

# TÜRKİYE’DE MUTAD MESKENİ OLMAYAN TÜRK VATANDAŞLARI İÇİN TEMİNAT GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ (HMK m.84/1-a)

*Arş. Gör. Emre KIYAK \**

## GİRİŞ

Bir davada taraflar arasındaki menfaat dengesinin sağlıklı temin edilmesi için, onlara eşit imkânların ve savunma vasıtalarının sağlanmış olması her zaman tek başına yetmez. Bazen bu dengenin korunması, işlem yapan kişi için bir takım (özel) yükümlülüklerin getirilmesini zaruri kılabılır. Zira bazı hâllerde işlemi yapan kişinin içinde bulunduğu özel koşullar, işlemin karşısında yer alan kişinin korunmasını gerektirebilir. Mesela, davacının davayı kaybetmesi hâlinde yargılama giderlerini ödeyemeyeceği hususunda bir şüphenin mevcut olması, davalının bu ihtimale karşı korunma ihtiyacını gündeme getirir. İşte bazı hâllerde davacıdan, dava açarken yargılama giderlerini karşılayacak teminat göstermesini istemek, bu ihtiyacın giderilmesine yöneliktir.

Bu çalışmanın konusu, Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşlarının dava açarken, davaya müdahil olurken veya takip yaparken teminat gösterme yükümlülüğünü düzenleyen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.84/1-a hükmüdür. Bu doğrultuda birinci bölümde, teminat kavramı ile HMK m.84/1-a anlamında teminat gösterme yükümlülüğünün amacı ve hukukî niteliği inceleme konusu yapılmıştır. İkinci bölümde ise, Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşlarının hangi hâllerde teminat göstermekle yükümlü olduğu, bu yükümlülüğün nasıl yerine getirileceği ile gösterilen teminatın hangi hâllerde iadesine karar verileceği inceleme konusu yapılmıştır. Sonuç bölümünde ise, tüm bunlara ilişkin yapılan değerlendirmeler doğrultusunda HMK m.84/1-a hükmüne ilişkin eleştirilerimiz bir bütün olarak sunulmuştur.

HMK m.84/1-a’nın uygulama alanı dışında olduğundan, yabancıların ve tüzel kişilerin teminat gösterme yükümlülüğü inceleme konusu yapılmamış-

---

\* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı.

tır. Bununla birlikte HMK m.84'de yer alan ve teminat gösterme yükümlülüğü doğuran diğer hâller de inceleme konumuz dışında kalmaktadır. Zira bunların her biri ayrı bir çalışma konusu olabilecek niteliktedir.

## I- TEMİNAT KAVRAMI İLE TEMİNAT GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

### A- TEMİNAT KAVRAMI

Teminat kelimesi sözlükte güvence, belli bir hukuksal durumu (genellikle borcun ödenmesini) sağlamak için verilen garanti şeklinde tanımlanmaktadır<sup>1</sup>. Fakat bu tanım daha çok maddi hukuktaki teminat kavramını karşılar. Zira borçlar hukukunda teminat, bir kimsenin, bir başkasının karşı karşıya olduğu bir tehlikeyi üzerine aldığı sözleşmeyi ifade etmektedir<sup>2</sup>. Buna mukabil usul hukukunda teminat kavramını, belli bir usul işlemi yapmadan önce, işlemin karşısında yer alan kişiyi korumak için, o işlemi yapacak kişiden istenen güvence şeklinde tanımlayabiliriz. Zira anılan kavramın bu anlamda gelebilecek tanımı sözlükte, bir dava sonunda davacının haksız çıkması durumunda, davalı tarafın uğraması muhtemel zararın ödenmemesinin önceden güvence altına alınması amacıyla ve ancak kanunun özel olarak düzenlediği hâllerde mahkemeye tevdi veya teslim edilen malvarlığına ilişkin bir değer şeklinde ifade edilmektedir.<sup>3</sup> Aslında usul hukukunda da bu şekilde bir güvencenin istenmesine sebebi, işlemi yapan kişinin işlem sonucunda ortaya çıkacak muhtemel (mali) yükümlülüklerini yerine getirmemesi ihtimalidir. İşte bu noktada hem maddi hukuktaki hem usul hukukundaki teminat kavramları paralellik arz etmektedir. Fakat maddi hukukta teminat yükümlülüğüne baktığımızda, bu yükümlülük genellikle tehlikenin ortaya çıkmasından sonra yerine getirilmektedir. Mesela asıl borçlunun borcunu ödememesi halinde kefilin bu (kefalet) borcunu yerine getirmek zorunda kalmasında durum böyledir. Oysa medeni usul hukukunda teminat gösterme yükümlülü-

1 Yılmaz Tekin, *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, Ankara 2007, s. 282; Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 4. bs, Ankara 2010, s. 748; TDK, İktisadi Terimler Sözlüğü, <http://www.tdkterim.gov.tr/?kategori=terimarat&kategori=terimarat&kelime=g%FCvenc>; UYAP Hukuk Sözlüğü, <http://www.uyap.gov.tr/destek/hs/index.htm> (11.7.2012).

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

3 Tekin, s. 282.

ğü daha işlemi yaparken yerine getirilmelidir. Bu husustaki farkın sebebi şu şekilde izah edilebilir. Maddi hukukta güvence gösterilirken, bu güvenceye sebep olan tehlike henüz gerçekleşmemiştir. Bu nedenle teminat (sözleşmesi) ile öngörülen yükümlülüğün yerine getirilmesi de hemen beklenemez. Buna mukabil, usul hukukunda işlemi yapan kişiden güvence gösterilmesine sebep olan koşullar zaten gerçekleştiği için, teminat gösterme yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekecektir. Mesela davacının Türkiye’de mutad meskeninin bulunmaması hâlinde, teminat gösterilmesine sebep olan vakıa artık gerçekleşmiştir. Şu halde bu özel durumun sebep olduğu şüphenin bertaraf edilmesi için teminat gösterme yükümlülüğü yerine getirilecektir.

## B- TEMİNAT GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN AMACI

Dava açarken<sup>4</sup> (davaya müdahil olurken, takip yaparken) teminat gösterme yükümlülüğünün getirilmesindeki amaç, davacının (müdahilin, takip alacaklısının) haksız çıkması hâlinde karşı taraf lehine hükmedilecek yargılama giderlerinin<sup>5</sup> ödenmesinin güvence altına alınması endişesidir<sup>6</sup>. Bu endişeyi doğuran hâlleri tespit ederek, bunlardan birinin mevcut olması durumunda davacıyı (müdahili, takip alacaklısını) teminat göstermekle yükümlü kılmak gerekir. Burada tespiti gereken diğer husus ise, teminatın kapsamına ilişkindir. Yani hâkim, davacının göstereceği teminatın kapsamını ne şekilde takdir edecektir. Teminat hükümleri ile elde edilmek istenen amacın

4 Dava açma dışında, teminat gösterme yükümlülüğü doğuran hâllere ilişkin misaller için bkz. Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara 2011, s. 267.

5 Teminat gösterme yükümlülüğünün amacını tanımlarken sadece “yargılama giderlerini” sayıp karşı tarafın muhtemel zarar ve ziyanlarını belirtmememizin sebebi, HMK m.84/1 hükmüdür. Zira mülga HUMK m.97’den farklı olarak bu hükümde teminatın kapsamına karşı tarafın uğraması muhtemel zararlar dâhil edilmemiştir. HMK m.84’ün gerekçesinde böyle bir düzenlemeye gidilmesinin sebebi olarak, karşı tarafın dava ve takip giderleriyle uğrayabileceği muhtemel zararların içeriğinin tümüyle belirsizlik arz etmesi ve bu güne kadar hiç uygulama alanı bulmamış olması gösterilmiştir.

6 Necip Bilge/Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, 3. bs, Ankara 1978, s. 339; Abdurrahim Karlı, *Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı*, 2. bs, İstanbul 2011, s. 440; Mustafa Kılıçoğlu, *6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi*, İstanbul 2012, s. 521; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. 3, 5. bs, İstanbul 1991, s. 2967; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 22. bs, Ankara 2011, s. 572; Siddık Sami Onar/Mustafa Reşit Belgesay, *Adliye Hukukunun Umumi Esasları*, İstanbul 1944, s. 118-119; Ejder Yılmaz, "Davada İnanca", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı*, C. 1, 1977, s. 405. Ayrıca bkz. Bülent Özden, "Alman Hukukunda 'Cautio Judicatum Solvi' Kuralı", *MHB*, C. 10, S. 1-2, 1990, s. 133-134; İlhan Unat, "Davacının Yabancı Niteliğine Dayanan Adli Teminatın Uygulanma Alanı", *AÜSBFD*, C. 28, S. 3, 1973, s. 2.

gerçekleşmesini sağlamak için, bu iki hususta yapılacak tespitin isabetli olması gerekir.

Çalışmamızın konusu olan HMK m.84/1-a hükmünde, yargılama giderlerinin ödenmeme endişesini doğuran hâl olarak “Türk vatandaşının Türkiye’de mutad meskeninin bulunmaması” tercih edilmiştir. Hükmün gerekçesinde, yerleşim yeri yerine mutad mesken ölçütünün esas alınmasının sebebi, yerleşim yeri yabancı ülkede olan Türk vatandaşlıklarını, sırf bu nedenle Türkiye’de dava açmaları veya takip yapmaları hâlinde teminat gösterme yükümlülüğünden kurtarmak şeklinde izah edilmiştir. Bunun dışında, mutad meskenin, birçok durumda maddi gerçeği yansıtmak hususunda yerleşim yerinden daha isabetli sonuçlar vermesi<sup>7</sup> bu tercihin diğer sebebi sayılabilir. Anılan gerekçeler, teminat gösterme yükümlülüğünde mutad mesken ölçütünün esas alınmasını amaç bakımından isabetli göstermekle beraber usul ekonomisi bakımından aynı şey söylenemez. Zira bir kişinin mutad meskeninin neresi olduğunu tespit etmek, onun yerleşim yerini tespit etmekten daha zordur<sup>8</sup>. Şu hâlde, usul hükümlerinin amaçlarından birinin usul ekonomisini sağlamak (HMK m.30/1) olduğu göz önünde tutulursa, HMK m.84/1-a hükmünün bu amacı gerçekleştirme hususunda pek de isabetli bir tercihte bulunmadığı söylenebilir.

HMK m.84/1-a hükmünün kapsamı, mülga HUMK m.97/1’den “amaç” bakımından daha geniştir. Zira bu hükümde sadece Türkiye’de mutad meskeni olmayan davacı ve davaya müdahale eden değil, takip yapanlar da teminat yükümlüsü kılındığından, davalıyla birlikte teminat borçlusunu da korumak amaçlanmıştır<sup>9</sup>.

### C- TEMİNAT GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

Mülga HUMK m.187/b. 1’den farklı olarak HMK m.114/1-ğ gereğince, teminat gösterilmesine ilişkin verilen kararın gereğinin yerine getirilmiş

<sup>7</sup> Bkz. Ergin Nomer/Cemal Şanlı, *Devletler Hususi Hukuku*, 18. bs, İstanbul 2010, s. 119.

<sup>8</sup> Bkz. aşa. II/A/2 altında yapılan açıklamalar.

<sup>9</sup> Mülga HUMK m.97 ile 1330 sayılı Kanun ve 2675 sayılı MÖHUK m.32’in amaç yönünden karşılaştırılması ile ilgili bkz. Bilge/Önen, s. 341-342; Özden, "Türk Hukukunda Cautio Judicatum Solvi Kuralı", *MHB*, C. 9, S. 1, 1989, s. 28, 35-36; Unat, s. 8. Şu hâlde yeni düzenlemenin, 5718 sayılı MÖHUK m.48/1 hükmü ile paralellik arz ettiği söylenebilir. Bununla birlikte 5718 sayılı MÖHUK m.48/1, teminatın kapsamına karşı tarafın zarar ve ziyanını dâhil etmeye devam etmektedir.

olması bir dava şartıdır<sup>10</sup>. Dava şartları, bir davanın esastan görülüp karara bağlanması için varlığı (olumlu dava şartları) veya yokluğu (olumsuz dava şartları) mutlaka gerekli olan şartlardır<sup>11</sup>. HMK m.114/1-ğ’de düzenlenen şart “olumlu” bir dava şartıdır.

Dava şartları mahkemeye ilişkin, taraflara ilişkin ve dava konusuna ilişkin dava şartları şeklinde üçe ayrılmaktadır<sup>12</sup>. Öğretide HMK m.114/1-ğ’deki dava şartı, “taraflara ilişkin dava şartı”<sup>13</sup> veya “dava konusu şeye ilişkin dava şartı”<sup>14</sup> şeklinde nitelendirilmektedir. Kanaatimce bu dava şartını taraflara ilişkin dava şartı olarak nitelendirmek gerekir. Zira HMK m.84’de teminat yükümlülüğü davacı için öngörülmüştür. Kaldı ki, bu yükümlülüğü doğuran hâller de dava konusu şeyde değil, davacıda vücut bulacaktır. HMK m.114/1-ğ’deki dava şartını taraflara ilişkin dava şartı olarak kabul etmek, dava şartlarının incelenmesi sırasında önemini gösterecektir. Zira hâkim, ilk önce mahkemeye ilişkin dava şartlarını, daha sonra taraflara ilişkin dava şartlarını son olarak ise dava konusuna ilişkin dava şartlarını inceleyecektir<sup>15</sup>.

Dava şartı noksanlığının aynı davada giderilmesi mümkün değilse, dava şartı yokluğu sebebiyle dava usulden reddedilecektir (HMK m.115/2-c.1). Eğer dava şartı noksanlığının aynı davada giderilmesi mümkün ise hâkim davayı hemen reddetmeyip noksanlığın giderilmesi için, davacıya “kesin süre” verecektir (HMK m.115/2-c.2). Bu süre içinde, dava şartı noksanlığın giderilmemesi hâlinde, dava şartı yokluğu sebebiyle dava usulden reddedilecektir (HMK m.115/2-c.3). “Niteliğine baktığımızda” teminat gösterilmesine ilişkin kararın gereğinin yerine getirilmemiş olması, “aynı davada giderilme-

<sup>10</sup> Mülga HUMK m.187/b. 1 gereğince, Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayan Türk vatandaşlarının Türkiye’de dava açması hâlinde teminat göstermesi gerektiği bir ilk itiraz sebebi olarak düzenlenmişti.

<sup>11</sup> Baki Kuru, “Dava Şartları”, *Ord. Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan*, S. 194, 1964, s. 111.

<sup>12</sup> Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri*, Ankara 1960, s. 203; Bilge/Önen, s. 403-404; Karşlı, s. 394-395; Kuru, “Dava Şartları”, s. 112; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özeker, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku*, 10. bs, Ankara 2011, s. 287; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I-II, İstanbul 2000, s. 287.

<sup>13</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 261; Timuçin Muşul, *Medeni Usul Hukuku*, 3. bs, Ankara 2012, s. 108.

<sup>14</sup> Pekcanitez/Atalay/Özeker, s. 290.

<sup>15</sup> Bilge/Önen, s. 413; Karşlı, s. 405; Kuru, “Dava Şartları” s. 145-146; Pekcanitez/Atalay/Özeker, s. 294.

si mümkün olan” bir dava şartı noksanlığıdır. Fakat HMK m.88/1 hükmü karşısında, HMK m.115/2-c.2’de yer alan davacıya kesin süre verme olanağı HMK m.88/1’in “lafzi” yorumu esas alındığında mümkün değildir. Şöyle ki, hâkim teminat gösterilmesine ilişkin kararında, zaten bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için gereken “kesin süreyi” belirleyecektir (HMK m.88/1). Bu süre içinde teminatın gösterilmemesi hâlinde ise davayı usulden reddedecektir. Şu hâlde, kesin süre üzerine ikinci kez kesin süre verilmesi imkânı bulunmadığından (HMK m.94/3), süresinde teminat göstermeyen davacıya (HMK m.115/2-c.2 gereğince) ikinci kez süre verilmesi mümkün olmayacaktır. Bizi bu sonuca götüren, teminat gösterilmesine ilişkin bir “kararın mevcut olmasını” gerekli kılan HMK m.114/1-ğ düzenlemesidir. Yani zaten teminat gösterme yükümlülüğü, bir mahkeme kararıyla dava şartı olacaktır. Bu kararda ise, zaten HMK m.88/1 gereğince bir kesin süre belirtilecektir. Buna mukabil, “hâkim tarafından belirlenen kesin süre içinde teminat gösterilmezse, dava usulden reddedilir” şeklindeki HMK m.88/1 hükmü, teminat gösterilmesine ilişkin kararda belirtilen sürenin mutlaka kesin olması gerekmediği, bu hükmün sadece sürenin hâkim tarafından kesin olarak belirlenmesi yahut hâkim tarafından verilen sürenin kaçırılması hâlinde, bu sefer verilen ikinci sürenin HMK m.94/2 gereğince kesin olacağı şeklinde de yorumlanabilir. Böyle bir yorum ise hem daha makul olacak hem usul ekonomisine daha uygun düşecektir.

Teminat gösterilmesine ilişkin kararın yerine getirilmiş olmasının bir dava şartı olarak düzenlenmesinin diğer sonucu, hâkime açılan her davada teminat gösterme yükümlülüğü doğuran bir hâlin mevcut olup olmadığını inceleme iş yükünü getirmesidir<sup>16</sup>. Zira ilk itiraz hâllerinden farklı olarak, dava şartlarının sağlanıp sağlanmadığı mahkemece re’sen gözetilen hususlardandır (HMK m.115/1). Taraflar da dava şartının mevcut olup olmadığını, her zaman ileri sürebilir (HMK m.115/1). Fakat teminat gösterilmesine ilişkin bir karar verilmeden, karşı tarafın “davacının dava açarken teminat göstermesi gerektiği” yönündeki itirazın “dava şartı noksanlığına” ilişkin değil,

---

<sup>16</sup> Ön inceleme aşamasında hâkim, dosya üzerinden yapacağı inceleme ile dava şartları ve ilk itirazlar hakkında karar verecektir (HMK m.138/1). Bu doğrultuda, HMK m.84 gereğince teminat gösterilmesini gerektiren bir hâlin mevcut olup olmadığını da inceleyecektir. Zira bu hâllerden birinin mevcut olması hâlinde, dava şartının sağlanması yerine getirilmesi için “teminat gösterilmesine ilişkin” karar verecektir. Eğer teminat gösterilmesini gerektiren bir hâlin mevcut olup olmadığını dosya üzerinden tespit edemiyor yahut bu hususta taraflar arasında bir ihtilaf (mesela davacının Türkiye’de mutad meskeninin mevcut olup olmadığı hususunda) mevcut ise, ön inceleme duruşmasında tarafları bu hususta dinleyerek gerekli kararı verecektir (HMK m.140/1).

mahkemeye HMK m.86/1 gereğince re’sen gözetmesi gereken bir hususu hatırlatmaktan ibaret olacağı kanaatindeyim.

Yukarıdaki yorumların önüne geçmek ve HMK m.84’deki hâllerden birinin mevcut olması hâlinde, teminat gösterme yükümlülüğünün dava şartı olduğu hususuna belirginlik kazandırmak için, HMK m.114/1-ğ’deki “teminat gösterilmesine ilişkin kararın gereğinin yerine getirilmesi” şeklindeki lafzın, “teminat göstermenin zorunlu olduğu hâllerden birinin mevcut olması hâlinde, bu teminatın gösterilmiş olması” şeklinde düzeltilmesi yerinde olur. Elbette her iki lafız da mahkemece teminat gösterilmesine ilişkin bir kararın verilmiş olmasını zorunlu kılar. Fakat anılan hükmün yukarıdaki şekilde düzenlenmesi hâlinde, davalının yapacağı itiraz, teknik anlamda bir dava şartı noksanlığı itirazı olacaktır.

Teminat gösterilmesine ilişkin kararın yerine getirilmemiş olması hâlinde verilecek “davanın reddine” ilişkin karar usule ilişkin olduğundan ve dolayısıyla taraflar arasında kesin hüküm teşkil etmeyeceğinden, aynı davanın (bu dava şartı noksanlığı giderilerek) tekrar açılması mümkündür<sup>17</sup>.

## **II- TÜRKİYE’DE MUTAD MESKENİ OLMAYAN TÜRK VATANDAŞLARI İÇİN TEMİNAT GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ DOĞURAN HÂLLER**

### **A- TÜRK VATANDAŞLIĞI İLE MUTAD MESKEN KAVRAMLARI**

HMK m.84/1-a hükmünde, teminat gösterme yükümlülüğünün doğması için iki hususun tespit edilmesi gerekir. Bunlardan ilki davacının Türk vatandaşı olup olmadığıdır. Zira davacı Türk vatandaşı değilse HMK m.84’e göre değil, MÖHUK hükümlerine göre teminat yükümlülüğü tespit edilecektir. Buna mukabil, davacı Türk vatandaşı olmakla birlikte Türkiye’de mutad meskene sahip değilse, HMK m.84/1-a hükmü gereğince, teminat göstermesine karar verilecektir. Fakat HMK m.85/1’deki hâllerden birinin mevcut olması hâlinde, davacının teminat göstermesine gerek kalmayacaktır.

---

<sup>17</sup> Bilge/Önen, s. 413; Kuru, “Dava Şartları”, s. 146; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 268; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 295.

## 1- TÜRK VATANDAŞLIĞI

Vatandaşlık, gerçek kişileri devlete bağlayan hukukî ve siyasi bağıdır<sup>18</sup>. Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin hükümleri içeren 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu 12.6.2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Burada, Türk vatandaşlığının nasıl kazanıldığını inceleme konusu yapılmayacaktır. Zira HMK m.119/1-c hükmü gereğince, davacı dava dilekçesinde Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarasını göstermek zorunda olduğundan, uygulamada davacının Türk vatandaşı olup olmadığını tespit etmek zor olmayacaktır. Bununla birlikte dava dilekçesinde TCKN'yi göstermeyen davacıya bu eksikliği gidermesi için bir haftalık kesin süre verilecek, bu süre içinde de eksikliği gidermemesi hâlinde “davanın açılmamış sayılmasına” karar verilecektir (HMK m.119/2).

HMK m.84, davanın açıldığı (yahut müdahale talebinde bulunulduğu veya takibin yapıldığı) tarihteki Türk vatandaşlığını esas almaktadır. Zira dava şartları, davanın açıldığı tarihteki duruma göre değerlendirilir<sup>19</sup>. Şu hâlde, dava şartı olan bir hususa ilişkin ölçütün (yani vatandaşlığın ve mutad meskenin) incelenmesinde de davanın açıldığı tarih esas alınmalıdır.

HMK m.84/1-a'daki yükümlülük Türk vatandaşları için öngörüldüğünden, tüzel kişiler için bu fıkra hükmü uygulama alanı bulmayacaktır. Anılan hükmün gerekçesinde de belirtildiği üzere mutad mesken ve vatandaşlık kavramları, sadece gerçek kişiler için söz konusu olabilir<sup>20</sup>.

## 2- MUTAD MESKEN

HMK m.84/1-a'nın gerekçesinde mutad mesken “tüm hayat ilişkilerinin belirli bir coğrafi alanda yoğunlaşması” şeklinde tanımlanmıştır. Aslında milletlerarası özel hukukta bağlama noktası olarak kullanılan bu kavramın

<sup>18</sup> Aysel Çelikel/Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul 2010, s. 20; Erdoğan Göğür, *Türk Tabiiyet Hukuku*, Ankara 1979, s. 3; Ergin Nomer, *Vatandaşlık Hukuku*, İstanbul 1989, s. 13.

<sup>19</sup> Bilge/Önen, s. 448; Karslı, s. 435; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 306; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 334.

<sup>20</sup> “...Tüzel kişilerin ise, merkezlerinden söz edilebilir ve onların merkezlerinin kuruluş belgelerinde gösterilmesi zorunludur. Bu durum karşısında, ikametgâh ve mutad mesken gibi kavramlar zaten tüzel kişilere yabancıdır. Tüzel kişinin merkezi Türkiye’de ise, o tüzel kişi Türk tabiiyetindedir; merkezi yurt dışında ise, yabancı bir tüzel kişiden söz etmek gerekir. Yabancı tüzel kişi ise Türkiye’de dava açacak yahut takip yapacak olursa, 2675 sayılı Kanunun 32 nci maddesi (5718 sayılı Kanun m.48) uyarınca teminat göstermek zorundadır...” (HMK m.84’ün Gerekçesi).



kabul edilmiş bir tanımı mevcut değildir<sup>21</sup>. Öğretide mutad meskenin kişinin fiilen oturduğu yeri ifade ettiği, hukukî bir kavram olmadığı, belirli maddi delillere göre tespit edilebilen bir vakıa olarak kabul edildiği belirtilmiştir<sup>22</sup>.

Yerleşim yeri edinmenin aksine, bir yerin mutad mesken edinilmesinde, kişinin o yere yerleşme niyetinin varlığı veya yokluğu bir önem arz etmez<sup>23</sup>. Böyle bir niyetin aranmamış olması sebebiyle kişi ile mutad mesken arasındaki bağ, kişi ile yerleşim yeri arasındaki bağdan daha zayıftır<sup>24</sup>. Fakat aynı özellik onu, milletlerarası özel hukukta yerleşim yerine alternatif, hatta gün geçtikçe daha çok tercih edilen bir bağlama noktası yapmaktadır<sup>25</sup>. Zira mutad meskende yerleşme niyeti gibi sübjektif bir unsurun aranmamış olması, ona objektif bir nitelik kazandırmaktadır<sup>26</sup>. Bir yerin mutad mesken edinilmesinde esas olan, kişinin aile, dost çevresi ve meslek ilişkilerinden meydana gelen sosyal bütünleşmeyi o yerde gerçekleştirmekte olmasıdır<sup>27</sup>. Bu ise genellikle o yerde belli bir süre oturmuş olmakla sağlanır<sup>28</sup>.

HMK m.84/1-a’da mutad meskenin esas alınmış olması, uygulamada şu şekilde kolaylık sağlayabilir. Çalışmak veya eğitim görmek gibi belli bir amaç için yurtdışına giden vatandaşlar, o yerde yerleşim yeri edinmek zorunda kalabiliyorlar. Fakat böyle hâllerde yurtdışında yerleşim yeri edinilmesindeki amaç, o yerde sürekli kalma niyetinden ziyade bir takım resmi ve özel işlemlerde kolaylıklardan yararlanmaktır. Bu sebeplerden ötürü, yerleşim yeri yurtdışı olan (diğer bir ifadeyle yerleşim yeri yurtdışı görünen) fakat mutad meskeni Türkiye’de bulunan vatandaşların dava açarken teminat gösterme yükümlülüğünden muaf tutulmasını makul bir çözüm tarzı olarak kar-

21 Nomer/Şanlı, s. 119; Gülören Tekinalp/Ayfer Uyanık-Çavuşoğlu, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 11. bs, İstanbul 2011, s. 67; Gülşah Vardar-Hamamcıoğlu, *Türk Medeni Kanunu’na Göre Yerleşim Yeri*, İstanbul 2009, s. 17.

22 Bkz. Çelikel/Erdem, s. 188; Nomer/Şanlı, s. 120; Tekinalp/Uyanık-Çavuşoğlu, s. 68; Vardar-Hamamcıoğlu, s. 17.

23 Erdoğan Göger, "Devletler Hususi Hukuku Yönünden İkametgâh", *AÜHFD*, C. XXVI, S. 3-4, 1969, s. 245; Vardar-Hamamcıoğlu, s. 18.

24 Vardar-Hamamcıoğlu, s. 19.

25 Bkz. Nomer/Şanlı, s. 119, 121; Tekinalp/Uyanık-Çavuşoğlu, s. 68; Vardar-Hamamcıoğlu, s. 17.

26 Çelikel/Erdem, s. 188; Göger, s. 252; Nomer/Şanlı, s. 119-120; Tekinalp/Uyanık-Çavuşoğlu, s. 68.

27 Göger, s. 247; Nomer/Şanlı, s. 120; Uğur Tütüncübaşı, "Milletlerarası Usûl Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü", *DEÜHFD*, C. 12, S. 2, 2010, s. 196.

28 Göger, s. 247, dn. 34; Nomer/Şanlı, s. 120; Tütüncübaşı, s. 196.

şılamak gerekir. Zira onların yerleşim yeri her ne kadar yurtdışı görünse de sosyal bütünleşmeyi gerçekleştirmek istedikleri yer, dolayısıyla mutad meskenleri Türkiye'dir.

Öğretide HMK m.84/1-a hükmü, yerleşim yeri Türkiye'de olan fakat mutad meskeni yurtdışında bulunan Türk vatandaşlarının teminat göstermekle yükümlü olacağı şeklinde yorumlanarak doğru bulunmamıştır<sup>29</sup>. Kanaatimce hükmün amacı bu yönde değildir<sup>30</sup>. Zira HMK m.84/1-a'da mutad mesken, kişi ile yerleşim yerinden daha zayıf bir bağı ifade etmek için kullanılmıştır<sup>31</sup>. Yani bu hükme göre, Türkiye'de yerleşim yeri olmayan ve fakat mutad meskeni bile olmayan Türk vatandaşları teminat göstermekle yükümlü olacaktır. Buna mukabil, mesela yurt dışında geçici ikamet izni ile oturan Türk vatandaşlarının yerleşim yeri hala Türkiye olduğu için<sup>32</sup> bunların Türkiye'de dava açarken teminat göstermesine gerek olmayacaktır.

Dava şartı olan bir hususta, yerleşim yeri yerine mutad mesken gibi ispatı nispeten zor olan bir ölçütün esas alınmasının usul ekonomisine (HMK m.30/1) uygun olmadığı kanaatindeyim. Şöyle ki, yeni hükmün uygulanmasında, davacının Türkiye'de mutad meskeninin bulunup bulunmadığı hususundaki ihtilaflar artabilecektir. Mahkemenin bunu tespit etmek için harcadığı zaman ise dolaylı olarak iş yükünü artıracaktır.

Yerleşim yeri yurtdışı olan Türk vatandaşının mutad meskeninin Türkiye'de olduğunu iddia etmesi hâlinde, bunu her türlü delille ispat edebilmesi gerekir (HMK m.192/1). Zira burada ispatı gereken husus maddi bir vakıadır. Bununla birlikte davacının mutad meskeninin tespitinde, 10.9.1998 tarihinde Türkiye, Almanya, İspanya, İtalya ve Fransa arasında imzalanan "Ya-

29 Bilge Umar, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Tasarısıyla Şimdiki HUMK Kurallarına Getirilerek İstenen Değişikliklerin Başlıcaları", *TBB*, S. 68, 2007, s. 327; Bilge Umar, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı", *TBB*, S. 67, 2006, s. 128-129. Yazar, son olarak yukarıdaki görüşünü biraz değiştirerek anılan hükmü, yerleşim yeri yabancı ülkede olan vatandaşın, Türkiye'de mutad meskeni olma ihtimalinin çok düşük olduğunu, bu nedenle teminat yükümlüleri açısından anılan hükmün elverişli olmayacağını ileri sürmüştür (Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, s. 265-266). Ayrıca bkz. Tütüncübaşı, s. 197 vd. Karş. "Teminat, Türkiye'de yerleşim yeri olmayan ve mutad meskeni de bulunmayan Türk vatandaşları açısından uygulama alanı bulur" (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 338).

30 Karş. Tütüncübaşı, s. 199.

31 Bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 338.

32 Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, s. 2971.

şam Belgesi Verilmesine Dair Sözleşme”<sup>33</sup> hükümlerinden yararlanılması da mümkündür. Bu sözleşmenin imzalanmasının amacı, sözleşmenin tarafı olan devletlerden birinin toprakları üzerinde “ikamet etmeyen” fakat yaşamakta olduklarını, o devlette kanıtlamak durumunda olan kişilere kolaylık sağlamaktır. Sözleşme m.1/1’e göre, âkit Devletler, bir kişinin yaşamakta olduğunu, o kişinin ikamet ettiği Devlet dışında diğer bir Devlette kanıtlamak zorunda bulunması hâlinde kendisine bir yaşam belgesi vermeyi taahhüt ederler. Sözleşme m.2/3’e göre, verilen bu belge aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir. Öğretide, âkit devlet hukukları için, kişinin mutad meskeninin, onun yaşam belgesini almış olduğu ülkede bulunduğundan hareket edilmesi zaruret olduğu ileri sürülmüştür<sup>34</sup>. Kanaatimce burada “zaruret” deyimini ile kastedilen, kişinin mutad meskeninin sadece yaşam belgesi aldığı ülke olacağı değil, âkit devletler açısından yaşam belgesi alınan ülkenin de kişinin mutad meskeni sayılması gerektiğidir. Son olarak, mutad meskenin tespitinde yurtdışında sahip olunan oturma izni ve çalışma izni süresine bakılarak karar verilmesi de mümkün olup söz konusu izinler süreli ise mutad mesken Türkiye kabul edilecek, uzun süreli veya süresiz ise mutad mesken kişinin oturduğu yer kabul edilecektir<sup>35</sup>.

## **B- TÜRKİYE’DE MUTAD MESKENİ OLMAYAN TÜRK VATANDAŞLARININ DAVA AÇMASI VEYA AÇILAN DAVAYA MÜDAHALE ETMESİ**

Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşları, Türkiye’de dava açarken<sup>36</sup> teminat göstermek zorundadır (HMK m.84/1-a). Bununla birlikte “sırf küçüğün menfaatlerini korumaya yönelik açılan bir davada” davacının HMK m.84/1-a anlamında teminat gösterme yükümlülüğü bulunmamaktadır (HMK m.85/1-c). Keza davacı adli yardımdan yararlanıyorsa teminat gösterme yükümlülüğü yine yoktur (HMK m.85/1-a; HMK m.335/1-b). Davacı-

<sup>33</sup> (RG. 16.3.2004/25404). Sözleşme metni için bkz. T.C. Başbakanlık Resmi Gazete İnternet Sayfası, <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/03/20040316.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/03/20040316.htm> (25.11.2012).

<sup>34</sup> Bkz. Nomer/Şanlı, s. 121 dn. 67.

<sup>35</sup> Tütüncübaşı, s. 199.

<sup>36</sup> Dava devam ederken Türkiye’deki mutad meskenini kaybeden Türk vatandaşının da teminat göstermesi gerekecektir (Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 573).

nın adli yardımdan yararlanabilmesi “ödeme gücünden yoksun olma”<sup>37</sup> ve “haklı olma şartına” bağlıdır<sup>38</sup>. Adli yardım talebi, teminat yükümlülüğünü yerine getirdikten sonra olumlu sonuçlanmışsa, HMK m.89/1 gereğince ödemiş olduğu teminat kendisine iade edilecektir.

HMK m.84/1-a gereğince teminat gösterme yükümlülüğü “davacı” için öngörülmüştür. Fakat karşı davanın açılması hâlinde asıl davanın davalısı için de (karşı davanın davacısı olarak) bu yükümlülük doğabilir<sup>39</sup>.

Davacı tarafta mecburi dava arkadaşlığının mevcut olması hâlinde teminat gösterme yükümlülüğü, bu yükümlülüğün tüm davacılar bakımından mevcut olması hâlinde doğacaktır (HMK m.84/3). Şu hâlde, elbirliği mülkiyet hükümleri gereğince, adı ortakların veya mirasçıların birlikte dava açmalarının zorunlu olduğu hâllerde teminat gösterme yükümlülüğü, HMK m.84/1’de sayılan sebeplerden biri davacı tarafı teşkil eden herkesin şahsında gerçekleşmiş ise doğacaktır.

Maddi hukuka ilişkin yukarıdaki şekilde bir yükümlülük bulunmamasına rağmen kanun, usul ekonomisi doğrultusunda bazı davalarda şekli anlamda mecburi dava arkadaşlığı tesis edebilir<sup>40</sup>. Fakat şekli anlamda mecburi dava arkadaşlığı yalnız davalılar için söz konusudur<sup>41</sup>. Şu hâlde şekli anlamda mecburi dava arkadaşlığı söz konusu olduğunda, HMK m.84 anlamında teminat gösterme yükümlülüğünden söz edilemez.

37 “Davanın küçük adına velisi tarafından açılması hâlinde, ödeme gücünden yoksun olma şartının hem küçük hem velide gerçekleşmiş olmasını aramak gerekir. Çünkü velinin, velayeti altındaki küçüğe bakma yükümlülüğü mevcut olup bunların malvarlığı da velilerinin idare ve gözetimi altındadır. Fakat aynı sonuç vasi açısından doğmaz. Zira vasi, vesayet altındaki kişinin mallarını sadece yönetmekle görevli olup onlardan yararlanamaz ve vasinin, vesayet altındaki kişinin masraflarını bizzat karşılama yükümlülüğü yoktur” (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 651).

38 Türk vatandaşları için adli yardımdan yararlanma koşullarını düzenleyen HMK m.334/1’de bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: “Kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimseler, iddia ve savunmalarında, geçici hukukî korunma taleplerinde ve icra takibinde, haklı oldukları yolunda kanaat uyandırmak kaydıyla adli yardımdan yararlanabilirler”. Ayrıca bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 744-745; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 650-652; Üstündağ, s. 776-777.

39 Yılmaz, "Davada İnanca", s. 388.

40 Şekli anlamda mecburi dava arkadaşlığının söz konusu olduğu hâllere misal olarak HMK m.65; TMK m.286/1,c.2; TMK m.713/3; İskân Kanunu m.20/I; Vakıflar Kanunu m.76; İİK m.282 hükümleri verilebilir. Bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 496-497.

41 Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 496.

HMK m.84’ün gerekçesinde de belirtildiği üzere, hükümde geçen “müdahale” teriminden fer’î müdahaleyi anlamak gerekir. Zira asli müdahil zaten müdahale davasında taraftır. Bununla birlikte, teminat gösterilmesini gerektiren hâllerden birinin mevcut olması hâlinde, asli müdahil için de, teminat gösterme yükümlülüğü doğacaktır<sup>42</sup>.

Üçüncü kişi, davayı kazanmasında hukukî yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla, tahkikat sona erinceye kadar, fer’î müdahil olarak davada yer alabilir (HMK m.66/1). Şu hâlde hâkim, fer’î müdahale talebini değerlendirirken aynı zamanda teminat gösterilmesini gerektiren bir hâlin mevcut olup olmadığını da inceleyecektir. Eğer gerekiyorsa, talepte bulunanın “fer’î müdahale giderlerini”<sup>43</sup> karşılayacak teminat göstermesine karar verecektir. Kararda belirtilen kesin süre içinde teminatın gösterilmemiş olması hâlinde ise “müdahale talebinden vazgeçilmiş sayılmasına” karar verecektir (HMK m.88/2).

HMK m.63/1, dava kendisine ihbar edilen kişiye, hukukî yararı mevcut ise diğer taraf yanında da davaya katılma imkânı tanımaktadır. Fakat HMK m.84/1-a, sadece davacı yanında davaya müdahil olarak katılan kişinin teminat yükümlüsü olacağını öngörmektedir<sup>44</sup>. Acaba dava kendisine ihbar edilen kişi, davacı yanında davaya katılması hâlinde kendisi için teminat gösterme yükümlülüğü doğacağını gerekçe göstererek, davalı yanında davaya müdahil olabilir mi? Kanaatimce hayır. Zira bu durumda fer’î müdahilin gerekçesini hukukî yarar kapsamında değerlendirmek mümkün değildir. Şu hâlde, davacı yanında davaya katılması hâlinde teminat gösterme yükümlülüğünün doğması, fer’î müdahale karşı taraf yanında davaya katılma imkânı vermez.

### **C- TÜRKİYE’DE MUTAD MESKENİ OLMAYAN TÜRK VATANDAŞLARININ TAKİP YAPMASI**

Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşı, mülga HUMK m.97/1’den farklı olarak sadece dava açarken veya fer’î müdahalede bulu-

<sup>42</sup> Bkz. HMK m. 84’ün gerekçesi.

<sup>43</sup> Bkz. HMK m.84’ün ve m.86’nın gerekçesi.

<sup>44</sup> Mülga HUMK m.97 uygulamasında, bu yükümlülüğün yalnızca davacı yanında müdahalede bulunanlar için olduğunu ileri süren yazarlara misal olarak Osman Fazıl Berki, "Ecnabilerin Hukuk ve Vazifeleri Hakkındaki Muvakkat Kanunda Teminat", *AÜHFD*, C. 3, S. 2-4, 1946, s. 420; Bilge/Önen, s. 339 verilebilir. Buna mukabil bazı yazarlar bu yükümlülüğün davalı yanında davaya müdahale edenler için de olduğu görüşündeydi. Bkz. Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, s. 2996; Yılmaz, "Davada İnanca", s. 389.

nurken değil, Türkiye’de takip yaparken de teminat göstermek zorunda kalacaktır. Buradaki yükümlülük icra takibinin taraflarından takip alacaklısı içindir. Mecburi takip arkadaşlığının söz konusu olduğu hâllerde teminat gösterme yükümlülüğünü, bu yükümlülük tüm takip alacaklılarının şahsında gerçekleşmiş ise mevcut olacaktır (HMK m.84/3).

Türkiye’de mutad meskeni olmayan vatandaş, ilama bağlı bir alacak için ilamlı icra takibi yaptığında teminat göstermek zorunda olmayacaktır<sup>45</sup> (HMK m.85/1-ç). Fakat ilam niteliğindeki belgeye<sup>46</sup> bağlı alacaklar için ilamlı takip yapılması hâlinde, bu istisnanın “uygulanmayacağı” HMK m.85’in gerekçesinde açıkça belirtilmiştir. Mesela Türkiye’de mutad meskeni olmayan vatandaşın, kayıtsız şartsız para borcu ikrarını içeren düzenleme şeklindeki noter senedine dayanarak ilamlı icra yoluna başvurması hâlinde teminat göstermesi gerekecektir. HMK m.85/1-ç’de ilamlı “icra” takibi de-yimi kullanılmış olsa da, ilama bağlı alacak için “iflas” yoluyla takipte de aynı istisnanın işlerlik kazanması gerektiği kanaatindeyim. HMK m.85/1-ç’deki istisna dışındaki tüm takip türlerinde<sup>47</sup> Türkiye’de mutad meskeni olmayan vatandaş, takip yaparken teminat göstermek zorunda kalacaktır. Bu durumda teminatın kapsamı takip giderleriyle sınırlı olacaktır (HMK m.84/1 kıyasen).

Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşının takip yapması hâlinde, teminat gösterilmesine ilişkin kararı kimin vereceği sorunu HMK’da açıkça çözüme kavuşturulmuş değildir. 2006 tarihli HMK Tasarısı m.91/2’de takip giderlerini karşılayabilecek teminat hakkında icra müdürünün kendiliğinden karar vereceği düzenlenmişti. Anılan hükmün gerekçesinde ise, icra müdürüne bu konuda re’sen karar verme yetkisinin tanınmasının temelinde, teminat kararının gereğinin yerine getirilmesinin dava şartı, takip hukukunda ise takip şartı olması gösterilmekteydi<sup>48</sup>. Aynı konuyu düzenleyen yürürlükteki HMK m.86/1’de ise, böyle bir hüküm olmadığı gibi gerekçede de herhangi bir açıklama mevcut değildir. Öncelikle icra müdürünün bu hususta

<sup>45</sup> HMK m.85’in gerekçesinde, böyle bir düzenlemeye gidilmesinin sebebi olarak, ilama bağlı alacak için ilamlı takibe müracaat edilmesi hâlinde alacağın varlığının sabitlik kazanmış olması gösterilmektedir. Karş. Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, s. 268.

<sup>46</sup> Bkz. İİK m.38.

<sup>47</sup> Genel haciz yoluyla takip (İİK m.46-m.114), kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takip (İİK m.167-m.170/b; m.176/a - m.176/b), kiralanın taşınmazların ilamsız icra yolu ile tahliyesi (İİK m.269 – m.276), rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip (İİK m.145 – m.153).

<sup>48</sup> T.C. Adalet Bakanlığı, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı*, Ankara 2006, s. 197.

karar vermesinin mümkün olmaması gerektiğini belirtmek gerekir. Zira takipte bulunan kişinin Türkiye’de mutad meskene sahip olup olmadığını tespit etmek için gerekli delilleri inceleyip karar vermesi, icra müdüründen beklenemez<sup>49</sup>. Bu husustaki kararı takibin yapıldığı icra dairesinin bağlı olduğu icra mahkemesinin vereceği kabul edilirse, bu hâlde de icra dairesindeki bütün takip dosyalarının icra mahkemesine gitmesi gibi hiç istenmeyen bir durum ortaya çıkabilir. Kanaatimce, sorunun çözümü için şu şekilde hareket edilmelidir: takip talebini alan icra müdürü, (Türkiye’de yerleşim yeri olmayan) takip alacaklısının Türkiye’de mutad meskeninin olup olmadığını incelemelidir. Eğer takip alacaklısının Türkiye’de mutad meskeninin olmadığı kanaatine varırsa, bu hususta gerekli kararı vermek üzere takip dosyasını icra mahkemesine göndermelidir. İcra müdürü, böyle bir kanaate ulaşamamışsa takip talebini kabul ederek ödeme emri düzenlemeli ve bunu borçluya tebliğ etmelidir (İİK m.60/3). Fakat kendisine ödeme emri tebliğ edilen borçlu, takip alacaklısının Türkiye’de mutad meskeni bulunmadığını, bu nedenle icra müdürünün gerekli kararı vermek üzere takip dosyasını icra mahkemesine göndermesi gerektiğini “şikâyet”<sup>50</sup> yolunu kullanarak ileri sürebilir. Bu

<sup>49</sup> Karş. “...2675 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Hukuk Hakkındaki Kanun'un 32. maddesi hükmüne göre, Türk Mahkemelerinde dava ve icra dairelerinde takip açan gerçek ve tüzel kişi yabancıların "yargılama ve takip giderlerini (icra takip harcı, itiraz ve itirazın kaldırılması duruşmasındaki yargılama giderleri) bu yargılama giderlerinden olan vekalet ücretini ve takip yüzünden borçlunun uğrayacağı zararları temin etmesi gerekir .... Kamu düzeni ile ilgili bu hususun Mahkemece resen gözönünde tutulması icap eder. Somut olayda, icra müdürlüğünce teminatın depo edilmesi yönünden takdir hakkı kullanılmadan alacaklı yabancı kurum tarafından doğrudan, icra dosyasına borçlu İş Bankasından istenen 36.298.399, 21 Amerikan Doları alacağı için, çok cüz 'i olarak 10.000 Amerikan Doları teminat yatırılmıştır. Bu durumun icra hakimliğince denetlenip talep edilen alacak miktarı uyumsuzluğunun mahiyeti de nazara alınarak 2675 Sayılı Kanunun 32. maddesinde belirtilen yargılama ve takip giderleri ile karşı tarafın zarar ve ziyasını karşılayabilecek genel uygulamalar doğrultusunda ve makul yeterlilikte Türk Parasının Korunması Hakkındaki Kanun hükümleri dahilinde döviz üzerinden takdir edilecek teminat tutarının alacaklı tarafa HUMK.nun 163. maddesi gereğince verilecek kesin süre içerisinde Merkez Bankasına depo ettirilmesi, takip şartı olan bu teminat verilen kesin süre içerisinde yatırılmadığı takdirde bu yöne ilişkin şikâyetin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde reddi isabetsizdir” 12HD, 13.4.2004, 4973/9047 www.hukukturk.com (22.11.2012). Kararda icra müdürlüğünün teminatın depo edilmesi yönünde bir takdir hakkının bulunduğu söylenmektedir. Fakat burada takip alacaklısının teminat göstermesini gerektiren hâlin, yani takip alacaklısının Yabancı olup olmadığını tespit etmek bir muhakeme işleminin yapılmasını gerektirmeyecek derecede basittir.

<sup>50</sup> Türkiye’de mutad meskeni bulunmayan Türk vatandaşının takip yaparken teminat gösterme yükümlülüğününün takip şartı olduğu kabul edilirse, bu husustaki şikâyetin de kamu düzenine aykırılığa dayandırılabilmesi kanaatindeyim. Kanunda düzenlenmeyen bu şikâyet sebebiyle ilgili bkz. Hakan Pekcanitez, *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet*, Ankara 1986, s. 85 vd.

durumda itiraz yoluna başvurulamaz. Zira itiraz yolu maddi hukuka ilişkin hususlarda söz konusu olup takip hukukuna ilişkin aykırılıklar kural olarak şikâyet sebebidir<sup>51</sup>. İcra müdürünün “yetkili olmamasına rağmen” takip alacaklısının teminat göstermesine karar vermesi hâlinde de (süresiz) şikâyet yoluna başvurulabilir<sup>52</sup>.

#### D. TEMİNAT GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN YERİNE GETİRİLMESİ

##### 1- HÂKİMİN TEMİNAT GÖSTERİLMESİNE KARAR VERMESİ

Yargılama giderlerini karşılayacak teminata, mahkemece kendiliğinden karar verilir. Hâkim, teminat kararı vermeden önce tarafları veya müdahale talebinde bulunan kişiyi dinleyebilir (HMK m.86/1). Yargılama giderlerinin nelerden ibaret olduğu HMK m.323/1’de gösterilmiştir. Bu giderler arasında, aynı zamanda gider avansı<sup>53</sup> olan hususlar<sup>54</sup> da sayılmıştır. Şu hâlde hâkim, gider avansı tarifesine göre takdir ettiği tutarı teminat miktarını hesaplarken göz önünde tutabilir. Bununla birlikte teminat miktarı hesaplanırken karar ve ilam harcının göz önünde tutulmaması gerekir. Zira davacının haksız çıkması hâlinde, davalının uğrayacağı zararlar arasında karar ve ilam harcı olmayacaktır<sup>55</sup>.

Hâkim, teminatın tutarını ve şeklini serbestçe tayin edecektir (HMK m.87/1). Hükmün gerekçesinde de belirtildiği üzere, hâkim bir teminat katalogu ile bağlı değildir. Bu nedenle, somut olaya ve tarafların durumuna göre teminatın şeklini serbestçe takdir edebilecektir. Ancak, bu husustaki takdir yetkisini kullanırken taraflar arasındaki menfaat dengesini titizlikle muhafaza

<sup>51</sup> Pekcanitez, s. 26.

<sup>52</sup> Yargıtay da, icra müdürünün yetkili olmadığı benzer durumlar için süresiz şikâyetin söz konusu olacağı görüşündedir: “İhalenin feshine karar vermek merci hâkimine aittir. Yetkisiz olarak icra memuru tarafından verilen bir karar ve yapılan işlem hükümsüz olup, aleyhine her zaman şikâyet yoluna başvurulabilir” İİD, 26.1.1970, 11639/11800, “İcra memuru şikâyeti incelemeye yetkili olmayıp, bu görev tetkik merciine aittir. Buna rağmen icra memurunun şikâyet hakkındaki kararı, geçersiz bir işlemdir ve süreye bağlı değildir” İİD, 19.11.1971, 11955/11738 (Pekcanitez, s. 88, dn. 98).

<sup>53</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu Gider Avansı Tarifesi (RG. 2.9.2012/28429) [http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/10/20121002.htm](http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/10/20121002.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/10/20121002.htm) (25.11.2012).

<sup>54</sup> Mesela HMK m.323/1-d, e.

<sup>55</sup> Bkz. Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, s. 269.



za etmesi gerekir. Eğer teminatın kefalet sözleşmesi şeklinde gösterilmesine karar vermiş ve kefil de evli ise, kefilin eşinin bu sözleşmeye rıza göstermiş olmasını arayacaktır (TBK m.584/1). Hâkim, teminatın tutarını Türk Lirası cinsinden belirlemek zorunda olup teminatın banka ve sigorta güvencesi şeklinde gösterilmesine de karar verebilmelidir<sup>56</sup>. Son olarak, teminatın taksitle yatırılmasına karar verilebilirse de taksit ödenmesini davanın kazanılma şartına bağlayamayacağı görüşünde olanlar da mevcuttur<sup>57</sup>.

Tarafların teminatın şeklini sözleşmeyle kararlaştırmaları hâlinde, teminat bu sözleşmeye göre belirlenir (HMK m.87/1). Eğer teminatı gerektiren durum ve koşullarda değişiklik olursa, teminatın azaltılması, artırılması, değiştirilmesi ya da kaldırılmasına karar verilebilir (HMK m.87/2). Mesela hâkim, davanın uzaması hâlinde, dava açılırken yatırılan teminatın yargılama giderlerini karşılayamayacağı kanaatine varırsa teminatın artırılmasına karar verebilecektir.

Teminat gösterilmesine ilişkin kararın gereğinin yerine getirilmesi dava şartı olduğu için hâkim, bu husustaki kararını ön inceleme aşamasında verecektir<sup>58</sup> (HMK m.137/1). Dosya üzerinden yapacağı incelemede teminat hakkında karar veremeyen hâkim, ön inceleme duruşmasında tarafları bu husustaki kararı vermek için dinleyebilecektir (HMK m.138/1). Mesela davacının Türkiye’de mutad meskeninin olup olmadığı hususunda taraflar arasında ihtilaf mevcut olduğunda hâkim, ön inceleme duruşmasında tarafları öncelikle bu hususta dinleyecektir (HMK m.140/1).

## **2- TEMİNAT GÖSTERİLMESİNE İLİŞKİN KARARIN YERİNE GETİRİLMESİ**

Hâkim teminatın gösterilmesine ilişkin kararında, bu kararın gereğinin hangi sürede yerine getirileceğini de “kesin süre” şeklinde belirleyecektir (HMK m.88/1). Kanun’da bu sürenin “kesin” olarak düzenlenmesinin bir sonucu, sürenin kaçırılması hâlinde davacının ikinci kez süre istemesinin mümkün olmamasıdır (HMK m.94/2). Sürenin kaçırılması hâlinde, mahkeme davayı usulden reddedecektir (HMK m.88/1). Fakat buradaki sürenin kesin olması, HMK m.95/1’deki şartların mevcut olması hâlinde eski hâle getirme talebinde bulunulmasını mümkün kılmaktadır. Aynı şekilde, teminat

---

<sup>56</sup> Kılıçoğlu, s. 527.

<sup>57</sup> Bkz. Kılıçoğlu, s. 529.

<sup>58</sup> Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği (HMK Yön.), Ek-1: Örnek Ön İnceleme Kontrol Formu, (11).

göstermesine karar verilen fer'î müdahil de bu süre içinde kararın gereğini yerine getirmezse, müdahale talebinden vazgeçilmiş sayılmasına karar verilecektir (HMK m.88/2).

### E. TEMİNATIN İADESİ

Teminat gösterilmesini gerektiren sebep ortadan kalktığı takdirde, ilgilinin talebi üzerine mahkeme, teminatın iadesine karar verecektir (HMK m.89/1). Bu kararın gereği yazı işleri müdürü tarafından yerine getirilecektir (HKM Yön. m.6/3-k). Aslında, teminatı gerektiren durum ve koşullarda değişiklik olması hâlinde, hâkimin teminatın azaltılması, artırılması, değiştirilmesi ya da kaldırılmasına<sup>59</sup> karar verebileceğini öngören HMK m.87/2 hükmü yukarıdaki hükmün anlamını zımnen taşımaktadır. Fakat iki hüküm arasındaki temel fark, HMK m.89/1 de “teminatın iadesine” karar “vereyeceği”, HMK m.87/2’de ise “kaldırılmasına” karar “verebileceği”dir. Kanaatimce birbiriyle çelişkili görünen bu iki hükmün uygulama alanları farklıdır. HMK m.89/1 davanın kazanılması veya teminat gösteren sebebin ortadan kalkması gibi teminatın artık bir anlam ifade etmeyeceği hâllerde, gösterilen teminatın iade edilebilmesini amaçlamaktadır. Bunun için de “ilgilinin talebini” aramıştır. Buradaki ilgili elbette, teminat sorumlusu davacı, fer'î müdahil veya takip alacaklısı’dır. HMK m.87/2 ise dava devam ederken, teminatı gerektiren durum ve koşullarda değişiklik olması hâlinde, başvurulacak bir hükümdür. Mesela teminat yükümlüsünün dava devam ederken Türkiye’de teminatı karşılamaya yeterli taşınmaz mal edinmesi veya adli yardım talebinin olumlu sonuçlanması hâlinde, mahkeme teminatın kaldırılmasına karar verebilecektir. HMK m.89/1’deki aksine burada hâkime takdir yetkisinin tanınmış olmasının sebebi, söz konusu değişikliklerin teminata etki edecek nitelikte olmaması ihtimalidir. Mesela Türkiye’de edinilen taşınmazın değerinin çok düşük olması hâlinde hâkim, teminat kararında bir değişikliğe gitmeyeceği gibi, teminat miktarını sadece azaltmakla da yetinebilir. Hâkimin daha önce vermiş olduğu teminat kararında değişikliğe giden bu karar, bir ara karardır. Hâkim, değişikliğe ilişkin kararında teminatın artırılmasına karar verilmiş ise, bunun yerine getirilmesi için verilecek sürenin yine kesin olacağı kanaatindeyim.

### SONUÇ

HMK’nın yürürlüğe girdiği 1.10.2011 tarihinden itibaren, bu Kanun’un teminata ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Bunun sonucu olarak artık Türki-

<sup>59</sup> Karş. Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, s. 271.

ye’de yerleşim yeri olmayan Türk vatandaşları değil, Türkiye’de yerleşim yeri olmamakla birlikte mutad meskeni bile bulunmayan Türk vatandaşları dava açarken ve davacı yanında fer’î müdahil olurken, teminat göstermekle yükümlü olacaktır. Yerleşim yerinden daha zayıf bir ölçütü kıstas alan kanun koyucu, bu şekilde daralttığı hüküm kapsamını, teminat gösterilmesine ilişkin kararın yerine getirilmesini bir dava şartı öngörerek genişletmiştir. Yani artık açılan her davada bu yükümlülüğün doğup doğmadığı re’sen incelenecektir. HMK m.84’ün getirdiği diğer yenilik ise, Türkiye’de takip yapılması hâlinde de anılan yükümlülüğün işlerlik kazanacağıdır. Bu suretle de hükmün kapsamının genişletildiği söylenebilir. Bununla birlikte, davacının adli yardımdan yararlanıyor olması, sırf küçüğün menfaatini korumak için dava açılmış olması ile yapılan takibin ilama dayalı bir ilamlı icra takibi olması hâlinde teminat gösterme yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır. Son olarak, davacının yurt içinde istenen teminatı karşılamaya yeterli taşınmaz malının veya aynı teminatla güvence altına alınmış bir alacağının bulunması hâlinde de teminat gösterme yükümlülüğü doğmayacaktır.

HMK m.84/1-a düzenlemesine ilişkin eleştirilerimizi şu noktalarda toplayabiliriz. İlk olarak, yerleşim yeri yerine mutad mesken ölçütünün benimsenmesinin, teminat gösterme yükümlülüğünün re’sen incelenecek bir husus olması göz önünde tutulduğunda pek isabetli olmadığı söylenebilir. Zira davacının, fer’î müdahilin veya takip alacaklısının Türkiye’de mutad meskeni olup olmadığını tespit etmek, yerleşim yerini tespit etmek kadar kolay olmayacaktır. Teminat göstermesine ilişkin kararın yerine getirilmesinin dava şartı olması da göz önünde tutulduğunda, açılan her davada bu yönde yapılacak inceleme hâkimin gereksiz yere zaman kaybetmesine sebep olabilecektir. İkinci eleştirimiz ise, teminatın gösterilmesine ilişkin kararın yerine getirilmiş olmasını dava şartı olarak öngören HMK m.114/1-ğ düzenlemesidir. Zira burada dava şartı olan husus bir kararın yerine getirilmiş olmasıdır. Şu hâlde, bu yönde bir karar olmadan karşı tarafın teminatın gösterilmesi yönünde yapacağı itiraz, teknik anlamda bir dava şartı noksanlığı olmayacaktır. Üçüncü eleştirimiz ise, takip yapılırken teminat gösterilmesine kimin karar vereceği sorusunun Kanun’da cevapsız bırakılmış olmasına yöneliktir. Kanaatimce, icra müdürünün bu hususta karar verme yetkisi olmamalıdır. Zira takip alacaklısının mutad meskeninin mevcut olup olmadığı, çok kolay bir şekilde tespit edilebilecek bir husus değildir. Ancak, her takipte böyle bir incelemeyi icra mahkemesinden beklemek, tüm takip dosyalarının icra mahkemesine gitmesi gibi bir duruma sebep olabilir. Şu hâlde, sadece icra müdürünün re’sen inceleme neticesinde icra mahkemesine gönderdiği dosyalar için bu inceleme yapılmalı, icra müdürünün göndermediği dosyalar için ise, takip borçlusuna şikâyet yolu açık bırakılmalıdır. Son eleştirimiz ise, hâki-

min teminatın tutarı ve şeklinde değişikliğe gidebileceğini öngören HMK m.87/2 hükmü ile teminatın iadesine ilişkin HMK m.89/1 hükmüne ilişkindir. Zira her iki hüküm de birbirinin yerine kullanılacak niteliktedir. Teminatı gerektiren durum ve koşullardaki değişiklik, bu koşulun ortadan kalkmış olması şeklinde de kendini gösterebilir. Böyle bir durumda ise, HMK m.87/2 hükmünün mü yoksa HMK m.89/1 hükmünün mü uygulanacağı hususunda Kanun'da bir açıklık mevcut değildir. Fakat HMK m.89/1 hükmü, teminat gösterilmesini gerektiren sebebin ortadan kalkması hâlinde, teminatın iadesi hususunda hâkime takdir yetkisi bırakmamaktadır. Bununla birlikte ilgilinin talebini aramaktadır. Şu hâlde, teminatı gerektiren sebebin ortadan kalkması hâlinde, doğrudan HMK m.89/1 hükmünü uygulamak gerekir.

### KAYNAKÇA

- Adalet Bakanlığı, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı*, Ankara 2006.
- Ansay, Sabri Şakir; *Hukuk Yargılama Usulleri*, Ankara 1960.
- Berki, Osman Fazıl; "Ecnebilerin Hukuk ve Vazifeleri Hakkındaki Muvakkat Kanunda Teminat", *AÜHFD*, C. 3, S. 2-4, 1946, s. 403-422.
- Bilge, Necip/Önen, Ergun; *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, 3. bs, Ankara 1978.
- Çelikel, Aysel/Erdem, Bahadır; *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul 2010.
- Develioğlu, Hüseyin Murat; *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, İstanbul 2009.
- Göğer, Erdoğan; "Devletler Hususi Hukuku Yönünden İkametgâh", *AÜHFD*, C. XXVI, S. 3-4, 1969, s. 237-252.
- Göğer, Erdoğan; *Türk Tabiiyet Hukuku*, Ankara 1979.
- Karşlı, Abdurrahim; *Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı*, 2. bs, İstanbul 2011.
- Kılıçoğlu, Mustafa; *6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi*, İstanbul 2012.
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder; *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 22. bs, Ankara 2011.
- Kuru, Baki; "Dava Şartları", *Ord. Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan*, S. 194, 1964, s. 109-147.
- Kuru, Baki; *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. 3, 5. bs, İstanbul 1991.
- Muşul, Timuçin; *Medeni Usul Hukuku*, 3. bs, Ankara 2012.
- Nomer, Ergin/Şanlı, Cemal; *Devletler Hususi Hukuku*, 18. bs, İstanbul 2010.
- Nomer, Ergin; *Vatandaşlık Hukuku*, İstanbul 1989.
- Onar, Siddık 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, s. 133-138.
- Özden, Bülent; "Türk Hukukunda Cautio Judicatum Solvi Kuralı", *MHB*, C. 9, S. 1, 1989, s. 27-36.
- Özen, Burak; *Kefalet Sözleşmesi*, İstanbul 2008.

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku*, 10. bs, Ankara 2011.

Pekcanitez, Hakan; *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet*, Ankara 1986.

Tandoğan, Haluk; *Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, C. II, 5. bs, İstanbul 2010.

Tekin, Yılmaz; *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, Ankara 2007.

Tekinalp, Gülören/Uyanık-Çavuşoğlu, Ayfer; *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 11. bs, İstanbul 2011.

Tütüncübaşı, Uğur; "Milletlerarası Usûl Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü", *DEÜHFD*, C. 12, S. 2, 2010, s. 183-223.

Umar, Bilge; "Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Tasarısıyla Şimdiki HUMK Kurallarına Getirilmek İstenen Değişikliklerin Başlıcaları", *TBBĐ*, S. 68, 2007, s. 321-342.

Umar, Bilge; "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı", *TBBĐ*, S. 67, 2006, s. 121-162.

Umar, Bilge; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara 2011.

Unat, İlhan; "Davacının Yabancı Niteliğine Dayanan Adli Teminatın Uygulanma Alanı", *AÜSBFD*, C. 28, S. 3, 1973, s. 2-19.

Üstündağ, Saim; *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I-II, İstanbul 2000.

Vardar-Hamamcıoğlu, Gülşah; *Türk Medeni Kanunu'na Göre Yerleşim Yeri*, İstanbul 2009.

[www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com) (22.11.2012).

[www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr) (25.11.2012)

[www.tdkterim.gov.tr](http://www.tdkterim.gov.tr) (11.7.2012).

[www.uyap.gov.tr](http://www.uyap.gov.tr) (11.7.2012).

Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak; *Borçlar Hukuku Dersleri: Özel Hükümler*, 8. bs, İstanbul 2010.

Yılmaz, Ejder; "Davada İnanca", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı*, C. 1, 1977, s. 381-410.

Yılmaz, Ejder; *Hukuk Sözlüğü*, 4. bs, Ankara 2010.