

Medeni Usul Hukuku'nun Evrenselleşmesi Yolunda⁽¹⁾ İHTİYATİ TEDBİR ALANINDA YABANCI HUKUKUN ETKİLERİ

Doç. Dr. Nevhis DEREN - YILDIRIM
Çeviren: Ar. Gör. Hamide Özden ÖZKAYA

I. İHTİYATİ TEDBİR YARGILAMASININ AMACI

İhtiyati tedbirler hukuki himayenin önemli bir bölümüdür. Genelde normal (asıl) yargılama uzun zaman gerektirir. Devlet, bireylere kendilerini uzun süren bir davanın getirdiği zararlardan korumak için, adaleti temin görevinden dolayı imkanlar sunmakla yükümlüdür⁽²⁾.

İhtiyati tedbirlerin ilk amacı davacıyı bir daha düzeltilemeyecek bir zarar görmesinden korumaktır, yani varolan durumun korunmasını sağlamak ve dava konusunu geçici olarak emniyete almaktır⁽³⁾. İhtiyati tedbirler böylece sadece para alacakların dışındaki alacakların cebri icrasını güvence altına almak amacına hizmet eder⁽⁴⁾.

(1) Aynı başlık altında Syros adasında (10-16 Eylül 2000) yapılan bilimsel sempozyomun raporlarından. Bu makale Dike International Kasım 2000 S. 1159 v.d.'da yayınlanmıştır. Ayrıca makalenin Yunan Dili'ne çevirisi için bakınız: Beys, Kostas, Dike Internationale, Kasım 2000.

(2) İhtiyati Tedbirleri hukuku güvenceyi sağlama görevine bağlayan yazarlar için bakınız: Beys, Der provisorische Rechtsschutz im hellenischen Recht, in: Prozessuales Denken aus Attika, Athen 2000, S. 616-627 (provisorischer Rechtsschutz), S.619, 625; Ganslmayer, Die einstweilige Verfügung, Stuttgart/München/Hannover/Berlin 1991, S. 15; Klamaris, Das prozessuale Grundrecht auf Justizgewährung, in: Festschrift für Karl-Heinz Schwab, München 1990, S.269-276, insbesondere S. 272-273; Schilken, Die Befriedigungsverfügung Zulässigkeit und Stellung im System des einstweiligen Rechtsschutzes, Berlin 1976, S.20; Schuschke, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, B.II; §§ 916-945 ZPO, Köln/Berlin/Bonn/München 1999, Vor § 916, Rdnr. 1; Walker, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren, Tübingen 1993, Rdnr. 57 Vergl. Leipold, Strukturfragen des einstweiligen Rechtsschutzes, ZZZ 90 (1997), S. 258-270, (ZZP 90), S. 259-260.

(3) Stach, Vorsorgliche Maßnahmen nach Bundesrecht und st. Gallischem Zivilprozessrecht, St. Gallen 1991, S. 11; Sormani, Die einstweilige Verfügung in der Zivilprozessordnung des Kantons Luzern, Bern 1947, S. 49.

(4) Schuschke, Vor § 916, Rdnr. 8.

Doktrinde, bu amacın sadece bir geçici düzenlemeden oluştuğu ve bunun dışına çıkmaması gerektiği de savunuluyor⁽⁵⁾. Geçici sonuç getiren (tatmin eden) önlemler ihtiyati tedbirlere dahil değildir ve düzenlenen önlemler davacının tatmin olmasına yol açmamalıdır, çünkü asıl dava ile kıyas edildiğinde ihtiyati tedbirler her zaman daha”azını”(minus) veya başka bir şeyi (aliud) sağlamalıdır⁽⁶⁾. Yani ihtiyati tedbirler asıl davanın yerine geçmemelidir, çünkü ihtiyati tedbirler asıl davanın verdiği doğruluk garantilerine sahip değildir⁽⁷⁾. Doktrinde başka görüşler de savunuluyor. İhtiyati tedbirlerin teminat fonksiyonunda uyuşmazlığın esasının önceden çözümlenmesi yasağı aslında onaylanıyor, ancak davacının başka önlemlerle, örneğin müdahalenin menii ile istenilen neticeyi elde etme olanağı reddilmiyor⁽⁸⁾. Alman bir yazarın⁽⁹⁾ sözleri bugünkü durumu anlatıyor: “... Uygulamada, ihtiyati tedbirler artık sadece hakkın temini ve garanti altına alınması ile sınırlı kalmıyor, bunun dışına çıkıyor. Edimin tehirinin, edimin imkansızlığına sebebiyet verebileceği haller için, ihtiyati tedbirlerle edimin doğrudan ifasına karar verilebilmesi, günümüz doktrininde kabul görmektedir (ifa amaçlı tedbirler).” Meier⁽¹⁰⁾ de geçici icranın, ihtiyati tedbirlerin alışlagelmiş bir hukuki niteliği olduğunu savunmaktadır.

⁽⁵⁾ Leipold, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, München 1971, (Grundlagen), S. 84.

⁽⁶⁾ Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, Tübingen 1976 (Studien), S. 52; Hasenböhler, Die provisorische Verfügung nach Basellandschaftlichem Zivilprozessrecht, BJM 1976, S. 1-62, S. 22; Heinze, Der einstweilige Rechtsschutz im Zahlungsverkehr der Banken, Frankfurt a.M. 1984, (Zahlungsverkehr), S. 22, 54; MüKo, Heinze, Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung, B.3, §§ 803-1048, München 1992, Vor § 935 ZPO, Rdnr. 2 ff.

⁽⁷⁾ Bu görüşte özellikle: Heinze, Zahlungsverkehr, S. 22. Ayrıca bakınız Leipold, Grundlagen, S. 13; Piehler, Einstweiliger Rechtsschutz und materielles Recht, Frankfurt a.M. 1980, S. 41.

⁽⁸⁾ Ahrens; Wettbewerbsverfahrensrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 1983, S. 244, 246; Alder, Der einstweilige Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Bern 1993, S. 34-45; Baumgärtel, Buchbesprechung zum einstweiligen Rechtsschutz, Tübingen 1967, in AcP 168 (1968), S. 401-407, S. 404; Deren-Yıldırım, Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sinai Mülkiyet Hukuku’nda İhtiyati Tedbirler, İstanbul 1999, S. 12; Kaufmann, Einstweiliger Rechtsschutz, Bern 1993, S. 19; Meier, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im Zivilverfahrensrecht, Zürich 1983, S. 298-300; Schenker, Die vorsorgliche Maßnahme im Lauterkeits- und Kartellrecht, Zürich 1985, S. 52, 100-101; Sormani, S. 62-63; Uebe, Die Vorwegnahme der Endentscheidung durch einstweilige Verfügung, Freiburg 1972, S. 24-106; Üstündağ, İhtiyati Tedbirler – Geçici Hukuki Himaye (Korunma) Tedbirleri, İstanbul 1981, S. 12; Walker, Rdnr. 73; Ziegler, Die vorsorgliche Maßnahme in der Zivilgesetzgebung der schweizerischen Kantone, Zürich 1944, S. 106.

⁽⁹⁾ Grunsky; Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, JuS 1976, S. 277-287, (JuS 1976), S. 283.

⁽¹⁰⁾ S. 298.

II. YABANCI HUKUKUN TÜRK HUKUKU'NDA İHTİYATİ TEDBİR AÇISINDAN ETKİSİ

Yabancı Hukukun Türk Hukuku'nda ihtiyati tedbirler açısından etkisi

1927 tarihli Türk Hukuk Usulü Muhakemeler Kanunu'nun (HUMK) büyük bir bölümü 1925 tarihli Neuchatel Medeni Usulü Kanunu'nun tercümesinden oluşmaktadır. HUMK'un 101. maddesi muhafaza ve düzenleme tedbirleri dahil olmak üzere çeşitli ihtiyati tedbir seçenekleri saymaktadır. Ancak bu katalog tahdidi değildir, çünkü HUMK'un 103. maddesine göre hakim bir daha düzeltilemeyecek bir zararı engellemek amacıyla başka tedbirleri de uygulayabilir.

İhtiyati tedbirler alanında Türk Hukuku İsviçre Hukuku'nun geniş etkisi altında kalmaktadır. Bundan dolayı da Türk Doktrini'nde, Alman kanun koyucusuna ait olan teminat amaçlı ihtiyati tedbirler ile düzenleme amaçlı ihtiyati tedbirler ayırımı kabul edilmemektedir. Bunun yerine teminat, düzenleme ve ifa amaçlı tedbirler şeklinde ayırım yapılmaktadır⁽¹¹⁾. Türkiye Cumhuriyeti'nin Avrupa Topluluğu Gümrük Birliği'ne dahil olması ve TRIPS, GATT, PCT gibi milletlerarası sözleşmelere dahil olması, Türk Hukuku'ndaki ihtiyati tedbirlerin çerçevesini genişletmiştir. 1995'te sırasıyla ticari meslek alanındaki hukuki himayeye ilişkin Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname yürürlüğe girmiştir. Bu kanunlara çeşitli yabancı kanunlar örnek olmuştur. Örneğin Türk Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamesi'nde 1986 tarihli İspanyol Patent Kanunu'nun geniş etkisi görülmektedir. Yukarıda sayılan tüm Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku ile ilgili kanunlarda ihtiyati tedbirlerin şartları ve çeşitleri hakkında özel hükümler bulunmaktadır. Ayrıca klasik Medeni Usulü Hukuku anlayışına yabancı delil tespiti davası diye değişik bir dava şekli de düzenlenmiştir. 1956 tarihli Türk Ticaret Kanunu ve 1951 tarihli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda da ihtiyati tedbirler kataloğu bulunmaktadır.

Bundan dolayı ihtiyati tedbirlerin çeşitlerini tek tek ele alıp, incelemekte fayda vardır.

(11) Deren-Yıldırım, S. 96; Üstündağ, S. 18-35 v.d.

1. TÜRK HUKUKU'NDA TEMİNAT AMAÇLI İHTİYATİ TEDBİRLER

Türk Hukuk Muhakemeler Kanunu'nda çeşitli teminat amaçlı tedbirleri yer almaktadır, örneğin muvakkat şerh (Türk Medeni Kanunu'nun 920. maddesi 1. fıkrasına göre)⁽¹²⁾, tapuda muvakkat tescil (Türk Medeni Kanunu'nun 921. maddesine göre)⁽¹³⁾, menkul malların yediemine teslimi gibi.

Hem İsviçre Medeni Kanunu'na hem de Türk Medeni Kanunu'na⁽¹⁴⁾ aykırı olmasına rağmen, gayrimenkullerde devir ve ferağ yasağının konulmasına izin verilmektedir⁽¹⁵⁾. Eski Neuchatel Medeni Usulü Kanunu ve Türk Hukuk Usulü Muhakemeler Kanunu ileride çıkacak olan kararın icrasını teminat altına alan ve böylece dava süreci boyunca var olan durumun muhafazasını sağlayan tedbirlere de yer vermektedir⁽¹⁶⁾.

İsviçre doktrininde⁽¹⁷⁾ iki çeşit teminat amaçlı tedbir ayırımı yapılmaktadır, bunlar 1. faaliyetin durdurulmasına yönelik tedbirler, 2. önleyici tedbirler. Devir ve ferağ yasağı ile menkul malların yediemine teslimi durdurma tedbirlerine girmektedir, tasarruf hakkının sınırlandırılması şerhi, tapuda muvakkat tescili ve miras sebebiyle istihkak davası teminat talimatı ise önleyici tedbirlerdir.

Teminat amaçlı tedbirler Medeni Usul Hukuku'nda cebri icra da ki ihtiyati haczin karşılığıdır⁽¹⁸⁾. Teminat amaçlı tedbirlerin ihtiyati hacizden açıkça farkı, teminat amaçlı tedbirlerin ihtiyati hacize karşın para alacağı

(12) Bakınız İsviçre Medeni Kanunu 960. madde.

(13) Bakınız İsviçre Medeni Kanunu 961. madde.

(14) Türk Medeni Kanunu 10.12.1907 tarihli İsviçre Medeni Kanunu'nun tercümesidir.

(15) Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Auflage, Basel u. Frankfurt a.M. 1990, Rdnr. 816. Üstündağ, S. 25; Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı, İstanbul 1995, S. 717.

(16) Bakınız: Neu. Medeni Usulü Kanunu 121-122. maddeler; HUMK'un 101.maddesi 2. fıkrası; Stach, S. 28-29; Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1992, S. 309.

(17) Stach, S. 29; Vogel, S. 309; Walter, Vorläufiger Rechtsschutz in der Schweiz, in FS H Nakamura, Tokyo 1996, S. 657-683, S. 663.

(18) Açıkça böyle belirtin: Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Auflage, München 199X.; § 76 II 1.

olmayan edimlerin ifasını garanti altına almasıdır⁽¹⁹⁾. Türk İcra ve İflas Kanunu İsviçre'den alınmıştır. Her iki kanunda hapis sebepleri kati olarak sayılmıştır. İsviçre içtihadı⁽²⁰⁾ para ödeme amaçlı tedbirleri kabul etmez ve bunları "örtülü ihtiyati haciz" olarak adlandırır. Para ödeme (teminat verme) amaçlı talepler İcra ve İflas Kanunu'na aittir, bundan dolayı ihtiyati haciz şartları olmadığı zaman geçici para ödeme talepleri her zaman reddedilmek zorundadır. Böyle bir durumda ihtiyati tedbirlerin de uygulanması caiz değildir. Hasenböhler'e göre, uygulamada, ihtiyati haciz vakıalarını kati şekilde belirtilmiş olan Art. 271 SchKG'yi devre dışı bırakmak için, geçici tedbir talepleri sürmektedir⁽²¹⁾.

Ancak yeni çıkmış olan Türk Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'na ilişkin kanunlarda (bunlar Patent Haklarının Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname⁽²²⁾, Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname⁽²³⁾, Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname⁽²⁴⁾ ve Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname⁽²⁵⁾) şimdiye kadar alışagelmiş İsviçre ve Türk Hukuk sisteminin anlayışına ters düşen tedbir çeşitleri bulunmaktadır. Bu kanunların yürürlüğe girmesinden itibaren, tazminat taleplerini teminat altına alan bir tedbire de izin verilmektedir. İspanyol Patent Haklarının Korunması Hakkındaki Kanunu'nda⁽²⁶⁾ ve Markaların Korunması Hakkındaki Kanunu'nda⁽²⁷⁾ da aynı içeriğe sahip bir düzenlemenin bulunması ilginçtir. Ortells-Ramos'un görüşüne göre bu tedbirler teminat amaç-

(19) Nafaka ödemelerinde geçici tedbirler tek istisna olmalı. Nedeni ise, bunun özel bir durum olmasıdır. bakınız: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Auflage, B.7, Teilband 1, §§ 864-943, Tübingen 1996, Vor § 935, Rdnr. 38-39; Baur, Arrest und einstweilige Verfügung in ihrem heutigen Anwendungsbereich, BB 1964, S. 607-615, (BB 1964), S. 609.

(20) Bakınız: BGE 74 II 51; BGE 79 II 288; BGE 85 II 196; BGE 86 II 295; BGE 108 II 182. Aynı görüşte Gloor, Vorsorgliche Maßnahmen im Spannungsfeld Bundesrecht und kantonalem Zivilprozessrecht, Zürich 1982, S. 106-107; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 575, Fn. 5; Hasenböhler, S. 8-9; Sormani, S.39; Stamm, Das Institut der vorsorglichen Maßnahme im zürcherischen Zivilprozessrecht, Zürich 1943, S. 12; Vogel, S. 311; Ziegler, S. 18. Türk Doktrini için bakınız: Mülküs, İhtiyati Tedbir ile İhtiyati Haczin Uygulama Yeri, ABD 1969, B.3,S. 311-312; Önen, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, S. 99, Fn. 1.

(21) Yazar bu tür kanunu saf dışı bırakma gayretlerinden uzak durulmasını öneriyor.

(22) Madde 152/

(23) Madde 77/

(24) Madde 64/

(25) Madde 35/

(26) Madde 133 (20.03.1986 tarihli İspanyol Patent Haklarının Korunması Hakkındaki Kanun).

(27) Madde 40 (10.11.1988 tarihli İspanyol Markaların Korunması Hakkındaki Kanun).

lı tedbirleridir⁽²⁸⁾.

Ancak İsviçre Doktrini'nde de Haksız Rekabet ve Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku alanında çalışan yazarlar⁽²⁹⁾, karşı tarafı teminat ödemeye mahkum eden talimatı"özel içerikli önleyici tedbirler" olarak nitelendiriyorlar. İsviçre kantonları Medeni Usulü Kanunları'nda ve Türk Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda ön görülen teminatın amacı ihtiyati tedbirleri önlemesi veya kaldırılmasına hizmet etmesine rağmen bu görüş savunuluyor. Bu şekildeki bir içerik düzenlemesi ile düzeltilmesi mümkün olmayan zararlardan kaçınılabileceği ileri sürülmektedir ve bu tedbirin ölçülülük ilkesine uygun olduğu belirtilmektedir. Baur⁽³⁰⁾ de, Patent hakkının ihlalinden dolayı doğan kazancın yediemine bırakma gibi bir tedbirin, müdahalenin meni tedbirinden daha iyi bir seçenek sunduğu görüşündedir.

İsviçre ve Türk Hukuk Sistemi'nde talepte bulunan kişinin ihtiyati haciz nedenlerini inandırıcı bir şekilde izah ve ispat etmesi kolay değildir. Bu, hem Türk hem de İspanyol Hukuku'nda Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'na alanında iddia edilen tazminat haklarının teminatının ihtiyati tedbirler arasında düzenlenmiş olmasının nedenlerden biri olabilir. Böyle bir tedbire izin veriliyor ise, bu "özel" tedbiri teminat tedbirlerinden değil, ifa amaçlı tedbirlerden saymak gerekir⁽³¹⁾.

Türk Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku alanına⁽³²⁾ ilişkin kanunların tedbirler katalogları ayrıca ürünlerin veya araç gereçlerin alıkonulmasını veya saklanmasını öngören başka bir teminat tedbiri daha içermektedirler.

Troller⁽³³⁾ uygulamadan edindiği izlenimlerden: "Bir yasağa uyulmasını sağlamak amaçlı yapılan yardımcı nitelikteki teminat tedbiri olan el koyma önleminin, Luzern'de oldukça sık, Zürih'te ise daha nadir uygulanmakta" olduğunu çıkartmıştır. Bunun nedeni el koymayı etkileyen mahal-

(28) Ortells-Ramos, Effektiver Rechtsschutz im spanischer Privatrecht-insbesondere zum einstweiligen Rechtsschutz, ZJP Int. 1997, B. II, S. 95-116, S. 110-111. Karşılaştır: Beys, Die Sicherheitsleistung als einstweilige Verfügung im hellenischen Recht, in: Prozessuales Denken aus Attika, Athen 2000, S. 628-637, (Sicherheitsleistung), S. 629 v.d. Başka görüşte: Knothe, Einstweiliger Rechtsschutz im spanischen und deutschen Zivilprozess, Berlin 1999, S. 49 (... prozesuale Sicherheitsleistungen sind nach dem herrschenden Konzept keine Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes).

(29) Alder, S. 158-169; Schenker, S. 106-197. Bakınız: Meier, s. 301.

(30) BB 1964, S.110.

(31) Deren-Yıldırım, S. 92; Schenker, S. 106.

(32) Patent Haklarının Korunması Hakkındaki Kanun Madde 152/b, Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Madde 77/b, Geschmacksmustergesetz Madde 64/b. Ayrıca Urhebergesetz Madde 77. Karşılaştırınız: İspanyol Patent Haklarının Korunması Hakkındaki Kanun Madde 133.

(33) Die einstweilige Verfügung im Immaterialgüterrecht, in Festschrift 150 Jahre Obergericht ZBJV 1991, S. 305-335, S. 325.

li zorlukların olabilmesidir. Böyle durumlarda ürünlerin mühürlenmesi veya envanterin sayımı tavsiye edilmektedir⁽³⁴⁾.

Muhafaza tedbirlerinden olmasına rağmen, el koyma, İsviçre doktrininde, talep eden tarafından önemli derecede müdahale olarak kabul edilmektedir⁽³⁵⁾. Müdahalenin menü veya kaldırılması daha hafif bir tedbir olarak değerlendiriliyor, çünkü el koymada eşyaların ve araç gereçlerin kullanımını kısıtlanmış oluyor.

Haksız Rekabetin önlenmesi çerçevesinde muhafaza tedbirleri büyük önem taşımamaktadır. Hakkını arayana var olan durumun muhafazası fayda etmez⁽³⁶⁾, çünkü Rekabet Hukuku sadece bir durumu değil, dinamik olaylar akışını düzenler⁽³⁷⁾.

2. DÜZENLEME AMAÇLI TEDBİRLER

Alman doktrininde düzenleme amaçlı tedbirlerin içeriği tartışmalıdır. Bazı yazarlar⁽³⁸⁾ 1. inşai amaçlı tedbirler ve 2. tatmin amaçlı tedbir diye iki çeşit düzenleme amaçlı tedbir ayırımı yapmaktadırlar. İnşai amaçlı tedbirler sadece inşai tedbirlerden oluşurken, tatmin amaçlı tedbirler asıl davanın konusu olan talep edilen amacı önceden düzenleyici niteliğe sahiptir.

İsviçre ve Türk Hukuku'nda "düzenleme amaçlı tedbirler" adı altında sadece inşai tedbirler kabul edilmektedir⁽³⁹⁾. Düzenleme amaçlı tedbirlerde dava süresince daimi bir hukuki münasebet inşa edilmektedir. İcranın teminat altına almasına ve hakkın geçici ifa edilmesine hizmet etmeyen tedbirlere, düzenleme amaçlı tedbirler adı verilir⁽⁴⁰⁾. Daimi bir hukuki münasebeti geçici olarak inşa eden tedbirler, mamelek hukuku niteliğinde oldukları gibi, şahsi hukuk niteliğinde de olabilirler⁽⁴¹⁾. Ayrı yaşamının düzenlenmesi, evin tahsisi, çocuğun teslimi, ziyaret düzenlenmesi ve nafaka ödemeleri aile hukuku⁽⁴²⁾ açısından buna örneklerdir. Bunun dışında uygu-

(34) Troller, S.327.

(35) Böyle Adler, S. 140; Schenker, S. 105.

(36) Deren-Yıldırım, S. 82; Ming, Die vorsorglichen Maßnahmen im Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Zürich 1969, S. 20; von Büren/David, Schweizerischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, B.I/2, Basel 1992, S. 176.

(37) Böyle açıkça: Schenker, S. 106.

(38) Böyle açıkça: Rosenberg/Gaul/Schilken, § 76 II 2; detaylı: Schilken, S. 68 v.d., aynı görüşte Barur, BB 1964, S. 608; Leipold, Grundlagen, S. 124.

(39) Deren-Yıldırım, S. 93 v.d.; Ernst, Die vorsorglichen Maßnahmen im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht; Zürich 1992, S. 12 v.d.; Gloor, S. 19; Meier, S. 183; Üstündağ, S. 32 v.d.; Vogel S. 309; Walter, S. 665-666; Stach, S. 45 v.d.

(40) Meier, S. 184.

(41) Ganslmayer, S. 22.

(42) Vogel, S. 309, Rdnr. 195.

lama alanı ayrıca Şirketler Hukuku⁽⁴³⁾, İş Hukuku ve Bankalar Hukuku'dur⁽⁴⁴⁾.

Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda ve Haksız Rekabet alanlarında ise inşai tedbirlerin önemi yoktur⁽⁴⁵⁾.

3. TÜRK HUKUKU'NDA İFA AMAÇLI TEDBİRLER

Günümüzde hala Alman doktrinde ifa amaçlı tedbirlerin kendisine özgün bir grup oluşturup oluşturmadıkları tartışılmaktadır. Alman kanun koyucusu Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO) § 935'te muhafaza tedbirlerine ve § 940'ta düzenleme amaçlı tedbirlere yer vermiştir, ancak ifa amaçlı tedbirleri düzenlememiştir. Bundan dolayı birçok Alman yazar "ifa amaçlı tedbirler" terimini kullanırlar, ama bunu düzenleme amaçlı tedbirlerden sayarlar⁽⁴⁶⁾.

Stein/Jonas'ın⁽⁴⁷⁾ görüşüne göre ise: "Genelde bu ifa amaçlı veya eski hale getirmeye yönelik tedbirler § 940'a dayandırılmıştır, ama kanun koyucunun bu madde için tasarladığı çerçevenin fazlasıyla aşılmış olması bu şekilde saklanamaz, bu hukukun kendini geliştirmesinin neticesidir..."

Türk doktrinde İsviçre'de olduğu gibi ifa amaçlı tedbirlerin kendilerine özgü bir tedbir grubu olarak değerlendirmesinde sakınca görülmemektedir. 90'lı yılların ortasındaki geniş kanunlaştırma müzakeresi öncesinde bile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku alanındaki ifa amaçlı tedbirlerden söz etmek mümkündü, çünkü Türk Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Alman Medeni Usul Kanunu'na (ZPO) kıyasla ihtiyati tedbirleri kati bir şekilde saymamaktaydı⁽⁴⁸⁾.

Kanun koyucu⁽⁴⁹⁾, haksız Rekabetle mücadele için, müdahalenin menii

(43) Örneğin iş idare salahiyetin ve vekaletin geri alınması gibi, şirkete girme yasağı gibi. Başka örnekler için bakınız: Rosenberg/Gaul/Schilken, § 76 II 2 v.d. (S. 1021).

(44) Rosenberg/Gaul/Schilken' e göre ihtiyati tedbirler çerçevesinde garanti edilen meblağın ödenmemesi talimatı mümkündür.

(45) Deren-Yıldırım, S. 94; Alder, S. 135, Fn. 468.

(46) Baur, BB 1964, S. 308; Leipold, Grundlagen, S. 106 v.d.; Rosenberg/Gaul/Schilken, § 76 II 2; Schilken, S. 68 v.d.; Walker, Rdnr. 125, 130-131.

(47) Vor § 935, Rdnr. 31a.

(48) Bakınız Türk Hukuk Usulü Muhakemeler Kanunu madde 103. Aynı görüşte Üstündağ, S. 18, 35 v.d.

(49) 1956 tarihli Türk Ticaret Kanunu'nun 63. maddesi; karşılaştırmamız 1948 tarihli İsviçre UWG (Haksız Rekabet alanındaki Türk Ticaret Kanunu'ndaki hükümler eski 1948 tarihli İsviçre UWG'sinden alınmıştır).

ve hatta eski hale getirmeye yönelik tedbirlere⁽⁵⁰⁾ izin vermiştir. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda⁽⁵¹⁾ da tedbirler arasında bir fiilin gerçekleşmesinden ve talepte bulunan kişiyi rahatsız edici hareketin durmasından söz edilmektedir. Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku alanına ilişkin tüm yeni Türk kanunlarında efektif hukuki himayenin vazgeçilmez unsuru olan müdahalenin menî tedbirini⁽⁵²⁾ düzenleyen hükümler bulunmaktadır.

Türk ve İsviçre Hukuku için ifa amaçlı tedbirlerin içeriğini geçerli şekilde belirtmek önem teşkil etmektedir.

a. MÜDAHALENİN MENİ TEDBİRLERİ

Haksız Rekabet ve Fikri Haklar alanında ağırlıklı olarak müdahalenin menî davaları açıldığından, genelde geçici olarak belki bazı müdahalelerin menine karar verilir⁽⁵³⁾. Müdahalenin menî tedbiri ile karşı tarafa zarar veren davranışının gerçekleştirilmesi ya da tekrarı yasaklanıyor⁽⁵⁴⁾.

Tedbirin içeriği; maddi hukuk talebine oranla azı (minus) veya başka bir şeyi (aliud) teşkil etmek zorundadır⁽⁵⁵⁾.

Yani ihtiyati tedbir asıl talep edilen hakkı gerçekleştirilmemelidir. İhtiyati tedbir talepte bulunana asıl davadan kazanacağı haktan daha fazla imkan getiriyorsa, bu bir "fazladır"⁽⁵⁶⁾ (plus). Bundan dolayı ihtiyati tedbirlerde söz konusu olan talep ile asıl davada, özellikle müdahaleyi men davalarında, söz konusu olan taleplerin benzerliğinin açıklanması önem teşkil etmektedir.

Hakim görüşe göre davalara söz konusu mevzunun temelde aynı olmasının mümkün olmadığı savunulmaktadır⁽⁵⁷⁾. Bunun gerekçesi ise, iki

(50) Kanun koyucu Haksız Rekabet sonucunda doğan durumların düzeltilmesinden söz ediyor.

(51) Türk Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Madde 77.

(52) Madde 152/a Patent Haklarının Korunması Hakkındaki Kanun; Madde 77/a Markaların Korunması Hakkındaki Kanun; Madde 64/a Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname; Madde 35/a Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname. İspanyol Patent Haklarının Korunması Hakkındaki Kanunun Madde 133 ile kıyaslayınız.

(53) Schenker, S. 110.

(54) Ernst, S. 114.

(55) Baur, Studien, S. 27, 70-71; Meier, S. 158, 300; Kininger, Einstweilige Verfügungen zur Sicherung von Rechtsverhältnissen, Wien 1991, S. 29 v.d.

(56) Kininger, S. 29.

(57) Ahrens, S. 268; Ganslmayer, S. 43; Höhne, Rechtshängigkeit und Rechtskraft bei Arrest und einstweiliger Verfügung, Freiburg 1975, S. 9; Pastor/Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 4. Auflage, Köln/Bonn/Berlin/München 1999, S. 860-861; Schilken, S. 58; Walker, Rdnr. 155; Deren-Yıldırım, S. 143.

davada farklı şeylerin amaçlanmasıdır. Pastor⁽⁵⁸⁾, Haksız Rekabetteki müdahalenin menî davalarında gerek ihtiyati tedbirler çerçevesinde, gerek ise asıl davada söz konusu mevzunun aynı olmasını kabul ediyor, her iki davada söz konusu olan mevzu”maddi hukuka ilişkin kaçınma talebine”göre değerlendirilmelidir.

Gerek Türk gerek İsviçre Hukuku’nda asıl davanın konusu hakimî müdahalenin menî kararını vermesiyle, hallolmaz, çünkü -Alman Hukuku’na karşı- ihtiyati tedbirler geçerlilik açısından kısıtlıdır. Talepte bulunan, tedbirin gerçekleşmesinden itibaren en kısa süre içinde⁽⁵⁹⁾ asıl talebi için ana davayı açmak zorundadır, süre aşımında tedbir geçersiz olur⁽⁶⁰⁾. Asıl dava hükmünün açıklanması ile tedbir geçersiz hale gelir. Bundan dolayı her iki hukuk sisteminde ihtiyati tedbirler”küçük asıl dava”olarak adlandırılmaz. Ayrıca hakim asıl davada tedbir kararına bağımlı değildir. İhtiyati tedbirin kesinliği dahi ana davadaki hakkın talebini etkilemez. Bundan dolayı ihtiyati tedbirlerin sadece sınırlı bir kesinlik etkisi vardır.

Müdahalenin menî hakkının”geçici”icrası geri alınabilir tedbirlerden değildir⁽⁶¹⁾. Bu hususta da, her yerde olduğu gibi, ölçülülük ilkesine uyulması gerekir⁽⁶²⁾.

b. ESKİ HALE GETİRMEYE YÖNELİK TEDBİRLER

İsviçre ve Türk Haksız Rekabet Hukuku’nda eski hale getirmeye yönelik taleplerin geçici icra imkanı ön görülmektedir⁽⁶³⁾.

Türk Ticaret Kanunu’nda⁽⁶⁴⁾ açıkça “Haksız Rekabet sonucu doğan

(58) Pastor, Der Wettbewerbsprozess, 3.Auflage, Köln 1980, S. 258-260, 288. Aynı görüşte Lipps, Gestaltungsmöglichkeiten bei einstweiligen Unterlassungsverfügungen im Wettbewerbsprozess, NJW 1970, S. 226-228, S. 226-227. Eleştirici karşıt görüşte: Ahrens, S. 268.

(59) Madde 109/I 10 günlük hak düşürücü kanuni bir süre ön görmektedir. Baseler Medeni Usul Kanunu’na göre bu süre sadece iki gündür. Ancak, Zürih Medeni Usul Kanunu (Madde 297) gibi normal bir dava süresi ön gören kantonlarda var. Alman Medeni Usul Kanunu § 926 (ZPO) ve Yunan Medeni Usul Kanunu § 693.

(60) Deren-Yıldırım, S. 192 v.d.; S. 175-176.

(61) Böyle Deren-Yıldırım, S. 78; von Büren/David, S. 183.

(62) Bu ilke için bakınız: Yıldırım, İcra Hukukunun Anayasa İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi, Hukuk Araştırmaları, 1989, B.1-3, S. 98-115.

(63) Karşılaştırmamız Madde 63 Türk Ticaret Kanunu; Art. 9/I İsviçre UWG. Karşılaştırmamız Madde 77 Türk Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu.

(64) Madde 63.

sonuçların geri alınmasından”, “geri alma ile eski hale getirmekten” (başka bir deyimle “karşı tarafın söylediklerinin doğru olmadığına dair bir beyanından”) söz edilmektedir. Türk Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda⁽⁶⁵⁾ “bir fiilin gerçekleştirilmesi” de tedbir olarak ön görülmektedir.

Ancak bütün bu tedbirlerin dikkatli değerlendirilmesi gerekir, çünkü ölçülülük ilkesine aykırı düşmeleri mümkündür⁽⁶⁶⁾. Baur⁽⁶⁷⁾ haklı olarak eski hale getirmeye yönelik tedbirlerde de, sadece azını (minus) veya başka bir şeyi (aliud) teşkil eden tedbirlerin uygulanma ilkesine uyulması gerektiğini belirtiyor. Ayrıca hakim sadece geri alınabilir tedbirleri ön görmelidir.

İhtiyati tedbirlerde bir fiilin gerçekleşmesi kararının kabul edilebilir içeriğe dahil olup olmadığı konusu yakın bir incelemeye ihtiyaç duyar. Ja-uernig⁽⁶⁸⁾ “misli” ile “gayri misli” olan edimler arasında ayırım yapmaktadır. Ona göre hakim karşı tarafı misli olan bir edime mahkum edebilir, ancak gayri misli olana edemez.

İsviçre Hukuku’nda haksız afişlerin kaldırılmasına ve daimi bir reklam aracına ilişkin eski hale getirmeye yönelik tedbirlerin uygulanması⁽⁶⁹⁾ geçerli olarak kabul edilmektedir.

Ahrens⁽⁷⁰⁾ tatmin edici etki⁽⁷¹⁾ veren eski hale getirmeye yönelik tedbirler konusunda dikkatli olunmasını önermektedir. Ona göre sadece teminat amaçlı dar çerçeveli tedbirler geçerlidir⁽⁷²⁾.

Ayrıca geri alma yolu ile yapılan eski hale getirmeye yönelik tedbirler konusunda da dikkatli olmak gerekiyor. Hakim görüşü⁽⁷³⁾ geri alma yo-

⁽⁶⁵⁾ Madde 77.

⁽⁶⁶⁾ Ölçülülük ilkesine göre hakim birkaç tedbir içerisinde en az müdahale vereni seçmek zorundadır. Böyle Meier, S. 158. En az müdahale eden tedbir ile hukuki himaye sağlanabilir mi, bu doktrinde yazarlar arasında tartışmalıdır. Karşılaştırınız: Meier, S. 300; Schenker, S. 101 v.d.

⁽⁶⁷⁾ Studien, S. 58.

⁽⁶⁸⁾ S. 339. Aynen Schilken, S. 147 v.d.

⁽⁶⁹⁾ Schenker, S. 119.

⁽⁷⁰⁾ S. 258-259. Bakınız: Ernst, S. 120: “Reklam araç gereçlerinin imhasına yönelik geri alınamayan bir tedbir ihtiyati tedbirler alanında geçerli değildir.”

⁽⁷¹⁾ Böylece eski hale getirmeye yönelik tedbirler ve şirket silinmesi, reklam araç gereçlerin imhasını ve bu bunların talepte bulunana iadesi ile ilgili kararları men etmiş oluyor.

⁽⁷²⁾ Ahrens, S. 259.

⁽⁷³⁾ Baur, BB 1964, S. 607 v.d., Studien, S. 58-59; Ahrens, S. 258; Grunsky, Die auf Leistungserbringung gerichtete einstweilige Verfügung, JurA 1970, S. 724 v.d. (JurA 1970), S. 739; Jauernig, S. 343-344; MüKo, Heinze, § 935 Rdnr. 246; Pastor, S. 420; Schenker, S. 117, Teplitzky, Arrest und einstweilige Verfügung, JuS 1980, S. 882-886, S. 885.

lu ile eski hale getirmeyi önermiyor, çünkü böyle bir tedbir geri alınamayan ağır bir müdahale oluşturmaktadır. Burada karşı tarafın, beyanlarının yanlış olduğuna dair düzeltme yapılmaya zorlanmaktadır.

Ancak Schilken⁽⁷⁴⁾, geri alma beyanının ihtiyati tedbir yolu ile gerçekleşmesinin haysiyeti koruma konusunda büyük önem kazandığı görüşündedir.

Geri alma ile kıyasta aksi beyan daha ılımlı ve böylece geçerli bir tedbir olarak görülmekte⁽⁷⁵⁾. Aksi beyanda karşı tarafın iddia ettiği bir beyana tahammül etmek ve bu beyanın basılması için masrafları üstlenmek zorundadır.

SONUÇ

Türk Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu İsviçre Hukuku'nun büyük etkisi altındadır. İsviçre ve Türk Kanunları ihtiyati tedbirler konusunda dikkate değer geniş ve çeşitli bir tedbir kataloguna sahiptirler. Bundan dolayı doktrin ifa amaçlı tedbirleri kabul etmekten de çekinmiyor.

Ancak her iki hukuk sisteminde ihtiyati tedbirlerin ana davanın yerine konulmasının mümkün olmadığı da dikkate değer bir husustur. Her iki ülkede ihtiyati tedbirler sonuca giden asıl dava ile yakın ilişkidir. Karşı taraf çok kısa sürede dava açmak zorundadır, süre geçerse, tedbir geçersiz olur, düşer.

Bu hususta Türk ve İsviçre Hukuku Alman Hukuku'na göre çok farklıdır. Alman Medeni Usulü Kanunu § 926'a (ZPO) göre karşı tarafın talebinden sonra hakim bir dava süreci belirler. Yunan Medeni Usulü Kanunu Art. 693'te, mahkemenin kendi kanaatine davanın açılması için 30 günün altında kalmama şartı ile süre belirlemesine izin vermesi açısından ilginçtir⁽⁷⁶⁾. Yunan hakimlere kanaatlerini kullanmaları açısından yetki verildiği görülmektedir. Oysa Almanya'da dava açılmadan önce, ana davanın mevzusu üzerindeki ihtiyati tedbirin "küçük asıl davaya" dönüşmesi tehlikesi vardır, özellikle karşı tarafın süre talebinde bulunmaz ise⁽⁷⁷⁾. Bu sistemde kanaatim-

⁽⁷⁴⁾ S. 150. Yazar, geri almanın gayrimisli fiillerden olduğunu vurguluyor.

⁽⁷⁵⁾ Jauernig, S. 344; Ahrens, S. 258; Schenker, S. 118; Ernst, S. 117; Baur, Studien, S. 59; von Büren/David, S. 184.

⁽⁷⁶⁾ Mantzourani-Tschaschnig'in tercümesine bakınız, S. 219.

⁽⁷⁷⁾ Bu belki Yunanistan'da da olabilir, örneğin hakim dava için süre belirlemez ise (emir verici hüküm olmadığı için).

ce, ihtiyati tedbirleri sadece teminat amacı ile sınırlandırmak gerekir.

İsviçre ve Türkiye’de ise, karşı tarafın sadece “geçici” olarak tatmin edildiği güvencesi vardır. Tabii ki böyle hukuk sistemlerinde de içerik belirlenirken ihtiyati tedbirlerin ilkeleri⁽⁷⁸⁾, ölçülülük ilkesi gibi, titizlikle göz önünde tutulması gerekmektedir.

(78) Bununla ölçülülük ilkesi, geriye dönüşü olmayan tedbirlerin kararı gibi ilkeler kast edilmekte(Bu ilkeler için bakınız: Meier, S. 158 ve Beys, Freiheit und Bindung des Richters im Bereich der Sicherungsmaßnahmen, in: Prozessuales Denken aus Attika, Athen 2000, S. 638-644, S. 641 v.d.; Yıldırım, S. 98 v.d.).

