

İSVİÇRE MEDENİ USUL KANUNUNUN İHTİYATİ TEDBİRLER KONUSUNDAKİ DÜZENLEMESİNE GENEL BİR BAKIŞ

*(A General Overview to the Regulation of Provisional Injunctions
in Swiss Civil Procedure Code)*

Selçuk ÖZTEK*

Bilindiği gibi İsviçre 19 Aralık 2008 tarihli Kanunla medeni usul hukuku alanını kantonların egemenlik sahasından çıkararak federalleştirmiş ve böylece, aslında uzun zamandan beri devam eden çalışma ve gayretler neticesinde, bütün İsviçre’de 1 Ocak 2011 tarihinden itibaren tek bir medeni usul kanunu (“*Code de procédure civile*” ya da Kanunun Fransızca metnindeki kısaltmasıyla CPC) geçerli olmaya başlamıştır.

Yeni İsviçre Kanununun 261 vd. maddeleri ihtiyati tedbirlere ve ihtiyati tedbir usulüne ayrılmıştır. Aslında, CPC’nin Fransızca metninde “*mesures provisionnelles*” (“*vorsorgliche Massnahmen*”, “*provvedimenti cautelari*”) terimleri kullanılmıştır ki, bunu Türkçeye “geçici (veya daha doğrusu ‘ihtiyati’) tedbir” olarak çevirebiliriz. İsviçre’de delil tespiti bir “geçici tedbir” (“*mesure provisionnelle*”) olarak kabul edilmediği için¹, CPC’nin “*mesure provisionnelle*” kavramını Türk hukukundaki “geçici hukuki koruma” üst kavramı içinde yer alan “ihtiyati tedbirler”le (HMK m.389 vd.) eş anlamlı olarak kabul etmekte bir sakınca bulunmadığını düşünmekteyiz.

İsviçre hukukunda ihtiyati tedbirler, taraflardan birinin esasa ilişkin yargılama süresince ve hatta bazı hallerde esasa ilişkin yargılama henüz başlamadan, hakkının geçici olarak korunması için hakimden talep edebileceği koruma önlemleri olarak tanımlanmaktadır; öyle ki, bu önlemler alınmadığı takdirde hak sahibinin hakkını elde etmesi önemli ölçüde zorlaşabilecek ve belki de tamamen imkansız hale gelecektir².

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E.) Öğretim Üyesi, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

¹ Bkz.aşağıda dipnot 9 civarı.

² F.Hohl, F.Hohl, Procédure civile, Tome II, Berne 2010, Tome II, sh.316 no 1733.

Yeni Kanun, maddi hukukun ihtiyati tedbir kararının elde edilmesine ilişkin şartlar ve usul konusundaki bütün hükümlerini kural olarak yürürlükten kaldırmıştır. Örneğin İsviçre Medeni Kanununun kişiliğin korunması alanındaki ihtiyati tedbirleri düzenleyen 28c, 28d ve 28e maddeleri yürürlükten kalkmıştır; keza, Haksız Rekabet Hakkındaki Kanunun ihtiyati tedbir konusunu düzenleyen 14.maddesi de yürürlükten kalkmış bulunmaktadır. Buna mukabil, Borç İçin Takip ve İflas Hakkındaki Federal Kanunun para alacaklarının tahsilinde uygulanan muhafaza amaçlı tedbirleri, örneğin muvakkat haciz ve ihtiyati haciz kurumları saklı tutularak aynen muhafaza edilmiştir (CPC m.269)³. Bu çerçevede, ihtiyati haciz şartları oluşmamışsa CPC'ye göre ihtiyati tedbir çaresine başvurulmasıyla bir yere varılamayacağına, zira hakimın böyle bir talebi, aslında kıyafet değiştirmiş bir ihtiyati haciz talebi olduğu için, CPC m.269 uyarınca reddetmesi gerekeceğine işaret edilmektedir⁴.

Tedbir Türleri:

İsviçre'de doktrin ve mahkemeler, tedbirleri amaçlarına göre üç kategoride incelemektedir⁵. Birinci kategoriye muhafaza (teminat) amaçlı tedbirler oluşturmaktadır. Bunlar, davanın konusunun bütün yargılama süresince aynen muhafaza edilmesine yöneliktir. Örneğin, uyuşmazlığın konusunun devredilmesi, bir yükü takyit edilmesi veya değiştirilmesi yasağı bu tür bir tedbirdir. İkinci kategoriye oluşturan düzenleme amaçlı tedbirler taraflar arasındaki hukuki ilişkilerin dava süresince, esas hakkında karar verilmeye kadar (geçici olarak) düzenlenmesine yöneliktir; örneğin boşanma davası açıldığında hakimın CPC m.276 uyarınca davanın devamı süresince uygun görüp verdiği tedbir kararları ile aile birliğini korumaya yönelik tedbirler bu kategoriye girmektedir. Üçüncü kategoriye teşkil eden ifa amaçlı tedbirlere gelince; bunlar davanın esası yönünden talep sonucunun konusunu meydana getiren edimin tam veya kısmi ifasını geçici olarak elde etmeye yöneliktirler ve konusuna göre ikiye ayrılırlar: CPC m.303, f.1 ve f.2, b.(b) uyarınca babalık davası sırasında çocuk lehine dava süresince nafaka ödenmesi gibi, para alacaklarının geçici olarak icrasını konu alan ifa amaçlı tedbirler⁶; geçit hakkının kullanılmasına engel olma yasağı gibi, kaçınma veya yapma borcu yükleyen ted-

³ Jacques Haldy, "Les procédures spéciales", in Le Code de procédure civile, Aspects choisis, Schulthess Editions romandes, Genève-Zurich-Bale 2011, sh.144; F.Hohl, age., Tome II, sh.316-317 no 1736.

⁴ Jacques Haldy, agm., sh.144.

⁵ Örneğin bkz.F.Hohl, age., Tome II, sh.317-318 no 1737 vd.; Jacques Haldy, agm., sh.142; Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, Code de procédure civile commenté, Bale 2011, art.262 no 6 vd.

⁶ Tabii, İsviçre hukukunda para alacaklarının geçici olarak icra edilmesine yönelik tedbir kararı verilebilip verilemeyeceği son derece tartışmalıdır; bkz.Nevhis Deren-Yıldırım, Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler, İstanbul 1999, sh.91-92. İsviçre'de CPC m.262, b.(e), en azından kanun tarafından öngörülen hallerde bu yolu açmıştır.

birler⁷. Özellikle belirtmek ve vurgulamak gerekir ki, amaca göre yapılmış bu tasnif tamamen ampirik nitelikte olup, bazı hallerde bir tedbirin bu kategorilerden birine veya diğerine dahil edilmesi önemli güçlükler arz edebilir⁸.

İsviçre hukukunda genellikle delil tespiti (CPC m.158), ihtiyatî tedbir usulüne tabi olmakla beraber, gerçek anlamda geçici tedbir olarak mütalaa edilmemektedir. Bunun nedeni, delil tespitlerinin tarafların hakları üzerinde sonuç doğurmaması ve esasa ilişkin talebin haklılığının değil, bir delilin kaybolmasının (veya gösterilmesinin güçleşmesinin) ihtimal dahilinde olmasının delil tespitine başvurulması için yeterli olmasıdır⁹.

CPC m.261 bütün bu tedbir türlerine karar verilmesine olanak sağlayan genel hükmü içermektedir. Bu hükmün öngördüğü şartlar bütün tedbir kategorileri için kural olarak aynıdır.

Görevli ve Yetkili Mahkeme:

İhtiyatî tedbir talebinin hangi mahkemeye yöneltileceği konusunda CPC m.13 özel bir hüküm içermektedir. Buna göre, kanun başka şekilde kararlaştırmamışsa, sadece esas hakkındaki davayı görmeye görevli ve yetkili olan mahkeme veya tedbirin infaz edilmesi gereken yer mahkemesi tedbir kararı verebilir. CPC m.13'ün bu hükmü emredicidir; taraflar tedbir kararının bu iki mahkemeden başka bir mahkeme tarafından verilmesini kararlaştıramazlar. Taraflar esas hakkındaki davaya bakacak mahkeme bakımından bir yetki sözleşmesi yapmışlarsa, bu sözleşme tedbirin infaz edilmesi gereken mahkemenin yetkisini bertaraf etmez¹⁰.

Tabii, tedbir, esas hakkındaki davanın açılmasıyla birlikte veya derdest dava sırasında da istenebilir ve bu takdirde tedbir kararını esas hakkındaki davaya bakan mahkeme verecektir. Yalnız, bu gibi hallerde dahi tedbirin infaz edileceği yer mahkemesinin yetkisinin devam ettiği kabul edilmektedir¹¹.

Karar Verilebilecek Olan Tedbirler:

CPC'nin 262.maddesi hakimın karar verebileceği tedbirlerin listesine yer vermiştir; ancak, maddedeki sayım tahdidi değildir, mahkeme bu maddede sayılanlar dışında gerekli her türlü tedbiri alabilecektir.

Maddede sayılan tedbirler arasında, yasaklama (örneğin uyuşmazlık konusu

⁷ Bkz.F.Hohl, age., Tome II, sh.317 no 1737; Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy age., art.262 no 11 vd.

⁸ Bu konuda bkz.Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.262 no 4.

⁹ F.Hohl, age., Tome II, sh.318 no 1741; F.Bohnet, Procédure civile, Bâle 2011, sh.264.

¹⁰ F.Hohl, age., Tome II, sh.51 no 180.

¹¹ F.Hohl, age., Tome II, sh.51 no 184; Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy age., art.263 no 3 ve no 20.

şeyi devretme, takyit etme veya değiştirme yasağı), hukuka aykırı duruma son verilmesi (örneğin sahte veya taklit eşyalara el konulması, bir eserin yayılmasının durdurulması), üçüncü kişiye (örneğin bir bankadaki mevduat hesabının bloke edilmesi için) veya sicil tutan bir organa (örneğin malikin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasının tapu siciline şerh edilmesi için, nüfus sicilindeki kişisel bilgilerin ifşa edilmesinin önlenmesi için) emir verilmesi, bir edimin aynen tedarik edilmesi (örneğin telafi edilemeyecek bir zararın önüne geçmek için, bozulmaya maruz malların tesliminin emredilmesi), kanunun öngörmesi halinde bir para ediminin (örneğin boşanma veya ayrılık davası devam ettiği sürece eşlerden birinin diğerine ödeyeceği tedbir nafakası) ödenmesi bulunmaktadır¹².

İhtiyati Tedbirin Şartları:

İhtiyati tedbir yöntemi sosyal ve ekonomik hayat geliştikçe önem kazanmaya başlamıştır. Bugün ihtiyati tedbir kurumu çok kere karşı taraf üzerinde baskı kurmak, onu müzakere etmeye ve uzlaşmaya sevketmek için kullanılır olmuştur. Ayrıca, tedbir kararı verilmeden önce ufak da olsa bir yargılama cereyan ettiği için, taraflar böylece aralarındaki fiili ve hukuki ilişkileri açıklığa kavuşturmak ve esas hakkındaki davanın başarı şansını daha iyi değerlendirmek imkanını da elde etmektedirler.

Mahkeme ihtiyati tedbire ancak talep sahibinin bir hakkının ihlal edildiği veya ihlal edilme tehlikesiyle karşı karşıya bulunduğu ve bu ihlalin ona zorlukla telafi edilebilecek bir zarar vermesi ihtimalinin söz konusu olduğu hallerde karar verebilecektir (CPC m.261, f.1). Mahkeme, karşı taraf uygun teminat gösterdiği takdirde ihtiyati tedbire karar vermekten vazgeçebilir (CPC m.261, f.2).

Bu ilkelere hareketle İsviçre doktrininde mahkemenin ihtiyati tedbir kararı verebilmesi için aslında dört şartın gerçekleşmesi gerektiği ileri sürülmüştür: esasa ilişkin bir hak (ihtiyati tedbire esas olan hak); bir hakkın ihlali veya ihlal edilmesi tehlikesi; ancak zorlukla telafi edilebilir bir zarar tehlikesi; uygun teminat yokluğu (mahkeme, karşı taraf uygun bir teminat gösterirse tedbir talebini reddedebilir; CPC m.261, f.2)¹³.

İhtiyati tedbir talep eden, esasa ilişkin bir hakkın sahibi olmalıdır, yani zarar tehlikesi kanuna aykırı bir yöntemin, bir haksız fiilin sonucu olmalıdır. Onun için, talep sahibi ihlal edildiğini veya ihlal tehlikesiyle karşı karşıya olduğunu iddia ettiği hakkını gerçeğe yakın şekilde ortaya koymalıdır. Şu halde, hakim esas hakkındaki talebin başarı şansını değerlendirmeli, tartmalıdır; esasa ilişkin talep haklı değilse, tedbir de haklı olmayacaktır¹⁴.

¹² Çeşitli örnekler için bkz. Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy age., art.262 no 6; Jacques Haldy, agm., sh.143-144; Hofmann/Lüscher, Le Code de procédure civile, Berne 2009, sh.168-169).

¹³ Bu şartlar hakkında bkz.F.Hohl, age., Tome II, sh.321 vd. no1754 vd.; karşı Hofmann/Lüscher, age., sh.168; F.Bohnet, age., sh.259 vd..

¹⁴ F.Hohl, age., Tome II, sh.322 no 1755 ve 1756.

Talep sahibi, bir hakkının ihlal edildiğini veya ihlal edilme tehlikesiyle karşı karşıya olduğunu da gerçeğe yakın şekilde ortaya koymalıdır. Her ihtiyatî tedbir bir anlamda belli bir ivedilik gerektirir; diğer bir deyişle, talep sahibi, hakkını tehdit eden yakın bir tehlike nedeniyle ivedi bir koruma ihtiyacı içinde bulunmalıdır. İvedilik kavramı kendi içinde dereceler içerir ve olayın ve durumun özelliklerine göre değerlendirilir. Genel olarak denebilir ki, esas hakkında önyargı içermeyen geçici bir çözümün geciktirilmesinin taraflardan birinin menfaatlerini tehlikeye koyduğu her durumda ivedilik mevcuttur¹⁵.

İhtiyatî tedbir, zorlukla telafi edilebilecek bir zararın meydana gelmesini önlemeye yöneliktir. Burada zarar maddi olabileceği gibi, manevi bir zarar da olabilir. Bu bağlamda, tedbirin hedeflenen amacı elde etmeye elverişli olması ve bu amacın gerçekleşmesi için gerekli olması, yani söz konusu amacı elde etmek için vazgeçilmez olması lazımdır; ayrıca tedbir amaçla orantılı olmalı, aynı amacı sağlayacak daha yumuşak tedbirler varsa, her zaman bunlar tercih edilmelidir¹⁶. Öte yandan, tedbir tali bir çare olarak düşünülmalıdır; nitekim, gerekli teminat gösterilmişse, hakim tedbir kararı vermeyebilir (CPC m.261, f.2). Nihayet, tedbir esas hakkın kapsamı içinde olmalıdır¹⁷.

Mahkeme, aleyhine tedbir istenen taraf zarar tehlikesini bertaraf eden uygun bir teminat gösterdiği takdirde, tedbir kararı vermekten vazgeçebilir (CPC m.261, f.2). Teminatın uygunluğu konusunda talep sahibi dinlenmelidir¹⁸.

İhtiyatî Tedbir Kararı:

Kanunda ihtiyatî tedbir kararının içeriği bakımından özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu çerçevede, doktrinde, ihtiyatî tedbir kararlarının tebliği bakımından bir soruna dikkat çekilmektedir. Basit yargılamada ve özellikle ihtiyatî tedbirlerde kararların karşı tarafa bildirilmesiyle ilgili bir hüküm mevcut değildir. Bunun anlamı; CPC m.239 uyarınca mahkemenin, taraflara, gerekçelendirmeyi daha henüz yapmadan¹⁹, sadece hüküm fıkrasını bildirmesinin mümkün olmasıdır. Fakat, bu takdirde, özellikle ihtiyatî tedbir kararları bakımından, taraflara sadece hüküm fıkrası bildirilen bir kararın ne ölçüde icrai nitelik taşıdığı sorusu ortaya çıkmaktadır. Soru önemlidir, çünkü gerekçelendirilmemiş bir hüküm fıkrasının icrai nitelik taşımadığı kabul edilirse, ihtiyatî tedbir aleyhine olan taraf hüküm

¹⁵ F.Hohl, age., Tome II, sh.322 no 1760.

¹⁶ F.Hohl, age., Tome II, sh.323 no 1766; Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age.,art. 267 no 11; F.Bohnet, age., sh.260.

¹⁷ F.Hohl, age., Tome II, sh.324 no 1768.

¹⁸ F.Hohl, age., Tome II, sh.324 no 1770.

¹⁹ İsviçre hukukunda (bkz.CPC m.239) mahkemenin hüküm duruşmasında veya sonradan sadece yazılı hüküm fıkrasını taraflara tebliğ etmesi yeterli olup, yazılı gerekçelendirme ancak taraflardan biri tebliğden itibaren 10 gün içinde talep ederse taraflara tevdi edilir; gerekçelendirme talep edilmezse, taraflar istinaf veya diğer bir kanun yoluna başvurmadan vazgeçmiş sayılırlar.

fıkrasının bildirilmesiyle gerekçenin bildirilmesi arasında geçen sürede, tedbir kararının icrasından kaçmak için gerekli önlemleri alabilecektir. Federal Mahkemenin gerekçelendirilmemiş bir hüküm fıkrasının icrai kabiliyete sahip olmadığını kabul ettiğini²⁰ bu vesileyle belirtmek gerekir. Böyle olunca, ihtiyati tedbir kararı ancak hüküm fıkrasıyla birlikte gerekçenin de tebliğ edilmesiyle icra edilebilir bir niteliğe sahip olacaktır²¹.

İhtiyati Tedbir Kararını Tamamlayan İşlemler:

Tedbir talebinin yapıldığı sırada henüz esas hakkındaki dava açılmamışsa, mahkeme, talep sahibine, esas hakkındaki davasını açması için bir süre tayin eder; dava bu süre zarfında açılmadığı takdirde, alınan tedbirler hükmünü kendiliğinden yitirir (CPC m.263)²². Bunun nedeni; ihtiyati tedbirden kaynaklanan korumanın geçici nitelikte olmasıdır. Tedbir kararında, tayin olunan süre zarfında dava açılmazsa tedbirin kalkacağı açıkça belirtilmelidir. Tedbir kararında esas hakkındaki davanın açılması gereken süre belirtilmemişse, tedbir değiştirilmedikçe veya kanun yoluna başvuru üzerine kaldırılmadıkça geçerli olmakta devam eder²³. Tedbir kararının verilmesinden sonra esas hakkındaki dava süresi içinde açılır, fakat yetki yönünden reddedilirse, talep sahibi bir aylık süre içinde yetkili mahkemede dava açtığı takdirde tedbir devam eder (CPC m.63).

Burada sözü edilen dava açma süresinin ne kadar olacağı konusu tartışmalıdır. Genellikle, bu sürenin CPC m.209, f.3'ün kıyasen uygulanmasıyla en fazla üç ay aşamayacağı; uyuşmazlık uzlaşma usulüne tabi ise (bkz.CPC m.197), bu usule başvurulmasına gerek olmadan doğrudan esas hakkındaki davanın açılacağı; yeterli sebep varsa ve dava açma süresi dolmadan talepte bulunulmuşsa sürenin hakim tarafından CPC m.144, f.2 uyarınca uzatılabileceği kabul edilmektedir²⁴.

İhtiyati Tedbir Yargılaması ve Ön Tedbirler:

Tedbir talebi CPC'nin 248 ve devam eden maddelerinde düzenlenmiş bulunan basit usule göre görüldüğünden, CPC m.253 uyarınca karşı tarafa yazılı veya sözlü olarak cevap verme hakkının tanınması gerekmektedir. Böylece, tedbir yargılaması; tedbir talebi, karşı tarafın cevabı, tarafların duruşmaya davet edilmesi, tedbir duruşması, tedbir kararı aşamalarından oluşmaktadır²⁵.

²⁰ JdT 2004 III.110.

²¹ Bu konu hakkında etraflı bilgi için bkz.Jacques Haldy, agm., sh.147.

²² Bu durumda, ilgili, yeni vakıaların mevcut olması halinde tekrar tedbir talebinde bulunmalı veya esas hakkındaki davasını açarak bu dava çerçevesinde tedbir talep etmelidir; Bohnet/Haldy/Jeandin/ Schweizer/Tappy, age., art 263 no 17.

²³ Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.263 no 10.

²⁴ F.Hohl, age., Tome II, sh.340 no 1862 ve 1863; Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy age., art.263 no 8 ve 11; Jacques Haldy, agm., sh.146. Aksi görüş:Hoffmann/Lüscher, age., sh.169.

²⁵ F.Hohl, Tome II, sh.341 no 1868.

Ancak, aşırı (çok büyük) ivedilik²⁶ hallerinde, özellikle karşı tarafın haberdar olması durumunda infazın engellenmesi tehlikesi varsa, mahkeme, talep üzerine, uygun gördüğü tedbirlere derhal, karşı tarafı dinlemeden ve gerektiğinde talep sahibine teminat göstermesini re'sen emrederek, karar verebilir (m.265, f.1). CPC, karşı tarafın savunması alınmadan ittihaz olunan bu tür tedbirleri “ön ihtiyati tedbirler” “*mesures superprovisionnelles*” olarak adlandırmaktadır²⁷. Ama bu takdirde mahkemenin ön ihtiyati tedbir kararıyla birlikte tarafları, ivedilikle yapılması gereken bir duruşmaya davet etmesi veya karşı tarafa savunmasını yazılı olarak yapabilmesi için bir süre vermesi lazımdır (bu son ihtimalde karşı tarafın yazılı cevabı, buna karşı bir tavır alabilmesi için tedbir talep edene tebliğ edilmelidir²⁸). Karşı tarafın hukuki dinlenilme hakkı bu şekilde yerine geldikten sonra hakim ihtiyati tedbir talebi hakkında yeniden karar verecek ve artık gerçek (klasik, olağan) bir tedbir kararı niteliğini arz eden bu kararında, daha önce ön tedbir olarak kararlaştırdığı tedbirleri teyit edecek, değiştirecek ya da kaldıracaktır²⁹. İşte, bizatihi ön ihtiyati tedbir kararına karşı bir üst mahkeme nezdinde kanun yoluna gitmek mümkün olmamakla birlikte (ama ön ihtiyati tedbir talebinin reddi kararına karşı kanun yoluna gitmek mümkündür), artık hukuken normal bir tedbir kararı niteliğinde olan bu karara karşı kanun yoluna başvurmak mümkündür³⁰. Ön tedbirlerle ilgili olarak şu hususu da belirtmek gerekir ki, ön tedbir talebinde bulunan, karşı tarafın dinlenilme hakkını bertaraf etmek için, harekete geçmekte açıkça gecikmişse, mahkeme ön tedbir talebini reddedebilir³¹.

Tedbir yargılaması sırasında hakimince incelemesi, iddia edilen vakıaların kuvvetle ihtimal dahilinde olup olmadığı, hemen ibraz edilebilir delillerin sunulmuş olup olmadığıyla sınırlıdır; bu çerçevede hakim, hakkın mevcut olup olmadığını ve tedbir talep edenin esas yönünden haklı olup olmadığını basit bir yaklaşımla incelemekle yükümlüdür³². Şu halde İsviçre kanun koyucusu ihtiyati tedbirler konusunda yaklaşık ispatı aramış, hakimince iddianın haklılığı konusunda yaklaşık bir kanaate sahip olmasını yeterli addetmiştir. Bu değerlendirmeyi yaparken hakim, tedbir talep eden ile aleyhine tedbir talep edilenin karşılıklı menfaatlerini de tartmalı, yani ted-

²⁶ Örnekler için bkz. Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.265 no 9.

²⁷ Kanunda kullanılmış olan “*mesures superprovisionnelles*” terimini Türkçeye “olağanüstü ihtiyati tedbirler” olarak çevirmek mümkün ise de, biz, İsviçre doktrininde bu kavramı ifade etmek için bazı yazarlarca kullanılan “*mesures préprovisionnelles*” teriminden hareketle, “ön ihtiyati tedbirler” terimini kullanmayı tercih etmekteyiz.

²⁸ Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.265 no 14.

²⁹ Bohnet/Haldy/Jeandin/ Schweizer/Tappy, art.265 no 14; Jacques Haldy, agm., sh.145; F.Hohl, age., Tome II, sh.342 no 1871 ve 1872.

³⁰ Hofmann/Lüscher, age., sh.170; Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.265 no 15 ve 16.

³¹ Bohnet/Haldy/Jeandin/ Schweizer/Tappy, art.265 no 10.

³² F.Hohl, age., Tome II, sh.324 no 1771 ve sh.325 no 1776; Hofmann/Lüscher, age., sh.170; F.Bohnet, age., sh.259.

bir talebinin kabul edilip edilmemesinin taraflar bakımından yaratacağı sakıncaları dikkate almalıdır³³.

Tedbir kararı veren mahkeme, tedbirin infaz edilmesi için gereken önlemleri de alır (CPC m.267).

Teminat:

Mahkeme, tedbir talebinde bulunanı, ittihaz olunması istenen tedbir karşı tarafa bir zarar verebilecekse teminat göstermeye mecbur tutabilir (CPC m.264, f.1); bu kural ön tedbir halinde de geçerlidir (CPC m.265, f.3). Teminat konusunda re'sen karar verilebilen ön tedbirler hariç, mahkeme teminata, ancak, aleyhine tedbir istenen tarafın talebi halinde karar verebilecektir³⁴; teminat talebi her zaman ileri sürülebilir ve teminat miktarı azaltılıp çoğaltılabilir³⁵. Hakim, tedbir kararında, teminatın gösterilmesi için bir süre tayin edebileceği ve bu süre zarfında teminat gösterilmediği takdirde tedbir kararının kalkacağını kararlaştırabileceği gibi, tedbirin icrasını teminatın gösterilmiş olmasına da bağlayabilir³⁶.

Kanun Yolları:

Mahkemenin tedbir talebini kabul eden veya reddeden kararına karşı, uyuşmazlık konusu 10.000.-CHF'in üstünde ise istinaf yoluna gidilebilir (CPC m.308)³⁷.

İstinaf yoluna başvurulmuş olması tedbir kararının icrasını ertelemez (CPC m.315, f.4)³⁸, fakat istinaf mahkemesi, karşı taraf bu tedbir nedeniyle tamir edilmesi güç olan bir zarara uğrayacaksa, icrayı erteleyebilir (CPC m.315, f.5).

İhtiyati Tedbirden Kaynaklanan Tazminat Davası:

Tedbir talep eden haksız çıktığı takdirde, haksız ihtiyati tedbirin neden olduğu zarardan sorumludur³⁹. Bu bağlamda haksız fiile ilişkin hükümler kıyasen uygulanır ve bu konudaki dava, müddeabihin miktar veya değerine göre basit veya

³³ F.Hohl, age., Tome II, sh.324 no 1772 ve sh.326 no 1780 ve 1781; F.Bohnet, age., sh.260.

³⁴ Yalnız, bazı yazarlar (örneğin Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.264 no 3) karşı tarafın talebi olmasa bile mahkemenin teminat gösterilmesine karar verebileceği görüşündedirler.

³⁵ F.Hohl, Tome II, sh.342 no 1874; Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.264 no 4.

³⁶ Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.264 no 7 ve art.265 no 20.

³⁷ 10.000.-CHF'in altındaki uyuşmazlıklarda ise "recours limite au droit" yoluna gidilebilir. "Recours limité au droit" hakkında etraflı bilgi için bkz.F.Hohl, age., Tome II, sh.443 no 2445 vd.

³⁸ Kanun koyucunun neden bu çözümü tercih ettiği hakkında bkz. Bohnet/Haldy/Jeandin/ Schweizer/ Tappy, age., art.315 no 12.

³⁹ Doktrinde CPC m.264, f.2'nin öngördüğü zararın maddi zarar olduğu, manevi zararın bu madde kapsamında mütalaa edilemeyeceği, ancak İsviçre Borçlar Kanununun 41 vd. hükümlerinin saklı olduğu ifade edilmektedir; Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.264 no 17.

adi usulde görülen bağımsız bir davadır⁴⁰. Ama, talep sahibi tedbiri iyi niyetle talep ettiğini ispat ederse, mahkeme tazminat miktarını indirebilir veya tazminata hiç hükmetmeyebilir (m.264, f.2). Tedbir talebinin yapıldığı sırada objektif olarak haklı görünen bir tedbir, talep sahibinin iyi niyetli sayılması sonucunu doğurur⁴¹.

Gösterilen teminat, herhangi bir tazminat davası açılmayacağı ortaya çıktığı zaman iade edilir; tazminat davası açılıp açılmayacağı konusunda belirsizlik varsa, mahkeme bu davanın açılması için bir süre verir ve bu süre zarfında tazminat davası açılmazsa teminat iade edilir (CPC m.264, f.3), ama CPC m.265 ve İsviçre Borçlar Kanunu m.41 vd. uyarınca açılacak tazminat davası açma hakkı saklı kalır⁴². Tazminat davası konusunda yetkili mahkeme CPC m.73'de düzenlenmiş olup, bu mahkeme davalının yerleşim yeri veya tedbirlerin emredildiği yer mahkemesidir.

Tedbirin Değiştirilmesi veya Kaldırılması:

Mahkemenin kararlaştırdığı tedbirler değiştirilebilir veya kaldırılabilir; ancak bunun için tedbirin haksız olduğunun sonradan anlaşılması veya durum ve koşullarda değişiklik olması lazımdır (CPC m.268, f.1). Tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılması için kural olarak taraflardan birinin talebi lazımdır; mahkeme esas hakkında karar verdikten sonra, artık, yargılama sırasında vermiş bulunduğu tedbir kararını değiştirmek veya kaldırmak konusundaki yetkisini kaybeder; bu takdirde, duruma göre, ancak istinaf mahkemesi benzer şekilde tedbir kararı alabilecektir⁴³.

Esas hakkındaki davada verilen nihai kararın icrai kabiliyet⁴⁴ kazanmasıyla, bu nihai kararlar dava tamamen veya kısmen kabul edilmiş ya da reddedilmiş olsun, tedbir kalkar⁴⁵ (CPC m.268, f.2, c.1). Ama mahkeme, kararın infazı için gerekli ise veya kanun öyle öngörüyorsa, tedbirin devamına karar verebilir (CPC m.268, f.2, c.2), örneğin tapu sicilindeki devir sınırlamasını esasa ilişkin karar uyarınca gerekli kaydın gerçekleştirilmesine kadar uzatabilir⁴⁶.

⁴⁰ Hofmann/Lüscher, age., sh.171.

⁴¹ F.Hohl, age., Tome II, sh.343 no 1875; Jacques Haldy, agm., sh.145; Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.264 no 13.

⁴² Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.264 no 10.

⁴³ Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.268 no 7 ve 10.

⁴⁴ CPC'de kullanılmış olan Fransızca terim "*entrée en force*" olup, bununla şekli ve maddi anlamda kesinliğin kastedildiği düşünülebilir ise de, doktrinde "*entrée en force*" halinin nihai karara karşı başvurulabilecek kanun yoluna göre değiştiğine, örneğin istinaf yoluna başvurulmasının kesin hükmün oluşmasını ve icra kabiliyetini erteleyici etki yaptığına işaret edilmektedir; Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.269 no 13. Ayrıca bkz.KamilYıldırım, Hukuk Devletinin Ge-reği: İstinaf, İstanbul 2000, sh.36-37.

⁴⁵ Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.269 no 12.

⁴⁶ F.Hohl, age., Tome II, sh.344 no 1885; Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.269 no 15.

Medya Hakkında İhtiyati Tedbir:

İsviçre kanun koyucusu, İsviçre Medeni Kanununun (radyo, televizyon, yazılı basın gibi) medya organları hakkında tedbir kararı verilmesine ilişkin 28c maddesinin 3.fıkrasını ilga ederek, konuya ilişkin düzenlemeyi CPC'nin ihtiyati tedbirlere ilişkin kısmında yapmayı uygun görmüş ve bu konuda, 266.maddede bazı hükümler sevk etmiştir⁴⁷. Ama bu hükümlerin uygulanabilmesi için süreli yayın yapan bir medya organının yayınının söz konusu olması lazımdır. Mahkeme süreli nitelikte yayın yapan medya hakkında, ancak, ihlal çok yakın ve özel ağırlık içeren bir ihlal ise, bu ihlal açık olarak haklı değilse ve tedbir orantısız görünmüyorsa, tedbir kararı verilecektir. Görüleceği gibi, burada aranan şartlar, genel olarak ihtiyati tedbir kararı verilmesi için aranan şartlara (CPC m.261) göre daha ağırdır. Bunu anlamak mümkündür, çünkü, aksi takdirde, İsviçre Anayasasının 17.maddesi tarafından garanti edilmiş bulunan basın özgürlüğü kolaylıkla ihlal edilebileceği gibi, medya yasaklanan bilgiyi hemen yayınlamadığı takdirde bu bilgi bütün güncelliğini ve yararını kaybedebilecektir⁴⁸. Hatta ihlalin özellikle önemli bir zarar doğurmaya elverişli olmasını ve gerekçesinin de aşık bir şekilde açıklanamamasını aramak suretiyle kanun koyucunun, ihtiyati tedbirler alanında geçerli olan yaklaşık ispat-tan, medyaya yönelik ihtiyati tedbirler söz konusu olduğunda vazgeçtiğini ve tam ispatı şart kıldığını ileri sürenler de olmuştur⁴⁹.

Koruyucu Layiha (Koruyucu Dilekçe):

İsviçre hukukundaki ihtiyati tedbir düzenlemesiyle ilgili olarak, Kanunun “*mémoire préventif*” (Schutzschrift; memoria defensiva) terimiyle adlandırdığı ve Türkçeye “koruyucu (önleyici) layiha” şeklinde tercüme edebileceğimiz yeni bir kavrama da değinmek gerekmektedir.Daha önce özellikle ticaret mahkemesi bulunan bazı kantonlarda uygulamada kabul edilen bu yöntem, kendisi dinlenmeden bir ön tedbir (“*mesure superprovisionnelle*” kararı verilebileceğinden endişe eden kişilerin korunmasına yöneliktir.

CPC m.270, f.1'e göre, aleyhine, kendisi dinlenmeden, bir ön tedbir veya Borç İçin Takip ve İflas Hakkındaki Federal Kanunun 271. vd. maddelerine göre ihtiyati haciz ya da başka herhangi bir tedbir kararı verilebileceğini düşünmek için bir nedeni olan herkes, daha böyle bir talep ileri sürülmeden, koruyucu layiha verebilecektir. Burada, adeta, daha talep sahibi ivedi ön tedbir talebini mahkeme nezdinde ileri sürmeden, (aleyhine tedbir istenebileceğini düşünen) karşı tarafın koruyucu bir önlem olarak mahkemeye tevdi ettiği ve tedbir talebi ileri sürüldüğü zaman mahkemenin, aleyhine tedbir istenen tarafın da argümanlarını inceleyerek

⁴⁷ Medyaya yönelik ihtiyati tedbirler hakkında etraflı bilgi için, bkz. özellikle Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.266 no 2 vd.

⁴⁸ F.Hohl, Tome II, sh.338 no 1851; Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.266 no 4.

⁴⁹ Örneğin F.Hohl, age., Tome II, sh.338 no 1852.

değerlendirmesine imkan sağlayan bir cevap dilekçesi söz konusudur⁵⁰. Bu dilekçesinde aleyhine tedbir kararı verilmesinden endişe eden karşı taraf, tedbir kararı verilmesine veya en azından kendisi önceden dinlenmeden böyle bir karar ittihaz edilmesine engel olan gerekçeleri sunacaktır. Koruyucu layiha özellikle fikri haklar ve haksız rekabet alanında önem taşımaktadır⁵¹.

Koruyucu layiha, tedbir kararı verebileceği düşünülen her mahkemeye tevdi edilebilir; mahkeme bu aşamada dilekçenin (görev ve yetki de dahil)⁵² incelenmesine girişemez. Söz konusu dilekçe, tedbir isteyebilecek olan tarafa ancak bir ön tedbir talebinde bulunduğu zaman tebliğ edilir (CPC m.270, f.2); bundan önce tebliğ edilemez. Şu halde, İsviçre'de mahkemelerin, organizasyonlarını bu yeni yöntemle uyacak şekilde gözden geçirmeleri gerekmektedir; çünkü bir tedbir veya ön tedbir kararı vermeden önce dosyalarında karşı tarafça verilmiş bir koruyucu layiha bulunup bulunmadığını araştırmaları lazımdır⁵³.

Koruyucu layiha, Mahkemeye tevdi edilmesinden 6 ay sonra geçersiz hale gelir (CPC m.270, f.3) ve tevdi edene iade edilir⁵⁴. İlgilinin yeni bir koruyucu dilekçe vererek tekrar 6 aylık süreden yararlanabilmesi mümkün görülmektedir⁵⁵.

Görülebileceği üzere, temel ilkeler düzeyinde, CPC'de kabul edilen kurallar Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki düzenlemeye oldukça yakındır. Müşahade edilen ve daha ziyade tedbir usulüne ilişkin olan farklar ise, İsviçre ile Türkiye'nin medeni usul hukuku alanında farklı bir tarihsel ve kültürel geçmişe sahip olmalarıyla açıklanabilir.

⁵⁰ F.Hohl, age., Tome II, sh.345 no 1888; Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.270 no 4 ve 8.

⁵¹ F.Hohl, age., Tome II, sh.344 no 1888; Hofmann/Lüscher, age., sh.172.

⁵² Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy, age., art.270 no 13.

⁵³ Hofmann/Lüscher, age., sh.172-173; Louis Gaillard, "Quelques institutions juridiques nouvelles", in *Le Code de procédure civile, Aspects choisis*, Schultess Editions romandes, Genève-Zurich-Bale 2011, sh.169 [yazar, koruyucu dilekçeyi incelemek için gerekli organizasyonu yapmayan ve bu nedenle, aleyhine tedbir istenen tarafı dinlemeden haksız yere ön tedbir kararı veren veya yetersiz teminat gösterilmesini isteyen mahkemenin bu fiilinin Devletin sorumluluğuna yol açacağına işaret etmektedir; Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy de (age., art.270 no 16) aynı görüştedir].

⁵⁴ F.Hohl, age., Tome II, sh.344 no 1891; Louis Gaillard, agm., sh.169 [yazara göre, mahkeme koruyucu dilekçeyi dilerse sahibine iade eder, dilerse arşivinde saklar ve hatta dilerse imha edebilir; Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy de (age., art.270 no 16) aynı görüştedir].

⁵⁵ Louis Gaillard, agm., sh.170. Bohnet/Haldy/Jeandin/Schweizer/Tappy'ye (age., art.270 no 17) göre buna gerek olmayıp, ilgilinin, 6 aylık sürenin dolmasından önce, koruyucu dilekçenin geçerliliğinin uzatılmasını isteyebilmesi mümkün olmalıdır; bir öncekinin aynı olan yeni bir koruyucu dilekçenin verilmesini şart kılmanın bir anlamı yoktur.

