

ALMAN HUKUKUNDA "CAUTIO JUDICATUM SOLVI" KURALI

Bülent ÖZDEN*

Alman hukukunda da teminat mükellefiyeti birçok ülke hukuklarında olduğu gibi, değişik kanunlarda, değişik amaçları temin için düzenlenmiştir.

Bizim inceleme konumuzu Alman hukukunda yabancı olma sıfatına dayanan teminat mükellefiyeti (:cautio judicatum solvi) teşkil etmektedir. İncelememizde, önce konuyu düzenleyen kanun hükümleri ve kanun koyucunun amacına değinilecek, sonrasında teminat mükellefiyetinin şartları incelenecek, ardından da teminat mükellefiyetinin çeşidi, miktarı ve bu yükümlülüğe uymamanın sonuçları belirtilecek, nihayet inceleme sonuç kısmıyla tamamlanacaktır.

I. CAUTIO JUDICATUM SOLVI KURALINI DÜZENLEYEN KANUN HÜKÜMLERİ VE AMACI :

Alman hukukunda, cautio judicatum solvi kuralı Alman Medeni Yargılama Usulü Kanununun "teminat" başlığını taşıyan 6. bölümünde, 110.-113. paragraflar arasında düzenlenmiştir.

Kanun koyucunun teminat mükellefiyetini düzenlemesindeki amaç devlet hazinesinin menfaatini düşünmek değil¹, yabancı bir ülkenin vatandaşı olan davacının haksız çıkması durumunda, dava masraflarının yurt dışında tahsilinin zorluğudur². Zaten, Alman doktrininde de teminatın kavram olarak açıklanması şöyle yapılmıştır: Teminat mükellefiyeti, bir

(*) I.Ü. Hukuk Fakültesi, Devletler Özel Hukuku araştırma görevlisi.

1) BAUMBACH Adolf/LAUTERBACH Wolfgang/HARTMANN Peter/ALBERT Jan, *Zivilprozessordnung*, 45. bası, München 1987, s: 323; ZÖLLER Richard, *Zivilprozessordnung*, 15. bası, Köln 1987, s: 429.

2) STEIN/JONES, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 20. bası, Tübingen 1978, s: 465.

talebin sonuçsuz kalması halinde, diğer tarafın zararının giderilmesi için eşya veya borçlar hukukuna ilişkin bir hakkın bir başkası için tesis edilmesidir³.

II. YABANCININ TEMİNAT MÜKELLEFIYETİNİN DOĞMASI İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR:

Yabancı ülke vatandaşı olan şahısların Alman mahkemelerinde teminatla mükellef tutulmasının şartları A.M.Y.U.K'nun 110. paragrafında belirlenmiştir. Buna göre, yabancı-
nın teminatla mükellef tutulabilme şartları üç başlıkla toplanabilir:

A- Yabancı veya vatansız olmak:

Burada yabancı olma kavramı Alman Vatandaşlık Yasasına göre belirlenecektir. Bir Alman vatandaşının, Alman vatandaşlığı yanında başka bir ülke vatandaşlığı daha varsa, bu şahsın teminat mükellefiyeti bakımından yalnızca Alman vatandaşlığı gözönüne alınır⁴.

Kişinin yabancı olup olmadığının tesbitinde ikametgahının, malvarlığının, mutad meskeninin, Almanya'da olup olmamasının bir önemi yoktur. Bunun tek istisnası A.M.Y.U.K paragraf 606, I b de olduğu doktrinde savunulmaktadır. Bu fikre göre, bu bent evliliğin iptali-evliliğin butlanı veya evliliğin meydana geldiği ya da gelmediğinin tesbitini istediği davada yabancı veya vatansız olma durumunda, ikametgahının Almanya'da olması şartı ile teminat mükellefiyeti yoktur. Burada amaç eski Alman vatandaşına, bu davalara münhasır olarak adli yardım ve teminat konusunda Alman gibi davranmaktır⁵.

Tüzel kişilerin yabancı sayılıp sayılmayacakları, merkezlerinin Almanya'da olup olmamasına bağlıdır. Eğer bir tüzel kişinin merkezi Almanya dışında olup da, yalnızca şube veya temsilcisi Almanya'da ise bu tüzel kişiler de Alman hukukuna göre yabancıdırlar ve teminatla mükelleftirler. Komandit ortaklık gibi pay ortaklıklarında, eğer bunların ikametgahı Almanya'da ise tüm paydaşlar yabancı olsa bile bunlar yabancı sayılmazlar ve teminat mükellefiyeti yoktur⁶. Buradan çıkan sonuç şudur, eğer tüzel kişinin merkezi Almanya içinde ise teminattan muaftır.

Alman Federal Temyiz Mahkemesinin uygulamasına göre, malvarlığı olmayan Alman sınırlı sorumlu şirketleri, yabancıların bir hakkına dayanarak bir talepte bulunsalar bile teminatla mükellef değillerdir⁷.

110. paragraf cümle 2'ye göre Almanya'da ikametgahı olmayan vatansızlar da teminat yatırmak zorundadır. Hemen belirtelim ki ikametgah kavramı Alman Medeni ve Borçlar

3) ROSENBERG Leo/SCHWAB Karl Heinz, *Zivilprozessrecht*, 12. bası, München 1977, s: 454.

4) STEINI/JONES, a.g.e., s: 466.

5) STEINI/JONES, a.g.e., s: 468.

6) ZÖLLER, a.g.e., s: 431; WIECZOREK Bernhard, *Zivilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz*, Berlin 1966, s: 442.

7) Alman Federal Temyiz Mahkemesi'nin bu yönde 13.6.1984 tarihli kararı için bkz. *Neue Juristische Wochenschrift*, Yıl: 1984, s: 2762.

Kanunu 7 ve 8'e göre belirlenecektir⁸. Ne var ki, maddenin bu hali 1976 yılında imzalanan ve Almanya için 24.1.1977 yılında yürürlüğe giren "Vatansızların Hukuki Durumuna Dair Sözleşme"nin 16. maddesinin 2. ve 3. bentleriyle değişmiştir. Buna göre, a) Almanya'da mutad meskeni olan (habitual residence) vatansızlar, teminat konusunda Alman vatandaşları ile eşit tutulduklarından teminat mükellefiyetleri yoktur.

b) Mutad meskeni Almanya'da olmayan vatansızların durumu ise vatansız olan şahsın mutad meskeninin bulunduğu ülke vatandaşlarının Almanya'da dava açarken tabi olduğu statüyle aynı kılınmıştır. Örneğin, Almanya'da dava açan vatansız şahsın mutad meskeni Avusturya'da ise, Avusturya vatandaşları Almanya'da dava açarken teminat gösterme mükellefiyetinden muaf oldukları için vatansız olan davacının da teminat mükellefiyeti olmayacaktır. Almanya'nın taraf olduğu "Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair sözleşme" gereğince mültecilerin de teminat yükümlülükleri yoktur⁹.

B- Davacı sıfatında olmak:

Alman hukukuna göre, yabancı bir şahsın teminatla yükümlü olmasının ikinci şartı, yabancının "davacı" sıfatına sahip olmasıdır.

Her ne kadar kanun bir dava açmadan söz ediyor ise de bazı durumlarda yabancı şahsın gerçek anlamda bir dava ikame etmediği için teminat mükellefiyetinin olmadığı Alman doktrininde savunulmaktadır. Bu görüşe göre, örneğin ilamsız takipte -hacir ve gaiplik kararı isteminde- ihtiyati haciz talebinde durum böyledir¹⁰.

Bir şahsın davacılık sıfatı ilk derece mahkemesindeki durumuna göre belirlenir. Yine birden fazla davacı varsa, her bir davacının bizzat kendi vatandaşlığı teminat yükümünü belirler. Yani, birinin yabancı vatandaşlığı diğerlerinin teminatla mükellef olması sonucunu doğurmaz.

Teminatla mükellef olan davacı sıfatına bizzat davayı ikame eden yanında müdahil ve mecburi dava arkadaşı da dahildir¹¹.

C- Davalı tarafından talep edilmiş olmak:

Alman mahkemelerinde dava açan şahıs yabancı bile olsa teminat mükellefiyeti ancak davalı tarafından talep edilmiş olmakla doğar.

Hemen belirtelim ki, davalının Alman vatandaşı olması veya vatansız olması veya farklı vatandaşlıkta olmasının önemi yoktur.

Davalının bu talebi davanın devam etmesini engelleyici bir itiraz teşkil eder. Bu tale-

8) ZÖLLER, a.g.e., s: 431; THOMAS Heinz/PUTZO Hans, *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, München 1987, s: 279.

9) Almanya için sözleşme 1.9.1953'den beri yürürlüktedir.

10) BAUMBACH/LAUTERBACH/HARTMANN/ALBERT, a.g.e., s: 324.

11) WIECZOREK, a.g.e., s: 442.

bin A.M.Y.U.K paragraf 274'e göre ilk derece mahkemesinde ve esasa girmeden yapılmalıdır. Bu itiraz kanun yollarında ancak kabule şayan bir nedene dayanıyorsa gecikmiş olarak yapılabilir. Örneğin, davalı davacının yabancı olduğunu henüz kanun yoluna başvurduğunda öğrenmiş ise bu kabule şayan bir nedendir. Ne var ki her somut olayda davalının samimiyeti titizlikle araştırılmalıdır. Bu araştırma sırasında kriter olarak davalının ihtimamlı bir dava takipçisi, basiretli bir iş adamı, özenli bir aile reisi (diligens pater familias) gibi davranıp davranmadığı kullanılabilir, ancak davalının veya temsilcisinin bilgisini kriter olarak almak kesinlikle yetersizdir¹². Burada bir durumun açıklanmasında fayda görüyoruz ki bu da yukarıda izaha çalışılan husus ile davacının yargılama sırasında teminat mükellefiyetini gerektiren bir durumun ortaya çıkmasının ayırt edilmesidir. Gerçekten de ikinci husus ayrı olup paragraf 111'de düzenlenmiştir.

Davalı yabancından teminat talebinde bulunurken onun Alman vatandaşı olmadığını da ispat mükellefiyeti altındadır.

TEMİNAT MÜKELLEFIYETİNİ ORTADAN KALDIRAN DURUMLAR:

A.M.Y.U.K'nun 110. paragrafında, II. Fıkra 5 bent halinde sayılan hallerde yabancı olan davacı talep olsa bile teminatla mükellef değildir. Yabancı davacıyı teminattan muaf tutan istisnalar şunlardır:

1- Eğer, davacının vatandaşı bulunduğu ülkede aynı durumda davacı olan bir Alman vatandaşı teminatla mükellef değilse, Almanya'da dava açan yabancı da teminatla mükellef değildir. Kanun koyucunun bu hükmü düzenlemesindeki saik kaynağını A.M.Y.U.K paragraf 328/1 ve 5 ile, 723/2'de sözedilen devletler özel hukukundaki mütekabiliyette bulur¹³. Burada "aynı durumda" kavramından anlaşılması gereken aynı türden bir davadır¹⁴. Yine, burada karşılıktan yalnızca kanuni ve sözleşmesel karşılık anlaşılmamalıdır. Bu kavrama örf ve adet kuralları, fiili uygulamadaki mahkeme sonuçlarından oluşan uygulamadaki mahkeme sonuçlarından oluşan hukuk (Präjudizienrecht) da girmektedir¹⁵.

Ne var ki Alman vatandaşlarının davacının vatandaşı olduğu ülkedeki diğer yabancılarla eşit tutulacaklarına dair bir karşılık yetmeyeceği gibi¹⁶, yabancı ülkede Alman vatandaşlarının yalnızca bazı mahkemelerde teminattan muafiyeti de yeterli değildir¹⁷.

Yukarıda da söylediğimiz gibi karşılığın kanun ya da sözleşme hükmüne dayanması gerekli değildir. Ne var ki, her ülke hukukunda olduğu gibi, Alman hukukunda da cautio judicatum solvi kuralının kaynağı büyük çoğunlukla ikili veya çok taraflı sözleşmeye dayan-

12) HENN Günter, *Ausländer-Sicherheitsleistung für Prozesskosten*, *Neue Juristische Wochenschrift*, Y: 1969, s: 1375.

13) HENN, a.g.m., s: 1374.

14) BAUMBACH/LAUTERBACH/HARTMANN/ALBERT, a.g.e., s: 325

15) STEIN/JONES, a.g.e., s: 472.

16) BAUMBACH/LAUTERBACH/HARTMANN/ALBERT, a.g.e., s: 325.

17) STEIN/JONES, a.g.e., s: 472.

maktadır. Sözleşmeler konusunda belirtilmesi gereken önemli bir husus da yalnızca *sarih* olarak teminat muafiyeti sağladığını beyan eden anlaşmalar teminattan muafiyete kaynak olabilecektir. Yoksa, bu kaydı ihtiva etmeyen dostluk anlaşmaları, ticaret anlaşmaları, ika-
met anlaşmaları, vb. salt varlığı yeterli değildir¹⁸.

Almanya ile paragraf 110/II, 1 anlamında aşağıdaki ülkeler arasında teminattan muafiyet sağlayan karşılık vardır:

Afganistan-Arjantin-Avustralya-Avusturya-Barbados-Belçika-Bolivya-Brezilya-Bulgaristan-Büyük Britanya-Çat-Çekoslavakya-Danimarka-Dahomes-Dominik Cumhuriyeti-Ekvator-Fildişi-Fidelhi-Filipinler-Finlandiya-Gabun-Gambia-Güney Afrika-Guatemala-Guyana-Gine-Haiti-Honduras-Hindistan-İran-İrlanda-İspanya-İsrail-İsveç-İsviçre-İtalya-Jamaika-Japonya-Kanada-Kenya-Kıbrıs-Kolombia-Küba-Libya-Lichtenstein-Macaristan-Malami-Malezia-Malta-Morakko-Mauritius-Meksika-Monaco-Neusseland-Hollanda-Nijer-Nijerya-Norveç-Pakistan-Paraguay-Peru-Polonya-Portekiz-Romanya-Rusya-Sambia-Suudi Arabistan-Senegal-Sierra Leone-Singapur-Srilanka-Sudan-Surinam-Swaziland-Suriye-Sili-Tanzanya-Togo-Trinidad-Tunus-Türkiye-Uruguay-U.S.A.-Vatikan-Venezuela -Yeni Zelanda-Yunanistan-Yugoslavya-Yukarı Volta.

2- Dava açan yabancı şahsın bu davası senet veya poliçeden kaynaklanan bir dava ise, yabancının teminat mükellefiyeti yoktur. Kanun koyucuyu bu hükme sevk eden saik "bu davalarda yargılamanın çabuklaştırılması amacı"dır¹⁹.

Alman mahkeme uygulamasına göre, bu tür uyuşmazlığın taraflarının ikisi birden yabancı iseler o zaman 110/II, 2 uygulanamaz²⁰.

3- Esas dava içerisinde davalı durumunda olan yabancı, aynı dava içerisinde bir karşı dava ikame ederse, paragraf 110/II, 3 gereği teminattan muafittir.

4- Eğer dava resmi bir makam otoritesine dayanılarak açılmışsa paragraf 110/II, 4 gereği yabancının teminat mükellefiyeti yoktur.

5- Ve nihayet, davacının davası tapu kütüğüne kayıtlı bir haktan doğuyorsa davacı yabancının teminat mükellefiyeti yoktur.

III- YABANCININ TEVDİİ ZORUNDA OLDUĞU TEMİNATIN MİKTARI-TÜRÜ-TEVDİİ ETMEMESİNİN SONUÇLARI :

A.M.Y.U.K paragraf 112'ye göre, mahkeme teminatın miktarını serbestçe tayin edebilir. Burada hakim davalının yapacağı muhtemel masrafların hepsini gözönüne alarak teminatı belirleme zorundadır. Ne var ki, davalının karşı dava açması dolayısıyla yapacağı masraflar bunun dışındadır.

18) STEINI JONES, a.g.e., s: 469.

19) HENN, a.g.m., s: 1374.

20) Hamburg mahkemesinin bu yöndeki 15.12.1982 tarihli bir kararı için bkz. *Neue Juristische Wochenschrift*, Y: 1983, s: 526.

Yabancıнын belirlenen teminatı ne şekilde tevdi edeceğine ilişkin özel bir hüküm *cautio judicatum solvi* kuralını düzenleyen maddelerde bulunmamaktadır. Bu yüzden ki paragraf 108'de yer alan hükümler burada da uygulanacaktır. Buna göre, taraflar kendi aralarında anlaşarak teminatın cinsini belirlemeleri mümkündür. Yine, burada yer alan düzenlemeye göre, taraflar başka türlü anlaşmamışlar ve mahkemede belirlememiş ise teminat "para" veya "kıymetli evrak" tevdi ile yerine getirilir. Bu düzenleme BGB paragraf 234'le paralellik taşır.

Kıymetli evrak kavramına hamiline veya emre yazılı olanlardan başka borsa değerinin 3/4'ünü aşmamak kaydıyla faiz payı belgesi -kâr payı belgesi-sigorta payı belgesi-yenileme payı belgesinin tevdi de girer²¹.

Eğer, davanın görülmesi sırasında belirlenen teminatın yetmeyeceği anlaşılırsa davalı ek teminat isteyebilir.

Mahkeme teminat yükümlülüğünü yerine getirmek üzere davacıya belirli bir süre verir. Bu süre tamamen mahkemenin takdirindedir. Bu sürenin bitiminde yabancı davacı bu mükellefiyetini yerine getiremezse davalının talebi üzerine dava geri alınmış sayılır veya bu, davacının kanun yoluna başvurması sırasında olmuşsa, başvuru reddolunur. Bu arada, davacının belirlenen teminatı davalının "davanın geri alınmış sayılma" talebinin mahkemeye karara bağlanma aşamasına kadar tevdi etmesi mümkündür. Nitekim uygulamada böyledir²².

Davacı, teminatı, davalı tarafa kesin hükümle dava masraflarını yüklenilmesi veya teminat mükellefiyetinin resmi makamlarca kaldırılması, teminat miktarının indirilmesi ve nihayet dava masraflarını kendisinin ödemesi durumlarında geri alabilir, aksi takdirde tevdi makamı teminatı ancak davalı tarafın talebi veya yetkili makamın emri ile geri verebilir²³.

SONUÇ

Görüldüğü gibi, Alman hukukunda *cautio judicatum solvi* kuralı tamamen aleyhine dava ikame edilen kişinin talebine bağlı olarak uygulama alanı bulmaktadır. Bu Alman kanun koyucusunun amacının doğal sonucu olmaktadır. Ne var ki Almanya'nın hemen her ülke ile gerek sözleşmesel ve gerekse kanuni karşılıklılığa dayanan teminat muafiyetinin olması dolayısıyla bu paragraflarda düzenlenen hükümlerin uygulama alanı pek nadir olmaktadır.

21) ROSENBERG/SCHWAB, a.g.e., s: 457.

22) Bu yönde Bremen mahkemesinin 11.3.1982 tarihli bir kararı için bkz. *Neue Juristische Wochenschrift*, Y: 1982, s: 2737.

23) ROSENBERG/SCHWAB, a.g.e., s: 457; STEIN/JONES, a.g.e., s: 482.