine izin verilmektedir. Bunun sonucu olarak mahkeme tanıma şartlarını taşıdığını tespit ettiği konu (kısım) için kısmî tanıma kararı verebilecektir ve söz konusu tanıma kararı hangi kısım için verilmişse, sadece o kısım kesin hüküm kuvvetine sahip olabilecektir⁸⁵.

4. Tanıma Kararının Sonuçları

Türk mahkemesi tarafından tanıma kararının verilmesi sonucunda yabancı mahkeme kararı Türkiye'de de kesin hüküm ve kesin delil niteliğine sahip olacaktır. Böylece tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir davada kesin hüküm itirazında bulunularak aynı davanın tekrar açılması engellenebilecektir. Bunun dışında bu ilâma dayanılarak Türkiye'de idarî işlemler de yapılabilecektir. Zira Türk mahkemeleri tarafından tanınan yabancı mahkeme kararları, icraî etkileri hariç, Türk mahkemelerinden verilmiş bir karar ile aynı etki ve sonuçlara sahip olmaktadır.

Yabancı mahkeme kararının kesin hüküm etkisinin kapsamı, kural olarak kararı veren devletin hukukuna göre belirlenir ve yorumlanır. Aynı şekilde kararın maddî ve şeklî kesinliği de verildiği yer hukukuna göre tespit edilir. Ancak, tanınmış olan yabancı mahkeme kararlarına, Türk mahkeme kararlarının sahip olduğu kesin hüküm kuvvetinden daha fazlasının tanınması mümkün değildir. Aynı şekilde, yabancı mahkeme kararının kendi hukukuna göre sahip olduğu, fakat Türk hukukunun tanımadığı hukukî sonuçları da Türk hukukuna aktarılamaz⁸⁶.

⁸⁴ Sakmar, Yabancı İlâmlar, s. 142.

⁸⁵ Tiryakioğlu, s. 95.

⁸⁶ Sakmar, s. 182, Nomer, ss. 145-146, kn. 362-363, Tiryakioğlu, ss. 63-64, Ertaş, ss. 369-370.

Yabancı mahkeme kararının kanunda aranan tanıma şartlarına sahip olmadığının tespiti durumunda, söz konusu yabancı mahkeme ilâmı çözümlediği uyuşmazlık veya karar verdiği iş bakımından Türkiye’de bir kesin hüküm etkisine sahip olamayacaktır. Bu sebeple istenen sonucun elde edilmesi için aynı konuda Türkiye’de tekrar bir dava açılması gerekecektir. Bununla beraber, tanınmayan yabancı mahkeme kararı her ne kadar kesin delil etkisine sahip olamasa da hukukî anlamda tamamen etkisiz sayılmaz ve takdiri delil olarak kullanılabilir⁸⁷.

5. Kararın Şekli

MÖHUK’un 56’ncı maddesinin ikinci cümlesinde, tanıma kararının yabancı mahkeme ilâmının altına yazılarak hâkim tarafından mühürlenip imzalanacağı öngörülmüştür. Ancak tanıma kararı yabancı ilâmın tasdikinden ibaret idari bir işlem niteliğinde olmayıp, gerçek anlamda bir yargı kararı niteliğine sahip olması sebebiyle kanundaki bu düzenleme öğreti tarafından eleştirilmiştir. Zira yabancı mahkeme kararının kesin hüküm kuvveti, Türk mahkemesinin tanıma kararına bağlanmaktadır. Bu sebeple de olması gereken hukuk bakımından tanıma kararının yabancı ilâmdan bağımsız bir karar olarak yazılması tanıma kararının niteliğine de daha uygun düşecektir⁸⁸.

Buna karşın kanunda bir açıklık olmamakla beraber, tanıma talebinin reddi kararının veya ilgilinin (karşı tarafın) tanımaya itirazının reddi hâlinde verilen tanıma kararının ayrıca ve gerekçeli olarak yazılması gerekecektir⁸⁹. Uygulamada da öğretinin görüşüne paralel olarak, tanıma kararı yabancı mahkeme kararının altına yazılmayıp, ayrı bir karar şeklinde verilmekte ve kararın alt kısmı hâkim ile yazı işleri görevlisi tarafından imzalanmaktadır. Zira yabancı mahkeme kararının altında,

⁸⁷ Sakmar, s. 184; Nomer, ss. 146-147, kn. 365 ve dn. 254; Özbakan, ss. 207-208; Tiryakioğlu, s. 65.

⁸⁸ Sakmar, s. 142; Çelikel/Erdem, s. 624. Aksi fikirde olan Tiryakioğlu’na göre, hâkimin faaliyeti, yabancı ilâmın Türkiye’de etki gösterebilmesi için kanunda öngörülmüş bulunan şartları taşıyıp taşımadığını tespit etmekten ibaret olup, esastan çözüm getiren, mevcut durumları etkileyen bir karar vermediğine göre maddede yer alan hükme yöneltilen eleştiri isabetli değildir. Tiryakioğlu, s. 96.

⁸⁹ Tiryakioğlu, ss. 95-96.

Türk mahkemesi tarafından verilen tanıma kararını yazacak kadar bir boş yer de çoğu zaman bulunmamaktadır⁹⁰.

B. Kanun Yolları

Kanun yolu, yanlış olduğu iddia edilen mahkeme kararlarının hukuka uygunluğunun bir üst mahkeme tarafından denetlenmesi ve varsa karardaki eksiklikler veya hataların giderilmesi için taraflara tanınmış hukukî bir yoldur. Bu yol hem taraf menfaati bakımından hem de kararların doğruluğu ve içtihat birliği sağlaması açısından yargı bakımından da önem taşımaktadır⁹¹.

Kanun yolları, olağan (adî) ve olağanüstü (fevkalâde) kanun yolları olmak üzere iki'ye ayrılmaktadır. Henüz kesinleşmemiş olan nihai kararlara karşı olağan kanun yoluna başvurulur. Hukukumuzda genel olarak istinaf ve temyiz olmak üzere iki çeşit olağan kanun yolu mevcuttur⁹². Buna karşılık olağanüstü kanun yoluna ise şekli anlamda kesinleşmiş olan mahkeme kararları için başvurulur. Bu ikinci yolda, karar ya olağan kanun yollarından geçerek ya da süresi içinde bu yollara gidilmeyerek kesinleşmiştir. Ancak bu yol sadece bazı ağır usul hataları yapılarak yanlış hükümlerin verilmiş olması durumunda bu hükümlerin kaldırılması veya değiştirilmesi için kabul edilmiştir. Olağanüstü kanun yolu olarak hukukumuzda yargılamanın iadesi (yenilenmesi) yolu düzenlenmiştir⁹³.

⁹⁰ Ruhi, s. 209.

⁹¹ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 633; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 583.

⁹² Hukukumuzda istinaf yolunun kabulünden önce olağan kanun yolu olarak karar düzeltme yolu mevcuttu. Karar düzeltme, Yargıtay'ın temyiz incelemesi sonucunda vermiş olduğu kararlarına karşı tanınmış olan kendine özgü olağan bir kanun yoludur. Karar düzeltme talebi, bu kararı vermiş olan Yargıtay dairesi tarafından incelenip karara bağlanır. Bu yol, istinaf mahkemelerinin Resmi Gazete'de ilân edilecek olan göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında kesinleşinceye kadar uygulanmaya devam edilecektir. Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 698. Ayrıca bkz. 6217 sayılı kanun ile HMK'ya eklenen geçici 3. madde.

⁹³ Kuru/Arslan/Yılmaz, ss. 633-634; Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 585-586.

1. İstinaf

Hukuk Muhakemeleri Kanununun sekizinci kısmının birinci bölümünde düzenlenmiş olan (m. 341-360) istinaf yoluna, kural olarak her türlü ilk derece mahkemesinin nihaî kararları için başvurulabilir. MÖHUK'un 57'inci maddesinin ikinci fıkrasında, tanıma (tenfiz) talebinin kabul veya reddi konusunda verilen kararların temyizinin genel hükümlere tâbi tutulmuş olması sebebiyle tanıma kararları için de "istinaf" yolunun açık olduğu kabul edilmektedir⁹⁴. Zira, HMK'nın 341/5 maddesine göre; *"ilk derece mahkemelerinin diğer kanunlarda temyiz edilebileceği veya haklarında Yargıtaya başvurulabileceği belirtilmiş olup da bölge adliye mahkemelerinin görev alanına giren dava ve işlere ilişkin nihai kararlarına karşı, bölge adliye mahkemelerine başvurulabilir"* hükmü yer almaktadır. Buna göre, özel kanunlarda ve bu kapsamda MÖHUK'ta ilk derece mahkemeleri bakımından kullanılan "temyiz" tabirlerini "istinaf" şeklinde anlamamız gerekecektir⁹⁵.

Kanun istinaf yoluna başvurabilmek için malvarlığına ilişkin nihaî kararlar bakımından binbeşyüz liralık bir sınır koymuş olmasına karşın (m. 341/2), malvarlığına ilişkin olmayan davalar bakımından herhangi bir sınırlamaya yer verilmemiştir. Bu bakımdan, nihaî kararın usûle mi yoksa esasa mı ilişkin olduğu veya çekişmeli mi yoksa çekişmesiz yargı kararı mı olduğu konusunda da herhangi bir ayırım yapılmamıştır⁹⁶.

İstinaf yoluna hukuki yararı bulunan davanın tarafı veya tarafları, ilâmın usûlen her bir tarafa tebliğinden itibaren iki hafta içerisinde başvurulabilir (m. 345). Başvuru dilekçe ile yapılır ve bu dilekçede istinafa başvuru sebeplerinin gerekçeleri ile birlikte açıkça belirtilmesi şarttır (m. 342/2-e). Zira, bölge adliye mahkemesince istinaf incelemesi istinaf sebepleri ile sınırlı olarak yapılmaktadır. İstinafa

⁹⁴ Nomer, s. 178, kn. 436.

⁹⁵ Ejder Yılmaz, **İstinaf**, 2. Baskı, Ankara, 2005, (İstinaf), s. 83; Tolga Akkaya, **Medenî Usûl Hukukunda İstinaf**, Ankara, 2009, s. 121.

⁹⁶ Ayrıca bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, ss. 640-642; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, ss. 592-593; Yılmaz, İstinaf, ss. 58-62; Akkaya, ss. 108, 120.

kötüniyetle başvurulması durumunda, başvuran kişi 329'uncu maddeye göre cezalandırılır (m. 351)⁹⁷.

Bölge Adliye Mahkemesinde, istinaf başvurusu hakkında önce bir ön inceleme yapılır ve bu ön inceleme sonunda eksiklik yoksa dosya asıl incelemeye alınır (m. 352). İstinaf incelemesi sonunda ilk derece mahkemesinin kararı usûl ve esas yönünden hukuka uygun görülürse, istinaf talebinin reddine karar verilir (m. 353/b-1). Bu durumda ilk derece mahkemesinin kararı yerinde bulunmuş olmakla beraber, burada bir temyiz incelemesi söz konusu olmaması sebebiyle buna, teknik anlamda onama kararı denilemez⁹⁸. Eğer ilk derece mahkemesinin kararında usûl veya esas yönünden hukuka aykırılık tespit edilirse verilecek kararlar, farklı olabilmektedir. Buna göre, madde 353/1-a'da belirtilen usûli hataların söz konusu olduğu durumlarda, bölge adliye mahkemesi, esas incelemeden kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine karar verebilir (m. 353/1-a).

Bunun dışında, bölge adliye mahkemesi işin esasına girerek ya ilk derece mahkemesinin, özellikle davanın reddine ilişkin kararını uygun bulmayarak istinaf sebeplerini yerinde görmesi hâlinde, ilk derece mahkemesinin kararını kaldırıp, açılmış davanın kısmen veya tamamen kabulü yönünde yeniden karar verebilir. Ya da, ilk derece mahkemesinin kısmen veya tamamen davanın kabulü yönündeki kararını istinaf sebepleri çerçevesinde kaldırarak davanın reddine karar verebilir. Görüldüğü gibi her iki durumda da, istinaf mahkemesi ilk derece mahkemesinin yerine geçerek bir karar vermektedir⁹⁹.

2. Temyiz

İstinaf kanun yolunda ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu karar bölge adliye mahkemesi tarafından hem kanun yolu olarak denetlenmekte hem de belirli

⁹⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 593-595; Yılmaz, İstinaf, s. 70

⁹⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 606; Akkaya, s. 322. Aksi yönde, Yılmaz, İstinaf, s. 79

⁹⁹ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 653; Pekcanitez/Atalay/Özekes, ss. 606-607.

şartlar altında yeniden karar verilmektedir. Buna karşın temyiz kanun yolunda, Yargıtay tarafından, alt derece mahkemesinin uyuşmazlık hakkında verdiği kararın sadece hukuka ve kanuna uygunluğu denetlenirken, yeniden bir inceleme yapılarak karar verilmez¹⁰⁰.

İstinaf mahkemesinin vermiş olduğu kararlara karşı kural olarak temyiz yolu açık olmakla beraber, bu kuralın istisnaları da mevcuttur. HMK'nın 362'inci maddesinde, hakkında temyiz yoluna gidilemeyecek olan istinaf mahkemesi kararları belirtilmiştir. Kural olarak Asliye hukuk mahkemesi tarafından verilen tanıma kararlarına karşı temyize başvurmak mümkündür¹⁰¹. Bununla beraber, maddedenin (ç) bendine göre, “Çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar” hakkında temyiz yoluna başvurulamaz. Bu durumda kanımızca, yabancı çekişmesiz yargı kararlarının tanınmasına ilişkin Türk mahkeme kararı hakkında da temyiz yoluna başvurulamayacaktır. Her ne kadar tanıma hâkimi, tanıma kararını verirken, kararın kanunda aranan şartlara uygun olup olmadığını incelese de, bu inceleme de daha önce belirttiğimiz gibi bir tespit edici çekişmesiz yargı işidir. Bu sebeple çekişmeli yargı usûlünde verilmiş yabancı mahkeme kararlarının tanınmasına ilişkin mahkeme kararları temyiz edilebilmelerine karşın, çekişmesiz yargı kararları açısından temyiz yoluna kural olarak başvurulamayacaktır. Böylece çekişmesiz yargı kararları için iki dereceli yargılama, yani istinaf denetimi yeterli sayılmaktadır.

Ancak kanun koyucu çekişmesiz yargı kararları hakkında temyize gidilemeyeceği hususunda da bir istisna düzenlemiştir. 362'nci maddenin (d) bendine göre, “Soybağına ilişkin sonuçlar doğuran davalar hariç olmak üzere nüfus kayıtlarının düzeltilmesine ilişkin davalarla ilgili kararlar” hakkında temyiz yoluna başvurulamayacağı öngörülmüştür. Olumsuz şekilde kaleme alınmış bu hükme göre, evlat edinme veya evlat ilişkisinin kaldırılması gibi, “soybağına ilişkin sonuçlar doğuran” çekişmesiz yargı kararlarının temyiz edilebileceği kabul edilmiştir¹⁰².

¹⁰⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 655; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, ss. 607.

¹⁰¹ Nomer, s. 178, kn. 436.

¹⁰² Budak, s. 181.

Böylece bu konuda verilmiş yabancı çekişmesiz yargı kararlarının tanınmasına ilişkin mahkeme kararları da istisnâ olarak temyiz edilebilecektir¹⁰³.

3. Yargılamanın İadesi

Kesin hükme bağlanmış bir davaya yeniden bakılamayacağına ilişkin kuralın istisnasını yargılamanın iadesi (yenilenmesi) yolu oluşturmaktadır. Yargılamanın iadesi belirli ağırlıktaki hatalar ve eksiklikler sonucunda verilmiş ve kesinleşmiş olan kararların düzeltilmesini sağlayan olağanüstü bir kanun yoludur. Yargılamanın iadesi sebepleri HMK'nın 375. ve 376. maddelerinde (mülga HUMK m. 445, 446) sınırlı biçimde sayılmıştır. Yargılamanın iadesi yolu ancak maddî anlamda kesin hüküm teşkil eden kararlar için başvurulacak bir kanun yolu olması sebebiyle, maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmeyen çekişmesiz yargı kararlarına karşı yargılamanın iadesi yoluna gidilemez. Zaten buna gerek de yoktur. Zira, çekişmesiz yargı kararları, yargılamanın iadesi sebeplerinden birinin mevcut olması hâlinde, kararın sonradan haksız görülmesi veya sonradan meydana gelen değişiklikler sebebiyle her zaman değiştirilmeleri mümkün olan kararlardır¹⁰⁴. Bu özellikleri sebebiyle, yabancı çekişmesiz yargı kararlarının tanınmasına ilişkin olan Türk mahkemesi tarafından verilen tanıma kararlarına karşı da yargılamanın iadesi yoluna gidilememesi gerekir.

Buna karşın maddî anlamda kesin hüküm vasfına sahip olan diğer tanıma ve tenfiz kararları aleyhine yargılamanın iadesi yoluna başvurulabilmesini engelleyecek bir hükmün MÖHUK'ta bulunmaması sebebiyle, öğretide genel olarak bu kararlar için yargılamanın iadesi yoluna başvurulabileceği kabul edilmektedir¹⁰⁵.

¹⁰³ MÖHUK'un 57/2 maddesine göre, tanıma davası sonunda verilen karara karşı temyize başvurulması durumunda, yerine getirmenin temyiz sonuna kadar duracağı hüküm altına alınmıştır.

¹⁰⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 741 ve ss. 752-753; Üstündağ, ss. 910-911; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 628.

¹⁰⁵ Sakmar, Yabancı İlâmlar, s. 143; Çelikel/Erdem, ss. 626-627; Tiryakioğlu, s. 97; Ruhi, Evlat Edinme, s. 175.

SONUÇ

Çalışmamızın birinci bölümünde öncelikle çekişmesiz yargı kavramı ve çekişmesiz yargının genel özelliklerini açıklamaya çalıştık.

Medenî yargıdaki yargısal faaliyetler çekişmeli ve çekişmesiz yargı olmak üzere temelde ikiye ayrılmaktadır. Çekişmesiz yargı faaliyetleri de özel hukuka ilişkin olaylar ile ilgilenmekle beraber, çekişmeli yargıdan farklı özellikler taşımaktadır. Çekişmesiz yargı işleri de mahkemelerde görülmekte olduğu için, burada bir yargılama faaliyeti söz konusudur. Ancak kanun koyucu birtakım çekişmesiz yargı işlerinin mahkemeler dışında, örneğin noterler tarafından da halledilebileceğini düzenlemiştir. Bu bağlamda mahkemeler dışındaki organların yapmış oldukları faaliyetlerin birer çekişmesiz yargı işi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Sadece bağımsız birer yargı organı olan mahkemeler tarafından gerçekleştirilen işler birer çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilebilecektir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girmesinden önce Türk hukuku, çekişmesiz yargı alanında müstakil bir kanuna sahip değildi ve çekişmesiz yargıya dâhil işler ve bunlara ilişkin bazı usûl hükümleri farklı kanunlarda dağınık bir şekilde ve yetersiz olarak yer almaktaydı. Bu sebeple ve çekişmesiz yargının iyi bilinmemesinden dolayı, çekişmeli ve çekişmesiz yargıya ilişkin farklar dikkate alınmadan, çoğu çekişmesiz yargı işi için sûni hasım (taraf) yaratılarak bu işlere ilişkin yargılama dava şeklinde görülmekteydi. Oysa çekişmesiz yargıda bir çekişme (ihtilaf) hakkında karar verilmediği için bir dava da söz konusu değildir.

Türk hukukunda ilk kez 6100 sayılı HMK ile çekişmesiz yargıyla ilgili usûl hükümleri düzenlenmiştir. Bu düzenleme yapılırken Almanya ve Avusturya'da olduğu gibi ayrı bir kanun yapılması yerine, İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununda olduğu gibi, çekişmesiz yargının, kanunun içerisinde ayrı bir bölümde düzenlenmesi tercih edilmiştir. Çekişmesiz yargının farklı özellikleri sebebiyle eksiksiz bir tanımının yapılması mümkün değildir. HMK'da da çekişmesiz yargının tarifi yapılmamıştır. Bunun yerine, kanunun 382'nci maddesinde çekişmesiz yargı işleri mümkün olduğunca tek tek sayılmadan önce, hukukumuzda üzerinde mutabık

kalınan çekişmesiz yargıya ilişkin temel kıstaslar esas alınarak çekişmesiz yargının genel sınırları çizilmiştir. Buna göre, medenî yargının bir çeşidi olan çekişmesiz yargı, objektif hukukun, bağımsız mahkemelerce, şu üç kıstastan birine veya birkaçına göre bu yargıya giren işlere uygulanmasıdır: a) İlgililer arasında uyuşmazlık olmayan hâller, b) İlgililerin, ileri sürülebileceği herhangi bir hakkın bulunmadığı hâller, c) Hâkimin resen harekete geçtiği hâller.

Çekişmesiz yargı kararları hususunda, konumuz açısından önem arz eden bir diğer özellik maddî anlamda kesin hüküm etkisine sahip olmamalarıdır. Zira, bir çekişmesiz yargı kararının sonradan haksız veya hatalı görülmesi durumunda ya da karardan sonra ortaya çıkan yeni vakıalar sebebiyle, kararı veren mahkeme tarafından değiştirilmesi mümkündür. Bu sebeple şeklî anlamda kesinleşmeleri mümkün olmasına karşın kural olarak maddî anlamda kesinleşmeleri söz konusu değildir.

Bununla beraber çekişmesiz yargı alanında verilen kararların çoğunluğu inşâî kararlardır ve inşâî kararlar da “inşâî etki” gücünün bir sonucu olarak kesinlik arz ederler. Bunun gibi çekişmesiz yargı alanında “ne bis in idem” ilkesi de uygulanarak yargılamanın tekrarlanması reddedilebilir. Ancak bu iki durum yine de çekişmesiz yargı kararlarının maddî anlamda kesin hüküm teşkil edememe kuralına engel değildir.

Yine çekişmesiz yargıya dâhil olan bir işin, çekişmesiz yargıdan çıkıp çekişmeli hâle gelmesi de bu kuralı ortadan kaldırmamaktadır. Zira baştan çekişmesiz yargıya dâhil olan bu işler hakkında çekişmeli yargıda verilen kararlar maddî anlamda kesinleşebileceklerdir. Ancak bu durumda karar artık bir çekişmesiz yargı kararı değil, çekişmeli yargı kararıdır ve bu çekişmeli yargı kararının kesin hüküm teşkil etmesi söz konusudur.

Bu bağlamda bir işin, yargılama esnasında çekişmesiz yargıdan çıkıp çekişmeli yargıya girmesi hâlinde kanımızca aslî müdahaleden de bahsetmek mümkün değildir. Çünkü çekişmeli hale dönüşen çekişmesiz yargı işinin konusuz kaldığı için sona ermesi söz konusudur. Yani bu durumda derdestliği muhafaza eden bir “asıl dava” (çekişmesiz yargı işi) ile birlikte görülmekte olan yeni ikinci bir “aslî

müdahale davası” aynı anda bulunmamaktadır. Çekişmesiz yargı işi itiraz üzerine konusuz kaldığı için, mahkeme tarafından birlikte görülen bir ilk dava (iş) ile ikinci bir dava veya bekletici sorun sayılabilecek iki ayrı dava değil, tek bir dava vardır. Bu sebeple çekişmesiz yargı işinin sona ermesi ve yeni bir davanın açılması söz konusudur. Ancak kanun koyucu HMK ile aslî müdahaleyi düzenlemiş ve çekişmesiz yargı işleri bakımından da aslî müdahaleyi kabul etmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, yabancı mahkeme kararlarının ve bu bağlamda çekişmesiz yargı kararlarının Türk hukukunda etki yaratabilmesini sağlayan “tanıma” müessesesini açıklamaya çalıştık.

Yabancı bir devlet mahkemesinden alınacak kararların sadece o devlette etkili olup, diğer devletlerde hiçbir etki doğurmaması günümüzün uluslararası gelişimine ters düşmektedir. Bu sebeple yabancı devlet mahkemelerinden alınan tespit kararlarının ve inşai nitelikteki kararların Türk hukukunda da etki doğurabilmeleri için Türkiye’de tanınmaları gerekir. Böylece tanıma ile yabancı kararın hukukî değeri kabul edilir ve onunla kazanılmış hak tanınır.

Yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de tanınması MÖHUK’un 58’inci maddesinin atfı ile tenfiz koşullarına ilişkin 54. maddedeki (karşılıklılık şartı hariç) asıl koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Bununla beraber, her ne kadar açık bir atıf yapılmış olmasa da, MÖHUK’un 50’nci maddesinde tenfiz için aranan ön koşulların, tanıma için de aranması gerekecektir. Yabancı kararların Türk hukukunda tanınması açısından MÖHUK, çekişmeli ve çekişmesiz yargı kararları arasında bir fark görmemektedir. MÖHUK’un Tanımaya ilişkin 58. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, “İhtilâfsız kaza kararlarının tanınması da aynı hükme tâbidir” düzenlemesi gereğince, tanıma için aranan ön koşullar ve aslî koşulların yerine gelip gelmediği yabancı çekişmesiz yargı kararlarının tanınması için de araştırılacaktır.

Yabancı kararların Türk hukukunda tanınabilmesi için, verildiği yer kanunlarına göre kesinleşmiş olmaları gerekir. Ancak burada ifade edilen kesinliğin maddî kesinlik mi yoksa şeklî kesinlik mi olduğu konusunda bir açıklık yoktur. Kanımızca burada mukayeseli hukukta da kabul edildiği üzere, şeklî anlamda kesinleşmenin aranması yeterli olacaktır. Zira yabancı çekişmesiz yargı kararlarının

da maddî anlamda kesinleşmeleri mümkün olmadığından, bu kararların Türk hukukunda tanınması söz konusu olamazdı. Öğretide inşâî etkiye sahip olan yabancı çekişmesiz yargı kararlarının sadece tanınabileceği hususundaki görüşe katılmıyor ve ister inşâî isterse de tespit edici olsun her türlü çekişmesiz yargı kararının şekli anlamda kesinleşmesi ile tanınması bakımından MÖHUK'ta bir engel olmadığı sonuca varmış bulunuyoruz.

Bu şart, özellikle çekişmesiz yargı usûlüne göre verilmiş olan ve maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmeyen yabancı mirasçılık belgelerinin tanınabilmesi açısından önem taşımaktadır. Bizce maddî anlamda kesin hüküm oluşturmamaları bile, diğer tanıma şartlarını da sağlayan yabancı mirasçılık belgelerinin tanınmasıyla hukukî güvenlik ilkesi ciddî bir şekilde zedelenmeyecektir. Çünkü Türk mahkemeleri (ve hatta noterler) tarafından verilen mirasçılık belgeleri de maddî anlamda kesin hüküm oluşturmamalarına ve aksi ispatlanabilir birer belge olmalarına karşın, bunlara dayanarak mirasçılar, tereke üzerinde tasarrufta bulunabiliyor ve terekede bulunan taşınmazları kendi adlarına tescil ettirebiliyorlar. Tanıma kararıyla da, yabancı mahkemeler tarafından verilen mirasçılık belgelerine Türk hukukunda tanınandan daha farklı bir güç ve nitelik tanınamayacağından, bu belgelerin geçersizliği her zaman Türk mahkemelerinde ileri sürülebilecek ve iptali veya düzeltilmesi istenebilecektir.

Tanımda aranan bir diğer ön şart olan, kararın bir mahkeme tarafından verilmiş olması hususu da, yabancı çekişmesiz yargı kararlarının tanınması açısından önem arz etmektedir. Zira, bir çok devlet, çekişmesiz yargı işleri konusunda mahkemeler dışındaki organları da karar verebilmeleri konusunda yetkilendirmiştir. MÖHUK'ta yer alan düzenleme karşısında, mahkeme dışındaki organlar tarafından verilen kararların tanınamayacağı, ancak olması gereken hukuk bakımından bunun kabul edilmesinin yararlı olacağı kuşkusuzdur. Alman ve İsviçre hukuklarında da, mahkemeler dışında yetkilendirilmiş olan yabancı makamların verdikleri kararların tanınması kabul edilmiştir.

Bu bağlamda çekişmesiz yargıya ilişkin yabancı mahkemelerce verilen kararlar bir yargılama faaliyeti sonucunda yabancı bir devlet hâkimiyeti adına

verilmiş olmalarından bahisle Türkiye’de tanınmaları bakımından bir engel bulunmamaktadır. Bunun gibi özellikle Alman ve Avusturya hukukunda çekişmesiz yargı işlerinin birçoğunun aktarılmış olduğu “yardımcı adalet memurları”nın vermiş oldukları kararlar da birer mahkeme kararı niteliğine sahip olmaları sebebiyle tanınmaları mümkündür. Hatta ülkemizde de, mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesi açısından bu yönde bir organın kurulmasının büyük faydaları olacaktır.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınabilmesi için kararın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda verilmemiş olması gerekir. Milletlerarası özel hukukun kapsamına giren ilişkilerin niteliği ve güttüğü amaçların farklı olması nedeniyle, iç hukukta kabul edilen münhasır yetki kurallarının tümünün, milletlerarası yetki alanında da kabul edilmesi mümkün değildir. Milletlerarası özel hukuk alanında bir yetki kuralının münhasır yetki kuralı oluşturabilmesi için, bir davanın mutlak şekilde ve sadece Türk mahkemelerinde görülmesini sağlamak amacıyla konulmuş olması gerekir. Bu davalar bakımından yetki sözleşmesi yolu ile başka bir ülke mahkemesinin de yetkili kılınması mümkün değildir.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması hususunda sadece, HMK. m. 12 kapsamında Türkiye’de bulunan taşınmazların üzerindeki aynî haklara ilişkin davalar ile taşınmazla doğrudan bağlantılı olan şahsi haklara ilişkin davalar bakımından Türk mahkemelerinin bir münhasır yetkisi vardır. Bizce bunun dışında, özellikle iş, sigorta ve tüketici sözleşmeleri konusunda da, zayıf tarafın korunması amacıyla bu tarafların lehine bir “sınırlı münhasır yetki” söz konusu değildir. Çünkü, usûl hukukunda maddî hukuktan farklı olarak zayıf tarafın korunması ilkesine yer yoktur. Zira, usûl hukuku açısından hakkaniyete uygun olarak “adil ve eşit yargılanma” ile buna bağlı olarak “silahların eşitliği” ilkeleri geçerlilik kazanır. Bu sebeple MÖHUK’ta işçi, tüketici ve sigortalı lehine düzenlenen milletlerarası yetki kuralları (m. 44-46) birer özel yetki kuralı olmaktan ibarettir.

Yabancı mirasçılık belgelerinin Türk hukukunda tanınabilmeleri açısından da burada münhasır yetki ayrı bir önem arz etmektedir. Kanımızca öğretilde ileri sürüldüğü gibi, maddî anlamda kesin hüküm vasfına sahip olmadıkları ve sadece

birer tespit edici çekişmesiz yargı kararı oldukları için tanınmaması gerektiği görüşüne katılmıyoruz. Bizce mirasçılık belgeleri açısından menkul ve gayrimenkul tereke bakımından bir ayırım yapılmalıdır. Maddî anlamda kesin hüküm taşımasalar da şeklî anlamda kesinliğe sahip ve menkul mallara ilişkin yabancı mirasçılık belgelerinin tanınmasında bir engel bulunmamaktadır. Buna karşın, Türkiye’de bulunan gayrimenkul tereke bakımından, mirasçılık belgelerinin tanınması Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi sebebiyle mümkün olamayacaktır.

MÖHUK’ta yabancı mahkeme kararlarının tanınabilmesi için aranan bir diğer şart, davalının savunma hakkına riayet edilmiş olmasıdır (m. 54/ç). Savunma hakkının Anayasamızda (m. 36) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (m. 6) güvence altına alınmış olması, bu hakkın ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Savunma haklarına aykırılık hallerinin gerçekleşmesi durumunda, tanınmanın engellenebilmesi için davalının itiraz etmesi gerekir. Savunma haklarına aykırılık kamu düzenine aykırılık anlamına geleceğinden, davalı itiraz etmese dahi, m. 54/c (kamu düzeni) çerçevesinde, hâkim tarafından re’sen de göz önünde tutulmalıdır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde yabancı çekişmesiz yargı kararlarının Türk hukukunda tanınması usûlü konusunda bilgi verilmeye çalışılmıştır.

Yabancı kararın tanınması, Türk mahkemelerinde görülmekte olan bir davada talep edilebileceği gibi, bağımsız bir tanıma davası yoluyla da istenebilir. Tanıma davasının konusunu, yabancı kararın kanunda sayılan şartlara uygun olup olmadığının incelenmesi oluşturmaktadır. Bu sebeple Türk mahkemesinde açılacak olan tanıma davası bir tespit davası niteliğine sahip olacaktır. Buna karşın, yabancı çekişmesiz yargı kararlarının tanınması için Türk mahkemesinden talep edilen tanıma kararı için yapılacak yargılama kanımızca tespit davası niteliğine sahip değildir. Zira tespit davası, iki taraf arasındaki uyuşmazlığın çözümü için başvuru olan bir araçtır. Oysa yabancı mahkeme önünde görülüp karara bağlanan çekişmesiz yargı işi gibi, bu kararın Türkiye’de tanınması talebi de bir dava olarak nitelendirilemez.

Burada bir çekişme ve bu bağlamda bir davalı kural olarak mevcut değildir. Tespit davasının aksine, burada sadece tanıma talebinde bulunan bir talep sahibi vardır. Ayrıca tespit davaları sonunda verilen kararlar kural olarak maddî anlamda

kesin hüküm teşkil ederler. Oysa Türk mahkemesi tarafından hakkında tanıma kararı verilmiş olsa bile, yabancı çekişmesiz yargı kararı, sonradan haksız görülmesi veya sonradan yeni vakıaların ortaya çıkması ile değiştirilebilecektir. Yani bu karara ilişkin tanıma kararının da maddî anlamda kesinleşmesi mümkün değildir. Bunun sonucunda, yabancı çekişmesiz yargı kararlarının tanınması için Türk mahkemesinden tanıma talep edilmesi kanımızca bir tespit davası değil, bir tespit edici çekişmesiz yargı işidir.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması konusunda asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğunu hüküm altına alan MÖHUK'un 51/1'inci maddesinde, tanınması talep edilen yabancı kararın çekişmeli veya çekişmesiz yargıya dâhil olacağı hususunda bir ayırım yapılmamıştır. Bu sebeple, yabancı çekişmesiz yargı kararlarının tanınmasında da asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu kabul edilmelidir.

Türk mahkemesi tarafından tanıma kararının verilmesi sonucunda yabancı mahkeme kararı Türkiye'de de kesin hüküm ve kesin delil niteliğine sahip olacaktır. Böylece tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir davada kesin hüküm itirazında bulunularak aynı davanın tekrar açılması engellenebilecektir. Bunun dışında bu ilâma dayanılarak Türkiye'de idarî işlemler de yapılabilecektir. Bununla beraber, yabancı mahkeme kararının kesin hüküm etkisinin kapsamı, kural olarak kararı veren devletin hukukuna göre belirlenir. Aynı şekilde kararın maddî ve şeklî kesinliği de verildiği yer hukukuna göre tespit edilir. Fakat tanınmış olan yabancı karar, Türk mahkeme kararlarının sahip olduğu kesin hüküm kuvvetinden daha fazla bir etkiye sahip olamaz.

Yabancı mahkeme kararının kanunda aranan şartları taşımaması ve bu sebeple tanınamaması durumunda, aynı konuda Türkiye'de tekrar bir dava açılması gerekecektir. Bununla beraber, tanınmayan yabancı mahkeme kararı her ne kadar kesin delil etkisine sahip olamasa da takdiri delil olarak kullanılabilir.

Türk mahkemesi tarafından verilen tanıma kararları hakkında istinaf ve temyiz yoluna başvurulması kural olarak mümkündür. Ancak çekişmesiz yargı kararları hakkında temyiz yoluna başvurulamayacaktır (m. 362/1-ç). Bunun tek

istisnasını soybağına ilişkin sonuçlar doğuran çekişmesiz yargı kararları oluşturmaktadır (m. 362/1-d). Tanıma hâkimi, çekişmesiz yargı kararlarının tanıma şartlarına sahip olup olmadıklarını inceleyip karar verirken, bir tespit edici çekişmesiz yargı işi hakkında karar vermektedir. Bu sebeple bu tür kararlar açısından iki dereceli yargılama yeterli sayılmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akıncı Ziya. **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi**, Ankara, 1994.
- Akıncı Ziya. **Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik**, Ankara, 2002.
- Akıntürk Turgut. **Türk Medenî Hukuku-Aile Hukuku**, C. II, İstanbul, 2004.
- Akipek Jale G. ve Akıntürk Turgut. **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2009.
- Akkaya Tolga. **Medenî Usûl Hukukunda İstinaf**, Ankara, 2009.
- Alangoya Yavuz. “İsviçre Hukukunda Çekişmesiz Yargıya İlişkin Düşünceler”, **Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-IV**, Ankara, 2005, s. 110-127.
- Alangoya Yavuz. “İsviçre’de Yeni Federal Medeni Usul Kanununa Doğru”, **Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan**, Ankara, 2006, s. 83-102. (Federal Medeni Usul).
- Alangoya Yavuz, Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım. **Medenî Usul Hukuku Esasları**, 7. Baskı, İstanbul, 2009.
- Althammer Christoph. “Verfahren mit Auslandsbezug nach dem neuen FamFG“, **IPRax**, 29. Jahrgang, Heft 5, Köln, 2009, s. 381-389.
- Altuğ, Yılmaz. **Devletler Hususi Hukukunda Yargı Yetkisi**, 2. Bası, İstanbul, 1979.
- Altuğ Yılmaz. **Devletler Özel Hukuku**, İstanbul, 1995. (Devletler Özel)
- Altuğ Yılmaz. **Türk Milletlerarası Usul Hukuku**, İstanbul, 1983. (Milletlerarası Usul Hukuku)
- Ansay Tuğrul. “Türkiye’de Tanınan Bir Yabancı Mahkeme Kararı Hangi Andan İtibaren Geçerli Olur?”, **Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 22, S. 2, İstanbul, 2002, s. 29-39.

Ansay Tuğrul. “Yabancı Boşanma İlamlarının Türkiye’de Tanınmasına İlişkin İlk Görüşler”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 2, S. 2, İstanbul, 1982, s. 1-6. (Boşanma İlamları)

Ansay Tuğrul. “Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizinde Karşılıklı Muamele Şartı”, **Ord. Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan**, Ankara, 1964, s. 245-262.(Karşılıklı Muamele Şartı)

Arat Tuğrul. “Yabancı Mahkeme İlamlarının Tanınması ve Tenfizi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XXI, S. 1-4, 1964, s. 421-527.

Atalay Oğuz. **Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi**, İzmir, 2007

Atalı Murat. “Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı”, **Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-IV**, Ankara, 2005, s. 49-108.

Baltser-Bader Christine. “Die Rechtsmittel“, **Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung**, Hrsg. Hasenböhler, Franz/Sutter-Somm, Thomas, Zürich, 2003.

Honsell Heinrich, Nedim Peter Vogt, Anton K. Schnyder und Stephen Berti. **Basler Kommentar: Internationales Privatrecht**, 2. Auflage, Basel, 2007. (BSK IPRG)

Spühler Karl, Luca Tenchio und Dominik Infanger. **Basler Kommentar: Schweizerische Zivilprozessordnung**, Basel, 2010.

Bassenge Peter und Herbert Roth. **Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit**, München, 2007.

Baur Fritz. “Der Begriff der Rechtsprechung und die freiwillige Gerichtsbarkeit”, **Deutsche Notar Zeitschrift**, München-Berlin, 1955, s. 507-521.

Belgesay Mustafa Reşit. **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, C. I, İstanbul, 1939. (HUMK Şerhi)

Belgesay Mustafa Reşit. **Devletler Hususi Hukuku’nda Adliye**, 2. Kısım, İstanbul, 1938.

Berki Osman Fazıl. **Devletler Hususi Hukuku**, Cilt: II, 6. Baskı, Ankara 1966.

Berki Osman Fazıl. **Türk Hukukunda Kanun İhtilafları**, 2. Baskı, Ankara, 1971.
(Kanunlar İhtilafi)

Berti Stephen V. und Anton K. Schnyder. **Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht**, Basel-Farankfurt am Main, 1996.

Berti Stephen V. **Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung**, Basel, 2011.

Bohner, H. U. Walder und Isaak Meier. Vorsorgliche Massnahmen ausländischer Gerichte unter dem neuen IPR-Gesetz, **Schweizer Juristen Zeitung (SJZ)**, 83. Jahrgang, s. 238-242, Zürich, 1987.

Bork, Reinhard, Florian Jacoby und Dieter Schwab. **FamFG**, Bielefeld, 2009.

Bork Reinhard. “Die Erneuerung der Freiwilligen Gerichtsbarkeit aus Deutscher Sicht”, **Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP)**, 117. Band, H. 4, 2004, s. 399-420.

Brehm Wolfgang. **Freiwillige Gerichtsbarkeit**, München, 2002.

Budak Ali Cem. “Prof. Dr. Baki Kuru’nun “Nizasız Kaza” İsimli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler”, **75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı**, Ankara, 2004, s. 273-306. (Değişiklikler)

Budak Ali Cem. “Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı”, **Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-IV**, Ankara, 2005, s. 128-188.

Budak Ali Cem. **Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması**, İstanbul, 2000. (Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması)

Buhmann Margarete Krapf. **Die Anerkennung ausländischer Adoptionen im Inland**, München, 1989.

Bumiller Ursula und Dirk Harders. **Fam FG - Freiwillige Gerichtsbarkeit**, München, 2009.

Bunert Kai Schulte. **Das neue FamFG**, Köln, 2010.

Çelikel Aysel. “Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması Hakkında Sözleşme ve Türk Hukuku”, **Prof. Dr. Hıfzı Timur’un Anısına Armağan**, İstanbul, 1979.

Çelikel Aysel. “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Müktesep Haklar Nazariyesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt. 29, S. 1-2, İstanbul 1963, s. 240-260. (Haklar Nazariyesi)

Çelikel Aysel. “Yabancı Mahkemelerden Verilen Velayete İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi”, **Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 17-18, S. 1-2, İstanbul, 1998, s. 107-116. (Velayet)

Çelikel Aysel. “Yeni Kanuna Göre Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfiz Şartları”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 2, S. 2, İstanbul, 1982, s. 7-13. (Tenfiz Şartları)

Çelikel Aysel. **Ahkâmı Şahsiye Konusundaki Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması**, İstanbul, 1963. (Ahkâmı Şahsiye)

Çelikel Aysel ve Ergin Nomer. **Devletler Hususi Hukuku, Örnek Olaylar–Mahkeme Kararlar**, 8. Bası, İstanbul, 2007.

Çelikel Aysel ve Cemal Şanlı. **Türk Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı**, 12. Bası, İstanbul, 2007.

Çiftçi Pınar. **İcra Hukukunda Menfaat Dengesi**, Ankara, 2010.

Dardağan Esra. **Milletlerarası Usul Hukukunda “Aşkın Yetki” Kavramı**, Ankara, 2005.

Decker Peter. **Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen im Zivilprozess**, München, 1984.

Demirelli Korhan. “2675 Sayılı Kanununun Yürürlüğünden Bugüne Kadar Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Tanıma ve Tenfizin Durumu”, **Manisa Barosu Dergisi**, Yıl 16, S. 62-63, Temmuz-Ekim 1997, s. 56-64.

Demir-Gökyayla Cemile. “Yabancı Mahkemelerden Alınan Mirasçılık Belgelerinin Türkiye’de Hüküm ve Sonuç Doğurması”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, 2006, ss. 559-583. (Mirasçılık Belgeleri)

Demir-Gökyayla Cemile. **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni**, Ankara, 2001.

Deren-Yıldırım Nevhis. **Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları**, İstanbul, 1996.

Domaniç Hayri. **Hukukta Kaziyyei Muhakeme ve Nisbi Kuvveti**, İstanbul, 1964.

Dölle Hans. “Über Einige Kernprobleme des Internationalen Rechts der Freiwilligen Gerichtsbarkeit”, **Rabels Zeitschrift**, 27.Jahrgang, H. 2, 1962/63, ss. 201-244.

Dölle Hans. **Internationales Privatrecht**, 2. Auflage, Karlsruhe, 1972.

Dörig Adrian. **Anerkennung und Vollstreckung US-amerikanischer Entscheidungen in der Schweiz**, St. Gallen-Lachen, 1998.

Durak Bahar Yeşim. **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde Mütakabiliyet Esası**, İzmir, 1998.

Dürrenmatt Agnes H. Atteslander. **Der Prozessvergleich im internationalen Verhältnis**, Tübingen, 2006.

Ekşi Nuray. **Pratik Çalışma Kitabı, Kanunlar İhtilafı Kurallarına, Milletlerarası Usul Hukukuna, Vatandaşlık ve Yabancılar Hukukuna İlişkin Seçilmiş Mahkeme Kararları**, İstanbul, 2006.

Ekşi, Nuray. **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, 2. Bası, İstanbul, 2000.

Enßlin Joachim Max. **Die Anerkennung ausländischer Akte freiwilliger Gerichtsbarkeit**, München, 1971.

Erdem B. Bahadır. “22.11.2001 Tarihli ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve Bu Mahkemelerin

Milletlerarası Yetkisi”, **Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 22, S. 2, İstanbul, 2002, ss. 149-182.

Erdem B. Bahadır. “2675 Sayılı MÖHUK Madde 38/e Bendinin Amacı ve Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin Bu Konuda Müstaker hale Gelen Kararlarının Eleştirisi”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, ss. 323-343.

Erdem, B. Bahadır. “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1968 Tarihli Brüksel Antlaşması’nın Hükümlerinin Türk mahkemelerinin Milletlerarası Yetki Kuralları ile karşılaştırılması”, **Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 17-18, S. 1-2, İstanbul, 1997-1998, ss. 183-215.

Erdem B. Bahadır. “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 38. Madde (E) Bendinin İncelenmesi ve Bu Bendin Yarattığı Sorunlar”, **Prof. Dr. Mahmut R. Belik’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, İstanbul, 1993, ss. 105-124.

Erdemir İlter. **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, İstanbul, 1986.

Ertuş Şeref. “Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi”, **Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı**, Ankara, 1987, ss. 365-438.

Esen Emre. “Alman Hukukunda İhtarlı Basit Dava Usulü (Mahnverfahren) Çerçevesinde Verilen Kararların Türk Hukukunda Tenfizi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 27, S. 1-2, İstanbul, 2007, ss. 21-79.

Esen Emre. “Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı”, **Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 22, S. 2, İstanbul, 2002, ss. 183-206. (Münhasır Yetki)

Ferendeci Hamide Özden Özkaya. **Kesin Hükmün Objektif Sınırları**, İstanbul, 2009.

Figanmeşe İnci Ataman. **Milletlerarası Özel Hukukta Mirasçılık Belgeleri**, İstanbul, 1998.

Firsching Karl. “Zur Anerkennung ausländischer Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit”, **StAZ**, 1976.

Fischer Gerfried. “Objektive Grenzen der Rechtskraft im internationalen Zivilprozessrecht”, **Festschrift für Wolfram Henckel**, ss. 199-213, Berlin-New York, 1995.

Frei Sylvia. “Sühnverfahren, summarisches, einfaches und ordentliches Verfahren nach der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung“, **Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung**, Basel-Genf-München, 2003, ss. 17-32.

Frick Mario. **Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen**, München, 1992.

Frische Tobias. **Verfahrenswirkungen und Rechtskraft**, Heidelberg, 2006.

Fuchs Lydia. **Internationale Zuständigkeit in Außerstreitverfahren**, Wien, 2004.

Furrer, Andreas, Daniel Girsberger, Florence Guillaume und Dorothee Schramm. **Internationales Privatrecht**, 2. Auflage, Zürich, 2008.

Gärtner Veronika. **Die Privatscheidung im deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Internationalen Privat- und Verfahrensrecht**, Tübingen, 2008.

Gaul Hans Friedhelm. “Aktuelle Probleme Der Rechtskraftlehre in Deutschlan”, **Zivilverfahrensrechtliche Probleme des 21. Jahrhundert**, (Hrsg. Schilken, Eberhard/Deren Yıldırım, Nevhis/Yıldırım, Kamil), Remscheid, 2006.

Geimer Reinhold. “Anerkennung Ausländischer Entscheidungen auf dem Gebiet der Freiwilligen Gerichtsbarkeit“, **Festschrift für Murad Ferid**, Frankfurt am Main, 1988, ss. 89-130. (FS Ferid)

Geimer Reinhold. “Internationale Freiwillige Gerichtsbarkeit“, **Festschrift für Erik Jayme**, Band I, München, 2004.

Geimer Reinhold. **Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland**, München, 1995. (Anerkennung)

Geimer Reinhold. **Internationales Zivilprozessrecht**, 6. Auflage, Köln, 2009.

Gottwald Peter. „Grundfragen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivilsachen“, **Zeitschrift für Zivilprozessrecht (ZZP)**, 103. Band, Heft 3, Köln-Berlin-Bonn-München, 1990, ss. 257-293.

Gottwald Peter. **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung**, Band 1, München, 2008.

Gottwald Peter. **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung**, Band 2, München, 2007.

Gottwald Peter. **Zivilprozessrecht**, München, 2010.

Göger Erdoğan. **Devletler Hususi Hukuku, Kanunlar İhtilafi**, 4. Bası, Ankara, 1977.

Gözler Kemal. **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa, 2000.

Grämiger Jürg. **Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung**, Zürich, 2001.

Greiner Monique Jametti. **Der Begriff der Entscheidung im Schweizerischen internationalem Zivilverfahrensrecht**, Basel, 1998.

Greiner Monique Jametti. “Der vorsorgliche Rechtsschutz im internationalen Verhältnis“, **ZBJV**, Band 130, ss. 649-677, Bern, 1994.

Grundmann Stefan. **Anerkennung und Vollstreckung ausländischer einstweiliger Maßnahmen nach IPRG und Lugano-Übereinkommen**, Basel-Frankfurt am Main, 1996.

Guldener Max. **Grundzüge der Freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz**, Zürich, 1954.

Güngör Gülin. **Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması**, Ankara, 2000.

Habscheid Walther J. “Die Rechtskraft nach Schweizerischem Zivilprozessrecht“, **Schweizer Juristen Zeitung**, 74. Jahrgang, ss. 201-207, Zürich, 1978.

Habscheid Walther J. **Freiwillige Gerichtsbarkeit**, München, 1983.

Habscheid Walther J. **Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht**, Basel – Frankfurt am Main, 1990.

Haecker Jens. **Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Ehesachen**, 3. Auflage, Berlin, 2009.

Hartmann, Peter. **Zivilprozessordnung**, 69. Auflage, München, 2011.

Hoffman Bernd von und Karsten Thorn. **Internationales Privatrecht**, 9. Auflage, München, 2007.

Hoffmann Bernd von. **Internationales Privatrecht**, München, 2000.

Huysal Burak. **Devletler Özel Hukukunda Velayet**, İstanbul, 2005.

İmre Zahit ve Hasan Erman. **Miras Hukuku**, 8. Basım, İstanbul, 2011.

İnan Ali Naim, Şeref Ertuş ve Hakan Albaş. **Miras Hukuku**, 7. Bası, Ankara, 2008.

Karagülmez Ali ve Sami Sezai Ural. **Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri**, Ankara, 2003.

Kegel Gerhard und Klaus Schurig. **Internationales Privatrecht**, 9. Auflage, München, 2004.

Keidel Engelhardt Sternal. **FamFG**, 16. Auflage, München, 2009.

Kern Christoph. “Anerkennungsrechtliches Spiegelbildprinzip und europäische Zuständigkeit”, **Zeitschrift für Zivilprozessrecht**, 120. Band, Heft 1, Köln-Berlin-Bonn-München, 2007, ss. 31-71.

Kern Jolanta. “Anerkennbare und vollstreckbare Titel nach IPR-Gesetz und Lugano-Übereinkommen”, Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht, **Festschrift für Oscar Vogel**, Freiburg-Schweiz, 1991, ss. 420-463.

Kerwer Christof. "Bericht Über die Diskussion zum Thema Die Erneuerung der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (Ausserstreitverfahren) aus Deutscher, Österreichischer und Schweizerischer Sicht", **Zeitschrift für Zivilprozessrecht**, 117. Band, Heft 4, Köln-Berlin-Bonn-München, 2004, ss. 445-451.

Kollhofer Helmut. "Zur Problematik Eines "Allgemeinen Teils" in Einer Verfahrens Ordnung für die Freiwillige Gerichtsbarkeit", **Zeitschrift für Zivilprozessrecht**, 93. Band, H.3, Köln-Berlin-Bonn-München, 1980, ss. 265-311.

König Bernhard. "Probleme eines "Allgemeinen Teils" einer Verfahrensordnung für die Freiwillige Gerichtsbarkeit", **Zeitschrift für Zivilprozessrecht**, 93. Band, H.3, Köln-Berlin-Bonn-München, 1980, ss. 312-330.

Krefft Max. **Vollstreckung und Abänderung ausländischer Entscheidungen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit**, Berlin, 1993.

Kren Jolanta. "Anerkennbare und vollstreckbare Titel nach IPR-Gesetz und Lugano-Übereinkommen", Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht, **Festschrift für Oscar Vogel**, Freiburg, 1991, ss. 419-463.

Kropholler Jan. **Internationales Privatrecht**, Tübingen, 2006.

Krüger Hilmar. "Zur Anerkennung ausländischer Statusurteile in der Türkei", **IPRax**, 24. Jahrgang, Heft 6, Köln, 2004, ss. 550-551.

Krüger Hilmar. "Zur Ermittlung Ausländischen Rechts in Deutschland: Ein Bericht aus der Praxis (Almanya'da Yabancı Hukukun Muhtevasının Tespiti Üzerine: Uygulamadan Bir Rapor)", **Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan**, MHB, Yıl 22, S. 2, İstanbul, 2002, ss. 357-392.

Krüger Hilmar. "Zur Anerkennung ausländischer Urteile in arabischen Golfstaaten", **Haluk Konuralp Anısına Armağan**, Cilt I, ss. 631-644, Ankara, 2009.

Kuru Baki. **Nizasız Kaza**, Ankara, 1961.

Kuru Baki. "Freiwillige Gerichtsbarkeit im Türkischen Recht", **Prof. Dr. Fadıl Sur'un Anısına Armağan**, Ankara, 1983, ss. 401-410. (Freiwillige Gerichtsbarkeit).

Kuru Baki. **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. I, C. III, C. V, C. VI, Altıncı Bası, Ankara, 2001.

Kuru Baki. **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. IV, Dördüncü Bası, Ankara, 1984.

Kuru Baki, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz. **Medeni Usul Hukuku**, 18. Baskı, Ankara, 2007.

Kuru Baki ve Ali Cem Budak. **Tespit Davaları**, 2. Baskı, İstanbul, 2010.

Kurzeja Jörg. **Rechtskraft und Abänderbarkeit gerichtlicher Entscheidungen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit**, Bochum, 1997.

Lakkis Panajotta. **Gestaltungsakte im internationalen Rechtsverkehr**, Tübingen, 2007.

Leipold Dieter. “Teilklage und Rechtskraft”, **Festschrift für Zeuner**, Tübingen, 1994.

Lessing Volker (Çeviren Bilge Öztan ve Fırat Öztan. “Türk Alman Dostluğunun Bağlantı Halkasını Teşkil Eden Yardımcı adalet Memuru (Rechtspfleger) Kimdir?”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 40, S. 1-4, 1988, ss. 347-366.

Linke Hartmut. **Internationales Zivilprozessrecht**, 2. Auflage, Köln, 1995.

Lubinski Kazimierz. “Das Wesen und die Juristische Natur der Tätigkeit des Gerichts in der freiwilligen Gerichtsbarkeit“, **Festschrift für Hideo Nakamura**, Tokyo, 1996, ss. 361-388.

Martiny Dieter. **Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts**, Tübingen, 1984.

Matscher Franz. “Grundfragen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivilsachen (aus österreichischer Sicht)“, **Zeitschrift für Zivilprozessrecht**, 103. Band, Heft 3, Köln-Berlin-Bonn-München, 1990, ss. 294-321.

Meysen Thomas. **Das Familien-verfahrensrecht-FamFG**, Köln, 2009.

Musielak Hans Joachim. (Bearbeiter: Stadler, Astrid/Lackmann, Rolf), **Kommentar zur Zivilprozessordnung**, 7. Auflage, München, 2009. (Musielak/Stadler ve Musielak/Lackmann)

Musielak Hans-Joachim und Helmut Borth. **Familiengerichtliches Verfahren**, München, 2009.

Müller Beatris. **Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen im Bereich des Schuldrechts**, Zürich, 1994.

Nagel Heinrich und Peter Gottwald. **Internationales Zivilprozessrecht**, 6. Auflage, Köln, 2007.

Nazikoğlu O. Işık. “Yabancı Memleket Mahkemelerinden Verilen Kararların Tanınması ve Tenfizi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: VII, S. 3-4, 1950, ss. 468-500.

Nomer Ergin. “İhtilafsız Kaza Alanında Milletlerarası Yetki”, **Prof. Dr. Hıfzı Timur’un Anısına Armağan**, İstanbul, 1978, ss. 545-578.

Nomer Ergin. “Suudi Arabistan Hukukuna Göre “Talak” ve Türkiye’de Tanınması”, **İstanbul Barosu Dergisi**, S. 7-8-9, İstanbul, 1991. (Talak)

Nomer Ergin. “Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Tanınmasında Kesinleşme Şartı”, **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı**, 2. Baskı, İstanbul, 2001, ss. 909-922. (Kesinleşme Şartı)

Nomer Ergin. “Yabancı Veraset İlamlarının Tanınmasında Yargıtay Kararları”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 65, S. 10-11-12, İstanbul, 1991, ss. 789-796. (Veraset)

Nomer Ergin. “Yargıtay Kararlarında Devletler Özel Hukuku Kanunu”, **Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan**, İstanbul, 1998. (Yargıtay Kararları)

Nomer Ergin. **Milletlerarası Usul Hukuku**, İstanbul, 2009.

Nomer Ergin ve Cemal Şanlı. **Devletler Hususî Hukuku**, 16. Bası, İstanbul, 2008.

Oğuzman M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir. **Eşya Hukuku**, 12. Bası, İstanbul, 2009.

Olgaç Senai. **Kira Parasının Tespiti ve Tahliye Davaları**, İstanbul, 1968.

Ökçün A. Gündüz. **Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni**, 2. Baskı, Ankara, 1997.

Önen Ergun. **İnşai Dâva**, Ankara, 1981.

Özbakan Işıl. **Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, 1987.

Özbudun, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku**, 11. Baskı, Ankara, 2010.

Özdemir M. Şükrü. “Yabancı Mahkeme Boşanma Kararının Türkiye’de Tanınması”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt. 20, Ocak-Nisan 1994, S. 1-2, ss. 121-126.

Özdemir M. Şükrü. “Yurt Dışında Alınan Boşanma Kararının Türkiye’deki Etkisi”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt. 12, Ocak-Nisan 1986, S. 1-2, ss. 8-16.

Özdemir, Nevzat. **Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma**, İstanbul, 2003.

Özekes Muhammet. “Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı’nda Yargılama Usûlleri Bakımından Getirilen Yeniliklere Genel Bir Bakış”, **Halûk Konuralp Anısına Armağan**, Cilt I, Ankara, 2009, ss. 783-788.

Özekes Muhammet. “İflâsın Ertelenmesi”, **Legal Hukuk Dergisi**, Yıl: 3, S. 33, Eylül 2005, ss. 3249-3283.

Özekes Muhammet. **Medenî Usûl Hukukunda Aslî Müdahale**, İstanbul, 1995.

Özekes Muhammet. **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara, 2003.

Özkan Işıl. “Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde “Uygulanan Hukuk” Denetimi”, **Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan**, Ankara, 2008, ss. 249-276.

Özkaya-Ferendeci Hamide Özden. **Kesin Hükümün Objektif Sınırları**, İstanbul, 2009.

Özmen İsmail. **Velayet-Nesep ve Evlat Edinme Davaları**, Ankara, 1999.

Öztan Bilge. **Aile Hukuku**, Ankara, 2004.

Öztekin-Gelgel Günseli. **Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar**, İstanbul, 2000.

Özüğür Ali İhsan. **Medeni Yasadan Önce ve Sonra Türk Miras Hukuku**, Ankara, 2001.

Pazarcı Hüseyin. **Uluslararası Hukuk**, 5. Bası, Ankara, 2007.

Pekcanitez Hakan. **Medenî Usul Hukukunda Fer'i Müdahale**, Ankara, 1992.

Pekcanitez Hakan. "Mukayeseli Hukukta Medenî Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti", **Anayasa Yargısı Dergisi**, S. 12, Ankara, 1995, ss. 257-287.

Pekcanitez Hakan. "Hukuki Dinlenilme Hakkı", **Seyfullah Edis'e Armağan**, İzmir, 2000, ss. 753-791.

Pekcanitez Hakan. "İflasın Ertelenmesi", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 79, S. 2, 2005, ss. 323-358.

Pekcanitez Hakan. "Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu Nasıl Hukuk Muhakemeleri Kanunu Oldu?", **İzmir Barosu Bülten**, Yıl. 21, S. 30, Mayıs-2011, ss. 22-28.

Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay, Meral Özkan Sungurtekin ve Muhammet Özekes. **İcra ve İflâs Hukuku**, 8. Bası, Ankara, 2010.

Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes. **Medeni Usul Hukuku**, 10. Bası, Ankara 2011.

Pınar Burak. **Yargı ve İcra Harçları**, 2. Baskı, Ankara, 2009.

Postacıoğlu İlhan. **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1975.

Prütting Hanns und Markus Gehrlein. **ZPO Kommentar**, München, 2010.

Rauscher Thomas, Peter Wax, Joachim Wenzel und Peter Gottwald. **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung**, Band I, 3. Auflage, München, 2008.

Rauscher Thomas. **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung** Band 4, München, 2010.

Rechberger Walter H. **Kommentar zum Ausserstreitgesetz**, Wien, 2006.

Richardi Jörg. **Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung des autonomen Rechts**, Konstanz, 1991.

Richli Hans Ulrich Walder und Beatrice Grob Andermacher. **Zivilprozessrecht**, Zürich-Basel-Genf, 2009.

Rosenberg Leo, K. Heinz Schwab und Peter Gottwald. **Zivilprozessrecht**, 17. Auflage, München, 2010.

Rosengarten Joachim. **Punitive damages und ihre Anerkennung und Vollstreckung in der Bundesrepublik Deutschland**, Hamburg, 1994.

Ruhi Ahmet Cemal. **Boşanma ile İlgili Yabancı Mahkeme İlamlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, 2003. (Boşanma)

Ruhi Ahmet Cemal. **Gerekçeli-Açıklamalı-Yargıtay İçtihatlı, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun**, Ankara, 2003. (MÖHUK)

Ruhi Ahmet Cemal. **T.C’nin Onayladığı Devletler Özel Hukuku Alanındaki Çok Taraflı Uluslararası Sözleşmeler**, 3. Bası, Ankara, 2006. (Uluslararası Sözleşmeler)

Ruhi Ahmet Cemal. **Tebliğat Hukuku**, Ankara, 2004.

Ruhi Ahmet Cemal. **Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinme ile İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye’de Tanınması**, 2. Baskı, Ankara, 2003. (Evlat Edinme)

Ruhi Ahmet Cemal ve Yavuz Kaplan. “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni”, **Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl. 22, S. 2, İstanbul, 2002, ss. 643-664.

Sadrüleşrafi Hüseyin Ali. “Devletler Özel Hukukunda Yabancılik Ögesi İçeren Çekişmesiz Yargı (İhtilafsız Kaza) ve Buna İlişkin Bir Olay ve Kararlar”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl. 14, S. 1-2, İstanbul, 1994, ss. 63-81.

Sakmar Atâ ve Nuray Ekşi. “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü”, **Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl. 22, S. 2, İstanbul, 2002, ss. 721-744.

Sakmar Atâ, Nuray Ekşi ve İlhan Yılmaz. **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Mahkeme Kararları**, 3. bası, İstanbul, 2001.

Sakmar Atâ. “Yabancılik Unsuru Taşıyan Vasiyetnamelerin Tenfizi ve Yargıtay Uygulaması”, **Prof. Dr. Hıfzı Timur’un Anısına Armağan**, İstanbul, 1979, ss. 729-745. (Vasiyetnamelerin Tenfizi)

Sakmar Atâ. **Devletler Hususî Hukukunda Boşanma**, İstanbul, 1976.

Sakmar Atâ. **Yabancı İlâmların Türkiye’deki Sonuçları**, İstanbul, 1982. (Yabancı İlâmlar)

Sargın Fügen. **Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları**, Ankara, 1996.

Sawczuk Mieczyslaw. “zur Frage nach dem Zweck der Freiwilligen Gerichtsbarkeit”, **Festschrift für Hans Friedhelm Gaul**, Bielefeld, 1997, ss. 649-666.

Schack Haimo. **Internationales Zivilverfahrensrecht**, 2. Auflage, München, 1996.

Schnyder Anton K. und Manuel Liatowitsch. **Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht**, 3. Auflage, Zürich-Basel-Genf, 2011.

Schütze Rolf A. **Anerkennung und Vollstreckung deutscher Urteile im Ausland**, Berlin, 1973. (Anerkennung)

Schütze Rolf A. **Das internationale Zivilprozessrecht in der ZPO**, Berlin, 2008. (ZPO)

Schütze Rolf A. **Rechtsverfolgung im Ausland**, 4. Auflage, Berlin, 2009.

Schütze Rolf A. **Zivilprozessordnung und neben Gesetze, Großkommentar**, Zweiter Band, Berlin-New York, 2008.

Schwander Ivo. "Anerkennung ausländischer Entscheidungen auf prozessrechtlicher und auf kollisionsrechtlicher Grundlage" **Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht IV**, Hrsg. Karl Spühler, Zürich-Basel-Genf, 2005.

Schwander Ivo. "Ausländische Rechtshängigkeit nach IPR-Gesetz und Lugano-Übereinkommen", Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht-**Festschrift für Oscar Vogel**, Freiburg, 1991, ss. 395-418. (FS Vogel)

Serozan Rona ve Baki İlkay Engin. **Miras Hukuku**, 2. Bası, Ankara, 2008.

Seviğ Muammer Raşit. **Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar İhtilafı Kaidelerinin Sentezi**, İstanbul, 1941.

Seviğ Vedat Reşit. **Hukuk ve Ticaret davalarında Türk ve Yabancı Mahkemelerin Devletler Hususi Hukuku Bakımından Yetkisi**, İstanbul, 1963.

Siehr Kurt. "Zur Anerkennung ausländischer Statusakte", Familie und Recht, **Festgabe für Bernhard Schnyder**, Fribourg, 1995, ss. 697-714. (FG Schnyder)

Siehr Kurt. **Internationales Privatrecht**, Heidelberg, 2001.

Simotta Daphne Ariane. "Das Vergreifen in der Verfahrensart und seine Folgen (§ 40a JN)", **Festschrift für Hans W. Fasching**, Wien, 1988, ss. 463-490.

Spiecker-Döhman Indra. **Die Anerkennung von Rechtskraftwirkungen ausländischer Urteile**, Baden-Baden, 2002.

Spühler Karl, Annette Dolge und Myriam Gehri. **Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts**, 9. Auflage, Bern, 2010.

Stein Fridrich, Martin Jonas und Dieter Leipold. **Kommentar zur Zivilprozessordnung**, Band 4, 22. Auflage, Tübingen, 2008. (Stein/Jonas/Leipold)

Stein Fridrich, Martin Jonas und Herbert Roth. **Kommentar zur Zivilprozessordnung**, Band 5, 22. Auflage, Tübingen, 2006. (Stein/Jonas/Roth)

Stunz Julia. **Vertrauen in fremde Gerichtsverfahren**, Hamburg, 2008.

Sur Melda. **Uluslararası Hukukun Esasları**, 4. Baskı, İstanbul, 2010.

Sutter-Somm Thomas. “Schwerpunkte und Leitlinien des Vorentwurfs zur Schweizerischen Zivilprozessordnung”, **Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung**, Zürich-Basel-Genf, 2003, ss. 27-43.

Süral Ceyda. **Avrupa Birliği’nde Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, İzmir, 2007.

Şanlı Cemal. **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, İstanbul, 2002.

Şanlı Cemal. “Türkiye’de Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, **Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan**, MHB, Yıl. 17-18, S. 1-2, İstanbul 1997-1998, ss. 393-409.

Şanlı Cemal. “Yabancı Veraset İlamlarının Türk Mahkemelerinde “Tanınması” veya “Delil” Olarak Kullanılması”, **Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu’na Armağan**, İstanbul 1990, ss. 291-307. (Yabancı Veraset İlamları)

Şener Esat. “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, **Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, S. 41, Ankara, 1984, ss. 5-11.

Şıpka Şükran. **Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası**, İstanbul, 2004.

Şit Banu. **Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, 2005.

Tanrıver Süha. “Noterlerin İşlevleri Hakkında Yeni Gelişmeler”, **Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, 2004/122, ss. 15-23.

Taşpınar Sema. **İcra-İflas Hukukunda Yeniden Yapılandırma**, Ankara, 2005.

Tiryakioğlu Bilgin. “Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme”, **Prof. Dr. Nihal ULUOCAK’a Armağan**, İstanbul, 1999, ss. 381-424.

Tiryakioğlu Bilgin. **Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, 1996.

Tuluay Metin. “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun” Üzerine Düşünceler”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, İstanbul, 1982, Yıl. 2, S. 1, ss. 22-30.

Turhan Turgut. “Davacının veya Davaya Katılanın Teminat Gösterme Yükümü”, **Prof. Dr. Osman F. Berki’ye Armağan**, Ankara, 1977, ss. 853-905.

Türk Ahmet. **Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları**, Ankara, 1999.

Umar Bilge. “Yabancı ve Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, **Adalet Dergisi**, Yıl 51, S. 8, Ankara 1960, ss. 472-492.

Üstündağ Saim ve Abdurrahim Karslı. **Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun**, İstanbul, 1996.

Üstündağ Saim. **Medeni Yargılama Hukuku**, 7. Bası, İstanbul, 2000.

Versan Rauf. “Milletlerarası Mahkeme Kararlarının Milli Mahkemeler Tarafından Uygulanması”, **Prof. Dr. Mahmut R. Belik’e Armağan**, İstanbul, 1993, ss. 459-471.

Vogel Oscar, Karl Spühler und Myriam A. Gehri. **Grundriss des Zivilprozessrechts**, Bern, 2006.

Walder Hans Ulrich. “Grundfragen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile (unter besonderer Berücksichtigung schweizerischer Sicht)”, **Zeitschrift für Zivilprozessrecht**, 103. Band, Heft 3, s.322-349, Köln-Berlin-Bonn-München, 1990. (Anerkennung)

Walder Hans Ulrich. **Einführung in das internationale Zivilprozessrecht der Schweiz**, Zürich, 1989.

Walder Hans Ulrich und Beatrice Grob Andermacher. **Zivilprozessrecht**, Zürich-Basel-Genf, 2009.

Walter Hans Peter. “Auf dem Weg zur Schweizerischen Zivilprozessordnung“, **Schweizer Juristen Zeitung**, 100. Jahrgang, ss. 313-321, Zürich, 2004.

Walther Fridolin. “Die Aktuelle Situation der Freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Schweizerischem Recht”, **Zeitschrift für Zivilprozess**, 117. Band, H. 4, 2004, ss. 421-443.

Waltjen Dagmar Coester. “Die Anerkennung und Vollstreckung Gerichtlicher und Behördlicher Entscheidungen auf dem Gebiet der Elterlichen Sorge und des Kinderschutzes aus Deutscher Sicht”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 16, S. 1-2, İstanbul 1996, ss. 93-108.

Weyde Daniel. **Anerkennung und Vollstreckung deutscher Entscheidungen in Polen**, Tübingen, 1997.

Yıldırım Kamil. “Alman Hukukunda Çekişmesiz Yargı”, **Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-IV**, Ankara, 2005, ss. 18-48.

Yıldırım Kamil. **İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul, 2002. (İlkeler)

Yılmaz Ejder. **Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri**, Cilt 1, Ankara, 2001.

Yılmaz Ejder. **İstinaf**, 2. Baskı, Ankara, 2005. (İstinaf)

Zimmermann Walter. **Das neue FamFG**, München, 2009. (FamFG)

Zimmermann Walter. **FamFG-Kommentar zum Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit**, München, 2009.

Zimmermann Walter. **Freiwillige Gerichtsbarkeit**, Heidelberg, 1996. (Freiwillige)

Zöller Richard. **Zöller Zivilprozessordnung**, 28. Auflage, Köln, 2010.