

MİLLETLERARASI USÛL HUKUKUNDA TEMİNAT GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

*Dr. Uğur TÛTÛNCÛBAŞI**

Plân: **I. GİRİŞ, II. TEMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TÜRK HUKUKUNDAKİ GELİŞİMİ, A. 1330 Tarihli Mülga Ecnebilerin Hukuk ve Vezaiî Hakkında Muvakkat Kanunu'ndaki Düzenleme, B. 1086 Sayılı Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki Düzenleme, C. 2675 Sayılı Mülga Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'daki Düzenleme, III. YÜRÜRLÜKTE BULUNAN DÜZENLEMELERE GÖRE TEMİNAT GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ, A. Genel Olarak, B. Teminat Gösterme Yükümlülüğünün Amacı, C. Teminat Gösterme Yükümlülüğünün Şartları, 1. Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre, 2. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanuna Göre, D. Teminatın Gösterilme Zamanı ve Gösterilmemesinin Sonuçları, E. Teminatın Kapsamı ve Miktarı, F. Teminat Gösterme Yükümlülüğünden Muafiyet Sağlayan Durumlar, 1. Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre, 2. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanuna Göre, IV. TEMİNAT GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜNE İLİŞKİN ALMAN ve İSVİÇRE HUKUKUNDA YER ALAN DÜZENLEMELER, A. Alman Hukukunda Yer Alan Düzenleme, B. İsviçre Hukukunda Yer Alan Düzenleme, V. MAVİ KART SAHİBİ TÜRK ASILLI YABANCILARIN ve TÜRKİYE'DE YERLEŞİK YABANCILARIN TEMİNAT GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ, SONUÇ.**

I. GİRİŞ

Anayasamızın 36'ncı maddesinde güvence altına alınmış olan “hak arama özgürlüğü” kapsamında “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde dâvacı veya dâvalı olarak iddia ve

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir". Bu konuda Anayasamız ve diğler yasalarımız, vatandaş-yabancı ayrımı yapmamış, bu hakkı herkese tanımıştır¹.

Hukukumuzda kural olarak kişilerin hak arama özgürlüklerini kullanmaları herhangi bir şarta bağı tutulmamıştır. Kural bu olmakla beraber, bazı istisnaî durumlarda kanunlar, dava açanın veya mahkemeden herhangi bir talepte bulunan kimsenin önceden belirli bir yükümlülüğü yerine getirmesini şart koşmuş olabilir. İşte bu istisnaî şartlardan biri "teminat" (inanca, **cautio judicatum solvi**²) gösterme yükümlülüğüdür³.

Teminat, bir borcun zamanında ve uygun biçimde ödeneceğine dair güvence (garanti) sağlayan işlemdir⁴. Davacının (veya mahkemeden herhangi bir talepte bulunanın), davasında (veya talebinde) haksız çıkması halinde, karşı tarafın uğrayacağı muhtemel zararları ve bu bağlamda yargılama giderlerinin davacıdan istenebilmesi zor veya imkânsız olacağı tahmin

¹ **Turhan**, Turgut: "Davacının veya Davaya Katılanın Teminat Gösterme Yükümü", Prof. Dr. Osman F. Berki'ye Armağan, Ankara 1977, s. 853-905, s. 854; **Yılmaz**, Ejder: "Davada İnanca", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, C. I, Ankara 1977, s. 381-410, s. 382; **Çiçekli**, Bülent: Yabancılar Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2009, s. 201-202.

² Teminat kavramı Latince "cautio judicatum solvi", yani dava masrafları için teminat akçesi olarak ifade edilmiştir (Türk Hukuk Lûgati, Türk Hukuk Kurumu, Ankara 1944, s. 555). "Cautio judicatum solvi" tabirinin Roma Hukukundan alındığını kabul eden görüşe karşı (bkz. **Altuğ**, Yılmaz: Türk Milletlerarası Usul Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1983, s. 181), öğretide Berki, taşıdığı isme rağmen bu müessesenin Roma hukuku kaynaklı olmadığını ve bugünkü hukukta sahip olduğu niteliğiyle orta çağda doğduğunu ileri sürmüştür. **Berki**, Osman Fazıl: "Ecnebilerin Hukuk ve Vazifeleri Hakkındaki Muvakkat Kanunda Teminat", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. III, S. 2-4, 1946, s. 403-422, s. 404. Teminatın tarihsel gelişimi ve "Cautio Judicatum Solvi"ye ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Özden**, Bülent: Türk Hukukunda Yabancı Şahısların Teminat Mükellefiyeti, İstanbul 1999, s. 10 vd.

³ **Yılmaz**, s. 381; **Özden**, s. 9.

⁴ **Altuğ**, s. 181.

edilen bazı özel durumlar için kanun koyucu tarafından teminat gösterilmesi gerekli görülmüştür⁵.

Hangi hallerde teminatın gösterilmesi gerektiği değişik kanun hükümlerinde tahdidî (sınırlı) olarak belirtilmiştir. Bu sebeple kanunun öngörmediği hallerde, davacının (veya talepte bulunanın) teminat gösterme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Türk hukukunda, hangi hallerde teminat gösterilmesi gerektiği değişik kanun hükümlerinde dağınık olarak ve farklı amaçlarla düzenlenmiştir. Örneğin, İdarî Yargılama Usulü Kanunu m. 31; Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 84-89 ile m. 99, m. 392, m. 395, m. 396; İcra ve İflâs Kanunu m. 36, m. 69/2, m. 159/2; Türk Ticaret Kanunu m. 448; Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m. 48 bunlardan bazılarıdır. Ancak bunlardan sadece HMK m. 84-89 ile MÖHUK m. 48'de düzenlenmiş olan teminat hükümleri yabancılık unsuru⁶ içeren ihtilâflarla ilgilidir⁷.

Çalışmamızda konumuzu ilgilendiren HMK m. 84-89 ile MÖHUK m. 48'de yer alan düzenlemeleri ayrıntılı olarak incelemeden önce, teminat gösterme yükümlülüğünün hukukumuzdaki tarihi gelişimi hakkında bilgi

⁵ **Kuru**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, 6. Baskı, İstanbul 2001, s. 4154; **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku, 12. Bası, Ankara 2011, s. 342; **Nomer**, Ergin: Devletler Hususî Hukuku, 19. Bası, İstanbul 2011, s. 473; **Çelikel**, Aysel/**Erdem**, B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 11. Bası, İstanbul 2012, s. 578. Mukayeseli hukukta da, Arjantin, Almanya, Amerika Birleşik Devletleri, Avusturya, Danimarka, İngiltere, İsviçre, Meksika, Monako, Norveç ve Polonya teminat arayan ülkeler arasında gösterilebilir. Buna karşı, Afganistan, İzlanda, Mısır ve Suriye teminat istemeyen ülkeler arasında gösterilmektedir. Bkz. **Nomer**, s. 476, dn. 231; **Çelikel/Erdem**, s. 578.

⁶ Bir hukuki ilişkinin coğrafi alan itibarıyla birden fazla ülke ile irtibatlı olması durumunda, bu ilişki yabancı-milletlerarası unsur içermektedir. Örneğin, belirli bir olay veya ilişkiye yabancı bir devlet vatandaşı iştirak etmişse veya taraflardan birinin yerleşim yeri ya da mutad meskeni yabancı ülkedeysse yabancılık unsuru gerçekleşmiş olur. **Nomer**, s. 5-6; **Çelikel/Erdem**, s. 8-9; **Doğan**, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2010, s. 23-24.

⁷ **Yılmaz**, s. 381-382; **Turhan**, s. 854; **Altuğ**, s. 182; **Kuru**, s. 4154; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 337; **Nomer**, s. 473; **Çelikel/Erdem**, s. 578.

verilecektir. Ardından yabancılık unsuru içeren ihtilâflarda uygulanacak olan ve yeni yürürlüğe girmiş olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki düzenleme ile 2007 yılında yürürlüğe giren 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununda yer alan düzenlemeler birbirleri ve mülga hükümler ile kıyaslanarak açıklanmaya çalışılacaktır. Ardından Alman ve İsviçre hukuklarında teminata ilişkin düzenlemeler hakkında bilgi verilerek, mukayeseli hukuk açısından da bir kıyaslama yapılabilecektir. Nihayet, bu açıklamaların ardından durum, özellikle Türkiye’de yerleşik yabancıları ve mavi kart sahibi eski Türk vatandaşlarını da kapsayacak şekilde değerlendirilip bir sonuç ortaya konulmaya çalışılacaktır.

II. TEMİNAT YÛKÛMLÛLÛĞÛNÛN TÛRK HUKUKUNDAKİ GELİŞİMİ

A. 1330 TARİHLİ MÛLGA ECNEBİLERİN HUKUK ve VEZAFİ HAKKINDA MUVAKKAT KANUNU’NDAKİ DÛZENLEME

Kapitûlasyonların 4 Eylül 1914 tarihinde Osmanlı Devleti’nce tek taraflı olarak kaldırılması üzerine ortaya çıkan boşluğu doldurmak ve yabancılar hakkında devletler hukuku kaidelerinin uygulanmasını sağlamak amacıyla⁸ 23 Şubat 1330 (1915) tarihli “Memaliki Osmaniyede Bulunan Tebaayı Ecnebiyenin Hukuk ve Vezaiifi Hakkında Muvakkat Kanunu” (EHVK)⁹ hazırlanmıştır.

Yabancılık unsuruna dayanan teminat yükümlülüğünü Türk hukukunda ilk kez düzenlemiş olan EHVK’nın 3’üncü maddesinde Şu düzenleme yer almaktadır: “Ticaret ve hukuk davalarında yabancılar Osmanlı mahkemelelerinin her çeŐit ve derecesine başvurarak, Osmanlı tebaasındakiler gibi haklarını dava edebilirler veya savunabilirler. Ancak Memaliki Osmaniye’de yeteri kadar mal sahibi olmayan yabancılar tarafından Osmanlılar aleyhine, davacı niteliğiyile açılacak veya katılınılacak davaların görülebilmesi için,

⁸ Berki, s. 404; Turhan, s. 857; Nomer, s. 66.

⁹ Düstur, Tertibi Sâni, Cilt 7, s. 458-459. Bu kanun 2675 sayılı MÖHUK’un 46. maddesi ile 1982 yılında yürürlükten kaldırılmıştır.

her şeyden önce dava giderleriyle zararlarına karşılık, mahkemece belirlenecek tutarda teminat parası veya kefalet verilmesi (gösterilmesi) zorunludur. Şu kadar ki, karşılıklı işlem şartıyla bu zorunluluk ortadan kalkabilir¹⁰.

Muvakkat kanun teminat gösterme yükümlülüğü konusunda “tâbiyet” ölçütünü kabul etmiştir. Buna göre, sadece yabancı sıfatına sahip olan gerçek veya tüzel kişinin bir Türk’e (Osmanlı’ya) karşı dava açması veya davaya katılması durumunda, bu yabancı kişi bakımından teminat gösterme yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Yabancılık vasfı davanın açıldığı zaman aranacaktı ve vatansızlar da Türk sayılmadıkları için, bunların da bir Türk’e karşı dava açmaları durumunda teminat göstermeleri gerekmektedir. Bu bağlamda sadece davalının Türk vatandaşı olması durumunda teminat gösterilecekti. Eğer davalı taraf Türk vatandaşlığına sahip değilse, davacı yabancıların teminat gösterme yükümlülüğü de bulunmamaktaydı¹¹. Ayrıca, m. 3’te düzenlenmiş olan teminat şartı hem davalı Türk tarafın zarar ve yargılama giderlerini, hem de Hazinenin yargılama giderlerini teminat altına almakta olduğu için hâkim tarafından re’sen gözetilmesi gerekecekti¹².

EHVK m. 3 iki durumda davacı veya davaya katılan teminat gösterme yükümlüsü yabancıyı, bu yükümlülükten muaf tutulmasını kabul etmiştir. Buna göre, davacı yabancıların Türkiye’de yeteri kadar malı olması durumunda kendisinin teminat gösterme yükümlülüğü bulunmamaktaydı. Zira, bir yabancıların ülke içinde yeteri kadar malının bulunması, onun Türkiye ile yeteri derecede ilişkisinin olduğunu göstermektedir ve aleyhine verilecek bir hüküm durumunda, davalının zararının ve yargılama giderlerinin bu mevcut olan mallardan karşılanabileceği kabul edilmiştir¹³. Yabancı davacının teminat göstermekten muaf tutulduğu diğer bir durum ise, karşılıklı işlemin

¹⁰ Bkz. **Yılmaz**, s. 383.

¹¹ **Berki**, s. 419-421; **Yılmaz**, s. 383 ve s. 394; **Turhan**, s. 857-858 ve s. 882.

¹² **Postacıoğlu**, İlhan: Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975, s. 338; **Yılmaz**, s. 400. Karşı görüşe göre ise, m. 3’deki teminat düzenlemesi kamu yararını değil, davalı Türk tarafın kişisel yararını korumaktadır. Bu sebeple de burada bir ilk itiraz söz konusuydu. **Berki**, s. 418-419; **Turhan**, s. 886-887 ve s. 891.

¹³ **Berki**, s. 421-422; **Turhan**, s. 882-883; **Yılmaz**, s. 404-405.

varlığıdır. Bu kapsamda anlaşmadan doğan veya kanuni ile fiili karşılıklı işlemlerden herhangi birinin varlığı yeterli kabul edilmiŐtir¹⁴.

B. 1086 SAYILI MÛLGA HUKUK USULÛ MUHAKEMELERİ KANUNU'NDAKİ DÛZENLEME

Hukukumuzda 1330 (1915) tarihli EHVK'nın ardından 1927 tarihli HUMK'un 96 vd. maddelerinde teminata ilişkin hÛkÛmlere yer verilmiŐtir¹⁵. HUMK madde 97/I'e gÛre; *“TÛrkiye'de Kanunu Medeni mucibince ikametgâhı olmayan mÛddei (davacı) veya davaya mÛdahale eden kimse diğer tarafın muhtemel zarar ve ziyaniyle masarifi muhakemesine mukabil 96'ncı madde mucibince teminat gÛstermeye mecburdur”*.

GÛrÛldÛğÛ gibi HUMK, EHVK madde 3'ten farklı olarak teminat yÛkÛmlÛlÛğÛnÛ davacının veya davaya katılanın TÛrkiye'de ikametgâhı olmaması Őartına bađlamıŐtır. HUMK'da, ikametgâh Medeni Kanuna gÛre tayin edilmekteydi (HUMK m.9/I). Eski Medeni Kanununun 19. maddesinin 1. fıkrasında *“Bir kimsenin ikametgâhı, yerleşmek niyetiyle oturduğu yerdir”* ifadesi yer almaktaydı¹⁶. 1.1.2002 tarihinde yÛrÛrlÛğe giren 4721 sayılı yeni Medeni Kanun ise, madde 19/1'de ikametgâh yerine *“yerleşim yeri”* ifadesine yer vermiŐtir. Buna gÛre *“Yerleşim yeri bir kimsenin sÛrekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir”*¹⁷.

¹⁴ **Berki**, s. 422; **Turhan**, s. 883-884; **Yılmaz**, s. 404.

¹⁵ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 450. maddesi ile 1086 sayılı HUMK 1.10.2011 tarihi itibariyle yÛrÛrlÛkten kaldırılmıştır.

¹⁶ Gerçek kişiler iÇin bağımsız ikametgâhın varlığından sÛz edebilmek iÇin sÛrekli veya uzun sÛreli oturma ile yerleŐme niyetinin bir arada bulunması gerekir. Kişinin bu isteği belirli bir sÛre iÇin de olsa hayatını o yerde geŐirmek olmalıdır. **Tunçomağ**, Kenan: *“İkametgâh”*, İÛHFM, C. 26, S. 4-5, Y. 1961, s. 153-184, s. 165-167. Aynı yÛnde, **GÛger**, Erdoğan: *“Devletler Hususi Hukuku YÛnÛnden İkametgah”*, AÛHFD, C. XXVI, 1969, S. 3-4, s. 237-252, s. 252; **Turhan**, s. 863-865; **Yılmaz**, s. 391-392.

¹⁷ Ayrıntılı bilgi iÇin bkz. **Ûzkan**, IŞıl: *Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İŞyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi*, Ankara 2003, s. 3-28 ve s. 65-81.

HUMK vatandaş-yabancı ayrımı yapmadan, davacı veya davaya katılanın Türkiye’de ikametgâhı olmaması kıstasından hareket ettiği için, Türk vatandaşları için de uygulama alanı bulmaktaydı. Zira, düzenlemenin amacı Türkiye ile sıkı ilişkileri bulunan davalının korunmasıydı. Bu sebeple Türkiye’de ikamet etmeyen bir Türk vatandaşı da, ülkede ikamet eden bir Türk vatandaşına veya yabancıya dava açacak veya davaya katılacak olması durumunda HUMK’da yer alan bu düzenlemeye istinaden teminat gösterme yükümlülüğü altında bulunacaktı¹⁸.

Ancak Yargıtay, Türkiye dışında oturan, çalışan veya eğitim gören Türk vatandaşlarının ikametgâhlarını, yürürlükten kalkan eski Nüfus Kanunu’nun 4. maddesinde yer alan adi karineye dayanarak, Türkiye’de kabul etmekteydi. Bu sayede, yurt dışında yaşasa dahi, Türk vatandaşlarından teminat alınmaması sağlanmak istenmiştir¹⁹. Oysa teminatın amacı, Türkiye ile yeteri derecede bağlılığı olmayanların açacakları davalarda, davalıyı muhtemel zararlara karşı korumak olduğundan bu uygulama eleştirilmiştir²⁰.

HUMK madde 97/II-son cümlesine göre “*Muahede (Anlaşma) hükümleri saklıdır*” denilerek, ikametgâhı Türkiye’de olmadığı için teminat gösterme yükümlülüğü altında bulunan davacı veya davaya katılanın, ikamet ettiği ülke ile Türkiye arasında, teminattan muafiyet sağlayan bir anlaşmanın olması durumunda, artık teminat gösterme yükümlülüğü ortadan kalka-

¹⁸ **Turhan**, s. 861, s. 862-863; **Yılmaz**, s. 391.

¹⁹ “*Türkiye’de kanuni ikametgâhı olmayan Türk vatandaşlarının açacakları davalarda teminat göstermeleri gerekir. Davacı (A) Almanya’da işçi olarak çalışmaktadır. İkametgâh yerleşmek niyetiyle oturulan yerdir. Bir kimsenin işçi olarak bir ülkede çalışması orayı ikametgâh edinmek istediğini kabul için başlı başına bir sebep sayılmaz. Davacının Almanya’da çalıştığı şehri ikametgâh olarak seçtiğini kabule yeterli ve elverişli deliller ileri sürülüp ispat olunmamıştır. O halde ikametgâhı Türkiye’de kayıtlı olduğu yerdir.*” Yar. 2. HD, 28.12.1972, E. 7198/ K. 7390 (RKD, S. 6-7-8, 1973, s. 257).

²⁰ **Turhan**, s. 864; **Yılmaz**, s. 392; **Çelikel/Erdem**, s. 580-581, dn. 56.

caktır²¹. Burada da EHVK m. 3'ten farklı olarak sadece akdi karşılıklılık kabul edilmiş olup, kanuni veya fiili karşılıklılığa yer verilmemiştir²².

Karşılıklılık konusunda dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise, teminattan muafiyet sağlayan anlaşmanın kapsamının ikametgâha ilişkin olmasıdır. Zira, eğer anlaşma yabancıya yabancı olması sebebiyle teminattan bir muafiyet öngörmüş ise, bu da ikametgâh esasına dayanan HUMK'daki düzenleme kapsamında bir muafiyet olduğu anlamına gelmeyecektir. HUMK m. 97, ikametgâh esasını kabul ettiğinden dolayı, yapılan anlaşmanın da ikametgâh açısından muafiyet sağlıyor olması gerekirdi. Yine uluslararası bir anlaşma ile sadece belirli konular hakkında teminattan muafiyet öngörülmüşse, bu diğer davalar açısından da bir karşılıklılığın olduğu anlamına gelmez²³.

HUMK m. 97'ye göre gösterilmesi gereken teminat ile, davacının veya davaya katılanın davasında haksız çıkması durumunda davalının uğraması muhtemel zararı ile yargılama giderlerinin karşılanması amaçlandığından²⁴, HUMK'da düzenlenen teminat, EHVK m. 3'den farklı olarak bir ilk itirazdı (HUMK m. 187/1). Bu durumda teminatın gösterilmesi davalı tarafın talebine bağlı olup (HUMK m. 98/I) hâkim tarafından re'sen dikkate alınamamaktaydı²⁵. Teminatın istenmesi üzerine davaya bakan hâkim teminat yükümlüsü olan tarafa, teminat göstermesi için uygun bir süre verecekti (HUMK m. 99) ve eğer hâkim tarafından tayin edilen süre içerisinde teminat gösterilmemiş olursa, yargılamada hazır bulunulmamış sayılacaktı (HUMK m. 99)²⁶.

Son olarak, HUMK m. 97 teminat gösterme yükümlülüğü bakımından sadece davacının veya davaya katılanın Türkiye dışında ikamet etmesini

²¹ Turhan, s. 866-867.

²² Çelikel/Erdem, 9. Bası, s. 553; Kuru, s. 4189; Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: Medenî Usul Hukuku, 21. Baskı, Ankara 2010, s. 599.

²³ Turhan, s. 866-868; Yılmaz, s. 403.

²⁴ Yılmaz, s. 395.

²⁵ Turhan, s. 874; Yılmaz, s. 398; Çelikel/Erdem, 9. Bası, s. 554.

²⁶ Turhan, s. 875, 899; Yılmaz, s. 399, 401.

aramıştır. Oysa yukarıda açıklandığı üzere, EHVK m. 3 davacı veya davaya katılanın yabancı olmasını ve ayrıca davalının da Türk vatandaşı olmasını aramıştır. HUMK'da yer alan düzenlemede davalıya ilişkin herhangi bir şart yer almamaktaydı. Bu sebeple davacı taraf Türkiye'de ikamet etmiyor ve anlaşmaya dayanan bir karşılıklılık da söz konusu değilse; davalı ister Türk vatandaşı olsun, ister yabancı veya ister Türkiye'de ikamet etsin isterse yurt dışında, davacı yine de teminat gösterme yükümlülüğü altında bulunmaktaydı²⁷.

C. 2675 SAYILI MÜLGA MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK ve USUL HUKUKU HAKKINDA KANUN'DAKİ DÜZENLEME

1982 tarihli 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununda teminata ilişkin düzenleme 32'nci maddede yer almaktaydı. 32'nci maddenin birinci fıkrasına göre, “*Türk mahkemesinde dava açan, davaya katılan veya icra takibinde bulunan yabancı gerçek veya tüzel kişiler, yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermek zorundadır*”.

Görüldüğü gibi 2675 sayılı MÖHUK, HUMK'dan farklı olarak ikamet-gâh (yerleşim yeri) kıstasını değil, “yabancı” olma kıstasını esas almıştır. Yine MÖHUK, yürürlükten kaldırılan 1330 tarihli EHVK'dan da farklı olarak, davalı veya aleyhine takip yapılan kişinin Türk vatandaşı olması şartını da aramamış olup, davacı veya icra takibinde bulunanın yabancı olmasını, teminat gösterme yükümlülüğü açısından yeterli saymıştır²⁸.

32'nci maddede her ne kadar yargılama ve takip giderleri ile karşı tarafın zarar ve ziyanı denmiş ise de, bu kapsama HUMK m. 97'den farklı olarak, mahkemenin (hazinenin) yargılama giderleri de dâhil edilmekteydi. Bu sebeple MÖHUK'da düzenlenen teminat, kapsam olarak hazinenin de menfaatini koruması itibariyle, HUMK'da düzenlenen teminata karşın daha

²⁷ **Yılmaz**, s. 395; **Altuğ**, s. 188. Aksi fikirde **Turhan**, s. 871-872.

²⁸ **Altuğ**, s. 182-183; **Nomer**, Ergin/**Şanlı**, Cemal: Devletler Hususî Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2005, s. 426; **Çelikel/Erdem**, 8. Bası, s. 542.

geniŐ ve mutlak nitelikteydi²⁹. 32'nci maddenin kamu dÛzeni hÛkmÛ niteliğinden dolayı, yine HUMK'daki dÛzenlenen teminat şartından farklı olarak bir ilk itiraz değil, hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gereken bir şart hâline getirmekteydi. Bu durumda dava ačan, davaya katılan veya icra takibinde bulunan bir yabancı ise, teminat yatırma şartının yerine getirilmiŐ olması hâlinde davaya devam edilecekti³⁰.

MÖHUK madde 32/II'de öngörÛlen hÛkme göre, "Mahkeme, dava veya takibin niteliğine ve duruma göre davacıyı, davaya katılanı veya takip isteğinde bulunanı karşılıklılık esasına göre teminat göstermekten muaf tutabilir". Böylece, HUMK'da olduğu gibi, karşılıklılık şartının gerçekteşmesi durumunda, davacı, davaya katılan veya icra takibinde bulunan yabancınn teminat gösterme yükümlülüğü ortadan kalkmaktaydı. Ancak HUMK'daki dÛzenlemeden farklı olarak, m. 32/II'ye göre sadece sözleşme değil; fiilî ve kanunî karşılıklılığın bulunması hâlinde de yabancılar teminat gösterme yükümlülüğünden muaf tutulmaktaydı. Buna göre, yabancınn vatandaş olduğu Ûlkede Türk vatandaşları için aynı tür işlemlerde teminat muafiyeti tanındığı ispat edilirse, ilgili yabancı Türkiye'de dava açması veya icra takibinde bulunması durumunda teminat göstermekten muaf tutulabilecekti³¹.

²⁹ Yar. 11. HD. 11.10.1988, E. 1988/2749, K. 1988/5770 (Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi, Y. 1990, C. 12, S. 3, Mart 1990, s. 422-424). **Altuğ**, s. 184; **Ruhi**, Ahmet Cemal: Boşanma ile İlgili Yabancı Mahkeme İlamlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2003, s. 168 ve dn. 30.

³⁰ **Altuğ**, s. 184-185; **Nomer/Őanlı**, s. 427-428 ve dn. 220, 221; **Çelikel/Erdem**, 8. Bası, s. 544. "2675 sayılı MÖHUK'da emredici bir şekilde dÛzenlenmiŐ olan 32. maddesi hÛkmüne göre, Türk mahkemesinde dava ačan yabancı gerçek veya tüzel kişiler, yargılama ve takip giderleriyle, karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermek zorundadırlar; meğerki davacı karşılıklılık esasına göre, teminattan muaf tutulabilsin. Bu durumda mahkemece bu dÛzenlemenin emredici nitelikte yapılmıŐ olmasına ve ayrıca kamu dÛzeni ile ilgisi de dikkate alınarak HUMK'un 98. maddesindeki dÛzenlemenin aksine, öncelikle ve re'sen gözetilerek ..." Yar. 11. HD, 1.12.1987 (YKD 4/1988, s. 508-510). Aynı yönde, Yar. 13. HD, 22.3.1984 (YHD, 9/1985, s. 1315); Yar. 13. HD, 1.12.1988 (YHD, 4/1989, s. 527).

³¹ **Altuğ**, s. 194; **Nomer/Şanlı**, s. 428-430; **Çelikel/Erdem**, 8. Bası, s. 545-547.

III. YÜRÜRLÜKTE BULUNAN DÜZENLEMELERE GÖRE TEMİNAT GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. GENEL OLARAK

Yürürlükte olan mevzuatımız bakımından, yabancılık unsuru içeren davalarda teminat gösterme yükümlülüğünü düzenleyen hükümleri ihtiva eden ve inceleyeceğimiz iki ayrı kanun mevcuttur. Bunlardan ilki, 2011 yılında yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunudur³². HMK'nın 84'üncü ile 89'uncu maddesi arasında düzenlenmiş olan teminat gösterme yükümlülüğü, yukarıda incelemiş olduğumuz ve HMK'nın 450'nci maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olan 1086 sayılı HUMK'daki düzenlemeden önemli farklılıklar taşımaktadır.

Yabancılık unsuru içeren ihtilaflara ilişkin teminat gösterme yükümlülüğünü düzenleyen ikinci kanun ise 2007 yılında yürürlüğe giren 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 48'inci maddesinde yer alan hükümdür. 48'inci maddede yer alan hüküm, yukarıda açıkladığımız mülga 2675 sayılı MÖHUK'un 32'nci maddesi ile paralellik arz etmektedir.

B. TEMİNAT GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN AMACI

Teminat gösterme yükümlülüğüne ilişkin kanun hükümleri ile her ne kadar davacı tarafın durumu güçlendirilmekteyse de, özellikle davalı konumunda olan karşı tarafın davayı kazanması hâlinde davacıya karşı yargılama giderleri ile duruma göre muhtemel zarar ve ziyanını talep ve icra edebilme konusunda karşılaşacağı zorluklar dikkate alınmıştır. Zira, davacı tarafın yurt dışında yaşaması ve Türkiye ile bağlarının olmaması veya zayıf olması nedeniyle ileride ortaya çıkabilecek bu güçlüklerin önüne geçilmesi ve bu sebeple de bu giderlerin önceden talep edilerek güvence altına alınması amaçlanmıştır³³.

³² RG. 04.02.2011 - 27836

³³ Nomer, s. 474; Çelikel/Erdem, s. 580.

HMK m. 84'e göre, "...davalı tarafın muhtemel yargılama giderlerini karşılayacak uygun bir teminat gösterilir". Buna göre Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşının dava açması, davaya müdahil olarak katılması veya icra takibinde bulunması hallerinde gösterilecek olan teminat ile sağlanan yarar, dava sonunda davalı tarafın uğrayabileceği muhtemel yargılama ve takip giderleri ile sınırlı zararların karşılanmasından ibarettir. Buna karşın mlga HUMK m. 97'den farklı olarak karşı (davalı) tarafın dava veya takip nedeniyle uğrayabileceği muhtemel zararlar için teminat gösterilmesi istenemeyecektir³⁴. HMK'da düzenlenen teminatın kapsamının eski dzenlemeye nazaran neden daraltıldığı madde gerekçesinde Őöyle ifade edilmektedir, "...içeriğinin tümüyle belirsizlik arz etmesi sebebiyle, bu güne kadar hiç uygulama alanı bulmamıŐ olması hususu da dikkate alınarak, temin edilmesi gerekenler arasına, karşı tarafın dava veya takip nedeniyle uğrayabileceği muhtemel zararlar dâhil edilmemiŐtir".

MÖHUK madde 48'de yer alan dzenlemeye göre ise, "...yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere" teminat gösterilir. HMK'daki dzenlemeden farklı olarak daha geniş bir kapsama sahip olan MÖHUK'da yer alan bu teminat gösterme yükümlülüğü ile sadece karşı (davalı) tarafın uğrayabileceği muhtemel yargılama ve takip giderleri değil, aynı zamanda muhtemel zarar ve ziyanları da karşılanması amaçlanmıştır. Ayrıca m. 48 ile güvence altına alınan sadece davalı tarafın değil aynı zamanda mahkemenin (hazinenin) de uğrayacağı muhtemel zararlardır³⁵.

C. TEMİNAT GÖSTERME YKMLLęNŐN ŞARTLARI

Türkiye'de dava açan, davaya katılan veya takip yapan kişilerin teminat gstermesi için bazı Şartların bulunması gerekir ki, bu kişilerden teminat göstermeleri talep edilebilsin. Bu Şartlar HMK m. 84 vd. ile MÖHUK m. 48'de farklı düzenlenmiştir. Bu sebeple de teminat göstermenin Őartlarını her iki kanuna göre ayrı ayrı incelememiz gerekecektir.

³⁴ Pekcanitez/Atalay/zekes, s. 344.

³⁵ Nomer, s. 474; elikel/Erdem, s. 583-584.

1. Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre

HMK madde 84/1-a hükmüne göre, “Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşının dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması” durumunda teminat göstermesi gerekeceği düzenlenmiştir. Böylece yeni HMK ile teminat konusu sadece Türkiye’de “mutad meskeni olmayan Türk vatandaşları” açısından düzenlenmiştir³⁶. Oysa mülga HUMK m. 97’de yer alan hüküm teminat gösterme konusunda davacının Türk vatandaşı veya yabancı olmasını dikkate almayıp, sadece Türkiye’de ikametgâhının olmaması kıstasından hareket etmekteydi. Yine HMK’ya göre, davacının vatandaşlığı ve mutad meskeni dışında, davalının vatandaşlığı veya mutad meskeni teminat konusunda bir öneme sahip değildir³⁷.

³⁶ Türkiye Cumhuriyeti Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan kişi Türk vatandaşdır (Vatandaşlık Kanunu m. 3/1-ç, Anayasa m. 66/1). Maddede, teminat konusu sadece Türk vatandaşları açısından düzenlenmiştir. Çünkü yabancıların, Türkiye’de dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması durumunda, teminat gösterilmesi ile ilgili olarak MÖHUK m. 48 uygulama alanı bulacaktır. Bunun gibi maddede belirtilen mutad mesken ve vatandaşlık kavramları sadece gerçek kişiler için söz konusu olup, tüzel kişiler açısından kuruluş belgelerinde (statülerinde) gösterilen merkezleri dikkate alınır. Bu bakımdan da tüzel kişinin merkezi Türkiye’de ise o tüzel kişi Türk tâbiyetindedir; merkezi yurt dışında ise yabancı bir tüzel kişiden bahsedilir. Yabancı bir tüzel kişi Türkiye’de dava açar veya takip yaparsa HMK’ya göre değil, MÖHUK m. 48’de yer alan düzenleme gereğince teminat göstermesi gerekebilecektir. Bkz. 84. madde gerekçesi; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 343. Ayrıca ticaret şirketlerinin tâbiyetinin belirlenmesi konusunda merkez yeri sistemi ve bu bağlamda idare merkezinin esas alınacağına ilişkin açıklamalar için bkz. **Arat**, Tuğrul: Ticaret Şirketlerinin Tâbiyeti, Ankara 1970, s. 82-87 ve s. 129.

³⁷ **Yılmaz**, s. 391. Turhan’a göre ise, HMK m. 84/1-a’da yer alan hükmün (mülga HUMK m. 97) amacı, hayatını Türkiye’de idame ettiren ve ekonomik bakımdan da ülkeye bağlı olan davalıyı, Türkiye ile bir bağı olmayan davacının vereceği muhtemel zararlara karşı korumaktır. Buna karşın davalının da Türkiye ile bir bağı yoksa yani mutad meskeni Türkiye’de değilse, bu amaç kapsamında menfaati korunacak kimse olmadığından teminata da gerek yoktur. Bunun için lehine teminat gösterilecek olan davalının da mutad meskeninin dikkate alınması gerekeceğini ifade etmiştir. **Turhan**, s. 871-872.

HMK’da teminat yatırma ölçütü olarak “mutad mesken” kavramı esas alınmış olmakla beraber bu kavramın açık bir tanımı yapılmamıştır. Mutad mesken (gewöhnlicher Aufenthalt) kavramına bazı kanunlarda ve milletlerarası sözleşmelerde yer verilmiştir. Olağan oturma yeri olarak da ifade edilen mutad mesken kavramı, geçici bir oturma yerini değil, devamlılık gösteren ve kişinin hayat ilişkilerinin ağırlık merkezinin bulunduğu yer şeklinde tanımlanabilir³⁸. Mutad mesken kavramında gerçek ve fiili duruma uygunluk ile devamlılık arandığı için, “yerleşim yeri” kavramına nazaran farklı yorumlanmaya da elverişli değildir. Ayrıca kural olarak kişinin sadece bir tane mutad meskeni olabilir³⁹. Buna karşın “yerleşim yeri” kavramı ülkeden ülkeye değişmekte ve hatta aynı ülkede bile usul hukuku, kambiyo ve vergi mevzuatında farklı yerleşim yeri kavramları kullanılmaktadır. Yine bazı hukuklarda kişinin birden fazla yerleşim yerinin bulunması mümkündür⁴⁰.

Mutad mesken kavramında, sadece “mesken” kavramından farklı olarak bir devamlılığın aranmış olması, onu subjektif unsurlardan temizlemekte, maddî ilişki unsurlarına ağırlık kazandıran, daha zor değiştirilebilen bir kavram oluşturmaktadır. Bir yerin kişinin hayat ilişkilerinin ağırlık merkezini oluşturması için, kişinin aile, dost ve mesleki ilişkileri ile gerçekleşmiş bir sosyal bütünleşmenin söz konusu olması gerekir. Bunun belirlenmesinde de hem oturmanın devamlılığı hem de oturma niyeti önem taşır. Ancak, oturma süresinin ne kadar olması gerektiği ve bu bağlamda bir oturmanın ne zaman “mutad” olarak nitelendirilebileceği konusunda bir kesin süreden bahsetmek mümkün değildir⁴¹. Kişinin belli bir ülkede çalışma-

³⁸ **Nomer**, s. 118; **Özkan**, s. 82-83; **Tekinalp**, Gülören/Çavuşoğlu, Ayfer Uyanık: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 11. Bası, İstanbul 2011, s. 67-68 ve dn. 5; **Çelikel/Erdem**, s. 188; **Hoffmann**, Bernd von/**Thorn**, Karsten/**Firsching**, Karl: Internationales Privatrecht, 9. Auflage, München 2007, § 5, Kn. 73; **Schütze**, Rolf A.: Das Internationale Zivilprozessrecht in der ZPO, Berlin 2008, § 110, Kn. 35.

³⁹ **Tekinalp/Çavuşoğlu**, s. 68; Karş. **Özkan**, s. 35.

⁴⁰ **Tekinalp/Çavuşoğlu**, s. 67.

⁴¹ **Nomer**, s. 118; **Hoffmann/Thorn/Firsching**, § 5, Kn. 76; **Musielak**, Hans Joachim/**Foerste**, Ulrich: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 8. Auflage, München 2011, § 110, Kn. 3; **Giebel**, Martin: Münchener Kommentar zur

çak iş ve oturacak ev bulmuş olması durumunda, bu kişinin bu ülkeye kalmak niyetiyle giriş yapmış olması ile de artık bu ülke onun “mutad meskeni” olmaya başlayacaktır⁴². Bunun gibi misafir işçi olarak yurt dışına gidip, gittikleri ülkeye legal (hukuka uygun) giriş yapmış⁴³ ve uzun süreli bir çalışma ve oturma iznine sahip olma ihtimali bulunan kişiler için de gittikleri ülke artık onların “mutad meskeni” olarak kabul edilebilecektir⁴⁴.

HMK'nın 84/1-a maddesinde yer alan “Türkiye’de mutad meskeninin olmaması” kavramı ile kast edilen de, Türkiye’de dava açan davacı, davaya müdahil olarak katılan veya icra takibi yapmak isteyen Türk vatandaşının fiilen oturduğu yerin Türkiye’de olmaması, yani hayat ilişkilerinin ağırlıklı merkezinin yurt dışında olmasıdır. Zaten maddenin amacı, mutad meskeni yurt dışında bulunan ve bu sebeple Türkiye ile bağları zayıf olan veya hiç olmayan davacı Türk vatandaşının, açmış olduğu dava veya giriştiği takipte haksız çıkması durumunda oluşacak yargılama giderlerinin önceden talep edilerek garanti altına alınması ve bu şekilde haklı çıkacak olan davalı taraf açısından bir mağduriyetin önlenmesidir⁴⁵.

Zivilprozessordnung, Band 1, 3. Auflage, München 2008 (MünchKomm/Giebel), § 110, Kn. 9.

⁴² **Hoffmann/Thorn/Firsching**, § 5, Kn. 77; **Musielak/Foerste**, § 110, Kn. 3; Aynı yönde, **Özkan**, s. 35-36.

⁴³ Hukuka uygun olmayan şekilde bir ülkeye giriş yapıp orada bulunan kişilerin, uzun süreli veya sürekli o ülkede oturmaları mümkün olmayacağından mutad mesken den bahsetmek de mümkün değildir. Bunun gibi siyasi sığınma talebinde bulunanların da sığınma talebi (davası) görülürken, sığınma hakkı elde edemeyecekleri belli olmadığı için, bu kişilerin de sığınma talebi ile buldukları ülkeyi mutad meskenleri saymak mümkün değildir. **Schütze**, § 110, Kn. 35. Karş. **Musielak/Foerste**, § 110, Kn. 3.

⁴⁴ **Musielak/Foerste**, § 110, Kn. 3. “Mutad meskenin özellikleri, göçmen işçi kabul eden Batı Avrupa ülkelerinin bu kriteri kabul etmelerinde etken olmuştur”: **Çelikel/Erdem**, s. 188.

⁴⁵ Bu açıdan HMK m. 84’de yer alan hüküm, mülga HUMK m. 97’de aranan “davacının ikametgâhının yurt dışında bulunması” kriterine nazaran daha gerçekçi ve amaca uygun bir düzenlemedir. Zira, ikametgâhı Türkiye’de gözükmekle beraber Türkiye ile hiçbir bağı bulunmayan kişilerin açtıkları davayı kaybetmeleri duru-

Ancak kanımızca, 84'üncü maddenin gerekçesine bakıldığında, teminat gösterme yükümlülüğünün amacı ile çelişen ve mutad mesken kavramının sonucuna uymayan bir durum ortaya çıkmaktadır. Zira madde gerekçesine göre, "1086 sayılı Kanunda yer alan düzenlemeden farklı olarak, Türk vatandaşları açısından, "Türkiye'de yerleşim yeri bulunmama" ölçütü yerine yabancı ülkede yerleşim yeri olan Türk vatandaşlarını, salt bu nedenle Türkiye'de dava açmaları veya takip yapmaları hâlinde teminat gösterme zorunluluğundan kurtarmak amacıyla, tüm hayat ilişkilerinin belirli bir coğrafi alanda yoğunlaşması biçiminde tanımlanan, mutad mesken kavramı ölçütü getirilmiştir. Bu suretle, onların, istisnaen teminat gösterme zorunluluğu ile karşı karşıya kalmaları amaçlanmıştır"⁴⁶.

Görüldüğü üzere, kanun koyucu bu ifade ile yurt dışında yerleşim yeri olan Türk vatandaşlarının çoğunun hayat ilişkilerinin merkezini Türkiye'de olduğu varsayımından hareket etmiş ve yurt dışında yerleşik Türk vatandaşlarının teminat gösterme yükümlülüğünün bir istisnai durumu ifade ettiğini belirtmiştir. Oysa yurt dışında yerleşik vatandaşlarımızın çoğu, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, hayat ilişkilerinin ağırlıklı merkezini yerleştikleri yabancı ülkede çalışarak, oturarak ve aile ilişkilerini oralarda kurup belirli bir sosyal bütünleşme sağlayarak yerleşik oldukları bu ülkelerde oluşturmuşlardır. Bu sebeple de yaşadıkları ülkeler onların sadece yerleşim yerleri değil, aynı zamanda da mutad meskenlerini oluşturmaktadır.

Sonuç olarak, uzun süredir yurt dışında yaşayan ve muhtemelen de yurt dışında yaşamaya devam edecek vatandaşlarımızın mutad meskenlerinin de, iş ve aile ilişkilerinden oluşan sosyal bağlarını kurdukları yurt dışında oturdukları yerleri kabul etmek 84'üncü maddenin konuluş amacına daha uygun olacaktır. Zira, ailesi ile birlikte yurt dışında yaşayıp çalışan ve sadece tatil yapmak amacıyla Türkiye'ye gelen ve nispeten kısa süre burada kalan Türk vatandaşlarının mutad meskeni, hayat ilişkilerinin merkezi olan oturdukları ülkelerdir, tatil yaptıkları Türkiye değil. Ayrıca teminat gösterme yükümlü-

munda, doğacak olan yargılama giderlerinin tahsili konusunda ciddi bir tehlike söz konusuydu. Çelikel/Erdem, s. 579-580.

⁴⁶ Aynı yönde, Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 344.

lüğün amacı da, Türkiye ile yeteri derecede bağılılığı olmayan kişilerin Türkiye’de açacakları davalarda, muhtemel zararlara karşı davalı tarafı korumaktır⁴⁷. Bu sebeple yurt dışında yerleşik Türk vatandaşlarından Türkiye’de açacakları davalarda teminat gösterme yükümlülüklerini istisna olarak değerlendirmek yerine, teminat göstermemelerini istisna olarak değerlendirmenin daha isabetli ve amaca uygun olacağı düşüncesindeyiz.

Kişinin mutad meskeni onun fiilen ve sürekli olarak oturduğu yer olarak kabul edilip hukukî bir kavram olmaktan ziyade sadece bir vaktadan ibaret olduğu görüşü benimsenmiş olduğundan⁴⁸, mutad meskenin belirli maddî delillerle ispat edilebilmesi özelliği söz konusudur. Bu husustaki fiilî vakıaların ispatı takdire bağılı olmakla beraber, fiilen bir ülkede sürekli olarak oturan kişinin, o ülke ile yakınlığı olduğu muhakkaktır ve o ülke onun mutad meskenini oluşturacaktır⁴⁹. Kanımızca, yurt dışında yaşayan ve Türkiye’de dava açan Türk vatandaşının mutad meskeninin belirlenmesinde yurt dışında sahip olduğu oturma izninin (ikamet tezkeresinin) ve çalışma izninin (Aufenthalts- und Arbeitsgenehmigung) süresine bakılarak karar verilmesi pratik bir çözüm oluşturacaktır. Söz konusu izinleri süreli ise mutad meskeni Türkiye’de kabul edilebilecek ve teminat göstermeleri gerekmeyecektir. Buna karşın söz konusu izinler uzun süreli veya süresiz ise mutad meskenleri oturdukları ülke kabul edilerek HMK m. 84 kapsamında teminat gösterme yükümlülükleri doğacaktır⁵⁰.

Madde 84/1-a’da yer alan “davaya müdahil olarak katılan” ile kast edilen ise, davacının yanında davaya katılan, davacının yardımcısı konumunda bulunan ve davada taraf olmayan fer’i müdahildir⁵¹. Fer’i müdahale ayrı ve müstakil bir davanın açılması ile değil, müdahale talebinin mahkeme

⁴⁷ Mülga HUMK’da yer alan “ikametgâh” şartı bakımından bu yöndeki eleştiri için bkz. **Çelikel/Erdem**, s. 581, dn. 56.

⁴⁸ **Nomer**, s. 117; **Özkan**, s. 82; **Çelikel/Erdem**, s. 188.

⁴⁹ **Çelikel/Erdem**, s. 188.

⁵⁰ Aynı yönde bkz. **Musielak/Foerste**, § 110, Kn. 3.

⁵¹ Fer’i müdahale hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Pekcanitez**, Hakan: Medenî Usul Hukukunda Fer’i Müdahale, Ankara 1992.

tarafından kabul edilmesi durumunda işlerlik kazanacaktır. Bu durumda davalının değil sadece davacının yanında fer'i müdahil olarak davaya katılan ve mutad meskeni Türkiye'de bulunmayan Türk vatandaşı da teminat göstermek ile yükümlü olacaktır. Fer'i müdahilin göstermesi gereken bu teminatın tutarı, sadece fer'i müdahale giderleri ile sınırlı olacaktır⁵².

Aslî müdahale de ise, aslî müdahil zaten taraf konumunda olduğu için "davaya müdahil olarak katılan" kavramının kapsamında yer almamaktadır. Zira aslî müdahalede⁵³, görülmekte olan bir davanın konusunu oluşturan şey üzerinde kısmen veya tamamen bir üstün hak iddiasında bulunan üçüncü kişinin, bu davanın her iki tarafına karşı yeni müstakil bir dava açması söz konusudur. Böylece aslî müdahaleden bahsedebilmek için iki ayrı dava olmalıdır. Dolayısıyla aslî müdahil açtığı davada, davacı taraf konumundadır ve bunun sonucunda da davacı sıfatından dolayı, mutad meskeni Türkiye'de bulunmuyorsa açtığı davada teminat göstermek ile yükümlü olacaktır⁵⁴.

84'üncü maddenin üçüncü fıkrasına göre, mecburi dava ve takip arkadaşlığında teminat göstermeyi gerektiren durumun dava ve takip arkadaşlarının tamamının şahsında gerçekleşmesi durumunda teminat gösterme yükümlülüğünün doğacağı hüküm altına alınmıştır. Çünkü dava ve takip arkadaşları tek bir (davacı) tarafı oluşturmaktadırlar⁵⁵.

2. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanuna Göre

MÖHUK madde 48/2'ye 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 zorundadır*". Böylece HMK m. 84'den farklı olarak MÖHUK'ta teminat gösterme yükümlülüğü

⁵² Bkz. 84'üncü madde gerekçesi; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 344.

⁵³ Aslî müdahale hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özekes, Muhammet: Medenî Usûl Hukukunda Aslî Müdahale, İstanbul 1995.

⁵⁴ Bkz. 84'üncü madde gerekçesi; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 344.

⁵⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 345.

konusunda “yabancılık” ölçütü esas alınmıştır⁵⁶. Buna karşın davalının veya kendisine karşı takibe girişilen karşı tarafın vatandaşlığı, bu madde kapsamında da bir öneme sahip değildir⁵⁷. Bunun gibi karşı (davalı) tarafın yerleşim yerinin veya mutad meskeninin de Türkiye’de veya yurt dışında olmasının bir etkisi yoktur. MÖHUK m. 48 kapsamında teminat gösterme yükümlülüğü sadece davacının, müdahilin veya takip yapanın “yabancılık” sıfatına bağlanmıştır⁵⁸.

MÖHUK madde 48’de düzenlenen teminat gösterme yükümlülüğünde “yabancılık” ölçütünün esas alınmış olması sebebiyle, kimlerin yabancılık sıfatına sahip olduğunun belirlenmesi gerekir. Kişinin yabancılık sıfatı belirlenirken onun gerçek veya tüzel kişi olup olmadığına bakmak gerekecektir. Zira m. 48 sadece yabancı gerçek kişiler için değil, yabancı tüzel kişiler için de teminat gösterme yükümlülüğünü ön görmüştür. Buna göre gerçek kişiler açısından yabancılık, bulunduğu ülkenin vatandaşı olmayan kişi olarak ifade edilmektedir. Bu durumda Türk vatandaşlığına sahip olmayan kişiler⁵⁹ Türkiye açısından yabancıdırlar⁶⁰. Bu kavram, yabancı bir devletin vatandaşı olanları kapsadığı gibi, hiçbir devlet vatandaşlığına sahip olmayan vatansızları, mültecileri, göçmenler, sığınmacılar ve Türk vatandaşlığı haricinde birden fazla yabancı vatandaşlığa sahip olan kişileri de kapsamaktadır⁶¹. Buna karşın bir Türk vatandaşı, Türk vatandaşlığı yanında yabancı bir devlet

⁵⁶ 2675 sayılı mülga MÖHUK m. 32 ile yine mülga 1330 tarihli EHVK m. 3’de de teminat gösterme yükümlülüğü “yabancı” davacılar için aranmaktaydı.

⁵⁷ Oysa mülga 1330 tarihli EHVK m. 3’de sadece davalının Türk vatandaşı olması durumunda teminat gösterilmesi gerekmekteydi. Eğer davalı taraf Türk vatandaşlığına sahip değilse, davacı yabancıların teminat gösterme yükümlülüğü de bulunmaktaydı. Ayrıca bkz. yukarıda II., A. numaralı başlık altındaki açıklamalar.

⁵⁸ **Nomer**, s. 473; **Çelikel/Erdem**, s. 583; **Doğan**, s. 92.

⁵⁹ Türkiye Cumhuriyeti Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan kişi Türk vatandaşıdır (Vatandaşlık Kanunu m. 3/1-ç, Anayasa m. 66/I).

⁶⁰ **Çelikel**, Aysel/**Gelgel**, Günseli Öztekin: Yabancılar Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2010, s. 17-18; **Tekinalp**, Gülören: Türk Yabancılar Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2003, s. 6; **Ekşi**, Nuray: Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, 3. Bası, İstanbul 2011, s. 1.

⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Çelikel/Gelgel**, s. 18-26; **Ekşi**, s. 1-5.

vatandaşlığına da sahip olsa (çifte veya çok vatandaşlık durumunda), m. 48 kapsamında teminat gösterme yükümlülüğü bulunmayacaktır. Zira birden fazla vatandaşlığa sahip olan kişinin sadece Türk vatandaşlığı esas alınır (MÖHUK m. 4/1-b)⁶².

Tüzel kişiler bakımından ise yabancılık sıfatı, statülerindeki idare merkezine göre belirlenecektir. Buna göre idare merkezi Türkiye dışında bir ülkede olan tüzel kişiler “yabancı” sayılacaklardır ve teminat göstermekle yükümlü olacaklardır. Bunlar gibi tüzel kişiliğe sahip olmayan fakat davada taraf olma ve dava ehliyetine sahip olan yabancı kişi veya mal toplulukları da teminat göstermek ile yükümlü olacaklardır⁶³.

D. TEMİNATIN GÖSTERİLME ZAMANI ve GÖSTERİLMEMESİNİN SONUÇLARI

Mülga HUMK’dan farklı olarak⁶⁴ HMK madde 114/1-ğ’ye göre teminat gösterme yükümlülüğü bir ilk itiraz değil, “dava şartı”dır. Buna göre, davacı veya davaya katılan veya takip yapan bakımından yargılama giderlerini karşılamak üzere teminat yatırılmasına gerek olup olmadığına hâkim re’sen karar verecektir. Hâkim, teminat gösterilmesine ilişkin kararı vermeden önce sağlıklı ve doğru bir değerlendirme yapabilmek için tarafları veya müdahale talebinde bulunan kişiyi dinleyebilir (m. 86)⁶⁵. Bunun gibi, dava devam ederken teminatı gerektiren durum veya koşulların ortaya çıkması hâlinde de hâkim, teminat gösterilmesine re’sen veya talep üzerine karar verebilir (m. 84/2). Bu duruma örnek, davacının dava sırasında yurt

⁶² Nomer, s. 474; Ekşi, s. 4-5; Doğan, s. 92

⁶³ Nomer, s. 474. Ayrıca bkz. Arat, s. 82-86; Çelikel/Gelgel, s. 26-29.

⁶⁴ Mülga HUMK m. 98’e göre teminat davalı tarafça ileri sürülmeliydi. Yine HUMK m. 187/I’de, Türkiye’de ikametgâhı bulunmayanlardan istenecek teminata ilişkin talep ilk itirazlardan sayılmış olup hâkim tarafından re’sen dikkate alınmazdı. Teminat talebi esasa cevap süresi içinde ileri sürülmeliydi. Turhan, s. 874-875; Yılmaz, s. 398; Altuğ, s. 192-193; Çelikel/Erdem, 9. Bası, s. 554.

⁶⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 345-346; Çelikel/Erdem, s. 581-582. Bkz. 86. madde gerekçesi.

dışına yerleşmesi ve Türkiye’de mutad meskeninin kalmamış olması veya Türk vatandaşlığını kaybetmesi gösterilebilir⁶⁶.

HMK’da olduğu gibi MÖHUK’un 48’inci maddesine göre teminat gösterilmesi gereken durumlarda da hâkimin re’sen teminat gösterilmesi hususunu dikkate alması gerektiği kabul edilmektedir⁶⁷. Zira yukarıda da belirttiğimiz gibi, 48’inci madde de düzenlenen teminat yükümlülüğü ile sadece davalı tarafın muhtemel yargılama giderleri güvence altına alınmayıp, mahkemenin (hazinenin) de uğrayacağı muhtemel zararları karşılama amacı güdülmektedir⁶⁸.

Hem HMK’da düzenlenen teminat yükümlülüğü hem de kıyasen MÖHUK’da düzenlenmiş olan teminat yükümlülüğü bakımından, mahkeme tarafından teminat yükümlüsü davacı, müdahil veya takipte bulunan tarafa teminat göstermesi için uygun bir süre verilir. Verilecek olan bu süre “kesin süre” niteliğinde olup, bu süre içerisinde teminat gösterilmezse dava, dava şartı eksikliğinin tamamlanmamış olması sebebiyle usulden reddedilir (m.

⁶⁶ **Pekcanitez/Özekes/Atalay**, s. 345. Aynı yönde mülga HUMK m. 97/II’de yer alan düzenleme.

⁶⁷ **Nomer**, s. 474; **Çelikel/Erdem**, s. 585; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 346. Yar. 19. HD, 01.04.2010, E. 2009/6088, K. 2010/3767 (**Eksi**, Nuray: 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a İlişkin Yargıtay Kararları, İstanbul 2010, s. 57-58). 2675 sayılı mülga MÖHUK’un konuyu düzenleyen 32. maddesine göre de teminatın hâkim tarafından re’sen dikkate alınacağına ilişkin kararlar için bkz. Yar. 11. HD, 1.12.1987 (YKD 4/1988, s. 508-510); Yar. 13. HD, 22.3.1984 (**Çelikel**, Aysel/ **Nomer**, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, Örnek Olaylar-Mahkeme Kararları, 6. Bası, İstanbul 1997).

⁶⁸ **Çelikel/Erdem**, s. 585. “*Yabancı davacının teminat yükümlülüğü, mahkemenin re’sen nazara alması gereken hususlardandır. HUMK’a göre, yatırılması gereken teminat ilk itiraz olarak davanın esasına girmeden ileri sürülmek gerektiği halde, yabancılık esasına dayanan teminatın re’sen nazara alınması gereken bir husus olduğu kabul edilmektedir. Zira, yabancılık esasına dayalı teminat, yalnız davalının değil mahkemenin maruz kalacağı zararları karşılamak amacını gütmektedir*”. Yar. 11. HD, 18.4.2006, E.2005/ 4947, K. 2006/4639 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

88/1) veya icra takibine devam edilmez⁶⁹. Mûdahale talebinde bulunan ise, kesin süre içinde istenen teminatı göstermezse, mûdahale talebinden vazgeçmiş sayılır (m. 88/2).

E. TEMİNATIN KAPSAMI ve MİKTARI

Mûlga HUMK'da yer alan düzenlemeden farklı olarak (HUMK m. 96) kanun koyucu, nelerin teminat olarak gösterilebileceğini bir liste hâlinde düzenlemek yerine, gösterilecek teminatın tutarını ve şeklini, hâkimin tayin edeceğini hüküm altına almıştır (HMK m. 87/1-ilk cümle). Teminatın türü konusunda hâkime tam bir takdir yetkisi verilmiştir. Buna göre, nakit para, hisse senedi, tahvil, taşınır veya taşınmaz rehni, muteber banka kefaleti, noterden tasdikli kefalet sözleşmesi teminat olarak gösterilebilecektir⁷⁰. Ancak, taraflar teminatın şekli konusunda bir sözleşme yapmışlarsa, teminat ona göre belirlenecektir (m. 87/1-son cümle). Bununla beraber, gösterilecek olan teminatın kapsamı yargılama ve takip giderleri ile sınırlı olup, davalı tarafın uğrayabileceği muhtemel zararlar için teminat gösterilmesi istenemez⁷¹. Hâkim, koşulların değişmesi hâlinde, duruma göre teminat miktarının azaltılmasına, artırılmasına, değiştirilmesine veya kaldırılmasına da karar verebilecektir (m. 87/2). Ayrıca, teminat gösterilmesini gerektiren sebebin ortadan kalkması hâlinde, örneğin davacı tarafın Türkiye'de mutad meskene sahip olmasıyla, ilgilinin talebi üzerine mahkeme, teminatın iadesine karar verir (m. 89).

MÖHUK madde 48'de teminatın kapsamı ve miktarı hususunda herhangi bir hüküm olmadığından HMK'da yer alan düzenleme, "yabancılık" esasına göre gösterilecek olan teminat yükümlülüğü açısından da kıyasen uygulanabilecektir⁷². Her ne kadar bu zamana kadar Yargıtay tarafından

⁶⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 346; Nomer, s. 475 ve dn. 229; Çelikel/Erdem, s. 585-586.

⁷⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 346.

⁷¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 344. Ayrıca bkz, yukarıda III., B. numaralı başlık altındaki açıklamalar.

⁷² Nomer, s. 475; Çelikel/Erdem, s. 584.

teminatın döviz biçiminde Merkez bankasına yatırılması öngörülmüş olsa⁷³ ve teminatın Türk parası ile yatırılması bir bozma sebebi olarak kabul edilmiş olsa da, Türk parasının korunmasına dair bugünkü mevzuatımızda, bu gerekliliği ifade eden bir hüküm yer almamaktadır⁷⁴.

⁷³ 2675 sayılı mülga MÖHUK'ta konuyu benzer şekilde düzenleyen 32'nci maddeye ilişkin kararlar için bkz. "2675 sayılı MÖHUK'un 32. maddesi hükmüne göre: *Türk mahkemelerinde dava ve icra dairelerinde takip açan gerçek ve tüzel kişi yabancıların yargılama ve takip giderlerini ve takip yüzünden borçluların uğrayacağı zararları temin etmesi gerekir. Ayrıca takip yapan alacaklı yabancı kişinin teminat tutarını Türk Parasını Koruma Hakkındaki Kanun hükümleri dahilinde döviz olarak Merkez Bankası'na depo etmesi gerekmektedir. Kamu düzeni ile ilgili bu hususun mahkemece ve icra müdürlüğünce her aşamada re'sen nazara alınması icap eder*". Yar. 12. HD, 28.6.2004, E. 2004/13176, K. 2204/16883 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı); Yar. 12. HD, 13.4.2004, E. 2004/4973, K. 2004/9047 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

⁷⁴ **Nomer**, s. 475 ve dn. 230; **Çelikel/Erdem**, s. 583; **Doğan**, s. 93. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin bu yönde vermiş olduğu bir karara göre, "Yabancılık teminatının nakit ve döviz olarak yurtdışından getirilip Merkez Bankası'na depo edilmesi Türk Parasını Koruma Hakkında Kanuna göre çıkarılan 06.08.1962 tarihli Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 17 Sayılı Karar'ın 42 nci maddesinde öngörülmüştür. Ancak daha sonra bu karar 28.12.1983 tarihli aynı isimli 28 sayılı Kararın geçici 8 nci maddesi uyarınca yürürlükten kaldırılmıştır. Bu konuda halen yürürlükte olan 11.08.1989 tarihli Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Kararın 18 nci maddesinde bankaların yurtdışında yerleşik kişiler lehine döviz üzerinden teminat mektubu düzenlemeleri, garanti ve kefalet vermeleri serbest bırakılmıştır. Davada ise mahkemece bozma kararından önce verilen ara kararı uyarınca davacı taraf dava konusu tutar üzerinden Amerikan Doları olarak bir yabancı bankanın konturgarantisini taşıyan banka teminat mektubu vermiş, bozmadan sonra davalı tarafın talebi üzerine teminatın nakit ve döviz olarak Merkez Bankası'na depo edilmesi yolunda ara kararı ile davacıya verilen kesin süreye uyulmaması nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir. Bu itibarla halen yürürlükte olan 32 sayılı Karar'a uygun olarak verilmiş teminat bulunduğu halde, yürürlükten kaldırılmış 17 Sayılı Kararda öngörülen koşulların yerine getirilmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi yerinde değildir, bu nedenle hükmün bozulması gerekir". Yar. 11. HD, 4.7.2003, E. 2003/1197, K. 2003/7328 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

F. TEMİNAT GÖSTERME YÛKÛMLÛLÛĞÛNDEN MUAFİYET SAĞLAYAN DURUMLAR

1. Hukuk Muhakemeleri Kanununa GÖre

HMK'nın 85'inci maddesinde, adlî yardımdan yararlananların (m. 85/1-a)⁷⁵ ve yurt içinde istenen teminatı karşılamaya yetecek taşınmazı veya aynı teminatla güvence altına alınmış bir alacağı bulunanların teminattan muaf tutulacakları düzenlenmiştir (m. 85/1-b). Bunların yanında hem millî, hem de milletlerarası hukukta en önemli korunmaya muhtaç menfaat olarak görülen çocuğun menfaati açısından da bir teminat muafiyeti getirilmiştir. Buna göre, davanın, sırf küçüğün menfaatlerini korumaya yönelik olarak açılmış olması (m. 85/1-c) veya ilama bağılı bir alacak için icra takibi yapılmış olması durumunda da teminat göstermeye gerek olmadığı hüküm altına alınmıştır (m. 85/1-ç)⁷⁶.

Mülga HUMK'da yer alan eski düzenlemeye göre, davacının yerleşim yerinin bulunduğu ülke ile Türkiye arasında teminatın muafiyeti hakkında bir **anlaşmanın** varlığı hâlinde, davacının teminat göstermek zorunda olmadığı da açıkça hüküm altına alınmıştı (m. 97/II, son cümle). Ancak bu hüküm karşısında karşılıklılığa ilişkin kanunî ve fiilî uygulama yeterli sayılmamaktaydı⁷⁷. Yeni HMK'nın 85'inci maddesinde teminat konusunda muafiyet sağlayan dört durumun belirtilmiş olması ve "karşılıklılık" konusunda bir hükmün olmaması, bu konuda muafiyetin söz konusu olmayacağı anlamına gelmez. Zira Türkiye'nin imzalamış olduğu ve teminattan muafiyet sağlayan hükümler içeren birçok iki taraflı sözleşme ile yine Türkiye'nin taraf olduğu birçok uluslararası sözleşme mevcuttur. Bu sebeple de, mutad

⁷⁵ HMK m. 334'e göre: "*Kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimseler, iddia ve savunmalarında, geçici hukuki korunma taleplerinde ve icra takibinde, haklı oldukları yolunda kanaat uyandırmak kaydıyla adli yardımdan yararlanabilirler*".

⁷⁶ Bkz. 85. madde gerekçesi; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 345.

⁷⁷ **Turhan**, s. 866-868; **Yılmaz**, s. 402-404; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 599; **Çelikel/Erдем**, 9. Bası, s. 553;

meskeni Türkiye’de olmayan Türk vatandaşının Türkiye’de dava açması, davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması durumunda, yerleşik olduğu ülke ile Türkiye arasında akdedilmiş ve bir teminattan muafiyet hükmü içeren anlaşma mevcut ise, şüphesiz ki bu anlaşma kapsamında teminat göstermekten muaf olacaktır⁷⁸.

Ancak karşılıklılığın ortadan kalkması durumunda teminat gösterme yükümlülüğü doğacaktır. Aynı şekilde, dava açarken, müdahil olurken veya icra takibine girerken teminat göstermek zorunda kalan Türk vatandaşı, yerleşik olduğu ülke ile Türkiye arasında karşılıklılık konusunda anlaşma imzalanırsa, başlangıçta gösterdiği teminatın kendisine iade edilmesi gerekir (m. 87/2)⁷⁹.

2. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanuna Göre

MÖHUK madde 48/2’de “*Mahkeme, dava açanı, davaya katılanı veya icra takibi yapanı karşılıklılık esasına göre teminattan muaf tutar*” hükmü yer almaktadır. Buna göre Türk hâkimi, yabancı davacının, davaya katılanın veya icra takibinde bulunanın vatandaşı olduğu ülke ile Türkiye arasında karşılıklılık (mütekabiliyet) var ise, bu kişiyi teminattan muaf tutacaktır.

Karşılıklılık, iki devlet arasında imzalanan (iki taraflı) anlaşma⁸⁰ veya iki devletin de taraf olduğu uluslararası (çok taraflı) anlaşma⁸¹ ile sağlanabi-

⁷⁸ Çelikel/Erdem, s. 582.

⁷⁹ Yılmaz, s. 404.

⁸⁰ Türkiye bu konuda birçok devlet ile ikili anlaşmalar imzalamıştır. Bunlar, Almanya, Arnavutluk, Avusturya, Azerbaycan, Bulgaristan, Cezayir, Çek Cumhuriyeti, Çin Halk Cumhuriyeti, Danimarka, Dominik Cumhuriyeti, Filipinler, Finlandiya, Gürcistan, Hırvatistan, İngiltere, İran, İsviçre, İtalya, Irak, Kazakistan, KKTC, Kuveyt, Macaristan, Makedonya, Mısır, Moldova, Norveç, Özbekistan, Polonya, Pakistan, Romanya, Suudi Arabistan, Tacikistan, Tunus, Ürdün ve Yemen. Kuru, s. 4171-4188; Şanlı, Cemal: Milletlerarası Ticarî Akitler, s. 161.

⁸¹ Türkiye’nin de katılmış bulunduğu bazı çok taraflı sözleşmelerde teminat gösterme yükümlülüğü konusunda muafiyet sağlayan hükümler vardır: Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme (RG. 5.9.1961 - 10898), m. 16; Nafaka Alacaklarının

leceği gibi, kanuni veya fiili karŐılıklılık Őeklinde de sağlanabilir. 48'inci maddenin ikinci fıkrasında sadece "karŐılıklılık" terimi kullanılmıŐ olması sebebiyle, teminattan muafiyet sağlayan karŐılıklılık bakımından da sadece akdi değil aynı zamanda kanuni ve fiili karŐılıklılık da anlaŐılacaktır. BÛylece TÛrkiye ile teminattan muafiyet sağlanması konusunda bir anlaŐması olmayan devletlerin kanunlarında veya fiili uygulamasında TÛrk vatandaşlarından teminat talep edilmiyorsa, bu devletin vatandaŐı olan ve TÛrkiye'de dava ačan, davaya mÛdahil olan veya takibe giriŐen yabancından da teminat gÛstermesi talep edilmeyecektir. Bu konuda TÛrk mahkemesinin bir takdir hakkı da mevcut değildir. Bu sebeple karŐılıklılık varsa yabancı teminat gÛstermekten muaf tutulmak zorundadır. Bunun gibi, eđer karŐılıklılık mevcut değil ise mahkemece re'sen teminat talep edilmek zorunda olduğu ve bu konuda da mahkemenin bir takdir hakkının sÛz konusu olmadığı òđretide kabul edilmektedir⁸².

Yabancı Memleketlerde Tahsili ile İlgili SÛzleŐme (RG. 18.3.1971 - 13782), m. 9; Hukuk UsÛlÛne Dair SÛzleŐme (RG. 23.3.1972 - 14137), m. 17-19; Çocuklara Karşı Nafaka YÛkÛmlÛlÛğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin SÛzleŐme (RG. 11.1.1973 - 14418), m. 9; Nafaka Alacakları Konusundaki Kararların Tanınmasına ve Tenfizine İlişkin SÛzleŐme (RG. 16.2.1983 - 17961), m. 15-16; Avrupa İkamet SÛzleŐmesi (RG. 20.4.1989 - 20145), m. 9. **Nomer**, s. 476-477; **Çelikel/Erdem**, s. 587-589. Ayrıca bkz. **Çelikel**, Aysel/**Şanlı**, Cemal: TÛrk Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı, 12. Bası, İstanbul 2007, s. 15-17; **Kuru**, s. 4165-4171.

⁸² **Nomer**, s. 475-476; **Çelikel/Erdem**, s. 586-587; **Doğan**, s. 94; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 601, dn. 49.

2675 sayılı mÛlga MÛHUK'un 32. maddesinde yer alan benzer dÛzenlemeye gÛre, mahkemenin, dava veya takibin niteliğine ve duruma gÛre teminat gÛstermek ile yÛkÛmlÛ olanları, karşılıklılık esasına gÛre teminat gÛstermekten "muaf tutabilir" ifadesi yer almaktaydı. Bu dÛzenleme karşısında, akdi karşılıklılığın olmadığı hallerde hâkimin fiili ve kanunî karşılıklılık durumlarında bir takdir hakkı sÛz konusuydu. **Çelikel/Erdem**, s. 586-587; Karş. **Doğan**, s. 93-94. 5718 sayılı yeni MÛHUK madde 48/2'de yer alan dÛzenleme ile eski kanundan farklı olarak, karşılıklılık konusunda hâkimin takdir hakkı ortadan kaldırılmıştır ("5718 sayılı MÛHUK'un Tasarısında yer almayan 48/2'deki bu yeni dÛzenleme, Kanun'un kabulÛnden ònce TBMM alt komisyonu tarafından deđiŐtirilmiŐtir". **Çelikel/**

Buna karşın, 5718 sayılı MÖHUK'un 48'inci maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin madde gerekçesinde yer alan ifadeye göre, "...mahkeme "karşılıklılık" esasını gözetmek suretiyle, karşılıklılığın bulunması hâlinde, dava açanı, davaya katılanı ve icra takibi yapanı teminattan **muaf tutacaktır**. Ancak mahkeme, karşılıklılık bulunmasa dahi dava ve takibin niteliğine ve duruma göre davacıyı, davaya katılanı veya takip talebinde bulunanı teminat göstermekten muaf tutabilecektir. Hâkim, bu konuda **takdir hakkına sahiptir**"⁸³. Gerekçede yer alan bu açıklamanın ilk kısmına göre hâkimin, öğretide belirtildiği gibi, karşılıklılığın (ister akdi, isterse de kanuni veya fiili karşılıklılığın) bulunması durumunda teminattan muaf tutmamak yönünde bir takdir hakkı bulunmayıp, yabancı davacı, müdahil veya takip yapanı teminattan muaf tutmak zorundadır. Buna karşın, gerekçenin ikinci kısmına bakıldığında öğretide savunulanan aksine bir durum ortaya çıkmaktadır. Buna göre, karşılıklılık gerçekleşmemiş olsa bile (ki karşılıklılığın türünden bahsedilmediğinden burada da üç tür karşılıklılıktan herhangi birinin var olmaması anlaşılacaktır) hâkimin, öğretide ileri sürülen görüşün aksine bir takdir hakkının olduğu açıkça ortaya konulmaktadır. Bu durumda da davanın ve takibin niteliğine göre yabancı davacıyı, müdahili veya takip yapanı karşılıklılık olmasa dahi teminattan muaf tutmak konusunda hâkimin bir takdir yetkisi vardır. Bunun sonucunda örneğin, Türkiye'de yerleşmiş ve/veya Türkiye'de yeteri derecede mal varlığı bulunan (HMK m. 85/1-b'de hüküm altına alındığı gibi) yabancının açacağı davada veya girişeceği icra takibinde hâkim, durumun özelliğini dikkate alarak bu yabancıyı karşılıklılık şartı gerçekleşmemiş olsa bile teminat göstermekten muaf tutabilecektir, bu konuda takdir hakkı vardır⁸⁴.

Erdem, s. 587). Ancak yine de, hükümde yer alan karşılıklılık kavramının geniş yorumlanması gerekeceği ve akdi karşılıklılık dışında, kanunî ve fiilî karşılıklılığın da ispatlanmasının yeterli olacağı kabul edilmektedir. **Nomer**, s. 475-476; **Çelikel/Erdem**, s. 587; **Doğan**, s. 94; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 601, dn. 49. Takdir hakkının varlığı konusunda karşı. **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 601, dn. 50.

⁸³ Madde gerekçesi için bkz. **Tiryakioğlu**, Bilgin/**Aygün**, Mesut/**Küçük**, Esin: Türk Uluslararası Özel Hukuk Mevzuatı, 5. Bası, Ankara 2010, s. 154-155.

⁸⁴ Mülga MÖHUK'deki duruma ilişkin benzer örnekler için bkz. **Doğan**, s. 93-94.

Karşılıklılık dışında, HMK’da yer alan ve adli yardımdan faydalananların (m. 334) teminattan muaf olacağını hüküm altına alan düzenlemenin (m. 85/1-a), kıyasen MÖHUK m. 48 kapsamında teminat göstermek zorunda olan yabancılar için de uygulanabileceği savunulmuştur. Buna göre, yabancıların adli yardımdan yararlanabilmeleri için, yoksulluk ve haklılık koşulları (bu konuda yaklaşık ispat yeterlidir) yanında, karşılıklılık koşulunun da sağlanmış olması gerekir (HMK m. 334/3). Burada aranılan karşılıklılığın sadece akdi olmayıp, kanuni veya fiili karşılıklılık olması da mümkündür⁸⁵.

IV. TEMİNAT GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜNE İLİŞKİN ALMAN ve İSVİÇRE HUKUKUNDA YER ALAN DÜZENLEMELER

A. ALMAN HUKUKUNDA YER ALAN DÜZENLEME

Alman Medenî Usûl Kanununun (ZPO) 110 ila 113’üncü paragrafları arasında düzenlenmiş olan teminat gösterme yükümlülüğünde davacının “mutad meskeni” ölçüt alınmıştır. Buna göre davacının mutad meskeninin Avrupa Birliği (AB) veya Avrupa Ekonomik Alanına (AEA) taraf olan ülkelerden birinde (AB üyeleri ile Norveç, Lichtenstein ve İzlanda) olması durumunda davalının yargılama giderlerini karşılayacak miktarda teminat göstermesi zorunludur (§ 110/1 ZPO). Söz konusu hükmün eski hali⁸⁶ Avrupa Adalet Divanının vermiş olduğu kararlara paralel olarak ve Avrupa Birliği’nin İşleyiŐi Hakkındaki Andlaşmanın (ABİA) 18. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan ayrımcılık yasağına (Diskriminierungsverbot) aykırılık taşıması sebebiyle 1998 yılında yeniden düzenlenmiştir. Çünkü 110’uncu paragrafın⁸⁷ 1998 yılından önceki hâlinde, teminat gösterme yükümlülüğü Alman vatandaşlığına sahip olmayan davacılar için aranmaktaydı. Yeni düzenleme ile AB veya AEA ülkelerinden birinde mutad meskene sahip olmayan Alman vatandaşları da, Almanya’da açacakları

⁸⁵ Nomer, s. 477; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 601. Aynı yönde, Özden, s. 52. Ayrıca bkz. HMK 334. maddenin gerekçesi.

⁸⁶ Eski düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özden, s. 14-21.

⁸⁷ BGBI. 1998 I S. 2030.

davalarda teminat göstermekle yükümlüdürler⁸⁸. Tüzel kişilerde ise, mutad mesken ölçütü yerine “idare merkezi” (Verwaltungssitz) ölçütü dikkate alınmaktadır⁸⁹. Buna karşın davalı tarafın vatandaşlığı, yerleşim yeri veya mutad meskeni davacının teminat gösterme yükümlülüğü bakımından herhangi bir öneme sahip değildir⁹⁰.

Teminat yükümlülüğü ile sağlanan yarar, davalının oluşacak muhtemel yargılama giderlerinin karşılanmasıdır. Böylece davayı kazanan davalı taraf, daha sonra AB veya AEA ülkeleri dışında mutad meskene sahip olan davacıya karşı takibe girme zahmetine ve masrafına karşı korunmaktadır. § 110 ile hüküm altına alınmış olan düzenlemeyle sadece davalı tarafın muhtemel zararları korunmaya çalışılmıştır, mahkemenin (hazinenin) yargılama giderleri dikkate alınmamıştır. Bu sebeple de teminat gösterme yükümlülüğü mahkeme tarafından re’sen dikkate alınmayıp davalı tarafından ileri sürülmesi gereken bir ilk itiraz oluşturmaktadır⁹¹.

Alman Medenî Usul Yasasının 110’uncu paragrafının ikinci fıkrasında teminat göstermekten muafiyet sağlayan durumlar düzenlenmiştir. Buna göre, 1. Teminata ilişkin akdi karşılıklılık mevcut ise, 2. Yargılama giderlerinin davalıya iade edilmesine ilişkin karar akdi karşılıklılık gereği icra edilebilecek ise, 3. Davacının yurt içinde yargılama giderlerini karşılamaya yetecek miktarda malvarlığı mevcut ise, 4. Esas davada davalı durumunda olan (ve mutad meskeni AB veya AEA dışında olan) kişi, bir karşı dava açarsa, 5. Kamuya ilan edilmesi gerektiği için (resmi bir makam otoritesine dayanılarak)⁹² açılan bir dava (gaiplik gibi) söz konusuysa, teminat yüküm-

⁸⁸ **MünchKomm/Giebel**, § 110, Kn. 1 ve 5; **Musielak/Foerste**, § 110, Kn. 1; **Schütze**, § 110, Kn. 2; **Hoffmann/Thorn/Firsching**, § 3, Kn. 108; **Schack**, Heimo: Internationales Zivilverfahrensrecht, 3. Auflage, München 2002, § 12, Kn. 564.

⁸⁹ **MünchKomm/Giebel**, § 110, Kn. 10; **Musielak/Foerste**, § 110, Kn. 4; **Schütze**, § 110, Kn. 37.

⁹⁰ **MünchKomm/Giebel**, § 110, Kn. 14; **Schütze**, § 110, Kn. 41.

⁹¹ **MünchKomm/Giebel**, § 110, Kn. 2; **Musielak/Foerste**, § 110, Kn. 8; **Schack**, § 12, Kn. 562.

⁹² **Özden**, s. 20.

lülüğü doğmayacaktır⁹³. Bunların yanında davacı taraf adli yardımdan faydalanıyorsa da teminat gösterme yükümlülüğü doğmayacaktır⁹⁴.

Davanın başında talep edilmemiş olsa bile, dava devam ederken teminat gösterilmesine ilişkin şartların oluşması veya şartların değişmesi sebebiyle de sonradan teminat istenilebilmesi mümkündür (§ 111). Örneğin, davacının mutad meskeni değişmiş ise teminat sonradan da talep edilebilecektir⁹⁵. Bunun gibi, teminat gösteren davacının da, dava devam ederken değişen şartlar sebebiyle, örneğin mutad meskenini AB veya AEA ülkelerinden birine taşınması veya adli yardım talebinin kabul edilmesi gibi durumlarda da 111. paragrafın kıyasen uygulanarak teminattan muaf tutulması mümkün olabilecektir⁹⁶.

Teminatın miktarına mahkeme serbestçe karar verecektir (§ 112/1) ve bunu yaparken davalının muhakeme sebebiyle yapacağı muhtemel masrafları dikkate alacaktır (§ 112/2). Gerekirse teminat miktarının dava devam ederken artırılması da istenebilir (§ 112/3)⁹⁷. Mahkeme tarafından takdir edilen süre içerisinde teminat gösterilmemiş olursa, davalının talebi üzerine dava reddedilebilir (§ 113).

B. İSVİÇRE HUKUKUNDA YER ALAN DÛZENLEME

İsviçre’de medenî yargılama yakın zamana kadar her bir kantonda, kendi çıkarmış olduğu özel usûl kanunu ile yürütölmekteydi. Buna göre İsviçre’de toplam 26 ayrı hukuk usûlü kanunu uygulanmaktaydı. Bu parçalanmışlığın önüne geçilmesi amacıyla Federal hükümet hareket geçmiş ve 19 Aralık 2008 tarihinde onaylanan İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu 1

⁹³ **MünchKomm/Giebel**, § 110, Kn. 15-31; **Musielak/Foerste**, § 110, Kn. 5-7; **Schütze**, § 110, Kn. 42-62.

⁹⁴ **MünchKomm/Giebel**, § 110, Kn. 34; **Schütze**, § 110, Kn. 63.

⁹⁵ **MünchKomm/Giebel**, § 111, Kn. 1-5; **Musielak/Foerste**, § 111, Kn. 1-2; **Schütze**, § 111, Kn. 5-7.

⁹⁶ **MünchKomm/Giebel**, § 111, Kn. 12; **Schütze**, § 111, Kn. 10.

⁹⁷ **MünchKomm/Giebel**, § 111, Kn. 3 vd.; **Musielak/Foerste**, § 112, Kn. 1-3; **Schütze**, § 112, Kn. 1-12.

Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁹⁸. Böylece birçok Avrupa ülkesinden yaklaşık 100 yıl sonra bütün ülkede geçerli olan bir Federal Medenî Usûl kanununa kavuşulmuş oldu⁹⁹.

Yeni İsviçre Medenî Usûl Kanununda, yabancılık unsurunu da içeren teminat gösterme yükümlülüğü kanunun 99-101'inci maddeleri arasında ve 103'üncü maddede hüküm altına alınmıştır. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 11/b maddesi de teminat konusunun Medenî Usûl Kanununa göre çözüleceği yönünde atıfta bulunmaktadır.

İsviçre Medenî Usûl Kanununda düzenlenen davacının teminat gösterme yükümlülüğü bakımından, gerçek kişiler için “yerleşim yeri” (Wohnsitz) ve tüzel kişiler için “idare merkezi” (Sitz) ölçütü esas alınmıştır. (m. 99/1-a). Teminat yükümlülüğü ile sadece davalı tarafın uğrayacağı muhtemel zararlara karşı güvence sağlanmaktadır. Bu sebeple de teminat talebi bir ilk itiraz olup, davalı tarafça ileri sürülmesi gerekir, mahkemece re'sen dikkate alınamaz. Madde 99'un üçüncü fıkrasında teminat gösterme yükümlülüğünden muafiyet sağlayan durumlar sayılmıştır. Buna göre, 1. Basitleştirilmiş usûle göre yapılan ve 30.000 İsviçre frankını geçmeyen yargılamada (im vereinfachten Verfahren), 2. Boşanma davasında, 3. Kural olarak basit yargılama usûlüne göre yapılan yargılamalarda teminat gösterme yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁰⁰.

Gösterilecek teminatın nakit veya İsviçre'de bulunan bir banka veya İsviçre'de kayıtlı bir sigorta şirketi tarafından gösterilecek garanti ile sağlanması gerekir (m. 100/1). Mahkeme teminatın sonradan arttırılmasına, azaltıl-

⁹⁸ BB1 2009, S. 21 ff.

⁹⁹ **Walter**, Hans Peter: “Auf dem Weg zur Schweizerischen Zivilprozessordnung”, SJZ 100, Zürich 2004, s. 313-321, s. 315; **Somm**, Thomas Sutter: “Schwerpunkte und Leitlinien des Vorentwurfs zur Schweizerischen Zivilprozessordnung”, Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2003, s. 11-23, s. 12-13; **Alangoya**, Yavuz: “İsviçre Hukukunda Çekişmesiz Yargıya (Nizasız Kaza) İlişkin Düşünceler”, Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV, Ankara 2006, s. 110-121, s. 114.

¹⁰⁰ **Berti**, Stephen V.: Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011, § 13, Kn. 504.

masına veya kaldırılmasına karar verebilir (m. 100/2). Örneğın, davacının İsviçre'ye yerleşmesi durumunda teminat gösterme yükümlülüğü mahkeme tarafından talep üzerine kaldırılabilecektir¹⁰¹. Mahkeme, teminatın gösterilmesine karar verirse, davacıya teminatı yatırması için uygun bir süre verir. Ancak bu süre kesin olmayıp, verilen ilk sürenin geçirilmesi hâlinde mahkemece bir ek süre tanınır. Bu ek süre içerisinde de teminat yatırılmazsa dava açılmamış sayılır (m. 101/3)¹⁰².

V. MAVİ KART SAHİBİ TÜRK ASILLI YABANCILARIN ve TÜRKİYE'DE YERLEŞİK YABANCILARIN TEMİNAT GÖSTERME YÛKÛMLÛLÛĞÛ

Türk vatandaşlığından çıkmak isteyen ve bunun için izin talebinde bulunan kişiye, Türk Vatandaşlık kanununun 25. maddesinde düzenlenen şartları taşıması durumunda İçişleri Bakanlığı tarafından çıkma izni verilebilir¹⁰³. Türk vatandaşlığını kaybeden kişiler, kayıp tarihinden itibaren “yabancı” statüsünde olurlar (m. 27/1). Bu kişiler Türk hukuku karşısında yabancılar hukukunun kendileri için getirdiği sınırlamalara tabidirlere ve kural olarak eskiden Türk vatandaşlığına sahip olmaları, kendilerine bu açıdan bir imtiyaz veya diğer yabancılardan farklı bir muameleye muhatap olma hakkı vermemektedir¹⁰⁴. Kural bu olmakla beraber kanun koyucu, yürürlükten kalkan 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununda¹⁰⁵ 07.06.1995 tarihli ve 4112 sayılı Kanunla yapmış olduğu bir düzenlemeyle, Türk

¹⁰¹ **Berti**, § 13, Kn. 505.

¹⁰² **Berti**, § 13, Kn. 506.

¹⁰³ Türk vatandaşlığından “çıkma” yolu hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. **Nomer**, Ergin: Türk Vatandaşlık Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2009, s. 106 vd.; **Doğan**, Vahit: Türk Vatandaşlık Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2010, s. 109 vd.; **Turhan**, Turgut/**Tarıbilir**, Feriha Bilge: Vatandaşlık Hukuku, Ankara 2010, s. 88 vd.; **Erdem**, B. Bahadır: Türk Vatandaşlık Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2011, s. 201 vd. **Özkan**, Işıl/ **Tütüncübaşı**, Uğur: “Türk Alman Hukukunda Çifte Vatandaşlığa İlişkin Gelişmeler”, AÜHFD, Y. 2008, C. 57, S. 3, s. 599-634, s. 619-621.

¹⁰⁴ **Nomer**, Vatandaşlık, s. 101-102; **Erdem**, s. 212, 214.

¹⁰⁵ RG. 22.2.1964 - 11638

vatandaşlık hukuku bakımından istisnai olarak bir takım haklara sahip olan bir “**ayrıcalıklı yabancılar**” sınıfı yaratmıştır. Bu düzenlemeye göre, doğumla aslen Türk vatandaşı olup, izin almak suretiyle Türk vatandaşlığından çıkmış olan kişilere, sanki Türk vatandaşlığından hiç çıkmamış gibi çok geniş haklar verilmiştir. 1995 yılında Türk Vatandaşlık kanununa giren bu düzenleme (mülga 403 sayılı Kanununun 29. maddesi), 5901 sayılı yeni Türk Vatandaşlık Kanununun¹⁰⁶ 28’inci maddesinde yer alan benzer bir hüküm ile korunmaktadır (m. 28)¹⁰⁷.

5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 28’inci maddesine göre, “*Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve kendileri ile birlikte işlem gören çocukları; millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü, seçme ve seçilme, kamu görevlerine girme ve muafiyet araç veya ev eşyası ithal etme hakları dışında, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler*”. Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin¹⁰⁸ 53’üncü maddesine göre de bu kişilere, talepleri halinde yukarıda sahip oldukları (ve yönetmeliğin 52. maddesinde de tekrar açıklanmış olan) haklardan faydalanabileceklerini gösteren ve Mavi Kart denen (eskiden ismi “Pembe Kart” olan) bir belge düzenlenerek verilir¹⁰⁹.

Bu düzenleme ile doğumla aslen Türk vatandaşlığına sahip olan ve çıkma izni ile Türk vatandaşlığından çıkmış olan yabancılar, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan prensip olarak “aynen” yararlanmaya devam edebileceklerdir. Aynen yararlanamayacakları sınırlı sayıdaki haklar Kanunda tek tek sayılmış olup, bu hakların dışında kalan Türk vatandaşlarına tanınan

¹⁰⁶ RG. 12.06.2009 - 27256

¹⁰⁷ **Nomer**, Vatandaşlık, s. 102-103 ve dn. 90; **Doğan**, Vatandaşlık, s. 115-116; **Erdem**, s. 214-215; **Özkan/Tütüncübaşı**, s. 628-629.

¹⁰⁸ RG. 06.04.2010 - 27544

¹⁰⁹ **Nomer**, Vatandaşlık, s. 104; **Doğan**, Vatandaşlık, s. 117, dn. 8; **Turhan/Tanrıbilir**, s. 96-97; **Erdem**, s. 218-219.

bütün haklardan aynen sanki Türk vatandaşlığından çıkmamışlar gibi yararlanacakları kabul edilmiştir¹¹⁰.

Türk Vatandaşlığı Kanununda yer alan bu düzenleme karşısında, “mavi kart” sahibi olan Türk asıllı yabancı kişilerin Türkiye’de dava açmaları, davacı yanında davaya müdahil olarak katılmaları veya icra takibi yapmaları durumunda, kendilerine teminat gösterme yükümlülüğü bakımından, “yabancılık” ölçütünü esas alan MÖHUK madde 48’in değil; HMK’da düzenlenmiş olan ve “Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşı” ölçütünü esas alan madde 84 ve devamında hüküm altına alınmış olan düzenlemenin uygulanması gerekeceği görüşünderiz¹¹¹. Bunun sonucu olarak, Türkiye’de mutad meskeni olmayan “mavi kart” sahibi yabancıların teminat göstermeleri gerekirken; mutad meskeni Türkiye’de olanların, teminat gösterme yükümlülüğünden muaf sayılmaları gerekecektir.

Acaba mutad meskeni veya yerleşim yeri Türkiye’de olan yabancıların da, Türk mahkemelerinde açacakları davalar konusunda teminat gösterme yükümlülükleri olacak mıdır? MÖHUK’un 48’inci maddesindeki düzenleme dikkate alındığında, davacı, müdahil veya icra takibi yapanın teminat gösterme yükümlülüğü için tek ölçütün “yabancılık” sıfatı olduğu, buna karşın yabancının mutad meskeni veya yerleşim yerinin bu konuda hiçbir öneme sahip olmadığı anlaşılmaktadır. Ancak yukarıda da açıkladığımız üzere, MÖHUK’da açıklık olmayan hususlarda HMK’daki hükümleri kıyasen uygulayabildiğimize göre¹¹² ve 48’inci maddenin ikinci fıkrasına ilişkin madde gerekçesinde yer alan “...mahkeme, karşılıklılık bulunmasa dahi

¹¹⁰ Nomer, Vatandaşlık, s. 104-106; Doğan, Vatandaşlık, s. 117; Erdem, s. 216-218.

¹¹¹ Mavi kart sahibi yabancıların Türk vatandaşlarından farklı olarak yararlanamayacakları haklar genel olarak Anayasamızın ikinci kısım dördüncü bölümünde düzenlenmiş olan “Siyasi Haklar ve Ödevler”e ilişkindir (m. 67 vd). Hak arama ve bu bağlamda dava açma hakkını düzenleyen Anayasamızın 36. maddesi ise, bu bölümde yer almadığından, Türk vatandaşları ile mavi kart sahibi Türk asıllı yabancılar arasında bir fark söz konusu olmayacaktır.

¹¹² Örneğin, adli yardımdan yararlanan yabancı gerçek kişilerin de HMK’da kabul edildiği üzere (m. 85/1-a), teminat gösterme yükümlülüğünden muaf sayılacak olmaları gibi. Ayrıca bkz. III., F., 2. numaralı başlık altındaki açıklamalar.

dava ve takibin niteliğine ve duruma göre davacıyı, davaya katılanı veya takip talebinde bulunanı teminat göstermekten muaf tutabilecektir. Hâkim, bu konuda takdir hakkına sahiptir” ifadesini de dikkate alırsak, burada bir istisnai durumun söz konusu olduğu kabul edilebilecektir. Bu durumda kanımızca, HMK’nın yurt içinde istenen teminatı karşılamaya yetecek taşınmazı veya aynı teminatla güvence altına alınmış bir alacağı bulunanların teminattan muaf tutulacaklarına dair hükmü (m. 85/1-b), burada da kıyasen uygulanabilmelidir¹¹³.

Bununla beraber kanımızca, MÖHUK m. 48’e yapılacak bir ekleme ile sadece “yabancı” yerine “Türkiye’de mutad meskeni olmayan yabancı” ifadesine yer verilmesi de hükmün amacına daha uygun olacaktır. Zira amaç, Türkiye ile yeteri kadar bağı olmayan davacıya karşı davalının (ve hazinen) korunmasıdır. Bu durumda davacı yabancıların Türkiye’de mutad mesken sahibi olması onun Türkiye ile yeteri kadar bağının olduğunu göstermektedir ve Türkiye’de mutad meskeni olduğu için teminat gösterme yükümlülüğü olmayan Türk vatandaşları gibi dava sonunda takip edilmesini de kolaylaştırır.

SONUÇ

Hukukumuzda, Türk mahkemesinde dava açan, davaya katılan veya icra takibi yapan kişinin teminat gösterme yükümlülüğüne ilişkin iki farklı kanunda iki farklı düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan biri 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 48’inci maddesinde, diğeri ise 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 84-89’uncu maddeleri arasında yer almaktadır. MÖHUK’da teminat gösterme yükümlülüğünün sebebi, “yabancılık” sıfatına bağlanmıştır. Buna karşın

¹¹³ MÖHUK’tan önce yürürlükte olan ve yabancıların teminat gösterme yükümlülüğünü düzenleyen EHVK’nın 3. maddesinde bu yönde bir hüküm mevcuttu. Bu hükme göre, “...ancak Türkiye’de yeteri kadar malları bulunmayan yabancılar tarafından Türkler aleyhine davacı sıfatıyla açılacak veya müdahil olarak iştirak edilecek davaların” demek suretiyle, yabancıların Türkiye’de mal varlıklarının bulunması teminattan muaf tutulmalarını sağlamaktaydı. **Turhan**, s. 881-883; **Yılmaz**, s. 404-405.

HMK’da teminat gösterme yükümlülüğünün sebebi, Türk vatandaşlarının Türkiye’de “mutad meskeninin” olmamasıdır.

Söz konusu düzenlemeler ile gözetilen asıl yarar, davacının davasında (veya takibinde) haksız çıkması durumunda, karşı tarafın (davalının) uğrayacağı muhtemel zararların peşinen güvence altına alınmasıdır. Zira, Türkiye ile yeteri kadar bağı olmayan kişilerin açacakları davalarda veya yapacakları takiplerde haksız çıkmaları durumunda, karşı tarafı uğratacakları muhtemel zararlar sebebiyle, bu kişilerden, zararların tahsil edilmesinde yaşanacak zorlukların önüne geçilmesi amacıyla önceden teminat göstermeleri istenmektedir. Her ne kadar MÖHUK’da yer alan düzenlemede davalı dışında mahkemenin (hazinenin) de uğraması muhtemel zarar için teminat gösterilmesi gerekeceği ifade edilse de, davacı tarafın dava masraflarını davasını açarken zaten peşin olarak yatırıyor olması, mahkemenin herhangi bir zarara uğramasına büyük ölçüde engel olmaktadır.

Her iki kanun açısından da karşılıklılık şartının gerçekleşmesi durumunda, teminat göstermekle yükümlü olan taraf bu yükümlülükten muaf tutulmaktadır. Ancak HMK bakımından sadece sözleşmesel karşılıklılık kabul edilmektedir. Buna karşın MÖHUK’da düzenlenen karşılıklılık ile hem sözleşmesel hem de fiili ve kanuni karşılıklılık anlaşılmaktadır. Bunun gibi her iki kanun bakımından da, adli yardımdan faydalanan kişilerin de teminat göstermekten muaf olacağı kabul edilmektedir.

HMK madde 84’de yer alan hüküm ile mutad meskeni Türkiye’de olmayan Türk vatandaşlarının teminat göstermekle yükümlü olacağı düzenlenmekle beraber, maddenin gerekçesinde bunun istisnai bir durum olduğu ve mutad mesken kavramının geniş yorumlandığı, Türkiye ile yeteri derecede bağı olmasa dahi, kişinin teminat yatırmak zorunda kalmayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Gerekçede yer alanın aksine, söz konusu düzenlemenin etkili ve amaca uygun işleyebilmesi için, Türkiye dışında yaşayan vatandaşlarımızın, yaşadıkları ülkedeki ilişkileri, başka bir deyiş ile oturma niyetlerinin daha doğru araştırılması için, buldukları ülkelerde sahip oldukları oturma ve çalışma izinlerinin göz önünde bulundurulması ve bu izinlerinin uzun süreli olması halinde artık mutad meskenleri olarak da buldukları ülkelerin kabul edilmesi amaca daha uygun olacaktır. Zira

teminata ilişkin hükümler ile amaç, davacıyı değil, bilakis davalıyı korumaktır. Bu sebeple de Türkiye ile bağları zayıf olan, ülkeye sadece kısa dönemler için, tatil vb. amaçlarla gelen Türk vatandaşlarının açacakları davalarda teminat göstermeleri gerekeceği, bu şekilde de teminata ilişkin hükümlere uygun olarak davalı tarafın korunabileceği düşüncesindeyiz.

MÖHUK açısından ise madde 48/2'de açıkça düzenlenmemiş olmakla beraber madde gerekçesinde ifade edildiği üzere, dava ve takibin niteliğine ve duruma göre karşılıklılık şartı gerçekleşmemiş olsa bile hâkimin, davacı tarafı teminat göstermekten muaf tutmak konusunda takdir hakkının olduğu dikkate alınmalıdır. Ve HMK m. 85'de düzenlendiği gibi davacı yabancının Türkiye'de yeteri derecede mal varlığı varsa veya Türkiye ile ciddi bir bağı olduğunu gösteren yerleşim yerine veya işyerine sahipse, bu kişinin de HMK'da olduğu gibi teminat göstermekten muaf tutulması doğru olacaktır.

Yine teminat gösterme yükümlülüğü bakımından, Vatandaşlık Kanunumuzun 28'inci maddesinde yer alan düzenleme ile, doğumla Türk vatandaşlığını kazanmış olup da, çıkma izni alarak Türk vatandaşlığını kaybeden kişilere verilen haklar dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda kanunda tek tek sayılmış haklar dışında Türk vatandaşları ile kural olarak aynı haklara sahip olan bu imtiyazlı yabancılara (mavi kart sahiplerine), teminat konusunda da aksine bir hüküm olmadığı için Türk vatandaşlarına uygulanan hükümlerin uygulanması gerekecektir. Bu sebeple de mavi kart sahibi yabancının, Türkiye'de açacakları davalar ve yapacakları takipler bakımından yabancılık sıfatını esas alan MÖHUK m. 48 kapsamında değil, HMK madde 84 kapsamında teminat göstermeleri gerekecektir.

Son olarak olması gereken hukuk bakımından, aslen aynı amacı güden bu iki düzenlemenin farklı ölçütleri esas almaları yerine, mukayeseli hukukta da olduğu gibi tek bir ölçütün ve buna bağlı olarak tek bir düzenlemenin yapılarak yeknesaklık sağlanması uygun olacaktır. Zira teminat göstermek ile amaçlanan yarar kural olarak davalı tarafın muhtemel zararlara karşı korunması olduğuna göre, bu korumanın farklı iki ölçüte dayandırılmasının bir anlamı yoktur. Daha gerçekçi olan ve mukayeseli hukukta da kabul edilen kıstas, davacı tarafın mutad meskeninin yurt dışında olmasıdır. Bu durumda MÖHUK madde 48'de yer alan düzenleme yerine HMK madde 84

vd.'nda yer alan düzenlemenin tercih edilerek, İsviçre hukukunda olduğu gibi, MÖHUK'da sadece HMK'ya atıf yapan bir hükmün konması ve bu bağlamda da HMK'da yer alan "Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşı" ifadesi yerine, "Türkiye'de mutad meskeni olmayan davacı, davacı yanında müdahil olarak katılan veya takip yapan teminat göstermekle yükümlüdür" hükmü konularak bu yeknesaklık amaca uygun olarak sağlanabilecektir.

Yararlanılan Kaynaklar

- Alangoya**, Yavuz: “İsviçre Hukukunda Çekişmesiz Yargıya (Nizasız Kaza) İlişkin Düşünceler”, Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV, Ankara 2006, s. 110-121.
- Altuğ**, Yılmaz: Türk Milletlerarası Usul Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1983.
- Arat**, Tuğrul: Ticaret Şirketlerinin Tâbiyeti, Ankara 1970.
- Berki**, Osman Fazıl: “Ecnebilerin Hukuk ve Vazifeleri Hakkındaki Muvakkat Kanunda Teminat”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. III, S. 2-4, 1946, s. 403-422.
- Berti**, Stephen V.: Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011.
- Çelikel**, Aysel/**Erdem**, B. Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 11. Bası, İstanbul 2012.
- Çelikel**, Aysel/**Gelgel**, Günseli Öztekin: Yabancılar Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2010.
- Çelikel**, Aysel/**Nomer**, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, Örnek Olaylar-Mahkeme Kararları, 6. Bası, İstanbul 1997.
- Çelikel**, Aysel/**Şanlı**, Cemal: Türk Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı, 12. Bası, İstanbul 2007.
- Çiçekli**, Bülent: Yabancılar Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2009.
- Doğan**, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2010.
- Doğan**, Vahit: Türk Vatandaşlık Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2010 (Vatandaşlık).
- Ekşi**, Nuray: 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a İlişkin Yargıtay Kararları, İstanbul 2010.
- Ekşi**, Nuray: Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, 3. Bası, İstanbul 2011.

- Erdem**, B. Bahadır: Türk Vatandaşlık Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2011.
- Giebel**, Martin: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1, 3. Auflage, München 2008 (MünchKomm/Giebel).
- Göğer**, Erdoğan: “Devletler Hususi Hukuku Yönünden İkametgâh”, AÜHFD, C. XXVI, 1969, S. 3-4, s. 237-252.
- Hoffmann**, Bernd von/**Thorn**, Karsten/**Firsching**, Karl: Internationales Privatrecht, 9. Auflage, München 2007.
- Kuru**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, 6. Baskı, İstanbul 2001.
- Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder: Medenî Usul Hukuku, 21. Baskı, Ankara 2010.
- Musiak**, Hans Joachim/**Foerste**, Ulrich: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 8. Auflage, München 2011.
- Nomer**, Ergin: Türk Vatandaşlık Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2009 (Vatandaşlık).
- Nomer**, Ergin: Devletler Hususî Hukuku, 19. Bası, İstanbul 2011.
- Nomer**, Ergin/**Şanlı**, Cemal: Devletler Hususî Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2005.
- Özden**, Bülent: Türk Hukukunda Yabancı Şahısların Teminat Mükellefiyeti, İstanbul 1999.
- Özkes**, Muhammet: Medenî Usûl Hukukunda Aslî Müdahale, İstanbul 1995.
- Özkan**, Işıl: Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Ankara 2003.
- Özkan**, Işıl/**Tütüncübaşı**, Uğur: “Türk Alman Hukukunda Çifte Vatandaşlığa İlişkin Gelişmeler”, AÜHFD, Y. 2008, C. 57, S. 3, s. 599-634.
- Pekcanıtez**, Hakan: Medenî Usul Hukukunda Fer’i Müdahale, Ankara 1992.
- Pekcanıtez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özkes**, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku, 12. Bası, Ankara 2011.

- Postacıoğlu, İlhan:** Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975.
- Ruhi, Ahmet Cemal:** Boşanma ile İlgili Yabancı Mahkeme İlâmlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2003.
- Schack, Heimo:** Internationales Zivilverfahrensrecht, 3. Auflage, München 2002.
- Schütze, Rolf A.:** Das Internationale Zivilprozessrecht in der ZPO, Berlin 2008.
- Somm, Thomas Sutter:** “Schwerpunkte und Leitlinien des Vorentwurfs zur Schweizerischen Zivilprozessordnung”, Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2003, s. 11-23.
- Tekinalp, Gülören:** Türk Yabancılar Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2003.
- Tekinalp, Gülören/Çavuşoğlu, Ayfer Uyanık:** Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 11. Bası, İstanbul 2011.
- Tiryakioğlu, Bilgin/Aygün, Mesut/Küçük, Esin:** Türk Uluslararası Özel Hukuk Mevzuatı, 5. Bası, Ankara 2010.
- Tunçomağ, Kenan:** “İkametgâh”, İÜHFM, C. 26, S. 4-5, Y. 1961, s. 153-184, s. 165-167.
- Turhan, Turgut:** “Davacının veya Davaya Katılanın Teminat Gösterme Yükümü”, Prof. Dr. Osman F. Berki’ye Armağan, Ankara 1977, s. 853-905.
- Turhan, Turgut/Tanrıbilir, Feriha Bilge:** Vatandaşlık Hukuku, Ankara 2010.
- Walter, Hans Peter:** “Auf dem Weg zur Schweizerischen Zivilprozessordnung”, SJZ 100, Zürich 2004, s. 313-321.
- Yılmaz, Ejder:** “Davada İnanca”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, C. I, Ankara 1977, s. 381-410.