

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NA GÖRE YETKİ SÖZLEŞMESİ

JURISDICTION AGREEMENTS UNDER TURKISH CIVIL PROCEDURE LAW

İbrahim AŞIK*

Özet: 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu yetki sözleşmesi konusunda önemli değişiklikler getirmiştir. Yapılan en önemli değişiklik yetki sözleşmesi yapabilecek kişilerin sınırlanmasıdır. Buna göre, artık tacirler veya kamu tüzel kişileri yetki sözleşmesi yapabilecekler, bunların dışındaki kişiler yetki sözleşmesi yapamayacaklardır. İşte inceleme konumuz yetki sözleşmesi ve özellikle bu konuda getirilen yeniliklerdir.

Anahtar Kelimeler: Yetki sözleşmesi, usûl sözleşmesi, yetkisiz mahkeme, yetkili mahkeme, yetki sözleşmesine ilişkin değişiklikler.

Abstract: The Law on Civil Procedure no. 6100, which came into force on 1 October 2011, comprises significant amendments into the existing provisions of the Law, with regard especially to the “jurisdiction agreements”. The most important amendment is the one which concerns to the restriction of the persons who may be permitted to perform such agreements. Accordingly, the merchants and the public legal entities are only those who may be allowed to create “jurisdiction agreement”, and no others will be permitted to do so. In this article, we will try to analyze the “jurisdiction agreements” as well as the novelties that the new law will bring about into the existing system.

Key Words: Jurisdiction agreement, procedure agreement, the court having no jurisdiction, the court having the jurisdiction, amendments to the jurisdiction agreements.

GİRİŞ

Bu çalışmada özellikle 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yetki sözleşmesine ilişkin getirdiği yenilikler üzerinde durulacaktır.

* Yrd. Doç. Dr., Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Kural olarak mahkemelerin yetkisi kanunla düzenlenir (Anayasa m.142; HMK m.5). Kanunla getirilen yetki kurallarındaki amaç, her hukukî uyuşmazlığı hukukî uyuşmazlıkların konusu ve tarafların menfaatleri itibariyle uygun olan yerdeki mahkeme önüne getirmektir. Kanunî yetkiye ilişkin hüküm, sadece düzenleyici bir hüküm değildir. Yetki kuralları, daha ziyade ilgili menfaatlerin korunmasına yönelik olarak ve dava konusu da dikkate alınarak getirilir¹. Ancak somut bütün olaylarda tarafların bu konudaki menfaatlerini dikkate alacak şekilde yetki kuralları öngörmek mümkün değildir². İşte bu nedenle taraflar, bazı durumlarda kanunla getirilmiş olan yetki kurallarında değişiklik yapmak isteyebilir.

Yetki sözleşmesi, tarafların belirli veya belirlenebilir bir uyuşmazlıkta kanunen yetkisiz olan bir veya birden fazla mahkemeyi yetkili kılmak için yaptıkları sözleşmedir³. Yetki sözleşmesi, belirli bir hukukî ilişkiyle ilgili uyuşmazlıkta, belirli bir mahkemenin yetkilendirilmesi veya yetkisinin kaldırılması için taraflarca yapılan bir sözleşmedir⁴.

1. HUKUK USÛLÜ MUHAKEMELERİ KANUNU'NDAN HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NA YETKİ SÖZLEŞMESİ

Burada yetki sözleşmesi ile ilgili düzenlemedeki değişikliklere işaret edeceğiz. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenleme ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın ilk şeklindeki düzenleme ve nihaî olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenlemeye genel bir bakış yapacağız.

A. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndaki Düzenleme

Yetki sözleşmesi, 01.11.2011 tarihinde yürürlükten kalkan HUMK'nun 22. maddesinde düzenlenmişti. Bahsi geçen hüküm şu şekildedir:

¹ Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung Band I, Tübingen 2003, s.670.

² Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000, s.210.

³ Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü C:I, İstanbul 2001, s.555; Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku 11.Bası, Ankara 2011, s.127; Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, 22.Baskı, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2011, s.158.

⁴ Prütting, Hans/Gehrlein, Markus, ZPO Kommentar, Luchterhand 2010, s.166.

“Mahkemenin salahiyeti intizamı amme esasına binaen tayin edilmemiş olan hallerde iki taraf bir veya mütaaddit muayyen hususa mütaallik ihtilaflarının salahiyettar olmıyan mahal mahkemesinde görülmesini tahriren mukavele edebilirler. Bu halde işbu mahal mahkemesi o davaya bakmaktan imtina edemez.”

Görüleceği üzere bu düzenleme ile Kanun, taraflara oldukça geniş bir sözleşme serbestisi tanımıştı. Bu hükümlerle bazı sınırlamalar getirilmiş, bunun dışında yetki sözleşmesi yapma serbestliği tanınmıştı. Sınırlamalardan en önemlisi mahkemenin yetkisinin kamu düzenine ilişkin olmamasıydı. Bir diğer ifadeyle kamu düzenine ilişkin yetki hallerinde yetki sözleşmesi yapılamamasıydı. Bunun yanında yetki sözleşmesinin yazılı olarak yapılması, uyuşmazlığın belirli veya belirlenebilir olması ve yetkili kılınan mahkemenin belirli olması gerekmektedir.

B. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’ndaki ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki Düzenleme

Komisyon tarafından hazırlanarak Adalet Bakanlığı’na sunulan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın ilk şeklinde yetki sözleşmesi 22-23-24. maddelerde düzenlenmekteydi. Bu düzenlemeler şu şekildeydi:

Madde 22- Tacirler veya kamu tüzel kişileri arasındaki yetki sözleşmesi

(1) Tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dava sadece sözleşmeyle belirlenen bu mahkemelerde açılır.

Madde 23-Diğer kişiler arasındaki yetki sözleşmesi

(1) Tacirler ile kamu tüzel kişileri dışındaki diğer kişiler, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, kanunen yetkili kılınan genel ve özel yetkili mahkemeler yanında başka bir mahkemeyi de yetkili kılabilirler.

Madde 24- Yetki sözleşmesinin geçerlilik şartları

(1) Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konular ile kesin yetki hallerinde, yetki sözleşmesi yapılamaz.

(2) Yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması ve yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin gösterilmesi şarttır⁵.

⁵ Tasarının ilk şeklindeki bu madde metinleri için bkz.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Adalet Bakanlığı, Ankara 2006.

Tasarıdaki bu düzenleme, öncelikle tacirler veya kamu tüzel kişileri arasındaki yetki sözleşmesi ile diğer kişiler arasındaki yetki sözleşmesi şeklinde bir ayırım yapmıştır. Buna göre, tacirler veya kamu tüzel kişileri arasında yapılan yetki sözleşmesiyle birden fazla mahkemenin yetkili kılınabileceği öngörülmüş ve aynı zamanda aksi belirtilmediği müddetçe yetki sözleşmesinde gösterilen mahkemelerin yetkisi münhasır yetki kabul edilmişti. Buna karşılık tacir olmayan kişilerin yaptığı yetki sözleşmesi ile genel ve özel yetkili mahkemelerin yetkisinin ortadan kaldırılması mümkün değildi (bu kişilere münhasır yetki sözleşmesi yapma imkânı tanınmamıştı) ve bu kişiler yetki sözleşmesiyle birden fazla mahkemeyi yetkili kılamayacaklardı. Tasarının 22 ve 23. maddelerindeki düzenlemelerden tacir veya kamu tüzel kişisi olmayanların tacirlerle veya kamu tüzel kişileriyle yetki sözleşmesi yapamayacakları sonucuna ulaşılmaktaydı. Ancak 23. maddenin gerekçesindeki “*Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, bir tacir veya kamu tüzel kişisi ile tacir olmayan bir gerçek veya tüzel kişi, örneğin bir gerçek kişi tüketicisi, aralarında yetki sözleşmesi yapmak istedikleri takdirde, yapılacak yetki sözleşmesi, münhasır olmayan yetki sözleşmesi şeklinde olabilecektir.*”⁶ ifadesi bazı tereddütlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur⁷.

Daha sonra 16.04.2008 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na gönderilen HMK Tasarısı'nda, 22. maddenin başlığı “*yetki sözleşmesi*” olarak değiştirilmiş, madde içeriği aynı kalmıştır. Ancak yetki sözleşmesiyle ilgili en önemli değişiklik ilk Tasarı'daki “*diğer kişiler arasındaki yetki sözleşmesi*” başlığını taşıyan 23. maddenin tasarıdan

⁶ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı 23.madde gerekçesi, s.166.

⁷ Alangoya, Yavuz, Medenî Usûlün Amacı ve Sosyal Karakteri Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V*, Ankara 2006, s.36-37; Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme, *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V*, Ankara 2006, s.64; Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı, *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V*, Ankara 2006, s.89-90; Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Tasarısıyla Şimdiki HUMK Kurallarına Getirilmek İstenen Değişikliklerin Başlıcaları, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 2007/68, s.323; Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, Kamil/ Deren-Yıldırım, Nevhis, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Önerileri, İstanbul 2006, s.25-26; Tercan, Erdal, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi, Dördüncü Oturum, Tartışmalar ve Genel Değerlendirme, *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V*, Ankara 2006, s.264-265.

çıkartılması olmuştur. Ayrıca 22. maddenin gerekçesinde tereddütlere sebep olan ifadeler çıkarılmış ve tacirler veya kamu tüzel kişileri dışındaki diğer kişilerin kendi aralarında yetki sözleşmesi yapamayacakları belirtilmiştir⁸. İlk Tasarı'daki "yetki sözleşmesinin geçerlilik şartları" başlığını taşıyan 24. madde başlığıyla birlikte aynı kalmıştır. Sadece madde teselsülü sebebiyle yeni madde numarası 23 olmuştur⁹.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'ndaki görüşmelerde bu maddelerde bir değişiklik yapılmamış ve aynı şekliyle yasalaşmıştır. Ancak Tasarı'da bu maddelerden önce gelen maddelerden bazıları çıkarıldığı ve maddeler teselsül ettirildiğinden madde numaraları 17 ve 18 olmuştur.

I. HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU İLE GETİRİLEN DÜZENLEMENİN AMACI

Yetki sözleşmesiyle taraflar, aslında yetkili olmayan bir mahkemeyi yetkili kılarak o mahkemede dava açabilme imkânına sahip olmaktadır. Taraflar çoğu zaman böyle bir sözleşmeyi kendileri için daha uygun bir yer mahkemesinde dava açabilmek için yapar. Her ne kadar yetki kuralları düzenlenirken tarafların menfaatleri dikkate alınsa da¹⁰ kanundaki bu düzenlemeler bazen tarafların ihtiyacına cevap veremeyebilir veya taraflar kendileri için daha uygun bir yer mahkemesinde dava açmak isteyebilirler. İşte bu durumlarda taraflara yetki sözleşmesi yapabilme imkanı verilmiştir. Ancak zaman içinde yetki sözleşmesi yapmakta tarafların bu kadar geniş bir serbestiye sahip olması hukukî ilişkinin zayıf tarafının aleyhine işleyen bir durum haline gelmiştir¹¹. Yetki sözleşmesi, sözleşmenin güçlü tarafının, güçsüz tarafa yetkisiz bir mahkemeyi, yetkili kabul ettirmesi sonucunu doğurmuştur. Bu ise yetki sözleşmesini, güçlü konumda olanın istediği yerde dava açabil-

⁸ "Ayrıca bu kapsamda belirtmek gerekir ki, tacirler veya kamu tüzel kişileri dışındaki diğer kimselerin, kendi aralarında yetki sözleşmesi yapmaları da kabul edilmemiştir." (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Adalet Bakanlığı, Ankara 2008, s.157).

⁹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Adalet Bakanlığı, Ankara 2008, s.7.

¹⁰ Stein/Jonas, s.670.

¹¹ Özellikle tüketicinin korunması bakımından bu husus eleştirilmiş ve yapılacak kanun açısından, yetki sözleşmesi yapılmasının tüketicinin korunmasıyla ilgili uyumsuzluklarda mümkün olmaması gerektiği belirtilmiştir. (Pekcanıtez, Hakan, Tüketici Mahkemeleri, *İstanbul Barosu Dergisi* 1996/4-5-6, s.148).

me imkânını veren bir araç haline getirmiştir¹². Bu nedenle bazı yazarlarca Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndaki yetki sözleşmesiyle ilgili düzenlemenin dar yorumlanması yoluna gidilmiştir¹³. İşte belirtilen bu sakıncalar dikkate alınarak yapılan yeni düzenlemede, özellikle zayıf konumda olan tarafın korunması amacı açık bir şekilde görülmektedir. Nitekim bu husus gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun genel gerekçesinde¹⁴ gerekse madde gerekçesinde¹⁵ belirtilmiştir.

Benzer bir değişim Alman hukukunda da yaşanmıştır. Alman Medenî Usûl Kanunu'nu değiştirmeye yönelik 21.3.1974 tarihli Kanun¹⁶, 38-40. maddeleri yeniden ele almıştır. Bu değişiklik ile aslın-

¹² Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 9.Bası, Ankara 2010, s.131.

¹³ Dar yorum bakımından özellikle iki husus karşımıza çıkmaktadır: Birincisi olumsuz yetki sözleşmesi, ikincisi birden fazla mahkemenin yetkili kılınması. Tarafların yetkisiz bir mahkemeyi yetkili kılacakları, ancak HUMK' da açık bir dayanak olmamakla birlikte, yetkili mahkemelerin yetkisini ortadan kaldıramayacakları, bir diğer ifadeyle olumsuz yetki sözleşmesi yapamayacakları kabul edilmekteydi. (Kuru, C:I, s.565; Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2010, s.181; Bilge, Necip/Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s.201, 203; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 9.Bası, s.129; Anaral, Hüseyin, Yetki Sözleşmesi, *Adalet Dergisi* 1977/1-2, s.124). Postacıoğlu ise davalının yerleşim yeri mahkemesinin yetkisini kaldıran yetki sözleşmesinin geçersiz olacağı görüşüne katılmakla birlikte, tarafların iradelerini açıkça ortaya koyarak diğer özel yetki kurallarıyla yetkili kılınan mahkemelerin yetkisini kaldırabileceklerini kabul etmektedir (Postacıoğlu, İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s.162). Birden fazla mahkemenin yetkili kılınması hususunda ise, yine kanunda (HUMK) açık bir dayanak olmamakla birlikte, HUMK 22.maddedeki tekil ifadeden hareketle birden fazla mahkemenin yetkisinin kabul edilemeyeceği ifade edilmekteydi (Kuru, C:I, s.563; Kuru/Arslan/Yılmaz, 21.Baskı, s.181; Anaral, s.123). Bu konuda bir başka gerekçe olarak, yetki sözleşmesi ile güçlü olanın güçsüz olana yetkisiz bir mahkemeyi yetkili olarak kabul ettirmesi ve dava açması gerektiğinde istediği yerde dava açabilmesi olanağı sağlaması ileri sürülerek, dar yorum yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmakta ve birden fazla mahkemenin yetkili kılınamayacağı belirtilmekteydi (Pekcanitez/Atalay/Özekes, 9.Bası, s.131).

¹⁴ "...Yetki sözleşmelerinin sadece tacirler veya kamu tüzel kişileri arasında yapılması kabul edilmiştir. Çünkü yetki sözleşmeleri ile genellikle güçlü olan taraf, yetkili olmayan ve dilediği bir mahkemeyi yetkili kılabilir. Usûl hukukunun sosyal yönü güçsüz olan kişileri yargılama sırasında korumayı gerektirmektedir." (Budak, Ali Cem, Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, İstanbul 2011, s.11-12).

¹⁵ "...Tacirler veya kamu tüzel kişileri, diğer bir gerçek kişiye göre, daha güçlü konumda bulunmaktadır. Daha zayıf konumda olan kimselerin daha güçlü olan tacir veya kamu tüzel kişilerine karşı, korunma ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Özellikle iltihaki sözleşmelerle bu durum daha da belirginleşmektedir. Tüketiciler, satıcı veya hizmet sunucu şirketlere karşı, hiçbir pazarlık şansı olmaksızın, sadece kendilerine uzatılan sözleşmeye imza atarak, şirket veya kamu tüzel kişisi tarafından konulan şartları, bu arada, yetki şartını da kabul etmek zorunda kalmaktadırlar." (Budak, s.48).

¹⁶ Mahkemelerin Yetkisine İlişkin Değişiklik Yasası (Gerichtsstandsnovelle).

da yetkisiz olan ilk derece mahkemesini yetkilendirme özgürlüğüne dair eski temel hüküm yerine, yetki sözleşmesine sadece özel şartlar altında izin veren bir hüküm getirilmiştir¹⁷. Eski metin ile karşılaştırıldığında yeni düzenleme yetki sözleşmesi yapma imkânını önemli ölçüde sınırlandırmıştır¹⁸. Hatta bazı yazarlar tarafından, kural olarak yetki sözleşmesi yapılmasının yasaklandığı kabul edilmektedir¹⁹. Bu düzenlemenin temel gerekçesi, kanunla verilen sözleşme özgürlüğünün önemli ölçüde kötüye kullanılması olmuştur. Genel işlem şartları veya tip sözleşme içinde yer verilen ve sözleşmenin bir parçası olan yetki şartları, genellikle ekonomik olarak daha zayıf konumda olan tarafın haklarının ihlâli sonucunu doğurmuştur²⁰. Davalı bakımından kendi yerleşim yeri mahkemesinde davayı yürütmesi ile yetki sözleşmesiyle yetkili kılınan mahkemeye gitmek ve bunun masraflarına katlanmak zorunda kalması önemli zorluklar ortaya çıkarmaktadır. İşte bunları dikkate alan Alman kanun koyucusu tarafların yetki sözleşmesi yapma özgürlüğünü önemli ölçüde sınırlandırmıştır²¹. Kanun koyucunun yetki sözleşmesi yapma özgürlüğünden ayrılması bilinçli bir tercih olmuştur. Çünkü kanun koyucu yetki sözleşmesinde tarafların, bunun sonuçları ve menfaatlerini koruyabilme konusunda aynı düzeyde bilinçli olmadıkları görüşündedir. Bu nedenle kanun koyucu, bu hususun tarafların serbest iradesine bırakılmasına izin vermemiştir²².

İsviçre hukukunda, yetki sözleşmesi, Medenî Usûl Kanunu'nun²³ 17. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, kanun aksini öngörmediği müddetçe taraflar, belirli bir hukukî ilişkiden kaynaklanan, mevcut veya ileride ortaya çıkabilecek bir uyuşmazlıkta bir mahkemenin yetkisini kararlaştırabilirler. Sözleşmeden aksi anlaşılmadığı takdirde dava ancak sözleşmede belirtilen yer mahkemesinde açılabilir. Sözleşmenin, yazılı veya yazılı bir başka metinle ispat edilebilecek şekilde

¹⁷ Stein/Jonas, s.670.

¹⁸ Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht, München 2010, s.183.

¹⁹ Prütting/Gehrlein, s.166; Thomas, Heinz/Putzo, Hans, Zivilprozessordnung Kommentar, München 2007, s.72; Stein/Jonas, s.670.

²⁰ Arens, Peter/Lüke, Wolfgang, Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren Zwangsvollstreckung, München 1992, s.66.

²¹ Arens/Lüke, s.66-67.

²² Prütting/Gehrlein, s.166.

²³ Schweizerische Zivilprozessordnung

olması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca İsviçre hukukunda, Medenî Yargılamada Yetkiye Dair Federal Kanun'un²⁴ 9. maddesinde buna paralel bir düzenleme getirilmiştir. Ancak bahsi geçen hükümde yazılılık açısından daha ayrıntılı bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, yazılı bir metinle ispat edilmek şartıyla teleks, faks veya elektronik posta vasıtasıyla yapılan işlemlerde de yazılı şekil şartının gerçekleştiği kabul edilmektedir.

İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun 18.maddesine göre ise, davalı tarafın yetki itirazında bulunmaksızın esasa cevap vermesi durumunda davanın açıldığı mahkeme yetkili hale gelecektir.

Görüldüğü üzere İsviçre hukukunda sözleşmenin tarafları bakımından bir sınırlama getirilmemiştir. İsviçre hukukunda, yetki sözleşmesi açısından getirilen en önemli sınırlama kanunun aksini öngördüğü, bir başka ifadeyle kesin yetki kuralı getirdiği hallerdir²⁵. Bunun yanında uyuşmazlığın belirli veya belirlenebilir nitelikte olması gerekmektedir.

II. YETKİ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Bir sözleşmenin geçerliliği ve etkileri konusunda değerlendirme yapabilmek için, öncelikle o sözleşmenin hangi alana dâhil olduğunun tespit edilmesi gerekir. Bu tespit yapılmadan sözleşmeye uygulanacak kuralların belirlenmesi mümkün olmayacaktır²⁶. Bu tespit yapılabilmesi için sözleşmenin hukukî niteliğinin belirlenmesi gerekir. Bir sözleşmenin hukukî niteliğini tespit etmeksizin bu sözleşmenin çerçevesini, etkilerini, geçerliliğini ve bu sözleşmeye hangi hukuk kurallarının uygulanacağını belirlemek mümkün değildir²⁷.

Yetki sözleşmesinin hukukî niteliği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, yetki sözleşmesi özel hukuk işlemidir. Bir diğer ifadeyle yetki sözleşmesi maddî hukuk karakterli bir sözleş-

²⁴ Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen

²⁵ Bu konuda bkz.: Bolayır, s.81 vd.

²⁶ Gaul, Friedhelm, Zulaessigkeit und Geltendmachung vertraglicher Vollstreckungsbeschränkung –BGH, NJW 1968 700-, JuS 1971/7, s.347.

²⁷ Schiedermaier, Gerhard, Vereinbarungen im Zivilprozess, Bonn 1935, s.22, 35; Gaul, s.347.

medir. Dolayısıyla Borçlar Kanunu'nun sözleşmeyle ilgili hükümleri yetki sözleşmesi için de uygulanacaktır²⁸. Postacıoğlu, bu görüşün haklılığını belirtmekte ve yetki sözleşmelerinin borçlar hukukuna dâhil ve borçlar hukuku hükümlerine tâbi olduğunu kabul etmektedir²⁹. Bir diğer görüşe göre, yetki sözleşmesi geçerliliği bakımından bir usûl hukuku işlemi olmakla birlikte, hukukî niteliği bakımından ise maddî hukuk sözleşmesidir³⁰.

Diğer görüş ise yetki sözleşmesini usûlî bir işlem olarak kabul etmektedir. Buna göre yetki sözleşmeleri, kuruluşu, geçerliliği, hüküm ve sonuçları bakımından usûlî bir işlemdir. İster ayrı bir sözleşme olarak yapılsın isterse maddî hukuk ilişkisini düzenleyen sözleşmede bir yetki şartı olarak yer alsın fark etmez. Çünkü yetki sözleşmesinde taraflar arasındaki maddî hukuk ilişkisine etkisi olan, onu değiştiren bir husus söz konusu değildir. Bu nedenle yetki sözleşmesi, kuruluşu ve sonuçları bakımından usûl hukuku hükümlerine tâbi olan³¹, usûl hukuku alanında geçerli olan usûl hukuku muameleleridir³².

Yetki sözleşmesiyle aslında yetkisiz olan bir mahkeme, yetkili hale getirilmektedir. Bu nedenle sözleşmenin geçerliliğini ve etkilerini usûl hukuku kuralları belirler. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda sözleşmenin şekli dışında sözleşmenin kuruluşuna ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir. Bu nedenle bünyesine aykırı düşmediği müddetçe maddî hukuk kuralları, kanunlar ihtilafı kurallarıyla birlikte uygulanabilecektir³³. Yetki sözleşmesi maddî hukuka ilişkin bir hukukî sonuca yönelmemektedir. Yetki sözleşmesinin dava dışında ve davadan bağımsız olarak anlam ifade edebilen bir hukukî etkiye yönelmiş olmaması belirleyicidir. Yetki sözleşmesiyle sürece ilişkin münhasır bir başarıya (bir mahkemenin yetkili kılınması veya yetkisinin ortadan kaldırılması) ulaşılmak istenmektedir. Sözleşme, taraflar için belli bir

²⁸ Üstündağ, Saim, Medeni Usul Hukukunda Salahiyet Anlaşmaları, Makaleler, İctihat Tahlilleri ve Çeviriler, Ankara 2010, s.16.

²⁹ Postacıoğlu, s.160 dn.13.

³⁰ Bilge/Önen, s.201.

³¹ Kalpsüz, Turgut, Salahiyet Mukavelesi, *Jurisdictio Kazai İctihatlar* 1956/1, s.79.

³² Kuru, C:I, s.555; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.128; Anaral, s.120-121; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.158; Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009, s.106; Karlı, Abdurrahim, Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler, İstanbul 2001, s.237; Bolayır, Nur, Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, İstanbul 2009, s.47.

³³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.183.

mahkeme önünde dava açma ya da açmama şeklinde bir yükümlülük getirmemekte, aksine bu mahkemenin yetkili olması ya da yetkisiz olması sonucuna götürmektedir³⁴.

Günümüzde hâkim olan anlayışa göre, bir sözleşmenin hukukî niteliğinin belirlenmesi için sözleşmenin aslî ve doğrudan etkilerini meydana getirdiği alan esas alınmalıdır³⁵. Sözleşmelerin etkilerini meydana getirdiği alana bakmaksızın, sözleşmelerin hukukî niteliğinin belirlenmesi yanıltıcı olacaktır³⁶. Zira, ancak sözleşmeyle ortaya çıkması hedeflenen etkiler sözleşmenin hukukî niteliği hakkında belirleyici olabilir³⁷. Sözleşmenin etkileri, usûl hukuku alanında meydana geliyorsa usûl sözleşmesinin; sözleşme maddî hukuk etkileri doğuruyorsa, maddî hukuk sözleşmesinin varlığından bahsedilecektir³⁸. Hem maddî hukuk alanında hem de usûl hukuku alanında etkilerini gösteren sözleşmelerde, sözleşmenin asıl etkilerini doğrudan doğruya hangi alanda meydana getirdiği önemli olacaktır. Yoksa sözleşmenin asıl etkileri dışında ortaya çıkan yan etkiler hukukî niteliğin belirlenmesinde ölçüt olamayacaktır³⁹.

Kanaatimizce yetki sözleşmesi aslî ve doğrudan etkilerini usûl hukuku alanında meydana getirdiğinden usûl hukuku karakterli sözleşmelerdir. Usûl hukuku alanında düzenleme olmaması sebebiyle maddî hukuk kurallarının yetki sözleşmesine uygulanması mümkün olabilir. Ancak bu, yetki sözleşmesinin maddî hukuk sözleşmesi olduğu anlamına gelmez⁴⁰. Ancak bu sözleşmelere Borçlar Kanunu hü-

³⁴ Stein/Jonas, s.687.

³⁵ Schiedermaier, s.33; Hellwig, Hans-Jürgen, Zur Systematik des zivilprozessrechtlichen Vertrages, Bonn 1968, s.40. Rinck, Ursula, Parteivereinbarungen in der Zwangsvollstreckung aus dogmatischer Sicht, Diss., Frankfurt am Main 1996, s.43; Bohn, Karlheinz, Vollstreckungsausschliessende Verträge, Diss., Frankfurt 1955, Diss., s.42; Alangoya, Yavuz, Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973, s.40-41; Taşpınar, Sema, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s.73; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.419; Brox, Hans/Walker, Wolf-D, Zwangsvollstreckungsrecht Köln 1996, s.126; Schilken, Eberhard, Anmerkung zu BGH JR 1992/7, s.283; Stein/Jonas, s.687.

³⁶ Schiedermaier, s.33; Bohn, s.21; Rinck, s.43.

³⁷ Hellwig, s.40.

³⁸ Schiedermaier, s.39.

³⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.179; Hellwig, s.41; Schiedermaier, s.37; Bohn, s.15.

⁴⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, usûl sözleşmelerini, gerçek usûl sözleşmeleri, usûl hukukuna ilişkin yan etkisi bulunan maddî hukuk sözleşmeleri ve karma sözleşmeler olmak üzere üçe ayırmaktadır. (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.181).

kümleri kıyasen uygulanabilecektir. Ancak kesin ve bağlayıcı bir usûlî durum ortaya çıkmışsa, artık buna maddî hukuk hükümleri uygulanamayacaktır. Örneğin yetki sözleşmesi ancak süresinde yetki itirazında bulunulursa incelenebilecektir⁴¹.

III. YETKİ SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

Yetki sözleşmesinin geçerli bir şekilde yapılabilmesi için kanun bazı sınırlamalar getirmiştir. Bu sınırlamalardan birincisi sözleşmenin tarafları bakımından getirilmiştir. Bu sınırlama, özellikle sözleşmede zayıf konumda olduğu düşünülen tarafı korumak amacıyla getirilmiş, hatta bu kişiler bakımından yetki sözleşmesi yapma imkânı kaldırılmıştır (m.17). Kanun bir diğer sınırlamayı yetki sözleşmesinin konusu ve kesin yetki halleri bakımından getirmiştir. Bunun yanında yetki sözleşmesinin yazılı olarak yapılması, hukukî ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması, yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin gösterilmesi gerekmektedir (m.18).

A. Sözleşmenin tarafları açısından getirilen sınırlama

Yeni getirilen düzenleme ile Kanun, herkese yetki sözleşmesi yapabilme imkânı vermemiştir. Bu düzenlemeye göre, tacirler veya kamu tüzel kişileri aralarında yetki sözleşmesi yapabilecektir (m.17). Madde metninde yetki sözleşmesi yapabilecek kişiler belirtilmiştir. Bu maddenin mefhumu muhalifinden maddede belirtilen kişilerin dışındaki kişilerin yetki sözleşmesi yapamayacakları anlaşılmaktadır. Ayrıca gerek Kanunun genel gerekçesinde gerekse madde gerekçesinde tacir veya kamu tüzel kişisi olmayanlar bakımından yetki sözleşmesi yapabilme olanağının kaldırıldığı açıkça ifade edilmiştir. Bunun yanında tereddütlere yer vermemek için madde gerekçesinde, tacirler veya kamu tüzel kişileri ile bu nitelikte olmayan kimselerin yetki sözleşmesi yapamayacakları, bu kişilerin dışındaki diğer kimselerin kendi aralarında da yetki sözleşmesi yapamayacakları açıkça ifade edilmiştir⁴².

Bu düzenlemeyle tacirler veya kamu tüzel kişileri karşısında tüketicilerin korunması hedeflenmiştir. Örneğin, bir banka veya sigor-

⁴¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.182.

⁴² Gerekçeler için bkz.: Budak, s.12, 48.

ta şirketi karşısında hizmet alan kişi güçsüz konumdadır. Böyle bir hukukî ilişkide tüketicinin sözleşmenin hükümlerini karşılıklı görüşme yoluyla belirlemesi mümkün değildir. Bu kişi, sadece hazırlanmış sözleşmeyi kabul etmek veya etmemek arasında bir tercihte bulunabilecektir. Bu güne kadar çoğu zaman genel işlem şartları içeren sözleşmenin içinde yetki şartı da yer almaktaydı. Tüketici, çoğu zaman böyle bir sözleşmeyi imzalamakla aslında bir mahkemenin yetkisini kabul ettiğinin farkında bile olmuyordu. Uyuşmazlık çıktığında ise davacı, kendisi için daha elverişli yerdeki mahkemede, ancak belki de davalı için elverişli olmayan (ulaşım, konaklama vs.) bir yerdeki mahkemede dava açabilmekteydi. Bu durumlarda zayıf konumda olan kişilerin güçlü tarafa karşı korunması amacıyla böyle bir düzenleme getirilmiştir⁴³. Tacirler, özellikle bankalar ve sigorta şirketleri gibi kuruluşlar tüketici karşısında ekonomik olarak daha güçlüdür. Kamu tüzel kişileri ise, kamusal otoriteyi kullanmaları sebebiyle sözleşmenin diğer tarafı karşısında güçlü konumdadır. İşte kanun koyucu bu güç dengesizliğini dikkate alarak zayıf konumda olan tarafı korumak amacıyla yetki sözleşmesi yapabilecek kişilerde sınırlama getirmiştir.

Buna karşılık tacirler veya kamu tüzel kişilerinin aralarında yaptıkları sözleşmede yetkilendirmenin anlamını doğru bir şekilde tahmin etmek ve bunu duruma göre reddetmek için yeterli derecede ticarî basirete ve hukuk tecrübesine sahip oldukları, ayrıca bu kişilerin uzak bir mahkeme yerinde de haklarını savunmaya muktedir oldukları kabul edilmiştir⁴⁴. Bu kişilerin kendi aralarında eşit konumda oldukları ve kendi menfaatlerini koruyabilecekleri varsayılmıştır⁴⁵. Kanun koyucu korunmaya ihtiyacı olduğunu varsaydığı kişiler açısından bir sınırlama getirmiş, tacirler veya kamu tüzel kişileri için ise böyle bir koruma hükmüne gerek görmemiştir⁴⁶. Ancak sözleşmenin tarafları tacir ya da kamu tüzel kişisi değilse ticarî basirete veya hukuk bilgisine (örneğin avukat, noter, muhasebeci) sahip olsa bile yetki sözleşmesi yapamaz⁴⁷.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kişi bakımından getirdiği sınırlama, özel hukukun ruhuna ve sözleşme serbestisi ilkesine aykırı

⁴³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.128.

⁴⁴ Stein/Jonas, s.671.

⁴⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.128.

⁴⁶ Stein/Jonas, s.670.

⁴⁷ Stein/Jonas, s.671.

olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Borçlar Kanunu 19. maddedeki sınırlamalara işaret edilerek kamu düzenine ilişkin olmayan yetki kurallarının varlığı halinde sadece gerçek kişileri tacir olmayanlar karşısında korumak gayesiyle getirilen sınırlamanın bu kanunun amacını aştığı ileri sürülmüştür⁴⁸.

Kanaatimizce sözleşme serbestisi ilkesinden hareketle bu sınırlamanın doğru olmadığını söylemek mümkün değildir. Zira, farklı hukuk disiplinlerinde çeşitli sebeplerle farklı sınırlamalar getirilmesi mümkündür. Bu sınırlamalar o hukuk alanının kendine özgü yapısından kaynaklanmaktadır. Özellikle burada borçlar hukuku alanındaki sınırlamalara atıf yapılması doğru değildir. Zira, borçlar hukuku sözleşme özgürlüğüne en geniş şekilde izin verilen alandır. Borçlar hukuku dışındaki özel hukuk alanlarında, özellikle de aile ve miras hukuku alanında sözleşme özgürlüğüne önemli sınırlamalar getirilmiştir⁴⁹. Özel hukuk alanında ve sözleşme özgürlüğünün geniş bir şekilde uygulandığı medeni hukuk alanında bu şekilde sınırlandırmaların olması, usûl hukuku alanında sözleşme özgürlüğünün ileri sürüldüğü gibi geniş olamayacağını ortaya koymaktadır. Zira, bu alan devletin egemenlik tasarruflarının yoğun olarak görüldüğü, emredici kuralların daha sıklıkla karşılaşıldığı bir alandır⁵⁰. Yargılama hukuku ve takip hukuku, devletin kamusal otoritesinin egemen olduğu alanlardır ve bu alanlarda daha fazla sınırlamalar getirilmiştir⁵¹. Bir diğer açıdan kanaatimizce HMK yeni bir sistem getirirken kesin sınırlar çizmek suretiyle bu kurumun daha önceden olduğu gibi kötüye kullanıl-

⁴⁸ Aksoyoğlu, Necati, Görev ve Yetki, Hakimin Davaya Bakmaktan Yasak Olması ve Reddi, Hakimin Hukuki Sorumluluğu, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi*, 22-29 Mart 2008, İstanbul 2008, s.82.

⁴⁹ Örneğin evlenme ancak kanunda öngörülmüş olan şekle uyularak yapılabilir. Tarafların sözleşmeyle başka bir evlenme çeşidi veya şekli belirlemeleri mümkün değildir. (von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı C:1-2, Ankara 1983, s.243. -çev.:Cevat Edege-); Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler İstanbul 1995, s.18. Eşya hukukunda da tip serbestisi değil, kanunda belirtilen sözleşme tiplerine uyma mecburiyeti vardır. (Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2003, s.19; Sirmen, Lale, Eşya Hukuku Dersleri, Ankara 1995, s.34).

⁵⁰ İcra hukuku açısından bkz.: Aşık, İbrahim, İcra Sözleşmeleri, Ankara 2006, s.47.

⁵¹ Usûl hukuku taraflara sözleşme özgürlüğü bakımından daha dar bir çerçeveye sunmaktadır. Hatta bu hukuk alanında Kanunun taraflar sözleşme yapmak için izin veren açık hükümünün bulunmaması halinde asıl olanın tarafların bu konuda serbestçe bir sözleşme yapamayacak oldukları ileri sürülmüştür. (Üstündağ, Salahiyet, s.13).

masını önlemek istemiştir. Ancak kurumun yerleşmesinden sonra eşit konumda olduğu kabul edilen diğer gerçek kişiler ve tacir ya da kamu tüzel kişisi olmayan tüzel kişiler bakımından da yetki sözleşmesi yapma yolu açılabilir. Özellikle de bu konuda belirli sınırlamalar getirilmek suretiyle kötüye kullanma ihtimalleri de en aza indirilebilecektir.

Alman Medenî Usûl Kanunu da kişi bakımından bazı sınırlamalar getirmiştir. Buna göre, tacirler, kamu tüzel kişileri ve kamu hukukuna ilişkin özel mamelekler⁵² arasında yetki sözleşmesi yapılabilir (ZPO⁵³ § 38/I). Alman Medenî Usûl Kanunu 38. maddenin kişi bakımından getirdiği sınırlamalar emredici niteliktedir, kanun istisnaen 38. maddede belirtilen kişiler dışındaki kişilerin yetki sözleşmesi yapabilecekleri halleri 39. maddede belirtmiştir⁵⁴. Bir başka ifadeyle bizim kanunumuzdan farklı olarak Alman hukukunda tacir veya kamu tüzel kişilerinin dışındaki kişiler açısından yetki sözleşmesi yapma imkânı tamamen ortadan kaldırılmamıştır. Diğer kişilerin yetki sözleşmesi yapabilmeleri belirli şartlara bağlanmıştır. Bir diğer ifadeyle korumaya ihtiyacı olan kişilerin yapacağı sözleşmenin geçerliliği için özel şartlar aranmıştır⁵⁵. Taraflardan birisi için yurt içinde genel yetkili bir mahkemenin olmaması (ZPO § 38/II), yetki sözleşmesinin uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra yapılmış olması (ZPO § 38/III/1)⁵⁶ veya davalının, sözleşmenin yapılmasından sonra ikametgâhını ya da mutat meskenini bu kanunun geçerlilik

⁵² Öffentlichrechtliche Sonder-vermögen

⁵³ Zivilprozessordnung (Alman Medeni Usûl Kanunu).

⁵⁴ Thomas/Putzo, s.72.

⁵⁵ Stein/Jonas, s.670; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.184.

⁵⁶ ZPO § 38/III/1, uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra tarafların, anlaşmanın kapsamı hakkında genel itibariyle bilinçli olacakları ve bir tarafın aşırı şekilde menfaat temininden artık korkmaya gerek olmadığı şeklindeki değerlendirme nedeniyle uyuşmazlığın çıkmasından sonra yetki sözleşmesi yapmaya izin vermektedir. Bu noktada dava açılma tehlikesiyle karşı karşıya olmak veya yakın bir gelecekte dava açmaya niyet edilmiş olması gerekli değildir. Sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, yetki sözleşmesi hâlihazırda kendiliğinden sözleşme içinde yapılmış kabul edilemez, "hâlihazırda belli sorunlar üzerinde uyuşmazlık olduğu" gerekçesiyle dahi bu mümkün değildir. ZPO § 38/III/1, daha sonradan ortaya çıkan uyuşmazlıklarla sınırlandırılmalıdır, çünkü aksi halde yetki sözleşmesi yasağı çok kolay bir şekilde bertaraf edilebilir. Uyuşmazlık durumunda yetki sözleşmesinin anı kanıtlanmalıdır. Yetki sözleşmesine tarih atılması ve ortaya çıkan olaya değinilmesi bu nedenle tavsiye edilmektedir, fakat geçerlilik şartı değildir. Bir davanın yetkili mahkemede açılmasından sonra ZPO § 38/III/1 uyarınca bir yetki anlaşması ile yetkili mahkemenin yetkisi ortadan kaldırılamaz. ZPO 261/III/2 buna engel olur (Stein/Jonas, s.684).

alanı dışına taşınması ya da ikametgâhının yahut mutata meskeninin dava açılması anında belli olmaması (ZPO § 38/III/2)⁵⁷ hallerinde diğer kişiler için de yetki sözleşmesi yapılmasına izin verilmiştir⁵⁸. Bu durumda gerek gerçek kişiler gerekse tüzel kişiler tacir ya da kamu tüzel kişisi olup olmadığına bakılmaksızın yetki sözleşmesi yapılabilirler⁵⁹.

Alman hukukunda 38. maddenin birinci fıkrasının tacirler için özel bir düzenleme getirdiği, ikinci ve üçüncü fıkraların ise bu kişilerin dışındaki kişiler için getirilen bir hüküm olması nedeniyle tacirler veya kamu tüzel kişileri için uygulanmayacağı kabul edilmektedir. Bu nedenle birinci fıkroda belirtilen kişiler ikinci ve üçüncü fıkralarda getirilen sınırlamalara tabi olmaksızın yetki sözleşmesi yapılabilir⁶⁰.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenlemeye göre, tacir veya kamu tüzel kişileri ticari olmayan, kişisel ilişkilerindeki uyumsuzluklarda da yetki sözleşmesi yapabileceklerdir. Çünkü kanun bu konuda bir sınırlama getirmemiştir. Örneğin tacir A, tacir B'den kendi kişisel kullanımı için bir buzdolabı alsın buna ilişkin uyumsuzluklarda

⁵⁷ ZPO § 38/III/2'deki birinci durum, davalı tarafın ikametgâhını veya mutata meskeni yürürlükteki ZPO'nun geçerlilik alanından çıkararak yurtdışına taşınması hali için yetki sözleşmelerine izin vermektedir. Burada kanun, karşı tarafın, davayı yurt dışında sürdürmek zorunda kalmaması hususundaki menfaatinin dikkate alınmaktadır. Bu durum diğerlerinin yanında misafir işçilerle olan hukukî işlemler için düşünülmüştür. İkametgâhın taşınması vb. sözleşmenin yapılmasından sonra gerçekleşmelidir. Bundan anlaşılması gereken maddî hukuk sözleşmesi değil, aksine yetki sözleşmesidir. İlgili tarafların dava açılma anına kadar tekrar federal cumhuriyete geri dönmeleri halinde, hükmün amacı uyarınca yetki sözleşmesi geçersizdir. ZPO § 38/III/2'deki ikinci durumda, madde lafzının tam açık olmasına rağmen, dava açılma anında davalının ikametgâhının veya mutata meskeninin bilinmemesini gerektirmektedir.

⁵⁸ Ayrıca kapıdan satış işlemleri için ZPO § 29c/III'te özel bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre taraflar 29c birinci fıkradaki yetkiden ayrılarak şu durumlarda yetki sözleşmesi yapılabilir: Tüketicinin, sözleşmenin yapılmasından sonra ikametgâhını ya da mutata meskenini bu kanunun geçerlilik alanı dışına taşınması veya ikametgâhının ya da mutata meskeninin dava açılması anında belli olmaması hallerinde. Bir diğer düzenleme Uzaktan Eğitime Katılanın Korunmasına İlişkin Kanun'un (Gesetz zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht) 26.maddesinde yer almaktadır. Bu maddenin ikinci fıkrasının ikinci bendine göre katılımcı sözleşmenin imzalanmasından sonra ikametgâhını ya da mutata meskenini bu kanunun geçerlilik alanı dışına taşınması veya ikametgâhının ya da mutata meskeninin dava açılması anında belli olmaması hallerinde yetki sözleşmesi yapılabilir.

⁵⁹ Thomas/Putzo, s.74.

⁶⁰ Stein/Jonas, s.675.

yetki sözleşmesi yapılabilecektir. Alman hukukunda da tacirlerin ticari olmayan işlerinde de yetki sözleşmesi yapabilecekleri kabul edilmektedir⁶¹.

Tacirler ile kamu tüzel kişileri kendi aralarında yetki sözleşmesi yapabilecekleri gibi, kanunda sayılan kişiler karşılıklı da yetki sözleşmesi yapabilirler. Bir başka ifadeyle bir tacir, kamu tüzel kişisiyle yetki sözleşmesi yapabilir⁶².

Kanunun belirttiği kişiler grubuna aidiyet yetki sözleşmesinin kurulma anında mevcut olmalıdır. Bu nedenle aidiyetin daha sonra ortadan kalkmasının herhangi bir önemi yoktur. Çünkü, yetki sözleşmesi sadece bu an için öngörülmemiştir. Bir diğer açıdan koruma kapsamındaki kişilerden birisinin sonradan koruma kapsamının dışına çıkması yetki sözleşmesini geçerli kılmaz. Örneğin, bir esnaf işletmesinin zaman içerisinde ticari işletme olması, tacir sıfatını kazanması ile ilk olarak geçersiz bir şekilde ortaya çıkan yetki sözleşmesi geçerli hale gelmez. Sözleşmedeki eksiklerin daha sonradan giderilmesi mümkün değildir, çünkü bu durum sözleşmenin kurulma anındaki korunma ihtiyacıyla ilgili herhangi bir şeyi değiştirmemektedir. Sözleşme her iki taraf için de geçersizdir, daha sonradan onay ihtimali mevcut olmamaktadır. Bu durumda taraflar yeni bir yetki sözleşmesi yapmalıdır⁶³.

Alman hukukunda tacir veya kamu tüzel kişileri dışındakiler için önemli bir sınırlama daha getirilmiştir. Buna göre ZPO § 38/1'de sayılan kişiler (tacirler, kamu tüzel kişileri ve kamu hukuku özel mameleki), sözleşmeyle ifa yerini belirleyerek bu şekilde yetkili mahkemeyi de tespit edebilirler. Ancak ZPO § 38/1'de sayılan kişiler dışındaki kişiler ifa yerini kararlaştırarak o yer mahkemesini yetkili kılamazlar (ZPO § 29/2)⁶⁴. Bir başka ifadeyle 38/1'de sayılan kişiler ifa yerini belirleyerek, ifa yeri mahkemesinde dava açma imkânını da elde etmiş olurlar. Buna karşılık ZPO 38/1'de sayılanların dışındaki kişiler ifa yerini BGB⁶⁵ 269'a göre belirleyebilirler. Ancak bununla ifa yeri mahkemesi yetkili hale gelmez. Bizim kanunumuzda ise böyle bir sınırlama geti-

⁶¹ Prütting/Gehrlein, s.168; Thomas/Putzo, s.73; Stein/Jonas, s.673.

⁶² Kuru/Arslan/Yılmaz, s.159; Umar, HMK Tasarısı, s.323; Thomas/Putzo, s.73.

⁶³ Stein/Jonas, s.673.

⁶⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.184.

⁶⁵ Bürgerliches Gesetzbuch (Medeni Kanun)

rilmemiştir. Buna göre taraflar, borcun ifa edileceği yeri kararlaştırarak (BK m.73) dolaylı bir şekilde (ifa yerini kararlaştırmakla) yetkili mahkemeyi de belirleyebileceklerdir. Çünkü sözleşmeden doğan davalar, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir (m.10). Bu nedenle yetkinin sözleşmeyle belirlenmesinde zayıf konumdakinin korunması amacının sadece yetki anlaşmaları bakımından ele alınması eksik olur. Maddî hukuk açısından ifa yerinin, mahkemenin yetkisini de belirlemesi zayıf konumdakinin korunması amacını etkisizleştirebilecektir⁶⁶.

Kanaatimizce bu durum yetki sözleşmesiyle ilgili yapılan temel değişiklikteki amaca aykırı düşmektedir. Çünkü sözleşmeden doğan davalarda taraflar bir sınırlamaya tabi olmaksızın dolaylı şekilde yetkili mahkemeyi belirleme imkânına sahip olabileceklerdir. Bu durumda sözleşmede güçlü konumda olan taraf kendi menfaati doğrultusunda ifa yerini belirleyerek yetkili mahkemeyi seçmeyi düşünebilecektir. Kanaatimizce bu husus kanun yapımı sırasında gözden kaçırılmış bir nokta olabilir. Ancak bunun kanunda yapılacak bir değişiklikle düzeltilmesi mümkündür. Alman hukukunda olduğu gibi tacirler veya kamu tüzel kişileri dışındaki kişilerin ifa yerini belirleseler bile ifa yeri mahkemesinin yetkili hale gelmeyeceği ifade edilebilir.

B. Sözleşmenin konusu açısından getirilen sınırlama

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği konularda yetki sözleşmesi yapılamaz (m.18/1). Bu durum, tarafların dava konusu üzerinde kabul veya sulh yoluyla serbestçe tasarruf edemeyeceği haller şeklinde de ifade edilmektedir⁶⁷. Örneğin boşanma ve ayrılık davaları, iflas davaları⁶⁸, çift taraflı davalar⁶⁹ tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri davalardır; dolayısıyla bu davalarda tarafların yetki sözleşmesi yapmaları mümkün değildir. Verilen bu örneklerden iflâs davasında, mahkemenin yetkisi kesindir⁷⁰; kesin yetkinin varlığı halinde yetki sözleşmesi yapılamayacaktır (m.18/1)⁷¹. Çift ta-

⁶⁶ Alangoya, HMK Değerlendirme, s.38.

⁶⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.533, 538, 820; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.599; Ermenek, İbrahim, Medeni Usûl Hukukunda Davayı Kabul, Ankara 2009, s.17.

⁶⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.820; Ermenek, s.19 vd.

⁶⁹ Ermenek, s.27.

⁷⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.160;

⁷¹ Boşanma davasında yetkinin kesin yetki olup olmadığı konusunda bkz.: Kuru/

raflı davada ise, davanın özelliğinden dolayı taraflar, dava üzerinde serbestçe tasarruf edememektedir. Dolayısıyla çift taraflı dava, tarafların serbestçe tasarruf edemeyecekleri bir dava olması sebebiyle, bu davada taraflar yetki sözleşmesi yapamayacaktır.

Alman Medenî Usûl Kanunu'nda ise konuyla ilgili daha sınırlandırıcı bir hükme yer verilmiştir. Söz konusu Kanun'un 40.maddesinin ikinci fıkrasına göre, uyuşmazlığın malvarlığına ilişkin olduğu durumlarda yetki sözleşmesi yapılabilecektir. Bizim Kanunumuzda böyle bir sınırlama getirilmemiştir. Kural olarak taraflar her türlü uyuşmazlık için yetki sözleşmesi yapabilir⁷². Ancak HMK'nın, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konularda yetki sözleşmesi yapmayı sınırlayan hükmü (m.18/1) sebebiyle çoğu zaman şahıs varlığına ilişkin konularda yetki sözleşmesi yapılamayacaktır. Çünkü, şahıs varlığına ilişkin davaların çoğu, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği konulardır. Örneğin evlenmenin butlanı, boşanma davası, babalık davası gibi davalar. Ancak düşük bir ihtimal de olsa istisnaen şahıs varlığına ilişkin davalarda yetki sözleşmesi yapma imkânı olabilir. Örneğin MK 24. ve 25.maddelerine dayanılarak kişilik haklarına saldırıya karşı korunma talep edilmesi veya saldırının durdurulmasının istenmesi durumlarında yetki sözleşmesi yapılabilecektir. Ancak böyle bir durumda tarafların bir araya gelip yetki sözleşmesi yapma ihtimali çok düşüktür. Bir taraftan bazı şahıs varlığına ilişkin davaların tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği davalar olması, diğer taraftan şahıs varlığına ilişkin davalarda taraflar istisnaen tacir veya kamu tüzel kişisi olacağından bizim hukuk sistemimizde de yetki sözleşmesi çoğu zaman malvarlığına ilişkin davalarda yapılabilecektir.

C. Kesin yetki halleri açısından getirilen sınırlama

Kesin yetki kuralının varlığı halinde yetki sözleşmesi yapılamaz (m.18/1). Kesin yetki kuralının varlığı halinde dava sadece kanunda öngörülen mahkeme veya mahkemelerde açılabilmesi⁷³ ve kesin yetki kuralı kamu düzeninden kabul edildiği için, bu durumlarda yetki sözleşmesi yapılamayacaktır. Taraflar yetki sözleşmesiyle kesin yet-

Arslan/Yılmaz, 21.Baskı, s.177; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.93.

⁷² Üstündağ, Salahiyet, s.35.

⁷³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.125; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.176.

kili mahkemenin yetkisini kaldıramazlar, aynı zamanda kesin yetkili mahkemenin yanında başka bir yer mahkemesinin yetkisini de kabul edemezler⁷⁴.

D. Yazılılık şartı

Yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması şarttır (m.18/2). Yazılı şekil geçerlilik şartıdır⁷⁵. HMK (m.18/2), yazılılığın geçerlilik şartı olduğunu HUMK'na (m.22) göre daha belirgin bir şekilde ifade etmiştir. HUMK'un 22. maddesinde "...iki taraf ... ihtilaf-larının salahiyettar olmıyan mahal mahkemesinde görülmesini tahriren mu-kavele edebilirler." ifadesine yer verilmişken, HMK'nın 18.maddesinin ikinci fıkrasında "Yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması, ... şarttır" ifadesi kullanılmıştır. Gerçi HUMK'nın 22. mad-desinde belirtilen yazılılığın da geçerlilik şartı olduğunda herhangi bir tereddüt yoktu⁷⁶.

Medenî hukuktaki şekil kurallarının amacı ile usûl hukukundaki şekil kurallarının amacı birbirinden farklıdır. Medeni hukukta şeklin amacı, tarafları düşünmeye sevk etmek, bu yolla daha sağlıklı işlem yapılmasını sağlamak ve ispat kolaylığıdır. Usûl hukukunda şeklin amacı ise yargılamanın güvenli ve emin yürütülmesidir⁷⁷. Bunun yanında usûl hukukunda, kamu düzeni amacıyla, tarafları düşünmeye ve ihtiyatlı davranmaya sevk etmek ve tarafların iddia-savunmalarını kolaylaştırmak amacıyla kabul edilmiş şekil kuralları da getirilmiştir⁷⁸.

Yetki sözleşmeleri için kanunda öngörülen şekil, tarafları düşün-meye ve bu konuda daha dikkatli davranmaya sevk etmek amacıyla getirilmiştir. Zira bu sözleşmeyle taraflar kanunen yetkisiz olan bir mahkemeyi yetkili kılmaktadır. Dolayısıyla yazılı şekil ile taraflara, kendisi için kanunen yetkili kılınan mahkemelerin mi yoksa yetki söz-leşmesinde yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin mi daha el-

⁷⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.160.

⁷⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.129.

⁷⁶ Postacioğlu, s.160; Kuru, C:I, s.558; Üstündağ, Salahiyet, s.19; Kuru/Arslan/Yılmaz, 21.Baskı, s.180; Bilge/Önen, s.202; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.108; Pekcanitez/Atalay/Özekes, 9.Bası, s.130; Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Ankara 1979, s.41; Üstündağ, s.212; Bolayır, s.133; Keskin, O. Kadri, Yetki Anlaşmaları, *Adalet Dergisi* 1973/4, s.308.

⁷⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.182.

⁷⁸ Karslı, s.76.

verişli olduğunu değerlendirme, bunu düşünme imkânı sağlanmış olmaktadır. Burada diğer usûl işlemleri bakımından özellikle öne çıkan yargılamanın güvenli ve emin yürütülmesi amacı söz konusu olmayacaktır. Çünkü yetki sözleşmesinin yapıldığı anda çoğu zaman henüz bir yargılama yoktur. Taraflar genellikle dava açılmadan önce yetki sözleşmesi yapacaklardır. Dava açıldıktan sonra ise yetki sözleşmesi yapma imkânı oldukça sınırlıdır. Zira davalı süresi içinde yetki itirazında bulunmamışsa zaten mahkeme yetkili hale gelecektir. Bundan sonra yapılan yetki sözleşmesi bu davada ileri sürülemeyecek ve mahkeme bu sebeple yetkisizlik kararı veremeyecektir.

Yetki sözleşmesiyle taraflar, tabii hâkiminden başka bir hâkimin önüne gitmeyi kabul ettiğinden, sözleşmenin taraflarının dikkatli davranması ve yaptığı sözleşmenin sonuçlarını ve kendisi için önemini kavrayabilmesi için bir şekil şartı getirilmiştir⁷⁹. Kanun, tarafları dikkatli davranmaya sevk etmek ve bu sözleşmelerin ayrı bir uyumsuzluk konusu olmasını önlemek istemiştir⁸⁰.

Yetki sözleşmesi ayrı bir sözleşme olarak yapılabileceği gibi yapılan bir sözleşmede yetki şartı olarak da yer alabilecektir. Bu durumda yapılan maddî hukuk sözleşmesi bir şekle tâbi olmasa bile yetki sözleşmesinin geçerli olması için yazılı yapılması gerekir. Bir diğer ifadeyle sözleşme yazılı olarak yapılmazsa, maddî hukuk sözleşmesi şekle tâbi olmadığı için geçerli olsa bile yetki sözleşmesi geçersiz olacaktır. Yetki sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir. Maddî hukuk sözleşmesi resmî şekle tabi olsa bile yetki sözleşmesi resmî şekle tâbi olmayacaktır⁸¹.

Yetki sözleşmesi yazılı olarak yapılmamışsa geçersizdir. Bu durum, kanunda öngörülen yazılı şekil şartını geçerlilik şartı olarak kabul etmenin doğal sonucudur. Burada iki konu üzerinde durmakta yarar vardır: Birincisi, taraflar arasında sözlü olarak yapılmış bir yetki sözleşmesi olabilir. İkincisi, davacı yetkisiz bir mahkemede (aralarında yetki sözleşmesi olmamasına rağmen) dava açmış ve davalı süresi içinde yetki ilk itirazında bulunmamış olabilir.

⁷⁹ Üstündağ, Salahiyet, s.19.

⁸⁰ Postacıoğlu, s.160.

⁸¹ Üstündağ, Salahiyet, s.22.

Birinci durumda davacı, aralarında var olduğunu iddia ettiği yetki sözleşmesine dayanarak yetkisiz mahkemede dava açar ve davalı süresinde yetki ilk itirazında bulunursa, davacı yazılı bir yetki sözleşmesi ibraz edemeyeceği için mahkeme yetkisizlik kararı verecektir. Buna karşılık davalı süresi içinde yetki ilk itirazında bulunmazsa, daha sonra bunu ileri sürme hakkını kaybetmiş olacak ve yetkisiz mahkeme, kendi yetkisizliğini dikkate alamayacağı için yetkili hale gelecek ve yargılamaya devam edecektir.

İkinci durumda ise kesin yetkinin olmadığı bir uyuşmazlıkta davacı, yetkisiz mahkemede dava açmış, davalı süresi içinde ve usûlüne uygun olarak yetki itirazında bulunmamışsa, davanın açıldığı mahkeme yetkili hale gelecektir (m.19/4). Bu durumda genel olarak kabul edilen görüş, taraflar arasında zımnî yetki sözleşmesi kurulduğu yönündedir⁸². Davacının yetkisiz mahkemeye başvurup dava açması, davalının ise yetki itirazında bulunmaması o mahkemenin yetkisini kabul ettiklerine dair kanunî delil kabul edilmiştir⁸³.

Bu konuda diğer görüşe göre, yetki sözleşmesinin zımnî olarak kurulması mümkün değildir. Çünkü yetkisizliğin ileri sürülmesi belirli bir süre içinde kullanılması gereken bir hak; süresinde yetki itirazında bulunulmaması durumunda bu hak düşmüş olmaktadır. Mahkeme de yetkisiz olduğunu dikkate alamayacak ve esasa girecektir⁸⁴. Davalı süresinde yetki itirazında bulunmadığı takdirde mahkemenin yetkisini kabul etmiş sayılacaktır. Burada bir faraziye söz konusudur ve davalının iradesinin gerçekten bu doğrultuda olmasına gerek yoktur. İtiraz ileri sürülmeyince mahkeme, kanundan dolayı yetki kazanmış olur⁸⁵. Süresinde yetki itirazında bulunulmadığı için yetki itirazını ileri sürme hakkı düşmüş olur⁸⁶.

Kanaatimizce de yetki sözleşmesinin zımnî olarak kabul edileceğini kabul etmek mümkün değildir. Bunun yasal bir dayanağı olmadığı gibi böyle bir kabulü usûl hukuku kurallarıyla bağdaştırmak da mümkün

⁸² Üstündağ, s.216; Kuru, C:I, s.558; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.162; Bilge/Önen, s.202; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.130; Bolayır, s.144; Aksoyoğlu, s.83.

⁸³ Belgesay, Mustafa Reşit, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi C:I, İstanbul 1939, s.63.

⁸⁴ Postacıoğlu, s.169.

⁸⁵ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.108.

⁸⁶ Keskin, s.317.

olmayacaktır. HUMK'nın 23. maddesindeki "*Salahiyettar olmayan bir mahkemede aleyhine dava ikame olunan kimse esasa girişmezden evvel bu bapta itirazda bulunmazsa o mahkemenin salahiyetini kabul etmiş addolunur.*" cümlesindeki "*kabul etmiş addolunur*" ifadesi sözleşmeyi çağrışırsa da bunun mümkün olmadığını düşünüyoruz⁸⁷. Zira, her şeyden önce böyle bir kabul yetki sözleşmesinin geçerlilik şartlarından biri olan yazılılık şartının göz ardı edildiği anlamına gelir. Bu ise kendi içinde bir çelişkiye sebebiyet verir. Bir taraftan yetki sözleşmesindeki yazılı şekil şartını geçerlilik şartı kabul edip diğer taraftan zımnî yetki sözleşmesini kabul etmek bir çelişkidir. Zira geçerlilik şartı olan yazılı şekle uyulmadan yapılan sözleşme geçersizdir. Kanunun bir usûl sözleşmesi için aradığı şekil varsa sözleşmenin geçerliliği için buna uyulması gerekir⁸⁸. Kanun herhangi bir şekil öngörmüşse kural, bu şeklin geçerlilik şartı olduğudur. Bunun doğal sonucu ise, kanunun öngördüğü şekil şartına uyulmadan yapılan sözleşmenin geçersiz olmasıdır. Borçlar Kanunu 11.maddesinin ikinci fıkrasına göre kanunun öngördüğü bir şeklin kapsamı ve sonuçları için başka bir hüküm getirilmemişse bu şekle uyulmadıkça sözleşme geçerli olmaz⁸⁹. Gerek HUMK 23 gerekse HMK 19.maddedeki hükmün yetki sözleşmesi için öngörülen şekil şartını kaldırdığını kabul etmek, bahsi geçen hükümleri bu şekilde yorumlamak mümkün değildir.

Böyle bir durumda mahkemenin yetkili hale gelmesini nasıl açıklamak gerekecektir? Kanaatimizce bu durumda davalı kendisine tanıyan usûlî bir hakkı süresi içinde kullanmadığından bu hakkını daha sonra ileri sürme imkânını kaybetmektedir. Zira ilk itiraz süresi hak düşürücü süredir⁹⁰. Kanun, süresinde usûlüne uygun şekilde yetki itirazında bulunulmaması üzerine, davanın açıldığı mahkemenin yetkili hale geleceğini öngörmüştür. Çünkü böyle bir durumda yetki

⁸⁷ Nitekim HMK'nın 19.maddesinin son fıkrasında kesin olmayan yetki hallerinde, yetki itirazının, ilk itirazlar arasında sayılmamasının sonucu olarak, süresinde ve usûlüne uygun olarak ileri sürülmemesi halinde, mahkemenin yetkisizliğini re'sen gözetememesi nedeniyle, davanın açıldığı mahkemenin yetkili hale geleceği öngörülerek, HUMK'nın 23.maddesinin ilk cümlesinde yer alan düzenlemeye açıklık kazandırdığı ifade edilmiştir. (Tanrıver, Süha, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 1.ilâ 122.Maddelerinde Yer Alan Düzenlemeler ve Bunların Genel Çerçeve Değerlendirilmesi, *Makalelerim II* (2006-2010), Ankara 2011, s.151).

⁸⁸ Karşlı, s.237.

⁸⁹ Eren, s.241.

⁹⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.358.

kamu düzenine ilişkin değildir, mahkeme kendi yetkisizliğini dikkate alamayacak, davanın esasına girecektir. Kanaatimizce bu durumda artık mahkeme kanundan dolayı yetkili hale gelmektedir. Nitekim HMK'daki ifade bu şekilde anlaşılmaya daha uygundur. Kanununun 19.maddesinin dördüncü fıkrasında *"Yetkinin kesin olmadığı davalarda, davalı, süresi içinde ve usûlüne uygun olarak yetki itirazında bulunmazsa, davanın açıldığı mahkeme yetkili hâle gelir."* denilerek mahkemenin yetkisiz olmasına rağmen yetkili hale geldiğini, yani davalının yetki itirazında bulunmaması sebebiyle mahkemenin yetkili hale geldiğini belirtmektedir.

HUMK'nın 23. maddesinde süresinde yetki itirazında bulunulmamasına diğer ilk itirazlardan farklı bir sonuç bağlanmasını zımnî yetki sözleşmesi ile açıklamanın mümkün olmadığını düşünüyoruz. Bu fikri savunan Üstündağ, ilk itirazların gösterilen usûl kesiti içinde ve hepsi birlikte ileri sürülmemesi halinde uygulanacak müeyyidenin ne olduğunun (HUMK) 188. maddede düzenlendiğini, bu durumda ayrıca 23. maddedeki hükmün zımnî anlaşma fikri ile açıklanabileceğini belirtmektedir⁹¹.

HUMK'nın 188. maddesindeki düzenlemeye rağmen 23. maddede ayrı bir düzenleme getirmesinin sebebi, yetki itirazının süresinde yapılmamasının sonucunu açık bir şekilde belirtmektir. 188. maddeye göre süresinde yetki itirazında bulunulmadığı zaman sonradan yetki itirazının ileri sürülemeyeceği açıktır. Ancak davanın açıldığı yetkisiz mahkemenin davanın esasına girip girmeyeceği, yetkisiz mahkemenin yetkili hale gelip gelmeyeceği konusunda tereddüt oluşmaması için kanun bunu ayrıca belirtme ihtiyacı duymuştur. Diğer ilk itiraz hallerinde ise böyle bir tereddüt oluşmayacağı için 188. maddedeki düzenleme yeterlidir. Ayrıca belirtilen bu görüşte kendi içinde çelişki vardır. Çünkü bir taraftan sonradan mahkemenin yetkisizliğinin ileri sürülemeyeceği, diğer taraftan ise hâkimin bu durumlarda kendi yetkisini re'sen araştırmak zorunda olduğu belirtilmektedir⁹². Oysa HUMK 23. maddesinin birinci cümlesinde *"Salahiyettar olmayan bir mahkemede aleyhine dava ikame olunan kimse esasa girişmezden evvel bu bapta itirazda bulunmazsa o mahkemenin salahiyetini kabul etmiş addolunur."* denildi-

⁹¹ Üstündağ, s.215-217.

⁹² Üstündağ, s.215-217.

ten sonra, ikinci cümlesinde “*Şu kadar ki münhasıran iki tarafın arzularına tabi olmayan mesail bundan müstesnadır.*” ifadesine yer verilmiştir. İkinci cümledeki ifade kural olarak mahkemenin, yetkisizliğini re’sen dikkate alamayacağını, ancak tarafların arzularına tabi olmayan hususlarda mahkemenin, yetkisizliğini dikkate alacağını göstermektedir. Yetki sözleşmesi yapılabileceğinin kabulü zaten dava konusunun tarafların arzularına tabi olan bir husus olduğu anlamına gelmektedir. Bu durumda ise mahkeme yetkisizliğini re’sen dikkate alamayacaktır. Hem zımnî yetki sözleşmesi fikrinin kabul edilmesi hem de mahkemenin yetkisizliğini re’sen dikkate alacağını belirtmesi bir çelişki teşkil etmektedir. Nitekim kural olarak mahkemenin yetkisizliğini resen dikkate alamayaçağı ittifakla kabul edilmektedir⁹³.

Benzer düzenlemelere HMK’da da yer verilmiştir. Kanunun 116. maddesinde ilk itirazlar sayıldıktan sonra (bunlardan biri de kesin yetki kuralının bulunmadığı hallerde yetki itirazıdır-m.116/1/a-) 117. maddede ilk itirazların hepsinin cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerektiği, aksi halde dinlenilmeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca 19. maddenin dördüncü fıkrasında “*Yetkinin kesin olmadığı davalarda, davalı, süresi içinde ve usûlüne uygun olarak yetki itirazında bulunmazsa, davanın açıldığı mahkeme yetkili hâle gelir.*” hükmüne yer vermiştir.

Kanunun, şekli geçerlilik şartı olarak öngördüğü durumlarda bu, kamu düzenine ilişkindir, taraflar bu şekil şartını açık veya zımnî olarak kaldıramazlar. Bu şekle uyulmadan yapılan sözleşme geçersiz olur. Dolayısıyla şekle aykırı olarak yapılan sözleşme, karşı tarafın zımnî muvafakati ile geçerli kılınmaz.

Alman hukukunda ise tacirler veya kamu tüzel kişileri arasındaki yetki sözleşmesi bir şekle tâbi kılınmamıştır⁹⁴. Belirtilen kişiler arasında her zaman ve belirli bir şekle uyulmasına gerek olmaksızın yetki sözleşmesi yapılması mümkündür⁹⁵. Sözleşme, açık bir şekilde

⁹³ Postacıoğlu, s.409; Üstündağ, s.232; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.162; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.109; Bilge/Önen, s.204; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.131; Önen, s.42. “*Kamu düzenine ilişkin bulunmayan bu yetki kuralı için davalının yetki itirazında (HUMK m. 187/2) bulunmaması halinde, mahkemece re’sen yetkisizlik kararı verilemez.*” Yargıtay 3.HD, 2009/14384 E., 2009/14779 K., 05/10/2009 T., Hukuk Türk Mevzuat ve İçtihat Veritabanı İstanbul Barosu Bilgi Bankası, erişim: 16.08.2011.

⁹⁴ Thomas/Putzo, s.73; Arens/Lüke, s.67.

⁹⁵ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.184.

yapılabileceği gibi zımnî olarak⁹⁶ da yapılabilir, kanun buna açıkça izin vermiştir (ZPO § 38/1). Yetki sözleşmesinin olup olmadığı veya içeriğiyle ilgili tereddüt olursa yorum yöntemiyle bunun araştırılması gerekir. Bu noktada ticarî örf ve adet kuralları dikkate alınmalıdır⁹⁷. ZPO § 38/2'ye göre yetki sözleşmesi yapılmak istenirse o zaman yazılı yapılması veya en azından yazılı olarak teyit edilmesi gerekir. Ancak yazılı belgede imzanın bulunması gerekli görülmemektedir ya da taraflardan birisince yazılan ve imzalanan yetki sözleşmesi karşı tarafça doğrulanırsa bu şart yerine gelmiş olacaktır⁹⁸. Şekil eksikliği halinde (örneğin sadece sözlü anlaşma) yetki sözleşmesi geçersizdir. Yazılılık şartından anlaşılması gereken açıklamanın yazılı olarak sunulması ve kimin tarafından oluşturulduğunun anlaşılır olmasıdır. Buna karşın imza ve hatta el yazısıyla imza gerekli değildir. Telgraf ya da teleks de bu nedenle yazılılık şartını yerine getirmektedir. Zira BGB m.126 (yazılı şekil) usûl hukuku alanında doğrudan geçerli değildir, daha ziyade hükme doğrudan bir atıf olması ya da en azından usûl hukuku normu içerisinde mevcut bulunan şekil şartının medenî hukuka uygun olması gerektiğinin yorum yoluyla çıkarılması halinde uygulanabilmektedir. Burada böyle bir yorum caiz değildir, çünkü böyle bir yorum ikinci fıkranın amacı ile bağdaşmayacak şekilde hukukî işlemlerin zorlaşması sonucuna götürebilecektir. Medenî hukuk kuralları doğrudan usûl hukuku alanında uygulanamaz. Çünkü bu, sadece usûl hukukunda boşluklar olması halinde geçerlidir. Fakat burada şekil, usûl hukukunda düzenlenmiştir ve tek başına yorumlanmalıdır⁹⁹.

E. Uyuşmazlığın kaynaklandığı hukukî ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması

Yetki sözleşmesinin geçerli olması için uyuşmazlığın kaynaklandığı hukukî ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması gerekir¹⁰⁰. Eski kanunumuzun (HUMK) 22.maddesindeki “... iki taraf bir veya mütaaddit muayyen hususa mütaallik ihtilaflarının salahiyettar olmayan mahal mahkemesinde görülmesini tahriren mukavele edebilirler.” hükmünden

⁹⁶ Ausdrückliche oder stillsweigende Vereinbarung

⁹⁷ Stein/Jonas, s.674.

⁹⁸ Thomas/Putzo, s.73.

⁹⁹ Stein/Jonas, s.680.

¹⁰⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.184; Prütting/Gehrlein, s.166; Thomas/Putzo, s.72. Alman Medenî Usûl Kanununun 40.maddesinde de buna işaret edilmiştir.

uyuşmazlığın belirli olması gerektiği sonucuna varılmıştır¹⁰¹. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 18.maddesinde ise "... *uyuşmazlığın kaynaklandığı hukukî ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması ... şarttır.*" ifadesine yer verilmiştir. Bu hükümden anlaşıldığı üzere uyuşmazlığın belirli veya belirlenebilir olması değil, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukukî ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması gerekmektedir. Yetki sözleşmesi veya yetki şartı ile belirli bir hukukî ilişkiden doğabilecek bütün uyuşmazlıklar için yetkili mahkeme tespit edilebilir¹⁰². İşte böyle bir durumda uyuşmazlık belirli değildir; ancak uyuşmazlığın kaynaklanabileceği hukukî ilişki belirlidir ve buna bağlı olarak çıkabilecek uyuşmazlıklar da belirlenebilir niteliktedir. Kanun bu şekilde yetki sözleşmesi yapılmasına izin vermiştir (m.18/2). Bir başka ifadeyle yetki sözleşmesinin yapıldığı anda henüz taraflar arasında bir uyuşmazlık olmayabilir. İşte bu durumda hangi hukukî ilişkiden kaynaklanan muhtemel uyuşmazlıklar için yetki sözleşmesi yapıldığının belirli olması veya belirlenebilir olması gerekecektir. Bu, daha çok bir sözleşmede yetki şartı olarak karşımıza çıkar. Örneğin "*İş bu cari hesap sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda Şişli Mahkemeleri yetkilidir*" şeklindeki yetki şartında hukukî ilişki belirlidir; ancak uyuşmazlık belirli değildir, belirlenebilir niteliktedir. Uyuşmazlık belirli olmasa da uyuşmazlık çıkabilecek hukukî ilişki belirli olduğundan yapılan yetki sözleşmesi geçerlidir¹⁰³. Ancak "*A Bankası ile B AŞ arasında 2011 yılı içinde yapılacak bütün cari hesap sözleşmelerinde Şişli Mahkemeleri yetkilidir.*" şeklindeki yetki sözleşmesi geçersizdir. Benzer şekilde, taraflar arasında bundan sonra çıkacak bütün uyuşmazlıklar için yapılan yetki sözleşmesi geçersizdir¹⁰⁴. Çünkü bu durumlarda uyuşmazlık ne belirlidir ne de belirlenebilir niteliktedir.

Kanunun uyuşmazlığın kaynaklandığı hukukî ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması şartını getirmesi tarafları koruma düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Uyuşmazlığın kaynaklandığı hukukî ilişkinin belirli olmadığı bir yetki sözleşmesi, sözleşmenin tarafları için belirsiz birçok

¹⁰¹ Kuru/Arslan/Yılmaz, 21.Baskı, s.180; Postacıoğlu, s.161; Kuru, C:I, s.561; Üstündağ, s.217; Pekcantez/Atalay/Özekes, 9.Bası, s.131; Bilge/Önen, s.203; Bolayır, s.148; Anaral, s.122; Keskin, s.311.

¹⁰² Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.106.

¹⁰³ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.160; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.184; Kuru, C:I, s.562.

¹⁰⁴ Üstündağ, Salahiyet, s.34; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.160; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.184.

uyuşmazlıkta bir veya birkaç mahkemenin yetkili kılınması anlamına gelir ki bunun kabul edilmesi doğru değildir. Bu şekilde bir yetki sözleşmesine izin verilmesi tarafları belirsiz bir yükümlülük altına sokmuş olur.

F. Mahkemenin belirli olması

Yetki sözleşmesiyle yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin gösterilmesi gerekir (m.18/1). Tarafların dilediği mahkemede dava açabileceği¹⁰⁵ veya davanın açıldığı anda yetkili mahkemeyi davacının belirleyeceği¹⁰⁶ şeklinde yapılan yetki sözleşmesi yetkili kılınan mahkeme belirli olmadığı için geçersizdir. Zira bu durumda davalı, davacının keyfi iradesine terk edilmiş olur¹⁰⁷. Davalı kendisi için elverişli olmayan bir yerdeki mahkemede savunma yapmak zorunda bırakılabilir. Savunma hakkının önceden tahmini mümkün olmayan zorluklara maruz bırakılması ihtimalini taşıyan böyle bir yetki sözleşmesi kamu düzenine aykırıdır¹⁰⁸.

Yetki sözleşmesiyle sadece ilk derece mahkemelerinin yetkisi belirlenebilir. Bölge adliye mahkemelerinin yetkisi kesin olduğundan yetki sözleşmesiyle istinaf mahkemesinin yetkisi belirlenemez¹⁰⁹. Kanunun 357. maddesinin ikinci fıkrasında bölge adliye mahkemelerinin yetkisine ilişkin yetki sözleşmesi yapılamayacağı açıkça belirtilmiştir. Ancak kanunun ilk derece mahkemelerine ilişkin yetki sözleşmesi yapılmasına izin verdiği durumlarda, taraflar yaptıkları yetki sözleşmesiyle dolaylı olarak bölge adliye mahkemesinin de yetkisini belirlemiş olacaklardır¹¹⁰. Bir başka ifadeyle taraflar, doğrudan bölge adliye mahkemesinin yetkisini sözleşmeyle belirleyemezler; ancak yetki sözleşmesiyle yetkili

¹⁰⁵ Postacıoğlu, s.161; Kuru, C:I, s.563; Bilge/Önen, s.202; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.160-161; Üstündağ, s.217; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.130; Kalpsüz, s.78; Anaral, s.123.

¹⁰⁶ Stein/Jonas, s.693; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.185.

¹⁰⁷ Alman hukukunda tacirler ve kamu tüzel kişileri dışındaki kişilerin yapacağı yetki sözleşmesinin geçerliliği için yetkili sözleşmesinin açık bir şekilde yapılmış olması aranmaktadır (ZPO 38/III). Yetki sözleşmesinin açık bir şekilde gerçekleştirilecek olması, yazılı anlaşmada mahkemelerin yetkisine ilişkin kuralın açık ve tecrübesizler için dahi yanlış anlaşılacak kelimeler içermesi ve kararlaştırılan mahkemenin belirtilmesi anlamına gelmektedir. Birbiri ile uyumlu atıflar bunun için yeterli değildir (Stein/Jonas, s.685).

¹⁰⁸ Postacıoğlu, s.161; Kalpsüz, s.79.

¹⁰⁹ Alman hukukunda da sadece ilk derece mahkemelerinin yetkisinin belirlenebileceği, üst derece mahkemelerinin yetkisinin yetki sözleşmesiyle belirlenemeyeceği kabul edilmektedir. Stein/Jonas, s.669.

¹¹⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.602.

ilk derece mahkemesini belirlemekle dolaylı olarak bölge adliye mahkemesinin de yetkisini belirlemiş olacaklardır. Çünkü, hangi bölge adliye mahkemesinin yetkili olduğu ilk derece mahkemesinin yetkisine göre belirlenmektedir. Özellikle sözleşmede aksi belirtilmedikçe, yetki sözleşmesiyle belirlenen mahkemenin yetkisinin münhasır yetki olduğu düşünülürse, taraflar bölge adliye mahkemesinin yetkisini daha kolay bir şekilde belirleme imkânına sahip olacaklardır.

Belirli olmak şartıyla taraflar yetki sözleşmesinde birden fazla mahkemeyi yetkili kılabilirler (m.18/2)¹¹¹. Ancak birden fazla mahkeme belirlenmesi hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurmamalıdır. Yetki sözleşmesi, adeta taraflardan birisinin istediği yerde dava açabilmesi sonucunu doğuran, onlarca mahkemenin yetkili kılınması şeklinde olmamalıdır¹¹².

Birden çok mahkemenin yetkilendirilmesi durumunda taraflardan birisine, mahkemelerden birini seçme hakkının bırakılmasının mümkün olduğu belirtilmiştir. Seçim hakkının davalıda olması halinde, davacı, davalıdan dava açmadan makul bir süre önce seçim hakkını kullanmasını isteyebilecektir¹¹³. Buna karşılık seçim hakkını tek tarafa veren yetki sözleşmesinin geçersiz olduğu da belirtilmiştir. Bu fikre göre, yetki sözleşmesiyle belirlenen mahkemede dava açma imkânı iki taraf için de geçerlidir. Bu imkânı tek tarafa veren sözleşme yapılamaz¹¹⁴. Kanaatimizce yetki sözleşmesi yapmakla her iki taraf da yetki sözleşmesinde belirtilen mahkemelerden birinde dava açma, yetkili mahkemelerden birini seçme imkânına sahip olacaktır. Sözleşmede aksi belirtilmediği müddetçe seçim hakkı davacıdadır. Ancak sözleşmeyle seçim hakkının taraflardan birisine bırakılmasının mümkün olduğunu düşünüyoruz. Özellikle de bizim hukukumuz açısından sadece tacir veya kamu tüzel kişileri yetki sözleşmesi yapabileceklerinden ve bu kişiler sözleşme hükümlerinin kendileri için getirdiği sonuçları daha iyi anlayabileceklerinden bunun mümkün olması gerekir.

¹¹¹ HUMK döneminde tarafların yetki sözleşmesiyle birden fazla mahkemenin yetkisini kararlaştırıp kararlaştıramayacağı tartışmalıydı (HUMK m.22). Bu konuda bkz.: Pekcanitez/Atalay/Özeker, 9.Bası, s.131; Kuru/Arslan/Yılmaz, 21.Baskı, s.181; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.107; Bolayır, s.155.

¹¹² Pekcanitez/Atalay/Özeker, s.130.

¹¹³ Stein/Jonas, s.693.

¹¹⁴ Thomas/Putzo, s.73.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, aksi belirtilmediği müddetçe yetki sözleşmesinde gösterilen mahkemenin münhasır yetkili mahkeme olacağını kabul etmiştir (m.17)¹¹⁵. Dolayısıyla taraflar münhasır yetki sözleşmesiyle genel ve özel yetkili mahkemelerin yetkisini kaldırmış olmaktadır. Taraflar bunu istemiyorsa, yani genel ve özel yetkili mahkemelerin yetkisinin devam etmesini istiyorlarsa yetki sözleşmesinde bunu ayrıca belirtmek zorundadırlar. Kanun eşitler arası bir ilişki söz konusu olduğu, iradelerini özgürce açıklayabilecek oldukları için tacirler ve kamu tüzel kişilerine kendi aralarındaki ilişkiler bakımından münhasır yetki sözleşmesi yapma imkânı vermiştir¹¹⁶.

Bizim Kanunumuzdaki bu düzenlemeye karşılık Alman hukukunda Kanun bir tercih belirtmemiştir. Taraflar sözleşmeyle bir mahkemeyi münhasıran yetkili kılabilmektedir; ancak şüphe halinde sözleşmenin yorumuna göre hareket edilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹¹⁷.

Mahkemenin münhasırlığının asıl olduğu şeklindeki düzenleme yerine münhasır yetkinin kabul edilebileceğinin belirtilmesinin daha doğru olacağı¹¹⁸, münhasır yetki konusunda sarahat aramanın daha isabetli olacağı ifade edilmiştir¹¹⁹.

IV. YETKİ SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK KURALLAR

Yukarıda belirtildiği üzere yetki sözleşmesi, bir usûl hukuku sözleşmesidir. Dolayısıyla yetki sözleşmesine usûl hukuku kuralları uygulanacaktır. Ancak HMK'da açıklık veya hüküm olmayan durumlarda maddî hukuk kurallarının uygulanması mümkündür¹²⁰.

¹¹⁵ HUMK döneminde tarafların münhasır yetki sözleşmesi yapıp yapamayacakları tartışmalıydı (HUMK m.22). Bu konuda bkz.: Postacıoğlu, s.161; Üstündağ, s.217; Kuru/Arslan/Yılmaz, 21.Baskı, s.181; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.107; Bolayır, s.159. Yargıtay münhasır yetki sözleşmesi yapılamayacağını kabul ediyordu: "HMUK'un 22. maddesi hükmü gereği taraflar kamu düzenine ilişkin olmadığı hallerde aslında yetkisiz olan bir mahkemeyi yetki sözleşmesi ile yetkili kılabilirler. Ancak yetki sözleşmesi ile yasal olarak yetkili olan genel ve özel yetkili Mahkemelerin yetkisi kaldırılamaz." Yargıtay 6.HD. 2008/702 E., 2008/3197 K., 18/03/2008 T.: Hukuk Türk Mevzuat ve İçtihat Veritabanı İstanbul Barosu Bilgi Bankası, erişim: 16.08.2011.

¹¹⁶ Tanrıver, s.150.

¹¹⁷ Stein/Jonas, s.694; Prütting/Gehrlein, s.167; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.185.

¹¹⁸ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, HMK Tasarısı, s.27.

¹¹⁹ Alangoya, HMK Değerlendirme, s.37 dn.8.

¹²⁰ Kuru, C:I, s.555; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.158.

Yetki sözleşmesi genellikle başka bir sözleşmenin parçası, yetki şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak buna rağmen yetki şartını ayrı bir sözleşme olarak görmek gerekir ve bu nedenle asıl sözleşmenin geçersizliğinden yetki sözleşmesinin etkilenmemesi gerekir. Asıl sözleşmenin şekil eksikliği halinde de aynı şekilde olmalıdır¹²¹.

Yetki sözleşmesinin geçerli olup olmadığı konusunda taraflar arasında ihtilaf çıkarsa yine sözleşmeyle yetkilendirilen mahkemeye başvurulabilecektir. Zira, sözleşmenin geçerli olup olmadığı veya etkileri konusunda da sözleşmeyle yetkilendirilen mahkeme karar verecektir¹²². Stuttgart Eyalet Mahkemesi de bir kararında böyle bir durumda tarafların irade beyanlarının yorumunun önemine dikkat çekmiş ve sözleşmede kullanılan “*bütün uyumsuzluklar*” ifadesinin sözleşmenin varlığı ve geçerliliğini de kapsadığı sonucuna varmıştır¹²³.

İrade fesadı hallerinde (hata, hile, ikrah) Borçlar Kanunu'ndaki hükümlere (BK m.24 vd.)¹²⁴ dayanılarak sözleşmenin iptali mümkündür. İptal, sözleşmeyle yetkili kılınan mahkemede dava açılmasından sonra dahi mümkündür. Ancak davalı irade fesadı sebebiyle sözleşmenin geçersizliğini, dolayısıyla mahkemenin yetkisiz olduğunu ileri sürmeden davanın esasına girmişse, artık iptal imkânı hem davacı hem de davalı için düşmüş olacaktır¹²⁵. Zira süresi içinde yetki ilk itirazında bulunulmamışsa sonradan bu itiraz ileri sürülemez.

Yetki sözleşmesinin şarta bağlı olarak yapılmasında bir sakınca bulunmamaktadır. Ancak şartlı sözleşmelerde, dava açıldıktan sonra şartın gerçekleşmesi, yetkili hale gelmiş olan mahkemenin yetkisini ortadan kaldırmayacaktır¹²⁶.

¹²¹ Üstündağ, s.221; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.184.

¹²² Üstündağ, s.221; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.184.

¹²³ OLG Stuttgart, Urt.v.8.11.2007-7 U 104/07, MDR 2008/12, s.709-710. Yargıtay da benzer bir konuda aynı yönde karar vermiştir. “*Senette öngörülen “alacağın” zamanlaşımına uğrayıp uğramadığı olgusu yetkili yerin saptanmasına engel teşkil etmez. Zamanlaşımı definin ileri sürülmesi halinde yetkili mahkemede bu iddianın tartışılıp değerlendirilmesi ayrı bir hukukî mesele olup, senette yer alan yetki sözleşmesini geçersiz kılmaz.*” Yargıtay 12.HD., 2006/1884 E., 2006/5474 K., 16/03/2006 T., Hukuk Türk Mevzuat ve İçtihat Veritabanı İstanbul Barosu Bilgi Bankası, erişim: 16.08.2011.

¹²⁴ 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda bu hükümler 30 vd. maddelerinde düzenlenmiş, hata yerine yanılma, hile yerine aldatma, ikrah yerine korkutma kavramları tercih edilmiştir.

¹²⁵ Stein/Jonas, s.690-691; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.184.

¹²⁶ Stein/Jonas, s.691-692; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.184.

Maddî hukuk sözleşmesi yapmada tam ehliyetli bir kişi kural olarak yetki sözleşmesi de yapabilecektir. Bir tarafın nüfuzunu kullandığı durumlarda sözleşme gabin sebebiyle geçersizdir¹²⁷.

V. YETKİ SÖZLEŞMESİNİN ETKİSİ

Tarafların yaptığı yetki sözleşmesinin sonucu yetkisiz mahkeme doğrudan yetkili hale gelir. Olumsuz yetki sözleşmesinde ise yetkili mahkeme veya mahkemeler yetkisini kaybeder. Bu konuda mahkemenin onayına ihtiyaç yoktur. Yetkili kılınan mahkeme yetkisizlik kararı veremez. Yetkili hale gelen bir mahkemenin yetkisi, davanın derdest olmasından sonra bir başka yetki sözleşmesiyle kaldırılamaz. Buna karşılık başvurulmuş mahkeme yetkisiz ise, başvurulmuş mahkemenin yetkisi veya bir başka mahkemenin yetkisi sözleşmeyle kararlaştırılabilir. Sözleşme, tasarrufî etkisinden dolayı taraflar için herhangi bir yükümlülük içermez. Sözleşmeye aykırı bir dava, yargılama giderleri açısından tazminat sorumluluğunu da doğurmayacaktır¹²⁸.

Taraflar arasındaki yetki sözleşmesine rağmen davacı yetkisiz bir mahkemede dava açarsa davalının bunu ilk itiraz olarak ileri sürmesi gerekir (m.116/1/a). Davalı süresinde ve usûlüne uygun olarak itiraz etmezse, yukarıda¹²⁹ belirtildiği üzere mahkeme yetkili hale gelir. Bir başka ifadeyle mahkeme yetkisiz olduğunu re'sen dikkate alamayacaktır. Bu durum kanun koyucunun yetki sözleşmesine ilişkin getirdiği değişikliklerin amacıyla tam olarak örtüşmemektedir. Zira, kanunda belirtilen kişilerin dışındaki kişiler yetki sözleşmesinin tarafı olur ve itiraz etmezlerse kanunla getirilen koruma amacı ortadan kaldırılmış olacaktır. Yetki itirazında bulunulmaması bakımından belki bir ayırım yapılması daha doğru olabilir. Tacirler veya kamu tüzel kişilerinin aralarındaki uyuşmazlıklarda yetki itirazında bulunulmaması halinde mahkemenin yetkisizliğini re'sen dikkate alamaması doğru olabilir. Ancak tacirler ve kamu tüzel kişileri dışındaki kişileri korumak için mahkemenin, yetkisizliğini re'sen dikkate alması daha doğru

¹²⁷ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.183. Alman hukukunda gabin kesin hükümsüzlük sebebidir (BGB 138). Ancak bizim hukukumuzda gabin iptal sebebidir (BK m.21).

¹²⁸ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.186.

¹²⁹ Bkz.: IV-D.

olacaktır. Bu nedenle Kanunda değişiklik yapılarak, mahkemenin bu durumda yetkisizliğini re'sen dikkate alacağına belirtilmesi, kanunla ulaşılmak istenen koruma amacına daha uygun olacaktır. Nitekim aynı amaçla yetki sözleşmesiyle ilgili kurallarda kısıtlamalar getirilen Alman hukukunda, mahkeme re'sen, kendi yetkisinin sözleşme ile kurulup kurulmadığını veya kaldırılıp kaldırılmadığını kontrol etmektedir. Davalının yokluğu halinde de bu kural aynen geçerlidir. Davalının itiraz etmeden esasa girmesi halinde, yetkinin varlığı ZPO 39. maddeden çıkarılmaktadır; fakat mahkeme, ancak ZPO 504. maddedeki uyarıyı yaptıktan sonra yetkili hale gelebilecektir. ZPO 504. maddeye göre, mahkeme yetkisiz ise davanın esasına girmeden önce yetki itirazında bulunmamanın sonuçlarını davalıya hatırlatır¹³⁰.

Nitekim Alangoya da Alman hukukundaki düzenlemeye işaret ederek itiraz etmeden yargılamaya devam eden tarafa (özellikle tacir ve kamu tüzel kişisi dışındakiler için) bir hatırlatma yapılması yolu üzerinde düşünmek gerektiğini belirtmiştir¹³¹.

Yetki sözleşmesi tarafları bağladığı gibi onların cüzi ve külli haleflerini de bağlar¹³². Ancak sözleşme açıkça veya anlaşılabilir bir şekilde asıl taraflarla sınırlı tutulabilir¹³³. Sözleşmenin taraflarının veya seleflerinin yetki sözleşmesi yapma ehliyeti olması gerekirken, sözleşmenin haleflerinin ise yetki sözleşmesi yapma ehliyetinin olması gerekmez¹³⁴. Bir başka ifadeyle yetki sözleşmesinde tarafların halefleri, tacir veya kamu tüzel kişisi olmasa bile geçerli olarak yapılmış sözleşmeyle bağlıdırlar. Aksi yönde bir değerlendirme (selefin genel hukukî haline girme ve dolayısıyla hukukî ilişkiye taraf olma şeklindeki) hukukî temsilci olgusuna uygun düşmez ve geçerli bir şekilde yapılan yetki sözleşmesinin, söz konusu maddî hakkın devri ile ortadan kaldırıl-

¹³⁰ Stein/Jonas, s.695; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.186.

¹³¹ Alangoya, HMK Değerlendirme, s.39.

¹³² Kuru, C.I, s.574; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.161; Stein/Jonas, s.688. "... sigortalı taraftan zarar sorumlusuna karşı tazminat davasının hangi yer mahkemesinde açılması gerekiyor ise, halefiyet ilkesi gereğince sigortacının da rücu davasını aynı yer mahkemesinde açması gerekmektedir. Bu ilke uyarınca, şayet sigortalı ile zarar sorumlusu arasında HUMK 'nun 22. maddesi uyarınca bir yetki sözleşmesi mevcutsa, sigortacının bu anlaşmada yetkili kılınan mahkemede rücu davasını açması mümkündür." Yargıtay 11.HD., 2004/13419 E., 2005/10817 K., 10/11/2005 T., Hukuk Türk Mevzuat ve İçtihat Veritabanı İstanbul Barosu Bilgi Bankası, erişim: 16.08.2011.

¹³³ Stein/Jonas, s.688.

¹³⁴ Thomas/Putzo, s.74.

masına imkân verir¹³⁵. Kanunun yetki sözleşmesi yapabilecek kişileri sınırlamadaki koruma amacı sadece sözleşmenin yapıldığı andaki taraflara ilişkindir. Dolayısıyla tarafların muhtemel haleflerine uzanan bir koruma amacından söz edilemez¹³⁶.

Yetki sözleşmesiyle yetkili kılınan mahkemede dava açıldığında davalı yetki itirazında bulunamaz¹³⁷. Ancak davalı yetki sözleşmesinin geçersizliği, bu geçersizlik sebebiyle de davanın açıldığı mahkemenin yetkisiz olduğunu ileri sürebilecektir.

Yetki sözleşmesiyle yetkili kılınan mahkeme açılan davaya bakmak zorundadır, davaya bakmaktan kaçınmaz¹³⁸. Yetki sözleşmesi o davayı kapsamasa veya o mahkemeyi yetkili kılmamış olsa ya da yetki sözleşmesi geçersiz olsa bile davalı yetki itirazında bulunmadığı müddetçe mahkeme bu sorunları irdeleyemez¹³⁹. Ancak yetkinin kesin olduğu hallerde mahkeme yetki sözleşmesinin geçersizliğini re'sen dikkate alacaktır.

VI. HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU'NUN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNDEN ÖNCE YAPILAN YETKİ SÖZLEŞMELERİNİN DURUMU

Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmeden, yani 01.10.2011 tarihinden önce tacir olmayan kişiler arasında veya tacir olmayan kişi ile tacir ya da kamu tüzel kişisi arasında yapılan yetki sözleşmesine dayanılarak, 01.10.2011 tarihinden itibaren açılan davalarda sözleşmede belirtilen yer mahkemesinde dava açılabilir midir? Bir başka ifadeyle bu sözleşmeler geçerli midir? HMK 448.madde "*Zaman Bakımından Uygulama*" başlığını taşımakta ve "*Bu Kanun hükümleri, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhâl uygulanır.*" hükmüne yer vermektedir.

¹³⁵ Stein/Jonas, s.671.

¹³⁶ Prütting/Gehrlein, s.168.

¹³⁷ Kuru, C:I, s.576; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.161.

¹³⁸ "HMK'nun 22. maddesi uyarınca kamu düzeni söz konusu olmadığı sürece taraflar yetkili olmayan bir mahkemenin yetkisini öngörebilir. Bu halde işbu mahal mahkemesi o davaya bakmaktan kaçınmaz." Yargıtay 15.HD., 2003/988 E., 2003/1526 K., 25/03/2003 T., Hukuk Türk Mevzuat ve İçtihat Veritabanı İstanbul Barosu Bilgi Bankası, erişim: 16.08.2011.

¹³⁹ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.161.

Yukarıda yaptığımız değerlendirmede yetki sözleşmelerinin usûl hukuku sözleşmeleri olduğu sonucuna vardık. Dolayısıyla bu konuda maddî hukuk kurallarının değil, öncelikle usûl hukuku alanında bir düzenleme varsa onun uygulanması gerekir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu da sadece tacirler ya da kamu tüzel kişilerinin yetki sözleşmesi yapmasına izin verdiği için kanunun yürürlüğe girmesinden sonra tacir ya da kamu tüzel kişisi olmayanlar arasında yapılmış olan yetki sözleşmesi geçersizdir. Taraflar için kazanılmış bir haktan veya tamamlanmış bir işleminden söz edilemez¹⁴⁰.

Usûl hukuku kuralları bakımından kural olarak derhal uygulanırılık ilkesi geçerlidir. Dolayısıyla bir dava, dava konusu olayın meydana geldiği değil, uyuşmazlığın yargı önüne getirildiği tarihteki yargılama kurallarına tabidir. Hatta yargılama sırasında yargılama kurallarında değişiklik olursa, yeni kurallara göre yargılama yapılacaktır. Ancak bu konuda kanun koyucu bir tercihte bulunarak yeni değişikliklerin kanunun yürürlüğe girmesinden sonra açılacak davalarda uygulanacağını belirtebilir¹⁴¹.

Usûl kurallarının derhal uygulanırılığı ilkesi bakımından dikkate alınması gereken bir diğer husus yeni usûl kuralı yürürlüğe girdiğinde ilgili usûl işleminin tamamlanıp tamamlanmadığıdır. Dava içinde birçok usûl işlemi vardır. İşte kanun değişikliğinden etkilenen usûl işlemi ve kesiti tamamlanmışsa, artık yeni kanun o usûl işlemi hakkında etkili olmayacaktır¹⁴².

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, inceleme konumuz olan yetki sözleşmeleri için özel bir düzenleme getirmemiştir. Dolayısıyla 448. maddeye göre hareket edilmesi gerekir. 448.madde şu şekildedir: *"Bu Kanun hükümleri, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhâl uygulanır."* Buna göre 01.10.2011 tarihinden önce HUMK hükümleri çerçevesinde geçerli bir şekilde yapılmış yetki sözleşmesine dayanılarak dava açılmışsa o işlem tamamlanmış demektir. Dolayısıyla 01.10.2011 tarihinden önce açılan bu davada davalı, yetki sözleşmesinin geçersiz olduğunu ileri süremez. Buna karşılık tacir ve kamu tüzel kişilerinin diğer kişilerle 01.10.2011 tarihinden önce yaptıkları yetki sözleşmesine

¹⁴⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.129.

¹⁴¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.60.

¹⁴² Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.60; Alangoaya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s.16.

dayanarak 01.10.2011 tarihinden sonra yetki sözleşmesiyle yetkili kılınan mahkemede dava açılmayacaktır. Çünkü HMK'nın yürürlüğe girmesiyle bu kişiler arasındaki yetki sözleşmesi geçersiz hale gelecektir. Aynı zamanda 01.10.2011 tarihinden sonra açılan bir dava söz konusudur; bir başka ifadeyle tamamlanmış bir usûl işleminden söz edilmesi mümkün değildir.

Her iki taraf tacir olmasına rağmen sözleşmeyi imzalayan kefil tacir değilse 01.10.2011 tarihinden sonra kefile karşı sözleşmedeki yetki şartına dayanılarak dava açılmaz¹⁴³.

SONUÇ

Bu çalışmada yetki sözleşmesi konusu incelenmiştir. Özellikle de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yetki sözleşmesine ilişkin getirdiği yenilikler üzerinde durulmuştur.

Kanun yeni düzenlemeyle temel bir değişiklik getirmiş ve zayıf konumdaki kişileri korumak için sadece tacirler ve kamu tüzel kişilerinin yetki sözleşmesi yapmasına izin vermiş, bunun dışındaki kişilerin yetki sözleşmesi yapmasına izin vermemiştir. Zira mülga HUMK dönemindeki geniş sözleşme serbestisi zayıf konumdaki tarafın zararına işletilmiştir. Böyle bir sınırlama getirilmesi günümüz hukukunda sıklıkla karşımıza çıkan genel işlem şartlarında zayıf konumdakilerin korunması açısından önemli bir değişiklik olmuştur.

Ancak tacir veya kamu tüzel kişisi olmayanların yetki sözleşmesi yapması ve bu sözleşmede belirlenen yerde dava açılması halinde mahkeme yetki sözleşmesinin geçersizliğini re'sen dikkate alamayacak, bunun davalı tarafından ilk itiraz olarak ileri sürülmesi gerekecektir. Bu ise Kanunun belirlediği koruma amacına (zayıf konumdakinin korunması) uygun değildir. Bu nedenle Kanunda yapılacak değişiklikle yetki sözleşmesinin geçersizliğinin mahkemece re'sen dikkate alınacağı şeklinde bir değişiklik yapılmasının daha doğru olacağı sonucuna ulaştık.

Ayrıca tacir veya kamu tüzel kişisi olmayan kişilerin 01.10.2011 tarihinden önce yapılan yetki sözleşmesine dayanarak, artık sözleşmede belirtilen yerde dava açamayacakları sonucuna ulaştık.

¹⁴³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.129.

KAYNAKLAR

- Aksoyoğlu, Necati, Görev ve Yetki, Hâkimin Davaya Bakmaktan Yasak Olması ve Reddi, Hâkimin Hukuki Sorumluluğu, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi*, 22-29 Mart 2008, İstanbul 2008.
- Alangoya, Yavuz, Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973.
- Alangoya, Yavuz, Medeni Usulün Amacı ve Sosyal Karakteri Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V*, Ankara 2006, s.33-54, (Kısaltma: HMK Değerlendirme).
- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009.
- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Önerileri, İstanbul 2006, (Kısaltma: HMK Tasarısı).
- Anaral, Hüseyin, Yetki Sözleşmesi, *Adalet Dergisi* 1977/1-2, s.111-140.
- Arens, Peter/Lüke, Wolfgang, Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren Zwangsvollstreckung, München 1992.
- Aşık, İbrahim, İcra Sözleşmeleri, Ankara 2006.
- Bilge, Necip/Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978.
- Bohn, Karlheinz, Vollstreckungsausschliessende Verträge, Diss., Frankfurt 1955.
- Bolayır, Nur, Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, İstanbul 2009.
- Brox, Hans/Walker, Wolf-D, Zwangsvollstreckungsrecht Köln 1996.
- Budak, Ali Cem, Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, İstanbul 2011
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2003.
- Ermenek, İbrahim, Medeni Usul Hukukunda Davayı Kabul, Ankara 2009.
- Gaul, Friedhelm, Zulaessigkeit und Geltendmachung vertraglicher

- Vollstreckungsbeschränkung BGH, *Neue Juristische Wochenschrift* 1968 700.
- Hellwig, Hans-Jürgen, *Zur Systematik des zivilprozessrechtlichen Vertrages*, Bonn 1968.
- Kalpşüz, Turgut, *Salahiyet Mukavelesi, Jurisdictio Kazai İçtihatlar* 1956/1, s.47-49.
- Karşlı, Abdurrahim, *Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler*, İstanbul 2001.
- Keskin, O. Kadri, *Yetki Anlaşmaları, Adalet Dergisi* 1973/4, s.303-319.
- Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü C:I*, İstanbul 2001 (Kısaltma: C:I).
- Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V*, Ankara 2006, s.57-85.
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, *Medeni Usul Hukuku*, 22.Baskı, Ankara 2011.
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, *Medeni Usul Hukuku*, 21.Baskı, Ankara 2010 (Kısaltma: 21.Baskı).
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler İstanbul* 1995.
- Önen, Ergun, *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara 1979.
- Pekcanitez, Hakan, *Tüketici Mahkemeleri, İstanbul Barosu Dergisi* 1996/4-5-6, s.141-162.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku* 11.Bası, Ankara 2011.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, 9.Bası, Ankara 2010 (Kısaltma: 9.Bası).
- Postacıoğlu, İlhan E., *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, İstanbul 1975.
- Prütting, Hans/Gehrlein, Markus, *ZPO Kommentar*, Luchterhand 2010.
- Rinck, Ursula, *Parteivereinbarungen in der Zwangsvollstreckung aus dogmatischer Sicht, Diss.*, Frankfurt am Main 1996.

- Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter, Zivilprozessrecht, München 2010.
- Schiedermair, Gerhard, Vereinbarungen im Zivilprozess, Bonn 1935.
- Schilken, Eberhard, Anmerkung zu BGH *Juristische Rundschau* 1992/7, s.281-283.
- Sirmen, Lale Eşya Hukuku Dersleri, Ankara 1995.
- Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung Band I, Tübingen 2003.
- Tanrıver, Süha, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 1.ilâ 122. Maddelerinde Yer Alan Düzenlemeler ve Bunların Genel Çerçeve Değerlendirilmesi, *Makalelerim II (2006-2010)*, Ankara 2011, s.143-181.
- Taşpınar, Sema, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001.
- Thomas, Heinz/Putzo, Hans, Zivilprozessordnung Kommentar, München 2007.
- von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı C:1-2, Ankara 1983, çev.:Cevat Edege.
- Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı, *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V*, Ankara 2006, s.87-129.
- Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Tasarısıyla Şimdiki HUMK Kurallarına Getirilmek İstenen Değişikliklerin Başlıcaları, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 2007/68, s.321-342, (Kısaltma: HMK Tasarısı).
- Üstündağ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000.
- Üstündağ, Saim, Medeni Usul Hukukunda Salahiyet Anlaşmaları, Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler, Ankara 2010, s.13-39, (Kısaltma: Salahiyet).
- Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Adalet Bakanlığı, Ankara 2006.
- Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Adalet Bakanlığı, Ankara 2008.