

HMK HÜKÜMLERİNE GÖRE TEMİNAT KURUMU VE DAVA ŞARTI NİTELİĞİ

*Yrd. Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN**

1. Genel Olarak

Bir başkası tarafından hakkı ihlal edilen veya tehlikeye sokulan, kendisinden haksız bir talepte bulunulan kimsenin her zaman için mahkemeye başvurarak hukuki korumadan yararlanması, bunun için dava açabilmesi Anayasanın 36. maddesi tarafından güvence altına alınmıştır. Anayasa madde 36'ya göre; herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir. Bu duruma paralel olarak mahkemece haklı bulunan tarafın biran önce hakkına kavuşabilmesi, mahkeme kararının yerine getirilmesi için görevli olan icra ve iflas organlarına başvurma hakkı vardır. Hukuki korumadan yararlanmak için dava açan ve alacağı mahkeme ilamının yerine getirilmesi için icra iflas mercilerine başvuracak olan kimsenin yerli veya yabancı biri olması arasında kanun önünde eşitlik ilkesi gereği fark yoktur. Anayasanın 36.maddesindeki “herkes” kavramı yerli ve yabancı bütün gerçek ve tüzel kişileri kapsar. Dava açan veya icra iflas dairelerinden talepte bulunan kişilerin kural olarak herhangi bir teminat göstermesi veya kendini avukat vasıtasıyla temsil ettirmesi gerekmez. Buradaki amaç kişilerin dava açması sonucunda veya hükmün icrası sırasında yapacağı masrafları göz önünde tutarak hakkını aramaktan vazgeçmek zorunda bırakılmamasıdır¹.

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ **Yılmaz**, Ejder; Davada İnanca, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, C.I, Ankara 1977, (s. 381-410), s. 382; **Turhan**, Turgut; Davacının veya

Hak arama özgürlüğü her ne kadar Anayasa ile güvence altına alınmış olsa da kanun koyucumuz bu duruma bazı hallerde istisnalar getirmiştir. Bu istisnaların en önemlisi teminat gösterilmesi şartıdır. Buna göre, kanun koyucu bazı hallerde davacının (veya mahkemeden herhangi bir talepte bulunanın), davasında (veya talebinde) haksız çıkması halinde, karşı tarafın uğrayacağı muhtemel zararları ve bu bağlamda yargılama giderlerinin davacıdan istenebilmesinin zor veya imkânsız olacağı tahmin edilen bazı özel durumlarda teminat gösterilmesini gerekli görmüştür². Bu gerekliliğin yerine getirilmemesi durumunda da yerine getirmeyen taraf aleyhine davanın usulden reddi gibi ağır usul müeyyideleri uygulanacağı kanunda öngörülmüştür.

Kanun koyucunun kural olarak herkesin rahatça kullanabileceği dava hakkına veya diğer hukuki taleplerine bazı durumlarda HUMK zamanında olduğu gibi³ veya MÖHUK ta da yer aldığı gibi⁴ HMK ile de teminat şartı getirmesinin altında yatan ana düşünce; tarafların yargılama sonucunda veya

Davaya Katılanın Teminat Gösterme Yükümü, Prof. Dr. Osman F. Berki'ye Armağan, Ankara 1977, (s.853-905), s. 854; **Çiçekli**, Bülent; Yabancılar Hukuku, 2. Bası, Ankara 2009, s. 201-202.

² **Kuru**, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.IV, 6.Bası, İstanbul 2001, s.4154; **Pekantez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özkes**, Muhammet; Medenî Usul Hukuku, 12. Bası, Ankara 2011, s. 342; **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. **Nomer**, Ergin; Devletler Hususî Hukuku, 19. Bası, İstanbul 2011, s. 476.

³ Teminat, mülga HUMK'un 96 vd. maddelerinde düzenlenmişti. HUMK madde 97/I'e göre; "Türkiye'de Kanunu Medenî mucibince ikametgâhı olmayan müddei (davacı) veya davaya müdahale eden kimse diğer tarafın muhtemel zarar ve ziyaniyle masarifi muhakemesine mukabil 96'ncı madde mucibince teminat göstermeye mecburdur". HUMK, HMK'dan farklı olarak teminat yükümlülüğünü sadece davacının veya davaya katılanın Türkiye'de ikametgâhı olmaması şartına bağlamaktaydı.

⁴ 5718 sayılı MÖHÜK m.48/1, 2675 sayılı önceki MÖHUK m.32 düzenlemesinde olduğu gibi teminatın kapsamına, karşı tarafın zarar ve ziyasını dâhil etmektedir. Bu bağlamda MÖHUK m. 48/1 ile HMK da yer alan teminat'a ilişkin hükümlerin düzenleniş amacı benzerdir. **Bilge**, Necip/**Önen**, Ergun; Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Bası, Ankara 1978, s. 341-342; **Unat**, İlhan; Davacının Yabancı Niteliğine Dayanan Adli Teminatın Uygulanma Alanı, AÜSBFD, C.28, S. 3, 1973, s. 8.

bir takım icra işlemleri sonucunda uğrayacakları haksız maddi kayıplara karşı önceden tedbir alınmasıdır⁵.

Teminat kavramı borçlar hukuku ve usul hukuku bağlamında farklı şekilde tarif edilebilir. Borçlar hukuku bağlamında teminat bir borcun zamanında ve uygun biçimde ödenmesini sağlayan bir işlem veya belli bir hukuksal duruma ulaşmak için verilen garantidir (cautio judicatum solvi)⁶. Teminat müessesesinin amacı ve HMK hükümleri göz önünde bulundurularak teminat kavramının usul hukuku bağlamında tanımı yapılacak olursa, teminat, kanunda tahdidi olarak sayılan durumlardan biri içerisinde bulunan davacının, müdahilin veya takibe girişmek isteyen kimsenin, henüz hukuki işleme girişmeden önce karşı tarafın yargılama ve takip giderleri sonucunda oluşacak muhtemel zararını, mahkemenin belirlediği veya tarafların kendi aralarında belirledikleri miktar esas alınarak depo etme zorunluluğudur⁷.

2. HMK m. 84 Hükümüne Göre Teminat Gösterilmesi Gereken Haller

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK da teminat gösterme yükümlülüğü 84 ve 89. maddeler arasında düzenlenmiştir. Belir-

⁵ **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder; Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 22. Bası, Ankara 2011, s. 572; **Karlı**, Abdurrahim; Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası, İstanbul 2011, s. 440; **Kılıçoğlu**, Mustafa; 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, İstanbul 2012, s. 521; **Kuru**, C.IV, s. 4154; **Bilge/Önen**, s. 339; **Onar**, Sıddık Sami/**Belgesay**, Mustafa Reşit; Adliye Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1944, s. 118-119; **Yılmaz**, s. 405; **Özden**, Bülent; Alman Hukukunda 'Cautio Judicatum Solvi' Kuralı, MHB, C.10, S. 1-2, 1990, s. 133-134; **Unat**, s. 2.

⁶ **Yavuz**, Cevdet/**Acar**, Faruk/**Özen**, Burak; Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2010, s. 589; **Tandoğan**, Haluk; Borçlar Hukuku; Özel Borç İlişkileri, C.II, 5. Bası, İstanbul 2010, s. 684; **Develioğlu**, Hüseyin Murat; Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009, s. 11; **Özen**, Burak; Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2008, s. 1.

⁷ Diğer tanımlalar için bkz. **Yılmaz**, Ejder; Hukuk Sözlüğü, 5. Bası, Ankara 1996, s. 718; **Kuru/Yılmaz/Arslan**, s. 572; **Bilge/Önen**, s. 339; **Yılmaz**, s. 381; **Karlı**, s. 440; **Kılıçoğlu**, s. 521; Yargıtay 1969 yılında verdiği bir İçtihadı Birleştirme Kararında teminatı; bir borcun, bir eda mükellefiyetinin zamanında ve yerinde ödeneceğini, yerine getirileceğini temine yarayan, onu garanti eden muamele olarak tanımlamıştır. İBK 5.11.1969, 6/7 (RG 31.12.1969, s. 13388, s. 2-3).

tilen maddeler arasında düzenlenen teminat gösterme yükümlülüğü kural olarak özel mahkeme genel mahkeme ayrımı yapılmaksızın bütün hukuk davalarında uygulanır. Bununla birlikte İdari Yargılama Usulü Kanunu m.31’de yer alan yollama gereğince niteliğine aykırı düşmediği müddetçe HMK’ da yer alan teminata ilişkin hükümler idari davalarda da uygulanır.

HMK m. 84’te ‘teminat gösterilecek haller’ başlığı altında iki durumda davacının, davalı tarafın muhtemel yargılama giderlerini karşılayacak uygun bir teminat göstermesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu durumlar şunlardır:

- a) Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşının dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması,
- b) Davacının daha önceden iflasına karar verilmiş, hakkında konkordato veya uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma işlemlerinin başlatılmış bulunması; borç ödemedi aciz belgesinin varlığı gibi sebeplerle, ödeme gücü içinde bulunduğu belgelenmesidir

A. Türkiye’de Mutad Meskeni Olmayan Türk Vatandaşının Dava Açması, Davacı Yanında Davaya Müdahil Olarak Katılması veya Takip Yapması

HMK m.84/I-a hükmüne göre, “Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşının dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması” durumunda teminat göstermesi gerekmektedir. Madde de düzenlenen teminat yükümlülüğü mülga HUMK m. 97 den farklı olarak sadece Türkiye de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşlarının Türk mahkemelerinde dava açması veya takip yapması halinde uygulanacaktır. Dava açanın veya takibe girişenin yabancı olması halinde HMK m. 84/1-a hükmüne göre teminat gösterme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bunun nedeni yabancı davacılar için teminat gösterme yükümlülüğünün zaten MÖHUK m. 48’de ayrıca düzenlenmiş olmasıdır⁸. Bu durum kanunun gerekçesinde de “Maddede, teminat konusu sadece Türk vatandaşları açısından düzenlenmiştir. Çünkü yabancıların, Türkiye’de dava açması, davacı yanında davaya fer’î müdahil sıfatıyla katılması ve Türkiye’de takip yapması

⁸ 2675 sayılı MÖHUK’ta m.32’de düzenlen teminat kurumu 2007 yılında kabul edilen 5718 sayılı MÖHUK’ta 48.maddede benzer şekilde düzenlenmiştir.

hâlinde, teminat göstermesiyle ilgili olarak Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 32. maddesinde (5718 sayılı Kanun m.48) yer alan kural işlerlik kazanacaktır.” şeklinde açıkça vurgulanmıştır⁹.

HMK m. 84 gereğince teminat yükümlülüğü sadece davacı tarafın yahut müdahale talebinde bulunanın veya takibe girişinin üzerindedir. Davalı tarafın veya borçlunun Türk vatandaşı olup olmamasının teminat yükümlülüğüne herhangi bir etkisi yoktur¹⁰.

HMK m. 84 de ifade edilen Türk vatandaşı olma kriteri belirlenirken davanın açıldığı yahut müdahale talebinde bulunulduğu veya takibin yapıldığı tarihteki Türk vatandaşlığı durumu esas alınmalıdır. Zira dava şartları, davanın açıldığı tarihteki duruma göre değerlendirilir¹¹.

Tüzel kişiler bakımından HMK m. 84’te yer alan Türk vatandaşı olma kriteri belirlenirken kanun koyucu madde gerekçesinde tüzel kişinin merkezi Türkiye’de ise, o tüzel kişinin Türk tabiiyetinde olacağını; tüzel kişinin merkezi yurt dışında ise, yabancı bir tüzel kişiden söz edileceğini ve bu durumda yabancı tüzel kişinin Türkiye’de dava açması yahut takip yapması halinde 2675 sayılı Kanunun 32. maddesi (5718 sayılı Kanun m. 48) uyarınca teminat göstermek zorunda olduğunu ifade etmiştir.

Kanundaki düzenleme de yer alan ‘Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşı’ ifadesi ile mülga HUMK düzenlemesinde yer alan ‘ikamet-

⁹ Mülga HUMK m.97’de yer alan hüküm teminat gösterme konusunda davacının Türk vatandaşı veya yabancı olmasını dikkate almayı, sadece Türkiye’de ikametgâhının olmaması kıstasından hareket etmekteydi. “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 48. maddesinde açıklandığı gibi, icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tüzel kişiler, yargılama ve takip giderleri ile karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermek zorundadır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 97.maddesi uyarınca ise “Türkiye’de Kanunu Medeni mucibince ikametgâhı olmayan müddei veya davaya müdahale eden kimse diğer tarafın muhtemel zarar ve ziyanyla masarifi muhakemesine mukabil 96 ncı madde mucibince teminat göstermeye mecburdur.” düzenlemesi yer almaktaydı.

¹⁰ **Okur**, Mustafa; Adli Teminat, Ankara 2011, s. 159.

¹¹ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 306; **Karlı**, s. 435; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 334; **Kıyak**, Emre; Türkiye’de Mutad Meskeni Olmayan Türk Vatandaşları İçin Teminat Gösterme Yükümlülüğü, EÜHFD, C. XVI, S. 1-2 (2012), (s. 225-246), s. 232.

gah (yerleşim yeri) ölçütünden vazgeçilmiş, bunun yerine ‘mutad mesken’ ölçütü getirilmiştir. Kanun koyucu bu değişikliğin nedenini madde gerekçesinde “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” şeklinde açıklamıştır. Kanun koyucunun ‘ikametgah (yerleşim yeri)’ ifadesi yerine ‘mutad mesken’ ifadesini kullanması gerekçedeki açıklamaya rağmen doktrin tarafından eleştirilmiştir.

Umar, ikametgah ölçütü yerine mutad mesken ölçütü getirilmesinin gerekçenin aksine Türk vatandaşları için daha elverişli, kayırmacı olmayacağını bunun daha çok sayıdaki Türk vatandaşını teminat gösterme yükümlülüğü ile karşı karşıya bırakacağını belirtmektedir¹².

Tütüncübaşı, 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 etmenin HMK 84’üncü maddenin konuluş amacına daha uygun olacağını çünkü, ailesi ile birlikte yurt dışında yaşayıp çalışan ve sadece tatil yapmak amacıyla Türkiye’ye gelen ve nispeten kısa süre burada kalan Türk vatandaşlarının mutad meskeninin, hayat ilişkilerinin merkezi olan oturdukları ülkeler olduğunu, bu sebeple yurt dışında yerleşik Türk vatandaşlarının Türkiye’de açacakları davalarda teminat gösterme yükümlülüklerini istisna olarak değerlendirmek yerine, teminat göstermemelerini istisna olarak değerlendirmenin daha isabetli ve amaca uygun olacağını belirtmektedir¹³.

¹² Umar, Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’na Katkı, TBBD, S. 67, 2006, (s. 121-162), s. 125.

¹³ Tütüncübaşı, Uğur; Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü, DEÜHFD, C.12, S. 2, 2010, (s. 183-223), s. 199.

Okur ise, mutad mesken ölçütünün benimsenmesinin teminattan muafiyet sağlayan anlaşmalarda, mutad meskenden söz edilmemesi hallerinde teminattan muafiyet sağlamayarak, teminat yükümlülüğünün mevcut düzenlemeye göre daha da çoğalmasında neden olacağı gerekçesiyle madde de yapılan değişikliği eleştirmektedir¹⁴.

Mutad mesken kişinin ikametgahından ayrı fiilen ve sürekli olarak oturduğu yerdir¹⁵. Mutad mesken hukukî bir kavram olmaktan ziyade sadece bir vakıadan ibarettir ve bu husustaki fiilî vakıaların ispatı takdire bağlı olmakla beraber, fiilen bir ülkede sürekli olarak oturan kişinin, o ülke ile yakınlığı olduğu muhakkaktır ve o ülke onun mutad meskenini oluşturacaktır¹⁶.

Kanun koyucunun ikametgah ölçütü yerine mutad mesken ölçütünü getirmesinin gerekçesi incelendiğinde kanaatimizce en başta kanun koyucuyu değişikliğe iten amaç yerinde değildir. Kanun koyucu yabancı ülkede ikametgâhı (yerleşim yeri) bulunan Türk vatandaşlarını teminat yükümlülüğünden kurtarmayı asıl amaç olarak belirlemiş bazı durumların bunun istisnaları olabileceğini belirtmiştir. Bizce kanun koyucunun asıl amacı yabancı ülke de yaşayan Türk vatandaşları için de teminat gösterme yükümlülüğünü uygulamak olmalıdır. Bununla birlikte bir Türk vatandaşının yabancı ülkede veya Türkiye de yaşadığını tespit ederken ikametgah (yerleşim yeri) gibi ispatı kolay somut bir ölçüt aranması daha yerinde olacaktır. İkametgah kriteri yerine mutad mesken gibi somut bir belgeye bağlanması zor olan ancak maddi olgularla ispatlanabilecek bir ölçüt getirilmesi mahkemelerin işini uygulamada zorlaştıracak hatta bazı hallerde Türkiye de ikametgahı olan kimselerin bile teminat göstermesi gibi bir sonuç doğuracaktır. Bu durum ise yukarıda belirttiğimiz üzere teminat müessesesinin amacı ile bağdaşmayacaktır.

¹⁴ Okur, s. 161.

¹⁵ Okur, s. 160; Çelikel/Erdem, s. 188; Nomer/Şanlı, s. 120; Alman hukukunda mutad mesken kavramı (gewöhnlicher Aufenthalt), geçici bir oturma yerini değil, devamlılık gösteren ve kişinin hayat ilişkilerinin ağırlık merkezinin bulunduğu yer şeklinde tanımlanmaktadır. 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.

¹⁶ Tütüncübaşı, s. 199; Çelikel/Erdem, s. 188.

Türkiye de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşları için teminat gösterme yükümlülüğü, onların ancak bir davanın davacı tarafında yer alması ve davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması halinde söz konusu olacaktır. Türkiye de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşlarının davaya müdahale ederken teminat gösterme yükümlülüğü sadece fer'î müdahil olarak davaya katılmak istemesi durumunda ortaya çıkacaktır¹⁷. Zira, aslî müdahale, görülmekte olan davanın konusunu oluşturan şey üzerinde kısmen ya da tamamen üstün bir hak iddiasında bulunan üçüncü kişinin, görülmekte olan davanın taraflarına karşı müstakil bir dava açılması suretiyle gerçekleştirildiği için, aslî müdahil zaten davada taraf yani davacı konumundadır; dolayısıyla, aslî müdahaleyi yapacak kimsenin Türkiye'de mutad meskeni yoksa, teminat gösterme zorunluluğu, bunu gerçekleştirmek için açacağı dava ile zaten ortaya çıkacaktır¹⁸.

Kanun gerekçesinde de belirtildiği üzere fer'î müdahale ise ayrı ve müstakil bir davanın açılması suretiyle değil, müdahale talebinin mahkemece kabulü hâlinde işlerlik kazanacağı için fer'î müdahil taraf değil, yanında davaya katıldığı tarafın yardımcısı konumundadır¹⁹. Türkiye'de mutad meskeni bulunmayan fer'î müdahil açısından teminat gösterme yükümü ise davalının yanında değil, ancak davacının yanında davaya katılarak bu sıfatı iktisap etmesi hâlinde ortaya çıkacaktır. Fer'i müdahilin göstermesi gereken bu teminatın tutarı ise, sadece fer'i müdahale giderleri ile sınırlı olacaktır²⁰.

Borcunu rızası ile yerine getirmeyen veya edimini ifa etmekten sebep-siz yere kaçınan borçluya karşı alacaklının devlet eliyle alacağını elde etme yolu olan icra takibine başvurma hakkı da Anayasanın 36. maddesi ile herkese tanınmış bir haktır. Kural olarak alacaklı olduğunu iddia ederek icra makamlarına başvuran kişilerin teminat göstermeleri gerekmez. Ancak genel kural bu olmakla birlikte kanun koyucu HUMK 97. maddenin birinci fıkrasında yer alan düzenlemeden farklı olarak, HMK m. 84/1-a hükmü ile temi-

¹⁷ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 599; Fer'i müdahale hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Pekcanitez**, Hakan; *Medenî Usul Hukukunda Fer'i Müdahale*, Ankara 1992.

¹⁸ Aslî müdahale hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Özekes**, Muhammet; *Medenî Usul Hukukunda Asli Müdahale*, İstanbul 1995.

¹⁹ **Kuru**, s. 4204.

²⁰ Bkz. 84'üncü madde gerekçesi; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 344.

nat gösterilecek hâller arasına Türkiye’de takip yapılmasını da eklemiştir²¹. Ayrıca, anılan yasal düzenlemeden yine farklı olarak, gösterilecek olan teminatın kapsamı, yargılama ve takip giderleri ile sınırlandırılmış; içeriğinin tümüyle belirsizlik arz etmesi sebebiyle, bu güne kadar hiç uygulama alanı bulmamış olması hususu da dikkate alınarak, temin edilmesi gerekenler arasına, karşı tarafın dava veya takip nedeniyle uğrayabileceği muhtemel zararlar dahil edilmemiştir.

HMK m. 84/1-a hükmüne göre Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşlarına cebri icra yoluna başvurmak için teminat gösterme zorunluluğu getirilmesinin sebebi de takibe uğrayan borçlu tarafın borçlu olmadığına ortaya çıkması halinde uğrayacağı menfaat kayıplarının önlenmesidir. Bu cümleden olmak üzere kanun koyucu Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşlarının, ilama bağlı bir alacak için ilamlı icra takibi yaptığında, alacağın varlığı ilam ile sabit olduğu için teminat göstermek zorunda olmadıklarını açıkça düzenleme altına almıştır (HMK m. 85/1-ç). Buna karşılık ilam niteliğindeki belgeye bağlı alacaklar için ilamlı takip yapılması hâlinde, bu istisnanın uygulanmayacağı da HMK m.85’in gerekçesinde düzenlenmiştir.

HMK m. 84/2’de Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşlarının dava açmaları halinde teminat miktarının mahkemece belirleneceği düzenlenmiştir. Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşlarının icra takibine başvurmaları halinde ise icra takibinde bulunan alacaklının yatıracağı teminatın miktarını icra dairesi belirler. Her ne kadar HMK da bu konuda açık bir düzenleme olmasa bile kanun tasarısında ve kanuna ilişkin Adalet Komisyonu raporlarında son olarak ta Yargıtay kararlarında bu konuda karar verme yetkisi icra müdürlüklerine bırakılmıştır²². Buna göre

²¹ Kanunun lafzında yer alan ‘Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşlarının takip yapması’ ifadesi, kanaatimizce hem ‘icra’ hem de ‘iflas yolu’ ile takip yapma hallerini içermektedir.

²² HMK tasarısında yer alan ancak HMK da yer almayan 95. madde gerekçesi şu şekilde idi; Maddede yer alan düzenlemeyle takipler bağlamında teminat gösterme yükümlüğünün doğması hâlinde, davada teminatla ilgili olarak hâkim tarafından alınması gereken kararların, takiplerde işin doğası gereği, cebri icra prosedürünün işleyişinde başından sonuna kadar birinci derecede rol ve sorumluluk üstlenmiş olan icra müdürleri tarafından alınacağı hüküm altına alınmıştır. HMK Tasarısı ve Adalet Komisyonu

icra takiplerinde alacaklının Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşlarından olup olmadığı ve teminatla yükümlü olup olmadığı da icra dairesi (müdürü) tarafından belirlenir.

Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşlarının mahkemeden geçici hukuki himaye tedbiri istemeleri halinde teminat gösterme yükümlülüğünün olup olmadığı kanunda düzenlenmemiştir. Kanaatimizce teminat kurumunun genel amacı gözetilerek, karşı tarafın haklı çıkması halinde uğrayacağı muhtemel zararlar göz önünde bulundurularak geçici hukuki himaye tedbirine başvuran kişiden de HMK m.84/1-a hükmü gereğince teminat istenmelidir. Bu durumdaki kişilerin göstermesi gereken teminat, geçici hukuki koruma tedbiri taleplerine özgü olan (HMK m.392) ve karşı tarafın tedbir nedeniyle uğrayacağı zararları tazmin etmek için öngörülen teminata ilave olarak, HMK m.84 gereğince ayrıca istenmelidir.

Teminat kurumu Alman Medenî Usul Kanununun da (ZPO) 110 ve 113. maddeler arasında düzenlenmiştir. ZPO da teminat gösterme yükümlülüğü davacının “mutad meskeni” ölçüt alınarak ilk itiraz halleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre davacının mutad meskeninin Avrupa Birliği (AB) veya Avrupa Ekonomik Alanına (AEA) taraf olan ülkelerden birinde (AB üyeleri ile Norveç, Lichtenstein ve İzlanda) olmaması durumunda davacının davasının talebi üzerine yargılama giderlerini karşılayacak miktarda teminat göstermesi zorunludur (§ 110/1 ZPO).

B. Davacının Daha Önceden İflasına Karar Verilmiş, Hakkında Konkordato veya Uzlaşma Suretiyle Yeniden Yapılandırma İşlemlerinin Başlatılmış Bulunması, Borç Ödemeden Aciz Belgesinin Varlığı Gibi Sebeplerle, Ödeme Güçlüğü İçinde Bulunduğunun Belgelenmesi

Mülga HUMK düzenlemesinden farklı olarak HMK da teminat gösterme zorunluluğu doğuran hâller arasına, HMK m.84/1-b hükmü ile yargılama ve takip giderlerini karşılamada doğabilecek muhtemel güçlüğü ber-

Raporu, s. 393. “MÖHUK m. 32’de (m. 48/2) öngörülen (mahkeme) terimin icra takipleri için İcra Dairesi olarak anlaşılması gerekir.” Yargıtay 12. HD. T.18.9.2000; E.11901/13008 (Kuru, s. 4207).

taraf etmek ve anılan giderlerin temin edilmesini daha işin başında güvence altına almak amacıyla, davacının daha önceden iflâsına karar verilmiş, hakkında konkordato, uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma işlemlerinin başlatılmış bulunması, borç ödemedi aciz belgesinin varlığı gibi ödeme güçlüğü içinde bulunduğunu gösteren belgelerin varlığı hâli de eklenmiştir²³. Madde de belirtilen durumlarda teminat gösterme yükümlülüğü, hem gerçek hem de tüzel kişi davacılar bakımından geçerlidir. Belirtilen hâllerin, davacı yanında fer'î müdahil sıfatıyla yer alan kişinin şahsında gerçekleşmiş olması, fer'î müdahil açısından da müdahale giderleriyle sınırlı olarak teminat gösterme zorunluluğunun doğması sonucunu ortaya çıkarır²⁴.

Kanun koyucu madde düzenlemesinde öncelikle borçlunun ödeme güçlüğü içinde bulunduğuna işaret eden 'iflâsına karar verilmiş olması, hakkında konkordato, uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma işlemlerinin başlatılmış bulunması, borç ödemedi aciz belgesinin varlığı' gibi örnek (somut) durumları sayma yöntemiyle belirtmiştir. Kanun koyucu maddenin devamında ise haksız çıkan davacının, davalının muhtemel yargılama giderlerini ödemesini güvence altına almak için "borçlunun ödeme güçlüğü içinde bulunduğunu gösteren belgelerin varlığı" gibi genel (torba) bir kriter belirleyerek davalı tarafın zarara uğramasını önlemeyi amaçlamıştır.

a. Davacının Daha Önceden İflasına Karar Verilmiş Olması

İflâs davasının sonunda verilen depo kararı üzerine, borçlu borcunu ödemez ve depo etmezse, ticaret mahkemesi, depo kararından sonraki ilk oturumda iflâs isteyen alacaklının, ilk alacaklılar toplantısına kadar ki dönem için gerekli olan giderler ile iflâs kararının kanun yolları için gerekli bütün tebliğ giderlerini peşin (avans) olarak mahkeme veznesine yatırdığını tespit etmesi halinde borçlunun iflâsına karar vermek zorundadır²⁵. Doğrudan iflas yolunda ise ticaret mahkemesi iflas sebeplerinin gerçekleştiğini tespit etmiş

²³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 344.

²⁴ Tanrıver, Süha; HMK Tasarısının 1 ila 122. Maddelerinde Yer Alan Temel Düzenlemeler ve Bunların Genel Çerçeve Değerlendirilmesi, AÜHFD, 2008, C. 57, S. 3, (s. 635-664), s. 654.

²⁵ Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder; İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 27. Bası, Ankara 2013, s. 477.

ise ilan aşamasından sonra depo kararı olmaksızın borçlunun iflasına karar verir. Ticaret mahkemesinin iflâsa karar verdiği anda, borçlu (müflis) hakkında iflâs açılmış olur. İflâs kararında, iflâsın açılma ânı (zamanı) gün, saat ve dakika olarak gösterilir. İflâs kararı, bütün hüküm ve sonuçlarını (m.184 vd), iflâs kararında gösterilmiş olan iflâsın açılma ânından itibaren meydana getirir²⁶.

HMK m.84/1-b hükmü gereğince iflasına karar verilmiş olan bir müflisin dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması durumunda teminat göstermesi gerekecektir. Bu durumdaki müflis, Türkiye de mutad meskeni bulunan bir Türk vatandaşı olsa bile teminat göstermek zorundadır. Zira kanun koyucu HMK m. 84/1-b ile hakkında iflas kararı verilen müflisin, vatandaşlık durumu veya meskeniyet durumunu gözetmeksizin, açmış olduğu davada yargılama ve takip giderlerini karşılamada doğabilecek muhtemel güçlüğü bertaraf etmek ve anılan giderlerin temin edilmesini daha işin başında güvence altına almak amacıyla teminat yükümlülüğü getirmiştir.

b. Davacı Hakkında Konkordato veya Uzlaşma Suretiyle Yeniden Yapılandırma İşlemlerinin Başlatılmış Bulunması

Konkordato, dürüst bir borçlunun, imtiyazsız alacaklılarının (en az üçte iki) çoğunluğu ile yaptığı ve ticaret mahkemesinin tasdiki ile hüküm ifade eden öyle bir cebri anlaşmadır ki, bununla imtiyazsız alacaklılar borçluya karşı alacaklarının belli bir yüzdesinden feragat ederler ve borçlu, borçlarının konkordato ile kabul edilen kısmını (yüzdesini) ödemekle, borçlarının tamamından kurtulur²⁷.

HMK m. 84/1-b fıkrasında konkordatoya ilişkin teminat yükümlülüğü getirilirken konkordato işlemlerinin başlatılmış olmasından söz edilmiştir. Konkordato işlemlerinin başlatılması iflas içi ve iflas dışı konkordato da farklı usule tabidir.

İflas dışı konkordato da konkordato işlemleri borçlunun (veya alacaklının) konkordato hükümlerinden yararlanmak amacı ile icra mahkemesine

²⁶ **Kuru**, Baki; İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Bası, Ankara 2013, s. 1125.

²⁷ **Kuru**, El kitabı, s. 1444; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, İcra, s. 625.

bir konkordato teklifi vermesi ile başlar²⁸. Davacının teminat yükümlülüğü de bu andan itibaren başlamalıdır. Bunun dışında teminat yükümlülüğünün başlaması için icra mahkemesinin konkordato teklifine ilişkin vereceği karar beklenmemelidir.

İflâsına karar verilen müflisin başvurabileceği iflas içi konkordato teklifi iflâs idaresine verilir (m. 309). İflâs idaresi henüz seçilmemişse (birinci alacaklılar toplanmasına kadar, m. 223), müflis, konkordato teklifini iflâs dairesine verir. Basit tasfiyede, konkordato teklifi iflâs dairesine verilir. İflas içi konkordato da konkordato işlemlerinin başlatılma anı ve bunun sonucunda davacının teminat gösterme yükümlülüğünün doğum anı, konkordato teklifini içeren gerekçeli dilekçenin iflas idaresine veya duruma göre iflas dairesine verilmesi anıdır.

İflas dışı veya iflas içi konkordato hükümlerinden yararlanmak için konkordato teklifinde bulunan borçlunun, dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması durumunda mahkemece tabiyet veya meskeniyet kriteri gözetilmeksizin teminat göstermesi gerekecektir.

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma kurumu hukukumuzda 2004 yılında 5092 sayılı Kanun değişikliğiyle birlikte girmiştir. Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma sermaye şirketleri ile kooperatiflerin yapısal yönetimlerini yeni koşullara uydurmak suretiyle faaliyetlerine devam etme imkânı sağlayan bir kurumdur²⁹. Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma başvurusunda bulunabilmek için başvuru yapan sermaye şirketinin veya kooperatifin mali durumunun bozulması ile yeniden yapılanma projesinin hazırlanarak alacaklılar tarafından kabul edilmiş olması gerekir³⁰.

Uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma başvurusu borçlu tarafından hazırlanacak gerekçeli bir dilekçe ile ticaret mahkemesine yapılır. Yetkili ticaret mahkemesi şirket veya kooperatifin muamele merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir. Uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma işlemlerinin

²⁸ **Ercan**, İbrahim; İcra ve İflas Hukukunda Mal Varlığının Terki Suretiyle Konkordato, Konya 2008, s. 43.

²⁹ **Taşpınar Ayvaz**, Sema; İcra İflas Hukukunda Yeniden Yapılandırma, Ankara 2005, s. 47.

³⁰ **Ercan**, s. 152.

başlatılma anı borçlunun uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma hükümlerinden yararlanmak için dilekçe ile ticaret mahkemesine başvurduğu andır. Ticaret mahkemesine uzlaşma başvurusu yapan borçlunun, bu andan sonra dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması durumunda mahkemece tabiyet veya meskeniyet kriteri gözetilmeksizin teminat göstermesi gerekecektir.

c. Borç Ödemeden Aciz Belgesinin Varlığı

Paraların paylaşılması sonucunda alacaklı (veya alacaklılar) alacağının tamamını alamamış (ve aciz belgesi düzenlenmesi için gerekli şartlar yerine gelmiş) ise, icra dairesi, kalan miktar (ödenmeyen alacak kesimi) için, hemen (kendiliğinden) bir borç ödemeden aciz belgesi (vesikası) düzenleyip alacaklıya (ve bir suretini de borçluya) verir. Bu belgeye kesin borç ödemeden aciz belgesi adı da verilir (İİK m. 143).

Haciz sırasında borçlunun haczi kabil hiçbir mal bulunamazsa veya haciz sırasında borçlunun haczi kabil malı bulunmasına karşın bunların takdir edilen kıymetleri takip konusu alacağı karşılamayacağı anlaşılırsa bu duruma belirleyen haciz tutanağı da “geçici aciz belgesi” hükmündedir (İİK m. 105).

Yine iflas tasfiyesi sonucunda verilen aciz belgesi de müflisin borç ödemeden aciziyetini ortaya koyan bir belgedir (İİK m. 251).

Kanaatimizce kanun koyucunun HMK m. 84/1-b fıkrasında kullanmış olduğu “borç ödemeden aciz belgesi” ifadesi icra ve iflas hukukunda borçlunun borcunu ödeme kabiliyetinin olmadığını gösteren ve bu nedenle hakkında aciz belgesi düzenlenen üç durumu da kapsamaktadır.

Hakkında geçici veya kesin borç ödemekten aciz belgesi bulunan borçlunun, bu andan sonra dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması durumunda mahkemece tabiyet veya meskeniyet kriteri gözetilmeksizin teminat göstermesi gerekecektir. Borçlunun teminat yatırma yükümlülüğü kanaatimizce sadece borçlu hakkında aciz belgesi alan kimselere karşı açtığı davalar için değil herkes için geçerlidir.

HMK m. 84/1-b hükmü sayesinde alacaklıların uygulamada sıklıkla karşılaştığı bir mağduriyette kendiliğinden çözülmüş olacaktır. Buna göre borçluya karşı yapılan icra takibi sonucunda borçlunun geçici veya kesin

borç ödemekten aciz olduğu ortaya çıktıktan sonra, borçlunun alacaklıya karşı menfi tespit davası açması veya önceden açtığı menfi tespit davasının görülmesi sonucunda borçlunun haksız olduğu ortaya çıksa ve mahkeme masraflarını ödemeye mahkûm edilse bile, zaten aciz durumdaki (davacı) borçludan, (davalı) alacaklı mahkeme masraflarını dahi alamıyordu. Madde ile aciz durumdaki borçlulara dava açarken veya dava görülürken teminat gösterme zorunluluğu getirilmiş olup HMK m. 84/1-b düzenlemesi bu bakımdan hem yargılama giderleri açısından davalıyı hem de vekâlet ücreti bakımından vekilleri koruyucu oldukça yerinde bir düzenlemedir.

d. Borçlunun Ödeme Güçlüğü İçinde Bulunduğunu Gösteren Diğer Belgeler

Sermaye şirketleri ve kooperatiflerin pasifleri aktiflerinden fazla olmasına karşılık (borca batıklık) şirket yöneticileri tarafından, iyileştirme projesi sunulması şartıyla ticaret mahkemesinden iflasın ertelenmesine karar verilebilir (İİK m. 179a). İflasın ertelenmesi ancak alacaklıların hakları, iflasın derhal açılmasına nazaran daha kötü duruma sokulmayacak ise mümkündür. İflasın ertelenmesi, iflas talebiyle birlikte asliye ticaret mahkemesinden istenir. İflasın ertelenmesi süresi en fazla bir yıl olabilir (İİK m. 97/b, f.4).

Kanaatimizce bir borçlu hakkında verilen iflasın ertelenmesi kararı içerik olarak borçlunun ödeme güçlüğü içinde bulunduğunu gösteren belgelerden biridir. Bu yüzden hakkında iflasın ertelenmesi kararı verilmiş olan borçluların da dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması durumunda mahkemece tabiyet veya meskeniyet kriteri gözetilmeksizin teminat göstermesi gerekmektedir.

Borçlu hakkında rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapılmış ancak rehin bedeli alacağı karşılamadığı için geçici ve kesin rehin açığı belgesinin alınması durumunda ise bu belgeler nitelik itibarı ile borç ödemekten acizyet durumunu belirlemediği için borçlunun dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması durumunda teminat gösterme yükümlülüğü aranmamalıdır.

3. Teminatın Gösterilme Zamanı

Mülga HUMK m. 97'de düzenlenen teminat bir ilk itiraz hali olarak düzenlendiği halde HMK m. 84 ve devamı maddelerde düzenlenen teminat,

hukuki nitelik açısından HMK m. 114/1-ğ'de açıkça belirtildiği gibi bir ilk itiraz değil dava şartıdır. Dava şartları mahkeme tarafından esas hakkında incelemeye girişmeden önce araştırılır ve dava şartlarının varlığı tespit edildikten sonra esas hakkında tahkikata başlanılır. Buna göre davacının teminat yükümlülüğünün bulunup bulunmadığına mahkeme, davanın esasına girişmeden önce re'sen karar verecektir. Mahkeme tarafından davacının teminat yatırması gerektiğine karar verildikten sonra hakim tarafından re'sen belirlenecek olan teminat miktarı belirlenen kesin süre içerisinde davanın esasına girilmeden önce yatırılmak zorundadır. Aksi halde dava usulden reddedilir. Müdahale talebinde bulunan fer'i müdahil ise, kesin süre içinde istenen teminatı göstermezse, müdahale talebinden vazgeçmiş sayılır (m. 88/2).

Teminat yükümlülüğü dava şartları arasında yer aldığı için davalı tarafından ileri sürülmesi bile davacı veya davaya katılan bakımından yargılama giderlerini karşılamak üzere teminat yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği yargılamanın her aşamasında mahkemece kendiliğinden gözetilecektir. Takip aşamasında ise karşı tarafın takip giderlerini karşılamak üzere teminat yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği, takibin her aşamasında icra dairesi tarafından kendiliğinden gözetilecektir³¹.

Davanın esasına girildikten sonra teminat gösterme yükümlülüğünün yerine getirilmediğinin ortaya çıkması halinde bu dava şartı eksikliğinin sonradan teminat göstermek yolu ile giderilmesi mümkün olduğundan, mahkeme hemen dava şartı eksikliğinden dolayı davayı reddetmemeli, bu eksikliği tamamlaması yani teminat göstermesi için davacıya uygun bir kesin süre vermelidir. Bu süre içerisinde dava şartı eksikliğinin teminat yatırılması suretiyle giderilmesi halinde davaya devam edilmeli, aksi halde yani teminat gösterme yükümlülüğünün davacıya verilen kesin süre içerisinde yerine getirilmemesi halinde dava usulden reddedilmelidir.

HMK m. 84/2 gereğince dava açılırken teminat gösterme yükümlülüğü bulunmadığı halde davanın görülmesi sırasında teminatı gerektiren durum ve koşulların ortaya çıkması hâlinde, mahkeme teminat gösterme yükümlülüğünü doğuran durum veya koşulu öğrenir öğrenmez teminat gösterilmesine karar vermelidir. Örneğin davacının açmış olduğu dava devam ederken,

³¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 344; Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, s. 599.

kendisine karşı yapılan başka bir takip neticesinde aciz halinde olduğu ortaya çıkmışsa; davaya bakan mahkeme, davalı tarafın yargılama giderlerini karşılamak amacıyla davacının teminat göstermesine, davalının talebi üzerine veya re'sen karar vermek zorundadır. Davacının mahkemece belirlenen teminatı kendisine verilen kesin süre içinde göstermemesi halinde açmış olduğu davanın usulden reddedilmesi gerekecektir. Aynı durum müdahil açısından söz konusu ise, fer'i müdahil tarafından kesin süre içinde istenen teminat gösterilmezse, müdahale talebinden vazgeçilmiş sayılır (m. 88/2).

HMK m. 84/3'te aktif mecburî dava ve takip arkadaşlığında, teminat göstermeyi gerektiren hâllerin dava ve takip arkadaşlarının tamamının şahsında gerçekleşmesi hâlinde teminat gösterme yükümlülüğünün doğacağı hususu hüküm altına alınmıştır. Mecburi dava arkadaşlarının açtıkları dava tek bir davadır, yani ayrılamaz. Bu nedenle mecburî dava arkadaşları davaya ilişkin teminat gösterme yükümlülüğü gibi usul işlemlerini gerçekleştirirken de birlikte hareket etmek zorundadırlar³².

Alman hukukunda ZPO § 111'de davanın başında talep edilmemiş olsa bile, dava devam ederken teminat gösterilmesine ilişkin şartların oluşması veya şartların değişmesi sebebiyle de sonradan teminat istenilebilmesinin mümkün olduğu düzenlenmiştir. Örneğin, davacının başta teminat gösterme yükümlülüğü olmadığı halde sonradan mutad meskenini değiştirmesi halinde teminat göstermesi talep edilebilecektir. Bunun gibi, teminat gösteren davacının da, dava devam ederken değişen şartlar sebebiyle, örneğin mutad meskenini AB ülkelerinden birine taşıması veya adli yardım talebinin kabul edilmesi gibi durumlarda da 111. paragrafın kıyasen uygulanarak teminattan muaf tutulması mümkün olabilecektir.

İsviçre hukukundaki teminata ilişkin düzenlemeler 2011 yılında yürürlüğe giren İsviçre Federal Medeni Usul Kanununun 99 ile 103. maddeleri arasında yer almaktadır. İsviçre hukukunda medenî yargılama yakın zamana kadar her bir kantonda, kantonun kendi çıkarmış olduğu özel usul kanunu ile yürütülmekteydi. 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

³² Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı Hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ulukapı, Ömer**; Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991.

Federal Medenî Usûl Kanunu 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Böylece birçok Avrupa ülkesinden yaklaşık 100 yıl sonra İsviçre'nin tamamında geçerli olan bir Federal Medenî Usul kanunu uygulanmaya başlanmıştır³³. Yeni İsviçre Medenî Usul Kanununda, yabancılık unsurunu da içeren teminat gösterme yükümlülüğü bakımından, gerçek kişiler için “yerleşim yeri” (Wohnsitz) ve tüzel kişiler için “idare merkezi” (Sitz) ölçütü esas alınmıştır (m. 99/1-a)³⁴.

4. Teminat Gösterme Yükümlülüğünden Muafiyet Sağlayan Hâller

Kanun koyucu HMK m. 84/I de “teminat gösterilecek haller” başlığı altında hangi hallerde davacının, müdahilin veya takip yapan kişinin teminat gösterme yükümlülüğünün olduğunu belirledikten sonra HMK m. 85'te “teminat gerektirmeyen haller” madde başlığı altında davacının, müdahilin ve takip yapan kişinin teminattan muaf olduğu durumları belirtmiştir. Bu durumlar şunlardır:

A. Davacının Adli Yardımdan Yararlanması

Kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimselerin, iddia ve savunmalarında, geçici hukuki korunma taleplerinde ve icra takiplerinde, taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması kaydıyla yararlanma imkânı buldukları adli yardım kurumu, bu kişilere teminat gösterme yükümlülüğünden muafiyet sağlar³⁵. Zira adli yardım, yararlanan kişiye tüm dava ve takip giderlerinden muafiyet sağladığı için, davacı adli yardımdan yararlanan konumunda ise yargılama

³³ **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; **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.

³⁴ **Berti**, Stephen V.; Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011, § 13, Kn. 504.

³⁵ **Kuru**, s. 4204.

giderleri bağlamında teminat göstermekten de muaf tutulacaktır. Adli yardımdan yararlanan kişinin takip açması hâlinde takip giderleri ve davacı yanında fer'î müdahil sıfatıyla yer alma durumunda ise fer'î müdahale giderleri bakımından da teminat gösterme yükümlülüğü bulunmaz³⁶.

B. Davacının, Yurt İçinde İstenen Teminatı Karşılamaya Yeterli Taşınmaz Malının veya Aynı Teminatla Güvence Altına Alınmış Bir Alacağıın Bulunması

HMK m. 84'te yer alan teminat gösterme yükümlülüğünün bir başka istisnası teminat gösterme yükümlülüğü bulunan davacının yargılama giderlerini karşılayacak tutar ve yeterlilikte Türkiye'de taşınmaz malı, yahut aynı teminatla güvence altına alınmış bir alacağıın mevcut olması halidir. Bu istisna özellikle HMK m. 84/1-a gereğince Türkiye de mutad meskeni bulunmayan Türk vatandaşları gözetilerek düzenlenmiştir. Zira davacının daha önceden iflasına karar verilmiş, hakkında konkordato veya uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma işlemlerinin başlatılmış bulunması halinde, borç ödemedi aciz belgesinin varlığı gibi sebeplerle, ödeme gücünün içinde bulunduğu belgelenmesi halinde; yurt içinde istenen teminatı karşılamaya yeterli taşınmaz malının veya aynı teminatla güvence altına alınmış bir alacağıın bulunması onu teminat gösterme yükümlülüğünden kurtarmaz.

HMK m. 85/1-b de düzenlenen muafiyet hükmünde kanun koyucu mutad meskeni Türkiye de olmayan Türk vatandaşlarının davacı, fer'î müdahil olması veya takibe girişmesi halinde ortada yeterli bir güvencesinin olması sebebiyle onu teminat göstermekten muaf tutmuştur. Kanaatimizce teminattan muafiyete ilişkin kaleme alınan bu düzenleme uygulamada bir takım sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Zira dava açarken veya takipte bulunurken karşı tarafın yargılama giderlerini karşılayacak tutar ve yeterlilikte, Türkiye'de taşınmaz malı, yahut aynı teminatla güvence altına alınmış bir alacağı mevcut olan davacı, davasını açarken bu bent gereğince baştaki teminata ilişkin dava şartından muafiyet elde ettikten sonra üzerindeki malvarlığını 3.bir kişiye devredebilecektir. Her ne kadar HMK m. 84/2'de "davanın görülmesi sırasında teminatı gerektiren durum ve koşulların

³⁶ **Tutumlu**, Mehmet Akif, Kuram ve Uygulama Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanununun Yeni ve Değişik Hükümlerinin Yorumu, 2. Bası, Ankara 2012, s. 103.

ortaya çıkması hâlinde de mahkemenin teminat gösterilmesine karar verebileceği” düzenlenmiş olsa da başta bahsettiğimiz teminata konu malvarlığının devir olayından haberdar olmayan davalı tarafın dava sonucunda yargılama giderlerini geri alamama tehlikesi ortaya çıkabilir. Bunun önüne geçilmesi için teminata konu malvarlığı üzerine dava süresince mahkemece belirlenecek teminat miktarı kadar tedbir uygulanabilmelidir³⁷.

C. Davanın Sırf Küçüğün Menfaatlerini Korumaya Yönelik Olarak Açılmış Olması

Çocuğun (küçüğün) menfaati hem millî, hem de milletlerarası plânda en ziyade himayeye mahzar menfaat olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla, salt küçüğün yani onsekiz yaşını doldurmamış olan gerçek kişinin menfaatinin korunması için dava açılması hâlinde, davacının gösterilmesi gereken teminattan muaf tutulmasının sağlanması gerekir. Küçüğün menfaatini korumaya yönelik davalar belirlenirken küçüğün yasal temsilcisinin değiştirilmesine ilişkin davalar, küçüğe verilen nafakaya ilişkin davalar, küçüğün çalışmasına ilişkin davalar, malvarlığının korunmasına ilişkin davalar örnek olarak gösterilebilir.

D. İlama Bağlı Alacak İçin İlamlı İcra Takibi Yapılmış Olması

HMK m.85’in madde gerekçesinde de belirtildiği üzere ilama bağlı alacak için icra takibi yapılmış olması halinde ilâma bağlı alacağın varlığı konusunda herhangi bir tartışma ve kuşku söz konusu olmaz. Dolayısıyla, ilâma bağlı alacak için ilâmlı takibe müracaat edilmesi hâlinde, alacağının varlığı sabitlik kazanmış bulunan alacaklının teminattan muaf tutulması uygun olur. Sözü edilen muafiyetten ancak, ilâma bağlı olan alacaklar yararlanacak; ilâm niteliğinde belgeye bağlı alacaklar için ilâmlı takip yapılması hâlinde ise belirtilen istisna işlerlik kazanamayacaktır.

E. Teminattan Muafiyete İlişkin Karşılıklılık Anlaşması Bulunması

Teminattan muafiyet sağlayan durumların düzenlendiği HMK m. 85 hükmünde sayılmamış olsa bile MÖHUK gereğince mutad meskeni

³⁷ Benzer görüşte **Okur**, s. 163.

Türkiye’de olmayan Türk vatandaşlarının veya yabancıların Türkiye’de dava açması, davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması durumunda, yerleşik olduğu ülke ile Türkiye arasında akdedilmiş ve teminattan muafiyet hükmü içeren bir anlaşma mevcut ise davacı bu anlaşma kapsamında teminat göstermekten muaf olacaktır³⁸. Mülga HUMK m. 97/II’de 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 açıkça hüküm altına alınmıştı. Ancak bu hükme rağmen özellikle karşılıklılığa ilişkin kanunî ve fiilî uygu-

³⁸ 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 48. maddesinde açıklandığı gibi, icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tüzel kişiler, yargılama ve takip giderleri ile karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermek zorundadır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 97.maddesi uyarınca ise; “Türkiye’de Kanunu Medeni mucibince ikametgahı olmayan müddei veya davaya müdahale eden kimse diğer tarafın muhtemel zarar ve ziyaniyle masarifi muhakemesine mukabil 96 ncı madde mucibince teminat göstermeye mecburdur.” düzenlemesi yer almaktadır. Anılan maddelerde öngörülen teminat hususu takip yapmanın ön koşulu olup, mahkemece re’sen gözetilmelidir. Mahkeme dava veya takibin niteliğine ve duruma göre davacıyı, davaya katılanı veya takip isteğinde bulunana karşılıklılık esasına göre teminat göstermekten muaf tutabilir. Yasada öngörülen (mahkeme) teriminin icra takipleri için (icra dairesi olarak) anlaşılması gereklidir. HUMK.’nin 97 ve MÖHUK.’nin 48.madde hükümleri gereğince icra takibi yapan yabancı kişilerin yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere bir teminat göstermek zorunda olduğu ve bu hususun takip yapmanın ön koşulu olup, mahkemece re’sen gözetilmesi zorunludur. Yabancı alacaklının Türkiye’de icra takibi yapabilmesi için teminat gösterme yükümlülüğünün istisnası MÖHUK.nun 48/2. maddesinde belirtildiği üzere alacaklının tabiyetinde bulunduğu ülke ile Türkiye arasında karşılıklılık esasına göre çok taraflı veya ikili anlaşmalarla yahut fiili mütekabiliyet esasına göre bir muafiyet bulunmasıdır. İcra takibini yapan alacaklı Rusya uyrukludur. Bu nedenle, mahkemece bu hususun re’sen nazara alınarak alacaklının tabiyetinde bulunduğu Rusya ile Türkiye arasında karşılıklılık esasına göre çok taraflı veya ikili anlaşmalarla yahut fiili mütekabiliyet esasına göre bir muafiyet olup olmadığı araştırıldıktan sonra yok ise alacaklının teminat yatırması gerektiğine karar verilmesi gerekirken, anılan hususun göz ardı edilmesi doğru değildir. (Yargıtay 12. H.D.; 2012/1510 E; K. 2012/19223; T.5.6.2012, Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi). Yabancı davacının mensup olduğu devlet ile Türkiye arasında teminattan muafiyet hakkında bir anlaşma yoksa da fiilî bir karşılıklılık (uygulama) varsa, mahkeme, yabancı davacıyı teminat göstermekten muaf tutabilir. (MÖHUK m. 32/II, MÖHUK m. 48), **Kuru**, s. 4204.

lama yeterli düzeyde değildi. HMK m. 85'te teminat konusunda muafiyet sağlayan dört durumun belirtilmiş olması ve "karşılıklılık" konusunda bir hükmün olmaması, bu konuda muafiyetin söz konusu olmayacağı anlamına gelmez³⁹. Zira Türkiye'nin imzalamış olduğu ve teminattan muafiyet sağlayan hükümler içeren birçok iki taraflı sözleşme ile yine Türkiye'nin taraf olduğu birçok uluslararası sözleşme mevcuttur⁴⁰. Anayasa m.90 gereğince

³⁹ Burada aranan karşılıklılığın sadece akdi olmayıp, kanuni veya fiili karşılıklılık olması da mümkündür. **Nomer**, s. 475-476; **Çelikel/Erdem**, s. 587; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 601.

⁴⁰ Yabancı alacaklının Türkiye'de icra takibi yapabilmesi için teminat gösterme yükümlülüğünün istisnası MÖHUK'un 48/2. maddesinde belirtildiği üzere alacaklının tabiyetinde bulunduğu ülke ile Türkiye arasında karşılıklılık esasına göre çok taraflı veya ikili anlaşmalarla yahut fiili mütekabiliyet esasına göre bir muafiyet bulunmasıdır. İcra takibini yapan alacaklı şirket İspanya uyrukludur. Şirketin tabi olduğu İspanya, Lahey Sözleşmesine taraftır. 13.04.1972 tarih ve 7/4283 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 244 Sayılı Kanunun 3. maddesi uyarınca onaylanması kararlaştırılarak 23.05.1972 tarih ve 14194 sayılı Resmi Gazetede ilan edilen 01.03.1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Sözleşmenin 17/1. maddesinde "Akit devletlerden birisinde ikamet eden ve diğer bir devlet mahkemeleri huzurunda davacı veya müdahil olarak bulunan akit bir devletin vatandaşlarından yabancı olmaları veya o memlekette ikametgah veya meskenleri bulunmaması sebebiyle, ne isim altında olursa olsun, herhangi bir teminat veya depozito istenemez." hükmü düzenlenmiştir. Tüzelkişilerin bu sözleşme kapsamına dahil edilmesi için Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı bünyesinde hazırlanan 25.10.1980 tarihinde imzaya açılan ve Türkiye Cumhuriyeti tarafından 07.07.2004 tarihinde imzalanan "Adalet Uluslararası Erişim Hakkında Sözleşme'nin" 14/1. maddesinde 'Bir akit devlette mutad meskeni olup, diğer bir akit devletin mahkemelerinde açılmış davalarda, davacı veya müdahil olarak bulunan kişilerden (tüzelkişiler de dahil), sırf yabancı uyruklu olmaları veya davaların açıldığı devlette ikamet etmemeleri yada mutad meskenlerinin olmamaları sebebiyle her ne isim altında olursa olsun herhangi bir teminat, kefalet yada depozito istenemez.' değişikliği yapılmıştır. Adalet Uluslararası Erişim Hakkında Sözleşme'nin onaylanmasının uygun bulunduğu dair kanun tasarısı hazırlanarak meclise sunulmuş, ancak tasarının henüz yasalaşmadığı anlaşılmıştır. Bu durumda, 1954 tarihli sözleşmenin 17. maddesine tüzelkişilerle ilgili anılan eklemenin yapılması, sözleşmenin ilk halinin tüzelkişileri kapsamadığını göstermektedir. O halde mahkemece alacaklıya süre verilmek suretiyle icra müdürlüğünce belirlenecek teminatı yatırması sağlanarak, oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz olup hükmün bu nedenle bozulması gerekirken onandığı anlaşılmalı borçlunun karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir

usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Buna göre, mutad 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 bir anlaşma mevcut ise bu anlaşma kapsamında teminat göstermekten muaf olacaktır⁴¹.

Türkiye ile yabancı devlet arasında teminattan muafiyete ilişkin imzalanmış bir anlaşma da karşılıklılığın ortadan kalkması durumunda teminat gösterme yükümlülüğü doğacaktır. Aynı şekilde, dava açarken, müdahil olurken veya icra takibine girerken teminat göstermek zorunda kalan Türk vatandaşı veya yabancı, yerleşik olduğu ülke ile Türkiye arasında karşılıklılık konusunda anlaşma imzalanırsa, HMK m. 87/2 gereğince başlangıçta gösterdiği teminatın kendisine iade edilmesini isteyebilecektir⁴².

Alman hukukunda teminat göstermekten muafiyet sağlayan durumlar ZPO’nun 110.maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre;

1. Taraflar arasında teminata ilişkin akdi bir muafiyet mevcut ise,
2. Yargılama giderlerinin davalıya iade edilmesine ilişkin karar Almanya ile teminat göstermek zorunda olan kişinin ülkesi arasında teminattan muafiyete ilişkin karşılıklılık şartını da içeren bir anlaşma varsa ve bu anlaşma fiili olarak icra edilmekte ise,
3. Davacının yurt içinde yargılama giderlerini karşılamaya yetecek miktarda malvarlığı mevcut ise,

(Yargıtay 12. HD. 2013/17456 E., 2013/24686 K., 2.7.2013T. Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi).

⁴¹ Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi’ne Türkiye Cumhuriyeti’nin katılması 14.3.1972 gün ve 1574 sayılı Kanunla uygun görülmüş ve bu sözleşme Türkiye için 13.5.1973 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Anılan sözleşmenin 17. maddesi hükmüne göre, akid devletlerden birisinde ikamet eden ve diğer bir devlet mahkemesi huzurunda davacı olarak bulunan akid bir devletin vatandaşlarından yabancı olmaları veya o memlekette ikametgah veya meskenleri bulunmaması sebebiyle ne isim altında olursa olsun herhangi bir teminat istenemez ve aynı kaide mahkeme masraflarını karşılamak için davacıdan istenen tediye da tatbik olunacaktır (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu; E. 2002/13-376; K. 2002/352; T. 1.5.2002. Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi).

⁴² **Tütüncübaşı**, s. 207; **Yılmaz**, s. 404.

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) açılan bir dava (örneğin gaiplik davası gibi) söz konusuysa, teminat gösterme yükümlülüğü doğmayacaktır. Bunların yanında davacı taraf adli yardımdan faydalanıyorsa da teminat gösterme yükümlülüğü doğmayacaktır⁴³.

İsviçre hukukunda teminat göstermekten muafiyet sağlayan durumlar İsviçre Medenî Usul Yasası'nın 99. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre,

1. Basitleştirilmiş usûle göre yapılan ve 30.000 İsviçre Frankını geçmeyen yargılamalarda (im vereinfachten Verfahren),
2. Boşanma davalarında,
3. Kural olarak basit yargılama usûlüne göre yapılan yargılamalarda teminat gösterme yükümlülüğü bulunmamaktadır⁴⁴.

5. Teminatın Miktarı ve Türü

HMK m.84 gereğince teminat gösterme yükümlülüğü bulunan bir davada davacının veya müdahilin göstereceği teminat miktarı belirlenirken hakim HMK m.86 gereğince yargılama giderlerini karşılayacak miktarı göz önünde bulundurmak zorundadır. Yargılama giderlerinin kapsamı, yani yargılama giderlerinin nelerden oluşacağı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 323. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Bu hükme göre yargılama giderleri;

- a) Celse, karar ve ilam harçları,
- b) Dava nedeniyle yapılan tebliğ ve posta giderleri,
- c) Dosya ve sair evrak giderleri,
- ç) Geçici hukuki koruma tedbirleri ve protesto, ihbar, ihtarname ve vekâletname düzenlenmesine ilişkin giderler,

⁴³ **Musielak**, Hans Joachim/**Foerste**, Ulrich; Kommentar zur Zivilprozessordnung, 8. Auflage, München 2011, § 110, Kn.5-7; **Giebel**, Martin; Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1, 3. Auflage, München 2008, § 110, Kn.15-31; **Schütze**, § 110, Kn.42-62; **Tütüncübaşı**, s. 212.

⁴⁴ **Berti**, § 13, Kn.504.

- d) Keşif giderleri,
- e) Tanık ile bilirkişiye ödenen ücret ve giderler,
- f) Resmî dairelerden alınan belgeler için ödenen harç, vergi, ücret ve sair giderler,
- g) Vekil ile takip edilmeyen davalarda tarafların hazır buldukları günlere ait gündelik, seyahat ve konaklama giderlerine karşılık hâkimin takdir edeceği miktar; vekili bulunduğu hâlde mahkemece bizzat dinlenmek, isticvap olunmak veya yemin etmek üzere çağrılan taraf için takdir edilecek gündelik, yol ve konaklama giderleri,
- ğ) Vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekâlet ücreti ve
- h) Yargılama sırasında yapılan diğer giderlerden oluşmaktadır.

Davacı dava açarken 323. maddedeki giderleri karşılamak üzere gider avansı ve delil avansı yatırmış olsa dahi bu avans, HMK m. 84 ve devamında düzenlenen karşı tarafın yargılama giderleri nedeniyle uğrayabileceği muhtemel zararları karşılamayı amaçlayan teminat kapsamında sayılmamalıdır. Mahkeme teminat için gider avansı dışında, karşı tarafın haklı çıkması halinde yaptığı yargılama giderlerinin miktarını da göz önünde bulundurarak teminat gösterilmesine hükmetmelidir.

Hâkim yargılama giderlerini karşılamak amacıyla teminat miktarına karar vermeden önce sağlıklı ve doğru bir değerlendirme yapabilmek amacıyla tarafları veya müdahale talebinde bulunan kişiyi dinleyebilir.

Hakimin belirlemiş olduğu teminatın ne şekilde gösterileceği konusunda taraflar arasında herhangi bir sözleşme yok ise belirlenen teminatın türünü de hâkim serbestçe tayin eder. Hakim gösterilecek teminatın türünü belirlerken 1086 sayılı mülga HUMK m. 96 hükmü yürürlükte iken teminat katalogunda yer alan türlerden birisini seçmek zorunda idi. Buna göre hakim teminat olarak para, mahkemece kabul olunacak hisse senedi, tahvil, gayrimenkul rehni veya muteber bir banka kefaleti yahut da noterden tasdikli kefaleti kabul edebiliyordu. HMK m. 85 hükmü ile hakim teminat türünü belirlerken teminat katalogunda belirtilen türlerle sınırlanmamış, bunun takdiri tümüyle hâkime bırakılmıştır⁴⁵. Ancak, tarafların teminatın şeklini

⁴⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 346.

sözleşmeyle kararlaştırmaları hâlinde, hakim teminatı sözleşme hükümlerine göre belirlemek zorundadır.

Teminatı gerektiren durum ve koşullarda değişiklik olması hâlinde, hâkim teminatın azaltılması, artırılması, değiştirilmesi ya da kaldırılmasına karar verebilir. Bu bağlamda hakim davanın uzaması hâlinde, dava açılırken yatırılan teminatın yargılama giderlerini karşılayamayacağı kanaatine varırsa teminatın artırılmasına karar verebilecektir.

Alman hukukunda da ülkemizdekine benzer şekilde mahkeme ZPO §112/1 gereğince teminatın miktarına ve türüne serbestçe karar verebilmektedir. Mahkeme teminat miktarını belirlerken davalının muhakeme sebebiyle yapacağı muhtemel masrafları dikkate alacaktır (ZPO §112/2). Dava devam ederken gerekirse teminat miktarının artırılmasına da karar verilebilecektir (ZPO §112/3)⁴⁶.

İsviçre hukukunda, İsviçre Usul Kanunu (m.100/1) gereğince, gösterilecek teminatın nakit veya İsviçre’de bulunan bir banka veya İsviçre’de kayıtlı bir sigorta şirketi tarafından gösterilecek garanti ile sağlanması gerekir. Mahkeme teminatın sonradan arttırılmasına, azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir (m.100/2). Örneğin, davacının İsviçre’ye yerleşmesi durumunda teminat gösterme yükümlülüğü mahkeme tarafından talep üzerine kaldırılabilir⁴⁷.

6. Teminat Gösterilmemesinin Sonuçları

HMK m. 88 hükmünde, HMK m. 84 gereğince teminat gösterme yükümlülüğü bulunan bir davada davacının veya müdahilin hâkim tarafından belirlenen kesin süre içinde teminat göstermemesi halinde, davanın usulden reddedileceği düzenlenmiştir⁴⁸. Zira bu durumda taraflara ilişkin dava şartlarından birisi eksiktir⁴⁹.

⁴⁶ **Giebel**, § 111, Kn.3 vd.; **Musielak/Foerste**, § 112, Kn.1-3; **Schütze**, § 112, Kn.1-12, **Tütüncübaşı**, s. 212.

⁴⁷ **Berti**, § 13, Kn.505, **Tütüncübaşı**, s. 212.

⁴⁸ Benzer şekilde teminat gösterme yükümlülüğü bulunan bir alacaklının icra takibine başvururken icra müdürü tarafından belirlenen teminatı kesin süre içerisinde göstermemesi halinde de takip iptal olunmalıdır.

⁴⁹ **Kuru**, Baki; Dava Şartları, Ord. Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan, S. 194, 1964, (s. 109-147), s. 111. **Ansay**, Sabri Şakir; Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara

Hâkim dava şartlarını incelerken mahkemeye ilişkin dava şartlarından sonra taraflara ve en son olarak ta dava konusuna ilişkin olanları inceler. Mahkeme, gerek kendiliğinden gerek tarafların itirazı üzerine yapacağı inceleme sonunda, bir dava şartının noksan olduğu kanısına varırsa, davanın esasına girmeden davayı dava şartı yokluğundan (usulden) reddetmekle yükümlüdür. Ancak kanunda da belirtildiği üzere, kesin süre verilerek noksan olan dava şartının tamamlanması mümkün ise, mahkeme, ilk önce teminatı göstermesi için davacıya bir süre vermeli, bu süre içinde teminat gösterilmezse, ancak o zaman davayı dava şartı yokluğundan (usulden) reddetmelidir.

Teminat gösterme yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden dolayı davanın (usulden) reddi kararı, nihaî karar olması nedeniyle temyiz edilebilir. Böyle bir karar ancak teminata ilişkin dava şartının yokluğu hakkında kesin hüküm teşkil eder. Bu nedenle, teminata ilişkin dava şartı yokluğundan reddedilen dava, teminat gösterme yükümlülüğü yerine getirildikten sonra yeniden açılabilir ve davalı bu yeni davaya karşı kesin hüküm itirazında bulunamaz. Zira ilk karar, davanın esası hakkında verilmiş olmayıp yalnız teminata ilişkin dava şartının yokluğuna ilişkindir⁵⁰.

Alman hukukunda ZPO § 113'te teminatın ilk itiraz halleri arasında olduğu belirtildikten sonra mahkeme tarafından takdir edilen süre içerisinde teminat göstermekle yükümlü olan davacı taraf teminat göstermemiş olursa, davalının talebi üzerine davanın reddedilebileceği kaleme alınmıştır⁵¹.

İsviçre hukukunda da teminat yükümlülüğü, sadece davalı tarafın uğrayacağı muhtemel zararlara karşı güvence sağlamayı amaçlayan bir ilk itiraz sebebi olup davalı tarafça ileri sürülmesi gerekir, mahkemece re'sen dikkate alınmaz. İsviçre Usul Kanunu m. 101/3'te mahkemenin davalının talebi üzerine, teminatın gösterilmesine karar vermesi halinde, davacıya teminatı yatırması için uygun bir süre vereceği, ancak bu sürenin kesin

1960, s. 203; **Bilge/Önen**, s. 403-404; **Pekcantez/Atalay/Özekes**, s. 296; **Karşı**, s. 394-395; **Üstündağ**, Saim; Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000, s. 287.

⁵⁰ **Bilge/Önen**, s. 413; **Kuru**, Dava Şartları, s. 146; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, Usul, s. 268; **Pekcantez/Atalay/Özekes**, s. 295.

⁵¹ **Giebel**, § 110, Kn.2; **Musiak/Foerste**, § 110, Kn.8; **Schack**, Heimo; Internationales Zivilverfahrensrecht, 3. Auflage, München 2002, § 12, Kn.562.

olmayıp, verilen ilk sürenin geçirilmesi hâlinde mahkemece ek bir süre daha tanınacağı bu ek süre içerisinde de teminat yatırılmazsa davanın açılmamış sayılmasına karar verileceği düzenlenmiştir⁵².

7. Teminatın İadesi

HMK m. 89 hükmü gereğince mahkeme teminat gösterilmesini gerektiren sebep ortadan kalktığı takdirde, teminatın iadesine karar verir. Bunun için madde gereğince ilgilinin talebi gerekmektedir. Teminatın iadesini talep edebilecek olan ilgili, teminat sorumlusu davacı, fer'î müdahil veya takip alacaklısıdır. Mahkemenin iade kararı HMK Yönetmeliği m. 6/3-k gereği yazı işleri müdürü tarafından yerine getirilir⁵³.

SONUÇ

Hukukumuzda genel hatları HMK'nın 84 ile 89. maddeleri arasında düzenlenmiş olan teminat kurumu, mahkemeye başvuran veya adli takipler için talepte bulunan tarafın haksız çıkması halinde yol açabileceği muhtemel zararların ödenmesini amaçlar.

HMK m. 84'te teminat gösterilecek haller başlığı altında iki durumda davacının, davalı tarafın muhtemel yargılama giderlerini karşılayacak uygun bir teminat göstermesi gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşının dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması ile davacının daha önceden iflasına karar verilmiş, hakkında konkordato veya uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma işlemlerinin başlatılmış bulunması, borç ödemediği aciz belgesinin varlığı gibi sebeplerle, ödeme gücü içinde bulunduğu belgelenmesi teminat gösterme yükümlülüğünü doğurur.

Kanun koyucu HMK m.84 düzenlemesinde 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

⁵² Bertl, § 13, Kn.506.

⁵³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 348; Teminatın iadesi ile ilgili geniş bilgi için bkz. Okur, s. 635 vd.

yapmaları hâlinde teminat gösterme zorunluluğundan kurtarmak amacıyla, tüm hayat ilişkilerinin belirli bir coğrafî alanda yoğunlaşması biçiminde tanımlanan, mutad mesken kavramı ölçütünü getirmiştir. Bu suretle, onların, istisnaen teminat gösterme zorunluluğu ile karşı karşıya kalmalarını amaçlamıştır. Kanun koyucunun ‘ikametgah (yerleşim yeri)’ ifadesi yerine ‘mutad mesken’ ifadesini kullanması soyutluk, uluslararası anlaşmalarda zaten benzer hükümlerin olması ve amaca hizmet etmeyeceği gibi gerekçelerle doktrin tarafından eleştirilmiştir.

Mülga HUMK zamanında sadece yabancı davacının açacağı davalarla ilişkilendirilen teminat kurumu, HMK m. 84/1-b hükmü nedeniyle artık yabancılik unsuru olmaksızın, hakkında önceden iflâsına karar verilmiş, konkordato, uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma işlemlerinin başlatılmış, borç ödemedi aciz belgesi düzenlenmiş bütün borçluları ilgilendiren bir kurum niteliğine bürünmüş ve dava şartı olması nedeniyle de mahkemelerin re’sen gözeteceği, davanın her aşamasında ileri sürülebilen ve eksikliği halinde davaların usulden reddiyle sonuçlanmasına etki edebilecek bir kurum haline gelmiştir. Bu bakımdan uygulamacılar tarafından yeteri kadar göz önünde tutulmayan m. 84/1-b hükmü, borcunu ödeme güçlüğüne düşmüş bütün borçluları ilgilendiren usuli dava şartı niteliği kazanmıştır.

Kanun koyucu HMK m. 84/1’de “teminat gösterilecek haller” başlığı altında hangi hallerde davacının, müdahilin veya takip yapan kişinin teminat gösterme yükümlülüğü olduğunu belirledikten sonra HMK m. 85’te “teminat gerektirmeyen haller” madde başlığı altında davacının, müdahilin ve takip yapan kişinin teminattan muaf olduğu durumları belirtmiş, HMK m. 86’da hâkimin teminat gösterilmesi kararının verilmiş usulünü düzenlemiş, HMK m. 87’de teminat miktarının nasıl belirleneceğini, HMK m. 88’de ise HMK ile dava şartı haline gelen teminat kurumunun usuli dava şartları arasında yer aldığını vurgulayarak teminat gösterilmemesinin sonuçlarını düzenlemiş son olarak HMK m. 89 ile davanın veya takibin başında alınan teminatın iadesi usulünü düzenleme altına almıştır.

Kaynakça

- Alangoya**, Yavuz; İsviçre Hukukunda Çekişmesiz Yargıya (Nizasız Kaza) İlişkin Düşünceler, Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV, Ankara 2006, (s. 110-121).
- Ansay**, Sabri Şakir; Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960.
- Berti**, Stephen V.; Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2011.
- Bilge**, Necip/**Önen**, Ergun; Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Bası, Ankara 1978.
- Çelikel**, Aysel/**Erdem**, B. Bahadır; Milletlerarası Özel Hukuk, 11. Bası, İstanbul 2012.
- Çiçekli**, Bülent; Yabancılar Hukuku, 2. Bası, Ankara 2009.
- Develioğlu**, Hüseyin Murat; Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler İşığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009.
- Ercan**, İbrahim; İcra ve İflas Hukukunda Mal Varlığının Terki Suretiyle Konkordato, Konya 2008.
- Giebel**, Martin; Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1, 3. Auflage, München 2008.
- Hoffmann**, Bernd Von/**Thorn**, Karsten/**Firsching**, Karl; Internationales Privatrecht, 9. Auflage, München 2007.
- Karlı**, Abdurrahim; Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası, İstanbul 2011.
- Kılıçoğlu**, Mustafa; 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, İstanbul 2012.
- Kıyak**, Emre; Türkiye’de Mutad Meskeni Olma Yan Türk Vatandaşları İçin Teminat Gösterme Yükümlülüğü, EÜHFD, C. XVI, S. 1-2, 2012, (s. 225-246).
- Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder; Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 22. Bası, Ankara 2011.
- Kuru**, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, 6. Bası, İstanbul 2001.

- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder;** İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 27. Bası, Ankara 2013.
- Kuru, Baki;** İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Bası, Ankara 2013.
- Kuru, Baki;** Dava Şartları, Ord. Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay'ın Hatrasına Armağan, S. 194, 1964, (s. 109-147).
- Musielak, Hans Joachim/Foerste, Ulrich;** Kommentar zur Zivilprozessordnung, 8. Auflage, München 2011.
- Nomer, Ergin;** Devletler Hususî Hukuku, 19. Bası, İstanbul 2011.
- Okur, Mustafa;** Adli Teminat, Ankara 2011.
- Onar, Sıddık Sami/Belgesay, Mustafa Reşit;** Adliye Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1944.
- Özden, Bülent;** Alman Hukukunda 'Cautio Judicatum Solvi' Kuralı, MHB, C.10, S. 1-2, 1990.
- Özekes, Muhammet;** Medenî Usul Hukukunda Asli Müdahale, İstanbul 1995.
- Özen, Burak;** Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2008.
- Pekcanitez, Hakan;** Medenî Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara 1992.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet;** Medenî Usul Hukuku, 12. Bası, Ankara 2011.
- 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.
- Tandoğan, Haluk;** Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Bası, İstanbul 2010.
- Tanrıver, Süha;** HMK Tasarısının 1 ila 122. Maddelerinde Yer Alan Temel Düzenlemeler ve Bunların Genel Çerçevde Değerlendirilmesi, AÜHFD, C. 57, S. 3, 2008, (s. 635-664).

- Taşpınar Ayvaz**, Sema; İcra İflas Hukukunda Yeniden Yapılandırma, Ankara 2005.
- Turhan**, Turgut; Davacının veya Davaya Katılanın Teminat Gösterme Yükümü, Prof. Dr. Osman F. Berki'ye Armağan, Ankara 1977, (s. 853-905).
- Tutumlu**, Mehmet Akif; Kuram ve Uygulama Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanununun Yeni ve Değişik Hükümlerinin Yorumu, 2. Bası, Ankara 2012.
- Tütüncübaşı**, Uğur; Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü, DEÜHFD, C. 12, S. 2, 2010, (s. 183-223).
- Ulukapı**, Ömer; Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991
- Umar**, Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı, TBBD, S. 67, 2006, (s. 121-162).
- Unat**, İlhan; Davacının Yabancı Niteliğine Dayanan Adli Teminatın Uygulanma Alanı, AÜSBFD, C. 28, S. 3, 1973, (s. 1-13).
- Üstündağ**, Saim; Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000.
- Walter**, Hans Peter; Auf dem Weg zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, SJZ 100, Zürich 2004, (s. 313-321).
- Yavuz**, Cevdet/**Acar**, Faruk/**Özen**, Burak; Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2010.
- Yılmaz**, Ejder; Hukuk Sözlüğü, 5. Bası, Ankara 1996.
- Yılmaz**, Ejder; Davada İnanca, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, C. I, Ankara 1977, (s. 381-410).