

23 ŞUBAT 1330 MUVAKKAT KANUNUN TEMİNATA DAİR HÜKÜMLERİ MERİ MİDİR ?

Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay

Hemen her Devletin mevzuatı ecnebilere, hiç olmazsa medenî haklarını koruyabilmek için yerliler gibi mahkemeye müracaat salâhiyeti vermektedir. Fakat umumiyetle, Devletler ecnebilere dâva hakkını kullanabilmelerini, bu yüzden hasımlarının maruz bulunabileceği haksız zararı tazmin için teminat göstermelerine bağlı tutmaktadırlar.

Türkiyede bulunan ecnebilere medenî haklarını koruyan 23 şubat 1330 tarihli muvakkat kanun da, Fransa ve Almanyada olduğu gibi, dâva ikame edecek ecnebilere hasımlarının dâva yüzünden maruz kalabileceği zararları tazmin için teminat vermekle mükellef tutmuştu.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ise (m. 97) 1330 muvakkat kanununun koyduğu esastan ayrılarak, tâbiyetini nazarı dikkate almadan Türkiyede ikametgâhı olmayan yerli veya ecnebi her dâvacıyı teminat göstermekle mükellef tutmuştur.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun mer'iyetinden sonra, zikri geçen muvakkat kanunun, o kanunla tâdil edilmiş olup olmadığı mesele oldu. Yargıtayın bu hususa dair içtihatları müstakar görünmemektedir.

Yargıtay Umumi Heyeti 15/6/1932 ve 18/9/1938 tarihli kararlarında (*Hukuk Usulü Muhakemeleri Şerhi*'miz, m. 97, no. 3, *Devletler Hususî Hukukunda Adliye* kitabımız, s. 165, *Teorik ve Pratik Adliye Hukuku* kitabımız, 1945, no. 201) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 1330 muvakkat kanunu yerine kaim olduğunu kabul etmiştir. Biz bu kararı zikri geçen eserlerimizde mütalâa ettik. Sayın arkadaşımız Ord. Prof. Muammer Raşit Seviğ ise *Devletler Hususî Hukuku* kitabında (1943) bu kararları tenkidetti.

Yargıtay Genel Heyeti 9/7/1941 tarihli kararında, içtihatlarını değiştirerek, «dâvacının ecnebi olduğu cevap lâyihasında iddia

edilmiş olduğu cihetle bu iddianın doğruluğu tahakkuk ettiği surette mahkemece teminat alınması lâzımgelip gelmiyeceğinin *re'sen* teemmülü iktiza ederken cevap lâyihasının müddetin mürurundan sonra verildiğinden dolayı bu baptaki talebinin red» dini yolsuz bulmuştur (1).

Yargıtayın bu kararı münasebetiyle, meseleyi yeniden etüt ediyoruz:

Yargıtayı eski içtihadını değiştirmeye sevk eden sebepler kararında gösterilmediğinden, meseleyi sadece doktrin bakımından inceleyeceğiz.

Devletler Hususî Hukukunda büyük bir otorite olan arkadaşımız Prof. Seviğ, zikri geçen eserinde, «ne mahkemenin kararına ve Temyiz Heyeti Umumiyesinin içtihadına ve ne de Prof. M. Reşit Belgesay'ın mütalâasına iştirak» etmediğini kaydettikten sonra diyor ki (cilt II, s. 179): «Bizim kanaatimizce 1330 tarihli muvakkat kanunun bahsettiği teminatla Usul Kanununun 97 nci maddesindeki teminat *aynı şeyleri temine matuf* olmakla beraber *ayrı ayrı sebeplere* istinat ettiğinden birbirinin aynı değildir. Evvelki kanun sırf ecnebilikten mütevellit teminat mükellefiyetinden bahis, ikincisi ise Türkiyede ikametgâhı olmayan dâvacıların teminat gösterme mecburiyetini mu tazammın olup birincisi ecnebi dâvacıya karşı Türk vatandaşın hukukunu korumakta, ikincisi de Türkiyede ikametgâhı bulunmayan yerli, ecnebi herhangi bir dâvacıya karşı yerli, ecnebi her vatandaşın hukukunu kâfil bulunmaktadır. Elhâsıl 1330 muvakkat kanunu ile Usul Kanunu arasında teminat lüzumu bakımından mükellefler itibariyle, mükellefiyetin sebebi itibariyle fark vardır. Muvakkat kanuna göre ecnebi emlâk sahibi bulunduğu takdirde teminet istenmez. Usul Kanununa göre dâvacının emlâki bulunsa da yine Türkiyede ikametgâhı bulunmadığı için teminat talep olunur. Binaenaleyh, bu iki hüküm... biri diğerini nakz veya tâdil eder mahiyette değildir. Bu cihetle her iki hüküm arasında münafat gören ve 97 nci maddede ahkâmiyle birinci hükmün zımnın tâdil edildiğini iddia eden noktai nazara tamamiyle zıt bir kanaat beslemekteyiz... Prof. Mustafa Reşit Belgesay, Asliye Mahkemesinin bu mütalâasına iştirak ettiği için sebep zikretmekte ihmal göstermemiştir. Sayın profesör diyor ki: 97 nci maddenin mefhumu muhalifinden bu maddede tasrih edilmeyen hallerde dâvacının teminat göstermekle mükellef olmadığı an-

(1) İmran Ökten, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu İctihatlar kitabında Temyiz kararını bu suretle nakletmiştir m. 97.

laşıyor. Mefhumu muhaliften hüküm çıkarmakta isabet bulunup bulunmamasından sarfı nazar, bu maddenin mefhumu muhalifinden böyle bir mâna nasıl ihraç edildiğini anlamak biraz müşkül oluyor... Hakkında kanunî bir hüküm bulunmayan bir hal mevzuubahis değil ki bu hal 97 nci maddede mevzuubahsolmadığı için o maddenin mefhumu muhalifine göre teminat talebini müstelzim olamaz denilebilir. Bu noktayı sayın profesör de düşünmüş olacak ki hemen bu mütalâayı mütaakıp 1330 muvakkat kanununun Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ruhuna muhalif olduğu pek âşikârdır. Bu iki kanunu mantıkî surette telif etmek imkânı yoktur. Çünkü ecnebi memlekette oturan bir ecnebi Türkiyede dâva ikame ettiği takdirde hem 1330 muvakkat kanununa ve hem de Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre iki defa teminat vermek lâzımgelcektir ki mantıksızlığı âşikârdır, demiştir.

«Demek ki sayın profesör bu iki kanunî hüküm arasında münafat görüyor. Bu münafat Usul Kanununun ruhuna muhalefetten çıkıyor. Zira bu iki kanunu mantıkî surette telif etmek imkânı yok... Muhterem refikim, bu iki sebep iki defa teminat vermek gibi bir mantıksızlığı daî olacağı için birbirine münafi bulunuyor, diyor. Eğer maddenin ruhuna muhalefetin, iki hüküm arasındaki münafatın sebebi, her iki hükmün tatbiki halinde iki defa teminat verilmesi keyfiyetinden ibaretse buna verilecek cevapla muhalefet ve münafat tamamıyla ortadan kaldırılabilir... Teminattan maksat her iki halde de zarar ziyana muhakeme masarifinin temini olduğuna göre bir kere bu cihet temin edildikten sonra müemmen olan bu şeyi bir kere daha temine lüzum kalmıyacağından ikinci defa teminat verilmesi artık mevzuubahsolmaz. Şu halde sayın profesörün gördüğü âşikâr mantıksızlıktan hiçbir eser yoktur.

«Biz diyoruz ki, iki hüküm arasında zâhiri bir münafat vardır. O da bir ecnebi dâvacı emlâk sahibi olduğu takdirde teminat göstermeğe mecbur olmadığı halde 97 nci maddeye nazaran Türkiyede ikametgâhı olmadığı takdirde yerliler gibi teminat göstermekle mükellef tutuluyor. Birinci hükümde teminattan istisna edilen ecnebi, ikinci hüküm mucibince teminata tâbi tutuluyor. Hakikî bir münafat bulunmamakla beraber bu zâhiri muhalefetin de izalesi lâzımdır. Hakikî münafat yoktur: zira muvakkat kanun ecnebilikten mütevellit bir mükellefiyeti mevzuubahsetmiş ve Usul Kanunu ise Türkiyede ikametgâh sahibi olmamanın dâvacıya yüklediği mecburiyeti beyan etmiştir. Ve izah ettiğimiz diğer fıkralara nazaran teminatı istilzam eden hallerin bir olmayıp mütaaddit bulunuşu zâhirdir. Kalıyor, her

iki maddenin tatbikiyle vücuda gelen zâhiri münafat keyfiyeti: ecnebi emlâk sahibidir, teminata tâbi değil; fakat o ecnebi Türkiyede mukim olmadığı için teminata tâbi.

«Muvakkat kanuna göre, emlâk sahibi olan ecnebi dâvacının teminat akçesi ve kefalet itasından istisna edilmiş olması, emlâkin teminat teşkil etmesindedir... Diğer taraftan, ... 96 nci maddede ise verilecek teminatın nevilerini sayarken bir de gayrimenkul rehninden bahsetmiştir ki emlâk sahibi dâvacının teminat iraesini istisnası da filiyatta hemen hemen böyle bir muameleye tâbi olduğu için mesele tabii bir teminat teşkil eden emlâkin teminat olmaktan çıkmasına inhisar ediyor demektir...

«Farz edelim ki Usul Kanununun 97 nci maddesi muvakkat kanunun üçüncü maddesi ahkâmına münafi birtakım hükümleri muhtevidir. Bundan Asliye Mahkemesinin ve Temyiz Heyeti Umumiyesinin ve sayın profesörün iddia ettikleri gibi Usul Kanununun muvakkat kanunu tadil ettiğine mi hükmedilecektir? Buna en basit ve en tabii hukuk kaidesi mânidir. Zira Usul Kanunu bir umumî kanun olduğu ve 97 nci madde ahkâmı umumiyeden bulunduğu halde muvakkat kanun sırf ecnebilerin hak ve vazifelerine mütaallik hususî bir kanun olduğundan muahhar olsa da ahkâmı umumiye, hususî kanunun hükümlerini zımnen tâdil etmez. Binaenaleyh, muvakkat kanun hükmünün tadil edildiğine dair sarahat fıkdanı karşısında zımnen tadil iddiası vârit olamaz».

Sayın arkadaşımız fikirlerimizi tam olarak nakil ve tahlil ettikleri için, makalemizde tamamlayıcı bazı izahat vermekle iktifa ediyoruz:

Biz, kanunların tefsirinde, metninden ziyade teorik mülâhazaların ve kanun vâzının maddeyi yaparken düşünmüş olacağı prensipin esas tutulmasına taraftarız. Kanunun gayesini ve ruhunu tâyin ederken, sosyal ve teorik düşünceler hâkim olmalıdır. O halde, evvelâ, 1330 muvakkat kanunu ne yapmak istemiştir, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 97 nci maddesiyle ne yapmak istiyor? sorularına cevap araştıralım.

Usul Kanunu, Türkiyede oturmıyan dâvacıları Türkiye ile kâfi derecede alâkalı addetmediği için, evvelemirde dâvalının dâva yüzünden uğraması ihtimal içinde olan zararlarını temin etmelerini gerekli addediyor. 1330 muvakkat kanunu da aynı gayeyi istihdaf ediyordu. Bu kanun da aynı mülâhaza ile, dâvalının haklarını korumak lüzumunu hissetmişti. Türkiyede emlâk sahibi olan ecnebileri alâkalarını kâfi addederek teminattan muaf tutmuştur.

Medenî Kanun, yerli ve ecnebi herkese müsavi şartlar dâhilinde medenî haklardan istifade salâhiyetini verdiğinden, bu haklara vâki tecavüzlerden şikâyet ve dâva hakkını müsavi olmıyan şartlara tâbi tutmak lojik olamazdı. Pek çok Avrupa Devletlerinin kabul ettiği 17 temmuz 1905 tarihli La Haye mukavelesi ecnebilik sıfatı yerine ikametgâh esasını ikame etmiş; ittihadada dâhil Devlet ülkelerinde ikametgâhı olanların bu Devletlerin herhangi birinin mahkemesinde serbestçe dâva ikamesi salâhiyetini kabul etmiştir.

Türkiyenin ecnebi Devletlerle münasebetini Devletler hukuku kaidelerine tevafuk içindir ki dâva ikamesi meselesinde Nöşatel Kanununun liberal hükmünün kabulünde tereddüt edilmemiştir. Fakat, bu kanunun ne için 1330 muvakkat kanununu tâdil ettiğine dair bir hüküm konmadığı suali haklı olarak hatıra gelir. Hukuk Usulünün muvakkat kanun hükümlerini açıkça ilga etmemesinin gerçek sebebi, şüphesiz, bu kanunu yapanların muvakkat kanunu hatırlamamalarıdır. O vakit bu kanun hatırlanıp da muhafaza edilmek istenseydi bu hususun kanuna ilâve edileceği tabii idi. Nitekim, meselâ, 24 üncü maddede Medenî Kanun hükmünün mahfuz olduğu beyan ediliyor da 1330 muvakkat kanunundan bahsedilmiyor. Zımnî tadillerin kabulü, kanun yapanların diğer evvelki kanun hükümlerini hatırlamamaları esasına istinat etmez mi?

Türkiyede umumî bir kanunun hususî bir kanunu tadil etmiyeceği bir mütearife olarak kabul olunmaktadır.

Yargıtay Genel Heyeti, oldukça eski bir kararında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun umumî olması itibariyle, hâkimin adli tıp raporu ile bağlı olduğunu tazammun eder görünen Adli Tıp Kanunu hükümlerini tâdil etmediğine karar vermiştir.

Ben bu görüşe iştirak etmiyorum. *Türk Kanunu Medenîsi Şerhi* nin son 4 üncü (1945) tab'ında m. 1, no. 14 te üzerinde durduğum gibi, umumî bir kanun hususî bir kanunu da zımnen tâdil edebilir. Gerçekten, istisna kabul etmiyecek tarzda bazı vaziyetleri yeniden tanzim eden ve hususî kanun hükmünü mahfuz tutmıyan bir kanunun o kanunla tanzim edilen vaziyeti şümulüne almak istediği şüphesizdir. Çünkü, hususî vaziyet istisna edilmedikçe umumî vaziyete dâhildir. Yeni kanunun, şümulünde olup da istisna edilmemiş her hususta tatbiki maksadına uygundur.

Diğer taraftan bir kanunun bazı şartlarla kabul ettiği bir hüküm o şartlar bulunmaması halinde tatbika imkân bulunamaz. Bu itibarla daima muhalif mefhumdan mâna çıkarılması zarureti vardır. Binaenaleyh Hukuk Usulü Kanunu yalnız muayyen şartlar dâhilinde

bulunan dâvacıları teminatla mükellef tutması o şartlar dâhilinde bulunmayan dâvacıların teminatsız dâva açabilmelerini tazammun eder.

Ecnebi memlekette ikamet edenleri teminat mükellefiyetine tâbi tutan bir kanunun ecnebi olanları başka bir kanun hükmüne göre de teminatla mükellef tutmak istemesi pek uzak bir ihtimaldir.

Ecnebler, umumiyetle kendi memleketlerinde mukim olduklarından, (zikri geçen eser, s. 183), Türkiyede ikametgâhları olduğunu isbat etmedikçe dâva ikamesi için Hukuk Usulü Kanununa göre teminatla mükelleftirler. Türkiyede mukim bulunmayan ecnebinin Türkiyede emlakleri, müesseseleri varsa bunlar da yeter teminat olabilir. Bu sebeptendir ki H.U.K. Türkiyede oturanları teminatla mükellef tutmamıştır.

Seyahat, eğlence maksadiyle Türkiyeye gelenler ecnebi memleketindeki ikametgâhlarını muhafaza edeceklerinden Hukuk Usulü rejiminde de teminatla mükellefiyetleri mesele teşkil etmez.

Kısaca, Hukuk Usulü Kanunu 1330 muvakkat kanunu ile tanzim olunan bir vaziyeti daha mâkul, daha liberal bir düşünce ile yeniden tanzim ettiği için onun yerine kaimdir.

§ Yargıtay son 1941 kararında da 1927 den evvelki içtihatları gibi teminat göstermiyen ecneblerin dâva açamamaları itirazının mahkemece re'sen nazara alınmasını lâzım addetmektedir. Usul Kanununa göre, âmme intizamından olmadıkça, tarafların iddia etmedikleri bir nokta tetkik edilemediği gibi, esas hukuka mütedair olmıyan dâvanın görülmesine ait bulunan bir itiraz (iptidai itiraz) dâvanın başlangıcında beyan edilmedikçe tetkik edilemez.

1330 muvakkat kanunu da sadece müddeaaaleyh olan Türkün dâvadan mütevellit tazminat haklarını korumak için ecnebi dâvacıyı teminatla mükellef tutmuştur. Yoksa, bu kanun bir ecnebi Devlet hakkında mukabelebilmisil tedbiri almak gibi politik bir gaye takip etmemiştir. Muvakkat kanun dâvacının teminat göstermesini âmme haklarını ve menfaatlerini değil, dâvalının şahsi menfaatlerini korumak için gerekli addetmiştir.

Muvakkat kanunun halen muteber olduğu farzolunsa bile teminat usulüne dair bir hükmü ihtiva etmemesi sebebiyle, Hukuk Usulü Kanununun teminata dair hükümlerinin o kanun hükmünce verilmesi gerekli teminatlarda da tatbiki mecburî görünür. Sayın arkadaşımız da zikri geçen eserinde, «teminat ne zaman ve nasıl istenebilir» başlığı altında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerini ecnebi

dâvacıların göstermekle mükellef oldukları teminat hakkında da tatbik etmekte, aksi ihtimali münakaşa bile etmemektedir.

Bu nokta kabul edildiği takdirde, umumiyetle ecnebiler, ikametgâhları kendi memleketlerinde bulunması itibariyle Hukuk Usulü Kanununa göre de teminat göstermeğe mecbur olacaklarından, Türkiye'de mukim ecnebilerin mal ve müesseseleri 1330 kanununa göre de yeter teminat teşkil edeceğinden münakaşalar pratik kıymeti kaybedecektir.

Umumiyetle Yargıtaya arz olunan işlerde aylarca yapılmış tetkikattan sonra doğru bir karara bağlanmış hükmün sırf dâvaya başlanırken dâvacıdan teminat alınmamış olması sebebiyle bozularak dâvanın yeniden görülmesi isteniyor ki Usulün gayesine zıt olduğu ve 439 uncu madde sarahatiyle telif edilmediği meydandadır.

Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay