

Ecnebilerin hukuk ve vazifeleri hakkındaki muvakkat kanunda teminat (1)

Doç. Dr. Osman Fazıl BERKİ

§ I — Giriş

Fertlerin mahkemelere müracaatla haklarını aramak hususunda haiz oldukları yetki, tabii bir hak mahiyetinde telâkki edilmek lâzımdır. Adli himaye mevcut olmadıkça bir şahsın birtakım haklara malik olduğunu bir prensip olarak kabul ve ilân etmek mânasız olur. Zira, ancak adli himaye sayesinde ki, fertlere tanınmış olan bu haklardan istifade imkânı temin edilebilir.

Bugün hemen her memlekette yabancılara da ülkesinde buldukları memleket mahkemelerine müracaat salâhiyeti, dâva açmak hakkı tanınmış bulunmaktadır. Fakat derhal ilâve edelim ki, bu hak-

(1) Abdülhak Kemal Yörük, Devletler hususî hukuku; Ahmet Reşit, *La condition des étrangers dans la République de Turquie* (Recueil des cours de l'academie de droit international, 1933, t. P. 207); İmran Öktem, Hukuk usulü muhakemeleri kanunu, içtihatlar; Kemaleddin Birsen, Devletler hususî hukuku; Lipovano, *l'Apatridie*, thèse Paris 1935; Muammer Raşit Sevig, Devletler hususî hukuku, Türkiye Cumhuriyeti kanunlar ihtilâfı kaidelerinin sentezi; Mustafa Reşit Belgesay, Devletler hususî hukukunda adliye, hukuk muhakemeleri usulü kanunu şerhi, 23 şubat 1330 tarihli muvakkat kanunun teminata dair hükümleri mer'i midir? (İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası cilt XI, 1945 S. 264); Niboyet, *Traité de droit international privé français t. I*; Nüsret Metya, Hukuku hususiyei düvel; Pillet, *Traité pratique de droit international privé t. I*; Philolenko, *Caution judicatum Solvi* (Clunet, 1924 p. 609 et, s.); Répertoire de droit international, *Caution judicatum Solvi*; Sabri Şakir Ansay, Hukuk muhakeme usulkeri; Saleh, *Le droit international privé de la Turquie* (Répertoire de droit international t. VII, p. 236); Suphi Nuri İleri, Türkiye'de yabancıların hukuku ve statü personel meselelerinin tatbiki (Adliye Ceridesi 1938, s. 2060); Valéry, *Manuel de droit international privé*; Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*.

kın kullanılması bir mükellefiyetin yerine getirilmiş olması şartına bağlı bulunmaktadır (2).

Bu mükellefiyet, garp hukuk edebiyatında «Cautio judicatum solvi» adını alan teminattan ibarettir.

«Cautio judicatum solvi» yabancı tabiiyette olan bir şahsın tebaadan biri aleyhine açacağı veya müdahil sıfatiyle iştirak edeceği bir davada müddeaaaleyhin zarar ve ziyanına ve muhakeme masraflarına karşılık göstereceği teminattır.

Bu teminat tabiiyet mefhumundan doğan bir imtiyaz olup tebaayı himaye etmek gayesini istihdaf eder.

«Cautio judicatum solvi» taşıdığı isme rağmen Roma hukuku menşe'li bir müessese değildir. Roma hukukunda rastlanan «Satisfatio judicatum solvi» ile etüdümüzün mevzuunu teşkil eden teminat arasında hiçbir münasebet yoktur.

Filhakika «Satisfatio judicatum solvi» genel olarak müddeinin dâvasını kazandığı takdirde hasmı tarafından onun haklı iddialarına karşı gösterilecek mukavemet veya münazaah şeyde yapılacak suiistimal ve ona iras edilecek zarara karşı müddeiye teminat verilmesinden ibarettir. Cautio judicatum solvi bugünkü hukukta haiz olduğu mahiyetiyle orta çağda meydana çıkmıştır. Bu teminata birçok italyan şehirlerinin statütlerinden daha sonraları İngiltere, Almanya ve Hollanda'da tesadüf edilmiştir (3). Fransa'da ilk defa 1562 tarihinde Paris parlemenının kararıyla ittihaz edilmiş ve bunu müteakıp diğer parlemenlar tarafından da kabul edilerek taammüm etmiştir. Paris parlemanı 1571 de verdiği bir kararla dâvalı yabancı olduğu takdirde gene dâvacının teminat istemesini kabul etmiş ve fakat sonradan kararını değiştirmiştir (4).

Kapitülasyonların bir tarafı olarak Türkiye tarafından ilgası üzerine neşrolunan memaliki osmaniyede bulunan ecnebilerin hukuk ve vazaifi hakkındaki 23 şubat 1330 tarihli muvakkat kanun 3 üncü maddesinde «mevaddı hukukiye ve ticariyede ecnebiler mahâkimi osmaniyeinin kâffeî envâ ve derecatına müracaat ve tebaaî osmaniye gibi haklarını dâva ve müdafaa edebilirler» demek suretiyle dâva ikame ve def'i bakımından yabancılarla yerliler arasında

(2) Cautio judicatum Solvi hemen bütün Avrupa devletleri tarafından kabul edilmiştir. İtalya (épertoire de droit international t. VI p. 486) İngiltere (Aynı Répertoire, t. VI; p. 28, No. 4) bu hususta istisna teşkil etmektedirler.

(3) Valéry, adı geçen eser, s. 642 No. 468.

(4) Muammer Raşit Sevig. Türkiye Cumhuriyeti kanunlar ihtilâfı kaidelerinin sentezi, s. 104, not 1.

müsavat prensipi koymaktadır. Ancak bu hakkın kullanılmasını takyit eden teminat veya kefalet akçası verilmesi hakkında aynı maddenin ikinci fıkrasında şöyle bir hükme tesadüf olunmaktadır: «Ancak memaliki osmaniyede miktarı kâfi emlak sahibi olmıyan tebaai ecnebiye tarafından Osmanlılar aleyhine müddei sıfatıyla ikame olunacak veya duhulü fiddâva tarikiyle müşareket olunacak deâvinin rüyet edilebilmesi için evveleminde dâva masarifiyle zarar ve ziyana mukabil mahkemece tensip edilecek miktarda teminat akçası veya kefalet ita olunması mecburidir. Şu kadar ki muamelei müteakabile şartıyla bu mecburiyet mürtefi olabilir.»

§ 2 — Muvakkat kanunun teminata dair hükümlerinin mer'i olup olmadığı.

Muvakkat kanunun sırf müddeinin yabancılık sıfatı dolayısıyla koyduğu ve biraz evvel aynen yazdığımız hükmüne mukabil bu kanunda sonra, 1 Eylül 1927 tarihinde mevki meriyete giren Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 97 nci maddesinde «Türkiyede Medeni Kanun mucibince ikametgâhı olmıyan müddei veya dâvaya müdahale eden kimse diğer tarafın muhtemel zarar ve ziyaniyle masarifi muhakemesine mukabil 96 ncı madde mucibince teminat göstermeğe mecburdur. İşbu kaide tahkikat ve muhakeme esnasında ikametgâhını ecnebi memlekete nakledenler hakkında da caridir. Muahedeler hükmü mahfuzdur» denilmektedir.

Acaba usulün bu maddesi muvakkat kanunun üçüncü maddesinin teminata dair hükmünü zımnen ortadan kaldırmış mıdır? Başka bir deyimle, teminat gösterme mükellefiyeti, tabiiyeti ne olursa olsun, yalnız Türkiyede ikametgâhı bulunmıyan müddei veya müdahil şahıslar hakkına mı bahis mevzuudur, yoksa ikametgâh nazara alınmaksızın yabancılık vasfına göre de bahis konusu olabilir mi?

Bu meseleyi iki bakımdan, Türk doktrini ve mahkeme içtihatları bakımlarından incelemek yerinde olur.

A — Doktrin;

Türk müellifleri muvakkat kanunun teminata müteallik hükümlerinin Hukuk Usulünün 97 nci maddesiyle ortadan kalkıp kalkmadığını beyan hususunda ittifak etmiş değildirlər. Merhum hocam profesör Nusrat Metya, Lozan adli salâhiyet mukavelesinin 18 inci maddesini izah ederken şöyle söylemektedir: «bu mesailin hiçbirinde hakkında âkid devletlerle henüz bir mukavele tanzim edilmemiş oldu-

ğundan tatbikatta ecanibin hukuk ve vazafine müteallik kanun hükümü elyevm mer'idir (5)».

Salem bu mesele hakkında ezcümle şöyle demektedir: «fikrimizce, Temyiz mahkemesi, haklı olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun, 1915 tarihli kanun hükümlerini ilga etmemiş olduğuna karar vermiştir. Filhakika, yeni Usul Kanununun 581 inci maddesi eski kanunu ilga etmiş ve fakat 1915 tarihli kanunu ilga etmemiştir. Türkiyenin diğer yabancı devletlerle şimdiye kadar akdetmiş olduğu ikamet mukaveleleri, teminat meselesini hususî mukavelelere hasretmiştir. Bu kabil mukaveleler müdahale etmediği müddetçe 1915 tarihli kanun bütün müessiriyetini muhafaza edecektir (6).

Profesör Ahmet Reşit, muvakkat kanunun teminat hakkındaki hükmiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 9 uncu maddesini yazdıktan sonra fikrini şu şekilde ifade etmektedir: «Zikri geçen ve 1927 tarihinde neşredilmiş bulunan Usul Kanununun bu hükmiyle, Türkiyede ikametgâhı olan yabancıların teminat gösterme mükellefiyetinden muaf olduğunu zannetmemelidir. Usul Kanunu, «1915 tarihli kanunun 3 üncü maddesini ilga etmemiştir. Temyiz mahkemesi de bu mealde karar vermiştir (7)».

Profesör Sabri Şakir Ansay'da şunları yazıyor: «memaliki osmaniyede bulunan ecnebilerin hukuk ve vazafî hakkındaki 23 şubat 330 tarihli muvakkat kanun ahkâmınca memaliki osmaniyede kâfi miktarda emlak sahibi olmıyan tebaai ecnebiye teminat iraesiyelle mükellef idi ;yani bu kanun teminat mecburiyetini ecnebilere hasretmişti. Temyiz Mahkemesi Hukuk Umumî Heyeti bu kanunun mülga olduğunu kabul etmiştir. Bilâkis mülga olmadığı hakkında daha sonra bir kararı bulunduğunu duydum ise de göremedim (8)».

Profesör Kemaleddin Birsen bu hususta diyor ki: «Şu incelemeler bize gösteriyor ki, yabancılar muahede olduğu takdirde mukavele mucibince ya tamamen teminat akçasından muaf tutularak aynı zamanda adlî müzaherete de yerliler gibi mazhar olmaktadır, yahut da hususî mukaveleler yapıncaya kadar mahallî mevzuata tâbi bulunmaktadırlar. Binaenaleyh 23 şubat 330 tarihli ecnebilerin hukuk ve vazifelerine dair olan kanun doğrudan doğruya ecnebileri ilgilendirilmesi sebebiyle ve Hukuk Muhakeme Usulü Kanunumuzun 97 nci

(5) Nusrat Metya, adı geçen eser, s. 201.

(6) Salem, adı geçen makale (Répertoire de droit international, t. VII; p. 239. No. 57).

(7) Ahmet Reşit, adı geçen eser, p. 2077.

(8) Sabri Şakir Ansay, adı geçen eser, s. 300.

maddesinde de 23 şubat 1330 kanununun 3 üncü maddesinin lâğvedildiğini gösteren bir sarahat bulunmamasından ötürü hâlâ meriyet mevkiinde bulunduğu mülayim görünmekte ise de Temyiz Mahkemesi Hukuk Heyeti Umumiyesinin 18/IX/1930 tarih ve 56 numaralı ekseriyetle verdiği karar Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 97 nci maddesinde tasrih edilen hususattan maada ahvalde teminat iraesî mecburiyeti olmadığını teyit etmektedir (9).

Profesör Abdülhak Kemal Yörük: «Yukarıda bahsedilen maddenin (3 ncü madde) ikinci fıkrasında tebea aleyhine dâva açan bir ecnebinin memlekette kâfi derecede emlakî olmadığı takdirde teminat vermek mükellefiyeti vardır. Ecnebi bu teminattan müteakibiyyet şartıyla kurtulabilir. (10)» demektedir.

Suphi Nuri İleri muvakkat kanunun 3 üncü maddesini aynen yazdıktan sonra bu hususta şöyle demektedir: «Bu teminat yalnız yabancılardan değil, hattâ bazı meselelerde Türklerden de istenebilir. Meselâ ihtiyatî hacizlerde, temyizde, mesul muhasipliklerde olduğu gibi. Yabancıların verecekleri bu teminattan hususî mukavelelerle müteakibilen vazgeçilebilir (11)».

İmran Öktem de şunları söylemektedir: «Usulün 97 nci maddesi dahilî ve hususî hukuka müteallik bir kaide koymuştur. 1330 tarihli kanun ise hususî düvel hukukuna ait esasî tesbit etmiştir. Sahaları başka başka olmak itibarıyla usulün 1330 tarihli kanunu ilga ettiği ileri sürülemez. Kaldı ki herbiri bir kanun ile tasdik edilen (ikamet, adli müzaheret ve teminattan muafiyet'e dair) mukavelelerin 1330 tarihli kanunun hâlâ mer'î olduğu nazara alınarak yazılmakta olduğu görülmektedir (12)».

Bu meseleye Devletler hususî hukukunda Adliye ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu şerhinde temas eden Profesör Mustafa Reşit Belgesay İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmûasında mevzuu yeniden etüt etmiş ve eski fikrini yeni delillerle desteklemiştir.

Sayın Mustafa Reşide göre «mezkûr 97 nci maddenin mefhumu muhalifinden, bu maddede tasrih edilmeyen hallerde dâvacının teminat göstermekle mükellef olmadığı anlaşılmaktadır. 1330 tarihli muvakkat kanun Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun ruhuna muhalif olduğu pek aşikârdır. Bu iki kanunu mantıkî bir surette te-

(9) Kemaleddin Birsan, adı geçen eser, s. 182 - 183.

(10) Abdülhak Kemal Yörük, adı geçen eser, kitap II. s. 96.

(11) Suphi İleri, adı geçen konferans (Adliyl Ceridesi, 1938, s. 2060.

(12) İmran Öktem, adı geçen eser, s. 188.

lif etmek imkânı yoktur. Çünkü ecnebi bir memlekette oturan bir ecnebi Türkiyede dâva ikame ettiği takdirde hem 1330 muvakkat kanuna ve hem Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre iki defa teminat vermek lâzımgelsecektir ki mantıksızlığı aşıkârdır. Ecnebi dâvacılardan teminat alınmasının hakikî sebebi şudur ki, memlekette hiçbir alâkası olmıyan ecnebler aslı olmıyan bir dâva ikame edip kazanmıyacıklarını anlayınca memleketi kolayca terkeder. Bu haide mahkûm olabilecekleri muhakeme masrafları kendilerinden alınmıyacağından müddeaaaleyh maruz kaldığı zararlara katlanmağa mecbur kalır. Türkiyede emlâk sahibi olan ecneblerin kâfi derecede alâkaları bulunduğundan 1330 tarihli muvakkat kanun onları teminat göstermekle mükellef tutmamıştı. Türkiyede yerleşen, mutat meşguliyetini Türkiyede temerküz ettiren bu kimselerin mahkûm olacakları nisbeten az muhakeme masrafları için memleketi terketmeleri pek de memul değildir. Herhalde Türkiyedeki alâkaları burada emlâk sahibi olmalarına nazaran daha fazladır. Bundan başka 1330 muvakkat kanuniyle gözönünde tuttuğu esbabı mucibe Türkiyede ikametgâh veya emlâki olmıyan Türkler hakkında da aynıyle ecnebler hakkında olduğu gibi varittir. İşte Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu bütün bu mülâhazaları gözönünde tutarak daha makul ve daha mantıki bir hükmü 1330 muvakkat kanunu yerine ikame etmiştir (13)».

Sayın Mustafa Reşit Belgesay İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuasında intişar eden etüdünde de şunları söylemektedir: «Usul Kanunu Türkiyede oturmıyan dâvacıları Türkiye ile kâfi derecede alâkalı addetmediği için, evveleminde dâvalının, dâva yüzünden uğraması ihtimal içinde olan zararlarını temin etmelerini gerekli addediyor. 1330 muvakkat kanunu da aynı gayeyi istihdaf ediyordu. Bu kanun da aynı mülâhaza ile dâvalının haklarını korumak lüzumunu hissetmişti. Türkiyede emlâk sahibi olan ecnebleri alâkalarını kâfi addederek teminattan muaf tutmuştur. Medenî Kanun yerli ecnebi herkese müsavi şartlar dahilinde medenî haklardan istifade salâhiyeti verdiğiinden bu haklara vâki tecavüzlerden şikâyet ve dâva hakkını maddî olmıyan şartlara tâbi tutmak lojik olamazdı. Pek çok Avrupa devletlerinin kabul ettiği 17 temmuz 1905 tarihli La Haye mukavelesi ecnebilik sıfatı yerine ikametgâh esasını ikame etmiş, ittihadâ dahil devlet ülkelerinde ikametgâhı olanların bu devletle-

(13) Mustafa Reşit Belgesay, Devletler hususî hukukunda adliye, 1938, s. 166 - 167, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu şerhi, m. 97, No. 3.

rin herhangi birinin mahkemesinde serbestçe dâva ikamesi salâhiyetini kabul etmiştir. Türkiyenin ecnebi devletlerle münasebetini devletler hukuku kaidelerine tevafuk içindir ki dâva ikamesi meselesinde Neuchâtel kanununun liberal hükmünün kabulünde tereddüt edilmemiştir. Fakat bu kanunun ne için 1330 muvakkat kanununu tadil ettiğine dair bir hüküm konmadığı suali haklı olarak hatıra gelir. Hukuk Usulünün, muvakkat kanun hükümlerini açıkça ilga etmemesinin gerçek sebebi şüphesiz bu kanunu yapanların muvakkat kanunu hatırlamamalarıdır. O vakit bu kanun hatırlanıp da muhafaza edilmek isteneydi bu hususun kanuna ilâve edileceği tâbii idi. Nitekin, meselâ 24 üncü maddede Medenî Kanunun hükmünün mahfuz olduğu beyan ediliyor da 1330 muvakkat kanundan bahsedilmiyor. Zımnî tadillerin kabulü, kanun yapanların diğer evvelki kanunu hatırlanamaları esasına istinâat etmez mi? Türkiyede umumî bir kanunun hususî bir kanunu tadil etmiyeceği bir mütearefe olarak kabul olunmaktadır. Yargıtay genel heyeti oldukça eski bir kararında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun umumî olması itibariyle hâkimin adli tıb kanunu hükümlerini tadil etmediğine karar vermiştir. Ben bu görüşe iştirak etmiyorum. Umumî bir kanun hususî bir kanunu da zımnî tadil edebilir. Gerçekten istisna kabul etmiyecek tarzda bazı vaziyetleri yeniden tanzim eden ve hususî kanun hükmünü mahfuz tutmayan bir kanunun o kanunla tanzim edilen vaziyeti şümülüne almak istediği şüphesizdir. Çünkü hususî vaziyet istisna edilmedikçe umumî vaziyete dahildir. Yeni kanunun şümülünde olup da istisna edilmemiş her hususta tatbik maksadına uygundur. Bu itibarla dâima muhalif mefhumdan mâna çıkarılması zarureti vardır. Binaenaleyh Hukuk Usulü Kanunu yalnız muayyen şartlar dahilinde bulunan dâvacıları teminatla mükellef tutması o şartın dahilinde bulunmayan dâvacıların teminatsız dâva açabilmelerini tazammün eder.

Ecnebi memlekette ikamet edenleri teminat mükellefiyetine tâbi tutan bir kanunun ecnebi olanları başka bir kanun hükmüne göre de teminatla mükellef tutmak istemesi pek uzak bir ihtimaldir. Ecnebi umumiyetle kendi memleketlerinde mukim olduklarından Türkiyede ikametgâhı olduğunu ispat etmedikçe dâva ikamesi için Hukuk Usulü Kanununa göre teminatla mükelleftirler. Türkiyede mukim bulunmayan ecnebinin Türkiyede emlakleri, müesseseleri varsa bunlar da gene teminat olabilir. Bu sebeptendir ki H. Usulü Muhakemeleri Kanununda Türkiyede oturanları teminatla mükellef tutmamıştır. Seyahat, eğlence maksadiyle Türkiyeye gelenler ecne-

bi memleketteki ikametgâhlarını muhafaza edeceklerinden hukuk usulü rejiminde teminatla mükellefiyetleri mesele teşkil etmez. Kısaca Hukuk Usulü Kanunu 1330 muvakkat kanunu ile tanzim olunan bir vaziyeti daha ma'kul, daha liberal bir düşünce ile yeniden tanzim ettiği için onun yerine kaimdir (14).

Profesör Muammer Raşit Sevig, Mustafa Reşit Belgesay'ın fikrine iştirâk etmediğini beyan ederek ezcümle demektedir ki: «bizim kanaatimizce, 1330 tarihli muvakkat kanunun bahsettiği teminat ile usulün 97 nci maddesindeki teminat aynı şeyleri temine masruf olmakla beraber ayrı ayrı sebeplere istinat ettiğinden birbirinin aynı değildir. Evvelki kanun sırf ecnebilikten mütevellit teminat mükellefiyetinden bahis, ikincisi ise Türkiyede ikametgâhı olmayan dâvacıların teminat göstermeğe mecburiyetini mutazammın olup birincisi ecnebi dâvacıya karşı Türk vatandaşının hukukunu korumakta ikincisi de Türkiyede ikametgâhı bulunmayan yerli ecnebi herhangi bir dâvacıya karşı yerli ecnebi her müddeaaaleyhin hukukunu kâfil bulunmaktadır. Elhasıl 1330 muvakkat kanun ile usul kanunu arasında teminat lüzumu bakımından mükellefiyetler itibariyle, mükellefiyetin sebebi itibariyle ve bu mükellefiyetten istifade eden taraf itibariyle fark vardır. Muvakkat kanuna göre ecnebi emlak sahibi bulunduğu takdirde teminat istenmez. Usul Kanununa göre dâvacının emlakı bulursa da gene Türkiyede ikametgâhı bulunmadığı için teminat talep olunur. Binaenaleyh bu hüküm aynı şey için muhtelif sebeplerden dolayı teminat mecburiyetini mutazammın olup biri diğerini nakz veya tadil eder mahiyette değildir. Asliye mahkemesinin kararında 97 nci maddede tasri hedilen hususattan maada ahvalde teminat iraesine mecburiyet olmadığı beyan ediliyor. Maatteessüf bu neticeye nasıl varıldığı izah edilmiyor. Eğer son hükmün evvelki hükmü zımnen tadil ettiği kanaatine istinat ediliyorsa tadil keyfiyetini de ispata muhtaç olan bir dâva, ispata muhtaç bir kaziyeye bina edilmiş ve iddia sabit olmamış olur. Profesör Mustafa Reşit Belgesay asliye mahkemesinin bu mütalâasına iştirâk ettiği için sebep zikretmekte ihmal göstermemiştir. Sayın profesör diyor ki 97 nci maddenin mefhumu muhalifinden bu maddede tasrih edilmeyen hallerde dâvacının teminat göstermekle mükellef olmadığı anlaşılıyor. Mefhumu muhaliften hüküm çıkarmakta isabet bulunup bulunmadığından sarfınazar bu maddenin mefhumu muhalifinden

(14) Mustafa Reşit Belgesay, adı geçen makale (İstanbul Hukuk Fakültesi mecmuası, cilt XI, 1945. 269).

böyle bir mâna nasıl istihraç edildiğini anlamak biraz müşkül oluyor. Vazı kanun bir sebebin teminat mükellefiyetini müstelzim olduğunu söylediği gibi diğer bir sebebin de teminat göstermeyi mucip olacağını başka bir kanunla beyan edebilir. Mutlaka muayyen bir maddede tasrih edilmeyen hallerde dâvacının teminat göstermekle mükellef olmayacağı iddia edilemez. Diğer haller diğer maddelerde zikrolunabilir. Nasıl ki muvakkat kanunda bir sebep, Usul Kanununda diğer bir sebep zikrolunmuştur. Hakkında kanunî bir hüküm bulunmayan bir hal mevzuu bahis değil ki bu hal 97 nci maddede mezkûr olmadığı için o maddenin mefhumu muhalifine göre teminatı müstelzim olamaz denilebilsin. Sayın profesör de düşünmüş olacak ki hemen bu mütalâayı müteakıp «1330 muvakkat kanunu hukuk usulü muhakemeleri kanununun ruhuna muhalif olduğu pek aşikârdır. Bu iki kanunu mantiki surette telif etmek imkânı yoktur. Çünkü ecnebi memlekette oturan bir ecnebi Türkiyede dâva ikame ettiği takdirde hem 1330 muvakkat kanuna ve hem de hukuk usulü muhakemeleri kanununa göre iki defa teminat vermesi lâzımgelcektir ki mantıksızlığı aşikârdır» demiştir. Demek ki sayın profesör bu iki kanunî hüküm arasında münafat görüyor. Bu münafat, usul kanununun ruhuna muhalefetten çıkıyor. Zira bu iki kanunu mantiki surette telif etmek imkânı yoktur. Bu sözler birbirini tavih etmekle beraber birbirinden başka bir şey ifade etmemektedir. Münafatı asıl ispat eden son sözdür. İki defa teminat vermeyi mucip bir mantıksızlık var. Noktai nazarımızı arzettiğimiz zaman her iki kanunun hükümleri arasında münafat olmadığını, zira teminat göstermek bir kanuna göre bir sebebe, diğer bir kanuna göre diğer bir sebebe dayanmakta olduğunu söylemiştik. Muhterem refikim bu iki sebep, iki defa teminat vermek gibi bir mantıksızlığı dâi olacağı için birbirine münafi bulunuyor diyor. Eğer maddenin ruhuna muhalefetin, iki hüküm arasındaki münafatın sebebi, her iki hükmün tatbiki halinde iki defa teminat verilmesi keyfiyetinden ibaret ise buna verilecek cevap ile muhalefet ve münafat tamamiyle ortadan kaldırılabilir. Buna cevap pek basittir. Teminattan maksat her iki halde de zarar ve ziyan ile muhakeme masrafının temini olduğuna göre bir kere bu cihet temin edildikten sonra müemmen olan bir şeyi bir kere daha temine lüzum kalmıyacağından ikinci defa teminat verilmesi artık mevzuu bahis olamaz. Şu halde sayın profesörün gördüğü aşikâr mantıksızlıktan hiçbir eser yoktur. Farzedelim ki usul kanununun 97 nci maddesi muvakkat kanunun üçüncü maddesi ahkâmına münafi birtakım hükümleri muhtevidir. Bundan asliye mahkemesinin ve Tem-

yiz Heyeti Umumiyesinin ve sayın profesörün iddia ettikleri gibi usul kanununun muvakkat kanunu tadil ettiğine mi hükmedilecektir? Buna en basit ve en tabii hukuk kaideleri mânidir. Zira usul kanunu bir umumî kanun olduğu ve 97 nci madde ahkâmı umumiye-den bulunduğu halde muvakkat kanun sırf ecnebilerin hak ve vazifelerini müteallik hususî bir kanun olduğundan muahhar olsa da ahkâmı umumiye, hususî kanunun hükümlerini zımnen tadil edemez. Binaenaleyh muvakkat kanun hükmünün tadil edildiğine dair sarahat fıkdanı karşısında zımnen tadil iddiası varit olamaz (15)».

Evvelâ şu nokta üzerinde ehemmiyetle durmak lâzımdır:

Umumî bir kanunda, hususî kanunun ilga edildiğini gösteren bir sarahatin mevcut olmaması, hususî kanun hükümlerinin merî bulunduğu delil teşkil edebilir mi?

Bazı hallerde bu soruya müsbet cevap vermek doğru olur kanaatindeyiz.

Gerçi bir kanun zımnen de ilga olunur. Şu kadar ki, muahhar umumî bir kanunla hususî kanunların hükmü zımnen ilga edilmiş olmaz. Hususî kanunun hükmü ilga edilmiş olmak için ya mülga olduğu tasrih edilmek veya umumî kanunun medlûliyle hususî kanunun hükmü arasında katî bir tezat ve tearuz bulunmak lâzımdır.

Şu hale göre, meselemizde her şeyden önce, hususî bir kanun olan muvakkat kanunun hukuk usulü muhakemeleri kanunu tarafından sarih olarak ilga edilmiş olup olmadığına bakmak icap etmektedir.

Muvakkat kanunun sarahaten ilga edildiğine dair hukuk usulünde bir hükme tesadüf edemediğimize göre acaba zımnî ilga mevcut mu?

Biraz evvel tebarüz ettirmiş olduğumuz veçhile zımnî ilga bahis mevzuu olabilmek için, umumî kanunun medlûliyle hususî kanunun hükmü arasında katî bir tezat ve tearuz bulunmak lâzımdır. Şu halde, meselenin halli usulün teminat hakkındaki hükümleriyle muvakkat kanunun hükümleri arasında tezat ve tearuz bulunup bulunmadığı keyfiyetinin tesbitine bağlı bulunmaktadır.

Biz iki kanunî hüküm arasında tezat bulunup bulunmadığı hususunda Profesör Muammer Raşit Sevig'in noktai nazarına iştirâk etmekteyiz.

Filhakika muvakkat kanunun hükme bağladığı teminat ile hukuk muhakemeleri usulü kanununun 97 nci maddesinde bahis ko-

(15) Muammer Raşit Sevig, Türkiye Cumhuriyeti kanunlar ihtilâfi kaidelerinin sentezi, s. 112 - 114; Devletler hususî hukuku, cilt II. s. 177 ve m.

nusu olan teminat aynı şeyleri temine masruf olmakla beraber ayrı ayrı sebeplere istinat eder ve birbirinin aynı değildir. Muvakkat kanundaki teminat hükümlerinin vazına âmil ecnebilik sıfatı ve ecnebi müddeilere karşı Türk vatandaşlarını korumaktır. Usul kanunundaki teminat ise Türkiyede ikametgâhı bulunmayan yabancı veya Türk müddeilerin yerine getirmek mecburiyetinde oldukları bir mükellefiyetten ibarettir. Bu itibarla bu iki hükümden biri diğerini nakz veya tadil eder mahiyette telâkki olunamaz.

Acaba mefhumu muhaliften hüküm çıkarmak suretiyle, yani 97 nci maddede tasrih edilmeyen hallerde dâvacının teminat göstermekle mükellef olmadığı iddia edilebilir mi?

Bunu zannetmiyoruz. Mefhumu muhaliften hüküm çıkarmak tehlikeli olduğu gibi mefhumu muhalif yoluyla bir kanunun ilga edilmesi hiçbir zaman tecviz olunamaz.

Muvakkat kanunun teminat hakkındaki hükümlerinin merî olduğunun kabulü iki defa teminat vermek gibi bir mantıksızlığa sebebiyet verir mi? yani maddenin ruhuna muhalefetin, iki hüküm arasında mevcut münafatın sebebi, her iki kanun hükmünün uygulanması takdirinde iki defa teminat verilmesi keyfiyetinden ibaret olduğu iddiası kabule şayan mıdır?

Fikrimizce bu soruya da verilecek cevap menfidir. Filhakika, sayın Muammer Raşit Sevig'in pek haklı olarak ifade ettikleri gibi, teminattan maksat her iki halde de zarar ve ziyan ile muhakeme masarifinin temini olduğuna nazaran bir kere bu cihet temin edildikten sonra müemmen olan bir şeyi bir kere daha temine lüzum kalmıyacağından iki defa teminat verilmesi artık bahis mevzuu olamaz.

Sayın Mustafa Reşit Belgesay «Medenî Kanun, yerli ve ecnebi herkese müsavi şartlar dahilinde medenî haklardan istifade salâhiyeti verdiğiinden bu haklara vaki tecavüzlerden şikâyet ve dâva hakkını maddî olmıyan şartlara tâbi tutmak lojik olamazdı» diyorlar.

Biz bu hususta sayın profesörün noktai nazarlarına iştirâk edemiyecğiz. Fikrimizce, Medenî Kanunumuzun herkesin medenî haklardan istifade edeceği hakkındaki 8 inci maddesinin bu şekilde tefsiri caiz değildir. Türkiyede yabancılar hukuku bahsinde ahdi sistem tatbik edilmekte ve diğer devletlerin karşılıklı muamele yapması istenmektedir. Bu itibarla mezkûr maddenin yalnız Türkler hakkında tatbiki lâzımdır (16).

(16) Nusrât Metya, Ecnebilere hukuku, yeni telâkkiler mukaddime, ta-rihçe, Hukuk ilmini yayma kurumu konferanslar serisi, 37. s. 5.

Muhterem profesör «hukuk usulünün, muvakkat kanun hükümlerini açıkça ilga etmemesinin gerçek sebebi şüphesiz bu kanunu yapanların muvakkat kanunu hatırlamamalarıdır. O vakit bu kanun hatırlanıp da muhafaza edilmek istenseydi bu hususun kanuna ilâve edileceği tabii idi. Nitekim meselâ 24 üncü maddede Medenî Kanununun hükmünün mahfuz olduğu beyan ediliyor da 1330 muvakkat kanundan bahsedilmiyor zımnî tadillerin kabulü, kanun yapanların diğer evvelki kanun hükümlerini hatırlamamaları esasına istinat etmez mi?» diyorlar.

Kanaatimizce kanun vazının yürürlükte olan bir kanun hükümlerini hatırlıyamaması müstebattır. Kanun vaznı, kanun yaparken, koyduğu hükümlerle alâkası bulunan diğer kanun hükümlerini daima gözönünde bulundurmamak mecburiyetindedir. Bu itibarla muvakkat kanunun hatırlanamamasına dair ileri sürülen delil de bize pek mülâyim gelmiyor.

Zımnî tadillerin kabulü, kanun yapanların diğer evvelki kanun hükümlerini hatırlamamaları esasına istinat ettiğine dair olan noktai nazara da iştirâk edemeyeceğiz. Zira, ilgada behemehal kanun vazının iradesine lüzum vardır. Halbuki hatırlamamak meselesinde bir iradenin mevcudiyetinden bahsolunamaz. Bundan başka hususî kanunla umumî kanunlar zımnî ilga edilemeyeceğine ve bu tefsir bahsinde mütearefe halinde bir mesele bulunduğu binaen ecnebi-ler hakkındaki teminatın mahfuz olduğunun tasrihine lüzum görülmemiştir. Eğer zikri geçen 24 üncü maddeyi Teşkilâtı Esasiye ve Kanunu Medenî ve sair adli kanunlar ve muahedelerle salâhiyet hakkında vazolunan hükümlerin mahfuziyeti tasrih edilmemiş olsaydı Hukuk Usulü Muhakemelerinin salâhiyete müteallik umumî hükümleriyle bu hükümlerin ilga edilmiş olması zehabı hâsıl olacaktı. Bunun içindir ki bu maddede bu cihetin tasrihine lüzum görülmemiştir.

Bütün bu izahattan sonra netice olarak diyebiliriz ki, Türk hukukunda yabancılık sıfatına müstenit teminat iraesine müteallik memaliki osmaniyede bulunan ecnebilerin hukuk ve vazaifi hakkındaki kanun hükümleri halen merîdir.

B — Jürisprüdans:

Yargıtayın, muvakkat kanunun teminata dair olan hükümleri hakkındaki içtihadında istikrar yoktur. Yüksek mahkeme, mezkûr kanunun teminata taallük eden hükümlerinin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 97 nci maddesi hükmiyle ilga edilmiş sayılıp sayılmıyacağı hususunda birbirine zıt kararlar vermiş bulunmaktadır.

Yargıtayın bu mesele hakkında verdiği kararları, tarih sırasıyla aşağıya aynen çıkarmadan evvel şunu söyleyelim ki mevzu bahis kararlar Hukuk Genel Kurulundan sadır olmasına ve bugüne kadar da, eğer yanılmıyorsak, mesele tevhibi içtihadı sevkedilmemiş bulunmasına nazaran tetkikiyle meşgul olduğumuz bu mevzuun henüz kesin ve umumî mahiyet arzeden bir hal suretine bağlanmış sayılmıyacağını ifade etmek isteriz.

1 — Birinci karar:

Dâva: aralarında yapılan mukavele veçhile miyan kökü iştirâ için müddeaaaleyhin aldığı meblâğdan zimmetine geçirdiği 584 lira 12,50 kuruşun tahsili istenilmiştir.

Karar: Müddeaaaleyh (Türk tebaasından) dâva veçhile miyan kökü almak üzere meblâğı mezkûreyi müddei kumpanyadan (Birleşik Amerika tebaasından) aldığını ikrarla beraber mukabilinde miyan kökü teslim ettiğini def'an dermeyanla işbu vaziyeti ispat edemiyerek teklif eylediği yemini müddei kabul ve icra eylemiş olduğundan borcu olduğu sabit olan meblâğı mezkûrun müddeaaaleyhten tahsiline dair verilen hüküm indetmeyiz: Ecnebi bulunan kumpanyadan kanunu mahsusuna tevfikân teminat alınıp alınmadığı anlaşılmamış olduğundan bu sebeple bozulması üzerine yeniden cari muhakeme ve tetkikat neticesinde Türkiyede bulunan ecnebilerin hukuk ve vazâifine dair 1330 tarihli muvakkat kanun Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 97 nci maddesile zımnen ilga edilmiş ve mezkûr maddede tasrih edilen hususattan maada ahvalde teminat iraesine bir mecburiyet olmadığı ve 98 inci madde mucibince teminat talebi itirazatı iptidaiyeden olup bu cihet resen mahkemece nazarı dikkate alınamıyacağı beyanile eski kararda ısrar edilmiştir.

Temyiz kararı: Hukuk Heyeti Umumiyesinde bittetkik müddeti içinde temyiz olunan son hükmün ısrarı mutazammın olduğu anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra görüşüldü ve düşünüldü:

Müstenit olduğu esbabı mucibeye nazaran hükmü ahir usul ve kanuna uygun olmakla esas davanın tetkiki için evrakın dairei hususiyeye tevdiine 18/IX/1930 tarihinde ekseriyetle karar verildi (17).

İkinci karar:

Dâva: Avusturya tebaasından ... namına ciro edilmiş bir kıt'a mazbata mucibince alacağı olan 102,550 kuruşun tahsili talebinden ibarettir.

(17) Temyiz kararları 1930, cilt 8, s. 208, sıra 99.

Kararın hulâsası: Meblâğı müddeabihin tahsiline dair verilen hüküm indetmeyiz müddei ecnebi tebaasından olduğu halde kanunen iktiza eden teminatın alınmaması esbabı anlaşılammış olduğundan dolayı bozulmakla yeniden yapılan muhakeme neticesinde teminat iddiası itirazatı iptidaiyeden olup mebdei dâvada müddeaaaleyh tarafından böyle bir iddia dermeyan edilmemiş olduğundan bozma kararı varit olmadığı beyaniyle hükmü sabıkta ısrar edilmiştir.

Temyiz kararı: Hukuk Heyeti Umumiyesince bittetik, müddeti içinde temyiz edilen son hükmün ısrarı mutazammın olduğu anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra görüşülüp düşüldü:

Teminat talebi itirazatı iptidaiyeden olmasına mebni ısrar kararı usule uygun olmakla esas hüküm hakkında tetkikat icrası için dâva dosyasının hususî daireye tevdiine 15/VI/932 tarihinde ekseriyetle karar verildi.

Üçüncü karar:

Dava: Müddeaaaleyh, mukavelename mucibince Bursa'da yapacağı kanal işlerinden takriben 855 000 metre mikâp Deliçay ve tevabii hafriyatını beher metre mikâbı 15 kuruş mukabilinde müddeiye ve şeriklerine vermiş ve müddei de bu suretle elân akdi kabul ederek işe başlamış ve 13/XII/932 tarihine kadar ceman 124,967 metre mikâp toprak hafredildikten sonra müddeaaaleyh hodbehot mukaveleyi feshederek çekilen protestoya rağmen taahhüdünü ifa etmemiş olduğundan makinaya yapılan bazı masraflarla beraber hafredilen kısım için istihkak kespedilen 18851 lira 55 kuruştan liste mucibince verilen 3498 lira 25 kuruşun tenzilinden sonra mütebaki 15 353 lira 30 kuruş bakiyesiyle mukavelenin hodbehot feshinden dolayı mahrum kalınan kâr ve zarar ve ziyan ve tazminat mukabili olarak tahakkuk eden asgarî 21 000 lira ki ceman 36 353 lira 30 kuruşun faiz ile birlikte tahsili talebinden ibarettir.

Karar: Müddeaaaleyh vekili tarafından dermeyan olunan husumet itirazı yerinde görüldüğünden müddeinin diğer şürekâ hisselerinden dolayı usulü dairesinde dâva açmakta muhtar olmak üzere Saryan hissesi hakkında tahkikata devamı karar verilerek dosyanın tahkikat hâkimliğine havalesine karar verildikten sonra dâvacı vekili tarafından ayrıca istihsal olunan vekâlete istinaden aynı iddia ve müdeabih hakkında müddeaaaleyh Vasil tarafından 99 - 934 numaralı dosya ile açılan dâvanın işbu dâva ile birlikte bakılmasına karar verilerek o suretle yapılan muhakeme sonunda da tahak-

kuk eden 11,444 lira 40 kuruştan Saryan'a ve emriyle vukubulan te-
diyattan maadası olan 7175 lira 88 kuruşla müddeaaaleyin ilzami
icabeylemiş ve evvelce izah edildiği veçhile üç kişiden mürekkep
olan şirketin Nev'i ve mahiyeti ve miktarı hisseleri muayyen olma-
dığı cihetle işbu miktarın her üç şerike mütesaviyen taksimi halin-
de beher şerikin hissesi 2391 lira 96 kuruştan ibaret olarak tahakkuk
eylemiş olduğundan davacılar Vasil ve Saryan'ın hisselerine düşen
4783 lira 92 kuruşun müddeaaaleyhten tahsiline ve fazla inşaat sabit
olmadığı gibi davacıların mukavelename şeraiti dahilinde vazife yap-
madıkları şهادetle sabit olmuş ve şu suretle mukavele ahkâmının
bozulmasında müddeaaaleyhin bir günâ sünitaksiri görülmemiş oldu-
ğundan tazminat ve zarar ve ziyân iddiasının reddine ve mahkeme
masrafının nisbet dâiresinde taraflara tahmiline dair verilen hüküm
indetmeyiz davacı Saryan tarafından müddeaaaleyhe keşide edilmiş
olan 31/12/933 tarihli ihtarnamede müddeaaaleyh teahhüdünü ifaya
davet edilmiş ve müddeaaaleyhin müddeiye çekmiş olduğu 8/I/934
tarihli cevabi ihtarnamede Saryan ve şeriki Vasilin teahhütlerini
ihlâl ettiklerinden dolayı işten uzaklaştırıldığı beyan olunmuş ise
de, mahkemece istima kılınmış olan şahitlerin ifadelerine göre da-
vacıların da uhdelerine düşen vecibeyi ihlâl ettikleri anlaşılmış bu-
lunduğu cihetle zarar ve ziyân davasının reddine müteallik hükmün
bozulmasına dair serdolunan temyiz itirazları varit olmadığı gibi
mukavelenamenin 7. ci bendinin sarih hükmüne ve muhakeme esna-
sında müddeaaaleyh ihtilâflı noktayı kabul ettiğini söylemiş bulun-
masına ve itihkak yekûnuna ve vukubulan mehûzâtın mecmuuna
nazaran mahkemece yapılan hesapta ve hisselerin taksimi tarzında
bir yanlışlık görülmemesine ve davaya ticaret sıfatile bakıldığı mü-
şahede kılınmasına nazaran müddeaaaleyhin bu noktalara matuf
temyiz itirazları varit değilse de, müddeiler dava arzuhalinde faiz
talep etmiş oldukları hade bu talep hakkında bir karar verilmemesi
ve davacı Vasilin ecnebi tabiiyetinde bulunduğu iddia edilmiş oldu-
ğu cihetle bu iddianın doğruluğu tahakkuk ettiği surette mahkemece
hâdisede teminat alınması lâzım gelip gelmeyeceğinin re'sen tem-
mülü iktiza ederken cevap lâyihasının müddetin mürurundan sonra
tel, Eksoz ve elektrik bedeli olan 106 lira 50 kuruş hakkında karar
verildiğinden dolayı bu bapta talebin reddi cihetine gidilmesi ve
tarafların isticvabı ve bu bapta muhakeme icrası lâzım gelirken bilâ-
muhakeme bu meblâğın tediyeye edilmediği kabul olunarak ona göre
hüküm verilmesi ve şeriklerden Emine verildiği beyan olunan pa-
ranın kısmen veya tamamen hafriyat işine sarfedilip edilmediğinin

tetik olunmaması yolsuz olduğundan bahsile bozulup iade edilmekle yeniden yapılan muhakeme sonunda: teminat göstermek hakkında vaki itirazın itirazatı iptidaiyeden olduğu H. U. M. K. nunun ahkâmından bulunmasına ve bu itibarla mahkemece re'sen nazarı dikkate alınmasına cevazı kanunî mevcut olmamasına mebni hâdisede teminat alınması lâzım gelip gelmediğinin re'sen teemmül edilmediğine matuf nakız kararı vecibülittibâ olmadığından bu cihet hakkında ısrar edilmesine ve diğer bozma sebeplerine uyulmasına ve binnetice 2795 lira 21 kuruşun yarı yarıya Saryan ve Vasile ait olmak üzere müddeaaaleyh müteahhit Nuriden tahsilile davacılara verilmesine karar verilmiştir.

Temyiz kararı: Hukuk Heyeti Umumiyesince bittetik: kısmen ısrarı mutazammın olan son hükmün müddetinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra icabı görülmüş ve düşüldü.

Müddeaaaleyh tarafından verilen cevap lâyihasında davacıardan Vasilin ecnebi tebeasından olduğu iddia edilmesine ve bu iddianın doğruluğu tahakkuk ettiği surette teminat alınması lâzım gelip gelmeyeceğinin re'sen nazara alınması icabetmesine nazaran hususî dairesinin bu noktaya matuf bozma sebebi dahi varit ve şayanı ittiba bulunmuş iken ilâmda yazılı sebep ve mütalâalarla bu kısım bozma sebebine karşı ısrar edilmesi yolsuz ve bu cihete müteallik temyiz itirazları varit olduğundan temyiz olunan son hükmün dahi H. U. M. K. nun 429. cu maddesine tevfiyat bozulmasına 9/7/941 tarihinde ittifakla karar verildi.

§ 3 -- Teminatın ne vakit ve nasıl isteneceği:

A — Teminatın itirazatı iptidaiyeden olup olmadığı

1330 muvakkat kanunun teminata dair olan maddesinin yazılış tarzı ilk bakışta, teminatın mahkemece re'sen nazarı itibare alınması lâzımgeldiği kanaatini hâsıl edebilir. Teminat âmme menfaatini değil, Türk tâbiyetinde olan müddeaaaleyhin şahsî menfaatlarını korumak gayesini istihdaf eder. Muvakkat kanun teminat usulüne dair hükmü ihtiva etmemesi itibariyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun teminata dair olan hükümlerinin, o kanun hükmünce verilmesi gerekli teminata da tatbiki mecburî görünür. (18). O halde

(18) Mustafa Reşit Belgesay, 23 şubat 1330 tarihli muvakkat kanunun teminata dair hükümleri mer'i midir? (İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası. 1945, sayı 12. s. 269).

teminat itirazatı iptidaiyedendir. Hâkim teminata re'sen hükmetmemelidir. Teminatın itirazatı iptidaiyeden olduğu hususunda Türk doktrininde ihtilâf mevcut olmamakla beraber Yargıtayın bu mesele hakkındaki kararları da birbirine zıttır. Bu cihet biraz evvel yazdığımız Yargıtay Genel Kurulu kararları gözden geçirildiği takdirde kolayca görülebilir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 98 inci maddesi mucibince teminat talebi dâvanın ikamesini müteakıp ve esasa girişilmezden önce dermeyan edilmek lâzımdır. Aksi takdirde teminat talebi sakıt olur. Aynı kanunun 187 nci maddesi sarahatına nazaran teminat talebi diğer iptidai itirazlarla birlikte dermeyan edilmek lâzımdır.

Müddeaaleyh dâvanın başlangıcında teminat talebi hakkını kullanmadığı takdirde teminattan vazgeçmiş sayılır. Esasa dair itiraz dermeyan etmemiş olan veya yaptığı usulî muamele icabı masarifi muhakeme teminatından vazgeçtiği anlaşılabilen müddeaaleyhin artık bu talebi yapmak hakkı kalmaz. Ezcümle müdafaa için bir mühlet isteyen kimse teminattan vazgeçmiş sayılır (19).

B — Teminatın nasıl isteneceği:

Yabancı müddei veya müdahilin göstermekle mükellef olduğu teminat nakdi veya şahsî olabilir. Filhakika Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 96 nci maddesine göre teminat mahkemenin takdir edeceği nakit veya mahkemece kabul olunacak esham ve tahvilât veya gayrimenkul rehni veyahut muteber bir banka kefaleti veya noterden musaddak kefil iraesî suretiyle yapılır.

§ 4 — Teminat göstermek mecburiyetinde olan yabancılar:

A — Hakikî şahıslar;

Muvakkat kanunun hükümlerine göre teminat göstermekle mükellef olanlar yalnız yabancılardır. Binaenaleyh Türk kanunu nazârında yabancı olan yeni filhal Türk tabiiyetini iddiaya haklı bir durumda bulunmayan kimseler teminat göstermek mecburiyetindedirler. Ecnebilik vasfı dâvanın açıldığı zaman aranmak lâzımdır. Şu halde teminatın lâzımgelip gelmediğini müddeinin tabiiyetini nazara alarak tesbit etmek icap eder. Dâvacının haymatlos olması halinde de bu mükellefiyet bakidir. Çünkü bunlar Türk sayılamazlar.

Bir şahsın müddei veya müddeaaleyh vaziyetinde olduğunu tâyin etmek için onun dâvadaki hakikî vasfı araştırılmak lâzımdır.

(19) Mustafa Reşit Belgesay, Devletler hususî hukukunda Adliye, s. 172.

Dâvada birden ziyade müddeilerin bulunması, bunların bir kısmının Türk olması yabancı olanlar hakkında teminat mükellefiyetini bertaraf etmez. Muhakemenin devamı sırasında müddeinin evlenme ile, telsik veya arazi ilhakı neticesinde Türk tâbiyetini iktisap etmiş olması teminat göstermek mecburiyetini ortadan kaldırır. Dâvacı Türk tabiiyetinde iken muhakemenin devamı sırasında Türk tabiiyetini herhangi bir sebeple zayi ettiği takdirde teminat mükellefiyeti doğar.

Muvakkat kanuna göre teminat göstermek mecburiyetinde olanlar yalnız yabancı müddeiler olmayıp aynı zamanda müdahillerdir. Binaenaleyh dâvacılar hakkında yukarıda söylenen bütün sözler müdahiller için de varittir. Yalnız burada bir tefrik yapmak icap eder: eğer müdahil dâvacıya veya münhasıran kendisine ait bir hakka müdahale için düvaya karışmış ise teminat ile mükelleftir. Bilâkis, müdeaaaleyhi müdafaa için davaya dahil olanların teminat göstermek mecburiyetleri (20) yoktur.

B -- Hukukî şahıslar:

Teminat göstermek mecburiyetinde olan yabancı şahıslar tabirinden yalnız hakikî şahıslar anlaşılmalıdır. Türk tâbiyetinde olmayan hükmi şahıslar da teminat göstermek zorundadırlar.

Burada mühim bir meseleye temas etmek lâzımdır.

Äınme hükmi şahıslarından devlet dâvacı ise teminat göstermeğe mecbur tutulabilir mi?

Müelliflerin büyük bir ekseriyetine ve mahkeme içtihatlarına nazaran bir devletin diğer bir devlet mahkemelerinde muhakeme edilmesi mümkün değilse de yabancı devletlerin kendi rizalarıyla Türk mahkemelerine müracaat etmiş olmaları kazaî muafiyet imtiyazından feragati tazammun eder. Bu itibarla müddei sıfatını haiz olan devletlerden de teminat istenmesi lâzımgelir. Nitekim fransız mahkemeleri bir fransız aleyhine dâva açan devletlerin teminat göstermek mecburiyetinde olduklarına dair karar vermişlerdir. Bu hususta Osmanlı Devleti hakkında Seine mahkemesi tarafından verilen 10 haziran 1913 tarihli bir kararla Birleşik Amerika Devletleri hakkında Marsilya ticaret mahkemesinin verdiği 11 ocak 1921 tarihli kararı zikretmek mümkündür. (21).

Muvakkat kanun yabancıları teminat iraesine mecbur tutmakla, onların unvan ve sıfatlarını nazara alarak hiçbir istisna yapmamış

(20) Mustafa Reşit Belgesay, Devletler hususî hukukunda adliye, s. 169.

(21) Bk. Caution judicatum Solvi, Répertoire, t. III, p. 184, No. 112.

olduğuna göre dâvacı sıfatını haiz bir devlet reisinin veya diploması memurlarının da bu mecburiyete tâbi tutulmaları tabiidir. Zira bunlar bir Türk mahkemesinde dâva açmış olmakla kazâi muafiyetlerinden ferağat etmiş sayılırlar. Bu sebeple onların da teminat göstermelerini kabul etmek yerinde olur. Kazâi muafiyet imtiyazından istifade eden bu şahıslar aleyhine takibat yapılamaması itibariyle de teminat istenmesinde zaruret vardır.

Fransız müelliflerinden Laurent bu fikre iştirâk etmez. Bu hukukçuya göre bir yabancı devlet mümessilinin borç ödemekten âciz bir şahıs gibi telâkki edilmesi kabul edilemez (22).

§ 5 — Teminat istemek hakkını haiz olanlar:

Müddeinin veya müdahilin yabancı tâbiyetinde bulunması teminat gösterme mecburiyetinin doğumu için kâfi olmayıp bir şartın daha tahakkuk etmesi lâzımgelir ki o da dâvalının Türk tabiiyetinde olması keyfiyetidir. Eğer müddeaaaleyh Türk tabiiyetinde değilse teminat mükellefiyeti bahis konusu olmaz.

Dâvanın açılması zamanında müddeaaaleyh Türk tabiiyetinde iken tabiiyetini herhangi bir sebeple kaybettiği takdirde ecnebi olan müddei veya müdahil için teminat iraesî borcu ortadan kalkar. Türk müddeaaaleyhin Türk vatandaşlığını kaybederek yabancı bir devlet tabiiyetini iktisap etmiş bulunması veya haymatlos olması halleri arasında hiçbir fark mevcut değildir. Yani, Türk vatandaşı olan dâvalının Türk vatandaşlığını kaybederek başka bir devlet tâbiyetini alamaması neticesinde tâbiyetsiz olması takdirinde de yabancı müddei veya müdahil hakkında bahis konusu olan teminat gösterme mecburiyeti ortadan kalkar.

Dâva birden ziyade kimseler aleyhine açılmış ve müddeaaaleyhlerden bir kısmı Türk bir kısmı yabancı ise yabancı müddei veya müdahilin teminat mükellefiyeti bakidir.

§ --- 5 Teminat gösterme mükellefiyetinin ortadan kalkması:

1 -- Emlâk sahibi olmak.

Muvakkat kanun Türkiyede kâfi miktarda emlâk sahibi olan ecnepleri teminat mükellefiyetinden istisna etmiş, başka bir tabirle bunlar için teminat gösterme mecburiyeti ortadan kalkmıştır.

Türkiyede yabancı müddei veya müdahillerin emlâk sahibi olmaları memlekette alâkaları bulunduğunu ve müddeaaaleyhin zarar

(22) Bk. Caution judicatum Solvi, Répertoire, t. III, p. 184, No. 113.

ve ziyânı ve muhakeme masrafları için istifa mahallî teşkil ettiğini göstermek itibariyle kanun vaznı böyle bir istisna koymak zarureti- ni hissetmiştir. Yabancı'nın sahip olduğu emlakın kâfi miktarda olup olmadığını tâyin etmek keyfiyeti mahkemeye aittir.

2 -- Mütakabil muamele.

Kanuna göre muamelei mütakabile şartıyla teminat vermek mecburiyeti ortadan kalkmaktadır. Bu hüküm ile vaznı kanun Türk vatandaşlarının yabancı memleketteki vaziyetini yani teminat vermekten kurtarmayı düşünmüştür (23).

Mütakabil muamelenin ahdi veya siyasi, kanuni veya fiili olması aynı neticeyi doğurur (24). Binaenaleyh, Türkiye ile yabancı bir devlet arasında akdedilen mukavele âkid devletler tebaasını karşılıklı olarak teminat göstermek külfetinden vareste tutabileceği gibi yabancı bir devlet kanunu, yabancılara böyle bir mecburiyet tahmil etmiyorsa bu devlet tebaası Türkiyede teminat göstermeğe mecbur tutulmamalıdır.

(23) Muammer Raşit Sevig, adı geçen eser, s. 106.

(24) Aynı mealde, Muammer Raşit Sevig, adı geçen eser, s. 106; muhalif fikir Salem, adı geçen makale (Répertoire de droit international, t. VII, p. 239). Suphi Uuri İleri, adı geçen konferans, s. 2, 060.