

Alman *Amtsgericht* tarafından çıkarılan *Vollstreckungsbescheid* (icra emri) Türkiye'de tenfiz edilemez!

Prof. Dr. Christian Rumpf, Rechtsanwalt

I. Giriş

5718 sayılı ve 27.11.2007 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 50'nci maddesine göre, yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilamların Türkiye'de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır.

Böyle bir mahkemenin kararının gerekçelendirilmiş olmasının gerekli olup olmadığı tartışılırken, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu 10.2.2012 tarihli ve E. 2010/1, K. 2012/1 kararında "bir gerekçenin bulunmasının zorunlu olmadığı" sonucuna varmış, bu hususu aşağıdaki ifadelerle belirlemiştir:

"5718 sayılı Kanunda yabancı bir mahkeme tarafından "hukuk davalarına ilişkin olmak üzere verilmiş" ilamların tenfiz edilebileceği, ayrıca ceza ilamlarının "kişisel haklarla ilgili hükümlerinin" de tenfize tabi bulunduğu kabul edilmiştir.

Şu hâlde "maddi hukuka" ait talepler hakkında verilmiş bulunan her türlü yabancı mahkeme kararları, tenfiz kararı verilebilecek kararlardır.

Yabancı devletin usul hukukuna tabi olarak verilmiş olan bir mahkeme kararının, mahkeme ilamı niteliğinde olup olmadığı ve kesinleşme şartları, hiç şüphesiz ki münhasıran kararın verildiği ülkenin usul hukuka göre tayin ve tespit olunur.

Bu durum, bilindiği üzere gerek milletlerarası alanda gerekse Türk Mahkeme uygulanmasında kabul edilmiş bulunan, usul hukukunda *lex fori* prensibinin, diğer bir deyişle mahkemenin kendi usul hukukuna tabi olması prensibinin bir gereğidir.

Nasıl ki, Türk Mahkemesinden verilmiş bir “mahkeme ilamını” yabancı bir devletin kendi usul hukuku kurallarına göre bir icra emri veya emirname olarak nitelemesi düşünülmez ise, aynı şekilde yabancı bir mahkeme kararının mahkeme ilamı niteliğinin Türk usul hukuku hükümlerine göre belirlenmesi de söz konusu olamaz.

Nitekim, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunda tenfiz için 54. maddede öngörülen usul hukukuna ilişkin şartlardan, kararı veren mahkemenin tabi olduğu usul hukukuna göre değerlendirilebileceği ilkesinden hareket edildiği açıktır.

Bu bakımdan kendi usul hukuku hükümlerine göre “ilam” niteliğinde kabul edilen bir mahkeme kararını Türk İcra Hukukunda yer alan bir düzenlemeye benzeterek, belirli bir miktar paranın ödenmesi ihtarını içeren emirname veya “ödeme emri” olarak nitelemek olanaksızdır. Öyleyse, tenfize uygun yabancı bir mahkeme ilamının, 5718 sayılı Kanunda sınırlı olarak sayılan şartları taşıması halinde tenfize karar verilmesi gerekir."

Yüksek Mahkeme bu kararında, bir mahkemenin kararının Türk icra hukukundaki "ödeme emrine" benzese dahi 'mahkeme ilamı' olarak nitelendirilmesinin olanaklı olduğunu kabul etmektedir.

İBK'nın kararında, Alman mahkemeleri tarafından çıkarılan 'Gıyabi Kararları' ve bugünlerde gerekçesiz çıkartılıp olağan muhakeme usulüne dayanan “Boşanma Kararlarını” kastettiği açıktır.

Ancak, Türkiye'deki uygulamada, Almanya'da '*Amtsgericht*' tarafından çıkarılan 'icra emirlerinin' de 'mahkeme ilamı' olarak kabul edilip tenfizine karar verildiği görülmüştür.¹ Bu durum, Alman icra hukukunun Türk hukuk literatüründeki hatalı yorumlarına dayanmaktadır.² Halbuki, bu yorumlar tartışmaya yer vermeyecek kadar yanlıştır. Kısaca, Almanya'da çıkarılan '*Mahnbescheid*' (ihtarname) ve '*Vollstreckungsbescheid*' (icra emri) işlemleri mahkeme kararı olmayıp Türkiye'de tenfiz edilmeleri hukuka, hatta T.C. Anayasasına aykırıdır.

¹ Örn. Ankara 12. Asliye Hukuk Mahkemesi, 2.1.2017, E. 2016/90, K. 2016/476.

² Esen, Emre: Alman Hukukunda İhtarlı Basit Dava Usulü (Mahnverfahren) Çerçevesinde Verilen Kararların Türk Hukukunda Tenfizi, MHB 27 (2011), sh. 21 vd. Bu makaleye dayanarak, birçok yazar Alman kanununa ve ilişkisi literatüre bakmadan eserlerinde aynı hataları tekrarlamışlardır, örn: Nomer, Ergin: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde “Gerekçe”, İKÜHFD 10 (2011), sh. 9 vd. Dipnot 1'de örnek olarak gösterilen kararda bilirkişi de bu literatüre dayanmıştır.

II. Değerlendirme

Özet: *Amtsgericht - Mahnabteilung* - MÖHUK anlamında mahkeme değildir. Alman hukukunda icra emri (eskiden ödeme emri) 'karar' değil, bir 'işlemdir'. Gerek *Mahnverfahren*, gerek *Vollstreckungsverfahren*, gerçek anlamda 'dava usulü' değil, idari usullere benzeyen, tıpkı Türk icra hukukunda uygulanan icra usullerini karşılayan usul tiplerindedir.

1. Almanya'da icra hukukunu düzenleyen ayrı bir kanun yoktur.

İcra hukuku Alman „HMK“(ZPO)'unda düzenlenmiştir. İcra hukukunu düzenleyen ayrı bir kanun yoktur. § 704 ZPO hükmüne göre, mahkemelerin kesinleşmiş son kararları icra edilebilir. Türkiye'de de olduğu gibi, teminat karşılığında henüz kesinleşmemiş ilk derece mahkeme kararları da icraya konulabilir; ancak, bu durumda kararı icraya koyan taraf, kanun yolları tükendikten sonra tahsil edilen değerleri diğer tarafa iade etmek durumunda kalabilir.

Kanunun mantığına göre, icra hukuku (İflâs hukuku ayrı bir kanuna tabiidir [*Insolvenzordnung*]) §§ 704 - 945b ZPO hükümlerinde düzenlenmiştir.

Yine kanunun mantığına göre, ilamsız takip ise, §§ 688 - 703d ZPO hükümlerinde düzenlenmiştir.

Hata burada başlar. Çünkü Alman hukuk sistemini yakından bilmeyen araştırmacı, bu hükümlerin HMK dava usulünü yansıttıkları yanılgısına düşebilir. Halbuki, 'Mahnverfahren' ile ilgili hükümler baştan sonuna kadar titizlikle okunursa, bu usulün Türkiye'deki ilamsız takip usulüne benzediği açıkça anlaşılır. Bu yüzden, bu usule 'geçici icra usulü' de denilebilir.

2. Mahnverfahren (ihtar usulü) 'dava' değildir.

İhtar usulü dava ve icra öncesi bir usuldür. T.C. İcra İflâs Kanununda böyle bir usul kesiti yoktur, uygulamada ihtar görevi notere düşer (‘ihtar çekmek usulü’).

T.C. HMK'daki ‚basit dava usulü‘ ile de alakası ve benzerliği yoktur, çünkü basit dava usulü gerçek bir yargılama usulüdür, yargıç sınıfından bir şahıs/heyet tarafından uygulanır. § 495a ZPO uyarınca, müddeabihin 600 Euro altında olması şartıyla *Amtsgericht* (Alman hukuk sisteminde sulh mahkemesine benzer en alt mahkeme kademesidir) ‚tamdiren‘ kısaltılmış buna benzer bir usul uygulayabilir, ancak o da, “takip” ile alakası olmayan, normal yargılama usulündendir. Bunun dışında Alman muhakeme hukukunda ‚basit yargılama usulü‘ gibi bir kavram yoktur. Bu kavram İsviçre kaynaklı bir kavramdır ve Alman hukukuna yabancısıdır.

İhtar prosedürünü başlatmak için dava (*Klage*) açılmaz, sadece 'başvuru'da (*Antrag*) bulunur. İhtar usulündeki işlemlere yargıç (*Richter*) değil, bir memur bakar. Bu memur'un adı *Rechtspfleger*'dir, mesleğine özgü bir yüksek okulunda eğitilmiş bir şahıstır, yargıç değildir.³ Hakimlerin bağımsızlığı ilkesi kendisine uygulanmaz. İhtar dilekçesini 'dava şartlarına' göre değil, basit formalitelere göre inceler. İddia edilen bilgilere bakar (başvuranın isim ve adresine, muhatabın isim ve adresine, iddiasının icraya kabil bir iddia olup olmadığına, sözleşmeye dayanan bir alacak ise sözleşmenin tarihine, kendisine düşen mükellefiyetlerin yerine getirip getirmediğinin bildirilmesine, faiz isteyip istemediğine, hukuki dayanağın hangi türden olduğuna, yetkili mahkemenin hangisi olduğuna vb. gibi). Başvuran gereken bilgileri '*Mahn Antrag*' (ihtar dilekçesi) formuna yazmış ise, bunların (yetkili mahkemenin hangisi olduğu dışında) doğruluğuna bakılmaksızın, memur '*Mahnungsbescheid*' yazar ve tebliğ eder. Yurtdışına tebligat mümkün değildir.

3. Mahnbescheid (ihtarname) bir mahkeme kararı değildir.

İhtarname '*Bescheid*' olarak verilir. '*Bescheid*' kelimesi idare hukukundan gelen bir terimdir. İdare hukukunda 'idari işlem' (*Verwaltungsakt*) olarak bilinir, mahiyet itibariyle bir 'idari işlem' olduğu söylenebilir. Kanun yolu da mahkeme usulüne (istinaf, şikâyet, temyiz) değil, idare usulüne benzer. Çünkü idari işleme karşı '*Widerspruch*' (itiraz) edildiği gibi, ihtarnameye de '*Widerspruch*' (itiraz) edilebilir. İhtar talebinde bulunan başvuru, talebinde itiraz halinde işin mahkemeye gönderilmesini istemiş ise, itiraz üzerine dosya yetkili mahkemeye gönderilir.

Bazı konularda *Amtsgericht*, icra işlemlerinde 'icra mahkemesi' olarak da karar verir. O zaman, '*Urteil*' (hüküm) değil, '*Beschluss*' (ara karar mahiyetinde bir 'karar') verilir. '*Urteil*' ile '*Beschluss*' arasındaki fark, maddi hukuk ile ilgilidir. '*Urteil*'in kesinleşmiş sureti ilam olarak önümüze çıkar. '*Urteil*', çekişmeli yargıda, duruşmalı, iddia ve savunma içeren bir yargılamanın sonucu olarak verilir. '*Beschluss*' ise, ara kararı olarak veya bazı çekişmesiz dava türlerinde verilir. Boşanma davası da, aile hukuku muhakemesinin bir özelliği olarak '*Beschluss*' olarak sonuca bağlanır. Uluslararası kurallarına göre '*Urteil*' gibi hüküm mahiyetinde bir karardır. İhtar işlemi ise, muhakeme çerçevesinde verilen bir karardır. İşlemdir.

İcra emri de karar değil, işlemdir.

³ İflâs hukukunda, iflâs mahkemesinde de *Rechtspfleger* çalışır. Hukuk dilinde *Insolvenzrichter* olarak adlandırılır, yine de tam anlamda yargıç sayılmaz.

4. Vollstreckungsbescheid (icra emri) bir mahkeme kararı değildir.

İhtarnameye karşı iki hafta içerisinde itiraz edilmez ise, 'Rechtspfleger' talep üzere icra emrini düzenler. Bu usul üst derece sayılan bir usul değildir, ihtarname usulünün icra emriyle biten devamıdır. İcra emri, mahiyet itibariyle, ihtarnamenin icra edilebilir kopyası gibidir. Ayrı bir inceleme yapılmaz. İcra emri yine 'Bescheid'tir. Karar değil, bir işlemdir. Çekişmeli yargı usulünün sonucu değildir. Tam tersine, icra emrine itiraz, olağan çekişmeli hukuk davasına yol açar. § 700 f. 1 ZPO icra emrini bir 'Gıyabi Mahkeme Kararına' (*Versäumnisurteil*) benzetiyorsa da, sırf bu hükümden dolayı 'mahkeme kararı' sıfatını kazanmaz. Çünkü gıyabi kararın aksine, işlemi veren kişi yargıç değildir, duruşmaya davet olmadığı gibi geçici icra usulünde karşı tarafın savunma imkanı da yoktur.

5. İcra emrine karşı 'kanun yolu' yoktur, 'itiraz' ile mahkeme yolu açılır.

İcra emrine karşı istinaf veya temyiz değil, yine 'itiraz' edilebilir. Almancası farklı görülse de (*Einspruch*), bunun Türkçe'de başka bir karşılığı yoktur. Mahiyeti itibariyle yine idare usulüne benzeyen bir taleptir. İtiraz iki hafta içerisinde edilir ise, başvuranın ihtar dilekçesinde ayrıca yazılması gereken talebi uyarınca dosya yetkili hukuk mahkemesine gönderilir. Mahkemede, bu 'geçici icra usulü' normal bir hukuk davasına dönüşür. Başvuran davacı sıfatını alır, mahkemenin daveti üzerine taleplerini tekrarlar, bunların gerekçesini sunar. Resmen dava dilekçesini verir. Mahkeme bu dilekçeyi karşı tarafa tebliğ eder, savunmasını ister ve duruşma tarihini bildirir. Davacı davasını değiştirebilir, yeni talepler ekleyebilir veya geçici icra usulünde iddia ettiği talepleri dava etmeyebilir. Kısaca, 'yargılama usulü' olarak adlandırdığımız usul ancak bu noktada başlar ve bir 'mahkeme kararı' ile sonuçlanır. Bu yargılama usulünün bitişindeki son karar, kesinleşmesiyle (artık geçici olmayan) icra usulüne başlanır (§ 704 ZPO).

6. 'Mahnbescheid' ve 'Vollstreckungsbescheid' veren makamlar mahkeme değildir.

Bu işlemlerde yetki icra makamı sıfatıyla '*Amtsgericht*' tarafından kullanılır. Ancak, *Amtsgericht* *Mahnbescheid* ve *Vollstreckungsbescheid* ile ilgili yetkisini hukuk mahkemesi olarak değil, icra makamı olarak kullanır. Çünkü Almanya'da ayrı bir icra makamı yoktur. İcra işlemleri, yani Türkiye'de icra dairelerinin gördükleri görevler, *Amtsgericht*'te mevcut olan '*Gerichtsvollzieherstelle*' tarafından görülür. *Amtsgericht* bu durumda icra mahkemesinin görevini de üstlenir. İcra emrini imzalayan kişi de 'yargıç' değil, 'Rechtspfleger' adlı, 'Rechtspflegerschule' – yani bu mesleğe özgü bir yüksek okul türü – eğitimi görmüş, 'hukukçu' olmayan bir memurdur. Hakimlerin bağımsızlığı ilkesinden faydalanmayan, adalet idaresinin bir memurudur. *Amtsgericht*'in Türkiye'de farklı makamlar

tarafından görülen başka görevleri vardır: Tapu dairesi, iflas dairesi, ticaret sicili Amtsgericht'e bağlanan diğer bölümlerdir.

7. Müttekabiliyet şartına uyulmamaktadır.

T.C. İcra ve İflâs Kanununa göre ilâmsız takip sonucu çıkıp kesinleşen ödeme emri Almanya'da tanınamaz, tenfiz edilemez. Müttekabiliyet şartına uyulmaması nedeniyle de tenfiz mümkün değildir.

III. Sonuç

Yukarıdaki nedenlerle 'Vollstreckungsbescheid' Türkiye'de tenfiz edilemez. Ancak delil olarak gösterilebilir.