



TÜRK HUKUKUNDA YABANCI MAHKEME KARARLARININ TENFİZİNİN MÜTEKABİLİYET ARTINA BAĞLANMASININ AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ M.6(1) AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ *

THE EVALUATION OF THE RECIPROCITY AS A CONDITION FOR THE ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENTS IN TERMS OF ART. 6(1) OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS IN TURKISH LAW

DOI: 10.21492/inuhfd.481887

İlyas ARSLAN

Yalova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Milletlerarası, Özel Hukuk ABD, Dr. Araştırma Görevlisi (ilyas.arslan243@gmail.com) ORCID: 0000-0002-1567-2630

Makale Bilgi

Gönderilme: 12/11/2018
Kabul: 07/01/2019

Anahtar Kelimeler

Mütakabiliyet,
Yabancı, Mahkeme
Kararları, n.n Tenfiz,
Avrupa İnsan Hakları,
Sözleşmesi,
Hakkaniyete Uygun
Yargılama Hakkı,

Özet

5718 sayılı Milletlerarası, Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m.54 uyarınca yabancı mahkeme kararları, n.n tenfiz için kararlaştırılması, gereken şartlardan biri olan mütakabiliyet, objektif olarak tenfiz yargılaması, n.n taraflar, n.n menfaatlerini gözlemlediği gibi, böyle bir şartın aranması, n.d tenfiz devletinin ne tür menfaatinin olduğu da tam olarak anlaşılamamaktadır. Devletin tamamen psikolojik bir şekilde öngörümü olduğu bir şart olan mütakabiliyet, taraflar arasında davalı lehine bir eşitsizlik yolu açmaktadır. Zira MÖHUK m.54'te yer alan diğer tenfiz şartları, yla birlikte ele alındığında, diğer tenfiz şartları, vasıtasıyla yeterince korunabilecek olan davalıya, böyle bir şartla tenfiz yargılaması, n.n akabinde ciddi bir şekilde etkileyen ve gereği olmayan bir koruma sağlanmaktadır. Bu nedenle, salt tenfize konu kararın meneni esas alan böyle bir şartın tatbiki, insan hakları, hukuku açısından, n.dan da ciddi problemlere yol açabilecek mahiyettedir. Özellikle davacı, n.n Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (AHS) yer alan hakları, dikkate alındığında, söz konusu şartın tatbiki, yabancı kararla ortaya çıkan özel hukuka ilişkin bir haktan tenfiz devletinde de yararlanmak isteyen davacı, n.n AHS m.6(1)'deki hakkaniyete uygun yargılama hakkının ihlaline neden olabilir. Bu çalışmada, mütakabiliyetin tatbikinin AHS m.6(1)'de gerçekten ihlal edip etmeyeceği veya hangi hallerde böyle bir ihlalin ortaya çıkabileceği incelenmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda, mütakabiliyetin tatbiki suretiyle tarafların AHS m.6(1)'de güvence altına alınmış hakkaniyete uygun yargılama hakkının ihlali iddiaları, n.n Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AHS) tarafından nasıllı bir değerlendirilmeye tabi tutulabileceği AHS içtihatları, , , n.dan analiz edilmeye çalışılmıştır.

Article Info

Received: 12/11/2018
Accepted: 07/01/2019

Keywords

Reciprocity,
Enforcement of
Foreign Judgments,
European Convention
on Human Rights,
Right to a Fair
Hearing

Abstract

The reciprocity, which is one of the conditions that must be met for the enforcement of foreign judgments pursuant to Art.54 of Turkish Code on Private International Law and International Civil Procedure numbered 5718 (CPIL), does not objectively take into account of the interests of the parties to the enforcement proceedings, nor it is completely uncertain what kind of interest the enforcing state has in seeking such a condition for a foreign judgment to be enforced. The reciprocity, which can be regarded as a condition prescribed by the state with a purely psychological motive, leads to an inequality in favour of defendant between the parties to the enforcement proceedings. Because, when taken together with other conditions for enforcement under Art.54 of CPIL, the defendant, whose interests can be adequately protected via other conditions, is provided with unnecessary protection which seriously affect the outcome of enforcement proceedings. For this reason, the application of such condition to enforce a foreign judgment, which is purely based on the origin of judgment in question, may also cause serious problems in terms of human rights. Especially considering the claimant's right to a fair trial pursuant to Art.6(1) of the European Convention on Human Rights (ECHR), the application of this condition may cause a violation of that right of the claimant, who wants to enjoy a private right based on a foreign judgments in the enforcing state. In this study, it has been examined whether the application of reciprocity as a condition to enforce a foreign judgment could indeed violate Art. 6(1) of the ECHR or in which cases such a violation may occur. In this context, it has been tried to analyze how the European Court of Human Rights (ECtHR) assess whether Art. 6(1) of the ECHR was actually violated by the Turkish courts via application of reciprocity in the light of case law of the ECtHR.

* Bu makale, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında Doç.Dr. Emre ESENİN tarafından hazırlanmış ve 28.9.2018 tarihinde savunulan *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası, Özel Hukuka Etkisi* adlı doktora tezi esas alınarak hazırlanmıştır.

Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinin Mütakabiliyet Artına Bağlanması, n.n Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi M.6(1) Açısından Değerlendirilmesi

I. G R

Yabanc, mahkeme kararlar,n,n tan,nmas, ve tenfizi rejimi tanzim etmek suretiyle yabanc, karar,n kendi hukuk düzeninde çe itli hukuki sonuçlar do urmas,n kabul eden devletler, bunu tan,ma-tenfiz artlar, (engelleri) olarak ifade edilen, birtak,m soyut ve genel nitelikteki kurallarda vücut bulan artlara tabi k,lmaktad,r. Türk hukukunda 5718 say,1, MÖHUK¹ m.50 ve 54^{te}, yabanc, kararlar,n tan,nmas,-tenfizi için kar ,lanmas, gereken asgari artlar aç,kça öngörölmü tür. Kar ,la t,rnal, hukukta da k,smen veya tamamen benimsenen bu artlar, yabanc, mahkeme karar,n,n tan,nmas,-tenfiz edilmesiyle ortaya ç,kabilecek sonuçlara kar ,, devletin kendi hukuk düzeninin temelini te kil eden birtak,m temel adalet ilkelerini ve temel de erlerini, bu kapsamda bireylerin temel haklar,n, korumak gayesiyle düzenlenmi tir. Ba ka bir deyi le, devletler mahkemelerinin daval,n,n temel haklar,yla ba da mayan yabanc, karar, tan,mak-tenfiz etmek suretiyle olas, bir hak ihlalini yerel seviyede engelleme yoluna gitmi ve buna özgü tan,ma-tenfiz engelleri öngörmü tür². En az,ndan, günümüzde kamu düzeni müdahalesiyle daval,n,n savunma haklar,na riayet edilmi olmas, gibi artlar,n bu amaca yönelik oldu unda herhangi bir tereddüt yoktur³. Dolay,s,yla, söz konusu artlar,n kendisine kar , bir tan,ma-tenfiz davas, aç,lan taraf,n haklar,n, ve/veya daval, ahs,nda genel kamu düzenini korumak suretiyle ülkede bulunan bireylerin (toplumun) menfaatlerinin korunmas,na hizmet etti ini söylemek mümkündür.

Kimi tan,ma-tenfiz artlar,n,n genellikle bireylerin haklar,n, veya toplumun menfaatlerini gözetmekten ziyade, tamamen devletin menfaatini gözetmek veya sahip oldu u egemenli ini muhafaza etmek ya da milletleraras, toplumda varl, ,n, yans,tmak gayesiyle öngöröldü ü söylenebilir. Bu konuda akla ilk olarak, 2675 say,1, MÖHUK⁴un⁴ yürürlü ünden beri Türk hukukunda yasal bir tenfiz art, olarak varl, ,n, muhafaza eden mütekabiliyet gelmektedir. Milletleraras, ili kilerin geldi i nokta itibariyle ve bireylerin haklar,na uluslararası, alanda da sayg, gösterilmesi gerekti i dü üncelerinin giderek yayg,nla t, , günümüzde, mütekabiliyetin bir tenfiz art, olarak aranmas,n,n yerindeli i fazlas,yla sorgulanmaktadır,⁵. Bu anlay, ,n bir yans,mas, olarak, mütekabiliyetin bir tenfiz engeli olarak aranmas,n,n Türkiye'nin taraf, oldu u⁶ A HS ve eki protokollerdeki temel haklar, ihlal etme potansiyeline sahip oldu u giderek artan bir ekilde dile getirilmektedir⁷.

Gerçekten, mütekabiliyet art,n,n tatbikinin A HS⁸ne ayk,r, nitelik arz etti i anlay, ,nda hakl,l,k pay, bulunmaktad,r. Bu, a a ,da inceleyece imiz üzere, sadece mütekabiliyet art,n,n niteli inden de il, ayn, zamanda A HS⁹nin -kapsam,na giren- temel haklar,n korunmas, bak,m,ndan öngördü ü denetim sisteminden kaynaklanmaktadır. A HS m.1, taraf devletlere kendi yarg, alanlar,na giren bireylerin A HS¹⁰nde düzenlenen temel haklar,na riayet etme, bu haklar, yerine getirme ve üçüncü ki ilerin müdahalelerine kar , koruma yükümlülü ü yüklemektedir. Avrupa nsan Haklar, Mahkemesi (A HM) vas,tas,yla yarg,sal bir denetim mekanizmas, öngören A HS, ayn, zamanda taraf devletleri bünyesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin güvence alt,na al,nmas, konusunda mütekabiliyete dayanmayan, objektif bir yükümlülük alt,na sokmaktadır,⁸. Bu nedenle, Türkiye'nin t,pk, özel hukuk davalar,nda oldu u gibi, yabanc, mahkeme kararlar,n,n tan,nmas,-tenfizi davalar,n,, taraflar,n A HS¹¹deki temel haklar,na, bu kapsamda söz konusu haklar,n korunmas,na hizmet eden A HS m.6(1)¹² uygun olarak yürütmesi gerekmektedir⁹. Bu bak,m,ndan, kural olarak Türk mahkemelerinin, hangi amaçlarla ve ne ekilde düzenlenirse düzenlensin, tan,ma-tenfiz artlar,n,n her birinin kar ,lan,p kar ,lanmad, ,n, (ve hangi gerekçeyle kar ,lan(ma)d, ,n,) taraflar,n A HS¹³deki haklar,yla ba da ,r bir ekilde tespit etmesi, dolay,s,yla tan,ma-tenfiz talebinin kabul veya reddetmesi gerekmektedir. Bu da, do al olarak devletin taraflar,n birbiriyle çat, an haklar,, dolay,s,yla birbiriyle çat, an yükümlülükleri aras,nda, davan,n özelliklerini dikkate alarak ve söz konusu artlar, bu kapsamda

¹ RG: 12.12.2007-26728.

² FAWCETT, J.J.: The Impact of Article 6(1) of the ECHR on Private International Law, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.56, 2007, s.24; KIESTRAS, Louwrens R.: The Impact of European Convention on Human Rights on Private International Law, Springer, Maastricht, 2014, s.271.

³ FAWCETT, James J./SHÜLLEABHÁIN, Máire Ní/SHAH, Sangeeta: *Human Rights and Private International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016 s.375; ARSLAN, Iyas: *Avrupa nsan Haklar, Sözle mesinin Milletleraras, Özel Hukuka Etkisi*, stanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yay,mlanmam, Doktora Tezi, stanbul, 2018, s.643.

⁴ RG: 9.11.1982-17863.

⁵ SAKMAR, Atâ: *Yabanc, lâmlar,n Türkiye'deki Sonuçlar,, Fakülteler Matbaas,, stanbul, 1982, s.88 vd.*; NOMER, Ergin: *Devletler Hususî Hukuku*, 22.Bas., Beta, stanbul 2017, s.520; DEM R GÖKYAYLA, Cemile: *Yabanc, Mahkeme Kararlar,n,n Tan,nmas, ve Tenfizinde Kamu Düzeni*, Seçkin, Ankara, 2001, s.49; EK , Nuray: *Yabanc, Mahkeme Kararlar,n,n Tan,nmas, ve Tenfizi*, Beta, stanbul, 2013, s.174; KINSCH, Patrick: *öEnforcement as a Fundamental Rightö (Enforcemet)*, NIPR, Vol.32/4, 2014, s.543, dn.30; SARIÖZ BÜYÜKALP, Ay e pek: *A HS ve A HM Kararlar,n,n da ncelenmesi Suretiyle Adil Yarg,lanma Hakk,n,n Türk Milletleraras, Usül Hukuku Üzerindeki Etkileri*, On ki Levha, stanbul, 2018, s.475-477; TÖTÜNCÜBA I, U ur: *Yabanc, Çeki mesiz Yarg, Kararlar,n,n Türk Hukukunda Tan,nmas,, Adalet*, Ankara, 2014, s.195-196; DEM RKOL, Özüm: *Yabanc, Mahkeme Kararlar,n,n Tenfizinde Kar ,l,kl,l,k Ko ulu*, On ki Levha, stanbul, 2017, s.39, 50.

⁶ RG: 19.3.1954-8662.

⁷ SAKMAR, s.89; KINSCH, Patrick: *öDroits l'homme, droits fondamentaux et droit international privéö (Droits l'homme)*, Recueil Des Cours- Collected Courses, Vol.318, 2005, s.105-106; SARIÖZ BÜYÜKALP, s.477.

⁸ ARSLAN, s.25.

⁹ ARSLAN, s.634.

Iyas ARSLAN

de erlendirerek bir denge kurmas,n, gerektirmektedir¹⁰.

Bu kapsamda, bir tan,ma-tenfiz art,n,n anlam,, amac, ve içeri inin A HSøyle ba da ,r bir ekilde yorumlanmak suretiyle bireylerin çat, an haklar, aras,nda bir denge kurulmas, gerekti ini ortaya koyan A HM içtihatlar, Türk mahkemelerine yol gösterici olabilecektir¹¹. Ancak, mütekabiliyet o kadar net ve objektif bir tenfiz engelidir ki Türk mahkemelerine taraflar,n birbiriyle çat, an haklar, aras,nda bir denge kurabilmelerine objektif olarak imkân tan,mamaktad,r. Zira Türk mahkemelerinin bir kere mütekabiliyetin kar ,lanmad, ,n, tespit ettiklerinde, art,k tenfiz talebini reddetmeleri gerekmektedir. Böylece, daval, yabanc, mahkeme önünde gayri adil bir yarg,lamaya veya temel haklar,na ayk,r, bir karara maruz kalmasa dahi, kendisine yöneltilen dava tehdidinden kurtulmaktad,r. Dolay,s,yla, mütekabiliyet daval,ya davan,n ak,betini etkileyen esasl, bir avantaj sunmakta, davac,n,n haklar,ndan yararlanmas,n, do rudan engellemektedir. Di er yandan, a a ,da görülece i üzere, mütekabiliyetin bir tenfiz art, olarak aranmas,n,n tenfiz devletinin menfaatine olup olmad, , da belirsizdir. Bu bak,mdan, yabanc, kararlar elde etti i haktan tenfiz devletinde de yararlanmak isteyen davac,ya, salt tenfize konu karar, veren mahkemenin men eini esas alan böyle bir art,n tatbiki, insan haklar, hukuku aç,s,ndan da ciddi problemlere yol açabilecek mahiyettedir.

Bu nedenle, Türk hukukunda bir tenfiz art, olarak düzenlenen mütekabiliyetin tatbikinin A HS m.6(1)đ gerçekten ihlal edip etmeyece i, olas, bir ihlalin hangi hallerde ve ne ekilde ortaya ç,kabilece inin incelenmesi gerekmektedir. Böyle bir çal, ma, A HS m.6(1)đn Türk mahkemelerince ihlalinin, dolay,s,yla Türkiye'nin A HM nezdinde olas, bir mahkûmiyetinin önlenmesi bak,m,ndan yararlı, olacakt,r. Bu kapsamda, MÖHUK m.54(a)đda düzenlenen mütekabiliyet art,n,n tatbikiyle ba ta davac, olmak üzere, taraflar,n A HS m.6(1)đdeki haklar, aras,ndaki ili kiyi ortaya koyaca ,z. Tespit edebildi imiz kadar,yla, A HM'nin henüz salt mütekabiliyetin kar ,lan(ma)d, , gerekçesiyle reddedilen (veya kabul edilen) bir tenfiz talebinin A HSøne ayk,r,l, , iddias,n, de erlendirdi i bir içtihad, bulunmamaktad,r. Ancak, A HM'nin gerek mütekabiliyet art,n,n arand, , bir di er alan olan yabanc,lar hukukuna ili kin, gerekse yabanc, kararlar,n tan,nmas,-tenfizine ili kin di er içtihatlar,, çal, mam,z,n ekillenmesinde fazlas,yla rol oynam, t,r. Dolay,s,yla, mütekabiliyet art,n,n tatbikiyle A HS aras,ndaki ili kiyi A HM'nin söz konusu içtihatlar, , , ,nda analiz edece iz. Ancak öncesinde, genel olarak Türk hukukunda ve kar ,la t,rnal, hukukta mütekabiliyetin düzenleni i ve uygulan, ,n,, sonras,nda mütekabiliyetin bir tenfiz art, olarak aranmas,n,n yerindeli ini ele almak yararlı, olacakt,r.

II. KAR İLA TIRMALI HUKUKTA VE TÜRK HUKUKUNDA B R TENFİZ ARTI OLARAK MÜTEKABİL YETİN DÜZENLENİ VE UYGULANISI

Genellikle yabanc,lar hukukunda uygulama alan bulan¹² mütekabiliyet (kar ,l,kl,l,k) esas,, yabanc, kararlar,n tenfizinde de uygulama alan, bulmaktad,r. Türk hukukunda yabanc, mahkeme kararlar,n,n tenfizine karar verilebilmesi için tenfize konu karar,n verildi i ülkeyle Türkiye aras,nda kar ,l,kl,l,k esas,na dayanan bir uluslararası, anla man,n veya o devlette Türk mahkemelerince verilmi kararlar,n tenfizini mümkün k,lan bir kanun hükmünün ya da fiili uygulaman,n bulunmas, gereklidir (MÖHUK m.54(a)). Buna göre, bu art,n kar ,lanmas, için, benzer konudaki Türk mahkemesi karar,n,n tenfize konu karar,n verildi i devlette de tenfiz edilebilece ini gösteren bir uluslararası, anla man,n veya fiili bir uygulaman,n ya da söz konusu devlet hukukunda -ayn, veya benzer artlar alt,nda- buna imkân tan,yan bir yasal düzenlemenin varl, ,n,n tespiti yeterlidir.

Türk milletleraras, özel hukukunda normatif olarak ilk kez mülga 2675 say,l, MÖHUK'ta benimsenmi olan mütekabiliyetin, ço u devletin ulusal tan,ma-tenfiz rejiminde öngörülen bir art olmaktan ç,kt, , görülmektedir¹³. Di er yandan, mütekabiliyet kar ,la t,rnal, hukukta bir tan,ma-tenfiz art, olarak varl, ,n, genel olarak ve büyük oranda muhafaza etmektedir. Örne in, kimi hukuklarda yasal bir tan,ma-tenfiz art, olarak kabul edilmi ken¹⁴, kimilerinde mevcut mütekabiliyet art, mahkeme tatbikat,yla yumu at,lm, ve tenfize konu karar,n verildi i devlette tenfiz devleti mahkemesince verilen karar,n tenfizinin mümkün olmas, yeterli kabul edilmi tir¹⁵. Baz, ülkelerdeyse, mütekabiliyetin varl, , yabanc, kararlar,n tenfizi için bir gereklilik olup, resmi olarak bir anla mayla veya devletin bu yöndeki bir beyan,yla tesis edilmekte, tek ba ,na fiili mütekabiliyetin varl, , veya varl, , ihtimali yeterli

¹⁰ ARSLAN, s.644 vd.

¹¹ Bkz.: Hussin/Belçika, 70807/01, 6.5.2005; Vrbica/Hrvatistan, no.32540/05, 1.4.2010; Öztürk/Türkiye, no.39523/03, 13.10.2009; Negreponis-Giannisis/Yunanistan, no.56759/08, 3.5.2011.

¹² ÇEL KEL, Aysel/ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: Yabanc,lar Hukuku, 23.Bas., stanbul, 2017, s.70 vd.; TEK NALP, Gülören: Türk Yabanc,lar Hukuku, 8.Bas., Beta, stanbul, 2003, s.20; DO AN, Vahit: Türk Yabanc,lar Hukuku, (Yabanc,lar), 2.Bas., Ankara 2017, s.38-39; Ç ÇEKEL, Bülent: Yabanc,lar Hukuku, 4.Bas., Seçkin, Ankara, 2013, s.48.

¹³ Bkz.: sviçre, Belçika, Litvanya, Bulgaristan, Makedonya, Polonya, Karada , spanya, Venezuela gibi ülkelerde mütekabiliyetin bir tan,ma-tenfiz art, olarak terkedildi i belirtilmektedir. Bkz.: ELBALTI, Belight: öReciprocity and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A lot of Bark but not much biteö, Journal of Private International Law, Vol.13(1), 2017, s.187.

¹⁴ Bkz.: Slovenya, Çekya, Romanya, Tunus, Panama, (ELBALTI, s.188-189).

¹⁵ Bkz.: Almanya, srail, Japonya, (ELBALTI, s.194-195).

olmamaktadır¹⁶. Buna rağmen, Rusya örneğinde olduğu gibi, kimi devletlerde bu tür kat, bir mütekabiliyet anlayışı, uluslararası hukukun içtihatları yoluyla veya yasal düzenlemelerle ikiliklerle yumuşatılmıştır. Örneğin Ukrayna hukukunda, tenfiz konularında karar veren devlet Ukrayna mahkeme kararları, tenfiz edilmediği ispat edilmedikçe, mütekabiliyetin olduğu varsayılmaktadır¹⁷. Ayrıca, kimi devletlerde, bu konudaki yasal düzenlemelerin sınırlı ve ifadelerine rağmen, bazı hallerde tenfiz kararına konu olmasından gereken yabancı kararların kesin hüküm etkisinden söz konusu kararların tanınması, suretiyle yararlanılabileceği öngörülmektedir. Örneğin, Hollanda hukukunda tenfiz ile ilgili bir uluslararası anlaşmanın yokluğu nedeniyle tenfiz edilemeyen bir kararın tenfizi amacıyla yeni bir dava açılarak (pseudo-enforcement proceedings, sözde bir tenfiz davası) yabancı kararın tanınması talep edilebileceği ve bu tanımlanan kararın Hollanda mahkemelerince verilecek yeni kararda esas alınabileceği ifade edilmektedir. Yine, kimi ülkelerde hukuklarında tenfiz konularında kararın münhasıran nitelikteki bir yetki anlaşılmasından istinaden yetkili kişilerin bir mahkemece verildiği hallerde, söz konusu kararın etkisinin içtihaden veya kanunen kabul edildiği belirtilmektedir¹⁸. Bununla beraber, diğer ülkelerde hukuklarında nazaran mümkün olan her halinin benimsenmesi olmasın, kararsızlık, prensip olarak Türk hukukunun karşılaştırmalı hukukta benimsenen mütekabiliyet anlayışına nazaran daha geniş kapsamlı ve yabancı kararın tenfizini daha da mümkün kılacak mahiyette olduğu söylenebilir.

Türk hukukunda, MÖHUK m.54(a)nın lafzından anlaşılacağı kadarıyla, akdi, kanuni veya fiili mütekabiliyetten herhangi birinin mevcudiyeti, esasen mütekabiliyetin karşılandığı, tenfiz tespiti bakımından yeterlidir¹⁹. Bu bakımdan, tenfiz mahkemesince hukuki veya fiili mütekabiliyetin var olup olmadığı, tarafların maksadına, sadece iki devlet arasında mahkeme kararlarının tenfizini mümkün kılan bir anlaşmanın bulunmaması, gerekçesiyle reddedilmesi yerinde olmayacaktır²⁰. Yine, ilamların tenfizi konusunda akdi veya fiili bir mütekabiliyetin olmadığı, durumlarda, mahkemelerin kanuni mütekabiliyetin var olup olmadığı, tarafların gerekçesindedir²¹. Burada kanuni mütekabiliyetle tenfiz konularında karar verildiği ülkede benzer nitelikteki Türk mahkeme kararlarının bir kanun hükmüne istinaden tenfizinin mümkün olması, kastedilmektedir²². Nitekim uygulamada, karar verildiği devletle Türk hukukunda yer alan tanımlanan tenfiz şartları arasında bir denklik veya benzerlik varlığı halinde mütekabiliyetin varlığı kabul edilmiştir²³. Üstesiz, akdi veya kanuni mütekabiliyetin yokluğuna rağmen, benzer nitelikteki Türk mahkeme kararlarının tenfizine karar verildiğinin tespiti halinde mütekabiliyet koşullu gerçekleşebilir²⁴. Diğer taraftan, uygulamada²⁵ ve doktrinde²⁶, bu üç mütekabiliyet türünden fiili mütekabiliyetin, akdi veya kanuni mütekabiliyete rağmen etkin olduğu, karar verildiği devlet mahkemelerince Türk mahkeme kararlarının fiilen tenfiz edilmiyor olması halinde, mütekabiliyetin gerçekleşmesi mümkün olduğu kabul edilmektedir. Bu noktada, yabancı ülkede benzer nitelikteki herhangi bir Türk mahkeme kararının tenfizine yönelik bir talep olmadığından henüz bir uygulamaya rastlanmamış olması²⁷ veya Türk mahkemesince verilen kararın tenfizi talebinin haklı bir nedenle reddedilmesi halinde olumsuz bir uygulamanın varlığından söz edilemeyecektir²⁸. Buna karşın, fiili mütekabiliyeti akdi veya kanuni mütekabiliyete üstün kabul eden bu yaklaşımın yerinde olmadığı, her birinin birbirine alternatif teklif edecek şekilde düzenlenmesi olduğu da ileri sürülmektedir²⁹ ki maddenin lafzına bakıldığında bu görüşün haklılık payı vardır.

Yukarıda, yabancı mahkeme kararlarının tenfizi için aranan mütekabiliyetin kapsamı ve türleriyle bunların ne şekilde tatbik edildiğine genel hatlarıyla değinildi. Mevcut hukuki durum bir yana bırakılırsa, mütekabiliyetin bir

¹⁶ Bkz.: Hollanda, İsveç, Norveç, Danimarka, Finlandiya, Avusturya, Rusya, Belarus, Ermenistan, Özbekistan, Çin, Kuzey Kore, Ukrayna, Vietnam, (ELBALTI, s.196-198).

¹⁷ Bkz.: ELBALTI, s.196-200.

¹⁸ Bkz.: ELBALTI, s.209-212.

¹⁹ NOMER, s.518-519; DEMİR GÖKYAYLA, s.48.

²⁰ Bkz.: Yargıtay 2.HD, E.1984/9493, K.1984/9667, T.22.11.1984, (Çevrimiçi, www.lexpera.com.tr, 28 Haziran 2018).

²¹ Bkz.: Yargıtay 2.HD, E.1996/2955, K.1996/5085, T.14.5.1996 (EK, s.162, dn.247).

²² ÇEL KEL, Aysel/ERDEM, B.Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 15.Bas., Beta, İstanbul, 2017 s.705-706; NOMER, s.520; EK, s.170; ERTA, referans: ÖYabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi, DEÜHFD, C.3, S.1-4, 1988, (Kudret Ayitero Arma anından Ayr. Bas.), s.392-393; ANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-F GANME E, nci: Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Bas., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s.526.

²³ Yargıtay svitçe (Yargıtay 11.HD E.1985/6511, K.6766, T.6.12.1985 tarihli karar,yla onanan İstanbul 3.Asliye Ticaret Mahkemesi'nin E.1983/367, K.1983/773 ve 14.11.1984 tarihli karar.. Bkz.: ÇEL KEL, Aysel/NOMER, Ergin/G RAY, F.Kerem/ESEN,Emre: Milletlerarası Özel Hukuk-Pratik Çalınma Kitabı, 14.Baskı, Beta, İstanbul, 2018, s.497), Almanya (Yargıtay HGK, E.1990/13-3, K.1990/347, T.13.6.1990. Bkz.: ÇEL KEL/NOMER/G RAY/ESEN, s.532 vd.), İngiltere (Yargıtay 11.HD E.2011/76, K.2012/6825, T.25.4.2012. Bkz.: EK, s.172.) ve Bulgaristan (Yargıtay 2.HD, E.2007/11442, K.2007/1293, T.6.2.2007. Bkz.: EK, s.162, dn.247) ile Türkiye arasında kanuni mütekabiliyetin varlığına kabul etmiş tir.

²⁴ ÇEL KEL/ERDEM, s.709. Örneğin, Türk mahkemelerince verilen kararların sıralı mahkemelerince fiilen tenfiz edildiğine dair sıralı Adalet Bakanlıca gösterilen yazıya rağmen, tenfiz için fiili uygulamanın yeterli olduğu unu gözetmeyen yerel mahkeme kararının bozulan Yargıtay 11.HD, E.2005/14315, K.2007/1989, T.12.2.2007 karar, için bkz.: RUH, Ahmet Cemal: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, 4.Baskı, Seçkin, Ankara, 2014, s.352-353.

²⁵ Bkz.: Yargıtay 11.HD, E.2008/1284, K.2009/980, T.30.1.2009, (RUH, s.334-336).

²⁶ ÇEL KEL/ERDEM, s.710; NOMER, s.519; DOĞAN, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk (MÖH), 4. Bası, Savaş Yayınları, Ankara, 2016, s.114; ANLI/ESEN/ATAMAN-F GANME E, s.526 dn.371.

²⁷ NOMER, s.519; DOĞAN, MÖH, s.114; ANLI/ESEN/ATAMAN-F GANME E, s.534.

²⁸ Bkz.: Yargıtay 11.HD, E.2008/1284, K.2009/980, T.30.1.2009, (RUH, s.336).

²⁹ EK, s.161.

tenfiz engeli olarak benimsenmi olmas,n,n tan,ma-tenfiz hukuku aç,s,ndan yerindeli i ve gereklili i geçmi ten beri tart, ,lagelen bir konudur. Bu konudaki ele tirilerin temelinde, mütekabiliyetin taraflar,n menfaatlerini ilgilendirmemesi, tamamen devletin menfaatlerini gözetmek gayesiyle düzenlenmi siyasi nitelikte bir art olmas, yatmaktadır.³⁰ Dolay,s,yla bu hususun ele al,nmas,, Türk mahkemelerinin mütekabiliyetin varl, , nedeniyle tenfiz talebinin reddi kararlar,n,n, özellikle hukuki veya fiili mütekabiliyetin varl, ,na yönelik de erlendirmelerinin, taraflar,n A HS m.6(1)deki haklar,na uygun olup olmad, ,n, veya hangi hallerde uygun olabilece ini de erlendirmek bak,m,ndan yararlı, olacaktır.

III. YABANCI MAHKEME KARARLARININ TENFİZİNDE MÜTEKABİLİYETİN BİR TENFİZ ARTI OLARAK ARANMASININ YERİNDE

Doktrinde, yabancı ilamlar,n tenfiz edilebilmesi için mütekabiliyetin aranmas,n,n gereklili i ve yerindeli i haklı, olarak sorgulanmaktadır. Bir devletin yabancı karar,n taraflar,n,n menfaatlerinin ikinci plana atılmas,n, haklı, gösterecek ne tür bir menfaatinin olduğu veya bu konuda bir menfaatinin olup olmadığı, bu sorgulaman,n temelini oluşturur.

Mütekabiliyet, esasen siyasi, hukuki veya ekonomik bir fedakârlık, katlanan devletlerin, diğer devletleri belirli bir davranışta bulunmaya icbar etme vasıtasıyla, olarak nitelendirilmektedir³¹. Kişilerin vatandaşları oldukları devletin belirli davranışları, sonuçları, katlanmak durumunda olduğu fikrine dayanmakta ve hukuki olmaktan çok siyasi bir mukabele tedbiridir³². Bu açıdan, mütekabiliyetin temel gayesinin Türk mahkemelerinden verilen kararlar,n yurt dışındaki tenfizini sağlamak olduğu söylenebilir³³. Buna karşın, tenfizde bu artın varlığı, yabancı devletlerin davranışları, herhangi bir etkisinin olup olmadığı, da belirsizdir. Oldukça uzun bir geçmiğe sahip olmasına, yabancı kararlar,n,n tenfizinin teorik temelini teşkil ettiği belirtilmesine³⁴ rağmen, mütekabiliyetin devletlerin yabancı kararlar,n tenfizi konusundaki politikaları, de i tirmeye sevk ettiği kolaylıkla söylenemez³⁵. Diğer taraftan, mahkemelerince verilen kararlar,n başka bir devlette tenfiz edilmesinde herhangi bir menfaati olmayan bir devletin, sahip olduğu egemenliğin bir sonucu olarak, yabancı kararlar,n tenfizine imkân tanımayan bir devletin mahkeme kararları,na ülkesinde icrai etkiler tanıyan, tamamen serbest olduğu da bir gerçektir.

Bu bakımdan, tamamen tenfiz devletinin tercihine kalmış olan mütekabiliyetin yabancı karar,n taraflar,na de il, karar veren mahkemenin başlıca olduğu devlete yönelik bir art olması, itibarıyla, bir devletin böyle bir artı, öngörmesi, psikolojik/manevi bir gereksinimin varlığıyla izah edilebilir. Örneğin, devletin itibar,n,n korunması, egemenliğin yabancı yargısal otoritelerin müdahalelerine karşı korunması, veya egemen devletler arasındaki eşitliğin korunması, amaçlarıyla varlığı, muhafaza edildiği söylenebilir. Nitekim doktrinde de, Türk mahkeme kararları, tenfiz etmeyen bir devletin mahkeme kararları,na etki tanıması, herhangi haklı, nedeni olmadıkça, bunun devletin sahip olduğu yargı yetkisinden fedakârlık anlamına geleceği, bu nedenle bu fedakârlık, kararlı, beklenmesinin normal olduğu belirtilmektedir³⁶. Ayrıca, tenfiz mahkemesinin yabancı yargı sisteminin başlıca, veya tarafsız, gibi hassas meselelerin yargılama esasında tartışılması, kaçınılmaz, itibarıyla yararlı, olarak dahi görülebilir. Bu bakımdan, devletlerin yabancı kararlar,n kendi ülkelerindeki etkinliğine izin vermemek bakımından sahip oldukları yetkiyi/kozu her zaman ellerinde bulundurma ihtiyacı, hissettikleri söylenebilir³⁷.

Bununla beraber, aynı zamanda verildiği devletin egemenliğinin bir tezahürü olan bir mahkeme kararına ko ulsuz olarak etkinlik tanımadıkça, da unutulmamalıdır. Yabancı karar, ülkede icra edilebilirlik vassıfı, tenfiz devleti mahkemelerince yürütülen bir prosedür sonucunda ve yabancı karar,n kendi hukukuna uygunluğu kabul eden bir mahkeme kararından almaktadır³⁸. Haliyle, mütekabiliyetin aranmaması, pratikte tenfiz devletinin yargısal bir kapitülasyona maruz kalması, ve egemenliğinin zedeleneceği anlamına gelmemekte, bilakis tenfiz devletinin de yargısal egemenliğe sahip olduğu dolaylı olarak göstermektedir. Dolayısıyla, bu tür psikolojik ve soyut gerekçeler bir tarafa bırakılrsa, mütekabiliyetin aranması, haklı, gösteren herhangi bir neden veya bir devlet menfaati bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, yabancı kararlar,n tenfizini hukuken kabul eden bir devletin, bunu mütekabiliyet esasına istinaden belirli devletlere ait mahkeme kararlarıyla tanımlamak bakımından tamamen bir serbestliğe sahip olduğu, dolayısıyla bunun bir tercih sorunu olduğu da gerçektir. Zira belirli devletlere ait mahkeme kararları, tenfiz edeceği

³⁰ NÖMER, s.519-520; DEMİR GÖKYAYLA, s.49; SAKMAR, s.90; TÜRÜNCÜBAŞI, s.195-196; DEMİRKOL, s.39.

³¹ ANLI/ESEN/ATAMAN-FANMELE, s.336.

³² SAKMAR, s.89.

³³ ARAT, Tez: Yabancı İlamlar, Tanınması ve Tenfizi, AÜHFD, C.21, S.1-4, 1964, s.503.

³⁴ ARAT, s.503; GÜVEN, Pelin: Yabancı Mahkeme Kararları, Tanınması ve Tenfizi, Yetkin, Ankara 2013, s.91; SARACOLU, Hakan: Yabancı Mahkeme Kararları, Tenfizi, BD, C.49, S.9-10, 1975, s.817; TEZGEL, Mehmet: Türk Hukukunda Yabancı Boyanma Kararları, Tanınması ve Tenfizi, Adalet, Ankara 2012, s.153.

³⁵ ELBALTI, s.214; SAKMAR, s.89.

³⁶ Bkz.: DEMİRKOL, s.50 dn.180'deki yazarlar.

³⁷ DEMİR GÖKYAYLA, s.49; ELBALTI, s.216.

³⁸ SAKMAR, s.144.

öngörmek, prensip olarak yarg, yetkisine sahip devletin uluslararası, hukuk aç,s,ndan herhangi bir sorumlulu una yol açmayacaktır, me erki mahkemelerinin tenfiz talebini mütekabiliyet nedeniyle reddetti i ilgili tarafa kendi mahkemelerine eri im imkân, tan,mam, olsun.

Meseleye tenfiz davaları,n,n amac, ve bireylerin bu konudaki menfaatleri aç,s,ndan bakacak olursak, mütekabiliyetin yerindeli i ve gereklili i daha somut bir ekilde ortaya ç,kmaktadır. Öncelikle, tenfizde aranan mütekabiliyet, yabancı,lar hukukunda veya yabancı,lar,n teminat yat,rma yükümlülü ünde öngörülenden farklı olarak, yabancı, devletin vatandaş lar,na yönelik bir tedbir mahiyetinde de ildir. öyle ki, tenfiz talebinde bulunan ki i her zaman karar,n verildi i devlet vatandaş , olmayabilece i gibi, tenfiz devleti vatandaş , da olabilir. Yine, karar,n verildi i devlet vatandaş , olmayan, ancak belki de söz konusu devlet mahkemesine ba vurmak veya o ülkede aleyhine aç,lan bir davay, savunmak zorunda kalan bireyler de olabilir. Bu durumda, mütekabiliyetin aranması,yla, salt üçüncü devletlerle öbelki de henüz olmayan- siyasi ili kilere dayanarak bireylerin yabancı, ülkede elde etmi oldukları, bir haktan yararlanamam, olmaktadır³⁹. Ayr,ca, yabancı,lar hukukunda benimsenen mütekabiliyetin temelinde, Türk vatandaş lar,n,n yabancı,n,n vatandaş , oldu u ülkede ayn, veya benzer haklardan yararlanmas,n, temin etme dü üncesi yatt, ,ndan⁴⁰, mütekabiliyet teorik mahiyette de olsa Türk vatandaş lar,n,n menfaatlerine hizmet etmektedir. Tenfizde ise, bireylerin menfaatleri bir yana, duruma göre lehine bir karar elde eden Türk vatandaş lar,n,n zarara u raması,n,n göze al,nması, anlam,na gelmektedir⁴¹. Bu bak,mdan, mütekabiliyetin bulunmad, , hallerde, karar, veren devlet de il, do rudan yabancı, mahkemece tevsik edilen haktan tenfiz devletinde yararlanmak isteyen taraf cezaland,r,lmaktadır⁴². Dolay,s,yla, bu örnek dahi mütekabiliyetin bir tenfiz art, olarak aranması,n,n teorik olarak herhangi bir amaca hizmet etmedi ini ve hiçbir yarar sa lamad, ,n, göstermektedir.

kincisi, yabancı, karar,n tenfizi davası,, bireyler taraf,ndan yabancı, ülkede elde edilen haktan tenfiz devletinde yararlanmak gayesiyle aç,lmaktadır. Yabancı, kararlar,n tan,nması,-tenfizinin dünya üzerinde bu denli kabule mazhar olması,nda, milletleraras, karakterli özel hukuk ili kilerin yayg,nla mas, nedeniyle bu tür ili kiler çerçevesinde elde edilen kararlar,n tenfiz ettirilmesine duyulan ihtiyaç,n artması, etkili olmu tur⁴³. Önceleri teorik olarak mütekabiliyete yer verilmesi, milletleraras, nezaket ve iyiniyet ilkelerine dayandı,r,lmaktaydı,. Günümüzde yabancı, karar,n tenfiz edilmesinin sebebi, yabancı, devletlere kar , bir nezaket veya iyi niyet göstermek de il, milletleraras, ili kilerin özel hukuk alan,nda düzenli bir ekilde yürütülebilmesini sa lamakt,r⁴⁴. Bu nedenle, devletler geçmi e nazaran giderek artan bir ekilde ulusal-uluslararası, düzenlemelerle yabancı, kararlar,n,n tan,nması,-tenfizini mümkün merteye kolayla t,racak kurallar düzenleme yoluna gitmektedir. Mütekabiliyetin bir tenfiz engeli olarak kald,r,ılması,nda veya içtihatlar yoluyla yumu at,ılması,nda bu dü üncenin etkili oldu unu söylemek hatal, olmayacaktır⁴⁵. Dolay,s,yla, bir taraftan yabancı, kararlar,n tenfizini mümkün merteye kolayla t,ran birtak,m asgari artlar öngören devletin, di er taraftan bunu mütekabiliyet gibi ne devletin ne de bireylerin menfaatlerini korumaya hizmet eden bir ko ula ba lamaları,, hatta mahkemelerinin tenfizin engellenmesi z,mn,nda daralt,c, bir ekilde yorumlamaları, günümüz ihtiyaçları,yla ba da mamaktadır.

Üçüncüsü, yabancı, ülkede tamamen adil bir yarg,lama sonucunda verilen ve tüm artlar, kar ,layan bir yabancı, karar,n salt mütekabiliyet nedeniyle tenfiz edilmemesi, özel hukuk ki ilerinin -esasen yine ayn, devlet taraf,ndan korunması, gereken- menfaatlerinin devletin asl,nda olmayan bir menfaatine kurban edilmesi manası,na gelmektedir. Oysa iki özel hukuk ki isi aras,ndaki hak uyu mazl, ,n,n, çe itli nedenlerle kendi mahkemelerinden önce yabancı, bir mahkemece karara ba lanm, olması,nda tenfiz devletinin menfaatlerini haleldar edecek bir hal bulunmamaktadır. Siyaseten limoni olunan bir devlet mahkemesinden sad,r oldu u hallerde dahi, devletin ekonomik menfaatlerini ya da egemenli ini zedeleyebilece i dü ünülen söz konusu karara kar , kamu düzeni müdahalesinin devreye sokulması, tek ba ,na yeterlidir⁴⁶. Yabancı, karar,n daval,n,n hakları,n, haleldar edebilece i iddiaları,na kar , kamu düzeni müdahalesi, daval,n,n ve daval,n,n ahs,nda toplumun menfaatlerinin yeterince korunması,n, temin edebilecek mahiyette bir tenfiz art,d,r.

Bu noktada, davacı,n,n yabancı, ülkede dava açmadan evvel Türk hukukunda yer alan mütekabiliyet art,n, göz önünde bulundurması, gerekti i ileri sürülebilir. Ancak, yabancı, ülkede davan,n aç,ld, , anda, davacı,n,n mütekabiliyetin varl, ,n, önceden ara t,rması, gerekemeyebilece i gibi, her iki taraf,n bunu önceden öngörebilecekleri de her zaman söylenemez. Zira yabancı, mahkemedeki taraflar, söz konusu mahkemece verilen karar,n ba ka bir ülkede tenfiz davası,na konu olabilece ini her zaman öngöremeyebilir. Ayr,ca, fiili mütekabiliyetin di er

³⁹ SAKMAR, s.89-90.

⁴⁰ ÇEL KEL/GELGEL, s.66-67; DO AN, Yabancı,lar, s.38; ÖZTEK N GELGEL, Günseli: öYabancı,lar,n Ta ,nmazlara li kin Mülkiyet ve S,n,r,l, Aynı Haklardan Yararlanmas,nda Mütekabiliyet İkesiö, MHB, Prof. Dr. Gülören Tekinalpöe Arma an, C.23, S.1-2, 2003, s.407; SARGIN, Fügen: Yabancı, Gerçek Ki ilerinin Türkiyede Ta ,nmaz Mal Edinmeleri ve S,n,r,l, Aynı Haklardan Yararlanmaları,, Yetkin, Ankara, 1997, s.61.

⁴¹ NOMER, s.520.

⁴² EK , s.177.

⁴³ Benzer yönde bkz.: DEM RKOL, s.51-52.

⁴⁴ SAKMAR, s.89.

⁴⁵ Kar ,la t,rmal, hukukta bu yöndeki mahkeme tatbikat, hakk,nda bkz.: ELBALTI, s.190-200.

⁴⁶ Benzer yönde bkz.: DEM RKOL, s.52.

mütekabiliyet türlerine üstün tutuldu u Türk hukukunda, karar,n verildi i devletle Türkiye aras,nda mütekabiliyetin her an de i mesi ihtimali bulunmaktad,r. Tüm bu aç,klamalar bir yana, hangi devlet mahkemesince verirse verilsin, yabanc, karar bir yönüyle verildi i devletin egemenli ini yans,tsa da, di er yönüyle iki özel hukuk ki isi aras,ndaki hak uyu mazl, ,n, çözüme kavu turmakta, bir taraf lehine ortaya ç,kan adli bir hakikati ortaya koymaktad,r. Dolay,s,yla, lehine bir karar elde eden tarafa, bir taraftan tenfiz davas, açabilme imkân, tan,rken, di er taraftan somut bir davada devletin hangi menfaatini korudu u veya hangi amaca hizmet etti i tam olarak anla ,lamayan mütekabiliyet art,n,n dayat,lmas,n,n hakkaniyetle ba da t, , kolayca söylenemez.

Yukar,da doktrindeki görü llerden hareketle yapt, ,m,z aç,klamalar, özetleyecek olursak, mütekabiliyetin ne karar,n verildi i devlete ne tenfiz devletine ne de davac,ya herhangi bir faydas, bulunmaktad,r. Zira karar, veren yabanc, mahkeme, önüne gelen uyu mazl, , karara ba layarak kendisine dü en yükümlülü ü yerine getirmi , tabiri caizse söz konusu uyu mazl,k bak,m,ndan ununu elemi , ele ini asm, t,r. Yabanc, ülkede adalete muvaf,k bir ekilde verilen yabanc, karara mütekabiliyet nedeniyle etki tan,mayan bir devletin, ilgili tarafa hakk,n, elde edebilmesi için ayn, uyu mazl, , yeniden dava konusu yapabilmesi imkân, tan,mas, gerekecektir. Bu durumda, yabanc, karara konu uyu mazl, ,n taraflar, ve konusuna ba l, olarak yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmamas, ihtimali bulunmaktad,r⁴⁷. Ayr,ca, kendi mahkemelerine eri im imkân, sa lamas, halinde, prensip olarak tenfiz devletin insan haklar,ndan sorumlulu u gündeme gelmese dahi, devletin böyle bir art öngörmesi mahkemelerine di er tenfiz artlar,n, kar ,layan yabanc, karar,n tenfizine hükmetmek yerine ayn, davay, esastan görüp karara ba lama külfeti yüklemekten ba ka bir mana ifade etmemektedir.

Mütekabiliyetin bir tenfiz engeli olarak aranmas,, as,l etkisini taraflar üzerinde göstermektedir. öyle ki, mütekabiliyet nedeniyle tenfiz davas, reddedilen taraf, ayn, davay, yeniden açmak zorunda kalacak, belki de öyetkili bir mahkeme yoklu undan- tenfiz devletinde dava açma imkân,ndan mahrum kalacaktır. Yabanc, ülkede dava açarak kendisinin bu duruma yol açt, , ileri sürülebilirse de, bu her zaman davac,ya yüklenebilecek bir husus olarak görülemez⁴⁸. Bu bak,m,ndan, mütekabiliyetin, tenfiz davas,n,n süjelerinden sadece daval,n,n yarar,na oldu unu söylemek hatal, olmayacaktır. Zira daval,, di er tenfiz artlar,n,n varl, ,na ra men, böyle bir art sayesinde kendisine yöneltilen bu tür bir dava tehdidinden kurtulmu olacakt,r. Oysa Türk hukukunda yer alan di er tenfiz engelleri, yabanc, ülkede gayri adil bir yarg,lamaya/karara maruz kald, ,n, dü ünen daval,lar,, bu tür bir karar,n tenfizine kar , yeterince koruyacak mahiyettedir ve do rudan muhtemel daval,lar,n korunmas,na matuftur⁴⁹. Dolay,s,yla, tenfiz devletin elle tutulur bir menfaatine hizmet etmeyen mütekabiliyet, tenfiz devletince daval,ya bah edilen, gerçekte davac,ya kar , daval,ya hiç gere i olmayan, ekstra bir koruma sa lamaktan ba ka bir ey ifade etmemektedir. Ba ka bir ifadeyle, söz konusu art özelinde davac,n,n tenfiz davas, açmaktaki menfaatine nazaran daval,n,n yabanc, karar,n tenfiz edilmemesini gerektiren herhangi bir korunmaya de er menfaati yoktur. Bu bak,m,ndan, objektif olarak bak,ld, ,nda, mütekabiliyet, yabanc, karar,n tenfizi konusunda taraflar aras,ndaki menfaat dengesini bir taraf aleyhine bozan, hakkaniyetle ba da mayan bir tenfiz engeli niteli indedir. Haliyle, bu aç,klamalar,m,z mütekabiliyetin bir tenfiz engeli olarak aranmas,n,n ve kar ,lanmad, , gerekçesiyle tenfiz taleplerinin reddedilmesinin yerinde olmad, ,n, fazlas,yla ortaya koymaktad,r.

IV. MÜTEKABİLİYET ARTININ TATBİK SURETİYLE VERİLEN TENFİZLE İLGİLİ KARARLARIN AHS M.6(1)'E UYGUNLUĞU

A. Mütekabiliyetin Temel Hak ve Özgürlüklerle Bağlı Olması Sorunu

Yabanc, mahkeme kararlar,n,n tenfizi kurumunun amac, göz önüne al,nd, ,nda, genel ve soyut olarak mütekabiliyetin yabanc, karara müstenit bir haktan tenfiz devletinde de yararlanmak isteyen taraf,n bu konudaki menfaatini hiç dikkate almad, ,, daha do rusu daval,ya esasl, bir avantaj sa lad, , bir gerçektir. Bu nedenle bir tenfiz engeli olarak mütekabiliyetin temel haklarla, hususen AHS⁵⁰yle ba da mad, ,⁵⁰, mütekabiliyetin yoklu u nedeniyle tenfiz talebinin reddinin adil yarg,lanma hakk,na ölçüsüz bir müdahale tekil etti i ve hakk,n özüne zarar verdi i⁵¹ iddialar,nda hakl,l,k pay, vard,r.

Di er taraftan, bir devletin ba ka bir devlete kar , olan/olmayan tutumu, kendi yarg, alan,nda olan bireylerin AHS⁵⁰nde yer alan kimi haklar,ndan yararlanmas,n, engellemektedir. Bu aç,dan, mütekabiliyetin kendisinin AHS⁵⁰nin öngörmü oldu u insan haklar,n, koruma sistemiyle ba da mad, , söylenebilir. Nitekim AHS⁵⁰, mütekabiliyet

⁴⁷ SARIÖZ BÜYÜKALP, s.476.

⁴⁸ Örne in, davac, münhas,r yetki anla mas, nedeniyle anla mayla yetkili k,l,nm, olan yabanc, mahkemede bir dava açm, ve lehine bir karar elde etmi olabilir veya yabanc, mahkemede lehine bir karar elde ederek tenfiz talebinde bulunan taraf, yabanc, ülkede dava açan de il, aleyhine bir dava aç,lan taraf olabilir.

⁴⁹ NOMER, s.519.

⁵⁰ SAKMAR, s.89; KINSCH, Droits l'homme, s.105-106.

⁵¹ SARIÖZ BÜYÜKALP, s.477.

art,n,n tatbikinin mülkiyet hakk,n, güvence alt,na alan A HS ek 1 nođu protokol m.1ø (P-1 m.1) ayk,r,l, ,n,n tart, ma konusu yap,ld, , baz, kararlar,nda, A HSønin klasik uluslararası, sözle melerden farklı, olarak insan haklar,n, kolektif güvenceye alan ve taraf devletlere objektif yükümlülükler yükleyen bir belge oldu una vurgu yapm, t,r. Devletlerin A HSøme taraf olmas,ndaki amac,n kendi ç,karlar,n, korumak olmad, ,n,, özgürlükler ve hukukun üstünlü ü gibi ortak de erleri korumak amac,yla ortak bir kamu düzeni yaratmak oldu unu ifade etmi tir⁵². Her ne kadar A HM, bu kararlarda mütekalibiyet art,n,n A HS aç,s,ndan yerinde ini de il, söz konusu art,n tatbikinin ba vurucular,n haklar,na olan etkilerini ele alm, gibi görünse de, soruna yakla ,m,, taraf devletlerin temel hak ve özgürlüklerden istifade edilmesinde mütekalibiyet art,n, aramas,n,n A HSøne ayk,r, oldu u dü üncesinde oldu u izlenimi uyandı,rılmaktadır⁵³.

Tespit edebildi imiz kadar,yla, A HM henüz salt mütekalibiyetin kar ,lan(ma)d, , gerekçesiyle reddedilen (veya kabul edilen) bir tenfiz talebinin A HSøne ayk,r, olup olmad, ,n, ele almam, t,r. Ancak, A HMønin mütekalibiyet art,n,n bir tenfiz engeli olarak aranmas, nedeniyle yap,lacak olası, bir ba vuruda da, incelemesine yukarı,daki kararlara atfen benzer bir vurgu yaparak ba lamas, ve ayn, izlenimin ortaya ç,kması, kuvvetle muhtemeldir. Di er yandan yukarı,daki açıklamalar,m,z da dikkate al,nd, ,nda, mütekalibiyetin temel hak ve özgürlüklerin korunmas, aç,s,ndan yerinde olmad, , bir gerçektir. Bu bak,mdan, mütekalibiyet esas,n,n kategorik olarak insan haklar,na uygun olmad, , görü üne⁵⁴ kat,ılmaman,n mümkün olmad, , kanaatindeyiz.

A HMønin konuya ili kin bir içtihad,n,n bulunmay, , kar ,s,nda, doktrinde ileri sürülen mütekalibiyetin (tatbikinin) A HSøyle ba da mad, , iddialar, öhenüz- teorik niteliktedir ve A HMønin olası, bir ikâyet ba vurusunda meseleye nas,l ele alaca ,n,n incelenmedi i görünmektedir. Dolay,s,yla A HMønin meseleyi nas,l ele alaca ,n, de erlendirmek, mütekalibiyetin tenfiz engeli olarak tatbikinin A HSøne uygunlu unun anla ,lması, bak,m,ndan daha yararlı, olaca , kanaatindeyiz. Bu kapsamda akla ilk olarak, mütekalibiyetin kar ,lan,p kar ,lanmad, ,n, resen ara t,rılmak zorunda olan bir Türk mahkemesinin mütekalibiyetin yoklu unu *do ru bir ekilde tespit ederek* yabancı, karar,n tenfizi talebini reddetmesi ihtimali gezmektedir.

kinci olarak, bir Türk mahkemesinin, mütekalibiyetin varlı, ,n, ve kapsam,n, *eksik veya hatal, bir ekilde ara t,rılması, ve/veya tespit etmesi* söz konusu olabilir. Bu durum, esasen birbiriyle irtibatlı, olan iki farklı, ekilde ortaya ç,kabilir. Birincisi, mahkemenin karar,n verildi i ülkeyle Türkiye aras,nda mütekalibiyetin varlı, , konusunda yeterli ve do ru bilgi sahibi olmaks,z,n mütekalibiyetin kar ,lan(ma)d, ,na kanaat getirmesi söz konusu olabilir. kincisi, MÖHUK m.54(a) hükmü, yabancı, karar,n tenfizini engelleyecek surette dar bir ekilde yorumlanabilir. Dolay,s,yla, yukarı,daki iki farklı, ihtimalden hareketle mütekalibiyetin tatbikiyle gerçekte en, özellikle davac,n,n A HS m.6(1)ødeki hakkaniyete uygun yarg,lanma hakk,na getirilen s,n,rılmaman,n A HMøce nas,l de erlendirilebilece ini tahmin etmeye çal, aca ,z. Bu noktada, olası, bir ba vuruda, A HMønin taraf,m,zca yap,lm, olan mütekalibiyetin kar ,lan,p kar ,lanmad, ,n,n do ru/yanlı, veya eksik bir ekilde tespit edilmesi gibi bu tür bir ayrı,mdan hareket etmeyece ini belirtmeliyiz. Zira A HM, ulusal mevzuat,n do ru veya yanlı, tatbik edilip edilmedi iyle ilgilenmemekte, bir kural,n tatbikiyle ortaya ç,kan durumun ilgili hak, ihlal edilip edilmedi ini incelemektedir. Dolay,s,yla, böyle bir ayrı,m, A HMønin izlemi oldu u müdahalenin me rulu una yönelik denetim sisteminden de il, mütekalibiyet art,n,n kategorik olarak A HSøyle ba da mad, , anlay, ,ndan ilham al,narak yap,lm, t,r.

B. Mütekalibiyet art,n,n Tatbik Edilmesi Halinde A HS m.6(1)ø Ayk,r,l, ,n leri Sürülebilece i Çe itli Haller

1. Genel Olarak

Bir Türk mahkemesinin mütekalibiyetin yoklu u nedeniyle yabancı, karar,n tenfiz talebini reddetmesi, do al olarak davac,n,n adil yarg,lanma hakk,na müdahale te kil edecektir. Benzer ekilde, mütekalibiyetin varlı, ,na kanaat getirmesi halinde, yabancı, karar,n tenfizine karar verecektir ki bu da daval,n,n adil yarg,lanma hakk,na müdahale anlam,na gelecektir. A HS m.6(1)ø yönelik böyle bir müdahalenin hangi hallerde me ru say,laca ,n,n tespiti için, öncelikle bu art,n tatbikinin A HS m.6(1)ønin kapsam,na giren hangi hakla ili kili oldu unun tespiti gerekmektedir.

Burada, davac,n,n açm, oldu u tenfiz davası,, yetkili mahkemenin yoklu u veya hukuki yarar art,n,n kar ,lanmamas, gibi tan,ma-tenfiz usulüne ili kin bir kuraldan ziyade, yabancı, karar,n tenfizi için kar ,lanmas, gereken bir tenfiz art,n,n yorumu ve tatbiki suretiyle reddedilmi olacakt,r. Dolay,s,yla, A HMønin mütekalibiyetin tatbiki nedeniyle ileri sürülen böyle bir ikâyeti A HS m.6(1)ønin temel unsuru olan hakkaniyete uygun yarg,lanma hakk, kapsam,nda mütalaa edece ini söylemek mümkündür. Zira A HMønin, tan,ma-tenfiz talebinin karar, veren yabancı, mahkemenin yetkisizli i nedeniyle reddedilmesinin ikâyete konu yap,ld, , ba vurularda, taraf devlet

⁵² Apostolidi ve Di erleri/Türkiye, no.45628/99, 27.3.2007, para.71; Nacaryan ve Deryan/Türkiye, no.19558/02, 8.1.2008, para.49.

⁵³ GEMALMAZ, H. Burak: Avrupa nsan Haklar, Sözle mesinde Mülkiyet Hakk,, Beta, stanbul, 2009, s.459, dn.1420; AYDO MU , Ay e Yasemin: A HSø Ek 1 Nođu Protokole Göre Yabancı,lar,n Türkiyeøde Ta ,nıma Edilmesi, On ki Levha, stanbul 2016, s.454.

⁵⁴ GEMALMAZ, s.459, dn.1420; AYDO MU , s.454. Türk yabancı,lar hukuku doktrininde de, A HSøndeki haklardan yararlan,lmamas,n,n mütekalibiyete ba lanmad, ,ndan hareketle, yabancı,lar,n temel haklardan yararlanmas,n,n mütekalibiyete ba lanmas,n,n yerinde olmad, , belirtilmektedir. Bkz.: DO AN, Yabancı,lar, s.39; Ç ÇEKL , s.47-48.

mahkemelerince verilen böyle bir karar,, hakkaniyete uygun yarg,lanma hakk, kapsam,nda mütalaa etti i ve söz konusu hakka müdahale olarak nitelendirdi i görülmektedir⁵⁵.

Gerçi bu noktada, A HMönin *McDonald/Fransa* karar,n,n, tan,ma-tenfiz taleplerinin bir tan,ma-tenfiz art, nedeniyle red veya kabul edildi i hallerde, A HS m.6(1)æde yer alan hangi hakka dayan,lmaz, gerekti i tart, malar,na yol açt, , görülmektedir. Gerçekten Frans,zca olan karar metninde *õle droit au procès équitable*ö ifadesi, A HMönin söz konusu kararda (genel) adil yarg,lanma hakk,na m, at,f yapt, , yoksa A HS m.6(1)æde yer alan haklardan en önemlisi olan hakkaniyete uygun yarg,lanma hakk,na yönelik bir müdahaleden mi bahsetti i tereddüdüne yol açm, t,r. Baz, yazarlar A HMönin burada hakkaniyete uygun yarg,lanma hakk,na (right to a fair hearing) de indi ini ifade etmekte⁵⁶, baz, yazarlar ise karara ili kin de erlendirmelerini, adil yarg,lanma hakk, kapsam,nda mütalaa etmektedir⁵⁷. Kimi yazarlar ise, yabanc, kararlar,n tan,nmas,-tenfizi talebinin reddedilmesiyle gerçekle en böyle bir müdahaleyi, A HM taraf,ndan mahkemeye eri im hakk,n,n ayr,lmaz bir parças, olan *õkesinle mi ve ba lay,c, mahkeme kararlar,n,n icras, hakk,ö* kapsam,nda de erlendirmektedir⁵⁸.

Tespit edebildi imiz kadar,yla, A HM konuya ili kin daha sonraki içtihatlar,nda böyle bir ifadeye yer vermemi tir. Ancak, A HS m.6, birçok hakk, içeren genel bir madde olup, hakkaniyete uygun yarg,lanma hakk,, bu haklardan sadece biri olarak kabul görmektedir⁵⁹. Ayr,ca, bu hak, A HS m.6daki belirli bir hak ihlal edilmemi olsa dahi, yarg,lama faaliyetinin bir bütün olarak de erlendirilmesi suretiyle adil bir yarg,lama yap,l,p yap,lmad, ,n, de erlendirme f,rsat, sunmas, itibariyle, A HS m.6daki di er haklar,n kapsam,na girmeyen ihlal iddialar, bak,m,ndan uygulanabilir, aç,k uçlu bir hak olarak nitelendirilmektedir⁶⁰. Dolay,s,yla A HMönin burada hakkaniyete uygun yarg,lama hakk,n, istihdaf etti i ve bu yönde de erlendirmede bulundu u kanaatindeyiz. Ayr,ca, *Vrbica/H,rvatistan* karar,nda A HM ço unlu undan farklı olarak, iki yarg,c,n A HS m.6(1)ån ihlalini mahkemeye eri im hakk, yerine söz konusu hakka dayandırmalar, bu görü ü destekler niteliktedir⁶¹.

Gerçekten, yabanc, karar,n tan,nmas,-tenfizinin, tan,ma-tenfiz artlar,ndan birinin yoklu u nedeniyle reddedildi i hallerde, söz konusu arta dayan,larak verilen red karar,n,n A HS m.6(1)æ uygunlu u, A HM taraf,ndan hakkaniyete uygun yarg,lanma hakk, kapsam,nda de erlendirilmi tir ve de erlendirilmesi gerekmektedir. üphesiz bu görü e, yabanc, karar,n tan,nmas,-tenfizi talebinin yabanc, kararla ortaya ç,kan hukuki veya icrai etkilerin tan,ma-tenfiz devletinde de kabul edilmesine yönelik oldu u gerekçesiyle kar , ç,k,labilir. Böyle bir talebin bir tan,ma-tenfiz art, nedeniyle reddedilmesinin, yabanc, karar,n -ulusal mahkeme karar, gibi- uygulanmas,n, engelledi i ileri sürülebilir. Dolay,s,yla, herhangi bir tan,ma-tenfiz art,n,n kar ,lanmad, , gerekçesiyle verilen red karar,n,n, davac,n,n mahkemeye eri im hakk,na müdahale etti i ileri sürülebilir. Ancak, mahkemeye eri im hakk, ótenfiz davalar,nda da- bireylere eri ilen mahkemeden mutlaka kendi lehlerine bir karar elde etme hakk,n, güvence alt,na almamaktadır. Haliyle, tenfiz artlar,n,n gerçekle ip gerçekle medi ini tart, ma imkân, bulan bir davac,n,n mahkemeye eri im hakk,ndan yararlanamad, ,n, iddia etmek pek mant,kl, gelmemektedir. Ayr,ca, burada bir özel hukuk davas, sonucunda verilmi ve kesinle mi bir mahkeme karar,n,n uygulanmas, söz konusu olmad, , gibi, aç,lan tan,ma-tenfiz davas, böyle bir davan,n aç,lmaz,n, engelleyen herhangi bir usuli kural,n varl, , nedeniyle de reddedilmemektedir. Bilakis, davac, tan,ma-tenfiz devletinin öngördü ü usuli kurallara istinaden dava açarak mahkemeye eri im hakk,ndan yararlanm, t,r. Art,k bu noktadan sonra mahkeme, t,pk, dava artlar,n,n varl, ,na kanaat getirerek esastan incelemeye geçer gibi, ilgili tan,ma-tenfiz artlar,n,n kar ,lan,p kar ,lanmad, ,n, de erlendirmektedir. Ulusal mahkemelerin, ilgili tan,ma-tenfiz art,n,n hangi gerekçeyle kar ,lanmad, ,n, da gerekçeli olarak aç,klamak zorunda olmas,⁶² dahi, bu davalar,n bir tenfiz art,n,n yoklu u nedeniyle reddedilmesini hakkaniyete uygun yarg,lanma hakk,yla ili kilendirmek için yeterlidir. Bu nedenle, A HMönin mütekabiliyet art,n,n A HS m.6(1)æ uygunlu unu bu hak kapsam,nda de erlendirece ini söyleyebiliriz.

⁵⁵ Bkz.: *McDonald/Fransa*, no.18648/04, 29.4.2008, En Droit, B. *õLa Cour reconnaît que le refus d'accorder l'õexequatur des jugements du tribunal américain a représenté une ingérence dans le droit au procès équitable du requérant.õ*. A HMönin benzer bir yakla ,m,, yabanc, evlat edinme karar,n,n kamu düzenine ayk,r,l,k te kil etti i gerekçesiyle reddedilmesinin ikâyete konu yap,ld, , ba ka bir kararda da sergiledi ini söylemek mümkündür. Bkz.: *Negreptis-Giannisis/Yunanistan*, para.85 vd.

⁵⁶ SPIELMANN, Dean: *õRecognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions-Requirements Under the European Convention on Human Rights: An Overviewõ*, Cyprus Human Rights Law Review, Vol.1(1), 2012, s.16; FAWCETT/SHÜLLEABHÁIN/SHAH, s.176.

⁵⁷ KUESTRA, s.203-204; SARGIN, Fügen: *õYabanc, Mahkeme lâmlar,na Dayal, cra Yoluyula Takip Edilebilirli e Bir Engel Olarak õZamana ,m,õõ*, UTTDER, Y,1.2017, C.6 S.2, s.332.

⁵⁸ SARIÖZ BÜYÜKALP, s.477.

⁵⁹ NCEO LU, Sibel: *õnsan Haklar, Avrupa Mahkemesi Kararlar,nda Adil Yarg,lanma Hakk,, 4. Bas,, stanbul, Beta 2013, s.2-4.*

⁶⁰ HARRIS, David/O'BOYLE, Michael/WARBRICK, Colin: *Law on The European Convention on Human Rights*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2009, s.246.

⁶¹ Bkz.: *Vrbica/H,rvatistan*, no.32540/05, 1.4.2010, Concurring Opinion of Judge Spielmann, para.2; Concurring Opinion of Judge Malinverni, para.14-15.

⁶² Bkz.: ARSLAN, s.716 vd.

2. Mütakabiliyetin Sa lanmad, ,n,n Do ru Bir ekilde Ara t,r,l,p Tespit Edilmesi Halinde

Mütakabiliyetin A HSøyle ba da mad, ,na yönelik görü ler dikkate al,nd, ,nda, mahkemenin mütakabiliyetin kar ,lan,p kar ,lanmad, ,n, do ru bir ekilde ara t,r,p tespit ederek yabanc, karar,n tenfizi talebini reddetmesi/kabul etmesi halinde, ilgili taraf böyle bir karar,n hakkaniyete uygun yarg,lanma hakk,na ayk,r,l,k te kil etti ini ileri sürebilir. Tenfiz talebinin reddi halinde, davac, mütakabiliyetin daval,n,n korunmas,na hizmet etmeyen bir art oldu unu, yabanc, karar,n tenfiz edilip edilmemesi konusunda taraflar aras,nda bir e itsizli e yol açt, ,n, ileri sürebilir.

Gerçekten, yabanc, karar,n tenfizinin daval, devletin hukuk düzeni aç,s,ndan herhangi bir pratik mahzuru olmamas,na ra men, salt yabanc, karar,n men ei nedeniyle özel hukuka ili kin bir hakk,n icrai sonuçlar,n, tan,mamak yerinde de ildir. Bir devletin, di er bir devletle olan/olmayan ili kilerini/rekabetini mütakabiliyet üzerinden yürütmeleri, bireylerin adalet taleplerinin reddedilmesine yol açmaktadır⁶³. Hatta ayn, hakk,n yabanc, ülkede hakemlerce tespit/tevsik edildi i dü ünüldü ünde, mütakabiliyetin A HS m.6(1) aç,s,ndan yerinde olmad, , ortaya ç,kmaktadır. Ancak, buna ra men, A HMønin a a ,daki nedenlerden dolayı, aksi yönde bir kanaate varmas, muhtemeldir:

Öncelikle, yabanc, mahkeme kararlar,n,n tan,nmas,-tenfizi kurumu, yarg, yetkisine sahip egemen devletlerin izin verdi i ölçüde ortaya ç,km, ve geli mi tir. Dolay,s,yla, A HMønin devletin yabanc, kararlar,n kendi hukuk düzenindeki etkilerini kabul edip etmeme veya yabanc, karar,n konusuna ve men eine ba l, olarak kabul etme konusunda tamamen bir serbestiye sahip oldu unu dikkate alabilir⁶⁴. Bu kapsamda, bu konuda sahip oldu u yarg, yetkisini belirli devletlere ait mahkeme kararlar, bak,m,ndan kullanmak istemedi ini mütakabiliyet art,n, öngörerek beyan eden bir devletin yarg, yetkisine sayg, gösterilmesi gerekti i söylenebilir. Bu nedenle, A HM büyük ihtimalle mütakabiliyet art,n,n tatbikinin, devletin devletler hukukunca sahip oldu u yetkiye sayg, gösterilmesi me ru amac,na hizmet etti i sonucuna varacaktır.

Burada esasen, yabanc, karar,n tenfizinin mütakabiliyet art,na istinaden reddedilmesinin ölçülü olup olmad, , belirleyici olacaktır. Burada mütakabiliyetin kar ,lanmad, ,n,n tenfiz mahkemesince yanl, veya eksik bir ekilde tespiti⁶⁵ de il, mütakabiliyetin kendisinin (do ru bir ekilde de olsa) tatbikinin A HS m.6(1)ø uygunlu u dahi tek ba ,na A HM nezdinde ikâyete konu yap,labilir. Zira davac, silahlar,n e itli i ve çeli meli yarg,lama ilkelerinden istifade ederek mütakabiliyetin gerçekle ip gerçekle medi ini mahkeme huzurunda tart, ma imkân, bulsa da, mahkeme bir kere mütakabiliyetin sa lanmad, ,n, do ru bir ekilde tespit etti inde tenfizin reddine karar vermek durumundadır. Dolay,s,yla, muhtemel bir ba vuruda A HMønin mütakabiliyetin tatbikiyle gerçekle en müdahaleyi a a ,daki nedenlerle A HS m.6(1)ø ayk,r, olarak nitelendirilmeyecektir.

A HM, ço u karar,nda yapt, , gibi, ilgili hakka yönelik müdahalenin/s,n,rlaman,n me ru olup olmad, ,n, incelerken kar ,la t,rmal, hukuk analizi yapılabilir. Bu analiz, daval, devletin mütakabiliyetin bir tenfiz engeli/s,n,rlamada kullan,lan araç olarak seçilmesinde ne kadar geni bir takdir marj,na sahip oldu unun, dolay,s,yla A HS m.6(1)ø yönelik müdahalenin ölçülülü ünün tespitinde belirleyici olacaktır. Yukar,da, Avrupa Konseyi (AK) üyesi olan yakla ,k on be devlette mütakabiliyetin bir tenfiz art, olarak kabul edildi i görülmektedir⁶⁶. Dolay,s,yla, mütakabiliyetin bir s,n,rlama arac, olarak öngörülmesi bak,m,ndan AK üyesi devletlerde yeknesak bir anlay, söz konusu olmad, ,ndan, A HM daval, devletin, böyle bir arac,n seçilmesinde geni bir takdir marj,na sahip oldu una kanaat getirebilecektir.

A HM, tenfiz talebi mütakabiliyetin yoklu u nedeniyle reddedilen ba vurucuya tenfiz devletinde hakk,n, elde edebilmek için ba vurabilece i alternatif bir imkân,n daval, devletçe sunulup sunulmad, , üzerinde durabilir. Örne in, uluslararası örgütlerin yarg, ba , ,kl, ,na ili kin kararlar,nda A HM, uluslararası örgüte kar , devlet mahkemeleri d, ,nda ba vurulabilecek uygun ve yeterli bir alternatif bir uyu mazl,k çözüm yolunun bulunmas, halinde, yarg, ba , ,kl, , gerekçesiyle verilen yetkisizlik karar,n, A HS m.6(1)ø uygun olarak nitelendirilmektedir⁶⁷. A HM benzer bir gerekçeye burada da istinat edebilir. Ayr,ca, yabanc, kararlar,n tenfizinin hukuken öngörülümü olmas,, her yabanc, karar,n mutlaka tan,naca ,-tenfiz edilece i anlam,na gelmedi i gibi, bireylere sunulan bu imkâna ra men devletlerin yarg, yetkilerinin kapsam,na giren bireylerin adalet taleplerini dikkate alma ve yerine getirme yükümlülü ü varl, ,n, yine de muhafaza etmektedir. Dolay,s,yla, yarg, yetkisine giren davac,ya sunmu oldu u tan,ma-tenfiz talebinde bulunma hakk,ndan yararlanmas,n, engelleyen tenfiz devleti, davac,ya yabanc, ülkede elde etti i haktan kendi ülkesinde yararlanabilmesi için mahkemelerinde dava açabilme imkân, tan,mal,d,r. A HM, yabanc, karara konu uyu mazl,k bak,m,ndan davac,n,n tenfiz devletinde ba vurabilece i bir yetkili mahkeme bulunmakta ise, A HS

⁶³ Benzer yönde bkz.: KINSCH, s.543, dn.30.

⁶⁴ ARSLAN, s.628-631.

⁶⁵ Nas,l ki *Negrepointis-Giannisis/Yunanistan* karar,nda, Yunan mahkemelerinin kamu düzeni müdahalesini, davac,n,n A HSønde güvence alt,na al,nan haklar,yla ba da mayacak ekilde yanl, ve eksik bir ekilde de erlendirmeleri A HS m.8, A HS m.6(1) ve P-1 m.1ø ihlal etmi se, mütakabiliyetin A HSøyle ba da mayacak ekilde yanl, veya eksik de erlendirilmesi de söz konusu olabilir. Karar,n ayr,nt,l, analizi için bkz.: ARSLAN, s.211.

⁶⁶ Bkz.: Yukar,da, s.4, dn.14-17.

⁶⁷ Waite ve Kennedy/Almanya, no.26083/94, 18.2.1999, para.68-73; Beer ve Reegan/Almanya, no.28934/95, 18.2.1999, para.58-63.

m.6(1)ın ihlal edilmediğine kanaat getirebilir. Aksi halde, devletin büyük ölçüde ayn, zamanda kendi yarg, yetkisinin kapsam,na giren bir uyu mazl,k bak,m,ndan mahkemelerini davac,ya kulland,rmamas,, ilgili bireyin hak arama özgürlü ünün ölçsüz bir ekilde k,s,lanmas, anlam,na gelecektir.

Üçüncü olarak, tan,ma-tenfiz artlar,, genellikle ulusal mahkemelerin uygulamalar,na ba l, olarak zaman içerisinde kolayca de i eabilecek kurallardan de ildir. Dolay,s,yla bir taraf,n, gerek davas,n, açaca , mahkemeyi belirlerken ileride bir tenfiz davas, açma zaruretinin hâs,l olup olmayaca ,n,, tenfiz devletin tan,ma-tenfiz rejiminde ne tür tenfiz artlar,n,n bulundu unu da göz önünde bulundurmas, gerekmektedir. üphesiz bu, uyu mazl, ,n taraflar,n,n bu konuda sahip oldu u bilince, davan,n konusuna ve talep edilen hakk,n niteli ine ba l,d,r. Özellikle, ticari irketlerin veya gerçek ki ilerce yap,lsa bile ticari ili kilerden do an uyu mazl,klar,n çözümü neticesinde verilen alacak kararlar,n,n tenfizi taleplerinin mütekabiliyetin yoklu u nedeniyle reddedildi i hallerde, bireylerin böyle bir sonucu önceden öngörebilecek ve buna göre hareket edebilecek basirete sahip olmas, gerekti i söylenebilir. Buna mukabil, aile hukuku ili kilerinden do an davalarda, bireylerin yabanc, karar,n,n tenfize konu yap,labilece ini ve yabanc, ülkede bir tenfiz davas, açabileceklerini öngörecekle basirete sahip olabilecekleri her zaman ve kolayl,kla söylenemez. Dolay,s,yla A HM, bundan hareketle, daha önce ba ka bir tenfiz art, bak,m,ndan benimsemi oldu u *öbir kimsenin ortaya ç,kmas,nda kendi katk,s,n,n oldu u bir durumdan ikâyetçi olamayaca ,ö* içtihad,na⁶⁸ istinat etmesi de mümkündür. Do al olarak, devletin s,n,r,lama arac, vazifesi gören mütekabiliyet bak,m,ndan sahip oldu u geni takdir marj, kapsam,nda mütalaa edilebilecek bir husus oldu undan, bu durum daval, devlet lehine yorumlanabilecektir.

3. Mütekabiliyetin Eksik veya Hatal, Bir ekilde Ara t,r,lmas, ve/veya Tespit Edilmesi Halinde

A HS m.6(1)ın, daha do rusu hakkaniyete uygun yarg,lanma hakk,n,n ihlali, esasen mütekabiliyetin *eksik veya hatal, bir ekilde ara t,r,lmas, ve/veya tespiti* halinde ortaya ç,kabilir. Yine, mütekabiliyetin varl, ,n, ara t,r,maks,z,n yabanc, karar,n tenfizine karar verilmesi halinde de, benzer bir sonuç, bu sefer daval,n,n söz konusu haklar,na müdahale/ihlal anlam,na gelecektir. Burada, mütekabiliyet art,n,n hiç ara t,r,lmmas,yla söz konusu art,n eksik veya hatal, bir ekilde ara t,r,lmas, ve tespiti aras,nda A HS m.6(1)ö olan etkileri bak,m,ndan ziyade, haklar,n süjesi bak,m,ndan farklı,l,k bulunmaktadır. Dolay,s,yla, a a ,da davac,n,n hakkaniyete uygun yarg,lanma hakk, ekseninde yapaca ,m,z de erlendirmelerimiz, uygun dü tü ü ölçüde, daval,n,n ileri sürebilece i A HS m.6(1)ın ihlali iddialar, bak,m,ndan da geçerli olacaktır.

Türk hukukunda, prensip olarak tenfiz artlar,n,n gerçeikle ip gerçeikle medi i konusunda resen ara t,r,ma ilkesi geçerlidir⁶⁹. Dolay,s,yla, karar,n verildi i ülkeyle mütekabiliyetin var olup olmad, ,n, resen ara t,r,mak zorunda olan Türk mahkemesinin, bu konuda yeterli ve gerekli bir ara t,r,ma yapmaks,z,n mütekabiliyetin kar ,lanmad, ,na kanaat getirmesi, davac,n,n A HS m.6(1)ödeki hakk,yla ba da mayan sonuçlara yol açabilir. Burada, A HSın olası, ihlaline, muhtemelen Türk mahkemelerinin bu konuda gerekli özeni göstermemesi neden olacaktır.

Bu kapsamda, Türk mahkemeleri her üç mütekabiliyet türü aç,s,ndan do rudan kendi bilgi ve ara t,r,mas,na dayanabilece i gibi, özellikle fiili ve hukuki mütekabiliyetin tespiti hususunda çe itli vas,talara ba vurabilecek, hatta ba vurmas, gerekecektir⁷⁰. Do al olarak, tenfiz yarg,lanmas,n,n taraflar, da, mütekabiliyetin varl, ,/yoklu unu ispat etmek amac,yla karar,n verildi i devlet mahkemelerine ait karar örneklerini veya yasal metinleri mahkemeye ibraz edebilecektir. Yaln,z, taraflar,n mütekabiliyetin tespiti bak,m,ndan herhangi bir iddia veya ispat faaliyetine giri mesi olmalar,, A HMın yapaca , denetim aç,s,ndan onlar,n sorumlulu una yol açmayabilece i gibi, bu konudaki yükümlülük her halde mahkemenin üzerindedir. Dolay,s,yla, ister do rudan kendi bilgi ve ara t,r,mas,na dayans,n, isterse bu konudaki vas,talara ba vurarak bilgi edinsin, mütekabiliyetin varl, ,n,/yoklu unu ara t,r,mak mahkemenin sorumlulu undadır.

Bu noktada, akdi mütekabiliyete nazaran kanuni mütekabiliyetin tespitinde mahkemelerin hataya dü mesi daha olası,d,r. üphesiz, tenfiz mahkemesinin akdi mütekabiliyetin varl, ,na (yoklu una) ra men, yoklu una (varl, ,na) karar verme ihtimali de bulunmaktadır. Bununla beraber, günümüzde ço u devletin, büyük ölçüde belirli artlar, ta ,yan yabanc, kararlar,n tan,nmas,n,-tenfizini yasal olarak kabul etti i görülmektedir⁷¹. Dolay,s,yla, tenfiz davalar,n,n pek ço unda kanuni mütekabiliyetin gerçeikle ece i söylenebilirse de, tenfiz mahkemesinin karar,n niteli i ve türüne ba l, olarak, karar,n verildi i ülke hukukundaki tenfiz artlar,yla MÖHUKÖteki tenfiz artlar, aras,nda bir denkli in var olup olmad, ,n, somut olarak de erlendirmesi gerekmektedir⁷². Zira karar,n verildi i ülkede yabanc,

⁶⁸ Bkz.: Hussin/Belçika, En Droit, para.5; McDonald/Fransa, En Droit, B; Avontis/Letonya, no.17502/07, 23.5.2016, para.124.

⁶⁹ NOMER, s.537; ANLI/ESEN/ATAMAN-F GANME E, s.511.

⁷⁰ Bu kapsamda, mahkemenin yabanc, hukukun içeri inin temin edilmesi amac,yla ba vurabilece i vas,talara mütekabiliyetin varl, ,n,n tespiti bak,m,ndan da ba vurabilir. Bkz.: ANLI/ESEN/ATAMAN-F GANME E, s.534. Uygulamada yerel mahkemelerin s,kça Adalet Bakanl, , Uluslararası, Hukuk ve D, li kiler Genel Müdürlü üne ba vurduklar,, hatta Yarg,tayön da bu konuda söz konusu kuruma ba vurulmas, gerekti ini ifade etti i ço u kararda görülmektedir. Söz konusu kararlar için bkz.: EK , s.159-173.

⁷¹ Bkz.: EK , s.174.

⁷² Bkz.: ÇEL KEL/ERDEM, s.706-707; NOMER, s.520; ANLI/ESEN/ATAMAN-F GANME E, s.526-527.

kararlar,n tenfizinin hukuken kabul edilmi olmas,, duruma göre kanuni mütekalibiyetin tespiti aç,s,ndan tek ba ,na yeterli olmayabilir⁷³.

Bu bak,mdan, t,pk, tenfizin ön artlar, gibi öncelikle incelenmesi gereken bir art olan mütekalibiyetin var olup olmad, ,n,n tespitinde, mahkemelerin gerekli özeni göstererek ve titiz bir ekilde ara t,rma yapmalar, gerekmektedir. Aksi takdirde, mütekalibiyetin sa lan,p sa lanmad, , konusunda yeterli ve do ru bilgi sahibi olunmaks,z,n verilen karar, A HS m.6(1)ön ihlaline neden olabilir. Bu noktada, nas,l ki yabanc, gerçek ki ilerin miras yoluyla Türkiyeöde bulunan ta ,nmazlar, iktisap edebilmeleri için getirilen bir s,n,rılama olan mütekalibiyetin tespitinde ya anan sorunlar, P-1 m.1ön ihlali nedeniyle Türkiyeönin mahkûmiyetine neden olmu sa, benzer bir sonuçla kar ,la mamak ad,na Türk mahkemelerinin mütekalibiyetin varl, ,n, dikkatli bir ekilde ara t,rmalar, gerekmektedir. Bu ba lamda, A HMönin ilgili içtihatlar,na k,saca de inmenin, konunun anla ,lmas, aç,s,ndan yararlı, olaca , kanaatindeyiz:

Türk hukukunda 19.7.2003 tarihindeki de i iklikten evvel, 2644 say,l, Tapu Kanunu⁷⁴ m.35 uyar,nca yabanc, gerçek ki ilerin miras yoluyla Türkiyeöde ta ,nmaz edinmeleri, *ökanuni s,n,rılamalara uyulmas,ö ve ömütekalibiyetö* olmak üzere iki s,n,rılamaya tabi tutulmu tu⁷⁵. Bu dönemde, yabanc, gerçek ki ilerin Türkiyeöde bulunan ta ,nmaz tereke üzerinde miras hakk,na sahip olabilmeleri⁷⁶ için mütekalibiyetin gerekli oldu una kanaat getiren Türk mahkemeleri, hepsi Yunan vatanda , olan kanuni mirasç,lar bak,m,ndan Yunanistan ile Türkiye aras,nda mütekalibiyetin sa lanmad, , gerekçesiyle mirasç,l,k belgelerinin ve tapu kütü üne yap,lm, tescilin iptaline karar vermi tir.

A HM, di er hususlar,n yan, s,ra, Türk mahkemelerinin Türk vatanda lar,n,n Yunanistanöde miras yoluyla ta ,nmaz edinmesi bak,m,ndan yasal bir engel olmad, ,na dair Adalet Bakanl, ,n,n raporlar,n, dikkate almaks,z,n ve bu konuda fiili engellerin (fiili mütekalibiyetin) olup olmad, ,n, yeterince ara t,rmaks,z,n mütekalibiyetin sa lanmad, , gerekçesiyle mirasç,l,k ehliyetlerine sahip olamayacaklar,na karar verdiklerini tespit etmi tir⁷⁷. Ba ka bir ifadeyle, Türk mahkemeleri Yunanistan ile mütekalibiyetin sa lan,p sa lanmad, , konusundaki de erlendirmelerinde hataya dü mü tür. Mütekalibiyetin sa lanm, ve Yunanistan aleyhine misilleme tedbirinin kald,r,lm, olmas, kar ,s,nda, ba vurucular,n miras yoluyla ta ,nmaz, iktisap ettiklerini veya edebileceklerine yönelik me ru beklentiye sahip olmalar,n,n makul oldu unu belirten A HM, mütekalibiyet art,n,n Türk mahkemelerince uygulanmas,n,n yeterince öngörülebilir olmad, ,na kanaat getirmi tir. Böylece, P-1 m.1öe yönelik müdahalenin kanunilik ilkesine ayk,r, oldu una karar vermi tir⁷⁸. A HM, bu kararlar,n hiçbirinde, soyut olarak mütekalibiyet art,n,n aranmas,n,n uygulanmas,n,n A HS aç,s,ndan yerindeli ine ili kin do rudan bir de erlendirme yapmam, , somut olayda mütekalibiyetin uygulan, ,n,n A HSöyle ba da ,p ba da mad, ,n, incelemi tir⁷⁹. Bu bak,mdan, mütekalibiyetin tespitine yönelik A HMönin bu de erlendirmelerinin, yabanc, kararlar,n tenfizinde aranan mütekalibiyetin tespiti bak,m,ndan da emsal te kil edebilece ini söyleyebiliriz. Dolay,s,yla, mütekalibiyetin varl, ,n,n/yoklu unun tespitinde mahkemelere atfedilebilecek bu tür eksiklikler/ hatalar, mütekalibiyetin kar ,lan,p

⁷³Zira yabanc, kararlar,n tenfizi için Türk hukukuna nispetle daha hafif artlar öngörülebilece i gibi daha a ,r tenfiz artlar, da öngörülebilir. Örne in, karar,n verildi i devlette mütekalibiyet gibi tenfizi mutlak bir ekilde engelleyici bir art öngörülmemi olabilir. Ancak daha a ,r bir art olarak, tenfize konu karar,n kendi hukukuna uygunlu unu (revizyon) tetkik ko ulu benimsemni olabilir.

⁷⁴RG: 29.12.1934-2892.

⁷⁵Yabanc,lar,n Türkiyeöde ta ,nmaz edinmelerine ili kin temel yasal düzenleme olan Tapu Kanunu m.35-36 hükümleri, ilk olarak 3.7.2003 tarih ve 4916 say,l, kanunla (RG: 19.7.2003-25173) esaslı, de i ikliklere u ram, t,r. Ard,ndan 3.5.2012 tarihli ve 6302 say,l, kanunun (RG: 18.5.2012-28296) yürürlü e giri ine kadar pek çok de i ikli e u ryan Tapu Kanunu m.35-36 hükümlerine göre yabanc, gerçek ve tüzel ki ilerin Türkiyeöde ta ,nmaz edinmelerine ili kin güncel ve ayr,nt,l, bilgi için bkz.: ÇEL KEL/GELGEL, s.321 vd.; EK , Nuray: Yabanc,lar,n Türkiyeöde Ta ,nmaz ktisab,, 2.Bas., Beta, stanbul, 2012, s.55 vd.; KARAA AÇ, Ömür: Türk Hukukunda Yabanc, Yat,r,mc, Olarak İrketlerin Ta ,nmaz Mal Edinmeleri, Lykeion, Ankara, 2017, s.100 vd.

⁷⁶Tapu Kanunu m.35öte 19.7.2003 tarihinde gerçekle tirilen de i iklikten evvel, yabanc, gerçek ki ilerin gerek sa lararas, gerekse miras yoluyla Türkiyeöde ta ,nmaz edinmesi *ökanuni s,n,rılamalara uygun olmakö ve ömütekalibiyetö* artlar,n,n kar ,lanmas,na ba l,yd,. Dolay,s,yla, bu tarihe kadar gerçekle en ölüm olaylar, sonucunda yabanc, bir gerçek ki inin murisin terekesinde bulunan Türkiyeödeki ta ,nmaz, kanuni mirasç, s,fat,na istinaden iktisap edebilmesi, yani tapuya tescil ettirebilmesi için yukar,daki iki art,n kar ,lanmas, gerekmektedir. Ancak, söz konusu dönemde, Tapu Kanunu m.35 hükümüyle yabanc,lar,n Türkiyeödeki ta ,nmazlar, miras yoluyla iktisap edebilmelerini de il, ta ,nmazlar üzerindeki miras haklar,n,n yukar,daki artlarla s,n,rıland,r,ld, , doktrinde yayg,n olarak kabul edilmi , bu göri Türk mahkeme tatbikat,na yans,m, t,. Dolay,s,yla, Türk mahkemelerince Türk miras hukukuna ili kin temel düzenleme olan MK hükümleri uyar,nca kanuni mirasç, olarak gözüken yabanc, gerçek ki ilerin, murisin Türkiyeöde bulunan ta ,nmazlar, üzerinde kanuni mirasç, olabilmeleri/mirasç,l,k ehliyetine sahip olabilmeleri, mütekalibiyet art,na ba lanm, t,. Tapu Kanunu m.35öte yer alan ko ullar,n ta ,nmaz,n miras yoluyla iktisab,na de il de, miras hakk,na yönelik s,n,rılama olarak mütalaa edilmesinin kaç,n,lmaz sonucu olarak, Türk mahkemelerince mütekalibiyet ve di er ko ullar,n belirlenmesinde murisin ölüm tarihi esas al,nm, t,r. Dolay,s,yla, 19.7.2003 tarihinden önce gerçekle en bir ölüm olay,nda, murisin Türkiyeöde bulunan ta ,nmaz terekesi üzerinde yabanc, gerçek ki ilerin miras hakk,na sahip olabilmesi için vatanda , oldu u devlette Türkiye aras,nda ö murisin ölüm tarihi itibariyle- mütekalibiyetin varl, , aranm, t,r. Ayr,nt,l, bilgi için bkz.: AYDO MU , s.269 vd.; ESEN, Emre: öTürkiyeöde Bulunan Ta ,nmazlar Üzerinde Yabanc, Gerçek Ki ilerin Kanunı Miras Haklar, Konusunda Güncel Geli melerö, Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. M. İhan Ulusana Arma an, C.15, S.2, 2016, s.676-681.

⁷⁷Nacaryan ve Deryan/Türkiye, no.19558/02, 8.1.2008, para.46-57; Fokas/Türkiye, no.31206/02, 29.9.2009, para.38-40. A HM, yukar,daki kararlardan farklı, olarak konuya ili kin ilk karar, olan *Apostolidi ve Di erleri/Türkiye* ba vurusunda, yabanc,lar,n ta ,nmazlar üzerindeki miras hakk, ve bu hakk,n bir me ru beklenti olarak koruma götüp görmeyece ine dair bir inceleme yapmam, t,r. Bkz.: AYDO MU , s.451.

⁷⁸Apostolidi ve Di erleri/Türkiye, para.73-78; Nacaryan ve Deryan/Türkiye, para.58-60; Fokas/Türkiye, para.41-45; A nidis/Türkiye, no.21668/02, 23.2.2010, para.39-43, özellikle para.41. Söz konusu kararlar hakk,nda detaylı, bilgi ve analiz için bkz.: AYDO MU , s.442-468.

⁷⁹GEMALMAZ, s.459; ESEN, s.689; AYDO MU , s.467.

kar ,lanmad, ,n,n tespitiyle do rudan ilgili veya belirleyici oldu u ölçüde, duruma göre, davac,n,n veya daval,n,n hakkaniyete uygun yarg,lanma hakk,n,n ihlaline yol açabilecektir.

4. Mütakabiliyete li kin Yasa Hükmünün Yabanc, Karar,n Tenfizini Haks,z Yere Engelleyecek Derecede Dar Bir ekilde Yorumlanmas,

Mütakabiliyet art,n,n düzenlendi ini yasa metninin yabanc, karar,n tenfizini haks,z yere engelleyecek derecede dar bir ekilde yorumlanmas,, yani mütakabiliyetin kapsam,n,n yanl, veya eksik bir ekilde tespit edilmi olmas,, mütakabiliyetin sa lan,p sa lanmad, ,na ili kin karar, da etkileyebilecektir. Dolay,s,yla, ilgili yasal düzenlemenin dar bir ekilde yorumlanmas,, davan,n ko ullar,na göre, tenfiz davas,n,n reddedilmesine, bu da A HS m.6(1)ø ayk,r, bir sonuca yol açabilir. MÖHUK m.54(a) hükmü, böyle bir ihlal potansiyeline fazlas,yla sahiptir. Somutla t,ral,m:

MÖHUK m.54(a)ø,n lafz,ndan bir tenfiz engeli olarak mütakabiliyetin her üç türünün, yani akdi, kanuni ve fiili mütakabiliyetin basamakl, veya birbirine üstün olarak de il, e it derecede ve birbirine alternatif ekilde düzenlendi i anla ,lmaktad,r. Buna göre, bunlardan birinin varl, ,n,n tespit edilmesi yeterli kabul edilecektir⁸⁰. Böyle bir yorum tarz,yla, hem MÖHUK m.54(a) hükmü lafz,na uygun bir ekilde tatbik edilmi olacak, hem mütakabiliyetin davac,lar aç,s,ndan yaratabilece i olumsuz sonuçlar bertaraf edilmi olacakt,r. Ancak, Türk hukukunda Yarg,tay 11. Hukuk Dairesinin 2009 tarihli karar,yla birlikte, akdi veya kanuni mütakabiliyete ra men, fiili mütakabiliyetin belirleyici oldu u, yabanc, ülkede benzer nitelikteki Türk mahkeme kararlar,n,n tenfizine yönelik olumsuz bir uygulamam,n varl, , halinde mütakabiliyetin gerçekte memi say,lmas, gerekti i anlay, , kabul edilmektedir⁸¹. Yukar,da de indi imiz üzere, yabanc, karar,n mütakabiliyet nedeniyle reddedilmesi, Türk mahkeme kararlar,n, tenfiz etmeyen yabanc, devletlere kar , bir yapt,r,m olmaktan ç,kmakta, lehine karar elde eden taraf, ma dur eden bir uygulamadan ba ka bir anlama gelmemektedir. En az,ndan MÖHUK m.54(a)øda yer alan üç mütakabiliyet türünden birinin varl, ,n,n ösöz konusu hükümde oldu u üzere- resen tespit veya davac, tarafça ispat edilmesinin yeterli görülmesi, objektif olarak devletin veya taraflar,n menfaatleriyle ilgili olmayan bu art,n davac, aç,s,ndan yaratabilece i mahzurlar,n bertaraf edilmesini sa layacakt,r. Böylece, tespiti ve/veya ispat, daha kolay olan akdi veya kanuni mütakabiliyetin varl, , halinde, olumlu-olumsuz yönde bir fiili mütakabiliyetin varl, ,na/yoklu una yönelik zahmetli - ve belki de gereksiz- bir ara t,rmaya giri ilmeyecektir.

Bu bak,mdan, bir tenfiz art, olarak vazgeçilmesi gerekti i ileri sürülen mütakabiliyetin dar bir ekilde yorumlanmas,, Türk mahkemelerini öncelikle ve her zaman fiili mütakabiliyetin varl, ,n, ara t,rmaya sevk edecek, akdi veya kanuni mütakabiliyetin varl, ,n,n mahkemece gerek resen gerekse davac,n,n ispat, üzerine tespit edilmesi yeterli olmayacakt,r. Bizim de kat,ld, ,m,z görü uyar,nca, tenfiz talebinde bulunan ahs, fazlas,yla ma dur etme potansiyeline sahip olan mütakabiliyetin bu ekilde dar bir ekilde yorumlanmas,, MÖHUK m.54(a) hükmüne aç,kça ayk,r, oldu u gibi, kar ,la t,rmal, hukukta ve Türk hukukunda yabanc, kararlar,n tan,naca ,-tenfiz edilece i yönündeki genel e ilimle ba da mayacakt,r⁸². Dahas,, böyle bir yakla ,m, mahkemeleri tenfizin mümkün mertebe engellenmesi gerekti i eklinde yanl, bir dü ünçeye sevk etme tehlikesini de beraberinde ta ,maktad,r. Ayr,ca, yabanc, ülkelerdeki tatbikat,n her an de i mesi ihtimali kar ,s,nda, tenfiz mahkemesinin fiili mütakabiliyetin varl, ,na/yoklu una ili kin de erlendirmeleri her zaman sa l,kl, olmayabilecektir. Bu nedenle, MÖHUK m.54(a) hükmünün aç,k ifadesine kar ,s,nda, fiili mütakabiliyetin gerçekte medi i veya olumsuz yönde bir fiili uygulamam,n varl, , gereçesiyle akdi veya kanuni mütakabiliyetin gerçekte ti i iddialar,n,n Türk mahkemelerince dikkate al,nmamas, ve de erlendirilmemesi, davac,n,n A HS m.6(1)øde yer alan hakkaniyete uygun yarg,lanma hakk,ndan istifade edememesi anlam,na gelecektir. Burada, mütakabiliyetin bir tenfiz engeli olarak do ru bir ekilde tatbik edilip edilmedi i de il, mütakabiliyet art,n,n kapsam,n,n MÖHUK m.54(a)ø,n aç,k ifadesine ra men dar bir ekilde yorumlanmas,, dolay,s,yla yanl, uygulanmas, böyle bir ihlalin ortaya ç,kmamas,na neden olabilecektir. Zira hakkaniyete uygun yarg,lanma hakk,n,n bir gere i olarak, ulusal mevzuatta yer alan her bir tenfiz art,n,n kar ,lan,p kar ,lanmad, ,na ili kin gerek mahkemece tespit edilen gerekse taraflarca ileri sürülen, davan,n sonucuyla do rudan ilgili ve belirleyici bilgi ve delillerin dikkate al,nmas, gerekmektedir⁸³.

V. SONUÇ

Yabanc, mahkeme kararlar,n,n tenfizi kurumunun amac, göz önüne al,nd, ,nda, mütakabiliyet art, yabanc, kararlar,la tevsik edilen bir haktan tenfiz devletinde de yararlanmak isteyen taraf,n bu konudaki menfaatini dikkate almamakta, daval,ya yarg,lanmam,n sonucunu etkileyen esasl, bir avantaj sa lamaktad,r. Ayr,ca, tenfiz devletinin iki

⁸⁰ EK , s.161.

⁸¹ Bkz.: Yarg,tay 11.HD, E.2008/1284, K.2009/980, T.30.1.2009, (RUH , s.334-336).

⁸² EK , s.161, 177.

⁸³ Hakkaniyete uygun yarg,lanma hakk,yla tan,ma-tenfiz yarg,lanmas, aras,ndaki ili ki için bkz.: ARSLAN, s.709.

özel hukuk ki isi aras,ndaki hak uyu mazl, ,n, karara ba layan yabanc, karar,n tenfizini mütekalibiyet art,na ba lamakta herhangi menfaati de bulunmamaktad,r. Kald, ki, Türk hukukunda yer alan di er tenfiz engelleri, yabanc, ülkede gayri adil bir yarg,lanmaya/karara maruz kald, ,n, dü ün en daval,lar,, bu tür bir karar,n tenfizine kar , yeterince koruyacak mahiyettedir ve do rudan muhtemel daval,lar,n korunmas,na matuftur. Bu nedenle objektif olarak bak,ld, ,nda, mütekalibiyet art,, yabanc, karar,n tenfizi konusunda taraflar aras,ndaki menfaat dengesini bir taraf aleyhine bozan, hakkaniyetle ba da mayan bir tenfiz engeli niteli indedir.

Bir tenfiz engeli olarak bizatihi kendisinin A HSöyle ba da mad, ,n, söylemek mümkünse de, A HMönin mütekalibiyet art,n,n soyut olarak A HS aç,s,ndan yerindeli ini de il, mütekalibiyetin tatbikinin ba vurucular,n A HSöndeki haklar,na olan etkilerini inceledi i unutulmamal,d,r. Dolay,s,yla, mütekalibiyetin A HS m.6(1)ö ihlal edip etmeyece i, mütekalibiyetin kar ,lan,p kar ,lanmad, ,n,n Türk mahkemelerince nas,l ara t,r,l,p tespit edildi ine ba l,d,r. Bu kapsamda, mütekalibiyetin do ru bir ekilde ve gerekli özen gösterilerek ara t,l,p tespit edildi i hallerde, A HS m.6(1)ö yönelik s,n,rlaman,n me ru, yani müdahalenin me ru bir amaca sahip ve ölçülü olarak nitelendirilmesi mümkündür. A HM, mütekalibiyete dayanan böyle bir s,n,rlaman,n devletin devletler hukuku uyar,nca sahip oldu u yarg, yetkisine sayg, gösterilmesi me ru amac,na hizmet etti i sonucuna varabilir. Mütekalibiyetin bir tenfiz art, olarak ço u AK üyesi devlet hukukunda benimsenmesi nedeniyle, Türkiyeönin bu konuda geni bir takdir marj,na sahip oldu unu kabul edebilecek olan A HM, uluslararası, örgütlerin yarg, ba , ,kl, ,na ili kin içtihatlar,ya geli tirmi oldu u öba vurulabilecek alternatif ve kabul edilebilir yarg,sal mekanizman,n varl, ,ö kriterini burada da kullanarak, davac,n,n tenfiz devletinde ba vurabilecek i yetkili bir mahkemenin varl, , halinde A HS m.6(1)ö ihlal edilmedi ine kanaat getirebilir. Bu iki kriterin yan, s,ra, A HMönin daha önce ba ka bir tenfiz art, için benimseni oldu u, öbir kimsenin ortaya ç,kmas,nda kendi katk,s,n,n oldu u bir durumdan ikâyetçi olamayaca ,ö içtihad,na da istinat etmesi de kuvvetle muhtemeldir.

A HM nezdinde as,l problem te kil edecek husus, mütekalibiyet art,n,n eksik ve hatal, bir ekilde ve gerekli özeni göstermeksizin ara t,r,l,p tespit edilmesi halinde ortaya ç,kabilecektir. Yine, tenfiz talebinin mütekalibiyet art,n,n kar ,lan,p kar ,lanmad, ,n,n hiç ara t,r,lmaks,z,n kabulüne veya reddine karar verilmesi de ayn, sonuca yol açabilir. Zira A HMönin kimi kararlar,, bu konuda yeterli ve do ru bilgi sahibi olunmaks,z,n ve gerekli özeni göstermeksizin mütekalibiyetin kar ,lanmad, ,na karar vermenin A HS m.6(1)ö de ihlaline yol açabilece ini dolayl, olarak göstermektedir.

Benzer bir yakla ,m, mütekalibiyet art,n,n yabanc, karar,n tenfizini gereksiz yere engelleyecek ölçüde dar bir ekilde yorumland, , haller bak,m,ndan da sergilenebilir. Özellikle, MÖHUK m.54(a) hükmünün aç,k lafz, kar ,s,nda, akdi veya kanuni mütekalibiyetin varl, ,na ra men, salt yabanc, ülkede Türk mahkeme kararlar,na yönelik olumsuz bir uygulaman,n varl, , nedeniyle tenfiz talebinin reddedilmesi, MÖHUK m.54(a) hükmüyle ba da mamaktad,r. Dolay,s,yla, salt bu gerekçeyle akdi veya kanuni mütekalibiyetin gerçekte ti i iddialar,n,n dikkate al,nmamas, ve de erlendirilmemesi, davac,n,n hakkaniyete uygun yarg,lanma hakk,ndan istifade edememesi anlam,na gelecektir. Zira hakkaniyete uygun yarg,lanma hakk,n,n bir gere i olarak, ulusal mevzuatta yer alan her bir tenfiz art,n,n kar ,lan,p kar ,lanmad, ,na ili kin gerek mahkemece tespit edilen gerekse taraflarca ileri sürülen, davan,n sonucuyla do rudan ilgili ve belirleyici bilgi ve delillerin dikkate al,nmas, gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- ARAI, Yutaka: öChapter Five ó The System of Restrictionsö, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 4th Edition, Ed.Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn, Leo Zwaak, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006, s.333-350.
- ARAT, Tu rul: öYabanc, lâmlar,n Tan,nmas, ve Tenfiziö, AÜHFD, C.21, S.1-4, 1964, s.421-527.
- ARSLAN, Iyas: Avrupa nsan Haklar, Sözle mesinin Milletleraras, Özel Hukuka Etkisi, stanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yay,mlanmam, Doktora Tezi, stanbul, 2018.
- AYDO MU , Ay e Yasemin: A HSö Ek 1 Nödü Protokole Göre Yabanc,lar,n Türkiyeöde Ta ,nmaz Edinmesi, stanbul, On ki Levha, 2016.
- ÇEL KEL, Aysel/ERDEM, B. Bahad,r: Milletleraras, Özel Hukuk, 15.Bas., Beta, stanbul, 2017.
- ÇEL KEL, Aysel/ÖZTEK N GELGEL, Günseli: Yabanc,lar Hukuku, 23. Bas., Beta, stanbul, 2017.
- ÇEL KEL, Aysel/NOMER, Ergin/G RAY, F. Kerem/ESEN, Emre: Milletleraras, Özel Hukuk ó Pratik Çal, ma Kitab,, 14. Bask,, Beta, stanbul, 2018.
- Ç ÇEKL , Bülent: Yabanc,lar Hukuku, 4.Bas., Seçkin, Ankara, 2013.
- DEM R GÖKYAYLA, Cemile: Yabanc, Mahkeme Kararlar,n,n Tan,nmas, ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Seçkin, Ankara, 2001.
- DEM RKOL, Özüm: Yabanc, Mahkeme Kararlar,n,n Tenfizinde Kar ,l,kl,l,k Ko ulu, On ki Levha, stanbul, 2017.
- DO AN, Vahit: Milletleraras, Özel Hukuk, 4. Bas., Sava Yay,nlar,, Ankara, 2016.
- DO AN, Vahit: Türk Yabanc,lar Hukuku, 2. Bas., Sava Yay,nlar,, Ankara, 2017.
- EK , Nuray: Yabanc, Mahkeme Kararlar,n,n Tan,nmas, ve Tenfizi, Beta, stanbul, 2013.
- EK , Nuray: Yabanc,lar,n Türkiyeöde Ta ,nmaz ktisab,, 2. Bas., Beta, stanbul, 2012.

- ELBALTI, Belight: öReciprocity and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A lot of Bark but not much biteö, JPIL, Vol.13(1), 2017, s.184-218.
- ERTA ,eref: öYabanc, lamlar,n Tan,nmas, ve Tenfiziö, DEÜHFD, C.3, S.1-4, 1988, (Kudret Ayieterø Arma anødan Ayr, Bas.).
- ESEN, Emre: öTürkiyeøde Bulunan Ta ,nmaslar Üzerinde Yabanc, Gerçek Ki ilerin Kanunî Miras Haklar, Konusunda Güncel Geli melerö, Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. İhan Ulušanø Arma an, C.15, S.2, 2016.
- FAWCETT, J.J.: The Impact of Article 6(1) of the ECHR on Private International Law, International and Comparative Law Quarterly, Vol.56, 2007, s.1-47.
- FAWCETT, James J./SHÜ LLEABHÁ N, Máire Ní/SHAH, Sangeeta: Human Rights and Private International Law, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- GEMALMAZ, H. Burak: Avrupa nsan Haklar, Sözle mesinde Mülkiyet Hakk., Beta, stanbul, 2009.
- GÜVEN, Pelin: Yabanc, Mahkeme Kararlar,n,n Tan,nmas, ve Tenfizi, Yetkin, Ankara, 2013.
- HARRIS, David/OBOYLE, Michael/WARBRICK, Colin: Law on The European Convention on Human Rights, 2nd Edition, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- NCEO LU, Sibel: nsan Haklar, Avrupa Mahkemesi Kararlar,nda Adil Yarg,lanma Hakk., 4. Bas., Beta, stanbul, 2013.
- KARAA AÇ, Ömür: Türk Hukukunda Yabanc, Yat,r,mc, Olarak irketlerin Ta ,nmas Mal Edinmeleri, Ankara, Lykeion, 2017.
- KIESTRA, Louwrens R.: The Impact of European Convention on Human Rights on Private International Law, Springer, Maastricht, 2014.
- KINSCH, Patrick: öDroits l'homme, droits fondamentaux et droit international privéö, Recueil Des Cours-Collected Courses, Vol.318, 2005, s.11-331.
- KINSCH, Patrick: öEnforcement as a Fundamental Rightö, NIPR, Vol.32/4, 2014, s.540-544
- NOMER, Ergin: Devletler Hususî Hukuku, 22. Bas., Beta, stanbul, 2017.
- ÖZTEK N GELGEL, Günseli:öYabanc,lar,n Ta ,nmaslara li kin Mülkiyet ve S,n,rl, Ayni Haklardan Yararlanmas,nda Mütakabiliyet lkesiö, MHB, Prof. Dr. Gülören Tekinalpø Arma an, C.23, S.1-2, 2003, s.405-422.
- RUH , Ahmet Cemal: Milletleraras, Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakk,nda Kanun, 4.Bask., Seçkin, Ankara, 2014.
- SAKMAR, Atâ: Yabanc, lâmlar,n Türkiyeødeki Sonuçlar,, Fakülteler Matbaas., stanbul, 1982.
- SARACO LU, hsan: öYabanc, Mahkeme Kararlar,n,n Tenfiziö, BD, C.49, S.9-10, 1975, s.817.
- SARGIN, Fügen: öYabanc, Mahkeme lâmlar,na Dayal, cra Yoluyla Takip Edilebilirli e Bir Engel Olarak öZamana ,m,öö, UTTER, Y.1.2017, C.6 S.2.
- SARGIN, Fügen: Yabanc, Gerçek Ki ilerin Türkiyeøde Ta ,nmas Mal Edinmeleri ve S,n,rl, Ayni Haklardan Yararlanmalar,, Yetkin, Ankara, 1997.
- SARIÖZ BÜYÜKALP, Ay e pek: A HS ve A HM Kararlar,n,n da ncelenmesi Suretiyle Adil Yarg,lanma Hakk,n,n Türk Milletleraras, Usûl Hukuku Üzerindeki Etkileri, On ki Levha, stanbul, 2018.
- SPIELMANN, Dean: öRecognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions-Requirements Under the European Convention on Human Rights: An Overviewö, Cyprus Human Rights Law Review, Vol.1 No.1, 2012, s.4-24.
- ANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN F GANME E, nci: Milletleraras, Özel Hukuk, 6. Bas., Vedat, stanbul, 2018.
- TEK NALP, Gülören: Türk Yabanc,lar Hukuku, 8.Bas., Beta, stanbul, 2003.
- TEZGEL, Mehmet: Türk Hukukunda Yabanc, Bo anma Kararlar,n,n Tan,nmas, ve Tenfizi, Adalet, Ankara, 2012.
- TÜTÜNCÜBA I, U ur: Yabanc, Çeki mesiz Yarg, Kararlar,n,n Türk Hukukunda Tan,nmas,, Adalet, Ankara, 2014.