

**YABANCI MAHKEME KARARLARININ
TENFİZİNİN MÜTEKABİLİYET ŞARTINA
BAĞLANMASI İLE AVRUPA İNSAN HAKLARI
SÖZLEŞMESİNDE YER ALAN
BAZI HAKLAR ARASINDAKİ İLİŞKİ**
**THE RELATIONSHIP BETWEEN THE RECIPROCITY AS
A CONDITION FOR THE ENFORCEMENT OF
FOREIGN JUDGMENTS AND THE CERTAIN RIGHTS
IN THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS**

İlyas ARSLAN*

Özet: 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m.54 uyarınca yabancı mahkeme kararlarının tenfizi için karşılanması gereken şartlardan biri olarak kabul edilen mütekabiliyet, objektif olarak tenfiz yargılamasının taraflarının menfaatlerini gözetmediği gibi, böyle bir şartın aranmasında tenfiz devletin ne tür menfaatinin olduğu tam olarak anlaşılamamaktadır. Devletin tamamen manevi/psikolojik bir saikle öngörmüş olduğu bir şart olan mütekabiliyet, tenfiz yargılamasının tarafları arasında davalının lehine olacak şekilde bir eşitsizliğe yol açmaktadır. Zira MÖHUK m.54'te yer alan diğer tenfiz şartları ile birlikte ele alındığında, diğer tenfiz şartları vasıtasıyla menfaatleri yeterince korunabilecek olan davalıya, böyle bir şart ile davacı karşısında tenfiz yargılamasının akıbetini ciddi bir şekilde etkileyen ve gereği olmayan bir koruma sağlanmaktadır. Bu nedenle, salt tenfize konu kararın menşei esas alan böyle bir şartın tatbiki, insan hakları hukuku açısından da ciddi problemlere yol açabilecek mahiyettedir. Özellikle davacının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (AİHS) yer alan hakları dikkate alındığında, söz konusu şartın tatbiki, yabancı kararla ortaya çıkan özel hukuka ilişkin bir haktan tenfiz devletinde de yararlanmak isteyen davacının temel haklarının ihlal edilmesine neden olabilir. Bu çalışmada, söz konusu tenfiz şartının tatbikinin AİHS'deki çeşitli hakları gerçekten ihlal edip etmeyeceği veya hangi hallerde böyle bir ihlalin söz konusu olabileceği incelenmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda, başta davacının olmak üzere, mütekabiliyetin tatbiki suretiyle tarafların AİHS'de güvence altına alınan AİHS m.6(1), AİHS m.8 ve P-1 m.1 gibi haklarının ihlal edildiği iddialarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından nasıl bir değerlendirmeye tabi tutulabileceği AİHM içtihatları ışığında analiz edilmeye çalışılmıştır. Zira MÖHUK

* Arş. Gör. Dr., Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, ilyas.arslan243@gmail.com, ORCID: 0000-0002-1567-2630, Makalenin Gönderim Tarihi: 10.01.2018, Kabul Tarihi: 10.01.2018

m.54(a)'da düzenlenen mütakabiliyet ile AİHS arasındaki ilişkinin ortaya konması, AİHS'nin Türk mahkemelerince ihlal edilmesinin önlenmesi bakımından yararlı olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Mütakabiliyet, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Adil Yargılanma Hakkı, Mülkiyet Hakkı, Aile Hayatına Saygı Hakkı

Abstract: The reciprocity is accepted as 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). The reciprocity does not objectively take into account the interests of the parties to the enforcement proceedings, nor it is completely uncertain about 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, it has been questioned whether it is appropriate to seek reciprocity as a condition to enforce a foreign judgment in Turkish private international law doctrine for years. The application of such a 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 rights contained in the European Convention on Human Rights (ECHR), the application of this condition may cause a violation of a related Conventional right of the claimant, who wants to enjoy a private right based on 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 the Conventional rights, or in which cases such a violation may occur. In this context, it has been tried to be analyzed how the European Court of Human Rights (ECtHR) assess whether a right contained in the ECHR such as Art. 6(1) of the ECHR, Art.8 of the ECHR and Art.1 of First Protocol of the ECHR was actually violated by the Turkish courts via application of reciprocity in the light of case law of the ECtHR. Thus, introducing the relationship between the reciprocity prescribed by the Art. 54/a of the CPIL and the ECHR would be helpful in order to prevent possible violations of some of the rights, in particular the claimant's rights contained in the ECHR by Turkish courts. Moreover, that would be helpful to prevent Turkey's possible conviction before the ECtHR due to application of reciprocity in a manner incompatible with ECHR as well.

Keywords: Reciprocity, Enforcement of Foreign Judgments, European Convention on Human Rights, Right to a Fair Trial, Right of Property, Right to Respect for Family Life

GİRİŞ

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi rejimi tanzim etmek suretiyle yabancı kararın kendi hukuk düzeninde çeşitli hukuki sonuçlar doğurmasını kabul eden devletler, bunu tanıma-tenfiz şartları (engelleri) olarak ifade edilen, birtakım soyut ve genel nitelikli kurallarda vücut bulan şartlara tabi kılmaktadır. Türk hukukunda da 5718 sayılı MÖHUK¹ m.50 uyarınca hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve verildiği devletin kanunlarına göre kesinleşmiş yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi için karşılanması gereken asgari şartlar, MÖHUK m.54'te açıkça öngörülmüştür. Buna göre, tenfize konu kararı veren mahkemenin bağlı olduğu devlet ile Türkiye arasında mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin akdi, kanuni veya fiili müteakabiliyetin varlığı, yabancı kararı veren mahkemenin yetkisinin Türk tanıma-tenfiz hukukunca benimsenen yetkiye ilişkin kriterleri (aşırı yetki-münhasır yetki denetimi) karşılaması, yabancı kararın kamu düzenine açıkça aykırı olmaması, yabancı mahkemede davalının savunma haklarına riayet edilmiş olması şartlarına tabi tutulacaktır (MÖHUK m.54).

Karşılaştırmalı hukukta da kısmen veya tamamen benimsenen bu şartlar, yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfiz edilmesiyle ortaya çıkabilecek sonuçlara karşı, devletin kendi hukuk düzeninin temelini teşkil eden birtakım temel adalet ilkelerini ve temel değerlerini, bu kapsamda bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumak gayesiyle tanzim edilmiştir. Başka bir deyişle, yabancı kararların kendi hukuk düzenlerinde çeşitli hukuki veya icrai sonuçlar doğurmasına izin veren devletler, mahkemelerinin davalının temel hak ve özgürlükleriyle bağdaşmayan bir yabancı kararı tanımak veya tenfiz etmek suretiyle olası bir hak ihlalinin yerel seviyede engelleme yoluna gitmiş ve buna özgü tanıma-tenfiz engelleri tanzim etmiştir.² En azından, Türk hukuku ve karşılaştırmalı hukukta genel kabul gören kamu düzeni müdahalesi (MÖHUK m.54(c)) ile davalının savunma haklarına riayet edilmiş olması (MÖHUK m.54(ç)) gibi kimi şartların bu amaca yönelik

¹ RG: 12.12.2007-26728.

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

olduğunda herhangi bir tereddüt yoktur.³ Bu bakımdan, söz konusu şartların kendisine karşı bir tanım-tenfiz davası ikame edilen tarafın haklarını ve/veya davalı şahsında bir bütün olarak genel kamu düzenini korumak suretiyle ülkede bulunan bireylerin (toplumun) menfaatlerinin korunmasına hizmet ettiğini söylemek mümkündür.

Diğer yandan, yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi için aranan kimi şartların ise, genellikle bireylerin haklarını veya genel olarak toplumun menfaatlerini gözetmekten ziyade, tamamen devletin menfaatini gözetmek veya sahip olduğu egemenliğini muhafaza etmek ya da milletlerarası toplumda varlığını yansıtmak gayesiyle tanzim edildiği söylenebilir. Doğal olarak, bu konuda akla ilk olarak, 2675 sayılı MÖHUK'un⁴ yürürlüğe girmesinden beri Türk tanıma-tenfiz hukukunda normatif bir tenfiz şartı olarak varlığını muhafaza eden mütakabiliyet gelmektedir. Milletlerarası ilişkilerin geldiği nokta itibarıyla ve bireylerin haklarına uluslararası alanda da saygı gösterilmesi gerektiği düşüncelerinin giderek yaygınlaştığı günümüzde, devletlerin diğer devletleri belirli bir davranışta bulunmaya icbar etme vasıtası olarak kullanılan mütakabiliyetin bir tenfiz şartı olarak aranmasının yerindeliği geçmişten beri fazlasıyla sorgulanmaktadır. Mütakabiliyetin davaya iştirak etmiş şahısların menfaatlerini hiçbir şekilde dikkate almayan, politik maksatlara hizmet etmek üzere konulmuş bir şart olduğu yaygın olarak kabul görmektedir.⁵ Nitekim bu anlayışın bir yansıması olarak, mütakabiliyet şartının bir tenfiz engeli

³ James J. Fawcett-Máire Ní Shúilleabháin-Sangeeta Shah, *Human Rights and Private International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016 s.375; İlyas Arslan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2018, s.643.

⁴ RG: 9.11.1982-17863.

⁵ Atâ Sakmar, *Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s.88 vd.; Ergin Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 22.Bası, Beta, İstanbul 2017, s.520; Cemile Demir Gökyayla, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Seçkin*, Ankara, 2001, s.49; Nuray Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Beta, İstanbul, 2013, s.174; Patrick Kinsch, "Enforcement as a Fundamental Right" *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, Vol.32/4, 2014, s.543, dn.30; Ayşe İpek Sarıöz Büyükalp, *AIHS ve AIHM Kararlarının da İncelenmesi Suretiyle Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usûl Hukuku Üzerindeki Etkileri*, On İki Levha, İstanbul, 2018, s.475-477; Uğur Tütüncübaşı, *Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması*, Adalet, Ankara, 2014, s.195-196; Özüm Demirkol, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde Karşılıklılık Koşulu*, On İki Levha, İstanbul, 2017, s.39, 50.

olarak aranmasının Türkiye'nin de tarafı olduğu⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve eki protokollerde yer alan kimi temel hak ve özgürlüklere aykırılık teşkil etme potansiyeline sahip olduğu giderek artan bir şekilde dile getirilmektedir.⁷

Gerçekten, doktrinde ileri sürülen mütekabiliyet şartının tatbiki-nin bireylerin AİHS'de güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerine aykırı nitelik arz ettiği anlayışında haklılık payı bulunmaktadır. Bu, aşağıda inceleyeceğimiz üzere, sadece mütekabiliyet şartının nite-liğinden kaynaklanmamakta, aynı zamanda Türkiye'nin tarafı oldu-ğu AİHS'nin kapsamına giren temel hak ve özgürlüklerin korunma-sı bakımından öngördüğü denetim sisteminden kaynaklanmaktadır. AİHS m.1 hükmü, taraf devletlere kendi yargı alanlarına giren birey-lerin AİHS'nde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerine riayet etme, söz konusu hakları yerine getirme ve bireylerin söz konusu haklarını üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı koruma yükümlülüğü yükle-mektedir. Bu konuda klasik uluslararası anlaşmalardan farklı olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) vasıtasıyla yargısal bir de-netim mekanizması öngören AİHS, aynı zamanda taraf devletleri bün-yesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması konusunda vatandaş-yabancı ayrımı yapmaksızın, mütekabiliyet şar-tına dayanmayan, objektif bir yükümlülük altına sokmaktadır.⁸ Başka bir deyişle, Türkiye'nin AİHS'den kaynaklanan yükümlülüklerini ye-rine getirmesi, başka bir taraf devletin Sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirmesine bağlı değildir. Bu nedenle, Türkiye'nin tıpkı kendi mahkemelerinde açılan özel hukuk davalarında olduğu gibi, yaban-cı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi davalarını, tarafların AİHS'de güvence altına alınan temel haklarına, bu kapsamda başta söz konusu hakların korunmasına hizmet eden AİHS m.6(1) hükmüne uygun bir şekilde yürütmesi gerekmektedir.⁹ Buna göre, Türk mah-kemelerinin, yabancı kararın tanınması veya tenfizine karar verirken, gerek tanıma-tenfiz talebinde bulunan tarafın gerekse karşı tarafın eşit

⁶ RG: 19.3.1954 - 8662.

⁷ Sakmar s.89; Patrick Kinsch, "Droits l'homme, droits fondamentaux et droit in-ternational privé", Recueil Des Cours-Collected Courses, Vol.318, 2005, s.105-106; Kinsch Enforcement, s.543, dn.40; Sarıöz Büyükalp, s.477; Arslan, s.760 vd.

⁸ Arslan, s.25.

⁹ Arslan, s.634.

bir şekilde sahip olduğu AİHS m.6(1)'deki hakları arasında bir denge kurarak yargılamayı yürütmesi ve karara bağlaması gerekmektedir.

Diğer taraftan, yabancı mahkeme kararın tanınması veya tenfizi davaları, normal bir özel hukuk davasından farklı olarak, yabancı mahkeme kararıyla tevsik edilen ve yabancı ülke hukukunca kabul edilen özel hukuka ilişkin bir hakkın Türk hukukunca da kabul edilmesi (tanıma) veya -gerektiğinde yerine getirilmesi (tenfiz) amacıyla açılmaktadır. Bu nedenle, tanıma-tenfiz talebinin kabul veya reddedilmesi, yabancı kararlar tevsik edilen özel hukuka ilişkin hakkın niteliğine bağlı olarak -sırasıyla- davalının veya davacının AİHS'nin koruması altına giren ilgili temel hakkına müdahale edilmesi anlamına gelecektir. Örneğin, yabancı bir alacak veya tazminat kararının tenfizi talebinin reddedilmesi, davacının AİHS ek 1 no'lu protokol m.1'de (P-1 m.1) güvence altına alınan mülkiyet hakkından Türkiye'de istifade edemesine yol açabilecektir. Yabancı velayet kararının tenfizine hükmedilmesi, davalı ebeveynin çocuğuyla birlikte bir aile ilişkisi içerisinde yaşamasını engellemesi itibarıyla AİHS m.8'de korunan aile hayatına saygı hakkına müdahale etmektedir¹⁰. Şüphesiz, yukarıdaki haklara yönelik böyle bir müdahalenin meşru olup olmadığı, yani AİHM nezdinde ihlal olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği, tanımaya-tenfize ilişkin kararın -ihlal edildiği iddia olunan- ilgili maddelerde yer alan sınırlama koşullarına uygun (meşru amaca sahip, kanuni ve ölçülü) olup olmadığına bağlı olarak değişebilecektir.

Bu bakımdan, kural olarak Türk mahkemelerinin, hangi amaçlarla ve ne şekilde düzenlenirse düzenlensin, tanıma-tenfiz şartlarının her birinin karşılanıp karşılanmadığını (ve hangi gerekçeyle karşılan(ma)

¹⁰ Çocuk ile anne-baba arasındaki aile hayatından kaynaklanan hakların başında gelen velayet hakkı ve velayeti kendisine verilmeyen ebeveynin çocuğuyla kişisel ilişki kurma ve onunla görüşme hakkı AİHS m.8'in koruması altındadır. Bkz. Gülay Arslan Öncü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, Beta, İstanbul 2011, s.272-273. Dolayısıyla, devletin AİHS m.8'den kaynaklanan bu tür hakları yerine getirmekten kaçınması, sadece ebeveynlerin değil çocuğun da AİHS m.8'de güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkına müdahale ve ihlal teşkil edebilecektir. Velayet veya kişisel ilişki kurma haklarını tevsik eden yabancı bir mahkeme kararının tanınması veya tenfizi davasını AİHS m.8(2)'de yer alan koşullara aykırı bir şekilde karara bağlaması AİHS m.8'e aykırı bir sonuca yol açabilir. Zira AİHM'nin aşağıda inceleyeceğimiz içtihatları, AİHS m.8'in bireylere sağlamış olduğu korumanın bu tür davalarda da varlığını muhafaza ettiğini ortaya koymaktadır.

dığını) gerek davacının gerekse davalının AİHS’de güvence altına alınan haklarıyla bağdaşır bir şekilde tespit etmesi, dolayısıyla tanıma-tenfiz talebinin kabul veya reddetmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, devletin AİHS’den kaynaklanan yükümlülükleri, söz konusu tanıma-tenfiz şartlarının somut bir davada mevcut olup olmadığını, dolayısıyla kararın tanımayı-tenfize ehil olup olmadığını denetlerken hem davalının hem davacının korunması gereken haklarını gözetmeyi gerektirmektedir. Bu da, doğal olarak tanıma-tenfiz yargılamasının taraflarının birbiriyle çatışan Sözleşmesel hakları, dolayısıyla devletin birbiriyle çatışan yükümlülükleri arasında, davanın özelliklerini de dikkate alarak ve söz konusu şartları bu kapsamda değerlendirerek bir denge kurmayı gerektirmektedir.¹¹

Bu noktada, AİHM’nin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin kimi içtihatları, doğal olarak Türk mahkemelerinin nasıl hareket etmesi gerektiği konusunda yol gösterici olacaktır. Söz konusu içtihatlar, karşılanıp karşılanmadığı tartışma konusu olan bir tanıma-tenfiz şartının anlamı, içeriği ve kapsamının AİHS’de yer alan temel hak ve özgürlüklerle bağdaşacak bir şekilde yorumlanması veya değerlendirilmesi gerektiğini, böyle bir yaklaşım tarzıyla mahkemelerin birbiriyle çatışan hakları arasında nasıl bir denge gözetebileceğini dolaylı olarak ortaya koymaktadır.¹² Bununla beraber, yabancı mahkeme kararlarının tenfizi için aranan mütekabiliyet şartı, o kadar net ve objektif bir tenfiz engelidir ki Türk mahkemelerine tarafların AİHS’nin koruması altında olan birbiriyle çatışan hakları arasında bir denge kurabilmelerine objektif olarak imkân tanımamaktadır. Zira Türk mahkemelerinin bir kere mütekabiliyetin karşılanmadığını tespit ettiklerinde artık yabancı kararın tenfizi talebini reddetmeleri gerekmektedir. Dolayısıyla, diğer tenfiz şartlarının varlığına rağmen, salt tenfize konu kararın verildiği devlet ile Türkiye arasında MÖHUK m.54(a) anlamında bir mütekabiliyetin yokluğu nedeniyle davacının yabancı kararla tevşik edilen özel hukuka ilişkin bir haktan Türkiye’de yararlanması en-

¹¹ Arslan, s.644 vd.

¹² Örneğin bkz. Hussin v. Belçika, no.70807/01, 6 Mayıs 2005; Urbica v. Hırvatistan, no.32540/05, 1 Nisan 2010; Öztürk v. Türkiye, no.39523/03, 13 Ekim 2009; Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan, no.56759/08, 3 Mayıs 2011. Gerek bu dipnotta gerekse çalışmanın bundan sonraki kısmında yer alan AİHM içtihatlarına <https://hudoc.echr.coe.int> adlı internet sitesi üzerinden ulaşılmıştır.

gellenmektedir. Böylece, davalı yabancı mahkeme önünde gayri adil bir yargılamaya veya temel haklarına aykırı bir karara maruz kalmasa dahi, böyle bir şart sayesinde kendisine yöneltilen dava tehdidinden kurtulmaktadır. Dolayısıyla, salt tenfize konu kararın veren mahkemenin menşei esas alan mütakabiliyet, davalıya davanın akıbetini etkileyen esaslı bir avantaj sunmakta, davacının AİHS'nin koruması altında olan çeşitli haklarından yararlanmasını doğrudan engellemektedir. Bu nedenle, mütakabiliyet şartının bizatihi kendisinin, temel haklar konusunda taraf devletlere karşılıklılığa bakılmaksızın objektif yükümlülük yükleyen AİHS sistemiyle bağdaşmadığı teorik olarak söylenebilir. Diğer yandan, aşağıda görüleceği üzere, mütakabiliyetin bir tenfiz şartı olarak aranmasının tenfiz devletin menfaatine olup olmadığı da belirsizdir. Bu bakımdan, yabancı mahkeme kararı ile özel hukuka ilişkin bir hak elde eden ve bu haktan tenfiz devletinde de yararlanmak isteyen davacıya, salt tenfize konu kararı veren mahkemenin menşei esas alan böyle bir şartın tatbiki, insan hakları hukuku açısından da ciddi problemlere yol açabilecek mahiyettedir.

Bu nedenle, Türk hukukunda bir tenfiz şartı olarak düzenlenen mütakabiliyetin tatbikinin AİHS'neki çeşitli hakları gerçekten ihlal edip etmeyeceği, olası bir ihlalin hangi hallerde ve ne şekilde ortaya çıkabileceğinin incelenmesi gerekmektedir. Böyle bir çalışma, bireylerin AİHS'de yer alan bazı haklarının Türk mahkemelerince ihlalinin önlenmesi ve Türkiye'nin AİHM nezdinde olası bir mahkûmiyetinin de engellenmesi bakımından yararlı olacaktır. Bu kapsamda, MÖHUK m.54(a)'da düzenlenen mütakabiliyet şartının tatbiki ile başta davacının olmak üzere, tarafların AİHS m.6(1)'de güvence altına alınan hakları arasındaki ilişkiyi ortaya koyacağız. Ayrıca, yabancı kararın tenfizi talebinin kabul veya reddedilmesi, mülkiyet hakkını güvence altına alan P-1 m.1'in veya aile hayatına saygı hakkını güvence altına alan AİHS m.8'in kapsamına giren özel hukuka ilişkin bir haktan Türkiye'de yararlanılamamasına neden olabilecektir. Dolayısıyla, mütakabiliyet şartının tatbiki suretiyle AİHS m.8 ve P-1 m.1'deki hakların ihlal edildiği iddialarının, AİHM tarafından nasıl bir denetim ve değerlendirilmeye tabi tutulabileceğini ele alacağız. Tespit edebildiğimiz kadarıyla, AİHM'nin henüz salt mütakabiliyet şartının karşılan(ma)dığı gerekçesiyle reddedilen (veya kabul edilen) bir tenfiz talebinin AİHS'ne aykırılığı iddiasını değerlendirdiği bir içtihadı bulunma-

maktadır. Ancak, AİHM'nin gerek mütekabiliyet şartının arandığı bir diğer alan olan yabancılar hukukuna ilişkin, gerekse yabancı kararların tanınması ve tenfizine ilişkin diğer içtihatları, çalışmamızın şekillenmesinde fazlasıyla rol oynamıştır. Dolayısıyla, mütekabiliyet şartı, daha doğrusu söz konusu şartın tatbiki ile AİHS arasındaki ilişkiyi AİHM'nin söz konusu içtihatları ışığında analiz edeceğiz. Ancak öncesinde, Türk hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta mütekabiliyet şartının ne şekilde tanzim edildiğini ve uygulandığını genel olarak ele almak yararlı olacaktır. Sonrasında, yabancı mahkeme kararlarının tenfizi hukuku açısından mütekabiliyetin bir tenfiz şartı olarak aranmasının yerindeliliğini inceleyeceğiz.

I. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA VE TÜRK HUKUKUNDA BİR TENFİZ ŞARTI OLARAK MÜTEKABİLİYETİN DÜZENLENİŞİ VE UYGULANIŞI

Genellikle yabancılar hukukunda uygulama alanı bulan¹³ mütekabiliyet (karşılıklılık) esası, yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde de uygulama alanı bulmaktadır. Türk hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tenfizine karar verilebilmesi için tenfize konu kararın verildiği ülke ile Türkiye arasında karşılıklılık esasına dayanan bir uluslararası anlaşmanın veya o devlette Türk mahkemelerince verilmiş kararların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün ya da fiili uygulamanın bulunması gereklidir (MÖHUK m.54(a)). Buna göre, bu şartın karşılanması için, benzer bir konudaki Türk mahkemesi kararının tenfize konu kararın verildiği devlette de tenfiz edilebileceğini gösteren bir uluslararası anlaşmanın veya fiili bir uygulamanın ya da söz konusu devlet hukukunda -aynı veya benzer şartlar altında- buna imkân tanıyan bir yasal düzenlemenin varlığının tespiti yeterlidir.

Türk milletlerarası usul hukukunda normatif olarak ilk kez mülga 2675 sayılı MÖHUK'ta kabul edilmiş olan mütekabiliyetin, pek çok devletin ulusal tanıma-tenfiz rejiminde öngörülen bir şart olmaktan çıktığı görülmektedir.¹⁴ Diğer yandan, mütekabiliyet karşılaştırmalı

¹³ Aysel Çelikel-Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku*, 23.Bası, İstanbul, 2017, s.70 vd.; Gülören Tekinalp, *Türk Yabancılar Hukuku*, 8.Bası, Beta, İstanbul, 2003, s.20; Vahit Doğan, *Türk Yabancılar Hukuku*, 2.Bası, Ankara 2017, s.38-39; Bülent Çiçekli, *Yabancılar Hukuku*, 4.Bası, Seçkin, Ankara, 2013, s.48.

¹⁴ İsviçre, Belçika, Litvanya, Bulgaristan, Makedonya, Polonya, Karadağ, İspanya,

hukukta bir tanıma-tenfiz şartı olarak varlığını genel olarak ve büyük oranda muhafaza etmektedir. Örneğin, kimi ülke hukuklarında karşılıklı yasal bir tanıma-tenfiz şartı olarak kabul edilmişken,¹⁵ kimi ülke hukuklarında mevcut mütakabiliyet şartı mahkeme tatbikatiyle yumuşatılmış ve tenfize konu kararın verildiği devlette tenfiz devleti mahkemesince verilen kararın tenfizinin mümkün/muhtemel olması yeterli kabul edilmiştir.¹⁶ Pek çok ülke hukukunda ise, mütakabiliyetin varlığı yabancı kararların tenfizi için bir gereklilik olup, mütakabiliyet resmi olarak bir anlaşmayla veya devletin bu yöndeki bir beyanıyla tesis edilmekte, tek başına fiili mütakabiliyetin varlığı veya varlığı ihtimali tek başına yeterli olmamaktadır.¹⁷ Buna rağmen, Rusya örneğinde olduğu gibi, kimi devletlerde bu tür katı bir mütakabiliyet anlayışı içtihatlar yoluyla yumuşatılmış veya mütakabiliyet şartının etkisi yasal değişikliklerle yumuşatılmıştır. Örneğin Ukrayna hukukunda, tenfize konu kararı veren devlette Ukrayna mahkeme kararlarının tenfiz edilmediği ispat edilmedikçe, mütakabiliyetin olduğu varsayılmaktadır.¹⁸ Ayrıca, kimi devletlerde, bu konudaki yasal düzenlemelerin sınırlayıcı ifadelerine rağmen, bazı hallerde tenfiz kararına konu olması gereken yabancı kararların kesin hüküm etkisinden söz konusu kararların tanınması suretiyle yararlanılabileceği öngörülmektedir. Örneğin, Hollanda hukukunda tenfize ilişkin bir uluslararası anlaşmanın yokluğu nedeniyle tenfiz edilemeyen bir kararın tenfizi amacıyla yeni bir dava açılarak (pseudo-enforcement proceedings, sözde bir tenfiz davası) yabancı kararın tanınmasının talep edilebileceği ve bu tanıma kararının Hollanda mahkemelerince verilecek yeni kararda esas alınabileceği ifade edilmektedir.¹⁹ Yine, Hollanda, İsveç ve Norveç hukuklarında tenfize konu kararın münhasır nitelikteki bir yetki anlaşmasına istinaden yetkili kılınan bir mahkemece verildiği hallerde söz konusu kararın

Venezuela gibi ülkelerde mütakabiliyet şartının bir tanıma-tenfiz şartı olarak terkedildiği belirtilmektedir. Bkz. Belight Elbalti, "Reciprocity and Enforcement of Foreign Judgments: A lot of Bark but not much bite", *Journal of Private International Law*, Vol.13(1), 2017, s.187.

¹⁵ Örneğin bkz. Slovenya, Çekya, Romanya, Tunus, Panama, (Elbalti, s.188-189).

¹⁶ Örneğin bkz. Almanya, İsrail, Japonya, (Elbalti, s.194-195).

¹⁷ Örneğin bkz. Hollanda, İsveç, Norveç, Danimarka, Finlandiya, Avusturya, Rusya, Belarus, Ermenistan, Özbekistan, Çin, Kuzey Kore, Ukrayna, Vietnam, (Elbalti, s.196-198).

¹⁸ Elbalti, s.196-200.

¹⁹ Bkz. Elbalti, s.211, dn.139.

etkisinin içtihaden veya kanunen kabul edildiği belirtilmektedir.²⁰ Bununla beraber, diğer ülke hukuklarına nazaran mütetekabiliyetin mümkün olan her halinin benimsenmiş olması karşısında, prensip olarak Türk hukukunun karşılaştırmalı hukukta benimsenen mütetekabiliyet anlayışına nazaran daha geniş kapsamlı ve yabancı kararın tenfizini daha da mümkün kılacak mahiyette olduğu söylenebilir.

Türk hukukunda, MÖHUK m.54(a)'nın lafzından anlaşıldığı kadarıyla, akdi, kanuni veya fiili mütetekabiliyetten herhangi birinin mevcudiyeti, esasen mütetekabiliyet şartının karşılandığının tespiti bakımından yeterlidir.²¹ Bu bakımdan, tenfiz mahkemesince resen araştırılması gereken bir şart olarak, hukuki veya fiili mütetekabiliyetin var olup olmadığı araştırılmaksızın, sadece iki devlet arasında mahkeme kararlarının tenfizini mümkün kılan bir anlaşmanın bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmesi yerinde olmayacaktır.²² Yine, ilamların tenfizi konusunda akdi veya fiili bir mütetekabiliyetin olmadığı durumlarda, mahkemelerin kanuni mütetekabiliyetin var olup olmadığını araştırmaları gerekmektedir.²³ Burada kanuni mütetekabiliyet ile tenfize konu kararın verildiği ülkede benzer nitelikteki Türk mahkeme kararlarının bu konudaki bir kanun hükmüne istinaden tenfizinin mümkün olması kastedilmektedir.²⁴ Nitekim uygulamada, tenfize konu kararın verildiği devlet ile Türk hukukunda yer alan tanıma-tenfiz şartları arasında bir denkliğin veya benzerliğin varlığı halinde mütetekabiliyetin var olduğu kabul edilmiştir.²⁵ Şüphesiz, akdi veya kanuni mütetekabiliye-

²⁰ Elbalti, s.212, dn.144-145.

²¹ Nomer, s.518-519; Demir Gökyayla, s.48.

²² Bkz. Yargıtay 2.HD, E.1984/9493, K.1984/9667, T. 22.11.1984, (Çevrimiçi, www.lexpera.com.tr, 28 Haziran 2018).

²³ Bkz. Yargıtay 2.HD, E.1996/2955, K.1996/5085, T.14.5.1996 (Ekşi, s.162, dn.247).

²⁴ Aysel Çelikel-B.Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 15.Bası, İstanbul, Beta, 2017 s.705-706; Nomer, s.520; Ekşi, s.170; Şeref Ertaş, "Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.3, S.1-4, 1988, (Kudret Ayiter'e Armağan'dan Ayrı Bası), s.392-393; Cemal Şanlı-Emre Esen- İnci Ataman Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6.Bası, Vedat, İstanbul 2018, s.526.

²⁵ Örneğin, Yargıtay tarafından Türkiye ile tenfize konu kararın verildiği İsviçre (Yargıtay 11.HD E.1985/6511, K.6766, T.6.12.1985 tarihli kararı ile onanan İstanbul 3. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin E.1983/367, K.1983/773 ve 14.11.1984 tarihli kararı. Bkz. Aysel Çelikel- Ergin Nomer- F.Kerem Giray-Emre Esen, *Milletlerarası Özel Hukuk-Pratik Çalışma Kitabı*, 14.Baskı, Beta, İstanbul, 2018, s.497), Almanya (Yargıtay HGK, E.1990/13-3, K.1990/347, T.13.6.1990. Bkz. Çelikel-Nomer-Giray-Esen, s.532 vd.), İngiltere (Yargıtay 11.HD E.2011/76, K.2012/6825, T.25.4.2012. Bkz. Ekşi, s.172.) ve Bulgaristan (Yargıtay 2.HD, E.2007/11442, K.2007/1293,

tin yokluğuna rağmen, benzer nitelikteki Türk mahkeme kararlarının tenfizine karar verildiğinin tespiti halinde mütakabiliyet koşulu gerçekleşmiş sayılacaktır.²⁶ Diğer taraftan, Türk mahkeme tatbikatında²⁷ ve doktrininde,²⁸ bu üç mütakabiliyet türünden fiili mütakabiliyetin, akdi veya kanuni mütakabiliyete rağmen etkin olduğu, akdi veya kanuni mütakabiliyetin varlığına rağmen tenfize konu kararın verildiği devlet mahkemelerince Türk mahkeme kararlarının fiilen tenfiz edilmiyor olması halinde, mütakabiliyet şartının gerçekleşmemiş olduğu kabul edilmektedir. Bu noktada, yabancı ülkede benzer nitelikteki herhangi bir Türk mahkeme kararının tenfizine yönelik bir talep olmadığından henüz bir uygulamaya rastlanmamış olması²⁹ veya Türk mahkemesince verilen kararın tenfizi talebinin haklı bir nedenle reddedilmesi halinde olumsuz bir uygulamanın varlığından söz edilemeyecektir.³⁰ Buna karşın, fiili mütakabiliyeti akdi veya kanuni mütakabiliyete üstün kabul eden bu yaklaşımın yerinde olmadığı, her birinin birbirine alternatif teşkil edecek şekilde düzenlenmiş olduğu da ileri sürülmektedir³¹ ki maddenin lafzına bakıldığında bu görüşte haklılık payı vardır.

T.6.2.2007. Bkz. Ekşi, s.162, dn.247) arasında kanuni mütakabiliyetin varlığı kabul edilmiştir.

²⁶ Çelikel-Erdem, s.709. Örneğin, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.2005/14315, K.2007/1989 ve 12.2.2007 tarihli kararında, Türk mahkemelerince verilen kararların İsrail mahkemelerince fiilen tenfiz edildiğine dair İsrail Adalet Bakanlığınca gösterilen yazıdan hareketle, tenfiz için fiili uygulamanın yeterli olduğunu gözetmeyen yerel mahkeme kararını bozmuştur. Karar için bkz. Ahmet Cemal Ruhi, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*, 4.Baskı, Seçkin, Ankara, 2014, s.352-353.

²⁷ Örneğin, E.2008/1284, K.2009/980 ve 30.1.2009 tarihli kararında, Suriye Medeni Usul Kanununa göre, kanuni mütakabiliyetin var olduğu sonucuna ulaşan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, akdi veya kanuni mütakabiliyet olmasına rağmen, yabancı ülke mahkemeleri Türk mahkeme kararlarını fiilen tenfiz etmiyor ise, mütakabiliyetin gerçekleşmeyeceğini, olumsuz yöndeki fiili mütakabiliyetin akdi veya kanuni mütakabiliyete karşı etkin olduğunu belirtmiştir. Buna göre, Türk mahkeme kararının yabancı ülkede kanuni hükümlere istinaden tenfizi mümkün olmasına rağmen, tenfizin fiilen reddedildiğinin ispatı halinde, mütakabiliyet şartı karşılanmamış olacaktır. Karar için bkz. Ruhi, s.334-336.

²⁸ Çelikel-Erdem, s.710; Nomer, s.519; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4.Bası, Savaş, Ankara, 2016, s.114; Şanlı-Esen-Ataman Fıganmeşe, s.526 dn.371; Cemal Şanlı, "Türk Hukukunda Çocukların Velayetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl.16, S.1-2, 1996, s.75.

²⁹ Nomer, s.519; Doğan, MÖH, s.114; Şanlı-Esen-Ataman Fıganmeşe, s.534.

³⁰ Yargıtay 11.HD, E.2008/1284, K.2009/980, T.30.1.2009, (Ruhi, s.336).

³¹ Ekşi, s.161.

Yukarıda, yabancı mahkeme kararlarının tenfizi için gerekli olan mütekabiliyetin kapsamı ve türleri ile bunların ne şekilde tatbik edildiğine genel hatlarıyla değindik. Mevcut hukuki durum bir yana bırakılırsa, söz konusu şartın bir tenfiz şartı olarak benimsenmiş olması, tanıma-tenfiz hukuku açısından yerindeliği ve gerekliliği geçmişten beri tartışılmalı bir konu olup güncelliğini halen muhafaza etmektedir. Bu konudaki eleştirilerin temelinde, bu şartın tarafların menfaatlerini ilgilendirmemesi, tamamen tenfiz devletinin menfaatlerini gözetmek gayesiyle tanzim edilmiş siyasi nitelikte bir şart olması yatmaktadır.³² Dolayısıyla bu hususun ele alınması, Türk mahkemelerinin mütekabiliyetin varlığı nedeniyle tenfiz talebinin reddi kararlarının, özellikle hukuki veya fiili mütekabiliyetin var olup olmadığına yönelik değerlendirmelerinin, başta davacının olmak üzere, yargılamanın taraflarının AİHS’de güvence altına alınan haklarına uygun olup olmadığını veya hangi hallerde uygun olabileceğini değerlendirmek bakımından yararlı olacağı düşüncesindeyiz. Böyle bir inceleme, AİHS’nin olası bir ihlalinin engellemek adına Türk mahkemelerinin nasıl hareket etmesi gerektiğini veya olası bir şikâyet başvurusunda AİHM’nin nasıl hareket edebileceğini değerlendirmek bakımından yol gösterici olacaktır.

II. MÜTEKABİLİYETİN YABANCI MAHKEME KARARLARININ TENFİZİ ŞARTI OLARAK ARANMASININ YERİNDE OLMADIĞI

Milletlerarası özel hukuk doktrininde, yabancı ilamların tenfiz edilebilmesi için mütekabiliyetin aranmasının gerekliliği ve yerindeliği haklı olarak sorgulanmaktadır. Bir devletin, tenfizi talep edilen yabancı kararın taraflarının menfaatlerinin ikinci plana atılmasını haklı gösterecek ne tür bir menfaatinin olduğu veya bu konuda bir menfaatinin olup olmadığı bu sorgulamanın temelini oluşturmaktadır.

Genellikle yabancılar hukuku alanında uygulama alanı bulan mütekabiliyet, esasen siyasi, hukuki veya ekonomik bir fedakârlığa katlanan devletlerin, diğer devletleri belirli bir davranışta bulunmaya icbar etme vasıtası olarak nitelendirilmektedir.³³ Mütekabiliyet, kişi-

³² Nomer, s.519-520; Demir Gökyayla, s.49; Sakmar, s.90; Tütüncübaşı, s.195-196; Demirkol, s.39.

³³ Şanlı-Esen-Ataman Fıganmeşe, s.336.

lerin vatandaşı oldukları devletin belirli davranışlarının sonuçlarına katlanmak durumunda olduğu fikrine dayanmakta ve hukuki olmak-tan çok siyasi bir mukabele tedbiri teşkil etmektedir.³⁴ Bu açıdan bakıldığında, bu şartın temel gayesinin Türk mahkemelerinden verilen kararların yurt dışında tenfizini sağlamak olduğu söylenebilir.³⁵ Buna karşın, tenfizde bu şartın varlığının yabancı devletlerin davranışlarına herhangi bir etkisinin olup olmadığı da belirsizdir. Oldukça uzun bir geçmişe sahip olmasına, hatta yabancı kararlarının tenfizi sisteminin teorik temelini teşkil ettiği belirtilmesine³⁶ rağmen, söz konusu şartın devletlerin yabancı kararların tenfizi konusundaki politikalarını değiştirmeye sevk ettiği kolaylıkla söylenemez.³⁷ Diğer taraftan, mahkemelerince verilen kararların başka bir devlette tenfiz edilmesinde herhangi bir menfaati olmayan bir devletin, sahip olduğu egemenliğin bir sonucu olarak, yabancı kararların tenfizine imkân tanımayan herhangi bir devlete ait mahkeme kararlarına ülkesinde icrai etkiler tanıyıp tanımamakta tamamen serbest olduğu da bir gerçektir.

Bu bakımdan, tamamen tenfiz devletinin tercihine kalmış olan mütakabiliyetin yabancı kararın taraflarına değil, tenfize konu kararı veren mahkemenin bağlı olduğu devlete yönelik bir şart olması itibarıyla, bir devletin böyle bir şartı tanıma-tenfiz rejiminin bir parçası olarak öngörmesi, psikolojik/manevi bir gereksinimin varlığıyla izah edilebilir. Örneğin, devletin itibarının ve onurunun korunması, ulusal egemenliğini yabancı yargısal otoritelerin müdahalelerine karşı korunması veya egemen devletlerarasındaki eşitliğin korunması amacıyla bu kuralın varlığının muhafaza edildiği söylenebilir. Nitekim doktrinde de, Türk mahkeme kararlarını tenfiz etmeyen bir devletin mahkeme kararlarına Türk mahkemelerinde etki tanınmasının herhangi haklı nedeni olmadığı, bunun devletin sahip olduğu yargı yetkisinden fedakârlık anlamına geleceği, bu nedenle bu fedakârlığın

³⁴ Sakmar, s.89.

³⁵ Tuğrul Arat, "Yabancı İlâmların Tanınması ve Tenfizi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.21, S.1-4, 1964, s.503.

³⁶ Arat, s.503; Pelin Güven, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Ankara, Yetkin, 2013, s.91; İhsan Saracoğlu, "Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi", *İstanbul Barosu Dergisi*, C.49, S.9-10, 1975, s.817; Mehmet Tezgel, *Türk Hukukunda Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.153.

³⁷ Elbalti, s.214; Sakmar, s.89.

karşılığının beklenmesinin normal olduğu ifade edilmektedir.³⁸ Ayrıca, tenfiz mahkemesinin yabancı yargı sisteminin bağımsızlığı veya tarafsızlığı gibi hassas meselelerin yargılama esnasında tartışılmasından kaçınmasına imkân tanınması itibarıyla yararlı olarak dahi görülebilir. Bu açıdan bakıldığında, devletlerin yabancı kararların kendi ülkele-
rindeki etkinliğine izin verip vermemek bakımından sahip oldukları yetkiyi/kozu her zaman ellerinde bulundurma ihtiyacı hissettikleri söylenebilir.³⁹

Bununla beraber, aynı zamanda verildiği devletin egemenliğinin bir tezahürü olan bir mahkeme kararına koşulsuz olarak etkinlik tanınmadığı da unutulmamalıdır. Yabancı bir mahkeme kararı ülkede icra edilebilirlik vasfını, tenfiz devleti mahkemelerince yürütülen bir prosedür sonucunda verilen ve yabancı kararın kendi hukukuna uygunluğunu kabul eden bir mahkeme karardan almaktadır.⁴⁰ Haliyle, mütekabiliyet şartının aranmaması, pratikte tenfiz devletin yargısal bir kapitülasyona maruz kalacağı ve egemenliğinin zedeleneyeceği anlamına gelmemekte, bilakis tenfiz devletin de yargısal egemenliğe sahip olduğunu dolaylı olarak göstermektedir. Dolayısıyla, bu tür psikolojik ve soyut gerekçeler bir tarafa bırakılırsa, -tenfiz devleti açısından- mütekabiliyet şartının aranmasını haklı gösteren herhangi bir neden veya bir devlet menfaati bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, yabancı kararların tenfizini hukuken kabul eden bir devletin, bunu akdi, kanuni veya fiili mütekabiliyet esaslarına istinaden belirli devletlere ait mahkeme kararlarıyla sınırlamak bakımından da tamamen bir serbestiye sahip olduğu, dolayısıyla bunun bir tercih sorunu olduğu da gerçektir. Zira belirli devletlere ait mahkeme kararlarını tenfiz edeceğini öngörmek, prensip olarak yargı yetkisine sahip devletin uluslararası hukuk açısından herhangi bir sorumluluğuna yol açmayacaktır, meğerki mahkemelerinin tenfiz talebini söz konusu şart nedeniyle reddettiği ilgili tarafa kendi mahkemelerine erişim imkânı tanımamış olsun.

³⁸ Demirkol, s.50 dn.180'deki yazarlar.

³⁹ Demir Gökyayla, s.49; Elbalti, s.216.

⁴⁰ Bu husus doktrinde yabancı ilamların tenfizi bakımından şu şekilde ifade edilmiştir: "...icra kabiliyeti yabancı ilama değil, Türk mahkemesinin kararına bağlanmakta ve icra organı sonuç itibarıyla Türk milleti adına verilen karara uyarak işlem yapmış olmaktadır." Bkz. Sakmar, s.144.

Meseleye yabancı mahkeme kararlarının tenfizi davalarının amacı ve bireylerin bu konudaki menfaatleri açısından bakacak olursak, tenfizde bu şartın aranmasının yerindeliği ve gerekliliği daha somut bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Öncelikle, tenfizde aranan mütakabiliyet, yabancılar hukukunda veya yabancıların teminat yatırma yükümlülüğünde öngörülen mütakabiliyetten farklı olarak, yabancı devletin vatandaşlarına yönelik bir tedbir mahiyetinde değildir. Şöyle ki, tenfiz talebinde bulunan kişi her zaman kararın verildiği devlet vatandaşı olmayabileceği gibi, tenfiz devleti vatandaşı da olabilir. Yine, kararın verildiği devlet vatandaşı olmayan, ancak belki de söz konusu devlet mahkemesine başvurmak veya o ülkede aleyhine açılan bir davayı savunmak zorunda kalan bireyler de söz konusu olabilir. Bu durumda, mütakabiliyet şartının aranmasıyla, ister vatandaş isterse yabancı olsun, salt üçüncü devletler ile –belki de henüz olmayan- siyasi ilişkilere dayanarak bireylerin yabancı ülkede elde etmiş oldukları özel hukuka ilişkin haklarından istifade etmeleri kısıtlanmış olmaktadır.⁴¹ Ayrıca, yabancılar hukukunda benimsenen mütakabiliyetin temelinde, Türk vatandaşlarının yabancıların vatandaşı olduğu ülkede aynı veya benzer haklardan yararlanmasını temin etme düşüncesi yatmaktadır.⁴² Yabancılar hukukunda teorik mahiyette de olsa Türk vatandaşlarının menfaatlerine hizmet eden mütakabiliyet, tenfizde ise bireylerin menfaatleri bir yana, duruma göre lehine bir karar elde eden Türk vatandaşlarının zarara uğramasının göze alınması anlamına gelmektedir.⁴³ Bu bakımdan, mütakabiliyetin bulunmadığı hallerde, tenfize konu kararı veren devlet değil, doğrudan yabancı mahkemece tevsik edilen özel hukuka ilişkin bir haktan tenfiz devletinde yararlanmak isteyen taraf cezalandırılmaktadır.⁴⁴ Dolayısıyla, bu örnek dahi mütakabiliyetin bir tenfiz şartı olarak aranmasının teorik olarak herhangi bir amaca hizmet etmediğini ve hiçbir yarar sağlamadığını tek başına göstermektedir.

⁴¹ Sakmar, s.89-90.

⁴² Çelikel-Gelgel, s.66-67; Doğan, Yabancılar, s.38; Günseli Öztekin Gelgel, “Yabancıların Taşınmazlara İlişkin Mülkiyet ve Sınırlı Ayni Haklardan Yararlanmasında Mütakabiliyet İlkesi”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, C.23, S.1-2, 2003, s.407; Fügen Sargın, Yabancı Gerçek Kişilerin Türkiye’de Taşınmaz Mal Edinmeleri ve Sınırlı Ayni Haklardan Yararlanmaları, Yetkin, Ankara, 1997, s.61.

⁴³ Nomer, s.520; Rona Aybay- Esra Dardağan, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), 2. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s.301.

⁴⁴ Ekşi, s.177.

İkinci olarak, yabancı mahkeme kararın tenfizi davası, bireyler tarafından yabancı ülkede elde edilen özel hukuka ilişkin bir haktan tenfiz devletinde yararlanmak gayesiyle açılmaktadır. Yabancı kararların tanınması-tenfizinin dünya üzerinde bu denli kabule mazhar olmasında, milletlerarası karakterli özel hukuk ilişkilerin yaygınlaşması nedeniyle bu tür ilişkiler çerçevesinde elde edilen kararların tenfiz ettirilmesine duyulan ihtiyacın artması etkili olmuştur.⁴⁵ Önceleri teorik olarak mütekabiliyet şartına yer verilmesi, milletlerarası nezaket ve iyiniyet ilkelerine dayandırılmaktaydı. Günümüzde yabancı kararın tenfiz edilmesinin sebebi, yabancı devletlere karşı bir nezaket veya iyi niyet göstermek değil, milletlerarası ilişkilerin özel hukuk alanında düzenli bir şekilde yürütülebilmesini sağlamaktır.⁴⁶ Bu nedenledir ki devletler geçmişe nazaran giderek artan bir şekilde gerek ulusal gerekse uluslararası tanıma-tenfiz rejimlerinde yabancı kararlarının tanınması-tenfizini mümkün mertebe kolaylaştıracak normatif düzenlemeler tanzim etme yoluna gitmektedir. Mütekabiliyetin bir tenfiz engeli olarak kaldırılmasında veya kanun koyucular tarafından benimsenen bu şartın içtihatlar yoluyla yumuşatılmasında bu düşüncenin etkili olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır.⁴⁷ Bu nedenle, bir taraftan yabancı kararların tenfizini mümkün mertebe kolaylaştıran birtakım asgari şartlar öngören devletin, diğer taraftan bunu mütekabiliyet gibi ne devletin ne de bireylerin menfaatlerini korumaya hizmet eden bir koşula bağlamaları, hatta mahkemelerinin tenfizin engellenmesi zımında söz konusu şartı daraltıcı bir şekilde yorumlamamaları günümüz ihtiyaçlarıyla bağdaşmamaktadır.

Üçüncü ve daha önemlisi, yabancı ülkede tamamen dürüst ve adil bir yargılama sonucunda verilen ve tenfize ilişkin tüm şartları karşılayan bir yabancı kararın salt mütekabiliyet nedeniyle tenfiz edilmemesi, özel hukuk kişilerinin -esasen yine aynı devlet tarafından korunması gereken- menfaatlerinin devletin aslında olmayan bir menfaatine kurban edilmesi manasına gelmektedir. Oysa iki özel hukuk kişisi arasındaki hak uyumsuzluğunun, çeşitli nedenlerle kendi mahkemelerinden önce yabancı bir mahkemece karara bağlanmış olmasında tenfiz dev-

⁴⁵ Benzer yönde bkz. Demirkol, s.51-52.

⁴⁶ Sakmar, s.89.

⁴⁷ Karşılaştırmalı hukukta bu yöndeki mahkeme tatbikatı hakkında bkz. Elbalti, s.190-200.

letin menfaatlerini haleldar edecek bir hal bulunmamaktadır. Siyasi anlaşmazlık halinde olunan bir devlet mahkemesinden sadır olduğu hallerde dahi, devletin ekonomik veya mali menfaatlerini ya da egemenliğini zedeleyebileceği düşünülen söz konusu karara karşı kamu düzeni müdahalesinin devreye sokulması tek başına yeterlidir.⁴⁸ Söz konusu yabancı kararın davalının haklarını haleldar edebileceği iddialarına karşı kamu düzeni müdahalesi, gerek davalının gerekse davalının şahsında toplumun menfaatlerinin yeterince korunmasını temin edebilecek mahiyette bir tenfiz şartıdır.

Bu noktada, davacının yabancı ülkede dava açmadan evvel Türk hukukunda yer alan mütakabiliyet şartını göz önünde bulundurması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak, yabancı ülkede davanın açıldığı an itibarıyla, davacının mütakabiliyetin var olup olmadığını önceden araştırması gerekmebileceği gibi, her iki tarafın bunu önceden öngörebilecekleri de her zaman söylenemez. Zira yabancı mahkemedeki taraflar, söz konusu mahkemece verilen kararın başka bir ülkede tenfiz davasına konu olabileceğini her zaman öngöremeyebilir. Ayrıca, fiili mütakabiliyetin diğer mütakabiliyet türlerine üstün tutulduğu Türk hukukunda, kararın verildiği devlet ile Türkiye arasında mütakabiliyetin her an değişmesi ihtimali bulunmaktadır. Tüm bu açıklamalar bir yana, hangi devlet mahkemesince verilirse verilsin, yabancı karar bir yönüyle verildiği devletin egemenliğini yansıtsa da, diğer yönüyle iki özel hukuk kişisi arasındaki hak uyuşmazlığını çözüme kavuşturmakta, bir taraf lehine ortaya çıkan adli bir hakikati ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, lehine bir karar elde eden tarafa, bir taraftan tenfiz davası açabilme imkânı tanırken, diğer taraftan somut bir davada devletin hangi menfaatini koruduğu veya hangi amaca hizmet ettiği tam olarak anlaşılamayan mütakabiliyet şartının dayatılmasının hakkaniyetle bağdaştığı kolayca söylenemez.

Yukarıda doktrinindeki görüşlerden hareketle yaptığımız açıklamaları özetleyecek olursak, mütakabiliyet şartının ne kararın verildiği devlete ne tenfiz devletine ne de davacıya herhangi bir faydası bulunmaktadır. Zira öncelikle tenfize konu kararı veren yabancı mahkeme, önüne gelen özel hukuka ilişkin hak uyuşmazlığını karara bağlayarak kendisine düşen yükümlülüğü yerine getirmiştir. Diğer yandan,

⁴⁸ Benzer yönde bkz. Demirkol, s.52.

yabancı ülkede adalete muvafık bir şekilde verilen yabancı karara salt bu şart nedeniyle etki tanımayan bir devletin, ilgili tarafa hakkını elde edebilmesi için aynı uyumsuzluğu yeniden dava konusu yapabilmesi imkânı tanınması gerekecektir. Bu durumda, yabancı karara konu uyumsuzluğun tarafları ve konusuna bağlı olarak yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmaması ihtimali bulunmaktadır.⁴⁹ Ayrıca, kendi mahkemelerine erişim imkânı sağlaması halinde, prensip olarak tenfiz devletin insan haklarından sorumluluğu gündeme gelmesi dahi, devletin böyle bir şart öngörmesi mahkemelerine diğer tenfiz şartlarını karşılayan yabancı kararın tenfizine hükmetmek yerine aynı davayı esastan görüp karara bağlama külfeti yüklemekten başka bir mana ifade etmemektedir.

Mütekabiliyetin bir tenfiz engeli olarak aranması, doğal olarak asıl etkisini yabancı kararın/tenfiz yargılamasının tarafları üzerinde göstermektedir. Şöyle ki, mütekabiliyet nedeniyle açmış olduğu tenfiz davası reddedilen taraf, aynı davayı davalıya karşı yeniden açmak zorunda kalacak, belki de davalıya karşı –yetkili bir mahkeme yokluğundan- tenfiz devletinde söz konusu davayı açma imkânından mahrum kalacaktır. Yabancı ülkede dava açmayı tercih eden davacının kendisinin bu duruma yol açtığı ileri sürülebilirse de, bu her zaman ve otomatikman davacıya yüklenebilecek bir husus olarak görülemeyecektir.⁵⁰ Bu bakımdan, mütekabiliyet şartının, tenfiz davasının süjelerinden sadece davalının yararına olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır. Zira davalı, diğer tenfiz şartlarının varlığına rağmen, böyle bir şart sayesinde kendisine yöneltilen bu tür bir dava tehdidinden kurtulmuş olacaktır. Oysa doktrinde de ifade edildiği üzere, Türk hukukunda yer alan diğer tenfiz engelleri, yabancı ülkede gayri adil bir yargılamaya/karara maruz kaldığını düşünen davalıları, bu tür bir kararın tenfizine karşı yeterince koruyacak mahiyettedir ve doğrudan muhtemel davalıların korunmasına matuftur.⁵¹ Dolayısıyla, tenfiz devletin elle tutulur bir menfaatine hizmet etmeyen mütekabiliyet, tenfiz devletince

⁴⁹ Sarıöz Büyükalp, s.476.

⁵⁰ Örneğin, davacı tarafı olduğu münhasır yetki anlaşması nedeniyle, tenfiz devleti mahkemesinde değil anlaşmayla yetkili kılınmış olan yabancı mahkemede bir dava açmış ve lehine bir karar elde etmiş olabilir. Yine, yabancı mahkemede lehine bir karar elde ederek tenfiz talebinde bulunan taraf, yabancı ülkede dava açan taraf değil, aleyhine bir dava açılan taraf olabilir.

⁵¹ Nomer, s.519.

davaliya bahşedilen, gerçekte davacıya karşı davaliya hiç gereği olmayan, ekstra bir koruma sağlamaktan başka bir şey ifade etmemektedir. Başka bir ifadeyle, söz konusu şart özelinde davacının tenfiz davası açmaktaki menfaatine nazaran davalının yabancı kararın tenfiz edilmesini gerektiren herhangi bir korunmaya değer menfaati yoktur. Bu bakımdan, objektif olarak bakıldığında, mütakabiliyet şartı, yabancı kararın tenfizi konusunda taraflar arasındaki menfaat dengesini bir taraf aleyhine bozan, hakkaniyetle bağdaşmayan bir tenfiz engeli niteliğindedir. Sonuç olarak, bu açıklamalarımız mütakabiliyetin bir tenfiz engeli olarak aranmasının ve mütakabiliyetin karşılanmadığı gerekçeyle tenfiz taleplerinin reddedilmesinin yerinde olmadığını fazlasıyla ortaya koymaktadır.

III. MÜTEKABİLİYET ŞARTININ TATBİKİ SURETİYLE VERİLEN TENFİZE İLİŞKİN KARARLARIN AİHS'NE UYGUNLUĞU

A. Genel Olarak

Yabancı mahkeme kararlarının tenfizi kurumunun amacı göz önüne alındığında, genel ve soyut olarak mütakabiliyet şartının yabancı karara müstenit bir haktan tenfiz devletinde de yararlanmak isteyen tarafın bu konudaki menfaatini hiç dikkate almadığı, daha doğrusu davaliya esaslı bir avantaj sağladığı bir gerçektir. Bu nedenle bir tenfiz engeli olarak mütakabiliyetin temel haklarla, hususen AİHS'yle bağdaşmadığı,⁵² mütakabiliyetin karşılanmaması nedeniyle ortaya çıkan sonucun, yani yabancı kararın tenfizi talebinin reddinin adil yargılanma hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil ettiği ve hakkın özüne zarar verdiği⁵³ iddialarında haklılık payı olduğu da bir gerçektir.

Diğer taraftan, yukarıda sıkça ifade ettiğimiz üzere, bir devletin başka bir devlete karşı olan/olmayan tutumu, kendi yargı alanında olan bireylerin -ki bu bireyler başka bir devletin vatandaşı olabileceği gibi o devletin vatandaşı da olabilir- AİHS'de yer alan kimi haklarından yararlanmasını engellemektedir. Bu açıdan, mütakabiliyet şartının

⁵² Sakmar, s.89; Kinsch, Droits l'homme, s.105-106.

⁵³ Sariöz Büyükalp, s.477. Yazar, bu şartın karşılanmaması halinde ortaya çıkan sonucun AİHS m.6(1)'e, yani adil yargılanma hakkına aykırılığı AİHS m.6(1)'in bir unsuru olan "kararın icrası hakkı"na dayandırmaktadır.

bizatihi kendisinin AİHS'nin öngörmüş olduğu insan haklarını koruma sistemiyle bağdaşmadığı söylenebilir. Nitekim AİHM, mütakabiliyet şartının tatbikinin P-1 m.1'e aykırılığının tartışma konusu yapıldığı bazı kararlarında, AİHS'nin klasik uluslararası sözleşmelerden farklı olarak insan haklarını kolektif güvenceye alan ve taraf devletlere objektif yükümlülükler yükleyen bir belge olduğuna vurgu yapmıştır. Devletlerin AİHS'ne taraf olmasındaki amacın kendi çıkarlarını korumak olmadığını, özgürlükler ve hukukun üstünlüğü gibi ortak değerleri korumak amacıyla ortak bir kamu düzeni yaratmak olduğunu ifade etmiştir.⁵⁴ Her ne kadar AİHM, aşağıda kısmen değineceğimiz kararlarda mütakabiliyet şartının AİHS açısından yerindeliğini değil, söz konusu şartın tatbikinin başvuruçuların haklarına olan etkilerini ele almış gibi görünse de, soruna yaklaşımı, taraf devletlerin temel hak ve özgürlüklerden istifade edilmesinde mütakabiliyet şartını aramasının AİHS'ne aykırı olduğu düşüncesinde olduğu izlenimi uyandırmaktadır.⁵⁵

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, AİHM'nin henüz salt mütakabiliyet şartının karşılan(ma)dığı gerekçesiyle reddedilen (veya kabul edilen) bir tenfiz talebinin AİHS'ne aykırı olup olmadığını ele aldığı herhangi bir kararı bulunmamaktadır. Ancak, AİHM'nin mütakabiliyet şartının bir tenfiz engeli olarak aranması nedeniyle yapılacak olası bir şikâyet başvurusunda da, incelemesine yukarıdaki kararlara atfen benzer bir vurgu yaparak başlaması ve benzer bir izlenimin ortaya çıkması kuvvetle muhtemeldir. Diğer taraftan, yukarıda mütakabiliyet şartının bir tenfiz engeli olarak aranmasının yerindeliği bahsinde yapmış olduğumuz açıklamalar da göz önüne alındığında, mütakabiliyet şartının temel hak ve özgürlüklerin korunması alanında tatbikinin yerinde olmadığı da bir gerçektir. Bu bakımdan, mütakabiliyet esasının kategorik olarak insan haklarına uygun olmadığı görüşüne⁵⁶ katılmanın mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

⁵⁴ Bkz. Apostolidei v. Türkiye, no.45628/99, 27 Mart 2007, para.71; Nacaryan ve Der-yan v. Türkiye, no.19558/02, 8 Ocak 2008, para.49.

⁵⁵ H. Burak Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Beta, İstanbul, 2009, s.459, dn.1420; Ayşe Yasemin Aydoğmuş, AİHS'e Ek 1 No'lu Protokole Göre Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz Edinmesi, On İki Levha, İstanbul 2016, s.454.

⁵⁶ Gemalmaz, s.459, dn.1420; Aydoğmuş, s.454. Türk yabancılar hukuku doktrininde de, özellikle bireylerin AİHS'de yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarının mütakabiliyet şartına bağlanmadığından hareketle, yabancıların temel haklardan yararlanmasının bu şarta bağlanmasının yerinde olmadığı dolaylı olarak ifade edilmektedir. Bkz. Doğan, Yabancılar, s.39; Çiçekli, s.47-48.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, henüz salt mütakabiliyet şartının karşılan(ma)dığı gerekçesiyle reddedilen (veya kabul edilen) bir tenfiz talebinin AİHS'ne aykırılığının ileri sürüldüğü bir AİHM içtihadı bulunmamaktadır. Haliyle, milletlerarası özel hukuk doktrininde ileri sürülen söz konusu şartın (tatbikinin) ilgili tarafın AİHS'de güvence altına alınan bir hakkıyla bağdaşmadığı iddiaları -henüz- teorik niteliktedir ve AİHM'nin olası bir şikâyet başvurusunda meseleye nasıl bakacağı ele alınmamış görünmektedir. Bu nedenle, AİHM'nin konuyu ne şekilde değerlendireceğini ele almanın, mütakabiliyet şartının bir tenfiz engeli olarak tatbikinin AİHS'ne uygun olup olmadığının anlaşılması bakımından daha yararlı olacağı kanaatindeyiz. Bu kapsamda akla ilk olarak, mütakabiliyet şartının karşılanıp karşılanmadığını resen araştırmak zorunda olan bir Türk mahkemesinin söz konusu şartın yokluğunu *doğru bir şekilde tespit ederek* yabancı kararın tenfizi talebini reddetmesi ihtimalinde, AİHM'nin nasıl bir değerlendirme yapacağı sorusu gelmektedir. Başka bir ifadeyle, niteliği itibarıyla AİHS'yle bağdaşmadığı ileri sürülen mütakabiliyetin bir tenfiz engeli olarak mevcut olup olmadığını doğru bir şekilde araştırarak ve sonucunda mütakabiliyetin bulunmadığına karar vererek davacının AİHS'de yer alan haklardan kendi hukuk düzeninde yararlanmasına izin vermeyen bir ulusal mahkemenin söz konusu tasarrufu AİHS'de yer alan haklarla bağdaşmakta mıdır?

İkinci olarak, bir tenfiz engeli olarak mütakabiliyetin gerçekleşip gerçekleşmediğini resen araştırmakla yükümlü olan bir Türk mahkemesinin, mütakabiliyetin varlığını ve kapsamını *eksik veya hatalı bir şekilde araştırması ve/veya tespit etmesi* söz konusu olabilir ki bunun duruma göre davacının veya davalının Sözleşmesel haklarına aykırı bir sonuca yol açtığı ileri sürülebilir. Böyle bir durum, esasen birbiriyle irtibatlı olan iki farklı şekilde ortaya çıkabilir. Birincisi, kararın verildiği ülke ile Türkiye arasında benzer nitelikteki ilamların tenfizine dair akdi, kanuni veya fiili mütakabiliyetin var olup olmadığı konusunda yeterli ve doğru bilgi sahibi olmaksızın söz konusu şartın karşılan(ma)dığına kanaat getirmesi, ilgili tarafın AİHS m.6(1)'de korunan hakkaniyete uygun yargılanma hakkına aykırı olarak nitelendirilebilir. İkincisi, MÖHUK m.54(a)'da mütakabiliyet şartının, yabancı kararın tenfizini engelleyecek surette dar bir şekilde yorumlanması AİHS m.6(1)'in ve AİHS'ne ek 1 no'lu Protokol m.1'de (P-1 m.1) güvence altına alı-

nan mülkiyet hakkının veya AİHS m.8’de yer alan aile hayatına saygı hakkının ihlaline yol açabilir. Bu bakımdan, yukarıdaki iki farklı ihtimalden hareketle mütekabiliyet şartının tatbiki suretiyle gerçekleşen, özellikle davacının AİHS m.6(1) ve/veya P-1 m.1’deki haklarına yönelik müdahalenin meşru olup olmadığı konusunda AİHM’nin nasıl bir değerlendirme yapabileceğini tahmin etmeye çalışacağız. Bu noktada, olası bir başvuruda, AİHM’nin tarafımızca yapılmış olan mütekabiliyetin karşılanıp karşılanmadığının doğru/yanlış veya eksik bir şekilde tespit edilmesi gibi bu tür bir ayrımdan hareket etmeyeceğini belirtmek gerekir. Zira AİHM, ulusal mevzuatın doğru veya yanlış bir şekilde tatbik edilip edilmediği ile ilgilenmemekte, söz konusu kuralların tatbiki suretiyle ortaya çıkan durumun başvuru sahiplerinin ilgili Sözleşme hakkını ihlal edilip etmediğini incelemektedir. Dolayısıyla, böyle bir ayrımın, AİHM’nin izlemiş olduğu ilgili Sözleşme hakkına yönelik müdahalenin meşru olup olmadığına yönelik denetim sisteminden değil, mütekabiliyet şartının kategorik olarak AİHS’yle bağdaşmadığı anlayışından ilham alınarak yapıldığını belirtmeliyiz.

B. AİHS m.6(1) Açısından

1. Genel Olarak

Yabancı mahkemece verilen kararın tenfizinin Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmediğini ve diğer tenfiz koşullarının gerçekleştiğini tespit eden bir Türk mahkemesinin mütekabiliyetin yokluğu nedeniyle yabancı kararın tenfiz talebini reddetmesi, doğal olarak davacının adil yargılanma hakkına müdahale teşkil edecektir. Benzer şekilde, mütekabiliyetin varlığına kanaat getirmesi halinde ise, yabancı kararın tenfizine karar verecektir ki bu da davalının adil yargılanma hakkına müdahale anlamına gelecektir. AİHS m.6(1)’e yönelik böyle bir müdahalenin hangi hallerde meşru sayılacağını tespiti için, öncelikle bu şartın tatbikinin AİHS m.6(1)’in kapsamına giren hangi hakla ilişkili olduğunun tespiti gerekmektedir.

Burada, davacının açmış olduğu yabancı mahkeme kararının tenfizi davası, yetkili mahkemenin yokluğu veya hukuki yarar şartının karşılanmaması gibi tanıma-tenfiz usulüne ilişkin bir kuraldan ziyade, yabancı kararın tenfizi için karşılanması gereken bir tenfiz şartının yorumu ve tatbiki suretiyle reddedilmiş olacaktır. Dolayısıyla, AİHM’nin

böyle bir şikâyeti AİHS m.6(1)'in temel unsuru olan hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında mütalaa edeceğini söylemek mümkündür. Zira tanıma-tenfiz talebinin tanıma-tenfize konu kararı veren yabancı mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddinin şikâyete konu yapıldığı başvurularda, AİHM'nin taraf devlet mahkemelerince verilen böyle bir kararı, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında mütalaa ettiği görülmekte ve söz konusu hakka müdahale teşkil ettiğini kabul etmektedir.⁵⁷

Gerçi bu noktada, AİHM'nin *McDonald v. Fransa* kararının, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi taleplerinin herhangi bir tanıma-tenfiz şartının yorumu ve tatbiki suretiyle reddedildiği veya

⁵⁷ Bkz. *McDonald v. Fransa*, no.18648/04, 29 Nisan 2008, En Droit, B. Söz konusu kararda, Fransa'da yaşamış ve bir Fransız vatandaşı ile evli olan ABD vatandaşı bir diplomat olan başvuru, Fransız mahkemelerinde karısına karşı boşanma davası açmış, ancak boşanma talebinin reddedilmesi üzerine aynı davayı Florida mahkemelerinde açmıştır. Davanın yetki itirazına rağmen başvuru Florida'da ikamet ettiği gerekçesiyle yetkili olduğuna karar veren Florida mahkemeleri, boşanmaya hükmetmiştir. ABD mahkemesince verilen boşanma kararının tanınması talebi, Fransız mahkemelerince davalı kadının Fransız vatandaşlığından dolayı MK m.15 hükmünün Fransız mahkemelerine münhasır yetki bahsettiği, davanın özellikleri dikkate alındığında ABD mahkemelerinin yetkisinin aşırı nitelikte olduğu ve Fransa'nın dava bakımından doğal forum mahiyetinde olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Ayrıca, Fransız mahkemeleri başvuru Fransız mahkemelerince reddedilen boşanma davasının kendisine yüklemiş olduğu yükümlülüklerden kurtulmak amacıyla ABD mahkemelerinde elde ettiği boşanma kararını tanıtmak istediği, dolayısıyla hileli davrandığını tespit etmiştir. Bkz. *McDonald v. Fransa*, En Fait A. AİHS m.6(1)'in yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi davaları bakımından da uygulama alanı bulacağını tespit ederek incelemesine başlayan AİHM, öncelikle "ABD mahkeme kararının tanınmasının reddedilmesinin başvuru hakkaniyete uygun yargılanma hakkına müdahale teşkil ettiğini (La Cour reconnaît que le refus d'accorder l'exequatur des jugements du tribunal américain a représenté une ingérence dans le droit au procès équitable du requérant..)" kabul etmiştir. Ardından, başvuru usuli davranışlarından yola çıkarak, Fransız mahkemelerince verilen boşanma talebinin reddine ilişkin karara karşı temyize gitmek yerine davalı Fransız vatandaşına karşı ABD mahkemelerinde dava açmayı tercih eden, yetkiye ve kesin hükmeye ilişkin Fransız usul kurallarını dolanmayı amaçlayan davacının tanıma talebini reddeden Fransız mahkemelerinin bu nedenlerle eleştirilemeyeceğini belirtmiştir. AİHM, hiç kimsenin kendi eylemleri/hareketsizliği nedeniyle ortaya çıkmasında katkısının/yardıminin olduğu bir durumdan yakınmayacağını belirterek AİHS m.6(1)'in ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Bkz. *McDonald v. Fransa*, En Droit, B. AİHM'nin benzer bir yaklaşımı, yabancı evlat edinme kararının kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle reddedilmesinin şikâyete konu yapıldığı başka bir kararda da sergilediğini söylemek mümkündür. Bkz. *Negreptotis-Giannisis v. Yunanistan*, no.56759/08, 3 Mayıs 2011, para.85 vd.

kabul edildiği hallerde, böyle bir karara istinaden yapılan şikâyet başvurularında AİHS m.6(1)'de yer alan hangi hakka istinat edilmesi gerektiği konusunda teorik tartışmalara yol açtığı görülmektedir. Esasen Fransızca olan kararın metninde “*le droit au procès équitable (right to a fair trial)*” ifadesinin böyle bir tartışmaya yol açtığı söylenebilir. Zira AİHM'nin bu ifadeyle (genel olarak) *adil yargılanma hakkına* mı atıf yaptığı yoksa AİHS m.6(1)'de yer alan haklardan biri olan *hakkaniyete uygun yargılanma hakkına (right to a fair hearing)* yönelik bir müdahaleden mi bahsettiği tereddüdü hâsıl olabilmektedir.⁵⁸ Bazı yazarlar AİHM'nin burada hakkaniyete uygun yargılanma hakkına (*right to a fair hearing*) değindiğini ifade etmekte,⁵⁹ bazı yazarlar ise AİHM'nin söz konusu kararına ilişkin değerlendirmelerini, genel olarak adil yargılanma hakkı kapsamında mütalaa etmektedir.⁶⁰ Kimi yazarların ise, yabancı kararların tanınması-tenfizi talebinin reddedilmesiyle gerçekleşen böyle bir müdahaleyi, AİHM tarafından AİHS m.6(1) kapsamında mütalaa edilen “*kesinleşmiş ve bağlayıcı mahkeme kararlarının icrası hakkı*” kapsamında değerlendirdiği⁶¹ görülmektedir.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, AİHM konuya ilişkin daha sonraki içtihatlarında böyle bir ifadeye yer vermemiştir. Ancak, adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS'nin 6. maddesi, pek çok hak ve ilkeyi içeren genel bir madde olup, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı

⁵⁸ Çünkü AİHS m.6'nın Fransızca metnindeki başlığı “*le droit au procès équitable*” iken, İngilizce metni ise “*right to a fair trial*” şeklinde başlıklandırılmıştır. Madenin içeriğinde geçen “*équitablement*” ve “*fair*” kelimeleri ise Türkiye’de “adil”, “hakkaniyete uygun”, “dürüst” olarak tercüme edilmektedir. Dolayısıyla, çeşitli yazarlarca “*fair trial/procès équitable*” teriminin Türkçeye “adil yargılanma”, “doğru yargılanma”, “düzgün yargı”, “dürüst yargılanma”, “hakkaniyetle yargılanma” ve “hakkaniyete uygun yargılanma” şeklinde tercüme edildiği görülmektedir. AİHS m.6'nın Fransızca ve İngiliz metninde yer alan söz konusu kavramlar ile bunların Türk hukukunda hangi kavramlara tekabül ettiği hakkında doktrinde ileri sürülen görüşler ile kavramlar arasındaki terminolojik benzerlikler-farklılıklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sibel İnçeoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 4. Bası, Beta, İstanbul, 2013, s.2-4; Sarıöz Büyükalp, s.13-16.

⁵⁹ Dean Spielmann, “Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions-Requirements Under the European Convention on Human Rights: An Overview”, *Cyprus Human Rights Law Review*, Vol.1(1), 2012, s.16; Fawcett-Shúilleabháin-Shah, s.176.

⁶⁰ Kiestra, s.203-204; Fügen Sargın, “Yabancı Mahkeme İlâmlarına Dayalı İcra Yoluyla Takip Edilebilirliğe Bir Engel Olarak “Zamanaşımı””, *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, Yıl.2017, C.6 S.2, s.332.

⁶¹ Sarıöz Büyükalp, s.439, 477.

(*right to a fair hearing*), 6. maddedeki haklardan sadece biri olarak kabul görmektedir.⁶² Ayrıca, doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere, AİHS m.6(1)'in İngilizce metnindeki "*fair hearing*" ifadesi karşısında, "*fair trial*" kavramının 6. maddenin bütününe işaret eden genel ve üst bir kavram olarak adil yargılanma kavramının karşılığı olduğu, "*fair hearing*" kavramının ise, "hakkaniyete uygun yargılama" anlamına geldiği ve adil yargılanma kavramının bir alt unsuru olduğu, dolayısıyla iki kavramın birbiriyle karıştırılmaması gerektiği ifade edilmektedir.⁶³ Diğer yandan, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, AİHS m.6'daki belirli bir hak ihlal edilmemiş olsa dahi, yargılama faaliyetinin bir bütün olarak değerlendirilmesi suretiyle adil bir yargılama yapıp yapılmadığını değerlendirme fırsatı sunması itibarıyla, söz konusu maddedeki diğer hakların kapsamına girmeyen ihlal iddiaları bakımından uygulanabilir, açık uçlu bir hak olarak nitelendirilmektedir.⁶⁴ Bu nedenle, AİHM'nin yukarıda özetini vermiş olduğumuz kararda, hakkaniyete uygun yargılama hakkını istihdaf ettiği ve bu yönde değerlendirmede bulunduğu kanaatindeyiz. Ayrıca, *Vrbica v. Hırvatistan* kararında AİHM çoğunluğundan farklı olarak, iki Yargıçın AİHS m.6(1)'in ihlali mahkemeye erişim hakkı yerine hakkaniyete uygun yargılanma hakkına dayandırmaları da bu görüşü destekler niteliktedir.⁶⁵

Gerçekten, yabancı kararın tanınması veya tenfizinin, tanıma-tenfiz şartlarından birinin yokluğu nedeniyle reddedildiği hallerde, söz konusu şarta dayanılarak verilen red kararının AİHS m.6(1)'e uygunluğu, AİHM tarafından hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmiştir ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Şüphesiz bu görüşe, yabancı kararın tanınması-tenfizi talebinin yabancı kararla ortaya çıkan hukuki veya icrai etkilerin tanıma-tenfiz devletinde de kabul edilmesine yönelik olduğu gerekçesiyle karşı çıkılabilir. Böyle bir talebin bir tanıma-tenfiz şartı nedeniyle reddedilmesinin, yabancı kararın -ulusal mahkeme kararı gibi- uygulanmasını engellediği ileri sürülebilir. Bu kapsamda, tıpkı hukuki yararın yokluğu gibi usuli bir

⁶² Inceoğlu, s.2-3.

⁶³ Inceoğlu, s.3.

⁶⁴ David Harris-Michael O'Boyle-Colin Warbrick, *Law on The European Convention on Human Rights*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2009, s.246.

⁶⁵ *Vrbica v. Hırvatistan*, no.32540/05, 1 Nisan 2010, Concurring Opinion of Judge Spielmann, para.2; Concurring Opinion of Judge Malinverni, para.14-15.

kural nedeniyle reddedilmesinde olduğu gibi, böyle bir nedenle red kararı verilmesi de mahkemeye erişim hakkıyla ilişkilendirilebilir. Dolayısıyla, herhangi bir tanıma-tenfiz şartının karşılanmadığı gerekçeyle verilen red kararının, davacının mahkemeye erişim hakkına müdahale ettiği ileri sürülebilir. Ancak, burada mahkemeye erişim hakkı-tenfiz davalarında da- bireylere erişilen mahkemeden mutlaka kendi lehlerine bir karar elde etme hakkını güvence altına almadığı gibi, tenfiz şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini tartışma imkânı bulan bir davacının mahkemeye erişim hakkından yararlanamadığını iddia etmek pek mantıklı gelmemektedir. Ayrıca, burada bir özel hukuk davası sonucunda verilmiş ve kesinleşmiş bir mahkeme kararının uygulanması söz konusu olmadığı gibi, açılan tanıma-tenfiz davası böyle bir davanın açılmasını engelleyen herhangi bir usuli kuralın varlığı nedeniyle de reddedilmemektedir. Bilakis, davacı tanıma-tenfiz devletin öngördüğü usuli kurallara istinaden tanıma-tenfiz davası açarak mahkemeye erişim hakkından yararlanmıştır. Artık bu noktadan sonra, tıpkı dava şartlarının varlığına kanaat getirerek esastan incelemeye geçen bir mahkeme gibi, tanıma-tenfiz mahkemesi de ilgili tanıma-tenfiz şartlarının karşılanıp karşılanmadığını değerlendirmektedir. Ayrıca, ulusal mahkemelerin, ilgili tanıma-tenfiz şartının hangi gerekçeyle karşılanmadığını da gerekçeli olarak açıklamak zorunda olması⁶⁶ dahi, tanıma-tenfiz davalarının bir tenfiz şartının yokluğu nedeniyle reddedilmesini hakkaniyete uygun yargılanma hakkıyla ilişkilendirmek için yeterlidir. Bu nedenle, AİHM'nin mütekabiliyet şartının AİHS m.6(1)'e uygunluğunu, mahkemeye erişim hakkı veya kararın icrası hakkı kapsamında değil, kendisine yargılamanın bir bütün olarak hakkaniyete uygun olup olmadığını değerlendirme imkânı sunan bu hak kapsamında değerlendireceğini söylemek mümkündür.

2. Mütekabiliyetin Sağlanmadığının Doğru Bir Şekilde Araştırılıp Tespit Edilmesi Halinde

Mütekabiliyet esasının niteliği itibarıyla AİHS'yle bağdaşmadığına yönelik görüşler dikkate alındığında, bir tenfiz mahkemesinin mütekabiliyetin karşılanıp karşılanmadığını *doğru bir şekilde araştırıp tespit ederek yabancı kararın tenfizi talebini reddetmesi/kabul etmesi*

⁶⁶ Arslan, s.716 vd.

halinde, ilgili tarafın böyle bir kararın hakkaniyete uygun yargılanma hakkına aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmesi mümkündür. Böyle bir durumda, davacının mütakabiliyet şartının ne kendisinin ne de davalının haklarının korunmasına hizmet etmeyen bir şart olduğunu, daha yargılamanın başında böyle bir şartın yabancı kararın tenfiz edilip edilmemesi konusunda taraflar arasında bir eşitsizliğe yol açtığını ileri sürmesi kuvvetle muhtemeldir.

Gerçekten, yabancı kararın tenfizinin davalı devletin hukuk düzeni açısından herhangi bir mahzuru olmamasına rağmen, salt başka bir devletin yargı organınca tespit edildiğinden bahisle özel hukuka ilişkin bir hakka/yükümlülüğe kendi hukuk düzeninde icrai etki tanımamak yerinde değildir. Bir devletin, diğer bir devletle olan, belki de olmayan ilişkilerini/rekabetini mütakabiliyet esası üzerinden yürütmeleri, vatandaşlarının veya vatandaş olmayan bireylerin özel hukuka yönelik adalet taleplerinin reddedilmesine yol açmaktadır.⁶⁷ Hatta aynı hakkın yabancı ülkede hakemlerce tespit/tevsik edildiği düşünüldüğünde, söz konusu şartın AİHS m.6(1) açısından yerinde olmadığı açıkça ortaya çıkmaktadır. Ancak, yukarıdaki hususlara rağmen, AİHM'nin aşağıdaki nedenlerden dolayı aksi yönde bir kanaati varması kuvvetle muhtemeldir.

Öncelikle, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi kurumu, yargı yetkisine sahip egemen devletlerin kabul ettiği veya bu kuruma izin verdiği ölçüde ortaya çıkmış ve gelişmiştir. Dolayısıyla, AİHM'nin bir devletin yabancı kararların kendi hukuk düzenindeki etkilerini kabul edip etmeme veya yabancı kararın konusuna ve menşesine bağlı olarak kısmen kabul etme konusunda tamamen bir serbestiye sahip olduğunu, bunun söz konusu taraf devletin tercihinde olduğunu dikkate alabileceğini belirtmek gerekir.⁶⁸ Bu kapsamda, yabancı kararların tenfizi konusunda sahip olduğu yargı yetkisini belirli devletlere ait mahkeme kararları bakımından kullanmak istemediğini mütakabiliyet şartını öngörerek beyan eden bir devletin, bu konuda sahip olduğu yargı yetkisine saygı gösterilmesi gerektiği söylenebilir. Bu nedenle, AİHM büyük ihtimalle mütakabiliyet şartının tatbikinin, devletin devletler hukukunca sahip olduğu yetkiye saygı gösterilmesi meşru amacına hizmet ettiği sonucuna varacaktır.

⁶⁷ Benzer yönde bkz. Kinsch, s.543, dn.30.

⁶⁸ Arslan, s.628-631.

Burada esasen, yabancı kararın tenfizinin mütekabiliyet şartına istinaden reddedilmesinin davacının hakkaniyete uygun yargılanma hakkına yönelik meşru ve ölçülü bir müdahale olup olmadığı belirleyici olacaktır. Burada söz konusu tenfiz şartının karşılanmadığının tenfiz mahkemesince yanlış veya eksik bir şekilde tespiti⁶⁹ değil, bu şartın kendisinin bir tenfiz davasında (doğru bir şekilde de olsa) tatbikinin AİHS m.6(1)'e uygunluğu dahi tek başına AİHM nezdinde şikâyet konu yapılabilir. Zira bu şart o kadar net ve objektiftir ki, davacı silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinden istifade ederek mütekabiliyetin gerçekleşip gerçekleşmediğini tenfiz mahkemesi huzurunda tartışma imkânı bulsa da, bir kere mütekabiliyetin gerçekleşmediği tespit edildiğinde ulusal mahkeme tenfizin reddine karar verecektir. Bu bakımdan muhtemel bir şikâyet başvurusunda AİHM'nin söz konusu şartın tatbiki suretiyle gerçekleşen müdahalenin davanın tüm koşullarını dikkate alarak bir değerlendirme yapacağı söylenebilir. Bu kapsamda, aşağıdaki nedenlerle mütekabiliyet şartının tatbikinin AİHS m.6(1)'e aykırı olarak nitelendirilmeyeceği düşüncesindeyiz:

Öncelikle AİHM, pek çok kararında yaptığı gibi, ilgili hakka yönelik müdahalenin/sınırlamanın meşru olup olmadığını tespit ederken bir karşılaştırmalı hukuk analizi yapabilir. Böyle bir analiz, davalı devletin mütekabiliyet şartının bir tenfiz engeli/sınırlamada kullanılan araç olarak seçilmesinde ne kadar geniş bir takdir marjına sahip olduğunun, dolayısıyla AİHS m.6(1)'e yönelik müdahalenin ölçülülüğünün tespitinde belirleyici olacaktır. Yukarıda incelediğimiz üzere, Avrupa Konseyi (AK) üyesi olan yaklaşık on beş devlette mütekabiliyetin bir tenfiz şartı olarak kabul edildiği görülmektedir.⁷⁰ Dolayısıyla, bir sınırlama aracı olarak mütekabiliyet şartı konusunda AK üyesi devletlerde yeknesak bir anlayış söz konusu olmadığından, AİHM'nin davalı devletin, örneğin Türkiye'nin bu konuda geniş bir takdir marjına sahip olduğuna kanaat getirmesi kuvvetle muhtemeldir.

⁶⁹ Nasıl ki Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan kararında, Yunan mahkemelerinin bir tanıma-tenfiz engeli olarak kamu düzeni müdahalesini, davacının AİHS'de güvence altına alınan haklarıyla bağdaşmayacak şekilde yanlış ve eksik bir şekilde değerlendirmeleri AİHS m.8, AİHS m.6(1) ve P-1 m.1'in ihlaline yol açmışsa, ulusal tenfiz rejiminin bir parçasını teşkil eden mütekabiliyet şartının tenfiz mahkemelerince AİHS'yle bağdaşmayacak şekilde yanlış veya eksik değerlendirilmesi de söz konusu olabilir. Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan kararının özeti ve ayrıntılı analizi için bkz. Arslan, s.211.

⁷⁰ Bkz. Yukarıda, I, dn.14-17.

AIHM'nin üzerinde durabileceği ikinci ve en önemli husus, tenfiz talebi mütakabiliyetin yokluğu nedeniyle reddedilen başvurucuya tenfiz devletinde hakkını elde edebilmek için başvurabileceği alternatif bir imkânın davalı devletçe sunulup sunulmadığıdır. Örneğin, uluslararası örgütlerin yargı bağımsızlığına ilişkin kararlarında AIHM, uluslararası örgüte karşı devlet mahkemeleri dışında başvurulabilecek uygun ve yeterli bir alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolunun bulunması halinde, yargı bağımsızlığı gerekçesiyle verilen yetkisizlik kararını AIHS m.6(1)'e uygun olarak nitelendirilmektedir.⁷¹ AIHM'nin benzer bir gerekçeye burada da istinat etmesi mümkündür. Ayrıca, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizinin hukuken öngörülmüş olması, her yabancı kararın mutlaka tanınacağı-tenfiz edileceği anlamına gelmediği gibi, bireylere sunulan bu imkâna rağmen devletlerin yargı yetkilerinin kapsamına giren bireylerin adalet taleplerini dikkate alma ve yerine getirme yükümlülüğü varlığını yine de muhafaza etmektedir. Dolayısıyla, yargı yetkisine giren davacıya sunmuş olduğu tanıma-tenfiz talebinde bulunma hakkından yararlanmasını çeşitli amaçlarla engelleyen bir devletin, davacıya yabancı ülkede elde ettikleri hakkı tenfiz devletinde de elde edebilmesi için kendi mahkemelelerinde dava açabilme imkânı tanımalıdır. AIHM, yabancı karara konu uyuşmazlık bakımından davacının tenfiz devletinde başvurabileceği bir yetkili mahkeme bulunmakta ise, AIHS m.6(1)'in ihlal edilmediğine kanaat getirebilir. Aksi halde, devletin büyük ölçüde aynı zamanda kendi yargı yetkisinin kapsamına giren bir uyuşmazlık bakımından mahkemelerini davacıya kullanırmaması, ilgili bireyin hak arama özgürlüğünün ölçsüz bir şekilde kısıtlanması anlamına gelecektir.⁷²

⁷¹ Waite ve Kennedy v. Almanya, no.26083/94, 18 Şubat 1999, para.68-73; Beer ve Reagan v. Almanya, no.28934/95, 18 Şubat 1999, para.58-63. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan, s.313-320.

⁷² Haliyle, bu noktada yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi ile milletlerarası yetki kuralları arasındaki ilişki gündeme gelmektedir. Burada, hem tenfize konu kararın verildiği devletin hem de tenfiz devletinin yargı yetkisinin kapsamına giren bir uyuşmazlığın (örneğin bir alacak hakkı iddiasının) varlığı halinde, davacı tercihinin yabancı devletin yargı organlarından yana kullanılabilir. Böyle bir durumda, yabancı kararın tenfizi talebinin mütakabiliyet gibi ne davacının ne davalının haklarının korunmasına hizmet etmeyen bir şart nedeniyle reddedilmesi halinde, başvurucu hakkını elde edebilmek için ya aynı uyuşmazlık bakımından yargılama yetkisine sahip olan tenfiz devletinin mahkemelerine veya milletlerarası yetkiye sahip olan üçüncü bir devlet(ler)in mahkemesine başvurmak durumunda kalacaktır. Şüphesiz, ilk ihtimalde böyle bir başvurunun yapılabilmesi için,

Üçüncü olarak, aralarında mütakabiliyetin de bulunduğu yasal tanıma-tenfiz şartları, genellikle ulusal mahkemelerin uygulamalarına bağlı olarak zaman içerisinde değişebilecek kurallardan değildir. Dolayısıyla, özel hukuka ilişkin bir hak iddiasında olan tarafın, gerek davasını açacağı mahkemeyi belirlerken, gerekse lehine elde ettiği yabancı kararın tenfizi davası açarken, ileride bir tenfiz davası açma zaruretinin hâsıl olup olmayacağını, tenfiz devletinin tanıma-tenfiz rejiminde ne tür tenfiz şartlarının bulunduğunu da göz önünde bulundurması gerekmektedir. Şüphesiz ki bu, uyuşmazlığın taraflarının bu konuda sahip olduğu bilince, davanın konusuna ve talep edilen hakkın niteliğine bağlıdır. Özellikle, ticari şirketlerin veya gerçek kişilerce yapılsa bile ticari ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların çözümü neticesinde verilen alacak kararlarının tenfizi taleplerinin mütakabiliyetin yokluğu nedeniyle reddedildiği hallerde, bireylerin böyle bir sonucu önceden öngörebilecek ve buna göre hareket edebilecek basirete sahip olması gerektiği söylenebilir. Buna mukabil, aile hukuku ilişkilerinden doğan davalarda, bireylerin yabancı kararının tenfize konu yapılabileceğini ve yabancı ülkede bir tenfiz davası açabileceklerini öngörecektir basirete sahip olabilecekleri her zaman ve kolaylıkla söylenemez. Dolayısıyla AİHM, bu mülahazadan hareketle yapacağı meşruluk/ölçülülük değerlendirmesinde, daha önce başka bir tenfiz şartı bakımından benimsemiş olduğu *“bir kimsenin ortaya çıkmasında kendi katkısının olduğu bir durumdan şikâyetçi olamayacağı”* içtihadına⁷³

tenfiz devletinin ülke içindeki mahkemelerinin yetkisini tayin etmek üzere, ülke için bir yetki düzenlemesinde bulunması gerekmektedir. Söz konusu yetki düzenlemesinin, aynı zamanda yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizine ilişkin kurallarla entegre olacak şekilde geniş bir biçimde yapılması gerekmektedir. Aksi takdirde, söz konusu devletin yabancı kararı tenfiz etmediği gerekçesiyle AİHS m.6(1)'i ihlal etmediğinden söz edilemezse de, mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği iddiaları gündem gelebilecektir. Bunu örnekle açıklayabiliriz: Sözleşmeden kaynaklanan bir alacak/tazminat davasında, davalının Türkiye ile olan irtibatının sadece uyuşmazlık konusu olmayan malvarlığı değerlerinin (örneğin banka hesaplarındaki paranın) ülkede bulunmasıyla sınırlı olduğunu ve lehine bir alacak kararı elde eden davacının mütakabiliyet şartı nedeniyle yabancı kararı tenfiz ettiremediğini varsayalım. Bu durumda, davalının yetki itirazında bulunması halinde, ne HMK m.9 ne de diğer yer itibarıyla yetki kurallarına istinaden milletlerarası yetkili bir mahkeme bulunmayacaktır. Dolayısıyla, yabancı kararı tenfiz ettiremeyen davacı, salt uyuşmazlık konusu malvarlığı unsuru Türkiye’de olmadığından hak arama imkânından mahrum kalabilecektir.

⁷³ Bkz. Hussin v. Belçika, no.70807/01, 6 Mayıs 2005, En Droit, 5; McDonald v. Fransa, En Droit, B; Avontis v. Letonya, (GC), no.17502/07, 23 Mayıs 2016, para.124.

istinat etmesi de mümkündür.⁷⁴ Doğal olarak, devletin sınırlama aracı vazifesi gören mütakabiliyet şartı bakımından sahip olduğu geniş takdir marjı kapsamında mütalaa edilebilecek bir husus olduğundan, bu durum davalı devlet lehine yorumlanabilecektir.

3. Mütakabiliyetin Eksik veya Hatalı Bir Şekilde Araştırılması ve/veya Tespit Edilmesi Halinde

AIHS m.6(1)'in, daha doğrusu hakkaniyete uygun yargılanma hakkının, bununla bağlantılı olarak kapsamına girdiği ölçüde P-1 m.1'in veya AIHS m.8'in ihlali, esasen mütakabiliyet şartının *eksik veya hatalı bir şekilde araştırılması ve/veya tespiti* halinde ortaya çıkabilir. Yine, mütakabiliyet şartının varlığını araştırmaksızın yabancı kararın tenfizine karar verilmesi halinde de, benzer bir sonuç, bu sefer davalının söz konusu haklarına müdahale/ihlal anlamına gelecektir. Burada, mütakabiliyet şartının hiç araştırılmamasıyla söz konusu şartın eksik veya hatalı bir şekilde araştırılması ve tespiti arasında AIHS'ne olan etkileri bakımından herhangi bir farklılık olmayıp, sadece hakların süjesi bakımından bir farklılık bulunmaktadır. Dolayısıyla, aşağıda davacının hakkaniyete uygun yargılanma hakkı ekseninde yapacağımız değerlendirmelerimiz, uygun düştüğü ölçüde, davalının ileri sürebileceği AIHS m.6(1)'in ihlali iddiaları bakımından da geçerli olacaktır.

Türk hukukunda, prensip olarak tenfiz şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu kabul edilmektedir.⁷⁵ Dolayısıyla, kararın verildiği ülke ile tenfiz devleti arasında mütakabiliyetin var olup olmadığını resen araştırmak zorunda olan bir devlet mahkemesinin, mütakabiliyetin varlığı konusunda yeterli ve gerekli bir araştırma yapmaksızın söz konusu şartın karşılanmadığına kanaat getirmesi, davacının AIHS m.6(1) ve diğer haklarıyla bağdaşmayan sonuçlara yol açabilir. Burada, yukarıdaki ihtimalden farklı olarak, AIHS'nin olası bir ihlaline, muhtemelen mütakabiliyet şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin resen araştırmakla yükümlü olan tenfiz mahkemesinin söz konusu araştırmayı yaparken gerekli özeni göstermemesi neden olacaktır.

⁷⁴ Diğer yandan, davalı devletin mahkemelerince de ileri sürülebilecek bu gerekçe karşısında davacının, yabancı kararın bir takdiri delilden başka bir anlam ifade etmediğini ve aynı davayı ikinci kez ikame etmenin kendisine çeşitli mali külfet yüklediği iddiasıyla böyle bir gerekçenin yerinde olmadığını ileri sürebilir.

⁷⁵ Nomer, s.537; Şanlı-Esen-Ataman Fıganmeşe, s.511.

Bu kapsamda, Türk mahkemeleri her üç mütekabiliyet türü açısından doğrudan kendi bilgi ve araştırmasına dayanabileceği gibi, özellikle fiili ve hukuki mütekabiliyetin tespiti hususunda çeşitli vasıtalarla başvurabilecek, hatta başvurusu gerekecektir.⁷⁶ Doğal olarak, tıpkı yabancı hukukun temininde olduğu gibi, tenfiz yargılamasının tarafları da, fiili veya kanuni mütekabiliyetin varlığı/yokluğunu ispat etmek amacıyla kararın verildiği devlet mahkemelerine ait karar örneklerini veya yasal metinleri mahkemeye ibraz edebilecektir. Yalnız, tarafların bu şartın tespiti bakımından herhangi bir iddia veya ispat faaliyeti içerisine girişmemiş olmaları, AIHM'nin yapacağı denetim açısından onların sorumluluğuna yol açmayabileceği gibi, bu konudaki yükümlülük her halde tenfiz mahkemesinin üzerindedir. Dolayısıyla, ister doğrudan kendi bilgi ve araştırmasına dayansın, isterse bu konudaki bir veya birkaç vasıtaya başvurarak bilgi edinsin, mütekabiliyetin varlığını/yokluğunu araştırmak ulusal mahkemenin sorumluluğundadır.

Bu noktada, akdi mütekabiliyete nazaran kanuni mütekabiliyetin tespitinde mahkemelerin hataya düşmesi daha olasıdır. Şüphesiz, tenfiz mahkemesinin akdi mütekabiliyetin varlığına (yokluğuna) rağmen, yokluğuna (varlığına) karar verme ihtimali her zaman bulunmaktadır. Bununla beraber, günümüzde pek çok devletin, büyük ölçüde belirli şartları taşıyan yabancı kararların tanınmasına-tenfiz edilmesine yasal olarak izin verdiği görülmektedir.⁷⁷ Dolayısıyla, tenfiz davalarının pek çoğunda kanuni mütekabiliyetin gerçekleşeceği söylenebilirse de, tenfiz mahkemesinin kararın niteliği ve türüne bağlı olarak, kararın verildiği ülke hukukundaki tenfiz şartları ile MÖHUK'taki tenfiz şartları arasında bir denkleğin var olup olmadığını somut olarak değerlendir-

⁷⁶ Bu kapsamda, mahkemenin yabancı hukukun içeriğinin temin edilmesi amacıyla başvurabileceği vasıtalarla mütekabiliyet şartının varlığının tespiti bakımından da başvurabileceğini belirtmek gerekir. Uygulamada yerel mahkemelerin sıkça Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne başvurdukları, hatta Yargıtay'ın da bu konuda söz konusu kuruma başvurulması gerektiğini ifade ettiği pek çok kararda görülmektedir. Söz konusu kararlar ve kararların analizi için bkz. Ekşi, s.159-173. Bunun yanı sıra doktrinde, hukuki ve fiili mütekabiliyetin tespiti amacıyla Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Sözleşme (RG: 26.8.1975-15338) uyarınca kararın verildiği devletin yetkili makamlarına, kararın verildiği devletin Türkiye'deki dış temsilciliklerine, hukuk fakültelerinin mukayeseli hukuk ve milletlerarası özel hukuk anabilim dallarına veya enstitülere, bilirkişi atanmak suretiyle konu hakkındaki uzman hukukçuların görüşüne başvurulabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Şanlı-Esen-Ataman Figanmeşe, s.534.

⁷⁷ Ekşi, s.174.

mesi gerekmektedir.⁷⁸ Zira kararın verildiği ülkede yabancı kararların tenfizinin hukuken kabul edilmiş olması, duruma göre kanuni mütakabiliyetin tespiti açısından tek başına yeterli olmayabilir.⁷⁹

Bu bakımdan, tıpkı tenfizin ön şartları gibi öncelikle incelenmesi gereken bir şart olan mütakabiliyetin var olup olmadığının tespitinde, mahkemelerin gerekli özeni göstererek ve titiz bir şekilde araştırma yapmaları gerekmektedir. Aksi takdirde, mütakabiliyetin gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda yeterli ve doğru bilgi sahibi olunmaksızın verilen karar, AİHS m.6(1)'in ihlaline, aşağıda göreceğimiz üzere do- laylı olarak başka bir temel hakkın da ihlaline neden olabilir. Bu nokta- da, nasıl ki yabancı gerçek kişilerin miras yoluyla Türkiye'de bulunan taşınmazları iktisap edebilmeleri için getirilen bir sınırlama olan mü- tekabiliyetin tespitinde yaşanan sorunlar, P-1 m.1'in ihlali nedeniyle Türkiye'nin AİHM nezdinde mahkûmiyetine neden olmuşsa, benzer bir sonuçla karşılaşmamak adına Türk mahkemelerinin mütakabiliyet şartının varlığını dikkatli bir şekilde araştırmaları gerekmektedir. Bu bağlamda, AİHM'nin söz konusu içtihatlarına kısaca değinmenin, ko- nunun anlaşılması açısından yararlı olacağı kanaatindeyiz:

Türk hukukunda 19.7.2003 tarihindeki değişiklikten evvel, 2644 sayılı Tapu Kanunu⁸⁰ m.35 hükmü uyarınca yabancı gerçek kişilerin miras yoluyla Türkiye'de taşınmaz edinmeleri, "*kanuni sınırlamalara uyulması*" ve "*mütakabiliyet*" olmak üzere iki sınırlamaya tabi tutul- muştur.⁸¹ Bu dönemde, yabancı gerçek kişilerin Türkiye'de bulunan

⁷⁸ Çelikel-Erdem, s.706-707; Nomer, s.520; Şanlı-Esen-Ataman Figanmeşe, s.526-527; Şanlı, s.74-75.

⁷⁹ Kimi ülke hukuklarında yabancı kararların tenfizi için Türk hukukuna nispetle daha hafif şartlar öngörülebileceği gibi daha ağır tenfiz şartları da öngörülebilir. Örneğin, kararın verildiği devlette mütakabiliyet gibi tenfizi mutlak bir şekilde engelleyici mahiyetteki bir şart öngörülmemiş olabilir. Ancak daha ağır bir şart olarak, tenfize konu kararın kendi hukukuna uygunluğunu (revizyon sistemi) tet- kik koşulu benimsenmiş olabilir.

⁸⁰ RG: 29.12.1934 - 2892.

⁸¹ Yabancıların Türkiye'de taşınmaz edinmelerine ilişkin temel yasal düzenleme olan Tapu Kanunu m.35-36 hükümleri, ilk olarak 3.7.2003 tarih ve 4916 sayılı ka- nunla (RG: 19.7.2003 - 25173) esaslı değişikliklere uğramıştır. Ardından 3.5.2012 tarihli ve 6302 sayılı kanunun (RG: 18.5.2012 - 28296) yürürlüğe girişine kadar pek çok değişikliğe uğrayan Tapu Kanunu m.35-36 hükümlerine göre yabancı gerçek ve tüzel kişilerin Türkiye'de taşınmaz edinmelerine ilişkin güncel ve ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikel-Öztekin Gelgel, s.321 vd.; Aydoğmuş, s.9 vd.; Nuray Eksi, Yaban-

taşınmaz tereke üzerinde miras hakkına sahip olabilmeleri⁸² için mütekebbiliyet şartının gerekli olduğuna kanaat getiren Türk mahkemeleri, hepsi Yunan vatandaşı olan kanuni mirasçılar bakımından Yunanistan ile Türkiye arasında bu şartın gerçekleşmediği gerekçesiyle mirasçılık belgelerinin ve tapu kütüğüne yapılmış tescilin iptaline karar vermiştir.

AİHM ise, diğer hususların yanı sıra, Türk mahkemelerinin Türk vatandaşlarının Yunanistan'da miras yoluyla taşınmaz edinmesi bakımından yasal bir engel olmadığına dair Adalet Bakanlığının raporlarını

cların Türkiye'de Taşınmaz İktisabı, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2012, s.55 vd.; Ömür Karaağaç, Türk Hukukunda Yabancı Yatırımcı Olarak Şirketlerin Taşınmaz Mal Edinmeleri, Lykeion, Ankara, 2017, s.100 vd.

- ⁸² Yabancıların Türkiye'de taşınmaz edinmeleri konusunda temel yasal düzenleme olan Tapu Kanunu m.35'te 19.7.2003 tarihinde gerçekleştirilen değişiklikten evvel, yabancı gerçek kişilerin gerek sağlararası gerekse miras yoluyla Türkiye'de taşınmaz edinmesi "kanuni sınırlamalara uygun olmak" ve "mütekebbiliyet" şartlarının karşılanmasına bağlıydı. Dolayısıyla, bu tarihe kadar gerçekleşen ölüm olayları sonucunda yabancı bir gerçek kişinin murisin terekasında bulunan Türkiye'deki taşınmazı kanuni mirasçı sıfatına istinaden iktisap edebilmesi, yani tapuya tescil ettirebilmesi için yukarıdaki iki şartın karşılanması gerekmektedir. Ancak, söz konusu dönemde, Tapu Kanunu m.35 hükmüyle yabancıların Türkiye'deki taşınmazları miras yoluyla iktisap edebilmelerini değil, taşınmazlar üzerindeki miras haklarının yukarıdaki şartlarla sınırlandırıldığı doktrinde yaygın olarak kabul edilmiş, bu görüş Türk mahkeme tatbikatına yansımıştı. Dolayısıyla, Türk mahkemelerince Türk miras hukukuna ilişkin temel düzenleme olan MK hükümleri uyarınca kanuni mirasçı olarak gözüken yabancı gerçek kişilerin, murisin Türkiye'de bulunan taşınmazları üzerinde kanuni mirasçı olabilmeleri/mirasçılık ehliyetine sahip olabilmeleri, mütekebbiliyet şartına bağlanmıştı. Tapu Kanunu m.35'te yer alan koşulların taşınmazın miras yoluyla iktisabına değil de, miras hakkına yönelik sınırlama olarak mütalaa edilmesinin kaçınılmaz sonucu olarak, Türk mahkemelerince mütekebbiliyet ve diğer koşulların belirlenmesinde murisin ölüm tarihi esas alınmıştır. Dolayısıyla, 19.7.2003 tarihinden önce gerçekleşen bir ölüm olayında, murisin Türkiye'de bulunan taşınmaz terekası üzerinde yabancı gerçek kişilerin miras hakkına sahip olabilmesi için vatandaşı olduğu devlet ile Türkiye arasında –murisin ölüm tarihi itibarıyla- mütekebbiliyetin varlığı aranmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydoğmuş, s.269 vd.; Emre Esen, "Türkiye'de Bulunan Taşınmazlar Üzerinde Yabancı Gerçek Kişilerin Kanunî Miras Hakları Konusunda Güncel Gelişmeler", *Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. M. İlhan Ulsan'a Armağan, C.15, S.2, 2016, s.676-681. Burada, meselenin AİHM önüne kadar gitmesine neden olan temel problem Tapu Kanunu m.35'te yer alan sınırlamaların Türk mahkemelerince yabancı gerçek kişilerin Türkiye'de bulunan bir taşınmazı kanuni mirasçı sıfatıyla iktisap edebilmelerini engelleyen bir şart olarak değil, söz konusu taşınmaz üzerine kanuni miras hakkını engelleyen/mirasçılık ehliyetine ilişkin bir şart olarak kabul edilmiş olmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydoğmuş, s.443 vd.

dikkate almaksızın ve bu konuda fiili engellerin (fiili mütakabiliyetin) olup olmadığını yeterince araştırmaksızın mütakabiliyetin sağlanmadığı gerekçesiyle mirasçılık ehliyetlerine sahip olamayacaklarına karar verdiklerini tespit etmiştir.⁸³ Başka bir ifadeyle, Türk mahkemeleri Yunanistan ile mütakabiliyetin sağlanıp sağlanmadığı konusundaki değerlendirmelerinde hataya düşmüştür. Mütakabiliyetin sağlanmış ve Yunanistan aleyhine misilleme tedbirinin kaldırılmış olması karşısında, kimi kararlarında başvuruçuların miras yoluyla taşınmazı iktisap ettiklerini, kimisinde ise edinebileceklerine yönelik meşru beklentiye sahip olmalarının makul olduğunu belirten AİHM, mütakabiliyet şartının Türk mahkemelerince uygulanmasının yeterince öngörülebilir olmadığına, dolayısıyla P-1 m.1'e yönelik müdahalenin kanunilik ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir.⁸⁴ AİHM, bu kararların hiçbirinde, soyut olarak mütakabiliyet şartının aranmasının/uygulanmasının AİHS açısından yerindeliliğine ilişkin doğrudan bir değerlendirme yapmamış, somut olayda mütakabiliyetin uygulanış şeklinin AİHS'yle bağdaşıp bağdaşmadığını incelemiştir.⁸⁵ Bu bakımdan, yabancı gerçek kişilerin miras yoluyla taşınmaz edinebilmeleri için artık gerekli olmayan mütakabiliyet şartının belirlenmesine yönelik AİHM'nin bu değerlendirmelerinin, yabancı kararların tenfizinde aranan mütakabiliyet şartının tespiti bakımından da emsal teşkil edebileceğini söyleyebiliriz. Dolayısıyla, mütakabiliyetin sağlanıp sağlanmadığının tespitinde mahkemelere atfedilen bu tür eksiklik veya hatalar, mütakabiliyet şartının karşılanıp karşılanmadığının tespitiyle doğrudan ilgili veya belirleyici olduğu ölçüde, duruma göre, davacının veya davalının hakkaniyete uygun yargılanma hakkına, aşağıda inceleyeceğimiz üzere, bununla bağlantılı olarak P-1 m.1'in ihlaline yol açabilecektir.

⁸³ Bkz. Nacaryan ve Deryan v. Türkiye, no.19558/02, 8 Ocak 2008, para.46-57; Fokas v. Türkiye, no.31206/02, 29 Eylül 2009, para.38-40. AİHM, yukarıdaki kararlardan farklı olarak konuya ilişkin ilk kararı olan Apostolidi ve diğerleri v. Türkiye başvurusunda, yabancıların taşınmazlar üzerindeki miras hakkı ve bu hakkın bir meşru beklenti olarak koruma görüp görmeyeceğine dair bir inceleme yapmamıştır. Bkz. Aydoğmuş, s.451.

⁸⁴ Apostolidi ve diğerleri v. Türkiye, para.73-78; Nacaryan ve Deryan v. Türkiye, para.58-60; Fokas v. Türkiye, para.41-45; Ağnidis v. Türkiye, no.21668/02, 23 Şubat 2010, para.39-43, özellikle para.41. Söz konusu kararlar hakkında detaylı bilgi ve analiz için bkz. Aydoğmuş, s.442-468.

⁸⁵ Gemalmaz, s.459; Esen, s.689; Aydoğmuş, s.467.

4. Mütakabiliyete İlişkin Yasa Hükmünün Yabancı Kararın Tenfizini Haksız Yere Engelleyecek Derecede Dar Bir Şekilde Yorumlanması

Mütakabiliyet şartının düzenlendiğini yasa metninin, yani MÖHUK m.54(a) hükmünün yabancı kararın tenfizini haksız yere engelleyecek derecede dar bir şekilde yorumlanması, başka bir ifadeyle mahkemece mütakabiliyetin kapsamının yanlış veya eksik bir şekilde tespit edilmiş olması, mütakabiliyetin karşılanıp karşılanmadığına ilişkin kararı da etkileyebilecektir. Dolayısıyla, böyle bir yorum tarzı, davanın koşullarına göre, ilgili tarafın açmış olduğu tenfiz davasının reddedilmesine, bu da sadece AİHS m.6(1)'in değil, davacının temel haklarına aykırı bir sonuca yol açabilir. MÖHUK m.54(a) hükmü, böyle bir ihlal potansiyeline fazlasıyla sahiptir. Somutlaştıralım:

MÖHUK m.54(a)'nın lafzından bir tenfiz engeli olarak mütakabiliyetin her üç türünün, yani akdi, kanuni ve fiili mütakabiliyetin basamaklı veya birbirine üstün olarak değil, eşit derecede ve birbirine alternatif olacak şekilde tanzim edildiği anlaşılmaktadır. Buna göre, akdi, kanuni veya fiili mütakabiliyetin araştırılarak bunlardan birinin varlığının tespit edilmesi yeterli kabul edilecektir.⁸⁶ Böyle bir yorum tarzıyla, hem MÖHUK m.54(a) hükmü lafzına uygun bir şekilde tatbik edilmiş olacak, hem de mütakabiliyet şartının muhtemel davacılar açısından yaratabileceği olumsuz sonuç bertaraf edilmiş olacaktır. Bununla beraber, Türk hukukunda Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2009 tarihli kararıyla birlikte, akdi veya kanuni mütakabiliyetin varlığına rağmen, fiili mütakabiliyetin belirleyici olduğu, yabancı ülkede benzer nitelikteki Türk mahkeme kararlarının tenfizine yönelik olumsuz bir uygulamanın varlığı halinde mütakabiliyetin gerçekleşmemiş sayılması gerektiği anlayışı kabul edilmektedir.⁸⁷ Yukarıda sıkça değindiğimiz üzere, yabancı kararın mütakabiliyet şartına istinaden reddedilmesi, Türk mahkeme kararlarını tenfiz etmeyen yabancı devletlere karşı bir yaptırım olmaktan çıkmakta, lehine karar elde eden tarafı mağdur eden bir uygulamadan başka bir anlama gelmemektedir. En azından MÖHUK m.54(a)'da yer alan üç mütakabiliyet türünden birinin varlığının –söz konusu hükümde olduğu üzere- tenfiz mahkemesince resen

⁸⁶ Ekşi, s.161.

⁸⁷ Bkz. Yargıtay 11.HD, E. E.2008/1284, K.2009/980, T.30.1.2009, (Ruhi, s.334-336).

tespit veya davacı tarafça ispat edilmesinin yeterli görülmesi, objektif olarak ne devletin ne de tarafların menfaatiyle ilgili olmayan bu şartın davacı açısından yaratabileceği mahzurların bertaraf edilmesini sağlayacaktır. Böylece, tenfiz mahkemesince tespiti veya davacı tarafça ispatı daha kolay olan akdi veya kanuni mütakabiliyetin varlığı halinde, olumlu-olumsuz yönde bir fiili mütakabiliyetin var olup olmadığına yönelik zahmetli ve belki de gereksiz bir araştırmaya girilmeyecektir. Şüphesiz ki, bu sefer de davalının tenfize konu kararın verildiği yabancı ülke hukukunda Türk mahkeme kararlarının tenfiz edilmediğine dair bir uygulamanın varlığını ortaya koyması gerekecektir.

Bu bakımdan, bir tenfiz şartı olarak vazgeçilmesi gerektiği ileri sürülen mütakabiliyetin -Yargıtay 11. Hukuk Dairesi gibi- dar bir şekilde yorumlanması, Türk mahkemelerini öncelikle ve her zaman fiili mütakabiliyetin varlığını araştırmaya sevk edecek, akdi veya kanuni mütakabiliyetin varlığının mahkemece gerek resen gerekse davacının ispatı üzerine tespit edilmesi yeterli olmayacaktır. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca, zaten tenfiz talebinde bulunan şahsı fazlasıyla mağdur etme potansiyeline sahip olan mütakabiliyet şartının bu şekilde dar bir şekilde yorumlanması, MÖHUK m.54(a) hükmüne açıkça aykırı olduğu gibi, karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda yabancı kararların tanınacağı-tenfiz edileceği yönündeki genel eğilimle bağdaşmayacaktır.⁸⁸ Dahası, böyle bir yaklaşım, mahkemeleri tenfizin mümkün mertebe engellenmesi gerektiği şeklinde yanlış bir düşünceye sevk etme tehlikesini de beraberinde taşımaktadır. Ayrıca, yabancı ülkelerdeki tatbikatın her an değişmesi ihtimali karşısında, tenfiz mahkemesinin fiili mütakabiliyetin varlığına/yokluğuna ilişkin değerlendirmeleri her zaman sağlıklı olmayabilecektir. Bu nedenle, MÖHUK m.54(a) hükmünün açık ifadesine karşısında, fiili mütakabiliyetin gerçekleşmediği veya olumsuz yönde bir fiili uygulamanın varlığı gerekçe gösterilerek akdi veya kanuni mütakabiliyetin gerçekleştiği iddialarının Türk mahkemelerince dikkate alınmaması ve değerlendirilmemesi, davacının AİHS m.6(1)'de yer alan hakkaniyete uygun yargılanma hakkından istifade edememesi anlamına gelecektir. Burada, mütakabiliyetin bir tenfiz engeli olarak doğru bir şekilde tatbik edilip edilmediği değil, mütakabiliyet şartının kapsamının MÖHUK

⁸⁸ Ekşi, s.161, 177.

m.54(a)'nın açık ifadesine rağmen dar bir şekilde yorumlanması, dolayısıyla yanlış uygulanması böyle bir ihlalin ortaya çıkmasına neden olabilecektir. Zira hakkaniyete uygun yargılanma hakkının bir gereği olarak, ulusal mevzuatta yer alan her bir tenfiz şartının karşılanıp karşılanmadığına ilişkin gerek mahkemece tespit edilen gerekse taraflarca ileri sürülen, davanın sonucuyla doğrudan ilgili ve belirleyici bilgi ve delillerin dikkate alınması gerekmektedir.⁸⁹

C. AİHS'de Yer Alan Bazı Temel Haklar Açısından

1. Genel Olarak

Mütekabiliyet şartının tatbiki, yabancı kararın tenfizine engel olması itibarıyla, sadece açılan davanın reddedilmesine yol açmamakta, yabancı kararla tevsik edilen özel hukuka ilişkin bir hakkın tenfiz devleti hukukunca kabul edilmesini ve/veya kararın yerine getirilmesini, dolayısıyla hakkın elde edilmesini engellemektedir. Bu nedenle, mütekabiliyet şartının tatbiki, AİHS m.6(1)'e olduğu kadar, tenfiz devleti hukukuna uygun olarak elde edilmek istenen özel hukuka ilişkin hakkın niteliğine bağlı olarak, davacının P-1 m.1'deki veya AİHS m.8'deki haklarına müdahale edebilecektir. Örneğin, yabancı kararla davacı lehine tevsik edilen bir hak, büyük ölçüde sözleşmeden kaynaklanan bir tazminat veya bir nafaka ya da mal rejiminin tasfiyesi sonucu elde edilen bir katkı payı alacağı gibi bir alacak hakkı niteliğinde olacaktır. Henüz, tenfiz devleti hukukunca kabul edilmeyen ancak, ulusal mevzuatta öngörülen tanıma-tenfiz prosedürüne tabi kılınmak ve bir tenfiz kararı elde edilmek suretiyle bu tür hakların elde edileceği konusundaki meşru beklenti, P-1 m.1'in kapsamına girecektir⁹⁰. Böyle bir hakkı tevsik eden yabancı kararın tenfizine karar verileceği konusunda meşru bir beklentiye sahip olan tarafın söz konusu talebinin reddedilmesi, davacının yabancı kararla tevsik edilen alacak/malvarlığı değerinden yararlanamaması sonucunu doğuracaktır.

Benzer şekilde, velayet veya kişisel ilişki kurma kararları da, niteliği itibarıyla tenfize konu olabilecek kararlardan olduğundan, prensip olarak, mütekabiliyetin yokluğu nedeniyle tenfiz talebinin reddedil-

⁸⁹ Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı ile tanıma-tenfiz yargılaması arasındaki ilişki için bkz. Arslan, s.709.

⁹⁰ Bu konu hakkında bkz. Arslan, s.732-737.

mesi, velayet hakkı sahibi ebeveynin aile hayatına saygı hakkına müdahale teşkil edecektir. Özellikle ebeveynlerden biri, diğer ebeveynin velayet hakkına veya kişisel ilişki kurma hakkına aykırı olarak çocuğu üçüncü bir ülkeye götürmekte veya orada alıkoymakta ve çocuğun ebeveyniyle ilişki kurmasını engellemektedir. Bu durumda, sahip olduğu velayet veya kişisel ilişki hakkı bir mahkeme kararına dayanan veya mahkemeye başvurarak bir karar elde eden geride kalan ebeveyn, söz konusu hakkını kullanabilmek için, prensip olarak, çocuğun bulunduğu ülkenin mahkemelerine başvurarak yabancı kararın tenfizine karar verilerek çocuğun kendisine iade edilmesini isteyecektir. Nitekim AİHM'nin yabancı velayet veya kişisel ilişki kurma haklarına ilişkin yabancı kararların tenfizi taleplerinin diğer tenfiz şartlarına istinaden reddedilmesinin AİHS m.8'e aykırılığını incelediği kimi örnekler,⁹¹ benzer bir denetimin mütakabiliyet ekseninde de yapılabilirliğini göstermektedir.

AİHM, mütakabiliyet şartının tatbikiyle birbirinden farklı nitelikte olan ancak benzer bir sınırlama rejimine tabi olan AİHS m.8 ve P-1 m.1'e yönelik müdahalenin/sınırlamanın meşru olup olmadığını, doğal olarak meşru amaç, yasaya uygun/yasayla öngörülmüş olma ve ölçülülük/adil denge koşullarına bağlı olarak değerlendirecektir.⁹² Bu kapsamda, AİHS m.6(1) açısından yapmış olduğumuz tespitlerin ve varmış olduğumuz sonuçların AİHS m.8 ve P-1 m.1 açısından da kısmen geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Zira mütakabiliyet şartının tatbiki suretiyle tenfiz talebinin reddine veya kabulüne karar verilmesiyle, AİHS m.6(1)'deki hakkından yararlanamayan ilgili taraf, olası bir şikâyetinde, AİHS m.8 ve/veya P-1 m.1'de güvence altına alınan hakkından da yararlanamadığı/hakkının korunmadığı şikâyetinde bulunacaktır. Dolayısıyla, AİHM'nin AİHS m.6(1)'e yönelik varmış olduğu sonuca istinaden AİHS m.8 ve P-1 m.1'in ihlal edildiğine veya edilmediğine hükmetmesi kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenle, AİHS m.6(1) açısından yapmış olduğumuz ayırmadan hareketle, söz konusu şarta dayanan müdahalenin AİHM tarafından yukarıda saymış olduğumuz koşullardan hangisine istinaden gayri meşru olarak nitelendirilebileceğini analiz etmeye çalışacağız.

⁹¹ Örneğin bkz. Hromadka ve Hromadkova v. Rusya, no.22909/10, 11 Aralık 2014; V.P. v. Rusya, no.61362/12, 23 Ekim 2014.

⁹² Arslan, s.90-91.

2. Mütakabiliyetin Eksik veya Hatalı Bir Şekilde Araştırılıp Tespit Edilmesi veya Yasa Metnine Aykırı olarak Dar Bir Şekilde Yorumlanması

a. Genel Olarak

Mütakabiliyet şartının ulusal mahkemelerce *yanlış veya eksik bir şekilde araştırılıp tespit edilmesi*⁹³ veya mütakabiliyet şartının yasa metnine aykırı olarak *dar bir şekilde yorumlanması* hallerinde, nasıl ki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlali ihtimali yüksekse, aynı ihtimalin söz konusu haklar bakımından da geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Zira bir tenfiz engelinin AİHS m.6(1)'le bağdaşmayacak derecede keyfi ve ölçüsüz bir şekilde yorumlanması ve tespit edilmesi, tenfiz talebinin reddedilmesine, bu da dolaylı olarak davacının AİHS m.8'in ve/veya P-1 m.1'in koruma alanına giren özel hukuka ilişkin hakkın yerine getirilmesi talebinin haksız bir şekilde reddedilmesine sebep olacaktır.

Bu konuda AİHM'nin nasıl hareket edebileceğine örnek olarak *Negreptotis-Giannisis v. Yunanistan* kararı verilebilir. Söz konusu kararda, Yunan hukukunda bir tenfiz engeli olarak kabul edilen kamu düzenine aykırı olmama şartının yorumlanması ve tatbiki, AİHM tarafından AİHS m.8'e aykırı olarak görülmüştür. Zira Yunan mahkemeleri, Yunan hukukunda rahiplerin evlenebileceğini, dolayısıyla çocuk sahibi olabileceklerini öngören yasal düzenlemelere rağmen, rahiplere evlat edinme yasağı öngören eski kilise hukuku metinlerini esas alarak, iki yetişkinin karşılıklı rızasına dayanan evlat edinme ilişkisini tevsik eden yabancı evlat edinme kararının tanınması talebini salt bu gerekçeyle kamu düzenine aykırı olarak nitelendirmiştir. Dolayısıyla, Yunan mahkemelerinin kamu düzeni müdahalesinin anlamı ve içeriğini başvurucunun aile hayatına saygı hakkıyla bağdaşmayacak şekilde ölçüsüz ve keyfi yorumlamaları, başvurucunun yabancı evlat edinme kararın tanınması talebinin haksız yere reddedilmesine neden olmuştur. Bu da, doğal olarak başvurucunun evlat edinen-muristen kendisine kalan mirası iktisap etmesine engel olduğu için P-1 m.1'in

⁹³ Bunun kapsamına mütakabiliyet şartının varlığı hiç araştırılmaksızın yabancı kararın tenfizine karar verilen hallerin de girdiğini, ancak burada şikâyet başvurusunun doğal olarak davalı tarafından yapılmasının söz konusu olabileceğini yukarıda belirtmiştik. Bkz. Yukarıda, III, B, 3.

ihlaline neden olmuştur.⁹⁴ Benzer şekilde, mütakabiliyet şartının yanlış veya eksik bir şekilde değerlendirilmesi veya yasal düzenlemeye aykırı olarak dar bir şekilde yorumlanması hallerinde de, AİHM'nin AİHS m.8'e veya P-1 m.1'in ihlal edildiğine kanaat getirmesi ihtimali oldukça yüksektir. Yalnız, AİHM'nin böyle bir ihlal olgusunu, ölçülülükten ziyade kanunilik koşulunun karşılanmadığına dayandırması muhtemeldir. Ancak yine de, AİHM'nin mütakabiliyet şartının bu şekillerde tatbik edilmesi halinde gerçekleşen mülkiyet hakkına ve/veya aile hayatına saygı hakkına yönelik müdahalenin AİHS m.8(2)'de ve P-1 m.1'de yer alan sınırlama koşullarına uygun olup olmadığını ne şekilde değerlendireceğini incelemek yararlı olacaktır.

b. P-1 m.1 Açısından

Meseleyi P-1 m.1 açısından ele alacak olursak, öncelikle sınırlamada kullanılan aracın, yani mülkiyetten yoksun bırakılmada kullanılan mütakabiliyet şartının meşru amaç/kamu yararı güdüp gütmediğinin tespiti gerekecektir. Şüphesiz burada, mülkiyetten yoksun bırakılmayı gerektiren önlemin/mütakabiliyet koşulunun tatbikinin nasıl kamu yararına hizmet ettiği sorusu akla gelecektir. Bununla birlikte, AİHS'ne taraf devletler mülkiyet hakkından yoksun bırakmada meşru amaç olarak rol oynayan kamu yararı/genel yararın belirlenmesinde mutlak, sınırlama araçlarının seçilmesinde kuvvetli bir takdir marjına sahiptir.⁹⁵ Buna göre, taraf devletlerin sınırlamada kullanılan aracın, yani mütakabiliyetin kamu yararı güdüp gütmediğinin tespitinde geniş bir takdir marjına sahip olduğu göz önüne alındığında⁹⁶, tıpkı AİHS m.6(1)'de olduğu gibi, devletin sahip olduğu egemenliğe ve yargı yetkisine saygı gösterilmesi meşru amacının mülkiyetten yoksun bırakılmada da geçerli olduğu söylenebilir. Gerçi burada, mütakabiliyetin bir tenfiz engeli olarak aranmasının yerindeliliğine ilişkin açıklamalarımız karşısında, böyle bir amaç ile kamu yararının birbiriyle ilişkilendirilmesinin ne kadar yerinde olduğu da tartışmalıdır. Ancak yine de, davalı devletçe istinat edilebilecek bu amaç, AİHM tarafından mülkiyetten yoksun bırakılma önlemini gerektiren kamusal bir mülahaza olarak nitelendirilebilir. Kaldı ki, AİHM'nin bazı kararlarında davalı

⁹⁴ Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan, para.61-76; para.89-91 ve para.93-96.

⁹⁵ Gemalmaz, s.481-482.

⁹⁶ Gemalmaz, s.482.

devletlerin başvuruçuyu mülkiyetten yoksun bırakan müdahalenin meşru amaç güttüğünü gösteremediklerini kabul etmesine rağmen, ölçülülük ilkesine aykırılıktan ötürü P-1 m.1'in ihlaline hükmettiği görülmektedir.⁹⁷ Dolayısıyla, meşru amaç/kamu yararının varlığı davalı devletçe gösterilmemiş olsa bile, AİHM'nin kanunilik veya ölçülülük koşulları temelinde bir ihlal bulgulası kuvvetle muhtemeldir. Bu bağlamda, sadece mütekabiliyetin değil, diğer tenfiz şartlarının tatbiki bakımından da AİHM'nin meşru amaç noktasından P-1 m.1'in ihlalini bulgulamayacağını söyleyebiliriz.

Burada mütekabiliyet şartının eksik veya yanlış bir şekilde araştırılması ve tespit edilmesi veya ilgili yasa metninin dar bir şekilde yorumlanması nedeniyle gerçekleşen mülkiyetten yoksun bırakmanın/sınırlamanın kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edebileceği kanaatindeyiz. Zira ilk durumda, kendisinin ileri sürdüğü bilgi ve belgelerin yanı sıra mahkemenin mütekabiliyetin var olup olmadığına yönelik araştırmaya istinaden yabancı kararın tenfizi için aranan söz konusu şartın karşılanıp karşılanmayacağı davacı tarafından az veya çok öngörülebilecektir. Tıpkı yabancı gerçek kişilerin miras yoluyla taşınmaz iktisabında olduğu gibi, tenfiz mahkemesinin gerek davacının gerekse diğer kurumların (örneğin adalet veya dışişleri bakanlığının) sunduğu aksi yöndeki raporlara rağmen, mütekabiliyet şartının karşılanmadığına karar vermesi, mütekabiliyet şartının karşılandığını ve tenfiz kararı verileceğini makul bir şekilde bekleyen başvuruçusu açısından öngörülebilir olmayacaktır. Bu nedenle AİHM mütekabiliyet şartının (MÖHUK m.54(a) hükmünün) uygulanmasının yeterince öngörülebilir olmadığına, dolayısıyla P-1 m.1'e yönelik müdahalenin kanunilik ilkesine aykırı olduğuna karar verebilecektir.

Benzer bir durumun, mütekabiliyete ilişkin MÖHUK m.54(a) hükmünün yabancı kararın tenfizini mümkün mertebe güçleştirmeye

⁹⁷ Örneğin, AİHM başvuruçunun lehine hükmedilen kesin hükmün bir şekilde işlevsiz kılınarak taşınmazından yoksun bırakıldığı *Brumarescu v. Romanya* kararında, davalı devletin kesin hükmün neden işlevsiz kılındığını meşrulaştıramadığını (Bkz. *Brumarescu v. Romanya*, no.28342/05, 16 Nisan 2002, para.79-80); başvuruçunun satım sözleşmesinin geçersizliği nedeniyle ulusal hukuka uygun olarak satın aldığı sosyal konuttan tahliye edildiği *Gashi v. Hırvatistan* kararında, satım sözleşmesinin geçersizliğini meşrulaştıracak amacın varlığını gösteremediklerini (Bkz. *Gashi v. Hırvatistan* no.32457/05, 13 Aralık 2007, para.43) tespit etmiştir.

yönelik, dar bir şekilde yorumlanması halinde de ortaya çıkabileceği düşüncesindeyiz. Buna göre, somut bir davada mütakabiliyete ilişkin MÖHUK m.54(a) hükmünün açık ifadesi uyarınca akdi, kanuni veya fiili mütakabiliyetin herhangi birinin varlığı, söz konusu şartın sağlanması bakımından yeterli olacaktır. Ancak, tenfiz mahkemelerinin somut bir davada bu üç mütakabiliyet türünün tamamının varlığının tespit edilmesi gerektiği veya bunlardan birinin veya ikisinin varlığının tespitine rağmen Türk mahkeme kararlarının –haklı neden olmaksızın- fiilen tenfiz edilmediğinin tespit edildiği gerekçesiyle tenfiz talebini reddetmeleri söz konusu olabilir. Böyle bir karar, MÖHUK m.54(a) hükmünün açık ifadesine rağmen, söz konusu hükmün yabancı kararın tenfizini haksız yere engelleyecek derecede dar bir şekilde yorumlanması, yani mütakabiliyetin kapsamının yanlış veya eksik bir şekilde tespit edilmiş olması anlamına gelecektir. Dolayısıyla böyle bir karar, ulusal mevzuatta yer alan yasal düzenleme uyarınca mütakabiliyet şartının karşılanacağı ve lehine bir tenfiz kararı verileceğini makul olarak bekleyen başvuru açısından öngörülebilir olarak nitelendirilemeyecektir.

c. AİHS m.8 Açısından

Meseleyi AİHS m.8 açısından ele aldığımızda, mütakabiliyet şartının tatbikinin P-1 m.1'e uygunluğu açısından yukarıda ifade ettiğimiz hususlar, esasen yabancı velayet veya kişisel ilişki kurma kararlarının tenfizinin söz konusu şarta istinaden reddedilmesi nedeniyle ileri sürülen AİHS m.8'e aykırılık iddiaları bakımından da geçerlidir. Çocuk ile anne-baba arasındaki aile hayatından kaynaklanan hakların başında gelen velayet hakkı, çocuğun velayeti kendisine verilmeyen ebeveynin çocuğuyla kişisel ilişki kurma ve onunla görüşme hakkı AİHS m.8'in koruması altında olduğu gibi⁹⁸, AİHS m.8'nin sağlamış olduğu koruma bu tür hakları tevsik eden yabancı kararların tenfizi halinde varlığını muhafaza edecektir.⁹⁹ Dolayısıyla, bir ebeveynin yabancı bir

⁹⁸ Arslan Öncü, s.272-273.

⁹⁹ AİHM, velayet/kişisel ilişki kararlarının tanınması ve tenfizi taleplerinin reddedilmesinin şikâyeteye konu yapıldığı bazı kararlarda, AİHS m.8'in ebeveynle çocuğun bir araya gelmesi ve aile hayatının korunması ve geliştirilmesi gerekli tedbirlerin alınmasını isteme hakkını ihtiva ettiğini ve bu konuda ulusal makamlara yükümlülük yüklediğini vurgulamıştır. Bkz. Hromadka ve Hromadkova v. Rusya, para. 157, 165-169; V.P. v. Rusya, no.61362/12, 23 Ekim 2014, para.142.

karara istinaden elde etmiş olduğu velayet/kişisel ilişki kurma hakkına ilişkin kararın tenfizi talebinin, sadece mütekabiliyet değil başka bir tenfiz şartının karşılanmadığı gerekçesiyle reddedilmesi, başvuru-
nun aile hayatına saygı hakkına müdahale teşkil edecektir.

Burada, P-1 m.1’de olduğu gibi, ebeveynin çocuğuyla bir araya gelmesini ve aile hayatının korunmasını engelleyen mütekabiliyet şartının tatbikinin AİHS m.8(2)’de yer alan meşru amaç kategorilerinden hangisinin kapsamında mütalaa edileceği problemi hâsıl olabilir. Burada da, ebeveynin AİHS m.8’de korunan söz konusu haklarına müdahalede kullanılan mütekabiliyet şartını bir sınırlama aracı olarak seçen davalı devlet, söz konusu şartın (tatbikinin) AİHS m.8(2)’de yer alan meşru amaçlardan birine veya birkaçına istinaden seçildiğini ikna edici bir şekilde göstermelidir.¹⁰⁰ AİHM’nin başvuru-
cunun aile hayatına saygı hakkından yararlanmasını engelleyen müdahalenin meşru amaç noktasından AİHS m.8’in ihlaline nadiren hükmettiği göz önüne alındığında¹⁰¹, zorlama da olsa, devletin egemenliği/yargı yetkisine saygı gösterilmesini temin etmek amacıyla tanzim edilen mütekabiliyet şartı ulusal güvenliğin korunması meşru amacı kapsamında mütalaa edilebilir. Bu bakımdan, AİHM, P-1 m.1’de olduğu gibi, MÖHUK m.54(a) hükmünde yer alan mütekabiliyet şartının tenfiz mahkemelerince yanlış veya eksik bir şekilde araştırılması ve tespiti edilmesi veya dar bir şekilde yorumlanması suretiyle gerçekleşen müdahalenin kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle AİHS m.8’in ihlaline hükmedebilir. Kısaca, P-1 m.1’dekine benzer gerekçelerle, mütekabiliyet şartının bu şekilde uygulanmasına dayanan kararın, başvuru-
cularca öngörülebilir olmadığı söylenebilir.

3. Mütekabiliyetin Sağlanmadığının Doğru Bir Şekilde Araştırılıp Tespit Edilmesi Halinde

Son olarak, mütekabiliyetin karşılanmadığının ulusal mahkemelerde *doğru bir şekilde tespit edilmesi* nedeniyle AİHS m.6(1)’in ihlal edilmediğine kanaat getirmesi kuvvetle muhtemel olan AİHM, bu konuda

¹⁰⁰ Arslan Öncü, s.369.

¹⁰¹ Bu konuda bkz. Arslan Öncü, s.369; Yutaka Arai, “Chapter Five-The System of Restrictions”, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Ed. Pieter van Dijk-Fried van Hoof- Arjen van Rijn-Leo Zwaak, 4th Edition, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, s.340.

varmış olduğu sonuçtan hareketle P-1 m.1'in veya AİHS m.8'in de ihlal edilmediği sonucuna varabilir. Şüphesiz, bu ihtimalde de, P-1 m.1'e veya AİHS m.8'e yönelik bu tür bir müdahalenin AİHM tarafından nasıl meşru amaca sahip ve ölçülü olarak nitelendirileceği belirsizlik arz etmektedir. Ancak, AİHM'nin AİHS m.6(1)'in ihlal edilmediğine veya ihlal edildiğine kanaat getirmesi halinde, böyle bir karar dolaylı olarak -sırasıyla- diğer temel hakların ihlal edilmemiş veya edilmiş olduğu anlamına gelecektir. Zira bu durum, tenfiz davalarının mahiyeti gereği, özel hukuka ilişkin bir uyuşmazlığın karara bağlanması değil, doğrudan özel hukuka ilişkin bir haktan tanıma-tenfiz devletinde de yararlanılması/korunması amacıyla açılmasının doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, bu zamana kadar vermiş olduğu kararlarda AİHM, tanıma-tenfiz talebinin herhangi bir tanıma-tenfiz şartının veya bu tür davalara ilişkin bir usuli kuralın tatbiki suretiyle reddedilmesinin AİHS m.6(1)'i veya bir temel hakkı ihlal ettiğine/etmediğine hükmederken, aynı gerekçeyle ilgili temel hakkın (AİHS m.8 ve/veya P-1 m.1'in) veya AİHS m.6(1)'in ihlal edildiğine/edilmediğine de hükmetmektedir.¹⁰² Başka bir deyişle, AİHM bir taraftan bir tenfiz şartının varlığı/yokluğu nedeniyle verilen bir kararı AİHS'de yer alan bir hakka aykırı olarak nitelendirmekte iken, diğer taraftan böyle bir kararın kendisine müdahale edilen başka bir Sözleşmesel hakka aykırı olarak nitelendirmemektedir. Daha doğrusu, AİHM'nin aynı gerekçeyle AİHS'de yer alan bir hakkın ihlaline hükmederken, diğerinin ihlal edilmediğine hükmettiği bir kararına rastlamadığımızı belirtmeliyiz.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Yabancı mahkeme kararlarının tenfizi kurumunun amacı göz önüne alındığında, genel olarak mütakabiliyet şartı, yabancı kararla tevsik edilen özel hukuka ilişkin bir haktan tenfiz devletinde de yararlanmak isteyen tarafın bu konudaki menfaatini dikkate almamakta, davalıya yargılamanın sonucunu etkileyen esaslı bir avantaj sağlamaktadır. Diğer taraftan, mütakabiliyetin bir tenfiz engeli olarak aranmasının tenfize konu kararın verildiği devlete herhangi bir faydası olmadığı gibi,

¹⁰² Bkz. Hussin v. Belçika, no.70807/01, 6 Mayıs 2005; Vrbica v. Hırvatistan, no.32540/05, 1 Nisan 2010; Öztürk v. Türkiye, no.39523/03, 13 Ekim 2009; Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan, no.56759/08, 3 Mayıs 2011.

tenfiz devletinin de iki özel hukuk kişisi arasındaki hak uyuşmazlığını karara bağlayan bir yabancı kararın tenfizini böyle bir şarta bağlamakta ne gibi bir menfaatinin olduğu da belirsizdir. Bu bakımdan, mütekabiliyet şartının varlığı, tenfiz devletince davalıya bahsedilen, gerçekte davacıya karşı davalıya hiç gereği olmayan bir koruma sağlamaktan başka bir şey ifade etmemektedir. Zira Türk hukukunda yer alan diğer tenfiz engelleri, yabancı ülkede gayri adil bir yargılamaya/karara maruz kaldığını düşünen davalıları, bu tür bir kararın tenfizine karşı yeterince koruyacak mahiyettedir ve doğrudan muhtemel davalıların korunmasına matuftur. Bu nedenle objektif olarak bakıldığında, mütekabiliyet şartı, yabancı kararın tenfizi konusunda taraflar arasındaki menfaat dengesini bir taraf aleyhine bozan, hakkaniyetle bağdaşmayan bir tenfiz engeli niteliğindedir. Sonuç olarak, bu açıklamalarımız mütekabiliyetin bir tenfiz engeli olarak aranmasının ve mütekabiliyetin karşılanmadığı gerekçesiyle tenfiz taleplerinin reddedilmesinin yerinde olmadığını ortaya koymaktadır.

Bir tenfiz engeli olarak mütekabiliyetin, bireylerin Türkiye'nin de tarafı olduğu AİHS'de yer alan temel hak ve özgürlüklerini ihlal edici nitelikte olduğu da bir gerçektir. Zira öncelikle AİHS, bünyesinde yer alan hakların korunması ve yerine getirilmesi konusunda taraf devletlere objektif yükümlülükler yüklemekte, bireylerin söz konusu haklardan yararlanmalarını mütekabiliyet aramaksızın veya vatandaş-yabancı ayrımı yapmaksızın güvence altına almaktadır. Diğer taraftan, mütekabiliyet şartıyla bir devletin başka bir devlete karşı olan/olmayan tutumu nedeniyle, bir kişinin diğer bir devlet mahkemesinden elde ettiği bir kararda yer alan ve AİHS'nin koruması altına giren özel hukuka ilişkin bir haktan yararlanması engellenmektedir. Bu açıdan, söz konusu şartın bizatihi kendisinin AİHS'yle bağdaşmadığını söylemek mümkündür. Diğer taraftan, kimi kararlarındaki ifadelerinden böyle bir sonuca varılabilirse de, AİHM'nin mütekabiliyet şartının soyut olarak AİHS açısından yerindeliğini değil, söz konusu şartın tatbik edilmesinin başvuruçuların AİHS'deki ilgili haklarına olan etkilerini incelemektedir. Bu bakımdan, AİHM benzer bir yaklaşımı, mütekabiliyet şartının tatbiki suretiyle reddedilen veya kabul edilen tenfiz talepleri bakımından da sergileyebilir. Dolayısıyla, MÖHUK m.54(a)'da düzenlenen mütekabiliyet şartının tenfiz yargılamasının bir tarafının AİHS'de yer alan haklarını ihlal edip etmeyeceği, söz konusu şartın

karşılınıp karşılanmadığının Türk mahkemelerince ne şekilde araştırılıp tespit edildiğine bağlı olarak değişebilecektir.

Bu kapsamda, mütakabiliyetin varlığını resen araştırıp tespit etmek durumunda olan Türk mahkemelerinin tenfize konu kararın verildiği devlet ile Türkiye arasında mütakabiliyetin olup olmadığını doğru bir şekilde ve gerekli özeni göstererek araştırıp tespit etmeleri, davacının açmış olduğu tenfiz davasının reddedilmesi anlamına gelmektedir. Türk mahkemelerinin vereceği böyle bir karar, davacının AİHS m.6(1)'de güvence altına alınan hakkaniyete uygun yargılanma hakkına müdahale teşkil ettiği gibi, davacının yabancı kararla tevsik edilen özel hukuka ilişkin hakkın niteliğine bağlı olarak, AİHS m.8'in ve/veya P-1 m.1'in koruma alanına giren bir haktan yararlanamaması sonucunu doğuracaktır. Benzer bir sonuç, mütakabiliyetin varlığının doğru bir şekilde araştırılıp tespit edilmesi sonucunda, -diğer tenfiz şartlarının da varlığı halinde- aleyhine bir tenfiz kararı verilen davalı açısından da söz konusu olacaktır.

Bu durumda, mütakabiliyet şartının doğru bir şekilde ve gerekli özen gösterilerek araştırılıp tespit edildiği hallerde, tatbikiyle gerçekleşen AİHS m.6(1)'e yönelik sınırlamanın meşru olup olmadığının, yani müdahalenin meşru bir amaca sahip ve ölçülü olup olmadığının değerlendirilmesinde aşağıdaki kriterler belirleyici olabilir: AİHM, yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizinin tenfiz devletinin sahip olduğu yargı yetkisinin bir gereği olduğunu belirtebilir. Böylece, mütakabiliyet şartının tatbikiyle getirilen böyle bir sınırlamanın devletin devletler hukuku uyarınca sahip olduğu yargı yetkisine saygı gösterilmesi meşru amacına hizmet ettiği sonucuna varabilir. Ölçülülük değerlendirmesinde ise, AİHM'nin mütakabiliyetin bir sınırlama aracı/tenfiz engeli olarak seçilmesinde AK üyesi devletlerde yeknesak bir anlayışın söz konusu olmadığını, dolayısıyla devletin bu konuda geniş bir takdir marjına sahip olduğunu vurgulaması kuvvetle muhtemeldir. İkinci olarak, AİHM tenfiz talebi mütakabiliyet şartı nedeniyle reddedilen davacının daha önce yabancı mahkeme kararıyla yabancı hukuk düzeninde elde etmiş olduğu hakkını tenfiz devletinde de elde etme konusunda tenfiz devleti mahkemelerine başvurma imkânının sunulup sunulmadığına bakabilir. AİHM uluslararası örgütlerin yargı bağımsızlığına ilişkin içtihatlarıyla geliştirmiş olduğu *"başvurulabilecek alternatif ve kabul edilebilir yargısal mekanizmanın varlığı"* kriterini bura-

da da kullanarak, davacının tenfiz devletinde başvurabileceği yetkili bir mahkemenin varlığı halinde AİHS m.6(1)'in ihlal edilmediğine kanaat getirebilir. Bu iki kriterin yanı sıra, AİHM'nin daha önce başka bir tenfiz şartı için benimsemiş olduğu, *"bir kimsenin ortaya çıkmasında kendi katkısının olduğu bir durumdan şikâyetçi olamayacağı"* içtihadına da istinat etmesi de kuvvetle muhtemeldir. Özellikle tenfize konu kararın ticari ve ekonomik sözleşmelerden kaynaklanan uyumsuzlukların sonucunda verildiği hallerde, tarafların mahkemece verilecek kararın ileride mütekabiliyet şartının arandığı bir ülke mahkemesinde tenfiz ettirme zaruretinin olup olmadığını önceden görebilecek ve buna göre hareket edebilecek bilince ve basirete sahip olduğu söylenebilir. AİHM'nin mütekabiliyet şartının mütekabiliyet şartının varlığının/yokluğunun doğru ve gerekli özeni göstererek araştırılıp tespit edildiği hallerde, AİHS m.6(1)'in ihlal edilmediği kanaatine varması halinde, ilgili tarafın -yabancı kararlar tevsik edilen hakkın niteliğine bağlı olarak P-1 m.1'in ve/veya AİHS m.8'in ihlal edilmediğine de kanaat getirmesi kuvvetle muhtemeldir. Zira diğer tenfiz şartlarına ilişkin kimi içtihatlarında, AİHM'nin AİHS m.6(1) açısından varmış olduğu sonuçtan hareketle ve aynı gerekçeyle şikâyet konusundaki diğer hakların ihlal edildiği veya edilmediği sonucuna vardığı görülmektedir.

AİHM nezdinde asıl problem teşkil edecek husus, mütekabiliyet şartının eksik ve hatalı bir şekilde ve gerekli özeni göstermeksizin araştırıp tespit etmeleri halinde ortaya çıkabilecektir. Yine, mütekabiliyet şartının karşılanıp karşılanmadığının hiç araştırılmaksızın tenfiz talebinin kabulüne veya reddine karar verilmesi de aynı sonuca yol açabilir. Zira AİHS'ne taraf devlet mahkemeleri olarak, Türk mahkemeleri yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi davalarını tarafların AİHS'de yer alan haklarıyla bağdaşır bir şekilde görüp karara bağlama, bu kapsamda Türk hukukunda yer alan tanıma-tenfize ilişkin şartların karşılanıp karşılanmadığını söz konusu haklarla bağdaşır bir şekilde araştırıp tespit etme yükümlülüğü altındadır. Dolayısıyla, MÖHUK m.54(a) uyarınca tenfize konu kararın verildiği devlet ile Türkiye arasında mütekabiliyetin var olup olmadığını resen araştırmak durumunda olan Türk mahkemelerinin, söz konusu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini gerekli özeni göstererek titiz bir şekilde araştırmaları gerekmektedir. Nitekim AİHM'nin kimi kararları, bu konuda yeterli ve doğru bilgi sahibi olunmaksızın mütekabiliyetin

karşılanmadığına karar vermenin sadece P-1 m.1 veya AİHS m.8'in değil, AİHS m.6(1)'in de ihlal edilebileceğini dolaylı olarak göstermektedir. AİHM, AİHS m.8 ve P-1 m.1 açısından böyle bir ihlali, MÖHUK m.54(a) hükmünün Türk mahkemelerince tatbikinin başvuru açısından yeterince öngörülebilir olmadığı, bunun da söz konusu hakların sınırlandırılmasına gerekli bir koşul olan kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesine dayandırabilir.

AİHM, benzer bir yaklaşımı, mütakabiliyet şartının yabancı kararın tenfizini gereksiz yere engelleyecek ölçüde dar bir şekilde yorumlandığı haller bakımından da sergileyebilir. Özellikle, MÖHUK m.54(a) hükmünün lafzından her üç türünün de birine eşit ve alternatif olarak düzenlendiğinin anlaşıldığı mütakabiliyetin bu şekilde yorumlanması, davanın koşullarına göre sadece AİHS m.6(1)'in değil, diğer temel hakların da ihlaline yol açabilir. Zira Kanunun açık lafzı karşısında, üç mütakabiliyet türünün araştırılarak bunlardan birinin varlığının tespiti, söz konusu şart bakımından yeterlidir. Dolayısıyla, akdi veya kanuni mütakabiliyetin varlığına rağmen, salt yabancı ülkede Türk mahkeme kararlarına yönelik olumsuz bir uygulamanın varlığı nedeniyle tenfiz talebinin reddedilmesi, sadece MÖHUK m.54(a) hükmüyle değil, karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda yabancı kararların tanınacağı-tenfiz edileceği yönündeki genel eğilimle bağdaşmamaktadır. Daha da önemlisi, MÖHUK m.54(a) hükmünün açık ifadesine karşısında, fiili mütakabiliyetin gerçekleşmediği veya olumsuz yönde bir fiili uygulamanın varlığı gerekçe gösterilerek akdi veya kanuni mütakabiliyetin gerçekleştiği iddialarının Türk mahkemelerince dikkate alınmaması ve değerlendirilmemesi davacının AİHS m.6(1)'de yer alan hakkaniyete uygun yargılanma hakkından istifade edememesi anlamına gelecektir. Zira hakkaniyete uygun yargılanma hakkının bir gereği olarak, ulusal mevzuatta yer alan her bir tenfiz şartının karşılanıp karşılanmadığına ilişkin gerek mahkemece tespit edilen gerekse taraflarca ileri sürülen, davanın sonucuyla doğrudan ilgili ve belirleyici bilgi ve delillerin dikkate alınması gerekmektedir.

Kaynakça

- Arai Yutaka, "Chapter Five - The System of Restrictions", Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Ed. Pieter van Dijk-Fried van Hoof-Arjen van Rijn-Leo Zwaak, 4th Edition, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, s.340.

- Arat Tuğrul, "Yabancı İlamların Tanınması Ve Tenfizi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.21, S.1-4, 1964, s.421-527.
- Arslan İlyas, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2018.
- Arslan Öncü Gülay, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, Beta, İstanbul 2011.
- Aybay Rona-Dardağan Esra, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), 2. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.
- Aydoğmuş Ayşe Yasemin, AIHS'e Ek 1 No'lu Protokole Göre Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz Edinmesi, İstanbul, On İki Levha, 2016.
- Çelikel Aysel-Erdem B.Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 15.Bası, Beta, İstanbul, 2017.
- Çelikel Aysel-Öztekin Gelgel Günseli, Yabancılar Hukuku, 23.Bası, Beta, İstanbul, 2017.
- Çelikel Aysel-Nomer Ergin-Giray F.Kerem-Esen Emre, Milletlerarası Özel Hukuk-Pratik Çalışma Kitabı, 14. Baskı, Beta, İstanbul, 2018.
- Çiçekli Bülent, Yabancılar Hukuku, 4.Bası, Seçkin, Ankara, 2013.
- Demir Gökyayla Cemile, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Seçkin, Ankara, 2001.
- Demirkol Özüm, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde Karşılıklılık Koşulu, On İki Levha, İstanbul, 2017.
- Doğan Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Bası, Savaş Yayınları, Ankara, 2016.
- Doğan Vahit, Türk Yabancılar Hukuku, 2. Bası, Savaş Yayınları, Ankara, 2017.
- Ekşi Nuray, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması Ve Tenfizi, Beta, İstanbul, 2013.
- Ekşi Nuray, Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz İktisabı, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2012.
- Elbalti Belight, "Reciprocity and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A Lot of Bark but not Much Bite", *Journal of Private International Law*, Vol.13(1), 2017, s.184-218.
- Ertaş Şeref, "Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.3, S.1-4, 1988, (Kudret Ayieter'e Armağan'dan Ayrı Bası).
- Esen Emre, "Türkiye'de Bulunan Taşınmazlar Üzerinde Yabancı Gerçek Kişilerin Kanunî Miras Hakları Konusunda Güncel Gelişmeler", *Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan, C.15, S.2, 2016.
- 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.-Shúilleabháin Máire Ní-Shah Sangeeta, *Human Rights and Private International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- Gemalmaz H. Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Beta, İstanbul, 2009.

- Güven Pelin, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Yetkin, Ankara, 2013.
- Harris David-O'Boyle Michael-Warbrick Colin, Law on The European Convention on Human Rights, 2nd Edition, Oxford University Press, 2009.
- İnceoğlu Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 4.Bası, Beta, İstanbul, 2013.
- Karaağaç Ömür, Türk Hukukunda Yabancı Yatırımcı Olarak Şirketlerin Taşınmaz Mal Edinmeleri, Lykeion, Ankara, 2017.
- Kiestra Louwrens R., The Impact of European Convention on Human Rights on Private International Law, Springer, Maastricht, 2014.
- Kinsch Patrick, "Droits l'homme, droits fondamentaux et droit international privé", Recueil Des Cours-Collected Courses, Vol.318, 2005, S.11-331.
- Kinsch Patrick, "Enforcement As A Fundamental Right", Nederlands Internationaal Privaatrecht, Vol.32(4), 2014, s.540-544
- Nomer Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 22. Bası, Beta, İstanbul, 2017.
- Öztekin Gelgel Günseli, "Yabancıların Taşınmazlara İlişkin Mülkiyet ve Sınırlı Ayni Haklardan Yararlanmasında Mütakabiliyet İlkesi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, C.23, S.1-2, 2003, s.405-422.
- Ruhi Ahmet Cemal, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, 4.Baskı, Seçkin, Ankara, 2014.
- Sakmar Atâ, Yabancı İlâmların Türkiye'deki Sonuçları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- Saracoğlu İhsan, "Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi", İstanbul Barosu Dergisi, C.49, S.9-10, 1975, s.817.
- Sargın Fügen, "Yabancı Mahkeme İlâmlarına Dayalı İcra Yoluyla Takip Edilebilirliğe Bir Engel Olarak "Zamanaşımı"", *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, Yıl.2017, C.6 S.2.
- Sargın Fügen, Yabancı Gerçek Kişilerin Türkiye'de Taşınmaz Mal Edinmeleri ve Sınırlı Ayni Haklardan Yararlanmaları, Yetkin, Ankara, 1997.
- Sarıöz Büyükalp Ayşe İpek, AİHS ve AİHM Kararlarının da İncelenmesi Suretiyle Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usûl Hukuku Üzerindeki Etkile-ri, On İki Levha, İstanbul, 2018.
- Spielmann Dean, "Recognition and Enforcement of Foreign Judicial Decisions-Requirements Under the European Convention on Human Rights: An Overview", *Cyprus Human Rights Law Review*, Vol.1 No.1, 2012, S.4-24.
- Şanlı Cemal, "Türk Hukukunda Çocukların Velayetine ve Korunmasına İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl.16, S.1-2, 1996, s.71-86.
- Şanlı Cemal-Esen Emre-Ataman Figanmeşe İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 6.Bası, Vedat, İstanbul, 2018.
- Tekinalp Gülören, Türk Yabancılar Hukuku, 8.Bası, Beta, İstanbul, 2003.

Tezgel Mehmet, Türk Hukukunda Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Adalet, Ankara, 2012.

Tütüncübaşı Uğur, Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması, Adalet, Ankara, 2014.

Yararlanılan AİHM İçtihatları

Ağnidis v. Türkiye, no.21668/02, 23 Şubat 2010

Apostolidi v. Türkiye, no.45628/99, 27 Mart 2007

Avontis v. Letonya, (GC) no.17502/07, 23 Mayıs 2016

Beer ve Regan v. Almanya, 28934/95, 18 Şubat 1999

Brumarescu v. Romanya, no.28342/05, 16 Nisan 2002

Fokas v. Türkiye, no.31206/02, 29 Eylül 2009

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

Hromadka ve Hromadkova v. Rusya, no.22909/10, 11 Aralık 2014

Hussin v. Belçika, no.70807/01, 6 Mayıs 2005

McDonald v. Fransa, no.18648/04, 29 Nisan 2008

Nacaryan ve Deryan v. Türkiye, no.19558/02, 8 Ocak 2008

Negrepontis-Giannisis v. Yunanistan, no.56759/08, 3 Mayıs 2011

Öztürk v. Türkiye, no.39523/03, 13 Ekim 2009

V.P. v. Rusya, no.61362/12, 23 Ekim 2014

Vrbica v. Hırvatistan, no. 32540/05, 1 Nisan 2010

Waite ve Kennedy v. Almanya, no.2608 3/94, 18 Şubat 1999.

