

## SİYASET BİLİMİ VE HUKUK

### DAVACININ YABANCI NİTELİĞİNE DAYANAN ADLİ TEMİNATIN UYGULANMA ALANI

Prof. Dr. İlhan UNAT

Bir dava veya talebin haksızlığı nedeniyle karşı tarafın uğrayacağı zararın önlenmesinin tehlikeye düşmesi olasılığı bulunan hallerde, bu zararı karşılamak için önceden teminat gösterilmesi ihtiyacı ortaya çıkar. Ancak bu halleri kanun tahdidî olarak belirtmiştir. Kanunun teminat gösterilmesini şart kılmadığı hallerde, davacı (veya mahkemedен belli bir talepte bulunan kimse) teminat göstermek zorunda bırakılamaz.<sup>1</sup>

Kanunlarımızda yer alan teminat gösterme yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin büyük bir kısmı dava konusunun ve takip olunan muhakeme usulünün özellikleri gözönünde tutularak sevk olunmuşlardır ve herhangi bir uluslararası unsura dayanmamaktadırlar.<sup>2</sup> Buna karşın, mevzuatımızın öngördüğü, potansiyel yükümlülerinin sayısı açısından kapsamı oldukça geniş iki teminat gösterme yükümlülüğü halinde davacıların böyle bir yükümlülük altına sokulmalarının nedeni «uluslararası» ya da «yabancı» olarak niteleyebileceğimiz unsurlara dayanmaktadır. İnceleme konumuz olan bu iki halden biri «Memalik-i Osmaniyede bulunan Ecnebile-  
rin Hukuk ve Vezaifi hakkında 23 Şubat 1330 tarihli Kanun-ı Mu-

(1) Bkz. Kuru, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, genişletilmiş ikinci baskı, Ankara 1968, sh. 554.

(2) Örneğin HUMK mad. 52 (ihbar edilen davalarda mühlet talebi halinde), HUMK mad. 110 (ihtiyatî tedbir halinde), HUMK mad. III (ihtiyatî tedbirin kaldırılması için), HUMK mad. 171 (hali sabıka irca talebi halinde), HUMK mad. 443 ve İİK mad. 36 (temyiz halinde icranın ertelenmesi koşulu olarak), TK mad. 381 V (anonim şirketlerin genel kurul kararları aleyhine açılan iptal davalarında).

vakkat'ın<sup>3</sup> 3 üncü maddesinde,<sup>4</sup> öbürü ise HUMK nun 97. maddesinde<sup>5</sup> öngörülmüş bulunuyor.<sup>6</sup>

Bu iki hükmün yöneldiği yükümlü kategorilerinin sınırını çizip iki hükmün geçerlik alanları arasında çakışma bulunup bulunmadığını, uygulanmalarındaki ortak ve farklı noktaları saptamadan önce, daha sonra kanunlaşmış olan HUMK mad. 97 hükmünün EHVK mad. 3 ü yürürlükten kaldırıp kaldırmadığı ya da değiştirip değiştirmediği sorununu ayrıntılı bir tartışmaya girişmeksizin cevaplandırmak gerekiyor.<sup>7</sup> Yürürlükte olan hukuk

(3) Bundan böyle EHVK olarak anılacaktır.

(4) EHVK mad. 3 — Mevaddı hukukiye ve ticariyede ecnebiler mehakimi Osmaniyenin kâffei enva ve derecatına müracaat ve tebai Osmaniyeye gibi haklarını dava ve müdafaa edebilirler. Ancak memaliki Osmaniyede miktarı kâfi emlak sahibi olmıyan tebai ecnebiye tarafından Osmanlılar aleyhine müddei sıfatile ikame olunacak veyahut duhulü fiddava tarikiyle müşareket edilecek deavinin rüyet edilebilmesi için evvelemirde dava masarifiyle zarar ve ziyana mukabil mahkemece tensip edilecek miktarda teminat akçesi veya kefalet ita olunması mecburidir.

Şu kadar ki muamelei müteakabile şartile bu mecburiyeti mürtefi olabilir.

(5) HUMK mad. 97 — Türkiye'de Kanunu Medenî mucibince ikametgâhı olmayan müddei veya davaya müdahale eden kimse diğer tarafın muhtemel zarar ve ziyana masarifi muhakemesine mukabil 96 ncı madde mucibince teminat göstermeye mecburdur.

İşbu kaide tahkikat ve muhakeme esnasında ikametgâhını ecnebi memlekete nakledenler hakkında da caridir. Muahede hükümleri mahfuzdur.

(6) Amme alacaklarının tahsil usulü hakkında 6183 sayılı kanunun 9, II maddesinde öngörülen teminat hali de kamu borçlusunun Türkiye'de ikametgâhı bulunmaması koşuluna bağlandığı için HUMK mad. 97 ye benzemektedir. Ancak bu hüküm gereğince kendisinden munzam bir yükümlülük olarak teminat istenebilen kamu borçlusu davacı durumunda değildir. Bu nedenle 6183 sayılı kanunun 9, II maddesi üzerinde durmamak incelemenin amacı bakımından uygun olacaktır.

(7) 1876 tarihli Kanunu Esasinin değişik 36 ncı maddesi uyarınca çıkarılmış bulunan EHVK bütün olarak, Büyük Millet Meclisince isdar edilen 16 Mart 1336 tarihli ve 7 sayılı kanun delaletiyle yürürlükte bulunmaktadır. Bkz. Sevig, Muammer Raşit, **Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar İhtilâfı Kaidelerinin Sentezi**, İstanbul 1941, sh. 18-19; EHVK un yürürlükte olduğunu saptayan Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin E. 5146 /K. 5530 numaralı ve 20.11.1950 günlü kararı, Berki, Osman Fazıl-Ergüney, Hilmi, **Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilâfları ile İlgili Yargıtay Kararlarının Tahlil ve İzahları**, Ankara 1963, sh. 73; Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin E. 3411/K. 6468 sayı, 12.10.1951 günlü kararı, **Ibid.**, sh. 75-76.

kurallarını saptamak görev ve yetkisi yargı organına aittir, doktrin bu konuda yargı organına ancak yardımcı olabilir. Bu nedenle doktrindeki tartışmaya değinmeden önce Yargıtayın HUMK 1 Eylül 1927 tarihinde yürürlüğe girdikten sonraki içtihadını saptamak zorunluluğu ile karşılaşırız.

### A — EHVK UN TEMİNAT HÜKMÜNÜN YÜRÜRLÜKTE OLUP OLMADIĞI KONUSUNDA YARGITAY İÇTİHADI :

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 18 Eylül 1930 tarihinde çoğunlukla verdiği kararda asliye mahkemesinin «Türkiye'de bulunan ecneblerin hukuk ve vezaifine dair 1330 tarihli muvakkat kanun Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 97 nci maddesi ile zımnen ilga edilmiş (bulunduğu) ve mezkûr maddede tasrih edilen hususattan maada ahvalde teminat iraesine bir mecburiyet olmadığı» şeklindeki ısrar kararını «usul ve kanuna uygun» bulmuştur.<sup>8</sup>

Yargıtay Genel Kurulunun 15 Haziran 1932 tarihli kararı<sup>9</sup> her ne kadar Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay'ca Yargıtay Genel Kurulunun H.U.M.K. mad. 97 nin EHVK mad. 3 hükmünün yerine geçtiği kanısını muhafaza ettiği şeklinde değerlendirilmiş ise de<sup>10</sup> bu kararda Hukuk Genel Kurulu daire kararındaki «müddei ecnebi tebaasından olduğu halde kanunen iktiza eden teminatın alınmaması esbabı anlaşılammış olduğundan dolayı» bozma nedeni üzerinde durmamakta, asliye mahkemesinin ısrar kararını «teminat iddiası itirazatı iptidaiyeden olup mebdei davada müddealeyh tarafından böyle bir iddia dermeyen edilmemiş olduğu»<sup>11</sup> için tasdik etmektedir. Bu karar Yargıtay Genel Kurulunun EHVK nun teminat hükmünün yürürlükten kalktığı tezini benimsemeğe devam ettiği sonucunu çıkarmaya elverişli açıklıktan yoksun gözükmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun söylediği husus sadece teminat talebinin ön-itiraz şeklinde ileri sürülmediği takdirde nazara

(8) Temyiz Kararları, 1930, cilt 8, sh. 206, sıra 99.

(9) Belgesay, Mustafa Reşit, Hukuk Usulü Muhakemeleri Şerhi, mad. 97, no. 3.

(10) «23 Şubat 1330 Muvakkat Kanununun Teminata Dair Hükümleri Meri midir?», İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt XI, Sayı 1-2, sh. 264-270, sh. 264 de.

(11) Berki, Osman Fazıl, «Ecneblerin Hukuk ve Vazifeleri Hakkındaki Muvakkat Kanunda Teminat», Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi dergisi, cilt III, 1946, Sayı: 2-4, sh. 403-422, sh. 416 da.

alınamıyacağıdır, bu talebin hangi kanuna dayanması gerektiği noktasına doğrudan doğruya ışık getirmemektedir. Bu kararın dolaylı olarak getirebileceği ışık ise ancak aksi yönde olabilir, zira dairenin bozma kararına esas olan davacının yabancı tâbiyette olması nedeniyle teminat yükümlüsü bulunması görüşünün Genel Kurulca tartışılmamış bulunmasını bu görüşün paylaşıldığı doğrultusunda yorumlamak belki hukuk mantığına daha uygun düşer.

Buna karşılık Yargıtay Genel Kurulunun 9 Temmuz 1941 günlü kararı davacıdan yabancı tâbiyette olması nedeniyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinden bağımsız olarak res'en teminat istenmesi zorunluluğu, yani 1330 tarihli Kanunun 3 üncü maddesinin uygulanması gereği üzerinde durmaktadır.<sup>12</sup>

Yargıtay Ticaret Dairesinin 26 Ocak 1951 gün, E. 950-1632/K. 443 numaralı kararı da<sup>13</sup> 1330 tarihli kanunun teminat hükmünün de HUMK mad. 97 yanında yürürlüğünü koruduğu savını destekler niteliktedir. Gerçekten Yargıtay bu kararında davacı şirketin İngiliz tâbiyetinde olduğunu saptadıktan sonra Türkiye ile İngiltere arasındaki andlaşma hükümlerini incelemek gereği üzerin-

(12) Asliye Mahkemesinin ısrar kararı: «... davacı Vasil'in ecnebi tâbiyetinde bulunduğu iddia edilmiş olduğu cihetle bu iddianın doğruluğu tahakkuk ettiği surette mahkemece kendisinden teminat alınması lâzım gelip gelmeyeceğinin res'en temmülü iktiza ederken cevap lâyihasının müddetin mürrurundan sonra verildiğinden dolayı bu bapta talebin reddi cihetine gidilmesi(nden)... bahsile bozulup iade edilmekle yeniden yapılan muhakeme sonunda: teminat göstermek hakkında vaki itirazın itirazatı iptidaiyeden olduğu H.U.M.K. nun ahkâmından bulunmasına ve bu itibarla mahkemece res'en nazarı dikkate alınmasına cevazı kanunî mevcut olmamasına mebni hadisede teminat alınması lâzım gelip gelmediğinin res'en teemmül edilmediğine matuf nakız kararı vacibülittiba olmadığından bu cihet hakkında ısrar edilmesine ... karar verilmiştir.» Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı: «Müddealeyh tarafından verilen cevap lâyihasında davacıdan Vasil'in ecnebi tebaasından olduğu iddia edilmesine ve bu iddianın doğruluğu tahakkuk ettiği surette teminat alınması lâzım gelip gelmeyeceğinin res'en nazara alınması icap etmesine nazaran hususi dairenin bu noktaya matuf bozma sebebi dahi varit ve şayanı ittiba bulunmuş iken ilamda yazılı sebep ve mütalâalarla bu kısım bozma sebebine karşı ısrar edilmesi yolsuz ve bu cihete müteallik temyiz itirazları varit olduğundan temyiz olunan son hükmün dahi HUMK un 429 uncu maddesine tevfi kan bozulmasına 9/7/1941 tarihinde ittifakla karar verildi.» — Berki, Osman Fazıl, a.g.m. den naklen, sh. 417-418.

(13) **Tatbikatta Yargıtay Kararları 1951**, sene 3, sayı 27-28, sh. 764-767; **Adalet Dergisi**, 1951, sayı II, sh. 1777-1786; **Türk İçtihatlar Külliyyatı**, 1951, cilt I, 4, No. 2331, sh. 1433-1434.

de durmakta, Türkiye ile İngiltere arasında akte edilip 2045 sayılı kanunla onaylanan 28 Kasım 1931 tarihli andlaşma ile 3927 sayılı kanunla onaylanan bu andlaşma ekinin incelenmesinden bu andlaşmanın 12 ve 13 üncü maddelerinin âkid taraflar tebaasına eşit muamele uygulanmasını emrettiği sonucuna varmakta ve «HUMK nun 97 nci maddesiyle vazedilen hüküm Türkler hakkında da tatbik edileceğine ve yukarda bahsi geçen adlî müzaheret anlaşmasında âkit devletlerin tebaaları için mahallî mecburiyetlerin haricinde istisnaî bir muamele kabul edilmemiş olmasına göre davacının da usulün bu amir hükümleri muvacehesinde teminat iraesine mecbur tutulması gerekmektedir» demektedir. Görülüyor ki Yargıtayın muhakeme tarzında hareket noktası davacının yabancı niteliğidir, bu nitelik gereği davacı hakkında özel kanun olarak 1330 tarihli kanunun teminat hükmünün uygulanması gerekirdi. Ancak davacı şirketin tâbiyetini taşıdığı devletle Türkiye arasındaki andlaşma âkid devletler tebaasına eşit muamele uygulanmasını emrettiği içindir ki ülkede ikametgâhı bulunmayan Türklerin de tabi bulunduğu HUMK mad. 97 hükmünün uygulanması yoluna gidiliyor.

### **B — EHVK NUN TEMİNAT HÜKMÜNÜN YÜRÜRLÜKTE OLUP OLMADIĞI KONUSUNDA DOKTRİNİN GÖRÜŞÜ :**

a) HUMK mad. 97 nin EHVK un teminat hükmünü zımnen ilga ettiği görüşü :

Türk doktrininde bu görüş yanılmıyorsa sadece Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay tarafından ileri sürülmüştür.<sup>14</sup> Prof. Belgesay'a göre daha sonra kanunlaşan HUMK mad. 97 nin 1330 muvakkat kanununun teminat hükümlerini «açıkça ilga etmemesinin gerçek sebebi, şüphesiz, bu kanunu yapanların muvakkat Kanunu hatırlamamalarıdır.» Yoksa, «istisna kabul etmiyecek tarzda bazı vaziyetleri yeniden tanzim eden ve hususî kanun hükmünü mahfuz tutmayan bir kanunun o kanunla tanzim edilen vaziyeti şümüline almak istediği şüphesizdir... Bu itibarla daima muhalif mefhumdan mâna çıkarılması zarureti vardır. Binaenaleyh Hukuk usulü Kanunu yalnız muayyen şartlar dahilinde bulunan davacıları teminatla mükellef tutması o şartlar dahilinde bulunmayan davacıların teminatsız dava açabilmelerini tazammun eder.»<sup>15</sup>

(14) **Hukuk Usulü Muhakemeleri Şerhi**, mad. 97, no. 3; **Devletler Hususi Hukukunda Adliye**, ikinci kısım, İstanbul 1938, sh. 163-165; ve özellikle yukarda 10 numaralı dipnotunda anılan makale.

(15) «23 Şubat 1330 Muvakkat Kanununun Teminata Dair Hükümleri Meri midir?», sh. 268-269.

b) EHVK un teminat hükmünün HUMK mad. 97 den sonra da yürürlüğünü koruduğu görüşü :

Bu görüşün başlıca savunucusu Ord. Prof. Muammer Raşit Seviğ'dir. Prof. Seviğ'e göre «... 1330 tarihli Muvakkat kanunun bahsettiği teminatla Usul Kanununun 97 inci maddesindeki teminat aynı şeyleri temine matuf olmakla beraber ayrı ayrı sebeblere istinat ettiğinden birbirinin aynı değildir. Evvelki kanun sırf ecnebilikten mütevellit teminat mükellefiyetinden bahis, ikincisi ise, Türkiye'de ikametgâhı olmıyan davacıların teminat gösterme mecburiyetini mutazammın olup birincisi ecnebi davacıya karşı Türk vatandaşının hukukunu korumakta, ikincisi de Türkiye'de ikametgâhı bulunmıyan yerli, ecnebi herhangi bir davacıya karşı yerli, ecnebi her vatandaşın hukukunu kâfil bulunmaktadır. Elhasıl 1330 muvakkat kanunu ile usul Kanunu arasında teminat lüzumu bakımından mükellefler itibariyle, mükellefiyetin sebebi itibariyle fark vardır.»<sup>16</sup> HUMK mad. 97 nin muvakkat kanunun üçüncü maddesi hükümlerini zimmen değiştirdiği iddiası geçerli değildir. «Zira Usul Kanunu bir umumî kanun olduğu ve 97 nci madde ahkâmı umumiyeden bulunduğu halde muvakkat kanun sırf ecnebilerin hak ve vazifelerine müteallik hususî bir kanun olduğundan muahhar olsa da ahkâmı umumiyeye, hususi kanunun hükümlerini zimnen tâdil etmez. Binaenaleyh muvakkat kanun hükmünün tâdil edildiğine dair sarahat fıkdanı karşısında zimnen tâdil iddiası varit olamaz.»<sup>17</sup>

Konu üzerine eğilen öbür Türk yazarları da ya Ord. Prof. Muammer Raşit Seviğ'in muhakeme biçimini benimseyerek ve geliştirerek,<sup>18</sup> ya herhangi bir tartışmaya girişmeksizin EHVK mad, 3 ün yürürlüğünü bir veri olarak kabul ederek,<sup>19</sup> ya söz konusu

(16) **Devletler Hususi Hukuku**, cilt II, İstanbul 1943, sh. 179.

(17) **Loc. cit.**

(18) Berki, Osman Fazıl, II numaralı dipnotunda anılan makale, sh. 412-414.

(19) Ahmet Reşit, «La Condition des Etrangers dans la République de Turquie», **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**, tome 46, La Haye 1933, sh. 169-227, sh. 207 de; Altuğ, Yılmaz, **Yabancıların Hukukî Durumu**, gözden geçirilmiş ikinci bası, İstanbul 1966, sh. 217; Kuru, Baki, **a.g.e.**, sh. 555 ve 558; Salem, «Le Droit International Privé de la Turquie», **Répertoire de Droit International**, cilt VII, sh. 236-239 da No. 57; Yörük, Abdülhak Kemal, **Devletler Hususi Hukuku**, kitab II, İstanbul, sh. 96.

iki hükmün nitelik ve kapsamı arasındaki farka değinerek<sup>20</sup>, ya da Türkiye'nin taraf bulunduğu sözleşme hükümlerinden sonuç çıkararak,<sup>21</sup> 1330 tarihli muvakkat kanunun teminat hükmünün yürürlükte olduğu görüşünü savunmaktadırlar.

Demek oluyor ki söz konusu iki hükmün ilişkileri konusunda Türk hukukunun durumunu şu şekilde saptamak mümkün olacaktır: Konumuza ilişkin olarak gözden geçirebildiğimiz az sayıda Yargıtay kararından beliren içtihat, zigzaglar çizmekle birlikte, zaman içindeki gelişmesi gözönünde tutulursa, 1330 tarihli kanunun yürürlüğünü benimsemiş durumdadır. Bu içtihat, Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay dışarda bırakılırsa, Türk doktrininin tümü tarafından desteklenmektedir. Biz de 1330 tarihli kanunun teminat hükmünün HUMK mad. 97 den sonra da, bu sonuncu hüküm yanında yürürlüğünü koruduğu kanısındayız. Ancak belirtelim ki bu kanımızın dayanağı bir genel kanunun bir özel kanunu zımnen değiştiremeyeceği görüşü değildir. Bizce, aynı konuyu düzenleyen ve farklı hükümler taşıyan iki ayrı kanunla karşılaştığında yargı organınca ya da doktrince benimsenmesi gereken yaklaşım şu olmalıdır: Bu kanunların özel hüküm-genel hüküm niteliklerine saplanan katı bir tutum takınmak ulusal hukuk sisteminin bütünlüğünü zedeleyen ve o sistemin iç mantığı ile çelişen sonuçlara götürebilir. Böyle bir sonuçtan kaçınmak için tutulacak hareket tarzı söz konusu hukuk kurumunun toplumsal işlevini kanun koyucunun yeni kanunu çıkarırken güttüğü amacın ışığı altında saptamak ve eski hükmün ulusal hukuk sisteminin mantığı içinde ne ölçüde yeri olabileceğini araştırmak olmalıdır. Bu araştırma eski hükmün yürürlüğünü yitirdiği sonucuna götürebileceği gibi, aksine aynen ya da yeni hükmün belirlediği amaçla bağdaşmasını sağlayacak değişiklikle yürürlükte kaldığı sonucuna da ulaştırılabilir. Araştırması sonucunda vardığı kanıyı pozitif hukuk olarak ifadelendirmek yargı organının, bu alanda ona yardım etmek de doktrinin doğal görevidir.<sup>22</sup>

(20) Öktem, İmran, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, İctihatlar**, İstanbul 1944, sh. 188; Postacıoğlu, İlhan, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, genişletilmiş beşinci bası, İstanbul 1970, sh. 334-336.

(21) Karafakih, İsmail Hakkı, **Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları**, Ankara 1952, sh. 120; Öktem, İmran a.g.e., sh. 188; Postacıoğlu, İlhan, a.g.e., sh. 335.

(22) Bu yaklaşım yönteminin somut bir olaya uygulanması için bkz. Unat, İlhan, «Türk Vatandaşlığından «Kovulanlar» Miras Hakkından Yoksun mudur?», **Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, cilt XX, sayı 3, 1965, sh. 179-226.

Yaklaşımımızı böylece belirttikten sonra, birinde yabancı statüsü, öbüründe de ikametgâhın ülke dışında olması gibi uluslararası unsurlara dayanan, bu bakımdan da ortak bir nitelikte birleşen, iki ayrı kanunda düzenlenmiş teminat hükümlerini birlikte ve karşılaştırmalı şekilde ele alarak Türk hukukunun bu konudaki durumunu saptamak çabasına girişebiliriz.

### C — ULUSLARARASI UNSURA DAYANAN TEMİNAT HÜKÜMLERİNİN GÜTTÜKLERİ AMAÇ :

İnceleme konumuz iki hükmün farklı amaçlar güttükleri konusunda yaygın bir kanının varlığı kolayca saptanabilmektedir. Bu kanıyı paylaşanlara göre 1330 tarihli kanunun 3 üncü maddesinde düzenlenen «cautio judicatum solvi» yani yabancı tâbiyet-te olan bir kişinin bir vatandaş aleyhine açacağı davada göstermekle yükümlü olduğu teminat «tabiiyet mefhumundan doğan bir imtiyaz olup tebaayı himaye etmek gayesini istihdaf eder.»<sup>23</sup> Buna karşılık Usul Kanununun 97 nci maddesinde öngörülen teminatın amacı, davacının ya da davalının tâbiyet durumları nazara alınmaksızın davalının muhtemel zarar ve ziyanı ile yargılama giderlerinin ödenmesini teminat altına almaktır. «Cautio judicatum solvi» nin davacının yabancı statüsüne ve davalının vatandaş statüsüne sahip olması vazgeçilmez unsurlarına dayanan, gerekçesini de vatandaşa mahkeme önünde bir ayrıcalık sağlanmasında bulan bir hukuk kurumu olarak değerlendirilmesi en belirgin ifadesini Fransız hukukunda bulur<sup>24</sup> Oysa Maximilian Philonenko «Cautio judicatum solvi» kurumunun zaman içindeki gelişimini ayrıntılı biçimde saptayan titiz incelemesinde<sup>25</sup> bu kurumun vatandaşlara yabancılar karşısında üstünlük sağlamak amacını güden bir milliyetçi duygudan kaynak almadığını, aksine mahkeme usulünün gereklerinden doğan ve taraflardan birinin kötü niyetinin ya da ciddiyetten uzak tutumunun neden olabileceği sakıncalara karşı öbür tarafı korumayı amaçlayan bir kurum olarak ortaya çıkıp aynı doğrultuda geliştiğini ve ancak modern çağda yanlış bir yorumlamayla bu niteliğini yitirerek amacından

(23) Berki, Osman Fazıl, a.g.m., sh. 404.

(24) Bkz. Metz Mahkemesinin 30 Haziran 1955 günlü kararı ile Toulon Mahkemesinin 8 Kasım 1951 günlü kararı, Kiss, Alexandre-Charles, **Répertoire de la Pratique Française en Matière de Droit International Public**, tome IV, no. 646-647, sh. 382-383.

(25) «La Caution Judicatum Solvi», **Journal du Droit International**, 1929, sh. 609-626 ve 896-938.



saptırıldığını inandırıcı biçimde belirtmektedir. Philonenko'nun gözlemlerini şöylece özetleyebiliriz :

a) Doktrinde ileri sürülen görüşün<sup>26</sup> aksine, Roma hukuku «Cautio» kurumunu aynı ad ve aynı içerikle tanımaktadır, Roma hukukunda «Cautio judicatum solvi» hafife alarak açılmış ve sonuna kadar izlenmemiş davalarda davalının haksız olarak katlanmak zorunda kalabileceği masrafları karşılamak üzere davacıya yüklenen teminat gösterme borcuna verilen addır.<sup>27</sup> Roma hukukunda «Cautio judicatum solvi» tarafların sıfatına bağlanan bir ayrıcalık niteliği taşımamaktadır; kurumun amacı bütünü ile pratik olup, usul kuralları mekanizması içinde taraflardan kötü niyetli olanın öbürünü zarara uğratmasını önleyen bir hukuk tekniği aracı, nasafet ilkesini gerçekleştiren bir tedbir görüntüsündedir.<sup>28</sup>

b) Orta Çağ hukukunda «Cautio judicatum solvi» temel niteliğini korumuş, ancak kapsamında bir daralma olmuştur. Bu dönemde «Cautio» yine davacının ya kötü niyeti, ya ödeme gücünün eksikliği, ya da kuşku doğuran belli davranışları nedeniyle, davanın kendisi açısından zararlı sonuçlarından sıyrılabilmesinden korkmayı haklı kılacak durumlarda ondan istenen bir teminatıdır. Ancak hukuk düzeni bir karineler sistemi kabul etmiş, belli sayıp sadece onları «Cautio judicatum solvi» ile yükümlü tutmuştur. Söz konusu kategoriler şunlardır: Müflisler, «dévolutaire»ler<sup>29</sup> ve yabancılar.<sup>30</sup>

Bu dönemde «cautio judicatum solvi» nin bir vatandaşlık ayrıcalığı niteliği taşımadığının en belirgin delili yabancı davacıdan teminat isteme hakkının davalı durumda olan vatandaşların tekelinde bulunmamasıdır; yabancı davacıya karşı yine yabancı olan davalı dahi «cautio judicatum solvi» def'inde bulunabilmektedir.<sup>31</sup>

c) Fransız Medenî Kanununun 16 ncı maddesi ile «Cautio judicatum Solvi» kurumu kanunlaştırılmıştır. Hazırlık çalışmaları

(26) Pillet, Antoine, *Traité Pratique de Droit International Privé*, tome II, sh. 479.

(27) Philonenko, *a.g.m.*, sh. 611-614.

(28) *Ibid.*, sh. 615-617.

(29) «Dévolutaire» kilise mallarının tahsisindeki yolsuzlukları kollayıp bunları ihbar eden ve bu gayretleri karşılığında kendilerine verilen ödüllerle geçinmeği meslek edinen kişilere verilen addır.

(30) Philonenko, *a.g.m.*, sh. 617-626.

(31) *Ibid.*, sh. 625.

rı 1804 kanun koyucusunun gerçek niyetini teşhise olanak sağlayacak açıklıktan yoksun olmakla beraber şu iki hususun saptanması mümkün olmaktadır: 1) 16 ncı madde hükmü, bir Fransız aleyhine bir Fransız mahkemesinde dava açmayı her zaman mümkün kılan 15 inci maddenin bir tamamlayıcısı olup davalı durumunda ki vatandaşa zorunlu bir teminat sağlamaktadır. 2) Hazırlık çalışmaları «Cautio judicatum solvi» yi bir vatandaşlık ayrıcalığı olarak nitelememektedir. Kanun koyucu 15 inci madde hükmü nedeniyle bozulabilecek olan dengeyi yeniden kuracak adil bir çözüm peşindedir, davalı vatandaşı yabancıнын haksız girişimlerine karşı korumak kaygısındadır.<sup>32</sup>

1892 de Fransız Medenî Kanununun 16 ncı maddesi «Cautio judicatum solvi» yükümü ticarî uyuşmazlıklar alanını da kapsamına alacak şekilde değiştirilirken, temsilciler meclisinde tartışmasız kabul edilen değişiklik tasarısı Senatoda derinliğine incelenmiştir. Senato Komisyonu «cautio judicatum solvi» kurumunun tarihî gelişimini gerçeğe aykırı şekilde değerlendirmekte ve onu Roma hukukundaki müesseseden tamamen ilgisiz olarak görmektedir. Senato Komisyonuna göre «cautio judicatum solvi» zaman içinde, koşulların baskısıyla, yabancıların Fransız mahkemelerine başvurma hakkına sahip olmalarına karşın Fransızların yabancı mahkemelerde bu olanaktan yoksun olmalarının sonucu olarak doğup gelişen bir temaül hukuku kurumudur, 1804 Medenî Kanunu da bu kuruma bünyesinde yer vererek onu kanunlaştırmıştır. Senato Komisyonu raporu «cautio judicatum solvi» nin hukukî niteliğini şöyle saptamaktadır: «Cautio judicatum solvi» münhasıran Fransızların yararlanabileceği bir vatandaşlık ayrıcalığıdır. Bu ayrıcalık iki gerekçeye dayanmaktadır: a) Vatandaşları korumak, onları gözetmek gerekir; b) Kurumun rasyonel temeli de davada taraf olan Fransızın ülkeye çeşitli bağlarla bağlı olmasının karşı tarafa sağladığı ciddî teminata karşılık, davayı kaybeden yabancıнын sadece ülkeden ayrılmak suretiyle aleyhine verilen hükmün infazını kolayca olanaksız kılabilmesidir. Şu halde yabancı davacıyı teminat göstermeğe yükümlü kılmakla davalı Fransızla arasında bir çeşit eşitlik sağlamak adalete uygundur.<sup>33</sup>

Senato Komisyonunun konuya yaklaşış biçimini kuvvetle etkilediği anlaşılan Fransız Yargıtayının 15 Nisan 1842 kararında da «cautio judicatum solvi» bir vatandaşlık ayrıcalığı olarak tak-

(32) *Ibid.*, sh. 896.

(33) *Ibid.*, sh. 897-900.

dim edildikten sonra tek unsurunun kendisini ülkeye bağlayan bağlar nedeniyle borcunu ödeyeceği konusunda kişisel ve yersel güvenceler sunduğu varsayılan Fransız davalıyı yabancı davacıda bu güvencelerin bulunmamasından doğabilecek zarara karşı korumak olduğu belirtilmektedir. Yüksek mahkemeye göre, dava taraflarından, koşulları eşit olmayan bir mücadelenin tehlikelerine hasmı tarafından maruz bırakılmış olanın lehine düşünülmüş bir kanunî tedbir söz konusudur.<sup>34</sup>

Philonenko Fransız Medenî Kanununun 16 ncı maddesinin 1892 de uğradığı değişikliğe ilişkin olarak kanun koyucunun açıkladığı gerçek iradenin **Cautio judicatum Solvi** kurumunun hukukî niteliğini onun geleneksel karakterine bağlamak doğrultusunda olduğu, gelenekten ayrılmayı istemediği sonucuna varıyor. Kanun koyucu gerçi Cautio Judicatum Solvi'yi talep hakkını vatandaşlık statüsüne bağlı bir ayrıcalık olarak görmekle bu hukuk kurumunu yanlış bir nitelemeye tabi tutmuş, onun tarihî gelişiminden çıkan anlamı gözden kaçırmıştır. Fakat bu durum kanun koyucunun iradesine yön değiştirmek sonucunu vermemelidir. Kanun koyucunun istediği Cautio Judicatum Solvi'yi geleneksel hüviyetiyle devam ettirmektir. Söz konusu hukuk kurumunun tarih içindeki oluşumda kazandığı hukukî niteliği saptamak ise kanun koyucuya değil, bilimsel araştırmacıya düşen bir görevdir. Cautio judicatum solvi kurumunun tarihsel gelişmesi ise bu kurumun her türlü ayrıcalık düşüncesinden uzak olarak dava tarafları arasında dava sonucunun rizikoları bakımından eşitliği sağlamak gibi tamamen pratik bir amaç güttüğünü açıkça göstermektedir. Nitekim, gerek senato raporu, gerek yasama çalışmalarını esinlediği anlaşılan 1892 tarihli yargıtay kararı Cautio judicatum Solvi'nin vatandaşlara tanınmış bir ayrıcalık olduğunu herhangi bir gerekçeye dayanmaksızın ifade ettikten sonra onun taraflar arasında denge sağlayıcı niteliğini ve pratik amacını açıkça belirtmişlerdir<sup>35</sup>. Ne varki, Fransız hukukunda Cautio judicatum solvi kurumunu düzenleyen Medenî kanunun 16 ncı ve Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 166 ncı maddelerinde davacının yabancı olması koşulunun bulunmamasına karşılık, davalının vatandaşlık statüsüne ilişkin herhangi bir kayda rastlanmadığı halde, doktrinden destek alan mahkeme içtihatları istisnasız olarak teminat talebi hakkını sadece Fransız vatandaşlarına tanımışlardır. Bu itibarla, modern Fransız hukukunda bir saptırma sonucu da olsa Cautio Judicatum

(34) Sirey 1842 sh. 475 den naklen Philonenko, a.g.m., sh. 901.

(35) Ibid., sh. 901-902.

Solvi'nin hukukî niteliğini vatandaşlık ayrıcalığının belirlediğini söylemek gerçeğe uygun bir saptama olacaktır.<sup>36</sup>

Cautio Judicatum Solvi hukuksal kurumunun tarihsel gelişmesini Roma hukukundan başlayarak Fransız hukuku içinde izlememizin nedeni şudur: **Cautio Judicatum Solvi**'yi Türk hukukuna ilk olarak getiren 1330 tarihli kanun-ı muvakkatın 3 üncü maddesinde kullanılan formül Fransız Medenî Kanununun 16 ncı maddesini aynen tekrarlamaktadır. Onun içerdiği bütün unsurlara ilave-ten, Fransız Medeni Kanununun metninde yer almayan, ancak Fransız uygulamasında da aranan davalının vatandaş olması koşulu Türk kanununun metnine sokulmuştur. Bu durumda Türk kanun koyucusunun **cautio judicatum Solvi** kurumuna Türk hukukunun bünyesinde yer verirken geniş ölçüde Fransız örneğinden esinlendiğini ve onun nazari temelini benimsediğini düşünmek yanlış olmayacaktır.<sup>37</sup> Şu halde, «Cautio Judicatum Solvi» kurumunun Türk hukukunda da, Fransız hukukunda olduğu gibi, bir vatandaşlık ayrıcalığı olarak nitelenmesi bu kuruma yer veren tek hüküm 1330 tarihli kanunî muvakkatın 3 üncü maddesi kaldığı sürece tutarlı bir açıklama görüntüsündedir. Ancak 1927 yılında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 97 nci maddesinin kabulünden sonra «Cautio Judicatum Solvi»yi bir vatandaşlık ayrıcalığı olarak değerlendirme olanağının tamamen ortadan kalktığı düşüncesindeyiz. Gerçekten bu yeni hüküm vatandaşlık ölçüsünü bir yana bırakarak davalıya (vatandaş veya yabancı) Türkiye'de ikametgâhı olmayan davacıdan (vatandaş veya yabancı) teminat istemek hakkını vermektedir. Vatandaş statüsündeki davacının yabancı aleyhine açtığı davada teminat göstermekle yükümlü tutulmasını öngören bir düzende «Cautio Judicatum Solvi» kurumunun vatandaşlık ayrıcalığı biçiminde nitelenmek olanağı kendiliğinden ortadan kalkar.

Bununla beraber, HUMK madde 57 nin kanun-u muvakkatın 3 üncü maddesi hükmünü zımnen ilga ettiği sonucuna varmak da asla gerekmez. Her iki kanun hükmü arasında birlikte uygulamayı bütünüyle olanaksız kılacak köklü bir çelişme sözkonusu değildir. Gerçekten her iki hükmün de nedenlerine inildikçe aynı noktada birleşilir. Bu da açtığı davayı kaybettiği takdirde muhakeme

(36) *Répertoire de Droit International* (Lapradelle-Niboyet), tome III, sh. 169; bu doğrultudaki mahkeme kararları için bkz. *Ibid.*, sh. 170.

(37) Bkz. aynı doğrultuda, Berki, Osman Fazıl, *Devletler Hususi Hukuku*, Cilt: I, «Tabiiyet ve Yabancılar Hukuku», yedinci baskı, Ankara 1970, sh. 194.

masraflarını ve davalının zarar ve ziyanını ödeme bakımından kişisel (yabancı statüsü, Kanun-u Muvakkatın 3 üncü maddesi) ya da yersel (ikametgâhının ülke dışında bulunması, HUMK mad. 97) nedenlerle yeteri kadar güven verici gözükmeyen davacının hasmını haksız olarak zarara uğratmasını önleyici bir tedbir aramaya duyulan gereksinmedir. Kanun-u Muvakkatın 3 üncü maddesinde düzenlenen teminat yükümünde davalının Türk vatandaşı olması koşulu arandığı halde HUMK mad. 97 de davalının niteliğine ilişkin herhangi bir kayıt bulunmaması her iki hükmün farklı amaçlara yöneldiği ve aralarında davacı ve davalının durumları açısından bir denge bulunmadığı izlenimini verebilir. Ancak, bu izlenim, bazı özel yetki halleri dışarda tutulursa,<sup>38</sup> yanıltıcıdır. Zira yetki konusunda ana kural, davanın davalının ikametgâhında açılmasıdır (HUMK mad. 9), başka bir deyimle davalının doğal mahkemesi ikametgâh mahkemesidir.<sup>39</sup> Hal böyle olunca genel yetki kuralı gereğince davalının ikametgâhı mahkemesinde açılan davada da davacının, tâbiyet durumu ne olursa olsun, Türkiye'de ikametgâhı yoksa karşılaşılan rizikolar bakımından davalı aleyhine bir dengesizlik var demektir. İkametgâhı Türkiye'de bulunan, dolayısıyla hukukî ve iktisadî ilişkilerini orada yoğunlaştırmış bulunan davalı dava sonunda ödenmek zorunda kalabileceği tazminat ve masraflar bakımından yersel bir teminat arzederken Türkiye'de ikametgâhı bulunmayan davacının muhtemel ödeme yükümü böyle bir teminata bağlanmamış bulunmaktadır. İşte HUMK mad. 97 nin öngördüğü şekliyle **Cautio Judicatum Solvi** bu dengesizliği gidermek amacını gütmektedir.

Bunun yanında Kanun-u Muvakkatın yürürlükte muhafaza edilen 3 üncü maddesiyle yabancı davacıya ayrıca teminat külfeti yüklemesinin nedeni, sistemin mantığı içinde vatandaşlık ayrıcalığı düşüncesi söz konusu olamayacağına göre, ancak yabancı statüsünün de bir güvensizlik unsuru olarak değerlendirilmiş bulunması olmak gerekir. Gerçekten devlet vatandaşlar üzerinde sahip olduğu kişisel yetkiyi yabancılar hakkında kullanamaz, ya-

(38) Terekeyi ilgilendiren durumlarda müteveffanın son ikametgâhı mahkemesi (HUMK mad. II), taşınmaz malla ilgili davalarda taşınmaz malın bulunduğu yer mahkemesi (HUMK mad. 13), akitlerden doğan davalarda akdin icra veya in'ikat mahalli mahkemesi (HUMK mad. 10) gibi.

(39) Ansay, Sabri Şakir, **Hukuk Yargılama Usulleri**, yedinci baskı, Ankara 1960, sh. 91.

(40) Bu gözlemden çıkan sonuç da yukarıda I numara altında vardığımız sonucu pekiştirir niteliktedir.

bancı ülke sınırları dışına çıktığı anda onu borcunu yerine getirmeğe kanun gücü ile zorlama olanağı ortadan kalkar. Şu halde davacının yabancı, davalının Türk olduğu bütün davalarda da davalı aleyhine prensip olarak bir dengesizlik mevcuttur ve Kanun-u Muvakkatın 3 üncü maddesi hükmü bu dengesizliği gidermek amacını gütmektedir. Bu niteliğiyle de HUMK mad. 97 hükmü ile çelişen değil, aksine onunla aynı amaca yönelen bir paralel hüküm görüntüsündedir.

### Ç — ULUSLARARASI UNSURA DAYANAN TEMİNAT HÜKÜMLERİNİN UYGULANMA ALANLARININ BELİRLENMESİ :

İncelememizin bu aşamasında Türk mahkemelerince görülebilecek davaların tümünü davacı ve davalının tâbiyet ve ikametgâh durumlarını esas alarak gruplandırılan ve herbirinde teminat gerekip gerekmediğini, gerekiyorsa bu teminat yükümününün hangi kanun hükümlerine dayandığını belirten bir tablo düzenlenmesinde sistemin bütünlüğünü, tutarlığını ve ilkelerini gözönüne sermek bakımından yarar görmekteyiz. Bu tablo davacının tâbiyet ve ikametgâh durumundaki olasılık biçimlerine dayanan dörtlü bir gruplandırma çerçevesinde düzenlenebilir. Gerçekten davacının tâbiyet ve ikametgâh durumuna göre içinde bulunabileceği durumlar şu dört halden ibarettir:

- a) Davacı, Türk vatandaşıdır, ikametgâhı Türkiye'dedir.
- b) Davacı, Türk vatandaşıdır, ikametgâhı Türkiye dışındadır.
- c) Davacı, yabancısıdır, ikametgâhı Türkiye'dedir.
- d) Davacı, yabancısıdır, ikametgâhı Türkiye dışındadır.

Bu dört durum davalı için de aynen söz konusudur. Şu halde yukardaki dört şıktan her birinde davalı dört ayrı durumda bulunabileceğine göre herbiri dört şık içeren ve 16 şıktan oluşan bir tablo davacı ve davalının içinde bulunabileceği durumlar bakımından mevcut bütün olanakları kapsar. Bu tabloyu düzenleyerek şıkların her birinde inceleme konusu iki hükümden birine, ya da her ikisine göre teminat gerekip gerekmediğini saptayalım ve sistemin bütünlüğünü, bu konuda Türk hukukuna yön veren ilkeleri bu tablonun tutacağı genel ışık altında görmeye çalışalım :

a) **Birinci grup: Davacı Türk vatandaşıdır, ikametgâhı Türkiye'dedir.**

**Davalının Durumu**

1. Davalı Türk, ikametgâhı Türkiye'de
2. Davalı Türk, ikametgâhı Türkiye dışında
3. Davalı yabancı, ikametgâhı Türkiye'de
4. Davalı yabancı, ikametgâhı Türkiye dışında

**Teminat gerekip gerekmediği, gerekiyorsa dayanağı olan hüküm.**

Teminat gerekmez

Teminat gerekmez

Teminat gerekmez

Teminat gerekmez

b) **İkinci grup : Davacı Türk vatandaşıdır, ikametgâhı Türkiye dışındadır.**

**Davalının durumu**

1. Davalı Türk, ikametgâhı Türkiye'de
2. Davalı Türk, ikametgâhı Türkiye dışında
3. Davalı yabancı, ikametgâhı Türkiye'de
4. Davalı yabancı, ikametgâhı Türkiye dışında

**Teminat gerekip gerekmediği, gerekiyorsa dayanağı olan hüküm.**

Teminat gerekir, HUMK mad. 97.

Teminat gerekir, HUMK mad. 97.

Teminat gerekir, HUMK mad. 97.

Teminat gerekir, HUMK mad. 97.

c) **Üçüncü grup : Davacı yabancıdır, ikametgâhı Türkiye'dedir.**

**Davalının durumu**

1. Davalı Türk, ikametgâhı Türkiye'de
2. Davalı Türk, ikametgâhı Türkiye dışında
3. Davalı yabancı, ikametgâhı Türkiye'de
4. Davalı yabancı, ikametgâhı Türkiye dışında

**Teminat gerekip gerekmediği, gerekiyorsa dayanağı olan hüküm.**

Teminat gerekir, EHVK mad. 3

Teminat gerekir, EHVK mad. 3

Teminat gerekmez

Teminat gerekmez

ç) Dördüncü grup : Davacı yabancıdır, ikametgâhı Türkiye dışındadır.

Davalının durumu

1. Davalı Türk, ikametgâhı Türkiye'de	Teminat gerekip gerekmediği, gerekiyorsa dayanağı olan hüküm.
2. Davalı Türk, ikametgâhı Türkiye dışında	Teminat gerekir, EHVK mad. 3 ve HUMK mad. 97.
3. Davalı yabancı, ikametgâhı Türkiye'de	Teminat gerekir, EHVK mad. 3 ve HUMK mad. 97.
4. Davalı yabancı, ikametgâhı Türkiye dışında	Teminat gerekir, HUMK mad. 97.

Bu tablonun incelenmesi şu saptamaları yapmak olanağını sağlamaktadır:

I — a/1, b/2, c/3, ç/4 şıklarının her birinde davacı ve davalının tâbiyet ve ikametgâh durumları tam bir özdeşlik halinde olduğu halde a/1 ve c/3 şıklarında teminat gerekmemekte, buna karşılık b/2 ve c/4 şıklarında davacı teminat yükümüyle karşılaşmaktadır. a/1 ve c/3 şıklarının ortak özelliği davacının ikametgâhının Türkiye'de olması, b/2 ve c/4 şıklarının ortak özelliği ise aynı ikametgâhın bu kez Türkiye dışında bulunmasıdır. Her dört şıkta tarafların durumları arasında mutlak bir denge bulunduğu halde ikametgâhının Türkiye dışında bulunduğu hallerde davacıya teminat yüklenmesinin anlamı, kanunun davalıyı koruyan, daha doğrusu davalının yersel ve kişisel ilişkileri açısından arzettiği teminatla fazla ilgilenmeyip dikkatini davacının durumuna çeviren ve onun durumunun davanın sonucu bakımından arzettiği güvensizliği «cautio judicatum solvi» ile karşılamayı amaçlayan bir tutum içinde bulunduğudır. Bu tutumun nedeni açıktır: Herhangi bir anda mevcut durumun hukuka uygun olduğu bir varsayım olarak kabul edilebilir. Bu varsayım mevcut durumdan hoşnut olan ve yararlanmakta bulunan davalı lehine işlemektedir. Mevcut durumun hukuka uygun olmadığını isbatlamak ve varsayımı tersine çevirmek bu iddia ile ortaya çıkan davacıya aittir. Davacıya haksız olduğu bir konuda davalıyı zarara sokmak olanağını sağlamamak ve bunun tedbirini peşin olarak almak gerekir.



II. b/3 ve c/2 şıkları birlikte ele alınmayı haklı kılan şöyle bir özellik taşımaktadır: b/3 şikkında davacı sadece tâbiiyeti, davalı ise sadece ikametgâhı bakımından teminat arz etmektedir. Buna karşılık c/2 şikkında durum tamamen aksinedir, davacı sadece ikametgâhı bakımından, davalı ise sadece tabiiyet açısından teminat arz etmektedir. Ancak her iki şıkta da davacı ve davalının yalnız birer teminat unsuruna sahip oldukları gözönünde tutularak tarafların dengeli bir durumda oldukları kolaylıkla teslim edilebilir. Buna rağmen her iki şıkta da davacıya teminat yüklenmesinin nedeni kanun koyucunun davacının durumunun arzettiği güvensizliği gidermek kaygısına ağırlık vermesinde aranmalıdır.<sup>42</sup>

III — Davacının kanunun kabul ettiği her iki ölçü (tâbiiyet ve ikametgâh) yönünden de güven verdiği (a) grubuna giren şıkların hiç birinde teminat gerekmemektedir. Davacının her iki ölçü yönünden de güven vermekten uzak olduğu (c) grubuna giren şıkların ise hepsinde teminat gerekmektedir. Her iki gözlem de sistemin mantığı içinde tamamen tutarlıdır ve herhangi bir açıklamayı zorunlu kılmamaktadır.

IV — Davacının tâbiiyet bakımından güven unsuruna sahip olduğu, ancak ikametgâhının Türkiye dışında bulunduğu (b) grubuna giren şıkların hepsinde yine teminat gerekmektedir. Bu gözlem Türk hukukunun davacıda aranacak güveni sağlamak bakımından ikametgâha tâbiiyete nazaran daha büyük değer verdiğini ispatlamaktadır.

V — Şıklara göre farklı çözümlere varılan grup (c) grubudur. Burada davacı yabancıdır, ancak ikametgâhı Türkiye'dedir. c/3 ve c/4 şıklarında yabancı davalıya karşı teminat göstermekle yükümlü tutulmaması tamamen sistemin mantığına uygundur. c/1 şikkında ise kendisinin sahip olduğu bir teminat unsuruna karşın davalıda her iki teminat unsuru da mevcut olduğuna göre taraflar arasında denge yoktur, dolayısıyla davacının teminatla yükümlü tutulması davanın sonucuna ilişkin rizikolar bakımından dengeyi sağlama kaygısını taşıyan sistemin gereği olarak değerlendirilebilir.

Buna karşın, tabloyu oluşturan 16 şık arasında sistemin mantığı ile çelişen ve «cautio judicatum solvi» nin vatandaşlık ayrıcalığı hüviyetini sürdürür gözüken, bu açıdan da üzerinde özellikle durulması gereken tek şık c/2 dir. Burada taraflardan her biri yalnız birer teminat unsuruna sahiptir; bu unsur davacı için ikametgâh, davalı için ise tâbiiyettir. Bu durumda sistemin temel il-

keleriyle çelişkiye düşmeksizin ikisi de geçerli iki ayrı sonuca varılabilirdi: ya her iki tarafın da birer teminat unsuruna sahip olduğu gözönünde tutularak davada dengenin tamam olduğu, dolayısıyla davacının «cautio» ile yükümlü tutulamıyacağı sonucuna, ya da Türk hukuk sistemi en etkin teminatı ikametgâhda gördüğüne göre (b/2, b/3, b/4 şıkları bu kanıya varmayı zorunlu kılmaktadır) teminat gerekmiyeceği sonucuna. Oysa c/2 şikkında yabancı davacının ikametgâhı Türkiye'de olmasına rağmen, ikametgâhı Türkiye dışında bulunan Türk davalıya teminat göstermekle yükümlü tutulmaktadır. Bu hükmü aynı hukuk sisteminin mantıksal yapısı içinde b/3, hele b/4 şıkları ile bağdaştırma olanağı yoktur. b/4 şikkında ikametgâhı Türkiye dışında bulunan davacı, Türk vatandaşı olmasına önem verilmeksizin, ikametgâhı Türkiye dışında bulunan yabancı davalıya (ki teminat unsurlarının her ikisinden de yoksundur) teminat göstermekle yükümlüdür. Bir başka deyimle kanun koyucunun sonraki kanun olan HUMK mad. 97 de belirlenen anlayışı davacının ikametgâhının yurt dışında bulunması olgusunun, davacının ve davalının tâbiyet statüleriyle ilgilenmeksizin, dava sonucunun rizikosu bakımından teminat talebini haklı gösterdiği şeklindedir. Türk vatandaşını yabancı aleyhine açtığı davada (b/3, özellikle b/4 şıkları) teminat göstermekle yükümlü tutan bir sistemin bünyesinde «cautio judicatum solvi» yi bir vatandaşlık ayrıcalığı olarak değerlendiren anlayışa ve bunu yansıtan hükümlere yer yoktur. Şu halde, HUMK mad. 97 yürürlüğe girdikten sonra, EHVK mad. 3 hükmü de açıkça yürürlükten kalkmadığına göre, yargı organına düşen görev, kanun koyucunun HUMK mad. 97 de belirlenen anlayışı çerçevesinde ve bir sistem bütünlüğü içinde her iki hükmün birlikte uygulanma olanağını araştırmak ve HUMK mad. 97 nin EHVK mad. 3 deki teminat hükmünü zımnen yürürlükten kaldırıp kaldırmadığını, ya da içeriğini değiştirip değiştirmediğini saptamaktır. Önerdiğimiz biçimde bir inceleme şu sonuçları ortaya çıkaracaktır:

1 — EHVK mad. 3 ün uygulama olanağı c/1, c/2, ç/1, ç/2 şıklarıyla sınırlıdır.

2 — ç/1 ve ç/2 şıklarında EHVK mad. 3 e olduğu kadar HUMK mad. 97 ye göre de teminat istenebileceğine göre çözülmesi gereken sorun her iki şık açısından pratik bir önem taşımamaktadır.

3 — c/2 şikkının, bünyesinde b/3, özellikle b/4 şıklarına yer veren bir sistem içinde muhafazasına sistemin tutarlığını zede-

meksizin olanak yoktur. Dolayısıyla HUMK mad. 97 yürürlüğe girdikten sonra, ikametgâhı Türkiye dışında bulunan Türk davalı, ikametgâhı Türkiye'de bulunan yabancı davacıdan teminat isteyemeyecektir. Başka bir deyimle HUMK mad. 97 EHVK mad. 3 hükmünü sadece bu ölçüde zımnen tadil etmiş, hükmün kapsamını daraltmıştır.

4 — Buna karşın, c/1 şıkkı sistemin mantığı ile çelişmeksizin kendisine uygulama alanı bulabilir, zira bu şıkta denge davacı yalnız bir teminat unsuruna sahipken davalı her iki teminat unsuruna da sahip olduğu için davalı aleyhine bozuktur. Davacının teminat göstermekle yükümlü tutulması davanın sonucuna ilişkin riziko dengesini sağlamaktadır.

Bu inceleme bizi şu sonuca götürmektedir: HUMK mad. 97 nin Türk hukukuna getirdiği yeni anlayış çerçevesinde EHVK mad. 3 e dayanarak ikametgâhı Türkiye'de bulunan yabancı davacıdan teminat istenebilmesi ancak davalı Türkün de ikametgâhının Türkiye'de bulunması halinde mümkün olabilmeli, EHVK mad. 3 hükmünün uygulama alanı bu şıkka inhisar etmelidir. Konuya ilişkin kararlar arasında Yargıtayın bu icthadı benimsediğini belirtecek bir karara rastlıyamadık. Ancak kanımız odur ki yüksek yargı organı bu doğrultuda bir icthad geliştirmek için hiç bir zaman geç kalmış sayılmaz. HUMK nunda bazı değişiklikler yapıldığı takdirde kanunî hükümlere işaret ettiğimiz doğrultuda bir açıklık getirmek, yani EHVK mad. 3 hükmünü, yürürlükte muhafaza etmeye gereksinme duyuluyorsa, c/1 şıkkına inhisar ettirip c/2 nin kapsamına giren durumun yürürlükten kalktığını sarih şekilde belirtmek yasa organına düşen bir görev olacaktır.