

TÜRK HUKUKUNDA CAUTIO JUDICATUM SOLVI KURALI

Bülent ÖZDEN*

GİRİŞ

Kişilerin, Anayasa'nın 36. maddesinde teminatını bulan, dava hakkını kullanmalarını kural olarak önceden teminat yatırma şartına bağlanmamıştır. Ancak dava açanın veya talepte bulunanın yargılama sonunda haksız çıkması durumunda karşı tarafın uğrayacağı zararın ve mahkeme masraflarının ödenmemesi ihtimaline tedbir olarak kanun koyucu bazı hallerde davacının veya talepte bulunanın önceden teminat yatırmasını zorunlu kılmıştır.

Cautio Judicatum Solvi denen teminat kuralı mevzuatımızda -hukuk davalarına ilişkin olarak- Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun da yer almaktadır.

Bizim inceleme konumuzu MÖHUK madde 32'de yer alan teminat kuralı teşkil etmektedir. Burada önce teminatı düzenleyen kanun hükmü ve amacı belirtilecek, sonrasında teminat gösterilmesinin şartları ile teminatın çeşidi, miktarı ve gösterilme zamanı incelenecek, daha sonra da HUMK madde 97 ile kıyaslaması yapılacak ve inceleme bitirilecektir.

(*) I.Ü. Hukuk Fakültesi, Devletler Hususi Hukuku Araştırma Görevlisi.

I. TEMİNATI DÜZENLEYEN KANUN HÜKMÜ VE AMACI:

2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun (1) Milletlerarası Usul Hukuku adını taşıyan ikinci babının birinci bölümünde yer alan teminat hükmü 32. madde de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, "Türk mahkemesinde dava açan, davaya katılan veya icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tüzel kişiler, yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermek zorundadırlar.

Mahkeme, dava veya takibin niteliğine ve duruma göre davacıyı, davaya katılanı veya takip isteğinde bulunanı karşılıklılık esasına göre teminat göstermekten muaf tutabilir."

Belirtmek gerekir ki, HUMK'nun 97. maddesinin değiştirilmesine ilişkin bir ibarenin maddeye eklenmesi ve ikinci maddenin tek bir metin halinde birleştirilmesi MÖHUK ön tasarısı tartışmalarında teklif edilmiş, ancak bu maddenin farklı müesseseyi ele aldığı gerekçesiyle bu teklif kabul edilmemiştir (2).

Gerçekten de, MÖHUK 32. maddesinin amacı HUMK'un 97. maddesinden farklı olarak, yalnızca davalının zarar ve ziyanını karşılamayı değil, aynı zamanda aleyhine icra takibine girişilen şahısların uğrayabileceği zararların ve mahkemenin ve de icra dairelerinin masraflarının da teminidir.

II. MÖHUK'NA GÖRE TEMİNAT GÖSTERİLMESİNİN ŞARTLARI:

İlgili madde uyarınca teminat gösterme zorunluluğunun şartlarını şöyle sıralamak mümkündür:

- A) Yabancı uyruklu gerçek veya tüzel kişi olmak,
- B) Türk mahkemelerinde dava açmak, davaya katılmak, icra takibinde bulunmak,
- C) Teminat göstermekten muaf olmamak.

Bu üç şartın birarada bulunması durumunda ilgili kişi teminat yatırmakla mükelleftir.

A) Yabancı uyruklu gerçek veya tüzel kişi olmak: Sözü geçen maddeye göre yatırılması gereken teminat zorunluluğu kişinin yabancı tabiiyette olmasına dayanmaktadır. Buna göre, teminat gösterme mükellefiyeti olan kişinin ikametgâhının Türkiye'de ya da Türkiye dışında olması MÖHUK madde 32'nin uygulanmasında rol oynamaz. Yabancı uyruklu şahıslar behemahal bu kanun gereği teminat yatırmak zorundadırlar. Buna rağmen mahkeme uygulamalarında bu husus gözönünde tutulmamakta ve yabancı uyruklu şahısların teminat yatırma mükellefiyetini HUMK madde 97'ye -yanlış olarak- dayandıran kararlarda da rastlanmaktadır. Nitekim, Yargıtay 14. H.D. 16.6. 1987 tarih ve

1) R.G: 22.5.1982-17701

2) Tartışmalar için bkz. Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarı Sempozyumu, İstanbul 1978, s: 241-249.

E.2139-K.5215 sayılı kararında ".....Davacı Sara A.A.AI Kuveyt uyrukludur. Kendisinden teminat alınması gerektiği halde bu husus yerine getirilmemekle HUMK'nun 97. maddesi ihlâl edilmiştir (3) diyerek böyle ictihatta bulunmuştur.

Bir Türk vatandaşının, Türk vatandaşlığı yanında yabancı ülke vatandaşlığına da sahip olması durumunda, MÖHUK madde 4 bent b gereği sadece Türk vatandaşlığı nazara alınacağından, bu şahsın teminat gösterme yükümlülüğü yoktur.

Yine, yabancı deyimine genel anlamda vatansız kişiler de girdiğinden (4), bu şahısların da teminat gösterme mükellefiyeti vardır.

Tüzel kişilerin yabancı tabiiyette olup olmadıkları MÖHUK madde 8 bent 4 gereği "statülerindeki idare merkezi" göre belirlenecektir. Yani, idare merkezi Türkiye dışında olan tüzel kişiler de teminat göstermek zorundadır. Burada akla gelen soru, tüzel kişiliğe sahip olmadıkları halde, kendi hukuklarına göre davada taraf olma ve dava ehliyetine sahip yabancı kişi veya mal topluluklarının da teminat yatırmakla zorunlu olup olmadığıdır. Doktrinde bu soruya olumlu cevap verilmektedir (5).

Kanımca da kanunun bu maddesinin koruma amacının davalı tarafın ve mahkemenin zarar ve ziyanını karşı tarafın yatırdığı teminattan giderme olduğu gözönüne alınırsa, bu kişi ve mal topluluklarının da teminat yatırma mükellefiyeti vardır.

B) Türk mahkemelerinde dava açmak, davaya katılmak, icra takibinde bulunmak: Yabancı gerçek veya tüzel kişi Türk mahkemelerinden birinde bir özel hukuk davası açarsa, teminat yatırmakla mükelleftir. Burada davalı durumunda olan ve teminat yatırmakla mükellef olmayan yabancı şahıs, aynı davada karşılık dava (: davayı müteakibile) açarsa, bu şahıs da dava açan (davacı) şahıs durumuna geçeceğinden, teminat yatırmak zorundadır.

Kanun maddesinde yer alan "davaya katılan" kavramını

- HUMK 97 nin aksine (6) -yalnızca davacı yanında davaya katılan- olarak anlamak gerekir.

Bu yorum, kanunun amacına uygun yorumdur. Kaldı ki aksinin kabulü, yani müdahili hem davacı hem de davalı yanında davaya katılan olarak anlamak, aynı tarafta bulunan davalının teminat gösterme zorunluluğu olmadığı halde, davalı yanında bulunan müdahile teminat gösterme zorunluluğunu yüklemek gibi adil olmayan bir durum ortaya çıkarır ki, bu da hukuk düzenince kabul edilmez.

3) Karar metni için bkz. Y.K.D., Aralık 1987, C: XIII, S: 12, s: 1798.

4) TEKİNALP Gülgören, Türk Yabancılar Hukuk 3. baskı, İstanbul 1989, s: 6.

5) NOMER Ergin, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 1988, s: 440.

6) Doktrin, "HUMK'un 97. maddesi gereğince teminat yatırma mükellefiyetinde olan davaya katılanın davacı ya da davalı tarafında olmasında fark gözetmemekte, her iki durumda da müdahilin teminat yatıracağı" görüşündedir. Bu görüşte, KURU Baki age. s: 2996/HANEF Melih, HUMK'un 97. maddesine göre teminat gösterme mecburiyeti, ABD, y: 1964, sa: 2, s: 138/TURHAN Turgut, Davacının veya Davaya katılanın Teminat Gösterme Hükmü, Osman Fazıl Berki Armağanı, Ankara 1977, s: 861.

Yine kanun maddesinde her ne kadar "Türk mahkemelerinde" ibaresi yer almakta ise de, mahkeme kavramı icra takiplerinde "icra daireleri" olarak anlaşılmalıdır (7). Çünkü icra takibi icra dairesinde yapılır ve alacaklının yabancı olup olmadığına, dolayısıyla teminat göstermekle yükümlü olup olmadığına icra dairesi karar verir.

Yabancı şahsın icra takibi hususunda cevaplanması gereken soru, ihtiyati haciz talebinde bulunan yabancı şahsın icra ve iflas kanununun 259. maddesi gereğince yatırdığı teminatın MÖHUK madde 32'ye teşmil edilip edilmeyeceğidir. Bir başka ifadeyle, ihtiyatî haciz için teminat yatıran yabancıya esas takibe başlarken de teminat yatırma mükellefiyetinin olup olmadığıdır. Yargıtay 12. HD.nin 7.12.1987 tarih ve E.10341-K.9973 sayılı kararı İ.İ.K. madde 259 gereği yatırılan teminatın MÖHUK madde 32'deki teminata teşmil etmeyeceği yönündedir (8). Kararda Yargıtay İ.İ.K. madde 259 da belirtilen teminat şartının amacının hakkında haciz kararı istenen borçlunun ve 3. kişilerin hacizden dolayı uğradıkları zararın karşılanması olduğunu, MÖHUK madde 32. deki teminatın ise, icra takip harcı, icra masrafları, v.b. yargılama giderlerinin de temini olduğunu belirtmiştir. Kanımca Yargıtayın görüşüne ek bir gerekçe ile katılmak mümkündür. Şöyle ki, MÖHUK madde 32 gereğince teminat yatırma zorunluluğu olan şahıslardan biri de icra takibine girişen yabancı şahıstır. Oysa, ihtiyatî haciz talebinde bulunan yabancı şahıs, bu taleple ihtiyatî haciz borçlusuna karşı henüz teknik anlamda bir icra takibinde bulunmamaktadır. İhtiyatî haciz talebinde bulunan yabancı şahıs, en geç, bu kararı takip eden 7 gün içinde, icra takibi yapmak zorundadır. İşte, yabancı şahıs, yapacağı bu icra takibi için teminat yatırmak zorunda olup, bu; mükerrer bir teminat değil, MÖHUK madde 32 gereği yatırılması gereken bir teminattır.

Yine İ.İ.K.na göre icra takibine geçen alacaklının ödeme emrine karşı borçlunun süresi içinde itiraz etme hakkı vardır. Alacaklı bu itirazın kaldırılmasını ya da iptalini isteyebilir. Burada, acaba itirazın kaldırılması ya da iptali prosedürüne başvuran yabancı uyruklu alacaklı, yeniden teminat yatırmak zorunda mıdır? Kanımca, burada yeniden teminat alınması gerekmez. Çünkü bu safha, icra takibinin bir aşaması olup, icra takibinin devam edip etmemesi, bu safhanın sonucuna bağlıdır. Kaldı ki, icra takibinin taraflarıyla takibin bir aşaması olan itirazın halli safhasının tarafları aynıdır. MÖHUK madde 32 ile amaçlanan, aleyhine icra takibi yapılan şahsın zararları ve takip masrafları zaten icra takibinde bulunan yabancı şahıs tarafından, takibin başlangıcında icra dairesine yatırılan teminattan karşılanabilecektir.

MÖHUK madde 32 yabancı unsurlu tahkim sözleşmesinde uygulanmaz. Çünkü tahkim sözleşmesine göre ihtilafı çözecek olan merci, MÖHUK'un 32. maddesinde sözü geçen Türk mahkemesi veya bir icra dairesi değildir. Ancak taraflar, tahkim sözleşmesinde teminat yatırmayı bir şart olarak kararlaştırmışlarsa, o zaman teminat mükellefiyeti söz konusu olur (9).

7) Aynı görüşte, KURU Baki, *Hukuk Mahkemeleri Usulü*, C: V, Ek Kitap, Ankara 1986, s: 4608.

8) Karar metni için bkz: *Yasa Hukuk Dergisi*, y: 1984, C: VII, S:2, s: 279.

9) Aynı görüşte NOMER Ergin, age: 444.

C) Teminat göstermekten muaf olmamak: MÖHUK'un 32. maddesinin 2. fıkrasına göre, mahkeme dava veya takibin niteliğine ve duruma göre, teminat göstermekle yükümlü olan şahısları karşılıklı esasına göre, teminattan muaf tutma yetkisine haizdir (10).

Her ne kadar kanun, mahkeme ve icra dairelerine yabancı şahsı teminattan muaf tutmada bir takdir yetkisi vermişse de, bu yetki ancak teminat yatırmakla mükellef olan şahsın vatandaşı olduğu ülkeyle Türkiye arasında taraf ülke vatandaşlarını teminattan muaf tutan hüküm taşıyan bir sözleşme yoksa kullanılabilecektir. Çünkü böyle bir sözleşmenin olması durumunda, mahkeme ve icra daireleri, yabancıyı teminat göstermekten muaf tutmak zorundadır (11).

Nitekim Türkiye, bu konuyu da içeren, ikili ve çok taraflı bir çok sözleşmeye taraftır. Türkiye'nin taraf olduğu bu sözleşmeler ile taraf ülke vatandaşları teminattan muaf tutan maddeleri şunlardır:

1) İki Taraflılar:

a) Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya arasındaki hukuki ve ticari mevaddı adliyeye müteallik münasebatı mütekabileye dair mukavelenamenin 2. maddesi (12).

b) Türkiye ve Avusturya arasında hukuki ve ticari mevadda müteallik mütekabil münasebetlere ve adli kararların tenfizine ait mukavelenamenin 2. maddesi (13).

c) Türkiye Cumhuriyeti ile Bulgaristan Halk Cumhuriyeti arasında hukuki ve cezai konularda adli yardımlaşma sözleşmesinin 2. maddesi (14).

d) Türkiye Cumhuriyeti ile Çekoslovakya Cumhuriyeti arasında medeni ve ticari hususatı kazaiyeye mütedair karşılıklı münasebet hakkında mukavelenamenin 2. maddesi (15).

e) Türkiye-Danimarka arasında ikamet, ticaret ve seyr-i sefain muahedenamesinin 7. maddesi (16).

f) Türkiye ile Dominik arasındaki dostluk anlaşmasının 5. maddesi (17).

g) Türkiye ile Filipin arasındaki dostluk anlaşmasının 5. maddesi (18).

10) *İcra takiplerinde ise dipnot (7) deki açıklamalar geçerli olup, icra daireleri bu yetkiye haizdir.*

11) *Aynı görüşte ÇELİKEL Aysel, Milletlerarası, Özel Hukuk, 2. bastı, İstanbul 1987, s: 277/KURU Baki, age, C.V., s: 4608.*

12) *R.G.: 4.6.1930-1514*

13) *R.G.: 4.8.1931-1864*

14) *R.G.: 24.5.1978-16296*

15) *R.G.: 9.7.1932-2145*

16) *R.G.: 24.6.1930-1528*

17) *Düstur III. tertip, C: 33*

18) *Düstur III. tertip, C: 31*

h) Türkiye ile Finlandiya arasındaki ticaret ve seyr-i sefain muahednamesinin 7. maddesi (19).

ı) Türkiye Cumhuriyeti ile Haşimi Ürdün Krallığı arasında hukukî ve ticarî konularda adli ilişkileri düzenleyen sözleşmenin 2. maddesi (20).

i) Türkiye Cumhuriyeti ile İngiltere Hükümeti arasında Mün'akit Müzaheretü Adliye Mukavelenamesinin 12 ve 13. maddeleri (21).

j) Türkiye ile İran arasındaki adlimüzaheret mukavelesinin 12 ve 13. maddeleri (22).

k) Türkiye ile İsviçre arasında medeni ve ticari mevadda adli münasebetleri tanzim eden mukavelenin 1. maddesi (23).

l) Türkiye ile İtalya arasındaki adli himaye, adli makamların hukuk ve ceza işlerinde karşılıklı müzaheretü ve adli kararların tenfizi mukavelesinin 1. maddesi (24).

m) Türkiye ile Irak arasında hukuk, ceza ve ticaret işlerine ilişkin adli yardım sözleşmesinin 2. maddesi (25).

n) Türkiye ile Macaristan arasında münakit hukuki ve ticari mevaddı adliyeye mütekebil münasebetlere dair mukavelenin 2. maddesi (26).

o) Türkiye ile Mısır arasındaki muahedesinin 8. maddesi (27).

ö) Türkiye-Norveç arasında ikamet, ticaret ve seyr-i sefain mukavelenamesinin 7. maddesi (28).

p) Türkiye ile Pakistan İslam Cumhuriyeti arasında hukuki ve ticari konularda adli yardımlaşma sözleşmesinin 9. maddesi (29).

19) *Düstur III. tertip, C: 11*

20) *R.G.: 5.6.1975-15347*

21) *R.G.: 5.7.1932-2142 (Bu sözleşmeye daha sonra Avusturalya, Fiji, Lesotho, Krallığı ve Swaziland katılmıştır.)*

22) *R.G.: 21.6.1932-3636 (Ayrıca Türkiye ile İran arasında akdedilen ikamet mukavelesinin 7. maddesi de benzer hüküm taşımaktadır.)*

23) *R.G.: 4.7.1934-2743.*

24) *R.G.: 3.3.1929-1133*

25) *R.G.: 12.5.1947-6705*

26) *R.G.: 27.12.1939-4395*

27) *R.G.: 25.6.1937-3640*

28) *R.G.: 5.7.1932-2141*

29) *R.G.: 31.7.1982-17768*

r) Türkiye Cumhuriyeti ile Romanya Sosyalist Cumhuriyeti arasında hukuki ve cezai işlemlerde adli yardım sözleşmesinin 11. maddesi (30).

s) Türkiye ile Suudi Arabistan arasındaki dostluk anlaşmasının 3. maddesi (31).

ş) Türkiye ile Tunus Cumhuriyeti arasında hukuki ve ticari konularda adli yardımlaşmaya dair sözleşmenin 3. maddesi (32).

t) Türkiye ile Yemen arasındaki dostluk anlaşmasının 3. maddesi (33).

u) Türkiye ile Yugoslavya arasında karşılıklı münasebata dair mukavelenamenin 2. maddesi (34).

ü) Türkiye ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti arasındaki hukuki, ticari ve cezai konularda adli yardımlaşma, tanıma ve tenfiz suçluların geriverilmesi ve hükümlülerin nakline ilişkin sözleşmenin 2. maddesi (34 a).

2) Çok taraflılar:

a) Hukuk Usulüne dair sözleşmenin 17. maddesi (35).

b) Nafaka alacaklarının yabancı memleketlerde tahsiline ilişkin sözleşmenin 9. maddesi (36).

c) Nafaka alacakları konusundaki kararların tanınmasına ve tenfizine ilişkin sözleşmenin 15. maddesi (37).

d) Mültecelerin hukuki durumuna dair Cenevre Sözleşmesinin 16. maddesi (38).

e) Avrupa İkamet Sözleşmesi'nin 9. maddesi (38 a).

Yukarıda sayılan anlaşmalar taraf ülke vatandaşları MÖHUK madde 32 de söze-dilen teminatı yatırmaktan muaftır. Buradan çıkan sonuç şudur ki, mahkeme veya icra dairesi **kanuni veya fiili mütekabiliyetin olması** durumunda, teminat göstermek zorun-da olan kişinin yeterli miktarda mameleki olduğu kanaatinde ise, o şahsı bu yükümlülük-

30) R.G.: 17.5.1972-14190

31) Düstur: III. Tertip, c: 11

32) 17.3.1983-17990

33) Düstur III-Tertip, C: 34

34) R.G.: 4.1.1936-3197

34a) R.G.: 13.2.1989-20079

35) R.G.: 23.3.1972-14137 (Bu sözleşmenin 17. maddesinin 3. bendine göre, sözleşmeye taraf olan devletlerin vatandaşlarını ikamet şartı olmaksızın ikili sözleşmeler uygulanmaya devam edecektir. Durum böyleyken YHGK. 13.5.1983 tarih ve E.5-1952, K. 512 sayılı kararında, Fransa, İtalya ve İran Devletlerinin uyuşunda bulunan yabancı davacılarından Fransız ve İtalyanı bu sözleşmeye göre, İranlıyı ise ikili sözleşmeye göre teminattan muaf tutmuştur. Oysa İtalya ile aramızda ikili sözleşme vardır. Karar metni için bkz., YKD, Y: 1983, S.: 11, s.: 1584).

36) R.G.: 18.3.1971-13782

37) R.G.: 16.2.1983-17961

38) R.G.: 5.9.1961-10898

38 a) R.G.: 17.9.1989-20286.

ten muaf tutabilir. Belirtmek gerekir ki, teminat göstermekle mükellef olan şahsın ülkesi ile Türkiye arasında kanuni veya fiili mütekabiliyet yoksa mahkeme ve icra dairesinin takdir yetkisi de yoktur ve teminata hükmetmek zorundadır (39).

Yabancı şahsın ülkesinin mevzuatında teminat gösterme zorunluluğuna ilişkin bir hüküm mevcut değilse durum ne olmalıdır? Doktrindeki bir görüşe göre, bu ülkelerin vatandaşları teminat gösterme zorunda olmamalıdır (40). Kanımca da, yabancı şahsın ülkesinin mevzuatında teminat gösterme zorunluluğuna ilişkin bir hüküm mevcut değilse, Türk vatandaşları bu ülkelerde teminat yatırmakla mükellef olmayacağından, bu durumda fiili mütekabiliyetin varlığı kabul edilerek, bu ülke vatandaşları teminat göstermekten muaf tutulmalıdır.

Adli yardımdan (:adli müzaheret) faydalanan yabancı şahıslar da teminat göstermek mecburiyetinde değildir. Ne var ki, yabancıların adli yardımdan yararlanmaları, vatanı oldukları ülke ile Türkiye arasında bir mütekabiliyetin var olduğunu ispatlamalarına bağlıdır. Bu HUMK 465/2 den çıkmaktadır.

III. GÖSTERİLECEK TEMİNATIN TÜRÜ-MİKTARI VE GÖSTERİLME ZAMANI:

MÖHUK'nda nelerin teminat olarak gösterilebileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla beraber HUMK madde 36 hükmünün kıyasen burada da uygulanabileceği doktrinde-haklı olarak-savunulmaktadır (41). Buna göre, para hisse senedi, tahvil, gayrimenkul rehni, banka kefaleti, şahsi kefalet ve hatta menkul rehni teminata konu olabilir. Uygulamada ise yanlış olarak -gösterilen miktar- teminatın döviz olarak mahkeme emrine bloke edilmesi aranmaktadır (42).

Mahkemelerin dayandığı Türk Parasının Kıymetini Koruma mevzuatında buna ilişkin açık bir hüküm olmadığı gibi, Türk parasının konvertibiliteye geçmesinin amaçlandığı bu günlerde T.P.K.K.K.'na dayanılarak çıkarılan 32 sayılı kararname (43) karşısında, bu uygulamanın anlamıda kalmamıştır.

Yabancıların göstermek zorunda olduğu teminatın miktarı mahkemelerde hakim, icra takiplerinde ise icra memuru belirleyecektir. Bu ayırımın önemi, icra memurunun belirleyeceği teminata karşı İ.İ.K. madde 16 da yer alan şikayet prosedürünün işletilip-işletilmeyeceğinde kendini gösterir. Kanımca, icra memurunun bu belirlemesine karşı şikayet yolu kapalı olmamalıdır, çünkü icra memurunun takibin niteliğinde ve duruma göre teminat miktarını belirlemede takdir hakkı vardır (44).

39) Aynı görüşte NOMER Ergin, a.g.e., s: 442

40) ÇELİKEL Aysel, a.g.e., s: 277

41) ÇELİKEL Aysel, a.g.e., s: 275/NOMER Ergin, a.g.e., s: 441

42) Bu yönde bir karar için bkz. dipnot 35

43) R.G.: 11.8.1989-20249

44) "Yine, icra memurunun alacaklının yabancı olup-olmadığı ve teminatla mükellef olup olmadığı hususundaki belirlemesine karşı şikayet yolu açıktır." Aynı görüşte, KURU Baki, A.G.E., C: III, s: 3001

Mamafih, mahkemenin ve icra dairesinin teminata hükmederken bunun bütün yargılama giderleriyle (özellikle temyiz ve itirazın kaldırılması safhası), davacının zarar ve ziyanını karşılayacak miktarda olması için titizlik göstermesi gerekir.

MÖHUK'nda yer alan teminat gösterme yükümlülüğünün gösterileceği zamana ilişkin bir hüküm kanun metninde yer almamaktadır. Doktrin, iç hukuktakinin aksine, buradaki teminat şartının her dava ve takipte, mahkeme ve icra memurunca res'en gözetileceği görüşündedir (45). Uygulamada bu yöndedir. Nitekim Yargıtay 11. H.D.'nin, 18.12.1987 tarih, E.6707-K.7382 sayılı kararında da "...Yabancılaşma esasına dayalı davalarda teminat gösterme yükümlülüğünün amacı sadece davalının görmesi muhtemel olan zararların karşılanmasına inhisar etmeyip, Türk mahkemesinde yapılacak yargılama giderleri ve bu arada ödenmesi gereken harç ve benzeri kamu giderlerini de kapsadığından HUMK'nunda benimsenen ilkenin aksine ve Türk Kambyo rejimi ile yakın ilgisi bulunması bakımından kamu düzeninin ilgilendirmesi nedeniyle teminat gösterme yükümlülüğü diğer tarafça ileri sürülmemiş olsa bile yargılama sırasında mahkemelerce ve temyiz incelemesi aşamasında da Yargıtayca nazara alınması gerekmektedir..." diyerek bu yönde içtihat etmiştir (46). Ben de doktrin ve Yargıtay'ın görüşüne aynı gerekçelerle katılmaktayım.

Teminata resen hükmeden mahkeme veya icra dairesinin bundan sonraki tutumu ne olacaktır? Bu konuda da MÖHUK madde 32 de hüküm bulunmadığından, HUMK madde 99'un burada kıyasen uygulanması ve teminatı res'en gözetilen makam tarafından teminat göstermekle yükümlü şahsa uygun bir süre verilmesi, bu süre içinde yabancı şahıs teminat mükellefiyetini yerine getirmezse, dava veya takipten vazgeçmiş sayılması gerekir. Doktrin (47) ve uygulama (48) bu yöndedir.

IV. MÖHUK MADDE 32 İLE HUMK MADDE 97'NİN

KARŞILAŞTIRILMASI:

Teminatı düzenleyen bu iki kanun hükmü arasında önemli farklar bulunmaktadır. Bunlar:

a) MÖHUK'nda düzenlenen teminat hükmünün amacı davalının zarar ziyanı yanında yargılama masraflarının da temini olduğu halde, HUMK 97 yalnızca davalının zarar ve ziyanını karşılamayı amaçlar,

b) MÖHUK'nda düzenlenen teminat şahsın yabancı tâabiyette olmasına bağlı olduğu halde, HUMK 97'de aranan teminat ikamet şartına bağlanmış, ve Türkiye dahilinde ikametâhı olmayan herkes teminat göstermekle mükellef kılınmıştır.

45) ÇELİKEL Aysel, a.g.e., s: 278/NOMER Ergin, a.g.e., 440/KURU Baki, a.g.e., C: V, s: 4607/TEKİNALP Gülören, a.g.e., s: 173.

46) Karar metni için bkz. Y.K.D., Y: 1988, C: KIV, S: 7, s: 940.

47) ÇELİKEL Aysel, a.g.e., 179/NOMER Ergin, a.g.e., s: 441

48) Örnek bir karar için bkz., Yasa Hukuk Dergisi, Y: 1984, C: 7, S: 7, s: 1029.

c) MÖHUK'nda teminat res'en yargılama ve takip makamlarınca gözetildiği halde, HUMK 97'de aranan teminatı davalı taraf ilk itiraz olarak ileri sürmelidir,

d) MÖHUK'nda teminat şartından muafiyet için milletlerarası sözleşme yanında, kanuni veya fiili mütekabiliyetin varlığı halinde mahkeme veya icra memuru yabancı şahsı teminattan muaf tutmaya yetkili olduğu halde, HUMK 97'de gösterilen teminattan muafiyet sadece milletlerarası sözleşmenin varlığı halinde mümkündür,

e) MÖHUK'nda yer alan teminatın miktarı mahkeme veya icra memurunca belirlendiği halde, HUMK 97'de aranan teminatın miktarını taraflar sözleşmeyle belirleyebilirler.