

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI
DOKTORA TEZİ

İHTİYATÎ TEDBİR TÜRLERİ

Evrin ERİŞİR

Danışman
Prof. Dr. Oğuz ATALAY

2010

Yemin Metni

Doktora Tezi olarak sunduğum “**İhtiyatî Tedbir Türleri**” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı dűşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gűsterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

18.01.2010

Evrım ERİŞİR

İmza

DOKTORA TEZ SINAV TUTANAĞI

Öğrencinin

Adı ve Soyadı : Evrim ERİŞİR
Anabilim Dalı : Özel Hukuk
Programı : Özel Hukuk
Tez Konusu : İhtiyatî Tedbir Türleri
Sınav Tarihi ve Saati:

Yukarıda kimlik bilgileri belirtilen öğrenci Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün tarih ve Sayılı toplantısında oluşturulan jürimiz tarafından Lisansüstü Yönetmeliğinin 30.maddesi gereğince doktora tez sınavına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek tez konusu gerekse tezin dayanağı olan Anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,

BAŞARILI OLDUĞUNA O OY BİRLİĞİ O
DÜZELTİLMESİNE O* OY ÇOKLUĞU O
REDDİNE O**

ile karar verilmiştir.

Jüri teşkil edilmediği için sınav yapılamamıştır. O***
Öğrenci sınava gelmemiştir. O**

* Bu halde adaya 6 ay süre verilir.
** Bu halde adayın kaydı silinir.
*** Bu halde sınav için yeni bir tarih belirlenir.

Tez, burs, ödül veya teşvik programlarına (Tüba, Fulbright vb.) aday olabilir. Evet
Tez, mevcut hali ile basılabilir. O
Tez, gözden geçirildikten sonra basılabilir. O
Tezin, basımı gerekliliği yoktur. O

JÜRİ ÜYELERİ

				İMZA
.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red
.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red
.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red
.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red
.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red

ÖZET

Doktora Tezi İhtiyatî Tedbir Türleri

Evrım Erişir
Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Gecikmesinde tehlike olan bir hâl, hukukî korumanın etkinliğinin sağlanması amacıyla, geçici hukukî koruma yolu ile önlenir ya da durdurulur. Geçici hukukî koruma, ispat ölçüsünün düşürülmesi ve hukukî dinlenilme hakkının ertelenmesi ile karakterize olan, karşı tarafın menfaatlerini çeşitli usûli araçlarla dengeleyen, anayasal temele sahip bir yargısal hukukî korumadır. Özel hukuk yargılamasında dava sonuçlanmadan ortaya çıkan ve hukukî korumanın etkinliğini tehdit eden tehlikelerin önlenmesi ya da durdurulmasına yönelik geçici hukukî korumalardan birisi ihtiyatî tedbirdir. İhtiyatî tedbir, para alacağı dışında kalan taleplerin güvence altına alınmasına; istisnaen bütün taleplerin asıl dava için bağlayıcı olmayacak şekilde geçici olarak gerçekleştirilmesine hizmet eden geçici bir hukukî korumadır. İhtiyatî tedbir kararları, tehlikenin yoğunluğuna paralel olarak farklı etkilere sahiptir. Bu farklılık, koşulları, yargılaması ve icrası bakımından farklı tedbir türlerini ortaya çıkarmaktadır.

Çalışmamızın birinci bölümünde ihtiyatî tedbiri şemsiyesi altına alan geçici hukukî korumanın temelleri üzerinde durulacaktır. İkinci bölümde, ihtiyatî tedbirler hakkında genel bilgiler verilecek, bu çerçevede ihtiyatî tedbirler, özel hukuk yargılamasındaki diğer geçici hukukî korumalar ve benzer müesseselerle karşılaştırılacaktır. Son bölümde ise ihtiyatî tedbir türleri sınıflandırılacak ve tespit edilecek tedbirlerin içeriklerine değinilecektir.

Anahtar kelimeler: İhtiyatî tedbir, geçici hukukî koruma, ihtiyatî haciz, medenî usûl hukuku, icra hukuku, yargılama, teminat tedbiri, eda tedbiri

Doctorate Thesis
Preliminary Injunction Types

Evrım Erişir
Dokuz Eylöl University
Social Sciences Institute
Private Law Division

A circumstance which is in danger in the event that it is delayed, in order to provide the efficiency of the legal protection, is either prevented or delayed by means of preliminary injunction. Preliminary injunction, is a sort of judicial legal protection which has a constitutional base, which is characterized by the reducing of the proof degree and the delay of legal listening right, and which is balancing the interests of the adverse party by means of several procedural instruments. In the private law judgments, one of the temporary legal protections which occurs prior to the completion of the lawsuit and aims to prevent or terminate the dangers threatening the efficiency of the legal protection is preliminary injunction. Preliminary injunction, is a sort of temporary legal protection which serves the assurance of the requests other than monetary claims; exceptionally the realization of all claims temporarily without binding the actual lawsuit. The decisions of preliminary injunction have different effects varying with respect to the intensity of the danger. This difference brings on diverse types of injunction in terms of conditions, judgment and performance.

In the first section of our study, the foundations of the temporary legal protection which comprise the preliminary injunction shall be examined. In the second section general information regarding preliminary injunction shall be given, in this regard preliminary injunctions shall be compared with other temporary legal protections and similar legal institutions in private law judgment. In the last section, the types of preliminary injunction shall be classified and the contents of the determined interim injunctions shall be mentioned.

Keywords: Preliminary injunction, temporary legal protection, sequestration, legal procedure law, enforcement law, judgment, guarantee injunction, paying injunction.

İÇİNDEKİLER

YEMİN METNİ	II
TUTANAK	III
ÖZET	IV
ABSTRACT	V
İÇİNDEKİLER	VI
KISALTMALAR	XIV

İHTİYATİ TEDBİR TÜRLERİ

GİRİŞ, ÇALIŞMANIN AMACI VE SINIRI	1
---	---

I. BÖLÜM

GEÇİCİ HUKUKİ KORUMANIN TEMELLERİ

§ 1. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA KAVRAMI VE GEÇİCİ HUKUKİ KORUMANIN TANIMI	4
I. Geçici Hukukî Koruma Kavramı	4
II. Geçici Hukukî Korumanın Tanımı	6
§ 2. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMAYI HAKLI KILAN SEBEPLER	8
§ 3. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMANIN ÖNEMİ	15
§ 4. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA - ANAYASA HUKUKU İLİŞKİSİ	22
I. Hukukî Koruma Garantisi	23
A. Hukukî Korumanın Tanımı ve Unsurları	23
B. Hukukî Koruma Kavramı ve Benzer Kavramlardan Ayırt Edilmesi	30
C. Hukukî Korumanın Anayasal Dayanakları	34
D. Hukukî Korumanın Hukukî Niteliği	41
E. Hukukî Korumanın Etkinliği (Etkin Hukukî Koruma)	43
II. Geçici Hukukî Korumanın Anayasal Dayanakları	53
III. Geçici Hukukî Koruma ile Oranlık İlkesi ve Menfaat Dengesi Arasındaki İlişki	63
IV. Geçici Hukukî Koruma ve Sosyal Devlet İlkesi	73
§ 5. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMANIN İŞLEVLERİ, KAPSAMI, SINIFLANDIRILMASI, DAVA İLE SINIRI VE KARŞILAŞTIRILMASI	78
I. Geçici Hukukî Korumanın İşlevleri	78
A. Asıl Dava Yolunu Açık Bırakma İşlevi	78

B. Ara Dönemin Aşılması İşlevi	79
II. Geçici Hukukî Korumanın Kapsamı	80
A. Maddî Hukuk Alanında Geçici Hukukî Korumalar	82
B. Geçici Hukukî Korumanın Yargısal Yoldan Sağlanması	84
1. Genel Olarak İdari Yoldan Sağlanan Hukukî Koruma	84
2. İcra Hukukunda Geçici Etkileri Olan Düzenlemeler	89
3. Değerlendirme	94
C. Geçici Hukukî Korumanın Geçicilik Niteliği	98
III. Geçici Hukukî Korumaların Sınıflandırılması	106
IV. Geçici Hukuk Korumanın Dava İle Sınırı ve Karşılaştırılması	110
A. Geçici Hukukî Korumanın Dava İle Sınırı	110
B. Geçici Hukukî Korumanın Dava İle Karşılaştırılması	113
1. Konu Bakımından	113
2. Zamanaşımının Kesilmesi Bakımından	116
3. Harç Bakımından	117
4. Menfaat Dengesinin Özel Surette Gözetilmesi Bakımından	118
5. Hukukî Koruma Araçları Bakımından	118

II. BÖLÜM

İHTİYATİ TEDBİRLER HAKKINDA GENEL BİLGİLER VE İHTİYATİ TEDBİRLERİN DİĞER GEÇİCİ HUKUKİ KORUMALAR VE BENZER MÜESSESELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

§ 6. İHTİYATİ TEDBİRLER HAKKINDA GENEL BİLGİLER	120
I. İhtiyatî Tedbir Kavramı ve İhtiyatî Tedbirin Tanımı	120
II. İhtiyatî Tedbirlerin Amaçları	124
A. İhtiyatî Tedbirlerin Kurumsal Amacı	124
B. İhtiyatî Tedbirlerin İşlevsel Amacı	126
C. İhtiyatî Tedbirlerin Diğer Amaçları	127
III. İhtiyatî Tedbirlerin Hukukî Koruma Niteliği ve Düzenlenme Şekli	131
IV. İhtiyatî Tedbirlerin Temel (Ayırt Edici) Özellikleri	134
A. Genel Olarak	134

B.	İhtiyatî Tedbirlerin Geçiciliği, Eski Hâle İadesi ve Haksız İhtiyatî Tedbir Nedeniyle Oluşan Zararların Tazmini	135
C.	İhtiyatî Tedbir Yargılamasında Verilen Kararların Maddî Anlamda Kesin Hüküm Teşkil Etmemesi	143
D.	İhtiyatî Tedbirlerin Asıl Dava İle Sıkı İlişkisi	144
E.	İhtiyatî Tedbir Kararlarına Uymamanın Cezai Yapıtırıma Bağlanmış Olması	153
V.	İhtiyatî Tedbirlerin Koşulları	155
A.	İhtiyatî Tedbire Esas Teşkil Eden Talep	156
1.	İhtiyatî Tedbire Esas Teşkil Eden Talebin Maddî Hukuk İle İlişkisi	156
2.	İhtiyatî Tedbire Esas Teşkil Eden Talebin Özellikleri	160
a.	İhtiyatî Tedbire Esas Teşkil Eden Talebin Dava Edilebilir Olması	160
b.	İhtiyatî Tedbire Esas Teşkil Eden Talebin İcra Edilebilir Olması	162
(1)	Genel Olarak	162
(2)	Şarta ve Vâdeye Bağlanmış Alacaklar ile Müstakbel Alacakların Durumu	163
(i)	Teminat Tedbirlerinde	163
(ii)	Eda Tedbirlerinde	165
3.	İhtiyatî Tedbire Esas Teşkil Eden Talebin İncelenme Kapsamı ve İspatı	166
B.	İhtiyatî Tedbir Sebebi	169
1.	Anlamı	169
2.	Genel İhtiyatî Tedbir Sebebi Olarak Gecikmesinde Tehlike Olan Hâl.....	171
a.	Genel Olarak	171
b.	Genel İhtiyatî Tedbir Sebebinin Somutlaştırılması	173
(1)	Mevcut Durumda Meydana Gelebilecek Bir Değişme Nedeniyle Hakkın Elde Edilmesinin Önemli Ölçüde Zorlaşması ya da Tamamen İmkânsızlaşması	173
(2)	Nihai Hak Kaybına Uğrulanacak Olması	174
(3)	Alacaklının Zaruret Hâlinde Bulunması	177
(4)	Tehdit Eden Bir Şiddetin Varlığı	180
3.	Genel İhtiyatî Tedbir Sebebinin Özel Olarak Tedbir Sebebine Yer Verilmeyen Durumlarda Uygulanması Sorunu	182

4.	Menfaat Dengesinin Özel Olarak Gözetilmesi	186
a.	Menfaat Dengesinin Önemi	186
b.	Menfaat Dengesi Gözetilirken Dikkate Alınacak Kriterler	187
c.	Teminat Tedbirlerinde Menfaat Dengesinin Gözetilmesi	189
d.	Eda Tedbirlerinde Menfaat Dengesinin Gözetilmesi	193
5.	İhtiyatî Tedbir Sebebinin Ortadan Kalkması	194
6.	İhtiyatî Tedbir Sebebinin İspatı	195
VI.	İhtiyatî Tedbirlerin Geçici Hukukî Koruma İçindeki Yeri	196
§ 7.	İHTİYATÎ TEDBİRLERİN DİĞER GEÇİCİ HUKUKÎ KORUMALAR VE BENZER MÜESSESELERLE KARŞILAŞTIRILMASI	198
I.	İhtiyatî Tedbirlerin Diğer Geçici Hukukî Korumalarla Karşılaştırılması	198
A.	İhtiyatî Haciz	198
1.	İhtiyatî Haciz ve İhtiyatî Tedbirin Ortak Özellikleri	200
2.	İhtiyatî Haciz ve İhtiyatî Tedbirin Birbirinden Ayırt Edilmesi	201
a.	Teminat Tedbiri - İhtiyatî Haciz	202
b.	Eda Tedbiri - İhtiyatî Haciz	206
3.	İhtiyatî Haciz Hükümlerinin İhtiyatî Tedbir, İhtiyatî Tedbir Hükümlerinin İhtiyatî Haciz İçin Uygulanabilirliği Sorunu	207
4.	İhtiyatî Haciz Yerine İhtiyatî Tedbir Kararı Verilmesi ve Sonuçları	217
5.	İhtiyatî Haciz Zımında İhtiyatî Tedbir Kararı Verilmesi ve Sonuçları	223
B.	Aile Hukukuna Özgü Geçici Hukukî Korumalar	225
1.	Genel Olarak	225
2.	Aile Hukukunda Önlem ya da Tedbir Şeklinde İfade Edilen Çekişmesiz Yargı İşlerinin Tasnifi	228
3.	Aile Hukukuna Özgü Geçici Hukukî Korumaların Tasnifi	232
a.	Genel Olarak	232
b.	Boşanma ve Ayrılık Davalarındaki Geçici Önlemler ile Evlilik Birliğinin Korunmasına İlişkin Önlemler (Geçici Önlemler)	234
(1)	Geçici Hukukî Koruma Niteliği	234
(2)	Geçici Önlemlerin Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu m. 101 b. 4 Çerçevesinde İhtiyatî Tedbir Niteliği	239

(3) Boşanma ve Ayrılık Davalarındaki Geçici Önlemler ile Evlilik Birliğinin Korunmasına İlişkin Önlemler Arasındaki İlişki	242
(4) Geçici Önlemlerin Koşulları, Yargılaması ve İcrası	243
C. İcra ve İflâs Hukukuna Özgü Geçici Hukukî Korumalar	249
1. Cebrî İcranın Durdurulmasına Yönelik Geçici Hukukî Korumalar	251
a. Genel Olarak	251
b. Menfi Tespit Davasında Takibin Durdurulması ve Takibe Engel Olunması	259
(1) Genel Olarak	259
(2) Menfi Tespit Davasında Takibin Durdurulması ile İhtiyatî Haciz Arasındaki İlişki	269
2. Cebrî İcraya İzin Verilmesine Yönelik Geçici Hukukî Korumalar (Kesinleşmeden İcra Edilemeyecek Hükümlerin Geçici İcrası)	271
3. Mahkemece Hükmedilen Muhafaza Tedbirleri	275
4. İflâsın Ertelenmesi	277
D. Çekişmesiz Yargıdaki Geçici Hukukî Korumalar	288
E. Delil Tespiti	291
II. İhtiyatî Tedbirlerin Benzer Müesseselerle Karşılaştırılması	293
A. Teminat Gösterilmesi	293
B. Kendiliğinden Hak Alma Önlemleri	294

III. BÖLÜM

İHTİYATÎ TEDBİR TÜRLERİ, TEDBİRLERİN İÇERİĞİ ve SINIRLARI

§ 8. İHTİYATÎ TEDBİR TÜRLERİNİN SINIFLANDIRILMASI VE AYIRT EDİLMESİNDE DİKKATE ALINABİLECEK KRİTERLER	301
§ 9. İHTİYATÎ TEDBİR TÜRLERİNİN BELİRLENMESİ VE TEDBİRLERİN İÇERİĞİ	304
I. Teminat Tedbirleri ve İçeriği	304
A. Genel Olarak	304
B. Aynı Çekişmeli Olan Mala El Konulması ve Malın Yediyemine Teslimi (HUMK m. 101 b. 1)	307
C. Çekişmeli Şeyin Aynen veya Hukuken Muhafazası	

(HUMK m. 101 b. 2)	309
1. Şerhler	311
a. Çekişmeli Haklar Şerhi	311
b. Geçici Tescil Şerhi	313
c. Şerhlerin Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu İle İlişkisi	316
2. Tasarruf Yasağı (Ferağdan Men)	317
II. Eda Tedbirleri ve İçeriği	326
A. Asıl Dava Sonucunun Öne Çekilmesi ve Eda Tedbiri Kavramları	326
B. Asıl Dava Sonucunun Öne Çekilmesine Karşı Çıkan Görüşler	328
1. Alman Hukuku'nda	328
2. İsviçre Hukuku'nda	331
3. Türk Hukuku'nda	334
C. Asıl Dava Sonucunu Öne Çeken Tedbirlerin Temellendirilmesi	335
1. Teminat Tedbirinin Amacı Gerçekleştirmeye Elverişli Olmaması	335
2. Etkin Hukukî Koruma Garantisi	336
3. Asıl Dava Sonucunu Öne Çeken İhtiyatî Tedbirlerin Pozitif Hukuk Dayanakları	337
a. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndaki İlgili Düzenlemeler (m. 101 b. 3, 4 ve m. 103)	338
b. Maddî Hukukta Özel Düzenlemeler	340
D. Değerlendirme	342
E. Asıl Dava Sonucunu Öne Çeken Somut Tedbir Örnekleri	347
1. Para Alacaklarında Eda Tedbirleri	348
a. Alman Hukuku'nda	348
b. Türk Hukuku'nda	351
(1) Hukukî Temeli ve Uygulama Alanı	351
(2) Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 75. Maddesinde Öngörülen Eda Tedbiri	357
(3) Eda Tedbiri Yolu İle Hükmedilecek Alacak Miktarı	364
(4) Teminat	365
(5) Kararın İcrası	366
(6) Eda Tedbiri İle İhtiyatî Haciz Arasındaki İlişkisi	366

2.	İş Hukukunda Somut Eda Tedbiri Örnekleri	368
a.	Alman Hukuku'nda	368
(1)	İşverenin İşe İlişkin Belgeleri İşçiye Vermesi	368
(2)	İşçinin İşe Ait Aletleri ve Otomobili İşverene İade Etmesi	369
(3)	İşçinin Yıllık Ücretli İzin Hakkını Kullanması	369
(4)	İşçinin Kısmî Süreli Çalışmaya Geçmesi	371
(5)	Feshe Karşı Korunma (İşe İade) Davasında İşçinin İşine İadesi	372
b.	Türk Hukuku'nda	377
(1)	Genel Olarak	377
(2)	İşe İade Davasından Önce veya Dava Devam Ederken İşçinin İşine İadesi	378
3.	Tüketici Hukukunda Somut Eda Tedbiri Örnekleri	383
a.	Alman Hukuku'nda	383
b.	Türk Hukuku'nda	387
(1)	Genel Olarak	387
(2)	Genel İşlem Koşullarının Uygulanmasının Durdurulması	388
(3)	Ayıplı Seri Mal Üretiminde Üretimin veya Satışın Durdurulması	395
4.	Banka Teminat Mektuplarında Eda Tedbirleri	397
a.	Alman Hukuku'nda	397
(1)	Muhatabın Teminat Mektubunu Paraya Çevirmeden Men Edilmesi	398
(2)	Bankanın Teminat Mektubu Bedelini Ödemeden Men Edilmesi	400
b.	Türk Hukuku'nda	406
F.	Teminat Tedbirleri İle Eda Tedbirlerinin Karşılaştırılması	418
III.	Düzenleme Tedbirleri	419
A.	Ayrı Bir Tedbir Türü Olarak Düzenleme Tedbirleri	420
B.	Düzenleme Tedbirlerinin Ayrı Bir Tedbir Türü Olup Olmadığının Değerlendirilmesi	424

1. Düzenlemenin Konusuna Göre	424
2. Tedbirin Etkisine Göre	428
§ 10. İHTİYATÎ TEDBİRLERİN İÇERİĞİNİN HÂKİM	
TARAFINDAN BELİRLENMESİ	433
I. Tasarruf İlkesinin İhtiyatî Tedbirlerin İçeriğinin	
Belirlenmesinde Gösterdiği Özellik	433
A. Tedbir Dilekçesinde Talep Sonucunun Belirlenmesi	439
1. Teminat Tedbirlerinde	443
2. Eda Tedbirlerinde	444
B. Hâkimin Taleple Bağlılığı	446
1. Genel Olarak	446
2. İhtiyatî Haciz Yerine İhtiyatî Tedbirin ya da İhtiyatî Tedbir Yerine	
İhtiyatî Haczin Talep Edilmesi	452
II. İhtiyatî Tedbirlerin İçeriğine Yönelik Sınırlar	458
A. Asıl Davada Elde Edilecek Hukukî Korunma Hedefinin Aşılmaması	458
B. "Gerekli" Tedbirin Tespiti	459
SONUÇ	463
BİBLİYOGRAFYA	472

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
Abs.	: Absatz
AcP	: Das Archiv für die civilistische Praxis
AGB	: Allgemeine Geschäftsbedingungen
Anh.	: Anhang
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMK	: Anayasa Mahkemesi Kararı
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AöR	: Archiv für öffentliches Recht
ArbGG	: Arbeitsgerichtsgesetz
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
aşa.	: aşağıda
Art.	: Artikel
AY	: Anayasa
AYD	: Anayasa Yargısı Dergisi
b.	: bent
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BB	: Der Betriebs-Berater
BeckRS	: Beck-Rechtsprechung
Betr VG	: Betriebsverfassungsgesetz
BFH	: Bundesfinanzhof
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Bundesgerichtsentscheidungen
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Bundesgerichtshof/Zivilsachen Schriftensammlung von Entscheidungen
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: bakınız
BSK	: Basler Kommentar
BverfG	: Bundesverfassungsgericht
c.	: Cümle
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu

CHK	: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
Çev.	: Çeviren
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: dipnot
E.	: Esas
Einl.	: Einleitung
End. Tas. KHK	: Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Karamname
EO	: Exekutionsordnung
Erg. Bd.	: Ergänzungsband
Es. BD.	: Eskişehir Barosu Dergisi
FamFG	: Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRZ	: Familienrechtzeitschrift
ff	: folgende
FPR	: Familie Partnerschaft Recht
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanun
GewSchG	: Gewaltschutzgesetz
GG	: Grundgesetz
GGK	: Grundgesetzkommentar
Grund.	: Grundzüge
GSHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGB	: Handelsgesetzbuch
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
Hk	: Handkommentar
HMKT	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı
Hrsgb.	: Herausgeber
HUMK	: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İİD	: İcra ve İflâs Dairesi
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
İKİD	: İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi
İş. K.	: İş Kanunu
İz. BD.	: İzmir Barosu Dergisi
İYUK	: İdari Yargılama Usûlü Kanunu
JS	: Juristische Schulung

JZ	: Juristenzeitung
K.	: Karar
Kap.	: Kapitel
Karş.	: Karşılaştırınız
KSchG	: Kündigungsschutzgesetz
KUKO	: Kurzkomentar
Legal	: Legal Hukuk Dergisi
LAG	: Landesarbeitsgericht
LG	: Landgericht
LSG	: Landessozialgericht
m.*	: madde
MAHKİM	: İstanbul Barosu Mahkeme Ara Kararlarını İzleme ve İnceleme Merkezi
MÜHFD	: Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Man. BD.	: Manisa Barosu Dergisi
Mar. KHK	: Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
MDR	: Monatsschrift für Deutsches Recht
MİHDER	: Legal Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
Münch Komm	: Münchener Kommentar
N.	: Numara (Kenar Numarası)
NJOZ	: Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	: Neue Verwaltungsrecht-Zeitung
NZA	: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	: Rechtsprechungsreport Arbeitsrecht
OLG	: Oberlandesgericht
OLG-NL	: OLG-Rechtsprechung Neue Länder
OLGZ	: Oberlandesgericht Zivilsachen-Entscheidungen
ÖBA	: Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen
Pat. KHK	: Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

* Yalnız (m.) Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili maddesini gösterir. Başka bir kanundan söz ediliyorsa, orada söz konusu kanunun ismi veya kısaltması -örneğin: (İİK m. 33)- belirtilmiştir.

r+s	: Recht und Schaden unabhängige monatliche Informationsschrift für Versicherungsrecht und Schadensersatz
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
SchKG	: Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz
SJZ	: Schweizerische Juristen-Zeitung
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
s. K.	: sayılı Kanun
S.	: Sayı
SchZPO	: Schweizerische Zivilprozessordnung
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: Türk Medenî Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TzBfG	: Teilzeit- und Befristungsgesetz
UkLaG	: Unterlassungsklagen-Gesetz
UWG	: Unlauterer Wettbewerbs-Gesetz
vd.	: ve devamı
vor.	: Vorbemerkung
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
WM	: Wertpapiermitteilungen
WRP	: Wettbewerb in Recht und Praxis
Yasa	: Yasa Hukuk Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZGB	: Zivilgesetzbuch
ZHR	: Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZKM	: Zeitschrift für Konfliktmanagement
ZPO	: Zivilprozessordnung
ZSR	: Zeitung für Schweizerisches Recht
ZZP	: Zeitschrift für Zivilprozessrecht
ZZP Int	: Zeitschrift für Zivilprozessrecht International

İHTİYATÎ TEDBİR TÜRLERİ

GİRİŞ, ÇALIŞMANIN AMACI ve SINIRI

Hukukî korumanın etkinliğini azaltayacak ya da ortadan kaldıracak gecikmesinde tehlike olan bir durumun önlenmesi ya da durdurulması söz konusu olduğunda, ilk etapta ihtiyatî tedbirler akla gelmektedir. Tehlikenin türüne ve güvence altına alınacak talebin konusuna göre ihtiyatî tedbirlerle benzer işlevleri gören ihtiyatî haciz, geçici önlem, delil tespiti gibi başkaca müesseseler de vardır. İhtiyatî tedbir ve benzer işlevleri gören diğer müesseseler, geçici hukukî korumanın türleridir. Geçici hukukî korumanın kendisi çok eski olmakla birlikte, müesseseyi ifade eden “geçici hukukî koruma” kavramı, Türk Hukuku için oldukça yeni sayılabilir. Zira, uygulamada ihtiyatî tedbirler genel müessese olarak kullanılmaktadır. Ancak bu durum, ihtiyatî tedbirle diğer geçici hukukî korumaların, özellikle ihtiyatî haczin hukuk güvenliğini zedeleyecek ölçülerde birbirine karıştırılmasına yol açmaktadır. Özel kanunlardaki geçici etkileri olan düzenlemeler de işin içine girince bu karışıklık had safhaya ulaşmakta; neyin ihtiyatî tedbir, neyin geniş anlamda geçici hukukî koruma olduğu bir kenara, neyin geçici hukukî koruma, neyin çekişmesiz yargı işi olduğu dahi ayırt edilememektedir. Hukukumuzda bir yandan geçici hukukî koruma kavramının yerleşmesine, diğer yandan geçici hukukî korumanın çerçevesinin çizilmesine ihtiyaç vardır. Çalışmamızın amaçlarından birisi de budur. Bu amaç doğrultusunda, çalışmamız, geçici hukukî korumanın temellerinin incelenmesi ile başlayacaktır. İlk bölümde, geçici hukukî koruma genel hatlarıyla tanıtılacak, geçici hukukî korumanın anayasal temelleri araştırılacak ve geçici hukukî korumanın işlevleri, kapsamı, sınıflandırılması, dava ile sınırı ve karşılaştırılması suretiyle çerçevesi çizilecektir. Bu bölümde, geçici hukukî korumanın anayasal temelini bulunup bulunmadığı sorusuna verilecek yanıt, ihtiyatî tedbirlere ilişkin pek çok meselenin çözümünde belirleyici olacaktır.

İhtiyatî tedbir, geçici hukukî korumanın davanın etkinliğinin sağlanmasına hizmet eden bir türüdür. Ancak belirli ayırt edici özellikleri taşıyan geçici hukukî korumalar ihtiyatî tedbir olarak nitelendirilebilir ve ihtiyatî tedbirlere ilişkin Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun hukukî rejimine (m. 101-113A) tâbi olabilir. Bu

özelliklere sahip olmayan geçici hukukî korumaların ve benzer müesseselerin ihtiyatî tedbir olarak nitelendirilmesi, hem anılan hukukî rejimi devreye sokarak istenilmeyen sonuçlar yaratabilecek hem de geçici hukukî koruma alanındaki karışıklığı daha da derinleştirebilecektir. Tıpkı geçici hukukî korumada olduğu gibi ihtiyatî tedbirlerin de çerçevesinin çizilmesine ihtiyaç vardır. Çalışmamızın bir diğer amacı da bu ihtiyacı gidermektir. Bu amaç doğrultusunda, ikinci bölümde öncelikle ihtiyatî tedbirler hakkında genel bilgiler verilecek; sonra, ihtiyatî tedbirlerin ayırt edici özellikleri ile koşulları ortaya konulacak; nihayet, ihtiyatî tedbirler diğer geçici hukukî korumalar ve benzer müesseselerle karşılaştırılacaktır.

Hukukî bir müessesesinin çeşitli türlere ayrılarak incelenmesi, her bir tür gerçekten farklı koşulları bünyesinde barındırıyor, farklı içerikle karşımıza çıkabiliyorsa anlamlıdır. İhtiyatî tedbirler, amaçlarından hareket edilerek teminat, düzenleme ve eda olmak üzere üç ayrı türe ayrılarak incelenmektedir. Her bir türün kendisine tür denilmesini haklı kılacak farklı koşul ve içeriğe sahip olup olmadığının sorgulanması, sahipse farklılıkların ne olduğunun tespiti, hukukumuz için diğer bir gerekliliktir. Ayrıca, ihtiyatî tedbirlerin içeriği Türk Hukuku'nda hâkim kanaate göre, *“davanın esasını çözer ya da böyle bir sonuç doğuracak tarzda ihtiyatî tedbir kararı verilemeyeceği”* şeklinde genel bir sınırlandırmaya tâbi tutulmaktadır. Böyle bir sınırlandırma, uygulamayı güvence altına alma işlevi gören sınırlı sayıda ihtiyatî tedbirle yetinmek zorunda bırakmaktadır. Çalışmamızın en önemli amacı, tür olarak ortaya konulan üçlü sınıflandırma ile söz konusu sınırlandırmayı eleştirel bir bakış açısıyla sorgulamaktır. Bu amaç doğrultusunda, son bölümde, ihtiyatî tedbirlerin hangi kritere göre türlere ayırt edilebileceği üzerinde durulacak; bu kriter ışığında kaç tür ihtiyatî tedbirin bulunduğu tespit edilecek; tespit edilen türlerin içeriği karşılaştırmalı hukuktan yararlanılarak somutlaştırılacaktır. Özellikle Türk Hukuku uygulamasında yaygınlık kazanmamış ya da önemli sonuçları bulunan bazı tedbir örnekleri, uygulamanın ihtiyaçlarını karşılayabilecek nitelikte olanlarından seçilerek ele alınacak, böylelikle dar bir alana sıkışan ihtiyatî tedbirlerin hukukumuzdaki gelişimine katkıda bulunmaya çalışılacaktır. Bu bölümde ayrıca, ihtiyatî tedbirlerin içeriğinin nasıl belirleneceği üzerinde de durulacaktır.

Geçici hukukî koruma, tehlikeli bir hâlin yol açabileceği zararların önlenmesi ya da durdurulması amacıyla, gerek kamu hukuku gerekse özel hukuk karakterli

yargılamalarda uygulama alanına sahiptir. İdarî yargı ve vergi yargılamasında yürütmenin durdurulması (AY m. 125; İYUK m. 27), Anayasa hukukunda yürürlüğün durdurulması kamu hukuku karakterli; ihtiyatî tedbir (m. 101 vd.), ihtiyatî haciz (İİK m. 257 vd.) özel hukuk karakterli geçici hukukî koruma araçlarıdır. Biz, çalışmamızı özel hukuk karakterli geçici hukukî koruma araçları ile sınırlandırıyoruz. Bu yönüyle medenî usûl hukuku dışında da kullanılan genel ve kapsayıcı bir anlama sahip geçici hukukî koruma bakımından ortak kavram kullanımına da hizmet ederek karışıklığın önüne geçmeyi amaçlıyoruz. Geçici hukukî korumalar içinde de ihtiyatî tedbirler çalışmamızın esas konusunu teşkil etmektedir. Diğer geçici hukukî korumalara, ihtiyatî tedbirin doğru anlaşılıp doğru yorumlanabilmesi amacıyla temas edilecektir. İhtiyatî tedbirler, koşulları, yargılaması, türleri, icrası gibi pek çok farklı açıdan değerlendirilebilecek geniş bir konudur. Çalışmamızı ihtiyatî tedbir türleri ile sınırlandırıyoruz. İhtiyatî tedbirlerin diğer veçhelerine asıl konumuzu ilgilendirdiği ölçüde girilecektir.

I. BÖLÜM

GEÇİCİ HUKUKİ KORUMANIN TEMELLERİ

§ 1. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA KAVRAMI ve GEÇİCİ HUKUKİ KORUMANIN TANIMI

I. Geçici Hukukî Koruma Kavramı

Müessesenin kendisi çok eski olmakla birlikte, müesseseyi ifade eden geçici hukukî koruma kavramı, Türk Hukuku için oldukça yeni sayılabilir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuzun kabul edildiği 1927 yılından bu yana geçici hukukî koruma kavramı yerine bir üst başlık olarak ihtiyatî tedbir kavramı kullanılmıştır¹. İhtiyatî tedbir üst başlık olarak ele alınıp ihtiyatî haciz ve diğer geçici hukukî koruma önlemleri, ihtiyatî tedbirin bir aracı veya alt türü gibi görülmüştür. Ancak ihtiyatî tedbirlerin üst başlık gibi muamele görmesi, yukarıda açıklandığı gibi, ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haczin ayırt edilememesine, bu da hem teorik hem de uygulama karışıklığına yol açmıştır. Şüphesiz, eskiden olduğu gibi geçici hukukî koruma üst başlığı reddedilerek bunun yerine ihtiyatî tedbir kavramı ön planda tutulabilir. Nitekim Avusturya Hukuku'nda ihtiyatî haczi karşılayan ayrı bir kavram kullanılmamaktadır. İcra Kanunu'nda para alacaklarında ihtiyatî tedbir müessesesi düzenlenmekle yetinilmiştir (EO § 379). Bu durumda, ihtiyatî haciz, ihtiyatî tedbir ve diğer geçici hukukî korumalar ayrıca düzenlenmeyerek Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndaki ihtiyatî tedbir daha ayrıntılı bir şekilde ele alınıp tek bir düzenlemeyle yetinilmesi mümkündür².

İkinci seçenek de, ekonomik ilişkilerin gerek ulusal gerekse uluslararası boyutta yoğun para transferine dayanmasının sonucunda, ihtiyatî haciz ile ihtiyatî

¹ **Kuru, Baki:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, 6. Bası, İstanbul 2001, s. 4289 vd.; **Ercan, İbrahim:** Medenî Usul Hukukunda İhtiyatî Tedbir (İhtiyatî Tedbir), Yayınlanmamış YL Tez-Selçuk Üni. Sosyal Bil. Ens., Konya 1992, s. 8, 9; **Taş-Korkmaz, Hülya:** Türk Hukuku'nda İhtiyatî Tedbirler, Dicle Üni. Sosyal Bilimler Ens.-Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 1995, s. 4; **Özkök, Süleyman:** İhtiyatî Tedbirler, Ankara 2002, s. 1.

² HMK Tasarısı'nı değerlendiren **Kuru**, "geçici hukukî korumalar" şeklinde bir üst başlığa gerek olmadığı kanaatindedir (**Kuru, Baki:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme (Değerlendirme), Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V, Ankara 2007, s. 81).

tedbir arasındaki ayırımın ihtiyaçlara paralel olarak belirginleşmesini³ dikkate alarak geçici hukukî korumayı ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haczi içine alan bir semsiye görevi vermektir⁴. Biz de bu çalışmada bu yaklaşımı esas alacağız.

Geçici hukukî koruma kavramı Türk Hukuku'nda yerleştikçe aslında ihtiyatî tedbirlerin oynadığı rolü üstlenecektir. Bir benzetme ile ihtiyatî tedbirler başrolü artık geçici hukukî korumaya devredecektir. Bu çerçevede, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın onuncu kısmının başlığı “geçici hukukî korumalar” olarak seçilmiş ve geçici hukukî koruma araçlarına iki ayrı bölüm içinde yer verilmiştir. Geçiş döneminde bu rol değişikliğinin, uygulamada geçici hukukî koruma önlemlerinin birbirine benzeyen yönlerinin bulunmasının yarattığı karışıklığı daha da arttırma tehlikesini taşıdığı bir gerçektir⁵. Ancak yine de hem geçici hukukî koruma üst başlığının benimsendiği hem de geçici hukukî koruma araçlarının titizlikle ayırt edilmeye çalışıldığı bir metodun takip edilmesi yerinde olacaktır. Aksi hâlde, amaç ve işlevleri farklı geçici hukukî koruma türlerinin tümü iç içe geçmiş ve yanlış bir şekilde uygulanabilecektir.

Alman Hukuku'nda geçici hukukî korumayı karşılamak üzere daha çok “einstweiliger Rechtsschutz”, ihtiyatî tedbiri karşılamak üzere “einstweilige Verfügung” kavramları kullanılmaktadır. “Einstweilig” kavramı, “ihtiyatîlik” olarak Türkçeleştirilebilir. Daha çok kararların kaldırılabilirliğine işaret eden geçicilik için ise “Vorläufigkeit” kavramı tercih edilmektedir⁶. Tam bir tercüme yapıldığında bizdeki geçici hukukî koruma kavramı, Alman Hukuku'nda “ihtiyatî hukukî korumaya” denk düşmektedir. Böylelikle, ihtiyatî hukukî koruma ile ihtiyatî tedbir arasında kavramsal bir uyum yaratılmıştır. İhtiyatîlik, ihtiyatlı

³ **Özekes**, bu gelişimi ihtiyatî haczin ihtiyatî tedbirden bağımsızlaşması olarak nitelendirmektedir (**Özekes, Muhammet**: İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz (İhtiyati Haciz), Ankara 1999, s. 54).

⁴ **Yılmaz, Ejder**: İhtiyati Haciz ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar (İhtiyati Haciz), Bankacılar 1998/27, s. 63, 64; **Yılmaz, Ejder**: Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. I, Ankara 2001, s. 38, 39; **Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet**: Medenî Usûl Hukuku, 8. Bası, Ankara 2009, s. 650; **Yılmaz, Zehra Sanem**: Sermaye Şirketlerinde Geçici Hukuki Korumalar, 2. Baskı, İzmir 2006, s. 8; **Konuralp, Halûk**: Medenî Usul Hukuku (Usul), Eskişehir 2006, s. 246; **Toraman, Barış**: İcra ve İflâs Kanunu'na Göre Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde İflâsın Ertelenmesi Talebi, Ankara 2007, s. 35.

⁵ **Yılmaz, C. I**, s. 171.

⁶ İsviçre Hukuku'nda ise ihtiyatî tedbiri karşılamak üzere “önleyici tedbir” (vorsorgliche Massnahme) şeklinde tercüme edilebilecek bir kavram tercih edilmektedir (SchZPO Tasarı Art. 261 vd.). Bu konuda ayrıca bkz. **Özekes-İhtiyatî Haciz**, s. 40, 41 dn. 37; **Yılmaz, C. I**, s. 174.

olmadan yola çıkılarak⁷ asıl yargılama bakımından karar verebilmenin imkân dahilinde tutulması; ancak, doğruluk garantilerine tamamen sahip olmayan hızlı bir yargılama sonucunda verilen kararın, bu garantilere sahip bir yargılama sonucunda farklı yönde olabileceği ihtirazi kaydı anlamındadır. Burada kararın doğru olamama ihtimalinin yarattığı şüphe nedeniyle, sağlanan hukukî koruma bakımından ihtiyatlı olunması mesajı verilmektedir.

Bizim hukukumuzda ise, genel müessese için “geçici”, özel müessese için “ihtiyatî” kavramlarının kullanılmasının uyumsuz olduğu düşünülebilir. Ancak geçici hukukî koruma kavramı hukukumuz bakımından henüz tam yerleşmemişken, “ihtiyatî hukukî koruma” şeklinde yeni bir kavram yaratmak, hatta Alman Hukuku’nda olduğu gibi “geçicilik” ve “ihtiyatîlik” arasında ayırım yapmak⁸, yarardan çok zarar getirecektir. Alman Hukuku’na yabancı olan ve geçicilikle karakterize edilebilecek özel bazı geçici hukukî korumaları barındıran Türk Hukuku’nda bilakis üst başlık için “ihtiyatî” yerine “geçici” sıfatının hukukî korumayı tamlaması daha isabetli bir tercih olacaktır. Diğer yandan, geçicilik kavramına geçiciliği ve ihtiyatîliği içerecek bir içerik yüklenebilir. Buna göre, geçicilik, hem kararın doğru olmama şüphesini, ihtiyatîliği hem de kaldırılabilirliği içeren daha geniş bir kavramdır. Yani, geçicilik, ihtiyatîliği de kapsayan daha açık ve kristalize bir kavramdır. Geçici hukukî koruma, bir yandan kararın, sağlanan hukukî korumanın yerindeliliğinin asıl talep hakkında yargılamada doğruluk garantileri ile yeniden sorgulanmasını, diğer yandan böyle bir yeniden değerlendirme faaliyeti olmasa dahi hukukî korumanın kaldırılabilir olmasını bünyesinde barındırmaktadır.

II. Geçici Hukukî Korumanın Tanımı

Yabancı hukuk sistemlerinde geçici hukukî korumanın çeşitli tanımları bulunmamaktadır. Yalnız İsviçre doktrininde *Meier*, geçici hukukî korumayı, “davacı veya davalının hukukî konularının kesin hukukî korumaya kadar yargılama süresinden ötürü oluşabilecek zararlarının bertaraf edilmesine yönelik

⁷ Herhangi bir konuda ileriye düşünerek önlem alan, “ihtiyatlı” sözcüğünün; ileriye düşünülerek yapılan da “ihtiyatî” sözcüğünün sözlük anlamıdır. Bkz. Türkçe Sözlük 1, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 1988, s. 688.

⁸ Tartışmalar için bkz. aşağı. Bölüm I, § 5, II, C.

geçici, kapsamlı veya sınırlı olabilen yargısal hukukî korumadır”⁹ şeklinde tanımlamaktadır. Geçici hukukî korumayı Türk Hukuku’nda *Yılmaz*, “her iki tarafça da talep edilebilen, yargı mercilerince yaklaşık ispat seviyesinde ispat ölçüsü ile, gerektiğinde hukukî dinlenilme hakkı ertelenerek basit ve çabuk bir inceleme ile karar verilen, kararları bağlayıcı ve zorlayıcı bir hukukî koruma”¹⁰ şeklinde; *Pekcanitez* ise “uyuşmazlığın kesin hükümle sonuçlanmasına kadar geçen süre içinde doğabilecek tehlikelerden, kötü niyetli davranışlardan davacıyı, davalıyı ve dava konusunu korumak amacıyla mahkemelerde ya da hukukumuzda yeni olarak, hakem veya hakemlerce karar verilen hukukî korumadır”¹¹ şeklinde tanımlamaktadır. Kanımızca, çekişmesiz yargıda da geçici hukukî korumaya başvurulabileceğinden “taraf” ya da “davacı/davalı” ifadelerinin, ayrıca tamamlayıcı merasimi barındırmayan geçici hukukî korumalar da bulunduğundan “kesin hukukî koruma” ifadesinin tanımda yer almaması daha uygun olacaktır. Geçici hukukî koruma, değerlendirmemize göre şu şekilde tanımlanabilir: “Gecikmesinde tehlike olan bir hâlin engellenmesi ya da durdurulması amacıyla, iddia edilen talebe hukukî dinlenilme hakkının ertelenmesi yolu açılarak prensip itibariyle yaklaşık ispat seviyesinde ispat ölçüsü ile yetinilerek geçici olarak yürürlük kazandıran, karşı tarafın menfaatlerini çeşitli usûli araçlarla dengeleyen, müstacel bir yargısal hukukî korumadır”.

⁹ **Meier, Isaak:** Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im Schweizerischen Privatrecht und Zivilverfahrensrecht (Grundlagen), Zürich 1983, s. 7.

¹⁰ **Yılmaz, C. I.**, s. 35-38.

¹¹ **Pekcanitez, Hakan:** Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri (Geçici Hukuki Koruma), Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara 2003, s. 115.

§ 2. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMAYI HAKLI KILAN SEBEPLER

Yargılama ve icra olmak üzere iki aşamadan oluşan hukukî koruma, ancak ikinci aşama olan icranın sonunda alacaklının alacağına kavuşması ile gerçek anlamda sağlanır. İkinci aşama, birincinin gerçeğe ulaşmayı amaçlaması nedeniyle belirli bir zamanı gerektirmektedir. Ancak gerçek bir hukuk devletinde, yargılamanın doğru karara ulaşabilmesi için vazgeçilmez nitelikteki yapısal özellikleri, yargılama süresini uzatmaktadır¹². Yargılamanın zorunlu bazı garantileri içermesi -özellikle hukukî dinlenilme hakkı-, vakıaların tespiti ve hukukî meselelerin çözümü için yürütülen ispat faaliyeti ve çoğu zaman birden fazla derecenin tüketilmesi zorunluluğu bu yapısal özellikler arasında sayılabilir¹³. Uzun bir soluğa ihtiyaç gösteren yargılamanın makul sürede tamamlanamamasında, mahkemelerin iş yükünün giderek artması da önemli bir rol oynamaktadır. İş yükünün artmasındaki etkenlerin başında, uyuşmazlıkların sosyal ve hukukî yapısının giderek karmaşıklaşması ve çözümünün zorlaşması ile hukuka aykırı hareket etme alışkanlığının kanıksanması gelmektedir. İş yükü artan yargı da, davaları adil yargılanma için gerekli olan makul sürede tamamlayamamaktadır. Ancak yargılamanın makul sürede bitirilememesi, yalnız iş yükünün artmasından ve usûl kurallarının titiz bir şekilde uygulanması gerekliliğinden kaynaklanmamaktadır. Kalem çalışanlarının eğitim düzeyi ile ahenkten uzak çalışma ortamları, tarafların, tanıkların adliye kültürüne yabancı olmalarının getirdiği aksaklıklar, merkezi devlet sınavının olmayışından ötürü oluşan acımasız rekabet ortamında avukatların haddinden fazla iş üstlenme isteği ve bunun sonucunda her dosyaya yeterli mesai ayıramamaları, not kaygısı taşıyan

¹² **Morbach, Bertram:** Einstweiliger Rechtsschutz in Zivilsachen, Frankfurt am Main 1988, s. 7; **Prütting, Hanns/Stickelbrock, Barbara:** Zwangsvollstreckungsrecht, Stuttgart 2002, s. 268; **Schellhammer, Kurt:** Zivilprozess, 12. Auflage, Heidelberg 2007, N. 1896; **Zöller, Richard:** Zivilprozessordnung (Zöller/Vollkommer, Max/Herget, Kurt/Greger, Reinhard), 27. Auflage, Köln 2009, **Zöller/Vollkommer**, vor § 916 N. 1; **Yılmaz, C. I.**, s. 30; **Yılmaz, Ejder:** Dosyadan El Çeken Mahkemenin Kanunolu Aşamasında Bulunan Davada İhtiyatî Tedbir Kararı Verme Yetkisi (İhtiyatî Tedbir), MİHDER 2009/2, s. 214, 215.

¹³ **Wieczorek, Bernhard/Schütze, Rolf A.:** Kommentar zur Zivilprozessordnung, mit dem Bearbeiter **Thümmel, Roderich C.**, 5. Band, 3. Auflage, Berlin 1999, **Thümmel** in **Wieczorek/Schütze**, vor § 916 N. 1. Yargılama hukuku güvenceleri hakkında bkz. **Budak, Ali Cem:** Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması (Üçüncü Kişiler), İstanbul 2000, s. 1.

mahkemelerin sorumluluğu paylaşmak için hemen hemen her dosyada bilirkişi incelemesi yaptırması, bunun sonucunda uzmanlıktan çıkıp meslek hâline gelen bilirkişilerin tutumları yargılama süresinin uzayıp gitmesine, hukukî korumanın etkinliğinin zayıflamasına yol açmaktadır¹⁴.

Yargılama sistemimiz özelinde, usûl hukukunu ilgilendiren mevzuatın değiştirilmesi, mahkemelerin yeniden teşkilatlandırılması gibi yargının hızlandırılması çabalarına rağmen, şu an itibariyle dava, hak arayana hızlı bir yargılamayı garanti edememektedir¹⁵. Yargılamanın uzunluğu, yargıya başvuranların gerçekleşmesini umdukları menfaatlerini azaltmaktadır. Kişi, dava dilekçesini mahkemeye verirken taşıdığı hakka ulaşma heyecanını, sonuca götürmeyen duruşmalar silsilesinden sonra yitirmekte, hatta yargılama ilişkisinin süjesi olduğunu mahkemeden bir tebligat yapılmadığı sürece unutabilmektedir. Bu psikolojik durum, kişinin hakkını teslim etmekle yükümlendirilmiş yargının aktörlerine karşı güvensizlik duygusunu yaratmakta ve son tahlilde hak arama bilincinin zayıflamasına yol açmaktadır¹⁶. Bir uyuşmazlıkla karşılaşan kişi, yaşadığı olumsuz tecrübelerden sonra yargıya başvurmada isteksiz davranmaktadır. Yargılamanın bu denli uzun sürmesi, şüphesiz hukuk güvenliğini zedelemekte, bu da yargının Anayasa'da öngörülen işlevini yerine getirmesine engel olmaktadır¹⁷. Hakkın icrasını çabuklaştırmak için, özel yargılama usûlleri öngörülmüş, para alacakları için mahkeme kararına ihtiyaç göstermeyen genel haciz yolu ile takip yolu açılmıştır. Ne var ki, özel yargılama usûlleri sayesinde ne seri ne sözlü ne de basit usûller ile icra aşamasına makul

¹⁴ Bu konuda bkz. **Akkan, Mine:** Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma, MİHDER 2007/1, s. 59.

¹⁵ **Yılmaz, C. I.**, s. 30. Alman Hukuku bakımından aynı yönde bkz. **Saenger, Ingo:** Einstweiliger Rechtsschutz und materiellrechtliche Selbsterfüllung, Tübingen 1998, 7.

¹⁶ **Pekcanitez, Hakan:** Medeni Yargıda Adil Yargılama (Adil Yargılama), İz. BD. 1997/2, s. 41; **Rechberger, Walter H.:** Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması (Hızlandırılma), Çev. **Yıldırım, M. Kamil,** İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2002, s. 3.

¹⁷ "(...) kanunlarımızda mahkemelere hitap eden bir çok süreye, iş yükü de bahane edilerek uyulmadığı görülmektedir. Bu şekilde uygulanmayan sürelerin konulması, ancak yargı organlarının bu sürelere uymaması, hukuka ve yargı organlarına duyulan güveni zedelemektedir. Çünkü, uyuşmazlığın bu sürede bitmesi beklentisi içine sokulan kişilerin bu beklentisi gerçekleşmemektedir. Beklentilerin en son boşa çıktığı yer ise yargı organları olmalıdır." (**Özkes, Muhammet:** İş Kanunu'nun 20. ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi (İş Kanunu), 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 489, 490).

sürede geçilebilmiştir. Genel haciz yolu ile takipte de menfaat dengesinin gereği olarak borçluya tanınan ödeme emrine itiraz yolu sayesinde (İİK m. 66) uyumsuzluk çoğu zaman yine yargılama aşamasına taşınmaktadır.

Asıl davada sonuca makul sürede ulaşılamayıp ikinci aşamaya zamanında geçilemediğinde, hak sahibi çeşitli zarar tehditleri ile karşı karşıya kalmaktadır. Borçlu, alacaklının büyük gayretler sonrasında elde ettiği ilâmı etkisiz hâle getirmeyi isteyebilir. Bunun için hukukî dinlenilme hakkından yararlanarak icranın kendisine yönelmesini bertaraf edecek eylemlere girişebilir ve bunda başarıya ulaştığı takdirde, hak cebri icranın konusu olmaktan çıkabilir. Bu durum, alacaklının menfaatlerine büyük bir darbe vurur. Örneğin, borçlu, uyumsuzluk konusu eşyayı iyi niyetli üçüncü kişiye devredebilir, telef veya tahrip edebilir¹⁸. Yine, para borcu bulunan bir kimse, takibin kesinleşmesinden sonra malvarlığına el konulacağını öngörerek henüz takip ya da dava yoluna başvurulmadan veya takip ya da dava devam ederken malvarlığı değerlerini elden çıkarabilir. Bu ihtimallerde, davacının dava sonunda davayı kazanması mümkündür. Ancak icra aşamasında dava konusunun zorla yerine getirilemeyeceği görüldüğünde müddeabih kaybedilmiş olacaktır¹⁹.

Müddeabihin ve vakıaların zarar görmesinin yanında zaman faktörü başka bir açıdan bizzat hak sahibinin ara dönemde telafi edilemeyecek zararlara uğramasına yol açabilir. Bilgisayar, cep telefonu gibi teknolojik olanakların süratle ilerlemesi sonucunda ticaret hayatında çalışma temposu hızlanmıştır. Teknolojik gelişim, aynı zamanda büyük zararlara yol açma potansiyelini

¹⁸ **Postacıoğlu, İlhan:** Medeni Usul Hukuku Dersleri (Usul), 6. Bası, İstanbul 1975, s. 487; **Bilge, Necip/Önen, Ergun:** Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978, s. 367; **Grunsky, Wolfgang:** Grundzüge des Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht (Grundzüge), 3. Auflage, Tübingen 1983, § 8 II 1 1; **Rosenberg, Leo/Gaul, Hans Friedhelm/Schilken, Eberhard:** Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Auflage, München 1997, s. 996; **Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich:** Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Auflage, 2008, N. 1492; **Jauernig, Othmar/Berger, Christian:** Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 22. Auflage, 2007, § 34 N. 1; **Zöllner/Vollkommer,** vor § 916 N. 1; **Pekcanitez/Atalay/Özekes,** s. 649; **Muşul, Timuçin:** Medeni Usul Hukuku (Temel Bilgiler) (Usul), 2. Baskı, Ankara 2009, s. 190.

¹⁹ **Kuru,** C. IV, s. 4290; **Üstündağ, Saim:** İhtiyati Tedbirler (İhtiyati Tedbirler), İstanbul 1981, s. 1; **Pekcanitez/Atalay/Özekes,** s. 649; **Özekes, Muhammet:** Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir (İhtiyati Tedbir), DEÜHFD 2002/2, s. 92; **Muşul-Usul,** s. 187; **Yılmaz-İhtiyati Tedbir,** s. 215.

barındırmaktadır²⁰. Çoğu zaman bu zararların önlenmesi, yahut durdurulması ve eski durumun yeniden tesisi, müdahalenin haksızlığının kısa sürede tespit edilememesinden ötürü imkânsızlaşmaktadır. Örneğin, sürümleri birkaç yıl içinde yenilenen bilgisayar programlarının ömrü ile fikri hukuk ihlâl edildiğinde açılan davaların süresi birbiri ile örtüşmektedir. Dava sonuçlanıp ihlâlin men'ine hükmedildiğinde, yeni sürüm piyasaya sürülmekte ve dava süresince elde edilecek menfaatlere hukukî koruma sağlanamamaktadır²¹.

Bazen hukukî koruma kısa sürede sağlansa da eski hâle iade ya da bazı zarar kalemlerinin tazmini kolaylıkla mümkün değildir. Örneğin, bir limited ortaklıkta geçerli bir sebep olmaksızın yönetim yetkisi elinden alınan müdür, ortaklıktan alacağı maaştan mahrum kalacaktır. Bunun ötesinde, ticaret hayatında kazandığı itibarı zedelenecektir. Yıllar sürececek bir dava sonunda haklı bir sebebin bulunmadığı ortaya çıktığında gelir kaybı belki karşılanabilecektir. Ancak sarsılan itibarın hukukî yollardan eski hâle iadesi olanaksızdır²². Yine, bir anonim ortaklık genel kurul kararının hukuka uygun olup olmadığı hakkında acele bir karar alınmadığını düşünecek olursak, bu belirsizlik ortaklığın hareket kabiliyetini sekteye uğratacak, temposu giderek yavaşlayacak, sonunda organizmanın öldürülmesi anlamına gelen iflâsa bile sürüklenebilecektir²³. Yavaşlayarak değil, koşarak üretken olabilecek bu mekanizmanın hızını yavaşlatacak hukukî uyuşmazlıklar hakkında hızlı, basit önlemler alınarak ortaklıkta geçici bir düzenin hâkim kılınmasında hem ticaret hayatının hem de kamunun menfaatleri vardır.

Yargılama süresince ortaya çıkan acele hâller, hukukî ilişkinin iki taraflı veya çok taraflı olmasına göre de değerlendirilebilir. İki taraflı klasik hukukî ilişkilerde, yargılama süresinden ötürü taraflardan birinin hukukî ilişkiden doğan hakları akamete uğrayabilir. Örneğin, bir alacak davası ne kadar hızlı sonuçlandırılırsa da, dava devam ederken geçimini temin edemeyecek kadar

²⁰ Teknik gelişmeleri, geçici hukukî korumanın uygulama alanını genişleten sebeplerden birisi olarak gören değerlendirme için bkz. **Yılmaz**, C. I, s. 33.

²¹ **Özkes-İhtiyatî Tedbir**, s. 93; **Eroğlu, Sevilay**: Haksız Rekabete İlişkin İhtiyatî Tedbirler, İz. BD. 2000/1, s. 39.

²² **Zackl, Gabriela**: Einstweiliger Rechtsschutz im Gesellschaftsrecht, Wien 2006, N. 3.

²³ **Zackl**, N. 4.

zaruret hâline düşen bir alacaklının beden bütünlüğü zarar görebilir. Bu durumda, alacaklının geçimini temin edememesi nedeniyle uğrayabileceği zararlar önlenmelidir. Taraflar arasında çok sayıda hak ve yükümlülüğün yer aldığı bir borç ilişkisinde ya da aile ve ortaklık gibi birbiri ile yakından bağlantılı hak ve yükümlülüklerin yer aldığı hukukî ilişkilerde, bir tek alacağa ya da hakka yönelik uyuşmazlık, ilişkinin tamamına sirayet edebilir²⁴. Burada, kurulu düzenin işleyişinin bozulmaması ihtiyacı büyük önem taşır²⁵. Alacak, asıl dava sonunda makul sürede tahsil edilebilir hâle gelse de, hukukî ilişkinin tamamı zarar göreceğinden yine de etkin hukukî koruma elde edilemez.

Hukukî korumanın etkisinin zayıfladığı ya da tamamen ortadan kalktığı durumlarda bir hukukî koruma boşluğundan söz edilebilir. Hukuk düzeni, yargılama öncesinde ve -özellikle makul sürede bitirilememesi ihtimaline karşı- yargılama devam ederken hak kayıplarını engelleyecek, dava konusu hakkında karar verilebilme olanağını koruyacak, hukukî korumanın ikinci aşaması olan icraya yönelik önlemler almalıdır²⁶. Diğer bir ifade ile, devlet, hukukî koruma boşluğunun doldurulması için dava dışında tamamlayıcı usûli müesseseler öngörmelidir²⁷. Zira, yargılama, makul sürede tamamlandığında anlam

²⁴ **Gloor, Alain:** Vorsorgliche Massnahmen im Spannungsfeld von Bundesrecht und kantonalem Zivilprozessrecht, Zürich 1982, s. 7; **Lüthi, Andreas:** Der Einbezug von Dritten in vorsorgliche Massnahmen und in die Zwangsvollstreckung nach kantonalem Recht, Zürich 1986, s. 75.

²⁵ **Berger, Christian (Hrsg.):** Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht (Berger/Heiderhoff, Bettina/Boemke, Burkhard/Skamel, Frank/Becker-Eberhard, Ekkehard/Keller, Ulrich), Berlin 2006, Berger, Kap. 1 N. 1.

²⁶ **Grunsky, Wolfgang:** Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung (Stein/Jonas/Grunsky), Band 9, 22. Auflage, Tübingen 2002, Stein/Jonas/Grunsky, vor § 916 N. 1; **Heinze, Meinhard:** Der einstweilige Rechsschutz im Zahlungsverkehr der Banken, Frankfurt am Main 1984, s. 18; **Thümmel** in Wieczorek/Schütze, vor § 916 N. 1; **Walker, Wolf-Dietrich:** Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren (Der einstweilige Rechtsschutz), Tübingen 1993, N. 55; **Lackmann, Rolf:** Zwangsvollstreckungsrecht mit Grundzügen des Insolvenzrechts, 8. Auflage, München 2007, N. 653; **Özkes-İhtiyati Haciz**, s. 4; **Prütting/Stickelbrock**, s. 268; **Musielak, Hans-Joachim:** Kommentar zur Zivilprozessordnung, 6. Auflage, (Musielak/Huber, Michael/Heinrich, Christian/Stadler, Astrid), München 2008, Musielak/Huber, § 916 N. 1; **Feil, Erich:** Exekutionsordnung II, 4. Auflage, Wien 2004, § 378 N. 3.

²⁷ **Leipold, Dieter:** Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes (Grundlagen), 1971, s. 2; **Schilken, Eberhard:** Die Befriedigungsverfügung (Befriedigungsverfügung), 1976, s. 20; **Heinze**, s. 17; **Üstündağ, Saim:** İcra Hukukunun Esasları (İcra), 8. Basi, İstanbul 2004, s. 401; **Morbach**, s. 253; **de Rochemont, Rainer du Mesnil:** Die Notwendigkeit eines bestimmten Antrages bei der Unterlassungsverfügung im Wettbewerbsprozess und die Bindung des Gerichtes an einen solchen Antrag, § 308 Abs. 1 ZPO contra § 938 Abs. 1 ZPO?, Frankfurt am Main 1993, s. 18; **Zöllner/Vollkommer**, vor § 916 N. 1; **Deren-Yıldırım, Nevhis:** Medeni Usul Hukuku'nun Evrenselleşmesi Yolunda İhtiyati Tedbir Alanında Yabancı Hukukun Etkileri (Evrenselleşme),

kazanacak²⁸, hakkın icrasının tehlikeye düşürülmesine ancak bu şekilde engel olunabilecektir. İcrai sonuçları olan bu önlemlere gerek olup olmadığı, var ise hangi kapsamda önlem alınacağı da ancak yeni bir yargılama yapılarak belirlenebilir. Acele hâllerin yol açabileceği zararların önüne geçilmesi ve hükmün icra edilebilirliğinin önündeki engellerin kaldırılmasında, asıl davadaki yargılamaya göre talebin esaslı bir şekilde incelenmemesi, diğer tarafın savunmalarına vakıf olunamaması pahasına da olsa hızlı bir yargılamaya ihtiyaç vardır²⁹. Böyle bir yargılama, geçici hukukî koruma tarafından hak arayanlara sunulmaktadır³⁰.

Çev. Özden Özkaya, Hamide, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 305. İhtiyatî tedbirler bakımından aynı yönde bkz. **Belgesay, Mustafa Reşit**: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi (Şerh), 4. Bası, İstanbul 1956, 4. Bası, N. 155; **Holzhammer, Richard/Roth, Marianne**: Exekutionsverfahren und Konkursrecht, 3. Auflage, Freistadt 2005, s. 114; **Ercan, İbrahim**: İhtiyatî Tedbir Kararına Muhalefet Edenlerin Cezalandırılması (HUMK m. 113/A) (Muhalefet), Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s. 925.

²⁸ Nitekim, yargılama sözcüğünün geldiği köken pro-cessus, ilerlemek anlamına gelmektedir (**Walder-Richli, Hans Ulrich/Grob-Andermacher, Beatrice**: Zivilprozessrecht, 5. Auflage, Zürich 2009, § 33 N. 1).

²⁹ **Habscheid, Walther J.**: Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht (Zivilprozess), 2. Auflage, Basel 1990, N. 362; **Grunsky-Grundzüge**, § 8 II 1 1; **Bruns, Rudolf/Peters, Egbert**: Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Auflage, München 1987, s. 321; **Gerhardt, Walter**: Vollstreckungsrecht, 2. Auflage, Berlin 1982, s. 231; **Thümmel** in Wicczorek/Schütze, vor § 916 N. 5; **Saenger**, s. 7; **Krebs, Walter**: Grundgesetz-Kommentar Band 1 (GGK I), Hrsgb. von Münch, Ingo/Kunig, Philip, (**Krebs** in von Münch/Kunig, GGK I), 5. Auflage, München 2000, Art. 19 N. 64; **Stein/Jonas/Grunsky**, vor § 916 N. 1; **Paulus, G. Christoph**: Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 2003, N. 699; **Özekes, Muhammet**: Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı (Hukuki Dinlenilme), Ankara 2003, s. 215; **Demircioğlu, Yaşar**: Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri, Ankara 2007, s. 111; **Epping, Volker**: Grundrechte, 3. Auflage, Berlin Heidelberg 2007, N. 888.

³⁰ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 649; **Yılmaz, Z. S.**, s. 3, 4; **Walker, Wolf-Dietrich**: İş Hukukunda Geçici Hukuki Korumalara İlişkin Seçilmiş Problemler (Problemler), Çev. Özekes, Muhammet, MİHDER 2005/2, s. 380; **Yılmaz-İhtiyatî Tedbir**, s. 215. İdarî yargı bakımından **Lorenz, Dieter**: Das Gebot effektiven Rechtsschutzes des Art. 19 Abs. 4 GG (Art. 19. Abs. 4 GG), Jura 1983, s. 399, 400; **Finkelnburg, Klaus/Dombert, Matthias/Külpmann, Christoph**: Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 5. Auflage, München 2008, N. 5; **Dörr, Oliver**: Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, Tübingen 2003, s. 30. "Hukukun görevi toplumsal yaşamı düzenlemek ve ilişkilerden doğacak sorunları çözümlenektir. O nedenle, herhangi bir olay, hakkında kural yoktur diye çözümsüz bırakılamaz. Bu gibi hukukî boşluğun bulunduğu durumlarda; hâkim bizzat yasa koyucu gibi davranarak, olayı çözümlenektir üzere Medeni Kanun'un 1. maddesi hükmünce olaya uygulanacak kural bulmak ve uygulamakla yükümlüdür. (Y.İ.B.K. 18/11/1964 T. 2/4). Bu hâkim için aynı zamanda bir görevdir. Hâkim önündeki davayı sonuçlandırmak zorundadır. Anayasa'nın 36/2. fıkrası uyarınca hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya dayanarak bir hâkim önündeki uyuşmazlığı çözmekten kaçınmaz. Aksi halde sorumlu olur (HUMK. 573/6,7). Esasen Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesinin özelliği, hâkime kanun koyucu gibi kural koyma yetkisi vermiş olmasıyla önemi haizdir." HGK, 25.2.2004, 10-109/115 (Legal 2004/15, s. 730).

Geçici hukukî korumalar ayrıca hukukta zayıfın korunması düşüncesinde hayat bulur. Hukuk sistemi, menfaatleri çatışan sùjeler arasında bir denge kurmayı amaçlar. Çoğu zaman çatışan menfaatlerden biri tercih edilir. Ancak menfaati üstün tutulmayan tamamen sistemin dışına itilmez, karar alma sürecine etki edebilme gücü ile donatılır. Hukuk kurallarının oluşturulmasında, yorumlanmasında ve bu kurallarda tanınan hakların yargısal yoldan gerçekleştirilmesinde göz önünde bulundurulmuş denge kurma amacı, menfaat dengesi kavramı ile ifade edilmektedir³¹. Menfaat dengesinin önemi, güçsüzlerin korunmasında ortaya çıkar. Güçlü olanın iradesini karşı tarafa kabul ettirme yetkisinin verilmesi ile güçsüzün korunması arasında bir gerilim mevcuttur. Zira, güçlünün menfaatlerine önem verilmesi zayıfı saf dışı bırakabilir; zayıfın aşırı korunması sistemi tıkayabilir. Güçsüzün, sürece etki edebilme, iradesine değer verilme talebi güçlü tarafından reddedildiğinde, menfaat dengesinin kurulması için her halukârda yargısal korumaya müracaat edilecektir. Geçici bir yargısal koruma olmadığı sürece, güçsüzün güçlünün direncini etkin bir şekilde kırması oldukça zordur³². Ne kadar hakkaniyete uygun olsa da, mümkün olduğunca erken kurulamayan bir menfaat dengesi güçsüzü, güçlüye ezdirecektir.

³¹ Bu konuda bkz. Özekes-İhtiyatî Haciz, s. 18 vd.; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku, 7. Bası, Ankara 2009, s. 54 vd.

³² Zackl, N. 7.

§ 3. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMANIN ÖNEMİ

Ülkemizde son yıllarda ortalama dava süresi ve yıllık dava sayısı ile ilgili istatistikler resmi şekilde tutulmaktadır³³. Ancak geçici hukukî koruma taleplerini araştırmacıların hizmetine sunan resmi bir istatistik bulunmamaktadır. 2003 yılında 4949 sayılı Kanunla İcra ve İflâs Kanunu'nda değişiklik yapılmasına kadar geçici hukukî koruma kararlarına karşı kanun yolunun kapalı olması ve ülkemizde yerel mahkeme kararlarının yayımlanma alışkanlığının bulunmaması da bu alanda araştırma yapanların sağlıklı sonuçlara ulaşmasına engel teşkil etmektedir. Şayet böyle bir istatistiki çalışma bulunsaydı, yargılama süresi ile geçici hukukî korumalara başvurma sıklığı arasındaki ilişki değerlendirilebilir, diğer bir ifade ile geçici hukukî korumaya duyulan ihtiyacın gerçekten yargılamanın uzamasının sonucu olup olmadığı sorusuna yanıt aranabilirdi³⁴. Diğer yandan, geçici hukukî korumalardan hangisinin daha sık talep edildiği, uygulamadaki bu tercihin olası sebepleri de bilimsel mercek altına alınabilirdi. Bu nedenle, asıl dava sonucuna ulaşılmasındaki zaman sorununun, geçici hukukî koruma bakımından pratik bir öneminin bulunup bulunmadığı sorusuna bilimsel bir yanıt vermenin şu an itibariyle mümkün olmadığı kanısındayız.

Sayısal verilerle açıklanamasa da, ülkemizde genel olarak geçici hukukî korumaların pratik öneminin olduğu söylenebilir³⁵. Yargılamayı sürüncemede bırakacak, dava konusunu icra edilemez kılacak borçlu davranışlarına sık sık rastlanılması, geçici hukukî korumalara büyük bir önem kazandırmaktadır. Ülkemizin kırılgan ekonomik koşullarında para alacaklarının tahsili için takip yoluna başvuru yoğunluğu nedeniyle ihtiyatî haciz geçici hukukî korumada önemli bir yer işgal etmektedir. Hem borçlunun malvarlığını elden çıkarmasına

³³ Bkz. <http://www.adli-sicil.gov.tr/>

³⁴ Örneğin, Almanya, 1881 yılından beri yargılama hukukunu ilgilendiren sayısal materyale resmi istatistikler yoluyla sahiptir. Yıllara göre açılan dava sayıları, ortalama yargılama süresi ve geçici hukukî korumalara türlerine göre başvurulma sıklığı, hatta çeşitli yargı kolları bakımından özel istatistikler bulunmaktadır. 80'li yılların sonlarındaki istatistiki verilerin değerlendirildiği bir monografide, asliye mahkemelerinde geçici hukukî korumaya başvurma oranının arttığı; ancak, açılan toplam dava sayısı ile oranlandığında azalmanın söz konusu olduğu tespit edilmiştir. Bu veriler ışığında, yargılama süresi ile geçici hukukî korumaya duyulan ihtiyaç arasında -örneğin davaların hızlı sonuçlandırıldığı iş yargılamasında- bazı tahminler yapılabilirse de, doğrudan bir ilişkinin ispatlanamayacağı sonucuna varılmıştır (Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 20-27).

³⁵ Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler, s. 8, 9.

engel olmak için takip yolunun güvence altına alınma isteği, hem de Kanun'un muaccel alacaklar için ihtiyatî haciz sebebine yer vermemesi (İİK m. 257/I), ihtiyatî hacze uygulamada büyük önem kazandırmıştır. Ancak ihtiyatî hacizde bu esneklik, müessesenin kötüye kullanılmasına yol açmıştır. Alacaklıların, geçici hukukî koruma elde etme amacından uzaklaşarak borçluyu baskı altına almak için bu yola başvurdukları gözlemlenmektedir³⁶.

Hukukumuzda geçici hukukî korumanın temel esaslarının yerleşmemiş olması, konuyu önemli kılan faktörlerden bir diğeridir. Özellikle geçici hukukî korumaların birbirinden ayırt edilmesi noktasında önemli sorunlar mevcuttur. İhtiyatî tedbirler, ihtiyatî haciz gibi diğer geçici hukukî korumalarla karışmış, daha doğru bir ifade ile karıştırılmıştır³⁷. Trafik kazalarından doğan tazminat taleplerini, otomobilin devrini yasaklayarak; kat karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan tazminat taleplerini inşaatı durdurarak güvence altına alma şeklindeki yanlış kararlarla başlayan karışıklık, bu kararların icrasına gelindiğinde adeta kör düğüm olmuştur. Öyle ki, Kanun'da istisnaen tanınan duruşma yapmadan da karar verebilme olanağı (m. 105/II; İİK m. 258/II) genel bir uygulamaya dönüşmüş, kararların bazen yazı işleri görevlilerince matbu şekilde kaleme alınıp hâkimin imzasına sunulduktan sonra hemen talep sahibine icra edilebilir hâlde teslim edilecek kadar esnemiştir. Geçici hukukî korumada menfaat dengesinin kurulmasında ibreyi borçluya çeviren, yani geçici hukukî koruma emirlerini borçlu lehine dengeleyen teminat gösterme zorunluluğu (m. 110; İİK m. 259), kredi kurumları söz konusu olduğunda ortadan kalkabilmiştir³⁸. Mahkemenin sehven hükmettiği yanlış geçici hukukî koruma önleminin yorum yolu ile başka geçici bir hukukî koruma olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, konunun hukukun ve hukukçunun itibarını en fazla zedeleyen yönünü teşkil etmektedir³⁹.

³⁶ Özkes-İhtiyatî Haciz, s. 6, 7.

³⁷ "Davalı ve karşı davacı S.A.'nın bu trafik olayı nedeni ile ortaya çıkan zararının tahsilini teminat altına almak için evvelce açtığı tazminat davasında ihtiyati tedbiri kararı verilmesine dair istemi kendisi yönünden haksız ve yasaya aykırı bir eylem teşkil etmez." 11. HD, 27.2.1979, 338/907 (Kaçak, Nazif: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2002, s. 565).

³⁸ HGK, 9.6.2004, 4-351/339 (MİHDER 2006/3, s. 1430 vd.). Kararın eleştirisi için bkz. Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özkes, s. 454 dn. 434.

³⁹ İhtiyatî haciz yerine ihtiyatî tedbir kararı verilmesinin, hukukumuzda teknik bir sorun olmaktan çıkıp artık etik bir sorun hâline geldiği ifade edilmektedir (Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özkes, s. 443 dn. 420).

Bir mahkeme emrinin içeriğinin yorumuna açılması, gerektiğinde kararın başka bir emre tahvil edilmesi, hiç şüphesiz hukuk güvenliğini zedelemekte, adalete olan güveni sarsmaktadır⁴⁰.

Hukuk sistemimizde geçici hukukî koruma uygulaması ihtiyatî tedbirler özelinde ferağdan men gibi belirli tipte geçici hukukî koruma kararları ile sınırlı kalmıştır. Oysa ülkemizin sosyal ve ekonomik durumu göz önüne alındığında, geçici hukukî korumaya asıl ihtiyaç duyulan eda tedbirlerine başvuru sıklığının oldukça az olduğu, hatta bu konuda bir tabunun bulunduğu söylenebilir⁴¹. Zaruret hâlinde bulunan kişilerin geçici olarak haklarına kavuşmaları, alacaklarını tahsil etmelerindeki aciliyet ile başvuru sıklığı arasında ciddi bir oransızlık vardır. Örneğin, para alacaklarında ilk etapta müstakbel takibin sonucunun güvence altına alınması akla gelmekte, belirli koşulların varlığı durumunda alacağın geçici olarak icrası yoluna gidilmemektedir.

Geçici hukukî korumanın diğer bir önemi, hukuk yaşamının etikleştirilmesi, özellikle yargı etiğinin sağlanmasında ortaya çıkmaktadır⁴². Ülkemizde, borçlu olduğunu bilmesine rağmen stabil bir ekonomik yapının eksikliğinden ve bunun sonucunda paranın değerinin korunamayışından faydalanmak amacıyla, yargılamanın ve icra takibinin uzatılması gayretleri bütün çabalara rağmen engellenememektedir. Oysa, yargı etiğinin hâkim olduğu bir hukuk düzeninde borçlu olduğunu bilen bir borçlu, titiz bir hukukî kontrolü şart koşması nedeniyle zaman faktöründen yararlanamamalı ve asıl davanın arkasına saklanamamalıdır. Özellikle alacaklının geçici hukukî koruma yolu ile geçici olarak tatmin edilebilirliği, anılan davranışlarda bulunmayı düşünen borçluyu alıkoyacak, ona göz dağı verecek bir etki doğuracaktır. Hızlı bir yargılamada aleyhine verilen eda tedbiri kararının malvarlığında derhal icra edilebileceğinin bilincinde olan borçlu, borcunu vaktinde ödemedede daha istekli davranacak, haksız müdahalede daha fazla ısrar etmeyecektir. Şayet eda tedbirlerinin bu

⁴⁰ Bkz. aşa. Bölüm II, § 7, I, A, 4.

⁴¹ Klişe nitelendirme için bkz. **Alangoza, Yavuz**: “Davanın Esasını Çözümleyecek veya Böyle Bir Sonuç Doğuracak Biçimde İhtiyatî Tedbir Karar”ları Hakkında (İhtiyatî Tedbir), MÜHFD 2007/2, s. 325.

⁴² Ülkemizde hukukun çok ciddi bir şekilde etik sorunu bulunduğuna ilişkin bkz. **Özkes, Muhammet**: Ülkemizde Hukukun Vicdan ve Ahlak Sorunu (Vicdan ve Ahlak), Es. BD. 2005 S. 6 (Ayrı Bası), s. 16.

etkisine rağmen borç ödenmeyip ya da müdahaleye devam edilip alacaklı katlanılmayacak zararlarla karşı karşıya bırakıldığında, eda tedbirinin hızlı, müdahaleci yönü devreye girecek, kararın icrası ile ya alacaklı geçici olarak alacağına kavuşturulacak ya da müdahalenin sürdürülmesi cezaî yaptırımla karşılanacaktır⁴³. Bu durumda, yıllar sürecektir bir davada icra tehdidinden uzak bir borçlu, doğru sonuca makul sürede ulaşmak için pasif kalabilecektir, dava sonuçlanmadan davayı kaybetmiş gibi muamele gördüğünde, bu sefer kaybettiğini bir an evvel yeniden elde etmek için zamanla yarışacak, yargılamanın en kısa sürede sonuçlanması için katkı sağlayacaktır. Alacaklı açısından da özellikle para alacaklarında, alacağın bir kısmının tedbir yolu ile elde edilmesi, geri kalan kısma asıl dava sonucunda ulaşılması menfaatinin doğuracaktır. Eda tedbiri sayesinde menfaatleri kısmen karşılanan alacaklı ile yitirdiği hukukî konumu yeniden elde etmek isteyen borçlunun yargılamaya daha aktif katılımı söz konusu olacaktır. Bu da yargılamanın otomatikman hızlanmasına etki edecektir⁴⁴. Kısaca, eda tedbirleri özelinde geçici hukukî koruma, borçlu olduğunu bilen, ancak buna rağmen borcunu ifa etmeyenlerin, yargılama süresini uzatmaya yönelik kötü niyetli davranışlarının önüne geçilmesinde, daha genel bir ifade ile hukuk yaşamının etikleştirilmesinde önemli rol oynayabilecek hukukî bir enstrümandır⁴⁵. Belirtmek gerekir ki, geçici hukukî korumanın yargı etiğine ilişkin bu işlevini yerine getirmesi, eda tedbiri taleplerinin gerektiğinde ispat ölçüsü yükseltilecek incelenmesine bağlıdır. Aksi takdirde, yargı etiğinin sağlanması adına borçlunun büyük zararlara uğraması söz konusu olabilir⁴⁶.

Geçici hukukî koruma kararlarında ülke çapında makul düzeyde yeknesaklığın sağlanamaması, geçici hukukî korumaların diğer bir pratik önemini teşkil etmektedir⁴⁷. Geçici nihaî karar niteliğindeki geçici hukukî koruma kararlarına karşı yürürlükteki mevzuat çerçevesinde kanun yoluna

⁴³ Mossler, s. 196.

⁴⁴ Mossler, s. 195; Yılmaz, Z. S., s. 4.

⁴⁵ Normand, Jacques: De quelques limites du refere provision, Rev. trim. dr. civ. 1999, s. 177 (naklen, Mossler, s. 196).

⁴⁶ Bu konuda bkz. aşağıda. Bölüm II, § 6, V, A, 3 ve B, 6.

⁴⁷ Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler, s. 9.

başvurmaya hiçbir engel bulunmasa da, doktrin ve yargı kararlarında bu konu temyiz yolunun kapalı olduğu sonucuna varılmıştır⁴⁸. Tedbir kararlarının denetlenmesindeki boşluk, hukukî güvensizliğe yol açacak derecede içtihat farklılığını beraberinde getirmiştir. Öyle ki, aynı yargı çevresi içindeki mahkemelerden birisi, tedbir talebini reddederken kısa aralıkla yeni talep üzerine meseleyi inceleyen diğer bir mahkeme tedbire hükmedebilmektedir. İstinaf kanun yolunun sisteme dahil edilmesinden sonra da söz konusu tereddüdün tam anlamıyla giderilmesi kolay değildir⁴⁹.

Son yıllarda geçici hukukî korumaların önemi, asıl işlevinin aşıldığı bazı durumlarda daha da artmaktadır. Eda tedbirlerinin giderek uygulama alanını genişletmesiyle geçici hukukî koruma, bazı durumlarda davadaki hukukî sonuca yaklaşan etkiler göstermektedir. Gerçekten, asıl dava sonucunu öne çeken eda tedbirlerinden sonra tarafların kimi zaman dava açmakta menfaatleri kalmamaktadır. Örneğin, günler öncesinden yapılan bir sözleşme ile düğün organizasyonunu üstlenen bir otelin, gerekli hazırlığı yapmaması üzerine hükmedilen eda tedbiri kararından sonra, talepte bulunanın menfaati tamamen karşılanmaktadır. Bu ihtimalde hukukî koruma sağlanabilecek yegane zaman dilimi, düğünün yapılacağı gündür. Dava açıldığı varsayıldığında, önceden duyurulan düğün tarihinden sonra otelin işi yapmaya mahkûm edilmesi, gerçekte hukukî koruma teşkil etmez. Yine, önceden ilân edilip biletleri satılan bir konser, ancak konser tarihinden önce tedbiren durdurulduğu takdirde gerçek bir hukukî koruma elde edilebilir⁵⁰. Her iki tarafın da mahkemeden hızlı bir yargılamayı bekledikleri bu gibi durumlarda, geçici hukukî koruma yargılamasında verilen karardan sonra tamamlayıcı merasime gerek kalmadığından, sağlanan hukukî koruma, niteliği ve tâbi olduğu yargılama itibariyle geçici olsa da zaman faktörü nedeniyle nihaî etkiler göstermektedir⁵¹.

⁴⁸ Bu konuda bkz. aşağıda Bölüm II, § 6, IV, D.

⁴⁹ İstinaf kanun yoluna sahip Alman Hukuku'nda da tedbir kararlarındaki ahenksizlik, geçici hukukî korumanın pratik önemi çerçevesinde eleştirilmektedir (Berger, Kap. 1 N. 3).

⁵⁰ Özekes-İhtiyatî Tedbir, s. 128.

⁵¹ Morbach, s. 11; Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 29, 30; Prütting/Stickelbrock, s. 279; Paulus, N. 699.

Ayrıca, Alman Hukuku gibi bazı hukuk sistemlerinde davadaki ve geçici hukukî korumadaki yargılamaların konularının birbirine benzer olması ve geçici hukukî koruma yargılamasında da yaklaşık ispat seviyesinde kalsa da talebin esasının titizlikle incelenmesi nedeniyle, taraflar yeniden yargılama gideri yaparak dava açmayı göze almamaktadırlar⁵². Bu durum, özellikle haksız rekabet ihlallerinden doğan bir işin yapılmamasına yönelik tedbir kararlarından sonra gündeme gelmektedir⁵³. Taraflar, asıl davada farklı yönde bir karar verilmeyeceğini öngördüklerinde, yargılama giderlerinden tasarruf etmek için geçici hukukî koruma ile yetinmektedirler. Keza, eda tedbirlerinin icrasında borçlunun, talebini karşılayacak ödeme gücünün bulunmadığını gören alacaklı, asıl davadan vazgeçebilmektedir⁵⁴. Zira, bir yandan bu hukuk sisteminde Türk Hukuku'nda olduğu gibi sert tamamlayıcı merasim sistemi öngörülmemiştir; diğer yandan alacaklı, asıl davada elde edeceği hükmün infaz kabiliyeti bir yana, davadaki yargılama giderlerinin dahi karşılanamayacağından endişe etmektedir. Ayrıca, kişilik haklarının basın yoluyla ihlâl edilip edilmediğine yönelik bir uyuşmazlık çıktığında, taraflar hızlı bir yargılamaya ihtiyaç duymaktadırlar. Hızlı yargılamadan sonra tarafların meselenin yeniden davadaki yargılamada ele alınmasında menfaatleri kalmamaktadır. Alacaklının yargılama ve takip hukuku eksenindeki menfaatinin asıl olarak hükmün icrasında kendisini gösterdiği dikkate alındığında, icranın tedbir yolu ile baştan sağlanması ya da dava ile dahi sağlanamayacağına anlaşılması, geçici hukukî korumalara büyük bir önem kazandırmaktadır. Gerçekten, tedbirler, adeta kesin bir etkiye sahip kılınmakta;

⁵² Alman Hukuku'nda belirli bir sürede asıl dava açılmadığı takdirde tedbirin kendiliğinden kalkmasını öngören bir hüküm Usûl Kanunu'nda bulunmamaktadır. Mahkeme, ancak talep üzerine lehine tedbir ya da ihtiyatî haciz kararı verilen tarafa asıl davayı açması için süre verir. Verilen süre içinde asıl dava açılmadığında geçici hukukî koruma kendiliğinden kalkmaz, yeni bir başvuru üzerine mahkeme tedbir ya da ihtiyatî haczin kaldırılmasına karar verir (ZPO § 926). Bu konuda ayrıca bkz. aşa. Bölüm II, § 6, IV, D.

⁵³ **Deren-Yıldırım, Nevhis:** Haksız Rekabet Hukuku İle Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyatî Tedbirler (İhtiyatî Tedbirler), 2. Baskı, İstanbul 2002, s. 7, 8.

⁵⁴ **Grunsky-Grundzüge,** § 8 III 1; **Bruns/Peters,** s. 341, 342; **Lüke, Wolfgang:** Zivilprozessrecht, 9. Auflage, München 2006, N. 725; **Berger,** Kap. 1 N. 2; **Adolphsen, Jens:** Zivilprozessrecht, Baden-Baden 2006, s. 288. Eda tedbirlerinde, tamamlayıcı merasime gidilmeme ihtimalinde asıl davaya bağlanılmaması nedeniyle özel (acele) bir yargılama türünün söz konusu olduğu belirtilmektedir (**Stein/Jonas/Grunsky,** vor § 935 N. 35; **Thümmel in Wiczorek/Schütze,** § 940 N. 8). Türk Hukuku'nda ise tamamlayıcı merasim zorunludur. Özel bir yargılama türünden söz etmek mümkün değildir. Olsa olsa eda tedbiri yargılamasının, teminat tedbiri yargılamasına göre bazı özellikler gösterdiği söylenebilir.

zaman zaman davadaki hukukî korumanın yerini alır, hatta onun yerine kaim olur hâle gelmektedir⁵⁵.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda tamamlayıcı merasim zorunluluğunun istisna tanımaz şekilde düzenlenmesi (m. 109), ihtiyatî tedbirlerin kalıcı etki göstermesine yönelik pratik önemini diğer hukuk sistemleri ile karşılaştırıldığında azaltmaktadır⁵⁶. Zira, 10 gün içinde asıl davanın açılması zorunluluğu, tarafların ihtiyatî tedbir yargılamasından çıkan sonuca razı olmalarına, böylelikle ihtiyatî tedbirin kalıcı etkiler doğurmasına engel teşkil etmektedir. Yine de hukukumuzda tedbir kararlarının fiilen eski hâle iade edilemez olması sonucunda kalıcı etkiler göstermesi istisnaen gündeme gelebilir. Örneğin, konusu bir miktar paranın geçici olarak ödenmesi olan ihtiyatî tedbirin icra edildiğini varsayacak olursak; dava sonunda tedbirin haksızlığı anlaşıldığında lehine tedbir kararı verilenin ödeme aczi eski hâle iadeye engel oluyorsa, tedbir kararı sanki asıl dava sonucu gibi hüküm ifade edecektir. Keza, boşanma ve ayrılık davasındaki geçici önlemlerle evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemlerde, evlilik birliğine geçici bir düzen getirildiğinden eski hâle iade yolu kapalıdır⁵⁷. Verilen örneklerde, hukukî korumanın eski hâle iade edilememesinden ötürü kalıcı hâle gelmesi, geçicilik niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Zira, ileride tartışılacağı üzere geçicilik bazen hukukî korumanın kaldırılabilirliği şeklinde bir işlev de görmektedir⁵⁸.

⁵⁵ **Leipold-Grundlagen**, s. 13; **Walker-Der einstweilige Rechtsschutz**, N. 32; **Schuschke, Winfried/Walker, Wolf-Dietrich: Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz**, (mit dem Bearbeiter **Schmukle, Detlef**), 4. Auflage, Köln München 2008, **Walker in Schuschke/Walker**, vor § 916 N. 6. **Morbach** da asıl davanın tamamlanması işlevinin aşılarak ikâme edilme şeklinde fiili bir işlevi vurgulamaktadır (s. 10).

⁵⁶ **Alangoya, H. Yavuz/Yıldırım, M. Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis: Medenî Usul Hukuku Esasları (Usul)**, 7. Bası, İstanbul 2009, s. 406. Geçici hukukî korumanın kaim olma şeklindeki işlevine karşı çıkan değerlendirme için bkz. **Yılmaz, C. I.**, s. 34; **Yılmaz, Z. S.**, s. 5.

⁵⁷ Bkz. aşa. Bölüm II, § 7, B, 3, b, (1).

⁵⁸ Bkz. aşa. Bölüm I, § 5, II, C.

§ 4. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA – ANAYASA HUKUKU İLİŞKİSİ

Anayasa hukuku, özellikle usûlî temel haklar yoluyla yargılama hukukuna yön vermektedir. Anayasa normları, usûl kanunlarının ve tüm mahkeme teşkilatının oluşturulmasında dikkate alınmaktadır. Daha da önemlisi, yargılama kuralları, Anayasa'ya uygun yorum gereğince, Anayasa hükümlerine ve orada teminat altına alınan insan onuru, eşitlik, hukuk devleti ve sosyal devlet gibi ilkeler göz önünde bulundurularak yorumlanmaktadır⁵⁹. Bu anlamda, medenî usûl hukuku, uygulamalı anayasa hukuku olarak da ifade edilmektedir⁶⁰. Geçici hukukî korumanın anayasal temelinin bulunup bulunmadığı, var ise hangi anayasal müesseselerden çıkarılabileceği, kısaca Anayasa koyucunun incelediğimiz konuya bakışı ele alınmaksızın, diğer meselelere yanıt aranması oldukça zordur. Örneğin, ihtiyatî tedbir yolu ile asıl dava sonucunun öne çekilmesinin caiz olup olmadığı, caiz ise ne ölçüde öne çekilebileceği, bu bağlamda ihtiyatî tedbirlere cömert mi yoksa sınırlandırıcı şekilde mi hükmedileceği, doğrudan Anayasa koyucunun tercihlerine bağlı salt yargılama hukuku içinde kolaylıkla sonuca bağlanamayacak genel sorulardır⁶¹. Yalnız tedbir türleri ve tedbirlerin içerikleri değil, yargılama ve icra gibi geçici hukukî

⁵⁹ **Maurer, Hartmut:** Staatsrecht I, 5. Auflage, München 2007, § 8 N. 27; **Thomas, Heinz/Putzo, Hans:** Zivilprozessordnung (mit dem Bearbeiter, **Reichold, Klaus**), 29. Auflage, München 2008, **Reichhold** in Thomas/Putzo, Einl. VI, N. 5; **Pekcantez/Atalay/Özekes**, s. 65, 66. Ayrıca, anayasal düzenlemeler ne kadar somut ortaya konulmuşsa, kanun koyucuya ve kanunu uygulayacaklara o kadar az hareket alanı kalacaktır. Kanunlar, Anayasa'nın belirlediği şartları karşılayamayıp hukuk boşluğu ortaya çıktığında, Anayasa'da ilgili hüküm var ise tamamlayıcı mahiyetteki bu kural doğrudan uygulanacaktır (**Vogg, Stefan:** Einstweiliger Rechtsschutz und vorläufige Vollstreckbarkeit, Berlin 1991, s. 38; **Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi:** 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2009, s. 114; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usul**, s. 9, 10 ve özellikle s. 14). Anayasal yorum, bir usûl normunun yorumlanmasında gündeme gelebilecek birden çok sonuçtan, Anayasa'ya en yakın olanın ve Anayasa ile bağdaşmanın tercih edilmesidir (**Stein/Jonas/Brehm**, vor § 1 N. 84). Hâkimin usûl hukukunu, hukukî koruma garantisinin düzenlendiği Anayasa hükmüne uygun olarak yorumlaması gerektiğine ilişkin bkz. **Epping**, N. 882. "Yasa kurallarının, birer bağlayıcı ve üstün hukuk kuralları olan Anayasa hükümleriyle birlikte ve onlarla çelişmeyecek biçimde yorumlanması esastır. Bir yasa kuralı, değişik biçimlerde yorumlanabiliyorsa, bunlardan Anayasaya en uygun olanının benimsenip uygulanması gerekir." HGK, 26.1.2000, 1999-18-1052/10 (YKD 2001/6, s. 805).

⁶⁰ **Gaul, Hans Friedhelm:** Yargılamanın Amacı Güncelliğini Koruyan Bir Konu (Amaç), *Çev. Deren-Yıldırım, Nevhis*, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2002, s. 94 dn. 34. Bu konuda ayrıca bkz. **Yıldırım, M. Kâmil:** İcra Hukukunun Anayasa İle İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi, *Hukuk Araştırmaları Dergisi* 1989/1-3, s. 106; **Deguchi, Masahisa:** Die prozessualen Grundrechte im japanischen und deutschen einstweiligen Rechtsschutz in Zivilsachen, Frankfurt am Main 1992, s. 136, 137.

⁶¹ **Walker-Der einstweilige Rechtsschutz**, N. 39.

korumaya ilişkin tüm konularda ancak Anayasa temelinde değerlendirme yapılabilir.

Geçici hukukî korumanın Anayasa ile ilişkisinin kurulabilmesi için öncelikle hukukî koruma gibi anayasal müesseselerin genel hatlarıyla açıklanması gerekir. Zira, Anayasa'nın hukukî korumaya ilişkin içeriği somutlaştırılabildiği ölçüde yargılama hukuku billurlaşacaktır. Bunun sonucunda, hakların gerçekleştirilmesi bakımından, bir yandan kanun koyucunun inşa etmesi gereken yargılama sistemi; diğer yandan hâkimin usûl kurallarını yorumlarken ve uygulamak üzere göz önünde bulunduracağı ilke ve prensipler aydınlanacaktır⁶².

Belirtmek gerekir ki, aşağıda tüm Anayasa hukuku tartışmalarına girilmeyecek, ayırıcı, unsur niteliğinde ve özellikle geçici hukukî koruma ile ilgili hükümlerin uygulanması ve yorumlanmasında öneme sahip hususlara değinilecektir. Daha sonra, ilgili anayasal müesseselerin ışığında geçici hukukî korumanın Anayasa'daki yeri belirlenmeye çalışılacaktır.

I. Hukukî Koruma Garantisi

A. Hukukî Korumanın Tanımı ve Unsurları

Pek çok hukuk düzeninde borçlu, borcunu çoğu zaman iradesi ile yerine getirmemektedir. Bu durumda, hak sahibinin hakkının gerçekleştirilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Borçlu sıfatını taşıyan herkesin borçlarını iradi olarak ifa ettikleri ideal bir hukuk düzeninde, hukukî korumanın ön planda olmayacağı şüphesizdir. Tarihsel süreçte kendiliğinden hak alma, haklının değil, güçlünün lehine sonuçlar yaratmıştır. Hukuk güvenliği ve barışın bu şekilde tehdit edilmesi nedeniyle devlet, istisnai durumlar dışında (örneğin, BK m. 52) kendiliğinden hak almayı yasaklamış, hakların gerçekleştirilmesine hizmet eden güç kullanma yetkisini kendi üzerinde toplamıştır. Borçlunun hakkını tanımaması ya da hakkına zarar vermesi durumunda alacaklı, adeta devletin yardımına muhtaç kalmıştır. Kendiliğinden hak almanın prensip itibarıyla yasaklanması sonucunda, kişilerin hak arama talepleri devlet tarafından başka bir yolla

⁶² Geçici hukukî korumalara ilişkin anayasal yorum, sistematik kanun yorumunun bir parçasını oluşturmaktadır (Vogg, s. 59).

gerçekleştirilmiştir. Zira, anılan yasak uyuşmazlıkların çözümü tekelinin devlete ait olması sonucunu ortaya çıkarmıştır⁶³. İşte devlet, hukukî korumayı garanti edip hakların gerçekleştirilmesi sorumluluğunu üzerine alarak kendiliğinden hak alma yasağını telafi etmektedir⁶⁴. Kişiler, kendilerine devlete karşı hukukî korumanın sağlanması istemini yöneltebilme hakkı tanınmaktadır. Devlet de bu istem kendisine yöneltildiğinde sessiz kalmaz, hakkın dağıtımından kaçınmaz⁶⁵. Devlet, bu sorumluluğu üzerine aldığı, daha doğru bir ifade ile hukukî koruma sağladığı ölçüde kendiliğinden hak almanın sınırlanması haklı bir temele oturur⁶⁶.

Hukukî koruma denilince ilk etapta yargı yoluyla hukukî koruma akla gelmekle birlikte, idarî yoldan ya da yasama yolu ile de hukukî koruma sağlanabilir. Zira, sübjektif haklar, idarî yoldan veya yasama yolu ile de pekâlâ bir usûle uyularak gerçekleştirilebilir⁶⁷. Bu konuda, Anayasa koyucunun yapacağı tercih belirleyicidir. Türk Hukuku'nda Anayasa'da tanınmış hak ve hürriyetlerin ihlâlinde özel bir hukukî koruma yoluna yer verilmemiştir (AY m.

⁶³ Lüke, N. 1; Deguchi, s. 139; Fasching, Hans W.: Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen 1. Band, 2. Auflage, Wien 2000, Einl. N. 58; Paulus, N. 19.

⁶⁴ Papier, Hans-Jürgen: Handbuch des Staatsrechts, Hrsgb: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul, Band VI, 2. Auflage, Heidelberg 2001, § 153 N. 1; Detterbeck, Steffen: Streitgegenstand, Justizgewährungsanspruch und Rechtsschutzanspruch, AcP 1992/192, s. 327; Krebs, Walter: von Münch, Ingo/Kunig, Philip: Grundgesetz-Kommentar Band 1 (GGK I), 5. Auflage, München 2000, Art. 19 N. 50; Stein/Jonas/Brehm, vor § 1 N. 284; Kissel, Otto Rudolf/Mayer, Herbert: Gerichtsverfassungsrecht, 5. Auflage, München 2008, Einl. N. 209; Musielak/Musielak, Einl. N. 6; Seven, Vural: Çek Keşidecisinin TTK m. 711/3'e Göre Verdiği Ödemenen Men Talimatının Hukukî Niteliği ve Ceza Kovuşturmasına Etkisi (Ödemen Men), TBBD Mayıs Haziran 2007, s. 290; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 41; Alangoya-İhtiyatı Tedbir, s. 338. Adaletin sağlanmasını devletin güç tekelinin ters yüzü olarak nitelendiren değerlendirme için bkz. Sachs, Michael: Grundgesetz Kommentar, 5. Auflage, München 2009, Art. 20 N. 162; Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katherina: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz Hrsgb: Grote, Rainer/Marauhn, Thilo, Tübingen 2006, Kap. 14 N. 2.

⁶⁵ Özekes-İhtiyatı Haciz, s. 31; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 41; Özekes-Hukukî Dinlenilme, s. 51.

⁶⁶ König, Bernhard: Einstweilige Verfügung im Zivilverfahren, 2. Auflage, Wien 2000, N. 1/I.

⁶⁷ İdarî yoldan ya da tahkim yolu ile hakların korunmasının mümkün olduğuna ilişkin benzer yönde bkz. Seven-Ödemenen Men, s. 290 dn. 19. Lorenz'e göre, yargı dışı -örneğin idarî yolla- hukukî koruma, yargısal hukukî korumayı tamamlamaktadır (Lorenz, Dieter: Der grundrechtliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz (effektiver Rechtsschutz), AöR-105/1980, s. 626). Hak arama hürriyetinin idarî makamlara ve özellikle insan haklarına birimlerine başvuru olanağını da kapsamına aldığına ilişkin bkz. Kaboğlu, İbrahim Ö.: Anayasa Hukuku Dersleri, 4. Baskı, İstanbul 2009, s. 259. Pek çok Avrupa devletinin hukuk sisteminde, mahkeme olmayan idarî bir kurulun bireyin haklarını karara bağladığına, bu kurulun ya AİHS m. 6'nın güvencelerini yerine getirmesi ya da kurul kararının AİHS m. 6'nın gereklerini yerine getiren bir mahkemeye taşınabilmesi gerektiğine ilişkin bkz. İnceoğlu, Sibel: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 3. Baskı, İstanbul 2008, s. 79.

40). Buna karşılık, 36. maddede ifadesini bulan hak arama hürriyeti, açıkça yargısal hukukî korumaya bağlanmıştır. Genel anlamda hukukî korumadan çok dar anlamda yargısal hukukî koruma garanti edilmiş, diğer bir ifade ile hukukî korumanın hangi şekilde sağlanacağı somutlaştırılmıştır⁶⁸. Bu durumda, Anayasa'da yer almayan sübjektif haklar, yargısal yoldan gerçekleştirilecektir. Bu çalışmada hukukî koruma ile ilgili açıklamalarda yargısal yoldan hukukî koruma esas alınmıştır. Buna göre, hukukî koruma, devlet tarafından yapılandırılır, bağımsız ve tarafsız yargı organlarınca sağlanır⁶⁹.

Hukukî koruma çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır. Bir tanıma göre hukukî koruma, "bireyin hukuk düzenince kendisine tanınmış olan haklarının korunmasını, prensip itibariyle devletin yargı organlarından talep etmesi ve koşulları oluştuğunda devletin bu hakların gerçekleştirilmesini sağlamasıdır"⁷⁰. Bu tanım, sübjektif hakların gerçekleştirilmesini ön planda tutmaktadır. Gerçekten, hukukî koruma, esas itibariyle sübjektif hakların tespitine ve gerçekleştirilmesine, yani korunmasına hizmet etmektedir. Sübjektif hakların yargısal güvencesi olan hukukî koruma, kişinin hakkını elde etme, haksızlığı önlemenin hukukça meşru görülen en temel aracıdır⁷¹. Hukukî korumanın aynı zamanda hukuk düzeninin sağlanması, hukukî barışın ve güvenliğin korunması gibi başka fonksiyonları da vardır. Ancak bu sonuncular hukukî korumanın sübjektif hakları gerçekleştirme fonksiyonunun sonuçlarıdır⁷². Sübjektif hakkın gerçekleştirilmesinde hukukî korumanın en temel aracı olan "dava" esas alınmıştır. Buna karşılık temelinde bir hak olmasa da, yargılama sonunda bir durumun ya da ilgilinin hukukî konumu korunduğundan, çekişmesiz yargı sonunda da hukukî koruma sağlanmaktadır⁷³. Bu bakımdan, hukukî koruma, hem sübjektif hakları hem de hak seviyesine yükseltilmese de hukukî konumların korunmasını kapsamına almaktadır. Ayrıca, hukukî koruma garantisi, uyumsuzluğun her iki tarafına da tanınmıştır. Sübjektif hakların gerçekleştirilmesi,

⁶⁸ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 188; Özkes, Muhammet: İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler (Temel Haklar), Ankara 2009, s. 241.

⁶⁹ Akkan, s. 30.

⁷⁰ Akkan, s. 35.

⁷¹ AMK, 27.3.2002, 2001/343 E. 2002/41 K. (www.anayasa.gov.tr).

⁷² Deren-Yıldırım-İhtiyati Tedbirler, s. 2.

⁷³ Gaul-Amaç, s. 97, 98.

yalnız hak sahibi olduğunu iddia edenin durumunu dikkate almaktadır. Oysa, hak ihlâlinde bulunduğu iddia edilen de, iddianın haksızlığını ispat etmek ve bir daha rahatsız edilmemek için hukukî korunma talebinde bulunabilir. Menfi tespit davaları bunun en tipik örneğidir⁷⁴.

Bu açıklamalar ışığında, yargısal hukukî korumanın doğrudan sübjektif haklara bağlanmadan daha yalın bir şekilde tanımlanmasında fayda vardır. Buna göre hukukî koruma, “temelini hukuk devleti ilkesinde bulan, muhatabı devlet olan, kişinin talebi üzerine yargı mercilerinin faaliyeti ile geniş ya da kapsamlı bir hukukî korumaya kavuşturulmasını istemesi” şeklinde tanımlanabilir⁷⁵.

Hukukî koruma, vakıa ve hukukî denetimin yapıldığı ve ihlâlin önlenmesi veya ortadan kaldırılmasını hedefleyen birincil hukukî korumanın öngörülmesini şart koşmaktadır. İhlâlin bertaraf edilmesi ya da kaldırılması yerine, oluşan zararların tazminini hedefleyen ikincil hukukî koruma prensip olarak hukukî korumanın gereklerini tam olarak karşılamamaktadır⁷⁶.

Devletin hukukî koruma garantisinin çerçevesi “kişilerin hak alma konusundaki talepleri hukukî olarak kabul görmeli ve fiili olarak gerçekleştirilmelidir”⁷⁷ şeklinde çizilmektedir. Kendiliğinden hak almaya göre daha adil bulunduğundan hayata geçirilen ve çerçevesi kısa bir tümce ile çizilen hukukî korumanın devlete ve kişiye hitap eden iki yönü bulunmaktadır. Kişiye hitap eden yönünde, hakkın teslimini sağlayan başkaca yol bulunmadığından hukukî korumanın sağlanması devletten talep edilebilecektir⁷⁸. Devlete hitap eden yönünde ise, yargısal bir faaliyet icra edilerek kişi korunacak, kendisine hakkı teslim edilecektir. Korunan, yani kişi bakımından hukukî koruma, genel olarak hukuk devleti ilkesi, özel olarak Anayasa’nın 36. maddesi karşısında bir garantidir. Koruyan bakımından ise hukukî korumanın sağlanması anayasal bir

⁷⁴ Akkan, s. 64.

⁷⁵ Zöllner/Vollkommer, Einl. N. 48; Musielak/Musielak, Einl. N. 6; Deren-Yıldırım-İhtiyati Tedbirler, s. 2.

⁷⁶ Sachs, Art. 19 N. 136; Dörr, s. 23.

⁷⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 41.

⁷⁸ Hukukî korunma talebinin devlete karşı sübjektif bir kamusal talep olduğu ve devletin bunu mahkemeler aracılığıyla yerine getirdiğine ilişkin bkz. Özekes-İhtiyatî Haciz, s. 30, 31; Pekcanitez-Adil Yargılama, s. 37 dn. 7; Tanrıver, Süha: Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı (Adil Yargılanma), TBBD Temmuz Ağustos 2004, s. 191, 192.

emir, görevdir⁷⁹. İki yönlü ilişki karşısında, hukukî korumadan söz edildiğinde devletin ödevi; hukukî korunmadan söz edildiğinde ise kişiye sağlanan garanti anlaşılmalıdır⁸⁰.

Devlet, üstlendiği bu sorumluluğu, aynı zamanda hukukî korumanın olmaz ise olmaz şu üç koşulu yerine getirerek gerçekleştirecektir: İlk olarak devlet, işler bir yargı düzenini teşkilatlandırmalı, kanunî temele sahip bir yargılamayı kurmalı, yargı yolunu ve cebri icrayı düzenlemelidir⁸¹. Kısaca, yargının varlığı bilinebilir, algılanabilir olmalıdır. Bu çerçevede kurumsal hukukî korumanın sağlanması yeterlidir.

İkinci olarak, kurulan yargı düzeni kişilere açılmalıdır. Kişiler, sübjektif haklarının ihlâl edildiğini ya da çekişmesiz yargı işlerinde taleplerini yargı mercileri önünde ileri sürebilmelidirler. Taraflar arasında sübjektif hak çatışması varsa, yargı mercileri, uyumsuzluğun çözümü için muhatap olarak görülebilmelidir. Hakkının ihlâl edildiğini iddia eden kişiye, yargılama faaliyeti yürüten ve hakkı teslim etme kudretine sahip bağlayıcı karar verme yetkisi ile donatılmış bir yargı mercii açık olmalıdır⁸². Yani, yargı mercileri, kişiler için ulaşılabilir kılınmalıdır. Burada esasen mahkemeye başvuru hakkı, hâkime ulaşma hakkı ya da adalete erişimden söz edilebilir. Hukukî korumanın bu ikinci unsuru kanımızca “yargı mercilerine başvuru hakkı” olarak adlandırılabilir. Anayasa’nın 36. maddesinde hak arama hürriyeti başlığı altında herkesin yargı mercileri önünde davacı ve davalı sıfatı ile iddia ve savunma hakkına sahip olması, yargı mercilerine başvuru hakkına ilişkindir. Ne var ki, kanunlarımızda makul bir gerekçesi olmamasına rağmen yargı mercilerine başvuru hakkı kapatılabilmektedir. İcra ve İflâs Kanunu’nun 68b maddesinin 2. fıkrasında, kredi kurumunun gönderdiği hesap özetine bir ay içinde itiraz etmeyen borçlunun,

⁷⁹ Vogg, s. 46; Yılmaz, C. I, s. 29.

⁸⁰ Akkan, s. 32.

⁸¹ Lorenz-Art. 19. Abs. 4 GG, s. 397; Schilken, Eberhard: Gerichtsverfassungsrecht (Gerichtsverfassungsrecht), 4. Auflage, Köln, München 2007, N. 90; Deguchi, s. 139; Dörr, s. 21, 22; Budak-Üçüncü Kişiler, s. 4, 5; Atalay, Esra: Yargısal Temel Haklar, Prof. Şükrü Postacıoğlu’na Armağan, İzmir 1997, s. 445; Fischer, s. 247, 248; Demircioğlu, s. 106.

⁸² Devlet, yargının oluşturulmasında geniş bir serbestiye sahiptir. Devlet yargısı kurulmadığı takdirde diğer anayasal gerekliliklerin sağlanması mümkün değildir. Devlet yargısı, kişilere tereddütsüz açık olmalıdır. Ancak yargının devlet eliyle sağlanmasında bir münhasırlık da söz konusu değildir. Tahkim yargılaması da şekli anlamda hukukî koruma için yeterlidir (Papier, § 153 N. 11, 12; Akkan, s. 30).

hesap özetinin gerçeğe aykırılığını, ancak borcunu ödedikten sonra dava edilebileceği düzenlenmiştir. Yine, aynı maddenin ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilâmsız takiplerde itirazın bertaraf edilmesi prosedüründe de uygulanan 3. fıkrasına göre, itiraz etmediği hesap özetinin dayandığı belgelerde kendisine izafe edilen imzayı kabul etmiş sayılır. Borçlunun anayasal temel hakkı niteliğindeki yargı mercilerine başvuru hakkının, borcunu ödemesi şartına; imzaya itirazın hesap özetine itiraz edilmiş olması şartına bağlanması, yargı mercilerini kişiler için ulaşılabilir olmaktan çıkarmaktadır. Bu yönüyle anılan hüküm, Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır⁸³.

Devletin teşkilatlandığı yargı sistemi herkes için eşit ölçüde erişilebilir olmalıdır⁸⁴. İdeal bir eşitliğin sağlanması şüphesiz oldukça zordur. Ancak ekonomik ve sosyal farklılıklardan ötürü, gerek hak arayanlar arasındaki gerekse uyumsuzluğun tarafları arasındaki eşitsizliklerin ortadan kaldırılması da hukukî koruma garantisi içinde değerlendirilmelidir. Yargıya eşit ölçüde erişilebilirlik, daha ziyade hukukî korumanın etkinliği ile ilgili olduğundan, mesele etkin hukukî koruma başlığı içinde değerlendirilecektir⁸⁵.

Doğrudan Anayasa'da ya da kanunlarda olması gereken görev kurallarının eksikliği nedeniyle özel bir yargı yolu öngörülme dahi, Anayasa'da ifadesini bulan yargı mercilerine başvuru hakkı, genel bir yargı yolunun kapısını açmaktadır⁸⁶. Yargı mercilerine başvuru hakkı, maddî haklara dava edilebilirlik özelliğini kazandırmaktadır. Prensip itibarıyla her maddî hak ve herkes için yargı mercileri açıktır⁸⁷. Herkes hak sahibi olduğunu iddia ederek yargı mercilerine başvurabilir. Bunun için hakkın mevcudiyeti gerekli olmadığı gibi, dava

⁸³ Kredi kurumları lehine yer alan hükümlerin, öncelikle kanun yapma tekniğine birçok yönden aykırı olduğu, ayrıca kişiliğin, insan onurunun, mülkiyet hakkının korunması, eşitlik, sosyal devlet, oranlılık ilkesi gibi temel hak ve ilkelere aykırılık teşkil ettiğine ilişkin bkz. **Özkes-Temel Haklar**, s. 233.

⁸⁴ **Özbek, Mustafa**: Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim (Adalete Erişim), MİHDER 2006/2, s. 908.

⁸⁵ Bkz. aşa. Bölüm I, § 4, I, D.

⁸⁶ **Dörr**, s. 23; **Sachs**, Art. 19 N. 150.

⁸⁷ **Lorenz**-Art. 19. Abs. 4 GG, s. 395. Dava hakkının dürüstlük kurallarına uygun bir biçimde kullanılabileceği, aksi takdirde hukukî koruma sağlanamayacağına ilişkin bkz. **Arslan, Ramazan**: Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı (Dürüstlük), Ankara 1989, s. 71 vd. özellikle s. 71, 72; **Yılmaz, Ejder**: Medeni Yargıda İnsan Hakları (İnsan Hakları), TBBD 1996/2, s. 155.

şartlarının tamam olmasına dahi gerek yoktur. Usûle ve esasa ilişkin koşullar, yargı mercilerine başvurulabilirliğe değil, duruma göre talebin esastan incelenmesine ya da talebin kabulüne ilişkindir.

Talebin, yargı mercilerince karşılanması, başvuru hakkının bir yansımasıdır. Hâkimin hukukî denetim yetkisi ve hak arayanın, kesin hüküm etkisine ve icra kabiliyetine sahip bir karar verilmesini talep etmesi madalyonun iki yüzünü teşkil etmektedir. Başvuru hakkını kullanan kişinin talebi, hukukî denetim yetkisi ile donatılan hâkim tarafından reddedilemez. Zira, usûl hukuku ile kurulup teşkilatlandırılan yargılama, kişiye, hakkının gerçekleştirilmesi için yargısal faaliyette bulunulmasını isteme hakkını vermektedir⁸⁸. Hâkimin görevli olmasına rağmen hukuk dağıtmaktan kaçınması (ihkakı haktan istinkaf) hukukî korumaya ilişkin anayasal emrin ihlâlidir⁸⁹. Anayasa koyucu, hukukî korumanın bu şekilde ihlâl edilmesine engel olmak düşüncesi ile hukukî korumayı düzenlediği 36. maddenin ikinci fıkrasında, hiçbir mahkemenin, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamayacağını öngörmüştür.

Üçüncü olarak, yargı mercii, dar anlamda yargı faaliyetinde bulunarak somut olaya pozitif hukuk kurallarını uygulamalıdır⁹⁰. Bunun için kurulan yargılamanın içeriği, hâkimin meseleyi hem hukukî açıdan hem de vakıalar açısından kapsamlı bir şekilde inceleyeceği ve bu inceleme sonunda herkesi bağlayan bir karar vereceği şekilde belirlenmelidir⁹¹. Hukuk düzeni, hâkimi, ihlâli ya da ihlâl tehlikesini bertaraf edecek araçlarla donatmalıdır. Ayrıca, verilen kararın gerektiğinde zorla icra edilebilirliği sağlanmalıdır⁹². Üçüncü

⁸⁸ *Detterbeck*, bu hakkı yargı hakkının unsuru olarak görmektedir (s. 327).

⁸⁹ *Papier*, § 153 N. 17; *Stein/Jonas/Brehm*, vor § 1 N. 288; *Lorenz*-Art. 19. Abs. 4 GG, s. 399.

⁹⁰ Dar ve geniş anlamda yargı ayırımı için bkz. *Bilge/Önen*, s. 11.

⁹¹ *Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter*: Zivilprozessrecht, 16. Auflage, München 2004, § 3 N. 2; *Lorenz*-Art. 19. Abs. 4 GG, s. 398; *Papier*, § 153 N. 17; *Kissel/Mayer*, Einl. N. 197; *Schilken-Gerichtsverfassungsrecht*, N. 88; *Detterbeck*, s. 328; *Finkelnburg/Dombert/Külpmann*, N. 2; *Grabenwarter/Pabel in Grote/Marauhn*, Kap. 14 N. 83; *İnceoğlu*, s. 115; *Akkan*, s. 35; *Saenger, Ingo*: Zivilprozessordnung Handkommentar (Hk-Saenger, Ingo/Kemper, Rainer), 2. Auflage, Baden Baden 2007, Hk-ZPO-Saenger, Einl. 9; *Kulms, Rainer*: Mediation zwischen effizientem Rechtsschutz und Privatisierung der Justiz in den USA, Mediation Hrsgb. Hopt, von Klaus J./Steffek, Felix, Tübingen 2008, s. 928.

⁹² *Yıldırım, M. Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis*: İcra Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2009, s. 1, 2; *Özekes-Temel Haklar*, s. 68, 125.

unsur sayesinde, kişilerin hak arama konusundaki talepleri fiili olarak gerçekleştirilmiş olur⁹³.

B. Hukukî Koruma Kavramı ve Benzer Kavramlardan Ayırt Edilmesi

Devletin hukukî koruma sağlama yükümlülüğü ile kişinin devletten bu yükümlülüğü yerine getirmesini istemesi çeşitli kavramlarla ifade edilmektedir. Adaleti sağlama talebi⁹⁴, mahkemeye başvurma hakkı⁹⁵, adalete erişim hakkı⁹⁶, hak arama hürriyeti⁹⁷, hukukî korunma hakkı (talebi)⁹⁸ bunlardan sadece birkaçıdır. Bu kavramlardan yalnız hak arama hürriyetinin Türk mevzuatında doğrudan yeri vardır (AY m. 36). Diğer kavramlara doktrinde bazen farklı anlamlar verilmekte, bazen de birbirinin yerine kullanılmaktadır. Biz öncelikle bu kavramların doktrinde nasıl kullanıldığını özetlemeye çalışacağız. Ardından hangi kavramların ön planda tutulması ve bunların ne anlama geldikleri konusunda kanaatimizi açıklayacağız.

Alman Hukuku'nda özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik olarak adaletin sağlanması talebi⁹⁹ kavramı kullanılmaktadır. Bu hukuk sisteminde bizim hukukumuza daha aşına olan hukukî korunma talebi ifadesinin kullanılmasından bilinçli bir şekilde kaçınılmaktadır. Zira, hukukî korunma talebi kavramına özel bir anlam verilmekte, hukukî korunma talebi¹⁰⁰ adaletin sağlanması talebinden ayırt edilmektedir¹⁰¹.

⁹³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 41; Akkan, s. 35.

⁹⁴ Deren-Yıldırım-İhtiyati Tedbirler, s. 2.

⁹⁵ Inceoğlu, s. 105.

⁹⁶ Özbek, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Alternatif Uyuşmazlık Çözümü), Ankara 2009, s. 164. Adalete ulaşma ifadesi için bkz. Özbay, İbrahim: Grup Davaları, Ankara 2009, s. 69.

⁹⁷ Budak-Üçüncü Kişiler, s. 6.

⁹⁸ Özekes-Temel Haklar, s. 123, 124. Yazar, hukukî korunma hakkı, hak arama özgürlüğü ve adalete erişim kavramları arasında ayırım yapmaktadır.

⁹⁹ Justizgewährungsanspruch

¹⁰⁰ Rechtsschutzanspruch

¹⁰¹ Stein/Jonas/Brehm, vor § 1 N. 285. Adaletin sağlanması talebi ile hukukî korunma talebi arasındaki ilişki için ayrıca bkz. Özekes-Hukukî Dinlenme, s. 50, 51 dn. 115.

Kişilerin devletten hakkın dağıtımını isteyebilmelerini ifade eden adaletin sağlanması talebi, zaman içerisinde geliştirilerek doğru karar verilmesini isteyebilme anlamında maddî bir temel kazanmıştır¹⁰². 60'lı yıllarda devletin sorumluluğunu düzenleyen hükümler ve ihkakı haktan istinkaf yasağından hareket edilerek her iki tarafın, doğru karar verilmesi noktasında haklı beklentilerinin bulunduğu; bunun ötesinde, devlete karşı ileri sürülebilecek doğru karar verilmesine yönelik kamusal bir talebin mevcut olduğu sonucuna varılmıştır. Devletin hem adalet mekanizmasını kişilere açma hem de doğru karar verme garantisi, "hukukî korunma talebi" kavramı ile ifade edilmektedir. Adaletin sağlanması talebi, mahkemelerin etkin bir şekilde çalışması ile ilgilidir. Buna karşılık hukukî korunma talebi, hak sahibine makul ve bilhassa doğru bir kararı taahhüt etmektedir. Adaletin sağlanması talebi, tarafların mahkemenin dava dilekçesini kabul etmesi, duruşma günü tayin etmesi, delil ikâmesini sağlaması, karar vermesini, kısaca hukukî korumanın gerçekleştirilmesini içermektedir. Bu talep, kararın içeriği ile meşgul olmaz. Hukukî korunma talebi ise, adaletin sağlanması talebinden mahkemenin taraflara doğru kararı da garanti etmesi noktasından ayrılmaktadır.

Kanımızca, adaletin sağlanması talebini aşacak şekilde doğru karar verilmesi anayasal garanti altında değildir. Adaletin sağlanması talebinin, hedefi doğru karar vermek olmasına rağmen, devlet doğru karar verilmesini her somut olayda garanti etmemektedir. Adaletin sağlanması talebinde, mahkemeye başvurabilirlik ve hâkimin karar verme zorunluluğu sayesinde hakkın icra edilebilirlik olanağı emniyet altına alınmaktadır. Somut olayda vakıaların, taraflarca yargılamaya getirilen vakılardan farklı olabilmesi ya da bazı vakıalar bakımından hâkimin kanaate ulaşamaması sonucunda ispat yükü kurallarının devreye girmesi, maddî hukuk ile tamamen örtüşen bir karara ulaşılmasını engelleyebilmektedir¹⁰³. Ayrıca, mahkeme, ancak yargılama sonunda hukukî durumu belirleyebilir, bu nedenle davacı ya da davalının adaletle başvurulmadığı

¹⁰² Deterbeck, s. 337, 338. Bu konuda ayrıca bkz. Umar, Bilge: İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi (Tarihi Gelişim), İzmir 1973, s. 210 vd.; Akkaya, Tolga: Medenî Usûl Hukukunda İstinâf (İstinâf), Ankara 2009, s. 46.

¹⁰³ Lorenz, hukukî korumanın doğru kararı taahhüt etmemesinin, yargılama hukukunun maddî hukuk karşısında bağımsızlığını ortaya koyduğunu belirtmektedir (Lorenz-Art. 19. Abs. 4 GG, s. 395).

bir aşamada kendisi için doğru ve elverişli bir hüküm verilmesi talebi yoktur. Davacı ya da davalının böyle bir talebi olsa olsa yargılama sonunda doğardı¹⁰⁴. Yargılamanın hukuk devleti ilkesine uygun olarak yürütülmesi ve yargılama sonunda kararın maddî hukuk ölçüsünde verilmesi yeterlidir¹⁰⁵.

Adaletin sağlanması talebi kavramı, doğrudan Türkçe'ye çevrilerek kullanılmasından ötürü durumu tam olarak açıklayamamaktadır. Devletin hak dağıtımındaki sorumluluğunun ve devletin faaliyetinin kavramlaştırılması çabalarının kaynağı kendiliğinden hak alma yasağıdır. Bu nedenle, bu yasağı vurgulayacak ve yasağa karşılık devletin yerine getirmek zorunda bulunduğu yükümlülük ile kişilerin devlete yöneltebilecekleri talep hakkını karşılayacak kavramın seçilmesinde yarar vardır. Bu kavram da kanımızca hukukî koruma garantisidir. Adaletin sağlanması talebinin içeriği pekâlâ daha aşına olduğumuzu düşündüğümüz hukukî koruma kavramı içinde ele alınabilir¹⁰⁶. Bu anlamda biz, adaletin sağlanması talebi ile hukukî koruma kavramlarının eş anlamlı olduğu düşüncesindeyiz. Görüşümüze göre, devletin anayasal açıdan doğru karar verilmesini üstlenmemiş olması nedeniyle, hukukumuz için hukukî korunma talebi kavramının kullanılmasında da bir sakınca yoktur.

Hak arama hürriyeti soyut, genel, objektif bir temel hak olarak Anayasa'da yer almaktadır (AY m. 36). Doktrinde hak arama hürriyeti, uyumsuzluk ortaya çıkmadan da var olan bir hak olarak ele alınmaktadır. Uyumsuzluk ortaya çıktıktan sonra, hak arama özgürlüğü somutlaşarak hukukî korunma talebine dönüşür. Bu anlamda hukukî korunma talebi, hak arama hakkının somut olarak kullanılmasıdır¹⁰⁷. Ancak hak arama hürriyeti kavram itibarıyla, devletin faaliyetinden çok kişiyi ön planda tutmakta, kişinin devlete karşı ileri sürebileceği bir hakkı ifade etmektedir. Hukukî koruma garantisi ya da kişi açısından hukukî korunma, hem devletin ödevini hem de kişinin ileri sürebileceği hakkını daha net bir şekilde ortaya koymaktadır. Kavramsal olarak

¹⁰⁴ Fasching, Einl. N. 59. Yazar ayrıca, hukukî korunma talebi doktrinini, temelini usûl hukukunda bulan dava şartları ile maddî hukukta bulan esasa ilişkin şartlar arasındaki klasik ayırımı yok ettiği için eleştirmektedir.

¹⁰⁵ Detterbeck, s. 333 vd.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 3 N. 8, 9; Lüke, N. 1; Schilken-Gerichtsverfassungsrecht, N. 126; Kissel/Mayer, Einl. N. 228; Musielak/Musielak, Einl. N. 8.

¹⁰⁶ Aynı yönde bkz. Demircioğlu, s. 105.

¹⁰⁷ Pekantez/Atalay/Özekes, s. 45; Özekes-Temel Haklar, s. 124.

hak arama hürriyeti, hakkın yargı mercileri önüne taşınabilirliği, yani yargı mercilerine başvurulabilirliği çağrıştırmaktadır¹⁰⁸. Ayrıca, Anayasa'nın 36. maddesi, lafzı itibariyle yargı mercilerine başvuruyu düzenlemektedir. Yargı mercilerine başvuru hakkı, devletin yargı faaliyetinde bulunurken yerine getirmesi gereken hususlardan yalnızca birisidir. Bu nedenle, hak arama hürriyetinin, lafzı itibariyle genel bir kavram olarak kullanılmaması daha uygun olacaktır. Hak arama hürriyeti, yargı mercilerine başvuru hakkı ile aynı anlamda değerlendirilmelidir.

Giderek daha yaygın kullanılan "adalete erişim" kavramının içeriği, günümüzde oldukça genişlemiştir. Adalete erişim, bizim hukukî koruma garantisi adı altında ele aldığımız, devletin, teşkilatlandıracağı yargı düzenini kişilere açması ve burada belirli bir usûl dahilinde olaya hukuk kurallarının uygulanması şeklinde açıklamaya çalıştığımız devlet kökenli mekanizmayı, kişilerin yargı mercilerinin kapısını çalmasının ötesine taşımıştır. Şöyle ki, hukuka aykırı bir fiille karşılaşan kişinin, ücretsiz hizmet vermeye hazır bir avukata masraf kaygısı taşımadan gidebilme, kolaylıkla bir uzlaştırıcı bulma; dahası, uyuşmazlığı ile ilgili hem hukuk fakültelerinde hem de halk kütüphanelerinde kapsamlı araştırma yapabilmeli, hukuk programlarından yararlanma olanakları da geniş anlamda adalete erişimin kapsamına dahil olmuştur¹⁰⁹. Ancak adalete erişim de tıpkı adaletin sağlanması talebi gibi tercüme olmasından ötürü içeriğini tam olarak yansıtamamaktadır. Adalete erişim daha çok, hukukî koruma garantisi denildiğinde yukarıda unsurlarıyla açıklamaya çalıştığımız klasik devlet kökenli mekanizmayı, hem mevcut yapısı ile yeniden ele alarak hem de yeni unsurlarla destekleyerek etkinleştirme çabası içindedir. Ancak adalete erişim kavramı, bu zengin yapıdan çok, yargı organlarına başvurulabilirliği akla getirmektedir¹¹⁰.

¹⁰⁸ *Budak*, hak arama hürriyetinin bu kavramın yargıya ulaşılabilirliğin sağlanması ve yargılamada ilgililerin dinlenilmesi olmak üzere iki yönü olduğunu belirtmektedir (*Budak-Üçüncü Kişiler*, s. 6).

¹⁰⁹ *Özbek-Adalete Erişim*, s. 908; *Özbek-Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s. 165 vd. Adalete erişimle ilgili temel tespitler için ayrıca bkz. *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, s. 43, 44. *Özekes*'e göre adalete erişim, somut hukukî korunma talebinin ortaya çıkması anından itibaren, bu talebin tam ve etkin olarak karşılanmasını sağlayan mekanizmanın oluşturulmasıdır (*Özekes-Temel Haklar*, s. 124).

¹¹⁰ Adaletin sağlanmasını talep hakkı ile eş anlamlı olarak adalete erişim kavramını tercih eden *Özbek* de mahkemelere başvuru hakkının adalete erişimin bir unsuru olduğunu belirtmektedir (*Özbek-Adalete Erişim*, s. 925; *Özbek-Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s. 169).

Adalete erişim çerçevesinde değerlendirilen bütün hususlar, hukukî korumanın etkinliğine yönelmektedir¹¹¹. Bu nedenle, adalete erişim, ayrı bir kavram yaratmak yerine, etkin hukukî koruma kavramı içinde, klasik hukukî koruma garantisini içine alan, ancak içeriği yargı dışındaki araçlarla zenginleştirilmiş ideal hak arama sistemi şeklinde irdelenebilir.

Sonuç itibariyle, doktrinde anılan çok sayıda kavramdan üçünün kullanılmasının yeterli olacağı kanaatindeyiz. Kendiliğinden hak alma yasağına karşılık devletin yerine getirdiği faaliyet ve kişinin devlete yöneltebileceği hakkın dağıtılması talebi anlamındaki hukukî koruma, onun bir unsuru olarak yargı mercilerine başvuru hakkı ve etkin hukukî koruma, kanımızca içeriği ile uyumlu Türkçe'ye en uygun kavramlardır.

C. Hukukî Korumanın Anayasal Dayanakları

Hukuk devleti ilkesinden söz edebilmek için etkin hukukî koruma ile adil, tarafsız, bağımsız bir yargılama garanti edilmelidir¹¹². Hukuk tarihinde bağımsız mahkemelerin oluşturulması, hukuk devleti ilkesinin geliştirilmesindeki en önemli yapı taşlarından birisidir. Hakların mahkemeler yolu ile korunması ne şekilde tanımlanırsa tanımlansın hukukî koruma, hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez bir unsurudur. Bu nedenle, hukukî korumanın ilk anayasal dayanağı hukuk devleti ilkesinden çıkarılmaktadır¹¹³. Hukuk devleti ilkesi ancak, kişilerin hakların süjesi ve bunlara sahip olabilmelerinden sonra değil; bu hakların

¹¹¹ *Pekcanitez/Atalay/Özekes* de bu duruma vurgu yaparak “adalete erişime bağlı yapılan tespitlerin öteden beri adaletin daha iyi ve etkin çalışması için ortaya konan düşüncelerin bir toplamı ve yeni bir kavram altında birleştirilmesidir” değerlendirmesinde bulunmaktadır (s. 44).

¹¹² *Papier*, § 153 N. 7; *Stein/Jonas/Brehm*, vor § 1 N. 287; *Tanör/Yüzbaşıoğlu*, s. 99, 100; *Atalay E.*, s. 445; *Zöllner/Vollkommer*, Einl. N. 48; *Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo*: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 10. Auflage, München 2009, *Jarass in Jarass/Pieroth*, Art. 20 N. 92.

¹¹³ *Detterbeck*, s. 328; *Papier*, § 153 N. 7; *Krebs in von Münch/Kunig*, GGK I, Art. 19 N. 50; *Lorenz-effektiver Rechtsschutz*, s. 630; *Yılmaz, Ejder*: Hukuk Davalarında Yasayollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlanmasının Yerindeliği Sorunu (Yasayolları), TBBD Mart 1988, s. 135; *Walker-Der einstweilige Rechtsschutz*, N. 43; *Vogg*, s. 41; *Pekcanitez-Adil Yargılama*, s. 38; *Pekcanitez, Hakan*: Hukuki Dinlenme Hakkı (Hukuki Dinlenme), Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s. 759; *Kissel/Mayer*, Einl. N. 197; *Schilken-Gerichtsverfassungsrecht*, N. 87; *Özekes-İhtiyatî Tedbir*, s. 91, 92; *İnceoğlu*, s. 105; *Özekes-Temel Haklar*, s. 122; *Akkaya-İstinaf*, s. 46. “...hak arama özgürlüğü, hukuk devletinin başlıca ölçütlerinden, demokrasinin en çağdaş gerekçelerinden, vazgeçilmez koşullarından biridir.” AMK, 19.9.1991, 2/30 (www.anayasa.gov.tr).

mahkeme kararı ile tespit edilip icra edilebilmesinden, yani hukukî durum gerçeğe dönüştürüldükten sonra gerçekleşmiş olur¹¹⁴. Hukukî korumanın hukuk devleti ilkesinin bir parçası hâline getirilmesi, devletin yalnız hukuka değil, aynı zamanda hâkime karşı da boyun eğmesi ile sonuçlanmıştır. Zira, her kişi devlete karşı dava açarak onu yargıya çekebilmekte, bu sayede devlet kendisi ile aynı seviyede durabilmektedir.

Şayet bir hukuk düzeni, hukuk devleti ilkesinin yanında hukukî korumayı ayrıca düzenliyorsa, hukukî koruma emri normatif anlamda bağımsızlaştırılmış ve içeriksel olarak somutlaştırılmış olur¹¹⁵. Türk Anayasası bakımından 2. maddede açıkça hükme bağlanan hukuk devleti ilkesi, hukukî korumaya tek başına temel oluşturmaktadır¹¹⁶. Türk Anayasa Hukuku'nda da hukukî korumanın temini, hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarındandır. Böylelikle bu hak, esas itibariyle hukuk devleti ilkesinde anayasal temelini bulmaktadır. Ancak hukuk devleti ilkesi, özel olarak anayasal güvencenin tanındığı hükümlerin yanında yardımcı bir fonksiyona sahiptir. Zira, hukukî koruma, somut hükümlerde düzenlenmek suretiyle normatif bağımsızlığa ve somut içeriğe sahiptir.

Diğer yandan, bir görüşe göre, hukukî koruma garantisi bizatihi temel haklardan da çıkarılabilir. Diğer bir ifade ile, hukukî koruma, maddî temel hakların ayrılmaz bir parçasıdır. Hukuk düzenleri, uyumsuzluk ortaya çıktığında somut hukukî durumun nasıl şekillendirileceğini soyut hukuk kuralları ile belirleyen maddî hukukun yanında, temel hakların somut olarak nasıl gerçekleştirileceğini de düzenler¹¹⁷. Bu bağlamda Anayasa, hukukî korumanın yargılama yolu ile sağlanmasını temin eder. Hakkın inceleneceği yargılama ve bu yargılamanın yapılacağı organizasyon kurulmadığı takdirde hak, etkisini ve değerini yitirebilir¹¹⁸. İşte, bu hakların ihlâl edilmesi durumunda hakkın teslimine hizmet edecek organizasyonun kendisi de bağımsız bir temel haktır. Özetle,

¹¹⁴ Maurer, § 8 N. 24; Lüthi, s. 74.

¹¹⁵ Lorenz-effektiver Rechtsschutz, s. 630.

¹¹⁶ Yargı denetiminin hukuk devletinin yapıcı unsuru olduğuna ilişkin bkz. Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 97.

¹¹⁷ Martin, Pierre: Probleme des Rechtsschutzes, ZSR 1988, s. 21.

¹¹⁸ Vogg, s. 44.

hukukî koruma, temelini, her bir maddî hakkın ihlâl edilmesinde bulmaktadır. Hukukî koruma garantisi, maddî temel hakların varlığını şart koşmaktadır. Maddî temel haklar, hukukî korumaya hedef tayin etmektedir. Bu hedef de, kendisinin korunmasıdır¹¹⁹. Bizim de katıldığımız karşı görüşe göre ise, hukukî koruma, her bir temel hakkın parçası olsa idi, bunun da Anayasa'dan çıkartılması gerekirdi. Ayrıca, maddî temel hakların gerçekte ihlâl edilmediği, yani davacının hak sahibi olmadığı bir durumda, haktan söz edilemeyeceği için hukukî korumanın da söz konusu olmaması gerekirdi. Halbuki genel hukukî koruma garantisinden yararlanarak mahkemeye başvurulabilmelidir¹²⁰.

Hukukî korumaya anayasal dayanak kazandıran bu genel değerlendirmeden Türk Hukuku'nun somut düzenlemelerine gelindiğinde, Türk Anayasası'nda konuya ilişkin zengin içeriğe sahip hükümlerin bulunduğu görülecektir. Kişinin temel hak ve ödevlerinin düzenlendiği 2. kısmın 2. bölümünde "hakların korunması ile ilgili hükümler" şeklinde ayrı bir başlık açılmıştır. Bu başlık altında 40. maddede "şikâyet hakkı" olarak adlandırılan, Anayasa'da öngörülen hak ve hürriyetlerin ihlâline karşı yetkili makamlara başvuru hakkı hükme bağlanmıştır.

Yetkili makamlara başvuru hakkı, idarî, siyasi ve yargısal olmak üzere üç boyutludur. Yargısal başvuru yolları da kendi içinde idarî, anayasal ve adli yargı yollarına ayrılır. Asıl üzerinde duracağımız adli yargı, 40. madde çerçevesinde Anayasa'da düzenlenen mülkiyet, kişilik hakkı gibi temel hak ve hürriyetlerin korunmasına hizmet eder¹²¹. Anayasa'nın 36. maddesinde ise 40. maddede

¹¹⁹ **Detterbeck**, s. 328. Yazar, bu görüşünün tutarlı sonucu olarak, Anayasa'da düzenlenen temel hakların, maddî hukuka doğrudan etki ettiğini, bu bağlamda, temel hakların içeriği ve değerler sıralamasının, yargılamanın düzenlenmesi ve yorumlanmasında da dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir (s. 330). Alman Anayasası'nın 19. maddesinin 4. fıkrasının koruma alanı dışında kalan özel hukuka ilişkin uyumsuzluklarda hukukî koruma garantisinin temel haklardan çıkartılması anlamlı bulunmaktadır (**Krebs in von Münch/Kunig**, GGK I, Art. 19 N. 48).

¹²⁰ **Lorenz**-Art. 19. Abs. 4 GG, s. 396, 397. Avusturya Hukuku bakımından böyle bir çifte fonksiyonu reddeden aynı yönde görüş için bkz. **Fasching**, Einl. N. 60.

¹²¹ **Çınar, Uğurcan Sevinç**: Temel Hakların Koruma Yöntemlerinden Biri Olarak Hak Arama Hürriyeti, Selçuk Üni. Sosyal Bilimler Ens.-Yayımlanmamış Doktora Tezi, Konya 1998, s. 37; **Kaboğlu**, s. 245; **Atalay E.**, s. 449; **Gözler, Kemal**: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 5. Baskı, Bursa 2008, s. 162; **Akkan**, s. 31. Anayasa'nın 19. maddesinde her ne sebeple olursa olsun hürriyeti kısıtlanan kişinin kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlananın kanuna aykırılığı hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Bu hükümde yalnız hürriyeti kısıtlanan

ifadesini bulan başvuru yollarından yargısal başvuru somutlaştırılmıştır¹²². Şikâyet hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesinde "Bu Sözleşmede tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlâl edilen herkes, ihlâl fiili resmî görev yapan kimseler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir." şeklinde düzenlenen etkili başvuru hakkını karşılamaktadır¹²³.

Hukukî koruma garantisi yalnız Anayasa'da düzenlenen temel haklarda değil, aynı zamanda kanun gibi diğer pozitif hukukta ifadesini bulan sübjektif hakların ihlâl edilmesinde de devreye girmektedir¹²⁴. Bu noktayı dikkate alan Anayasa koyucu, hak arama hürriyeti kenar başlığını taşıyan 36. maddede herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkı ile adil yargılanma hakkına sahip olduğunu ayrıca düzenlemiştir. Söz konusu maddede, uyuşmazlığın tarafları ve konusu bakımından hiçbir ayırım yapılmaksızın hukukî koruma garantisi edilmiştir¹²⁵. Anayasa'nın 36. maddesinin 1. fıkrası her şeyden önce yukarıda açıklandığı üzere hukukî korumanın en önemli unsurlarından birisi olan "yargı mercilerine başvuru hakkını" düzenlemiştir¹²⁶. Hükümde geçen "davacı" ve "davalı" ifadelerini şüphesiz geniş anlamak, hükmün dava olarak kabul edilmeyen çekişmesiz yargı işleri ile geçici hukukî korumayı da içine aldığını kabul etmek gerekir. Şu hâlde, Anayasa koyucunun asıl amacı, kişilerin tüm yargı mercileri önünde taraf ya da ilgili olabilmelerinin sağlanmasıdır. Hak arama hürriyetinden sonra aynı üst başlık altında, kanunî hâkim ilkesi, ispat

kişilerin yargısal başvuru hakkı hükme bağlanmıştır. Böylelikle kişi hürriyetlerinin korunması hem 40. maddeden hem de 19. maddeden çıkarılabilir (Çınar, s. 39).

¹²² Terminolojik açıdan 36. maddenin hak arama hürriyeti kenar başlığı, aslında 40. madde için daha uygundur. Çünkü hak arama, idarî ve yasama yoluyla olabileceği gibi, yargı yoluyla da olabilir. 40. maddede hak arama, konu bakımından belirli bir hukukî korumaya yönelmemiştir. Buna karşılık, 36. maddede somut bir şekilde yargısal hukukî koruma düzenlenmiştir (Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 188; Çınar, s. 74, 75; Özekes-Temel Haklar, s. 241).

¹²³ Benzer yönde bkz. İnceoğlu, s. 108 dn. 13. Etkili başvuru hakkı konusunda ayrıca bkz. Gözübüyük, A. Şeref/Gölcüklü, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 7. Bası, Ankara 2007, s. 392 vd.

¹²⁴ Atalay E., s. 449. Alman Hukuku'nda bu yönde bkz. Sachs, Art. 19 N. 127; Maurer, § 8 N. 23.

¹²⁵ Özekes-İhtiyatî Haciz, s. 31.

¹²⁶ Özbek-Adalet Erişim, s. 925.

hakkı düzenlenmiştir¹²⁷. Kanımızca, hakların korunması ile ilgili hükümler göz önüne alınmaksızın tek başına hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddeden, hukukî koruma garantisi çıkarılabilir¹²⁸. Hürriyetin konusu olan hak arama, işin tabiatı gereği hukukî korumayı içerecektir. Yalnız mahkemelere başvurulabilip bu başvuruda hukukî korumanın temin edilmemesi, hukukî içeriğe sahip olmayan hak arama hürriyetidir. Bu nedenle, hukukî korumayı içermeyen bir mahkemeye başvuru hakkı, gerçekte mahkemeye başvuru hakkının bulunmaması anlamındadır.

Hukukî korumanın hak arama hürriyeti başlığı altında garanti edildiği, aynı maddenin ikinci fıkrasından da çıkarılabilir. Hukukî korumanın tipik ihlallerinden birisi olan hâkimin hukuk dağıtmaktan kaçınması, anayasal bir yasak olarak düzenlenmiştir. İkinci fıkradaki bu yasak, birinci fıkradaki hukukî koruma ile uyum arz etmektedir. Zira, birinci fıkrada genel ilke ortaya konulmuş; ikinci fıkrada ilkenin ihlallerinden birisi düzenlenerek korumanın işler hâle getirilmesi amaçlanmıştır¹²⁹. Burada, hâkime karşı hukukî koruma söz konusudur.

Anayasa'nın 36. maddesinde idarî işlemler ya da özel hukuk uyuşmazlıkları ayırımı yapılmadığı gibi, adaletin sağlanması talebi ya da hukukî korumadan da açıkça söz edilmemiştir. Hukuk devleti ilkesi, hukukî korumayı tek başına temellendirmeye yetse de, hak arama hürriyetine konu itibariyle sınır çizilmemiş olması, Anayasa koyucunun konuya ilişkin hassasiyetinin bir göstergesidir.

Yargısal başvurunun bir ayağını oluşturan idarî yargısal başvuru Anayasa'da özel olarak düzenlenmiştir (AY m. 125). Hukukî korumaya büyük önem atfedilmesi karşısında, kategorik olarak hukukî koruma genel ve özel olarak ikiye ayrılabilir. Hak sahibi-muhatap ya da hakkın konusu esas

¹²⁷ Bir an için Anayasa'da ifadesini bulan usûlî temel hakların hukukî korumaya tek başına anayasal dayanak kazandırdığı iddia edilebilir. Ancak söz konusu hükümlerde hukukî korumanın yansımaları hükme bağlanmakta ve yalnız bu haklar güvence altına alınmaktadır (Detterbeck, s. 329). Bu hükümlerden yola çıkılarak hukukî korumanın anayasal dayanağını usûlî temel haklara bağlamak yerinde değildir (Schilken-Gerichtsverfassungsrecht, N. 87). Ancak usûlî temel haklar şüphesiz hukukî korumayı güçlendirmektedir.

¹²⁸ Akkan, s. 30.

¹²⁹ Çınar, s. 37.

alınmaksızın hak arama hürriyetinin tanınması, genel hukukî koruma olarak nitelendirilebilir. Bu sınıflandırmadan hareket edildiğinde, kişinin devletin işlemlerine karşı yargıya başvurabilmesinin önünü açan düzenleme (AY m. 125), genel hukukî korumayı düzenleyen AY m. 2 ve m. 36 karşısında özel bir hukukî korumadır¹³⁰. Devlete karşı hukukî koruma, genel hukukî korumanın Anayasa'da düzenlenen özel bir şeklidir. Genel hukukî korumanın oluşturulması, usûli bakımdan düzenlenmesi ve içeriğine ilişkin yapılan açıklamalar prensip olarak devlete karşı hukukî koruma için de geçerlidir.

Hem devlet-birey hem de bireyler arasındaki uyuşmazlık çıkması durumunda, devletin sunacağı hukukî koruma ile ilgili Türk Hukuku'ndaki düzenlemeler Alman Hukuku ile karşılaştırıldığında çok daha somut içeriğe sahiptir. Alman Anayasası'nda konuya ilişkin en açık düzenleme, hakların kamu erki tarafından ihlâlinde yargı yolunun açık olduğunu hükme bağlayan 19. maddenin 4. fıkrasıdır. Bu hüküm dışında özellikle özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda mahkemeye başvuru hakkı ya da hukukî koruma düzenlenmemiştir. Doktrin, hukuk devleti ilkesinden özel hukuk uyuşmazlıklarını içine alan adaletin sağlanması talebini çıkarmış, devlet-birey ilişkilerinde ise özel bir hukukî korumadan söz etmiştir¹³¹. Böylelikle adaletin sağlanması talebi, hukuk devleti ilkesinden çıkarılmıştır¹³².

Kanun koyucu, yargı düzenini ve yargılamayı kişiyi hakka kavuşturacak şekilde oluşturma görevini hiç ya da gereği gibi yerine getirmediği takdirde Anayasa'ya aykırı davranmış olur¹³³.

Son olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ile hukukî koruma garantisi arasındaki ilişki

¹³⁰ Çınar, s. 153.

¹³¹ Dörr, s. 35; Papier, § 153 N. 1, 5.

¹³² Stein/Jonas/Brehm, vor § 1 N. 288; Benda, Ernst/Weber, Albrecht: Der Einfluß der Verfassung im Prozeßrecht, ZfP 96, s. 292; Lorenz-effektiver Rechtsschutz, s. 630, 631; Papier, § 154 N. 12; Kissel/Mayer, Einl. N. 197 vd.; Jarass in Jarass/Pieroth, Art. 20 N. 91; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 3 N. 4.

¹³³ Alman Hukuku'nda özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda hukukî koruma anayasal anlamda güvence altına alınmadığından, kanun koyucunun anılan görevini yerine getirmemesinin idarî işlemlere karşı yargı yolunu açan Anayasa'nın 19. maddesine aykırılık teşkil etmeyeceği; ancak, hukuk devleti ilkesinden hareket edilerek 19. maddedeki hukukî koruma standardının özel hukuk yargılamasında da sağlanması gerektiği kabul edilmektedir (Detterbeck, s. 330).

açıklanacak ve bu ilişkinin ortaya çıkardığı sonuçlar üzerinde durulacaktır. Söz konusu hüküm lafzı ile incelendiğinde bir yargılamanın sahip olması gereken asgari vasıflarının tespit edildiği, ancak ne hukukî koruma ne de mahkemeye başvuru hakkından açıkça söz edildiği görülmektedir. Doktrindeki hâkim görüşe göre 6. madde, yalnız yargılamaya ilişkin standartlar koymamakta, aynı zamanda hukukî korumayı da garanti etmektedir¹³⁴. Buna göre, hem özel hukuk hem de ceza davaları için öngörülen yargılama standartlarından yararlanılması, ancak hâkime ulaşabilmekle mümkündür. Devlet, mahkemeye başvurunun önündeki engelleri kaldırma yükümlülüğü altındadır¹³⁵. Bu değerlendirme, Türk Anayasası bakımından şu sonuçlara yol açmaktadır: Her şeyden önce bir anayasal müessese olan adil yargılanma hakkının içeriği belirlenirken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi göz önünde bulundurulmalıdır. Adil yargılanma hakkı ile hukukî koruma arasında kurulan bu bağlantı, Türk Hukuku için de geçerlidir. Zira, Anayasa'nın 36. maddesinde herkesin yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ve yargılanma hakkına sahip olduğu ifade edilmekle, aynı hükümde iki kez yargı mercilerine başvuru hakkına vurgu yapılmaktadır. Ancak diğer taraftan, 6. maddeye hukukî koruma garantisini de içerecek şekilde daha da geniş bir anlam verildiğinde, Anayasa'nın 36. maddesinin hukukî koruma garantisini çok açık bir şekilde, başka hüküm ve ilkelere başvurmaya ihtiyaç kalmaksızın düzenlediği sonucuna varılacaktır.

Hukukî korunma talebi, hakkı ihlâl edilene yönelik, yani tek taraflı iken, adil yargılanma hakkının uyuşmazlığın her iki tarafını ilgilendirdiği belirtilmektedir¹³⁶. Bu değerlendirme doğrultusunda, adil yargılanma hakkına yüklenen anlamın genişlemesi, hukukî koruma garantisinin aslında bu hak içinde erimesine de yol açmaktadır. Ancak yalnız hakkı ihlâl edilenin değil, hakkı ihlâl ettiği iddia edilenin de hukukî korunma talebinde bulunması mümkündür. Günümüzde menfi tespit davalarının geniş bir uygulamasının olması, hukukî

¹³⁴ Stein/Jonas/Brehm, vor § 1 N. 286; Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 49; Fasching, Einl. N. 58, 62; Atalay E., s. 449; Pekcanitez-Hukukî Dinlenme, s. 758; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 276, 277; İnceoğlu, s. 106; Demircioğlu, s. 107. Söz konusu hükümde hem özel hukuka ilişkin hem de kamu hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda genel bir yargı yolunun garanti edilmediği hakkında karşı yönde görüş için bkz. Papier, § 153 N. 9.

¹³⁵ Çınar, s. 50; İnceoğlu, s. 116; Akkan, s. 46.

¹³⁶ Pekcanitez-Adil Yargılama, s. 37, 38; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 247; Özekes-Hukukî Dinlenme, s. 52; Tanrıver-Adil Yargılanma, s. 191, 192.

koruma garantisinin de her iki tarafı kapsadığını gerçeğini ortaya koymaktadır. Ayrıca, menfaat dengesinin gözetilmesi zorunluluğu, yani dengeli bir hukukî koruma sağlanması da hukukî korumada iki taraflılığın esas alındığını göstermektedir. Kanımızca, adil yargılanma hakkı, hukukî korumanın bir yansımasıdır¹³⁷. Hukukî koruma, kendiliğinden hak almanın yasaklanmasından itibaren varken, adil yargılanma hakkı unsurlarıyla birlikte zaman içinde yerleşmiştir. Yani, adil yargılanma hakkı, hukukî koruma garantisinden doğup gelişmiştir.

Sonuç olarak, hukukî koruma, somut olarak Anayasa'nın 36. maddesinden çıkartılabilir. Başlı başına hukuk devleti ilkesi de hukukî korumayı garanti etmektedir¹³⁸.

D. Hukukî Korumanın Hukukî Niteliği

Hak ve özgürlüklerin hem devletten hem de diğer kişilerden gelecek müdahalelere karşı korunmasına ilişkin getirilen düzenlemeler koruma hükümleridir. Koruma hükümleri sayesinde kişi, sahip olduğu hakların kullanılmasında güvence altına alınır¹³⁹. Hukukî koruma, hukukî niteliği itibariyle şekli bir temel haktır¹⁴⁰. Hukukî koruma, anayasal temel haklar içinde pozitif statü haklarına dahil ender temel haklardan birisidir¹⁴¹. Pozitif statü hakkının bir gereği olarak devlet, kanunla bir yargı sistemini kurup yargılama usûlünü düzenleyerek kişilerin haklarını gerçekleştirme yükümlülüğü altındadır¹⁴². Anayasa, devlete yalnız hukukî korumayı yargılama hukuku ile inşa etme görevini vermiş; ancak, özel mahkemelerin kurulması gibi belirli bir yargı yolundan söz etmemiştir¹⁴³. Her ne kadar, mercilerin sırasının düzenlenmesi,

¹³⁷ Musielak/Musielak, Einl. N. 7.

¹³⁸ Alman Hukuku'nda benzer yönde bkz. Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 47.

¹³⁹ Çınar, s. 17.

¹⁴⁰ Detterbeck, s. 327.

¹⁴¹ Krebs in von Münch/Kunig, GGK I, Art. 19 N. 49; Atalay E., s. 443; Epping, N. 882. Buna karşılık Alman Hukuku'nda bu konuda ayırımı gidilmekte, idarî işlemlerde hukukî koruma garantisinin bir temel hak olduğu ortaya konulurken özel hukuka ilişkin uyumsuzluklarda böyle bir temel hak açık bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle reddedilmektedir (Papier, § 154 N. 12; Stein/Jonas/Brehm, vor § 1 N. 287).

¹⁴² Jarass in Jarass/Pieroth, Art. 20 N. 92; Dörr, s. 22; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 42.

¹⁴³ Sachs, Art. 19 N. 138; Krebs in von Münch/Kunig, GGK I, Art. 19 N. 49; Dörr, s. 22.

bilhassa kanun yolu denetimi açılarak hâkim yolu ile değil, hâkime karşı hukukî koruma sağlanması, prensip itibariyle hukukî korumanın zorunlu bir unsuru değilse de¹⁴⁴, en azından temel hak ihlallerinde kanun yolu gibi hukukî çarenin öngörülmesi hukukî koruma garantisinin bir parçasıdır¹⁴⁵. Temek hak ihlallerinde

¹⁴⁴ Sachs, Art. 19 N. 120; Papier, § 156 N. 28; Benda/Weber, s. 293; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 3 N. 2; Kissel/Mayer, Einl. N. 203; Epping, N. 892; Hk-ZPO-Saenger, Einl. N. 9.

¹⁴⁵ Alman Anayasa Mahkemesi, 2003 yılında verdiği bir kararında, hukukî dinlenilme hakkı ihlallerine karşı Anayasa şikâyetinin öngörülmesinin hukukî koruma garantisinin gerekliliklerini karşılamadığına, kanun koyucunun bu ihlallere karşı ayrı hukukî koruma öngörmesi gerektiğine hükmetmiştir. Böylece, usûli bir temel hak olan hukukî dinlenilme hakkında hâkime karşı hukukî koruma kabul edilmektedir (BVerfG 30.4.2003, NJW 2003, s. 1924 vd.). Bu önemli karardan sonra, hukukî dinlenilme hakkı dışında diğer usûli temel haklar bakımından da hâkime karşı hukukî korumanın gerekliliği üzerinde durulmaya başlanmıştır. *Vofkuhle*, diğer usûli temel haklarda da kararların kontrolünün anayasal temelini kabul etmektedir (*Vofkuhle, Andreas: Bruch mit einem Dogma: Die Verfassung garantiert Rechtsschutz gegen den Richter*, NJW 2003, s. 2197, 2198). Aynı yönde bkz. *Spiecker, Döhmman: Verletzungsrechtlichen Gehörs in der Rechtsmittelinstanz*, NVwZ 2003, s. 1465. *Jarass*, yargılama hukuku ile ilgili ihlallerde kanun yoluna başvurulamıyorsa, bir kerelik bir denetimin mevcut olması gerektiği görüşündedir. Bunun için herhangi bir hukukî çarenin öngörülmesi yeterlidir (*Jarass in Jarass/Pieroth, Art. 20 N. 93*). *Lipp*, usûli temel haklar dahil olmak üzere bütün temel hak ihlallerinde hukukî çare öngörülmesini, hukukî koruma garantisine dahil etmektedir (Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung (Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung (Müch Komm ZPO-Drescher, Ingo/Krüger, Wolfgang/Lipp, Volker/Finger, Peter) Band 2, 3. Auflage, München 2007, Münch Komm ZPO-Lipp, 3. Auflage, vor §§ 567 ff. N. 14). Temel haklarla sınırlandırılmaksızın, hâkime karşı hukukî koruma garantisini savunan görüş için bkz. *Gilles, Peter: Rechtsmittelreform im Zivilprozeß und Verfassungsrechtsaspekte einer Rechtsmittelbeschränkung* (Rechtsmittel), JZ 1985, s. 260; *Dörr*, s. 12-15. Avusturya Hukuku'nda da bir yargılamanın hukuk devletindeki temel gerekliliklerine, esasa ilişkin kararların denetlenmesi de dahil edilmekte, bu suretle ilk derece yargılamasındaki esasa ilişkin kararlara karşı kanun yolu hakkına ulaşılmaktadır (*Fasching*, Einl. N. 62). Türk Hukuku'nda mahkeme kararlarına karşı temyiz yolunun kapatılmasının anayasal dayanağı bulunmadığına ilişkin bkz. *Yüzbaşıoğlu, Necmi: Türk Anayasasının Avrupa Anayasasına Uyumu Üzerine Bir Değerlendirme*, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg22/necmi.pdf>, s. 4. *Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım*, ilk derece mahkeme kararlarının hukuka uygunluğunun bir üst mahkemece yapılması şeklindeki iki dereceli sistemin Anayasa gereği olduğunu savunmaktadırlar (*Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usul*, s. 445 dn. 1). Benzer görüşte olan *Akkaya* da en azından iki dereceli yargılamanın olmasını Anayasa'nın 154. maddesi karşısında bir zorunluluk olarak görmekte, ancak Anayasa koyucunun istinaf mahkemelerinin faaliyet göstermesine ilişkin somut bir emrinin bulunmadığını, ayrıca AY m. 36'dan dereceli bir yargılamanın çıkarılamayacağını ifade etmektedir (*Akkaya-İstinaf*, s. 43, 44, 47). Kanun yoluna başvurunun hukukî korunma talebinin bir gereği ve devamı olduğuna ilişkin bkz. *Özekes-Hukukî Dinlenilme*, s. 54. Ancak yazar, kanun yoluna başvuru bakımından getirilen sınırlamaların hukukî dinlenilme hakkının ihlali olmadığı görüşündedir (s. 322). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin 13. maddesine dayanarak etkili bir hukukî çare hakkının Sözleşme'de yer alan hakların mahkemeler yolu ile ihlâlinde mevcut olduğu görüşündedir, bkz. 8.6.2006 tarihli Sürmeli kararı, NJW 2006, s. 2389. Bir üst mahkemeye başvurulmasını AİHS m. 6'nın gerekli kılınmadığına ilişkin bkz. *Gözübüyük/Gölcüklü*, s. 268; *İnceoğlu*, s. 117. Adalet Divanı ise kanun yoluna başvuruyu da mahkemeye başvuru hakkı kapsamında değerlendirmektedir. Yargılama düzeni iki dereceli bir sisteme sahip olmalıdır. Ancak istinafa başvuru yolunun açılması zorunlu değildir (*Çınar*, s. 51). İstinaf yargılamasının ne hukuk devletinin ne de adil yargılanma hakkının bir gereği olduğuna ilişkin bkz. *Tanrıver, Süha: Hukuk Yargısının Temel Sorunları ve Bu*

yetkili makama geciktirilmeksizin başvuru hakkının düzenlendiği Anayasa'nın 40. maddesi bu konuda somut bir anayasal dayanak oluşturmaktadır¹⁴⁶. Pekâlâ mahkemeler de temel hak ihlâlinde bulunabilir. Bu ihlâllere karşı hukukî koruma sağlayacak yetkili merci bir üst yargı merciidir. Özellikle ihtiyatî tedbir gibi acele kararlarda mahkeme kararlarının denetlenmesi yolu kapatılmamalıdır¹⁴⁷. Şüphesiz yargılama hukukunun hukukî korumayı şekillendirmesinde de yine Anayasa'nın 36. maddesi dikkate alınacaktır. Bu bağlamda, hukukî koruma boşluksuz ve kapsamlı olmalıdır. Hukukî koruma, tıpkı diğer anayasal usûli haklarda olduğu gibi tereddüt hâlinde geniş yorumlanmalıdır¹⁴⁸.

E. Hukukî Korumanın Etkinliği (Etkin Hukukî Koruma)

Günümüzde hukuk devletinden, devletin, yalnız maddî hakları ve teorik olarak yargı mercilerine başvuru hakkını değil, kapsamlı, etkin bir yargısal

Bağlamda Alınması Gereken Önlemler (Temel Sorunlar), "Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisi" Belgesi Gölgesinde Yargı Reformu, Ankara 2008, s. 207.

¹⁴⁶ Anayasa Mahkemesi ise kanun yolunun anayasal temelini kabul etmemektedir, bkz. AMK, 20.1.1986, 1985/23-3 (AMKD S. 22 s. 12 vd.); 23.5.2001, 232/89 (AMKD 2002/1, s. 541). Kanun yollarına başvuru hakkının hukuk devletinin, hak arama özgürlüğünün kendisinden vazgeçilemeyecek bir görünümü olduğuna ilişkin bkz. **Yılmaz-Yasayolları**, s. 142; **Yılmaz, Ejder**: Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler (İyileştirme), SÜHFD 1996/1-2 Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, Konya 1996, s. 71. Yazar, istinaf kanun yolu oluşturulmadan kanun yollarına başvuru yolunu kapatmanın, hak arama özgürlüğüne aykırı olacağı görüşündedir (**Yılmaz-İnsan Hakları**, s. 164). **Alangoya** da, ayırım yapmaksızın mahkeme kararlarının hukuka uygunluğunun kontrolünü, hak arama özgürlüğünün bir unsuru olarak görmekte, ayrıca Yargıtay'a ilişkin AY m. 154'den hareket ederek kanun yolunun anayasal temeli olduğunu kabul etmektedir. Ancak yazara göre, yargının fonksiyon görebilirliğinin muhafazası için kanun yoluna başvuru hakkında ölçülülük ilkesi dikkate alınarak kısıtlamaya gidilmesi mümkündür (**Alangoya, Yavuz**: Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK m. 427 Hükmü İle Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı (Kanun Yolu), 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 30-33, 38). **Öztek**, temyiz kanun yolunun içtihat birliğini sağlama amacının değere bağlı temyiz sistemi ile bağdaşmadığı, sınırlandırmanın yeknesak hukuk uygulamasından ayrılan mahkeme kararlarının temyizen incelenmesine engel olmadığı takdirde kabul edilebileceği kanaatindedir (**Öztek, Selçuk**: HUMK m. 427'deki Kesinlik Sınırının Temyiz Kanun Yolunun Amacı Bakımından Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesinin 20.1.1986 Tarihli Kararı (Kanun Yolu), Hukuk Araştırmaları Dergisi Mayıs Ağustos 1987, s. 67, 68). Değere bağlı temyiz sistemini eleştiren **Akkaya** da, kanun yoluna başvurunun mutlak şekilde engellenmesinin, dolaylı olarak hak arama hürriyetinin ihlâl edilmesine neden olabileceğini belirtmektedir (**Akkaya, Tolga**: Temyize Başvuru Hakkının Sınırlandırılması ve İzne Bağlı Temyiz Sistemi (Temyiz), Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. I, Ankara 2009, s. 67, 68). Yazar, özellikle hukukun açıkça ve ağır biçimde ihlâl edilmesi ve keyif kararlar verilmesi hâlinde, temel hakların sınırlandırılması bakımından Anayasa'nın 13. maddesindeki esaslara aykırılık görmektedir (s. 68).

¹⁴⁷ Maurer, § 8 N. 30.

¹⁴⁸ Maurer, § 8 N. 27; Gilles-Rechtsmittel, s. 260; Dörr, s. 23. Karş. Vogg, s. 55.

hukukî kontrolü sağlaması anlaşılmaktadır. Yargı yolunun açılması, hakları ihlâl edilene gerçek anlamda hukukî koruma sağlayabildiği, etkin olduğu takdirde anlamlıdır¹⁴⁹. Teorik olarak mevcut, ancak etkisiz bir hukukî korumanın gerçekte hukukî koruma olarak nitelendirilmesi mümkün değildir¹⁵⁰.

Etkin hukukî koruma en yalın anlamı ile, hakların olabildiğince etkili bir şekilde gerçekleştirmesidir¹⁵¹. Etkin hukukî koruma, elde edilecek hukukî korumanın sonucunun etkinleştirilmesidir¹⁵².

Etkin hukukî koruma, hukukî korumanın unsurlarının belirli standartlar dahilinde amaca hizmet etmesini sağlar. Bu nedenle, etkin hukukî koruma, içerik olarak daha zengin olmasından ötürü klasik hukukî korumayı aşmıştır¹⁵³. Etkinlik, yargılama hukukunun ve yargılama uygulamasının anayasal

¹⁴⁹ Finkelnburg/Dombert/Külpmann, N. 3; Krebs in von Münch/Kunig, GGK I, Art. 19 N. 62; Kaboğlu, s. 245; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 277, 278; Grabenwarter/Pabel in Grote/Marauhn, Kap. 14 N. 79. Bu konuda ayrıca bkz. Pekantez/Atalay/Özekes, s. 42, 43; Özekes-Temel Haklar, s. 123, 124.

¹⁵⁰ Vogg, s. 41. "(...) bir hak ve özgürlüğün, gerçekten böyle olabilmesi, onun kağıt üzerinde kalmayarak fiilen gerçekleşebilmesine bağlıdır." (Yılmaz, Ejder: Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti İlkesi (Yargılama Giderleri), ABD 1984/2, s. 204; Yılmaz-İyileştirme, s. 58; Yılmaz-İnsan Hakları, s. 156). "Hak arama özgürlüğü çerçevesinde, hukukî korunma talebi için artık günümüzde, "etkin hukukî koruma" ihtiyacı ve talebinden söz edilmektedir. Yani, bir devletin sadece yalın olarak hak arama ve hukukî korunma yollarını düzenlemesi ve bunları açık tutması yeterli değildir; aynı zamanda bu yolların etkinliğini sağlamak, elde edilecek kararların uygulanabilir olması imkânını ayakta tutmak, hukukî korunma ihtiyacı ile orantılı ve bağlantılı bir yöntemi benimsemek gibi yükümlülüğü söz konusudur." (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Ankara 2006, s. 151).

¹⁵¹ Habscheid, Walther J.: Das Recht auf den Beweis und der Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes (Effektivität), SJZ 1984/24, s. 381; Akkan, s. 29. Tanrıver, etkin hukuki korumayı ayrıntılı olarak şu şekilde tanımlamaktadır: "Hak arama mekanizmalarının ilgililerin ihtiyaçlarının gereklerine hizmet verebilecek şekilde işler bir durumda tutulması; bu mekanizmalara müracaat edilmesi halinde, hak arama sürecinin, hukukun çizdiği sınırlar dâhilinde gerçeklik temeline dayalı olarak azamî verimlilik ölçeğinde karışıklığa ve karmaşaya meydan vermeyecek şekilde ve makûl bir zaman kesiti içerisinde tamamlanmasının sağlanmasıdır." (Tanrıver, Süha: Adalet Müfettişlerinin Hukuk Mahkemeleri Hâkimleri Üzerindeki Denetim Yetkisinin Kapsamı ve Sınırları (Adalet Müfettişleri), Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. I, Ankara 2009, s. 105, 1056; Tanrıver-Temel Sorunlar, s. 201).

¹⁵² Dörr'e göre, etkinlik, anayasal çerçevede temel bir ilke değildir; etkinlik, normun gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir. Etkinlik prensibi, ancak ihlâl edildiği düşünülen hak ile ilişkilendirildiğinde somut bir içerik kazanır (s. 20). Bu konuda ayrıca bkz. Akkaya-İstinaf, s. 47. Üstündağ'a göre ise, Marksistlerin ileri sürdüklerini iddia ettiği etkin hukukî koruma, etkin yargılama diye bir şey yoktur. Yargılamanın etkinliği, konulan normlar içinde ulaşılan sonuçtur (Üstündağ, Saim: Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VI (Tartışmalar), Ankara 2008, s. 83, 242).

¹⁵³ Zöllner/Vollkommer, Einl. N. 50; Schilken-Gerichtsverfassungsrecht, N. 102; Vogg, s. 46.

gereklilikleri karşılayıp karşılamadığının değerlendirilmesinde somut bir ölçüdür¹⁵⁴.

Etkin hukukî koruma, uyumsuzluğun her iki tarafına birden hitap eden dengeli bir hukukî korumadır¹⁵⁵. Etkinlik, hukukî korumanın mümkün olan en üst ve en kapsamlı hâle getirilmesini hedeflememektedir. Çünkü etkinliğe ulaşma gayesiyle sınırsızlığa kayılması, hukuk barışını ve güvenliğini zedeler¹⁵⁶.

Hukukun, hem hukuk düzeninin sağlanması hem de sübjektif hakların gerçekleştirilmesi, etkinliğinin sağlanmasında en temel koşullardan birisidir¹⁵⁷. Ancak etkin hukukî korumanın içeriğinin somutlaştırılması gerekmektedir¹⁵⁸. Etkin hukukî korumanın ilk ve en temel unsuru, adil yargılamanın bütün koşullarını karşılamasıdır¹⁵⁹. Örneğin, bağımsız olmayan bir hâkim önünde yürüyen yargılamada taraflardan biri hukuken korunsa da, adil yargılanmanın bu unsuru olsaydı hukukî koruma farklı şekilde sağlanabileceğinden etkinliğe ulaşılamaz¹⁶⁰. Yine, hukukî dinlenilme hakkı, her iki tarafın bilgilendirilme, açıklama

¹⁵⁴ Dörr, s. 21. "Etkin hukukî koruma, hukuk devleti ilkesine uygun olarak oluşturulan yargılamanın vazgeçilmez ögesidir." (Finkelnburg/Dombert/Külpmann, N. 2).

¹⁵⁵ Deren-Yıldırım, Nevhis: Geçici Hukuki Korumalar (Geçici Hukuki Korumalar), Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul 2008, s. 61.

¹⁵⁶ Dörr, s. 21; Akkan, s. 36.

¹⁵⁷ Lorenz-effektiver Rechtsschutz, s. 625, 626.

¹⁵⁸ Lorenz'e göre etkinlik, kendinden çıkarılabilen sağlam bir içeriği ortaya koyamamaktadır; bu nedenle, içeriğinin doldurulmasına ihtiyaç duyan boş bir formüldür (Lorenz-Art. 19. Abs. 4 GG, s. 393).

¹⁵⁹ Schütze, Rolf A.: Effektivität des Rechtsschutzes vor den Schiedsgerichten (Effektivität), Effektivität des Rechtsschutzes vor staatlichen und privaten Gerichten, Hrsg. Peter Gottwald, Bielefeld 2006, s. 175. Etkin hukukî koruma için hukukî dinlenilme hakkına uygun davranılması ve onun da gereklerinin yerine getirilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Özkes-Hukukî Dinlenilme, s. 53 dn. 123. Pekantez'e göre, adil yargılamanın temelinde efektif hukukî koruma vardır (Pekantez-Adil Yargılama, s. 39). Tanriver'e göre de adil yargılanma, etkin hukukî korumayı amaçlar (Tanriver-Adil Yargılanma, s. 191).

¹⁶⁰ Türk Hukuku'nda hâkimlerin özlük işlerinde kararlarına karşı yargı yolu kapalı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun söz sahibi olması, Adalet Bakanlığı bünyesinde çalışan adalet müfettişlerinin hâkimler hakkında inceleme ve araştırmalar yapabilmesi, en önemlisi hâkimlerin verdikleri kararların Yargıtay tarafından notlandırılması bağımsızlık ilkesini tereddüde sevk etmektedir. Uygulamanın tıkanmış meselelerinde çığır açacak ezber bozan kararlar için mesai harcamak yerine, yerleşmiş içtihadın ezbere takip edildiği bir hukuk sisteminde etkinliğe ulaşmak oldukça zordur. Zira, nota bağımlılığın yarattığı yerleşmiş içtihat alışkanlığı, yargının diğer aktörlerini de aynı bağımlılığa sürüklemektedir. Yanlış da olsa bir içtihadın uygulamada fiilen birçok temel hakkın ve Anayasa'nın önüne geçebildiği değerlendirmesi için bkz. Özkes-Temel Haklar, s. 56. Bu konuda ayrıca bkz. Özkes-Vicdan ve Ahlak, s. 8. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun adil yargılanma hakkı bağlamında eleştirisi için bkz. Tanriver-Adil Yargılanma, s. 197. Yargının yürütme organına karşı bağımsızlığı bakımından eleştirisi için bkz. Yılmaz-İnsan

ve dikkate alınma haklarını içerir¹⁶¹. Dava malzemesi, bu üç unsur olmaksızın hukuka uygun bir karar verebilmek için toplanmış olmaz.

Etkin hukukî korumaya, hukukî korumanın üç unsuru olan yargı mercilerinin oluşturulması, kişilerin yargı mercilerine başvurabilmeleri ve yargı mercilerinin meseleyi incelemesinde etkinlik sağlandığı takdirde ulaşılabilir¹⁶².

Yargı mercilerinin oluşturulması ve düzenlenmesi bakımından, yargı mercileri, nicelik olarak kişilerin hak arama taleplerini gerektiğinde hızlı bir şekilde karşılayabilecek kadar yeterli ve işlevsel olmalıdır. Yetersiz ya da işlevsel olmayan bir yargı mercii, meseleyi titiz bir şekilde inceleyemez¹⁶³.

Çok genel olarak yargılama, ihlâlin önlenmesi ya da mevcut ihlâlle mücadele edecek kararlar üretebilecek şekilde inşa edilmelidir. Yargı organlarının teşkilatlandırılması ve yargılama kurallarının belirlenmesindeki yanlış tercihler, yargılamanın makul sürede bitirilememesine zemin hazırlar¹⁶⁴. Sübjektif hakların maddî hukukta düzenlenme şekli ve hakların ihlâline karşı getirilen hukukî koruma araçları da kişinin yargı mercilerine etkin bir şekilde başvurabilmelerinde önemli rol oynar¹⁶⁵. Yargı teşkilatının ve yargılama sürecinin teknolojik olanaklarla donatılması da etkinlik bakımından vazgeçilmezdir. Elektronik posta, telekonferans gibi çeşitli araçlar, istinabeye duyulan ihtiyacı azaltacak, böylelikle yargılama makul sürede tamamlanabilecektir.

Sosyal dengenin bozulması ile yoksulun giderek daha da yoksullaşması, hukukî korumanın herkes için eşit ölçüde erişilebilirliği bağlamında hukukî korumanın etkinliğinin artırılmasını gerektirmektedir. Etkinlik derecesinin

Hakları, s. 157, 158; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 445 vd.; Gözler, s. 537. Adalet müfettişliği kurumunun yapılanması ve bu yapılanmanın yarattığı olumsuz sonuçlar için bkz. Tanrıver-Adalet Müfettişleri, s. 1057, 1058. Hâkimlerin üst mahkemelere karşı bağımsızlığı, adil yargılanma hakkı bağlamında mahkemenin tarafsızlığına dahil edilmektedir. "Yargı kararlarında yeknesaklığa, kararlara bağlı kalma emri ile değil, kanun yolu imkânı ile ulaşılır." (Grabenwarter/Pabel in Grote/Marauhn, Kap. 14 N. 64).

¹⁶¹ Pekantez-Hukukî Dinlenilme, s. 769 vd.; Özkes-Hukukî Dinlenilme, s. 86 vd.; Tanrıver-Adil Yargılanma, s. 207 vd.; Tanrıver-Adalet Müfettişleri, s. 1066, 1067; Özkes-Temel Haklar, s. 140, 141.

¹⁶² Akkan, s. 37.

¹⁶³ Schilken-Gerichtsverfassungsrecht, N. 93-96.

¹⁶⁴ Özbek-Adalet Erişim, s. 912.

¹⁶⁵ Lorenz-Art. 19. Abs. 4 GG, s. 394; Dörr, s. 23.

yükseltilmesinde hareket noktası, hak aramanın yalnız hukukçularca bilinen sihirli bir formül olmaktan çıkarılmasıdır. Hak sahibi, hukukî koruma yollarına, hatta kendi hakkına yabancı olduğu ve hukuk yargılamasından çekindiği için harekete geçmiyorsa, zayıfların korunmasını amaçlayan sosyal devlet ilkesinin (AY m. 2) gereği yerine getirilmemiş olacak, -ülkemizde apaçık bir şekilde görüldüğü üzere- hak arama bilinci ve isteği gelişmeyecektir¹⁶⁶.

Avukata ücretsiz erişim ve adli yardım, etkinliğin sağlanması düşüncesi ile hukukî korumanın yoksullar ayağında yapılacak reform çalışmalarında ilk düşünülecek konulardan olmalıdır¹⁶⁷. Ücreti devlet tarafından sağlanan kamu avukatlığı ya da büyük firmaların sosyal yatırımları çerçevesinde yoksullara ücretsiz hizmet verecek avukat istihdam etmeleri ya da faal diğer avukatları desteklemeleri, yine gönüllü avukatlık, yoksullukla mücadelede önemli bir adım teşkil edebilir. Bunun yanında, noterlere, alternatif uyuşmazlık çözümlerine¹⁶⁸ ve özellikle yerel bir arabulucuya, hatta hukukçu olmayanların da yararlanabilecekleri temel kitapların yer aldığı zengin bir kütüphaneye, ücretsiz içtihat ve eser taramasının yapılabileceği hukuk programlarına ulaşım, ayrıca grup davaları hukukî korumanın etkinliği için gereklidir¹⁶⁹.

¹⁶⁶ **Martin**, s. 31.

¹⁶⁷ **Özbek-Adalet Erişim**, s. 909; **Demircioğlu**, s. 116 vd.; **Özbek-Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, s. 167. Adli yardım bakımından bkz. **Yılmaz-Yargılama Giderleri**, s. 219, 220.

¹⁶⁸ Devletin arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm metodlarını ve yeni uyuşmazlık çözüm araçlarını kişilere sunması da etkin hukukî koruma içinde değerlendirilebilir (**İldır, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü**, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 399; **Özbek-Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, s. 167 dn. 129). Yargı dışı çözüm yollarının geliştirilmesi, hemen hemen bütün hukuk sistemlerinde yakınılan iş yükünün azalmasını sağlayacak, devletin yargının finanse etmesi gereken ekonomik yükü hafifleyecek, bunun sonucunda yargıya yapılacak yatırımlar artarak kalite yükseltilebilecektir (**Kulms**, s. 952, 953; **Tanrıver-Temel Sorunlar**, s. 220, 221). Alman Anayasa Mahkemesi bir kararında, ihtilâflı bir meselenin dostane yoldan hâllinin, bir hukuk devletinde meselenin hâkim yolu ile çözümüne göre öncelikli olduğu sonucuna varmıştır (BVerfG, 14.2.2007, ZKM 2007, s. 128, 129).

¹⁶⁹ **Özbek-Adalet Erişim**, s. 910; **Özbek-Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, s. 167. Grup davalarının asıl amacının adaletle ulaşmanın geliştirilmesi ve desteklenmesi olduğuna ilişkin bkz. **Özbay**, s. 70. Grup davaları ile kolektif menfaat arasındaki ilişki bakımından bkz. **Hanağası, Emel: Kolektif Menfaatin Hukuki Himayesi Biçimi Olarak Topluluk Davaları (Topluluk Davaları)**, Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. I, Ankara 2009, s. 353, 354. Grup davalarının kabule şayanlık koşullarına ilişkin bkz. **Hanağası, Emel: Davada Menfaat (Menfaat)**, Ankara 2009, s. 207 vd. HMK Tasarısı'nda grup davası "topluluk davası" kenar başlığı ile özel surette düzenlenmektedir (m. 118). Buna göre, "dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlâl edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilirler".

Yargı mercilerinin oluşturulması ve düzenlenmesi bakımından etkin hukukî koruma özetle, yargının salt yapısal olarak etkinleştirilmesini aşan, kişiyi gerek teknolojik olanaklar gerekse toplumun karakterine uygun hukukî koruma araçları ile donatılan hukukla buluşturan, kişiyi hukuktan korkutmayan, hak aramayı kolaylaştırarak teşvik eden, böylece sevimsiz, zor, sihirli hak arama metodundan sapılarak zorla hak almaya meylin önünü alan bir hukukî korumadır.

Hukukî korumanın ikinci unsuru olan yargı mercilerine başvuru hakkı bakımından, etkinlik, hakkı ihlâl edilenin gerçekten mahkemeye ulaşabilmesi ile gerçekleştirilebilir¹⁷⁰. Yargı düzeni bunun için, kişilerin bir uyuşmazlıkla karşılaştıklarında nereye ve nasıl başvuracaklarını açıkça düzenlemeli, başvuru yolları herkesin vakıf olabileceği sadelik ve basitlikte olmalıdır¹⁷¹. Kişiler, hukukî korunma talebinde bulunabilmek için aşamayacakları engellerle karşılaşmamalıdır¹⁷². Bunların belki de en başında yargılama harç ve giderleri gelmektedir. Yargılama giderleri, yargı mercilerine başvuru hakkını fiilen ortadan kaldıracak şekilde düzenlenemeyeceği gibi, öngörülemez şekilde de zorlaştırılmamalıdır¹⁷³. İkinci olarak, yargı mercilerine başvuru, makul olmayan uzunlukta ya da kısalıkta sürelerle bağlanmamalıdır. Sürelerin hukukî korumanın etkinliği bakımından, özellikle posta teşkilatının işler hâlde olması büyük önem taşımaktadır. Postadaki gecikmeler sürelerin muhafaza edilememesine yol açıyorsa hukukî korumanın etkinliği zarar görür¹⁷⁴. Yargı yolunun kişilerce kolaylıkla algılanabilirliği bağlamında sürelerin olabildiğince yeknesaklaştırılması da önemlidir¹⁷⁵.

¹⁷⁰ Akkan, s. 54.

¹⁷¹ Akkan, s. 54. Yargı yoluna, örneğin kanun yoluna ilişkin hükümler açık ve net bir şekilde ortaya konulmalıdır (Jarass in Jarass/Pieroth, Art. 20 N. 93; Lorenz-Art. 19. Abs. 4 GG, s. 395; Dörr, s. 24; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 498; Voßkuhle, s. 2198).

¹⁷² Sachs, Art. 19 N. 138; Reichhold in Thomas/Putzo, Einl. I N. 27; Lorenz-Art. 19. Abs. 4 GG, s. 394; Demircioğlu, s. 117; Epping, N. 887; Özekes-Hukukî Dinlenme, s. 54.

¹⁷³ Krebs in von Münch/Kunig, GGK I, Art. 19 N. 64; Yılmaz-Yargılama Giderleri, s. 201; Jarass in Jarass/Pieroth, Art. 20 N. 97; Yılmaz-İyileştirme, s. 58; Benda/Weber, s. 296; Yılmaz, Ejder: Usul Ekonomisi (Usul Ekonomisi), AÜHFD 2008/1, s. 265.

¹⁷⁴ Bedan/Weber, s. 295. Tanrıver, etkin hukukî koruma bağlamında Posta Telgraf İşletmesi bünyesinde adli tebligat biriminin oluşturulması gerektiği fikrindedir (Tanrıver-Temel Sorunlar, s. 212).

¹⁷⁵ Yılmaz-İyileştirme, s. 62. Kanun yollarındaki süreler bakımından bkz. Yılmaz-Yasayolları, s. 137, 138.

Yargı mercilerine başvuruda engellerin kaldırılması, başvuru için hiçbir koşulun ileri sürülmeyeceği anlamına gelmemektedir. Hukukî güvenliğin sağlanması, özellikle iş yükünün artmaması için yargılama usûllerinde mahkemeye başvuru belirli koşullara bağlanabilir¹⁷⁶.

Hukukî korumanın üçüncü unsuru olan yargı mercilerinin meseleyi incelemesi ve sonuçlandırmasına ilişkin olarak, mesele, gerek vakıalar gerekse hukukî bakımdan kapsamlı bir şekilde incelenmeli, bu inceleme sonunda verilen kararlar ihlâli bertaraf eder nitelikte ve taraflar için bağlayıcı olmalıdır¹⁷⁷.

Etkin hukukî koruma, uyumsuzluğun vakıa denetimi ve hukuk normunun doğru olarak altlanması sonucunda hâkim kararı ile makul sürede çözümlenmesini şart koşmaktadır¹⁷⁸. Makul süre, ne pahasına olursa olsun hızlı olmak anlamında değildir¹⁷⁹. Bu kavram, hukukî korumanın vaktinde (zamanında) sağlanması ile ilişkilidir. Anayasamızın 141. maddesinde “yargılamanın basit, çabuk ve ucuz görülmesi” esası benimsenerek usûl ekonomisi, yargılamaya hâkim bir ilke konumuna getirilmiştir¹⁸⁰. Müddeabihin yargılama süresince hak sahibinin beklediği menfaatleri temin edemeyecek şekilde değişmesi ya da yok olması sonucunda hak sahibinin dava sonrasında hakkını icra edemeyecek konuma gelmesi ya da hakkını tamamen icra edebilse de telafisi mümkün olmayan zararlara uğraması durumunda hukukî koruma etkin

¹⁷⁶ **Sachs**, Art. 19 N. 139; **Maurer**, § 8 N. 33; **Benda/Weber**, s. 293; **Schilken-Gerichtsverfassungsrecht**, N. 98; **Kissel/Mayer**, Einl. N. 204; **Dörr**, s. 25; **Grabenwarter/Pabel in Grote/Marauhn**, Kap. 14 N. 72.

¹⁷⁷ **Sachs**, Art. 19 N. 145; **Kissel/Mayer**, Einl. N. 229; **Musielak/Musielak**, Einl. N. 6; **Epping**, N. 888.

¹⁷⁸ **Sachs**, Art. 19 N. 144; **Jarass in Jarass/Pieroth**, Art. 20 N. 97; **Benda/Weber**, s. 299; **Vogg**, s. 42; **Schilken-Gerichtsverfassungsrecht**, N. 106; **Kissel/Mayer**, Einl. N. 228; **Pekcanitez-Adil Yargılama**, s. 40 vd.; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 284; **Dörr**, s. 29; **Tanrıver-Adalet Müfettişleri**, s. 1069, 1070; **Tanrıver-Temel Sorunlar**, s. 201; **Grabenwarter/Pabel in Grote/Marauhn**, Kap. 14 N. 103, 106; **Akkan**, s. 38, 39.

¹⁷⁹ **Habscheid-Effektivität**, s. 385; **Pekcanitez-Adil Yargılama**, s. 43; **Tanrıver-Adil Yargılanma**, s. 200; **Yavaş, Murat**: Mevaz Kanun ile Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Medenî Yargılamaya Hakim Olan İlkeler ve Hakimın Rolü, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 320.

¹⁸⁰ **Tanrıver-Adil Yargılanma**, s. 198; **Akkan**, s. 40; **Tanrıver-Temel Sorunlar**, s. 201, 202. Basitlik/hızlılık/ucuzluk olmak üzere üç öğeden oluşan usûl ekonomisi ilkesi, yargılamanın etkinliğinin artırılması çabalarının özünü oluşturmaktadır (**Yılmaz, Ejder**: Medenî Yargılama Hukukunda İslah (İslah), 2. Bası, Ankara 2010, s. 75 vd.; **Yılmaz-Usul Ekonomisi**, s. 250). Usûl ekonomisinin anayasal sosyal hukuk devleti anlayışının bir sonucu olduğuna ilişkin bkz. **Yılmaz-İyileştirme**, s. 57.

değildir. Asıl davada verilecek hükmün hak sahibini tehdit eden tehlikeyi bertaraf edememesi, hukukî korumanın işlevini yerine getiremediği anlamına gelmektedir¹⁸¹. Bu durumda, geçici hukukî koruma öngörülerek yargılamanın makul sürede bitirilememesi nedeniyle oluşan hukukî koruma boşluğu giderilmelidir. Zira, etkin hukukî koruma, tehlikeli durumun, hakların ya da hukukî ilişkilerin tespiti, inşası ya da ifasından önce bertaraf edilmesini de içermektedir¹⁸². Uyuşmazlık konusu, ancak hükmün kesinleşmesine kadar değişmeyecek şekilde hızlı bir şekilde korunduğunda kişiye etkin hukukî koruma sağlayan işler bir yargı düzeninden söz edilebilir¹⁸³. Devletin tanıdığı hukukî yollarla aynı sonuca ulaşabildiği sürece, alacaklıdan hakkını kendi kendine gerçekleştirememesine tahammül etmesi beklenebilir¹⁸⁴.

Yargılamayı hızlandıracak tedbirler ne kadar etkin alınıralsa alınsın, gerek uyuşmazlık içinde olanlar gerekse uyuşmazlığı çözenler, sonuca makul sürede ulaşma isteğine sahip değillerse, bütün tedbirler başarısızlığa uğrar¹⁸⁵. Hukukçular ve yardımcı adliye personeli, üniversite eğitimlerinde adaletin makul süre içinde dağıtımının hukukî, bunun ötesinde vicdani sorumluluğu hakkında bir hukuk kültürüne sahip olmadıkları sürece, yargılamanın hangi sistem olursa olsun hızlandırılması oldukça zordur¹⁸⁶. Makul süreye ulaşmanın en etkili yolu, tarafların bir oyun olarak benzetmek gerekirse yargılamadan kaçmamaları, bilakis oynamaya istekli olmaları; avukatların da bütün zor koşullara rağmen yargılama faaliyetinde ataletten uzak durmalarıdır¹⁸⁷.

Kararın gecikmesi ya da yargılamanın makul süre içinde bitirilememesi, ayrıca ara dönemdeki hukukî koruma ihtiyacı görmezden gelinip tarafların dava

¹⁸¹ Rosenberg/Gaul/Schilken, s. 996; Vogg, s. 42, 43; Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 55.

¹⁸² Martin, s. 97.

¹⁸³ Lorenz-Art. 19. Abs. 4 GG, s. 400. Geçici hukukî korumanın etkin hukukî koruma için gerekli ve zorunlu olduğuna ilişkin bkz. Özekes, Muhammet: İhtiyati Haciz Kararlarının Gerekçeli Olması ve Kanun Yoluna Başvuru -Bir Karar Üzerine Değerlendirme- (Gerekçe), Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 472.

¹⁸⁴ Heinze, s. 18.

¹⁸⁵ Tahkim yargılaması bakımından değerlendirmede bulunan Schütze'ye göre, yargılama süresini kısaltmaya yönelik bütün uğraşlar, taraflar hızlı bir yargılamayı istemiyorlarsa ve hâkim gerekli zamanı ayırmıyorsa başarısızlığa mahkûmdur (Schütze-Effektivität, s. 189).

¹⁸⁶ Özekes-Vicdan ve Ahlak, s. 12.

¹⁸⁷ Schütze-Effektivität, s. 190.

yoluna mecbur tutulmaları ihkaki haktan istinkaf etmek ile eşdeğerde değerlendirilmelidir¹⁸⁸. Mahkemenin kanunda öngörülen sürede karar verememesi¹⁸⁹ ya da sürenin, davanın ya da diğer şartların bütünü dikkate alındığında meselenin yapısına göre makul olmaması, bu durum bakımından özellik arz etmektedir. söz konusudur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yeni bir kararında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesinde ifadesi bulan etkili başvuru hakkına dayanarak yargılamanın hızlandırılması veya gecikmeler söz konusu olmuşsa, yardımda bulunmak için iç hukuk sisteminin etkili bir hukukî çareyi öngörmesi gerektiği sonucuna varmıştır¹⁹⁰. Karar, yargılamanın belirli bir sürede tamamlanmasını emreden çok sayıda düzenlemenin bulunduğu, ayrıca makul süreye riayet edilmeme pratiğinin yaygın olduğu hukukumuz bakımından dikkat çekicidir. Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin tarafı olması, Anayasa'nın 36. maddesinde adil yargılanma hakkına açıkça göndermede bulunmasının ötesinde, 40. maddede temel hak ihlallerinde şikâyet hakkı öngörülmüştür. Şikâyet hakkı, mahkemenin dayandığı Sözleşme'nin 13. maddesini karşılamaktadır. Mahkemenin içtihadı dikkate alındığında, hukukî çare sisteminin, yargılamanın süresinde ya da makul sürede bitirilememesine karşı bir başvuru yolu öngörecektir. Bu içtihat bir kenara bırakılacak olsa bile, Anayasa'nın 40. maddesi üst mahkemenin meseleyi inceleyen, ancak süresinde ya da makul sürede tamamlayamayan ilk derece mahkemesini hukuk dağıtımından kaçınma konusunda uyarmasına anayasal dayanak kazandırmaktadır¹⁹¹. Zira, makul sürede bitirilmeyen

¹⁸⁸ **Rüetschi, David:** Geldleistung als vorsorgliche Massnahme, Basel, Genf, München 2002, s. 71, 72; **Berti, Stephen:** Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozess, ZSR 1997 Band 116, s. 179.

¹⁸⁹ Örneğin, duruşma yapılmayan şikâyet yargılamalarında icra mahkemesinin on gün içinde karar vermesi gerekir (İİK m. 18/son).

¹⁹⁰ AİHM, 9.10.2008 (FamRZ 2009, s. 105).

¹⁹¹ Mesele, Alman Hukuku bakımından da günceldir. Yargı kararlarında, Alman Usûl Kanunu'nda kayıtsız kalma ya da hızlandırma şikâyeti (Untätigkeitbeschwerde) şeklinde Türkçeleştirilebilecek bir hukukî çarenin öngörülmemesine rağmen, üst mahkemenin meseleyi inceleyen mahkemeye -gerektiğinde süre belirleyerek- yargılamayı hızlandırması emrini verebileceği kabul edilmektedir. Örneğin, 11 yıl süren bir davada davacının eyalet mahkemesine yaptığı şikâyet haklı bulunmuştur (OLG Karlsruhe, 3.5.2007, NJOZ 2007, s. 2997 vd.). Aynı yönde bkz. OLG Naumburg, 19.7.2004, NJOZ 2005, s. 2082 vd.; OLG Brandenburg, 2.10.2006, BeckRS 2006 12565. Kayıtsız kalma şikâyetinin, unsurlarından birisi makul sürede yargılama olan etkin hukukî koruma garantisini referans gösterilerek kanunî dayanağa sahip olduğu benimsenmektedir. Ancak üst mahkeme, meseleyi inceleyen mahkemeye yargılamanın belirli

yargılamalar Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık teşkil ederek temel hak ihlâline yol açmaktadır.

Gerçeğe ulaşmak, medeni usûl hukukunun amaçlarından birisi olmakla beraber¹⁹², yargılamanın doğru kararları verilebilecek şekilde oluşturulmasının ötesinde, tarafların objektif hukukî durumlarına uygun bir hukukî korunma talebi bulunmamaktadır¹⁹³. Hukukî korunma talep edenlerin sonuçtan tatmin olmaları ve yargıya güvenmeleri yeterlidir. Böyle bir güveninin oluşturulabilmesi için, kararların kısa süre içinde yazılan, tatmin edici gerekçeleri olmalı, karşı oy yazıları ayrıntılı yazılmalıdır¹⁹⁴. Yargı kararlarında yeknesaklığın sağlanması da, adaletin hakça dağıtıldığı inancını güçlendirir. Aynı yargı kolunun temyiz mercii daireleri arasında ciddi içtihat farklılıkları oluşuyorsa yine hukukî korumanın etkinliğinden söz edilemez.

Yalnız ilk derece yargılamasında değil, tüm kanun yolu aşamalarında da etkin hukukî koruma geçerlidir¹⁹⁵. Hükmün şekli anlamda kesinleşmesini uzatacak çok aşamalı kanun yolu derecelendirmesi, etkin hukukî koruma garantisine uygun değildir. Diğer yandan, kanun yolu sistemi hukukî koruma boşluğu yaratacak derecede zayıf oluşturulursa ya da bu şekilde yorumlanırsa etkin hukukî korumadan söz edilemez. Örneğin, engelleyici hiçbir düzenleme olmasa bile ihtiyatî tedbir kararlarına karşı kanun yolu denetimini kapayan hukuk sistemimizde bu açıdan hukukî koruma etkin değildir.

tedbirlerle desteklenmesine yönelik somut yol haritası öngöremez. Doktrinde de kayıtsız kalma şikâyeti etkin hukukî korumanın gereği olarak görülmektedir (Dörr, s. 30; Münch Komm ZPO-Finger, 3. Auflage, § 620c N. 18; Vogel, Harald: Die Untätigkeitsbeschwerde im Familienrecht, FPR 2009, s. 166, 167). Avusturya Hukuku'nda kanun koyucu AİHS m. 13'ü dikkate alarak "mahkemeye mühlet verme" şeklinde bir müesseseyi Mahkemeler Teşkilatı Kanunu § 91'de ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Buna göre, mahkeme, usûli bir işlemin yapılmasında gecikmişse, taraf, üst mahkemeden her zaman mahkemenin bu işlemi dört hafta içinde yapması için süre tayinini isteyebilir. Bu konuda bkz. Rechberger-Hızlandırılma, s. 10-12.

¹⁹² Pekcantez/Atalay/Özekes, s. 49, 50; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usul, s. 5.

¹⁹³ Musielak/Musielak, Einl. N. 8. Konuralp'e göre, genel olarak usûl kurallarının, özel olarak ispat kurallarının amaçsal yorumlanması açısından, adalete ve gerçeğe ulaşmayı da, uyumsuzlukları çözmeyi de amaç olarak görmek, hukukçuya hem güçlü hem de esnek bir yorum imkânı kazandırır (Konuralp, Halûk: Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları (İspat), Ankara 1999, s. 6).

¹⁹⁴ Jarass in Jarass/Pieroth, Art. 20 N. 97.

¹⁹⁵ Sachs, Art. 19 N. 143; Akkan, s. 54; Finkelnburg/Dombert/Külpmann, N. 2; Epping, N. 895.

Yargı kararları kâğıt üzerinde kalmayıp gerektiğinde zorla yerine getirebildiği oranda etkinliğe ulaşılabilir¹⁹⁶. Hızlı, kapsamlı bir yargılama sonunda verilen eda kararı, icra sisteminin aksaklıklarından ötürü zamanında yerine getirilemiyorsa hukukî koruma etkin kabul edilemez¹⁹⁷.

II. Geçici Hukukî Korumanın Anayasal Dayanakları

Yukarıda zaman faktörünün ve kötü niyetli borçlu davranışlarının hukukî korumanın etkinliğini nasıl tehdit ettiği incelendi¹⁹⁸. Geçici hukukî korumanın hukukî korumanın etkinliği bakımından vazgeçilmez oluşu sayesinde anayasal temel de kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Geçici hukukî koruma, hak arayana asıl talep hakkında yürütülecek yargılama sonunda sağlanacak hukukî korumadan yararlanamama tehlikesine karşı koruyarak hukukî korumaya etkinlik vasfını kazandırmaktadır. Böylelikle hukukî koruma, Anayasa'nın 36. maddesinde öngörülen etkin olma görevini, hak arayana vaktinde ulaşılarak en iyi şekilde yerine getirebilmektedir. Hukukî korumanın sahip olması gereken anayasal vasıflardan birisini sağlayan geçici hukukî koruma, hakkın makul süre içinde elde edilemeyecek olmasının yaratacağı sakıncaları ortadan kaldırarak etkin hukukî korumaya hizmet etmekte, bunun sonucunda anayasal temel kazanmaktadır¹⁹⁹. Yani, etkin hukukî korumadan vazgeçmemenin tek yolu geçici hukukî koruma sağlamak olduğu için geçici hukukî koruma anayasal dayanağa sahip olmaktadır²⁰⁰. Bu bakımdan, etkin hukukî korumanın unsurlarından birisi olan makul süre içinde yargılamanın tamamlanması gerekliliği, geçici hukukî korumanın anayasal dayanak noktalarından ilkidir.

Görüleceği üzere, etkin hukukî koruma, geçici hukukî korumanın hem oluşturulması hem de uygulanmasında önemli etkilere sahiptir. Etkin hukukî

¹⁹⁶ **Martin**, s. 21; **Akkan**, s. 38; **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 279.

¹⁹⁷ Etkin hukukî korumanın cebrî icra faaliyetlerinde de göz önünde bulundurulması gerektiğine ilişkin bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s. 42; **Özkes-Temel Haklar**, s. 128.

¹⁹⁸ Bkz. yuk. Bölüm I, § 4, I, E.

¹⁹⁹ **Walker-Der einstweilige Rechtsschutz**, N. 55. İdarî yargı bakımından aynı yönde bkz. **Finkelnburg/Dombert/Külpmann**, N. 2, 3.

²⁰⁰ **Vogg**, s. 43; **Deren-Yıldırım, Nevhis**: Marka Hukukunda İhtiyatî Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar (Marka), Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s. 206, 207; **Alangoya-İhtiyatî Tedbir**, s. 338, 339; **Akkan**, s. 60.

koruma garantisi, geçici hukukî korumaya hayat vermekte, onu anayasal bir güvenceye kavuşturmaktadır²⁰¹. Bu açıdan, geçici hukukî koruma, etkin hukukî korumanın tüm unsurlarını dikkate almaktadır. Diğer yandan, geçici hukukî koruma ile etkin hukukî koruma arasında karşılıklı bir etkileşim vardır. Geçici hukukî koruma, etkin hukukî korumanın bir yansımasıdır²⁰². Geçici hukukî koruma, varlığını etkin hukukî korumaya borçludur. Hukukî koruma da geçici hukukî korumanın tamamlayıcı rolü sayesinde etkin olabilmektedir.

Etkin hukukî koruma bir kenara bırakılacak olsa bile, hukukî korumanın genel olarak garanti edilmesi, geçici hukukî korumaya tek başına anayasal dayanak kazandırır²⁰³. Dava, geçici hukukî koruma ile karşılaştırıldığında kesin nitelikte, etkileri bertaraf edilemeyen, geçici hukukî korumaya göre daha kapsamlı bir hukukî koruma sağlar. Dava, aleyhine karar verilen bakımından çok daha ağır sonuçlar doğurur. Geçici hukukî korumada da şüphesiz aleyhine karar verilenin hukuk alanına müdahalede bulunulacaktır. Ancak o, bu müdahalenin değişen şartlara göre ya da davada lehine çıkacak bir karar ile sona erdirilebileceği ümidini taşımaktadır. Mahkemeler, Anayasa gereği davaları çözme yetkisi ile donatıldıklarına göre, evleviyetle geçici olarak daha azının sağlandığı geçici hukukî koruma yetkisine sahip olabilmelidir²⁰⁴. Bu bakımdan, hukukî koruma, kişiye geçici hukukî koruma talep edebilmesini de garanti etmektedir²⁰⁵.

Yargının, gerek artan hukuka aykırı fiillerden gerekse dava süresinin yarattığı olumsuz sonuçlara karşı ara dönemde tasarrufta bulunması, hukukî korumanın etkinliği, buna bağlı olarak hukukun üstünlüğü bakımından zorunludur. Bu nedenle, geçici hukukî koruma, kanun koyucunun hak arayanlara sunduğu bir hediye değildir; bilakis, etkin hukukî korumadan ötürü anayasal

²⁰¹ Sachs, Art. 19 N. 148; Vogg, s. 43; Dörr, s. 30; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 43.

²⁰² Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 650; Özekes-İhtiyatî Tedbir, s. 93; Özekes-Hukukî Dinlenilme, s. 212, 213; Akkan, s. 62.

²⁰³ Maurer, § 8 N. 28; Morbach, s. 8; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 916 N. 1; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 43; Deren-Yıldırım-Marka, s. 207; Akkan, s. 59.

²⁰⁴ AMK, 21.10.1993, 33/40-1 (AMKD 29 C. I, s. 562, 563).

²⁰⁵ Heinze, s. 18.

temele sahip bir zorunluluktur²⁰⁶. Bu bağlamda, geçici hukukî korumanın özel olarak düzenlenmesine gerek dahi bulunmamaktadır. Doğrudan doğruya usûl kurallarından geçici hukukî koruma çıkartılamasa bile, anayasal temeli dikkate alındığında geçici hukukî korumanın sağlanması bir anayasal gerekliliktir. Geçici hukukî koruma hakkında özel kanunlarda konuya ilişkin düzenleme bulunmadığında, Anayasa'ya doğrudan müracaat edilerek ilgili boşluk doldurulabilir²⁰⁷.

Anayasa yargısında, inceleme sürerken ya da iptal kararı yayımlanana kadar geçen sürede yürürlüğün durdurulması şeklinde geçici hukukî korumanın caiz olup olmadığı konusunda Anayasa Mahkemesi, 1993 yılına kadar açıkça yetkisi bulunmadığından bu türden geçici hukukî koruma taleplerini istikrarlı uygulaması ile reddetmiştir. 1993 yılında verdiği emsal nitelikteki kararında içtihadından dönmüş, geçici hukukî koruma yetkisini, hukuk yaratmaya dayandırmıştır. Buna göre, kanun koyucu, yargılama usûlünü tüm ayrıntıları ile düzenleyemeyeceği için ortada bir boşluk vardır ve hâkim Türk Medenî Kanunu'nun 1. maddesinden hareketle bu boşluğu doldurulabilir²⁰⁸.

²⁰⁶ Finkelnburg/Dombert/Külpmann, N. 1; Morbach, s. 255; Baur, Fritz/Stürner, Rolf/Bruns, Alexander: Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Auflage, Heidelberg, München, Landsberg, Berlin, 2006, N. 50.1.

²⁰⁷ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 54, 60; Vogg, s. 38. Dörr'e göre, bu boşluk pozitif hukukun konuya ilişkin en yakın düzenlemesinin kıyas yolu ile uygulanması ile doldurulmalıdır (Dörr, s. 30). Alman Sosyal Güvenlik Hukuku'nda 2002 yılında yapılan değişiklik öncesinde geçici hukukî koruma açıkça düzenlenmiyordu. Düzenleme boşluğunda mahkemelerin geçici hukukî korumaya hükmedip hükmedemeyecekleri konusunda oluşan tereddüt, Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararda giderilmiştir. Bu karara göre, Kanun'da geçici hukukî koruma düzenlenmese bile, telafisi mümkün olmayan zarar tehdidi söz konusu olduğunda, etkin hukukî koruma garantisi, geçici hukukî korumayı zorunlu kıldığından, mahkeme geçici emre hükmedebilir (BVerfG 46, s. 178; BVerfG 79, s. 74 vd.).

²⁰⁸ AMK 21.10.1993, 33/40-1 (AMKD 29 C. I, s. 562, 563). Yürürlüğün durdurulması şeklindeki geçici hukukî korumanın lehinde bkz. Teziç, Erdoğan: Anayasa Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2007, s. 219; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 527, 528; Yıldız, Mustafa: Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı, İstanbul 1998, s. 168, 169. Güran, haklı olarak, idarî yargının Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla başvurması hâlinde, kanunun uygulanabilirliğini de askıya aldığını, bu olgunun da Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen davalarda yürürlüğün durdurulması cihetine gidebileceği bir yetkiden mahrum kılınmamasını destekleyen bir ek kanıt olduğunu belirtmektedir (Güran, Sait: Anayasa Mahkemesi'nin İşlevi ve Bu Bağlamda Yürürlüğün Durdurulması, AYD 1995 C. XII s. 196, 197). Yürürlüğün durdurulması için gerekli şartlara ilişkin bkz. Yılmaz, Ejder: Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. II, Ankara 2001, s. 1676 vd. Karşı yönde görüş için bkz. Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2008, s. 443; Gözler, s. 50, 581. Kaboğlu, geçici tedbirin ayrıksı durumlara özgülenmesi ve ilgili metnin açıkça Anayasa'ya aykırı görülmesi gerektiğini belirtmektedir (s. 376). Medenî yargı boyutunda asıl dava sonucunu öne çeken tedbir kararlarında da benzer bir tartışma mevcuttur. Konu ileride tartışılacaktır (Bkz. aşa. Bölüm III, § 9, II, A, B, C, D). Şimdiden şu kadarını söylemek gerekir ki, medenî yargıdaki

Diğer yandan her yargılamada, verilen kararın uygulanabilirliğinin yargılama devam ederken, hatta yargılamadan önce temini, hukukî koruma garantisinin zorunlu bir unsurudur. Geçici hukukî koruma sayesinde *Teziç'in* ifadesiyle “atı alanın üsküdarı geçmesi” engellenmiş olur²⁰⁹. Zira, yargılama sonucunun uygulanabilirliğinin muhafaza edilmesi, devlet açısından bireylerin ve kamu düzeninin hukukî korumadan yoksun kılınmaması için bir yükümlülük; birey açısından da herkesin, hukukî ilişkinin tarafı ve konusu ne olursa olsun kendi aleyhine uyuşmazlık konusunun ve vakıaların oldu bittiye getirilmesine karşı koyabilmesi itibariyle bir haktır. Hâkimin geçici hukukî korumaya hükmetme yetkisi, adına yargılama denilen adli işlevin yapısında mündemiçtir. Yargılama faaliyetinin gördüğü işlevin anlamsız kalmaması için, yargılamanın telafisi mümkün olmayan zararlar ile mücadele etme yetkisine ve buna uygun araçlara sahip olması, kendi varlık nedeni için bir zorunluluktur. Aldığı ilâm icra edilemeyen, icra edilse bile yargılama devam ederken ağır zararlara uğrayan bir bireyin yargıya güveni sarsılır, hak arama bilinci zayıflar. Böyle bir sonucu Anayasa koyucunun istemeyeceğinde tereddüt edilmemelidir. Kısaca, yargı mercilerinin hüküm sonucunu etkin kılabilmek için gerekli gördükleri önlemleri alabilmeleri, hukukî koruma garantisinin doğal sonucudur. Bu nedenle, geçici hukukî koruma, yargı yetkisinin kullanılma araçlarından birisidir.

Hukukî korumanın etkin olmadığı bir hukuk sisteminde, hukukun üstünlüğünden de kolaylıkla söz edilemeyecektir. Hukukun üstünlüğü, mahkeme kararlarının bağlayıcılığı, ondan da önemlisi etkililiği ile sağlanabilir. Hukukun üstünlüğünün hukuk devleti ilkesinin olmaz ise olmaz koşulu olduğu dikkate alındığında, hukukî korumanın etkinliğinin önündeki engellerin hukuk devleti ilkesine zarar verdiği söylenebilecektir. Bu noktada geçici hukukî korumanın, Anayasa'nın en temel ilkelerinden olan hukuk devleti ilkesine (AY m. 2) bağlanabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Yargılama süresinden dolayı telafisi güç veya olanaksız zararlardan hak arayanların korunması gerekir. Zira, dava sonunda elde edilecek hukukî koruma, bazen dava süresince oluşan zarar verici sonuçları gideremez. İddia edilen hukuka aykırı fiil, dava süresinden ötürü

tartışmanın çözümünde, geçici hukukî korumanın açıkça düzenlenmese de caiz olup olamayacağı sorusuna verilecek yanıt belirleyici olacaktır.

²⁰⁹ *Teziç*, s. 219.

durdurulmıyorsa, müdahaleye maruz kalan, hiç değilse fiilin olumsuz etkilerinden korunmalıdır. Bu, ilk bakışta kişinin korunması gibi görölse de, kamu yararının, hatta hukuk düzeninin korunmasına da hizmet eder.

Lafzı bakımından değerlendirildiğinde Anayasa'da geçici hukukî korumaya açıkça yer verildiği tespit edilecektir. Anayasa'nın 125. maddesinin 5. fıkrasında idarî işlemin uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması hâlinde yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği düzenlenmiştir. Yürütmenin durdurulması da bir geçici hukukî korumadır. Ancak hükmün lafzı açıkça idarî işlemlere işaret etmekte, özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklara değinmemektedir. Anılan hükümden özel hukuk yargılamasına yönelik sonuçlar çıkarmak amacı aşan bir yorum olur. Yürütmenin durdurulmasına yalnız müessese olarak değil, aynı zamanda yürütmeyi durdurma sebepleri bakımından da değinilmesi, olsa olsa Anayasa koyucunun idare hukukunda geçici hukukî korumaya verdiği önemi gösterir. Bu nedenle, özel hukuku ilgilendiren geçici hukukî korumalar Anayasa'da lafzen anılmamaktadır.

Anayasa, etkin hukukî korumanın temini için geçici hukukî korumanın oluşturulmasına ilaveten geçici hukukî korumanın ne şekilde düzenleneceğine ilişkin kanun koyucuyu somut bir şekilde yönlendirmemiş, ona önemli hareket serbestisi tanımiřtır²¹⁰. Nasıl düzenlenirse düzenlensin, kanun koyucunun göz önünde bulundurması gereken temel nokta, geçici hukukî korumanın hukukî korumanın etkinliğini zafiyete uğratmaması²¹¹, özellikle zamanında bir hukukî korumanın sağlanabilmesidir. Bu hedefe götürececek her geçici tedbir anayasal gerekliliği sağlar.

Adil yargılanma hakkı, tek başına geçici hukukî korumayı doğrudan anayasal bir esasa dayandıramaz. Adil yargılanma hakkı, yargılamanın gereğinden fazla uzamaması, makul sürede sonuçlanmasını gerekli kılmakla beraber, bu gerekliliğin hangi yolla ve hangi usûli yöntemlerle yerine

²¹⁰ Sachs, Art. 19 N. 148; Krebs in von Münch/Kunig, GGK I, Art. 19 N. 64.

²¹¹ Alman Anayasa Mahkemesi, ödenmediği takdirde kayıt silinmesine yol açabilecek öğrenim harçlarına karşı açılan idarî davada yürütmeyi durdurma kararı verilmemesini, etkin hukukî koruma garantisine aykırı bularak Anayasa şikâyetini kabul etmiştir (BVerfG, 14.8.2006, NJW 2006, s. 3551, 3552).

getirileceğini belirlemez²¹². Geçici hukukî koruma dışında başka yöntemlerden yararlanılarak da yargılamanın makul sürede tamamlanması sağlanabilir. Etkin hukukî korumaya geçici hukukî koruma dışında başka yollarla da ulaşılması mümkündür. Hukuk düzeni, hukukî korumanın makul sürede elde edilmek şartıyla uyuşmazlığı önleyen hukukî çarelere yer verilebilir²¹³.

Pozitif hukuk kurallarında geçici hukukî koruma yolunu kapatan ya da sınırlandıran düzenlemeler bulunmaktadır. Kanun koyucunun bu türden düzenlemeler getirip getiremeyeceği tartışılmalıdır. Hukukumuzda geçici hukukî koruma kararı verilmesi bizzat kanun tarafından yasaklanan pek çok özel düzenleme bulunmaktadır. Takipten sonra açılan menfi tespit davasında tedbir yolu ile takibin durdurulamayacağı (İİK m. 72/III), borçluya karşı başlatılmış olan takiplerin konkordato mühletinin bitiminden sonraki dönem için durdurulmasına tedbir yolu ile karar verilemeyeceği (İİK m. 287/son), faaliyet izninin kaldırılmasına ilişkin Kurul kararının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihten itibaren, banka hakkındaki ihtiyatî tedbir dahil her türlü icra ve iflas takibatının durması (Bankacılık Kanunu m. 106/II)²¹⁴ bu konuda verilebilecek birkaç örnektir²¹⁵.

Geçici hukukî korumanın kanunla yasaklanıp yasaklanamayacağı sorusuna yanıt aramadan önce, genel olarak bir temel hak olan hukukî koruma garantisinin sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı üzerinde durulmalıdır. Anayasa Mahkemesi, hukukî koruma garantisinin (hak arama hürriyetinin), hakkın özüne dokunmadan, haklı bir amaç izlenerek, bu amaçla orantılı olarak, adaletin

²¹² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi çerçevesinde aynı yönde bkz. Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 49.

²¹³ Vogg, s. 54, 55.

²¹⁴ Burada doğrudan olmasa da dolaylı yoldan bir ihtiyatî tedbir yasağı getirilmiştir. Kanun'un lafzı, ihtiyatî tedbir kararı verilmesinden ziyade, ihtiyatî tedbirin icrasının durdurulmasına yöneliktir. Ancak görüşümüze göre, ihtiyatî hacze kıyasen ihtiyatî tedbir kararlarının icrasının da 10 gün içinde talep edilmesi gerekir. Aksi takdirde ihtiyatî tedbir kendiliğinden kalkar. Bu konuda bkz. Bölüm II, İhtiyatî tedbiri de içine alan cebri icra yasağı, ihtiyatî tedbir kararlarının kâğıt üzerinde kalmasına yol açar. Zira, icra kabiliyetinden yoksun bir ihtiyatî tedbir kararının, geçici hukukî koruma sağlaması mümkün değildir. Bu konuda ayrıca bkz. Pekcanitez, Hakan/Erdönmez, Güray: Bankacılık Kanunu'nun İcra ve İflas Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Bankacılar Aralık 2005, s. 29.

²¹⁵ Ayrıca bkz. Kamulaştırma Kanunu m. 20/I; Maden Kanunu m. 40; Umumî Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun m. 19/III; Kamu İhale Kanunu m. 34/son.

yararına, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmamak şartıyla²¹⁶, kamu yararı düşüncesi ile²¹⁷ sınırlandırılabilmesi kanaatindedir. Asıl hukukî korumaya yönelik sınırlandırmaya yeşil ışık yakan Anayasa Mahkemesi, kendi içinde tutarlı bir şekilde geçici hukukî korumayı yasaklayan özel düzenlemeleri Anayasa'ya aykırı görmemektedir²¹⁸.

Anayasa Mahkemesi'nin kararları temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin Anayasa'nın 13. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikten öncedir. Temel haklar, 2001 yılına kadar hem kamu yararı gibi genel sebeplerle hem de temel hakkın düzenlendiği ilgili maddedeki sebeplerle sınırlandırılabilirdi. Yürürlükteki 13. madde ise, temel hakların ancak Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlandırılabilmesini öngörmektedir. Anayasa'nın hukukî korunma garantisine temel oluşturacak 36. maddesinde böyle özel bir sebebe yer verilmemiştir. Doktrinde, her bir temel hak ve özgürlüğün, nesnel sınırları yanında, yine aynı Anayasa'da güvence altına alınmış başka temel hak ve özgürlük alanıyla çatıştığı oranda, pratik uyum ilkesinin sonucu olarak yasal sınırlamadan bağımsız ayrı bir sınırlamaya maruz kaldığı görüşünün yanında²¹⁹, ilgili maddelerde belirtilenlerin dışında hiçbir sınırlama getirilemeyeceği, bu nedenle, 2001 yılından itibaren hukukî korunma garantisinin kanunla dahi sınırlandırılabilme olanağının ortadan kalktığı görüşü de ileri sürülmektedir²²⁰.

²¹⁶ AMK, 20.7.1999, 1/33 (www.anayasa.gov.tr).

²¹⁷ AMK, 15.3.1989, 1988/33 E. 1989/17 K. (www.anayasa.gov.tr).

²¹⁸ AMK, 13.3.1964, 162/19 (RG 11.6.1964 S. 11725); 5.6.1964, 15/45 (RG 24.10.1964 S. 11841); 14.2.1967, 144/6 (RG 27.6.1967); 21.6.1979, 2/31 (RG 14.1.1980, S. 16869). *Taş-Korkmaz* da bu türden kanun hükümlerini Anayasa'ya aykırı görmemektedir (s. 103).

²¹⁹ Sağlam, s. 291; Alangoya-Kanun Yolu, s. 37.

²²⁰ *Yüzbaşıoğlu*, s. 4. *Gözler*, Anayasa'nın ilgili maddesinde sınırlama sebebi belirtilmemiş olan temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlandırılmasının Anayasa'ya aykırı olacağını belirttikten sonra, bu sonucun kabul edilemeyeceğini, Anayasa'nın 13. maddesinde yapılan değişikliğin problemliliğini belirtmektedir (s. 141, 142). Başvuru haklarının kayıtlamaya en az elverişli hak olduğuna ilişkin bkz. *Kaboğlu*, s. 259. Yargısal temel hakların hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir gereği olmaları itibarıyla fevkalade hâllerde dahi bu haklara dokunulamamasının AIHS m. 15'in gereği olduğuna ilişkin bkz. *Atalay E.*, s. 442. *Demircioğlu*, avukatlık tekeli, kamu düzeni ve kamu yararından hareketle Anayasa'nın 36. maddesinin sınırlandırılması olarak değerlendirmektedir (s. 115). Temel hak ve hürriyetlerin kamu düzeni ve kamu yararı gerekçesi ile sınırlandırılması 2001 yılında Anayasa'nın 13. maddesinde yapılan değişiklikten bu yana caiz değildir. Ayrıca, avukatlık tekeli, kişilerin devletten hukukî korunma talep etmelerine, bu bağlamda yargı mercilerine başvurmalarına hiçbir şekilde engel olmamaktadır.

Hangi görüş kabul edilirse edilsin geçici hukukî korumayı yasaklayan düzenlemeler, Anayasa'nın 36. maddesinde ifadesi bulan hukukî koruma garantisi ile bağdaşmamaktadır. Hukukî koruma garantisi yasal sınırlamadan bağımsız ayrı bir sınırlamaya tâbi olsa dahi, başka bir temel hak ve özgürlük alanıyla çatışmamaktadır. Ayrıca, geçici hukukî koruma yasağı getirildiğinde, yargı mercilerine başvuru hakkı, kısıtlamanın ötesinde tamamen kapatılmış olmaktadır. Halbuki, Anayasa'nın 13. maddesi gereğince kısıtlamanın oranlılık ilkesine uygun olması gerekir. Geçici hukukî koruma boyutunda yargı mercilerine başvuru hakkının kapatılması, hakkın dağıtımından kaçınmaktır ve bu yasak gerek Anayasa'nın 36. maddesine gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine aykırıdır²²¹.

Yürürlükteki Anayasamızın hukukî koruma garantisi ve onun sınırlandırılması ile ilgili düzenlemesi dikkate alındığında Anayasa Mahkemesi'nin geçici hukukî koruma yasaklarını artık Anayasa'nın 36. maddesine aykırı bulması beklenirken, Yüksek Mahkeme bu sefer geçici hukukî koruma ile Anayasa'nın 36. maddesinde temelini bulan hukukî koruma garantisi arasındaki sıkı ilişkiyi reddetme yoluna gitmiş, geçici hukukî koruma yasağını yine Anayasa'ya aykırı görmemiştir²²². Geçici hukukî koruma yasağının hukukî korunma talebini kısıtlamadığı şeklindeki değerlendirmenin, hak arayanın asıl hukukî koruma öncesinde ortaya çıkan tehlikelerde yargı mercilerinin yardımını isteyemeyeceği gibi kabulü kolay olmayan bir sonucu vardır. Bu durumda,

²²¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir mahkeme önünde hak arama yolunun fiilen veya hukuken, geçici veya kısmî de olsa kapatılması veya kullanımını imkânsız kılar ölçüde koşullara bağlanıp sınırlandırılması, AİHS m. 6'nın ihlâli olarak görmektedir. Konuya ilişkin kararların değerlendirilmesi için bkz. **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 277; **İnceoğlu**, s. 115, 116. Alman Hukuku'nda da, idarî yargı yolunun garanti edildiği Anayasa'nın 19. maddesinin 4. fıkrasının kanunla dahi sınırlandırılmayacağı, yargı mercilerine başvuru hakkının tamamen kapatılmayacağı ya da katlanılamayacak ölçüde zorlaştırılmayacağı kabul edilmektedir (**Maurer**, § 8 N. 33; **Stein/Jonas/Brehm**, vor § 1 N. 286). Böyle bir sınırlandırma ancak Anayasa'da yer almalıdır (**Kissel/Mayer**, Einl. N. 204, 208). Karş. **Dörr**, s. 25.

²²² "Anayasa'nın "*Hak arama hürriyeti*" başlıklı 36. maddesinde, herkesin meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak sav ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. İtiraz konusu kuralla kişilerin davacı veya davalı olarak, yargı mercileri önünde sahip oldukları anayasal haklar engellenmemiş, mahkemeler, açılmış olan davaları inceleyerek gerekli kararları vermekten alıkonulmamış, yargı yolu herhangi bir şekilde kapatılmamıştır." AMK, 19.6.2008, 2005/138 E. 2008/124 K. (www.anayasa.gov.tr).

tehlikeli hâlle yüz yüze gelen kişinin, acaba bu tehlikeyi kendi başına mı önleyeceği ya da durduracağı sorusuna da yanıt verilmesi gerekir.

Diğer yandan, geçici hukukî korumayı karakterize eden temel özelliklerin başında, ileride açıklanacağı üzere menfaat dengesi gelmektedir²²³. Menfaat çatışması, bir tehlike ortaya çıktığında tarafların menfaatleri tartılmak ve ağır basan lehine hızlı bir yargılama ile karar verilmek suretiyle giderilir. Aynı geçici hukukî koruma aracı bakımından bir olayda talep sahibinin, diğer olayda karşı tarafın menfaatleri ağır basabilir. Kanun koyucu, geçici hukukî korumaya yasak getirerek menfaatlerin tartılması görevini bizzat üstlenmektedir. Zira, toptan bir değerlendirme ile karşı tarafın menfaatlerinin, talep sahibine ağır bastığı benimsenmektedir. Örneğin, takipten sonra açılan menfî tespit davasında takip geçici hukukî koruma ile durdurulamaz (İİK m. 72/III). Burada geçici hukukî korumaya, davanın takibi akamete uğratmak için kötü niyetle açıldığı düşüncesinden hareketle alacaklının menfaatleri borçlununkine üstün görülerek izin verilmemektedir. Karşı tarafın menfaatlerinin istisna tanımaz şekilde her durumda talep sahibine üstün gelmesi, uyumsuzluğunun yalnız bir tarafının korunması, talep sahibinin hukukî korunma talebinin pozitif hukuk kuralı ile peşinen reddedilmesi anlamına gelmektedir. Halbuki, her geçici hukukî koruma yargılaması, tarafların menfaatleri bakımından farklı sonuçları ortaya çıkarabilir. Bir yargılamada karşı tarafın menfaatleri geçici hukukî koruma talebinin reddini gerektirirken, diğer bir yargılamada geçici hukukî koruma bu sefer talep sahibi için adeta bir cankurtaran işlevi görebilir. Talep sahibinin menfaatlerinin ağır bastığı bir geçici hukukî koruma yargılaması, kanun koyucunun yasaklaması nedeniyle reddedilirse, somut olay adaletinden de uzaklaşılır. Takipten sonra açılan menfî tespit davasına geri dönülecek olursa, acaba bu şekilde geçici hukukî koruma talep eden bütün borçluların mı kötü niyetli olduğu, borçlunun menfaatlerinin alacaklıya ağır basacağı hiçbir somut olayın gündeme gelmeyeceği mi sorularının sorulması gerekmektedir.

Etkin hukukî koruma garantisi ve eşitlik ilkesi, telafisi mümkün olmayan ağır sonuçlara yol açılabilme riskinin toptan talep sahibinin sırtına yüklenmesine, karşı tarafın bu riskten muaf tutulmasına engeldir. Zira, geçici hukukî koruma,

²²³ Bkz. aşa. Bölüm I, § 4, III.

yalnız talep sahibinin ya da yalnız karşı tarafın menfaatlerine hizmet eden değil, her iki tarafın menfaatlerini ortak bir paydada uzlaştırma sorumluluğunda olan bir hukukî korumadır. Kanun koyucunun soyut ve genel bir şekilde karşı tarafın menfaatlerini tercihe şayan görmesi, talep sahibinin karşı menfaatlerinin hiçbir şekilde dikkate anılmaması anlamına gelir. Uyuşmazlığın taraflarından birinin menfaatlerinin korunup diğerininki (talep sahibinin) göz ardı edilmemelidir. Bu, kanun koyucunun adilane bir menfaat dengesi oluşturma ödevi ile bağdaşmadığı gibi, uyuşmazlığın taraflarından birine Anayasa’da güvence altına alınan hukukî koruma garantisine sırtını dönmesi, yani hakkın dağıtımından kaçınması sonucunu doğurur²²⁴. Dahası, kanun koyucunun tarafların menfaatleri arasında tercih yapma yetkisi, tercih edilmeyen menfaat sahibinin temel hakkının sınırlanması sonucunu doğurmuyorsa Anayasa’ya uygundur. Hâlbuki, anılan yasaklayıcı düzenlemelerde taraflardan birinin menfaati öne çekildiğinde, diğerinin bir temel hak niteliğindeki hukukî korunma talebi karşılıksız bırakılmaktadır²²⁵.

Geçici hukukî korumada her iki taraf da ağır zararlara maruz kalma riski ile karşı karşıyadır. Tarafların temel hak ihlâline yol açılabilecek bu risk, taraflar arasında adil bir şekilde paylaştırılmalıdır. Bunun için, menfaatlerin tartılması ve birine üstünlük tanınması faaliyeti kanun koyucuya değil, hâkime bırakılmalıdır. Nitekim, menfaatlerin tartılması, ileride açıklanacağı üzere, tedbir sebebi

²²⁴ İhtiyatî tedbirin (eda nitelikli olanlar dahil) bütün şartları gerçekleşmiş olduğu hâlde, bu kararın verilmemesini ihkakı haktan imtina olarak değerlendiren görüş için bkz. *Alangoya-İhtiyatî Tedbir*, s. 339. Yunan Hukuku’nda, uygulamada feshe karşı korunma davalarında işçinin yeniden çalıştırılmasına ilişkin ihtiyatî tedbir kararları üzerine kanun koyucu, asıl dava sonucunun öne çekilemeyeceği, zira karşı tarafın etkin hukukî koruma garantisinin haleldar edileceği gerekçesi ile Usûl Kanunu’nun 692. maddesine yeni bir bent ilâve ederek bu şekilde tedbir kararları verilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Bu yeni bent eleştiriler üzerine yürürlükten kaldırılmıştır. Tedbir yasağı getiren bu hükmün Anayasa’ya uygunluğu doktrinde tartışılmış, karşı tarafın uğrayabileceği ağır zararların önlenmesi gayesi ile getirilen tedbir yasağının, talep sahibinin uğrayabileceği ağır zararları dikkate almadığı vurgulanmış, etkin hukukî koruma garantisi ve eşitlik ilkesinden hareketle asıl dava sonucunu öne çekmeyi yasaklayan kanun hükümlerinin anayasal gereklilikleri karşılamadığı, çünkü bu suretle “adalet yolunda yarı yolda kalınacağı” sonucuna varılmıştır (*Kargados, Panagiotis: Zur Verfassungsmässigkeit von gesetzlichen Verboten einstweiligen Rechtsschutzes, inklusive eines generellen Ausschlusses der Hauptsachevorwegnahme, Festschrift für Hans Friedhelm Gaul, Bielefeld 1997, s. 276*).

²²⁵ *Walker*, haklı olarak iş hukuku gibi belirli alanlarda geçici hukukî korumanın yasaklanmasının anayasal olarak kabulü için ciddi bir gerekçelendirilmeye ihtiyaç bulunduğunu belirtmektedir (*Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 60*).

bağlamında eda tedbirlerinin koşullarına dahildir²²⁶. Hâkim, tedbir kararı verilmesini haklı gösterecek tehlikeli hâli (tedbir sebebi) incelerken, tedbir kararı verilmesinin karşı tarafa, talebin reddinin talep sahibine vereceği zararları tartar, ağır basan menfaatten yana tavır alır.

Bu gerekçelerle kanımızca, geçici hukukî korumanın daraltılması ya da yasaklanması şeklinde inşa edilen ve uygulanan kanun hükümleri Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır²²⁷.

III. Geçici Hukukî Koruma ile Oranlilik İlkesi ve Menfaat Dengesi Arasındaki İlişki

Kişilerin birbirlerine karşı ileri sürebilecekleri haklarının olduğu her yerde menfaat çatışması ile karşılaşılır. İçeriğinde pek çok menfaati bulduran hakkın ihlâl edilmesi ile önce kişiler arasındaki düzen; kişiler arasındaki ilişkilere müdahale edilmediği takdirde toplum düzeni bozulur. Çatışmanın temelinde, karşı tarafa ileri sürülen bir hakka yürürlük kazandırılması istemi ile kendisine bir hak ileri sürülene müdahalede bulunulmaması arasındaki gerilim yatar. Burada bir temel hak çatışması söz konusudur²²⁸. Bu durumda, uyumsuzluk ortaya çıktığında tarafların aynı anda korunması gerekir. Hukuk düzeni, yalnız hak ihlâlini değil, ortada gerçekten bir ihlâlin bulunmayacağı varsayımı ile ithamda bulunulmanın menfaatlerini de dikkate almak durumundadır. Menfaat çatışmasının adalete uygun bir şekilde giderilmesi, en uygun çözümün bulunması ile menfaat dengesi kurulur. Bu süreçte, tarafların menfaatleri hassas bir tartıda tartılır ve durumun gereklerine göre ağır basan menfaate öncelik verilir. Ancak menfaat dengesi, haklı olanın tespit edilip hakkının teslim edilmesine indirgenemez. Diğer tarafın menfaatlerini gözetecek tedbirler alınarak denge kurulur. İlk bakışta yargılama faaliyeti ile takip prosedüründe uygulama alanı

²²⁶ Bkz. aşa. Bölüm II, § 6, V, B, 4.

²²⁷ Alman Hukuku bakımından aynı yönde bkz. **Schilken-Gerichtsverfassungsrecht**, N. 106.

²²⁸ **Sungurtekin-Özkan, Meral**: Oranlilik İlkesi ve İlkenin İcra Hukukunda Uygulanması (Oranlilik), Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s. 182; **Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes**, s. 55; **Çiftçi, Pınar**: İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Dokuz Eylül Üni. Sosyal Bilimler Ens.-Yayımlanmamış YL Tez, İzmir 2008, s. 9, 10; **Özekes-Temel Haklar**, s. 37, 38.

bulacağı düşünülebiyecek menfaat dengesi, hem kanunlar hazırlanırken hem de idare ve yargı tarafından somut olaya uygulanırken gündeme gelir²²⁹.

Yeri gelmişken menfaat dengesi ile oranlılık ilkesi arasındaki ilişkiye de değinilmelidir. Kesişen noktalar bulunmakla beraber her iki kavram eş anlamlı olarak kullanılmamalıdır. Daha çok Anayasa hukukunda temel haklara müdahale çerçevesinde ele alınan oranlılık ilkesi, “temel haklar bakımından korunmuş alana müdahalenin, normla varılması hedeflenmiş amaca ulaşmak için elverişli, gerekli ve ölçülü olması”²³⁰, kısaca amaç (temel haklara müdahale) ile araç arasındaki ölçüdür²³¹. Oranlılık ilkesi de tıpkı menfaat dengesi gibi kanun koyma faaliyetinin ötesinde, idarî ve yargısal faaliyette de gözetilmesi gereken bir ilkedir, aynı zamanda bir yorum aracıdır²³². Ancak menfaat dengesi, oranlılık ilkesine göre daha geniş bir kavramdır. Oranlılık ilkesi, menfaatlerin dengelenmesi, yani menfaat çatışmasının giderilmesi sürecinde işlev görürken, menfaat dengesine bu süreç sonunda ulaşılır. Bu anlamda, oranlılık ilkesi, sürecin bir parçası iken, menfaat dengesi, ulaşılması hedeflenen ideal bir sonuçtur. Şu hâlde, menfaat çatışmasının giderilmesi, yani dengenin kurulması sürecinde oranlılık ilkesinin dikkate alınacağını söylemek yanlış olmayacaktır²³³.

Yukarıda değerlendirildiği üzere etkin hukukî koruma, aynı zamanda dengeli bir hukukî korumadır²³⁴. Dengeli hukukî koruma, hukuk düzeninin menfaat dengesini kurma zorunluluğunun bir sonucudur. Hak sahibinin ne pahasına olursa olsun hakkına kavuşturulduğu bir sistemde, belki menfaat çatışmasının giderilip hukukî koruma sağlandığından söz edilebilir. Ancak çatışma, dengeli bir şekilde giderilemeyeceğinden, sağlanan hukukî koruma etkin ve dengeli değildir.

²²⁹ Kissel/Mayer, Einl. N. 230; Çiftçi, s. 254.

²³⁰ Yıldırım, s. 103; Sungurtekin-Özkan-Oranlılık, s. 178; Gözler, s. 147, 148; Özekes-Temel Haklar, s. 205. AMK, 18.10.2007, 4/81 (RG 8.12.2007, S. 26724).

²³¹ Sachs, Art. 20 N. 149 vd.; Yıldırım-Ölçülülük İlkesi, s. 104; Çiftçi, s. 124, 125.

²³² Sungurtekin-Özkan-Oranlılık, s. 181.

²³³ Özekes-Temel Haklar, s. 207. Takip hukuku bakımından her iki tarafın menfaatlerinin korunabilmesi için oranlılık ilkesinin dikkate alınması gerektiğine ilişkin bkz. Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes s. 56; Çiftçi, s. 124. Cebrî icranın oranlılık ilkesine uygun inşa edilmesinin yeterli olduğu, cebrî icra faaliyetinde bu ilkenin ayrıca gözetilmesinin, yani çifte uygulamanın alacaklının haklarına zarar vereceği ve cebrî icranın amacını yitireceği gerekçesi ile yerinde olmayacağına ilişkin karşı yönde görüş için bkz. Fischer, s. 257, 258.

²³⁴ Bkz. yuk. Bölüm I, § 4, I, E.

Menfaat dengesi, geçici hukukî koruma özelinde yasama ve yargı faaliyeti açısından değerlendirilmeli, geçici hukukî korumanın kanunlaştırılması ve uygulanması sürecinde menfaat dengesinin nasıl kurulduğu yakından incelenmelidir.

Normların oluşturulması, yani yasama faaliyetinde menfaat dengesi bakımından öncelikle belirtmek gerekir ki, ihtiyatî tedbir, ihtiyatî haciz gibi asıl davaya bağlanan geçici hukukî korumalarda ciddi bir menfaat çatışması vardır. Yargılamadaki zamansal aksamalardan ya da karşı taraftan kaynaklanan gecikmesinde tehlike olan bir hâlin varlığı sebebiyle, talep sahibinin takip sonucunun güvence altına alınması ya da hakka geçici olarak kavuşmasında menfaati olduğu şüphesizdir. Karşı taraf, yaklaşık ispat seviyesinde bir ispat ölçüsü ile kapsamlı bir inceleme yapılmadan, acele bir yargılama ile hukuk alanına müdahale edilmemesinde menfaat sahibidir. Her iki menfaat de hukuken korunması gereken haklı menfaatlerdir. Böyle bir çatışma, ancak davanın iki aşamalı hakka ulaşma yöntemi benimsendiği takdirde giderilebilir ve menfaat dengesi kurulabilir. Hukukî korumanın her iki tarafı da kapsadığı gerçeği, sonuçlarını icra aşamasında gösterecek tedbirlerin de yargılama yapılarak alınmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle, menfaat dengesi bakımından geçici hukukî koruma, yargısal bir hukukî korumayı şart koşar.

İkinci olarak, çekişmeli yargıda geçici hukukî koruma, menfaat dengesi ışığında iki taraflı bir hukukî korumadır. Zira, yargılama süresince oluşacak zararlara karşı geçici hukukî korumaya hükmedildiğinde davacının; talep reddedildiğinde ya da talepten daha az zarar verecek tedbire karar verildiğinde davalının geçici olarak korunması söz konusudur²³⁵. Hukukî korumanın birinci aşaması, yargılamadaki zamansal aksamalardan ötürü sonuçlarını ikinci aşama olan icrada gösterecek tedbirler alınması, yalnız alacaklı olduğunu iddia eden bakımından bir geçici hukukî koruma demektir. Geçici hukukî koruma, ancak her iki tarafa da hukukî koruma sağlandığı takdirde dengelidir. Bu nedenle, davacının olduğu kadar davalının da geçici olarak korunmasından söz edilebilir.

²³⁵ Meier-Grundlagen, s. 18.

Geçici hukukî korumada, alacaklı açısından asıl davadan belirli noktalarda ayrılan ve özellikle çabuk bir yargılamaya ihtiyaç bulunmaktadır. Ancak geçici hukukî koruma hakkında norm getirirken yalnız alacaklının hakkını gerçekleştirmeye, bunun sonucunda diğer tarafa kesin hüküm olmadan müdahale etmeye dönük bir yöntem belirlenemez. Çünkü borçlu açısından iddia edilen alacağın kapsamlı bir şekilde incelenmesi ispat hakkı bakımından anayasal bir dayanağa sahiptir (AY m. 36). Birbiri ile çatışan bu iki menfaatten birisini tercih etmek yerine, kanun koyucu hızlılık ile maddî hukukun esaslı bir şekilde incelenmesi arasında hassas bir denge oluşturmalıdır. Her şeyden önce, çabukluğu sağlamak için maddî hukuktan vazgeçilmemelidir. Zira, ancak maddî hukuk incelemesi sayesinde her iki tarafın menfaatleri objektif bir şekilde değerlendirilir. Sonra, yargılamayı hızlandıracak özel düzenlemeler getirilmelidir. Geçici hukukî korumanın etkinliğini yitirmesine yol açacak şekilde maddî hukuk incelendiğinde, denge borçlu lehine bozulmuş olur²³⁶. Şu hâlde, hukuk düzeni, geçici hukukî korumada öyle bir düzen tesis etmelidir ki, bir yandan talepte bulunanın diğer tarafa karşı acele ve şaşırtıcı etkileri olan bir karar alması kolaylaşsın; diğer yandan, hem alacağın varlığı incelensin hem de karşı taraf, olası yanlış kararların doğuracağı etkilerden mümkün olduğunca korusun. Bunun için, her iki tarafın birbiri için risk teşkil eden menfaatleri hassas bir tartıda tartılmalı, taraflardan birisinin lehine karar verildiğinde diğeri lehine eski hâle iadeye ve telafi etmeye yönelik yöntemler geliştirilmelidir²³⁷.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu ve İcra ve İflâs Kanunu'nda, geçici hukukî korumaya karar verilmesi süreci ile karardan sonraki süreç karşılaştırıldığında alacaklı ve borçlu arasında hassas bir dengenin kurulduğu görülecektir. Bu denge, tedbir ya da ihtiyatî haciz kararından önce alacaklının menfaatleri lehine; karardan sonra borçlunun menfaatleri lehine düzenlemeler öngörülmek suretiyle kurulmuştur²³⁸. Gerçekten, hakkın icrasının tehlikeye düştüğünü iddia eden alacaklıya davadan ayrılan bazı kolaylıklar sağlanmadığı takdirde, hukukî korumanın etkinliği zarar görebilecek, belki de hiç hukukî

²³⁶ Vogg, s. 61.

²³⁷ Jauernig/Berger, § 34 N. 5; Vogg, s. 56; Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 71.

²³⁸ Özeker-İhtiyatî Haciz, s. 19; Özeker-İhtiyatî Tedbir, s. 95.

koruma sağlanamayacaktır. Borçluya karşı haksız olma ihtimali bulunan bir müdahale, böyle bir tehlike karşısında haklıdır²³⁹. Alacaklı yararına hızlı bir yargılama ile sonuca ulaşılabilmesi için yetkili mahkemenin tespitinde esnek bir sistem getirilmiş, ispat ölçüsü düşürülmüştür. Ayrıca, sürpriz karar olarak ifade edilebilecek bir müessese yaratılarak diğer taraf dinlenilmeden karar verilmesine imkân sağlanmıştır. Geçici hukukî korumanın çekirdeğini oluşturan bu istisnai düzenlemeler, yanlış karar verilebilme kaygısını ikinci plana iterek talepte bulunanın menfaatlerini ön plana çıkarmıştır.

Borçlu yararına ise geçici hukukî koruma kararı ile birlikte karşı tarafın teminat yatırmasına karar verilir (m. 110; İİK m. 259). Böylelikle, henüz talep hakkında hızlı bir hukukî korumanın ortaya çıkarabileceği zararlara karşılık, borçlu da güvence altına alınmak suretiyle menfaat dengesi kurulur²⁴⁰. Ayrıca, borçlu dinlenilmeden karar verilmişse karara karşı itiraz yolunun öngörülmesi, değişen şartlar nedeniyle ya da teminat karşılığında kararın kaldırılması ya da değiştirilmesinin talep edilebilmesi, belirli bir süre içinde asıl davanın açılma zorunluluğu, haksız geçici hukukî koruma nedeniyle alacaklının tazminat sorumluluğu alacaklı lehine oluşan menfaatler durumunu dengeye oturtan diğer hukukî çare ya da başvuru yollarıdır²⁴¹. Geçici hukukî koruma kararının icrasının belirli bir süre içinde talep edilmesi de borçlunun menfaatlerine hizmet eder. Ancak ihtiyatî hacizde 10 gün içinde kararın icrasının istenilmesi zorunlu iken (İİK m. 261), ihtiyatî tedbirde böyle bir zorunluluk öngörülmemiştir. Kararın her zaman icra edilebilirliği menfaatler durumuna uygun düşmemektedir²⁴². Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda kararın icrasının, verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde istenilme zorunluluğu getirilerek anılan dengesizlik giderilmektedir (HMKT m. 399)²⁴³.

Geçici hukukî koruma kararlarının icrasından üçüncü kişiler de etkilenebilirler. Böyle bir durumda yargılamanın tarafı olmasalar da onlara karara

²³⁹ Özekes-İhtiyatî Haciz, s. 19; Çiftçi, s. 399.

²⁴⁰ Jauernig/Berger, § 34 N. 5; Özekes-İhtiyatî Haciz, s. 23; Özekes-Hukukî Dinlenilme, s. 217; Çiftçi, s. 438.

²⁴¹ Özekes-İhtiyatî Haciz, s. 19; Özekes-Hukukî Dinlenilme, s. 217, 218.

²⁴² İhtiyatî haciz hükümlerinin ihtiyatî tedbirler için de uygulanabilirliği hakkında bkz. aşa. Bölüm II, § 7, I, A, 3.

²⁴³ Alman Hukuku'nda bu süre kararın tefhim veya tebliğinden itibaren 30 gündür (ZPO § 929).

itiraz etme şansının verilmesi menfaatler dengesinin gereğidir²⁴⁴. Bu konuda da ihtiyatî haciz ile ihtiyatî tedbir hükümleri arasında farklılık bulunmaktadır. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda üçüncü kişilerin tedbir kararlarına itiraz edebilmelerinden söz edilmemektedir. Oysa, banka teminat mektubu gibi üç köşeli hukukî ilişkilerde, tedbir, söz konusu hukukî ilişkinin -örneğin taraflar arasındaki satım sözleşmesinin- taraflarına yönelik olarak verilse de, karardan bu ilişkinin tarafı olmayan, ancak üçlü ilişkinin birini oluşturan taraf etkilenebilir²⁴⁵. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı bu farklılığı da gidererek karardan menfaati açıkça ihlâl edilen üçüncü kişilere ihtiyatî tedbirin şartlarına ve teminata itiraz hakkı tanımıştır (HMKT m. 400/III).

Asıl davaya bağlanan geçici hukukî korumalar içinde ihtiyatî tedbir kararlarının icrasına yönelik cezaî yaptırım menfaat dengesi bakımından özellikle sorgulanmalıdır. Yürürlükteki düzenlemede, kararın uygulanması için verilen emre uymayan veya tedbire aykırı davranan, hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmaktadır (m. 113A). Kanun koyucu, bu hükümle tedbir kararlarının etkinliğini sağlamayı amaçlamış²⁴⁶, ancak kanımızca menfaat dengesini borçlu aleyhine bozmuştur. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 113A maddesi, istisna tanımaz düzenlemesi ile bütün maddî hukuk taleplerini içine almıştır. Nafaka alacakları dışında bir miktar paranın ödenmesi ya da taşınır tesliminde olduğu gibi, İcra ve İflâs Kanunu'nda cezaî yaptırıma tâbi olmayan, borçlu dışında üçüncü kişilerce de ifa edilebilecek talepler bu kapsamdadır²⁴⁷. Oysa, hürriyeti bağlayıcı ceza, tedbir kararının konusu, münhasıran borçlu tarafından

²⁴⁴ Özekes-İhtiyatî Haciz, s. 24, 25; Çiftçi, s. 400.

²⁴⁵ Bkz. aşağı. Bölüm III, § 9, II, E, 4, b.

²⁴⁶ Ercan-Muhalefet, s. 925. "HUMK.nun 113/A maddesine muhalefet suçunda korunan hukukî yararın, ihtiyatî tedbir kararının hukukî otoritesi olduğunu (...) kabul etmek gerekir." 7. CD, 14.2.1995, 13104/1054 (Yılmaz, C. I, s. 952).

²⁴⁷ Nafaka alacakları dışında bir miktar paranın ödenmesi ve taşınır tesliminde, asıl hukukî korumada cezaî yaptırım öngörülmediği için, ihtiyatî tedbirlerde bilakis HUMK m. 113A'ya gerek bulunduğu düşünülebilir. Nafaka alacakları dışında bir miktar paranın ödenmesi ve taşınır teslimine ilişkin kararlar, karşı tarafa en ağır zarar veren tedbir kararlarından. İstisnai nitelikteki bu türden eda tedbirlerine, ancak karşı tarafın menfaatleri titiz bir şekilde dengelenerek hükmedilebilir. Bu konuda bkz. aşağı. Bölüm III, § 9, II, E, 1). Karşı tarafın hukuk alanına ciddi bir müdahalede bulunmanın yanında bir de cezaî yaptırım tehdidi getirilmiş olsaydı, asıl hukukî koruma yolu ile elde edilemeyene geçici hukukî koruma yolu ile ulaşıyor olurdu. Zira, paranın tahsiline ve taşınırın teslimine ilişkin dava kazanıldığında sadece hükmün zorla yerine getirilmesi mümkündür. Kanun koyucu, buradaki cebrî icra faaliyetinin yoğunluğunu dikkate almış olmalı ki, ayrıca bir cezaî yaptırımı gerekli görmemiştir.

yapılabilecek bir işin yapılması ya da yapılmaması olan taleplerde önem arz eder. Çünkü münhasıran borçlu tarafından yapılabilecek bir işin yapılması, yapılmaması gereken bir işin yapılmamasını fiilen icra etmek mümkün değildir. Ancak mahkeme kararlarının icra kabiliyetinden yoksun kalmaması için burada caydırıcı bir yaptırıma ihtiyaç vardır. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 113A maddesi de bu ihtiyacı karşılaması için sevk edilmiştir. Bu taleplerin dışında kalan diğer talepler ise, fiilen icraya elverişlidir. Bir miktar paranın eda tedbiri yolu ile ödenmesi borçlunun malları haczedilip paraya çevrilerek; üçüncü kişi tarafından yapılabilecek bir iş, borçlunun malları haczedilip paraya çevrilerek elde edilen bedel ile başkasına yaptırılabilir. İcra ve İflâs Kanunu'na göre fiilen icra edilebilecek taleplerde tedbir kararına uyulmamasının cebrî icra dışında ayrıca cezaî yaptırıma tâbi tutulması, borçlunun hukuk alanına oransız bir şekilde müdahale teşkil eder. Kapsamlı bir inceleme olmaksızın hem cebrî icra hem de cezaî yaptırım etkin, ancak tek taraflı bir hukukî korumadır. Etkin hukukî koruma, menfaat dengesi temelinde her iki tarafın dengeli olarak korunmasıdır. Örneğin, tedbir yolu ile tazminat alacağının, alacaklının zaruret hâlini giderecek kısmının verilmesine hükmedilmiş, ancak borçlu borcunu ödememişse cezaî yaptırım gündeme gelecektir. Bu durumda, alacaklı bir yandan, ödenmeyen tazminat alacağı için paraların paylaşılması aşaması dahil olmak üzere icrayı sonuna kadar ilerletebilecek; diğer yandan da, borçlunun cezalandırılmasını talep edebilecektir. Münhasıran borçlu tarafından ifa edilmesi zorunlu taleplerle bir işin yapılmamasına yönelik talepler dışındaki taleplerde, cebrî icranın bütün aşamaları ile devreye girmesi alacaklı için yeterli bir korumadır.

Tedbirin içeriği itibariyle Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 113A maddesine getirdiğimiz eleştiriye, münhasıran borçlu tarafından yapılabilecek bir işin yapılması ya da yapılmaması olan taleplerin İcra ve İflâs Kanunu'na göre zaten cezaî yaptırıma tâbi olmaları ilâve olduğunda, hükmün yerindeliği tartışmalı hâle gelmektedir. Şöyle ki, ihtiyatî tedbirlerin prensip itibariyle icra dairesince yerine getirileceğine ilişkin Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 106. maddesinden, ihtiyatî tedbirlerin icrasına, mahiyetine uygun düştüğü ölçüde İcra ve İflâs Kanunu'nun uygulanacağı çıkarılabilir. Münhasıran borçlu tarafından yapılacak işlerle, bir işin yapılmaması taleplerine ilişkin olarak

Kanun'da tazyik hapsi öngörülmüştür (İİK m. 343). Bir yandan, tedbire riayet edilmediğinde Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 113A maddesi, diğer yandan tedbirin icrası çerçevesinde uygulama alanı bulacak İcra ve İflâs Kanunu'nun 343. maddesi, borçlunun cezalandırılmasına temel oluşturacak hükümlerdir. Her iki hükmün maddî unsurları aynıdır. Yalnız hukukî nitelikleri ve tâbi olacağı ceza hukuku kuralları farklıdır. 113A maddesi teknik anlamda bir suçtur, 343. madde ise tazyik hapsini öngörmektedir²⁴⁸. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda cezaî yaptırım düzenlenmeseydi bile, tedbir yerine getirilmediğinde İcra ve İflâs Kanunu uygulama alanı bulacak idi²⁴⁹. Münhasıran borçlu tarafından yapılabilecek bir işin yapılması ve bir işin yapılmaması talepleri için zaten takip hukuku içinde cezaî yaptırım mevcuttur²⁵⁰.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 343. maddesinde ilâm ve hükümden bahsedilmesi nedeniyle, maddenin geçici hukukî korumaya değil, asıl hukukî korumaya ilişkin olduğunda tereddüt edilebilir. Ancak İcra ve İflâs Kanunu'nda öngörülen cezaî yaptırımlar, cebrî icranın tamamlayıcısıdır. Bu yaptırımlar, mahiyetine uygun düştüğü için tedbir kararlarının icrasında da uygulama alanı bulabilir. Diğer yandan, tedbir yargılamasının asıl davadaki yargılamadan bağımsız olduğuna ve tedbir kararının geçici nihaî karar niteliğine ilişkin görüşümüzün tutarlı sonucu²⁵¹, bu yargılamada verilen kararların da hüküm,

²⁴⁸ Tazyik hapsi ile hapis cezası (disiplin hapsi), mal beyanında bulunulmaması durumunda da karşı karşıya gelmiştir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 76. maddesinde borçlunun mal beyanında bulununcaya kadar hapsedilmesi (tazyik hapsi), 337. maddede ise disiplin hapsi söz konusu idi. Anayasa Mahkemesi, kişinin aynı eylem nedeniyle birden fazla yargılanamayacağı ve cezalandırılmayacağına (ne bis in idem) ilişkin ceza hukuku ilkesinden hareketle 337. maddeyi iptal etmiştir (AMK, 28.2.2008, 2006-71/69 (RG S. 26849). Aynı gerekçeden yola çıkıldığında, münhasıran borçlu tarafından yapılacak bir iş ile bir işin yapılmaması bakımından 113A maddesinin de iptali yeknesaklığın sağlanması için şaşırtıcı olmayacaktır. Meseleyi, hiç kimsenin yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonamayacağına ilişkin Anayasa'nın 38. maddesi açısından değerlendiren *Ercan*, HUMK m. 113A'nun bu hükme aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır (*Ercan-Muhalefet*, s. 931).

²⁴⁹ Alman Hukuku'nda da münhasıran borçlu tarafından yapılabilecek bir işin yapılmasına ya da bir işin yapılmamasına ilişkin tedbir kararlarının gereği yerine getirilmediğinde ilâmların icrasına muhalefete ilişkin hükümler uygulama alanı bulunmaktadır (ZPO §§ 888, 890) (*Stein/Jonas/Grunsky*, § 938 N. 32; *Bruns/Peters*, s. 349; *Zöller/Vollkommer*, § 929 N. 18; *Schellhammer*, N. 1950; *Heiderhoff*, s. 425, 426).

²⁵⁰ Kanun koyucu, geçici hukukî korumalarda İcra ve İflâs Kanunu'nun 343. maddesini, 113A maddesi karşısında tamamen göz ardı etmemiştir. Örneğin, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 77. maddesine göre hükmedilecek ihtiyatî tedbirlerde İcra ve İflâs Kanunu'nun 343. maddesinin uygulama alanı bulacağı düzenlenmiştir.

²⁵¹ Bu konuda bkz. Bölüm II,

hükümün suretinin de ilâm olarak nitelendirilecek olmasıdır²⁵². Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 392. maddesinde ilâm, iki taraftan her birine verilen kararın sureti şeklinde ifade edilmiş, ancak kararın suretinin verileceği yargılama bakımından bir ayırım yapılmamıştır. İlâmdan söz edebilmek için varlığı aranan yargılamaya son verme ve uyuşmazlığı esastan çözme koşulları²⁵³, ihtiyatî tedbir kararları bakımından da karşılanmaktadır²⁵⁴. İhtiyatî tedbir yargılamasının konusu asıl hukukî koruma yargılamasından farklı olduğuna göre, tedbir kararı ile uyuşmazlık çözülmekte ve hâkim dosyadan elini çekmektedir. Alman Hukuku'nda da ihtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbir kararları, karşı taraf dinlenilerek verilmişse hüküm (Urteil), karşı taraf dinlenilmeden verilmişse karar (Beschluss) şeklinde ifade edilmekte, mahkemenin kararları her iki ihtimalde de icra kabiliyetini haiz ilâm (Vollstreckungstitel) vasfında görülmektedir²⁵⁵.

İhtiyatî tedbir kararının ilâm olarak kabulüne, nafaka alacaklarında tazyik hapsini düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu'nun 344. maddesinde hüküm ya da ilâm değil, karar ifadesinin kullanılmış olması; yine, çocuk tesliminde tazyik hapsini düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu'nun 341. maddesinde hem ilâm hem de ara kararı ifadesine yer verilmiş olması nedeniyle karşı çıkılabilir. Zira, 2003 yılında

²⁵² “ (...) yürütmenin durdurulması kararı geçici de olsa bir hüküm etkisini haizdir. Kesin hükümle yürütmenin durdurulması kararı arasındaki fark birinin sürekli olmasına karşı diğerinin geçici olmasından ibarettir.” 21.6.1979 Tarihli AMK Rüştü Aral'ın Karşı Oy Yazısı (AMKD 1980, s. 249-252). *Umar*, haklı olarak ihtiyatî haciz kararı verilmesine ilişkin olarak “ihtiyatî haczin konmasına dair ilâm” ifadesini kullanmaktadır (*Umar-Tarihî Gelişim*, s. 199). Dava açılmadan önce ihtiyatî haciz yargılaması sonucu verilen kararın hüküm olmadığına ilişkin karşı yönde görüş için bkz. *Özekes-İhtiyatî Haciz*, s. 234. Mahkemece tedbir mahiyetinde takdir edilen nafakanın hüküm ve ilâm mahiyetinde olmadığına ilişkin bkz. *Üstündağ-İcra*, s. 356; *Taş-Korkmaz*, s. 108. *Tanrıver*'e göre ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararları ara kararı niteliğindedir. İlâmdan söz edebilmek için ortada bir nihaî kararın bulunması gerekir (*Tanrıver, Süha: İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi (Dayanaklar)*, Ankara 1996, s. 47, 49).

²⁵³ *Tanrıver-Dayanaklar*, s. 43. Hüküm, HMK Tasarısı'nda da “yargılama sonunda uyuşmazlığın esası hakkında verilen nihaî karar” şeklinde tanımlanmıştır (HMK T m. 298/II).

²⁵⁴ İsviçre Hukuku'nda konusu bir miktar paranın ödenmesi olan eda tedbirlerine karşı çıkan bir görüş, bu kararların icra edilemeyeceğini, çünkü İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 81. maddesi anlamında itirazın kesin kaldırılmasını sağlayan bir ilâm olmadığını ileri sürmektedir (Bu konuda bkz. *Meier-Grundlagen*, s. 96). Bu görüş kanımızca da isabetli olarak yine doktrinde eleştirilmektedir. Gerçekten, bu gerekçe haklı olsaydı, tedbir nafakası gibi Kanun'un sınırlı da olsa izin verdiği (ZGB Art. 145; TMK m. 169) geçici hukukî koruma kararlarının icrasının da reddedilmesi gerekirdi. Konusu aynı olan bazı eda tedbirleri için kararın icrası yolunu açıp diğerleri için kapamak isabetli değildir (*Vogel*, s. 95).

²⁵⁵ *Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter: Zivilprozessordnung*, 67. Auflage, München 2009, Grund. § 916 N. 15; *Grunsky-Grundzüge*, § 8 II 1 I; *Gerhardt*, s. 231; *Zöllner/Vollkommer*, vor 916 N. 10, 14; *Brox/Walker*, N. 1534, 1636; *Schuschke* in *Schuschke/Walker*, vor §§ 704-707 N. 2; *Lüke*, N. 718; *Adolphsen*, § 25 N. 1-6.

4949 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce anılan maddelerde ilâm kavramı kullanılıyordu²⁵⁶. 4949 sayılı Kanun'un Hükümet Gerekçesi'nde de ara kararı ile hükmedilen çocuk teslimi ve nafaka ödemesi kararlarının cezaî yaptırım getirilmek istendiği görülmektedir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 341 ve 344. maddelerinde değişikliğin hedefinde ihtiyatî tedbir kararları değil, esas itibariyle aile hukukuna özgü, özellikle boşanma ve ayrılık davalarındaki geçici önlemler bulunmaktadır. Boşanma ve ayrılık davalarında hükmedilen tedbir nafakası ve çocuğun eşlerden birisine verilmesine ilişkin kararların ara kararı niteliğinde görülmesi sonucunda, bu kararlar cezaî yaptırım gücüne sahip olamamaktaydı. Diğer yandan, aile hukukuna özgü geçici önlemler, hukukî niteliği itibariyle bir ihtiyatî tedbir olmadığı için Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 113A maddesi uygulanamamaktaydı. Kanun koyucuyu düzenleme yapmaya sevk eden asıl sebep, ihtiyatî tedbirleri de içine alacak şekilde bütün geçici hukukî koruma kararlarının hukukî niteliğini ve ilâm niteliğini sahip olup olmadığını belirlemekten ziyade, tedbir nafakası ve çocuk teslimi kararlarının icrasının etkinliğinin artırılmasıdır²⁵⁷.

Bu gerekçelerle, 113A maddesi olması gereken hukuk bakımından Kanun'dan çıkarılmalıdır²⁵⁸. Münhasıran borçlu tarafından yapılabilecek bir işin yapılması ve bir işin yapılmaması talepleri dışında kalan talepler -örneğin nafaka alacakları dışında para alacağının tahsili talebi- bakımından da az yukarıda açıkladığımız üzere, hürriyeti bağlayıcı ceza, henüz asıl hukukî korumaya ulaşılmayan bir aşamada menfaat dengesine uygun düşmemektedir.

Ayrıca, İcra ve İflâs Kanunu'ndaki doğrudan hürriyeti bağlayıcı cezayı öngören sistemin de menfaat dengesi bakımından yeniden sorgulanması gerektiği kanaatindeyiz. Bu konuda, Alman Hukuku'nda farklı bir model öngörülmüştür. Buna göre, münhasıran borçlu tarafından yapılabilecek bir işin yapılması ya da bir işin yapılmaması taleplerinde, ifa etmeme durumunda 250.000 Euro'yu aşmayacak para cezası uygulanır. Şayet para tahsil edilemeze, hürriyeti bağlayıcı

²⁵⁶ *Yılmaz*'a göre, -4949 s. K. değişikliğinden önce- ihtiyatî tedbir yolu ile nafakanın ödenmesine karar verilmişse, İİK m. 344'e göre ceza verilemez (*Yılmaz*, C. I, s. 535).

²⁵⁷ Bu konuda ayrıca bkz. aşa. Bölüm II, § 7, I, B, 3, b, (4).

²⁵⁸ Hükümün yerindeliği konusunda karşı. *Ercan-Muhalefet*, s. 937. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda 113A maddesinin getirdiği sistem aynen muhafaza edilmiştir (m. 402).

ceza verilmesi gündeme gelir (ZPO §§ 888, 890). İsviçre Federal Usûl Kanunu Tasarısı'nda ise hâkim, Ceza Kanunu'nun 292. maddesine göre hafif para cezası, 5.000 Frank'a kadar idarî para cezası, borcun ifa edilmediği her gün için 1.000 Frank idarî para cezası, taşınıra el konulması ya da tahliye gibi cebri önlem ve başka bir edimin ifası olmak üzere beş ayrı yaptırım uygulama konusunda yetkili kılınmıştır. İsviçre Tasarı'sında doğrudan hürriyeti bağlayıcı cezanın öngörülmemesi dikkat çekicidir. İhtiyatî tedbir kararlarının etkinliğini azaltacak kötü niyetli davranışlara engel olmak bakımından hukukumuzda hürriyeti bağlayıcı cezanın muhafazası gereklidir. Ancak İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi menfaatler durumuna göre hâkimin somut olayın koşullarına göre para ve hapis cezası arasında seçim yapma yetkisi ile donatılması kanımızca en uygun çözüm olacaktır. Sonuç itibariyle, İcra ve İflâs Kanunu'nun 343. maddesi, açıklandığı şekilde tadil edilmeli, 113A maddesi Kanun'dan çıkarılarak 343. maddenin tedbir kararları için de uygulanmasının önü açılmalıdır.

Geçici hukukî koruma özelinde menfaat dengesinin yargı boyutunda, yargılamanın ve takip prosedürünün her aşamasında göz önünde bulundurulmuş menfaat dengesinin ihtiyatî tedbir yargılamasında özel olarak kurulmaya çalışıldığı görülecektir. Hatta eda tedbirleri özelinde ihtiyatî tedbirler bakımından yargılamanın esaslı unsurlarından birisi menfaatlerin tartılmasıdır. İhtiyatî hacizden farklı olarak eda tedbirlerine ve şarta, vâdeye bağlanmış alacaklar için talep edilen teminat tedbirlerine, tedbire hükmedilmemesinin tedbir talep edenin menfaatlerine vereceği zararların, tedbire hükmedilmesinin karşı tarafın menfaatlerine vereceği zararlardan fazla ise hükmedilebilir. Çünkü bu hâlde, asıl davadan önce hukukî koruma sağlanmasını haklı kılacak bir tehlike mevcuttur. İhtiyatî tedbirlerde menfaat dengesi, davadan farklı olarak tedbir sebebi (aciliyet arz eden tehlike) bağlamında ayrı bir incelemenin konusunu oluşturmaktadır²⁵⁹.

IV. Geçici Hukukî Koruma ve Sosyal Devlet İlkesi

Sosyal devlet, "devletin sosyal barışı ve sosyal adaleti sağlamak amacıyla sosyal ve ekonomik hayata aktif müdahalesini gerekli ve meşru gören bir

²⁵⁹ Bkz. aşa. Bölüm II, § 6, V, B, 4.

anlayıştır”²⁶⁰. Sosyal devletin hürriyet anlayışında fırsat eşitliği bulunmaktadır²⁶¹. Anayasa Mahkemesi, sosyal devleti, güçsüzlerin güçlüler karşısında korunduğu, yani sosyal adaletin sağlandığı devlet şeklinde tanımlamaktadır²⁶². Gerçekten, sosyal devletin hukukî yöntemlerinden birisi sosyal adaleti sağlamayı, sosyal eşitsizlikleri azaltmayı, toplum içinde ekonomik bakımdan zayıf olan sınıf ve grupları korumayı amaçlayan sosyal hakların öngörülmesidir²⁶³. Sosyal devletin medenî usûl hukukunu ilgilendiren yönü, adalet hizmetlerinden yararlanmak isteyen kişilere fırsat eşitliği sağlanması, taraflar arasında ekonomik bir denge kurulması ve güçsüzün güçlü karşısında ezdirilmemesidir²⁶⁴. Kişilerin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ile bağdaşmayacak surette sınırlayan engelleri kaldırma sorumluluğu üstlenen devlet (AY m. 5), hukukî korumaya yönelik engelleri kaldırmalı, en azından bu engelleri yumuşatmak için gayret göstermelidir²⁶⁵.

Salt liberal bir temele oturtulan medenî usûl hukuku sistemlerinde esas olarak, birbirine denk tarafların karşı karşıya buldukları varsayımından hareket edilmektedir. Yargılamanın odağında, gerek ekonomik gerekse sosyal anlamda orta düzeyde bir birey yer almaktadır²⁶⁶. Ancak düşük gelire sahip bireylerin de hukukî korumaya ihtiyaç duyduğu unutulmamalıdır. Bu sonuncuların haklarının gerçekleştirilmesi, varsayılan orta düzeydeki bireye göre bazı noktalarda özellik arz etmektedir. Ekonomik açıdan zayıf taraf, gerçekte haklı olmakla beraber bir davayı açamayacak ya da kendisine karşı açılmış bir davada savunma

²⁶⁰ Özbudun, s. 134. Benzer yönde bkz. Gözler, s. 83; Özekes-Temel Haklar, s. 221. Bu konuda ayrıca bkz. Yılmaz-Yargılama Giderleri, s. 209.

²⁶¹ Özbudun, s. 136; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 94; Kissel/Mayer, Einl. N. 196.

²⁶² AMK, 26.10.1988, 19/33 (AMKD S. 24, s. 451, 452).

²⁶³ Özbudun, s. 146 vd.; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 95; Demircioğlu, s. 117, 118; Gözler, s. 85 vd.

²⁶⁴ Yılmaz-İnsan Hakları, s. 160; Yılmaz-Yargılama Giderleri, s. 202; Fischer, s. 260; Özbek-Adalet Erişim, s. 925, 926 dn. 61.

²⁶⁵ Yılmaz-Yargılama Giderleri, s. 204, 205; Özbek-Adalet Erişim, s. 926; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 633; Özekes-Temel Haklar, s. 222. Alangoya'ya göre, yargıya müracaatın ağır parasal şartlara bağlı tutulması, ekonomik açıdan zayıf olan fertleri, haklarını dava yolu ile aramaktan caydırabilir ki, bunun sosyal devlet anlayışı ile bağdaşmadığı söylenebilir (Alangoya, Yavuz: Anayasanın Medeni Usul Hukukuna Etkisi (Anayasa), Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 1981/2, s. 4).

²⁶⁶ Martin'e göre, yoksullara sağlanan hukukî imkânlardan yararlanmak için yeterli derecede yoksul olmayanlar ile bir yargılamayı rahat bir şekilde yürütmek için yeterli derecede zengin olmayanlar, liberal medenî usûl hukuku yapılanmasında göz önünde alınmamaktadır (s. 30).

yapamayacak durumda olabilir²⁶⁷. Hak sahibinin, ancak avukatı ya da kendisini yargılamaya dahil etmesi sağlanıyorsa, kısaca hak sahibi dava dilekçesini sorunsuz bir şekilde hâkime ulaştırılabiliyorsa hukukî koruma garantisinin yalnız bir aşaması -yargı mercilerine başvuru hakkı- katedilmiş olur. Ancak günümüzde ekonomik zorluk içinde bulunan hak sahibinin, anılan birinci aşamayı dahi aşamadığına sıkça rastlanmaktadır. Bu durumda devlet, sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak sorumluluk üstlenerek silahların eşit olmasını ve eşit kalmasını sağlamalıdır. Özellikle taraflar, deyim yerindeyse yargılamaya aynı start noktasından başlayabilmelidirler.

Ekonomik zorluk içinde bulunan ve hak arama yolundaki kişi, adli yardım, ücretsiz avukat temini gibi araçlarla desteklense de, hakka kavuşamadığı takdirde yaşamını sürdüremeyecek duruma düşebilir. Örneğin, nafaka alacaklısı bir kişi, ancak nafaka düzenli olarak ödendiği takdirde temel gereksinimlerini karşılayabilir. Maddî hukuktan doğan pek çok talep hakkı, kişilerin yaşamını sürdürmeleri ve vücut bütünlüklerini korumaları için vazgeçilmiş hâle gelebilir. Yine, iş sözleşmesi haksız feshedilen işçinin feshe karşı korunması sosyal devlet ilkesinin bir gereğidir²⁶⁸. Kendisinin ve ailesinin geçimini aldığı maaşla temin eden işçinin içine düşeceği zaruret hâli, dava sonucu olan yeniden çalıştırılma talebine geçici olarak yürürlük kazandırılmak suretiyle giderilirse, sosyal devlet ilkesinin hakkıyla gerçekleştirildiği söylenebilir²⁶⁹. Sosyal devlet ilkesi, bilinen anlamı ile adli yardım gibi hukukî yollarla zaruret hâlindeki böyle bir alacaklının korunması şeklinde değerlendirilirse, harç ödemek zorunda olmayan, avukat ile temsil edilen; ancak, alacağına hemen kavuşamadığı için vücut bütünlüğü gibi kişilik hakları zedelenebilecek ya da yaşam hakkını kaybedebilecek bir alacaklı profili ile karşılaşılır. Böyle bir alacaklı, alacağı ve içinde bulunduğu zaruret hâli konusunda hâkimde kanaat uyandırmak koşuluyla hızlı bir yargılama ile alacağına derhal kavuşabilmelidir. Alacaklının bu şekilde korunması, etkin bir geçici hukukî koruma sistemini zorunlu kılmaktadır. Eda tedbiri denilen geçici

²⁶⁷ **Martin**, s. 26.

²⁶⁸ **Schaub, Günter/Koch, Ulrich/Linck, Rüdiger/Vogelsang, Hinrich: Arbeitsrecht-Handbuch**, 12. Auflage, München 2007, **Schaub/Linck**, § 129 N. 4.

²⁶⁹ **Alangoya** haklı olarak davaların elde edilecek hükmün yararlarını ortadan kaldıracak kadar uzamasına sebebiyet veren medenî usûl hukuku kurallarının sosyal devlet ilkesi ile bağdaşmadığını belirtmektedir **Alangoya-Anayasa**, s. 4).

hukukî korumanın yokluğunda, yoksulu korumaya yönelik hali hazırdaki bütün imkânlar seferber edilse de, yine de taraf açısından bir hukukî koruma engeli oluşacaktır. Zira, hak sahibi, yargılama sonunda talep ettiği alacaktan daha büyük zararlara uğrayacaksa ya da yaşamını yitirmesi durumunda hukukî korumadan hiç yararlanamayacaksa, ortada bir hukukî koruma engeli vardır. Hukukî korumanın önündeki engelleri kaldırma sorumluluğunu üstlenen sosyal devlet ilkesi, zaruret hâlinin varlığı durumunda yoksulun hak arama engelini kendisine geçici hukukî koruma sağlayarak kaldırabilir. Ancak bu sayede alacaklı ile borçlu arasında silahların eşitliği anlamında bir denge kurulabilir ve sağlıklı bir yargılama yapılabilir. Ayrıca, geçici hukukî koruma sağlandığı takdirde, yaşaması için temel gereksinimlerini karşılamayacak derecede zaruret hâlinde bulunan güçsüzler, hakkı elinde tutan güçlüler karşısında korunarak sosyal adalet de tesis edilir²⁷⁰.

Sosyal devlet ilkesinin amaçları ve geçici hukukî korumanın işlevleri arasındaki bu paralellikten hareket edilirse, geçici hukukî korumanın -dolaylı da olsa- sosyal haklar çerçevesi içinde sosyal devletin hukukî yöntemlerinden birisi olduğu sonucuna varılabilir. Denilebilir ki, geçici hukukî koruma ile sosyal devlet ilkesi arasında kurulan ilişki, aynı zamanda Anayasa'nın 65. maddesinde düzenlenen devletin sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceğine ilişkin sınırlandırmayı beraberinde getirecektir. Böyle bir iddia, yine Anayasa gözetilerek çürütülebilecektir. Anayasa'nın 17. maddesinde kişinin yaşama ve maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu hükme bağlanmıştır. Geçici hukukî koruma boyutunda, sosyal adaletin ve fırsat eşitliğinin sağlanmasının temelinde kişinin, zaruret hâlinde ötürü hukukî korumaya kavuşamaması tehlikesi yatmaktadır. Bu tehlike, kişinin yaşama hakkını yitirmesi ya da maddî ve manevi varlığında telafisiz olanaksız zararların oluşmasından kaynaklanmaktadır. Geçici hukukî korumanın Anayasa'nın 17. maddesi ile ilişkilendirilmesinin pratik sonucu, devletin geçici hukukî koruma

²⁷⁰ Yılmaz-İhtiyati Haciz, s. 64; Yılmaz, C. I, s. 34.

sağlama ödevinde Anayasa'nın 65. maddesinde yer alan mali kaynakların yetersizliğine dayanamayacak olmasıdır.²⁷¹

²⁷¹ Kişinin yaşam ve maddî ve manevî varlığını koruma hakkına yönelik bir başka müessese olan sosyal güvenliğe ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi, 17. maddeyi dikkate alarak devletin 65. maddeye dayanarak mali kaynakların yetersizliğini ileri süremeyeceği sonucuna varmıştır, bkz. AMK, 17.1.1991, 1990/27 E. 1991/2 K. (AMKD S. 27, C. I, s. 13-39).

§ 5. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMANIN İŞLEVLERİ, KAPSAMI, SINIFLANDIRILMASI, DAVA İLE SINIRI VE KARŞILAŞTIRILMASI

I. Geçici Hukukî Korumanın İşlevleri

A. Asıl Dava Yolunu Açık Bırakma İşlevi

Geçici hukukî koruma, yargısal hukukî koruma işlevi görür²⁷². Geçici hukukî korumadaki hukukî koruma işlevi, dava ile karşılaştırıldığında tamamlayıcı niteliktedir²⁷³. Sübjektif hakların gerçekleştirilmesini amaçlayan ve bu amaca hizmet eden dava, amacını ancak etkin olduğu takdirde gerçekleştirebilir²⁷⁴. Geçici hukukî koruma, amaca ulaşmaya engel olan yargılama süresi ve borçlu davranışlarının aşılmasını sağlayarak aslında davaya hizmet eder. Geçici hukukî koruma, zamansal bir gecikme nedeniyle hukukî korumanın etkinliğini yitirmesi tehlikesine karşı davanın işlevini eksiksiz bir şekilde yerine getirilmesini sağlar²⁷⁵. Bu anlamda geçici hukukî koruma, davanın yargılama aşamasına alternatif getirmemekte, onu hiçbir şekilde ikâme etmemektedir. Aksine, davayı tamamlamakta, icra aşamasına dönük aldığı tedbirlerle etkinliğini arttırmaktadır²⁷⁶. Bir işin yapılmamasına yönelik taleplerde olduğu gibi asıl dava sonucunu tamamen öne çeken eda tedbirlerinde dahi, geçici hukukî koruma, dava ile aynı konumda bulunmamaktadır. Zira, geçici hukukî koruma, kararları asıl dava için de bağlayıcı ve davanın kendisinden önceki kararı kaldırma gücünden yoksun ise davanın ikamesi olabilir.

Geçici hukukî korumanın ihtiyatî tedbir, ihtiyatî haciz gibi davaya bağlanması zorunlu olan araçlarında, uyuşmazlık konusu ya da tarafların bizatihi kendisi, zarar tehlikesine karşı asıl davada karar verilene kadar korunmaktadır. Uyuşmazlık konusunun ya da tarafın korunması sayesinde, dava sonunda hüküm

²⁷² Meier-Grundlagen, s. 11.

²⁷³ Thümmel in Wiczorek/Schütze, vor § 916 N. 2; Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 65; Walker in Schuschke/Walker, vor § 916 N. 2; Yılmaz, Z. S., s. 5; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 650. Anayasa yargısında geçici tedbir kararları bakımından aynı yönde bkz. Yıldız, s. 168. Belirtmek gerekir ki, geçici hukukî koruma, asıl hukukî korumadan çoğu zaman bağımsız, bazen de özerktir. Bu nedenle, geçici hukukî koruma, asıl hukukî korumanın bir parçası değildir. Karş. Özekes-Hukukî Dinlenilme, s. 212.

²⁷⁴ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 62.

²⁷⁵ AMK, 21.10.1993, 33/40-1 (AMKD 29 C. I, s. 562, 563).

²⁷⁶ Yılmaz, C. I, s. 34.

altına alınacak talebin gerçekleştirilmesi yolu açık bırakılmaktadır²⁷⁷. Asıl dava yolu, geçici hukukî korumada ancak nihaî ve bağlayıcı bir karar verilmediği takdirde açık bırakılabilir. Buradan dava ile geçici hukukî korumanın zamansal olarak birbirlerine bağlandıkları sonucuna ulaşılabilecektir²⁷⁸. Nitekim, gerek ihtiyatî tedbir (m. 109) gerekse ihtiyatî haciz (İİK m. 264) için öngörülen tamamlayıcı merasim zorunluluğu geçici hukukî koruma ile dava arasındaki bağılılığı ortaya koymaktadır.

B. Ara Dönemin Aşılması İşlevi

Uyuşmazlığın ortaya çıkmasından, icra takibinde paraların paylaşılması ya da genel olarak hakkın teslimi aşaması geniş bir zamana yayılmaktadır. Davanın açılmasıyla layihalar teatisi, tahkikat, sözlü yargılama ve hüküm aşamalarından geçildikten sonra uyuşmazlık, yürürlükteki Kanun'da temyiz ve karar düzeltme denetimine tâbidir (m. 427 vd.). Bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesiyle, istinaf ve temyiz kanun yolları devreye girecektir (m. 426A vd.). Kesinleşmeden infaz kabiliyeti bulunmayan hükümlerde uzun yargılama süreci tamamlanmadan cebrî icra aşamasına geçilemez. İcra takibinde de borçlu, hakkın teslimini geciktirecek icranın geri bırakılması, ihalenin feshi, istihkak davası, şikâyet gibi pek çok yeni yargılamaya başvurma olanağına sahiptir. Geçici hukukî koruma ikinci olarak, dava sonucuna kadarki ara dönemin aşılması işlevini görmektedir²⁷⁹. Bu dönem içinde olayların hak sahibinin zararına gelişen seyri durdurulmakta, menfaat dengesi haklı kılıyorsa onun lehine ara dönemde, yani asıl davada karar verilene kadar yeni bir düzen kurulmaktadır.

Özellikle teminat sağlamayı aşan ihtiyatî tedbirlerin geliştirilmesi sonucunda geçici hukukî korumanın asıl dava yolunu açık bırakma işlevi ile ara dönemin aşılması işlevi arasında bir gerilim ortaya çıkmıştır. Şöyle ki, alacaklıyı

²⁷⁷ Vogg, s. 50; Musielak/Huber, § 916 N. 1; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 650. Diğer taraftan, hakkın ya da hukukî ilişkinin hızlı bir yargılamada ele alınıp geçici bir karara ulaşılması sayesinde, asıl davaya silahları eşit iki tarafın katılımı, daha adil bir karara ulaşılmasını kolaylaştırmakta, bu suretle hukukî korumanın etkinliği artmaktadır.

²⁷⁸ Heinze, s. 19; Vogg, s. 47, 51.

²⁷⁹ Leipold-Grundlagen, s. 83; Schilken-Befriedigungsverfügung, s. 59; Morbach, s. 253, 254; Vogg, s. 51; Thümmel in Wiczorek/Schütze, vor § 916 N. 2; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 649; Berger, Kap 1 N. 4.

tatmine götüren eda tedbirlerine hükmedildiği takdirde, alacaklının hukukî konumu bakımından kesin hükme ulaşıncaya kadarki ara dönem aşılır. Ancak bir işin yapılmaması taleplerinde olduğu gibi bazı tedbir kararlarında ara dönemi aşmak, asıl dava yolunu açık bırakma işlevini geri plana itmeyi gerektirir. Bu iki işlev aslında ihtiyatî tedbir yolu ile asıl dava sonucunun öne çekilmesi sorununa kaynaklık etmekte, öne çekme meselesi işlevlerin biri yerine diğerine öncelik verme ihtiyacından doğmaktadır²⁸⁰. İşlevlerin bağdaştırılması kanun koyucunun görevidir. Zira, Anayasa koyucu hukukî korumanın etkin olmasının yanında, dengeli olmasını da emretmekle, kanun koyucuya direktif vermektedir.

Geçici hukukî korumalar, bir hukukî durumu yargılama boyunca koruması sonucunda davada maddî gerçeğe ulaşılmasını da kolaylaştırmaktır. Vakıaların diğer tarafça değiştirildiği bir yargılamada soyut kurallarda öngörülen somut vakıaların, somut vakıaları karşılayan vakıalarla ilişkisi ya hiçbir şekilde kurulamaz ya da varılan sonuç gerçeği yansıtmaz. Ayrıca, zaman baskısı altında kalmaksızın yürütülecek bir yargılamada maddî gerçeğe ulaşmak daha kolaydır²⁸¹.

II. Geçici Hukukî Korumanın Kapsamı

Yürürlükteki hukukumuzda geçici hukukî korumanın kapsamını ve türlerini derleyip toparlayan, hangi hukukî korumanın dava, hangi hukukî korumanın geçici olduğunu gösteren genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, geçici hukukî korumanın kapsamının belirlenmesi görevi doktrin ve yargıya düşmektedir. Geçici hukukî korumanın kapsamı belirlenirken, usûl ve icra iflâs hukuku içinde incelenmesi sebebiyle ilk olarak Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu ve İcra ve İflâs Kanunu'na müracaat edilmelidir. Nitekim, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu ve İcra ve İflâs Kanunu'nda, geçici hukukî koruma adı ile olmasa da, sonucu itibariyle geçici hukukî koruma sağlayan müesseselere ve ayrıntılı olarak bunlara ilişkin kurallara yer verilmiştir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda asıl talebe yönelik ihtiyatî tedbir (m. 101 vd.) ve delillere yönelik delil tespiti (m. 368 vd.); İcra ve İflâs Kanunu'nda

²⁸⁰ Bu konuda bkz. aşa. Bölüm III, § 9, II, C, 1, 2.

²⁸¹ Stein/Jonas/Grunsky, vor § 916 N. 1; Heinze, s. 20; Yılmaz, Z. S., s. 4.

ihtiyatî haciz (İİK m. 257 vd.), geçici hukukî korumanın en temel ve bilinen türlerindendir²⁸².

İhtiyatî haciz, para alacaklarında müstakbel icra takibinin güvence altına alınmasını; ihtiyatî tedbir ise para alacakları dışında kalan diğer taleplerin icrası yolunun korunmasını ve istisnaen para alacakları da dahil olmak üzere tüm taleplerin geçici olarak icrasını sağlar²⁸³. İnceleme konumuz olan ve Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda şartları, yargılaması özel olarak düzenlenen ihtiyatî tedbirlerin aşağıda açıklanacağı üzere bazı ayırt edici özellikleri bulunmaktadır²⁸⁴. Bu bağlamda, ihtiyatî tedbirlerin, ihtiyatî hacizle birlikte geçici hukukî korumanın asıl türü olduğu söylenebilir. Her üç geçici hukukî korumanın temelinde yargılamanın uzunca bir süre devam edecek olmasından ötürü ortaya çıkan tehlikenin önlenmesi ya da ihlâl başlamışsa durdurulması yatmaktadır.

Hukukumuzda geçici hukukî korumanın çerçevesi, ihtiyatî tedbir, ihtiyatî haciz ve delil tespitine ilişkin usûl ve icra iflâs hukuku mevzuatı içinde yer alan düzenlemeler esas alınarak tümevarım yöntemi ile çizilmekte, buna uygun olarak geçici hukukî korumanın temel özellikleri belirlenmektedir. İhtiyatî tedbir, ihtiyatî haciz ve delil tespiti dışında özel kanunlarda, bilhassa maddî hukuk kurallarında “geçici önlem” “geçici düzenleme” “muhafaza tedbiri” ve bunun gibi adlarla bazı hükümlerin sevk edildiği görülmektedir. Geçici hukukî korumanın kapsamına klasik geçici hukukî koruma araçlarının yanında, bu düzenlemelerin de dahil olup olmadığının tespiti ve geçici hukukî korumanın daha geniş bir açıdan sorgulanması gereklidir. Nitekim doktrinde, *Pekcanitez/Atalay/Özkes*, klasik geçici hukukî koruma araçlarının dışında, başkaca geçici hukukî koruma araçlarının varlığını benimseyerek geçici hukukî korumanın kapsamını, ihtiyatî tedbir, ihtiyatî haciz, delil tespiti ve özel kanunlarında düzenlenen geçici hukukî korumalar şeklinde belirlemektedir²⁸⁵.

Geçici hukukî korumanın kapsamı temel üç soruya verilecek yanıtlara göre değişecektir. Birinci olarak, usûl ve icra-iflas mevzuatı dışında, maddî

²⁸² *Özkes-Hukukî Dinlenme*, s. 213; *Özkes-Gerekçe*, s. 472, 473.

²⁸³ İhtiyatî tedbirle ihtiyatî haciz ileride karşılaştırılacaktır, bkz. aşa. Bölüm II, § 7, I, A, 1, 2.

²⁸⁴ Bkz. aşa. Bölüm II, § 6, IV.

²⁸⁵ *Pekcanitez/Atalay/Özkes*, s. 650, 651. Aynı yönde bkz. *Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özkes*, s. 442; *Özkes-Gerekçe*, s. 473.

hukuk kurallarında da geçici hukukî koruma düzenlenebilir mi? İkinci olarak, geçici hukukî koruma, yargısal bir hukukî koruma mıdır? Böyle bir sorgulama, idarî yoldan da geçici hukukî koruma sağlanıp sağlanamayacağına ışık tutacaktır. Üçüncü olarak hukukî korumanın geçiciliğinden neyin anlaşılması gerekir? İlk soruya olumlu yanıt verildiği takdirde, ilk soru ile üçüncü soru arasında sıkı bir ilişki ortaya çıkacaktır. Çünkü maddî hukuktaki düzenlemelerin geçici hukukî korumaya aidiyeti, ancak geçicilikten neyin anlaşılacağı somutlaştırılırsa belirlenebilir.

A. Maddî Hukuk Alanında Geçici Hukukî Korumalar

Maddî hukuk, kişilere sübjektif haklar tanır. Usûl hukukunun amaçlarından birisi, bu sübjektif hakların gerçekleştirilmesidir²⁸⁶. Maddî hukuk kurallarında ilgili sübjektif hakkın etkin bir şekilde korunması için bazı usûli normlar getirilebilir. Yetki, ispat yükü gibi usûli konularla birlikte geçici hukukî korumalar da bazı durumlarda maddî hukukun düzenleme alanına girebilir. Kısaca diyebiliriz ki, geçici hukukî koruma türlerinin münhasıran yargılama hukukunca düzenlenmesi zorunluluğundan söz edilemez. Yargılama hukuku ile birlikte maddî hukukta da geçici hukukî koruma düzenlenebilir²⁸⁷. Ancak maddî hukukta geçici hukukî koruma düzenlenirken yargılama hukukuna özgü bir kuralın getirildiği unutulmamalı, bu hukukun özellikleri dikkate alınmalıdır. Olması gereken, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun geçici hukukî korumayı genel hatlarıyla düzenlemesi ve temellerini ortaya koymasıdır. Ancak bu şekilde özel kanunlardaki düzenlemeler ile geçici hukukî koruma arasında bir irtibat kurulabilir. Aksi takdirde, bir kuralın geçici hukukî korumayı ilgilendirip ilgilendirmediği konusunda tereddütlerin yaşanması kaçınılmazdır. Nitekim, buna uygun olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda geçici hukukî

²⁸⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 48.

²⁸⁷ Meier-Grundlagen, s. 117. *Leipold*, genel hükümler dururken, geçici hukukî korumaya ilişkin özel düzenlemelerin getirilmesini anlamsız bulmaktadır. Yazara göre, bu düzenlemeler, genel hükümlerin uygulanması durumunda ortaya çıkabilecek sorunların en azından bir kısmını çözebilecek durumdadır. Örneğin, babanın çocuğa geçici hukukî koruma yoluyla nafaka ödemesinin özel olarak düzenlenmesi, asıl dava sonucunun öne çekilemeyeceğine yönelik bir itirazı ortadan kaldırmaktadır (*Leipold, Dieter: Strukturfragen des einstweiligen Rechtsschutzes (Strukturfragen)*, ZZP 90, s. 262).

korumanın çatısı oluşturulmuştur. Tasarı'da onuncu bap geçici hukukî korumalara ayrılmış, hem geçici hukukî korumaların klasik araçları olan ihtiyatî tedbir, ihtiyatî haciz ve delil tespitine yer verilmiş hem de özel kanunlardaki geçici hukukî korumalar saklı tutularak diğer kanunlarda da geçici hukukî koruma araçlarının bulunduğu işaret edilmiştir (HMKT m. 412/II). Maddî hukuk ve takip hukuku kurallarını içine alan “diğer kanunlar” ifadesi, geçici hukukî korumanın yalnız alışılabilen klasik araçlardan oluşmadığına, gerek maddî hukukta gerekse takip hukukundaki bir düzenlemenin hukukî niteliğinin geçici hukukî koruma olarak belirlenebileceğini göstermektedir. Bu düzenleme ile yalnız özel kanunların geçici hukukî korumanın kapsamına dahil olmasının yolu açılmakta; ancak, maddî hukuk ve takip hukukundaki hangi düzenlemelerin geçici hukukî koruma aracı olarak kabul edileceği doktrin ve yargı kararlarına bırakılmaktadır.

Hukukumuzda maddî hukuk kurallarında ihtiyatî tedbirlere benzeyen, sınırlı bir dönemde hukukî koruma sağlayan çok sayıda düzenleme bulunmaktadır. Aşağıda önemli görülen bu düzenlemelerin bazıları ayrıntısıyla değerlendirilecektir²⁸⁸. Söz konusu kararların bir kısmı, kaldırılabilir niteliktedir. Ancak bu kararlar, geriye etkili olarak kaldırılmaz; ayrıca, müstakbel icrası geçici olarak korunacak talepten bağımsızdır. Bu nedenle, asıl davanın açılmaması nedeniyle nihai etkiler gösterebilecek şekilde düzenlenmiştir. Örneğin, evlilik birliğinin korunmasına yönelik önlemler (TMK m. 190, m. 195 vd.), eşler hâkimin müdahalesi ile tesis edilen yeni düzene uygun olarak yükümlülüklerini yerine getirirlerse uzunca bir süre, hatta evlilik ölümle ya da boşanma ile sona erene kadar hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Ayrıca, maddî hukuk kurallarında düzenlenen geçici kararlar, ihtiyatî tedbirlerden farklı olarak hak sahibinin yargılama süresinden kaynaklanan tehlikelerden korunmasına yönelik değildir. Bu türden geçici kararlardan sonra çoğu zaman asıl davanın açılması bile gerekmemektedir. Böyle olunca, burada davaya kadarki zarar tehlikesinin dışındaki diğer tehlikelerin izalesi ya da durdurulması amaçlanmaktadır. Diğer taraftan, kararların her zaman ve kolaylıkla kaldırılabilmesi düzenlendiği içindir ki, ilgili kanunlarda “geçici karar” ifadesi kullanılmıştır. Bu yönüyle de geçici

²⁸⁸ Bkz. aşa. Bölüm II, § 7, I, B.

hukukî korumayı andırmaktadır. Böylece, nihaî ve geçici hukukî koruma arasında bir gri alan yaratılmıştır.

Gerek Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda gerekse Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarı'nın yürürlüğe girmesinden sonra, maddî hukuk kurallarındaki hangi düzenlemelerin geçici hukukî korumanın kapsamına dahil olduğunun belirlenmesine; şayet, geçici hukukî korumadan söz edilecekse, klasik geçici hukukî korumaların sınıflandırılmasına ve geçici hukukî koruma türlerinin tasnif edilmesine ihtiyaç vardır.

B. Geçici Hukukî Korumanın Yargısal Yoldan Sağlanması

İdarî yoldan hukukî koruma sağlanması, bu yolla geçici hukukî koruma da sağlanıp sağlanamayacağı sorusunu akla getirmektedir. Acaba geçici hukukî koruma, maddî anlamda yargı faaliyetini zorunlu kılmakta mıdır? İdarî yoldan da geçici hukukî koruma sağlanıp sağlanamayacağı, geçici hukukî korumanın kapsamının belirlenmesi bakımından büyük önem taşımaktadır. Özellikle bazı takip yollarının ve icra dairelerinin bazı işlemlerinin hukukî niteliğine geçici hukukî korumanın yargısal bir hukukî koruma olup olmadığına göre farklı anlamlar verilebilecektir.

1. Genel Olarak İdarî Yoldan Sağlanan Hukukî Koruma

Hukukumuzda mahkeme önünde yargılama yürütülmeksizin hak iddia edenin hukukî korumaya kavuşturulduğu özel düzenlemeler bulunmaktadır. Deniz ticaret hukukunda kaptan ile donatan arasındaki geçim ve bakım mükellefiyetinden doğan uyuşmazlıklar deniz idaresi tarafından geçici olarak çözümlenmektedir (TTK m. 1013/VIII). Burada, kaptanın donatana karşı ileri sürebileceği geçim ve bakım yükümlülüğünden doğan maddî hukuk talepleri, idarî yoldan hüküm altına alınmakta, verilen kararlar anılan madde gereğince icra kabiliyetini haiz olmaktadır²⁸⁹. Yine, 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun'da, zilyetliğin valilikler ya da

²⁸⁹ *Yılmaz*, bu hükmü geçici hukukî koruma kapsamında değerlendirmektedir (C. I, s. 749).

kaymakamlıklar aracılığı ile, yani idarî yoldan korunması öngörülmektedir (m. 2)²⁹⁰.

Hukukî korumanın yargılama ve icra olmak üzere iki aşamalı yapısında icra daireleri önemli bir yer işgal etmektedir. İlâmın gerektiğinde zorla yerine getirilmesi, yani cebir, hukukî koruma için vazgeçilmez bir zorunluluktur. Hak sahibi, hukukî korumaya, yargılama sonunda değil, hakkına kavuştuğunda ulaşmış olur²⁹¹. Anayasa'nın 36. maddesinden çıkarılabilecek hukukî korunma talebi, yargı kararlarının icrasında da geçerlidir²⁹².

İcra daireleri, maddî ve dar anlamda yargısal bir faaliyeti yerine getirmemektedir. Çünkü maddî anlamda yargı, zorunlu bazı doğruluk garantileri ile altlama faaliyeti sonucunda taraflar arasında bağlayıcı bir kararla ihtilâfın çözüldüğü bir faaliyet iken²⁹³, idarî faaliyet kanunların ilk kez olaya uygulanması, yeni hukukî durumlar yaratılmasıdır. Kanunların ilk kez uygulanması idareye düşerken, bu faaliyet taraflar arasında bir ihtilaf yaratıyorsa yargı devreye girer²⁹⁴. İdarî faaliyetin yargı faaliyetinden ayırt edilmesinde temel kriter olan bağlayıcılık, icra dairesinin cebrî icra işlemlerine uygun düşmemektedir²⁹⁵. Hukuk kuralları, idare bakımından davranış normu, yani nasıl hareket edilmesi gerektiğine ilişkin iken, yargı bakımından bir ihtilaf hakkında nasıl hüküm verileceğine ilişkindir. Diğer yandan, idare, yargı kararlarının icrasında da yetkilidir. Yargısal karar, sübjektif hakkın tespit edilmesidir ve kanunun somutlaştırılmasından ibarettir. Buna karşılık, bu kararın icrası için de kanunun (İcra ve İflâs Kanunu) olaya uygulanması gerekir²⁹⁶. İcra daireleri, icra

²⁹⁰ Hukukî niteliği itibariyle bu tür kararların bir çeşit ihtiyatî tedbir kararı olduğu hakkında bkz. **Kuru**, C. IV, s. 4417, 4418. "Vali ve kaymakamların kararları, kamu güvenliği ve düzeni koruma bakımından verilmiş geçici tedbir niteliğini taşıdığı ve ilgililerin mahkemeye başvurma yolu açık tutularak bu kararlar dolaylı da olsa gene de yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılmamış olduğu (...)" AMK, 8.1.1970, 49/3 (AMKD S. 8, s. 182).

²⁹¹ **Gaul, Hans Friedhelm**: Hukukun Esasları ve Hukuk Dogmatığı Bakımından Hakkın İcra Yoluyla Elde Edilmesi (Esaslar), İcra Hukuku Analizleri, İstanbul 2001, s. 27.

²⁹² **Çiftçi**, s. 90. Karş. **Özekes-Hukukî Dinlenilme**, s. 52.

²⁹³ **Schilken-Gerichtsverfassungsrecht**, N. 48 vd.

²⁹⁴ **Onar, Sıddık Sami**: İcra Hukukunda Temel Bilgiler, İstanbul 1968, s. 25; **Stamm, Jürgen**: Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts, Tübingen 2007, s. 25.

²⁹⁵ **Pekcanitez, Hakan**: İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet (Şikâyet), Ankara 1986, s. 19.

²⁹⁶ **Stamm**, s. 26. Yazar, icra dairelerinin faaliyeti yargısal nitelikte ise anayasal temele sahip hukukî dinlenilme hakkının icrai sonuçları olan kararların yanında, cebrî icra tedbirlerinde de gözetilmesinin gerekeceği, oysa cebrî icra tedbirlerinde hukukî dinlenilme hakkının her zaman

ve iflâs hukuku kurallarını ilk kez uygulamakta, ancak bu faaliyette ihtilaf ortaya çıktığında taraflar şikâyet yolu ile icra mahkemesine başvurabilmektedirler. Bu nedenle, icra daireleri maddî anlamda yargı esas alındığında idarî işlev yerine getirmekte²⁹⁷, idarî yoldan hukukî koruma sağlamaktadır. Şekli anlamda yargı esas alındığında da icra dairelerinin yargısal bir faaliyet ifa ettiğinden söz edilemez. Türk-İsviçre Hukuku'nda Alman Hukuku'ndan farklı olarak icra daireleri mahkemelerden bağımsız bir şekilde teşkilatlandırılmıştır²⁹⁸. İcra daireleri, mahkemenin bir mercii sıfatı ile ya da mahkemeler adına faaliyet göstermemektedir. Mahkemeler, ancak şikâyet üzerine icra dairesinin kararlarını incelemekte (İİK m. 4, 16) ve icra dairesini denetim ve gözetim altında tutmaktadır (İİK m. 4, 13).

tanınmadığını haklı olarak belirtmektedir (s. 33). Bu değerlendirme, Türk Hukuku bakımından özellikle manidardır. Zira, bir cebri icra tedbiri olan hacze, karşı tarafa haber verilmeksizin çıkılmaktadır (İİK m. 80/II). Şayet icra dairesi yargısal faaliyette bulunuyorsa, borçluya haber verilmeden uygulanan hacizlerin tümü Anayasa'ya aykırı olurdu.

²⁹⁷ İcra organlarının faaliyetini idarî nitelikte gören görüş için bkz. **Blumenstein, Ernst**: Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911, s. 4; **Favre, Antoine**: Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Freiburg 1956, s. 32; **Pawlowski, Hans-Martin**: Die Wirtschaftlichkeit der Zwangsvollstreckung -eine besondere Aufgabe der Zwangsvollstreckung-, ZJP 90, s. 363 vd.; **Berkin, Necmeddin M.**: Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi (İcra), İstanbul 1980, s. 34, 35; **Umar-Tarihî Gelişim**, s. 42, 43; **Pekcantez-Şikâyet**, s. 17, 18; **Götte, Tilman**: Zur Wiedereinführung einer Rangfolge der Zwangsvollstreckungsmittel, ZJP 100, s. 425; **Meier, Isaak**: Das Verwaltungsverfahren vor den Schuldbetreibungs- und Konkursbehörden (Verwaltungsverfahren), Zürich 2002, s. 3; **Pekcantez/Atalay/Özkan/Özekes**, s. 61; **Umar, Bilge**: Kuru/Arslan/Yılmaz'ın İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı Üzerine Gözlemler (15. Basım) (Gözlemler), 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 692, 693; **Gören-Ülkü, Nazlı**: İcra Hukukunda Ödeme Emri, İstanbul 2008, s. 144. Adli idarî faaliyet görüşü için bkz. **Postacıoğlu, İlhan**: İcra Hukuku Esasları (İcra), 4. Bası, İstanbul 1982, s. 32; **Özekes-Temel Haklar**, s. 24. Adli işlem görüşü için bkz. **Arslan, Ramazan**: İcra-İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi (İhalenin Feshi), Ankara 1984, s. 57, 58 dn. 21. Yazar, icra ve iflâs dairelerinin genel idare içinde sayılabilirse de, denetimleri ve yaptıkları işlemler açısından özellik taşıdıklarını belirtmektedir. "İcra memurları ve yardımcıları, karar almak yetkisine sahip olmakla beraber, alacakları kararları idarî mahiyette olduğu için; bunlar hiçbir zaman icra hâkimlerinin yetkisine giren yargı işlerinde kazai tasarruflar yapmaz, yargı kararları alamazlar." (**Onar**, s. 59). **Üstündağ**, icra memurlarının hem kazai hem de idarî faaliyetlerle meşgul olmasından ötürü, belirli bir kuvvete (erke) dahil sayarak bundan bazı pratik sonuçlar çıkarmanın doğru olmayacağına belirtmekte, ancak icra memurunun kendi işlemini mahkeme kararına gerek olmaksızın düzeltebilecek olması nedeniyle kazai bir faaliyette bulunmadığını haklı olarak ifade etmektedir (**Üstündağ-İcra**, s. 32, 33). Cebri icrayı kazai bir faaliyet olarak değerlendiren görüş için bkz. **Schilken-Gerichtsverfassungsrecht**, N. 70; **Rosenberg/Gaul/Schilken**, s. 12 vd.; **Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 4. İcra organlarını geniş anlamda yargı mercii olarak değerlendiren görüş için bkz. **Meier-Grundlagen**, s. 11.

²⁹⁸ **Kuru, Baki**: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı (El Kitabı), 2. Baskı, İstanbul 2006, s. 70; **Götte**, s. 425, 426; **Stamm**, s. 21. İcra ve İflâs Kanunu m. 1: "Her asliye mahkemesinin yargı çevresinde yeteri kadar icra dairesi bulunur." Cebri icra faaliyetini yargısal nitelikte gören **Rosenberg/Gaul/Schilken**, icra dairelerinin Alman Hukuku'ndaki teşkilatlanmasını dikkate alarak yalnız şekli anlamda yargı faaliyetinde bulunduğunu belirtmektedir (s. 13).

İcra dairelerinin yargı faaliyeti yerine getirdiğinin kabulü, yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağını hükme bağlayan Anayasa'nın 9. maddesine aykırılık teşkil edecektir. Şayet icra daireleri yargı faaliyeti ifa ediyor olsaydı, yargı yetkisi mahkemelerden alınıp başka bir organa devrediliyor olurdu.

İcra daireleri, idarî işlev yerine getirmesine rağmen, klasik idarî işlemlerde olduğu gibi idare hukuku alanında sonuç doğuran işlemler yapmamaktadır²⁹⁹. Bu işlemler, daha çok özel hukuk kişilerinin hukuk alanında etkili olmaktadır. Bu nedenle, icra dairelerince idarî yoldan hukukî koruma sağlanmaka beraber, İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenmeyen hâllerde idarî mevzuatın kıyasen uygulanmaması gerekir³⁰⁰. İcra takibinde oluşabilecek hukuka aykırılıklara karşı başvurulabilecek şikâyet müessesesi, idarî yargıya değil, medenî yargıya tâbidir³⁰¹.

Cebrî icra, hukukî korumanın işlevsel bir aracıdır³⁰². Dar anlamda yargı mercilerinin yürüttüğü yargılama faaliyeti ile idarî bir merci olan icra dairesinin faaliyeti bir bütün olarak hukukî korumayı oluşturur. Yani, yargısal işlev ile idarî işlev bir araya gelerek kişilere hukukî koruma sağlanır. Bu nedenle, borçlunun mallarının haczedilip paraya çevrilmesi ve elde edilen meblağın alacaklıya teslimi, hukukî koruma sağlama işlevinin bir parçasını oluşturmaktadır. Kesinleşmiş bir ilâma dayalı olarak yürütülen takiplerde, ilâmlı icra takibi, yargılama ve icradan oluşan iki aşamalı hukukî korumanın ikinci aşamasını oluşturur.

²⁹⁹ **Pekantez-Şikâyet**, s. 17, 18; **Yıldırım**, s. 99. İsviçre Federal Mahkemesi, cebrî icra organlarının teşkilatlanması ve bu organlar önündeki prosedüre ilişkin hükümlerin idare hukukuna daha yakın olduğunu benimsemektedir (BGE 101 III 12).

³⁰⁰ **Umar-Tarihî Gelişim**, s. 44. Karşı yönde bkz. **Meier-Verwaltungsverfahren**, s. 2.

³⁰¹ **Pekantez**'e göre şikâyet idarî bir yol değil, icra ve iflâs hukuku alanında düzenlenmiş kendisine özgü hukukî bir çaredir (**Pekantez-Şikâyet**, s. 30-32). Karşı yönde bkz. **Blumenstein**, s. 73 (yargı kararı değildir); **Favre**, s. 53; **Spühler, Karl/Gehri, Myriam A.**: Schuldbeitreibung- und Konkursrecht I, 4. Auflage, Zürich 2008, s. 28; **Güngerich, Andreas**: Vorsorgliche Massnahmen in SchKG-Sachen, Rechtsdurchsetzung und Rechtsdurchsetzung Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Bern 2005, s. 166; **Meier-Verwaltungsverfahren**, s. 59. Bu son yazar, icra dairelerinin hukuk kurallarını uygulamasında, -tıpkı diğer idarî merciler gibi- bu kuralların yorumlanmasından ziyade, amaca uygunluğunun ön planda olduğunu, bunun bir göstergesi olarak, olaya (hadiseye) uygunluğun bir şikâyet sebebi olarak kabul edildiğini (İİK m. 16) belirtmektedir (**Meier-Verwaltungsverfahren**, s. 4, 60). Karş. **Umar-Gözümler**, s. 695-698.

³⁰² **Gaul-Esaslar**, s. 24. Cebrî icra hukukunun hukukî koruma talebinin zorunlu bir sonucu ve uzantısı olduğuna ilişkin bkz. **Özekes-Temel Haklar**, s. 68.

Buraya kadar yapılan açıklamalar, cebrî icranın yargılamayı takip ettiği ya da yargılamanın icra için giriş bileti teşkil ettiği ilâmlı takipler göz önüne alınarak yapılmıştır. Hukukumuzda, genel haciz yolu ile takibe, kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takibe, rehnin ve alacağın ilâma bağlanması ihtimalleri dışında rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takibe, bir mahkeme ilâmı olmaksızın da başvurulabilir. İlâmsız takiplerle, ilâm ya da ilâm niteliğinde belgeyi gerektirmeyen ilâmlı takipler dar anlamda yargı mercilerince yürütülecek bir yargılamaya tâbi olmayıp yargılamadan bağımsızdır³⁰³. Yargılama aşamasının yerini, takip talebinin düzenlenmesi ile başlayan ve takibin kesinleşmesinden önceki safhayı içine alan bir ihtar prosedürü almıştır. İhtar prosedürü sonunda, ilâmsız takiplerde ödeme emrine itiraz edilmemesi ile³⁰⁴, ilâm ya da ilâm niteliğinde belgeyi gerektirmeyen ilâmlı takiplerde icra emrine itiraz edilse dahi, hukukî koruma sağlanması için zorunlu olan haciz, satış ve paraların paylaşılması aşamaları tüketilebilmektedir. Yani, ilâmsız takiplerle, ilâm ya da ilâm niteliğinde belgeyi gerektirmeyen ilâmlı takiplerde de paraların paylaşılması aşamasından sonra alacaklı alacağını elde etmektedir. Bu nedenle, bu takiplerde, yargılama ayağı bulunmasa dahi, alacaklının alacağına, tıpkı kesinleşmiş bir ilâm varmış gibi kavuşması dikkate alındığında, hukukî koruma sağlandığını kabul etmek gerekecektir³⁰⁵. Burada icra takibinin prensip itibariyle yargılamaya aktarılmaksızın hukukî korumaya kavuşturulduğu bir model öngörülmüştür³⁰⁶. Yargılama ayağı olmayan, doğrudan icra dairelerinde başlayan ilâmsız takiplerle, ilâm ya da ilâm niteliğinde belgeyi gerektirmeyen ilâmlı takiplerde icra dairelerinin hukukî koruma işlevi çok daha somut bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

Özetle, hukukî korumanın yargı yoluyla sağlanması asıldır. Ancak istisnaen idarî yoldan hukukî koruma öngörülmesi de pekâlâ mümkündür.

³⁰³ Genel haciz yolu ile takip bakımından bkz. **Gören-Ülkü**, s. 9. **Blumenstein**'a göre, mahkeme ilâmı olmaksızın yürütülen icra takibi medenî usûlün bir parçası değil, onun sürrogatıdır (s. 3).

³⁰⁴ **Yıldırım/Deren-Yıldırım**'a göre ödeme emrine itiraz edilmemesi ile ödeme emri, o takip için icra kabiliyetini haiz mahkeme dışı bir ilâm niteliğini kazanır (s. 69, 70). Aynı yönde bkz. **Gören-Ülkü**, s. 112.

³⁰⁵ **Blumenstein**, s. 3; **Akkan**, s. 30.

³⁰⁶ **Gören-Ülkü**, s. 144.

Özellikle icra dairelerinin yürüttüğü faaliyet sonunda alacaklı hakkına kavuşturulduğundan, burada idarî yoldan hukukî koruma sağlanmaktadır.

2. İcra Hukukunda Geçici Etkileri Olan Düzenlemeler

Hukuk düzenimizde geçici etkileri olan, hakkın geçici olarak korunduğu pek çok düzenleme bulunmaktadır.

İlk olarak, ilâmsız takiplerle, ilâm ya da ilâm niteliğinde belgeyi gerektirmeyen ilâmlı takipler, idarî yoldan geçici hukukî koruma caiz kabul edilirse, geçici hukukî korumanın kapsamına dahil olabilecektir. Şöyle ki, bu takipleri kesinleşmiş ilâma dayalı takiplerden ayıran esas nokta, kesinleşmiş ilâma dayalı takiplerde borçlunun yargılama ayağındaki meseleleri, ifa gibi yargılamadan sonra ortaya çıkan yeni durumlar dışında yeniden tartışma şansının bulunmaması, yani ilâmın etkilerini bertaraf edecek bir hukukî yolun bulunmamasıdır. Bu suretle, alacaklı, etkileri sona erdirilemez kesin bir hukukî korumaya kavuşturulmuş olmaktadır. Buna karşılık, ilâm ya da ilâm niteliğinde belgeyi gerektirmeyen ilâmsız takiplerde ortada değil kesinleşmiş, herhangi bir yargılama dahi bulunmamaktadır. İlâmsız bir takip olan genel haciz yolu ile takipte ödeme emrinin kesinleşmesi, taraflar arasındaki maddî hukuk ilişkisine hiçbir etkide bulunmamaktadır. Takibin kesinleşmesi ile ödeme emrinin ilâm niteliğinde muamele görmesi, yalnız derdest takibe ilişkindir³⁰⁷. Bunun sonucunda, borçlu, takip devam ederken açacağı menfi tespit; takipten sonra istirdat ya da sebepsiz zenginleşme davaları ile alacaklıya sağlanan hukukî korumaya son verebilir. Ayrıca, takip yapılmasına engel olan ya da alacağın yabancı para üzerinden tahsilinin istenilmesinde olduğu gibi takip talebindeki hukuka aykırılıklar kamu düzenini ilgilendiriyorsa, bunlar takip sona erene kadar şikâyet yolu ile tespit edilip takip iptal edilebilir. Bu durumda, kesinleşmiş ilâma dayalı takipler, hukukî korumanın devamlılığı; ilâmsız takiplerle, ilâm ya da ilâm niteliğinde belgeyi gerektirmeyen ilâmlı takipler ise hukukî korumanın kaldırılabilirliği üzerine inşa edilmiş olduğu sonucuna varılacak ve ilâmsız takiplerle, ilâm ya da ilâm niteliğinde belgeyi gerektirmeyen ilâmlı takiplerin,

³⁰⁷ Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 69, 70; Gören-Ülkü, s. 112.

alacağın kapsamlı bir şekilde incelendiği genel mahkemelere gidilmediği sürece, alacaklıya nihai değil, geçici hukukî koruma sağladığı kabul edilecektir³⁰⁸.

İkinci olarak, kira alacağı için defter tutulması (İİK m. 270), yargısal geçici hukukî koruma modeli esas alınarak düzenlenmiş, ancak icra dairesine her iki aşamayı da yürütme görevi verilerek idarî yoldan hukukî koruma benimsenmiştir. İcra dairesi, defter tutulmasına karar verirken kira sözleşmesinin varlığını ve işlemekte olan altı aylık kira alacağının tahsilinin tehlikeye düşüp düşmediğini incelemeli ve bu konuda kanaat edinmelidir³⁰⁹. Koşullar gerçekleşmişse defter tutulmasına karar verilir ve karar icra edilir. İcra müdürü, defter tutulduktan sonra icra takibinde bulunmak üzere alacaklıya 15 günü geçmemek üzere bir süre verir (İİK m. 270/III). Süre içinde takipte bulunulmazsa, defter hükmünü kaybeder³¹⁰. İhtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbirle, kira alacağı için hapis hakkının kullanılması arasında, kararı veren organ dışında büyük benzerlikler vardır. Hapis hakkı için defter tutulmasında, tıpkı ihtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbirde olduğu gibi, talebin esas ve tehlikenin varlığına ilişkin kanaat edinilmesine ve tamamlayıcı merasime yer verilmiştir. Tamamlayıcı merasim çerçevesinde başlatılacak icra takibinde alacaklının haksız çıkması durumunda, defter tutulması ile sağlanan hukukî korumaya son verileceğinden, defter tutulması geçici etkiler göstermektedir. Defter tutulması idarî yoldan hukukî koruma sağladığından, ihtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbirden farklı olarak yargısal yolla ortadan kaldırılabılır. Nitekim, koşulları oluşmamasına rağmen defter tutulmuşsa, şikâyet yoluna başvurulur. İcra mahkemesi yapacağı

³⁰⁸ *Akkan*'a göre ise nihai hukukî koruma araçları, dava ve icra takibi olarak ikiye ayrılmaktadır. İlâmsız icra takipleri de bu kapsamdadır ve takip sonunda nihai hukukî korumaya ulaşılır (s. 64). Yazar, icra mahkemesinde itirazın kaldırılması yolu gibi mahkemenin devreye girmeksizin takibin kesinleşip alacaklının tatmin edildiği hâllerde, borçlu bakımından bazı temel hak ihlallerinin söz konusu olduğunu belirtmektedir. Mahkeme kararı olmaksızın borçlu aleyhine cebri icra işlemlerine girişilmesini eleştiren yazar, sistemin yeniden gözden geçirilmesini önermektedir (s. 64, 65).

³⁰⁹ *Kuru-El Kitabı*, s. 759, 760; *Üstündağ-İcra*, s. 335; *Stachelin, Adrian/Bauer, Thomas/Stachelin, Daniel: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband (SchKG-Bearbeiter, Erg. Bd.), Basel 2005, SchKG-Bauer Erg. Bd., Art. 283 N. 54; Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: İcra ve İflâs Hukuku (İcra)*, 23. Baskı, Ankara 2009, s. 381; *Budak-Defter Tutma*, s. 60 vd.; *Yıldırım/Deren-Yıldırım*, s. 296.

³¹⁰ *Berkin, Necmeddin M.: İflâs Hukuku (İflâs)*, 4. Bası, İstanbul 1972, s. 479; *Kuru-El Kitabı*, s. 761; *Postacıoğlu-İcra*, s. 626; *Üstündağ-İcra*, s. 337; *Kuru/Arslan/Yılmaz-İcra*, s. 382; *Budak-Defter Tutma*, s. 82; *Muşul, Timuçin: İcra ve İflâs Hukuku (İcra ve İflâs)*, 3. Baskı, Ankara 2008, s. 989; *Yıldırım/Deren-Yıldırım*, s. 297.

incelemede kanuna aykırılık tespit ettiği takdirde (İİK m. 16) defter tutulması işlemini iptal eder. Doktrinde, hapis hakkı için defter tutulması bir geçici hukukî koruma önlemi olarak nitelendirilmektedir³¹¹. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı da haklarla ilgili defter tutma işlemlerini geçici hukukî koruma niteliğinde kabul etmiştir (HMKT m. 412/I).

Üçüncü olarak, itirazın geçici kaldırılması üzerine uygulanan geçici haciz, borçtan kurtulma davası sonuna kadar hüküm ifade eder (İİK m. 69). Aynı şekilde, itirazın kesin kaldırılması kararına dayalı olarak uygulanan haciz her ne kadar kesin haciz olarak anılsa da, hukukî koruma bakımından geçici etkilere sahiptir. Çünkü borçlu, açacağı menfi tespit davasında haklı çıktığı takdirde, haciz kaldırılacaktır³¹².

Dördüncü olarak, icra dairelerince hacizde alınan muhafaza tedbirleri³¹³ de hakkın geçici olarak korunmasına hizmet etmektedir. Örneğin, taşınır haczinde mal, borçlunun elinde bırakıldığında, olası bir devirde iyi niyetli üçüncü kişinin iktisabı korunur (İİK m. 86/II). Alacaklı, böyle bir devir nedeniyle alacağına kavuşamama ya da eksik kavuşma tehlikesi ile karşı karşıya kalır. Zira, hukuken haciz konulması, cebrî icranın amacı olan hukukî koruma sağlanmasına tam olarak hizmet etmez³¹⁴. Mal ve hakların haciz anındaki mevcudiyeti ve ekonomik değerinin satış anında da sağlanmasını amaçlayan muhafaza tedbirleri³¹⁵, hacizli malın devir suretiyle paraya çevrilemez kılınmasının yanında, malın ekonomik değerinin azalmasına yol açabilecek tehlikeleri de

³¹¹ Meier-Grundlagen, s. 1; Muşul-İcra ve İflas, s. 989. İşlemekte olan kira alacakları için bu yönde Budak, Ali Cem: İcra ve İflas Hukukunda Kiralayanın Hapis Hakkının Kullanılması (Hapis Hakkı), Ankara 2003, s. 58. Takip hukukuna ilişkin güvenlik tedbiri görüşü için bkz. Üstündağ-İcra, s. 337. Bir hakkın muhafazası için geçici tedbir görüşü için bkz. Kuru-El Kitabı, s. 760. Muvakkat bir emniyet tedbiri görüşü için bkz. Berkin-İflas, s. 479.

³¹² İsviçre Hukuku'nda, hukukumuzda itirazın kesin kaldırılmasını karşılayan geçici kaldırmadan sonra uygulanan geçici haczin hukukî niteliğini geçici hukukî koruma olarak değerlendiren görüş için bkz. Meier-Grundlagen, s. 108, 109. Karş. Güngerich, s. 164.

³¹³ Doğrudan cebrî icra organınca uygulanan muhafaza tedbirleri yanında mahkemece hükmedilen muhafaza tedbirleri de bulunmaktadır. Mahkemece hükmedilen muhafaza tedbirlerinin hukukî niteliği ileride tartışılacaktır, bkz. aşa. Bölüm II, § 7, I, C, 3.

³¹⁴ Özyeşil, Fatih Mustafa: Haczedilen Malvarlığının Muhafazasına İlişkin Tedbirler, Ankara Üni. Sosyal Bilimler Ens.- Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2001, s. 15.

³¹⁵ Spühler/Gehri, s. 135; Özyeşil, s. 20.

önler. Muhafaza tedbirleri³¹⁶, hacizde hukukî el koymamanın etkinliğini sağlamak suretiyle ilk planda alacaklının, tam bir hukukî koruma elde etmesini güvence altına alır; dolaylı olarak da borçlu ve üçüncü kişilerinin menfaatlerine hizmet eder. Ayrıca, İsviçre Federal Mahkemesi kararları esas alındığında aciliyet hâlinde -tıpkı geçici hukukî korumalarda olduğu gibi- hacizden önce de muhafaza tedbiri alınabilir³¹⁷. Bu işlevinden hareket edildiğinde, muhafaza tedbirlerinin asıl hukukî koruma yolunu emniyet altına aldığı, paraya çevirme aşamasında mal ve hakkın kendisine ihale edilen kişi tarafından iktisabına kadar geçerli olacak, yani belirli bir süre sonra sona erecek bir hukukî koruma olduğu, bu nedenle nihaî etki göstermediği düşünülebilir³¹⁸.

Beşinci olarak, hacze imtiyazlı iştirakte, kötü niyetli alacaklıların iştirak talebinin engellenmesi için diğer alacaklılara iştirak talebine karşı koyma imkânı öngörülmüştür. Buna göre, iştirak talebi, borçlu ile diğer alacaklılara bildirilir. İtiraz olursa, imtiyazlı iştirak talebi geçici olarak kabul olunur ve talepte bulunan alacaklıya, itiraz eden alacaklıya karşı dava açması için süre verilir (İİK m. 101). İştirak talebinin geçici olarak kabulü, mahcuz malların imtiyazlı iştirak talebinde bulunan alacak için bir kez daha haczedilmiş olması anlamına gelir. Ancak uygulanan haciz, geçici niteliktedir; zira, hüküm ve sonuçlarını dava açılmadığı

³¹⁶ Hacizde muhafaza tedbirlerine örnek olarak şunlar verilebilir: Kıymetli şeylerin haczinde haczin de geçerlilik şartı olarak malın borçlunun elinden alınması (İİK m. 88/I), taşınır malın yediemine teslim edilmesi (İİK m. 88/II), üçüncü kişinin elinde bulunan taşınurlarla alacak haczinde üçüncü kişiye veya borçlunun borçlusuna gönderilen haciz ihbarnamesi (İİK m. 89), taşınmaz haczinde haczin tapu siciline bildirilmesi (İİK m. 91/I), kiracılara haczin bildirilmesi ve kiranın bundan böyle icra dairesine ödenmesinin emredilmesi (İİK m. 92/II, III), tabii semereler bakımından mahsullerin verimliliği ve toplanması ile ilgili önlemler (İİK m. 93/I), haczin rehinli alacaklılara bildirilmesi (İİK m. 92/II), taşınmazın idaresi ve işletilmesi ile ilgili alınan önlemlerle, eklentinin muhafaza altına alınması (İİK m. 92/III), sicile kayıtlı geminin haczinin gemi sicili memurluğuna bildirilmesi (İİK m. 23/IV c. I; 91/I), sicile kayıtlı mahcuz geminin seferden men edilmesi, intifa hakkı haczinin adresleri bilinen ilgili üçüncü kişilere; elbirliği mülkiyetine tâbi, örneğin adi ortaklığa dahil malın haczinin ortaklara; müşterek mülkiyet hissesinin haczinin diğer hissedarlara; hisse senedine bağlanmamış ortaklık hissesinin haczinin ortaklığa ve diğer ortaklara bildirişi (İİK m. 94/I), borçlunun zilyedi bulunduğu taşınmaz üzerinde olağanüstü zamanaşımı ile iktisabını isteme hakkının haczedilmesi durumunda, zilyetliğin başkasına devrine engel olacak önlemler (İİK m. 94/III). Ayrıntılı açıklama için bkz. **Özyeşil**, s. 35 vd.

³¹⁷ BGE 107 III 67; 115 III 44; 120 III 78.

³¹⁸ **Özyeşil**'e göre, hukukî korumanın konusu, alacaklının haciz ile kazandığı satış talep etme hakkı ile satış sonucunda elde edilen alacağı alma hakkıdır (s. 21).

takdirde icra dairesinin verdiği süreye kadar, dava açıldığı takdirde dava sonuna kadar doğurur³¹⁹.

Altıncı olarak, henüz kesinleşmemiş ilâma dayanılarak yürütülen ilâmlı icra takibinde de hukukî korumanın geçici etki gösterdiği görülecektir. Hukukumuzda kural, yerel mahkeme kararlarının kesinleşmeden icra edilebilirliğidir. Kanun'da özel olarak sayılan hâllerde hükmün icra kabiliyeti kazanması için kesinleşmesi aranır (m. 443). Yerel mahkemenin konusu kesinleşmeden icra edilebilecek bir talep olan eda davasını kabul edip dosyadan elini çekmesinden sonra, alacaklı hemen ilâmlı icra takibi başlatabilir. Yerel mahkeme kararı aleyhine kanun yoluna başvurulması ile, kanun yolunun erteleme etkisi devreye girerek hükmün şekli anlamda kesinleşmesi engellenir³²⁰. İlâmlı icra takibi, paraların paylaşılması aşamasına kadar ilerlese de, bozma kararı ile birlikte icra takibi duracak, yerel mahkemenin bozmaya uyma kararının Yargıtay denetiminde onanmasından sonra icra takip işlemlerinin sıhhati ortadan kalkacak, eski hâle iade yoluna gidilecektir (İİK m. 40)³²¹. Bu durumda, yerel mahkemenin ilk kararından Yargıtay'ın bozmaya uyma kararını onamasına kadar geçen dönem içinde sağlanan hukukî koruma kaldırılmış olacağından, buradaki hukukî korumanın, derecattan geçmiş bir kararın icra edilmesindeki hukukî korumadan kaldırılabilir olması itibariyle farklı olduğu düşünülebilecektir³²². Kesinleşmeden icra edilebilecek ilâmlarda erteleme etkisi, hükmün kesinleşmesine engel olur; ancak, icra edilebilirlik yolu açık tutulur. Kesinleşmemiş, hüküm ve sonuçları bertaraf edilebilir bir ilâmlı icra takibi bu anlamda geçici etkilere sahiptir³²³.

³¹⁹ Blumenstein, s. 414; Kuru/Arslan/Yılmaz-İcra, s. 284; Yılmaz, Ejder: Hacze Takipsiz Katılma (Katılma), AÜHFD 1974/1-4, s. 385, 388; Üstündağ-İcra, s. 236. Meier'e göre, iştirak talebinde bulunan alacaklı, lehine uygulanan geçici hacizle, geçici bir hukukî korumaya kavuşturulmaktadır (Meier-Grundlagen, s. 108, 109).

³²⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 543; Akkaya-İstinaf, s. 57 vd.

³²¹ Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. Tanrıver-Dayanaklar, s. 171 vd.; Akkaya, Tolga: 5236 ve 5311 Sayılı Kanunlarla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Yeni Kanun Yolu Sistemine Göre İlâmlı İcra İcranın İadesi (İcranın İadesi), MİHDER 2008/3, özellikle s. 692 vd.

³²² Ertelleme etkisini geçici hukukî koruma bakımından tartışan Meier de, nihaiğe, kararlara karşı olağan ya da olağanüstü kanun yollarının tüketilmesi anlamı verildiğinde, bu etkinin ilk bakışta sağlanan hukukî korumayı geçici kıldığını düşünülebileceğini belirtmektedir (Meier-Grundlagen, s. 83, 84).

³²³ İstinaf kanun yolunun uygulanmaya başlanmasından sonra mesele hukukumuzda daha da ilginç bir hâl alacaktır. İstinafın ilk derece yargılamasının yenilenmesi mi (tekrarı); yoksa, iptal ve

3. Değerlendirme

Geçici hukukî koruma kapsamına idarî yoldan sağlanan hukukî korumaların da dahil edilmesi, bu etiketin özellikle icra hukukunda geçici etkiler doğurma potansiyeline sahip, hukukî olmaktan çok fiili etkileri olan³²⁴ pek çok hukukî yola yapıştirilmesine yol açacaktır. Oysa, icra takibi, takip talebi ile başlayan, paraların paylaşılması aşaması ile sona eren, birbirine zincir gibi bağlanan aşamalardan oluşur³²⁵. Zincirin halkaları olarak sembolize edilebilecek ve yukarıda tartışmaya çalıştığımız hapis hakkı için defter tutulması, muhafaza tedbirleri, geçici haciz ve hacze iştirak talebinin geçici olarak kabulünün, bir an için alacaklıyı geçici olarak koruduğu düşünölebilecek olsa da, -geçicilik bir kenara- burada gerçek ve teknik anlamda hukukî koruma sağlandığını dahi söylemek oldukça zordur. Her şeyden önce, hukukî koruma, alacaklı alacağını elde edince tamamlanır. Zincirin halkaları tek başına hukukî koruma sağlamaya muktedir olmadığı gibi, hukukî korumayı emniyet altına alacak bir işlev de göremez. Şayet hukukî koruma sonucunun emniyet altına alınması gerekiyorsa, yeni bir yargılama açılmalı ve bu yargılama sonucunu, mevcut ya da ileride başlatılacak prosedürden ayrı bir cebri icra aşaması takip etmelidir. Sonra, bir yolun bağımsız bir hukukî koruma aracı olup olmadığını tespiti için, onun müstakil olarak talep edilip edilemediğinden yola çıkılabilir. Muhafaza tedbirleri, geçici haciz ve hacze iştirak, icra takibi derdest olmadığı sürece müstakil olarak talep edilemez. Bunlar, bir merdiven şeklinde düşünölebilecek hukukî korumaya ulaşmak için katedilmesi gereken basamaklardır. Nihayet, icra memurunun işlemleri şikâyet denilen hukukî çare denetimine tâbidir (İİK m. 16). İcra

kontrolü mü olduğu etrafında dönen hararetli tartışmada birinci görüşün kabul edilmesi, şekli anlamda kesinleşmemiş kararlara dayalı olarak yürütölen ilâmlı icra takibinin geçici etkiler doğurduğu fikrini destekleyecektir (İstinaf kanun yolunun amacı ile ilgili tartışmalar için bkz. **Gilles, Peter**: 2002 Medeni Usül Hukuku Reformu Sonrası Hipertrofik Bir Medeni Yargının Problem Sahası Olarak Alman Kanun Yolu Sistemi, *Çev. Erişir, Evrim*, Medeni Usül ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı – VI, Ankara 2008, s. 30 vd.; **Akkaya-İstinaf**, s. 30 vd.). Zira, istinaf yargılaması, ilk derece yargılamasının yenilenmesinden ibaret olduğunda, birinci derecenin geçici bir karar verdiği üzerinde durulmakta, istinaftaki yargılamada doğruluk garantisinin artırılması amacıyla, yalnız birinci derecedeki meseleye ilişkin yeniden bir karar verilmesi hedeflenmektedir.

³²⁴ **Yılmaz, C. I.**, s. 36.

³²⁵ **Postacıoğlu-İcra**, s. 29.

takibindeki bazı işlemlerin geçici etkileri hareket noktası olarak benimsendiğinde, hukuka aykırı olduğu iddia edilen işlemler şikâyet yolu ile iptal edilebileceğinden, icra memurunun iptal edilene kadar bütün işlemlerinin de geçici hukukî koruma altına alınması gibi kabulü kolay olmayan bir durumla karşılaşılacaktır.

Hapis hakkı için defter tutulması ise kiralanan taşınmazların tahliyesine ilişkin takipten müstakil olarak talep edilebilir. Defter tutmada amaç, alacaklının hapis hakkının ve müstakbel takibin korunmasıdır³²⁶. Ancak burada da, maddî anlamda yargı faaliyeti yürütülmemekte, yargılama açılmamaktadır. İhtiyatî tedbire benzetilerek düzenlenmiş olsa da, hem talep hakkını inceleyen hem de icra eden organ icra dairesidir³²⁷.

İlâmsız takiplerle, ilâm ya da ilâm niteliğinde belgeyi gerektirmeyen ilâmlı takipler de müstakil olarak talep edilebilir ve takip sonucunda alacaklı hukukî korumaya kavuşturulur. Hukukî korumanın istirdat davası ile sona erdirilebileceğine ve bunun geçicilik niteliğine yönelik sonuçlarına şu gerekçelerle karşı konulabilir: En başta, geçici hukukî korumanın, yargısal bir hukukî koruma olması gerektiği, bu takiplerin geçici hukukî korumaya büründürülmesine en büyük engeldir. İkinci olarak, istirdat davası ile bu takipler arasındaki ilişkinin doğru temele oturtulması gerekir. İstirdat davası, doğrudan kendisinden önceki ilâmsız takiplerle, ilâm ya da ilâm niteliğinde belgeyi gerektirmeyen ilâmlı takiplere son vermeyi amaçlayan bir dava değildir. Yani, istirdat davası, takibi tamamlamamaktadır; bilakis takipten bağımsızdır³²⁸. Üçüncü olarak, istirdat davası bir yıllık süre içinde açılabilir (İİK m. 72/son). Bir yıllık dava açma süresi geçirildikten sonra sebepsiz zenginleşme davasının açılacağı düşünülebilir. Ancak bu dava takip borçlusu lehine sonuçlansa da, takip dosyası üzerinden eski hâle iade yoluna gidilmez. Sebepsiz zenginleşme

³²⁶ Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s. 375. Favre'ye göre defter tutulması müstakbel takip bakımından bir muhafaza tedbiridir (s. 233).

³²⁷ Budak-Defter Tutma, s. 60, 61.

³²⁸ "Aynı dosyadan takibe koyma mecburiyeti, duran bir takibin devamını sağlamak için geçerlidir. Kaldı ki, istirdat davasının tarafları aynı olmakla birlikte, sıfatları değişiktir." 12. HD, 21.1.2000, 1999-17737/558 (Uyar, Talih: İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. II, 2. Baskı, Ankara Yılsız, s. 2958). "Borçlu, istirdat davası sonucunda (lehine) almış olduğu ilâmı hemen icraya koyabilir (m. 32)." (Kuru, Baki: İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davası (Menfi Tespit), Ankara 2003, s. 265).

davasının davacısı takip borçlusu, takip alacaklısına karşı ilâmlı icra takibi yapmalıdır. Bu gerekçelerle, kanımızca, ilâmsız takiplerle, ilâm ya da ilâm niteliğinde belgeyi gerektirmeyen ilâmlı takipler, davaya alternatif bir hukukî korumadır ve dava ile aynı hukukî niteliğe sahiptir.

Kesinleşmemiş ilâma dayanılarak yürütülen ilâmlı icra takibi, geçici hukukî koruma önlemine dahil edildiğinde iki büyük temel mesele ile karşı karşıya kalınacaktır. Öncelikle, icra dairesinin faaliyeti, yerel mahkemenin dava şeklindeki hukukî koruma aracına dayanmaktadır. Hukukî koruma, yargılama ve icranın oluşturduğu işlevsel bir bütündür. İcra dairesinin sağladığı hukukî korumanın geçiciliğinden yola çıkıldığında, yerel mahkemenin yaptığı yargılama ile icra dairesinin faaliyeti arasındaki bağ kopacaktır. Çünkü nihaî hukukî koruma aracı olan dava, bir geçici hukukî koruma olan ilâmlı icra takibine bağlanacaktır. Halbuki, olması gereken, geçici hukukî korumanın davaya bağlanmasıdır. Sonra, nihaîliğe, davadan çıkan kararlara karşı olağan ya da olağanüstü kanun yollarının tüketilmesi anlamı verildiğinde, bu etkinin sağlanan hukukî korumayı geçici kılması, bütün hukukî korumaların, geçici hukukî korumanın kapsamına girmesi tehlikesini gündeme getirir. Bu nedenle, erteleme etkisi geçici bir durum yaratsa da, bu etkinin geçici hukukî koruma ile ilişkisi reddedilmelidir³²⁹.

İcra hukukundan verilen örneklerin geçici etkiler doğurduğu doğrudur. Ancak geçiciliğin olduğu her yerde, geçici hukukî koruma sağlandığını söylemek mümkün değildir. Geçici hukukî koruma, geçicilik niteliği olan her hukukî yolu ifade etmek üzere kullanılan genel bir kavram değildir; kapsamı belirli kriterler ışığında belirlenebilen, Anayasa'nın öngörülmesini şart koştuğu bir müessesedir. Bir hukukî korumanın geçici hukukî koruma olarak nitelendirilebilmesi için, bazı özellikleri taşıması gerekir. Bu özelliklerin en başında, yargısal bir faaliyet sonucu gerçekleşme, yaklaşık ispat seviyesinde ispat ölçüsü ile yetinilme ve hukukî dinlenilme hakkının ertelenmesi gelir. Bu temel özellikler, yargısal geçici hukukî koruma esas alınarak belirlenmiştir. Bu nedenle, geçici hukukî korumaya

³²⁹ Meier-Grundlagen, s. 83, 84; Zoller, Anne Sabine: Vorläufige Vollstreckbarkeit im Schweizer Zivilprozessrecht, Zürich 2008, s. 8.

maddî anlamda yargısal bir faaliyet sonucunda ulaşılması gerekir³³⁰. Zira, geçici hukukî korumada tehlikenin önlenmesi ya da durdurulması için çabukluk ve basitlik ön plana çekilmiş, doğru karara ulaşma geri plana itilmiştir. Ancak yargısal teminatlardan vazgeçilmemiş, onlar ortadan kaldırılmamıştır. Bunun ötesinde, bağımsızlık ve tarafsızlık gibi yargılama garantilerini sağlayamayacak, bir mahkemenin yürüttüğü titizlikte altlama faaliyetinde bulunamayacak idarî bir merci yolu ile elde edilen hukukî korumaya da geçicilik niteliği verilirse, geçici hukukî koruma, anayasal temeli olan bir müessese olmaktan çıkacak, kapsamı belirlenemeyen, temel özellikleri tespit edilemeyen, dogmatik temelden uzak, geçici etkisi olan her duruma uygun görülen bir etiket hâline gelecektir.

Geçici hukukî korumanın yargısal yoldan sağlanması gerekliliği Bankacılık Kanunu'nda dikkate alınmamıştır. Bankacılık Kanunu'nun 135. maddesinin 4. fıkrasında, ihtiyatî tedbire ilişkin taleplerin, hâkim veya mahkeme tarafından evrak üzerinde yapılacak inceleme sonucunda derhal ve nihayet yirmi dört saat içinde sonuçlandırılacağı, gecikmesinde sakınca görülen hâllerde Cumhuriyet Başsavcılıkları da hak ve alacakların dondurulmasına karar verebileceği, Cumhuriyet Başsavcılıklarının bu kararı en geç yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkimine bildireceği, hâkimin en geç yirmi dört saat içinde bu kararı onaylayıp onaylamamaya karar vereceği, hâkim tarafından onaylanmayan kararların hükümsüz kalacağı düzenlenmiştir. Yirmi dört saat için de olsa Cumhuriyet Başsavcılarının borçlunun malvarlığını bloke etme yetkisi verilmesi, geçici hukukî korumanın yargısal bir hukukî koruma olması esası ile bağdaşmamaktadır.

³³⁰ **Seven**-Ödemedem Men, s. 290 dn. 20. Geçici hukukî korumaya karar verme yetkisinin kamu düzenine dayalı olarak devlet mahkemelerinin bir ayrıcalığı ve önceliği olduğuna ilişkin aynı yönde bkz. bkz. **Pekcanitez**-Geçici Hukukî Koruma, s. 116. Geçici hukukî korumalara yargı organlarının karar verileceğine ilişkin aynı yönde bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 651. **Guldener** de ihtiyatî tedbirlere mahkemece karar verileceğini belirtmekle beraber, istisnaen polisin de bu işlevi görebileceğini belirtmektedir (s. 574). **Yılmaz**, geçici hukukî korumayı prensip itibarıyla yargı organlarının sağlayacağı; ancak, kanunlarda yargı organları dışında görevlendirilen kişi ve mercilerin istisnaen geçici hukukî koruma tedbiri alabileceği görüşündedir (**Yılmaz**, C. I, s. 36). Aynı yönde bkz. **Yılmaz**, Z. S., s. 31, 32.

C. Geçici Hukukî Korumanın Geçicilik Niteliği

Devletin hukukî korunma talebine yanıt verene kadar geçen sürenin hak sahibi aleyhine işlemesinden ötürü, ara dönem için ilâve bir hukukî korunma talebi ileri sürülmekte ve bu talep devlet tarafından karşılanmaktadır. Bu ilâve hukukî koruma, geçici hukukî korumadır. Açıkça hukukî koruma türleri şeklinde sınıflandırılmamakla birlikte, her iki durumun birbirinden ayırt edilebilmesi için, asıl ya da nihaî ve geçici hukukî koruma ifadeleri kullanılmaktadır³³¹. Zaman içinde nihaîlik ve geçicilik niteliği kolaylıkla belirlenemeyen yeni düzenlemeler yürürlüğe girmiştir. Oluşan bu gri alanın hukukî niteliğinin belirlenmesi, geçicilik ve nihaîliğin somutlaştırılmasına duyulan ihtiyacı arttırmaktadır.

Hukukî korumanın geçicilik niteliğine ilişkin yabancı hukuk sistemleri ile sağlıklı karşılaştırma yapılabilmesi için, bu hukuk sistemlerinde tercih edilen kavramlara da dikkat etmek gerekir. Yukarıda açıklandığı üzere³³², Alman³³³ ve kısmen İsviçre Hukuku'nda³³⁴ bizdeki geçici hukukî korumayı karşılamak üzere “ihtiyatî hukukî koruma” kavramı kullanılmakta ve hukukî korumanın ihtiyatîlik niteliği sorgulanmaktadır. Bizim geçicilik kavramına ihtiyatîliği de içine alarak yüklediğimiz anlam, Alman ve İsviçre Hukukları'nda hukukî korumanın ihtiyatîliği ile ilgili görüşlerden yararlanılmasına imkân sağlamaktadır.

Hukukî korumanın ne zaman geçicilik niteliğine sahip olduğunu açıklamak üzere farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. İlk olarak, hukukî korumanın geçiciliğinden, asıl talep hakkındaki yargılamanın sonuna³³⁵ değin hüküm ifade etmesi, yani asıl yargılama ile sıkı ilişki içinde olması gereken bir hukukî koruma

³³¹ Schellhammer, N. 1896; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 43, 649; Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s. 442; Yılmaz-İhtiyatî Tedbir, s. 215. Nihaî ve geçici (ihtiyatî) hukukî koruma kavramlarının birlikte ele alındığı bir Alman mahkeme kararı için bkz. LSG Niedersachsen-Bremen, 16.6.2003, BeckRS 9999 07482.

³³² Bkz. yuk. Bölüm I, § 1, I.

³³³ Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung (Münch Komm ZPO-Heinze, Meinhard) Band 3, 2. Auflage, München 2001, Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, vor § 916 N. 30; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, vor § 916 N. 9.

³³⁴ Meier-Grundlagen, s. 7.

³³⁵ Burada “asıl dava” ifadesinin kullanılmaması bilinçli bir tercihtir. Çünkü çekişmesiz yargı işinde de karar verilene kadar geçici hukukî koruma sağlanabilmektedir. Ancak geçici hukukî koruma, davaya değil, çekişmesiz yargı işine bağlanmaktadır. “Asıl talep hakkındaki yargılama” hem davayı hem de çekişmesiz yargı işini içine almaktadır.

anlaşılmaktadır³³⁶. Bu yaklaşımı karakterize eden, hukukî korumanın asıl yargılama sonuçlanana kadarki döneme ilişkin olmasıdır. Gerçekten, geçici hukukî koruma, daha düşük ispat ölçüsü ile yetinilmesi ve hukukî dinlenilme hakkının ertelenmesi gibi bazı yargılama kurallarından sapan, bu nedenle kararın maddî hukuka uygun düşmeyebileceğinden hareket edilen bir hukukî korumadır. Böyle bir hukukî koruma da ancak belirli bir süre hüküm ifade etmeli, meselenin nihaî olarak çözümleneceği ayrı bir yargılama yolu açık tutulmalıdır. Bu anlamda, nihaî hukukî koruma, geçici hukukî koruma yargılamasında ele alınan mesele hakkında daha kapsamlı yargılama yapıp esaslı bir sonuca varılması olarak tanımlanabilir. Tamamlayıcı merasim, geçici hukukî koruma ile nihaî hukukî koruma arasında bu irtibatı kuran müessesedir. Asıl talep hakkındaki yargılama öncesinde geçici hukukî koruma istenebiliyorsa, tamamlayıcı merasime başvuru olanağı öngörülmalıdır. Nitekim, hukukumuzda, ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî hacizde, geçici hukukî koruma yargılamasını asıl davanın takip etmesi, tedbir ve ihtiyatî haczin ayakta kalması için zorunludur (m. 109; İİK m. 264). Ancak tamamlayıcı merasim, geçicilik niteliği bakımından vazgeçilmez bir unsur değildir. Zira, yalnız asıl talep hakkındaki yargılama içinde geçici hukukî koruma istenebilecek, dolayısıyla nihaî hukukî korumaya başvurulmasına gerek olmayan hâller de vardır.

İlk bakışta birinci yaklaşıma benzediği düşünülebilecek, ancak ondan daha geniş kapsamlı olan ikinci bir yaklaşıma göre, geçici hukukî koruma, nihaî bir hukukî korumanın, hukukî korumanın sonuçlarını geriye etkili olarak (ex tunc) kaldırdığı bir hukukî korumadır. Bu değerlendirme, geçiciliğe, ilk yaklaşımda olduğu gibi nihaî hukukî korumanın farklı yönde olabileceği ihtirazi kaydı anlamını vermekte; ancak, nihaî hukukî korumaya verilen anlam ve geriye etkili kaldırılabilirlik noktasında ilk yaklaşımdan ayrılmaktadır³³⁷. Nihaî hukukî koruma ile, geçici hukukî korumanın öngörülebilir bir sürede asıl hukukî korumaya bağlanması kastedilmemektedir. Gerçekten, ilk yaklaşım, geçici hukukî koruma ile nihaî hukukî koruma arasında zamansal bir bağlılığı benimsemektedir. Diğer bir ifade ile, geçici hukukî koruma kararının farklı yönde

³³⁶ Schuler, s. 1803; Yılmaz, C. I, s. 37; Yılmaz, Z. S., s. 32; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, vor § 916 N. 6, 9.

³³⁷ Meier-Grundlagen, s. 74.

olabileceği varsayımından hareketle, bir an önce nihaîliğe ulaşılması ön planda tutulmaktadır. Nihâlik, ikinci yaklaşımda ise geçici hukukî korumadan sonra başvuru ve olağan kanun yolları dışında kaldırılması mümkün olmayan bir hukukî yolun, sağlanan hukukî korumayı ortadan kaldıracak etkiye sahip olması şeklinde anlaşılmaktadır. Örneğin, zilyetlik davasını kaybeden karşı taraf, mülkiyet hakkına dayanarak istihkak davası açıp bu davayı kazandığında, zilyetlik davasının sağladığı hukukî koruma sona erer³³⁸. Oysa birinci yaklaşıma göre, mülkiyet davasının öngörülebilir bir zamanda açılmama ihtimali bulunduğundan, geçicilik ile nihaîlik arasında zamansal bir bağıllık yoktur³³⁹. Böylelikle, geçici hukukî korumanın kapsamı genişlemekte, birinci yaklaşımın ölçülerine uymayan bazı geçici düzenlemeler de bu tanıma dahil olmaktadır. Ayrıca, önceki hukukî korumanın etkileri ileriye etkili (ex nunc) kaldırılabilirse, yine hukukî korumanın geçiciliğinden söz edilememektedir. Hukukî koruma kaldırılmasına rağmen, onun hüküm ve sonuçları ayakta kalmaya devam ediyorsa, “maddî hukuktan doğan korunma talepleri”³⁴⁰ söz konusu olmaktadır. Maddî hukuktan doğan korunma talepleri, ancak yargılama süresinden dolayı oluşan tehlikelere karşı nihaî bir hukukî korumadır³⁴¹.

Üçüncü bir görüş ise, “geçicilik” ve “ihtiyatîlik” kavramları arasında içerik itibarıyla bir ayırma gitmektedir. Bu görüş, bizdeki geçiciliği karşılayan ihtiyatîliğe asıl davada verilecek kararlar karşılaştırıldığında içerik yönünden, geçiciliğe ise kaldırılabilirlik yönünden yaklaşmaktadır. İhtiyatî hukukî koruma, yalnız talep sahibinin usûlî bir hukukî konumunu asıl talep hakkındaki yargılama sona erene kadar güvence altına almalı, nihaî hukukî korumayı ikâme

³³⁸ Meier-Grundlagen, s. 117. İsviçre Federal Mahkemesi de, zilyetliğin korunmasını, geçici hukukî korumanın kapsamına dahil etmektedir (BGE 94 II, s. 353).

³³⁹ *Leipold*, zilyetliğin korunması ile geçici hukukî koruma arasındaki benzerliği tespit etmekte; ancak, zilyetliğin korunmasını, adına “maddî ara hak” (materielles Zwischenrecht) dediği ve özünde nihaî hukukî korumaya atladığı ara bir kategoriye dahil etmektedir (*Leipold-Grundlagen*, s. 58). Zilyetliğin korunmasının geçici hukukî koruma niteliğini reddeden *Minnerop* ise, zilyetliğin kaldırılabilirliğinin zilyetliğin korunmasının geçicilik niteliğini ortaya koymadığını belirtmektedir. Burada, maddî ara hakkın gerçekleştirilmesinden ziyade, önceki durumun kanundan ötürü yeniden tesisine yönelik özel aciliyet söz konusudur (*Minnerop, Manfred: Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz*, 1973, s. 56).

³⁴⁰ materielle Schutzansprüche

³⁴¹ Meier-Grundlagen, s. 75 vd.

etmemelidir³⁴². Zira, doğruluk garantilerine tam olarak sahip olmayan ihtiyatî hukukî koruma, nihaî hukukî korumayı ikâme edemez. Bu nedenle, ihtiyatî hukukî koruma münhasıran teminat işlevini yerine getirir. Asıl davadaki talebin icrası, ihtiyatî hukukî koruma bakımından caiz değildir. İçerik itibariyle teminat işlevi ile sınırlı kalırsa, asıl davada karar verilmesi ile, nihaî hukukî koruma, ihtiyatî hukukî korumayı çözecek, onun yerine geçebilecektir. Asıl dava sonucunu öne çeken eda tedbirlerinde ise, geçicilik niteliği, tedbirin içeriği itibariyle asıl davadan daha azının elde edilebilecek olmasından değil, eda tedbirinin etkisinin süreyle sınırlı olmasından kaynaklanmaktadır. Bizdeki ihtiyatîliği karşılayan geçici hukukî koruma ise, klasik ihtiyatî tedbir, ihtiyatî haciz kalıpları içinde kolaylıkla açıklanamayan ve kaldırılabilen hukukî korumaları, yani gri alanının, ihtiyatî hukukî korumadan ayırt edilerek yeni bir kategori altında incelenmesidir. Geçici hukukî koruma, içerik ve icra edilebilirlik olarak tam bir hukukî korumadır. İhtiyatî hukukî koruma³⁴³, asıl davadaki yargılamada karar verilebilirlik yolunu açık tutarken, geçici hukukî koruma gerek usûli gerekse maddî anlamda nihaî, tam etkili bir karardır; ancak, hukukî koruma, kaldırılabilirlik tehdidi altındadır³⁴⁴.

Üçüncü görüşe ilişkin olarak, gri alanı somutlaştırmak için geçicilik ve ihtiyatîlik kavramları arasında içerik yönünden bir ayırma gitmek, kavram karışıklığı tehlikesini barındırmaktadır. Belirtildiği üzere, Alman Hukuku'nda ihtiyatî hukukî koruma kavramı, bizde geçici hukukî koruma kavramını karşılamaktadır. Gri alanı Türk Hukuku için belirginleştirmek için geçici hukukî korumadan ayrı bir ihtiyatî hukukî koruma kavramının yaratılması düşünülebilir. Böylece, Alman Hukuku'nun ihtiyatîliğe yüklediği anlam geçiciliği; geçiciliğe yüklediği anlam ise ihtiyatîliği karşılayacak, yani roller değiştirilecektir. Kanımızca, böyle bir ayırım yapmaktansa, geçicilik kavramına hem geçiciliği hem de ihtiyatîliği kapsayacak bir içerik yüklemek meseleyi çözecektir. Buna göre, geçicilik, hem kararın doğru olmama şüphesini, yani ihtiyatîliği hem de kaldırılabilirliği içeren daha geniş bir kavramdır. Geçicilik, ihtiyatîliği de

³⁴² Heinze, s. 22, 23, 55, 56; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, vor § 916 N. 6, 7.

³⁴³ einstweiliger Rechtsschutz

³⁴⁴ Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, vor § 916 N. 30; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, vor § 916 N. 9.

kapsamaktadır³⁴⁵. Böylece, gri alan olarak tarif edilen özel düzenlemelerin kavramsal olarak geçici hukukî koruma altında incelenmesi de mümkün hâle gelecektir. Çünkü geçici hukukî koruma, hem sağlanan hukukî korumanın yerindeliliğinin asıl talep hakkında yargılamada doğruluk garantileri ile yeniden sorgulanmasını hem de böyle bir yeniden değerlendirme faaliyeti olmasa dahi hukukî korumanın kaldırılabilir olmasını bünyesinde barındırmaktadır.

Kanımızca, geçiciliğin somutlaştırılmasında prensip olarak “asıl talep hakkındaki yargılamaya değin etkililik” şeklinde kavramlaştırılabilecek birinci görüşten yola çıkılabilir. Geçici hukukî korumaların önemli bir kısmında asıl hukukî korumada karar verilene kadar, süreyle sınırlı bir hukukî koruma elde edilmektedir. Geçici hukukî koruma, çoğu kez asıl hukukî koruma sonucuna kadar olan dönemi tarafların menfaatleri bakımından güvence altına almaktadır. Hukukî korumanın süre itibariyle kısıtlılığı, geçici hukukî koruma araçlarının prensip olarak tamamlayıcı merasim gereğince asıl hukukî korumaya bağlanmasında somut olarak görülmektedir. Zira, geçicilik, nihaîliğe dönüştürülmeyi; bu da, dava ile bir bağlantı kurulmasını gerektirmektedir. Kanun koyucu, asıl davada verilen kararın, tedbir kararının yerini aldığı esastan hareket ederek tedbirin geçicilik niteliğini, asıl davanın nihaîlik niteliğinden kesin çizgilerle ayırmakta, böylece tedbirlerin zaman itibariyle sınırlılığını somut bir biçimde ortaya koymaktadır.

Ancak “asıl talep hakkındaki yargılamaya değin etkililik” şeklinde ifade edilebilecek birinci görüş, başta az yukarıda gri alan olarak açıkladığımız bazı noktaları açıklamakta yetersiz kalmaktadır. İlk olarak, ihtiyatî tedbirler bakımından, tedbir kararlarının asıl dava sonucuna kadar hüküm ifade etmesi, yargılama süresince mutlak surette geçerli olacağı anlamına gelmemektedir. Yani, süre ile sınırlılıktan anlaşılması gereken, tedbirin en çok asıl davada karar verilene kadar etkili olmasıdır³⁴⁶. Oysa aşağıda değinileceği üzere tedbir kararının asıl dava sonucundan önce de kaldırılmasına imkân veren pek çok hukukî çare bulunmaktadır³⁴⁷. Örneğin, ihtiyatî tedbir kararı, teminat gösterilmesi

³⁴⁵ Yılmaz, C. I, s. 37.

³⁴⁶ Karş. Meier-Grundlagen, s. 74, 75.

³⁴⁷ Bkz. aşa. Bölüm II, § 6, IV, B.

karşılığında kaldırıldığında (m. 111), geçicilik, kaynağını asıl dava sonuna kadar etkili olmasından değil, tedbirin kaldırılmasına kadar etkili olmasında bulmaktadır³⁴⁸.

Asıl talep hakkında yargılama sonuna değin etkililik kriterinin menşei olan Alman Hukuku'nda tamamlayıcı merasimin esnek düzenlenme şekli (ZPO § 926), bu kriterin yerindeliğini tereddüde sevk etmektedir. Bu hukuk sisteminde, fikri ve sınaî mülkiyet hukukundaki tedbir kararlarından sonra asıl davanın çoğu zaman açılmayışı, meseleyi daha da ilginç hâle getirmektedir. Alman hukukçuları, bu durumu, tedbir kararlarının, istisnaen nihaî etkiler gösterebileceği şeklinde açıklamaktadırlar³⁴⁹. Ne var ki, bu yorum yapılırken asıl hukukî korumanın, geçiciliği tamamlayan bir hukukî koruma olduğu görüşünden uzaklaşarak hukukî korumanın kalıcı mı, kaldırılabilir mi olduğu, yani fiili etkileri üzerinde durulmaktadır. Çünkü geçicilik, asıl dava (talep hakkında yargılama) sonuna kadar etkililik anlamında ise, en temel geçici hukukî koruma türü olan ihtiyatî tedbir, tamamlayıcı merasime gidilmeme ihtimali saklı tutulduğundan, bu kriterin dışında kalacaktır. Hukukumuz ile karşılaştırıldığında, evlilik birliğinin korunması önlemleri, Alman Hukuku'nda asıl davanın açılmama ihtimali bulunan tedbirlerden çok da farklı değildir. Her iki örnekte de, hukukî korumanın kalıcı olma ihtimali baştan kabul edilmekte; ancak, hukukî korumanın kaldırılabilme yolu açık tutulmaktadır.

İkinci olarak, “asıl talep hakkındaki yargılamaya değin etkililik” kriteri ve ihtiyatî tedbir, ihtiyatî haciz, delil tespiti şeklindeki klasik sınıflandırma, özel kanunlarda yer alan bazı müesseselerin hukukî niteliğini kolaylıkla açıklayamamaktadır. Boşanma ve ayrılık davalarındaki geçici önlemler (TMK m. 169), evlilik birliğinin korunması önlemleri (TMK m. 190, m. 195 vd.) ve iflâsın ertelenmesi (İİK m. 179 vd.) bu müesseselere örnek olarak verilebilir. Verilen örneklerde, bir yandan, kararların kaldırılabilirliği; diğer yandan asıl hukukî koruma sonucundan tam veya yarı bağımsızlık, eski hâle iade imkânından yoksunluk ve kararların geriye değil, ileriye etkili kaldırılabilirliği kabul

³⁴⁸ Geçici hukukî koruma kararlarının kaldırılabilirliğinin geçicilik ile ilişkilendirilmesi bağlamında bkz. **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, Grundz. § 916 N. 5; **Deren-Yıldırım**-İhtiyatî Tedbirler, s. 12.

³⁴⁹ Bkz. yuk. Bölüm I, § 3.

edilmiştir. Böylelikle, hem geçici hem de nihaî etkiler gösteren bir gri alan oluşmuştur.

Bütün görüşler, hem nihaî hem de geçicilik özelliği gösteren bu düzenlemeleri inkâr etmemekte, ancak bu düzenlemelerin kategorize edilmesi için yeni müesseseler oluşturmaya çalışmaktadır. Birinci görüş, geçici hukukî korumanın yanında ihtiyatî koruma kategorisi yaratmakta; ikinci görüş, boşanma ve ayrılık davalarındaki geçici önlemleri, bir yandan dava devam ederken kaldırılabilirlik yolu açık tutulurken, diğer yandan boşanma davası sonunda eski hâle iade edilmediklerinden “maddî hukuktan doğan korunma talepleri” şeklinde bir kategoriye dahil etmektedir. Nihayet, *Leipold*, gri alanı, “maddî ara hak” adıyla yeni bir kategori içinde inceleyerek alışlagelmiş geçici hukukî koruma anlayışına bir alternatif getirmeye çalışmaktadır. Buna göre, hukuk düzeni, ilişkilerin nihaî olarak düzene kavuşturulması ile ilgili hükümlerin yanında, ihtilâf halinde -geçici davranış yükümleri getirilmesi gibi- ara dönem için düzenlemeler de getirebilir. Geçici hukukî korumada bu tür davranış yükümlerine hâkim tarafından karar verilir ve düzen getirilir. Maddî ara hakta ise kanunun bizatihi kendisi asıl davada karar verilene değin ara dönemde nasıl bir düzen kurulacağını düzenler. Geçici hukukî korumadan farklı olarak, burada asıl hukukî korumada hüküm altına alınacak müstakbel bir hak değil; ara dönemde menfaat çatışmasını bağımsız bir şekilde değerlendiren bir düzenleme söz konusudur. Yani, maddî ara hak, asıl davada nihaî olarak çözümlenecek hukukî konumdan bağımsızdır³⁵⁰. Her üç görüş de, bu gri alanı nihaî hukukî koruma olarak nitelendirmektedir.

Kanımızca, geçicilik, “asıl talep hakkındaki yargılamaya değin etkililik” şeklinde ifade edilebilecek birinci görüşten yola çıkarak ancak bu görüşün eksik kaldığı noktalar farklı bir kriterin ışığında tamamlanarak tanımlanmalıdır. İhtiyatî tedbir ve ihtiyatî hacizden farklılıklar gösteren özel kanunlardaki geçici düzenlemeleri kapsayacak ve geçici hukukî korumanın asıl davadan önce de sona

³⁵⁰ *Leipold-Strukturfragen* s. 262. Ancak yazar, genel bir maddî ara hak normu arayışının - istisnalar bir kenara bırakılacak olursa- sonuçsuz kaldığını, asıl davaya bağlanmayan acele tedbirlerin caizliğinin genel olarak bu düzenlemelere dayanılarak temellendirilemeyeceğini söylemekten de geri durmamaktadır. (*Leipold-Grundlagen*, s. 61). Bu konuda ayrıca bkz. *Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler*, s. 14.

erebileceğini dikkate alacak tamamlayıcı kriter, “kararların kaldırılabilirliği”, eş deyişle kararların bir süre sonra hüküm ve sonuçlarını kaybedecek olmasıdır. Gerçekten, geçici hukukî koruma kararı verilirken, bu kararın değişen menfaat durumuna uygun olarak kısa bir süre sonra bile kaldırılabilmesi öngörülür. Sona erdirilebilen bir hukukî koruma ise geçicilik niteliğini haizdir³⁵¹. Geçicilik, kararın kaldırılabilirliğini karakterize eder³⁵². Bu anlamda, geçici hukukî korumada, tedbir kararlarının değişen şartlara göre kaldırılmasında olduğu gibi (m. 111), sağlanan hukukî korumaya son verilebilme imkânı saklı tutulmaktadır. “Kaldırılabilirlik, hukukî korumaya son verilebilirlik”, aslında asıl talep hakkındaki yargılamayı şart koşan geçici hukukî korumaları da içine almaktadır. Çünkü, ihtiyatî tedbirler bakımından asıl davada aksi yönde karar verilmekle ihtiyatî tedbir ortadan kalkmakta (m. 112), açıkladığımız kriterlere göre hukukî korumaya son verilmektedir. Ancak kriter, aynı zamanda asıl talep hakkındaki yargılamanın, geçicilik için zorunlu olmadığını da ortaya çıkarmaktadır. Diğer bir ifade ile, sağlanan hukukî koruma, daha kapsamlı bir yargılama içinde yeniden ele alınmasa bile, sırf hukukî korumanın belirli bir süre sona ermesi imkân dahilinde olduğundan ötürü de geçici olabilir³⁵³. Şu hâlde, geçicilik, hukukî korumanın fiili etkileri de dikkate alındığında daha geniş ve sağlam bir

³⁵¹ İhtiyatî tedbirlerin nihaî (kat’i) olmamasını kararların kaldırılabilirliği ile ilişkilendiren benzer yönde görüş için bkz. **Onar, Sıddık Sami/Belgesay, M. Reşit: Adliye Hukukunun Umumi Esasları**, İstanbul 1944, s. 121; **Postacıoğlu-Usul**, s. 488; **Tanrıver-Dayanaklar**, s. 46, 47. Alman Hukuku’nda da bir görüş geçiciliği kaldırılabilirlikle ilişkilendirmektedir (**Höhne, Ruppert: Rechtshängigkeit und Rechtskraft bei Arrest und einstweiliger Verfügung**, 1975, s. 85). Geçiciliğin kaldırılabilirlik ile ilişkilendirilmesini reddeden **Heinze**’ye göre kaldırılabilirlik doğru kriter olsaydı, tedbir ancak kaldırıldıktan sonra geçici kabul edilir, ayakta kaldığı sürece geçici olmazdı (**Heinze**, s. 55). Aynı yönde bkz. **Münch Komm ZPO-Drescher**, 3. Auflage, vor § 916 N. 6. Yazarlar, bu değerlendirmeleri ile aslında tedbir kararı ayakta iken sırf bu karar ileride kaldırılacak diye şimdiden geçici olarak nitelenemeyeceğini benimsemiş olmaktadır. Tedbir kararı verilirken bu kararın ileride kaldırılabilirliği peşinen kabul edildiği içindir ki, bu kararlar daha verildiği anda geçicidir. Tedbir yargılaması, yargılama sonucunun hukuka uygun düşmeyebileceği ve bunun sonucunda sağlanan hukukî korumaya son verilebileceğine ilişkin bir öngörüdür. Bu öngörüde bulunulurken zaten yargılama aşamasında geçiciliğin mevcut olduğu kabul edilmekte, karara geçicilik niteliğini atfetmek için kararın ileride kaldırılması beklenilmemektedir.

³⁵² İsviçre Federal Mahkemesi, zilyetliğin korunmasının hukukî niteliğini tartıştığı bir kararında aynı sonuca varmaktadır. Federal Mahkeme’ye göre, zilyetliğin korunmasında verilen hükmün etkileri başka bir yargılama ile bertaraf edilebildiğine göre, davacıya geçici hukukî koruma sağlanmaktadır. Zilyetliğin iadesine hükmedildiğinde, eski durumun yeniden oluşturulmasına nihaî olarak karar veriliyor olması, hukukî korumanın geçicilik niteliğini değiştirmez (BGE 94 II, s. 353).

³⁵³ İsviçre Hukuku’nda geçici hukukî korumanın davaya bağlanma zorunluluğundan söz edilemeyeceğine ilişkin bkz. **Meier-Grundlagen**, s. 74, 75.

temele oturmaktadır. Geçicilik sorgulanırken, hem ardından asıl hukukî korumanın gelip gelmediği hem de hukukî korumaya artık değişmeyeceği nazarı ile bakılıp bakılamayacağı araştırılmalıdır.

III. Geçici Hukukî Korumaların Sınıflandırılması

Geçiciliği açıklamak üzere somutlaştırmaya çalıştığımız ve birbirini tamamlayan “asıl talep hakkındaki yargılamaya değin etkililik” ve “kaldırılabilirlik, hukukî korumaya son verilebilirlik” kriterleri, asıl talep hakkındaki yargılamaya bağlı olup olmamasına göre iki farklı geçici hukukî koruma türünü karşımıza çıkarmaktadır. Asıl talep hakkındaki yargılamaya bağlı geçici hukukî korumalar geçiciliği, asıl yargılamadaki sürecin güvence altına alınması olarak algılanmaktadır. Böyle olunca, geçicilik, süreyle sınırlı, yani zamana ilişkin bir kavram hüviyetine bürünmektedir. Asıl hukukî korumaya kadar hüküm ve sonuçları doğuran bu kategoride, yargılama süresinden kaynaklanan tehlikelerin önlenmesi ya da durdurulması amaçlanmakta; haksız geçici hukukî koruma kararları geriye etkili olarak kaldırılmakta ve aleyhine geçici hukukî korumaya hükmedilenin uğradığı zararlar için tazminat davası açılabilmektedir. Geriye etkili kaldırılabilirliği esas alınmasının temelinde, geçici hukukî korumanın ileriye etkili kaldırılması hâlinde, kararın nihaî etki göstermesinin engellenmek istenmesi yatmaktadır. Geçici hukukî korumanın çekirdeğini oluşturan bu türden geçici hukukî korumaların klasik araçları, ihtiyatî tedbir, ihtiyatî haciz ve delil tespitidir. Klasik geçici hukukî koruma araçları için tamamlayıcı merasim zorunludur. Bunun yanında, yalnız dava ve çekişmesiz yargı işi derdestken sağlanan geçici hukukî korumalar da bu kapsama dahildir. Örneğin, icra ve iflâs hukukuna özgü pek çok geçici hukukî koruma asıl yargılama derdest iken talep edilebilir³⁵⁴.

“Kaldırılabilirlik, hukukî korumaya son verilebilirlik” kriterinin hayat verdiği asıl talep hakkındaki yargılamaya bağlı olmayan geçici hukukî korumalar, hukukî korumaya son verilebilme ihtimali açık bırakıldığı için geçicidir. Ancak bununla hukukî korumanın ayakta kalabileceği, yani nihaî

³⁵⁴ Bkz. aşa. Bölüm II, § 7, I, C, 1, a.

etkiler gösterebileceği de göz ardı edilmemektedir. Bu türden geçici hukukî korumalar, nihaî etkiler gösterme potansiyeline sahiptir. Burada, adeta geçicilik ile nihaîlik örtüşmektedir. Hukukî korumanın hem kalıcılığı hem de kaldırılabilirliği kanun koyucu tarafından öngörülmektedir. Bu gri alan, yukarıda açıklandığı üzere, ihtiyatî hukukî koruma, maddî hukuktan doğan korunma talepleri, maddî ara hak şeklinde gerçekte nihaî, ancak geçiciliği saklı tutulan yeni müesseselerle somutlaştırılabilir. Anılan müesseseler, hukukumuzda kavram karışıklığına yol açacağından, geçiciliğe verdiğimiz anlam çerçevesinde, bu gri alanın geçici hukukî koruma kapsamına dahil olduğunu kabul etmek daha yerinde olacaktır. Asıl talep hakkındaki yargılamaya bağlı olmayan geçici hukukî korumalar kategorisi, hukukî niteliği oldukça tartışmalı gri alanın geçici hukukî koruma kapsamı içinde incelenmesidir³⁵⁵. Bu gri alanın temel örnek ve uygulamalarını oluşturan boşanma ve ayrılık davalarındaki geçici önlemler ile evlilik birliğinin korunması önlemleri, doktrinde ileri sürüldüğünün aksine maddî hukuk temelinde nihaî hukukî korumaya değil, geçici hukukî korumaya dahildir³⁵⁶. Zira, anılan durumlarda ne belirli bir süre içinde davanın açılması söz konusudur, ne de bir yargılama içinde geçici hukukî korumaya hükmedilmektedir. Bu kategorideki geçici hukukî korumalar, asıl talep hakkındaki yargılamaya bağlanan geçici hukukî korumalar karşısında istisnai niteliktedir. Burada yargılama süresinden kaynaklanmayan, diğer tehlikelerin önlenmesi ya da durdurulması amaçlamaktadır. Haksız geçici hukukî koruma kararları ileriye etkili olarak kaldırılırsa, aleyhine geçici hukukî korumaya hükmedilenin, uğradığı zararlar için tazminat davası açma hakkı bulunmamaktadır.

Asıl talep hakkındaki yargılamaya bağlanan ve bağlanmayan geçici hukukî korumalar şeklinde yaptığımız ayırım, geçici hukukî koruma ile asıl ve nihaî hukukî koruma arasındaki ilişkiye ve bu kavramların içeriğine yönelik doğrudan bir sonucu vardır. Gerçekte devlete yöneltilebilecek tek bir hukukî korunma talebi vardır. Bu hukukî korunma talebinin özel olarak geçici, nihaî ya da asıl hukukî koruma olarak nitelendirilmesine gerek bulunmamaktadır. Ancak

³⁵⁵ İcra ve iflâs hukukuna özgü geçici hukukî korumaları inceleyen *Güngerich* de asıl davaya bağlanan ve bağlanmayan şeklinde bir ayırım yapmaktadır (s. 169).

³⁵⁶ Bkz. aşa. Bölüm II, § 7, I, B, 3, b, (1).

geçici hukukî koruma söz konusu olunca, sağlanan hukukî korumanın tamamlanmasına yönelik ya da etkilerine göre karşıt bir kavramın kullanılması ihtiyacı doğmaktadır. Asıl dava, nihaî hukukî koruma ya da asıl hukukî koruma bu kavramlar arasında yer almaktadır. Bu kavramlar, varlığını geçici hukukî korumaya borçludur ve kavramların içeriği de geçici hukukî koruma ile ilişkisine göre belirlenmektedir.

Asıl talep hakkında yargılamaya bağlanan geçici hukukî korumalarda geçici hukukî korumanın tamamlayıcısı olarak nihaî hukukî koruma yerine asıl hukukî koruma kavramının kullanılması daha uygundur. Nihaîlik, kavram olarak değişmezliği ifade eder. Hukukî korumanın nihaîliği denildiğinde, onun etkilerine göre bir değerlendirme yapılır. İlk bakışta, hukukî korumanın geçiciliğinin karşıtı olarak değişmeyen hukukî korumayı karşılayan nihaîliğin tercih edilmesinde bir sakınca görülmeyebilir. Ancak geçici hukukî korumada, hukukî korumanın daha kapsamlı bir yargılama ile tamamlanması ön plandadır. Geçici hukukî korumadan sonra yargılamanın sonunda ulaşılan son noktayı karşılayacak bir kavramın kullanılması gerekir. Geçici hukukî korumayı tamamlayan yargılamada her zaman değişmezliğin ya da kesinliğin amaçlanmadığı, bu nedenle nihaî hukukî korumanın yerinde bir kavram olmadığı, çekişmesiz yargı işlerindeki geçici hukukî korumalarda somutlaşmaktadır. Çekişmesiz yargı işi, bu yargılama içindeki geçici hukukî korumalara nihaî hukukî korumadır denildiğinde, çekişmesiz yargı işinin değişmez olduğu düşünülecektir. Hâlbuki, çekişmesiz yargı kararları, değiştirilebildiğinden nihaîlik göstermez³⁵⁷. Diğer yandan, çekişmesiz yargı işlerinde de geçici hukukî korumaya hükmedilir³⁵⁸. Bu bakımdan, çekişmesiz yargı işlerindeki hukukî korumanın etkileri, geçicilik-nihaîlik ilişkisi kurmaya elverişli değildir. Nihaî hukukî koruma yerine, “asıl hukukî koruma” ifadesi kullanıldığında, çekişmesiz yargı işlerindeki geçici hukukî korumalar da kapsama

³⁵⁷ **Kuru, Baki:** Nizasız Kaza (Nizasız Kaza), Ankara 1961, s. 180, 181; **Berkin, Necmeddin M.:** Medenî Usul Hukuku Esasları (Usul), İstanbul 1969, s. 23; **Pekcanitez/Atalay/Özekes,** s. 77, 78; **Gaul-Amaç,** s. 98; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usul,** s. 54; **Budak, Ali Cem:** Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı (Çekişmesiz Yargı), Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı – IV, Ankara 2006, s. 174.

³⁵⁸ **Özekes, Muhammet:** Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı – IV Tartışmalar (Tartışmalar IV), Ankara 2006, s. 218. Ayrıca bkz. a.ş. Bölüm II, § 7, I, D.

dahil edilmiş olacaktır³⁵⁹. Belirtmek gerekir ki, çekişmesiz yargı işlerindeki kararların değiştirilebilirliği ile geçicilik niteliği birbiri ile karıştırılmamalıdır. Çekişmesiz yargı kararları, verildikleri anda o duruma münhasır olmak üzere doğrudan etkiye sahiptir ve bu kararlara esasen değiştirilebilir olduğundan hareketle hükmedilmez. Yeni durumların ortaya çıkması durumunda yeni bir yargılama sonunda yeni, müstakil bir karar verilir. Geçici hukukî korumada ise baştan kararın kaldırılabilirliğinden hareket edilir, değişen koşullar nedeniyle geçici hukukî korumanın kaldırılması dışında müstakil bir karar verilmez; yeni yargılamadan önceki karar (geçici hukukî koruma kararı) hedef tutulur.

Dava, ihtiyatî tedbir, ihtiyatî hacze göre; çekişmesiz yargı işi geçici hukukî korumaya göre asıl hukukî korumadır. Ancak çekişmesiz yargı işlerinde olduğu gibi asıl hukukî korumanın her zaman nihaîlik göstermesi zorunlu değildir. Kısaca belirtmek gerekirse, geçici hukukî korumanın asıl talep hakkındaki yargılama sayesinde tamamlanması ile asıl hukukî korumaya ulaşılır. Asıl hukukî koruma, dava yoluyla sağlandığında değişmez etkiler gösterse de, her zaman nihaîlik ile örtüşmemektedir.

“Kaldırılabilirlik” kriteri, hukukî korumanın etkilerini esas alarak geçici hukukî koruma-nihaî hukukî koruma şeklinde bir ayırma hayat verir. Geçici hukukî koruma, hukukî korumanın son verilebilirliği üzerine inşa edilir. Hatta kararın verilmesinden sonra menfaat dengesindeki değişme dahi kararın kaldırılmasını sağlayabilir (m. 111). Buna karşılık, nihaî hukukî koruma değişmez bir hukukî korumadır. Nihaî hukukî korumada hareket noktası, kararın geleceğe dönük olarak ayakta kalacağıdır. Hukukî korunma talebi kesin olarak karşılandığında nihaî (kesin) hukukî koruma sağlanmış olur. Çünkü hâkim, maddî anlamda kesin hüküm sonucunda (m. 237) verdiği kararı değiştiremez. Aynı sebeplerle, aynı taraflar arasında aynı konuda yeniden hukukî koruma istenemez. Nihaî hukukî korumada, verilen kararın etkilerinin ortadan kaldırılması, prensip itibarıyla mümkün değildir. Davanın taraflar arasındaki uyumsuzluğu geleceğe etkili olarak, bir daha yeniden ele alınmamak üzere giderdiği varsayımından hareket edilse de burada mutlak anlamda bir nihaîlikten söz edilemez. Kesin hüküm tüm gelecek için etkili olmaz. İstisnaen değişen

³⁵⁹ Aynı kullanım için bkz. Özekes-Hukukî Dinlenilme, s. 212.

şartlara göre hukukî durum yeniden ele alınabilir³⁶⁰. Örneğin, hükmedilen nafaka miktarı değiştirebileceği gibi, tamamen de kaldırılabilir (TMK m. 361, 365). Geçicilik niteliğinin hukukî korumaya sona verilebilirliğe dayandırılmasına karşı denilebilir ki, asıl davada verilen kararlar da yargılamanın yenilenmesi yolu ile kaldırılabilir. Ancak nihaî hukukî korumada asıl olan, kararın geleceğe matuf şekilde etkili olması, yani nihaîliktir. Yargılamanın yenilenmesi, belirli sebeplerin varlığı hâlinde başvurulabilecek istisnai bir kanun yoludur. Buna karşılık, geçici hukukî koruma yargılamasında yanlış bir sonuca varılabileceği baştan kabul edilmektedir ki, asıl davada farklı yönde karar çıkabilme imkânı her zaman saklı tutulmaktadır. Hatta dava devam ederken bile geçici hukukî korumanın geçerliliğine son verilebilir.

“Başkaları tarafından hakkı ihlâl edilen veya tehlikeye sokulan kimsenin, yeniden tartışma konusu yapılmayacak şekilde ve geleceğe yönelik olarak, bu ihlâlin ve tehlikenin bertaraf edilmesi için mahkemeden hukukî koruma talep etmesi” şeklinde tanımlanan dava³⁶¹, nihaî hukukî korumayı karşılamaktadır³⁶². Eda davalarında kesin hükme ulaşılmışından sonra, borçlunun borcunu iradesi ile yerine getirmemesi durumunda gündeme gelecek ilâmlı icra takibi de davanın, dolayısıyla nihaî hukukî korumanın bir parçasıdır. Zira, takip sonunda alacağa kavuşulması, örneğin bir taşınırın teslim alınması ile alacaklı hukukî korumaya kavuşur. Burada sağlanan hukukî korumanın etkileri prensip itibarıyla bertaraf edilmez³⁶³.

IV. Geçici Hukukî Korumanın Dava İle Sınırı ve Karşılaştırılması

A. Geçici Hukukî Korumanın Dava İle Sınırı

Dava, asıl talep hakkında yargılamaya bağlanan geçici hukukî korumalarda asıl hukukî korumayı; kaldırılabilirlik özelliği ile karakterize edilen

³⁶⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 528, 538, 539.

³⁶¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 271.

³⁶² Yılmaz, C. I, s. 29; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 43; Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s. 442. AMK, 21.9.1993, 21/30 (www.anayasa.gov.tr).

³⁶³ Yılmaz'a göre de, davanın yanında ilâmsız icra takibi bakımından da kesin hukukî himayeden söz edilebilir (Yılmaz-İhtiyati Haciz, s. 63). Akkan da, nihaî hukukî koruma türlerini dava ve icra takibi olarak tasnif ederek hukukî korumanın fiili etkilerini esas almakta, nihaîliği, geçici hukukî korumanın tamamlayıcısı olarak görmemektedir (s. 64).

asıl talep hakkında yargılamaya bağlanmayan geçici hukukî korumalarda ise nihaif hukukî korumayı karşılamaktadır. Geçici hukukî korumanın dava ile sıkı ilişkisi esas itibariyle asıl talep hakkında yargılamaya bağlanan geçici hukukî korumalardadır. Çünkü ihtiyatî tedbir, ihtiyatî haciz gibi geçici hukukî korumalar dava şeklindeki hukukî korumaya bağlanmaktadır³⁶⁴.

Asıl talep hakkında yargılamaya bağlanan geçici hukukî korumalar, davada karar verilene kadar hukukî sonuçlarını doğurur. İhtiyatî tedbir ve ihtiyatî haczin kaderi, paralel yürüyen asıl davaya bağlıdır. Zira, asıl davada, geçici hukukî koruma yargılamasında ulaşılan sonuçtan bambaşka bir sonuca ulaşılabilmesi ihtimali her zaman mevcuttur. Bu bağlılık, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuzda da açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, asıl davada mahkemenin esas hakkında kararı ile birlikte icra edilmiş olan tedbir kararı başkaca bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden kalkar. Ancak mahkeme, hükmün icrasının güvence altına alınması amacıyla tedbirin bir süre daha hüküm ifade etmesine karar verebilir (m. 112)³⁶⁵. Anılan hüküm açıkça göstermektedir ki, davada kararın tefhim ya da tebliğ edilmesi, geçici hukukî korumanın etkinliği itibariyle sınırını teşkil etmektedir. Öyle ki, dava, tedbir kararı ile korunanın lehine dahi sonuçlansa, yine de tedbir kendiliğinden kalkmaktadır. Sınırın davadaki karardan geçmesinin sebebi, ihtiyatî tedbiri haklı kılan gecikmesinde tehlikeli olan hâlin prensip itibariyle kararın verilmesinden sonra kalkmasıdır³⁶⁶. Zira, hukukumuzda dava sonunda verilen kararlar prensip itibariyle derhal icra kabiliyetini haizdir. Kararı hemen icraya koyabilecek, asıl hukukî korumaya kavuşabilecek bir davacının geçici olarak korunmasını haklı kılacak bir tehlikenin bulunmadığı kabul edilmektedir.

³⁶⁴ **Önen**'e göre ise, ihtiyatî haciz talebinde bulunmakla açılan prosedüre "ihtiyatî haciz davası" denebilir (**Önen, Ergun**: İhtiyatî Haczin Kaldırılması Davası (İİK m. 265), AÜHFD 1980/1-4, s. 252). İhtiyatî haciz ve dava, sağladığı hukukî koruma bakımından birbirinden tamamen ayrı olduğundan bu değerlendirmeye katılmıyoruz.

³⁶⁵ HMK Tasarısı'nda ise tedbir kararının etkisinin, aksi belirtilmediği sürece, nihaif kararın kesinleşmesine kadar devam edeceği hükme bağlanmıştır (m. 403/II). Tasarı'nın kanunlaşması ile geçicilik, asıl talep hakkındaki yargılama sonuna kadar etkililikten, asıl talep hakkında yargılamanın kesinleşmesine kadar etkililiğe dönüşecektir. Bankacılık Kanunu'nun 136. maddesinde ihtiyatî tedbirin ve ihtiyatî haczin, karar kesinleşene veya takip sonuçlanıncaya kadar hüküm ifade edeceği düzenlenmiştir.

³⁶⁶ **Gloor**, s. 13; **Lüthi**, s. 69; **Berti**, 178; **Spühler**, s. 6, 7.

Geçici hukukî korumanın dava karşısındaki diğer bir sınırı, sağlanan hukukî korumanın kapsamından geçmektedir. Geçici hukukî korumanın davaya bağlandığı durumlarda, geçici hukukî koruma, davanın farklı şekilde sonuçlanabileceği ihtirazi kaydını taşımaktadır. Örneğin hâkim, ihtiyatî tedbir kararı verirken, korunması ya da geçici olarak icrası istenen hakkın varlığı hususunda haklılık öngörüsünde bulunsa da, asıl davada tedbir konusu hakkın mevcut olamayabileceğinin bilincindedir³⁶⁷. Oysa, davada hâkimin kararının yanlış olabileceği yönünde bir şüpheye yer yoktur. Bu tür bir şüphe, ispat ölçüsü bakımından hâkimin tam bir kanaate ulaşmadığını ortaya koyar ki, böyle bir durumda ispat yükü kuralları devreye girmelidir. Yargılama garantilerinin esnekleştirildiği, bunun sonucunda haklılık öngörüsünde yanılma riskine sahip geçici hukukî koruma, işlevi itibariyle davayı aşmamalı, hatta prensip itibariyle bir adım gerisinde kalmasından geçmektedir³⁶⁸. Gecikmesinde tehlike olan hâl, örneğin alacaklının zaruret hâlinin aşılması gerekli kılıyorsa, geçici hukukî koruma istisnaen davada elde edilecek sonucu geçici olarak hak arayanlara sunmalıdır.

Ayrıca, geçici hukukî koruma, menfaat dengesine göre kapsamlı ya da sınırlı bir hukukî koruma sağlar. Örneğin, bir şeyin verilmesi talebinde malın yediemine teslimine karar verildiğinde, alacaklı mala henüz kavuşamadığı için menfaatlerinin bir kısmı karşılanır³⁶⁹. Buna karşılık, alacaklı zaruret hâlinde ise malın geçici olarak ifasına da karar verilebilir ki, bu durumda kapsamlı bir hukukî koruma gerçekleştirilir. Davada ise maddî hukukun izin verdiği ölçüde tarafların bütün menfaatleri göz önünde tutulur ve burada yalnız kapsamlı hukukî koruma söz konusudur. Mülkiyet hakkı davacıya aitse, münhasıran malın davalıdan alınıp davacıya verilmesine karar verilir.

³⁶⁷ Meier-Grundlagen, s. 74; Paulus, N. 699.

³⁶⁸ Thümmel in Wieczorek/Schütze, vor § 916 N. 2; Walker in Schuschke/Walker, vor § 916 N. 2.

³⁶⁹ Meier-Grundlagen, s. 28.

B. Geçici Hukukî Korumanın Dava İle Karşılaştırılması

1. Konu Bakımından

Davaya bağlanan geçici hukukî koruma ile davanın konusu birbirinden farklıdır. Bu konuda, teminat ve eda işlevi gören davaya bağlanan geçici hukukî korumalar arasında ayırım yapılmalıdır. Davada maddî hukuk talebi hakkında karar verilir, talebin icrasına, inşasına ya da tespitine hükmedilir. Teminat işlevi gören geçici hukukî korumalarda ise maddî hukuk talebinin müstakbel icrasının güvence altına alınması talebine yürürlük kazandırılır³⁷⁰. İcranın güvence altına alınması talebi, ancak maddî hukuk talebi yaklaşık olarak ispat edilebiliyorsa mevcuttur. Bu durumda, geçici hukukî koruma, maddî hukuk talebine ilişkin temelini, davadan farklı olarak doğrudan değil, dolayısıyla bulmaktadır. Maddî hukuk talebi, davanın doğrudan konusu iken, geçici hukukî korumada müstakbel icranın güvence altına alınması talebinin esasa ilişkin koşuludur.

Asıl dava sonucunu öne çeken eda tedbirlerinde de geçici bir karar verilmesi nedeniyle, geçici hukukî koruma ve davadaki yargılama konuları farklıdır. Ancak eda tedbirlerinde yargılama konusu, ihtiyatî haciz ve teminat tedbirinde olduğu gibi, talebin icrasının güvence altına alınması değildir. Talebin icrasının güvence altına alındığından söz edebilmek için, geçici hukukî korumaya hükmedilmediğinde, müstakbel takibin sonuçsuz kalabilmesi gerekir. Oysa eda tedbirlerine hükmedilmese bile, ileride takip başarılı bir şekilde tamamlanabilir. Ne var ki, talep sahibi, talebin dava sonunda icrasına kadar bekletildiği takdirde, telafisi mümkün olmayan ağır zararlara uğrayabilir. Diğer bir ifade ile, geçici hukukî korumaya, talebin icrasının sonuçsuz kalmasından başka tehlikelerden dolayı başvurulur. Örneğin, zaruret hâlindeki alacaklı, lehine bir miktar paranın ödenmesi için eda tedbiri talep eder, ancak talebi reddedilirse, -borçlu mal

³⁷⁰ **Baur, Fritz:** Studien zum einstweiligen Rechtsschutz (Studien), Tübingen 1967, s. 98; **Stein/Jonas/Grunsky,** vor § 916 N. 8; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann,** Grundz. § 916 N. 11; **Zöller/Vollkommer,** vor § 916 N. 5; **Walker-Der einstweilige Rechtsschutz,** N. 141; **Walker im Schuschke/Walker,** vor § 916 N. 15; **Schellhammer,** N. 1905; **Zimmermann, Walter:** Zivilprozessordnung, 8. Auflage, Münster 2008, § 916 N. 3; **Musielak/Huber,** § 916 N. 3; **Berger,** Kap. 2 N. 25; **Hk-ZPO-Kemper,** vor § 916 N. 1; **Adolphsen,** § 38 N. 14; **Deren-Yıldırım-Geçici Hukuki Koruma,** s. 59. İhtiyatî haciz bakımından aynı yönde bkz. **Özekes-İhtiyatî Haciz,** s. 178; **Deren-Yıldırım, Nevhis:** 4949 Sayılı ve 17.7.2003 Tarihli Kanun İle Yapılan Değişiklik Çerçevesinde İhtiyatî Haciz Kararlarının Hukuki Niteliği ve Kontrolü (İhtiyatî Haciz), YÜHFD 2004 I/2, s. 432, 433, 434. Geçici hukukî korumada maddî hukuk talebinin değil, usûli konunun (taraf konumunun) güvence altına alındığına ilişkin karşı. Münch Komm ZPO-**Heinze,** 2. Auflage, vor § 916 N. 12; Münch Komm ZPO-**Drescher,** 3. Auflage, vor § 916 N. 12.

kaçırmaya yönelik davranışlar içinde olmadığı sürece- dava sonunda haklı çıktığında da, alacağını icra ettirebilir. Teminat tedbirlerinde ise cebri icranın akamete uğraması tehlikesi çok açıktır. Uyuşmazlık konusu malın üçüncü kişiye devredilmesi ihtimalinde, teminat tedbirine karar verilmediğinde, dava sonunda elde edilecek hüküm malın davalının malvarlığından çıkmış olmasından ötürü icra edilemez. Eda tedbirlerinde, müstakbel takip yolu tedbire gerek olmaksızın güvence altındadır. Hukukî korumaya ihtiyaç duyulan nokta, talep sahibinin uğrayabileceği telafisi mümkün olmayan zararların önlenmesi ya da durdurulmasıdır. Gerçekten, eda tedbirlerinde, maddî hukukta vücut bulan bir talebin hüküm altına alınması istenilmemektedir. Burada talep sahibinin telafisi sonradan mümkün olamayacak zararlara karşı menfaatlerinin korunması ihtiyacı ortaya konulmakta ve maddî hukukta öngörülen talebin yaklaşık ispat seviyesinde haklılığına dayanılarak hakkın geçici icrası talep edilmektedir. Hak sahibi olduğunu iddia eden, asıl davada mülkiyet hakkının hüküm altına alınmasını ve doğrudan maliki olduğu bir eşyanın bir daha kendisinden alınmamak üzere nihaî olarak teslimini isterken, tedbir yargılamasında doğrudan mülkiyet hakkının gerçekleştirilmesini istememekte; mülkiyet hakkının varlığı konusunda oluşturduğu kanaatten hareket ederek ileride açacağı davada iade etme ihtirazi kaydıyla geçici bir karar talep etmektedir. Böyle bir tedbir kararı ile talep hakkında bağlayıcı ve nihaî bir karar verilmez, örnekte malın mülkiyeti iktisap edilmez³⁷¹. Ancak lehine tedbir kararı verilen asıl davada haklı çıktığında, verilen eda kararı sayesinde asıl dava sonunda gerçekleşen sübjektif hakka hizmet edilir. Malın mülkiyetinin kime ait olduğu ise asıl davadaki karar ile belirlenir. Bu nedenle, eda tedbirlerinde, geçici hukukî korumanın konusu hakkın geçici icrası talebidir³⁷². Eda tedbiri kararının geçiciliği, uyuşmazlığı geleceğe dönük kesin bir şekilde çözen asıl davadaki kararın gerisinde olmasını sağlar. Asıl davada mahkeme kararının nihaî icrası söz konusudur. Eda tedbirleri her ne

³⁷¹ Berger, Kap. 2. N. 25.

³⁷² Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 143; Deren-Yıldırım-İhtiyati Tedbirler, s. 11. Men talepleri bakımından ayrıca bkz. Deren-Yıldırım-Geçici Hukuki Koruma, s. 59, 60; Deren-Yıldırım-Evrenselleşme, s. 314; Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler (Tasarı), İstanbul 2006, s. 201. Eda tedbirinin son tahlilde asıl davadaki talep ile aynı olduğu, aradaki tek farkın eda tedbirinin geçici bir icraya elvereceğine ilişkin karşı. Saenger, s. 34.

kadar karar, İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre icra edilse de, asıl davadaki karara ve hatta değişen şartlara bağlı olarak eski hâle iade yolu açıktır, yani kararın icrası geçicidir. Ayrıca, haksız tedbir nedeniyle tazminat davasının açılabilmesi ve tamamlayıcı merasim zorunluluğu, kanun koyucunun eda tedbirlerinde yargılamanın konusunu asıl davadan ayırdığına işaret etmektedir³⁷³.

Asıl davaya bağlanıp hem teminat hem de ifa işlevi gören geçici hukukî koruma yargılamalarının konusunun asıl davadan esaslı surette ayrılmasının, geçici hukukî korumanın asıl dava ile ilişkisine doğrudan olmasa da dolaylı etkileri vardır. Her iki yargılama aynı anda yürütülebilir. Ne geçici hukukî koruma istenilmesi asıl davaya ne de dava açılması geçici hukukî koruma talebine engel olur. Çünkü geçici hukukî korumanın ve asıl davanın konuları aynı olsaydı asıl davanın açılmaması gerekirdi. Asıl dava sonucunun tamamen öne çekildiği konusu bir işin yapılmaması olan eda (men) tedbirlerinde dahi, konu birliğinden söz etmek mümkün değildir. Kesin hüküm de karara bağlanan uyuşmazlığın kapsamına göre belirlenir. Geçici hukukî koruma talebi hakkında verilen karar, asıl dava için bağlayıcı değildir³⁷⁴. Geçici hukukî koruma sağlanması, alacaklının asıl davayı açmakta hukukî yararını ortadan kaldırmaz. Asıl dava sonucunu öne çeken eda tedbirlerinde bile alacaklı ifa elde ettiği için asıl davada tespite hükmedilmesi söz konusu değildir. Çünkü eda tedbiri, geçici bir icra sağlar. Alacaklı ifa talebini kesin hükümle tespit ettirebilmekte hukukî yarara sahiptir³⁷⁵. Tamamlayıcı merasim zorunluluğu sayesinde hukukumuzda alacaklının asıl davayı açmaktaki hukukî yararı kanunî dayanağa da sahiptir. Eda tedbirine hükmeden hâkim, daha sonra asıl davayı görebilir. Asıl davayı öne

³⁷³ Stein/Jonas/Grunksy, vor § 935 N. 36; Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 143; Dunkl, Hans/Moeller, Dieter/Baur, Hansjörg/Feldmeier, Georg: Handbuch des vorläufigen Rechtsschutzes, 3. Auflage, München 1999, A N. 9; Saenger, s. 35.

³⁷⁴ Stein/Jonas/Grunksy, vor § 935 N. 9, 13; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Grundz. § 916 N. 11; Thümmel in Wiczorek/Schütze, § 940 N. 8; Walker in Schuschke/Walker, vor § 916 N. 15; Berger, Kap. 2. N. 25; Adolphsen, § 38 N. 14, 16; Deren-Yıldırım-İhtiyati Haciz, s. 434; Deren-Yıldırım-Geçici Hukuki Koruma, s. 60; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, vor § 916 N. 15, 28. "Tedbir kararı (...) esas hakkın mevcudiyetine karine olmaz." (Berkin-Usul, s. 117). Aynı yönde bkz. Karafakih, İsmail Hakkı: Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara 1952, s. 267.

³⁷⁵ Stein/Jonas/Grunksy, vor § 935 N. 33; Zöllner/Vollkommer, vor § 916 N. 1b; Rosenberg/Gaul/Schilken, s. 1023; Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 143; Walker in Schuschke/Walker, vor § 916 N. 15; Schellhammer, N. 1906; Musielak/Huber, § 916 N. 4.

çeken geçici hukukî koruma kararı nedeniyle hâkim asıl davada kanaatini açıklamış olmaz, bu nedenle hâkim asıl davada reddedilemez³⁷⁶.

2. Zamanaşımının Kesilmesi Bakımından

Dava yoluyla mahkemeye başvuru zamanaşımını keser (BK m. 133 b. 2). Geçici hukukî korumaya başvurulması, hukukumuzda açık bir düzenleme bulunmadığı için kanımızca zamanaşımını kesmez ya durdurmaz³⁷⁷. Zamanaşımını kesen sebepler sınırlandırıcı bir şekilde sayılmıştır³⁷⁸. Borçlar Kanunu Tasarısı'nda da geçici hukukî koruma kararları dikkate alınmamıştır (Tasarı m. 153). Geçici hukukî koruma, asıl dava sonucunu tamamen öne çekse bile, dava dilekçesi ile eşdeğerde görülmemelidir³⁷⁹. Alman Medenî Kanunu'nda 2002 tarihli borçlar hukuku reformu ile ihtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbir talebinin karşı tarafa tebliği ile zamanaşımının duracağı esası benimsenmiştir. Geçici hukukî koruma talebi karşı tarafa tebliğ edilmese bile, talepte bulunulması ile yine zamanaşımı durur. Ancak bu durumda kararın alacaklıya tefhim veya tebliğinden itibaren borçluya 1 ay içinde tebligat yapılmalıdır (BGB § 204 Abs. 1 N. 9). Zamanaşımının durmasına ilişkin düzenlemenin mevcut olmadığı

³⁷⁶ Kuru, C. IV, s. 4334; Yılmaz, Orhan: İhtiyatî Tedbirler, Ereğli 1982, s. 75; Ercan-İhtiyatî Tedbir, s. 85; Özkök, s. 41; Özkes-İhtiyatî Tedbir, s. 128; Demircioğlu, s. 38. Hâkimin asıl dava öncesindeki ön yargılamada karar vermesi, adil yargılanma hakkı bağlamında tarafsızlığı sonucunu doğurmayacağı hakkında bkz. Grabenwarter/Pabel in Grote/Marauhn, Kap. 14 N. 58.

³⁷⁷ Ansay, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usulleri (Yargılama), 7. Baskı, Ankara 1960, s. 199; Berkin-Usul, s. 117; Yılmaz O., s. 86, 87; Ercan-İhtiyatî Tedbir, s. 90. Delil tespitinin zamanaşımını kesmeyeceğine ilişkin bkz. Postacioğlu-Usul, s. 499; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2008, s. 1244; Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku (Yargılama) C. I, II, 7. Baskı, İstanbul 2000, s. 591. Özkök, ayırım yaparak tedbire davadan önce hükmedilmişse zamanaşımının kesilmeyeceğini, dava devam ederken hükmedilmişse kesileceğini belirtmektedir (s. 51).

³⁷⁸ Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Borçlar), 5. Bası, Ankara 2005, s. 653.

³⁷⁹ Özkes, bir yandan Borçlar Kanunu'nun 133 ve 136. maddelerinde geçen "icrai takibat" ifadesine, icra takibi ve icra takip işlemini aşan bir anlam yüklemek; diğer yandan 133. maddenin zamanaşımının kesilmesinde alacaklının alacağını elde etmek için harekete geçmesine ilişkin amacından hareket etmek suretiyle ihtiyatî haciz kararlarının zamanaşımını kestiği görüşünü savunmaktadır (Özkes-İhtiyatî Haciz, s. 262-264). Aynı yönde bkz. Postacioğlu-İcra, s. 709; Umar-Tarihî Gelişim, s. 198-200; Yılmaz-İhtiyatî Haciz, s. 68. İhtiyatî tedbir bakımından aynı yönde bkz. Taş-Korkmaz, s. 97; Yılmaz, C. I, s. 899, 900. Muşul, ihtiyatî haczin TTK m. 662'ye göre zamanaşımını kesen sebepler arasında belirtilen takip talebi niteliğinde bulunmadığından zamanaşımını kesmediği kanaatinde. Ancak ihtiyatî haciz kararı yazara göre bir icra takip işlemi olduğundan bu kararın zamanaşımını kesmesi gerekir (Muşul-İcra ve İflâs, s. 911, 926). İsviçre Hukuku'nda da ihtiyatî haczin ve ihtiyatî tedbirin, geçici hukukî koruma talebinin asıl davada taleple aynı olması ve talebin ileri sürülmesini içermesi şartıyla zamanaşımını keseceği benimsenmektedir (BGE 59, II, s. 407; 110 II, s. 389 vd.; 108 III, s. 44).

dönemde, ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararlarının zamanaşımını durdurmayacağı kabul ediliyordu³⁸⁰. Geçici hukukî koruma talep edenin hakkını takip etme iradesi dikkate alındığında, olması gereken hukuk bakımından Alman Medenî Kanunu'ndaki düzenleme Türk Hukuku bakımından da önerilebilir.

3. Harç Bakımından

Geçici hukukî koruma yargılamalarının müddeabih değerinin davadan farklı şekilde belirlenmesi ve buna göre harçlandırılması gerekir. Davada maddî hukuk talebinin gerçekleştirilmesi talep edildiğinden, para ile değerlendirilen taleplerde belirli bir oran üzerinden karar ve ilâm harcı alınır. Buna karşılık, geçici hukukî koruma, prensip itibariyle davaya göre aynı derecede bir hukukî koruma sağlamadığından, müddeabihin ve buna bağlı olarak karar ve ilâm harcının davadan farklı bir şekilde belirlenmesi gerekir³⁸¹. Nitekim, Harçlar Kanunu, ihtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbirde talebin para ile değerlendirilebilip değerlendirilmemesine bakılmaksızın maktu başvuru ve karar ve ilâm harcı alınacağını öngörmüştür (Harçlar Kanunu 1 sayılı Tarife A, I; III, 2/d). Alman Hukuku'nda, geçici hukukî korumanın müddeabihinin harca esas değeri, talep edilen hukukî korumanın derecesine göre belirlenmektedir. Yalnız teminat talep edilen geçici hukukî korumalarda müddeabih, her halûkârda asıl davanın müddeabihinin altında, çoğu zaman 1/3, zaman zaman 1/2 ya da 2/3 üzerinden değerlendirilmektedir. Asıl dava sonucunun öne çekildiği geçici hukukî korumalarda ise asıl davanın müddeabihine yaklaşabileceği, hatta ulaşabileceği kabul edilmektedir³⁸². Yargı harcının, devletin gördüğü yargı hizmetinin karşılığı olduğu ve her geçici hukukî koruma yargılamasında aynı hizmetin görülmediği dikkate alındığında, olması gereken hukuk bakımından, Alman Hukuku'nda olduğu gibi teminat ve eda etkisine göre geçici hukukî korumanın müddeabihinin

³⁸⁰ **du Mesnil de Rochemont**, s. 83; **Walker** im Schuschke/Walker, vor § 916 N. 15. Asıl dava sonucunun tamamen öne çekildiği bir işin yapılmaması taleplerinde de her iki yargılamanın bir tutulamayacağı hakkında aynı yönde bkz. **Walker**-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 145.

³⁸¹ **Schellhammer**, N. 1905; **Musielak/Huber**, § 916 N. 3.

³⁸² **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, Anh. § 3 N. 11, 35, 36; **Zöller/Herget**, § 3 N. 16 (Arrestverfahren, einstweilige Verfügung); **Walker** im Schuschke/Walker, vor § 916 N. 60; **Musielak/Heinrich**, § 3 N. 23-26 (Arrest, einstweilige Verfügung); **Hk-ZPO-Kemper**, § 936 N. 15. LG Lübeck, 13.9.2000, NJW 2001, s. 82, 83; LAG Köln, 24.5.2005, NZA-RR 2005, s. 547.

ve karar ve ilâm harcının belirlenmesi daha isabetli olacaktır. Böyle bir sistem benimsendiğinde, asıl dava sonucunu öne çeken geçici hukukî koruma ile asıl davanın ayrı ayrı harçlandırılması meselesi ortaya çıkacaktır. Kanımızca, ihtiyatî tedbir gibi asıl dava ile sıkı ilişki içindeki geçici hukukî korumalar ile dava arasındaki bu bağıllık dikkate alınarak iki kez harç tahsil edilmemelidir. Geçici hukukî koruma yargılamasında, sağlanan hukukî korumanın yoğunluğuna göre alınan nisbî harçtan sonra dava açılırken de harç tahsil edilmeli, ancak lehine tedbir kararı verilen asıl davayı kazandığı takdirde geçici hukukî koruma için ödenen harç kendisine iade edilmeli ya da diğer harçlara mahsup edilmelidir. Harcın iade ya da mahsubunun dava açılırken yapılması düşünülebilir. Ancak iade ya da mahsubun, davacının davasında haklı çıktıktan, geçici hukukî korumanın haklılığı asıl davada teyit edildikten sonra yapılması daha uygundur.

4. Menfaat Dengesinin Özel Surette Gözetilmesi Bakımından

Geçici hukukî korumanın her iki tarafın hukukî konumunu gözeterek dengeli bir hukukî koruma sağlama işlevi sayesinde, geçici hukukî koruma davadan ayrılmaktadır. Davada uyuşmazlığın bir daha tartışılmamak üzere geleceğe dönük sona erdirilmesi için esas itibarıyla haklı olanın menfaatleri gözetilir ve onun hukukî konumu nihaî olarak korunur. Hâkim, sübjektif hakkın varlığını tespit ettiğinde, diğer tarafın uğrayabileceği zararlar ne denli büyük olursa olsun, hakkın icrasına karar verir. Geçici hukukî korumayı menfaat dengesi karakterize eder³⁸³. Taraflardan birisinin hukukî konumuna nihaî olarak üstünlük tanınamayacağı için, bu yargılamada her iki tarafın da hukukî konumu korunur. Özellikle eda tedbirlerinde, talebe esas teşkil eden maddî hukuk talebi yaklaşık ispat seviyesinde ispat edilmiş olsa bile, gecikmesinde tehlike olan hâlin incelenmesinde her iki tarafın menfaatleri özel surette tartılır.

5. Hukukî Koruma Araçları Bakımından

Sübjektif hak davada yalnız bir şekilde korunabilir. Ya hakkın gerçekleştirilmesi sağlanır ya da hukukî korunma talebi reddedilir. Hâkim,

³⁸³ Özekes-İhtiyatî Haciz, s. 18 vd.

hakkın nihaî olarak korunmasında tek bir araca sahiptir. O da, hakkın kapsamlı bir şekilde gerçekleştirilmesidir. Buna karşılık geçici hukukî koruma, hukukî koruma araçları bakımından zengin bir kataloğa sahiptir³⁸⁴. Zira, geçici hukukî koruma, dava beklenilmeksizin hukukî koruma sağlanmasını haklı kılacak tehlikenin varlığında temelini bulur. Geçici hukukî korumanın tehlikenin türüne ve derecesine göre farklı alternatif sunabilmesi gerekir. Bir şeyin iadesi talebi ele alınacak olursa, iade talebinin geçici olarak ifasına, şeyin yediemine teslimine, şey hakkında tasarruf yasağı getirilmesine tedbiren karar verilebilir³⁸⁵. Bunun sonucunda hâkim, davaya göre çok daha geniş bir hareket serbestisine sahiptir. Kısaca belirtmek gerekirse, sübjektif hak davada bir talebi haklı kılarken, geçici hukukî korumada birden çok talebi haklı kılar.

³⁸⁴ Meier-Grundlagen, s. 28; Musielak/Huber, § 938 N. 1.

³⁸⁵ Meier-Grundlagen, s. 19; Kargados, s. 272.

II. BÖLÜM

İHTİYATÎ TEDBİRLER HAKKINDA GENEL BİLGİLER VE İHTİYATÎ TEDBİRLERİN DİĞER GEÇİCİ HUKUKÎ KORUMALAR VE BENZER MÜESSESELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

§ 6. İHTİYATÎ TEDBİRLER HAKKINDA GENEL BİLGİLER

I. İhtiyatî Tedbir Kavramı ve İhtiyatî Tedbirin Tanımı

Geçici hukukî koruma anlamında ihtiyatî tedbir, bir mahkemenin bağlayıcı emirleridir¹. İhtiyatî tedbir de maddî hukuk temelinde yapılan bir yargılama sonunda hükmedilen, herkesi bağlayan bir yargısal karardır. Bu nedenle, tedbir kavramı yargısal karar özelliği dikkate alınmaksızın sözlük anlamından yola çıkılarak önlem ya da ön karar şeklinde değerlendirilemez.

İhtiyatîlik ile hem geçicilik hem de koruyuculuk kastedilmektedir². İhtiyatîlikten ilk planda anlaşılması gereken, tedbir kararlarının prensip olarak süre ile sınırlı olması, yani geçiciliğidir. Sözlük anlamı ile ihtiyatî tedbir ise, ilerisi düşünülerek alınan önlemdir³. İhtiyatî tedbirler, ileride hakkın icrasını akamete uğratabilecek olumsuz durumları asıl davada kesin kararın verilmediği bir aşamada bertaraf etmekle⁴, bir nevi ileriye düşünmekte, anılan tehlikeye karşı öngöründe bulunmaktadır. Hak sahibi, hâkimin karar verirkenki öngörü faaliyeti sayesinde hukukî korumaya kavuşturulmaktadır.

İsviçre Hukuku'nda ihtiyatî tedbir müessesesini karşılamak üzere genel olarak "vorsorgliche Massnahme" kavramı tercih edilmektedir⁵. Bu kavram, ihtiyatî tedbiri anlam olarak da karşılamaktadır. Alman Hukuku'nda ise "einstweilige Verfügung" kavramı kullanılmaktadır. Anlamı itibariyle ihtiyatî

¹ Berti, s. 178.

² Yılmaz, C. I, s. 37.

³ Türkçe Sözlük 1, s. 688.

⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 651.

⁵ Berti, s. 178; Vogel, Oscar/Spühler, Karl: Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Auflage, Bern 2006, N. 190. Kantonal sistem nedeniyle bu hukuk çevresindeki pozitif hukuk kurallarında, "vorläufige Massnahme", "vorsorgliche Bestimmung", "vorsorgliche Massregeln", "vorsorgliche Verfügung", "provisorische Verfügung" gibi çok farklı kavramlara da yer verilmiştir.

tedbiri karşılayan bu kavram, doğrudan “ihtiyatî tasarruf” şeklinde Türkçe’ye çevrilebilir. Bizim hukuk terminolojimiz, aslında “tasarruf” kavramına yabancı değildir. Örneğin, idarî tasarruf, yargısal tasarruf ifadeleri kullanılmaktadır. İhtiyatî tedbir yerine, geçici tasarruf ifadesinin kullanılması, hatta Alman Hukuku’ndaki gibi ihtiyatîlik ve geçicilik kavramları arasında içeriksel olarak da ayırma gidilmesi düşünülebilir. Hukukumuzda ihtiyatîlik ile tedbir bir araya gelerek bir tamlama oluşturmuştur. Bu ilişki, gerek uygulamada gerekse doktrinde yerleşmiştir. İhtiyatîlik ve geçicilik kavramları arasında içerik olarak ayırımlara gidilmesinin, kavramların biri yerine diğerinin kullanılmasına da yol açabileceği unutulmamalıdır. İhtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbir arasındaki ayrımın dahi özellikle uygulamada henüz tam olarak yerleşmediği dikkate alınacak olur ise, ihtiyatîlik ve geçicilik özellikleri bakımından ayırma gidilmemesi ve yalnız ihtiyatî tedbir kavramının kullanılması daha isabetlidir.

İhtiyatî tedbir türleri tasnif edilirken “teminat, düzenleme ve eda amaçlı ihtiyatî tedbir” ifadelerine yer verilmektedir. İleride açıklanacağı üzere tedbir türleri amaçlarından değil, tedbir kararının etkilerinden hareket edilerek birbirinden ayırt edilmelidir⁶. Bu düşüncenin tutarlı bir sonucu olarak çalışmamızda eda amaçlı, teminat amaçlı tedbir yerine, eda ve teminat tedbiri ifadeleri kullanılacaktır.

İhtiyatî tedbir, davadan önce istenebileceği gibi, dava devam ederken de talep edilebilir. Kanun’da tedbirin hangi aşamada istenildiğine göre farklı yetki kuralı öngörülmüş (m. 104), asıl davadan önce tedbire hükmedilmişse belirli bir sürede asıl davanın açılması zorunluluğu getirilmiştir (m. 109). Tedbirin talep edildiği aşamaya göre yargılama öncesi tedbirler ve yargılama içinde istenen tedbirler şeklinde terminolojik bir ayırma gerek bulunmamaktadır. Zira, her iki durumda da tedbirler aynı amaca hizmet etmektedir⁷.

İhtiyatî tedbir, bazı yazarlarca dava konusu ve onun emniyet altına alınması esas alınarak tanımlanmıştır. Örneğin, *Kuru*’ya göre ihtiyatî tedbir “davacının davayı kazanması hâlinde dava konusu mala kavuşmasını daha dava

⁶ Bkz. aşa. Bölüm III, § 8.

⁷ Meier-Grundlagen, s. 277; Lüthi, s. 68, 69.

sırasında (hatta davadan önce) emniyet altına almaya yarayan tedbirlerdir”⁸. Bu tanım esas itibariyle teminat tedbirlerine yöneliktir⁹ ve bir işin yapılması ya da yapılmaması yahut bir şeyin verilmesini konu edinen eda tedbirleri bu tanımın kapsamına girmemektedir. Ne var ki, pozitif düzenlemelerimizde talep edilenin geçici olarak icrasını sağlayıcı çok sayıda tedbire yer verilmiştir¹⁰. Bu nedenle, sağlanan hukukî koruma, emniyet altına alma ile sınırlı değildir. Ayrıca, ihtiyatî tedbirin geçici hukukî korumanın bir türü olduğuna değinilmemiştir.

Yılmaz, ihtiyatî tedbiri, “davacının davayı kazanması hâlinde dava konusu mala (şeye) kavuşmasını, kanunların açıkça öngördüğü durumlarda nafaka ödenmesine, ayrılık ve boşanma davası üzerine gerekli geçici tedbirlerin alınmasını ve benzeri düzenlemelerin yapılmasını sağlamak üzere; davadan evvel veya davanın açılmasından sonra ve henüz kesin hükme bağlanmasından önce mahkemece tanınan geçici hukukî himaye” şeklinde tanımlamaktadır¹¹. *Taş Korkmaz*’a göre ihtiyatî tedbir, “hâkim tarafından davadan önce veya dava sırasında istem üzerine verilen, çekişmeli hak veya şeyin; hak sahibine ulaşması için koruma altına alınmasını ya da olası bir tehlike veya zararı önlemeyi amaçlayan geçici tedbirlerdir”¹². *Karafakih*’e göre ihtiyatî tedbir “davaya konu olan para borcundan başka bir hakkın temin ve korunması için taraflardan birinin vukubulan müracaatı üzerine mahkemenin bu hususa mütedair olarak kanunun muayyen hallerde verdiği muvakkat tedbirdir”¹³. *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, ihtiyatî tedbiri, “kesin hükme kadar devam eden yargılama boyunca, davacı veya davalının (dava konusu ile ilgili olarak) hukukî durumunda meydana gelebilecek zararlara karşı öngörülmüş, geçici nitelikte, geniş veya sınırlı olabilen hukukî korumadır” şeklinde tanımlamaktadır¹⁴.

⁸ *Kuru*, C. IV, s. 4290. Aynı tanım için bkz. *Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: Medenî Usul Hukuku (Usul)*, 20. Baskı, Ankara 2009, s. 613. Benzer yönde tanım için bkz. *Ansay-Yargılama*, s. 195. *Tanrıver* de ihtiyatî tedbirlerin güvence niteliğine vurgu yapmaktadır (*Tanrıver-Dayanaklar*, s. 46).

⁹ *Yılmaz*, C. I, s. 171.

¹⁰ Bkz. aşa. Bölüm III, § 9, II, C, 3, b.

¹¹ *Yılmaz*, C. I, s. 178.

¹² *Taş-Korkmaz*, s. 4. Benzer yönde bkz. *Berkin-Usul*, s. 117.

¹³ *Karafakih*, s. 266.

¹⁴ *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, s. 652. Aynı tanım için bkz. *Özekes-İhtiyatî Haciz*, s. 55, 56; *Özekes-İhtiyatî Tedbir*, s. 94. Benzer yönde bkz. *Konuralp-Usul*, s. 245.

İsviçre Hukuku'nda *Vogel/Spühler*'e göre ihtiyatî tedbirler, “mahkemenin, taraflardan birine asıl dava öncesinde veya dava devam ederken geçici hukukî koruma sağladığı emirleridir”¹⁵. *Stach*, ihtiyatî tedbiri, “yargısal bir merciin yargılamadan önce ya da yargılama devam ederken asıl dava için bağlayıcı olmayacak şekilde iddia edilen ve yaklaşık ispat seviyesinde ispat edilen hakkın korunması ve asıl davadaki nihaî hükme kadar oluşabilecek zararların bertaraf edilmesine ilişkin geçici emirlerdir” şeklinde tanımlamaktadır¹⁶.

Avusturya Hukuku'nda *Sailer*, ihtiyatî tedbirleri kapsamlı olarak şu şekilde tanımlamaktadır: “İhtiyatî tedbirler, talepte bulunanın karşı tarafa olan talebi çerçevesinde yargısal icra yolu açık, yalnız yaklaşık ispat seviyesinde ispat edilen hukukî konularının icrasının akamete uğratılması ya da zorlaştırılmasına yönelik geçici önlemleri emreden tek taraflı acele bir yargılamada verilen, ancak talep edilenin yerine getirilmesi hakkı sağlamayan, ne üçüncü kişilerin haklarına müdahale eden ne de talebin ifasını gerçekleştiren mahkeme kararlarıdır”¹⁷. Bu tanımda da tedbirlerin sağlayabileceği hukukî koruma sınırlandırılmış, eda tedbirleri tamamen dışarıda bırakılmıştır. Bu durumda, ifa sonucunu doğuran tedbir kararları hiçbir şekilde verilemeyecektir.

İhtiyatî tedbir tanımlanırken bazı hususlar göz önünde bulundurulmalıdır. Her şeyden önce ihtiyatî tedbir, bir geçici hukukî korumadır. Konu itibariyle ihtiyatî tedbirler bütün maddî hukuk taleplerini içine alır. Bu talepler, haklılığı konusunda bir kanaat edinildiği takdirde, tedbir yolu ile güvence altına alınabileceği gibi, istisnaen geçici olarak da gerçekleştirilebilir. Yaklaşık ispat seviyesinde ispat ölçüsü ve hukukî dinlenilme hakkının ertelenmesi, bir tehlikenin önlenmesi ya da durdurulması bütün geçici hukukî korumaların karakteristik özellikleridir.

¹⁵ *Vogel/Spühler*, N. 190. *Kaufmann*, çalışmasında bu tanımları esas almaktadır (*Kaufmann, Martin Otmar*: Einstweiliger Rechtsschutz, Die Rechtskraft im einstweiligen Verfahren und das Verhältnis zum definitiven Rechtsschutz, Bern 1993, s. 6).

¹⁶ *Stach, Patrick*: Vorsorgliche Massnahmen nach Bundesrecht und st. Gallischem Zivilprozessrecht, St Gallen 1991, s. 16, 17.

¹⁷ *Sailer, Hansjörg*: Exekutionsordnung Kommentar §§ 378-382a EO, Hrsg: Burgstaller, Alfred/Deixler-Hübner, Astrid, Band IV, 7. Lieferung, 2002, *Sailer* in Burgstaller/Deixler, vor § 378 N. 4.

Yukarıdaki tanımlar ve tespitler dikkate alınarak ihtiyatî tedbir şu şekilde tanımlanabilir: “İhtiyatî tedbir, maddî hukuk talebinin ve gecikmesinde tehlike olan bir hâlin yaklaşık ispat seviyesinde ispat edilmesi koşuluyla, gerektiğinde karşı tarafın hukukî dinlenilme hakkı ertelenerek, para alacağı dışında kalan taleplerin güvence altına alınmasına; istisnaen bütün taleplerin asıl dava için bağlayıcı olmayacak şekilde geçici olarak gerçekleştirilmesine hizmet eden geçici bir hukukî korumadır”.

II. İhtiyatî Tedbirlerin Amaçları

A. İhtiyatî Tedbirlerin Kurumsal Amacı

Hukukî koruma tekelinin ihdas edilerek kendiliğinden hak almanın yasaklanması, hakka derhal kavuşamama sonucunda bazı tehlikeleri ve zarar tehditlerini yaratmıştır. İhtiyatî tedbirlere, “tehlike” ve bunun sonucunda ortaya çıkabilecek “zarar” kavramları hayat verir. Tehlike ve zarar kavramları sayesinde ihtiyatî tedbirlerin hak arayana ulaşmasının yolu açılır. Çünkü ancak hakkın gerçekleştirilmesinde tehlike mevcut ise, çeşitli garantiler ile donatılan asıl davadaki yargılamadan önce hakka yönelik tam ispat seviyesinde inceleme yapılmaksızın yargısal bir karar verilmesi haklılık kazanır¹⁸. Bu tehlike ve zarar tehditlerinin başında yargılama süresinin uzunluğu gelmektedir. Taraflar arasındaki hukukî durumun açıklığa kavuşturulması, hakkın hüküm altına alınması, hukukî ilişkinin düzenlenmesi titiz bir yargılamayı gerekli kılmaktadır. Bu durum, genelde hukukî korumanın etkinliğine, özelde hak sahibine yönelik tehlikeler yaratır.

Zaman faktörü ilk olarak müstakbel icranın sonucunu tehlikeye düşürebilir¹⁹. Çeşitli sebeplerden kaynaklanabilecek gecikme, hakkın icrası mahkemenin nihaî bir emri hâline gelse de gerçekte zorlaşabilir ya da bazen olanaksız hâle gelebilir. Özellikle kötü niyetli borçluların uyuşmazlık konusuna zarar veren, onun değerini azaltan davranışlar içine girmesi ya da uyuşmazlık

¹⁸ du Mesnil de Rochemont, s. 19; Schellhammer, N. 1904. İhtiyatî tedbir sebebi olarak ifade edilen bu tehlike ileride ele alınacaktır, bkz. aşağıda. Bölüm II, § 6, V, B.

¹⁹ Rechberger, Walter/Simotta, Dophne Ariane: Exekutionsverfahren, 2. Auflage, Wien 1992, N. 871; Taş-Korkmaz, s. 4; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 651; Özekes-İhtiyatî Tedbir, s. 95; Konuralp-USul, s. 245.

konusu üzerinde tasarrufta bulunması, sıklıkla karşılaşılan ve yargılama süresinden dolayı kolaylıkla engel olunamayan bir durumdur. Hakkı, yargı kararı ile hüküm altına alınan alacaklı, icranın zorlaşması ya da olanaksızlaşması karşısında büyük zararlara uğrayabilir²⁰. Müddeabihin ortadan kalkması ya da zarara uğramasından sonra açılacak tazminat davası çoğu kez alacaklının hakkına kavuşmasına nazaran onu tam anlamıyla tatmin etmez.

Zaman faktörü ikinci olarak, doğrudan müstakbel takibin sonucunun güvence altına alınmasına atlanamayacak diğer tehlikeler ve zarar tehditlerinde söz konusu olabilir. Bu tehlikelerin etkileri asıl davada karar verilmesinden önce belirir. Bu tür tehlikeli hâllerde, hak cebrî icra yoluyla zamanında elde edilse de, dava süresince ortaya çıkan tehlikeler büyük kayıpları beraberinde getirebilir. Örneğin, anonim ortaklığın yönetim kurulu, fesih davası devam ederken ortaklık için riskli hukukî işlemler yapıyorsa, derhal tedbir alınması gereken tehlikeler vardır. Hak sahibinin karşı karşıya olduğu tehlikeler, çoğunlukla hakkın derhal gerçekleştirilmesi ile izale edilir²¹.

Zaman faktörünün yarattığı tehlike ihtiyatî tedbirlerin amacını belirlemektedir. İhtiyatî tedbirler, hakkın ya da hak sahibinin karşı karşıya olduğu tehlikelerin bertaraf edilmesini, bu tehlikelerin yol açabileceği telafisi mümkün olmayan zararların veya tehlikenin önlenmesini amaçlar²². Bu amaca ulaşabilmek için, asıl dava sonunda verilen ve kesinleşen hükmün zamanında icra edilememe ihtimaline karşı oluşabilecek zararlı sonuçların önüne geçilir, zarar oluşmuşsa ihlâl durdurulur²³. Yani, bu tehlikelere ve zarar tehditlerine karşı hukukî koruma temin edilir. Davada da tehlikenin ortadan kaldırılması söz konusudur. Ancak ihtiyatî tedbirlerde tehlikenin ortadan kaldırılması, kesin hükme ulaşana kadarki süre, yani zaman faktörü nedeniyledir. Deyim yerindeyse,

²⁰ Postacıoğlu-Usul, s. 487; Karafakih, s. 266; Kuru, C. IV, s. 4290; Üstündağ-Yargılama, s. 581; Stach, s. 11, 12; Musielak/Huber, § 916 N. 1; Yılmaz, Z. S., s. 9; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 651; Prütting/Stickelbrock, s. 268; Deren-Yıldırım-Marka, s. 200; Adolphsen, § 38 N. 1.

²¹ du Mesnil de Rochemont, s. 21; Rosenberg/Gaul/Schilken, s. 996, 997.

²² Postacıoğlu-Usul, s. 487; Karafakih, s. 266; Berkin-Usul, s. 118; Leipold-Grundlagen, s. 83, 84; Meier-Grundlagen, s. 51; Gloor, s. 8; Stach, s. 11; Lüthi, s. 76; Berti, s. 178; Üstündağ-Yargılama, s. 581; Önen, s. 252; Holzhammer/Roth, s. 114; Yılmaz, Z. S., s. 9; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 652; Özekes-İhtiyatî Tedbir, s. 95.

²³ Stach, s. 12; Rosenberg/Gaul/Schilken, s. 997.

tedbir, müstaceliyete zamanında verilen bir reaksiyondur²⁴. Asıl davada ise tehlikenin geleceğe etkili olarak sona erdirilmesi amaçlanır.

İhtiyatî haciz için ifade edilen ve pekâlâ ihtiyatî tedbir için de geçerli olan müstakbel takibin sonucunun güvence altına alınması da geniş anlamda bir tehlikenin önlenmesidir²⁵. Burada tehlikenin kaynağı, müddeabihin cebrî icranın konusu olmaktan çıkarılmasıdır. Şüphesiz, başkaca hususlar da ihtiyatî tedbirlerin önleyeceği tehlikeler yaratabilir. İhtiyatî tedbirler, müstakbel takibin sonucu bakımından koruyucu, alacaklının karşı karşıya olduğu mevcut zarar tehlikesi bakımından önleyici bir amaç takip etmektedir.

B. İhtiyatî Tedbirlerin İşlevsel Amacı

Tehlikenin bertaraf edilmesi, zararın önlenmesi ya da durdurulması şeklinde ifade edilebilecek kurumsal amaç, tedbirlerin türleri, koşulları ve içeriğini yeterince aydınlatamamaktadır. İhtiyatî tedbirlerin işlevsel amaçları tespit edilirse, anılan hususlara daha net yanıt verilebilecektir. İşlevsel olarak tedbirler, asıl dava sonunda icra edilebilir hâlde kalması için uyumsuzluk konusunun güvence altına alınmasını ve talebin geçici icrasını amaçlar²⁶. Teminat işlevinde hakkın borçlu davranışları ile değiştirilmesinin, bozulmasının, ortadan kaldırılmasının ve borçlunun tasarrufunun önüne geçilir. Burada belirli bir ihtilaf konusuna ilişkin mevcut durumun muhafaza edilmesi söz konusudur²⁷. Geçici icrada ise, alacaklının karşı karşıya olduğu tehlikeli durumun yarattığı zararlar hakkın ifası ile önlenir. Tedbirlerin işlevsel amaçları, kurumsal amacına hizmet eder²⁸. Uyumsuzluk konusunun güvence altına alınması ya da talebin geçici icrası sayesinde tedbir kararlarının verilmesini haklı kılan tehlikeler de önlenir ya da durdurulur. Müstakbel icranın sonucunun akamete uğraması tehlikesi, uyumsuzluk konusunun temini ile; mevcut tehlikeler, geçici icranın gerçekleştirilmesi ile bertaraf edilir.

²⁴ Berti, s. 178.

²⁵ Meier-Grundlagen, s. 52.

²⁶ Gloor, s. 9, 10, 11. İhtiyatî tedbirlerin ifaya zorlama amacının bulunmadığı hususunda karşı yönde bkz. Kodek, § 378 N. 1.

²⁷ Reichold in Thomas/Putzo, § 935 N. 3; Deren-Yıldırım-Evrenselleşme, s. 305.

²⁸ Gloor, s. 9.

C. İhtiyatî Tedbirlerin Diğer Amaçları

Medenî usûl hukukunun amaçlarından birisi, sübjektif hakların gerçekleştirilmesidir. Davaya göre tamamlayıcı bir işlev gören ihtiyatî tedbirler de acaba sübjektif hakların gerçekleştirilmesine hizmet etmekte midir? İhtiyatî tedbirlerin işlevsel amaçlarına göre konu ayrı ayrı değerlendirilebilir. Teminat sağlama amacıyla, sübjektif haktan çok, hakka götüren yolun, yani icra takibinin korunması ön plandadır. Zira, hakkın ifasına dönük icrai işlemlere girilmemekte, sadece uyuşmazlık konusu muhafaza edilerek takip sonucu güvence altına alınmaktadır. İhtiyatî hacizde de cebri icra yolunun açık bırakılması amacı ağır basmaktadır. Çünkü ihtiyatî hacizde para alacağının tahsili için, borçlunun para dışındaki diğer malvarlığı değerlerine de el konulabilmesi ve ihtiyatî haczin icrası prosedüründe satış aşamasına yer verilmemesi işlevsel olarak amacın doğrudan sübjektif hakka yönelmediğini göstermektedir²⁹.

Diğer bir işlevsel amaç olan geçici icrada da son tahlilde hakka götüren yoldan emin olunması söz konusu ise de, sübjektif hakların gerçekleştirilmesi amacı ağır basmaktadır. Örneğin, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun her türlü nafaka alacağı için ifaya yönelik tedbir kararı verilebileceğine ilişkin düzenlemesinde (m. 101 b. 3) bu amaç vurgulanmaktadır. Zira, bir miktar paranın ödenmesinde güvence altına almaya göre farklı bir hukukî amaç takip edilmektedir. Eda tedbirlerinde, bir şeyin verilmesi, bir işin yapılmasına hükmedildiğinde sübjektif hakkın icrası için takibin tüm aşamaları katedilmekte ve cebri icra sonunda alacaklı hakkını elde etmektedir. Bu nedenle, eda tedbirlerinde hakkın geçici olarak icrası söz konusudur. Özellikle bir işin yapılmamasına hükmedildiğinde, uyuşmazlığı çözen yoldan çok, amacın sübjektif hakka yöneldiği somut bir şekilde görülebilmektedir³⁰. Örneğin, konusu bir işin yapılmaması olan talepte, asıl dava sonunda yapmama emri, dava devam ederken oluşacak zararlar için alacaklının menfaatlerini karşılamayacaktır. Alacaklıya dava devam ederken oluşacak zararlar bakımından yarar

²⁹ Özekes-İhtiyatî Haciz, s. 16.

³⁰ Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler, s. 40; Özekes-İhtiyatî Haciz, s. 61; Compensis, Ulrike: Die einstweilige Verfügung auf Unterhaltsleistung, Köln 1991, s. 62.

getirmeyecek yapmama ediminin bu nedenle güvence altına alınması söz konusu olamaz³¹. Burada geçici hukukî korumaya, hükmün icrası tehlikeye düşeceği için değil, karşı tarafın birtakım davranışları nedeniyle oluşan ya da oluşması muhtemel zararların önüne geçilmek için başvurulmaktadır. Hâl böyle olunca, doğrudan yapmama isteminin icrası değil, bizatihi kendisi asıl davada karar verilene kadar korunmaktadır³².

Müstakbel icranın gerçekleşmemesi tehlikesinin bertaraf edilmesi amacı doğrultusunda, tedbir yargılamasında sübjektif hakka ilişkin değil, mevcut veya müstakbel davanın veya takibin sonucunun güvence altına alınmasına karar verilmektedir³³. Asıl dava yolunu açık bırakan, onun amacını gerçekleştirmesine yardım eden ihtiyatî tedbirlerin teminat işlevinde, geçicilik vasfından ötürü asıl davaya göre farklı bir amaca yönelindiği doğrudur. Geçici hukukî korumanın tamamlayıcı işlevinden ötürü maddî hukuk talebinin hem güvence altına alınmasına hem de gerçekleştirilmesine hizmet ettiğini reddeden görüşe de katılmak zordur. Bu görüş, geçici hukukî korumanın münhasıran hakkın icrasını şüpheli hâle getirebilecek ve taraflardan birinin menfaatlerini ihlâl edebilecek değişimlere karşı usûli bir hukukî konum olarak ifade edilen asıl davadaki taraf konumunu güvence altına aldığı temeline dayanmaktadır³⁴. Kısaca, geçici hukukî koruma, davadan önce ya da dava devam ederken var olan usûli statükonun muhafazasıdır³⁵. Ne var ki, işlevsel amaçlarda ayırım yaparak sübjektif hakların gerçekleştirilmesine ilişkin farklı sonuçlara ulaşılsa da, her iki işlevde de sübjektif hakların gerçekleştirilmesine hizmet edildiği yadsınamaz. Müstakbel icranın asıl davadaki karara kadar güvence altına alınması da talep sahibine bir hukukî koruma sağlamaktadır. Teminat işlevinde, hakkın icrası yolu ön planda olmakla beraber, icra takibi de son tahlilde sübjektif hakların gerçekleştirilmesini

³¹ du Mesnil de Rochemont, s. 52.

³² du Mesnil de Rochemont, s. 58.

³³ Reichold in Thomas/Putzo, vor § 916 N. 2; Özkes-İhtiyatî Tedbir, s. 112; Akkan, s. 62

³⁴ İhtiyatî hacizde bu usûli konum, para alacağının ya da Alman Hukuku'nda para alacağına dönüşebilen bir talebin iddiasına; ihtiyatî tedbirde ise para alacağı olmayan diğer tüm taleplerin iddia edilmesine hizmet eden mevcut ya da müstakbel bir hukukî konuma dayanmaktadır (Heinze, s. 20, 21).

³⁵ Heinze, s. 19, 20.

sağlar. Tedbir kararı verilmeyip uyuşmazlık konusu üzerinde tasarruf edildikten sonra dava kazanıldığında, hakkın gerçekleştirilmesi imkânsızlaşır.

Diğer yandan, geçici hukukî korumalara hükmedebilmek için sübjektif hak, önce iddia edilmeli, sonra yaklaşık ispat seviyesinde ispat edilmelidir. Maddî hukuktan bağımsız, yalnız tehlikeyi bertaraf etmeyi hedefleyen geçici hukukî koruma düşünülemez³⁶. Ayrıca, geçici hukukî koruma kararlarının asıl hukukî korumadaki esaslara uygun olarak icra edildiği unutulmamalıdır. Belirtmek gerekir ki, teminat işlevinde hakkın gerçekleştirilmesi, takibin sonucunun güvence altına alınmasına göre doğrudan değil, dolaylı bir amaçtır³⁷. Bu bağlamda, sübjektif hakların gerçekleştirilmesinde bağımsız değil, tamamlayıcı bir işlev üstlenilmektedir³⁸.

Medenî usûl hukukunun amaçlarından birisi olan hukuk barışının ve hukuk güvenliğinin sağlanmasının ihtiyatî tedbirlerin de amacının olup olmadığı sorgulanmalıdır. Davada uyuşmazlık hakkında geleceğe dönük olarak bağlayıcı, prensip itibariyle değiştirilemez bir karar verilmekle, artık o hak üzerinde tartışma sona erdirilmektedir. Hukukî koruma ile de hukuk barışı tesis edilmektedir. Tedbir yargılamasında ise maddî hukuk talebi hakkında nihâf olarak karar verilmez. Verilen kararlar asıl dava için bağlayıcı değildir. Bu nedenle, tedbirlerin hukuk barışına ve hukuk güvenliğinin sağlanmasına doğrudan hizmet ettiği söylenemez³⁹. Olsa olsa hukuk barışının, asıl dava yolunun açık bırakılmasının ve geçici bir düzenin kurulması sonucunda ancak ara dönem için tesis edildiği ve hukuk barışına dolaylı olarak hizmet edildiği söylenebilir.

Davanın uzun sürmesinden dolayı oluşabilecek zararlara engel olmak ve bunları ortadan kaldırmak, diğer taraftan başka bir zarar tehlikesini ortaya

³⁶ Vogg, s. 50, 51.

³⁷ *Gloor*, ayırım yapmaksızın tüm tedbir türlerinde müstakbel icranın güvence altına alınmasını doğrudan; geçici hukukî koruma sağlamayı, yani hakkın gerçekleştirilmesini dolaylı amaç olarak kabul etmektedir (s. 15). Geçici hukukî korumanın hakkın gerçekleştirilmesine, elde edilmesine hizmet etmediği yönünde karşı. *Yılmaz Z. S.*, s. 5.

³⁸ *Thümmel* in *Wieczorek/Schütze*, vor § 916 N. 2; *Walker*-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 65; *Walker* in *Schuschke/Walker*, vor § 916 N. 2. *Huber*, tamamlayıcı işleve dahi değinmeksizin geçici hukukî korumanın sübjektif hakların gerçekleştirilmesine hizmet ettiği fikrindedir (*Musielak/Huber*, § 916 N. 1).

³⁹ *Leipold-Grundlagen*, s. 84.

çıkarmaktadır. Henüz kesin hükme ulaşılmayan bir dönemde yaklaşık ispat seviyesi ile bir hakkın korunmasına ya da geçici icrasına karar verildiğinde, geçici icra kararının ileride haksız çıkması durumunda borçlunun önemli zararlara uğraması söz konusu olabilir. Hatta denilebilir ki, ihtiyatî tedbir çoğu zaman diğer tarafı zarara uğratır. Borçlu, prensip itibariyle asıl davada karar verilene kadar tedbire tahammül etmek zorunda kalacaktır. Hatta özellikle bazı eda tedbirleri, borçlunun ekonomik olarak mahvına dahi yol açabilir. Her iki taraf açısından düşünüldüğünde, ihtiyatî tedbir kararı, karşı tarafın ve onun iddia ve savunmalarıyla delillerine vakıf olunması fırsatını tanımaktadır. Bu nedenle özellikle eda tedbiri kararı verilirken borçlunun da menfaatleri dikkate alınır⁴⁰. İhtiyatî tedbir kararlarının bu iki yönlülüğü, ihtiyatî tedbirin aslında bir riziko dağıtımını amaçladığını göstermektedir. Tedbir talebini inceleyen mahkeme, tedbir kararı vermeden önce her iki tarafın menfaatlerini tartmalı, ancak alacaklının menfaatleri ağır bastığı takdirde tedbire hükmetmelidir. Menfaat dengesinin tedbir yargılamasında özel olarak gözetilmesi, ihtiyatî tedbirlerin asıl davada karar verilene kadarki dönemde her iki taraf içinde katlanabilir bir durum yaratmayı amaçladığını göstermektedir⁴¹.

Ucuz, basit, hızlı bir yargılama ile hukukî korumaya ulaşılmışından ötürü ihtiyatî tedbirler hak arayanlar için son derece pratiktir. Ancak bu esneklik, tedbirlerin başka amaçlar için de kullanılmasına yol açmış, hatta tedbirin tehlikenin önlenmesi amacı geri planda kalmaya başlamıştır. Uygulamada borçlu üzerinde psikolojik bir baskı oluşturmak amacıyla tedbir talep edildiği görülmektedir. Ne var ki, psikolojik baskı kurmak, tedbirin bizatihi amacı olamaz⁴². Tedbire, borçlu üzerinde baskı kurulması için hükmedilmez. Çünkü bir yandan usûlî dürüstlük kuralı ihtiyatî tedbir yargılamasında da geçerlidir⁴³ diğer

⁴⁰ Stach, s. 12, 15; Lüthi, s. 75; Musielak/Huber, § 916 N. 1.

⁴¹ Stach, s. 12.

⁴² “Bazen genel ifadelerle talep edilen bir tedbire, yargı organları yine genel bir şekilde karar vermekte, tedbirin muhatabı aslında haklı olduğu hâlde, o sırada daha büyük bir zarara engel olmak için karşı tarafla anlaşma yolunu tercih etmek zorunda kalmaktadır.” (HMK Tasarısı Hükümet Gerekçesi m. 394).

⁴³ Davanın dürüstlük kurallarına uygun bir biçimde kullanılabilmesi, aksi takdirde hukukî koruma sağlanamayacağına ilişkin bkz. Arslan-Dürüstlük, s. 71 vd. özellikle s. 71, 72.

yandan tedbir kararının borçlu üzerinde bıraktığı psikolojik etki, tedbirin bir sonucudur⁴⁴.

III. İhtiyatî Tedbirlerin Hukukî Koruma Niteliği ve Düzenlenme Şekli

İhtiyatî tedbirlere sübjektif hakların gerçekleştirilmesi kudreti ile donatılan dar anlamda yargı organlarınca karar verilir ve bu kararlar yerine getirilmediğinde zorla icra edilir. Bu bakımdan, tedbir talepleri, bir hukukî korunma isteği; tedbir kararları bağlayıcı yargısal emirdir⁴⁵. Tedbir kararları hukukî koruma sağlanmasına hizmet eder⁴⁶. İddia edilen hak geçici de olsa alacaklı lehine, borçlu aleyhine yeni bir duruma girer. Örneğin, borçlu o hak üzerinde tasarruf edemez, hatta bazı hâllerde haktan artık alacaklı yararlanır. Bu yeni durum, tedbir kararlarının hukukî koruma sağlaması ile açıklanabilir.

Dava, yargılama ve icra olmak üzere iki aşamadan oluşmaktadır. Yargısal hukukî koruma, bir yargılama açılarak vakıaların tespiti ile altlama faaliyetini zorunlu kılmaktadır. Bu faaliyet sonucunda hakkın hüküm altına alınmasına karar verilmesine rağmen, karşı taraf rızasıyla hükmün gereğini yerine getirmediğinde, hakkın zorla icrası yargılama aşamasını tamamlamaktadır. İhtiyatî tedbirler de hukukî korumanın zamansal faktör nedeniyle etkin olamaması karşısında ara dönem için hukukî koruma işlevini yerine getirmektedir. Bu nedenle, ihtiyatî tedbirler, davanın iki aşamalı yöntemini takip etmekte ve yargılama ve icra olmak üzere iki aşamadan oluşmaktadır⁴⁷. Yargılama aşamasında hakkın hızlı ve yaklaşık ispat seviyesinde bir incelemeye tâbi tutulması, tedbir sebebinin ispatı gibi geçici hukukî korumanın kendisine özgü yapısından kaynaklanan bazı istisnalar dışında yargılama şartları incelenmekte, usûli işlemler yapılmaktadır. Esasen asıl dava için geçerli pek çok usûli müessese tedbir yargılaması için de uygulama alanı bulmaktadır. Yargılama sonunda geçici hukukî korumaya esas teşkil eden maddî talep haklı görülürse,

⁴⁴ Özekes-İhtiyatî Haciz, s. 14. Geçici hukukî koruma silahının doğru olarak kullanılmasına izin verilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Pekcanitez-Geçici Hukukî Koruma, s. 116. Bu konuda ayrıca bkz. Yılmaz-İhtiyatî Haciz, s. 64.

⁴⁵ Lüthi, s. 68; Berti, s. 178.

⁴⁶ Walder-Richli/Andermacher, § 32 N. 1.

⁴⁷ Morbach, s. 254; Habscheid-Zivilprozess, N. 610; Reichold in Thomas/Putzo, vor § 916 N. 1; Walker in Schuschke/Walker, vor § 916 N. 7; Paulus, N. 700; Adolphsen, § 38 N. 1.

talebin konusu ve içeriğine dayalı olarak ihtiyatî tedbire hükmedilen bir karar verilmektedir⁴⁸. İhtiyatî tedbir kararı borçlu tarafından yerine getirilmediğinde, tedbir kararının türüne göre alacaklının talebi üzerine icra organları tarafından zorla yerine getirilmektedir. Örneğin, taşınır mal yediemine teslim edilmekte, çocuğun ihtiyaçları için açılan nafaka davasında tedbire hükmedildiğinde (TMK m. 332, 333), nafaka miktarı kadar borçlunun mallarına el konulmakta ve bu mallar paraya çevrilmektedir.

Tedbirin sağladığı hukukî korumanın iki aşamalılığı göstermektedir ki, ihtiyatî tedbirler kısmen usûl, kısmen icra hukuku karakterini haizdir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun düzenlemesinden yola çıkarak ilk bakışta ihtiyatî tedbirlerin sistematik olarak usûl hukukunu ilgilendirdiği düşünülebilir. Ancak böyle bir sistematik yorum yanıltıcıdır ve tedbirlerin hukukî koruma niteliği eksik değerlendirilmiş olur⁴⁹. Zira, tedbir kararı verilmesinden sonraki aşama prensip olarak icra hukukunu ilgilendirmektedir. Diğer yandan, yargılama ve icra şeklindeki iki aşama, yalnız ihtiyatî tedbir için değil, ihtiyatî haciz için de geçerlidir. Farklı kanunlarda yer verilmiş olmaları, iki aşamalı sistem bakımından fark yaratmaz. Ne ihtiyatî tedbir yalnız usûl hukukunu ne de ihtiyatî haciz yalnız icra hukukunu ilgilendirir⁵⁰. Her iki geçici hukukî koruma önlemi hem usûl hukukuna hem de icra ve iflâs hukukuna bağlıdır.

Bu noktada ihtiyatî tedbirlerin hukukî koruma niteliği bağlamında, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda mı, yoksa İcra ve İflâs Kanunu'nda mı düzenlenmesinin daha yerinde olacağı sorusu akla gelebilir. Zira, kanun koyucu, Alman Hukuku'nun aksine geniş anlamda usûl hukukuna ilişkin kuralların iki ayrı Kanun'da düzenlenmesi tercihinde bulunmuştur. Bu tercih, ihtiyatî tedbirler gibi her iki Kanun'u ilgilendiren müesseselerin sistematik yerinin belirlenmesini zorlaştırmaktadır. Usûl ve icra hukukunun iki ayrı Kanun'da düzenlendiği

⁴⁸ Meier-Grundlagen, s. 9; Heinze, s. 21; Kuru, C. IV, s. 4290, 4291; Baur/Stürner/Bruns, N. 50.1.

⁴⁹ Alman Hukuku'nda ihtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbirin Usûl Kanunu'nun icra hukukunun düzenlendiği 8. kitabında düzenlenmesi yanıltıcı bulunmaktadır (Grunsky-Grundzüge, § 8 II 1 2; Gerhardt, s. 232; Jauernig/Berger, § 34 N. 4; Schellhammer, N. 1899; Prütting/Stickelbrock, s. 268; Lackmann, N. 654).

⁵⁰ Karş. Bilge/Önen, s. 368.

Avusturya Hukuku'nda ihtiyatî tedbirler İcra Kanunu içinde yer almaktadır⁵¹. Kanımızca, kanun koyucunun ihtiyatî tedbirlere Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu içinde yer vermesi yerindedir. Tedbir kararının icrası, yargılamanın ve burada verilen kararın sonucudur. Bu bakımdan, tedbirin yargılama niteliği, kararın icrasına göre ağır basmaktadır. Şüphesiz, bu değerlendirme ile, müstakbel icranın güvence altına alınması işlevi ve bunun sonucunda yargılama hukukunun icra hukukuna yakınlığı inkâr edilmemektedir. Ancak kanun koyucu, tedbir kararının ne şekilde icra edileceğine yönelik hemen hemen hiçbir hüküm getirmemiştir. Yalnız, tedbiri hangi organın icra edeceği (m. 106) ve tedbir kararının gereğinin yerine getirilmemesinin yaptırımını (m. 113A) düzenlenmiştir. Şu hâlde, tedbirin icrası usûlünde İcra ve İflâs Kanunu zaten uygulama alanı bulacaktır. Tedbirle ilgili hükümlerin usûl hukukunu ilgilendirmesi ve tedbir kararlarının icrasında Kanun'un özel bir düzenleme getirmemesi, yargılama ayağının ön plana çıkarıldığıının bir delilidir.

İki aşamalı hukukî korumanın sonucunda, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun ihtiyatî tedbir yargılaması ve icrası ile ilgili düzenlemesinde hüküm bulunmadığı ve tedbirlerin kendisine özgü bünyesine uygun düştüğü sürece davada geçerli olacak yargılama ve icra kuralları uygulama alanı bulacaktır⁵². Mahkeme yazı işleri ya da icra dairesi, kararı yerine getirirken tedbirin konusu edimin verme, yapma ya da yapmamaya ilişkin olmasına göre icra takibindeki kuralları uygulayacaktır. Yalnız yapmama edimleri ile münhasıran borçlu tarafından yapılabilecek bir işe ilişkin tedbire, karşı taraf dinlenilerek karar verilmişse, tedbir mahkeme kararı ile birlikte sonuçlarını doğurur ve karar özel surette icra edilmez. Tedbire rağmen yapılmaması gereken iş yapılır, yapılması gereken iş yapılmazsa, tedbire aykırı hareket eden, lehine tedbir kararı verilenin talebi ile altı aya kadar hapse mahkûm edilir (m. 113A). Buna karşılık, borçlunun yokluğunda bu türden bir tedbir kararı verilmişse, İcra ve İflâs Kanunu'nun 30. maddesi gereğince kararın karşı tarafa tebliğ edilmesi, Hukuk Usûlü

⁵¹ İhtiyatî tedbirlerle ilgili kuralları "ne balık ne de et" olarak nitelendiren *Sailer*, son tahlilde kanun koyucunun bu tercihini desteklemektedir (*Sailer in Burgstaller/Deixler-Hübner*, vor § 378 N. 5). *Rechberger/Simotta*, bu düzenleme biçimini hem doğru hem de yanlış olarak değerlendirmektedir (N. 873).

⁵² Alman Hukuku'nda aynı değerlendirme için bkz. *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Grundz. § 916 N. 1; *Walker in Schuschke/Walker*, vor § 916 N. 7.

Muhakemeleri Kanunu'nun 113A maddesine göre ceza verilebilmesi için gereklidir⁵³.

IV. İhtiyatî Tedbirlerin Temel (Ayırt Edici) Özellikleri

A. Genel Olarak

İhtiyatî tedbirler, müessese olarak düzenleme biçimine göre farklı şekillerde anlaşılabilceği gibi, tedbirlere değişik işlevler de yüklenebilir. Örneğin, Avusturya Hukuku'nda ihtiyatî haciz adı altında bir kavrama yer verilmeyip bu müessese ihtiyatî tedbirler kapsamına dahil edilmiştir. Her hukuk düzeni bu müesseseye ve yargılama, kararın icrası, tamamlayıcı merasim gibi hususlara farklı yaklaşabilir.

Asıl davaya bağılı geçici hukukî korumayı asıl hukukî korumadan ayıran yargısal temel haklara ilişkin özellikler, ihtiyatî tedbirler için de geçerlidir. Buna göre, talepte bulunanın derhal korunmasını gerektiren acele hâllerde karşı taraf dinlenilmeden karar verilmek suretiyle hukukî dinlenilme hakkı ertelenebilir (m. 105/II)⁵⁴. İhtiyatî tedbir yargılamasında maddî hukuk talebinin (ihtiyatî tedbire esas teşkil eden talep) ve tedbiri haklı gösteren tehlikeli hâlin (tedbir sebebinin) yaklaşık ispat seviyesinde ispat edilmesi yeterlidir⁵⁵. Her ne kadar Hukuk Usûlü

⁵³ Postacıoğlu-Usul, s. 496. 7. CD, 28.10.1976, 8266/8304 (YKD 1977/5, s. 734). Karşı taraf dinlenilmeden bir işin yapılmamasına yönelik tedbire hükmedilmişse, Alman Hukuku'nda da tedbir kararının karşı tarafa tebliği gerekli görülmektedir. Buna karşılık, karşı taraf dinlenilerek tedbir kararı verilmişse, kararın yine de tebliğ edilip edilmemesi gerektiğine ilişkin tartışma mevcuttur. Bir görüşe göre, kararın karşı tarafa tefhimi, lehine tedbire hükmedilenin kararın icrasına yönelik iradesini içermemektedir. Bu irade, ancak kararın tebliği ile beyan edilmiş olur (Zöller/Vollkommer, § 929 N. 18; Schuschke in Schuschke/Walker, § 929 N. 26; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 938 N. 51). Diğer bir görüş ise, tedbirin icrasından feragat edilmediği sürece bu iradeyi mevcut görmektedir (Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 582).

⁵⁴ Burada hukukî dinlenilme hakkının kısıtlanması değil, zaman itibariyle ertelenmesi söz konusudur (Pekcanitez-Hukukî Dinlenilme, s. 764; Özkes-Hukukî Dinlenilme, s. 206; Tanrıver-Adil Yargılanma, s. 206; Özkes-Gerekçe, s. 474).

⁵⁵ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Grundz. § 916 N. 12; Berkin-Usul, s. 120; Kuru, C. IV, s. 4326; Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler, s. 47; Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul, s. 619; Gerhardt, s. 231; Özkes-İhtiyatî Haciz, s. 209 vd., 216 vd.; Kuru, C. IV, s. 4326; Yılmaz, C. I, s. 888 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usul, s. 410; Özkes-İhtiyatî Tedbir, s. 115 vd.; Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul, s. 707; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 655, 656; Hk-ZPO-Kemper, vor § 916 N. 5; Alangoya-İhtiyatî Tedbir, s. 342, 343. İspat ölçüsünün düşürülmesine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Atalay, Oğuz: Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı (Menfi Vakıalar), İzmir 2001, s. 44. "...ihtiyatî tedbir kararı verilebilmesi için mahkemeden tedbir isteyenin, bunu istemeye hakkının olduğunun muhtemel gösterilmesi gerek ve yeterdir.

Muhakemeleri Kanunu'nda ispat ölçüsünün düşürüldüğüne ilişkin açık bir düzenleme bulunmasa da, geçici hukukî korumaların genel özelliklerinden hareketle yaklaşık ispat konusunda tereddüt edilmemelidir⁵⁶.

Bir geçici hukukî korumanın ihtiyatî tedbir olarak nitelendirilmesi için bazı temel özelliklere sahip olması gerekir. Bu özelliklerin neler olduğu Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda ihtiyatî tedbirlere ilişkin düzenlemelerden çıkarılabilir.

B. İhtiyatî Tedbirlerin Geçiciliği, Eski Hâle İadesi ve Haksız İhtiyatî Tedbir Nedeniyle Oluşan Zararların Tazmini

Hukukî dinlenilme hakkı ile ispat hakkının farklı ele alınma şekli, ihtiyatî tedbir yargılaması sonunda maddî hukuk talebinin esas bakımından hatalı sonuçlara varılma riskini taşımaktadır. Diğer tarafın savunmaları alınmaksızın karar verilmesi, tek bir tarafın iddiaları ile yetinilmesidir. Bunun yanında, tedbire esas teşkil eden talep ve tehlikeli hâlin ispatında ispat ölçüsünün düşürülmesinden dolayı tedbirlere asıl davaya nazaran daha basit bir yargılama sonucunda karar verilmektedir⁵⁷. Gerçeğe ulaşmanın medenî usûl hukukunun amaçlarından birisi olarak kabul edildiği dikkate alındığında⁵⁸, bu amaçtan uzaklaşma riskini taşıyan kararlar ancak geçicilik karakterini haiz olduğu takdirde yine Anayasa'nın emri olan dengeli bir hukukî korumaya ulaşılabilir⁵⁹. Bunun yanında, asıl talep hakkında yargılama sürerken ya da yargılama henüz başlamadan da kaldırılabilirlik araçları ile hukukî korumaya son verilebilmesi imkân dahilindedir.

Hukukumuzda tedbir kararlarının geçiciliğine ilişkin düzenlemeler tedbirin kendiliğinden kalkması ve mahkeme kararı ile kaldırılması olmak üzere iki kategori içinde incelenebilir. Tedbirin kendiliğinden kalktığı ilk kategoride,

(...) mahkemenin kanaati kısmî olmak zorundadır ve bu durum, emare ile ispatın kanun tarafından açıkça öngörüldüğü hallerdeki kanaat derecesi ile, özellikle ihtimal derecesi açısından büyük benzerlik göstermektedir." (Konuralp-İspat, s. 28, 29).

⁵⁶ Deren-Yıldırım-İhtiyatî Tedbirler, s. 54; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 656.

⁵⁷ Lüthi, s. 70.

⁵⁸ Alangoya, Yavuz: Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler (İlkeler), İstanbul 1979, s. 86 vd.

⁵⁹ Paulus, N. 699.

tamamlayıcı merasim zorunluluğunun yerine getirilmemesi ve asıl dava hakkında kadar verilmesi yer almaktadır. Tedbir kararı, davadan önce verilmişse, hukukumuzda 10 gün içinde asıl davanın açılması gerekir. Tamamlayıcı merasim gerçekleştirilmediği takdirde tedbir, mahkemenin kararına gerek olmaksızın kendiliğinden kalkar (m. 109). Bu düzenleme ile, geçici durumun bir an önce açıklığa kavuşturulması amaçlanmaktadır⁶⁰. Yine, asıl dava hakkında karar verilmesi ile tedbirin hükmü mahkemenin kaldırma kararı olmaksızın Kanun gereği kendiliğinden sona erer (m. 112)⁶¹. İleride açıklanacağı üzere kanımızca ihtiyatî haciz hükümleri ihtiyatî tedbirler için de kıyasen uygulanabileceğinden, tedbirin icrasının 10 gün içinde istenilmemesi durumunda da (İİK m. 261) tedbir kendiliğinden kalkmalıdır⁶². Asıl davada karar verilmeden önce mahkemenin kaldırma kararı ile tedbirin hükmünü yitirdiği hâller ise, itiraz, durum ve şartların değişmesi ve teminat gösterilmesidir. İlk olarak, karşı taraf dinlenilmeden verilen tedbire karşı itiraz yoluna başvurulabilir. İtiraz üzerine tedbirin haksızlığı anlaşılırsa karar kaldırılır veya değiştirilir (m. 108/II). İkinci olarak, tedbir kararından sonra, kararın verildiği anda menfaatler dengesini alacaklıdan yana gösteren şartlarda değişiklik meydana gelebilir. Bu durumda, ya tedbir kaldırılır ya da yeni şartların haklı gösterdiği yeni bir menfaat dengelemesi ile kararın içeriği değiştirilir, yani önceki tedbire son verilir (m. 111). Nihayet, aleyhine tedbir kararı verilen teminat gösterirse, menfaat durumuna göre hâkim tedbiri tamamen kaldırabileceği gibi, önceki tedbirin yerine başka bir tedbire de hükmedebilir (m. 111).

Hem tedbirin kendiliğinden kalkması hem de mahkeme kararı ile kaldırılması ihtiyatî tedbirlerin geçicilik özelliğini ortaya koymaktadır⁶³. Bu açıdan, teknik anlamda kaldırma, mahkemenin bozucu yenilik doğuran bir

⁶⁰ Özekes-İhtiyatî Tedbir, s. 117.

⁶¹ Alman Hukuku'nda böyle bir kategorik ayırım bulunmamaktadır. Çünkü tamamlayıcı merasim için verilen sürede asıl dava açılmadığında tedbir kendiliğinden sona ermemekte, karşı taraf süre sonunda mahkemeden tedbirin kaldırılmasını istemek zorunda bırakılmaktadır (ZPO § 926). Asıl dava hakkında karar verildiğinde de tedbirin etkileri mahkemenin kaldırma kararı vermesi ile ortadan kaldırılabilir. Şu hâlde, ihtiyatî tedbirin geçiciliği, bu hukuk çevresinde teknik anlamda kaldırılabilirliğin koşul vakıalarına bağlanmıştır (Höhne, s. 85).

⁶² Bkz. aşa. Bölüm II, § 7, I, A, 3.

⁶³ Belgesay-Şerh, 4. Bası, N. 157; Karafakih, s. 267; Postacıoğlu-Usul, s. 488; Berkin-Usul, s. 117; Kuru, C. IV, s. 4332; Üstündağ-Yargılama, s. 587; Tanrıver-Dayanaklar, s. 46, 47.

kararını gerekli kılarsa da, her iki kategoriye içine alacak şekilde tedbir kararlarının kaldırılabilirliği ifadesinin kullanılabileceği kanaatindeyiz. Buradaki kaldırılabilirlik, esas itibarıyla hukukî korumanın sona erdirilmesi anlamındadır. Tedbirin karşı tarafa yaptığı müdahale bazen Kanun'dan ötürü kendiliğinden, bazen de mahkemenin mevcut durumu ortadan kaldıran ya da değiştiren tasarrufu ile sona erer.

İhtiyatî tedbirlerin geriye mi, yoksa ileriye etkili mi kaldırıldıkları sorusu da önem taşımaktadır. Bu soruya iki farklı açıdan yanıt verilebilir: Birinci olarak, tedbirin esas kaldırılma şekli, asıl davada aleyhe karar verilmesidir. Burada, tedbirin geriye etkili olarak kaldırıldığında şüphe edilmemelidir. Çünkü asıl davada aleyhe karar verilmesi ile, kendisine asıl hukukî koruma sağlanamayacak olanın ihtiyatî tedbire de hakkı olmadığı ve tedbirin ilk verildiği anda hukuka aykırı olduğu tespit edilir. Tedbirin, asıl davada aleyhe karar verilmesinden sonra geriye etkili kaldırılması, onun temel ve kendisini diğer geçici hukukî korumalara göre ayırt edici özelliğidir. Boşanma ve ayrılık davasında hükmedilen geçici önlemlerde olduğu gibi, asıl davada karar verilmesinden sonra ileriye etkili kaldırılan geçici hukukî korumalar, ihtiyatî tedbir olarak nitelendirilemez.

Geriye etkili kaldırılmanın tazminat davası bakımından pratik bir önemi vardır. Tedbir kararından önceki döneme dönebilmek için hukuka aykırı bulunan dönemden doğan zararların tazmini yoluna gidilecektir. Geçicilik niteliğinin doğal sonucu, geçici hukukî korumanın hukuka aykırılık riskinin, karşı tarafa tazminat davası açma hakkı tanınması ile dengelenmesidir⁶⁴. Oluşan zararların tazmin edilebilirliği, kaldırma geriye etkili hüküm ifade ederse, yani kararın hukukî sonuçları ilk verildiği tarihe kadar ortadan kaldırılırsa hukukî temel kazanır⁶⁵. Çünkü tazminat davası, tedbirin baştan itibaren haksızlığını şart koşar⁶⁶. Tazminat davası açılabilmesi için, tedbirin icra edilmesinin gerekip gerekmediği konusunda pozitif hukuk kuralları net bir kanaate ulaşmak için elverişli değildir. İhtiyatî haciz isteyen alacaklının haksız ihtiyatî hacizden ötürü

⁶⁴ Jauernig/Berger, § 34 N. 5.

⁶⁵ İleriye etkili kaldırılan geçici hukukî koruma nihai etki gösterir, bu nedenle tazminat davası açılmaz (Meier-Grundlagen, s. 75).

⁶⁶ Rosenberg/Gaul/Schilken, s. 1055; Prütting/Stickelbrock, s. 279; Zimmermann, § 945 N. 2; Adolphsen, § 38 N. 17; Hk-ZPO-Kemper, vor § 916 N. 7.

tazminat sorumluluğu, İcra ve İflâs Kanunu'nda ise açıkça talep hakkı tanınmak suretiyle öngörülmüştür (İİK m. 259). Buna karşılık, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda açıkça bir talep hakkından bahsedilmemiş, yalnız tedbirden ötürü oluşabilecek zararlara karşı yatırılacak teminat miktarı hükme bağlanmıştır (m. 110). Ancak teminatın haksız tedbir nedeniyle oluşacak zararlar için alınmıyor olması karşısında, dolaylı da olsa tazminat talebinin öngörüldüğü söylenebilir. Anılan hükümde “bundan (ihtiyatî tedbirden) dolayı diğer tarafın ve üçüncü şahsın muhtemel zarar ve ziyanlarına mukabil teminat” ifadesine yer verilmiş olmasından hareketle, tazminat davası için kararın icra edilmesinin gerekli görülmediği, sırf ihtiyatî tedbir kararı verilmesi nedeniyle oluşan zararların da tazmininin gerektiği sonucuna varılabilir⁶⁷. Bu durumda, ihtiyatî tedbir, icra edilmemiş olsa dahi, karşı tarafın kredibilitésinin azalmasına yol açmışsa tazminat sorumluluğuna gidilebilir⁶⁸. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda haksız ihtiyatî tedbirden ötürü tazminat davası, kararın icrasından söz edilmeyerek lehine ihtiyatî tedbir kararı verilenin uğranılan zararları tazminle yükümlü olduğu şeklinde açıkça düzenlenmiş (HMKT m. 405), şu anki düzenlemedeki tereddüt giderilmiştir.

İkinci olarak, asıl davada karar verilmesinin yanında, diğer kaldırılma hâllerinin geriye mi, ileriye mi etkili olduğu sorgulanabilir. Asıl davanın lehine tedbir kararı verilenin aleyhine sonuçlanması, itiraz üzerine ve süresinde asıl dava açılmaması olmak üzere üç hâlde tedbir ilk karar verildiği ana değin geriye

⁶⁷ İhtiyatî hacizde tazminat sorumluluğunu, hacizde haksız çıkılma koşuluna bağlayan İİK m. 259, ilk bakışta ihtiyatî haczin icrasını arıyor gibi gözükse de, hükmün yalnız haksız ihtiyatî hacizden doğan zararların tazminini düzenleyen mehz İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 273. maddesine göre değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

⁶⁸ **Amonn, Kurt/Walther, Fridolin:** Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Auflage, Bern 2008, § 51 N. 80. **Özekes,** ihtiyatî haciz kararının icra edilmiş olmasını prensip olarak gerekli görürken, İİK m. 259'un lafzının yalnız kararın verilmesinden ötürü oluşabilecek zararların tazminine elverişli olduğunu belirtmektedir (**Özekes-İhtiyatî Haciz**, s. 398, 399). Tazminat talebi için ihtiyatî haczin icra edilmiş olmasını arayan karşı görüş için bkz. **Blumenstein**, s. 846; **Berkin, Necmeddin M.:** İhtiyati Haciz (İhtiyati Haciz), İstanbul 1962, s. 72; **Kuru-El Kitabı**, s. 916; **Üstündağ-İcra**, s. 420; **Kuru/Arslan/Yılmaz-İcra**, s. 445; **Deynekli, Adnan/Saldırım, Mustafa:** Öğretide ve Uygulamada İhtiyati Haciz, 2. Bası, Ankara 2005, s. 121; **Muşul-İcra ve İflâs**, s. 961. İhtiyatî tedbir bakımından aynı yönde bkz. **Berkin-Usul**, s. 122; **Kuru, C. IV**, s. 4377, 4378; **Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul**, s. 624; **Ercan-İhtiyati Tedbir**, s. 140; **Taş-Korkmaz**, s. 162, 163; **Budak-Üçüncü Kişiler**, s. 186; **Yılmaz, C. I**, s. 993; **Muşul-Usul**, s. 197; **Konuralp-Usul**, s. 250.

etkili olarak (ex tunc) kaldırılır⁶⁹. Buna karşılık, değişen koşullar nedeniyle tedbirin kaldırılmasında ileriye etkililik (ex nunc) söz konusudur. Burada mahkeme, tedbire hükmedildiği andaki koşulların haklılığı ya da haksızlığını değil, tedbirin devamı için koşulların mevcut olup olmadığını inceler⁷⁰. Teminat karşılığında tedbirin kaldırılmasında da aynı durum geçerlidir. Tazminat davasına ilişkin olarak birinci ihtimalde söylenenler aynen burada da geçerlidir. Buna göre, karşı tarafın tazminat talebi yalnız tedbir geriye etkili kaldırılmışsa vardır. Örneğin, değişen koşullar nedeniyle tedbir kaldırılmışsa, tedbirin etkili olduğu dönem için uğranılan zararların tazmini için dava açılmaz.

Tedbir kararlarının baştan itibaren haksızlığının ortaya çıkması, bunun sonucunda tedbirin geriye etkili kaldırılması durumunda, tedbirin geçerli olduğu dönemin yeniden inşa edilmesi gerekir. Tedbir kararı kaldırılmış olsa da, el konulan malvarlığı değeri iade edilmezse, tedbir sonuçlarını fiilen doğurmaya devam eder. Lehine tedbir kararı verilen, aldığı ihtiyariyle geri vermezse zorla iadeyi sağlamak için İcra ve İflâs Kanunu'nun 40. maddesine kıyasen eski hâle iade yoluna başvurulmalıdır. Eski hâle iade, tedbirlerin geriye etkili olarak kaldırılmasını (ex tunc) gerektirir⁷¹. Şayet haksız ihtiyatî tedbir kararları, kaldırıldığı ana kadar sonuçlarını muhafaza etse idi, kaldırma kararı geriye etkili olmayacağından, yargılama süresince nihaî bir düzenleme elde edilirdi⁷². Buna karşılık, değişen koşullara göre tedbirin kaldırılmasında olduğu gibi ileriye etkili kaldırma hâlinde, eski hâle iade yoluna başvurulamaz. Çünkü tedbirin geçerli olduğu dönemde elde edilen hukukî koruma asıl davada karar verilene değin muhafaza edilir. Bu nedenle, konusu bir şeyin verilmesi olan tedbirlerde, değişen koşullara göre tedbirin kaldırılmasının istenebilmesi için, bir miktar paranın periyodik olarak ödeniyor olması gerekir. Bu durumda, tedbir ileriye etkili olarak kaldırılacağından, ifa edilen kısım bakımından eski hâle iade yoluna

⁶⁹ **Jauernig, Othmar:** Der zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen (Der zulässige Inhalt), ZZP 79, s. 332 dn. 32. OLG Frankfurt, 11.1.1962, ZZP 1962, s. 372.

⁷⁰ **Jauernig**-Der zulässige Inhalt, s. 332 dn. 33; **Meier**-Grundlagen, s. 74 dn. 1; Münch Komm ZPO-**Heinze**, 2. Auflage, § 927 N. 1-3; **Walker** in Schuschke/Walker, § 927 N. 24; **Deren-Yıldırım**-İhtiyatî Tedbirler, s. 144. BFH, 17.12.2003, NJW 2004, s. 2184; OLG Stuttgart, 3.7.2008, NJOZ 2008, s. 3276.

⁷¹ Bir miktar paranın ödenmesine ilişkin tedbirler bakımından aynı yönde bkz. **Jauernig**-Der zulässige Inhalt, s. 332.

⁷² Geçici hukukî korumanın tamamı için bu görüşte bkz. **Meier**-Grundlagen, s. 75.

gidilemeyecek, alacaklının elde ettiği hukukî koruma bir süre daha muhafaza edilebilecektir. Eski hâle iade için, tedbirin baştan itibaren haksızlığının tespit edilmiş olması gerekir ki, bu da asıl davada karar verilmesi ile mümkündür. Ödeme bir defada yapılmış ya da bir şey teslim edilmişse, değişen koşullara göre tedbirin kaldırılması talep edilemez. Burada da, tedbirin haklı olup olmadığı asıl dava sonucunda anlaşılacak ve davalı haklı çıktığında geriye etkili olarak tedbir kaldırılacaktır⁷³.

Tedbir kararı ile kurulan ve sonradan hukuka aykırı bulunan düzene son verilmesi ve eski düzenin yeniden yürürlüğe konması, yani, eski hâle iade, tedbirin ayakta kaldığı dönemi geri getirmeyi değil; tedbirin kalkmasından sonra hak sahibinin tedbirden önceki gibi hareket edebilmesini amaçlar. Tüm tedbir kararlarında, tedbir ayakta olduğu sürece yapılamayanın yapılmasını, diğer bir ifade ile tam anlamıyla fiili eski hâle iadeyi sağlayacak bir mekanizma, zamanın geri getirilememesi gerçeği karşısında eşyanın tabiatına aykırıdır⁷⁴. Örneğin, malın yediemine teslim edilmesinden sonra tedbir kaldırılırsa, tedbir boyunca maldan yararlanılamaması fiilen telafi edilemez. Yine, bir otomobili tedbiren vermek durumunda kalan, asıl davayı kazandığında, otomobili tedbir süresince kullanma imkânına kavuşamaz.

Tedbirin kaldırılmasından sonra eski duruma otomatikman dönülüyorsa ve karşı taraf mahrum kaldığı hakka herhangi bir işleme gerek olmaksızın yeniden kavuşur. Tedbir kaldırıldıktan sonra, yapılamayan bir iş yapılabilir hâle gelir. Bir işin yapılmamasını konu edinen tedbirlerde durum böyledir⁷⁵. Burada

⁷³ Stein/Jonas/Grunsky, § 936 N. 6; Jauernig-Der zulässige Inhalt, s. 332. Schuschke in Schuschke/Walker, § 936 N. 2 (§ 927). OLG Hamburg, 5.6.1959, MDR 1960/1, s. 59.

⁷⁴ Brox/Walker, N. 1607; Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 107. Buna karşılık doktrinde, asıl dava sonucunu öne çeken tedbirlerde, önceki duruma yalnız tedbirin kaldırılmasından sonraki dönem için dönülebileceği, eski durumun geçmişe dönük oluşturulamayacağı, tedbirin ayakta olduğu dönem bakımından kısmen değiştirilemez olduğu ileri sürülmektedir (Saenger, s. 35. Yapmama edimleri için aynı yönde bkz. Jauernig/Berger, § 37 N. 15; Rosenberg/Gaul/Schilken, s. 1020; du Mesnil de Rochemont, s. 66; Deren-Yıldırım-Evrenselleşme, s. 314). Bu görüş doğru olsaydı, bir işin yapılmaması taleplerinde, tedbir reddedilip o iş yapıldığında ve dava sonunda tedbir talebi reddedilen haklı çıktığında, yapılan işin yapılmamış duruma getirilmesi de fiilen olanaksız olurdu. Eski duruma otomatikman dönülmeye elverişli tedbirler ile (örneğin konusu bir işin yapılmaması olan tedbirler) elverişsiz tedbirler (örneğin konusu bir şeyin verilmesi olan tedbirler) ayrımı tedbir türlerinin belirlenmesi, özellikle düzenleme tedbiri olarak adlandırılan tedbir türünün içeriğinin belirlenmesinde de rol oynamaktadır, bkz. aşa. III. Bölüm, § 9, III.

⁷⁵ Jauernig/Berger, § 37 N. 15; du Mesnil de Rochemont, s. 66; s. 168.

eski hâle iade, işin yapılabilirliği bakımından kendiliğinden gerçekleşir. Buna karşılık, bir şeyin verilmesine yönelik eda tedbirlerinde ise tedbirin kaldırılması ile hakkın kullanılması doğrudan mümkün değildir. Zira, aleyhine tedbir kararı verilenin temel haklarına yapılan müdahale, verilen iade edilmediği sürece devam edecektir. Konusu bir şeyin verilmesi olan tedbirlerde eski hâle iade, verilenin iadesi ile gerçekleşecektir⁷⁶.

⁷⁶ Para borçlarında tedbirin ayakta kaldığı dönemde temerrüt faizinin işlemeye devam edip etmediği de, haksız tedbirin eski hâle iadesi kapsamında önem arz etmektedir. Yargıtay, para borcunun ödenmemesi şeklinde tedbir kararının temerrüde engel olmayacağı görüşündedir, bkz. 11. HD, 2.10.1987, 7667/4947 (Yılmaz, C. I, s. 948, 949).

Mesele, banka teminat mektuplarının ödenmesinin tedbir yolu ile durdurulması ihtimalinde - böyle bir tedbirin caiz olup olmadığı bir kenara bırakılacak olursa- özellik arz etmektedir. Bu konuda bkz. aşa. Bölüm III, § 9, II, E, 4. Borçlar Kanunu ve Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda tedbirin, temerrüde ilişkin hiçbir etkisinden söz edilmemiştir. İlk olarak, tedbirin geriye etki kaldırılması, meselenin çözümünde yol göstericidir. Kaldırma kararı sonrasında taraflar arasındaki hukukî ilişki hiç tedbir kararı verilmemiş gibi değerlendirilir. Bu nedenle, hiç tedbir kararı verilmemesi ile tedbir kararı verilip kaldırılması arasında hukukî sonuçları itibariyle hiçbir farklılık bulunmamaktadır. Tedbir kararının, verildiği ilk andan itibaren sonuçlarını yitirdiği tespit edilince, bu dönemde maddî hukuktan doğan tüm hukukî sonuçlar geçerli olmaya devam eder. İkinci olarak, banka teminat mektupları özelinde, tedbir yargılamasının tarafları ile garanti ilişkisinin tarafları birbirinden ayırt edilmelidir. Bankanın muhatap ile arasında garanti sözleşmesinden kaynaklanan hukukî ilişki bulunmaktadır ve bu ilişki, bankanın müşterisi ile olan ilişkisinden tamamen farklıdır. Müşterinin, banka aleyhine aldığı tedbir kararı, müşteri-banka arasındaki hukukî ilişkiden kaynaklanmaktadır. Tedbir kararının sonuçları, müşteri ilişkisinin tarafı olmayan muhataba teşmil edilemez. Diğer bir ifade ile, verilen ihtiyatî tedbir kararının karşı tarafı muhatap değil, bankadır. Banka, teminat mektubu bedelini derhal ödeyebilecekken, müşterisinin talep ettiği haksız ihtiyatî tedbir kararının gereğini yerine getirebilmek için beklemek zorunda kalmış ve temerrüt faizi işlemeye devam etmiştir. Şu hâlde, tarafları müşteri ve banka olan tedbir yargılaması açıkça ortaya koymaktadır ki, temerrüt faizinin işlemeye devam etmesi, haksız ihtiyatî tedbir kararının sonucudur. İhtiyatî tedbirin tarafı olmayan muhatapı, tedbir yargılamasının sonuçlarından faiz alacağından kesinti yaparak sorumlu tutmak mümkün değildir. Hâl böyle olunca, bankanın temerrüt faizi bakımından yapması gereken, muhatapın faiz talebini reddetmek yerine, önce temerrüt faizini ödemesi, ardından müşterisine başvurmasına. Üçüncü olarak, ihtiyatî tedbir kararının, vâdenin gelmesine ve borçlunun temerrüde düşmesine herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Vâdesi gelmemiş bir banka teminat mektubunun ödenmesi lehtar tarafından durdurulsa da, tedbir kararı sürerken teminat mektubu muhatapı bankayı temerrüde düşürülebilir. Konuyu ele alan diğer hukuk sistemlerinde de aynı sonuca varılmıştır. Örneğin Avusturya Hukuku'nda banka teminat mektuplarında, alacağın müeccel olması sonucuna götürecekt ihtiyatî tedbir kararı verilemeyeceği kabul edilmektedir. Ayrıca, bu hukuk çevresinde, "muhatabın, bankaya karşı tahsil davası açması üzerine, bankanın ancak muhatap ile aralarındaki garanti sözleşmesinden doğan bir borcunun bulunmadığını ileri sürebileceğini; buna karşılık, tedbir kararı nedeniyle alacağın henüz müeccel olduğu savunması ile davaya karşı koyamayacağı" haklı bir şekilde ortaya konulmakta, tedbirin garanti ilişkisine etkisinin bulunmadığı sonucuna varılmaktadır (Konecny, Andreas: Grundlagen der einstweiligen Verfügungen gegen den Mißbrauch von Bankgarantien, ÖBA 1989/8, s. 786, 787, 788). Reisoğlu'na göre ise tedbirin tēbliği ile birlikte bankanın temerrüdü son bulacaktır. Tedbir kararı kaldırıldığı zaman banka sadece azami teminat mektubu bedelini ödeyecek, bu süre içinde muhatap mahrum kaldığı faizi lehtardan isteyecektir (Reisoğlu Se., s. 479, 481). Benzer görüşte olan Canbolat, ödeme talebinde bulunulmasından belli bir süre sonra ihtiyatî tedbir kararı alınmışsa, ödeme talebi ile tedbir kararı verilmesi arasında geçen süre için bankanın temerrüt faizi ödemesinin düşünülebileceğini belirtmektedir (Canbolat, Ferhat: Banka Garantisinde Savunma

Konusu bir işin yapılmaması olan taleplere ilişkin tedbirlerde bazen bu işin ancak belirli bir zaman zarfında yapılması söz konusu olur. Bu durumda ilk bakışta tedbirin geriye etkili kaldırılamayacağı düşünülebilir. Örneğin, bir müzayede kataloğunda kendi imzasıyla (A)'nın olduğu iddia edilen resmi satışa çıkarılan (B)'ye karşı 10.2.2008'de bu resmi 20.2.2008'de yapılacak müzayedede satmaması yönünde tedbir kararı verildiğini düşünecek olursak: Tedbir, 1.3.2008 tarihinde fikri hakkın sahibinin gerçekten (B) olduğu anlaşıldığı için kaldırıldığında, (B)'nin 20.2.2008'de yapılan müzayedeye katılması mümkün olamayacaktır. (B)'nin haksız tedbirin sonucunda müzayedeye bir daha katılamayacak olmasında, tedbirin geriye etkili kaldırılamamasından değil, tedbirin kaldırılmasından sonra da o işin artık yapılamamasından söz edilebilir. Burada bir eski hâle iade meselesinden çok, (B)'nin fikri haklarını tedbirden sonra da kullanamaması söz konusudur. Ancak bu durum ihtiyatî tedbirlerin yapısından kaynaklanmamaktadır. Zira, aynı tehlike pekâlâ asıl dava sonunda da gündeme gelebilir. Yukarıdaki olayda, (A)'nın (B)'ye karşı yapmama talebinin hüküm altına alınması için açtığı dava, 10.2.2008 tarihinde lehe sonuçlanır ve 20.2.2008 tarihinde karar Yargıtay'ca bozulursa, davanın reddi kararı kesinleşse bile (B) müzayedeye katılamayacaktır. Burada da hakkın ancak belirli bir zamanda kullanılabilir olması karşısında, ağır zararlar göze alınarak her iki tarafın menfaatlerinden biri lehine tercihte bulunmaktadır. Haksız tedbir (B)'yi ne denli zarara uğratma potansiyeline sahipse, tedbir talebinin reddedilip resmin müzayedede satılması da (A) için o denli zarar tehlikesini barındırmaktadır. (A) açısından da bir işin yapılmamasını isteme hakkının tedbir kararı olmaksızın gerçekleştirilmesi, bu hakka hukukî koruma sağlanması mümkün değildir⁷⁷. Her iki tarafın eski hâle iadede yararlanamamasının yaratacağı ağır sonuçlar, ancak menfaat dengesi gözetilerek hafifletilebilir⁷⁸.

İmkânları ve İhtiyatî Tedbirler, Ankara 2009, s. 310). Yargıtay'ın değerlendirmemiz lehindeki bir kararı için bkz. HGK, 14.11.2001, 11-996/1026 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁷ Gloor, s. 15.

⁷⁸ Bkz. aşa. Bölüm II, § 6, V, B, 4, b.

C. İhtiyatî Tedbir Yargılamasında Verilen Kararların Maddî Anlamda Kesin Hüküm Teşkil Etmemesi

Tedbir kararlarının geçiciliği, aynı zamanda ihtiyatî tedbirlerin diğer bir özelliğini ortaya çıkarmaktadır. Aynı uyumsuzluk hakkında verilen yargısal kararın etkisini bertaraf edecek yeni bir kararın verilmesine engel teşkil eden kesin hüküm, davadaki geniş şekliyle söz konusu olmaz. Zira, geçicilik ve kesin hüküm birbiri ile bağdaşmamaktadır. Tedbire esas teşkil eden talep hakkında, örneğin bir malın iadesi talebinde ne yönde karar verilirse verilsin, asıl davaya bakan mahkeme, bu yargılamadaki tespitlerle bağlı değildir⁷⁹. Gerek vakıalar gerekse bu vakıaların altlanacağı hukuk kuralları yeni baştan ele alınır. Tedbir kararının hüküm fıkrasının, asıl davadaki yargılama bakımından bağlayıcı bir etkisinin olması söz konusu değildir. Tedbir kararlarının maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmemesi, asıl dava ve orada ileri sürülen talep ile ilişkisi bakımındadır. Aynı taraflar arasında, aynı talebin, aynı sebeple tehlikeye düşürülmesi hâlinde tedbir talebi reddedilmişse, sonradan yenilenen tedbir talepleri reddedilmelidir⁸⁰.

⁷⁹ Baur-Studien, s. 79, 80; Postacıoğlu-Usul, s. 488; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 916 N. 13; Reichold in Thomas/Putzo, vor § 916 N. 2; Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, vor § 916 N. 49; Weber, s. 19; Walker in Schuschke/Walker, § 922 N. 22; Tanrıver-Dayanaklar, s. 47; Özekes-İhtiyatî Haciz, s. 265; Deren-Yıldırım-İhtiyatî Tedbirler, s. 125, 126; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 656; Budak-Üçüncü Kişiler, s. 156, 157; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, vor § 916 N. 28.

⁸⁰ Özekes, ihtiyatî haciz talebi reddedilen alacaklının, kararı temyiz etmek yerine, yeni bir ihtiyatî haciz istemesinin, usuli dürsütlük kuralına aykırı düştüğü, ayrıca bu durumda talep sahibinin hukuki yararının bulunmadığı görüşündedir. Yazar, tekrarlanan ihtiyatî taleplerinin önüne geçebilmek için ret kararının borçluya tebliğ edilmesi gerektiğini iddia etmektedir (Özekes, Muhammet: İcra ve İflas Kanunu'nda İhtiyatî Hacze İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi (Değerlendirme), YÜHFD 2004 I/2, s. 455). Ret kararının borçluya tebliğine, bunun geçici hukuki korumanın "şaşırtma etkisine (Überraschungseffekt)" aykırı düşeceği gerekçesi ile karşı çıkan değerlendirme için bkz. Deren-Yıldırım-İhtiyatî Haciz, s. 440. Tedbir talebinin reddedilmesi üzerine başka bir mahkemede aynı talebin yinelenmesi avukatın Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesinde yer alan doğruluk ve özen ilkerine aykırı hareket ettiği anlamına gelir. Bu durumda, avukatın disiplin kovuşturmasına tabi tutulması gerekir. Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu ilke niteliğindeki 16.3.2002 tarihli kararında aynı esası benimsemiştir: "Avukat, esas hakkınd açtığı bir davanın görülmekte olduğunu ve tedbir isteminin de reddedildiğini yeni başvurusunda saklamamış ve belirtmiş olsa idi, bu başvurunun olumlu sonuçlanması mümkün olmayacaktı. Şikayetlinin, usul hukukunun açık hükmüne aykırı bir taleple yasaya uygun olmayan bir sonucu -mahkemeye de noksan bilgi vererek- elde etmesi Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesinde yer alan doğruluk ve özen ilkelerine aykırı bulunduğundan, disiplin suçu oluşturmaktadır." TBB Disiplin Kurulu, 16.3.2002, 2001/270 E. 2002/81 K. (Mısır, Haşim: Avukatlık Disiplin Hukuku, 2. Bası, 2009, s. 421).

İhtiyatî tedbirlerin de davadaki kesin hüküm gibi geniş kapsamda olmasa da, sınırlı bir kesinliği vardır⁸¹.

İhtiyatî tedbir kararlarının sınırlı kesinliği, kesin hükme göre daha esnekler. Tarafların hak kaybı endişesi ile hızlı hareket etme gerekliliği ve uyuşmazlık konusunu güvence altına alma isteği, yargılamaya hazırlık süresini kısaltmaktadır. Bu durumda, çoğu zaman tüm delillerin toplanıp tedbir dilekçesine eklenmesi de oldukça zorlaşmaktadır⁸². Bu nedenle, talebi reddedilen hak sahibi, aynı hasma karşı, aynı konuda, yeni vakıa ileri sürmese de, yeni delil getirerek talebini yenileyebilmelidir. Aynı taraflar arasında, aynı konuda ve aynı sebebe dayanarak ancak önceden ileri sürülmesi mümkün olmayan ya da talep sahibince bilinmeyen yeni delillerle talep yenilendiğinden, ilk kararın kesin etkisi de devreye girmez⁸³.

D. İhtiyatî Tedbirlerin Asıl Dava İle Sıkı İlişkisi

İhtiyatî tedbirlerin diğer bir temel özelliği asıl dava ile sıkı ilişkisidir⁸⁴. Bu ilişki ileri sürülen maddî hukuk talebi ve tamamlayıcı merasim zorunluluğu bakımından iki yönlüdür. Asıl davadaki maddî hukuk talebi, ihtiyatî tedbir yolu ile güvence altına alınır ya da talebin geçici olarak icrasına hükmedilir. Ancak bu sıkı ilişki, tedbire esas teşkil eden talep ile davanın konusunun ayniyeti anlamında değildir. Diğer bir ifade ile, tedbir dilekçesindeki talep sonucu ile dava dilekçesindeki talep sonucu şekli olarak aynı olmak zorunda değildir. Her iki talep sonucunun prensip olarak örtüşmesi⁸⁵, her iki yargılamanın dayanağını

⁸¹ Zöllner/Vollkommer, vor § 916 N. 13; Brox/Walker, N. 1522; Heiderhoff, s. 369, Özkes-İhtiyatî Haciz, s. 271; Deren-Yıldırım-İhtiyatî Tedbirler, s. 122; Özkes-İhtiyatî Tedbir, s. 123; Özkes-Gerekçe, s. 479, 480. Karş. Bruns/Peters, s. 328.

⁸² Höhne, s. 118.

⁸³ Baur-Studien, s. 89 vd.; Höhne, s. 119; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 916 N. 16, 17; Zöllner/Vollkommer, vor § 916 N. 13; Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler, s. 54; Brox/Walker, N. 1520; Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, vor § 916 N. 53; Walker in Schuschke/Walker, § 922 N. 36; Özkes-İhtiyatî Haciz, s. 270; Deren-Yıldırım-İhtiyatî Tedbirler, s. 123, 124; Musielak/Huber, § 922 N. 11; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 657; Deren-Yıldırım-İhtiyatî Haciz, s. 435; Berger/Heiderhoff, Kap. 7 N. 46; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, vor § 916 N. 31.

⁸⁴ Deren-Yıldırım-İhtiyatî Tedbirler, s. 11; Bu konuda ayrıca bkz. Deren-Yıldırım-Marka, s. 202, 203.

⁸⁵ Berger, Kap. 3 N. 14.

oluşturan maddî hukuk talebi arasında bağlantının bulunması yeterlidir⁸⁶. Tedbir kararı verilebilmesi için, tedbir talebinin, kendisine talep hakkı tanıyan maddî hukuk kuralına dayandırılması gerekir. İhtiyatî tedbirlerle asıl dava arasındaki ilişkinin diğer bir sonucu, tedbir yargılamasının tarafları ile asıl davanın taraflarının aynı olmasıdır⁸⁷.

İhtiyatî tedbirler esas olarak, asıl dava yolunun açık bırakılması ve takibin güvence altına alınmasına hizmet eder. Bu amacın etkili bir şekilde gerçekleştirebilmesi için, davanın açılmadığı bir zamanda da ihtiyatî tedbirlere başvurulabilmelidir. Nitekim, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda dava açılması beklenilmeksizin de tedbir talep edilebileceği düzenlenmiştir (m. 101). Tamamlayıcı merasim olarak ifade edilen asıl davanın belirli bir süre içinde açılma zorunluluğu, ihtiyatî tedbirin asıl dava ile sıkı ilişkisine yönelik diğer bir

⁸⁶ Fikir ve sanat eserleri hukukuna yönelik ihtiyatî tedbirlerin, daha sonra açılması muhtemel ref ve men davaları ile uyumlu olması gerektiği hakkında bkz. **Özekes-İhtiyatî Tedbir**, s. 112.

⁸⁷ **Budak-Üçüncü Kişiler**, s. 157. Mesele, rızası olmaksızın poliçe elinden çıkan kimsenin, ödeme yerindeki mahkemeden, muhatabın poliçeyi ödemekten men edilmesini isteyebilmesinde (TTK m. 669) özellik arz etmektedir. Önleyici tedbir şeklinde ifade edilen geçici hukukî korumalar, doktrinde ihtiyatî tedbirlerin özel şekli olarak görülmektedir (**Öztürk, Hanife: Kıymetli Evrakın Ziyai ve İptali**, Ankara 1990, s. 40; **Taş-Korkmaz**, s. 16 vd.; **Seven, Vural: Kıymetli Evrakın Ziyai Halinde Uygulanabilecek Önleyici Tedbirler (Zıya)**, İz. BD. 1996/4, s. 10; **Seven-Ödemededen Men**, s. 286). Bu görüş takip edildiğinde, geçici hukukî koruma kararı kendisine tebliğ edilen ilgili, tedbire aykırı hareket ettiğinde Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 113A maddesine göre cezalandırılacaktır (**Seven-Zıya**, s. 21, 22). Böyle bir düzenleme getirilmesinin amacı, senedin iptali yargılaması ya da istirdat davası sona erene kadar hamilin, borçlunun senedi ele geçirene ifade bulunmasından doğabilecek zarar tehlikesinin önlenmesidir (**Öztürk**, s. 38; **Seven-Zıya**, s. 13; **Seven-Ödemededen Men**, s. 286, 287). Asıl hukukî korumaya kadar ara dönemin aşılması amacı bu düzenlemeye geçici hukukî koruma karakteri kazandırmaktadır. Ne var ki, buradaki geçici hukukî koruma yargılaması ile asıl dava arasındaki ilişki, ihtiyatî tedbirlerden çok farklıdır (Burada teknik anlamda ihtiyatî tedbirin bulunmadığı, geçici hukukî korumanın söz konusu olduğuna ilişkin aynı yönde bkz. **Yılmaz, C. I**, s. 745). Hamil, senedin kimin elinde olduğunu bilmiyorsa, senedin iptali çekişmesiz yargı işi olarak incelenecektir. Çekişmesiz yargı işinden önce talep edilen geçici hukukî korumada ise ilgili olarak muhatap gösterilmelidir. Çünkü yargısal emir, muhatabın hukuk alanında hüküm ve sonuç doğuracaktır (Diğer bir görüşe göre ise, önleyici tedbir talebinde karşı taraf gösterilmez, kararın etkili olabilmesi için muhataba tebliği gerekir, bkz. **Seven-Zıya**, s. 19, 20). Muhatabın ödemededen men edilmesi, senedin kimin elinde olduğu biliniyorsa da talep edilebilir. Hamil, senedi elinde bulundurana karşı açacağı istirdat davası öncesinde, muhataba karşı ödemededen men kararı aldırılabilir. Görüleceği üzere, her iki yargılamanın tarafları birbirinden farklıdır. Hatta senedin kimin elinde olduğu bilinmiyorsa, geçici hukukî korumada karşı taraf gösterilirken, senedin iptali yargılaması bir çekişmesiz yargı işi olarak incelenecektir. Oysa, klasik ihtiyatî tedbirlerde, geçici hukukî korumanın ve asıl davanın tarafları aynı olmalıdır. Kambiyo senedinin ziyai hâlinde senedin iptali yargılaması ile istirdat davasında söz konusu olan geçici hukukî korumalar ihtiyatî tedbir olarak nitelendirilemeyeceğinden, geçici hukukî korumaya aykırı hareket edenin Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 113A maddesine göre cezalandırılması mümkün değildir. Muhatap ya da bonoda senedi tanzim eden geçici hukukî koruma kararına rağmen ödemedede bulunursa, konusu bir işin yapılmamasına yönelik mahkeme kararına (İİK m. 30) aykırı hareket etmiş olur ve İcra ve İflâs Kanunu'nun 343. maddesine göre cezalandırılır.

yönünü ortaya koymaktadır. Buna göre, davadan önce verilen tedbir kararlarından sonra 10 gün içinde asıl davanın açılması ve dava açıldığına ilişkin belgenin dosyaya ibrazı gerekir⁸⁸. Aksi takdirde tedbir kendiliğinden kalkar (m. 109). Hiçbir istisna getirilmeksizin öngörülen sert tamamlayıcı merasim zorunluluğu ihtiyatî tedbirlerin bel kemiğini oluşturmaktadır. Kararın dayandığı maddî hukuk talebinin tüm yargılama garantileri ile donatılmış bir davada tartışılacağı ve tedbirin asıl davada karar verilene kadar hüküm ifade edeceği, ihtiyatî tedbirde aleyhine tedbir kararı verilene garanti edilir⁸⁹. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda da mevcut sistem muhafaza edilmiş, ancak tamamlayıcı merasimi gerçekleştirme süresi 10 günden 2 haftaya çıkarılmış, sürenin tedbirin icrası talebinden itibaren başlayacağı öngörülmüştür (HMKT m. 403/I). İsviçre Federal Usûl Kanunu Tasarısı'nda ise süreyi hâkimin belirleyeceği öngörülmüş, Türk Hukuku'nda olduğu gibi tamamlayıcı merasim gerçekleştirilmediği takdirde tedbirin kendiliğinden kalkacağı esası benimsenmiştir (SchZPO Tasarı Art. 263).

Bankacılık Kanunu'nun 109. maddesinin 3. fıkrasında faaliyet izni kaldırılan veya fona devredilen bankanın hâkim ortakları ve tüzel kişi ortaklarının sermayesinin yüzde onundan fazlasına sahip gerçek kişi hissedarları ve yöneticilerinin mal, hak ve alacaklarına fonun talebi üzerine mahkeme tarafından teminat şartı aranmaksızın ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz konulabileceği, bu kişilerin yurt dışına çıkışlarının yasaklanabileceği hükme bağlanmıştır. Bu şekilde alınan ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararları için, karar tarihinden itibaren 6 ay içinde tamamlayıcı merasime başvuru zorunluluğu getirilmiştir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun öngördüğü 10 günlük süre ile karşılaştırıldığında, 6 aylık sürenin ihtiyatî tedbir ile asıl dava arasındaki sıkı ilişkiye uygun düşmeyecek ölçüde uzun olduğu açıktır.

⁸⁸ Alman Hukuku'nda tamamlayıcı merasim çerçevesinde ifa davasının yanında, tespit davasının açılması da yeterli kabul edilmektedir. Zira, tarafların hukukî ilişkisinin tespitinin dava yolu ile bağlayıcı bir şekilde açıklığa kavuşturulmasında hukukî menfaatleri var ise, bu menfaatin asıl dava sonuna kadar geçecek zamana karşı teminat altına alınması da mümkün olabilmelidir (Berger/Boemke, Kap. 5 N. 23).

⁸⁹ Kambiyo senedinin zayi olması üzerine, muhataba ya da bonoyu tanzim edene yönelik ödemeden men kararından sonra da farklı bir tamamlayıcı merasim öngörülmüştür. Buna göre, hâkim, hamilin senedi elinde bulundurana istirdat davası açması için gereken süreyi kendisi belirler. Mühlet içinde dava açılmazsa, men kararı ancak hâkimin kararı ile kaldırılır (TTK m. 675).

Tamamlayıcı merasim zorunluluğu, ihtiyatî tedbirlerin geçicilik niteliği ve asıl dava ile bağılılığı bakımından vazgeçilmez nitelikte olmakla birlikte, asıl davanın her durumda açılmasını zorunlu tutma yönüyle yeniden sorgulanmalıdır. Tedbir kararından sonra asıl davanın pratik hiçbir sonucunun olmadığı veya tarafların asıl davaya bilinçli olarak başvurmak istemedikleri hâllerde tamamlayıcı merasim zorunlu kılınmamalıdır. Birinci ihtimalde, yukarıda, geçici hukukî korumaların günümüzde ulaştığı nokta değerlendirilirken açıklandığı üzere⁹⁰, her iki tarafın mahkemeden hızlı bir yargılamayı bekledikleri, çok kısa bir zaman diliminde etki doğuracak eda tedbirlerinden sonra tarafların dava açmakta menfaatleri kalmamaktadır. Hatta, 10 gün içinde asıl dava açılmadığından etkileri geriye etkili olarak kalkmış bir hukukî koruma, hukukî korumaya ihtiyaç duyulan dönem geçmiş olduğundan, gerçekte taraflar için nihai etkiler doğurur hâle gelmekte, bu da kanunen sona ermiş bir hukukî korumanın fiili etkilerini sürdürmesi gibi dogmatik temeli sağlam olmayan bir duruma yol açmaktadır. İkinci ihtimalde, taraflar talebin esasının titizlikle incelenmesi nedeniyle, asıl davada da farklı yönde karar çıkmayacağına düşünüp yargılama giderlerinden çekinebilmekte ve geçici hukukî koruma yargılamasındaki sonuçla yetinmek isteyebilmektedir.

Kanımızca, Alman Hukuku'ndaki esnek tamamlayıcı merasim sistemi, küçük değişikliklerle hukukumuz için de düşünülmelidir⁹¹. İhtiyatî tedbirler için de uygulama alanı bulan Alman Usûl Kanunu'nun 926. paragrafına göre, davadan önce verilen ihtiyatî haciz kararına karşı asıl dava, ancak karşı taraf mahkemeden talep ettiği ve mahkemece uygun görüldüğü takdirde açılmak zorundadır. Şayet karşı taraf, mahkemeden asıl davanın açılmasını istemezse, tedbir kararı, öngörülemeyen bir zaman diliminde ayakta kalmaya devam etmekte, hatta hiç kaldırılmamaktadır. Bu durumda, tedbir kararları, istisnaen nihai etkiler göstermektedir.

⁹⁰ Bkz. yuk. Bölüm I, § 3.

⁹¹ Mevcut sistemin devamına ilişkin karşı yönde görüş için bkz. **Deren-Yıldırım-Marka**, s. 202; **Alangoya-İhtiyatî Tedbir**, s. 331 dn. 32. Konusu bir işin yapılmaması olan tedbirlerde, talep sahibini tedbir kararından sonra asıl davaya açmaya zorlayacak herhangi bir nedenin bulunmadığına ilişkin bkz. **Deren-Yıldırım-İhtiyatî Tedbirler**, s. 12.

Olması gereken hukuk bakımından, 10 gün içinde asıl davanın açılma zorunluluğu terk edilmeli, aleyhine tedbir kararı verilen, mahkemeden lehine tedbir karar verilene asıl davayı açması için süre verilmesini istemeli, süresi içinde dava açılmadığı takdirde tedbir kendiliğinden kalkmalıdır. Böylece, bir yandan, kısa bir zaman dilimi için sağlanan hukukî korumanın, dava açılmamasına rağmen ayakta kalması sağlanarak daha sağlam bir dogmatik temel oluşturulacaktır. Diğer yandan, tarafların -özellikle aleyhine tedbir kararı verilenin- geçici hukukî korumada tespit edilen hukukî durumunu gözden geçirip asıl dava yolunu kendileri değerlendirmeleri yolu açılacak, hızlı tedbir yargılaması, alternatif uyuşmazlık çözümü gibi bir işlev de görebilecektir⁹². Hatta, taraflar, itiraz, tamamlayıcı merasim gibi hukukî yollardan peşinen vazgeçerek usûli bir sözleşme yolu ile tedbir yargılamasında sağlanan hukukî korumaya bağlanma iradesi gösterebileceklerdir. Bu durumda, tarafların, bağlanma beyanı⁹³ sayesinde, geçici hukukî korumaya maddî anlamda kesin hüküm etkisi tanıyabilmeleri, aralarındaki uyuşmazlığı nihaî olarak çözen asıl hukukî koruma seviyesine çıkarabilmeleri mümkün olabilecektir.

İhtiyatî tedbirlerin asıl dava ile sıkı ilişkisi, ihtiyatî tedbir yargılamasının davadaki yargılamanın doğrudan ve olmaz ise olmaz bir parçası olduğu anlamına gelmemektedir. Bilakis ihtiyatî tedbir yargılaması, asıl davadaki yargılamadan ayrı ve ondan bağımsızdır⁹⁴. Dava açılmadan önce tedbir talep edildiğinde, tedbir yargılamasının bağımsızlığı çok daha somut bir şekilde görülür. Tedbir talebini inceleyen mahkeme, tıpkı dava açıldığında olduğu gibi önce yargılama şartlarını inceler. Bu şartlar tamamsa, davadan farklı bir talep sonucunun esasına geçer. Bu

⁹² “İhtiyatî tedbirler muvakkaten adli himayenin temini bazen de hakka tecavüzü önlemeğe kâfi gelir, dava ikamesine lüzum bırakmaz.” (Belgesay-Şerh, 4. Bası, N. 155).

⁹³ Alman Hukuku’nda bağlanma beyanı (Abschlußklärung), özellikle haksız rekabet hukukuna ilişkin ihtiyatî tedbirlerden sonra, tarafların meseleyi asıl davada yeniden tartışmak istememeleri, bunun sonucunda tedbir kararındaki sonuca razı olmaları durumunda geniş uygulama alanına sahiptir. Bu konuda bkz. Thümmel in Wieczorek/Schütze, § 924 N. 10; Rosenberg/Gaul/Schilken, s. 1023, 1024; Musielak/Huber, § 936 N. 3; Schmukle in Schuschke/Walker, Anhang zu § 935 D. Bağlanma beyanına ayrıca, tüketici örgütlerinin genel işlem koşullarını kullanan aleyhine aldıkları tedbirlerden sonra da başvurulmaktadır. Bu konuda bkz. aşa. Bölüm III, § 9, II, E, 3.

⁹⁴ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Grundz. § 916 N. 1; Deren-Yıldırım-İhtiyatî Tedbirler, s. 12; Özekes, Muhammet/Erişir, Evrim: Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi, MİHDER 2006/3, s. 1258; Deren-Yıldırım-Geçici Hukuki Koruma, s. 59. Geçici hukukî korumanın asıl davaya göre tamamen farklı bir yargılama türü olduğuna ilişkin bkz. Zöllner/Vollkommer, § 920 N. 14.

da, yukarıda belirtildiği gibi maddî hukuk talebinin kendisi değil, talebin güvence altına alınması ya da geçici olarak ifasıdır⁹⁵. Talebin güvence altına alınmasına ya da geçici olarak icrasına karar verildiğinde, geçici hukukî koruma yargılaması bakımından uyuşmazlık ortadan kaldırılır, bu yönüyle dosyadan el çekilir ve geçici hukukî koruma bakımından nihaî bir karar ortaya çıkar⁹⁶. **Özekes**'in, kararları temelde nihaî karar ve ara kararı; nihaî kararları da gerçek ve geçici nitelikli nihaî kararlar olarak ikiye ayıran tasnifine biz de katılıyoruz⁹⁷. Tedbir yargılaması sonunda verilen, kendi konusunu oluşturan taleple sınırlı etki doğuran kararlar geçici nitelikli nihaî kararlardır⁹⁸. Hukukumuzda nihaî kararlara

⁹⁵ Bkz. yuk. Bölüm I, § 5, IV, B, 1.

⁹⁶ **Özekes/Erişir**, s. 1259. Her iki yargılamanın birbirinden bağımsız oluşunun bir sonucu olarak mahkemenin, ihtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbir kararıyla birlikte yargılama giderlerine de hükmetmesi gerekir (**Stein/Jonas/Grunsky**, § 922 N. 12; **Zöller/Vollkommer**, § 922 N. 8; **Gießler, Hans/Soyka, Jürgen**: Vorläufiger Rechtsschutz in Ehe-, Familien- und Kindschaftssachen, 4. Auflage, München 2005, N. 415; **Ebmeier, Marie-Theres/Schöne, Sigrid**: Der einstweilige Rechtsschutz, Düsseldorf 1997, N. 150; **Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier**, A N. 69; **Walker** in Schuschke/Walker, § 922 N. 8). **Heinze**, bir taraftan geçici hukukî koruma yargılaması sonunda mahkemenin yargılama giderlerine hükmetmesi gerektiğini belirtirken (Münch Komm ZPO-**Heinze**, 2. Auflage, § 922 N. 12) diğer taraftan dava devam ederken verilen geçici hukukî koruma kararlarını asıl yargılamanın bağımsız olmayan parçası olarak ifade etmektedir (Münch Komm ZPO-**Heinze**, 2. Auflage, § 938 N. 17).

Türk Hukuku'nda her iki yargılamanın birbirinden ayrı olduğuna, buna bağlı olarak ihtiyatî tedbir talebi reddedilen talep sahibinin asıl davayı kazansa bile geçici hukukî koruma masraflarına katlanması gerektiğine ilişkin bkz. **Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler**, s. 46. Ancak aynı yazar, yargılama giderlerinin davanın müddeabihine eklenmeyeceği, takip konusu yapılamayacağı görüşündedir (s. 52 dn. 17). **Özekes, Üstündağ**'ın her iki yargılamanın birbirinden ayrı olmasının sonucu olarak masraf kararlarının bağımsız olduğu görüşüne katılmakta; ancak, alacaklının ihtiyatî haciz, kesin hacze dönüşmeden harç ve vekalet ücreti talep edemeyeceğini ifade etmektedir (**Özekes-İhtiyatî Haciz**, s. 238). Aynı yönde bkz. **Yılmaz, C. I**, s. 874. İhtiyatî tedbir kararında öngörülen yargılama giderleri ve vekalet ücreti için ayrı bir ilâmlı icra takibi yapılamayacağına ilişkin bkz. **Tanrıver-Dayanaklar**, s. 48. İhtiyatî tedbir kararı asıl dava derdest iken verilmişse yargılama giderlerine hükmedilmemesi gerektiğine ilişkin bkz. **Deren-Yıldırım-İhtiyatî Tedbirler**, s. 166.

⁹⁷ **Özekes-İhtiyatî Haciz**, s. 232, 233; **Özekes/Erişir**, s. 1260, 1261; **Özekes-Gerekçe**, s. 476 dn. 12; **Akkaya-İstinaf**, s. 113. İflâsın ertelenmesi boyutuyla aynı yönde bkz. **Ermenek, İbrahim**: İflâsın Ertelenmesi, Ankara 2009, s. 127 dn. 137.

⁹⁸ **Tanrıver**, ihtiyatî haczin ve ihtiyatî tedbirin tek başına bir etkiye sahip bulunmadığı, açılan davanın veya takibin bir parçasını oluşturduğu gerekçesi ile bu kararları ara kararı olarak nitelendirmektedir (**Tanrıver-Dayanaklar**, s. 47, 49, 50). Aynı yönde bkz. **Taş-Korkmaz**, s. 95. Dava devam ederken verilen tedbir kararlarının ara kararı niteliğinde olduğu ve ancak asıl hükümle birlikte temyiz edilebileceği hakkında bkz. **Yılmaz, C. I**, s. 925; **Karlı, Abdurrahim**: İflâsın Ertelenmesinde Bazı Problemler (İflâsın Ertelenmesi), Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. II, Ankara 2009, s. 278. Duruşma dışı ara karar görüşü için bkz. **Özkök**, s. 50. **Kuru** da benzer şekilde ihtiyatî tedbire itiraz gibi bazı hâllerde ara kararlarına karşı itiraz imkânı tanındığını belirtmektedir (**Kuru, Baki**: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, 6. Bası, İstanbul 2001, s. 3004. Aynı yönde bkz. **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usul**, s. 435 dn. 2). İhtiyatî haciz bakımından değerlendirmede bulunan **Pekcanitez** de ara kararlarına karşı istisnaen kanun yoluna gidilebilen hâllere örnek olarak ihtiyatî haczi vermektedir (**Pekcanitez, Hakan**: İflâsın

karşı temyiz kanun yoluna başvurulabilmektedir (m. 427/1). Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda tedbir kararlarına karşı kanun yoluna başvurulabileceği açıkça düzenlenmemiş olsa bile, kararların hukukî niteliğinden yola çıkılarak temyiz kanun yolunun açık olduğu sonucuna varılabilir⁹⁹. Hukukî niteliği hukukî çare olan itiraz, kanun yolu denetimini kapatmamaktadır. Zira, bunu yasaklayan bir hüküm mevcut değildir. Ayrıca, tedbir yargılaması ile aynı dereceyi oluşturan itiraz yargılaması bir kanun yolu olmayıp temyiz öncesinde başvurulması gereken ve borçlunun hukukî dinlenilme hakkının ikame edildiği bir aşamadır¹⁰⁰.

Ertelenmesi (Erteleme), İBD 2005/2, s. 356). İhtiyatî tedbir kararlarının işin esasını çözmediğinden nihai karar (hüküm) olmayıp geçici nitelikte kararlar olduğu hakkında bkz. **Postacıoğlu-Usul**, s. 488; **Yılmaz O.**, s. 92; **Konuralp-Usul**, s. 249. Geçici kararlar olduğu yönünde bkz. **Karafakih**, s. 267; **Bilge/Önen**, s. 368; **Berkin-Usul**, s. 508; **Üstündağ-Yargılama**, s. 587; **Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul**, s. 620. İhtiyatî tedbirlerin nihai karar niteliğine sahip olmadığı yönünde bkz. **Belgesay-Şerh**, 4. Bası, N. 155. Aile mahkemelerinin verdiği geçici önlemleri ihtiyatî tedbir olarak nitelendiren **Tercan**, bu kararların nihai karar olmadığını belirtmektedir (**Tercan, Erdal: Türk Aile Mahkemeleri**, AÜHFD 2003/3, s. 50).

⁹⁹ **Özekes/Erişir**, s. 1264. İhtiyatî tedbir ve itiraz yargılamasındaki kararlara karşı bugünkü hukuk uygulamamızda temyiz kabiliyetinin bulunmadığına ilişkin yönde görüş için bkz. **Belgesay-Şerh**, 4. Bası, N. 165; **Berki, Şakir: Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Ankara 1959, s. 31; **Postacıoğlu-Usul**, s. 488; **Bilge/Önen**, s. 368; **Berkin-Usul**, s. 509; **Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler**, s. 55, 56; **Kuru, C. IV**, s. 4332, 4351; **Ercan-İhtiyatî Tedbir**, s. 89; **Taş-Korkmaz**, s. 101; **Özkök**, s. 53, 54; **Yılmaz, C. I**, s. 925, 926, 974; **Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul**, s. 708; **Yılmaz Z. S.**, s. 19; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usul**, s. 411; **Konuralp-Usul**, s. 249; **Pekantez/Atalay/Özekes**, s. 660; **Muşul-Usul**, s. 195. 11. HD, 1.10.1979, 4108/4306 (YKD 1980/7, s. 1003, 1004); 6. HD, 22.7.1982, 793/1943 (**Kaçak**, s. 564, 565). Ara kararı niteliğindeki tedbir kararlarının ayrıca temyizinin olanaksız olduğuna ilişkin bkz. HGK, 21.11.1984, 1982/12-315 E. 1984/966 K. (YKD 1985/8, s. 1139); 6. HD, 22.2.1982, 793/1943 (YKD 1982/6, s. 800, 801); 14. HD, 22.2.2008, 122/2146 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay, tedbir nafakası ile ilgili kararlarında ise doğrudan temyize gidilebileceğini belirtmemekle beraber, asıl talebe ilişkin temyiz incelemesinin kapsamına tedbir nafakasını da dahil etmekte, hatta tedbir nafakasına hükmedildiği durumlarda hükmü bozmaktadır. "Davadan önce veya davanın devamı süresinde itiraz edilen tedbirlerinde esasın incelenmesi sırasında temyiz tetkikatına tabi tutulması mümkündür (Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 16.02.1973 tarihli 787/910 sayılı kararı). Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 137. maddesi uyarınca boşanma davasına bakan hâkim gerekli tedbirleri kendiliğinden almak zorundadır. Bu sebeple tedbir nafakasının dava tarihinden sonraki bir tarihten başlatılması doğru değilse de bu yönün düzeltilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden..." 2. HD, 17.10.1997, 9403/10921 (www.yargitay.gov.tr); HGK, 12.3.1976, 1974/2-755 E. 1976/1124 K. (YKD 1976/12, s. 1649); 2. HD, 21.1.1991, 1990/10319 E. 1991/00729 K. (YKD 1991/6, s. 841).

¹⁰⁰ İtirazın bir kanun yolu olmadığı hakkında bkz. **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 924 N. 8; **Brox/Walker**, § 48 N. 1525; **Walker-Der einstweilige Rechtsschutz**, N. 520. İtirazın hukukî çare olduğuna ilişkin bkz. **Özekes-İhtiyatî Haciz**, s. 317; **Deren-Yıldırım-İhtiyatî Haciz**, s. 441; **Özekes-Gerekçe**, s. 478; **Özekes, Muhammet: Der Arrest im türkischen Zwangsvollstreckungsrecht (Arrest)**, ZJP Int 2007, s. 322. İtiraz yolunu dava, bu yargılamada verilen kararları inşaf karar olarak nitelendiren görüş için karşı. **Önen**, s. 259, 275. İtiraz davası nitelendirmesi için bkz. **Üstündağ-İcra**, s. 415. İtiraz yargılamasının konusunun da geçici hukukî koruma yargılamasındaki gibi ihtiyatî haciz/ihiyatî tedbire esas teşkil eden talep olduğuna ilişkin bkz. **Rosenberg/Gaul/Schilken**, § 77 s. 1032.

İcra ve İflâs Kanunu'nda 2003 yılında 4949 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler, tedbir kararlarının nihaî karar olduğu ve bu kararlara karşı kanun yoluna başvurulabileceği görüşümüzü destekler mahiyettedir. 4949 sayılı Kanundan önce, İcra ve İflâs Kanunu'nun 265. maddesinde açıkça "ihtiyatî haciz kararı temyiz edilemez" hükmü yer almaktayken, değişiklikten sonra karşı taraf dinlenilmeden ihtiyatî haciz kararı verilir ve borçlu itiraz yoluna başvurursa, itiraz yargılamasında verilen karar temyiz edilebilecektir (İİK m. 265/V). İhtiyatî haciz talebi reddedilmiş ise, alacaklı doğrudan kanun yoluna başvurulabilecektir (İİK m. 258/III). Bu son hükmü ilginç kılan, ihtiyatî haczin davadan önce ya da dava devam ederken reddedilmesi arasında ayırım yapmamış olmasıdır. Bu durumda, dava devam ederken ihtiyatî haciz talebi reddedilirse, ret kararı, dava sonucu beklenilmeden derhal temyiz edilebilecektir. Böyle bir kararın nihaî karar olduğuna şüphe yoktur. İhtiyatî haczin reddi kararı ara kararı niteliğinde olsaydı, kararın da temyiz edilememesi gerekirdi. Çünkü hukukumuzda ara kararlarına karşı bağımsız olarak kanun yoluna başvurmak mümkün değildir¹⁰¹.

Kanun koyucunun aynı kategoriye dahil geçici hukukî koruma kararlarının hukukî niteliği konusunda farklı sonuçlara varmış olamaz. Hukukî niteliği asıl talep hakkındaki yargılamaya bağlı geçici hukukî koruma olan ihtiyatî haciz için kanun yolunu açık hâle getirip ihtiyatî tedbirler bakımından kapatmak ciddi bir çelişkidir. Konusu itibariyle uygulama alanı ihtiyatî tedbire göre daha dar olan ihtiyatî haciz için öngörülen kanun yolu denetiminin, daha geniş uygulama alanı olan ihtiyatî tedbirler bakımından evleviyetle kabul edilmesi gereklidir¹⁰². Ayrıca, 4949 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğin asıl amacı, ihtiyatî haciz kararlarının hukukî niteliğinin değiştirilmesinden ziyade,

¹⁰¹ Özekes/Erişir, s. 1260. *Deren-Yıldırım*, karşı taraf dinlenilmeden, dosya üzerinden verilen ihtiyatî haczin reddi kararı ile karşı taraf dinlenilerek verilen ihtiyatî haczin reddi arasında ayırma gitmekte, İİK m. 258 her iki ihtimal için de kanun yolunu öngörüyor olsa da, birinci ihtimalde verilen kararların nihaî karar olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmektedir (*Deren-Yıldırım-İhtiyatî Haciz*, s. 443)

¹⁰² Özekes/Erişir, s. 1262, 1263. İhtiyatî tedbir talebine karşı kanun yolunun (istinafın) açık tutulmasının evleviyetle gerektiğine ilişkin bkz. *Deren-Yıldırım-İhtiyatî Haciz*, s. 441 dn. 46. Olması gereken hukuk bakımından, ihtiyatî tedbir kararlarına karşı başka bir yargı merciinde itiraz imkânı tanınması gerektiğine ilişkin bkz. *Postacıoğlu-Usul*, s. 488. *Yılmaz* da ihtiyatî tedbir kararlarının hukukî kontrolünün gerekliliğini vurgulamakta, olması gereken hukuk bakımından ihtiyatî tedbir kararının en yakın yerdeki aynı dereceli mahkemenin incelemesinden geçirilmesini önermektedir (C. I, s. 931, 932). İhtiyatî tedbirlerde kanun yolunun öngörülmemesinin eleştirisi için ayrıca bkz. *Kuru-Değerlendirme*, s. 81, 82.

temyiz yasağını ortadan kaldırmaktadır. 2003 yılından önce de gerek ihtiyatî tedbir gerekse ihtiyatî haciz kararlarının hukukî niteliği geçici nihaî karar idi. İhtiyatî hacizde temyiz edilebilirlik yasaklandığından kanun yoluna başvurulamıyorken, ihtiyatî tedbir için hiçbir yasaklayıcı hüküm olmamasına rağmen yaklaşık 80 yıllık uygulamada kanun yolu denetimine izin verilmemiştir. Bu değişiklik, bir yandan ihtiyatî hacizdeki temyiz yasağına son vermiş, diğer yandan asıl talep hakkındaki yargılamaya bağlanan geçici hukukî koruma kararlarının hukukî niteliği konusunda malumu ilân etmiştir. Bir an için, Kanun değişikliğinin, kararların hukukî niteliği bakımından yalnız ihtiyatî hacze yönelik olduğu düşünülebilecek olsa bile, ileride açıklayacağımız üzere kıyas yolu ile pekâlâ İcra ve İflâs Kanunu'nun 258 ve 265. maddelerinin ihtiyatî tedbire uygulanması mümkündür¹⁰³. Buna göre, ister asıl davadan önce ister dava devam ederken verilmiş olsun, ihtiyatî tedbirin reddi kararına ve itiraz yargılamasında kararlara karşı, yürürlükteki kanunda temyiz, gelecekte istinaf yoluna başvurulabilmelidir¹⁰⁴.

Tedbir kararlarının temyiz edilebilirliği, en azından usûlî temel haklar bakımından anayasal dayanağa da sahiptir. Yukarıda tartışıldığı üzere, hukukî koruma garantisi (AY m. 36) usûlî temel hakların ihlâli söz konusu olduğunda, hakkı ihlâl edilene kanun yolu gibi hukukî çare hakkını da içermektedir¹⁰⁵. Karşı taraf dinlenilmeden verilen tedbir kararlarında itiraz yolu açıksa da, itiraz yargılamasında temel hak ihlâlleri gündeme gelebilir. Örneğin, talep sahibinin ya

¹⁰³ Bkz. aşağı. Bölüm II, § 7, I, A, 3.

¹⁰⁴ Alman Usûl Kanunu'nda borçlu dinlenilmeden verilen ihtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbir kararlarına karşı itirazın koşulları ve itiraz yargılaması iki ayrı maddede (ZPO §§ 924, 925) düzenlenmesine rağmen, bu yargılamada verilen kararlara karşı kanun yoluna başvurulup başvurulmayacağı sorusuna bizim hukukumuzda olduğu gibi cevap verilmemiştir. Esasında cevap verilmesine ihtiyaç duyulmamıştır. Çünkü yine bizim hukukumuzda paralel şekilde istinaf yoluna ancak nihaî kararlara karşı başvurulabilmektedir (ZPO § 511). Bu hukuk sisteminde itiraz yargılamasında verilen kararlar nihaî karar olduğu için (ZPO § 925) istinaf kanun yolunun açık oluşu tereddütsüz kabul edilmiştir (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 925 N. 15; Stein/Jonas/Grunsky, § 925 N. 22; Rosenberg/Gaul/Schilken, § 77 s. 1033; Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 526; Walker in Schuschke/Walker, § 924 N. 3; § 925 N. 13; Musielak/Huber, § 922 N. 3, § 925 N. 9; Zöller/Vollkommer, § 925 N. 11; Hk-ZPO-Kemper, § 925 N. 7).

¹⁰⁵ Bkz. yuk. Bölüm I, § 4, I, D, E.

da karşı tarafın hukukî dinlenilme hakkı ihlâlâle uğrayabilir¹⁰⁶. Temel hak ihlâlâlerine karşı temyiz yolunu caiz görmemek, Anayasa'nın 36. ve 40. maddeleri ile bağdaşmamaktadır¹⁰⁷. Şayet tedbir kararlarının kanun yolu denetimine tâbi olması için istinaf mahkemelerinin faaliyete geçmesi beklenecekse, en azından usûlî temel hak ihlâlâlerinde Anayasa'nın emri yerine getirilerek temyize başvurulabilmelidir¹⁰⁸.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda hem ihtiyatî tedbirin reddi (m. 397/III) hem de itiraz üzerine verilen karara (m. 400/son) karşı kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir. Tasarı'nın kanunlaşmasıyla beraber yukarıda yaptığımız tartışmalar son bulacağı gibi, ihtiyatî tedbir kararlarının geçici nihai karar niteliği bizzat kanun koyucu tarafından benimsenmiş olacaktır.

E. İhtiyatî Tedbir Kararlarına Uymamanın Cezaî Yaptırıma Bağlanmış Olması

Hukuk Usûlî Muhakemeleri Kanunu'nun 113A maddesinde ihtiyatî tedbir kararının uygulanması dolayısıyla verilen emre uymayan veya o yolda alınmış tedbire aykırı davranışta bulunan kimsenin hapis cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır¹⁰⁹. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda cezaî yaptırım esasî aynen benimsenmiştir (HMKT m. 404). Gerek maddenin lafzında ihtiyatî tedbir ifadesinin kullanılmış olmasından gerekse 113A maddesinin ihtiyatî tedbirlere ilişkin dokuzuncu fasılda yer almasından ötürü cezaî yaptırım, münhasıran ihtiyatî tedbirler hakkında uygulanacaktır. İhtiyatî tedbir dışındaki diğer geçici hukukî korumalara uyulmaması cezaî hükümlerdeki kıyas yasağı karşısında 113A maddesine tâbi değildir.

¹⁰⁶ "...ihtiyatî haciz kararlarına itiraz üzerine duruşma açılması gerekirken bu yönünde gözetilmemesi usul ve yasaya aykırıdır." 19. HD, 22.9.2004, 6738/9031 (MİHDER 2005/1, s. 295); 11. HD, 6.10.2005, 11668/9353 (MİHDER 2005/2, s. 509, 510).

¹⁰⁷ "Bir mahkeme kararının kesin olması demek savunma hakkının yarısının yadsınması (inkârı) anlamındadır." (Yılmaz-Yasayolları, s. 142).

¹⁰⁸ *Özekes* de kanun yoluna başvurunun hak aramanın bir devamı ve uzantısı olarak kabul edilirse, ihtiyatî tedbire kararlarına karşı da başvuru imkânını kabul etmenin mümkün olduğunu belirtmektedir (*Özekes-Gerekçe*, s. 478 dn. 15).

¹⁰⁹ HUMK m. 113A'nın menfaat dengesi bakımından yerindeliliği ve İİK m. 343 ile ilişkisi için bkz. yuk. Bölüm I, § 4, III.

Tedbir kararının uygulanması dolayısıyla verilen emre uyulmaması ile tedbire aykırı davranışta bulunulması, suçun maddî unsurlarıdır. Anılan iki maddî unsur, ihtiyatî tedbirlerin konusunu oluşturan bütün maddî hukuk taleplerini içine alacak kadar geniştir. Bir işin yapılması ve bir şeyin verilmesine ilişkin talepler hakkında ihtiyatî tedbir kararı verildiğinde, işin yapılmaması ya da şeyin verilmemesi ilk maddî unsuru karşılamaktadır. Örneğin, bir miktar tazminat alacağının ödenmesine yönelik eda tedbirine hükmedilmiş, ancak tazminat borçlusu borcunu ödememişse, mahkemenin emrine uyulmamıştır. Tedbir yolu ile bir işin yapılmaması emredilmesine rağmen o iş yapılmışsa ikinci maddî unsur gerçekleşir. Örneğin, rekabet etmeme borcu altında olan bir işçiye karşı, çalıştığı işyeri ile aynı konu ile iştigal eden başka bir işyerinde çalışırken önceki işyerinin sırlarını ifşa etmemesi yönünde tedbir kararı verilmiş, ancak işçi bu sırları ifşa etmeye devam etmişse, cezaî yaptırım devreye girer.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 77. maddesinde düzenlenen ihtiyatî tedbir kararlarına uyulmaması durumunda ise karşı tarafın anılan 113A maddesine göre değil, İcra ve İflâs Kanunu'nun 343. maddesine göre cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Doktrinde bir görüşe göre, sonraki Kanun olması itibariyle 113A maddesi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 77. maddesinde düzenlenen cezaî yaptırımı yürürlükten kaldırmıştır¹¹⁰. Bizim de katıldığımız karşı görüş ise, kanun koyucunun iradesinin, 2001 yılında Kanunda yapılan değişikliğe rağmen 77. maddedeki cezaî yaptırımın muhafaza edilmesi yönünde olduğunu belirtmektedir. Ayrıca fikri hukuk ihlâllerin caydırıcı olması amacıyla, ihtiyatî tedbirler için özel bir düzenleme yapılmak istenmiştir¹¹¹. Bu görüş ileri sürüldüğünde, icra suçlarının tecil edilememesi ve paraya çevrilememesine ilişkin İcra ve İflâs Kanunu'nun 352b maddesi yürürlükteydi. Anılan düzenleme, 5358 sayılı Kanunla 2005 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükteki hukukumuzda 113A'ya göre altı aya kadar; İcra ve İflâs Kanunu'nun 343. maddesine göre üç aya kadar tazyik hapsine hükmedilebilmekte, her iki ceza da tescil edilip para cezasına dönüştürülebilmektedir. Bu durumda, 113A maddesinin 343. maddeye göre daha

¹¹⁰ Yılmaz, C. I, s. 750. Karş. Deren-Yıldırım-İhtiyati Tedbirler, s. 172, 173 dn. 17.

¹¹¹ Özekes-İhtiyatî Tedbir, s. 125.

ağır bir ceza öngörmektedir. Kanımızca, karşı görüşün fikri hukuk ihlalleri ile caydırıcı şekilde mücadele etmek için özel düzenleme getirildiğine ilişkin değerlendirmesi pozitif hukuka göre geçerli olmasa dahi, hükmün Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda 2008 yılında yapılan değişiklikte de muhafaza edilmiş olması, tedbire aykırı hareket edilmesi hâlinde İcra ve İflâs Kanunu'nun 343. maddesinin uygulanmasını haklı kılmaktadır.

V. İhtiyatî Tedbirlerin Koşulları

İhtiyatî tedbirin koşulları ile, tedbir kararı verilebilmesi için gerekli olan esasa ilişkin koşullar kastedilmektedir. Tedbir yargılamasında işin esasına girilebilmesi için gerekli olan görev, taraf ehliyeti gibi koşullar usûle ilişkin olmaları sebebiyle teknik olarak yargılama koşullarıdır. Şüphesiz, hem yargılama koşulları hem de esası ilgilendiren koşullar tamam olduğunda tedbir kararı verilebilir.

İhtiyatî tedbir koşullarından ilki, tedbire esas teşkil eden bir maddî hukuk talebinin var olmasıdır. İkinci koşul, bu talep hakkında asıl davadan önce karar verilmesini haklı kılan tedbir sebebinin bulunmasıdır. İhtiyatî tedbire esas teşkil eden talep, hukukî koruma sağlanabilmesi için gerekli olan maddî hukuk talebidir. İhtiyatî tedbir sebebi ise, hakkın ihlâli ya da ihlâl tehdidinin bulunması durumunda, asıl dava öncesinde hukukî koruma sağlanmasını haklı kılacak usûli koşullardır¹¹². Tedbire esas teşkil eden talep maddî hukuku, tedbir sebebi usûl hukukunu ilgilendirmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ihtiyatî tedbirlerin koşulları sistematik bir biçimde düzenlenmemiştir. 103. maddede tedbir sebebine yer verilmiş, tedbire esas teşkil eden maddî hukuk talebinden hiçbir yerde söz edilmemiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda kenar başlığı "ihtiyatî tedbirlerin şartları" olan bir hüküm öngörülmektedir (m. 395). Ancak bu

¹¹² **Taş-Korkmaz**, s. 67; **Walker**-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 212; **Walker** in Schuschke/Walker, vor § 916 N. 30; **Özekes**-İhtiyatî Tedbir, s. 102; **Berger/Boemke**, Kap. 5 N. 1; **Erişir, Evrim**: Para Alacaklarında İhtiyatî Tedbirler -11.10.2006 Tarihli Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi Kararının Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Borçlar Kanunu Tasarısı Bakımından Düşündürdükleri- (İhtiyatî Tedbir), Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. I, Ankara 2009, s. 245. İhtiyatî haciz bakımından aynı yönde bkz. **Üstündağ-İcra**, s. 407; **Özekes-Değerlendirme**, s. 449, 450.

hükümde yalnız tedbir sebebine yer verilmiş, tedbire esas teşkil eden maddî hukuk talebinden söz edilmemiştir¹¹³. Tedbire esas teşkil eden talep, “davanın esası yönünden haklılığı” şeklinde ihtiyatî tedbir talebinin düzenlendiği 396. maddenin 3. fıkrasında ifadesini bulmuştur. İhtiyatî tedbirin şartlarına ilişkin özel bir düzenleme getirilmişken, tedbire esas teşkil eden talebin de aynı hükümde düzenlenmesi sistematik açıdan daha yerinde olurdu¹¹⁴. “Davanın esası yönünden haklılığı” bir koşul olmaktan ziyade hâkimin iknâ faaliyetine ilişkin olduğundan, kanımızca “ihtiyatî tedbire esas teşkil eden talep” terminolojik olarak durumu daha iyi açıklamaktadır. Ayrıca, uygulamada tedbirin koşulları tam olarak yerleşmediğinden, tedbir yargılamasının bir maddî hukuk talebi ile ilişkisinin kurulması gerektiği ancak bunu açıklayan daha net bir kavramla ifade edilebilir.

A. İhtiyatî Tedbire Esas Teşkil Eden Talep

1. İhtiyatî Tedbire Esas Teşkil Eden Talebin Maddî Hukuk İle İlişkisi

İhtiyatî tedbir, asıl davada karar verilene kadar alacaklıya bir tehlikeye karşı geçici olarak koruma işlevine sahiptir. Bu işlev, ilk bakışta tedbir kararlarına yalnız alacaklıya zarar verecek bir tehlikenin önlenmesi veya bertaraf edilmesi gerektiğinde hükmedileceği şeklinde yanlış bir sanıyı uyandırmaktadır. İhtiyatî tedbirlerle ilgili pozitif düzenlemelerde öne çıkarılan tehlikeli hâl olgusu, özellikle hukuku uygulayacakların zihinlerinde sanki zarar görme tehlikesindeki herkesin, salt tehlikeyi ispat ederek hukukî korumaya kavuşacağı intibamı yaratmaya elverişlidir. Şayet alacaklının hakkını gerçekleştirme tehlikesi tedbir kararı verilmesinde tek başına belirleyici olsaydı, asıl talep hakkında yargılamaya bağlanan geçici hukukî korumalar, sübjektif hakların can damarı olarak kabul edilen asıl hukukî korumadan tamamen ayrılır, hatta bağımsız, bir hukukî koruma modeline dönüşürdü. Yalnız tehlikeyi önleme ya da bertaraf etme işlevine odaklanması, hem talepte bulunana hem de tedbir yargılamasında

¹¹³ Hükümet Gerekçesi’nde ise “ihtiyatî tedbirde asıl olan ihtiyatî tedbire esas olan bir hakkın bulunması ve bir ihtiyatî tedbir sebebinin ortaya çıkmasıdır. Bunlar ihtiyatî tedbirin temel şartlarını oluştururlar. Maddede bu iki hususa yer verilmiş ihtiyatî tedbire ilişkin hak ve özellikle ihtiyatî tedbir sebebi genel olarak belirtilmiştir.” ifadesi ile tedbire esas teşkil eden talebin (hakkın) de maddede düzenlendiği belirtilmektedir.

¹¹⁴ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Tasarı, s. 198.

hâkimi yanılabilir. Gerçekten, hâkim, tedbir yargılamasındaki incelemesini tehlikenin varlığı ya da yokluğu ile sınırlandırır, bir yandan etkin hukukî korumanın gerekleri ile bağdaşmayan sınırlı bir hukukî denetimde bulunmuş; diğer yandan, asıl hukukî koruma sonucuna göre yanlış karar riskini arttırmış olur. Böyle bir yargılama modelinin, bir an için çabuk karar verilmesini sağlayacağı düşünülebilir. Ancak sınırlı incelemenin çabukluğunun, geçici hukukî korumanın amacından ve bu yargılamadan beklenen ciddiyetten tamamen uzak, acele, gerekçesiz, nihayet matbu kararları da beraberinde getirebileceği unutulmamalıdır.

Tedbir kararının maddî hukuka göre hak sahibi olmayı şart koşup koşmadığı sorusuna yanıt ararken, yine Anayasa'nın konuya yaklaşımını ve geçici hukukî koruma ile asıl hukukî koruma arasındaki işlevsel bağlılığı rehber edinmek gerekir. Hukukî koruma, sübjektif hakların gerçekleştirilmesi için öngörülmektedir ki, kanun koyucu bu nedenle hakkın etkinliğini sağlamak üzere hukukî korumayı inşa etmek zorundadır. Bu nedenle, asıl hukukî korumanın temelinde esas itibarıyla maddî hukuk yer almaktadır. Hukukî koruma, hukuk düzeninin maddî hukuk kurallarında bir sübjektif hakkı tanıdığı ve bu hakkın koşulları karşılandığı takdirde sağlanır. Asıl hukukî koruma ile geçici hukukî koruma arasındaki işlevsel ve zamansal bağlılık, bu ilkenin geçici hukukî koruma için de geçerli olduğuna işaret etmektedir. Zira, ihtiyatî tedbirler, asıl hukukî koruma yolunu açık bırakma işlevinin sonucunda, asıl dava sonucunun güvence altına alınmasını amaçlayarak dolaylı yoldan sübjektif hakları gerçekleştirmektedir. Tedbir talep eden, asıl hukukî korumada olduğu gibi gerçekten bir sübjektif hakka sahipse geçici hukukî korumaya ulaşabilir¹¹⁵. Hakkın olmadığı bir yerde asıl hukukî koruma sağlanamıyorsa, geçici hukukî korumalara hükmedilmemesi evleviyet kuralının da bir gereğidir. Şu hâlde, maddî hukuk, hem asıl hem de geçici hukukî korumanın sağlanmasında nirengi noktasını teşkil etmektedir. Anayasa'nın geçici hukukî korumaya yaklaşımından hareketle, tehlike esası üzerine inşa edilen tedbir yargılamaları, ancak maddî hukukla bütünleştirildiği takdirde, ihtiyatî tedbir müessesesi doğru bir temele

¹¹⁵ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 212; Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler, s. 28; Walker in Schuschke/Walker, vor § 916 N. 29.

sahip olur ve bununla hukuk güvenliğine hizmet edilebilir. İhtiyatî tedbirler, içeriği hâkimin takdir yetkisine göre belirlenen serbest bir hukukî koruma değil, sübjektif hakkın asıl davadan önce incelendiği bir hukukî korumadır¹¹⁶.

Pozitif hukuktan da maddî hukukun genel olarak geçici hukukî koruma için vazgeçilmez bir koşul olduğu çıkarılabilir. İhtiyatî haczi düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu'nun 257. maddesinde açıkça para borcundan söz edilerek ihtiyatî haciz ile bir maddî hukuk talebi olan para alacağı arasındaki sıkı ilişkiye işaret edilmektedir. Tedbir kararının maddî hukuk koşulu bakımından ihtiyatî haciz ile bir karşılaştırma yapıldığında herhangi bir farklılığın bulunmadığı görülecektir. Her iki geçici hukukî koruma da bir maddî hukuk talebinin ispatını şart koşmaktadır¹¹⁷.

Ayrıca, hukukî korumanın dengeli olabilmesi, tarafların karşılıklı menfaatlerinin maddî hukuka bağlanarak bir arada değerlendirilmesine bağlıdır. Dengeli hukukî koruma, bir yandan hızlı yargılama sayesinde etkin hukukî koruma sağlayan; diğer yandan, maddî hukuku dikkate alan ve bu iki unsuru uyumlaştıran bir hukukî korumadır¹¹⁸. Hızlı yargılama, belirli koşullarda diğer taraf dinlenilmeden karar verilmesi ve maddî hakkın incelenmesinde yaklaşık ispat ölçüsü ile yetinilmesi anlamındadır. İhtiyatî tedbirlerin hızlandırılmış bir yargılamanın konusunu oluşturması, maddî hukukun göz önüne alınmayacağı anlamına gelmemektedir. Geçici hukukî korumanın hızlı olmayı gerektirmesi, maddî hukuk temeline bağlı, doğru karar verme gerekliliğini değiştirmemektedir. Bu nedenle, maddî hukuk dışında başka bir temelden hareket edilerek anayasal dayanağı bulunan dengeli hukukî korumaya ulaşamaz.

Geçici hukukî koruma ile maddî hukuk arasındaki sıkı ilişkinin önemli bir sonucu, asıl davada olduğu gibi iki aşamalı bir ispat faaliyetinin söz konusu olmasıdır. Buna göre, tedbiri esas teşkil edecek sübjektif hakkın düzenlendiği

¹¹⁶ Vogg, s. 60.

¹¹⁷ Buna karşılık, ihtiyatî haczi mevcut bir alacağın istifası olarak değerlendiren bir görüş, tedbirde kimin haklı kimin haksız, yani alacaklı veya borçlu olduğunun belli olmadığını belirtmektedir (Bilge/Önen, s. 368). Kanımızca, asıl davada karar verilmeden ya da takip kesinleşmeden verilen ihtiyatî haciz kararlarında da tarafların alacaklı ve borçlu sıfatları nihaî bir şekilde belirlenmiş değildir. Pekâlâ ihtiyatî haciz kararının icrasından sonra açılan davada borçlu haklı çıkabilir.

¹¹⁸ Vogg, s. 60, 61.

soyut maddî hukuk kuralının öngördüğü koşul vakıaları karşılayan somut vakıaların varlığı mahkeme tarafından incelenecektir. Bu incelemeyi asıl davadaki incelemeden ayıran tek fark, ispat ölçüsüdür. Hâkim, somut vakıaların koşul vakıaların varlığına delalet ettiğine kanaat getirdikten sonra ilgili soyut kuralı somut olaya atlayacaktır¹¹⁹.

Fikri ve sınaî mülkiyet hukukunda olduğu gibi çözümü kolay olmayan yargılamalarda, tedbir talebi reddedildiğinde talepte bulunanın zararlarının tedbire hükmediliğinde karşı tarafın uğrayabileceği zararlara ağır basıyorsa, iddia edilen maddî hukuk talebi incelenmeksizin de tedbir kararı verilebileceği şeklindeki görüşe¹²⁰ katılmak güçtür. İlk bakışta ihtiyatî tedbire esas teşkil eden talebin incelenmesinden vazgeçilmesinin karmaşık meselelerde pratik bir yöntem olduğu düşünülebilir. Ancak ihtiyatî tedbire esas teşkil eden talebin yaklaşık ispat seviyesinde incelenme zorunluluğunun tedbir yargılamasında yanlış karar vermeye engel olabilecek yegane yöntem olduğu unutulmamalıdır¹²¹. Örneğin, şekil şartı eksik geçersiz bir taşınmaz satım sözleşmesine dayanarak mülkiyetin kendisine geçirilmesini isteyen bir kişi, bu görüş uyarınca tedbire esas teşkil eden talep incelenmeyeceğinden, açacağı davadan önce tedbir kararı ile tapuya geçici tescil şerhi konulmasını sağlayabilecektir (TMK m. 1011).

Aynı şekilde, geçici hukukî koruma ile maddî hukuk arasındaki ilişkiyi inkâr etmeyen, ancak geçici hukukî korumada maddî hukuk talebine, dava hakkının yaklaşık ispat seviyesinde incelenmesi bakımından dayanıldığını belirten görüşe de katılamamaktayız. Bu görüşe göre, dava hakkı esaslı bir şekilde temellendirilebiliyorsa, kişinin, ileride açacağı davada güvence altına alınmaya elverişli bir usûli hukukî konumu (taraf konumu) vardır¹²². Hak iddia eden, dava hakkına sahipse, yani asıl yargılamanın tarafı olabilecek durumdaysa

¹¹⁹ Vogg, s. 61.

¹²⁰ Leopold-Grundlagen, s. 83 vd. Yazar, maddî hukuk talebinin incelenmesinin, hâkimin asıl davada bu tespiti ile bağlı kalması ve tarafsız bir inceleme yapmayacak olması tehlikesini yaratacağını belirtmekte ve maddî hukuk incelemesi yerine tarafların menfaatlerinin tartılmasını önermektedir. Buna göre, karşı taraf, ancak talep sahibinin menfaatleri kendisinininkine ağır bastığı takdirde ihtiyatî tedbirin hukuk alanına müdahalesine katlanmak zorundadır.

¹²¹ Stein/Jonas/Grunksy, § 935 N. 8, 10; Baur/Stürner/Bruns, N. 53.7; Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 935 N. 13; Schuschke in Schuschke/Walker, § 935 N. 6; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 935 N. 13.

¹²² Heinze, s. 18.

geçici hukukî korumaya hükmedilebilir. Maddî hukuk talebi yaklaşık olarak ispat edilebiliyorsa, hak iddia edenin asıl davada taraf konumuna sahip olması, yani geçici hukukî koruma yargılamasında esasa ilişkin incelemenin dava hakkı ile ilişkilendirilmesi, maddî taraf teorisini çağrıştırmaktadır. Halbuki, şekli taraf teorisinin hâkim olduğu günümüzde, gerçekte hak sahibi olmayan bir kimse de, dava açarak taraf konumuna sahip olabilir. Geçici hukukî korumada maddî hukuk incelemesi, talep sahibinin taraf konumundan ziyade, asıl yargılama sonunda hukukî korumaya müstahak olup olmadığının belirlenmesinden ibarettir.

Nihayet, hatalı karar rizikosuna sahip ihtiyatî tedbirlerin maddî hukuka müdahale teşkil edip etmediği sorgulanabilir. İhtiyatî tedbirlerde hakkın korunmasına, istisnaen icrasına, maddî gerçek asıl davada ortaya çıkarılmadan, hak tüm yargılama garantileri olmaksızın incelenmek suretiyle karar verilmektedir. Asıl dava sonunda tedbir kararının haksız çıkması ihtimalinde usûl hukukuna ait bir müessesenin maddî hukuka müdahale ederek amacını aştığı düşünülebilir. Ancak usûl hukukunun görevlerinden birisinin yargılamanın etkin bir şekilde organize edilmesi olduğu unutulmamalıdır. Bu görevin yerine getirilmesi, maddî hukuka müdahaleyi gerekli kılabilir. Örneğin, belirli sürelerin öngörülmesi ve sürenin kaçırılmasının hakkın da kaybedilmesi sonucunu yaratması gibi. İhtiyatî tedbirlerin maddî hukuka olası müdahaleleri de yargılamanın etkin bir şekilde organize edilmesi çerçevesinde değerlendirilmelidir¹²³. Hakkın zaman faktörü ve karşı tarafın kötü niyetli davranışlarından dolayı hiç icra edilememesinde de, usûli bir müessesenin maddî hukuku ihlâl etme potansiyelinde de, maddî hukukun gerçekleştirilememesi tehlikesi mevcuttur.

2. İhtiyatî Tedbire Esas Teşkil Eden Talebin Özellikleri

a. İhtiyatî Tedbire Esas Teşkil Eden Talebin Dava Edilebilir Olması

İhtiyatî tedbir talebine esas teşkil eden talep öncelikle dava edilebilir olmalıdır¹²⁴. Güvence altına alınacak ya da geçici olarak ifa edilecek talep, aynı

¹²³ Meier-Grundlagen, s. 76.

¹²⁴ Deren-Yıldırım-İhtiyati Tedbirler, s. 43.

zamanda asıl davanın konusunu oluşturabiliyorsa, tedbire esas teşkil edebilir. Dava edilebilirlik, geçici ve asıl hukukî koruma arasındaki işlevsel bağılılığın doğal bir sonucudur¹²⁵. İlk olarak, geçici hukukî korumanın asıl hukukî korumanın etkinliğini güvence altına alma işlevi, hakkın dava edilebilirliğini zorunlu kılmaktadır. İhtiyatî tedbire, ancak asıl dava yolu mümkün ise karar verilebilir. İkinci olarak, geçici hukukî koruma ile asıl dava arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Belirli bir süre içerisinde dava açılmadığı takdirde ihtiyatî tedbir kendiliğinden kalkmaktadır. Tamamlayıcı merasimi gerçekleştirilemeyecek bir hak için tedbire cevaz vermek, her iki yargılama arasında olması gereken bağıllık ile uyumlu değildir. Ayrıca, böyle bir talep ileri sürülmesinde hukukî yarar da yoktur. Şayet asıl dava açılmayacak bir talep için tedbire karar verilebilseydi, lehine tedbire hükmedilen, tamamlayıcı merasim zorunluluğunu yerine getirmede güçlüklerle karşılaşır¹²⁶.

Dava edilemezlik, kumar, bahis, evlenme tellallığından doğan eksik borçlar gibi (BK m. 408, 504), hiç dava edilememe şeklinde olabileceği gibi, henüz dava edilememe şeklinde de olabilir. Borç ilişkisinden doğan bağımsız olmayan yan yükümler prensip itibarıyla dava edilebilir olmadığından¹²⁷ prensip olarak ihtiyatî tedbirin konusunu oluşturamaz¹²⁸. Örneğin, satım sözleşmesinde satıcının malı alıcı dışında başka bir kişiye teslim etmeme yükümü, dürüstlük kuralından doğan bağımsız olmayan bir yan yükümdür ve alıcıya, satıcıya karşı malın başkasına teslim edilmemesi (bir işin yapılmaması) talebini ileri sürme imkânı vermez. Alıcı, satıcıdan ancak ifayı talep edebilir. Bu durumda, birinci

¹²⁵ Bir an için dava edilebilirliğin çekişmesiz yargı işlerine ve buradaki geçici hukukî koruma yargılamalarına uygun düşmeyeceği düşünülebilir. Ancak ileride açıklanacağı üzere (bkz. aşağı. Bölüm II, § 7, I, D) çekişmesiz yargıdaki geçici hukukî korumalar ihtiyatî tedbir olarak nitelendirilemez. İhtiyatî tedbir, yalnız davaya bağlanan geçici hukukî korumalara münhasırdır. Bu nedenle, tedbirin koşulları bakımından dava edilebilirlik kavramı kullanılabilir.

¹²⁶ **Walker**-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 224; **Walker** in Schuschke/Walker, vor § 916 N. 30; **Berger/Boemke**, Kap. 5 N. 22.

¹²⁷ **Kılıçoğlu**-Borçlar, s. 20. **Eren**, haklı olarak yan yüküm niteliğindeki koruma yükümlerinin dava edilememesinin "ilke" olduğunu belirtmektedir (s. 40).

¹²⁸ **Deren-Yıldırım**-İhtiyatî Tedbirler, s. 43; **Stein/Jonas/Grunsky**, § 935 N. 2; **Walker**-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 225; **Walker** in Schuschke/Walker, vor § 916 N. 30; **Berger/Boemke**, Kap. 5. N. 24. Yan yükümlerin menfaat durumunun haklı kılması durumunda istisnaen dava edilebilmesi mümkündür. Bu konuda banka teminat mektuplarında bankanın müşterisini hukuka aykırı ödeme taleplerine karşı koruması örnek gösterilebilir, bkz. aşağı. Bölüm III, § 9, II, E, 4.

alıcı, ikinci bir satım sözleşmesine karşı ifa talebinin güvence altına alınması için satıcıya karşı tasarruf yasağı getirilmesi şeklinde tedbir talep edebilir¹²⁹.

b. İhtiyatî Tedbire Esas Teşkil Eden Talebin İcra Edilebilir Olması

(1) Genel Olarak

Tedbire esas teşkil eden talebin icra edilebilirliğine ilişkin olarak, hakkın icrası olanağının bulunmaması ile henüz icra edilememesi arasında ayırım yapmak gerekir. Birincisinde, yani hakkın cebrî icra yolu ile yerine getirilmesine hukuk düzeninin cevaz vermediği hâllerde tedbir kararı verilemez¹³⁰. Çünkü tedbir yargılamasını, kararın icrası aşaması takip edecektir. İcra kabiliyeti bulunan hâllerde tedbir kararı verilmesi işin mahiyeti gereğidir. Örneğin, işverenin işçiye yönelik işgörme talebi, işçi iş görmekten kaçınırsa tedbire esas teşkil eden talebin yokluğunda tedbiren gerçekleştirilemez. Zira, şahsa bağlı kişisel edimler, dava edilebilir; ancak, icra edilemez. Yalnız belirli niteliklere sahip bir kişi tarafından görülebilecek işin ifası, icrası mümkün olmadığından tedbirin konusunu oluşturamaz. Aksi takdirde hâkim, asıl dava sonunda dahi icra edilemeyecek bir alacağa dayanılarak icra kabiliyeti bulunmayan tedbire hükmetmiş olur. Bu da, geçici hukukî korumada, asıl hukukî korumada elde edilebilecek olandan fazlasına ulaşılmamasına ilişkin genel prensibin ihlâline yol açar¹³¹.

Şahsa bağlı olmayan kişisel edimlerde, tedbire esas teşkil eden talep, işçinin işini görmesidir. Bu talep hem dava edilebilir hem de icra edilir¹³². Zira, işveren, iş görme borcu ifa edilmediğinde işçiye karşı aynen ifa davası açabilir. Alacaklının masrafı borçluya ait olmak üzere işi başkasına yaptırabilmesi (BK m.

¹²⁹ Berger/Boemke, Kap. 5 N. 24.

¹³⁰ Jauernig/Berger, § 37 N. 32; Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler, s. 15; Walker-Problemler, s. 381, 382; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 28; Hk-ZPO-Kemper, § 938 N. 4.

¹³¹ Walker in Schuschke/Walker, vor § 916 N. 31; Musielak/Huber, § 940 N. 17; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 935 N. 112; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 28.

¹³² Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 699. Schuschke de işin başka birisi tarafından yapılabilecek olması durumunda istisnaen tedbire hükmedilebileceği görüşündedir (Schuschke in Schuschke/Walker, vor § 935 N. 145). İşin başka birisi tarafından yapılabilecek olması ile işin münhasıran işçi tarafından yapılabilmesi arasında bu anlamda bir fark bulunmadığına ilişkin karşı yönde bkz. Brox/Walker, N. 1593. Karş. Jauernig-Der zulässige Inhalt, s. 345. Bu tür bir tedbirde tedbir sebebinin bulunmadığına ilişkin bkz. Musielak/Huber, § 940 N. 17.

97/I), aynen ifa davası açılmasına engel değildir. Zaten işin başkası tarafından yaptırılabilmesi için, dava sonunda işin yapılmasına karar verildikten sonra borçluya borcunu bizzat ifa edebilme imkânının verilmesi gerekir¹³³. Ancak icra emrinde belirtilen süre içinde işçi işe başlamazsa, bu takdirde alacaklı masrafi borçluya ait olmak üzere işin kendisi tarafından yaptırılmasını isteyebilir (İİK m. 30/II).

Hakkın henüz icra edilememesi, şarta veya vâdeye bağlanmış alacaklarda gündeme gelecektir. Konu, teminat ve eda tedbirleri bakımından ayrı ayrı incelenmelidir.

(2) Şarta ve Vâdeye Bağlanmış Alacaklar ile Müstakbel Alacakların Durumu

(i) Teminat Tedbirlerinde

Teminat etkisi ile sınırlı ihtiyatî hacizde, belirli sebeplerin varlığı hâlinde talep tarihinde henüz vâdesi gelmediği için müeccel olan para alacaklarının müstakbel icrasının da teminat altına alınabileceği bizzat Kanunda yer almaktadır (İİK m. 257/II). Buna karşılık, ihtiyatî tedbirlerle ilgili Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda konuyla ilgili herhangi bir düzenleme yoktur. Örneğin, bir otomobili bir ay sonra teslim etme borcunu üstlenen (B), semeni aldıktan sonra otomobili üçüncü kişiye devretmeye hazırlanıyorsa, alacaklı (A), edimin korunması için alacağın müeccel olduğu bir aşamada tedbir talep edebilecek midir? Alman Hukuku'nda hem müeccel hem de şarta bağlı alacaklar için ihtiyatî haciz istenebileceği Usûl Kanunu'nun 916. paragrafında düzenlenmiştir. Bu hükmün ihtiyatî tedbirler için de uygulama alanı bulacağı 937. paragrafın ihtiyatî hacze yaptığı genel atıftan çıkarılabilir. Doktrinde de teminat tedbirlerinde müeccel ve şarta bağlanmış alacakların tedbir yolu ile güvence altına alınmasında tereddüt edilmemektedir¹³⁴. Hukukumuz bakımından

¹³³ Üstündağ-İcra, s. 376.

¹³⁴ **Baumann, Jürgen/Brehm, Wolfgang:** Zwangsvollstreckung, 2. Auflage, Bielefeld 1982, s. 267; **Baur/Stürner/Bruns,** N. 53.6; **Walker-Der einstweilige Rechtsschutz,** N. 228; **Münch Komm ZPO-Heinze,** 2. Auflage, § 935 N. 10; **Schellhammer,** N. 1938; **Walker in Schuschke/Walker,** vor § 916 N. 31; **Münch Komm ZPO-Drescher,** 3. Auflage, § 935 N. 12.

da müeccel alacaklar için ihtiyatî tedbir istenebilmelidir¹³⁵. Aşağıda açıklanacağı üzere, farklı kanunlarda yer alsa da, müeccel alacaklar için ihtiyatî haciz talep edebilme imkânı, kıyas yolu ile ihtiyatî tedbirlere de uygulanabilmelidir¹³⁶. Müeccel alacaklar için tedbir talep edildiğinde, İcra ve İflâs Kanunu'nun 257. maddesinin 2. fıkrasındaki özel sebepler değil, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 103. maddesindeki genel sebep yaklaşık ispat seviyesinde ispat edilmelidir. İhtiyatî hacizde yalnız borçlunun kötü niyetli davranışları dikkate alınmıştır. Oysa, müeccel bir edimin bozulmaya yüz tutmasında olduğu gibi, borçlunun davranışları dışındaki sebepler de geçici hukukî korumayı gerektiren tehlikeli hâl olarak ortaya çıkabilir. Müeccel bir alacak için tedbir kararı verildiğinde, yine İcra ve İflâs Kanunu'nun 257. maddesinin 3. fıkrasının kıyasen uygulanması sonucunda müeccel talep, muaccel hâle gelir¹³⁷.

Şarta bağlanan alacaklarda ne ihtiyatî hacze ne de ihtiyatî tedbire ilişkin açık bir hüküm bulunmaktadır. Doktrinde, ihtiyatî haciz bakımından ayırım yapılmaktadır. Bozucu şarta bağlanan alacaklar, şart gerçekleşinceye kadar hüküm ve sonuçlarını doğurduğu için gerek vâdesi gelmiş olsun (İİK m. 257/I) gerekse olmasın (İİK m. 257/II) ihtiyatî haciz talep edilebileceği kabul edilmektedir. Geciktirici şarta bağlanan alacaklarda ise alacak hakkı henüz doğmamıştır. Bu nedenle, muaccel alacakların tâbi olduğu usûle göre (İİK m. 257/I) ihtiyatî haciz talep edilemez. Buna karşılık, müeccel alacaklar için ihtiyatî haciz yolunu açan 257. maddenin 2. fıkrasına göre ihtiyatî haciz istenebileceği benimsenmektedir¹³⁸. Gerçekten, Borçlar Kanunu'nun 150. maddesine göre, şarta bağlı hakkı tehlikeye düşen alacaklı, şarta bağlanmamış alacaklının hakkını korumak için başvurabileceği tedbirlerden yararlanabilir.

Müeccel alacaklarda olduğu gibi şarta bağlı alacaklarda da ihtiyatî tedbir hakkında kanun koyucu susmuştur. Kanımızca, ihtiyatî haciz için ileri sürülen görüş, teminat tedbirleri için de isabetlidir. Hatta, Borçlar Kanunu'nun 150. maddesi "tedbirler" ifadesine yer vererek lafzı itibarıyla ihtiyatî tedbirlere daha yakın gözükmektedir. Bir an için, geciktirici şartın gerçekleşmediği dönemde

¹³⁵ Karşı yönde görüş için bkz. **Deren-Yıldırım-İhtiyatî Tedbirler**, s. 161.

¹³⁶ Bkz. aşa. Bölüm II, § 7, I, A, 3.

¹³⁷ Karşı yönde görüş için bkz. **Yılmaz**, C. I, s. 902.

¹³⁸ **Özekes-İhtiyatî Haciz**, s. 145, 146.

hukukî işlemin sonuçlarını doğurmaması nedeniyle, bir maddî hukuk talebinin bulunmadığı düşünülebilir. Zira, şart gerçekleşmeden alacak, talep hakkı bahsetmez. Ancak borçlunun ifaya engel olacak davranışlar içine girmesi durumunda hukukî koruma sağlanması da önemli bir gerekliliktir. İşte, Kanun istisnaen, talep hakkı doğmasa da hukukî ilişkinin varlığına dayanarak geçici hukukî korumaya başvuru olanağını tanımıştır¹³⁹.

Müstakbel alacaklarda da alacak hakkı henüz doğmamıştır. Ancak ifa, en azından tespit davasının konusunu oluşturabilen müstakbel alacaklar için tedbir kararı verilebilir¹⁴⁰. Örneğin, miras hukukundan doğan talepler miras bırakanın ölümünden önce güvence altına alınamaz. Ancak miras bırakan, terekeye dahil olacak mallar üzerine tasarruf etmeme taahhüdünde bulunmuşsa, tasarrufun önlenebilmesi için mirasçılarının ihtiyatî tedbir talep edebilmeleri gerekir¹⁴¹.

(ii) Eda Tedbirlerinde

Teminat tedbirlerinden farklı olarak şarta veya vâdeye bağlanmış alacaklar ile müstakbel alacaklar için eda tedbiri talep edilemez. Eda tedbirlerinde cebri icra yolu ile geçici ifa söz konusudur. Şartın gerçekleşmediği ya da alacağın henüz müeccel olduğu bir dönemde, geçici ifaya hükmetmek, her şeyden önce maddî hukuk kuralları ile çelişir. Zira, böyle bir tedbire hükmedildiğinde, tedbir talebi tarihinde karşı taraftan ifası talep edilemeyecek bir alacağın cebri icrası gündeme gelir¹⁴². Usûl hukuku, maddî hukuka aykırı olacak şekilde hakkın gerçekleştirilmesine olanak sağlayamaz. Eda tedbirinin talep tarihinde borçlar hukukuna göre ifaya zorlanmayacak bir borçlunun, tedbir kararı sonucunda borcunu ifa etmek zorunda kalması, asıl dava yolu ile elde

¹³⁹ Eren, s. 1127; Kılıçoğlu-Borçlar, s. 566.

¹⁴⁰ Stein/Jonas/Grunsky, § 935 N. 4; Baur/Stürner/Bruns, N. 53.6; Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 221; Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 935 N. 10; Musielak/Huber, § 916 N. 16; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 31; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 935 N. 12.

¹⁴¹ Stein/Jonas/Grunsky, § 935 N. 5; Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 935 N. 11; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 935 N. 12.

¹⁴² Brox/Walker, N. 1610; Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 229; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 32.

edilemeyecek bir sonuca tedbir kararı ile ulaşmak olur ki, bu durum geçici hukukî korumanın sınırlarını aşar¹⁴³.

Tedbire esas teşkil eden maddî hukuk talebinin üçüncü bir kişi tarafından haczedilmiş ya da borçlu tarafından üçüncü kişi lehine alacak rehni tesis edilmiş olması, eda tedbiri talep edilmesine engel değildir. Çünkü alacaklı, haciz veya rehinden sonra eda tedbirine dayanarak alacağın kendisine ifa edilmesini talep edebilir. Örneğin, bir miktar paranın ödenmesi söz konusu olur ve alacak üçüncü kişi tarafından haczedilirse, asıl alacaklı eda tedbirini icra ettirerek hacze iştirak edebilir¹⁴⁴.

3. İhtiyatî Tedbire Esas Teşkil Eden Talebin İncelenme Kapsamı ve İspatı

İhtiyatî tedbir yargılamasında prensip itibariyle yaklaşık ispat seviyesinde ispat ölçüsü ile yetinilmektedir. Tedbire esas teşkil eden talebin varlığı konusunda hâkimin tam bir kanaat yerine, yaklaşık bir kanaate ulaşması yeterlidir. Bu noktada, yaklaşık ispat seviyesindeki ispat ölçüsünün hâkimin yapacağı incelemeyi sınırlandırmayacağı önemle vurgulanmalıdır. Maddî hukukta düzenlenen soyut kuralın öngördüğü koşul vakıaların hepsi incelenmelidir. İspat ölçüsünün düşürülmesi, koşul vakıaların bir kısmının incelenmeyeceği ya da hızlı bir incelemeye tâbi tutulacağı anlamına gelmemektedir. Zira, ispat ölçüsü, incelemenin kapsamına değil, hâkimdeki usûlî kanaatin derecesine ilişkindir¹⁴⁵. Örneğin, haksız fiilden kaynaklanan tazminat talebi eda tedbirine konu olduğunda, tazminat hukukî sonucuna götürecek fiil, hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağı unsurlarının varlığı incelenecektir. İspat ölçüsünün düşürülmesi, bu unsurlardan bazılarının incelenmesinden vazgeçmeyi haklı kılmaz. Yaklaşık ispatta, yalnız haksız fiilin unsurlarını haklı gösterecek somut vakıaların varlığının hâkim açısından ispat edilmiş sayılacağı

¹⁴³ Walker in Schuschke/Walker, vor § 916 N. 31.

¹⁴⁴ Alman Hukuku'nda paylaşırma ilkesi yerine öncelik ilkesi benimsendiğinden, ilk haciz uygulayan alacaklı alacağının tamamını almadıkça diğer alacaklılara herhangi bir ödeme yapılmamaktadır. Bu kuralın doğal sonucu olarak, hacizden sonra eda tedbiri için tedbire esas teşkil eden talebin bulunmadığı kabul edilmektedir (Brox/Walker, N. 1610).

¹⁴⁵ Atalay-Menfi Vakıalar, s. 38.

an öne çekilmektedir. Bu bakımdan, ihtiyatî tedbire esas teşkil eden talep, kapsam itibariyle herhangi bir sınırlamaya tâbi olmaksızın incelenmelidir¹⁴⁶. Tedbirin teminat ya da geçici icra etkisi yaratması arasında da bu anlamda bir farklılık bulunmamaktadır¹⁴⁷.

Yaklaşık ispatın derecesi, her maddî hukuk talebi için geçerli olacak şekilde soyut olarak belirlenemez. Talep sahibinin asıl davada başarı şansının ne oranda olası görülmesi gerektiği, yani tedbire esas teşkil eden talebin yaklaşık ispat seviyesi belirlenirken, ihtiyatî tedbir kararı verilip karar icra edildiğinde borçluya bulunulacak müdahale dikkate alınmalıdır. Borçluyu tehdit eden müdahale yoğunlaştığı ölçüde talepte bulunanın alacaklı olduğu, asıl davada da alacağın tahsiline hükmedileceğine yönelik beklenti (ispat ölçüsü) yükseltilmelidir. Eda tedbirlerinde olduğu gibi karşı tarafın ağır zararlara uğrama tehlikesi mevcut ise, maddî hukuk talebi esas bakımdan daha sıkı bir incelemeye tâbi tutulmalı, bu bağlamda yaklaşık ispatın derecesi gerektiğinde tam ispata kadar yükseltilebilmelidir¹⁴⁸.

İddia edilen vakıaların ispatsız kalmasının riskine kimin katlanacağı sorusunun yanıtı olan ispat yükü ile ispat araçları bakımından davada uygulanan kurallar ihtiyatî tedbir için de geçerlidir. Ancak ispat araçları bakımından yaklaşık ispatın özellikleri dikkate alınmalıdır. Örneğin, hukukî işlemlerde

¹⁴⁶ Münck Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 940 N. 8; Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 98; Walker in Schuschke/Walker, vor § 916 N. 30; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 656; Özekes-Hukukî Dinlenilme, s. 216; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 935 N. 13.

¹⁴⁷ Brox/Walker, N. 1631; Münck Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 940 N. 8; Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 313; Berger/Skamel, Kap. 6 N. 21. Buna karşılık diğer bir görüş, eda tedbirlerinde maddî hukuk talebinin esas bakımından daha sıkı bir incelemeye tâbi tutulması gerektiğini savunmaktadır (Baur-Studien, s. 28 vd.; Stein/Jonas/Grunksy, vor § 935 N. 36; Jauernig/Berger, § 37 N. 22).

¹⁴⁸ Berger/Boemke, Kap. 5 N. 3; Jauernig/Berger, § 37 N. 22; Brox/Walker, N. 1609; Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 935 N. 18, 19; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 935 N. 15. Grunsky, ispat ölçüsünün derecesine ilişkin olarak tedbir türleri arasında ayırım yapılmaması gerektiği görüşündedir (Stein/Jonas/Grunksy, § 935 N. 9). Bazı yazarlar, tedbir sebebi incelemesine dahil olan menfaatlerin özel olarak tartılmasını, tedbire esas teşkil eden talebin ispatına da taşımakta, talep sahibinin uğrayabileceği zararlar, karşı tarafın zararlarına açıkça ağır basıyorsa, talebin varlığına yönelik yaklaşık ispatın derecesi düşük tutulması gerektiği sonucuna varmaktadırlar (Stein/Jonas/Grunksy, § 935 N. 9; Schuschke in Schuschke/Walker, § 935 N. 9).

senetle ispat kuralı (m. 288) uygulanmakla birlikte, yazılı delil başlangıcı yeterli kabul edilmelidir¹⁴⁹.

Hukukî dinlenilme hakkının ertelenebildiği tedbir yargılamalarında, karşı taraf, talep sahibinin iddia ettiği maddî hukuk talebini çekişmeli hâle getirme, bu bağlamda itiraz ve def'i ileri sürme imkânından mahrum kalmaktadır. Dengeli bir hukukî koruma olması gereken geçici hukukî koruma, karşı tarafın mahrum kaldığı bu imkânı dikkate almalıdır. Bu konuda def'i ve inşaf haklar ile itirazlar arasında ayırım yapılmalıdır. Tedbir dilekçesinden bir itiraz sebebi çıkarılabiliyorsa, ya bu itirazın talebin güvence altına alınmamsa engel teşkil etmediğini iddia yükünün talep sahibine yüklenmesi¹⁵⁰ ya da karşı tarafın dinlenilmesi gerekir. Buna karşılık, ne tedbir dilekçesinden ne de talep sahibinin duruşmadaki açıklamalarından itiraz sebebi anlaşılamiyorsa, ondan itirazın haksız olduğunu ispat etmesi beklenemez¹⁵¹. Dosyadan anlaşılın itiraz sebepleri karşı tarafın iddia etmesine gerek olmaksızın hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınabilirken, def'i ve inşaf haklarda karşı tarafın iddia yükünü yerine getirmesi gerekir. Zira, def'i ve inşaf haklar, karşı tarafa ulaşması gereken irade beyanını gerekli kılmaktadır. Karşı taraf, def'i ve inşaf hakka sahip olmasına rağmen, bu hakkı pekâlâ kullanmamış olabilir. Bu nedenle, talep sahibi tarafından getirilen vakıalar, maddî hukuk talebinin zamanaşımına uğradığını

¹⁴⁹ **Özekes-İhtiyatî Haciz**, s. 215, 226, 227; **Özekes-İhtiyatî Tedbir**, s. 121, 122.

¹⁵⁰ **Reichhold** in **Thomas/Putzo**, vor § 916 N. 9; **Stein/Jonas/Grunksy**, § 920 N. 10; **Münch Komm ZPO-Heinze**, 2. Auflage, § 920 N. 21; **Berger/Skamel**, Kap. 6 N. 33. Son üç yazar, talep sahibine ispat yükünün düştüğü görüşündedir. Her üç yazar da, itiraz ve def'i arasında ayırım yapmamaktadır. **Deren-Yıldırım** da, karşı taraf dinlenilmiyorsa, tecavüzü haklı kılabilcek nedenlerin bulunmadığının talep sahibince yaklaşık ispat seviyesinde ispat edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Ancak yazar, burada ispat yükünün söz konusu olduğu görüşündedir (**Deren-Yıldırım-İhtiyatî Tedbirler**, s. 66). **Walker**'e göre ise, talep sahibi -davadan farklı olarak- somut iddia yükü olarak da nitelendirilebilecek somutlaştırma yükünü taşımaktadır (**Walker-Der einstweilige Rechtsschutz**, N. 647). Kanımızca, somut iddia yükü ile somutlaştırma yükü birbirinden tamamen farklı olduğu gibi, tartışılan meselede talep sahibinin olumsuz bir sonuçla karşılaşmamak için asgari düzeyde neyi iddia etmesi gerektiği, daha açık bir söyleyişle sübjektif soyut iddia yükü söz konusudur. Gerçekten sübjektif soyut iddia yükü, davacının (talep sahibinin) davasını dayandırdığı vakıaları, davalının ise muhtemel tüm itiraz ve def'ilerini iddia etmesi gerekliliği şeklindeki bür yüküdür (**Atalay-Menfi Vakıalar**, s. 26). **Deren-Yıldırım**'a göre, fikri ve sınaî mülkiyet ve haksız rekabet alanında tedbir yargılaması, karşı taraf dinlenilmeden yürütülüyorsa talep sahibinin yaklaşık ispat yükü ağırlaşmalı, karşı taraf tecavüzü haklı kılabilcek nedenlerinin bulunmadığını yaklaşık ispat seviyesinde ispat etmelidir (**Deren-Yıldırım-İhtiyatî Tedbirler**, s. 66).

¹⁵¹ **Walker-Der einstweilige Rechtsschutz**, N. 650; **Musielak/Huber**, § 920 N. 5; **Schuschke** in **Schuschke/Walker**, § 935 N. 8. Bu son iki yazar, itiraz ve def'i arasında ayırım yapmamaktadır.

ortaya koysa bile, hak sahibinin bu hakkı kullanmamış olması ihtimal dahilinde bulunduğundan, talep sahibinin zamanaşımının gerçekleşmediğini iddia ve ispat etmesi gerekmez¹⁵². Ancak özellikle def'iler hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınamayacağından, böyle bir ihtimalde mahkemenin karşı tarafı dinleyerek ihtiyatî tedbir talebi hakkında karar vermesi uygun olacaktır. Belirtmek gerekir ki, mahkemenin bir def'inin varlığını tespit edince ihtiyatî tedbir talebini reddetmesi hukuka uygun değildir. Bir hak olan def'i pekâlâ karşı tarafça kullanılmayabilir. Hakkın kullanılıp kullanılmayacağı, ancak karşı taraf duruşmaya çağrılarak öğrenilebilir.

B. İhtiyatî Tedbir Sebebi

1. Anlamı

Yukarıda, ihtiyatî tedbirlerin temel amacının bir tehlikenin önlenmesi ya da durdurulması olduğunu ifade etmiştik¹⁵³. Önlenmesi ya da durdurulması istenen bu tehlikeli hâl, ihtiyatî tedbirlerin diğer bir koşuludur. İhtiyatî tedbir sebebi, talebin asıl dava sonuçlanmadan önce hızlı bir yargılamada geçici olarak güvence altına alınmasını ya da gerçekleştirilmesini zorunlu kılan, somut, müstacel bir tehlike şeklinde tanımlanabilir¹⁵⁴. Tedbir sebebi, asıl talep hakkındaki yargılamanın yürütülmesi, talep sahibi tarafından iddia edilen hakkın önemli ölçüde zarar görmesine yol açacaksa gerçekleşir¹⁵⁵. Tanımdan anlaşılacağı üzere, tehlikenin varlığı tek başına yeterli değildir; tehlike, aynı zamanda hızlı bir şekilde tedbir alınmasını gerektiren aciliyet arz etmelidir¹⁵⁶. Nitekim, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun tedbir sebebini düzenleyen 103. maddesinde "gecikmesinde tehlike olan hâlden" söz edilmiş, tehlike ve

¹⁵² Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 645. Yazar, bu ihtimalde mahkemenin karşı tarafı duruşmaya çağırmasa bile onu telefonla dinlemesi ya da tedbir dilekçesi tebliğ edilmeden yazılı olarak görüşünü sorması veya talep sahibini, daha yüksek miktarda tazminat sorumluluğunun olabileceği konusunda uyarması gerektiğini belirtmektedir (N. 646).

¹⁵³ Bkz. yuk. Bölüm II, § 6, II, A.

¹⁵⁴ Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 935 N. 21; Ahrens, Hans-Jürgen: Der Wettbewerbsprozess, (Ahrens/Jestaedt, Bernhard/Schmukle, Detlef): 6. Auflage, Köln 2009, Ahrens/Jestaedt/Schmukle, Kap. 45 N. 5; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 33.

¹⁵⁵ Ahrens/Jestaedt/Schmukle, Kap. 45 N. 5.

¹⁵⁶ Deren-Yıldırım-İhtiyatî Tedbirler, s. 36; Eroğlu, s. 47; Pekcanitez-Geçici Hukukî Koruma, s. 130; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 39.

aciliyet birlikte vurgulanmıştır. Şu hâlde, tehlike ve aciliyet (acil bir tehlike) tedbir sebebinin gerçekleşmesi için birbirini tamamlayan iki unsurdur.

İhtiyatî tedbire hükmedilebilmesi için, dava sonucunda kararın icra edilmesine kadar beklenildiği takdirde elde edilmesi umulan hukukî korumanın etkinliğinin azalması ya da tamamen ortadan kalkması ihtimali bulunmalıdır. Diğer bir ifade ile, asıl hukukî koruma öncesinde geçici bir hukukî koruma sağlanması için meşru, haklı bir sebep olmalıdır. Bu sebep, hukukî yararın ihtiyatî tedbirlerdeki özel görünümüdür¹⁵⁷. Nasıl ki, dava açılırken dava dışında daha basit, kısa bir yolla hakkın elde edilmesinin mümkün olup olmadığı bir dava şartı olarak inceleniyorsa¹⁵⁸, benzer şekilde ihtiyatî tedbirlerde dava sonucuna kadar beklenilip beklenilmeyeceği değerlendirilir. Ancak tedbir sebebi ile hukukî yarar eş anlamlı değildir. Hukukî yarar, tedbir sebebine göre daha geniş kapsamlı, daha genel ve soyuttur. Örneğin, hak sahibi, tedbir talep ederken gerçekleştirmek istediği menfaate daha kısa ve hızlı bir yoldan ulaşabiliyorsa, tedbir sebebi mevcut olsa bile talebi, hukukî yarar yokluğundan reddedilir¹⁵⁹. Güvence altına alınmak istenen uyuşmazlık konusu mal yok olmuşa, talep sahibinin hukukî yararı yoktur¹⁶⁰. Burada tedbir sebebi ayrıca incelenmez. Hukukî yarar dava şartı niteliğinde iken, tedbir sebebi tedbire esas teşkil eden taleple birlikte esasa ilişkindir¹⁶¹. Tedbir sebebi yokluğunda talep esastan reddedilir. Çünkü gecikmesinde tehlike olan hâl, talebin güvence altına alınması istemine ilişkindir. Davaya ise doğrudan maddî hukuk talebi esas teşkil eder¹⁶².

¹⁵⁷ Jauernig-Der zulässige Inhalt, s. 321; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935 N. 17; Zöller/Vollkommer, § 940 N. 4; Ahrens/Jestaedt/Schmukle, Kap. 45 N. 1; Güngerich, s. 165. OLG Frankfurt 14.7.2005, NJW 2005, s. 3222.

¹⁵⁸ Hanağası-Menfaat, s. 26, 235.

¹⁵⁹ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 940 N. 9. Hukukî yararın geçici hukukî korumalarda da bulunması gerektiğine ilişkin bkz. Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 275. Hukukî yararın mahkemeye yöneltilen bütün taleplerde kabule şayanlık koşulu olduğuna ilişkin bkz. Hanağası-Menfaat, s. 26.

¹⁶⁰ Schuschke in Schuschke/Walker, § 935 N. 14 dn. 60; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 34.

¹⁶¹ Stein/Jonas/Grunsky, § 917 N. 2; Zöller/Vollkommer, § 917 N. 3; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 3; Alangoya-İhtiyatî Tedbir, s. 340. Tedbir sebebinin usûle ilişkin olduğu yönünde karşı görüş için bkz. Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 917 N. 2; Thümmel in Wiczorek/Schütze, § 917 N. 2; Jauernig/Berger, § 35 N. 6; Reichhold in Thomas/Putzo, § 916 N. 2; Ahrens/Jestaedt/Schmukle, Kap. 45 N. 1. LAG Köln, 9.2.1991, NZA 1991, s. 396; OLG Frankfurt 14.7.2005, NJW 2005, s. 3222. Bu konuda ayrıca bkz. Deren-Yıldırım-İhtiyatî Tedbirler, s. 34, 35.

¹⁶² Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 917 N. 2.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 103. maddesinde lüzumlu (gerekli) tedbire karar verileceği öngörülmektedir. Lüzumlu tedbir, tedbir sebebine göre belirlenir. Talep sahibine nasıl ve hangi içerikte geçici hukukî koruma sağlanacağı, tehlikenin türüne ve yoğunluğuna bağlıdır¹⁶³.

2. Genel İhtiyatî Tedbir Sebebi Olarak Gecikmesinde Tehlike Olan Hâl

a. Genel Olarak

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 103. maddesinde, tehirinde tehlike olan veya mühim bir zarar olacağı anlaşılan hâllerde, tehlike veya zararın def'i için hâkimin icap eden ihtiyatî tedbirlerin icrasına karar verilebileceği düzenlenmiştir. Maddede geçen “veya” bağlacı, kanun koyucunun “gecikmesinde tehlike olan hâl” ile “mühim bir zarar olacağı anlaşılan hâli” ayrı tedbir sebepleri olarak öngördüğü intibamı yaratsa da, mühim bir zarara uğranılabilecek hâllerin tamamında aynı zamanda bir tehlikesi mevcuttur. Tehlikenin önlenmesi ya da durdurulmasının ihtiyatî tedbirlerin en temel amacı olması da¹⁶⁴, tedbir sebebinin kısaca “gecikmesinde tehlike olan bir hâl” olarak ifade edilmesine haklı bir temel kazandırmaktadır. Mühim bir zarar olacağı anlaşılan hâl, gecikmesinde tehlike olan hâlin somutlaştırılmasından ibarettir. Bu bakımdan, “veya” bağlacı kullanılmasındansa, zarar tehdidi “mühim bir zararın oluşması gibi gecikmesinde tehlike olan hâl” şeklinde bir ifade ile, tehlikeli hâle örnek gösterilebilir.

Gecikmesinde tehlike olan hâl, çoğu zaman müstakbel takibin tehlikeye düşmesine yönelik iken, bazı durumlarda hakkın gerçekleştirilmesi dışında talep sahibinin vücut bütünlüğünün ve kişilik haklarının korunmasında olduğu gibi, başkaca tehlikeler de gündeme gelebilir¹⁶⁵.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 395. maddesinde, mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya

¹⁶³ Musielak/Huber, § 938 N. 6.

¹⁶⁴ Bu konuda bkz. yuk. Bölüm II, § 6, II, A.

¹⁶⁵ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 935 N. 16.

gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyatî tedbir kararı verilebileceği düzenlenmiştir. Yürürlükteki düzenleme ile karşılaştırıldığında, “gecikmesinde tehlike olan veya mühim bir zarar olacağı anlaşılan hâl” şeklindeki genel tedbir sebebi, ifade farklılıkları ile korunmuş; ancak, “mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşması ya da tamamen imkânsızlaşması” tedbir sebebi olarak maddeye ilâve edilmiştir. Tasarı, yeni bir tedbir sebebi getirirken Alman Hukuku’ndan esinlenmiştir. Alman Usûl Kanunu’nun teminat tedbirlerini düzenleyen 935. paragrafında “mevcut durumun değişmesinin tarafın hakkının gerçekleştirilmesini akamete uğratması ya da önemli ölçüde zorlaştırmasına”, tedbir sebebi olarak yer verilmiştir. Ayrıca, aynı Kanun’un düzenleme tedbirlerini düzenleyen ve eda tedbirleri için de dikkate alınan 940. paragrafında “önemli zararların önlenmesi ya da tehdit eden bir kuvvete engel olunması ya da diğer sebepler” de tedbir sebebi olarak öngörülmüştür.

Tasarı’nın ilk bakışta, iki ayrı tedbir sebebi öngördüğü düşünülebilir. Hatta, “mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşması ya da tamamen imkânsızlaşması”, orijini olan Alman Hukuku esas alınarak teminat tedbirleri için; “gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi” ise eda tedbirleri için tedbir sebebi olarak görülebilir. Ne var ki, her iki ifade de aynı hükümde yer aldığından, kanun koyucunun teminat ve eda tedbirleri için farklı tedbir sebeplerinin uygulanacağı şeklinde bir iradesinin bulunduğu söylenemez. “Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşması ya da tamamen imkânsızlaşması” ve “gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi”, hem teminat hem de eda tedbirleri için uygulanmalıdır. Teminat ve düzenleme (eda) tedbirlerinin ve tedbir sebeplerinin ayrı ayrı maddelerde düzenlendiği Alman Hukuku’nda da, 935 ve 940. paragraflardaki farklı ifadelerin farklı tedbir sebebi yaratmayacağı, çünkü 940. paragrafa göre hükmedilecek

tedbirlerin de son tahlilde hakkın gerçekleştirilmesine hizmet edeceği kabul edilmektedir¹⁶⁶.

Tasarı'da tedbir sebebine ilişkin öngörülen iki farklı ihtimalin birbiri ile ilişkisi değerlendirildiğinde, mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşması ya da tamamen imkânsızlaşması, kanımızca gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilen bir hâlin somutlaşmasından ibarettir. Bir malın teslimini borçlanan, bu malı tahrip ediyorsa, mevcut durumda bir değişikliğin meydana gelmesi olasıdır. Ancak bu olasılık aynı zamanda gecikme sebebiyle bir tehlikeye ya da zarar tehdidinde işaretler. Şu hâlde, Tasarı ile getirilen "mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşması ya da tamamen imkânsızlaşmasına" yönelik tedbir sebebinin, "gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilen hâl", kapsamına almaktadır. Yürürlükte olan düzenlemeye ilâve yapılmasa bile statükonun değişmesi, gecikmesinde tehlike olan bir hâl olarak değerlendirilecektir.

b. Genel İhtiyatî Tedbir Sebebinin Somutlaştırılması

(1) Mevcut Durumda Meydana Gelebilecek Bir Değişme Nedeniyle Hakkın Elde Edilmesinin Önemli Ölçüde Zorlaşması ya da Tamamen İmkânsızlaşması

Talep sahibinin hakkının, hükmün icrasını da içine alacak şekilde asıl davada verilen kararlar gerçekleştirilmesi statükonun değişmesi sonucunda akamete uğrayacak ya da zorlaşacaksa tedbir sebebi mevcuttur. Böyle bir tehlikeden söz edebilmek için, objektif bir değerlendirme sonucunda, mevcut durumun (statükonun) değiştirilmesi ile talebin asıl dava sonucunda gerçekleştirilmesinin tehlikeye düşmesinden endişe edilmesine elverişli vakıalar mevcut olmalıdır. İhtiyatî hacizde, mevcut durumun değişmesi, borçlunun alacaklının alacağını elde etmesini sağlayacak malvarlığının azalması şeklinde

¹⁶⁶ Stein/Jonas/Grunsky, § 940 N. 7; Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 935 N. 23; Schuschke in Schuschke/Walker, § 940 N. 8; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 935 N. 17. Teminat tedbirleri ile eda tedbirleri arasında ayırım yapan karşı yönde görüş için bkz. Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 242, 246; Musielak/Huber, § 938 N. 6.

ortaya çıkarken, ihtiyatî tedbirde mevcut durum, ihtilâf konusunun veya iddia edilen maddî hukuk talebinin değişmesine yöneliktir¹⁶⁷.

Teslim edilmesi gereken şeyin bozulması, zarar verilmesi, aşırı kullanılması suretiyle değerinin azalacak ya da değişime uğrayacak olması, işlenmesi, işletilmesi, devredilmesi veya diğer türlü ortadan kaldırılması ya da bir alacağın tahsili, mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşması ya da tamamen imkânsızlaşmasının somut yansımalarıdır¹⁶⁸.

(2) Nihâî Hak Kaybına Uğranılacak Olması

Borç acilen ifa edilmediği takdirde nihâî hak kaybı tehlikesi söz konusu ise, gecikmesinde tehlike olan bir hâl mevcuttur¹⁶⁹. Talebin güvence altına alınması, zaman faktöründen ötürü hukukî korumanın etkinliğine hizmet etmeyecekse, nihâî hak kaybı tehlikesinden söz edilebilir. Zaman faktörünün tedbirin bazen talep sahibi, bazen de karşı taraf aleyhine nihâî etkiler yaratması göze alınacak derecede önem taşıdığı hâllerde, nihâî hak kaybı tehlikesinin bulunduğu söylenebilir.

Kesin vâde gibi borcun belirli döneme kadar ifa edilebilecek olması, nihâî hak kaybına uğranacak en temel hâldir. Asıl dava sonucu beklendiği takdirde, öngörülen kesin vâde tarihi kaçırılmış olacak ve borcun dava sonunda ihtiyaren ya da cebri icra yolu ile ifası alacaklının menfaatlerini karşılamayacaktır. Konser gibi belirli bir organizasyona katılmada, belirli bir yerin düğün gibi bir aktivite için tahsisinde talebin güvence altına alınarak korunması mümkün olmadığı gibi, tedbir kararı verilmediğinde nihâî hak kaybı söz konusu olacaktır. Sendika

¹⁶⁷ Stein/Jonas/Grunsky, § 935 N. 12; Brox/Walker, N. 1581; Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 935 N. 21; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 935 N. 16.

¹⁶⁸ Stein/Jonas/Grunsky, § 935 N. 12; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 935 N. 17; Reichhold in Thomas/Putzo, § 935 N. 6; Zöllner/Vollkommer, § 935 N. 13; Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 935 N. 22; Musielak/Huber, § 935 N. 13; Schuschke in Schuschke/Walker, § 935 N. 15; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 935 N. 18.

¹⁶⁹ Thümmel in Wiczorek/Schütze, § 940 N. 10; Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 935 N. 22. Grunsky, "özel sebeplerden" söz etmektedir (Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935 N. 37).

tarafından planlanan grev, bir kez yapıp tamamlanmış olacağından, işveren açısından nihaî hak kaybına yol açabilecektir¹⁷⁰.

Yine, satım sözleşmesinde ayıp ihbarında bulunulan bir malın bozulmaya yüz tutması hâlinde, hem satıcı hem de alıcı bakımından nihaî hak kaybı tehlikesi vardır. Asıl dava sonunda ister satıcı ister alıcı haklı çıksın, edim bozulduğu takdirde hakkın icrası imkânsız hâle gelecektir¹⁷¹.

Kiralayanın aynı kiralanan için ayrı ayrı iki kira sözleşmesi akdetmesi durumunda, âkitlerin kiralayana karşı kiralananın teslim edilmesi talebini geçici olarak gerçekleştirmeleri, nihaî bir hak kaybının önüne geçmeye yönelik olsa da, birbiriyle yarışan ifa taleplerinden birisinin diğerine önceliği yoktur. Kiracılardan biri lehine hükmedilecek tedbir, diğer kiracı aleyhine nihaî hak kaybı doğuracaktır. Ayrıca, kiralayan, borçluları arasında kime aynen ifada bulunacağı, kime tazminat ödeme borcu altına gireceği noktasında seçim yapabilmelidir¹⁷².

Alman doktrininde, bir işin yapılmamasına yönelik bütün taleplerin, asıl davada karar verilene değin gerçekleştirilememesinden ötürü, daima nihaî hak kaybına yol açtığı, bunun sonucunda her ihtimalde aciliyet arz eden tehlikeli bir hâlin gerçekleştiği, tedbir sebebinin ayrıca yaklaşık ispatına gerek olmadığı ileri sürülmektedir. Yani, bir işin yapılmaması taleplerinde tehlikeli hâl, talebin mahiyeti gereği kendisinde mevcuttur. Nitekim, Haksız Rekabet Kanunu'nda tedbir sebebinin mevcudiyeti karine olarak kabul edilmiştir (UWG § 12, II). Bir işin yapılmaması talebi, karşı tarafın tecavüz gibi hukuka aykırı hareket etmesi tehlikesi mevcutsa hüküm altına alınabilir¹⁷³. Böyle bir tehlikeyi haklı gösteren vakıaların ispatı, aynı zamanda talep sahibinin asıl davadan önce geçici olarak

¹⁷⁰ Walker-Problemler, s. 382.

¹⁷¹ Karafakih, s. 268; Stein/Jonas/Grunsky, § 940 N. 10; Kuru, C. IV, s. 4290; Ercan-İhtiyati Tedbir, s. 61; Muşul-USul, s. 187.

¹⁷² Brox/Walker, N. 1615.

¹⁷³ Daha önce tecavüz söz konusu olmamışsa, tehlikeden söz edebilmek için, karşı tarafın hukuka aykırı bir şekilde hareket edeceğine dair emareler mevcut olmalıdır. Tecavüz sona ermişse ise, yeniden başlama tehlikesi ispat edilmelidir. Tekrar tehlikesi, tedbir sebebinin değil, tedbire esas teşkil eden talebe ilişkindir, yani maddî hukuk talebinin koşul vakıasıdır (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 936 N. 2; Stein/Jonas/Grunsky, § 940 N. 9; Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 940 N. 11; Ahrens/Jestaedt/Schmukle, Kap. 44 N. 35; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 935 N. 18; § 940 N. 11. Karş. Brox/Walker, N. 1592). Ayrıca, borçlu alacaklıya bir işin yapılmaması edimi için cezaî şart taahhüt etmişse, alacaklının tedbir talep etmekte hukukî yararı ortadan kalkar (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 940 N. 9).

korunmasını haklı kılan tehlikeyi de ortaya koyar. Bir işin yapılmaması talebine geçici hukukî koruma sağlanmayıp asıl davada davalının davranışı hukuka aykırı bulunduğu takdirde, ancak oluşan zararların tazmini gündeme gelir; davacı, asıl talebinin gerçekleştirilmesinden mahrum kalarak ikincil hukukî korumaya razı olmak durumunda bırakılır. Bir işin yapılmaması taleplerinin işlevi, kişinin hukukça korunan değerlerine (hukuk alanına) müdahalenin önlenmesi ya da durdurulması amacıyla karşı tarafın uyarılmasıdır. Bu işlevinden ötürü çabuk hareket etme gereği söz konusudur. Zira, ancak bu şekilde bir işin yapılmaması talebinin önleyici/durdurucu karakteri anlam kazanır ve müdahale önlenir/durdurulur¹⁷⁴.

Kanımızca, bütün yapmama taleplerini içine alacak şekilde genelleme yaparak bu tür taleplerin tedbir yolu ile gerçekleştirilmesini haklı kılacak sebebin ispatını aramamak her zaman doğru değildir. Sadece yapmama talepleri değil, bütün talepler, asıl hukukî koruma sonunda gerçekleştirilmediği dönemde, yani dava süresince alacaklı bakımından bir kayıptır. Dava sonunda borç ifa edilse bile, alacaklı dava süresince alacağından mahrum kalacaktır. Bir şey teslim edilmediği, bir iş yapılmadığında, yani alacaklının ifa menfaati karşılanmadığında alacaklının zarara uğraması kaçınılmazdır. Bu görüş kabul edildiğinde, alacaklının ifa menfaatinin karşılanmadığı her ihtimalde nihaî hak kaybına uğranılmış olunacaktır ki, bu durum az yukarıda belirttiğimiz nihaî hak kaybı tanımına uymamaktadır. Nihaî hak kaybından söz edebilmek için, talep belirli bir zaman diliminden sonra asıl hukukî koruma yolu ile dahi gerçekleştirilemez hâle gelmelidir. Alacaklının ifa menfaati hiçbir şekilde karşılanamaz hâle geliyorsa, ortada nihaî hak kaybı tehlikesi vardır. Bütün yapmama taleplerinde böyle bir tehlike peşinen var sayılamaz. Bazı yapmama talepleri asıl dava sonunda gerçekleştirilebilir niteliktedir. Örneğin, tecavüzün yeniden başlayacağına dair emareler var, ancak tecavüzün kısa vâdede tekrar etme tehlikesi söz konusu değilse, hak sahibinin asıl davadan önce talebinin gerçekleştirilmesine yönelik tehlike ile (tedbir sebebi) karşı karşıya olduğu kabul

¹⁷⁴ **Marly, Jochen P.:** Die Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen in Verfahren nach § 13 AGB-Gesetz, NJW 1989, s. 1474.

edilemez¹⁷⁵. Buna karşılık, bir iş, asıl davadan sonra durdurulamayacak derecede tehlike arz ediyorsa, işte ancak bu durumda nihaî hak kaybı vardır. Örneğin, işverenin, sendikanın politik amaçla grev yapmaktan men edilmesi talebi, ancak grevin yapılacağı güne kadar gerçekleştirebilir. Alacaklının menfaatleri ancak bu zaman dilimi içinde korunabilecek nitelikte olduğundan, onun asıl davada karar almaya mecbur bırakılması, nihaî bir hak kaybını gündeme getirecek, bu da etkin hukukî koruma garantisinden mahrum kalmasına yol açacaktır¹⁷⁶. Şu hâlde, maddî hukuk talebinin türünden hareketle, tedbir sebebini her ihtimalde gerçekleşmiş saymak yerine, hakkın asıl dava sonunda dahi ifa edilememe tehlikesinin bulunup bulunmadığı sorusu sorulmalı, bu soru olumsuz yanıtlandığı takdirde gecikmesinde tehlike olan hâlin yaklaşık ispatı, talep sahibinden beklenmelidir.

Nihaî hak kaybı tehlikesini alabildiğine genişleten bu görüş, bir işin yapılmaması talepleri yanında, elektrik, su, doğal gaz dağıtımında da benzer bir değerlendirmede bulunmaktadır. Zira, tedbir talebi reddedilip asıl dava kazanıldığında, dava süresince hak sahibinin bu hizmetlerden yararlandırılması fiilen mümkün olmayacaktır¹⁷⁷. Ne var ki, bütün maddî hukuk taleplerinde, talep, hüküm altına alınıp cebren yerine getirilmediği müddetçe hakka ulaşılması olanaksızdır. Bu durum, elektrik, su, doğal gaz dağıtımına özgü değildir. Tedbir talep eden, asıl davadan önce elektrik, su, doğal gaz bağlanmadığı takdirde karşı karşıya kalacağı tehlikeyi yaklaşık olarak ispat etmelidir. Asıl davanın önüne geçemeyeceği bir tehlike mevcutsa, nihaî hak kaybına dayanılabilir ve ayrı bir tehlikenin (tedbir sebebi) ispatına gerek kalmaz.

(3) Alacaklının Zaruret Hâlinde Bulunması

Borcun asıl dava sonunda ifa edilebilir olmasına rağmen bazı hâllerde yine de gecikmesinde tehlike olan bir hâl oluşabilir. Alacaklının borç ifa

¹⁷⁵ Berger/Boemke, Kap. 5 N. 153.

¹⁷⁶ Brox/Walker, N. 1615; Walker-Der einstweiliger Rechtsschutz, N. 247; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 935 N. 18.

¹⁷⁷ Walker-Der einstweiliger Rechtsschutz, N. 247; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 46.

edilmediğinde zaruret hâline düşecek olması, hukukî korumanın etkinliğini ortadan kaldıracak ve geçici hukukî koruma sağlanmasını haklı kılacak oransız bir zarar tehlikesidir. Alacaklının, geçimini temin etmek, sağlığını korumak veya varlığının yok olmasına engel olmak için, borçlunun borcunu acele olarak ifa etmesinden başka bir imkânı yoksa zaruret hâli söz konusudur¹⁷⁸. Nafaka talebinin amacı, alacaklının geçimini temin etmektir. Konusu bir miktar nafakanın ödenmesi olan tedbir yargılamalarında, alacaklının zaruret hâli çoğu zaman mevcuttur.

Alacaklının ifaya muhtaç olması, çoğu zaman para alacaklarının tahsilinde gündeme gelirse de, diğer maddî hukuk taleplerinde de zaruret hâli gerçekleşebilir. İş sözleşmesi feshedilen işçinin yeni iş aramak için çalışma belgelerine ihtiyaç duyması, işçinin geçimini temin etmesi, bunun sonucunda varlığını emniyet altına alması bakımından zorunludur¹⁷⁹. Yine, geçimini kendisine ait taksi işleterek sağlayan bir kişi, otomobili yıllık bakım için verdiği servisle bakım masrafları üzerine ihtilâfa düşer ve firma otomobili teslim etmekten kaçınırsa, taksicinin başka bir yolla hayatını idame ettirmesi mümkün değilse, zaruret hâlinde bulunduğu kabul edilebilir. Ancak taksicinin başkaca geçim kaynakları varsa, örneğin eşi de çalışıp gelir elde ediyorsa ya da geçimi üçüncü kişilerin yardımları ile emniyet altında ise zaruret hâlinde söz edilemeyecektir¹⁸⁰.

Alacaklının zaruret hâlinde bulunması, asıl davada alacaklı olmadığının ortaya çıkması göze alınacak kadar önemlidir. Alacağın geçici ifasına hükmedilmediği takdirde, alacaklı tedavi olamadığı, vücut bütünlüğünü koruyamadığı için belki de hiçbir zaman asıl davayı açamayacaktır. Hatta, asıl dava sonunda alacaklı sıfatını haiz olmadığı tespit edilen kişiye karşı haksız tedbir nedeniyle tazminat davası da adeta kâğıt üzerinde kalacaktır. Davalı, tazminat davasını kazansa bile, çoğu kez alacaklının haczi kabil malvarlığına sahip olmaması sonucunda uğranılan zararlar giderilemeyecektir. Şayet, alacaklı

¹⁷⁸ **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 940 N. 5; **Stein/Jonas/Grunsky**, vor § 935 N. 39; **Brox/Walker**, N. 1612; **Walker-Der einstweilige Rechtsschutz**, N. 248; **Schuschke** in **Schuschke/Walker**, § 935 N. 17; **Berger/Boemke**, Kap. 5 N. 47; **Münch Komm ZPO-Drescher**, 3. Auflage, § 940 N. 12.

¹⁷⁹ **Walker-Der einstweilige Rechtsschutz**, N. 250.

¹⁸⁰ **Brox/Walker**, N. 1612; **Walker-Der einstweilige Rechtsschutz**, N. 250.

borçlusunun zararını karşılayabilecek olsaydı, zaruret hâlinde kabul edilmez ve lehine eda tedbirine hükmedilmezdi.

Zaruret hâline düşülmesinde alacaklının kusurunun bulunup bulunmadığı tedbir sebebinin varlığı bakımından önemli değildir. Alacaklının kusuru, devletin alacağın tahsili için etkin hukukî koruma sağlama sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Kusur, zaruret hâlinin gerçekleşmesinde rol oynamasa da, tarafların menfaatlerinin tartılmasında dikkate alınmalıdır¹⁸¹.

Zaruret hâli tespit edilirken alacaklının başkaca talep haklarının bulunup bulunmadığı dikkate alınır. Bu konu, para alacaklarında eda tedbirleri bahsinde değerlendirilecektir¹⁸². Şimdilik şu kadarını belirtmek gerekir ki, alacaklının hızlı bir şekilde gerçekleştirebileceği başkaca talep hakları varsa, zaruret hâlinde söz edilemez. Ancak sosyal yardım alabileceği gerekçesi ile alacaklının tedbir talebi reddedilemez. Alacaklı zaten sosyal yardımdan faydalanıyor ve bu yardımla geçimini temin edebiliyorsa tedbir sebebi yoktur¹⁸³.

Zaruret hâli geçmişe dönük değil, geleceğe yöneliktir. Zira, bir kimse zaruret hâlinde ise, onun bu durumu aşmak için derhal tedbir talep edeceği varsayılır. Tedbir istenilmemişse, kişinin bu dönemde geçimini temin edebildiği ve zaruret hâlinde olmadığı kabul edilir. Ancak önceden mevcut olmasına rağmen zaruret hâlinin etkileri tedbir talep edildiği dönemde somutlaşmışsa, örneğin alacaklı, zaruret hâlinin aşılması için borçlanmış, fakat tedbir talep edilen dönemde borcunu ifa edemiyorsa tedbir sebebi mevcuttur¹⁸⁴.

Karşı tarafın malvarlığının kötü durumda olması, nafaka talepleri dışında prensip olarak tek başına zaruret hâli teşkil etmez. Bu nedenle, borçlunun iflâs ya da borca batıklık tehlikesi zaruret hâli değildir¹⁸⁵.

¹⁸¹ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 250; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 48. Bu konuda bkz. aşa. Bölüm II, § 6, V, B, 4, b.

¹⁸² Bkz. aşa. Bölüm III, § 9, II, E, 1, b, (3).

¹⁸³ Thümmel in Wieczorek/Schütze, § 940 N. 36; Brox/Walker, N. 1613; Schuschke in Schuschke/Walker, § 935 N. 17; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 47.

¹⁸⁴ Brox/Walker, N. 1613.

¹⁸⁵ Stein/Jonas/Grunsky, § 935 N. 12; Zöllner/Vollkommer, § 935 N. 13; Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 243; Musielak/Huber, § 940 N. 15; Schuschke in Schuschke/Walker, § 935 N. 17; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 34. Ancak bir teslim talebi söz konusuysa ve teslim edilmesi gereken şeyin borçlu tarafından malvarlığının düzeltilmesi

Alacaklının bizatihi kendisinin ölçüsüz bir şekilde malvarlığı zararlarına uğraması söz konusu ise zaruret hâli gerçekleşmiştir¹⁸⁶. Örneğin, müteahhit, işi belirli tarihte tamamlamadığı takdirde yüksek miktarda cezaî şart ödeme borcu altına girmiş, buna karşılık işin yürütülmesi için üçüncü kişiden kiralanan vinç teslim edilmemişse, cezaî şartın müteahhide vereceği malvarlığı zararları, vincin geçici olarak teslimini haklı kılmaktadır. Zira, oluşacak malvarlığı zararları müteahhidi zaruret hâline sürükleyebilir¹⁸⁷. Diğer yandan, alacaklının iflâsı tehdidi de bir zaruret hâlidir¹⁸⁸. Özellikle tüzel kişi tacirler, iflâsın açılması hâlinde tüzel kişiliğin sona ermesi, yani varlığını yitirme tehlikesi ile karşı karşıya kalacaktır. İflâs tehdidi nedeniyle oluşan zaruret hâli, bu tehdidin bertaraf edilmesi, örneğin nakit akışının sağlanarak ödeme aczinin aşılması bakımından önemi haizdir. Gerçekten, tedbir yolu ile alacakların bir bölümünün geçici olarak tahsili sağlandığı takdirde, iflâsın da önüne geçilebilecektir. Mesele, ileride para alacaklarında eda tedbiri bahsinde daha ayrıntılı değerlendirilecektir¹⁸⁹.

(4) Tehdit Eden Bir Şiddetin Varlığı

Fiziksel ya da psikolojik şiddetin talep sahibine veya mülkiyet gibi onun hukukça korunan değerlerine yönelmesi hâlinde, tehdit eden bir şiddet söz konusudur ve ihtiyatî tedbir kararı verilmesi haklılık kazanır. Genel olarak suç ya da haksız fiil teşkil eden bir eylem bu anlamda tehdit eden bir şiddettir¹⁹⁰. Örneğin, talep sahibinin arsasına yapılan haksız bir inşaatın, medyada yayın yolu ile kişilik haklarına müdahalenin yakın tehlike arz etmesi¹⁹¹, bir evin yıkılmaya

amacıyla rehin gösterileceğinden endişe ediliyorsa, borçlunun malvarlığı durumunun kötü olması tedbir sebebi olarak kabul edilebilir (Berger/Boemke, Kap. 5 N. 34).

¹⁸⁶ Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935 N. 39; Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 935 N. 22; Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 248; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 47; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 935 N. 18; Erişir-İhtiyatî Tedbir, s. 248. OLG Düsseldorf, 7.7.1959, MDR 1960, s. 58. Malvarlığı zararlarının zaruret hâlini temellendiremeyeceğine ilişkin karşı yönde görüş için bkz. Musielak/Huber, § 940 N. 15. OLG Düsseldorf, 13.6.1995, NJW-RR 1996, s. 124.

¹⁸⁷ Brox/Walker, N. 1614.

¹⁸⁸ Berger/Boemke, Kap. 5 N. 47. Karşı yönde OLG Rostock, OLG-NL 1996, s. 283.

¹⁸⁹ Bkz. a.ş. Bölüm III, § 9, II, E, 1, b, (1).

¹⁹⁰ Stein/Jonas/Grunsky, § 940 N. 11; Zöllner/Vollkommer, § 940 N. 4; Schuschke in Schuschke/Walker, § 940 N. 9; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 940 N. 12.

¹⁹¹ Reichhold in Thomas/Putzo, § 935 N. 6.

yüz tutması tehdit eden şiddete örnektir. Ayrıca, haksız rekabet kurallarına aykırılık ya da sınaî haklara müdahale bu kapsamdadır.

Alman Hukuku'nda bir görüş, gasp ve saldırıyı, tehdit eden bir şiddet olarak değerlendirmektedir. Buna göre, talep sahibinin zaruret hâline düşmesi söz konusu olmasa ve talep güvence altına alınarak korunabilecek olsa da, gasp ve tecavüz hâllerinde ileri sürülebilecek zilyetlik talepleri eda tedbirine konu olabilir. Kanunda gasp ve tecavüz hâlinde açılacak davada, davalının şahsi talep hakkı ileri sürmesine imkân verilmemek suretiyle (BGB § 863), davacının önceki zilyetlik durumunun yeniden inşasına yönelik menfaati, onun zaruret hâlinde olup olmadığına bakılmaksızın davalının menfaatine üstün tutulmuştur. Kanun koyucunun belirlediği menfaat dengesine uygun olarak önceki zilyet, zaruret hâlini ispat etmeksizin eda tedbiri talep edebilmelidir. Önceki zilyet, gasp ve saldırı davasından önce de eda tedbiri yolu ile elden çıkanın iadesini ve saldırının durdurulmasını sağlayabilir¹⁹². Bu görüş, gasp ve saldırı hâlinde, hakkın icrasını tehlikeye düşüren acil durumun dahi yaklaşık ispatına gerek görmemektedir. Zira, Kanun, hukukî sonucu, somut tehlikeye değil, karşı tarafın gasp ve saldırı fiiline bağlamıştır. Ayrıca, gasp ve saldırı fiillerinde gündeme gelen kendiliğinden hak alma, yargısal hukukî korumaya göre ikincil niteliktedir. Yargısal korumanın, kendiliğinden hak almaya göre daha esnek koşullarda gerçekleşebilmesi gerekir. Nihayet, zilyetlik talebi, geçici olarak icra edilmediğinde, asıl hukukî korumaya kadar nihaî hak kaybı söz konusu olabilecektir. Nihai hak kaybı tehlikesinden, bütün geçici hukukî korumalar için gerekli olan aciliyet unsuru çıkarılabilir. Bunun sonucunda gasp ve saldırı fiilinin yanında, ayrıca bir aciliyetin yaklaşık olarak ispatı aranmamalıdır¹⁹³.

Gasp ve saldırı hâllerinde şeyin teslimine ya da saldırının durdurulmasına tedbiren karar verilmesi caiz ve gerekli olmasına rağmen, bu tür tedbir yargılamalarını tehlikeli hâlin ispatından muaf kılmak isabetli değildir. Öncelikle, Türk Hukuku'nda zilyetliğe gasp ve saldırı davalarında, gasp eden veya saldırının üstün bir hakka sahip olduğunu ileri süremeyeceği düzenlenmiş

¹⁹² **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 938 N. 16; **Walker-Der einstweilige Rechtsschutz**, N. 252.

¹⁹³ **Walker-Der einstweilige Rechtsschutz**, N. 254.

olsa da (TMK m. 982, 983), Alman Hukuku'ndan farklı olarak, davalının o şeyi davacıdan geri almasını gerektirecek üstün bir hakka sahip olduğunu derhal ispat ederse onu geri vermekten kaçınabilme imkânı getirilmiştir (TMK m. 982/II). Sonra, gasp ve saldırı, geçici hukukî korumayı haklı kılan tehlikeli hâl değil, zilyetlik taleplerinin, yani asıl hukukî korumanın koşul vakıalarıdır. Gasp ve saldırı fiilinin ispatı, olsa olsa tedbire esas teşkil eden talebe ilişkin olabilir. Zilyetliğe gasp ve saldırı davalarından önce tedbir yolu ile geçici hukukî koruma sağlanmasını haklı kılacak bir tehlikeli hâl mevcut olmalıdır. Böyle bir tehlikenin yokluğunda, gasp ve saldırı fiilleri, ihtiyatî tedbiri tek başına haklı göstermeye yetmez. Nihayet, zilyetliğin yeniden tesis edilmemesinin nihaî hak kaybı yaratacağı fikri, bütün maddî hukuk taleplerinin asıl hukukî korumaya kadar nihaî hak kaybına uğrayacağı şeklinde bir genelleme yaratmaya müsaittir. Nihaî hak kaybı, asıl hukukî koruma ile dahi önüne geçilemeyecek bir tehlikeye işaret eder. Oysa zilyetlik taleplerinde, pekâlâ gasp ve saldırı davası ile zamanında bir hukukî koruma elde edilerek tehlike savuşturulabilir.

3. Genel İhtiyatî Tedbir Sebebinin Özel Olarak Tedbir Sebebine Yer Verilmeyen Durumlarda Uygulanması Sorunu

Gecikmesinde tehlike olan hâl şeklindeki genel tedbir sebebi, somut tedbir örneklerine yer verilen Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 101. maddesinde değil, 103. maddesinde ifadesini bulmuştur¹⁹⁴. Diğer bir ifade ile, 101. maddenin dışında kalan hâllerde de tedbirlere karar verilebileceğini düzenleyen genel hüküm, aynı zamanda genel tedbir sebebini de düzenlemiştir. Tedbir sebebi bakımından anılan iki hükmün birlikte değerlendirilmesi önemli bir meseleyi ortaya çıkarmaktadır: 101. maddede, 101. maddede sayılanların dışındaki tedbirlere ilişkin 103. maddede olduğu gibi tedbir sebebine yer verilmiş değildir. Bu durumda 103. maddede öngörülen tedbir sebebini 101. maddedeki

¹⁹⁴ Doktrinde, "gecikmesinde tehlike olan veya mühim bir zarar olacağı anlaşılan hâl" varsa, 101. maddede gösterilen sebepler dışında da tedbir kararı verilebileceği belirtilmektedir (Özkes-İhtiyatî Tedbir, s. 101). Kanımızca, 101. maddede ihtiyatî tedbir sebebine yer verilmemiş, yalnız tedbirlerin içeriği örnek kabilinden sayılmıştır. 101. madde dahil olmak üzere, tedbir sebebi hakkında kendisine müracaat edilecek hüküm, 103. maddedir.

tedbirler için de iddia ve isbatı gerekecek midir, yoksa gecikmesinde tehlike olan hâl 103. maddeye göre hükmedilecek tedbirlere mi münhasırdır?

Doktrinde *Kuru*, 101. maddenin başlıca ihtiyatî tedbir çeşitlerini saydığı ve ayrıca ihtiyatî tedbir kararı verilebilmesi için gerekli şartların 103. maddede genel biçimde düzenlendiği görüşündedir¹⁹⁵. *Üstündağ*'a göre ise, 101. maddenin dört bendinde yer alan tedbirlerinden herhangi birinin alınabilmesi için başkaca şart aranmamaktadır; bu maddenin dışında kalan tedbirler için tedbir sebebinin mevcut olup olmadığı araştırılacaktır¹⁹⁶.

Lafzî yorum yapıldığında kanun koyucunun 101. maddede saydığı tedbirleri ve geçici önlemleri tedbir sebebinden muaf kılmadığı, bilakis 103. maddenin tüm ihtiyatî tedbir kararlarında uygulama alanı bulacak genel bir düzenleme olduğu görülecektir. Gerçekten, 103. maddenin “101 ve 102 nci maddelerde gösterilen hâllerden başka tehirinde tehlike olan veya mühim bir zarar olacağı anlaşılan hâllerde...” şeklindeki ifadesinde dikkat edilmesi gereken nokta, “dışında” anlamında kullanılan “başka” sözcüğünden sonra virgüle yer verilmemesidir. Şayet, burada virgül konulsaydı, kanun koyucunun 101. maddede saydığı tedbirlerle, bunun dışında kalan diğer tedbirleri ayırmak istediği düşünülebilirdi. Zira, bu durumda 101. maddede belirtilen tedbirlerden başka - bunların dışında- tedbirler gündeme gelebilecek; ancak, tedbire hükmedilebilmesi için, hususi olarak gecikmesinde tehlike olan veya mühim bir zarar olacağı anlaşılan hâlin iddia ve ispatı gerekecekti. Virgülsüz okumada ise, 101. maddede sayılan tedbirlerle tedbir sebebi arasında bir bağlantı kurulmak suretiyle bir bütünlük oluşturulmakta, 101. maddedeki tedbir örneklerinde de tehlikeli hâlin arandığı, bunların dışında kalan tedbirler için de tedbir sebebinin ispatı bakımından tereddüt edilmemesi gerektiği ortaya konulmaktadır. 101. maddede belirtilen tedbirler incelendiğinde kanun koyucunun virgüle yer vermemesinin bilinçli bir tercih olduğu görülecektir. Bu maddede sayılanlar, tedbir sebebinin ispatından muaf tutulmuş olsaydı, birinci bent dışında kalan bütün teminat tedbirlerini içine alacak şekilde kaleme alınan ikinci bentte temelini bulan

¹⁹⁵ *Kuru*, C. IV, s. 4293.

¹⁹⁶ *Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler*, s. 16, 18, 19; *Üstündağ-Yargılama*, s. 582. Benzer yönde bkz. *Belgesay, Mustafa Reşit: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi (Şerh)*, 3. Bası, İstanbul 1948, N. 263; *Taş-Korkmaz*, s. 35.

teminat tedbirlerinin neredeyse tamamına tehlikeli hâle gerek olmaksızın hükmedilebilirdi. Dahası, üçüncü bentte düzenlenen nafaka alacaklarında eda tedbirinin, tedbir sebebinden bağımsız olarak düşünülmesi hiçbir şekilde mümkün değildir. İstisnai karakterdeki bu tedbir türünün alacaklının zaruret hâli ispat edilmeksizin gündeme gelmesi, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini borçlu aleyhine ciddi bir şekilde bozulmasına yol açardı. Şu hâlde, 103. madde ve orada düzenlenen tedbir sebebi, 101. maddeye göre talepte bulunulması dahil olmak üzere bütün ihtiyatî tedbir yargılamalarında uygulama alanı bulmalıdır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı yürürlüğe girdiğinde bu tartışma anlamını yitirecektir. Tasarı, 101. maddede yapıldığı gibi tedbirlerin içeriğini örnek kabilinden şayma modelini terk etmiş, ifade farklılıklarıyla 103. maddenin karşılığı olan genel bir düzenleme ihdas etmiştir (HMKT m. 395). Tasarı'nın 395. maddesinin yürürlüğe girmesinden sonra yalnız yürürlükteki düzenlemenin tereddüt uyandıran ifade tarzı sona erecektir. Yoksa yürürlükteki hukukta da özel kanunlarında aksine düzenleme getirilmediği müddetçe, bütün ihtiyatî tedbirlerde tehlikeli hâlin yaklaşık olarak ispatı tedbir koşullarına dahildir.

Özel kanunlarda düzenlenen ihtiyatî tedbirlerde özel bir tedbir sebebine yer verilmediği sürece bütün ihtiyatî tedbirlerde gecikmesinde tehlike olan hâlin yaklaşık ispatı gerekir. Esasen özel kanunlarında tedbir sebebine değinilmiş olsa bile, böyle bir düzenleme çoğu zaman asıl dava öncesinde geçici hukukî koruma sağlanmasını haklı kılan sebebi (tehlikeyi) değişik şekillerde ifade etmiş olacaktır. Örneğin, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 77. maddesinde, esaslı bir zararın veya ani bir tehlikenin yahut emrivakilerin önlenmesi için veya diğer herhangi bir sebepten dolayı tedbir kararı verilebileceği düzenlenmiştir. Bu maddede tedbir sebebinin gecikmesinde tehlike olan veya mühim bir zarar olacağı anlaşılan hâl ile sınırlı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 103. maddesine göre genişletildiği düşünülebilir¹⁹⁷. Ancak burada birden çok tedbir sebebi düzenlenmemiş, esaslı zarar, ani tehlike ve emrivaki ile asıl dava sonucunun beklenilmesinin hangi hâllerde haklı olmayacağı örnek şeklinde somutlaştırılmış, “diğer herhangi bir sebep” ifadesi ile tehlikenin kaynağının

¹⁹⁷ Bu yönde bkz. Özkes-İhtiyatî Tedbir, s. 101.

sayılanlarla sınırlı olmadığı vurgulanmıştır. Yani, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 103. maddesinde ifade edilen gecikmesinde tehlike olan hâl değişik bir şekilde kaleme alınmıştır¹⁹⁸.

Tedbir sebebine atıf yapılmayan diğer bir düzenleme de teminat tedbiri niteliğindeki çekişmeli haklar ve geçici tescil şerhleridir (TMK m. 920 b. 2, 921). Alman Hukuku'nda bu tür şerhlerin tedbir sebebinin yaklaşık ispatına gerek olmadığı Kanunda açıkça düzenlenmektedir (BGB § 885). Doktrinde de, bir yandan tapu sililinin aleniyet işlevinin tehlikeye girmesinin söz konusu olduğu¹⁹⁹; diğer yandan, sicilde yanlış veya eksik kaydın, hak sahibi olduğunu iddia edeni olası bir nihaî hak kaybından ötürü tehlikeye düşürdüğü, zira bu yanlış veya eksik kayıt nedeniyle talep sahibi yerine üçüncü bir kişinin hakkı iktisap edebileceği savunularak²⁰⁰ bu türden tedbirlerin tedbir sebebinden muafiyeti temellendirilmeye çalışılmaktadır. İsviçre Hukuku'nda da aynı değerlendirmede bulunan bir görüş, taşınmazın iyi niyetle kazanılmasına ilişkin düzenlemenin, geçici tescil şerhinde tedbir sebebinin ayrıca ispatına gerek olmaması bakımından bir temel oluşturduğunu, bu tehlikenin dışında ayrıca bir zarar tehlikesinin ispatına gerek olmadığını iddia etmektedir²⁰¹.

Her şeyden önce Türk Hukuku'nda, Alman Medenî Kanunu'nun 885. paragrafına benzer bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda, hukukî niteliği ihtiyatî tedbir olan çekişmeli haklar şerhi ile geçici tescil şerhine Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 103. maddesinin doğrudan uygulanması ve gecikmesinde tehlikeli olan hâl yaklaşık olarak ispat edildiği takdirde tedbir kararı verilmesi gerekir. Ayrıca, Türk Medenî Kanunu'nda özel surette

¹⁹⁸ “ (...) eser olduğu tüm hukukçuların malumu olan kitapların, mali haklarını kullanma yetkisini sınırlı süreyle alan tespit isteyen şirketin izni olmaksızın internet ortamında sayısal (digital) formatta yayınlanmasının (...) üçüncü kişilerin ücretsiz indirmesi ve yazıcı ile çoğaltmasına olanak verilmesinin de talep eden şirketin eserler üzerindeki devir yoluyla sahip olduğu FSEK madde 22 ve 23 maddelerinde düzenlenen çoğaltma ve yayma haklarının ihlali bakımından FSEK'nun 77 ve HUMK'nun 103. maddelerinde belirtildiği şekilde “ani bir tehlike” veya “tehirinde tehlike veya mühim bir zarar olacağı” hallere işaret ettiği ve bu konuda icap eden tedbirlerin” alınması koşullarının bulunduğu, kanaatinde varılmıştır.” Ankara 3. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 23.11.2007, 40/40 (MİHDER 2008/2, s. 518).

¹⁹⁹ Baur/Stürner/Bruns, N. 53.8.

²⁰⁰ Bruns/Peters, s. 343; Jauernig/Berger, § 37 N. 6; Brox/Walker, N. 1581; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 38.

²⁰¹ Homberger, Arthur: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band Dritte Abteilung, Zürich 1938, Art. 961 N. 12.

düzenlenmiş olsa da, çekişmeli haklar ve geçici tescil şerhinin hukukî dayanaklarından birisi, mevcut durumun muhafazasını amaçlayan Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 101. maddesinin 2. bendidir²⁰². Bu maddeye göre yürütülecek tedbir yargılamalarında tehlikeli hâlin ispatını düzenleyen 103. madde uygulama alanı bulacaktır.

Nihaî hak kaybına ilişkin olarak müteaddit defa dile getirdiğimiz üzere, asıl hukukî korumanın dahi bertaraf edemeyeceği bir tehlike mevcut olmadığı sürece, bu kavrama başvurulması yerinde değildir. Çekişmeli haklar ve geçici tescil şerhinin talep edildiği her durumda nihaî hak kaybı tehlikesinden hareket edilmemeli ve tedbir sebebi peşinen var sayılmamalıdır. Talep sahibini tedbir sebebinin ispat etmekten muaf tutmak, tapuda hak sahibi gözükenin her halukârda mal kaçırabilecek potansiyel kötü niyetli bir kişi olduğu anlamına gelecektir. Halbuki, hak sahibi olduğunu iddia edene geçici hukukî koruma sağlanabilmesi için, taşınmazı iyi niyetle üçüncü kişiye devretmeye yönelik emareler olmalı ve bu emareler yaklaşık ispat seviyesinde ispat edilmelidir. Ancak böyle bir tehlike yaklaşık olarak ispat edilirse, karşı tarafın kötü niyetli olduğu anlaşılacak, tapu siciline şerh verilmesi haklılık kazanacaktır²⁰³.

4. Menfaat Dengesinin Özel Olarak Gözetilmesi

a. Menfaat Dengesinin Önemi

Tedbir sebebinin kabulü için, talep sahibinin uğrayabileceği muhtemel zararları, hakkın asıl davada hüküm altına alınmasına katlanamayacak yoğunlukta olmalıdır. Tedbir kararı verildiğinde, bu sefer karşı tarafın tehlikeli bir hâl ile karşı karşıya kalması ve menfaatlerinin zarar görmesi gündeme gelebilir. Asıl davanın beklenmesinin mi, yoksa tedbir ile hakkın güvence altına alınması ya da geçici olarak gerçekleştirilmesinin mi sırtlanabileceği, yalnız talep

²⁰² Bkz. aşa. Bölüm III, § 9, I, C.

²⁰³ Tehlikenin yaklaşık ispat seviyesinde ispatını arayan aynı yönde görüş için bkz. Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch II, Hrsgb. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas, 3. Auflage, Basel 2007, BSK II ZGB-Schmid, Jürg, Art. 961 N. 15; Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Roelli, Bruno/Meuli-Lehni, Roswitha/Müller, Christoph/Freiburghaus, Dieter/Deillon-Schegg, Bettina), Zürich 2007, CHK-Deillon-Schegg, ZGB 961 N. 6. Karş. Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Rumo-Jungo, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich 2009, § 94 N. 12.

sahibinin değil, karşı tarafın da menfaatlerinin dikkate alınması ile olanaklıdır. Zira, etkin hukukî koruma garantisine ilişkin Anayasa koyucunun beklentileri, ancak tarafların karşılıklı menfaatleri somut olaya göre tartıldığı takdirde karşılanabilir²⁰⁴.

Menfaatlerin tartılması sonucunda karşı tarafın menfaatleri ağır basarsa tedbir talebi, tedbir sebebinin mevcut olmamasından ötürü esastan reddedilir. Zira, tedbir kararı verildiğinde karşı tarafın uğrayabileceği zararlar, tedbir reddedildiğinde talep sahibinin uğrayabileceği zararlara nazaran ağır basıyorsa, talep sahibi gerçekte aciliyet arz eden bir tehlike ile karşı karşıya değildir. Menfaatlerin tartılması, tedbire esas teşkil eden talep ve tedbir sebebi dışında üçüncü bir koşul değil, tedbir sebebinin özel surette değerlendirilmesidir. Menfaat dengesi, tedbir yargılamasında yalnız tedbir sebebinin varlığı ya da yokluğuna yönelik olarak kurulur. Bazı yazarların tedbire esas teşkil eden talebe ve tedbir sebebine yönelik ispat ölçüsünün ve tedbirin içeriğinin belirlenmesinde; ayrıca iddia edilmesi gereken tehlikenin yoğunluğunun derecesinde de menfaatlerin tartılması gerektiği şeklindeki görüşe²⁰⁵ katılamamaktayız²⁰⁶. Şayet menfaat dengesi bu durumlarda da gündeme gelseydi, hâkimin basit, hızlı ve acele yürütmesi gereken tedbir yargılamasında tam dört kez tarafların menfaatlerini tartması icap ederdi.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na ilişkin Hükümet Gerekçesi'nde de (m. 395) hâkimin tedbir kararını verirken tarafların menfaat dengesini ve ihtiyatî tedbirin amacını göz önünde bulundurmasının gerekli ve zorunlu olduğu vurgulanmıştır.

b. Menfaat Dengesi Gözetilirken Dikkate Alınacak Kriterler

Menfaatlerin nasıl tartılacağı sorusu, bütün tedbir yargılamalarına uygulanabilecek genellikte yanıtlanamaz. Ancak sınırlandırıcı olmamak

²⁰⁴ Belgesay-Şerh, 4. Bası, N. 159; Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 257, 258; Ahrens/Jestaedt/Schmukle, Kap. 45. N. 5; Kargados, s. 273; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 51. *Alangoya* ise, teminata ve tamamlayıcı merasime ilişkin hükümler karşı tarafın menfaatlerini koruduğundan, menfaat dengesinin ayrıca gözetilmesine karşı çıkmaktadır (*Alangoya-İhtiyatî Tedbir*, s. 341).

²⁰⁵ Bu konuda bkz. yuk. Bölüm II, § 6, V, A, 3 ve aşağı. Bölüm II, § 6, V, B, 6.

²⁰⁶ Tedbirin içeriğinin belirlenmesi bakımından aynı yönde bkz. *Alangoya-İhtiyatî Tedbir*, s. 342.

koşuluyla somut kriterlerden yararlanılabilir. Bu konuda hâkim, sırası ile üç aşamayı takip etmelidir:

İlk olarak, tedbir yargılamasında, asıl dava sonucuna ilişkin net bir öngöründe bulunulabiliyor ve hukukî durumun açıklığı taraflardan biri lehine tam ispat seviyesinde tespit edilebiliyorsa, bu öngörü tarafların menfaatlerinin tartılmasında da yol gösterici olmalıdır (hukukî durumun açıklığı kriteri)²⁰⁷. Gerçekten, eda tedbiri talebinin reddedilmemesine talep sahibinin mi, yoksa kabul edilmesine karşı tarafın mı katlanması gerektiği, asıl dava sonucu öngörülerek tespit edilebilir. Talep sahibinin haklılık ihtimali arttıkça, onun karşı tarafa göre menfaatleri ağır basar. Bu açıdan, tedbirin kabulünün karşı tarafa verebileceği zararlar, talep sahibine göre daha yoğun olsa da, hukukî durum talep sahibi lehine tam ispat seviyesinde açıksa, talep sahibinin menfaatleri ağır basar²⁰⁸. Nasıl ki, asıl davada davacı haklı ise, dava sonucu davalıyı ne kadar büyük zararlara uğrattırsa uğrattı, davacı lehine karar verilmesi onun menfaatlerine hukuk düzeninin üstünlük tanınmasından ileri geliyorsa, aynı esasın tedbir yargılamasında da geçerli olması gerekir. Hukukî durumun açıklığı kriteri, tedbir yargılamasında tam ispat seviyesinde ispat ölçüsünün aranacağı anlamına gelmemektedir. Burada tam ispat ölçüsü, tarafların menfaatlerinin değerlendirilmesine yönelik bir işlev görmektedir.

Talep sahibinin asıl davadaki haklılığı, özellikle karşı taraf dinlenilmeden karar verilmesinden dolayı tam ispat seviyesinde ispat edilememişse, ikinci aşamada, tarafların ne derecede korunmaya ihtiyaç duydukları araştırılmalıdır (tarafların korunması ihtiyacı kriteri). Bu çerçevede, tedbirin, karşı tarafın haklarına ne derece müdahale edeceği, tedbirin talebin tamamen ifasına ne denli yaklaştığı ve tedbire hükmedilmesi ile karşı tarafın uğrayabileceği zararların büyüklüğü dikkate alınmalıdır²⁰⁹. Örneğin, gasp ve saldırı hâlinde ilk bakışta talep sahibinin ağır zararlara uğrayabileceği düşünülür. Ancak olabilir ki, karşı taraf, tedbire hükmedildiğinde zaruret hâline düşmek suretiyle gasp veya saldırının yol açacağı zararlardan daha büyük zararlara uğrayabilir. Şayet her iki

²⁰⁷ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 261; Walker-Problemler, s. 383; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 54.

²⁰⁸ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 261; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 54.

²⁰⁹ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 263; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 56.

tarafın birden zaruret hâline düşmesi ya da nihaî hak kaybına uğraması söz konusu ise, ileride açılacak tazminat davasında ilâmın malvarlığında icra edilebilecek tarafın menfaatlerine üstünlük tanınmalıdır²¹⁰. Talep sahibinin ileride haksız tedbir nedeniyle açılacak tazminat davasını karşılayacak yeterli malvarlığı varsa, onun zaruret hâline, karşı tarafın zaruret hâline göre öncelik verilmeli, tedbire hükmedilmelidir.

Tarafların eşit düzeyde korunmaya ihtiyaç duymaları hâlinde üçüncü aşamada, tehlikeli hâlin oluşmasında, talep sahibinin kişisel olarak oynadığı rol dikkate alınmalıdır (tarafların korunmaya layık olmaları kriteri)²¹¹. Talep sahibi, zaruret hâline kusuru ile düşmüş, örneğin fuzuli harcamalarda bulunarak yaşamını idame ettiremeyecek hâle gelmişse, karşı tarafın menfaatleri üstün gelmeli ve tedbir talebi, tedbir sebebi yokluğundan reddedilmelidir.

Üç aşamalı değerlendirme sonucunda yine de taraflardan birinin menfaati diğerine üstün gelmiyorsa, yani “pat durumu” oluşmuşsa, tedbir talebi reddedilmelidir. Zira, tedbir kararı verilmesi, muhakkak surette talep sahibinin menfaatlerinin ağır basması koşuluna bağlıdır. Bu koşul gerçekleşmediği sürece geçici hukukî koruma sağlanamaz²¹².

c. Teminat Tedbirlerinde Menfaat Dengesinin Gözetilmesi

Alman Hukuku’nda teminat tedbirlerinde tedbir sebebinin ispatı bağlamında her iki tarafın menfaatlerinin tartılmasına gerek olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, teminat tedbirlerinde tarafların menfaatlerinin tartılmasına gerek yoktur. Teminat tedbirleri, etkileri itibariyle ihtiyatî haciz dikkate alınarak düzenlenmiştir. Nasıl ki ihtiyatî hacizde tarafların menfaatleri tartılmıyorsa, teminat tedbirlerinde de aynı esas benimsenmelidir. Zira, ihtiyatî haciz ile ihtiyatî tedbir, talebin güvence altına alınması bakımından birbirini tamamlamaktadır. Ayrıca, ihtiyatî haciz sebebinin düzenlendiği Alman Usûl Kanunu’nun 917. paragrafında, talep sahibinin, yaklaşık ispat seviyesinde ispat edilen talebinin güvence altına alınmasındaki menfaatinin, borçlunun asıl

²¹⁰ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 263; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 56.

²¹¹ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 263; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 59.

²¹² Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 264; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 52.

davanın sonuna kadar rahatsız edilmemesine ilişkin menfaatine ağır bastığına yönelik genelleştirilebilir bir değerlendirme mevcuttur²¹³.

Karşı görüşe göre ise, tedbir türü ayırt edilmeksizin her ihtiyatî tedbir yargılamasında tarafların menfaatleri tartılmalıdır²¹⁴.

Üçüncü bir görüş, ilk iki görüşü birleştirmektedir. Buna göre, dengeli hukukî koruma garantisi, bütün tedbir yargılamalarında menfaatlerin tartılmasını gerektirmektedir. Özellikle vâdeye veya şarta bağlanmış ve müstakbel alacaklarda henüz bir talep hakkının olmadığı bir aşamada, talep sahibinin menfaatlerinin ağır bastığından söz edilemez. Ancak birinci görüşün ifade ettiği gibi, talep sahibinin menfaatlerinin karşı tarafın menfaatlerine daha ağır bastığı şeklinde bir değerlendirme yapmak gerekir, zira teminat tedbirlerinde, karşı tarafın uğrayabileceği zararlar eda tedbirlerine göre daha az olacaktır. Buna karşılık, vâdeye veya şarta bağlanmış ve müstakbel alacaklarda menfaatlerin tartılması bu genel değerlendirmeden çok farklı sonuçlara yol açabilir²¹⁵.

Türk Hukuku bakımından her üç görüşün gerekçeleri birleştirilmek ve pozitif hukuk kuralları dikkate alınmak suretiyle bir sonuca varılabilir. Birinci görüş, teminat tedbirlerinde menfaatlerin tartılmasını reddederken teminat tedbirlerindeki menfaat dengesinin ihtiyatî hacizle aynı olmasına dayanmaktadır. Gerçekten, Alman Hukuku'nda hem ihtiyatî hacizde hem de ihtiyatî tedbirde mevcut durumun (statükonun) değişmesi yaklaşık ispat seviyesinde ispat edilmelidir. Bu hukuk sisteminde menfaat dengesi, tehlikeli hâlin ispatını şart koşan ihtiyatî hacze bakılarak belirlenmektedir ki, kanımızca bu değerlendirme Türk Hukuku için de yerindedir. Teminat tedbirlerinde menfaat dengesinin ihtiyatî hacizle özdeş olduğu değerlendirmesi doğrudur. Teminat tedbiri, eda tedbiriyle karşılaştırıldığında, burada borçlu daha az zarara maruz kalacaktır. Çünkü, teminat tedbiri ihtiyatî haciz gibi yalnız teminat amacı ile sınırlıdır. Borçlu, teminat tedbiri kaldırıldığında mahrum kaldığı şeye yeniden kavuşabilecektir. Sonra, mahkeme, teminat tedbirine hükmederken haksız ihtiyatî

²¹³ Brox/Walker, N. 1581; Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 231, 245; Walker in Schuschke/Walker, vor § 916 N. 32.

²¹⁴ Leipold-Grundlagen, s. 89 vd.; Stein/Jonas/Grunsky, § 935 N. 9; Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 935 N. 23 vd.; § 938 N. 3 vd.

²¹⁵ Berger/Boemke, Kap. 5 N. 41, 42.

tedbir nedeniyle karşı tarafın uğrayabileceği zararlara karşılık alacaklıdan prensip itibarıyla teminat isteyecektir (m. 110). Ayrıca, haksız ihtiyatî tedbir nedeniyle açılacak dava sonunda hükmedilecek tazminat, lehine ihtiyatî tedbir kararı verilen aciz hâlinde bulunmadığı sürece icra edilebilecektir. Şu hâlde, her iki geçici hukukî korumada da alacaklının talebi güvence altına alınmakta, borçlunun katlanılmayacak zararlara uğraması söz konusu olmamaktadır. Her iki geçici hukukî korumadaki menfaat dengesini özdeş kabul eden bu yaklaşım Türk Hukuku için de benimsendiğinde, tarafların menfaatlerin tartılmasına gerek kalmayacaktır. Zira, Türk kanun koyucusu ihtiyatî hacizde prensip olarak tehlikeli hâlin ispatını gerekli görmemiş, ihtiyatî hacizde menfaat dengesini, kararın icrasına kadar tamamen alacaklı yararına belirleyerek menfaatlerin tartılmasını bizzat kendisi istememiştir. Alman Hukuku'nda sebebe bağlı ihtiyatî haciz, menfaatlerin tartılmasından koparılarak tedbire model olabiliyorsa, Türk Hukuku'nda sebebe bağlı olmayan ve doğal olarak menfaatlerin tartılmasından muaf ihtiyatî haczin²¹⁶ aynı şekilde tedbire model olabilmesi gerekir.

İkinci olarak, geçici hukukî koruma kararına itiraz bakımından ihtiyatî tedbirdeki düzenleme, ihtiyatî hacze göre borçlunun menfaatlerine daha çok hizmet etmektedir. İhtiyatî haciz kararına itiraz eden borçlu, Kanunda belirtilen üç ayrı sebep dışında başka sebep ileri süremezken (İİK m. 265), ihtiyatî tedbirde sebep yönünden bir sınırlandırmaya gidilmemiştir (m. 107, 108). İtiraz yargılamasında sınırlı sebep rejimini benimseyen kanun koyucu menfaatlerin tartılmasını gerekli görmüyorsa, sınırsız sebep rejiminin hâkim olduğu ihtiyatî tedbirlerde karşı tarafın menfaatlerinin ayrıca değerlendirilmemesi evleviyet kuralının gereğidir.

Vâdeye, şarta bağlanmış ya da müstakbel taleplerde menfaat dengesinin değiştiğini savunan ikinci görüş şu şekilde değerlendirilebilir: Alman Hukuku'nda vâdeye ve şarta bağlanmış alacaklar için ihtiyatî tedbir sebebi ispat edildiği takdirde tedbire hükmedilebilir. Şarta bağlanmış alacaklar için Türk Hukuku'nda da benzer bir düzenleme mevcuttur. Borçlar Kanunu'nun 150. maddesi gereğince geciktirici şarta bağlanmış alacaklarda, alacak tehlikeye

²¹⁶ Türk Hukuku'nda *Özekes*, özellikleri dikkate alınarak ihtiyatî hacizde de menfaat dengesinin gözetilmesi gerektiği görüşündedir (*Özekes-İhtiyatî Haciz*, s. 19).

girmişse geçici hukukî korumaya başvurulabilmektedir. Her ne kadar, burada da alacaklı, gecikmesinde tehlike olan bir hâli yaklaşık ispat seviyesinde ispat etse de, şarta bağlanmamış alacaklardaki menfaat durumu, şarta bağlanmış alacaklardaki menfaat durumu ile aynı değildir. Zira, alacaklının borçluya karşı ileri sürebileceği talep hakkı doğmamıştır. Bu bakımdan, ikinci görüşün gerekçesi Türk Hukuku bakımından da yerindedir. Hâkim, talep hakkının doğmadığı bir aşamada borçluya müdahalede bulunmadan önce, onun da menfaatlerini dikkate almalı, ancak alacaklının menfaatleri ağır basıyorsa tedbir kararı vermelidir. Buna karşılık, şartın konusunu oluşturan şeye borçlunun kötü niyetli davranışları ile zarar veriliyorsa şart gerçekleşmiş sayılır (BK m. 154) ve alacaklı asıl hukukî koruma dahi talep edebilir. Asıl hukukî koruma yolunun açıldığı bir durumda menfaat dengesi alacağın şarta bağlanmamış olmasındaki gibidir ve borçlu açısından menfaatlerin ayrıca tartılmasını gerektirecek bir tehlike mevcut değildir.

Vâdeye bağlanmış taleplerde yukarıda açıkladığımız gibi İcra ve İflâs Kanunu'nun 257. maddesinin 2. fıkrasına kıyasen tedbir talep edebilir²¹⁷. Talep sahibi anılan hükümde sınırlayıcı olarak sayılan tehlikeli hâllerden birini yaklaşık olarak ispat etmelidir. Tedbir kararı verildiğinde müaccel alacak, muaccel hâle gelecektir (İİK m. 257/III). Şarta bağlı alacaklarda olduğu gibi vâdeye bağlanmış alacaklarda da tedbir talep edilirken henüz bir talep hakkı yoktur. Menfaat durumu muaccel alacaklarla aynı değildir. Ayrıca, tedbir kararının borçlu bakımından ağır bir sonucu vardır. Onun menfaatleri dikkate alınmaksızın verilecek tedbir kararı, oranlılık ilkesine aykırı düşer. Bu nedenle, vâdeye bağlanmış alacaklarda tarafların menfaatlerinin tartılması gerekir.

Münhasıran tespit davasının açılabilceği hâllerde tedbire cevaz verilen müstakbel taleplerde de, talep hakkının bulunmamasından ötürü menfaatlerin tartılması oranlılık ilkesinin bir gereğidir.

²¹⁷ Bkz. yuk. Bölüm II, § 6, V, A, 2, b, (2).

d. Eda Tedbirlerinde Menfaat Dengesinin Gözetilmesi

Etkin hukukî korumanın koşullarından birisi olan dengeli hukukî koruma, eda tedbirlerinde tarafların menfaatlerinin tartılmasını gerekli kılmaktadır. Zira, talep sahibi de, karşı taraf da telafisi mümkün olamayacak zarar tehdidi ile karşı karşıyadır. Talep sahibinin uğrayabileceği zararların eda tedbiri yolu ile engellenmesi, bu sefer karşı tarafı aynı zararlara uğratabilecektir²¹⁸. Örneğin, karşı taraf asıl davada haklı çıktığı takdirde tedbirin eski hâle iadesi oldukça zordur²¹⁹. Haksız ihtiyatî tedbir nedeniyle açılacak tazminat davası da borçlunun zararlarını bütünüyle karşılamayabilir²²⁰. Zarar tehdidini peşinen taraflardan birinin sırtına yüklememek için, hâkim, ayırım yapılmaksızın bütün eda tedbirlerinde talep sahibinin ve karşı tarafın menfaatlerini hassas bir tartıda tartmalıdır. Tedbire hükmedildiğinde karşı tarafın uğrayabileceği zararlarla, tedbir talebi reddedildiğinde talep sahibinin uğrayabileceği zararlar tartılmalı; ikincisi ağır bastığı takdirde tedbir kararı verilmelidir²²¹.

²¹⁸ Walker in Schuschke/Walker, vor § 916 N. 32.

²¹⁹ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 257; Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, vor § 916 N. 75; Rüetschi, eski hâle iade imkânının zor ya da imkânsız olmasının tek başına eda tedbirine engel olmayacağını; ancak, tarafların menfaatleri tartılırken bu durumun dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Buna göre alacaklı, eda tedbirine hükmedilmediği takdirde eski hâle iadenin gerçekleştirilememesinin borçluya uğratacağı zarardan daha fazla ya da en az onun kadar zararının olacağını yaklaşık ispat seviyesinde ispat etmelidir (s. 204, 205, 216).

²²⁰ Leipold-Grundlagen, s. 269; Rosenberg/Gaul/Schilken, s. 1016; Walker in Schuschke/Walker, vor § 916 N. 4; Schuschke in Schuschke/Walker, § 940 N. 10.

²²¹ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Grundz. § 916 N. 6; § 940 N. 2; Schilken-Befriedigungsverfügung, s. 139; Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 938 N. 20; Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 257; Rosenberg/Gaul/Schilken, s. 1014; Ebmeier/Schöne, N. 92; Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier, N. A 510a; Zöllner/Vollkommer, § 940 N. 4; Musielak/Huber, § 940 N. 14; Rüetschi, s. 215; Schuschke in Schuschke/Walker, § 938 N. 15; Walker-İş Hukuku, s. 383; Walker, Wolf-Dietrich: Grundlagen und aktuelle Entwicklungen des einstweiligen Rechtsschutzes im Arbeitsgerichtsprozess (Grundlagen), ZFA 2005, s. 52 vd.; Özekes/Erişir, s. 1254. Hâkimin asıl davanın sonucunu öne çekme etkisine sahip tedbir kararlarında menfaatler dengesini iyi gözetip titiz bir inceleme yapması gerektiği hakkında bkz. Özekes-İhtiyatî Tedbir, s. 129. Deren-Yıldırım'a göre menfaat değerlendirmesinin kanunî dayanağı olmadığı gibi, böyle bir uygulama tedbir yargılamasının saydamlığını yitirmesine yol açabilir (Deren-Yıldırım-İhtiyatî Tedbirler, s. 54). Yazara göre menfaat değerlendirmesi, ihtiyatî tedbirin türünü saptarken gündeme gelmelidir (Deren-Yıldırım-Marka, s. 205).

5. İhtiyatî Tedbir Sebebinin Ortadan Kalkması

Tedbir sebebinin gerçekleşmiş sayılabilmesi için, tehlike hâlin bertarafı, ertelenemeyecek derecede “aciliyet” arz etmelidir²²². Aciliyetin doğal sonucu, hakkı tehlikeye düşenin gecikmeksizin mahkemeye başvurmasıdır. Talep sahibi, tehlike ortaya çıktıktan sonra uzunca bir süre beklemiş, daha sonra tedbir istemişse ya da tedbir yargılamasını geciktirmişse, aciliyetin sona erdiği, tedbir sebebinin ortadan kalktığı, diğer bir ifade ile tedbir sebebinin kendi kendine çürüttüğü kabul edilir²²³. Hukuka aykırılığa bir süre katlanılmakla, hakkın icrasının güvence altına alınması ya da geçici olarak gerçekleştirilmesine yönelik aciliyetin bulunmadığı açıklanmaktadır. Talep sahibinin ne kadar bir zaman beklediği takdirde tehlikenin ortadan kalkacağı genelleştirilemez. Somut olayın durumuna, özellikle ihlâlin türüne, karşı tarafın ihtarına verdiği tepkiye ve beklemeyi haklı gösteren diğer sebeplere göre hâkim hareketsiz kalınan süreyi takdir eder²²⁴. Hareketsiz kalmadan söz edebilmek için, talep sahibi tehlikeyi bilmeli ya da ağır kusuru sonucunda öğrenememiş olmalıdır²²⁵.

Talep sahibi, yeni süreler talep ediyor, yargılamayı geciktiriyor ya da talebini geri alıp daha sonra yeniden tedbir talep ediyorsa, tedbir sebebi ortadan kalkmış sayılmalıdır²²⁶. Ancak hakkın gerçekleştirilmesini tehlikeye sokan yeni durumlar, özellikle ilk tedbir talep edildiği tarihten sonra yeni tehlikeler

²²² Thümmel in Wieczorek/Schütze, § 940 N. 11.

²²³ Stein/Jonas/Grunsky, § 940 N. 8; Brox/Walker, N. 1592; Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 940 N. 10; Zöller/Vollkommer, § 940 N. 4; Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 255; Ahrens/Jestaedt/Schmukle, Kap. 45. N. 18 vd.; Deren-Yıldırım-İhtiyatî Tedbirler, s. 39; Eroğlu, s. 47; Schuschke in Schuschke/Walker, § 935 N. 18; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 35, 155. Bu konuda örnek bir karar için bkz. OLG Frankfurt, 11.10.2006, NJW 2007, s. 851, 852. Kararın tercümesi ve bu konu ile ilgili açıklamalar için bkz. Erişir-İhtiyatî Tedbir, s. 241 vd.

²²⁴ Ahrens/Jestaedt/Schmukle, Kap. 45. N. 38. Altı hafta beklenilmesinin aciliyeti ortadan kaldıracağına ilişkin bkz. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 940 N. 6. Haksız rekabet hukukunda dört hafta, diğer durumlarda üç aylık sürenin aciliyeti ortadan kaldıracağına ilişkin bkz. Musielak/Huber, § 940 N. 4.

²²⁵ Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 935 N. 19. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann'a göre ise, pekâlâ talep sahibinin beklemesini haklı kılacak sebepler mevcut olabilir (§ 940 N. 6).

²²⁶ Schuschke in Schuschke/Walker, § 935 N. 18; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 35. Asıl dava açıldıktan sonra tedbir talep ediliyorsa tehlikeli hâl yoktur (Ahrens/Jestaedt/Schmukle, Kap. 45. N. 47). Karş. Berger/Boemke, Kap. 5 N. 157.

belirmişse, tedbir sebebinin ortadan kalkması söz konusu olmaz²²⁷. Talep sahibinin duruşmaya gelmemesi tedbir sebebinin sona ermesine yol açmaz²²⁸. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 105. maddesi hâkime iki taraf gelmese dahi gerekli kararı verme görevini yüklemiştir. Buna karşılık, kararın icra edilmemesi tedbir sebebinin ortadan kalkmasına yol açar²²⁹.

6. İhtiyatî Tedbir Sebebinin İspatı

Tedbir sebebinin ispatında da prensip itibariyle yaklaşık ispat seviyesinde ispat ölçüsü geçerlidir²³⁰. Yaklaşık ispatın derecesi, her olayı içine alacak şekilde sabit değildir. İddia edilen tehlikenin yoğunluğu ve tehlikenin önlenmesi ya da durdurulması için gerekli olan tedbirlerin kapsamı, ispat ölçüsüne yöneltebilecek talepler bakımından belirleyicidir. Bu konuda somut olayın durumuna göre hâkimin geniş takdir yetkisi vardır. İspat ölçüsü, tedbirin sonuçlarının ağırlığı ve tedbirin eski hâle iade edilememesi tehlikesi ile doğru orantılı olmalı; tedbir, talep sahibini asıl dava sonucuna yaklaştırdıkça ve karşı tarafın hukuk alanına verebileceği zarar arttıkça yaklaşık ispat da tama yaklaşmalıdır²³¹.

Diğer yandan, yaklaşık ispata ilişkin asgari bir ölçünün varlığı da gereklidir. Bu bağlamda, vakıalar, ilk olarak bir tehlikenin varlığını olası

²²⁷ **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 940 N. 5; **Stein/Jonas/Grunsky**, § 940 N. 8; Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 940 N. 10; **Berger/Boemke**, Kap. 5 N. 158; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 935 N. 19. OLG Frankfurt 14.7.2005, NJW 2005, s. 3222.

²²⁸ Alman Hukuku'nda tedbir yargılamasında gıyap kararı aciliyetin bulunmadığı yönünde değerlendirilmektedir (**Musielak/Huber**, § 935 N. 14).

²²⁹ **Ahrens/Jestaedt/Schmukle**, Kap. 45. N. 49; **Musielak/Huber**, § 935 N. 13; **Berger/Boemke**, Kap. 5 N. 157.

²³⁰ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, yalnız tedbire esas teşkil eden maddî hukuk talebinde ispat ölçüsünün düşürülmesini düzenlemiştir (m. 396/III). Tedbir sebebinin düzenleyen 395. maddede ispat ölçüsünden söz edilmemiştir. Ancak geçici hukukî korumaların temel özelliklerinden hareket edildiğinde, tedbir sebebinin ispatında yaklaşık ispat bakımından tereddüde mahal yoktur. Şüphesiz 395. maddede de yaklaşık ispatın yer alması daha yerinde olurdu.

²³¹ **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, Grundz. § 916 N. 9; **Brox/Walker**, N. 1608; **Thümmel** in **Wieczorek/Schütze**, § 940 N. 14; **Schuschke** in **Schuschke/Walker**, § 935 N. 16; **Berger/Boemke**, Kap. 5 N. 58. Fikri ve sınaî mülkiyet ve haksız rekabet hukukundaki ihtiyatî tedbirler bakımından aynı yönde bkz. **Deren-Yıldırım-İhtiyatî Tedbirler**, s. 66.

göstermeli; ikinci olarak, bu tehlike, hakkın asıl davada gerçekleştirilmesini olumsuz yönde etkilemeye elverişli olmalıdır²³².

Bazı yazarlar, tedbir sebebinin varlığı ya da yokluğunun tespit edildiği menfaat dengesini, tedbir sebebine ilişkin ispat ölçüsüne, hatta iddia yüküne taşımaktadırlar. Buna göre, her iki tarafın menfaatlerinin tartılmasından çıkacak sonuca göre ispat ölçüsünün derecesi belirlenmelidir²³³. Bu sonuç, aynı zamanda iddia edilmesi gereken tehlikenin yoğunluğu bakımından da önem taşımaktadır. Karşı tarafın menfaatleri ağır bastıkça, talep sahibinin iddia etmesi gereken tehlikenin (aciliyetin) derecesi ve hâkimin yapacağı esasa ilişkin incelemenin yoğunluğu artmalıdır²³⁴.

Kanımızca, menfaat dengesinin ispat ölçüsünün belirlenmesinde rol oynaması söz konusu değildir. Tarafların menfaatleri, ancak tedbir sebebinin mevcudiyeti bakımından tartılır. Zira, karşı tarafın menfaatleri ağır basıyorsa, her ne kadar tehlikeli hâlden söz edilebilse de, bu tehlike, asıl davadan önce tedbir alınmasını gerektirecek aciliyette değildir. Bu durumda, tedbir sebebi bulunmadığından, talep esastan reddedilir. İspat ölçüsünü menfaat dengesi ile ilişkilendiren görüşün eleştiriye açık tarafı, karşı tarafın menfaatleri ne kadar ağır geliyorsa, ispat ölçüsünün de o derece yükseltilmesi gerekliliğidir. Karşı tarafın menfaatlerinin üstün geldiği bir olayda, tedbir sebebi oluşmamışken, tedbir sebebine yönelik ispat ölçüsünden dahi söz etmek mümkün değildir.

VI. İhtiyatî Tedbirlerin Geçici Hukukî Koruma İçindeki Yeri

Geçici hukukî koruma türlerine ilişkin yaptığımız ayrımlar çerçevesinde ihtiyatî tedbirlerin yeri şu şekilde belirlenebilir: İhtiyatî tedbir, dava kalıbı içinde hüküm altına alınabilecek maddî hukuk taleplerine hukukî koruma sağlar. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 109. maddesinde yer alan "dava ikamesinden evvel" ifadesi, ihtiyatî tedbirin, davaya bağlanan bir geçici hukukî koruma

²³² Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 935 N. 25; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 935 N. 20.

²³³ Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 940 N. 16; Schuschke in Schuschke/Walker, § 935 N. 20; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 940 N. 14.

²³⁴ Stein/Jonas/Grunsky, § 940 N. 12; Schuschke in Schuschke/Walker, § 935 N. 16. Düzenleme tedbirleri bakımından aynı yönde Berger/Boemke, Kap. 5 N. 44.

olduğunu göstermektedir. Dava dışında hukukî koruma sağlayan diğer araçlar, örneğin çekişmesiz yargı işlerindeki geçici hukukî korumalar bu nedenle ihtiyatî tedbir şeklinde nitelendirilemez. Ayrıca, ihtiyatî tedbir, dava sırasında istenebileceği gibi, davadan önce de talep edilebilir. Dava derdest değilken hükmedilen ihtiyatî tedbirleri, 10 gün içinde asıl davanın takip etmesi gerekir (m. 109). Bu nedenle, ihtiyatî tedbirler, asıl talep hakkındaki yargılamaya bağlanan geçici hukukî korumalar kategorisine dahildir. Nihayet, kararlarının geriye etkili kaldırılabilirliğinden ötürü, ihtiyatî tedbirler, geriye etkili kaldırılabilen geçici hukukî koruma sağlar.

Yalnız Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda belirtilen özellikleri taşıyan geçici hukukî korumalara ihtiyatî tedbir adı verilir. Yukarıda ortaya konan temel özellikleri taşımayan bir geçici hukukî korumanın ihtiyatî tedbir olarak nitelendirilmesi mümkün değildir²³⁵. Çünkü ihtiyatî tedbirlerin özelliklerine sahip olmayan geçici hukukî korumalar ihtiyatî tedbir adıyla anıldığında, tedbirlerle ilgili hukukî rejimin devreye girmesi kaçınılmazdır. Örneğin, tedbir kararına aykırılık durumunda cezaî yaptırım da uygulanacaktır (m. 113A). Bu durumda ya ihtiyatî hacizden ya da özel kanunlarında düzenlenen geçici hukukî korumalardan söz edilebilir. İhtiyatî tedbir olarak nitelenen bir geçici hukukî korumanın Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümlerine tâbi olacağı peşinen kabul edilir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu yanında diğer kanunlarda da ihtiyatî tedbirlere yer verilebilir. Ancak diğer kanunlardaki geçici önlemlerin ihtiyatî tedbir olarak nitelendirilmesi, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndan çıkartılan ve yukarıda ele alınan özellikleri taşımasına bağlıdır. Maddî hukuk kurallarındaki bazı geçici düzenlemeler, bu ayırt edici özelliklere sahip değildir. Boşanma ve ayrılık davasındaki geçici önlemler, evlilik birliğinin korunması ile ilgili düzenlemeler yalnız dava devam ederken istenebilir ve asıl talep ile sıkı ilişki söz konusu değildir²³⁶.

²³⁵ Seven-Ödemededen Men, s. 289 dn. 16.

²³⁶ Bu konuda bkz. aşa. Bölüm II, § 7, I, B, 3, b, (1).

§ 7. İHTİYATÎ TEDBİRLERİN DİĞER GEÇİCİ HUKUKÎ KORUMALAR VE BENZER MÜESSESELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

İhtiyatî tedbirler, geçici hukukî korumanın en çok kullanılan araçlarından birisidir. İhtiyatî haciz de, geçici hukukî korumanın klasik araçlarına dahildir. Geçici hukukî korumanın karakteristik özelliklerini bütünüyle taşıyan bu iki müessesenin karşılaştırılmasında yarar vardır. İki ayrı müesseseye ihtiyaç duyulmasındaki gerekçe, her iki geçici hukukî korumanın bir bütün teşkil ettiği noktalar ve birbirine karıştırılmaması için ayırt edici özellikler, böyle bir karşılaştırma ile belirlenebilir.

İhtiyatî tedbirlerin uygulama alanının genişlemesi ve özellikle tedbirin konusunu oluşturan taleplerin maddî hukukun tamamına yayılmasıyla, ihtiyatî tedbirlerin temel özelliklerini taşımayan bazı geçici kararlar özel düzenlemelerde yer almaya başlamıştır. Aile hukuku ile icra ve iflâs hukuku, klasik ihtiyatî tedbirlerden farklı özel geçici hukukî korumaların düzenlendiği alanlar arasında yer almaktadır²³⁷. Ancak ihtiyatî tedbirlerle karşılaştırıldığında bu özel geçici hukukî korumaların kendisine özgü yapısının ve özelliklerinin profili çizilebilir.

I. İhtiyatî Tedbirlerin Diğer Geçici Hukukî Korumalarla Karşılaştırılması

A. İhtiyatî Haciz

İhtiyatî haciz, münhasıran para alacaklarında borçlunun malvarlığına el konulması suretiyle müstakbel icranın sonucunun güvence altına alınmasını sağlayan geçici bir hukukî korumadır²³⁸. Bu tanım, ihtiyatî haczin ihtiyatî tedbir ile karşılaştırılmasında çok sayıda veriyi içermektedir. Her şeyden önce, ihtiyatî tedbir ile ihtiyatî haczin birbiri ile ilişkisi konusunda tanımdan önemli bir saptama çıkarılabilir. Hem ihtiyatî haciz hem ihtiyatî tedbir bir geçici hukukî korumadır. Yani geçici hukukî koruma, ihtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbir için bir üst

²³⁷ Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler, s. 7, 8 dn. 1.

²³⁸ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Grundz. § 916 N. 2; Berkin-İhtiyatî Haciz, s. 9; Kuru-El Kitabı, s. 880; Üstündağ-İcra, s. 406; Ercan-İhtiyatî Tedbir, s. 11; Taş-Korkmaz, s. 11; Tanrıver-Dayanaklar, s. 49; Özekes-İhtiyatî Haciz, s. 12; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 664; Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s. 442; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 319. ABD Hukuku'nda ihtiyatî haciz için bkz. Eruygur, Halûk: Yedieminlik, Ankara 2008, s. 128, 129.

başlıktır²³⁹. İhtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbir, geçici hukukî koruma sağlanması amacıyla hizmet eden araçlardır. Birbirinden farklı koşullara sahip bu iki önlemden biri diğerini kapsamamaktadır.

Her iki müessesenin geçici hukukî koruma sağlama işlevine sahip olmasının yarattığı sonuçlardan birisi, ihtiyatî haczin, ihtiyatî tedbirin özel bir türü olmadığıdır²⁴⁰. Yani ihtiyatî haciz, bir ihtiyatî tedbir değildir²⁴¹. Geçici hukukî korumalar üst başlıktır. İhtiyatî tedbir bunlardan birisidir. Pek çok bakımdan birbirinden ayrılan bu iki önlemden uygulama alanının genişliğinden ötürü ihtiyatî tedbiri ön plana çıkarıp ihtiyatî haczi tedbirin bir türü olarak göstermek, her iki müessesenin karıştırılması tehlikesini içermektedir. İhtiyatî haciz, ne bir ihtiyatî tedbirin türü ne de tedbir mahiyetinde bir karardır²⁴². İhtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbir ayrı ayrı geçici hukukî koruma önlemleridir. Şayet ihtiyatî haciz, ihtiyatî tedbirin özel bir türü olsaydı, geçici hukukî koruma şeklinde bir üst başlığa yer verilmesi de anlamını yitirirdi. Öte yandan, ihtiyatî tedbirlerin de teminat, düzenleme ve eda tedbirleri olarak üçe değil, ihtiyatî haczi de kapsayacak şekilde dörde ayrılarak incelenmesi gerekirdi.

Bu konuda yapılacak sistematik yorum da ihtiyatî haczin ihtiyatî tedbirden bağımsız bir geçici hukukî koruma olduğunu ispatlamaktadır. Kanun koyucu, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda ihtiyatî tedbiri; İcra ve İflâs Kanunu'nda ihtiyatî haczi geçici hukukî korumanın türleri olarak hak arayanlara

²³⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 650; Pekcanitez-Geçici Hukukî Koruma, s. 115; Deyneklî/Saldırım, s. 17.

²⁴⁰ Karş. Onar/Belgesay, s. 120; Berki, s. 31; Ansay-Yargılama, s. 195; Berkin-Usul, s. 118; Kuru-El Kitabı, s. 880; Postacioğlu-İcra, s. 708; Berkin-İhtiyatî Haciz, s. 16; Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul, s. 625; Üstündağ-İcra, s. 401; Kuru/Arslan/Yılmaz-İcra, s. 433; Ercan-İhtiyatî Tedbir, s. 11; Taş-Korkmaz, s. 11; Amonn/Walther, § 51 N. 3; Kurzkomentar SchKG, Hrsg. Hunkeler, Daniel (KUKO SchKG-Sorensen, Ingrid Jent/Brönnimann, Jürgen/Diggelmann, Peter/Müller, Heinrich Andreas/Meier-Dieterle, Felix C.), Basel 2009, KUKO SchKG-Meier-Dieterle, vor Art. 271 N. 1; Muşul-İcra ve İflâs, s. 906; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 323; Karşlı-İflâsın Erteleme, s. 278. "...ihtiyatî haciz kararı icra takip işlemi olmayıp yapılacak icra takibinden veya açılacak davadan önce uygulanan ve HUMK.nun 101 ve devam eden maddelerinde düzenlenen ihtiyatî tedbir benzeri ancak daha etkili bir tedbir işlemi olduğundan bir takip muamelesi sayılamaz." 12. HD, 21.4.2005, 4800/8555 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). "İhtiyatî haciz ise alacaklıların haklarını temin için borçlunun mallarına konan tedbir olup..." HGK, 10.2.2000, 12-49/94 (YKD 2000/12, s. 1811 vd.).

²⁴¹ Karş. Akyazan, Sıtkı: İhtiyatî Haciz ve Hacze İştirak Dereceleri, İstanbul 1958, s. 3; Postacioğlu-İcra, s. 708; Yılmaz O., s. 19; Muşul-Usul, s. 189.

²⁴² Yılmaz, C.-I, s. 172, 173; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 650; Özekes-Değerlendirme, s. 445; Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s. 442; Konuralp-Usul, s. 245, 246; Özekes-Arrest, s. 318. Karş. Bilge/Önen, s. 368; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usul, s. 405 dn. 1.

sunmuştur. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girdiğinde ihtiyatî haciz, 102. maddede ihtiyatî tedbirler ile birlikte düzenlenmişti. 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun kabulü ile 102. madde yürürlükten kaldırılarak ihtiyatî haciz ayrıntılı bir şekilde İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenmiştir (İİK m. 257 vd.). Deyim yerindeyse, ihtiyatî haciz, ihtiyatî tedbir üst başlığı altında düzenlendiği Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndan çıkartılarak gerçek bağımsızlığına kavuşmuştur.

1. İhtiyatî Haciz ve İhtiyatî Tedbirin Ortak Özellikleri

Geçici hukukî korumaların temel türleri olan ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz, bu tasnifin doğal sonucu olarak davadaki hukukî korumaya ulaşana, yani asıl davada verilen karar icra edilebilir hâle gelene kadar geçici bir hukukî koruma sağlar. İhtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbirlerin, asıl talep hakkındaki yargılamaya bağlanmaları, kararların geçicilik niteliğini ortaya koymaktadır. Bunun bir sonucu olarak, ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî hacizden sonra belirli bir süre içinde asıl hukukî korumaya başvurulması gerekir (m. 109; İİK m. 264). Hukukî niteliği itibariyle tedbir ve ihtiyatî haciz kararları yargısal tasarruftur ve geçici hukukî korumanın yargılama ve icra olmak üzere iki aşamalı yapısına sahiptir²⁴³. İhtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbire karar verilebilmesi için, talep sahibinin bir maddî hukuk talebini iddia ve yaklaşık ispat seviyesinde ispat etmesi gerekir. Ayrıca, ihtiyatî tedbir ve müeccel alacaklarda ihtiyatî haciz, talep sahibinin asıl hukukî korumadan önce hukukî korumaya kavuşturulmasını haklı gösteren tehlikeli bir hâlin yaklaşık ispat seviyesinde ispatına bağlıdır (m. 103; İİK m. 257/II)²⁴⁴. İhtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbirin asıl dava ile sıkı bir bağının bulunduğu bir gerçek olmakla beraber, hem ihtiyatî haciz hem de ihtiyatî tedbirde asıl davadan bağımsız yeni bir yargılama açılmaktadır²⁴⁵. Yine, yargılama bakımından geçici hukukî korumayı davadan ayıran temel iki özellik olan diğer taraf dinlenilmeden

²⁴³ Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler, s. 5; Özekes-İhtiyatî Haciz, s. 59; Musielak/Huber, § 916 N. 8; Hk-ZPO-Kemper, vor § 916 N. 5. *Muşul*'a göre, ihtiyatî haczin takip hukuku müessesesi olduğuna şüphe yoktur. Adliye mahkemesi ihtiyatî haciz kararı verirken, bir fer'i icra organı olarak faaliyette bulunur (*Muşul-İcra ve İflâs*, s. 926). Benzer yönde bkz. *Postacıoğlu-İcra*, s. 709.

²⁴⁴ *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, s. 664.

²⁴⁵ Bu konuda bkz. yuk. Bölüm II, § 6, IV, D.

de karar verilebilmesi (m. 105/II; İİK m. 258/II) ve yaklaşık ispat seviyesinde ispat ölçüsü ile yetinilmesi (İİK m. 258/I), ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haczi karakterize eder. Tedbir ve ihtiyatî haciz kararları teminat karşılığında verilir (m. 110; İİK m. 259) ve haksız tedbir veya ihtiyatî haciz kararından ötürü oluşacak zararlar için karşı tarafın tazminat talep etme hakkı (İİK m. 259) vardır²⁴⁶.

2. İhtiyatî Haciz ve İhtiyatî Tedbirin Birbirinden Ayırt Edilmesi

İhtiyatî haciz ihtiyatî tedbirden temel olarak geçici hukukî koruma kararının yarattığı etkilere göre ayırt edilebilir. İhtiyatî haciz kararı yalnız teminat etkisi yaratırken, ihtiyatî tedbir kararı duruma göre hem teminat hem de ifa etkisi doğurur²⁴⁷.

İhtiyatî hacizde muaccel alacaklarda tehlikeli bir hâlin ispatı koşulu getirilmemişken, bütün ihtiyatî tedbir taleplerinde tedbir sebebinin yaklaşık ispat seviyesinde ispat edilmesi gerekir. İhtiyatî tedbirlerde tedbir sebepleri daha genel ve soyut iken (m. 103), müaccel alacaklarda ihtiyatî haciz sebepleri somut ve sınırlıdır (İİK m. 257/II)²⁴⁸.

Karşı taraf dinlenilmeden verilen ihtiyatî haciz kararına belirli sebeplere dayanılarak 7 gün içinde itiraz edilebilirken (İİK m. 265), ihtiyatî tedbir kararına itiraza ilişkin Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinde herhangi bir itiraz sebebine yer verilmediği gibi, itiraz süresi de öngörülmemiştir²⁴⁹.

İhtiyatî tedbir uyuşmazlık konusu mala ilişkinse, kararın icrası bakımından da ihtiyatî hacizden ayırt edilebilir. İhtiyatî tedbir, yalnız bu mal üzerinde; ihtiyatî haciz ise, para alacağı borçlunun paraya çevrilebilir malvarlığı değerlerine hukuken el konularak icra edilir²⁵⁰. Bu suretle, ihtiyatî hacizde ifanın

²⁴⁶ Özkes-İhtiyatî Haciz, s. 59, 60.

²⁴⁷ Özkes-İhtiyatî Haciz, s. 60, 61; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 664.

²⁴⁸ Favre, s. 325; KUKO SchKG-Meier-Dieterle, Art. 271 N. 8. Karş. Özkes-İhtiyatî Haciz, s. 63, 64.

²⁴⁹ Özkes-İhtiyatî Haciz, s. 65; Yılmaz, C. I, s. 177.

²⁵⁰ Berkin-İflâs, s. 410; Gürdoğan, Burhan: İcra Hukuku Dersleri (İcra), Ankara 1970, s. 137; Önen, s. 252; Ercan-İhtiyatî Tedbir, s. 13; Taş-Korkmaz, s. 12; Yılmaz, C. I, s. 176, 177; Deyneki/Saldırım, s. 11.

malvarlığı değeri, ihtiyatî tedbirde ise bu ifanın bizatihi kendisi emniyet altına alınır²⁵¹.

İhtiyatî haciz, asıl davada davacı haklı çıktığında kararın kesinleşmesine kadar ayakta kalır. Ancak alacaklı, esas hakkındaki mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren 1 ay içinde ilâmlı icra takibi yapmalıdır (İİK m. 264/III). İhtiyatî tedbirde ise asıl davada lehine tedbir kararı verilen haklı çıksa da tedbir kendiliğinden kalkar. Ancak mahkeme, tedbirin kararın kesinleşmesine kadar devamına karar verebilir (m. 112)²⁵².

Tanıma geri dönecek olursak, ihtiyatî haczin konusunu yalnız para alacakları teşkil eder. Konusu itibariyle ihtiyatî tedbirin, para alacakları dışında kalan talepleri içine aldığı tereddüt edilmemektedir²⁵³. Ancak para alacaklarının da ihtiyatî tedbirin konusuna dahil olup olmadığı değerlendirilmelidir. Konu ve hukukî korunma hedefi bakımından ihtiyatî tedbirlerle ihtiyatî haczi sağlıklı bir şekilde karşılaştırabilmek için tedbir türlerinin ayrı ayrı ele alınmasında yarar görüyoruz.

a. Teminat Tedbiri - İhtiyatî Haciz

İhtiyatî haciz, tanımda belirtildiği üzere yalnız para alacağının tahsili yolunu koruma altına almaktadır. İhtiyatî haczin takip yolunun güvence altına alınması dışında başka bir işlevi yerine getirmesi söz konusu değildir. Teminat tedbirlerinde de hukukî koruma eda etkisi göstermez. Bu nedenle, teminat altına alma, ihtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbirde ortakır²⁵⁴.

²⁵¹ Adolphsen, § 38 N. 6.

²⁵² Özekes-İhtiyatî Haciz, s. 66.

²⁵³ Karafakih, s. 266; Ansay, Sabri Şakir: Hukuk İcra ve İflâs Usulleri (İcra ve İflâs), 5. Bası, Ankara 1960, s. 312; Berkin-İhtiyatî Haciz, s. 17; Kuru-El Kitabı, s. 880, 881; Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler, s. 5; Üstündağ-İcra, s. 403; Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul, s. 625; Kuru/Arslan/Yılmaz-İcra, s. 433; Baumann/Brehm, s. 243; Bruns/Peters, s. 321; Lücke, N. 716; Taş-Korkmaz, s. 12; Tanrıver-Dayanaklar, s. 49 dn. 57; Özekes-İhtiyatî Haciz, s. 61; Yılmaz, C. II, s. 1078; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 664; Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s. 442, 443; Musielak/Huber, § 916 N. 2; Zimmermann, § 916 N. 1; Prütting/Stickelbrock, s. 275; Hk-ZPO-Kemper, vor § 916 N. 2; Spühler/Gehri, s. 193; Adolphsen, § 38 N. 4, 5; Özekes-Arrest, s. 318.

²⁵⁴ Jauernig/Berger, § 37 N. 3; Lücke, N. 722; du Mesnil de Rochemont, s. 51; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 9; Baur/Stürner/Bruns, N. 53.1; Spühler/Gehri, s. 193; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 319.

Teminat tedbirleri ile ihtiyatî haciz, güvence altına alacak edimin konusu itibariyle kolaylıkla birbirinden ayırt edilebilir. İhtiyatî haciz, münhasıran konusu para alacağı olan taleplere, teminat tedbirleri ise para alacağı dışında kalan diğer mal, hak ve taleplere ilişkindir²⁵⁵. İhtiyatî haciz ve teminat tedbiri birbirini konu itibariyle dışlamaktadır. Teminat tedbiri, alacaklının hukukî menfaati ihtiyatî haciz ile güvence altına alınamıyorsa gündeme gelebilir²⁵⁶. İhtiyatî haciz talep edilebilecek bir durumda teminat tedbiri; teminat tedbiri talep edilebilecek bir durumda ihtiyatî haciz kararı verilemez²⁵⁷. Para alacağının müstakbel icrasının güvence altına alınması söz konusu olduğunda, münhasıran ihtiyatî hacze hükmedilmelidir. İhtiyatî hacizde teminattan muafiyet, ancak alacaklının elinde ilâm ya da ilâm niteliğinde bir belge varsa olanaklıdır (İİK m. 259/II, III). İhtiyatî tedbirde hâkimin talep sahibini teminat göstermekten muaf tutma yetkisi daha geniştir (m. 110). Talep sahibini bu imkândan yararlandırmak için para alacağının tahsilinin güvence altına alınması söz konusu olduğunda, teminat tedbiri kararı verilemez.

Alman Hukuku'nda teminat tedbiri ile ihtiyatî haciz arasında alacaklının seçim yapabileceği kesişen bir nokta bulunmaktadır. Bu hukuk sisteminde, hem para alacakları hem de para alacağına dönüşebilecek talepler için ihtiyatî haciz istenebilmektedir (ZPO § 916). Para alacağına dönüşebilecek taleplerin ihtiyatî hacze esas teşkil edecek alacak kapsamında anılması iki sebepten ileri gelmektedir: Birinci olarak, para alacağı dışında bir şeyin verilmesi, bir işin yapılması ya da yapılmaması talepleri hiç ya da gereği gibi ifa edilmediğinde tazminat taleplerine dönüşür. İkinci olarak, para alacağı dışında kalan talepler her zaman güvence altına alınmaya elverişli değildir²⁵⁸. Böylelikle, hükümde geçen para alacağı geniş yorumlanmakta, malvarlığını ilgilendiren bütün talepler ihtiyatî haczin konusunu oluşturabilmektedir. İfa etmeme, ayıplı ifa gibi ifa

²⁵⁵ **Bruns/Peters**, s. 321; **Jauernig/Berger**, § 34 N. 2; **Baur/Stürner/Bruns**, N. 53.6; **Berkin-İflâs**, s. 410; **Kuru/Arslan/Yılmaz-İcra**, s. 433; **Ercan-İhtiyatî Tedbir**, s. 13; **Paulus**, N. 700; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 664; **Deren-Yıldırım-Evrenselleşme**, s. 308, 309.

²⁵⁶ **Stein/Jonas/Grunsky**, vor § 935 N. 1; **Reichold** in **Thomas/Putzo**, vor § 916 N. 8.

²⁵⁷ **Gürdoğan** ise, HUMK m. 103 gereğince mahkemelerin ihtiyatî tedbir yoluyla haciz kararı vererek borçlunun mallarını elden çıkarmasının önlenebileceği kanaatindedir (**Gürdoğan-İcra**, s. 137).

²⁵⁸ **Walker-Der einstweilige Rechtsschutz**, N. 213.

engellerinde ileri sürülebilecek taleplerle iade talepleri için ihtiyatî haciz de talep edilebilir²⁵⁹. Bunun için, talebin para alacağına dönüşmüş olması şart değildir. Ancak tali yükümün tahsili yolunun güvence altına alınması gerekli olmalıdır (ihtiyatî haciz sebebi), Alacaklı, örneğin bir otomobilin teslimini talep hakkına sahipse, dilerse asıl talebe dayanarak otomobilin üçüncü kişiye devrinin önlenmesi için ihtiyatî tedbir yolu ile yediemine kaldırılmasını; dilerse, olası tali yüküme (tazminat talebi) dayanarak borçlunun mallarına otomobilin değeri kadar ihtiyatî haciz konulmasını talep edebilir. Gerek otomobilin teslimine gerekse otomobilin değerine yönelik ileride başlatılacak takip borçlunun davranışları nedeniyle tehlikeye düşüyorsa, aynı anda ihtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbir de talep edilebilir²⁶⁰.

İhtiyatî haczin, salt para alacağı yanında, para alacağına dönüşebilecek taleplerin de müstakbel icrasını güvence altına alma işlevine sahip olup olmadığı konusunda, Türk ve İsviçre Hukukları'nda yalnız para alacaklarından (İİK m. 257; SchKG Art. 271) söz edilmiş; ancak, paraya dönüşebilen alacağa yer verilmemiştir. Doktrinde bir görüş, alacağın belirli bir para alacağı olarak doğmuş olmasının şart olmadığını, alacağın likit olmasının yeterli olduğunu belirtmektedir²⁶¹. Bu görüş, Alman Hukuku'nda olduğu gibi paraya dönüşebilecek talepler için ihtiyatî haciz yolu açmaktadır. Otomobil teslimi örneğine geri dönülecek olursa, teslim talebi para alacağına dönüşmemiş bile olsa, otomobilin değeri kadar ihtiyatî hacze hükmedilebilecektir. Diğer bir görüşe göre ise, Alman Usûl Kanunu'nun yukarıda açıklanan 916. paragrafına göndermede bulunarak para alacağı olarak doğmasa dahi, talep tarihinde para alacağı olarak talep edilebilen bir alacak var ise, ihtiyatî hacze esas teşkil eden alacak da vardır²⁶². Bu görüşe göre, otomobil teslimi gibi bir talep, ihtiyatî haciz istenildiği tarihte para alacağına dönüşmüş olmalıdır. Bu durumda, ihtiyatî haczin

²⁵⁹ **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, Grundz. § 916 N. 2; **Walker**-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 213; **Reichold** in Thomas/Putzo, § 916 N. 4; **Skamel**, s. 157; **Jauernig/Berger**, § 35 N. 4; **Hk-ZPO-Kemper**, § 916 N. 2; **Münch Komm ZPO-Drescher**, 3. Auflage, vor § 916 N. 36. BGH, 19.10.1995, NJW 1996/5, s. 324.

²⁶⁰ **Grunsky-Grundzüge**, § 8 II 1 2; **Zöller/Vollkomer**, § 916 N. 2; **Reichold** in Thomas/Putzo, vor § 916 N. 8; **Walker** in Schuschke/Walker, vor § 916 N. 9; **Musielak/Huber**, § 916 N. 14; **Berger**, Kap. 2 N. 7.

²⁶¹ **Berkin-İhtiyatî Haciz**, s. 23.

²⁶² **Özekes-İhtiyatî Haciz**, s. 109.

istenildiği tarihte, Borçlar Kanunu'nun 106. maddesinde yer alan seçimlik haklardan aynen ifa yerine müspet ya da menfi zararın tazmini istenilmiş olmalıdır.

Paraya dönüşebilecek taleplerin müstakbel icrasının ihtiyatî haciz yolu ile güvence altına alınması, İcra ve İflâs Kanunumuzun konuyu düzenleme şekli karşısında, iki sebepten ötürü mümkün değildir. İhtiyatî hacze esas teşkil eden alacak, Kanunumuza göre yalnız para alacağıdır. Para alacağı ile ihtiyatî haczin talep edildiği tarihte doğmuş para alacakları kastedilmektedir. Doğmamış para alacakları bakımından da ihtiyatî haciz yolunun açılabilmesi için Alman Usûl Kanunu'ndaki düzenlemenin Kanunumuzda da olması gerekir. Denilebilir ki, İcra ve İflâs Kanunu'nun 257. maddesinin 2. fıkrasındaki müeccel alacaklara ilişkin düzenlemeden hareketle seçimlik hakkın henüz kullanılmadığı dönemde de ihtiyatî haciz istenebilir. Ancak alacağın müeccel olması ile doğmamış bulunması borçlar hukuku bakımından aynı anlama gelmemektedir. Söz konusu hükümde alacağın doğmuş, ancak vâdeye bağlanmasında olduğu gibi henüz talep edilebilir olmaması aranmaktadır. Para alacağı dışında bir şeyin verilmesi, bir işin yapılması ya da yapılmamasında ise tali talep olan para alacağı henüz doğmamıştır. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün gerçekleşmesi gündeme gelecek seçimlik haklarından müsbet ya da menfi zararı tercih ettiği andan itibaren para alacağı doğacaktır. Bu nedenle, İcra ve İflâs Kanunu'nun 257. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme, para alacağına dönüşebilen talepler bakımından kanunî bir dayanak teşkil etmemektedir.

Kanunumuzun bu şekilde ihtiyatî haciz istenilmesine engel teşkil eden düzenlemesine rağmen, ihtiyatî haczin maddî hukuk taleplerine henüz para alacağına dönüşmediği aşamada geçici hukukî koruma sağlamasına ihtiyaç duyulması pek muhtemeldir. Borçlunun, edimi ifa etmeyeceği ortada iken, bir de mal kaçırma gibi ileride doğacak para alacağının icrasını güçleştirecek davranışlar içine girmesi, alacaklının ne talebin kendisine ne de tazminata kavuşmasına yol açabilecektir. Olması gereken hukuk bakımından, İcra ve İflâs Kanunu'nun 257. maddesinin 2. fıkrasında değişikliğe gidilerek Alman Usûl Kanunu'nun 916. paragrafında olduğu gibi para alacağına dönüşebilecek talepler de ihtiyatî haczin kapsamına alınmalıdır. Paraya dönüşebilen taleplerin İcra ve

İflâs Kanunu'nun 257. maddesinin 1. fıkrası ile ilişkilendirilmemesinin sebebi, Türk Hukuku'nun, Alman (ZPO § 917) ve İsviçre Hukuku'ndan (SchKG Art. 271), muaccel alacaklarda ihtiyati haciz sebebinin, yani müstakbel icrayı tehlikeye düşüren hâlin ispatının aranmaması noktasında ayrılmasıdır. Paraya dönüşebilen taleplerde ihtiyati tedbirin yanında ihtiyati haciz yolunun da açılması, ancak müstakbel takibi akamete uğratacak bir tehlike varsa kendi içinde tutarlı olacaktır. Hiçbir tehlike yokken, üstelik malın teslimi talebi halen ileri sürülebilecekken, bir de para alacağı için borçlunun mallarına el atılması, menfaat dengesini borçlu aleyhine bozar. Alacaklı asıl talebi olan otomobilin yediemine kaldırılması için gecikmesinde tehlike olan hâli ispat etmesi gerekirken (m. 103), tali talebi olan otomobilin bedeli için tehlike mevcut olmasa bile ihtiyati haciz isteyememelidir.

b. Eda Tedbiri - İhtiyatî Haciz

Eda tedbirleri ve ihtiyatî haciz, müstakbel icrası tehlikeye giren hakkın konusu bakımından karşılaştırılabilir. İhtiyatî haczin para alacakları dışında başka bir alacağı teminat alma işlevi yoktur. Buna karşılık eda tedbirleri, para alacaklarını da içine alacak şekilde tüm talepleri kapsamına almaktadır. Bir işin yapılması ya da yapılmaması, bir şeyin verilmesine eda tedbiri yolu ile karar verilebilir. Hatta, konu bakımından eda tedbirlerinin ihtiyatî haczi içine aldığı söylenebilir. Zira, para alacakları için de alacaklı zaruret hâlinde ise eda tedbirine başvurulabilir (m. 103)²⁶³.

Sağlanan hukukî koruma bakımından da eda tedbirleri ile ihtiyatî haciz arasında farklılık bulunmaktadır. Eda tedbirinde hakkın asıl davadan önce geçici olarak gerçekleştirilmesi sağlanırken ihtiyatî hacizde yalnız tehlikede olan takip yolunun teminat altına alınması söz konusudur²⁶⁴.

Zaruret hâlinde bulunan bir alacaklı, asıl davada karar verilene kadar temel ihtiyaçlarının karşılanması için bir miktar paranın ödenmesini istiyorsa, ihtiyatî haciz kendisine gerekli hukukî korumayı sağlayamaz. Zira, borcun geçici

²⁶³ Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. aşağıda. Bölüm III, § 9, II, E, 1, b, (1).

²⁶⁴ Brox/Walker, N. 1607; Üstündağ-İcra, s. 406; Özekes-İhtiyatî Haciz, s. 60, 61; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 664.

ifası sonucunu doğuracak ihtiyatî haciz kararı verilemez. Teminatla sınırlı işlev, ihtiyatî haczin icrasında satış ve paraların paylaşılması aşamasına yer verilmemesinden açıkça çıkartılabilir²⁶⁵. İhtiyatî haciz kararlarının icrasında borçlunun borcuna yetecek miktarda mal ve haklarına hukuken el konulmakla yetinilir. Burada yalnız borçlunun malvarlığı muhafaza altına alınır. İhtiyaten el konulan malların paraya çevrilememesi nedeniyle alacaklının geçici olarak alacağına kavuşması mümkün değildir. Bu nedenle, zaruret hâlinde bulunan alacaklı, para alacağının geçici tahsili için eda tedbiri yoluna başvurmalıdır. Örneğin, birikmiş işçilik haklarının geçimini sağlayacak kısmının ödenmesi şeklinde eda tedbiri istenilmelidir.

3. İhtiyatî Haciz Hükümlerinin İhtiyatî Tedbir, İhtiyatî Tedbir Hükümlerinin İhtiyatî Haciz İçin Uygulanabilirliği Sorunu

Her iki müessesenin birbirinden bağımsızlığını bu şekilde ortaya koyduktan sonra, ihtiyatî hacizle ilgili hükümlerin ihtiyatî tedbir için; ihtiyatî tedbirlerle ilgili hükümlerin ihtiyatî haciz için uygulanabilirliği üzerinde durmak istiyoruz. Doktrinde, ihtiyatî tedbirin ihtiyatî hacze göre genel nitelik taşıdığı, ihtiyatî haczin özel bir geçici hukukî koruma olduğu ifade edilerek düzenleme bulunmayan veya tereddüt edilen hâllerde ihtiyatî tedbirlere ilişkin ilkelerin ve düzenlemelerin uygulanabileceği görüşü kabul edilmektedir²⁶⁶. Örneğin, durum ve şartların değişmesinden dolayı ihtiyatî hacze itirazda, ihtiyatî tedbirlere ilişkin hükümler (m. 111) kıyasen uygulanır²⁶⁷. Çünkü tedbire esas teşkil eden tehlikenin sona ermesi durumunda, tedbirin sürdürülmemesi gerekir. Aynı gerekçe ihtiyatî haciz için de geçerlidir. İcra ve İflâs Kanunu'nda hüküm bulunmamasını, kanun koyucunun bilinçli susması olarak değerlendirmek

²⁶⁵ Özekes/Erişir, s. 1265.

²⁶⁶ Özekes-İhtiyatî Haciz, s. 55, 71. "Özel düzenleme bulunan hallerde, bu konudaki özel hükümlerin öncelikle uygulanması, özel hüküm bulunmayan konularda veya genel hükümlere atıf yapılan yerlerde, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndaki ihtiyatî tedbire ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir." (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 653). Üstündağ ise, ihtiyatî haczin alınması ve infazı prosedürüne ilişkin olmak üzere, artık HUMK'dan değil, sadece ve münhasıran İİK hükümlerinden hareket edilmek gerektiği fikrindedir (Üstündağ-İcra, s. 402).

²⁶⁷ Özekes-İhtiyatî Haciz, s. 329, 330. Bu konuda verilen diğer bir örnek de, ihtiyatî haciz talebinin şekli hakkındadır. İhtiyatî tedbir bakımından HUMK m. 105'deki düzenleme kıyasen ihtiyatî hacze de uygulanmalıdır (Yılmaz, C. II, s. 1104).

mümkün değildir. Her iki geçici hukukî koruma da tehlikeli hâlin önlenmesi ya da durdurulmasını amaçlamaktadır. İhtiyatî hacizde bu amaçtan ayrılmayı gerektirecek haklı bir gerekçe bulunmamaktadır.

Aynı şekilde ihtiyatî tedbirlerden farklı olarak (m. 110), İcra ve İflâs Kanunu'nda teminat yatırılmadan ihtiyatî haciz kararı verilmesi imkânı tanınmamıştır. Ancak ihtiyatî haciz talep etmek isteyen bir alacaklı da teminat yatıramayacak kadar zaruret hâlinde bulunabilir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 259. maddesinin lafzına sıkı sıkıya bağlı kalındığında, teminat yatıramayacak durumda olan bir alacaklıya ihtiyatî haciz yolu kapatılmış olacak, sırf teminat yatıramadığı için alacaklının müstakbel takip yolunun güvencesiz kalması ve ileride borçlunun kötü niyetli davranışları ile takibi semeresiz bırakması haksız sonuçlara yol açacaktır²⁶⁸. Hâkime bu gibi durumlar için takdir yetkisi veren Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 110. maddesi ihtiyatî haciz taleplerinde de kıyasen uygulandığı takdirde, zaruret hâlinde bulunan alacaklılar etkin bir hukukî korumaya kavuşturulacaktır. Belirtmek gerekir ki, zaruret hâli dışında hâkimin Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 110. maddesine kıyasen takdir yetkisini kullanması söz konusu olmamalıdır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 412. maddesinin gerekçesinde ihtiyatî tedbir hükümlerinin diğer geçici hukukî korumalara uygulanmasının pek çok sakıncayı beraberinde getireceği ifade edilmiştir. Burada asıl amaçlanan, uygulamada bir türlü önlenemeyen ihtiyatî tedbir-ihtiyatî haciz karışıklığının durdurulmasıdır. Yoksa, Tasarı'nın, ihtiyatî tedbir hükümlerinin ihtiyatî hacze uygulanabilirliğini reddettiği sonucuna ulaşılamaz. Bir an için, ihtiyatî tedbir hükümlerinin, ihtiyatî haciz dışında kalan diğer geçici hukukî korumalara uygulanmasının sakınca yaratacağı düşünülebilir. Örneğin, boşanma ve ayrılık davasındaki geçici önlemler, yalnız dava içinde istenebilir. Tedbir niteliğinde

²⁶⁸ İstanbul Barosu Mahkeme Ara Kararlarını İzleme ve İnceleme Merkezi (MAHKİM) de benzer değerlendirmede bulunmaktadır: "Başvurucu, Kadıköy :.....Asliye Hukuk Mahkemesi'nden ihtiyatî haciz talebinde bulunmuş, mahkeme 3500 YTL teminat takdir etmiş ve bu miktar mahkemeye yatırılmıştır. (...) Başvurucu vekili, 24.05.2004 tarihli dilekçesi ile müvekkilinin nakde ihtiyacı olması ve esas takibe başlamak için de harcın nakden yatırılması zorunluluğundan dolayı ilk başta yatırdığı 3500 YTL nakdi teminatın iadesini talep etmiştir. Mahkeme, 24.05.2004 tarihli başvuru dilekçesi üzerinde vermiş olduğu kararda "teminat mektubu miktarının düşürülmesine" hükmetmiştir. (...) HUMK 110, 111, 112, maddeler ışığında olaya baktığımızda, tedbir konusunda takdir yetkisi bulunan hakimin, bu takdir yetkisinin sınırlarının olması da gerekir." MAHKİM Kararları Belge 3 (İBD 2008/4, s. 1813, 1814).

olmayan geçici önlemlerin tedbir hükümlerine kıyasen asıl davadan önce de istenebileceği kabul edilirse, diğer bir geçici hukukî koruma olan evlilik birliğinin korunması önlemlerine müdahale edilecektir. Ancak aynı tereddüt ihtiyatî haciz için geçerli değildir ve 412. maddenin gerekçesi de makul kıyasa engel teşkil etmemektedir.

Madalyonun diğer yüzünde ihtiyatî tedbirlere, ihtiyatî hacze ilişkin hükümlerin uygulanması vardır. Bu soruya doğru yanıt verebilmek için, ihtiyatî haciz ile ihtiyatî tedbir arasında genellik-özellik ilişkisinin bulunup bulunmadığı konusunda bir tercihte bulunulmalıdır²⁶⁹. Şayet ihtiyatî tedbir, ihtiyatî hacze göre genel bir geçici hukukî koruma ise, özel geçici hukukî korumaya ilişkin hükümlerin, genel hukukî koruma için uygulanabilirliği kolaylıkla benimsenemeyecektir. Kanımızca, ihtiyatî haciz ile ihtiyatî tedbir arasında özel-genel şeklinde bir ilişki kurulamaz²⁷⁰. İhtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz, asıl talep hakkında yargılamaya bağlanan geçici hukukî korumanın birbirinden bağımsız türleridir. Bağımsızlık, geçici hukukî korumanın etkilerinden çıkarılabilir. İhtiyatî tedbir, hem teminat hem de ifa etkisi gösterebilirken, ihtiyatî haciz yalnız teminat etkisi gösterir. Burada olsa olsa geçici hukukî korumanın kapsamı ile ilgili değerlendirmede bulunabilir. Buna göre, ihtiyatî tedbir, para alacağı dahil olmak üzere bütün talepleri kapsamına alırken, ihtiyatî haciz yalnız para alacaklarına ilişkin takip yolunun güvence altına alınmasını sağlar²⁷¹. İhtiyatî tedbirin kapsam itibarıyla ihtiyatî hacze göre daha geniş olması, uygulanabilirliği itibarıyla ihtiyatî tedbirin ön plana çıkarılmasından başka bir şey değildir.

İhtiyatî haciz ile ihtiyatî tedbir arasında genel-özel ilişkisinin bulunmaması, ihtiyatî hacze ihtiyatî tedbir hükümlerinin uygulanmasına ilişkin

²⁶⁹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın ilk hâlinde, ihtiyatî haciz, özel geçici hukukî korumalara ilişkin hükmün içinde ele alınmaktaydı (m. 410). Tasarı'nın güncel hâlinde 412. maddenin kenar başlığı "özel geçici hukukî korumalardan" "diğer geçici hukukî korumalara" dönüştürülmüştür. Bu dönüşüm, ihtiyatî haciz ile ihtiyatî tedbir arasındaki ilişkinin doğru anlaşılabilmesi bakımından son derece isabetlidir. Tasarı'nın ilk hâlinde de, ihtiyatî tedbir genel geçici hukukî koruma, ihtiyatî haciz ise özel geçici hukukî koruma şeklinde nitelendirilmek istenilmemekteydi. Burada sadece ihtiyatî hacze ilişkin özel hükümlerin saklı tutulması amaçlanmaktaydı. Onuncu kısmın başlığı "geçici hukukî koruma" olarak belirlenmişken, geçici hukukî koruma türleri arasında özellik-genellik ilişkisinin kurulması tutarsız olurdu.

²⁷⁰ İhtiyatî tedbirin ihtiyatî hacze üstünlüğünün veya ona karşı bir önceliğinin bulunmadığına ilişkin bkz. Özekes-İhtiyatî Haciz, s. 71.

²⁷¹ Bu konuda bkz. yuk. Bölüm II, § 7, I, A, 2.

olumlu yaklaşımın, ihtiyatî tedbire ihtiyatî haciz hükümlerinin uygulanması konusunda da gösterilmesi gerektiğini ortaya çıkarmaktadır. Her iki geçici hukukî korumanın birbirinden bağımsız kabul edilmemesinin tutarlı sonucu, ya kıyas uygulamasını tamamen reddetmek ya da kıyası her iki geçici hukukî korumaya yaymaktadır.

İhtiyatî haciz hükümlerinin ihtiyatî tedbire uygulanmasına her iki geçici hukukî korumanın düzenlenme biçimi de gerekçe teşkil etmektedir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun İsviçre'nin Neuchetel, İcra ve İflâs Kanunu'nun İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu'ndan iktibas edilmesinden dolayı, pek çok ortak özelliği bulunan her iki geçici hukukî koruma için ortak bir hukukî zemin oluşmamıştır. Halbuki Alman Hukuku, ihtiyatî haczi ayrıntılı düzenleyip ihtiyatî tedbirlere mahiyetine uygun düştüğü ölçüde ihtiyatî haciz hükümlerinin uygulanması şeklinde bir düzenleme getirmek suretiyle (ZPO § 936), ihtiyatî tedbir ile ihtiyatî haciz arasında böyle bir hukukî zemini oluşturmuştur. Olması gereken, her iki geçici hukukî korumanın aynı kanun içinde ortak ve ayrıksı hükümleri düzenlenmek suretiyle ahengin yaratılmalıdır²⁷². Böyle bir ahengin yokluğunda, ihtiyatî haciz ihtiyatî tedbir hükümlerine; ihtiyatî tedbir de ihtiyatî haciz hükümlerine ihtiyaç duyacaktır²⁷³. Gerçekten, gerek yürürlükteki Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na gerekse Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın yürürlüğe girmesinden sonra yeni kanuna göre verilecek tedbir kararları ve bu kararların icrasında ihtiyatî haciz hükümlerini göz ardı etmek mümkün değildir.

İhtiyatî haciz hükümleri, ihtiyatî tedbirlere esas itibariyle kıyas yoluyla uygulanacaktır. Kanunî kıyas, belirli bir konuda kanunî düzenleme içeren bir normun, benzer konuda düzenleme içermeyen ya da yetersiz olan norma, her iki konunun karşılaştırılabilir ve bu nedenle hukuken eşdeğer bir şekilde

²⁷² İhtiyatî tedbir ve ihtiyatî haczin, prensip olarak müşterek bir yargılamaya tâbi olması gerektiğine ilişkin bkz. Musielak/Huber, § 936 N. 1.

²⁷³ Örneğin, ihtiyatî tedbir kararlarının nasıl düzenleneceğine ilişkin HUMK'de bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık, ihtiyatî hacizde özel hüküm getirilmiştir. İhtiyatî tedbirlerdeki bu eksikliği dikkate alan Özekes, ihtiyatî haciz kararında belirtilen hususların yol gösterici olabileceğini belirtmektedir (Özekes-İhtiyatî Tedbir, s. 124).

değerlendirilebilir olması şartıyla uygulanmasıdır²⁷⁴. Burada, düzenleme bulunan meseleyle bulunmayan mesele, menfaat durumu bakımından müşterek olmalıdır. Yani, her iki mesele arasında farklı muamele yapılabilecek bir menfaat durumu söz konusu olmamalıdır²⁷⁵. Usûl hukuku kurallarında pekâlâ kıyas caizdir ve gereklidir²⁷⁶. Çünkü usûl kurallarında da uygulanacak hüküm bulunamayabilir ya da bu kurallar kanun koyucunun ortaya çıkan durumu önceden kestirememesi nedeniyle yetersiz olabilir. Tahkimde kanun yolundan feragate ilişkin düzenlemenin (m. 535), davada kanun yolundan feragate; temyizde harcın eksik yatırılmasına ilişkin düzenlemenin (m. 434/III), karar düzeltme harcının eksik yatırılmasına uygulanması²⁷⁷, medenî usûl hukukunda kıyas denilince ilk verilebilecek örneklerdendir. Dahası, ayrı bir yargılama usûlü bulunmayan çekişmesiz yargıya, davaya ilişkin hükümler uygulanırken kıyas metodundan yararlanılmakta, süre gibi kısıtlayıcı bir başka kuraldan dahi yararlanılmaktadır²⁷⁸.

Ansay'ın usûl kurallarının yorumu ve usûl hukukunda boşluğun doldurulmasına ilişkin şu ifadeleri ihtiyatî haciz hükümlerinin kıyasen ihtiyatî tedbirler için de uygulanabilirliği bakımından yol göstericidir: "*Usul kaideleri de kapalı, bulanık, eksik ve çelişik olabilir. Böyle bir halde yargıca bir tefsir ve kıyas (analogie), düzeltme ve boşluğu doldurma yetkileri verilmezse kanunun tatbiki kötürümleşir*"²⁷⁹. Gerçekten, ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz hükümleri

²⁷⁴ Edis, Seyfullah: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993, s. 143; Zevkliler, Aydın/Acabey, Beşir/Gökyayla, Emre: Medeni Hukuk, 5. Bası, Ankara 1997, s. 75; Aybay, Aydın/Aybay, Rona: Hukuka Giriş, 5. Baskı, İstanbul 2008, s. 360, 361, 366; Serozan, 1 § 5, N. 32.

²⁷⁵ Edis, s. 143; Zippelius, Reinhold: Juristische Methodenlehre, 9. Auflage, München 2005, s. 68, 69; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 75; Aybay/Aybay, s. 366.

²⁷⁶ "Örneksme yöntemi kamu hukuku alanında (örneğin, Usul hukuku'nda, İdare Hukuku'nda) geçerlidir." (Aybay/Aybay, s. 368).

²⁷⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 545, 586.

²⁷⁸ Özekes, Muhammet: Çekişmesiz Yargıda İlgililerin Kanun Yoluna Başvuru Hakkı (Kanun Yolu), Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 687. Özel bir hüküm bulunmadıkça kanun yoluna ilişkin genel hükümlerin çekişmesiz yargıda da uygulanacağına ilişkin bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 78. "Anılan düzenleme boşluğundan kaynaklanan zaruret nedeniyle, çekişmeli yargı işlerini baz almak suretiyle hazırlanmış olan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri çekişmesiz yargı işlerinde de işlerlik kazandığı için..." (Tanrıver-Temel Sorunlar, s. 222).

²⁷⁹ Ansay-Yargılama, s. 9. Usûli normların hâkimin hukuk yaratmasına ve bu normlardaki boşlukların hâkim tarafından doldurulmasına engel teşkil etmediğine ilişkin bkz. Benda/Weber, s. 288, 289. İcra ve İflâs Kanunu hükümlerini ruhuna göre yorumlayarak onun boşluklarını

öncelikle iktibas metodundan, sonra kanun koyucunun geçici hukukî korumalar alanındaki -özellikle eda tedbirlerindeki- gelişmeleri önceden kestirememesinden ötürü eksik kalmış, her iki geçici hukukî korumanın birbirinden kopuk bir şekilde değerlendirilmesi nedeniyle ilgili hükümler meselelere yanıt veremez hâle gelmiş²⁸⁰, bu suretle Kanun'un tatbiki kötürümleşmiştir²⁸¹. Eksiklik bulunduğunu düşündüğümüz aşağıdaki hususlarda, kanun koyucu bilinçli susma yoluna gitmemiştir. Burada bir boşluk söz konusudur ve boşluk ihtiyatî tedbirlere en yakın müessese olan ihtiyatî haciz hükümleri ile doldurulmaktadır²⁸². **Serozan**'ın ifadesiyle, “yasa kuralını öngörüldüğü olaya benzeyen başka olaya “kıyas” yoluyla yaydırmamak, düpedüz benzer olayda ayırım gözetmek (keyfilik) ve dolayısıyla eşitsizlik anlamına gelir”²⁸³. İhtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz, aynı menfaat durumu üzerine inşa edilmiştir. Her iki geçici hukukî korumada da, gecikmesinde tehlikeli olan bir durum, tedbir ve ihtiyatî haciz kararından önce

doldurmak ve yanlış ve eksik hükümlerini tamamlamanın adalete uygun olacağına ilişkin bkz. **Berkin-İcra**, s. 11.

²⁸⁰ Örneğin, ihtiyatî tedbirin icrasında tedbir konulan mal mahkemenin yargı çevresi dışında bulunuyorsa, nasıl hareket edileceği sorusuna HUMK yanıt vermemektedir. Bu durumda, İİK m. 79/II kıyasen uygulanacaktır (**Tanriver-Dayanaklar**, s. 48).

²⁸¹ “(...) ihtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbir müesseselerinin birbirine yakınlığı (akrabalığı) ortada olmasına (ki, her ikisi de “geçici hukuki himaye tedbirleri”nin, en önemli birer örneğidir) rağmen hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’ndaki ihtiyatî tedbirle ilgili hükümlerin ve İcra İflâs Kanunu’ndaki ihtiyatî hacizle ilgili hükümlerin, uygulamadaki aksaklıklara paralel olarak ortaya çıkan değişik ihtiyaçların karşılanması amacıyla yaklaşık yetmiş yıllık zaman sürecinde birbirinden oldukça farklı bir şekilde değiştirilmiş olması ve bunun sonucunda her iki müessesenin, birbirinden (belki de, geçici himaye tedbirlerine ilişkin “ortak öz”den) önemli bir biçimde ayrılır hale gelmesidir. Eğer, her iki hüküm de birbirine paralel olarak değiştirilse idi, içinde bulunulan karmaşanın önemli bir kısmının önüne geçilmiş olurdu.” (**Yılmaz**, C. II, s. 1075).

²⁸² Aile hukukunda düzenlenen geçici hukukî korumalara mahiyetine uygun düştüğü ölçüde ihtiyatî tedbir hükümlerinin uygulanacağına ilişkin bkz. **Atalay, Oğuz**: Türk Medenî Kanunu’nda Aile Hukuku Mal Rejimlerine İlişkin Hükümlerin Takip Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi (Değerlendirme), Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı – I, Eskişehir 2003, s. 98, 99. **Özkes** ise, aile hukukuna ilişkin geçici önlemlerin sınırlı olarak sayıldığı, burada adeta hukuk boşluğunun bulunduğu gerekçesi ile tedbir hükümlerinin uygulanmaması gerektiği kanaatindedir (**Özkes, Muhammet**: Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı – I Tartışmalar (Tartışmalar I), Eskişehir 2003, s. 98). İcra ve İflâs Kanunu’nun Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun bir cüz’ü olduğuna ve yorum yapılırken İcra ve İflâs Kanunu hükümlerinin gözden kaçırılmaması gerektiğine ilişkin bkz. **Karafakih**, s. 2, 8. İcra ve iflâs hukukunun medenî usul hukukunun bir uzantısından ibaret olduğu, usul hukuku ile icra ve iflâs hukukunun bir bütün teşkil ettiği ve bu hukuk dalının özel hükümleri ya da genel sistemi engel olmadıkça medenî usul hukuku kaidelerinin göz önünde bulundurulması gerektiğine ilişkin bkz. **Umar-Tarihî Gelişim**, s. 32, 34.

²⁸³ **Serozan**, 1 § 5 N. 28.

talep sahibinin; karardan sonra karşı tarafın menfaatlerine ağırlık verilerek önlenmeye ya da durdurulmaya çalışılır.

İhtiyatî tedbirlerde ihtiyatî haciz hükümlerinin kıyasen uygulanacağı altı ayrı meselede boşluk bulunmaktadır:

Birinci olarak, müeccel alacaklarda ihtiyatî hacze başvurulabilme imkânı öngörülmüşken (İİK m. 257/II), ihtiyatî tedbirlerde açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Para alacağı dışındaki maddî hukuk taleplerinin icrası, müaccel olmadığı bir aşamada da tehlikeye düşebilir ve bu talebe geçici hukukî koruma sağlanması gerekebilir²⁸⁴. Bu açıdan, teminat tedbirlerinde, İcra ve İflâs Kanunu'nun 257. maddesinin 2. fıkrası kıyasen uygulanabilmelidir.

İkinci olarak, konusu para alacağı olan eda tedbirlerinde, teminat karşılığında ihtiyatî tedbirin kaldırılılabılır, daha doğru bir ifade ile tedbir teminat üzerinde devam edebilir (m. 111). Ancak ihtiyatî tedbir icra edilirken teminat karşılığında malların borçlunun elinde bırakılması İcra ve İflâs Kanunu'nun aksine Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmemiştir. İhtiyatî haczin icra edildikten sonra teminat karşılığında kaldırılması (ihtiyatî haczin teminat üzerinde devam etmesi) imkânı varken (İİK m. 266), uygulamada sıklıkla başvurulmasa da, ihtiyatî haczin icrasında malların borçlunun elinde bırakılması İcra ve İflâs Kanunu'nun 263. maddesinde düzenlenmiştir²⁸⁵. Bir miktar paranın ihtiyatî tedbir yoluyla geçici olarak ödenmesi ile ihtiyatî haciz, geçici hukukî korumanın icrası bakımından aynı menfaat dengesi üzerindedir. Bu nedenle, İcra ve İflâs Kanunu'nun 263. maddesine kıyasen eda tedbiri yolu ile haczedilen mallar teminat karşılığında borçlunun elinde bırakılabilmelidir²⁸⁶.

²⁸⁴ Bkz. yuk. Bölüm II, § 6, V, A, 2, b, (2).

²⁸⁵ İİK m. 263 ve m. 266'nın benzer durumları düzenlediği, olması gereken hukuk bakımından İİK m. 263'ün muhafaza edilip İİK m. 266'nın yürürlükten kaldırılması gerektiğine ilişkin değerlendirme için bkz. **Özekes-Değerlendirme**, s. 456. **Yılmaz**, her iki hükme de işlerlik kazandırılması gerektiği, bunun için İİK m. 263'ten "para veya ayın" ibaresinin çıkarılarak borçlunun kendisine bırakılan mal üzere tasarruf etmesinin engellenmesi gerektiği kanaatindedir (**Yılmaz-İhtiyatî Haciz**, s. 73). İİK m. 263 ile 266 arasındaki ilişki için ayrıca bkz. **Berkin-İhtiyatî Haciz**, s. 70-72; **Önen**, s. 255, 256; **Kuru/Arslan/Yılmaz-İcra**, s. 437; **Özekes-İhtiyatî Haciz**, s. 258 vd.; **Yılmaz**, C. II, s. 1233; **Özekes-Arrest**, s. 322; **Eruygur**, s. 81, 82, 157, 158.

²⁸⁶ Burada, ihtiyatî haczin kesin hacze geçici olarak iştirakini düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu'nun 268. maddesinin konusu bir miktar paranın ödenmesi olan eda tedbirlerine kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı üzerinde durulabilir. Bir miktar paranın ödenmesine eda tedbirinde uygulana haczin hukukî niteliği ihtiyatî değil, kesin hacizdir (**Özekes/Erişir**, s. 1265, 1266). Bu

Üçüncü olarak, ihtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbir hükümlerinin kıyasa elverişli kabul etmemiz, ihtiyatî tedbir kararlarına karşı kanun yolunun açık olduğuna ilişkin görüşümüze yeni bir gerekçe ilâve etmektedir. 4949 sayılı Kanunla karşı taraf dinlenilmeden verilen ihtiyatî hacze itiraz üzerine verilen karara (İİK m. 265/son) ve ihtiyatî haciz talebin reddi kararına (İİK m. 258/III) karşı kanun yoluna başvuru imkânı, mahiyetine tamamen uygun düştüğü için pekâlâ ihtiyatî tedbir için de uygulanabilmelidir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda, kanun yoluna başvuruyu kapatan bir düzenleme olmadığı gibi, kıyasen uygulanmaya müsait ihtiyatî haciz hükümleri de temyiz edilebilirlik bakımından gerekçe oluşturmaktadır²⁸⁷.

Dördüncü olarak, ihtiyatî tedbir kararına, yalnız aleyhine tedbir kararı verilen itiraz edebilmektedir²⁸⁸. Tedbirin icrası, yargılamanın tarafı olmayan üçüncü kişilere de etki edebilir. Bu durumda, üçüncü kişilerin karara itiraz edebilmesi menfaat dengesinin gereğidir. 4949 sayılı Kanunla ihtiyatî haciz kararına üçüncü kişilerin itiraz edebilme olanağı getirilmiştir (İİK m. 265/II). Bu hükmün, ihtiyatî tedbirlere de uygulanmasına hiçbir engel bulunmamaktadır.

Beşinci olarak, tasarrufun iptali davalarında malın iyi niyetli dördüncü kişiye devredilmemesi için konulan ihtiyatî tedbirden sonra (İİK m. 281/II) mala haciz konulmuşsa, ihtiyatî haczin kesin hacze iştiraki düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu'nun 268. maddesinden kıyasen yararlanılarak alacaklının hacze iştiraki sağlanabilir²⁸⁹.

nedenle, anılan hükmün kıyasen uygulanmasına gerek olmaksızın, kesin hacizlerin birbirine iştirak etmesi ile ilgili prosedür devreye girmelidir. Alman Hukuku'nda da eda tedbirinin icrasında uygulanan haczin, ihtiyatî haczin icrasında uygulanan hacizden farklı olduğu ve paraların paylaşılmasında ihtiyatî haciz alacaklısının hissesine düşen paranın muhafaza edilmesi gibi ihtiyatî hacze ilişkin bazı hükümlerin (ZPO §§ 930-932) uygulanmayacağı kabul edilmektedir (Stein/Jonas/Grunsky, § 938 N. 40; Rosenberg/Gaul/Schilken, § 79 s. 1052). Aynı şekilde eda tedbiri ile el konulan malların teminat karşılığında borçluya verilmesinde İİK m. 266 kıyasen uygulanmaz. Çünkü tedbirin teminat karşılığında kaldırılmasına ilişkin olarak HUMK m. 111 özel düzenleme öngörmektedir.

²⁸⁷ Bu konuda bkz. yuk. Bölüm II, § 6, IV, D.

²⁸⁸ 4949 sayılı Kanunla ihtiyatî hacze üçüncü kişilerin de itirazına imkân sağlayan hükmün yürürlüğe girmede *Budak*, üçüncü kişilerin de ihtiyatî tedbir kararına itiraz edebileceğini, hatta HUMK m. 107'nin kıyasen İİK m. 265 için de uygulanabileceğini belirtmektedir (*Budak-Üçüncü Kişiler*, s. 182 dn. 74).

²⁸⁹ Bu konuda ayrıca bkz. aşağı. Bölüm II, § 7, I, A, 5.

Nihayet, ihtiyatî haciz kararından sonra 10 gün içinde kararın icrasını talep zorunluluğu düzenlenmişken, ihtiyatî tedbirde böyle bir süreye yer verilmemiştir. Geçici hukukî korumanın türleri arasında böyle bir ayrımı haklı kılacak hiçbir sebep yoktur. Bu nedenle, ihtiyatî tedbir de belirli bir süre içinde icra edilmelidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, ihtiyatî tedbir kararlarının uygulanmasının, verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde talep edilme zorunluluğunu getirmiş (HMKT m. 399), süresinde tedbirin icrası talep edilmemişse, tıpkı ihtiyatî hacizde olduğu gibi, kanunî süre içinde dava açılmış olsa dahi, tedbirin kendiliğinden kalkacağı hükme bağlanmıştır. Kanımızca, yürürlükteki hukukumuzda da tedbir kararlarının icrasının belirli bir süre içinde istenilmesi zorunludur. Talep sahibi, gecikmesinde tehlike olan hâli (aciliyeti) yaklaşık olarak ispat ettiği takdirde tedbire hükmedilmelidir. Lehine tedbir kararı verilen, kararın verilmesinden kısa bir süre içinde tedbirin icrasını istemiyorsa, aciliyetin bulunduğu söz edilemeyecektir. Yani, talep sahibi, tedbir yargılamasındaki iddialarına aykırı hareket etmiş olacaktır. İstenildiği zaman icra edilebilen tedbir kararına konu olan meselenin, aciliyet arz ettiği söylenebilecek midir? Bu soru, ihtiyatî tedbirin geçicilik niteliği karşısında olumsuz yanıtlanmalıdır²⁹⁰. İhtiyatî tedbirlerin geçicilik niteliği, kararların belirli bir süre içinde icra edilmesi için vazgeçilmezdir²⁹¹. Bu ihtiyaç, ihtiyatî haczin icrası için öngörülen sürenin ihtiyatî tedbir için de kıyas yolu ile uygulanması sayesinde pekâlâ karşılanabilir²⁹².

İhtiyatî haciz hükümleri kıyasın yanında, ihtiyatî tedbire ilişkin bir düzenlemenin genişletici yorumu tâbi tutulması bakımından da önem

²⁹⁰ Nitekim, Alman Usûl Kanunu'nun 929. paragrafının 2. fıkrasında, ihtiyatî haciz/ihiyatî tedbir kararının verilmesinden sonra bir ay içinde icrası talep edilmediği takdirde, kararın icra edilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Doktrinde, ihtiyatî haciz kararı verilmesinin aciliyeti ortadan kaldırmadığı, çünkü lehine geçici hukukî korumaya hükmedilenin kararın icrasından sonra güvenceye kavuşacağı, ayrıca karşı taraf dinlenilerek verilen ihtiyatî haciz kararından sonra karşı tarafın kararın ne zaman icra edileceğine dair belirsizlik hâlinde kalamayacağı haklı olarak belirtilmektedir (Musielak/Huber, § 929 N. 2).

²⁹¹ Aynı yönde bkz. Özkes-Hukukî Dinlenilme, s. 216, 217.

²⁹² *Kuru*'nun tedbir kararı verilmesinden sonra tedbiri gerektiren durum ve şartlarda değişiklik meydana gelebileceği konusunda tereddüdünü paylaşıyor, İHK m. 261/I'ı ihtiyatî tedbirler için de de lege ferenda önermesine aynen katılıyoruz. Yazar, ayrıca tedbirin icrasının belirli bir süre içinde istenebileceğine, aksi takdirde tedbirin kendiliğinden kalkacağına karar verebileceğini belirtmektedir (C. IV, s. 4336). Aynı yönde bkz. Ercan-İhtiyatî Tedbir, s. 95, 96; Taş-Korkmaz, s. 108, 109; Tanrıver-Dayanaklar, s. 48; Deren-Yıldırım-İhtiyatî Tedbirler, s. 171.

taşımaktadır. Genişletici yorum, “bir kuralın sözünün çözüm için elverişsiz ya da yetersiz olması hâlinde söz konusu olur”²⁹³. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun 109. maddesinde tamamlayıcı merasime ilişkin olarak yalnız dava yoluna değinilmiş, ancak icra takibine yer verilmemiştir. Konu itibariyle ihtiyatî tedbirler para alacaklarını dışlamamaktadır. Alacaklı zaruret hâlinde ise istisnaen ihtiyatî tedbir yolu ile bir miktar paranın ödenmesine hükmedilebilir²⁹⁴. Lehine eda tedbiri kararı verilen para alacaklısı, bu durumda yalnız alacak davası açmak zorunda kalacaktır. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nda yalnız dava yolunun düzenlendiği doğrudur. Ancak Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girdiğinde, eda tedbirlerinin uygulama alanı günümüzde olduğu kadar geniş değildi. Hatta, Türk Hukuku’nda nafaka alacakları dışında bu türden eda tedbiri kararları uygulamaya tamamen yabancıdır. Şu an itibariyle nafaka alacaklarında, ileride bütün para alacaklarında, tamamlayıcı merasim çerçevesinde takip yolunun caiz olup olmadığı sorusuna kanımızca olumlu yanıt verilebilir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun 109. maddesi ihtiyatî haciz hükümleri dikkate alınarak genişletici yoruma tâbi tutulabilir. Zira, genişletici yorumun, bir kuralın sözünün kanun koyucu tarafından önceden kestirilememesi nedeniyle yetersiz olması unsuru burada gerçekleşmiştir. Zaruret hâlinde bulunan bir alacaklının davaya göre daha kısa sürmesi muhtemel olan takip yoluna başvurmaya, diğer alacaklılara göre daha çok ihtiyaç duyacağı öngörülememiştir. Bu nedenle, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nda belirtilmese de, para alacaklarının eda tedbiri ile geçici icrasına karar verildiğinde, alacaklı dava açmak veya takipte bulunmak arasında seçim yapabilir²⁹⁵. Alman Hukuku’nda da Kanun, ihtiyatî haczin tamamlayıcı merasimine ilişkin dava açılmasından söz

²⁹³ **Aybay/Aybay**, s. 352. “Medenî usûl hukukunun şekli bir hukuk olması, yorum gerektiren konularda Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin dar yorumlanmasını gerektirmez. Aksine yorum yapılırken, geniş bir yorumun yapılması lazımdır. Çünkü ancak bu yolla amaca uygun doğru yorum yapılabilir.” (**Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 65).

²⁹⁴ Bu konuda bkz. aşa. Bölüm III, § 9, II, E, 1, b, (1).

²⁹⁵ Karşı yönde görüş için bkz. **Akyazan**, s. 3; **Berkin-Usul**, s. 118; **Berkin-İflâs**, s. 410; **Berkin-İhtiyatî Haciz**, s. 17; **Üstündağ-İcra**, s. 403; **Ercan-İhtiyatî Tedbir**, s. 14; **Taş-Korkmaz**, s. 11; **Özekes-İhtiyatî Haciz**, s. 65; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 665; **Deynekli/Saldırım**, s. 12. Karş. **Özekes/Erişir**, s. 1266.

etmektedir (ZPO § 926). Hükümün açıklığına rağmen, ilâmsız takip yapılması da (Mahnverfahren) tamamlayıcı merasim bakımından yeterli görülmektedir²⁹⁶

İhtiyatî haciz hükümlerinin ihtiyatî tedbir için de uygulanmasına duyulan ihtiyaç, olması gereken hukuk bakımından ayrı kanunlarda düzenlenen iki geçici hukukî koruma arasında kanunî bir bağ kurulma gerekliliğini açıkça gözler önüne sermektedir. İhtiyatî tedbir ve ihtiyatî haczin aynı kanunda düzenlenmesi tercih edilmiyorsa, en azından “hüküm bulunmayan hâllerde ihtiyatî tedbir (ihtiyatî haciz) hükümleri kıyasen uygulanır” şeklinde yeni bir hüküm Hukuk Usûlî Muhakemeleri Kanunu ve İcra ve İflâs Kanunu’na ilâve edilmelidir.

4. İhtiyatî Haciz Yerine İhtiyatî Tedbir Kararı Verilmesi ve Sonuçları

İhtiyatî tedbirlerle ihtiyatî haciz arasındaki ilişki, uygulama için ihtiyatî tedbirle ihtiyatî haczin karıştırılıp biri yerine diğerinin talep edilmesi ve talebe uygun karar verilmesi durumunda önem kazanmaktadır²⁹⁷. Böyle bir ihtimalde, kararın icrası, alacaklının geçici iştirak imkânından yararlanmasında ve üzerinde tedbir bulunan malın cebri arttırma yolu ile satışında çözümü kolay olmayan meselelerle karşılaşmaktadır. Örneğin, trafik kazasında oluşan zararların tazmini davasında, otomobil üzerine tedbir konulduğunda, karar, taraflar arasında sanki otomobilin mülkiyeti üzerinde uyuşmazlık varmış gibi sonuç doğurmaktadır. Bunun sonucunda, tedbirin otomobil dışında başka bir mal üzerinde icra edilmesi yolu kapanmakta, borçlu kendisine daha az zarar veren diğer mallarına el konulmasını isteyememektedir²⁹⁸. Oysa, burada istem, para alacağına dayanmaktadır. Para alacakları, borçlunun haczi kabil bütün malvarlığı değerleri üzerinde icra edilebilir.

296 Stein/Jonas/Grunsky, § 926 N. 11; Zöllner/Vollkommer, § 926 N. 32; Reichold in Thomas/Putzo, § 926 N. 7; Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 926 N. 17; Musielak/Huber, § 926 N. 7; Zimmermann, § 926 N. 3; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 926 N. 12. OLG Köln, 10.1.1978, OLGZ 1979, s. 119. Karşı yönde görüş için bkz. Damm, Reinhard: Kommentar zur Zivilprozessordnung Reihe Alternativkommentar, Luchterhand 1987, § 926 N. 9.

297 İhtiyatî haciz yerine ihtiyatî tedbir talep edilmesi durumunda, mahkemenin nasıl karar vermesi gerektiği aşağıda ayrıca değerlendirilecektir, bkz. aşağı. Bölüm III, § 10, I, B, 2. Burada yanlış talebin mahkemece kabul görmesi, yani talebin haklı bulunması söz konusudur.

298 Özekes-İhtiyatî Haciz, s. 68. Bu konuda ayrıca bkz. Taş-Korkmaz, s. 63 dn. 260.

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun bir alacağı söz konusu ise, böyle bir mesele gündeme gelmeyecektir. Bankacılık Kanunu'nun 136. maddesinde, "Fon alacaklarının tahsilini teminen, Fon tarafından bu Kanun hükümleri çerçevesinde açılan ve/veya takip edilen dava ve takiplerde verilen ihtiyatî haciz veya tedbir kararları uyarınca üzerine ihtiyatî haciz veya tedbir konulan para, her türlü mal, hak ve alacaklar, bu davalara konu alacakların yasal teminatını oluşturur ve karar kesinleşinceye veya takip sonuçlanıncaya kadar devam eder. Mahkemece karara bağlanan alacaklar, tedbir konulan para, mal, her türlü hak ve alacakların bedelinden, Devletin ve sosyal güvenlik kuruluşlarının 6183 sayılı Kanun kapsamındaki alacaklarından sonra gelmek üzere, imtiyazlı alacak olarak öncelikle tahsil olunur." şeklinde bir düzenleme öngörülmüştür. Geçici hukukî koruma kararını, rehin gibi aynî hakkın önüne geçiren bu düzenleme dikkate alındığında, ihtiyatî haciz yerine ihtiyatî tedbire hükmedilse bile sonuç değişmeyecek; Fon, asıl davayı kazandığı takdirde, geçici hukukî korumadan sonra konan bütün takdiyattan ve aynî haklardan önce alacağına kavuşacaktır²⁹⁹

Para alacağının tahsilinin güvence altına alınması için ihtiyatî haciz yerine belirli bir mal hakkında tedbire hükmedildikten sonra, diğer alacaklılar o mala kesin haciz koyduklarında, mahkeme kararının ihtiyatî haciz şeklinde yorumlanıp yorumlanamayacağı konusunda birbirinden çok uzak olmayan, hatta birbirini tamamlayan iki görüş ileri sürülmektedir: Bir görüşe göre, verilen kararın niteliği esas alınmalı, ihtiyatî tedbir kararı ihtiyatî haciz olarak nitelendirilebiliyorsa ihtiyatî haciz hükümleri uygulanmalıdır. Bu görüşe göre, her ne kadar tedbir kararı verilmiş de olsa, temelinde para alacağı bulunan geçici hukukî koruma ile diğer alacaklıların koyduğu kesin hacze geçici iştirake izin verilecek ya da kesin haciz alacaklısının satış talebi üzerine mal satılabilecektir³⁰⁰. Diğer bir görüş ise, belirli bir mala yönelik tedbire hükmedilmesi ile borçlunun malvarlığı üzerinde

²⁹⁹ Hükümün eleştirisi için bkz. **Pekcanitez/Erdönmez**, s. 39, 40.

³⁰⁰ **Uyar, Talih**: İcra Hukukunda Haciz (Haciz), Manisa 1990, s. 781; **Üstündağ-İcra**, s. 404, 406. Yazar, ancak güvence altına alınan hakka göre tedbir, ihtiyatî haciz olarak nitelenemiyorsa, tedbirin hacze iştirakine izin verilemeyeceğini belirtmektedir. Aynı yönde bkz. **Deynekli/Saldırım**, s. 94, 95. Malın üzerinde çekişme bulunmamasına rağmen ihtiyatî tedbir kararı verilmişse, bu kararın ihtiyatî haciz olarak değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin benzer yönde bkz. **Deynekli, Adnan/Kısa, Sedat**: Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli, 3. Bası, Ankara 2005, s. 37. İhtiyatî tedbiri davanın müddeabihine göre asgari olarak o meblağ için ihtiyatî haciz olarak muameleye tâbi tutmak gerektiği yönünde bkz. **Postacıoğlu-İcra**, s. 429.

ihtiyatî tedbir uygulanmasına karar verilmesi arasında ayırım yapmaktadır. Buna göre, para alacağının müstakbel icrasının güvence altına alınması için yanlışlıkla belirli bir mal üzerine tedbir konulmuşsa, mahkeme kararı yorum yoluyla ihtiyatî haciz olarak nitelendirilemez. Ancak borçlunun borca yetecek kadar malvarlığı üzerine tedbir konulmuşsa, geçici hukukî koruma talebinin temelinde para alacağı bulunduğu ve belirli bir mal veya hakkın temini ya da geçici olarak ifası da söz konusu olmadığından, tedbir kararı ihtiyatî haciz olarak kabul edilmelidir³⁰¹. Yargıtay, ilk kararlarında, bir alacağın tahsili için konulan ihtiyatî tedbirin ihtiyatî haciz olarak nitelendirilebileceğini ve bu tür bir kararın satışa engel olmayacağı görüşündeydi³⁰². Son yıllarda verilen istikrarlı kararlar ile tedbir kararlarının hacze iştirak etmesine izin verilmemektedir³⁰³.

Kanımızca, ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz birbirinden bağımsız geçici hukukî korumalar olduğundan, ihtiyatî tedbir ihtiyatî haciz şeklinde yorumlanmamalıdır. İhtiyatî haciz yerine ihtiyatî tedbir talep edilmesi ve mahkemenin ihtiyatî tedbire karar vermesi, tarafın yaptığı hatanın mahkeme tarafından sürdürülmesi anlamına gelmekte; bu da, başlı başına hukuk güvenliğini zedelemektedir. Hatta, her iki geçici hukukî korumanın birbirinden ayırt edilememesi, açık bir kanun hükmünün yanlış uygulanması olarak kabul

³⁰¹ Özkes-İhtiyatî Haciz, s. 69.

³⁰² İİD, 5.10.1970, 8789/9181 (Uyar-Haciz, s. 21); 15. HD, 2.3.1984, 4019/664 (YKD 1985/2, s. 246 vd.); 12. HD, 30.5.1991, 13889/6959 (Man BD 1992/1, s. 40, 41).

³⁰³ Yılmaz, C. I, s. 1028. "Davacı vekili, dava dışı borçlu şirkete ait taşınırmlar üzerine iş mahkemesi'nin kararı ile ve işçi alacakları için ihtiyatî tedbir konulduğunu, oysa düzenlenen sıra cetvelinde ihtiyatî tedbirin dikkate alınmadığını ileri sürerek sıra cetvelinin iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

İcra mahkemesi'nce yapılan yargılamaya ve alınan bilirkişi raporuna göre, ihtiyatî tedbirin İcra ve İflas Kanunu'nun 100 ncü maddesinde gösterilmediği ve bu nedenle hacze iştirak edemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacılar vekilinin yerinde görülmeven bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan İcra Mahkemesi kararının İİK'nun 366 ncı maddesi uyarınca onanmasına..." 19. HD, 20.4.2006, 1381/4275 (Uyar, Talih: İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. VII, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 11393, 11394); 19. HD, 12.11.1998, 6498/6818 (Deynekli/Kısa, s. 231, 232); 19. HD, 9.5.2002, 150/3534 (Deynekli/Kısa, s. 215, 216); 19. HD, 9.12.2004, 8807/12302 (Deynekli/Kısa, s. 212, 213); 19. HD, 20.4.2006, 1381/4275 (Uyar, C. VII, s. 11393, 11394). İhtiyatî haciz yerine ihtiyatî tedbir isteyen ve bu yönde karar elde eden para alacaklısının otomobil üzerine tedbiri icra ettirmesinden sonra, borçlunun danışıklı bir şekilde alacak tesis ettiği ve bu alacak için yapılan ve itiraz edilmediği için kesinleşen takipte konulan kesin hacizle tedbirin bertaraf edildiği, bu nedenle Yargıtay'm son kararlarının haksızlıklara neden olduğu ifade edilmektedir (Deynekli/Kısa, s. 36; Deynekli/Saldırım, s. 94).

edilip hâkimin sorumluluğuna bile yol açabilir (m. 573 b. 2)³⁰⁴. İhtiyatî haciz yerine ihtiyatî tedbir talep edilmesi ve tedbire hükmedilmesi, talebe, koşulları mevcut olmamasına rağmen yürürlük kazandırmaktadır. Zira, sehven ihtiyatî tedbir talep eden alacaklı, tedbire esas teşkil eden talebini ve tehlikeli hâli yaklaşık ispat seviyesinde ispat etmelidir. Para alacaklarında ihtiyatî tedbir, istisnaen alacaklı zaruret hâlinde ise gündeme gelir. Alacaklı bunun için, tehlikeli hâl olarak (tedbir sebebi) zaruret hâlini ayrıca belirtmelidir³⁰⁵. Oysa, ihtiyatî hacizle ihtiyatî tedbirin karıştırıldığı durumlarda alacaklı, çoğu zaman zaruret hâlinde olduğu için değil, tazminat alacağının tahsilinin güvence altına alınması için geçici hukukî koruma talep etmektedir. Olması gereken, hâkimin aydınlatma ödevi çerçevesinde tarafa soru sorarak müddeabih ile talep sonucu arasındaki çelişkiyi gidermesidir. Hâkim, ihtiyatî haciz yerine, ihtiyatî tedbire hükmettiğinde, aydınlatma ödevini ihmâl edip yanlış karar vermektedir³⁰⁶. Bu şekildeki yanlış kararların bir de yoruma tâbi tutularak doğrusuna tahvil edilme çabası, hukuk güvenliğini derinden sarsacağı gibi, bu konuda bir türlü düzeltilemeyen ihtiyatî tedbir-ihiyatî haciz karışıklığının daha da sürmesine zemin hazırlayacaktır.

İhtiyatî tedbir kararının ihtiyatî haciz olarak kabul edilmesi, mahkeme kararının icra dairesince yorumlanması, hatta değiştirilmesi anlamına gelmektedir. İhtiyatî tedbir kararı ile hacze iştirak talebinde bulunulduğunda, icra müdürünün karara ihtiyatî haciz anlamını verebilmesi için, dar anlamda yargı merciinin yerine geçerek sanki istinaf yargılaması yapıyormuşcasına ihtiyatî tedbiri ihtiyatî hacze dönüştürmesi gerekir. İcra dairelerinin değil bir mahkeme kararının etkilerine son vermek ya da onu başka bir karara tahvil etmek, kararı yorumlaması dahi mümkün değildir³⁰⁷. Bu nedenle, icra daireleri, ihtiyatî tedbir kararı ile hacze iştirak etmek isteyen alacaklıların taleplerini reddetmelidir³⁰⁸.

³⁰⁴ Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s. 444.

³⁰⁵ Bkz. yuk. Bölüm II, § 6, V, B, 2, b, (3).

³⁰⁶ Bkz. aşağı. Bölüm III, § 10, I, B, 2.

³⁰⁷ Özekes, Muhammet: Karar İncelemesi: Üzerinde İhtiyati Tedbir Bulunan Bir Gayrimenkulün Cebri İcra Yoluyla Satışı Sorunu (Satış), Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, GSHFD 2002/1, s. 538 dn. 31. "Tebdiri tatbik hususunda onun (icra memurunun) taktirine bir şey bırakılamaz." (Belgesay-Şerh, 4. Bası, N. 166).

³⁰⁸ Yılmaz, C. I, s. 904.

Aksinin kabulü, alacaklının geçici hukukî koruma talebinde bulunurkenki yanlışlığını, icra dairesi üzerinden düzeltmesi sonucunu doğuracaktır. Ayrıca, ancak bu türden taleplerin reddi ile karşılaşıldıkça dilekçelerin titizlikle hazırlanması ve ihtiyatî haciz ile ihtiyatî tedbirin birbirine karıştırılmaması beklenebilir.

İhtiyatî tedbirin ihtiyatî hacze dönüştürülebilmesi, alacaklının hacze geçici iştirak edebilmesinin yolu, önce tedbirin kaldırılması, sonra ihtiyatî haczin koşullarının incelenip ihtiyatî hacze hükmedilmesidir. İhtiyatî tedbirin kaldırılması için iki ayrı sebep mevcuttur: Birincisi, mahkeme aydınlatma ödevini yerine getirmemiştir. Dayanağını Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 75. maddesinin 2. fıkrasında bulan bu ödevde aykırı hareket, sonuca etkili nisbi bir temyiz sebebidir. İkincisi, müddeabih ile talep sonucu arasındaki çelişki karara yansımıştır. Oysa, istek sonuçlarının açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuzda iki ayrı maddede hükme bağlanmıştır (m. 388/son, m. 389). Bu kurala uyulmaması da sonuca etkili nisbi bir bozma sebebidir. Görüşümüze göre, ihtiyatî tedbir kararları yürürlükteki hukukumuzda göre de temyiz edilebilir³⁰⁹. Anılan iki usûli hataya dayanarak tedbir kararının bozulması için Yargıtay'a başvurulabilir³¹⁰. Bunun yanında, bir an evvel hacze iştirak edilmek isteniyorsa, yetkili mahkemeden baştan ihtiyatî haciz talep edilmesi uygun olacaktır.

Yargıtay'ın, tedbir kararlarına karşı temyiz kanun yolunun kapalı olduğu görüşü³¹¹ takip edilse bile, kanımızca sehven verilen ihtiyatî tedbir kararı temyiz edilebilmelidir³¹². İcra memurunun hâkimin kararını yorumlaması mümkün olmamakla birlikte, yerel mahkemenin kararının Yargıtay tarafından

³⁰⁹ Bkz. yuk. Bölüm II, § 7, I, A, 4.

³¹⁰ Yargıtay, asıl davanın temyiz edilmesi durumunda, ihtiyatî haciz yerine ihtiyatî tedbir kararı verilmesini bozma sebebi olarak kabul etmektedir: "Dava, bir miktar tazminat alacağının tahsiline ilişkin olduğuna göre böyle bir davada ancak İİK.nun 257'nci maddesindeki şartların varlığı halinde ihtiyatî hacze karar verilebilir. Mahkemece anılan hususlar nazara alınmadan ihtiyatî haciz gibi ihtiyatî tedbir kararı verilmesi de doğru olmamış, hükmün bu nedenle de davalı yararına bozulması gerekmiştir." 11. HD, 13.4.2004, 1820/4014 (Yargı Dünyası Temmuz-Ağustos 2004, s. 122-124).

³¹¹ Bkz. yuk. Bölüm II, § 6, IV, D.

³¹² *Pekantez/Atalay/Özkes* de, ihtiyatî haciz yerine ihtiyatî tedbir kararı verilmişse, gerçekte bir ihtiyatî haciz kararı bulunduğu, bu kararın temyiz edilebileceği görüşündedirler (s. 660 dn. 449).

değerlendirilmesinde bir mahzur yoktur. Burada temyizın esasını, para alacağıının tahsili yolunun güvence altına alınması amacıyla ihtiyatî haciz yerine ihtiyatî tedbir kararı verilmesi nedeniyle müddeabih ile hüküm arasında meydana gelen çelişki teşkil etmektedir. Ancak kararın gerçekte bir ihtiyatî haciz olup olmadığı, Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları dikkate alındığında aynı zamanda temyizın dinlenebilirlik (kabule şayanlık) şartını da oluşturmaktadır. Zira, ortada bir ihtiyatî tedbir kararı varsa, temyiz talebi esasa girilmeden usûlden reddedilmelidir. Böylece müddeabih ile hüküm arasındaki çelişki, hem usûle hem de esasa ilişkin bir husus niteliğine bürünmektedir. Alman Hukuku'nda, bir vakıanın hem usûle hem de esasa ilişkin olması "çift yönlü (etkili) vakıa"³¹³ ifadesi ile kavramlaştırılmaktadır. Çift yönlü vakıa söz konusu ise, kanımızca usûle ilişkin mesele açık bırakılarak esas hakkında karar verilmelidir³¹⁴. İhtiyatî haciz yerine sehven ihtiyatî tedbir kararı verilmişse, Yargıtay'ın içtihatlarına göre ihtiyatî tedbir kararlarının temyiz edilebilir olup olmadığı müddeabih ile hüküm arasındaki çelişki bakımından değerlendirilmemeli, işin esasına girilerek bu çelişkinin giderilmesi için bozma kararı verilmelidir.

İhtiyatî haciz yerine ihtiyatî tedbir kararı verilmesi durumunda, hacze iştirak talebinin reddedilmesi meseleyi bütünüyle çözmemektedir. İhtiyatî tedbir, sicile çoğu zaman ferağdan men şerhi olarak kaydedildiğinden³¹⁵, diğer haciz alacaklıları satış talep etiklerinde satışın yapılıp yapılmayacağı konusunda tereddüt yaşanabilmektedir. Görüşümüze göre, ferağdan men kararları ister şahsi talep hakkı ister malın mülkiyetinin çekişmeli olduğu aynı talep hakkı için konulmuş olsun, cebri satışın yapılmasına engel olmaz³¹⁶. Uygulamada icra memurlarının satış talebini tedbir kararından ötürü reddetmeleri nedeniyle oluşacak tıkanıklık, yukarıda ihtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbir hükümlerinin ayrıksı bir düzenleme olmadığı ve mahiyetine uygun düştüğü kıyasen uygulanma olanağından faydalanılarak aşılabilir. 4949 sayılı Kanun ile takibin tarafı olmayan, ancak ihtiyatî haczin icrasından etkilenen üçüncü kişilerin ihtiyatî

³¹³ doppelrelevante Tatsache

³¹⁴ Bu konuda bkz. Erişir, Evrim: Medeni Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti (Taraf Ehliyeti), İzmir 2007, s. 270-272, 276-288

³¹⁵ Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 36. maddesine göre, üzerinde haciz, rehin, tedbir gibi satışa engel durumu olan araçların satış ve devir işlemi yapılmaz.

³¹⁶ Bkz. aşa. Bölüm III, § 9, I, C, 2.

hacze itiraz edebilme yolu açılmıştır (İİK m. 265/II). Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda ise üçüncü kişilerin ihtiyatî tedbire itirazı açıkça düzenlenmemiştir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 265. maddesinin 2. fıkrası ihtiyatî tedbirler için kıyasen uygulandığı takdirde, haciz alacaklısı, tedbir kararını öğrenme tarihinden itibaren 7 gün içinde itiraz edip aslında ihale edilecek mala ilişkin bir çekişmenin bulunmadığını ileri sürerek tedbirin kaldırılmasını sağlayabilmelidir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda üçüncü kişilere itiraz etme imkânı tanınmadığı benimsenecek olursa, yanlış geçici hukukî korumanın domino taşı etkisine yeni bir taş eklenmiş ve hukuka uygun bir şekilde takibini kesinleştiren haciz alacaklısı cezalandırılmış olacaktır.

5. İhtiyatî Haciz Zımında İhtiyatî Tedbir Kararı Verilmesi ve Sonuçları

Uygulamada zaman zaman “ihtiyatî haciz zımında ihtiyatî tedbir” şeklinde kararlar verilmektedir. “Zımında” sözcüğü, “dolayısıyla”, “için” anlamındadır³¹⁷. Mahkeme, ihtiyatî tedbir zımında (için) ihtiyatî haciz kararı vermekle, bir nevi her iki geçici hukukî korumayı iç içe geçirerek ihtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbirden farklı bir karar vermektedir. Bu türden bir karar verilmesinin iki sebebi vardır: Para alacaklarının tahsili yolunun güvence altına alınması için ihtiyatî tedbir kararı verileceğine ilişkin yaygın ve yanlış inanışa sahip kişiler, tedbirin sonradan konulan hacze iştirak edemeyeceğinden endişe ederek ihtiyatî tedbire hacze iştirak edebilecek bir hüviyet kazandırabilmek amacıyla her iki geçici hukukî korumayı da içeren bir karar verilmesini talep etmekte, bu ayırımı yapamayan mahkemeler de bu yönde taleplere onay vermektedir. İkinci olarak, tasarrufun iptali davalarında Kanun'un lafzına bağlı kalınıp (İİK m. 281/II) ihtiyatî haciz kararı verildiğinde, davalı üçüncü kişinin malı dördüncü kişiye devretmesi; ihtiyatî tedbire hükmedildiğinde ise diğer bir alacaklının koydurduğu hacze iştirak edilememesi tehlikesi vardır. “İhtiyatî haciz zımında ihtiyatî tedbire” kararı vermekle, her iki geçici hukukî korumanın birden sonuçlarını doğurması amaçlanmaktadır.

³¹⁷ Türkçe Sözlük 2, s. 1671.

İster ihtiyatî haciz ihtiyatî tedbirden ayırt edilemediği için ister tasarrufun iptali davalarında daha etkin bir hukukî koruma elde etmek amacıyla ihtiyatî haciz zımında ihtiyatî tedbire hükmedilmesi, geçici hukukî koruma sistemimizle bağdaşmamaktadır. İhtiyatî tedbir ve ihtiyatî hacizden adeta yapışık ikiz gibi yeni bir geçici hukukî koruma çıkarılamaz. Bu nedenle, ihtiyatî haciz zımında ihtiyatî tedbirin her iki ihtimalde de, ne müstakilen ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz olarak ne de her iki geçici hukukî korumanın birden sonuçlarını yaratacak şekilde yorumlanması mümkündür.

Tıpkı sehven ihtiyatî haciz yerine ihtiyatî tedbir kararı verilmesinde olduğu gibi³¹⁸ burada da icra memurunun mahkeme kararını ihtiyatî tedbir, ihtiyatî haciz veya her ikisini birden içerecek şekilde yorumlama yetkisi bulunmamaktadır. Mahkeme, ihtiyatî haciz zımında ihtiyatî tedbir talep edildiğinde yargılamayı aydınlatma ödevi çerçevesinde (m. 75/II) tarafın talep sonucunu açıklattırması gerekirken bunu yapmadığı, ayrıca hüküm sonucu kararın icra edilmesine engel olacak derecede tereddüt uyandırdığı için, yapılması gereken kararın temyiz edilmesidir.

Tasarrufun iptali davalarında davacının karşı karşıya olduğu tehlikelerin bertarafı için ihtiyatî haciz zımında ihtiyatî tedbir şeklinde bir karara kanımızca ihtiyaç da yoktur. Tasarrufun iptali davasının talep sonucu, para alacağını tahsiline değil, haciz ve satış isteme yetkisi verilmesine, diğer bir ifade ile davalıların cebri icraya katlanmalarına yöneliktir. Bunun için geçici hukukî koruma, yalnız, tasarrufun konusu olan mal üzerinde icra edilmektedir. Davanın konusu devir sonucunda malın değerine dönüşmediği sürece ihtiyatî haciz değil, ihtiyatî tedbir talep edilmelidir³¹⁹. İcra ve İflâs Kanunu'nun 281. maddesinin 2.

³¹⁸ Bkz. yuk. Bölüm II, § 7, I, A, 4.

³¹⁹ Stein/Jonas/Grunsky, § 935 N. 3; Gürsoy, Kemal T./Eren, Fikret/Cansel, Erol: Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978, s. 303; Schuschke in Schuschke/Walker, § 935 N. 5; Musielak/Huber, § 916 N. 13. BGH, 19.3.1992, NJW-RR 1992, s. 736. "İİK'nun 281. maddesi uyarınca iptal davası için özel olarak getirilmiş olan ihtiyatî haciz talep edebilme olanağı ve hacze ilişkin karar sadece alacaklının o malı satışa çıkarabileceğinin bilinmesi anlamında değil, aynı zamanda 15.2.1996 günlü 1996/179 sayılı ihtiyatî haciz kararında da açıkça vurgulandığı üzere taşınmazın başkalarına devir ve ferağının da önlenmesine yönelik bir tedbir anlamındadır." HGK, 13.11.2002, 15-846/907 (ABD 2003/2, s. 207 vd.). Buna karşılık Yargıtay'ın hukukî nitelendirmeyi "özel bir ihtiyatî haciz" şeklinde yaptığı kararları da vardır. Örneğin bkz. 19. HD, 17.2.2005, 2004-6608/1465 (Uyar, Talih/Uyar, Alper/Uyar, Cüneyt: İcra ve İflâs Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, 3. Baskı, Ankara 2008, s. 740, 741). İhtiyatî haciz görüşü için bkz. Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 935 N. 11; Özkes-İhtiyatî Haciz, s. 166, 167;

fıkrasında geçici hukukî koruma önlemi ihtiyatî haciz olarak belirtilmiş olsa bile, bunun çekişmeli haklar şerhi (ihtiyatî tedbir) (TMK m. 1010 b. 1) olarak kabul edilmesi gerekir³²⁰. Tasarrufun konusu olan mala İcra ve İflâs Kanunu'nun 281. maddesinin 2. fıkrasına göre ihtiyatî tedbir uygulandığında, malı üçüncü kişiden alacak müstakbel alıcıların iyi niyeti bertaraf edilerek davanın bedele dönüşmesi engellenecek, devir gerçekleşirse de satın alan, müddeabihin temlikî kuralına (m. 186) göre davaya çekilebilecektir. Şüphesiz burada ferağdan men şeklinde bir ihtiyatî tedbir de verilebilir. İhtiyatî tedbir kararından sonra mala haciz uygulanmışsa, alacaklının haklarının zarar görmemesi gerekir. Özellikle tasarrufun iptali davası sonucunu boşa çıkarmak için borçlunun aleyhine başlatılan ve itiraz edilmediği için kesinleşip haciz uygulanan muvazaalı takipler, alacaklı için büyük bir tehdittir. Yukarıda açıklandığı üzere, görüşümüze göre niteliğine uygun düştüğü sürece ihtiyatî tedbir hükümleri ihtiyatî haciz için, ihtiyatî haciz hükümleri de ihtiyatî tedbir için kıyasen uygulanabilir³²¹. İhtiyatî haczin kesin hacze iştiraki düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu'nun 268. maddesinden kıyasen yararlanılarak tasarrufun iptali prosedüründe konulan ihtiyatî tedbirin sonradan uygulanan hacze iştiraki sağlanabilir.

B. Aile Hukukuna Özgü Geçici Hukukî Korumalar

1. Genel Olarak

Aile hukuku, hukukî korumanın sağlanması bakımından zaman faktörünün önem taşıdığı en temel alanlardan birisidir. Çok sayıda hak ve yükümlülüğü barındıran evlilik ilişkisi düşünüldüğünde, bu ilişki içinde bazı hakların kullanılması, yükümlülüklerin yerine getirilmesinde zaman zaman sorunlarla karşılaşılması doğaldır. Sorunların eşler tarafından çözümlenememesi

Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özkes, s. 450. İİK m. 281/II'de ihtiyatî hacizden bahsedilmesini lüzumsuz bulan **Üstündağ**, buradaki geçici hukukî koruma ile tapunun kilitlenmemesini ve devirlerin yapılabilmesini doğru bulmaktadır (**Üstündağ, Saim: İflâs Hukuku (İflâs)**, 8. Bası, İstanbul 2009, s. 304). **Kuru**'ya göre hem ihtiyatî haciz hem de ihtiyatî tedbir talep edilebilir (**Kuru-El Kitabı**, s. 1120 özellikle dn. 17a).

³²⁰ **Reisoğlu, Safa: Türk Eşya Hukuku C. I**, Ankara 1965, s. 228; **Bieler**, s. 89; BSK ZGB II-Schmid, Art. 960 N. 4a. Tasarruf yasağı ifadesi için bkz. **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 940 N. 12; **SchKG-Bauer**, Erg. Bd. Art. 289 N. 20.

³²¹ Bkz. yuk. Bölüm II, § 7, I, A, 3.

hâlinde hâkimin müdahalesi, ailenin korunması bakımından önem arz eder. Zira, evlilik ilişkisine dahil olan bazı hak ve yükümlülüklerdeki sorunlar hızlı ve etkili bir yargısal müdahale olmadığı takdirde ilişkinin tamamen çözümlenmesine yol açabilir. Evlilik ilişkisinin ayakta kalmasına, ayakta kalması mümkün değilse adil bir şekilde ortadan kaldırılmasına yönelik yargısal önlemlerin seri ve basit bir şekilde alınması gerekir. Temelini aile hukukunda bulunan anne baba ile çocuk arasındaki ilişki ya da vesayet ilişkisi gibi diğer hukukî ilişkilerde de zaman faktörü önemli zararlara yol açabilir.

Kanun koyucu, zaman faktörünün aile hukukunda oynadığı rolü dikkate alarak Türk Medenî Kanunu'nun aile hukukuna ilişkin ikinci kitabında pek çok geçici hukukî koruma ya da geçici hukukî korumaya benzer düzenlemeler sevk etmiştir. Bu düzenlemelerde, “gerekli önlemler”, “geçici önlemler”, “uygun önlemler”; 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'da ise “tedbir” ifadeleri yer almaktadır. Bunun yanında, nafaka taleplerinde belirli koşullar altında dava sonuçlanmadan nafakanın tevdi ya da geçici olarak ödenmesi şeklinde geçici etkileri olan hükümler öngörülmüştür³²². Türk Medenî Kanunu'ndaki bu düzenlemeler ana hatlarıyla şu şekilde listenebilir:

- Boşanma ve ayrılık davasında geçici önlemler (TMK m. 169)
- Evlilik birliğinin korunması önlemleri (TMK m. 195 vd.)
- Çocuğun ihtiyaçları için nafaka davası açılırsa dava süresince gerekli önlemlerin alınmasına (TMK m. 332/I), soybağı tespit edilirse davalının uygun nafaka miktarını depo etmesine veya geçici olarak ödemesine karar verilmesi (TMK m. 332/II)
- Babalık davası ile birlikte nafaka istenirse ve babalık olasılığı kuvvetli bulunursa, hükümden önce çocuğun ihtiyaçları için uygun bir nafakaya hükmedilmesi (TMK m. 333)

³²² Ana babanın nafaka yükümlülüklerini yerine getirmemeleri durumunda gelecekteki nafaka yükümlülükleri bakımından teminat gösterilmesine karar verilmesi veya diğer önlemlerin alınması (TMK m. 334) ise dava yoluyla ileri sürülür. Burada, maddî hukukta düzenlenen bir talep hakkı (teminat gösterilmesi) hüküm altına alınır. Klasik örneği nafakanın banka hesabına depo edilmesi olan “diğer önlemlerde” (Öztaş, Bilge: Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004, s. 624; Durak, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2008, s. 325), ne çekişmesiz yargı işi ne de geçici hukukî koruma söz konusudur. Şahsi veya aynî teminat gösterilmesinde olduğu gibi bankaya tevdi, teminat gösterilmesi karakterindedir.

- Anne ve babanın nafaka yükümlülüklerini yerine getirmemeleri ya da kötü niyetli hareket etmeleri durumunda bir güvencenin sağlanması ya da diğer önlemlerin alınması (TMK m. 334)
- Çocuğun menfaati ve gelişimi tehlikede ise çocuğun korunması için uygun önlemlerin alınması (TMK m. 346, 347)
- Ana babanın çocuğun mallarının yönetiminde özen göstermemesi durumunda malların korunması için önlemler alınması (TMK m. 360, 361)
- Vasi atanmadan önce gerekli önlemlerin alınması (TMK m. 420)

“Önlem” ve “tedbir” şüphesiz ilk olarak geçici hukukî korumayı akla getirmektedir. Gerçekten, önlem ve tedbir adıyla anılan düzenlemelerde, geçici hukukî korumalar gibi geçicilik esas alınmış, kararların kaldırılabilirliği öngörülmüştür. Ancak kaldırılabilen ya da değiştirilebilen bütün hukukî korumalar, geçici hukukî korumanın kapsamına girmemektedir. Yukarıda tartışıldığı üzere, çekişmesiz yargı kararları da kaldırılabilir olmasına rağmen asıl hukukî korumaya dahildir³²³. Listelenen düzenlemelerin bazılarında aile hukukuna özgü geçici hukukî koruma, bazılarında çekişmesiz yargı işi, bir tanesinde çekişmesiz yargı işinde geçici hukukî koruma ve bir tanesinde teknik anlamda ihtiyatî tedbir niteliği vardır. Bu dört kategorinin somutlaştırılması için öncelikle, önlem şeklinde ifade edilen, ancak çekişmesiz yargı işi olan düzenlemelerin tespit edilmesi uygun olacaktır. Diğer bir ifade ile, söz konusu düzenlemeler, ilk aşamada asıl veya geçici hukukî korumadan birisine dahil edilecektir³²⁴. Çekişmesiz yargıya (asıl hukukî korumaya) dahil düzenlemelerin tespitinden sonra geriye kalan önlemler geniş anlamda geçici hukukî korumanın

³²³ Bkz. yuk. Bölüm I, § 5, III.

³²⁴ Önlem şeklinde ifade edilen aile hukukundaki düzenlemelerin geçici hukukî korumaya mı, yoksa çekişmesiz yargıya mı ait olduğunun tespitinin pratik sonuçları da vardır. Örneğin, çekişmesiz yargı işinde tam ispat aranırken, geçici hukukî korumada yaklaşık ispat seviyesinde ispat ölçüsü ile yetinilir (**Sutter-Somm, Thomas: Schweizerisches Zivilprozessrecht (Zivilprozessrecht), Zürich 2007, N. 928**). Yargıtay kararlarında -ihtiyatî haciz dışında- geçici hukukî koruma kararlarına karşı kanun yolu kabul edilmemektedir (Bkz. yuk. Bölüm II, § 6, IV, D). Buna karşılık, çekişmeli yargı kurallarına kıyasen çekişmesiz yargı kararlarına karşı temyiz kanun yolu açılmaktadır. **Sutter-Somm**, geçici hukukî korumada taraflarca getirilmesi ilkesi; çekişmesiz yargıda ise kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığını belirtmektedir (**Sutter-Somm-Zivilprozessrecht, N. 928**). Ancak pekâlâ çekişmesiz yargı işinde de geçici hukukî korumaya ihtiyaç duyulabilir. Bu durumda, asıl yargılamanın tâbi olduğu kendiliğinden araştırma ilkesi uygulanır.

kapsamına girecektir. Bir şemsiye görevi gören ve değişik türlere ayrılan geçici hukukî korumaların hangisinin aile hukukuna özgü, hangisinin çekişmesiz yargıya ilişkin ve nihayet hangisinin ihtiyatî tedbir olduğu ayrı ayrı değerlendirilecektir.

2. Aile Hukukunda Önlem ya da Tedbir Şeklinde İfade Edilen Çekişmesiz Yargı İşlerinin Tasnifi

Hukukumuzda çekişmesiz yargı usûlünü düzenleyen ayrı bir kanun bulunmadığı gibi, hangi işlerin çekişmesiz yargıya dahil olduğu toplu hâlde sayılmamış, çekişmesiz yargının çekişmeli yargıdan ayırt edilmesine yarayacak kriterler öngörülmemiştir. Alman Hukuku'nda haklı olarak günümüzde çekişmeli yargının maddî bakımdan çekişmesiz yargıdan ayırt edilmesinin zor, hatta imkânsız olduğu ifade edilmektedir. Her iki yargı türü ancak şekli olarak, yani kanunun bir yargılamayı açıkça çekişmeli yargıdan çıkarıp çekişmesiz yargıya dahil etmesi ile ayırt edilebilmektedir³²⁵. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, hem şekli hem de maddî metodu takip ederek çekişmesiz yargıyı düzenlemektedir. Buna göre, ilgililer arasında uyuşmazlık olmayan, ilgililerin ileri sürülebileceği herhangi bir hakkının bulunmadığı ve hâkimin re'sen harekete geçtiği hâller, çekişmesiz yargıyı çekişmeli yargıdan ayırt etmeye yarayan kriterler olarak benimsenmekte ve aile hukukunda hukukî niteliği tereddütlü olan düzenlemelere örnekseyici sayımla açıklık getirilmektedir (HMKT m. 388).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı kanunlaşmadığı sürece, her iki yargılama usûlünün birbirinden ayırt edilmesinde çeşitli kriterlerden yararlanılacaktır. Şüphesiz Tasarı'nın öngördüğü sübjektif hakkın yokluğu, ihtilâf yokluğu, re'sen harekete geçme kriterleri özellikle dikkate alınacaktır. Örneğin, çekişmeli yargıda ihtilâfın taraflarından birinin talebi üzerine,

³²⁵ **Habscheid, Walther J.:** Freiwillige Gerichtsbarkeit (Freiwillige Gerichtsbarkeit), 7. Auflage, München 1983, s. 22; **Brehm, Wolfgang:** Freiwillige Gerichtsbarkeit, 3. Auflage, Stuttgart 2002, N. 5; **Schilken-Gerichtsverfassungsrecht**, N. 410; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 11 N. 1. Bu son yazarlara göre, tereddüt hâlinde dava yolu ile ileri sürülebilir bir hakkın mevcut olup olmadığına bakılmalıdır (§ 11 N. 13).

çekişmesiz yargıda ise çoğunlukla kendiliğinden harekete geçilir³²⁶. Kanımızca, Tasarı'da öngörülenlerin dışında da bazı hususların incelenmesi gerekir:

İlk olarak, çekişmeli yargıda karar verilmesi ile hâkimin görevi sona erer. Hâkim, çekişmesiz yargı işlerinin bir kısmında, verdiği kararın gereğinin yerine getirilip getirilmediğini denetler. Örneğin, vasinin, vasiyet altına alınanın menfaatine uygun davranıp davranmadığı hâkim tarafından kontrol edilir, gerektiğinde vasi azledilir³²⁷.

İkinci olarak, çekişmeli yargı işinde hâkim, talebin ya kabulüne ya da reddine olmak üzere sınırlı bir karar yetkisi ile donatılmışken, çekişmesiz yargıda hâkim karar vermenin ötesinde, bir düzen kurmak durumundadır³²⁸. Çekişmesiz yargı hâkimi, çekişmeli yargı hâkimine göre çok daha geniş yetkilere sahiptir.

Üçüncü olarak, çekişmesiz yargı işlerinin pek çoğunda devlet, hukukî ilişkiye müdahale ederek onu belirli bir süre için inşa etmektedir. Hukukî korunma talebinde bulunulması, bir sübjektif hakkın hüküm altına alınması veya bir ihtilafın çözümlenmesinden ziyade, mahkemelerin durumdan haberdar edilmesi ve müdahalede bulunmak üzere harekete geçirilmesinden ibarettir³²⁹. Örneğin, bir kişinin vesayet altına alınması istendiğinde, talep sahibi, bir hakkı ileri sürmemekte; bilakis, mahkemeyi, vesayet altına alınacak kişinin korunması için harekete geçirmektedir.

Belirtmek gerekir ki, bu kriterlerin hiçbirisi tek başına bir yargılamanın çekişmesiz yargı olup olmadığını açıklamaya yeterli gelmemektedir. İhtilâfı yokluğu ele alındığında, çekişmeli yargı her zaman bir ihtilâfı şart koşmadığı gibi, çekişmesiz yargı işlerinde bazen ihtilâf sona erdirilir³³⁰. Bu nedenle, nitelendirme yapılırken birden çok kriter birlikte değerlendirilmelidir.

³²⁶ Kuru-Nizasız Kaza, s. 34; Habscheid-Freiwillige Gerichtsbarkeit, s. 23; Berkin-Usul, s. 23; Bilge/Önen, s. 28; Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul, s. 69; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 77; Budak-Çekişmesiz Yargı, s. 129.

³²⁷ Habscheid-Freiwillige Gerichtsbarkeit, s. 24.

³²⁸ Habscheid-Freiwillige Gerichtsbarkeit, s. 23. "Hâkim (...) işin niteliğine uygun bir karar vermek durumundadır." (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 75).

³²⁹ Habscheid-Freiwillige Gerichtsbarkeit, s. 23, 24; Brehm, N. 32; Berkin-Usul, s. 23; Budak-Çekişmesiz Yargı, s. 129.

³³⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 11 N. 8, 9; Kuru-Nizasız Kaza, s. 18, 19; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 74.

Bir yandan hukukî korunma talebinin devletin hukukî ilişkiye müdahalesinin istenmesi şeklinde tezahür etmesi, diğer yandan re'sen harekete geçilmesi nedeniyle yukarıda liste hâlinde belirtilen şu önlemlerin hukukî niteliği kanımızca çekişmesiz yargı işidir:

- Çocuğun menfaati ve gelişimi tehlikede ise çocuğun korunması için uygun önlemlerin alınması (TMK m. 346, 347)³³¹
- Ana babanın çocuğun mallarının yönetiminde özen göstermemesi durumunda malların korunması için önlemler alınması (TMK m. 360, 361)³³²

4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun çerçevesindeki yargısal tasarrufların hukukî niteliğine ilişkin olarak, Kanun'un 1. maddesinin 1. fıkrasında aile içi şiddete maruz kalındığı, aile bireylerince ya da Cumhuriyet Başsavcısının bildirmesi üzerine hâkimin re'sen hem kanunda 7 bent hâlinde sayılan tedbirlere hem de uygun göreceği başka tedbirlere hükmedebileceği düzenlenmiştir. Nitekim, Ailenin Korunmasına Dair Kanunun Uygulanması Hakkında Yönetmelik'in 5. maddesinde, şiddete maruz kalan aile bireylerinin tedbir talebinde bulunabilecekleri düzenlenmiştir. Hâkimin vereceği koruma kararına aykırı davranış tıpkı ihtiyatî tedbirlerde olduğu gibi hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirir (4320 s. K. m. 2/IV). Doktrinde, buradaki tedbirlerin hukukî niteliği belirlenirken ihtiyatî tedbirler göz önüne alınmakta, bu bağlamda Kanun'da yetkili aile mahkemesi düzenlenmediği için, ihtiyatî tedbirlerde yetkiyi düzenleyen Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 104. maddesinin

³³¹ **Kuru-Nizasız Kaza**, s. 78; **Budak-Çekişmesiz Yargı**, s. 129. Çocuk, anne babasının uyguladığı şiddete katlanmak zorunda olmadığından, devlet, çekişmesiz yargı yoluyla çocuğun korunması için muhafız görevini yerine getirir (**Brehm**, N. 17). Alman Hukuku'nda da çocuğun korunması önlemleri (BGB § 1666) çekişmesiz yargı işi niteliğindedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda çocuğun korunması önlemleri çekişmesiz yargı kategorisine dahil edilmiştir (HMKT m. 388 b. 18). **Yılmaz**, bu türden önlemleri geçici hukukî koruma kapsamında değerlendirmektedir (**Yılmaz**, C. I, s. 680). Bu konuda ayrıca bkz. **Acabey, Beşir**: Çocukları İlgilendiren ve Aile Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Hukuki Konular, İz. BD. 2006/4, s. 129, 130.

³³² **Kuru-Nizasız Kaza**, s. 79. Geçici hukukî koruma değerlendirmesi için karşı. **Yılmaz**, C. I, s. 681. Bu konuda ayrıca bkz. **Acabey**, s. 131 vd. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda çocuğun mallarının korunması önlemleri çekişmesiz yargı kategorisine dahil edilmiştir (HMKT m. 388 b. 14).

uygulanması gerektiği ifade edilmektedir³³³. Yargıtay da Kanun'un gerekçesinden hareket ederek bu Kanun'a göre verilen kararları ihtiyatî tedbir benzeri olarak nitelendirmekte ve kararlara karşı kanun yolu denetiminin kapalı olduğunu belirtmektedir³³⁴.

Kanımızca, Ailenin Korunmasına Dair Kanun'a göre verilecek kararlarda geçici hukukî korumadan çok, çekişmesiz yargı karakteri ağır basmaktadır. Burada, hukukî korunma talebi, bir sübjektif hakkın kullanılması ya da bir ihtilâfın çözümlenmesi yerine, hukukî ilişkiye devletin müdahalesine dayanmaktadır. Devlet, yapacağı müdahale ile aile ilişkisini belirli bir süre için inşa etmektedir. Ayrıca, Kanun'un 1. maddesinin Cumhuriyet Başsavcılığı'nın da yargılamayı başlatabilmesi itibariyle tasarruf ilkesi bakımından gösterdiği özellik çekişmesiz yargı görüşümüzü desteklemektedir³³⁵. Nihayet, çekişmesiz yargı işlerinin bir kısmında hâkim verdiği kararın gereğinin yerine getirilip getirilmediğini denetler. Kanun'un 2. maddesinde hâkim eliyle olmasa bile

³³³ Zevkçiler/Acabey/Gökyayla, s. 771; Ayan, s. 306; Acabey, s. 117; Kahveci, Nalan: 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'da 5636 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler, İz. BD. Temmuz 2007, s. 289. Yazar, yetkili mahkeme konusunda diğer yazarlardan farklı olarak ayırım yapmaktadır (s. 292). Erdem de hukukî nitelik itibariyle kararları ihtiyatî tedbir olarak nitelendirmektedir. Ancak yazar, kararın, etkileri bakımından diğer mahkeme kararlarından ayrı değerlendirilmesi gerektiğini, buradaki hâkim kararının "bağımsız bir kazaî sonucu olmayan bir işlem" olarak değerlendirilebileceğini ifade etmektedir (Erdem, Mehmet: Aile İçi Şiddet ve 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, TBBD Kasım-Aralık 2007, s. 69). Geçici hukukî korumalar görüşümüze göre münhasıran yargısal hukukî koruma sağlar. Ayrıca yargısal faaliyetin sonucunun bağımsız-bağımlı şekilde sınıflandırılması geçici hukukî korumaların yapısına uygun değildir. Pekantez/Atalay/Özkes de bu Kanun'daki tedbirleri geçici hukukî koruma başlığı altında özel koruma tedbiri olarak nitelendirmektedir (s. 651). Yılmaz da, 4320 s. K.'nu geçici hukukî koruma kapsamında değerlendirmektedir (C. I, s.759, 760). Ailenin Korunmasına Dair Kanunun Uygulanması Hakkında Yönetmelik m. 5/VI'da, ihtiyatî tedbirlere benzer şekilde koruma kararının en az masrafla, en çabuk ve en kolay ulaşılabilecek yer aile mahkemesinden istenebileceği düzenlenmiştir.

³³⁴ 2. HD, 9.7.1998, 7229/8655 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası); 2. HD, 12.7.2004, 8367/9372 (Legal 2004/20, s. 2254); 2. HD, 30.4.2007, 7154/6992 (İBD 2008/1, s. 322). Kararların eleştirisi için bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 187; Acabey, s. 118. Erdem'e göre, olması gereken hukuk bakımından karara karşı asliye hukuk mahkemesine itiraz edilebilmelidir (s. 71, 72).

³³⁵ Budak, Ali Cem: Prof. Dr. Baki Kuru'nun "Nizasız Kaza" İsimli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler (Değişiklikler), 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 291; Budak-Çekişmesiz Yargı, s. 133. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda Ailenin Korunmasına Dair Kanun uyarınca alınacak önlemler, çekişmesiz yargı kategorisine dahil edilmiştir (HMKT m. 388 b. 17).

Cumhuriyet Savcılığı aracılığı ile kararın uygulanmasının izlenmesi hükme bağlanmıştır³³⁶.

3. Aile Hukukuna Özgü Geçici Hukukî Korumaların Tasnifi

a. Genel Olarak

Yukarıdaki listede sayılan önlem ya da tedbir şeklinde ifade edilen düzenlemelerden çekişmesiz yargı işi olanların dışındakiler geçici hukukî koruma niteliğindedir. Ancak aile hukukuna özgü geçici hukukî korumaların hepsi aynı özelliklere sahip değildir. Bu konuda, çekişmesiz yargı işinde geçici hukukî koruma, ihtiyatî tedbir ve geçici önlem şeklinde üçlü bir ayırım yapılmalıdır.

Bir çekişmesiz yargı işi olan vasi atanması yargılaması devam ederken alınan önlemler (TMK m. 420), çekişmesiz yargı işinde geçici hukukî korumadır. Buradaki geçici hukukî koruma, tıpkı ihtiyatî tedbirin asıl davaya bağlanmasında olduğu gibi çekişmesiz yargı işine bağlanmaktadır. İhtiyatî tedbir, münhasıran dava şeklindeki hukukî koruma için öngörölmüş bir geçici hukukî koruma olduğundan, çekişmesiz yargı işinde geçici hukukî koruma şeklinde ayrı bir kategorinin yaratılması gereklidir³³⁷.

Çocuğun ihtiyaçları için nafaka davası açılırsa dava süresince gerekli önlemlerin alınması (TMK m. 332/I), soybağı tespit edilirse davalının uygun nafaka miktarını depo etmesine veya geçici olarak ödemesine karar verilmesi (TMK m. 332/II); babalık davası ile birlikte nafaka istenirse ve babalık olasılığı kuvvetli bulunursa hükümden önce çocuğun ihtiyaçları için uygun bir nafakaya hükmedilmesi (TMK m. 333) ise ihtiyatî tedbir niteliğinde bir geçici hukukî korumadır. Burada da geçici hukukî koruma asıl talep hakkındaki yargılamaya bağlanmaktadır. Bağlanılan hukuki koruma dava olduğu için, geçici hukukî

³³⁶ Alman Hukuku'nda Ailenin Korunmasına Dair Kanunu karşılayan Şiddete Karşı Koruma Kanunu (Gewaltschutzgesetz-GewSchG) mevcuttur. Doktrinde bu Kanun'a göre verilen emirler ihtiyatî tedbir niteliğinde değerlendirilmektedir (Musielak/Huber, § 935 N. 15-18). Ne var ki, gerek 31.8.2009'a kadar yürürlükte kalan Çekişmesiz Yargı Kanunu § 64b'de gerekse 1.9.2009'da yürürlüğe giren Aile ve Çekişmesiz Yargı İşleri Hakkında Kanun (FamFG), Şiddete Karşı Koruma Kanunu'na göre yürütülecek yargılamalar esnasında geçici emirlere hükmedilebileceği düzenlenmiştir (§ 214). Buradan hareketle bu Kanun'a göre verilen kararların geçici hukukî koruma niteliğinde olmadığı sonucuna varılabilir.

³³⁷ Çekişmesiz yargıda geçici hukukî korumalar ileride ele alınacaktır. Bkz. Bölüm II,

korumanın türü ihtiyatî tedbirdir. Nafakanın depo edilmesi ihtiyatî tedbir türleri içinde teminat tedbiri iken, geçici olarak ödeme eda tedbiridir³³⁸.

Ana babanın nafaka yükümlülüklerini yerine getirmemeleri durumunda gelecekteki nafaka yükümlülükleri bakımından teminat gösterilmesine karar verilmesi veya diğer önlemlerin alınması (TMK m. 334) ise aile hukukuna özgü geçici önlemdir. Diğer önlemler kapsamında, bir miktar paranın tevdiine, bankadaki hesaba bloke konmasına, kıymetli evrakın depo ettirilmesine, Türk Medenî Kanunu'nun 199. maddesi gereğince tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına karar verilebilir³³⁹. Burada para alacağının tahsilinin güvence altına alınması için teminat tedbirlerine benzer önlemler alınmaktadır. Oysa para alacağının tahsilinin güvence altına alınması yolu esas itibariyle ihtiyatî hacizdir (İİK m. 257 vd.). Kanun koyucu, müeccel alacaklar için öngörülen ihtiyatî haciz sebepleri varsa, para alacağının tahsilinin ihtiyatî hacizden daha farklı önlemlerle güvence altına almayı amaçlamaktadır. Geçici önlemler ihtiyatî tedbir niteliğinde olmadığı için, mahkemenin kararından sonra 10 gün içinde asıl davanın açılması gerekmemektedir.

Boşanma ve ayrılık davasında geçici önlemler (TMK m. 169) ile evlilik birliğinin korunması önlemleri (TMK m. 190, m. 195 vd.), çekişmesiz yargı işindeki geçici hukukî koruma ve ihtiyatî tedbirden farklıdır. Bu önlemler ya

³³⁸ Bu tür bir ihtiyatî tedbir yargılamasında prensip itibariyle yaklaşık ispat seviyesinde ispat ölçüsü ile yetinilir (Akıntürk, Turgut: Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku, C. II, 11. Bası, İstanbul 2008, s. 405). Ancak bir miktar paranın ödenmesi talep edilmişse ispat ölçüsü yükseltilmelidir. Karşı tarafın iddialarına göre ispat ölçüsünün yükseltilmesi gerekliliği yönünde CHK-Roelli/Meuli-Lehni, Art. 281 N. 2. Tedbir, dava sırasında istenebileceği gibi, davadan önce de talep edilebilir (Yılmaz, C. I, s. 353. Karşı yönde bkz. CHK-Roelli/Meuli-Lehni, Art. 281 N. 1). Geçici ödeme kararı verilebilmesi, çocuğun zaruret hâlinde olması koşuluna bağlıdır (CHK-Roelli/Meuli-Lehni, Art. 281 N. 1; Sutter-Somm, Thomas/Kobel, Felix: Familienrecht, Zürich 2009, N. 926). Dava sonunda talebin haksızlığı ortaya çıkarsa, tedbiren ödenen nafakanın iadesi gerekir. Bunun için eski hâle iadeyi düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu'nun 40. maddesi uygulama alanı bulacaktır. İlâmlı icranın kantonal olarak düzenlendiği İsviçre Hukuku'nda bu durumda sebepsiz zenginleşme talebinin ileri sürüleceğine ilişkin bkz. Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, § 42 N. 23; CHK-Roelli/Meuli-Lehni, Art. 283 N. 3. Türk Hukuku'nda İİK m. 40 dururken sebepsiz zenginleşme davası açmakta hukukî yararın bulunmadığına ilişkin görüş için bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz-İcra, s. 395 dn. 1; Tanriver-Dayanaklar, s. 184. Bu konuda Yargıtay'ın lehte (3. HD, 26.2.2007, 2264/2630, MİHDER 2007/2, s. 535 vd.) ve aleyhte (4. HD, 13.3.2008, 7592/3205, İBD 2009/3, s. 1505) olmak üzere tutarlı olmayan kararları mevcuttur.

³³⁹ Öztan, s. 624; Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch I, Hrsgb. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas, BSK I ZGB-Gloor, Urs/Hasenböhler, Franz/Schwander, Ivo/Breitschmid, Peter, 2. Auflage, Basel 2002, BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 292 N. 3; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 325.

münhasıran dava devam ederken ya da müstakil bir yargılama ile talep edilmektedir. Yani, boşanma ve ayrılık davasında geçici önlemler ile evlilik birliğinin korunması önlemleri asıl talep hakkındaki yargılamaya bağlanmamaktadır. İhtiyatî tedbir niteliğinde olmayan bu önlemlerin terminolojik olarak ayrı bir kavram ile ifade edilmesinde yarar vardır. Nitekim Alman Hukuku'nda bu türden geçici hukukî korumaları ifade etmek üzere ihtiyatî tedbirden farklı olarak “geçici emir” kavramı kullanılmaktadır³⁴⁰. Türk Medenî Kanunu'nda “önlem” ifadesine yer verildiğinden kanımızca, boşanma ve ayrılık davaları ile evlilik birliğinin korunması önlemleri, yerine göre “geçici önlem” ya da “aile hukukuna özgü geçici önlem” şeklinde genel bir kavram ile ifade edilebilir³⁴¹.

Bir yandan uygulamadaki önemi, diğer yandan geçici hukukî koruma niteliği üzerinde yapılan tartışmaların yoğunluğu nedeniyle geçici önlemler üzerinde daha ayrıntılı durmanın yararlı olacağı kanaatindeyiz.

b. Boşanma ve Ayrılık Davalarındaki Geçici Önlemler ile Evlilik Birliğinin Korunmasına İlişkin Önlemler (Geçici Önlemler)

(1) Geçici Hukukî Koruma Niteliği

Türk Medenî Kanunu'nun 169. maddesinde hâkimin özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re'sen alabileceği düzenlenmiştir. Boşanma davası açılmamış olsa bile evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi hâlinde, eşlerin talebi üzerine evlilik birliğinin korunması ile ilgili geçici önlemler alınabilir³⁴². Boşanma ve ayrılık davalarındaki geçici önlemlerin

³⁴⁰ einstweilige Anordnung. Geçici emir yerine ihtiyatî tedbir talep edilirse Alman Hukuku'na göre talep reddedilmelidir (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 940 N. 4; Musielak/Huber, § 935 N. 3; Schuschke in Schuschke/Walker, § 935 N. 53).

³⁴¹ Boşanma davasındaki geçici hukukî korumalar bakımından aynı kullanım için bkz. Öztan, s. 445. “Geçici tedbir” ifadesi için bkz. Kuru, C. IV, s. 4290; Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul, s. 613.

³⁴² Bu çerçevede hâkim, eşler birlikte yaşıyorsa ailenin geçimi için parasal katkıyı belirler (TMK m. 196), birlikte yaşama ara verilmişse eşlerin birbirine yapacağı parasal katkıyı, konut ve eşyadan yararlanma ve eşlerin mallarının yönetimine ilişkin önlemler alır (TMK m. 197), giderlere katılmayan eşin borçlularına ifayı diğer eşe yapmasına karar verir (TMK m. 198), bazı malvarlığı değerleri üzerinde tasarruf yapılmasını diğer eşin rızasına bağlar (TMK m. 199). Türk

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda ihtiyatî tedbirler içinde anılmış olması (m. 101 b. 4) ve evlilik birliğinin korunmasına yönelik kararların her zaman kaldırılabilirliği (TMK m. 201/son), kararların hukukî niteliği üzerinde tereddüt ortaya çıkarmaktadır. Belirli bir dönem için hüküm ifade eden bu kararların hukukî niteliği geçici hukukî koruma ile açıklandığı gibi, maddî hukuk içinde nihai hukukî koruma olarak da değerlendirilmektedir. Evlilik birliğinin korunması önlemleri bakımından bu önlemlerin çekişmesiz yargıya dahil olduğu görüşü de savunulmaktadır³⁴³.

İsviçre Hukuku'nda *Meier*, geçici önlemleri, maddî hukuktan doğan korunma talepleri olarak isimlendirip nihai hukukî korumanın kapsamına dahil etmektedir. Yazar, yukarıda hukukî korumanın geçiciliğine ilişkin yaklaşımlarda, geçiciliği, nihai hukukî koruma ile geriye etkili kaldırılabilirlik şeklinde anlamaktadır³⁴⁴. Böyle olunca, buradaki geçici önlemlerde, ileriye etkili kaldırılan nihai hukukî koruma elde edilmekte ve haksız tedbir nedeniyle tazminat davası açılmamaktadır. Maddî hukuk, maddî talepleri ve koşullarını; usûl hukuku ise bu taleplerin güvence altına alınmasını düzenlemektedir. Boşanma davası süresince nihai etki doğuran kararlar da maddî hukuk tarafından belirlenir. Ayrıca, bu önlemler, evlilik birliğinin korunması önlemlerinin yerine geçmekte ve bunların yerine getirdiği işlevi üstlenmektedir³⁴⁵. Bu görüşe göre, evlilik birliğinin korunması önlemleri öncesinde gecikmesinde tehlike olan ve kolaylıkla eski hâle iade olanağı bulunmayan hâllerde ihtiyatî tedbir dahi istenebilir. Örneğin, nafaka borcu bulunan eşin borçlusuna yönelik tedbir kararı verilebilir.

Medenî Kanunu m. 195 vd. hükümlerinde sayılmasa bile temsil yetkisinin kaldırılması (TMK m. 190) da bir evlilik birliğinin korunması önlemidir (Öztañ, s. 217, 218; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 182 vd.; Ayan, s. 215 vd.; Havutçu, Ayşe: Evlilik Birliğinin Temsili (Temsil), Ankara 2006, s. 147, 148).

³⁴³ Evlilik birliğinin korunması önlemlerini çekişmesiz yargıya dahil eden görüş için bkz. Budak-Değişiklikler, s. 286, 287; Budak-Çekişmesiz Yargı, s. 131.

³⁴⁴ Bkz. yuk. Bölüm I, § 5, II, C.

³⁴⁵ Czitron, Michel: Die vorsorglichen Massnahmen während des Scheidungsprozesses unter Berücksichtigung des am 1. Januar 1988 in Kraft getretenen neuen Eherechts, des in Revision begriffenen Scheidungsrechts sowie des Prozessrechts und der Praxis im Kanton Zürich, St. Gallen 1995, s. 10. Leipold da, yargılama süresince nihailikten söz etmektedir. Ancak yazar, yargılama tekniği açısından buradaki kararların ihtiyatî tedbirlerden farklı düzenlendiğini ve boşanma davası devam ederken verilen kararların kendisine özgü niteliğinin bulunduğunu belirtmektedir (Leipold-Grundlagen, s. 148, 149).

Anılan geçici önlemler maddî hukuk içinde değerlendirilmekte, boşanma kararı verilmediği sürece varlığını sürdüren eşlerin birbirine bakım yükümlülüğü çıkış noktasını teşkil etmektedir. Boşanma, inşaf bir karar olduğuna göre, evlilik birliği dava boyunca devam etmektedir. Eşlerin boşanma kararına kadar birbirilerine bakım yükümlülüğü nafaka ödemek suretiyle devam eder³⁴⁶. Boşanma davası süresince Türk Medenî Kanunu'nun 169. maddesinde örnek şeklinde ifade edilen konular da evlilik birliğinin kapsamındadır. Aynı şekilde, evlilik birliğinin korunmasına yönelik önlemlerde, henüz birliğin sona erdirilmesi istenilmemektedir. Bu açıdan, evlilik birliğinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesine yönelik talepler de temelini maddî hukukta bulmaktadır. Gerçekten, boşanma davası bakımından, davanın açılmasından boşanma hükmünün kesinleşmesine kadarki dönemde eşlerin birbirine bakım yükümlülüğü orijininde, bozulan evlilik birliği yeni bir düzen kurularak ayakta tutulmaktadır³⁴⁷. Şayet boşanma davası reddedilirse, kurulan bu düzenin haksızlığı ortaya çıkmamakta, verilen kararların eski hâle iadesi söz konusu olmamaktadır. Diğer bir ifade ile, eşler, verdiklerini ya da yaptıklarını diğer eşten isteyememekte, birbirlerine karşı haksız geçici önlemler nedeniyle tazminat davası açamamaktadırlar. Örneğin, boşanma davası devam ederken tedbir nafakası, eşlerin bakım yükümlülüğünü karşılamak üzere talep edilir ve mahkeme bir miktar nafakaya hükmederse, boşanma davası reddedildiğinde tahsil edilen nafakanın eski hâle iadesi (İİK m. 40) gündeme gelmemektedir³⁴⁸.

³⁴⁶ Akıntürk, s. 285; BSK ZGB I-Gloor, Art. 137 N. 10; Öztan, s. 449; Petek, Hasan: Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Işığında Boşanma Davaları, İz. BD. Temmuz 2000, s. 48; Yılmaz, C. I, s. 354; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 128.

³⁴⁷ Czitron, s. 8; Öztan, s. 445.

³⁴⁸ BSK ZGB I-Gloor, Art. 137 N. 10; Özekes/Erişir, s. 1244; CHK-Freiburghaus, ZGB 137 N. 8; Sungurtekin-Özkan, Meral: Medenî Kanun'un Aile Hukuku Alanında Getirdiği Değişikliklerin Medenî Usul Hukuku Bakımından Düşündürdükleri (Değişiklikler), Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı – I, Eskişehir 2003, s. 85; Özekes-Tartışmalar I, s. 98. Evlilik birliğinin korunması önlemleri için bkz. BSK ZGB I-Hasenböhler, Art. 179 N. 9; Sutter-Somm/Kobel, N. 217. TMK m. 196 ve 197'ye göre ailenin geçimi için eşlerin parasal katkımın belirlenmesi ve TMK m. 198'e göre katılma borçlusunun borçlarına yönelik önlemler bakımından aynı yönde bkz. Atalay-Değerlendirme, s. 57, 58, 60. Bu konuda ayrıca bkz. Akkaya-İcranın İadesi, s. 685. Avusturya Hukuku'nda meseleye Türk Hukuku'nda olduğu kadar net yanıt verilememektedir. Yargı kararlarında, geçiciliğin, ileride haksız çıkıldığında iade edilebileceğinden değil, (nafaka ödemelerinde) ifanın belirli bir süre yapılmasından kaynaklandığı savunularak Türk Hukuku'ndaki sisteme yaklaşılmaktadır (Örneğin bkz. OLG Wien, 30.6.1981, König, s. 70 dn. 530). Doktrinde de uygulamanın bu yaklaşımına taraftar görüşler bulunmaktadır (Rechberger/Simotta, N. 908). Geçici hukukî koruma yolu ile elde

Bizim de katıldığımız karşı görüş ise, bu türden kararları geçici hukukî koruma içinde değerlendirmektedir³⁴⁹. Bütün geçici düzenlemelerin hukukî niteliğinin tespitinde olduğu gibi, burada da geçiciliğe verilecek anlam belirleyici olacaktır. Biz, geçiciliği, esas itibariyle asıl talep hakkında yargılamaya bağlılıktan hareket ederek; ancak bunu, nihaiğin, kalıcılığın karşıtı olarak “kaldırılabilirlik” “hukukî korumaya son verilebilirlik” kriteri ile tamamlayarak tanımlıyoruz. Bu değerlendirmede, kaldırılabilirliğin bizatihi kendisi, hukukî korumayı geçici kılar. Kaldırılabilirliğin ayrıca geriye etkili olması bir koşul değildir. Geçici önlemlerin temelini maddî hukukta bulduğu doğrudur. Ancak maddî hukukta da pekâlâ geçici hukukî korumalar öngörülebilir³⁵⁰. Bu talepler belirli bir süre geçici olarak korunmaktadır. Kararlar, geçicidir; çünkü, boşanma veya ayrılık hakkında karar kesinleşene kadar geçerlidir³⁵¹. Boşanma ve ayrılık davasında kararın kesinleşmesi ile dava süresince kurulan geçici düzen sona erer; yeni bir düzen kurulur; reddi ile eski düzene geri dönlür. Ayrıca, boşanma

edilen nafakanın, davanın reddi hâlinde iade edilmesi gerektiği hakkında karşı görüş için bkz. **König**, N. 2/138. Ne var ki, Türk Hukuku’nda, eşlerin evlilik birliğinden doğan hak ve yükümlülüklerinin geçici hukukî koruma yoluyla düzenlenmesi söz konusu olduğundan eski hâle iade yolu kapalı iken, Avusturya Hukuku’nda böyle bir gerekçeye hiç değinilmemektedir. Alman Hukuku’nda ise yalnız mal rejimine ilişkin aile hukukuna özgü geçici emrin kaldırılması hâlinde, haksız ihtiyatî tedbirden doğan tazminat talebini düzenleyen § 945 ZPO’nun uygulanabileceği düzenlenmiştir (FamFG § 119).

³⁴⁹ **Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo**, § 25 N. 14; § 29 N. 22. Boşanma ve ayrılık davalarındaki geçici önlemler bakımından aynı yönde bkz. **Frank, Richard/Sträuli, Hans/Messmer, Georg**: Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, § 110 N. 41 vd. **Akkan** da genel olarak Türk Medenî Kanunu’nda düzenlenen aile ve şahsın hukukuna ilişkin düzenlemelerde geçici hukukî koruma karakteri görmektedir (s. 62). İsviçre Hukuku’nda söz konusu geçici kararlar, ihtiyatî tedbirler içinde sistematize edilmektedir. Örneğin, evlilik birliğinin korunması için eşlerden birinin banka hesabı ya da tapuya kayıtlı taşınmazları üzerinde tasarruf yetkisi kısıtlamalarını (ZGB Art. 178) teminat tedbirleri içinde inceleyen görüş için bkz. **Stach**, s. 30. Evlilik birliğinin korunması yargılamasının ihtilâflı, iki taraflı bir yargılama olduğuna ilişkin bkz. **Bräm, Verena**: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Teilband II 1c, Zürich 1998, Art. 177 N. 27. Yargıtay, Önceki Medeni Kanun döneminde verdiği bir içtihadı birleştirme kararında, usûl hukukundaki ihtiyatî tedbirler gibi evlilik birliğinin korunması önlemlerinde de yetkinin söz konusu olamayacağını, aksi hareketin Kanun’un aradığı kolaylık ve sürat amacına aykırı olacağını ifade ederek buradaki önlemlerin hukukî niteliğini geçici hukukî korumaya yaklaştırmıştır (İBK, 7.6.1935, 92/16, Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

³⁵⁰ Bkz. yuk. Bölüm I, § 5, II, A.

³⁵¹ İhtiyatî tedbirlerden farklı olarak boşanma veya ayrılık davasında karar verilmesi ile geçici önlem kendiliğinden kalmaz. Kararın kesinleşmesine kadar geçici önlem hüküm ve sonuçlarını doğurur. Aynı yönde bkz. 12. HD, 30.4.2001, 4322/5115 (Uyar, Talih: İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. I, 2. Baskı, Ankara 2004, s. 868).

davasında değişen şartlara uygun olarak kararlar kaldırılabilir³⁵². Kaldırılabilirlik kriteri ışığında hukukî korumaya nihaîlik vasfını verebilmenin tek yolu, yargısal karardan el çekildikten sonra istisnai hâller dışında geleceğe dönük olarak karara el sürülememesi, üzerinde tasarruf edilememesidir. Diğer yandan, evlilik ilişkisinin düzenlenmesi maddî hukuk karakterli olsaydı, kendisi başlı başına nihaî hukukî koruma olan boşanma ve ayrılık davasına yeni bir nihaî hukukî koruma dahil edilmiş olurdu. Oysa, Türk Medenî Kanunu'nun 169. maddesine göre evlilik birliğinin düzenlenmesi, olası bir boşanma kararına kadar ara dönemin aşılmasına hizmet etmektedir. Evlilik birliğinin korunmasına yönelik geçici önlemler de boşanmayı önlemektedir³⁵³. Ayrıca bu önlemler her zaman kaldırılabilir nitelikte olduğundan (TMK m. 191, 201)³⁵⁴, bunların davadaki gibi kesinliğinden³⁵⁵ söz etmek mümkün değildir³⁵⁶. Nihayet, zarar umulan hâllerde

³⁵² Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, § 29 N. 17; Akıntürk, s. 286, 287; Öztan, s. 446; CHK-Freiburghaus, ZGB 137 N. 11, 12; Sutter-Somm/Kobel, N. 215, 216; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 128.

³⁵³ Öztan, s. 214; Kahveci, s. 274. Evlilik birliğinin korunması önlemlerini geçici hukukî koruma içinde değerlendiren aynı yönde görüş için bkz. Yılmaz, C. I, s. 675. "Evlilik birliğinin devam ettiği anlaşılmaktadır. İstek fiili duruma uygun olarak tedbir niteliğinde kişisel ilişki kurulması isteğine yönelik olup..." 2. HD, 13.12.2001, 16384/17664 (İBD 2004/1, s. 294).

³⁵⁴ Hukukî niteliği evlilik birliğinin korunması önlemi olan temsil yetkisinin kaldırılmasında veya kısıtlanmasında, koşulların değişmesi hâlinde yetkisi kısıtlanan ya da kaldırılan eşe temsil yetkisinin geri verilebileceğine ilişkin bkz. Havutçu-Temsil, s. 158.

³⁵⁵ Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, § 29 N. 17. Evlilik birliğinin korunması önlemlerinin geçicilik niteliği ile ilgili ayrıca bkz. Akıntürk, s. 141; Öztan, s. 228. *Hasenböhler*'e göre kararların sınırlı kesin hüküm etkisi vardır (BSK ZGB I-Hasenböhler, Art. 179 N. 2).

³⁵⁶ Evlilik birliğinin korunmasına yönelik geçici önlemler içinde, eşin mahkemece belirlenen nafaka yükümünü yerine getirmemesi durumunda, eşin borçlularına borçlarını bundan böyle diğer eşe ifa etmeleri (TMK m. 198; ZGB Art. 177) dikkat çekicidir. İsviçre Federal Mahkemesi, buradaki önlemi, özel ve imtiyazlı bir icra hukuku muhafaza tedbiri olarak nitelendirmektedir (BGE 110 II, s. 9 vd.). Aynı yönde değerlendirme için bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 178. Doktrinde, meseleyi maddî hukuk ve usûl hukuku çerçevesinde değerlendiren görüşler mevcuttur.

Borçluya yönelik bu emri maddî hukuk içinde, ancak "aile hukukunda önlem" olarak nitelendiren *Schwander*, mahkemenin bu yargılamada icra dairesinin yaptığı şekli bir inceleme ile yetinmediğini, maddî hukuk incelemesi de yaptığını belirtmektedir (BSK ZGB I-Schwander, Art. 177 N. 3.) Düzenleme, üçüncü kişinin elindeki mal ve hakların İcra ve İflâs Kanunu'nun 89. maddesine göre haczedilmesine benzemekle birlikte önemli farklılıkları içermektedir. Borçluya yönelik emir bir mahkeme kararı iken, haciz ihbarnamesi bir icra dairesinin işlemidir. Haciz ihbarnamesinde hali hazırda cebrî icra aşamasında bulunmakta ve mal ya da hak haczedilmiş iken, borçluya yönelik emirde henüz icra aşamasına dahi geçilmemiştir (BSK ZGB I-Schwander, Art. 177 N. 3). Borçlu, borcunu nafaka alacaklısı eşe ödemez ya da kendi alacaklısına öderse, lehine karar verilen eş, mahkeme kararı ile aldığı davayı takip yetkisine dayanarak dava açabileceği gibi, takip yoluna da başvurabilir. Çünkü borçluya yönelik karar nihaî olarak icra kabiliyetine sahip değildir. Bu yönüyle düzenleme, alacaklının İcra ve İflâs Kanunu'nun 120. maddesinin 2. fıkrasına göre borçlusunun alacaklarını tahsil etme yetkisini icra dairesinden almasına benzetilebilir. *Akıntürk* de, böyle bir önlemlerle birlikte borçlulara karşı dava açma ve icra takibinde bulunma yetkisinin bundan böyle istemde bulunan eşe ait olduğunu belirtmektedir (s.

hızlı bir yargılama ile karşı taraf dinlenilmeden karar verilebilme olanağı, gerek evlilik birliğinin korunmasında gerekse boşanma davalarında mevcuttur³⁵⁷. Bu bakımdan, söz konusu yargısal tasarruflar geçici hukukî koruma niteliğindedir.

(2) Geçici Önlemlerin Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu m. 101 b. 4 Çerçevesinde İhtiyatî Tedbir Niteliği

Geçici önlemlerin geçici hukukî koruma niteliğini tespit ettikten sonra, birer ihtiyatî tedbir olup olmadığı üzerinde duracağız. Hızlı bir yargılamada karar veriliyor olması, geçici önlemler ile ihtiyatî tedbirlerin ortak özelliğidir. Geçici önlemler, klasik ihtiyatî tedbir sınıflandırması içinde teminat ve ifa etkisi doğurmaktadır. Örneğin, tedbir nafakası olarak bir miktar paranın ödenmesinde bir şeyin verilmesi söz konusu olduğundan, bu kapsamdaki geçici önlemler, eda etkisi göstermektedir. Ne var ki, buradaki geçici önlemler, Türk Hukuku'nda ihtiyatî tedbirlerin ayırt edici vasıflarından bazı noktalarda ayrılmaktadır. Özellikle geçici hukukî korumanın davadaki asıl taleple ilişkisinde bu farklılıklar kendisini belli etmektedir. İhtiyatî tedbirler, her zaman geçici hukukî koruma yargılamasından bağımsız bir davaya bağlanır. Tamamlayıcı merasim, ihtiyatî tedbirlerin en temel karakteristiğidir. Geçici önlemlerde ise tamamlayıcı merasime başvuru zorunluluğu yoktur. Boşanma ve ayrılık davalarındaki geçici önlemlerde zaten derdest bir dava mevcut olduğundan ayrı bir dava açılmaz³⁵⁸. Evlilik birliğinin korunmasına yönelik önlemden sonra boşanma davası açılması, müessesenin mahiyetine uygun düşmez. Zira, evlilik birliğini ayakta tutacak bir yargısal tasarruftan sonra, eşleri bu birliği parçalayacak dava açmaya zorlamak tutarlı olmaz. İhtiyatî tedbirler, asıl davanın açılmadığı, açılmış olsa bile henüz

140). Bu gerekçelerle, İsviçre Federal Mahkemesi'nin düzenlemeyi muhafaza tedbirleri ile ilişkilendirmesine katılmıyor, *Schwander*'in maddî hukuka özgü bir hukukî koruma görüşünü paylaşmıyoruz. Öncelikle, bütün evlilik birliğinin korunmasına özgü önlemlerde olduğu gibi bu önlemin de her zaman kaldırılması mümkündür. Kararlar süreye bağlandığı sürece, meseleyi maddî hukuka dayandırarak dava kalıbı içinde ele almak doğru olmayacaktır. Sonra, gecikmesinde zarar umulan hâllerde, nafaka borçlusu eşin dinlenilmeden de karar verilebilmesi, diğer evlilik birliğinin korunması önlemleri için yapılan hukukî nitelendirmeden ayrılmamayı, yani nitelendirmeyi geçici hukukî koruma önlemi olarak yapmayı haklı kılmaktadır. *Budak* da burada bir ihtiyatî tedbirin söz konusu olduğu, ancak doğrudan hukukî ilişkinin dışındaki üçüncü kişiye yönelik tedbire hükmedilmediği kanaatindedir (*Budak-Üçüncü Kişiler*, s. 162). Bu konuda ayrıca bkz. *Atalay-Değerlendirme*, s. 60, 61.

³⁵⁷ Eşlerden birinin temsil yetkisinin kısıtlanması bağlamında, BSK ZGB I-Gloor, Art. 174 N. 9.

³⁵⁸ *Petek*, s. 47; *Özekes/Erişir*, s. 1244.

karar verilmediği aşamanın aşılmasına hizmet eder. Geçici önlemlerde de belirli bir dönemin aşılması söz konusudur. Evlilik birliğinin korunmasına yönelik önlemlerle karşılaştırıldığında, boşanma ve ayrılık davalarındaki önlemlerde somut tehlikelere karşı ara dönemin aşılması çok daha belirgindir. Ancak ihtiyatî tedbir, ara dönemin davada incelenecek asıl talebin zarar görme tehlikesine karşı aşılmasını amaçlarken, geçici önlemler asıl talebin zarar görüp görmeme tehlikesine bakılmaksızın belirli bir dönemde hukukî koruma sağlamaktadır.

Diğer yandan, boşanma ve ayrılık davasındaki geçici önlemler, asıl talebe yönelik karardan etkilenmemektedir. Yani, asıl talep hakkında verilen karar, geçici hukukî korumanın haklılığı ya da haksızlığını ortaya koymamaktadır³⁵⁹. Boşanma ve ayrılık davası reddedildiği takdirde, dava devam ederken verilen geçici önlemler geriye etkili olarak kaldırılmamakta, şayet karar icra edilmişse eski hâle iade yoluna gidilmemektedir. Evlilik birliğinin korunmasında da, karar kaldırıldığında, önlemin etkili olduğu dönemin eski hâle iadesi söz konusu olmamaktadır. Yine, boşanma davalarındaki geçici önlemlere yalnız dava derdest iken hükmedilmektedir³⁶⁰. Bu nedenle, buradaki geçici hukukî korumalar, ihtiyatî tedbir değil, aile hukukuna özgü geçici önlemler olarak nitelendirilmelidir³⁶¹.

Boşanma ve ayrılık davalarındaki geçici önlemlere, tedbir kararlarının örnek kabilinden sayıldığı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 101. maddesinin 4. bendinin yaptığı atfın bu noktada sorgulanmasında yarar görüyoruz. Bu atıf, farklı şekillerde yorumlanmaya elverişlidir. Kanun

³⁵⁹ Ercan-İhtiyatî Tedbir, s. 84; Taş-Korkmaz, s. 84. Alman Hukuku için bkz. Leipold-Grundlagen, s. 148.

³⁶⁰ Ansay-Yargılama, s. 196; Guldener, s. 583 41e; Ercan-İhtiyatî Tedbir, s. 56; Taş-Korkmaz, s. 61. Karş. Petek, s. 49. Almanya'da 1.1.2009 tarihinde yürürlüğe giren Aile ve Çekişmesiz Yargı İşleri Hakkında Kanun (FamFG), geçici hukukî korumaya hükmedilebilmesi için asıl işin de derdest olması şartına yer vermemiştir (§ 49). Bu konuda bkz. Atalı, Murat: Almanya'da Çekişmesiz Yargı Reformu ve Bunun Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009, s. 111.

³⁶¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 650, 651; Petek, s. 46; Sungurtekin-Özkan-Değişiklikler, s. 85; Özekes/Erişir, s. 1243, 1244. İsviçre Medenî Kanunu'nun 137. maddesinin kener başlığı ihtiyatî tedbirler olduğu için, doktrinde de hâkimin kararlarının hukukî niteliği ihtiyatî tedbir olarak kabul edilmektedir (CHK-Freiburghaus, ZGB 137 N. 3 vd.). Türk Hukuku bakımından aynı yönde bkz. Berki, s. 31; Ercan-İhtiyatî Tedbir, s. 56, 57; Yılmaz, C. I, s. 590. Boşanma davasında nafaka ödemesi bakımından aynı yönde bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul, s. 613; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usul, s. 405; Yılmaz, Z. S., s. 11. "Ara kararı verilen tedbir nafakası HUMK. nun 101 ve takip eden maddeleri gereğince bir ihtiyatî tedbir kararı değildir." 12. HD, 17.2.2000, 1695/2524 (yayımlanmamıştır).

koyucunun geçici hukukî korumaları yalnız ihtiyatî tedbirlere indirgediği, her iki müessesede arasındaki ilişkiyi düşünmeksizin, bilinçli olmayan bir atıf yaptığı düşünülebilir. Buna karşılık, atıf bilinçli yorumlandığı takdirde, geçici önlemler çok farklı bir maddî hukuk temeli kazanacak, bu durum düzenlemenin hukukî niteliğine de etki edecektir. Buna göre, boşanma davası sonunda mahkemenin evlilik ilişkisine dahil olan hususların bundan sonra nihaî olarak nasıl yürütüleceğine ilişkin kararları dava aşamasında öne çekilmekte, yani şimdiden boşanma davasının yan sonuçları hakkında geçici olarak karar verilmektedir. Örneğin, tedbir nafakasında, eşlerin bakım yükümlülüğü yerine, boşanma davası sonunda karara bağlanacak olası iştirak nafakasının miktarı esas alınacaktır. Bu bakış açısı, teknik anlamda ihtiyatî tedbirleri karşılamaktadır. Zira, burada asıl dava sonunda elde edilecek hukukî korumaya boşanma davası devam ederken ulaşılmaktadır. O hâlde, boşanma kararının yan sonuçlarını öne çeken tedbir kararları için de ihtiyatî tedbirler rejimi uygulanacaktır. Buna göre, boşanma davası reddedildiğinde haksız tedbir geriye etkili olarak kalkacak, buna bağlı olarak eski hâle iade yoluna başvurulabilecektir. Doktrinde, talep sahibine seçim hakkının tanınması görüşü ileri sürülmektedir. Buna göre, eş, talebini, evlilik ilişkisinden doğan bakım yükümlülüğüne ya da boşanma davası sonunda elde edeceği haklara dayandırabilir. Bu tercihler çoğu zaman aynı hukukî korumayı sağlayacaktır. Ancak bazı hâllerde talebin dayandığı hak, farklı talep sonuçlarını haklı kılabilir. Örneğin, boşanmadan sonra hükmedilecek nafaka miktarı ile, eşlerin birbirine bakım yükümlülüğü çerçevesinde yapmaları gereken ödeme aynı olmayabilir. Talep sahibi, geçici hukukî koruma yolu ile boşanma hükmünün yan sonuçlarının öne çekilmesini isterse, elde edeceği nafakanın, bakım yükümlülüğünün yerine getirilmesini isterse elde edeceği nafakadan daha az olma ihtimali vardır.

Kanımızca, geçici hukukî koruma, boşanma ve ayrılık davalarında özel surette düzenlenmiştir. Geçici önlemlerin klasik ihtiyatî tedbir şeklinde de istenilmesi, gerek boşanma davasının bünyesine gerekse dava süresinde devam etmekte olan evlilik birliğinin yapısına uygun değildir³⁶². Bu bakımdan, geçici

³⁶² Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, § 25 N. 11; CHK-Freiburghaus, ZGB 137 N. 5. İsviçre Medenî Kanunu'nun Türk Medenî Kanunu'nun 169. maddesini karşılayan 137. maddesinde,

önlemlerin maddî hukuk temeli yalnız evlilik birliğinden doğan hak ve yükümlülüklerde aranmalıdır. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 101. maddesinin 4. bendindeki atıf geçici hukukî koruma ile ihtiyatî tedbir arasındaki ilişki bakımından bilinçli olmayan bir atıftır. Ancak nihaî hukukî koruma ile geçici hukukî koruma arasındaki ilişki bakımından anılan hüküm yön göstericidir. Kanun, geçici önlemlerin hukukî niteliği konusundaki tartışmalara yönelik bir tavır takınmıştır. İster klasik ihtiyatî tedbir denilsin ister geçici önlem denilsin, Türk kanun koyucusu, konuyu Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu içinde ele almakla bu önlemlerin maddî hukuk içinde nihaî hukukî koruma şeklinde nitelendirilmesini benimsememiştir. Yürürlüğe girdiği takdirde Hukuk Muhakemeleri Usûlü Tasarısı da değerlendirmemize uygundur. Geçici hukukî koruma ile ihtiyatî tedbirleri birbirinden ayıran Tasarı'da, söz konusu atıf kaldırılmış, geçici hukukî korumalara ilişkin diğer kanunlarda yer alan özel düzenlemeler saklı tutulmuştur (HMKT m. 412/II). Şu hâlde, geçici önlemlerin klasik ihtiyatî tedbirlerden bazı noktalarda ayrıldığı kanun koyucu tarafından da benimsenmiştir³⁶³.

(3) Boşanma ve Ayrılık Davalarındaki Geçici Önlemler ile Evlilik Birliğinin Korunmasına İlişkin Önlemler Arasındaki İlişki

Evlilik birliğinin korunmasına yönelik önlemler ile boşanma ve ayrılık davalarındaki önlemler aynı amaca hizmet etmektedir. Her iki müessesede de, eşlerin evlilik birliğini yürütememeleri durumunda mahkemenin müdahalesi ile birliğin düzenlenmesi amaçlanmaktadır. Evlilik birliğinin korunması çerçevesinde alınabilecek önlemlere, boşanma ve ayrılık davalarında karar verilebilir. Ancak boşanma ve ayrılık davalarındaki önlemler, evlilik birliğinin

evlilik birliğinin korunması önlemlerine atıf yapılmaktadır. Bu atıf, tedbir nafakasının, boşanmadan sonra hükmedilecek iştirak nafakasına göre değil, evlilik birliğinde bakım yükümlülüğüne göre belirlenmesini haklı kılmaktadır (Sutter-Somm, Thomas: Neureungen im Scheidungsverfahren, vom alten zum neuen Scheidungsrecht (Neureungen), Hrsg.: Hausheer, Hans, Bern 1999, s. 231).

³⁶³ “Bu Bölümde düzenlenen ihtiyatî tedbir ve delil tespiti dışında, diğer geçici hukukî korumalar kendi özel hükümlerine tâbidir. Bu sebeple, bu Bölüm hükümlerinin doğrudan diğer geçici hukukî korumalara uygulanması mümkün değildir; ayrıca bu şekilde bir uygulama bir çok sakıncayı içinde barındırmaktadır.” (Hükümet Gerekçesi, m. 410).

korunmasına yönelik önlemlerle sınırlı değildir³⁶⁴. Aynı amaç etrafında toplanan ve geçici hukukî koruma niteliğine sahip bu iki müessese arasındaki ilişki de şu şekilde açıklanabilir: Eşler, henüz boşanma veya ayrılık davasının açılmadığı bir dönemde, mahkmeden evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemleri talep edebilirler. Buna karşılık, boşanma veya ayrılık davası açıldıktan sonra evlilik birliğinden doğan konularda Türk Medenî Kanunu'nun 169. maddesine göre geçici önlemlere hükmedilebilir. Yani, boşanma veya ayrılık davasının derdestliğinin öncesi ve sonrası, her iki müesseseye başvurabilirlik bakımından belirleyicidir³⁶⁵. Şayet boşanma veya ayrılık davası öncesinde evlilik birliğinin korunmasına yönelik geçici önleme hükmedilmişse, boşanma davasının açılması, bu önlemlerin kendiliğinden kalkmasına yol açmaz. Yalnız dava süresince ortaya çıkan yeni durumlara göre geçici önlemler değiştirilebilir ya da kaldırılabilir³⁶⁶.

(4) Geçici Önlemlerin Koşulları, Yargılaması ve İcrası

Asıl dava sonunda hükmedilecek bir maddî hukuk talebi ve talebin haklılığına dair öngörü ihtiyatî tedbirlerin koşullardan birisidir. Bu anlamda, asıl talep ile tedbirin konusu arasında sıkı bir ilişki vardır. Buna karşılık, geçici önlemlerde asıl talep güvence altına alınmaz, yahut talebin geçici icrasına hükmedilmez. Bu nedenle, asıl talep olan boşanma ve ayrılığın haklılık ihtimali önem taşımamaktadır³⁶⁷. Örneğin, boşanma davasında eşin masraflara katılmamasına karar verilmekle, eşlerin boşanma talepleri geçici olarak korunmamaktadır. Burada, dava süresince evlilik birliğini düzenleyerek ara dönemin aşılması amaçlanmaktadır³⁶⁸. Ancak bu türden geçici hukukî korumalar

³⁶⁴ Bräm, Art. 179 N. 42; Akıntürk, s. 283; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 955; Öztan, s. 446; Petek, s. 50; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 128.

³⁶⁵ Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, § 29 N. 18; Sutter-Somm/Kobel, N. 212.

³⁶⁶ Bräm, Art. 179 N. 42; BSK ZGB I-Gloor, Art. 137 N. 4; CHK-Freiburghaus, ZGB 137 N. 3; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 170.

³⁶⁷ Alman Hukuku bakımından aynı yönde bkz. Gießler/Soyka, N. 99; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, FamFG § 49 N. 4. Gloor'a göre, boşanma davasından sonra, tedbir nafakası talep eden eş lehine büyük bir olasılıkla nafakaya hükmedilmeyecekse ya da tedbir nafakası talep eden gelir kaynakları hakkında bilgi vermekten kaçınıyorsa hâkim geçici önleme hükmetmeyebilir (BSK ZGB I-Gloor, Art. 137 N. 10). Aynı yönde bkz. Sutter-Somm-Neureungen, s. 230.

³⁶⁸ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, FamFG vor § 49 N. 1. Asıl davadaki talebin geçici hukukî koruma yargılamasında incelenemeyeceğini savunan Leibold, boşanma ve evliliğin

maddî hukuktan soyutlanmış değildir. Geçici önlem, boşanma davasındaki taleplerden müstakil olsa da, evlilik birliğinden doğan bir maddî hukuk talebine dayanılmalıdır. Bu kararlarla, yalnız evlilik birliğinden doğan mevcut bir talep somutlaştırılmakta (nafakanın belirlenmesi) ya da davanın açılması ile oluşan yeni duruma intibak ettirilmektedir (konutun kullanımı)³⁶⁹.

Tehlikeli hâl bakımından da geçici önlemler ihtiyatî tedbirler karşısında özellik arz etmektedir. İhtiyatî tedbire karar verebilmek için talep sahibinin gecikmesinde tehlike olan hâli iddia ve ispat etmesi gerekir (m. 103). Geçici önlemlerde ise talepte bulunanın bu şekilde özel bir ispat faaliyetine girmesine gerek yoktur. Çünkü tehlikeli hâlin ispatına Türk Medenî Kanunu'nda yer verilmediği gibi, Türk Medenî Kanun'dan evlilik birliğinin acele bir şekilde düzenlenmesi gereği çıkarılabilir. Gerçekten de, eş ve çocuklar arasındaki hukukî ilişki, maddî hukukta düzenlenen normal bir hukukî ilişkiden farklıdır. Bizzat Anayasa'nın 41. maddesinde devletin ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri alacağı hükme bağlanmıştır. Aynı çatı altında yaşayan, birbirlerine çok yakın bu kişilerin hukukî durumlarının açıklığa kavuşturulmasında aciliyet vardır. Diğer bir açıdan da, aile bireylerinin aralarındaki ilişkinin düzenlenmemesi başlı başına bir tehlike teşkil eder³⁷⁰.

Geçici önlem yargılamasında da yaklaşık ispat seviyesinde ispat ölçüsü yeterlidir. Çok acele hâllerde kaşı taraf dinlenilmeden de karar verilebilir³⁷¹. Karşı tarafa en az zarar verecek önlemin tercih edilmesi anlamına gelen "en az müdahale prensibi" burada da geçerlidir³⁷².

Geçici önlem kararlarının hukukî niteliği konusunda evlilik birliğinin korunması önlemleri ile boşanma ve ayrılık davasındaki geçici önlemler arasında

butlanı davalarında da geçici hukukî korumanın yalnız meselenin menfi ya da müsbet oluşu açıkça anlaşılabiliriyorsa asıl talebin varlığına dayandırılabilceği, aksi takdirde asıl davadaki meselelere dokunulmaması gerektiği görüşündedir (Leipold-Grundlagen, s. 147).

³⁶⁹ Czitron, s. 10.

³⁷⁰ Thiele, s. 11, 12. *Havutçu* da temsil yetkisinin kaldırılması ya da kısıtlanması koşulları arasında böyle bir tehlikeli hâle yer vermemektedir (*Havutçu-Temsil*, s. 149 vd.) Buna karşılık, tedbir nafakası için talep sahibinin yaşamını idame ettirebilmek için nafakaya muhtaç olması bir koşul olarak öne sürülmektedir (Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, § 25 N. 11; Sutter-Somm-Neureungen, s. 230).

³⁷¹ BSK ZGB I-Gloor, Art. 137 N. 4, 18; CHK-Freiburghaus, ZGB 137 N. 14.

³⁷² Öztan, s. 446. Bu konuda ayrıca bkz. aşa. Bölüm III, § 10, II, B.

ayırım yapılması gerekir. Yukarıda tartışıldığı üzere, İcra ve İflâs Kanunu'nun 341 ve 344. maddelerinde 4949 sayılı Kanun'la 2003 yılında yapılan değişiklikle, çocuk teslimi ve nafaka ödemesine ilişkin ilâmların yanına ara kararları da ilâve edilmiştir. Kanun koyucunun ara kararlarını da cezaî yaptırıma tâbi tutmayı istemesi, boşanma ve ayrılık davasında tedbir nafakası ve çocuğun eşlerden birisine verilmesi ile ilgili kararların icrasında etkinliği sağlamak istemesinden ileri gelmektedir³⁷³. Ancak Kanun bu suretle, bu türden kararların hukukî niteliği konusunda da bir tercihte bulunmuş, boşanma ve ayrılık davasındaki geçici önlemlerin ara kararı niteliğinde olduğunu benimsemiştir. Kanımızca, Türk Medenî Kanunu'nun 169. maddesindeki geçici önlemlere, asil yargılamanın bağımsız olmayan bir yan yargılamasında hükmedilmektedir³⁷⁴. Yani burada yarı bağımsız, özerk bir yargılama söz konusudur. Geçici önlem kararı ile yan yargılamaya son verilmekte, geçici önlemin konusunu oluşturan uyuşmazlık esastan çözülmekte, böylece hem karar geçici nihâi karar niteliği kazanmakta hem de ilâmın unsurları gerçekleşmektedir. Bu nedenle, 4949 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmasaydı bile boşanma ve ayrılık davasındaki geçici önlemler için cezaî yaptırım devreye girebilirdi. Bu değişiklik, geçici önlem yargılamasının özerk yapısını dikkate almadığı gibi, kararların hukukî niteliğini de ara kararına indirgemıştır. Bu durumda, boşanma ve ayrılık davasındaki kararlar kanımızca temyiz edilemez³⁷⁵.

³⁷³ Bkz. yuk. Bölüm I, § 4, III.

³⁷⁴ Alman Hukuku'nda aile hukukuna özgü geçici emirler (einstweilige Anordnung) asil yargılamanın bağımsız olmayan bir yan yargılaması olarak nitelendirilmekte (Giebler/Soyka, N. 233) ve yargılama giderlerine asil taleple birlikte karar verileceği hükme bağlanmakta iken (ZPO § 620g), 1.1.2009 tarihinde yürürlüğe giren Aile ve Çekişmesiz Yargı İşleri Hakkın Kanun'da (FamFG) bu esas terk edilmiş ve geçici emir yargılamasının dava ve çekişmesiz yargı işi karşısındaki bağımsızlığı kanun hükmü hâline getirilmiştir (§ 51/III). Bu konuda bkz. Kretzschmar/Meysen, s. 3. Aynı paragrafın son fıkrasında yargılama giderlerine ilişkin genel hükümlerin uygulanacağı hükme bağlanarak yeni bir sistem getirilmiştir (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, FamFG § 51 N. 6). Ancak buna rağmen Kanun, aile hukukuna özgü geçici emirlerin prensip itibariyle hukukî çare ile iptal edilemeyeceğini düzenlemiştir (FamFG § 57).

³⁷⁵ Tedbir nafakası kararını ara kararı niteliğinde gören görüş için bkz. Tanrıver-Dayanaklar, s. 51; Akkaya-İcranın İadesi, s. 685. Tercan da bu kararların nihâf karar niteliğinde olmadığı, bu nedenle temyiz edilemeyeceği görüşündedir (s. 50). Tedbir nafakası kararının temyiz edilebileceğine ilişkin karşı yönde bkz. Postacıoğlu-Usûl, s. 117 dn. 3. İsviçre Hukuku'nda 1.1.2007 tarihine kadar evlilik birliğinin korunması önlemleri nihâf karar olarak nitelendirilmediğinden, kararların istinaf kanun yolu ile denetimi reddediliyordu. Bu tarihte Federal Mahkeme Kanunu'nda (BGG) yapılan değişiklikten sonra kararların yargılamayı sona erdiren niteliği benimsenmiştir. Bkz. Sutter-Somm/Kobel, N. 211. BGE 133 III 393 vd. İsviçre

Evlilik birliğinin korunması önlemleri, asil yargılamaya bağlanmadığından bağımsız bir karakterdedir. Burada geçici önlem kararı ile yargılamaya son verilip uyuşmazlık esastan çözüldüğünden ortada bir geçici nihai karar ve ilâm bulunmaktadır. Bu nedenle, bu kararlar temyiz edilebilir.

Geçici önlemlerin icrasına ilişkin olarak Türk Medenî Kanunu'nda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda mahiyetine uygun düştüğü ölçüde diğer geçici hukukî korumalardan kıyasen yararlanılabilir³⁷⁶. Bu konuda, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun tedbirlerin icrası ile ilgili 106. maddesi özellikle dikkate alınmalıdır. İhtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararlarının icrası için ilâmlı ya da ilâmsız takip yoluna başvurmaya gerek yoktur. Ödeme/icra emri prosedürü açılmaksızın doğrudan icra dairesinin ya da mahkeme yazı işleri memurunun eliyle kararın gereği zorla yerine getirilir³⁷⁷. Aynı şekilde geçici önlemlerin de, ne ilâmlı icra takibine ne de genel haciz yolu ile takibe konu edilmeleri söz konusudur. Kararın gereği icra memuru ya da yazı işleri memuru tarafından doğrudan yerine getirilir³⁷⁸.

Hukuku'nda bu kararların temyiz edilebileceğine ilişkin değerlendirme için bkz. **Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo**, § 25 N. 14.

³⁷⁶ Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun uygulama alanı bulacağına ilişkin benzer yönde bkz. **Atalay-Değerlendirme**, s. 98, 99. **Özekes** ise aile hukukuna ilişkin uygulanacak tedbirlerin sınırlı olarak sayıldığı, burada adeta bir hukuk boşluğu bulunduğu, tedbire ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı kanaatindedir (**Özekes-Tartışmalar I**, s. 98).

³⁷⁷ **Özekes/Erişir**, s. 1266. İsviçre Hukuku'nda geçici önlemlerin Federal İcra ve İflâs Kanunu'na göre değil, kantonal usûle göre infaz edileceği görüşü kabul edilmektedir (BSK ZGB I-Gloor, Art. 137 N. 21). Geçici önlem, para alacağına ilişkinse, mahkemenin kararı itirazın kesin kaldırılmasını sağlayan ilâm niteliğindedir (CHK-Freiburghaus, ZGB 137 N. 14).

³⁷⁸ TMK m. 196'ya göre eşlerin parasal katkı yükümlülüğü belirlenmişse ilâmlı icraya gidilemeyeceği, icranın HUMK m. 106 çerçevesinde gerçekleştirileceğine ilişkin bkz. **Atalay-Değerlendirme**, s. 57. Tedbir nafakası kararının boşanma davası sonuçlanmadan yalnız başına icraya konulabileceği görüşü için bkz. **Kuru**, C. III, s. 3004. Tedbir nafakasının icrasında Yargıtay, istikrarlı uygulaması ile bu kararların ara kararı niteliğinde olduğunu ve ara kararlarının ilâmlı icra takibine konu edilemeyeceğini, alacaklının tedbir nafakasının tahsili için genel haciz yolu ile takip yapması gerektiğini kabul etmektedir, bkz. 12. HD, 11.7.1995, 10722/10480 (YKD 1996/1, s. 48); 16. HD, 3.6.2004, 4909/8100 (www.yargitay.gov.tr); 12. HD, 27.10.2005, 16638/21056 (MİHDER 2005/2, s. 528). Yargıtay'ın ilâmlı icra takibine izin vermediği bir kararında, kararın ihtiyatî tedbir hükümlerine göre icra edileceğini belirtirken genel haciz yolunu mu kastettiği anlaşılamamaktadır: "İİK.nun 25/a maddesi gereğince (çocukla şahsi münasebetlerin düzenlenmesine dair ilâm hükmünün yerine getirilmesi talebi üzerine icra müdürü, küçüğün ilâm hükümleri dairesinde lehine hüküm verilen tarafla şahsi münasebette bulunmasına mani olunmamasını, aksi halde ilâm hükmünün zorla yerine getirileceğini...) bir icra emri ile borçluya tebliğ eder. (...) Ara kararın yerine getirilmesi, HUMK.nun 101 ve sonraki maddelerinde düzenlenen ihtiyatî tedbirin infazı suretiyle olur. Bu durumda infaz işlemini yerine getiren memurun muamelesine karşı şikayetlerin de kararı veren mahkemede inceleneceği düşünülecektir. Ancak, incelenen olayda henüz ilâm niteliğini kazanmayan ara kararına dayalı

Geçici önlemlerin bir ihtiyatî tedbir olmamasının en temel sonuçlarından birisi, bu önlemlere aykırı hareketin Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 113A maddesine göre cezalandırılmayacak olmasıdır³⁷⁹. Bu türden geçici hukukî korumalar yine İcra ve İflâs Kanunu'na göre icra edileceğinden, bu Kanun'da yer alan cezaî hükümler devreye girer. Örneğin, çocuk teslim edilmemişse İcra ve İflâs Kanunu'nun 341. maddesine göre; tedbir nafakası ödenmemişse, İcra ve İflâs Kanunu'nun 344. maddesine göre borçlu eş tazyik hapsine mahkûm edilir. Buna karşılık, boşanma ve ayrılık davasında geçici önlem yolu ile münhasıran borçlu tarafından yapılacak bir işin yapılmasına ya da yapılmamasına karar verilmişse tazyik hapsi gündeme gelmez. Zira, konuyu düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu'nun 343. maddesinde, 341 ve 344. maddelerinden farklı olarak ilâm aranmaktadır.

4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un "Koruyucu, Eğitici ve Sosyal Önlemler" kenar başlığını taşıyan 6. maddesinde, aile mahkemesinin diğer kanunlardaki hükümler saklı kalmak üzere görev alanına giren konularda yetişkinler ve küçükler hakkında önlemler alabileceği ve bu önlemlere uyulmaması hâlinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 113A maddesinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Anılan madde kapsamında aile hâkimi, yetişkinler hakkında ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerin yerine

olarak borçluya icra emri çıkarıldığı için, icra müdürünün yasaya aykırı bu işlemi icra mahkemesince denetlenmeli ve yukarıda yer verilen kurallar gözetilerek, takibin iptaline karar verilmelidir." 12. HD, 4.5.2007, 6093/9053 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Doktrinde de tedbir nafakasının ihtiyatî tedbir niteliği kabul edilmekle birlikte, ara kararı niteliğine dayanılarak ancak genel haciz yolu ile takibin konusunu oluşturabileceği savunulmaktadır (Tanrıver-Dayanaklar, s. 51, 52; Kahveci, s. 302, 303). İlâmlı icra takibine gidilemeyeceğine ilişkin bkz. Akkaya-İcranın İadesi, s. 685.

³⁷⁹ *Atalay*, evlilik birliğinin devam ettiği göz önünde bulundurulduğunda HUMK m. 113A'nın uygulanmaması gerektiğinin söylenebileceğini ifade etmektedir (*Atalay-Değerlendirme*, s. 59). Aynı yönde bkz. *Sungurtekin-Özkan-Değişiklikler*, s. 85. Yargıtay aksi fikirdedir: "Müşteki Nermin'in, kocası Ertuğrul aleyhine açtığı boşanma davası sırasında vaki talep üzerine, Türk Medenî Kanunu'nun 137. maddesi ve HUMK. nun 101. madde, 4 bendi gereğince (çocuğun geçici velayetinin davacı anne Nermin'e verilmesine..) ilişkin karar, aynı Kanunun 106. maddesi uyarınca infaz olunan bir (ihtiyatî tedbir) kararı olup, infaz sırasında çocuğun kaçırılıp teslimden kaçınılması, alınmış tedbire aykırı davranmak niteliği taşıması sebebiyle HUMK.nun 113/A maddesinde yazılı suçu oluşturacağı..." 2. CD, 13.3.1995, 1846/3058 (YKD 1996/1, s. 118). Aynı yönde bkz. CGK, 12.4.1995, 98/24 (İz. BD 1995/3, s. 154, 155). *Kahveci*, 4320 s. K. bakımından ayırım yaparak HUMK m. 113A'nın, kararın tedbir nafakasına ilişkin olması hâlinde uygulanacağı, tedbir nafakası dışındaki diğer kararlarda ise uygulanmayacağı kanaatindedir (s. 304, 305).

getirilmesine ilişkin; çocuk hakkında bakım ve gözetime yönelik nafaka yükümlülüğü konusunda gerekli önlemleri almaya yetkili kılınmıştır. Her ne kadar, diğer kanunlardaki hükümler saklı tutulmuş ise de, hükmün lafzı, aile hukukuna özgü geçici hukukî korumaların pek çoğunu içine alacak şekilde kaleme alınmıştır. Örneğin, evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerin yerine getirilmesine yönelik önlemler, Türk Medenî Kanunu'nun 195 ve devamı maddelerinde düzenlenen evlilik birliğinin korunması önlemlerini; çocuğun bakım ve gözetimine yönelik nafaka yükümlülüğü, boşanma davalarında çocuk hakkında alınacak geçici önlemleri karşılamaktadır³⁸⁰. Bu durumda, aile hukukuna özgü geçici hukukî korumalar, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 113A maddesine tâbi değilken, 4787 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre cezaî yaptırıma elverişli hâle gelmektedir³⁸¹.

Türk Medenî Kanunu'nda düzenlenen geçici önlemler, 6. maddenin amaçladığı hukukî korumayı sağlamaya elverişli iken, konunun bir kez daha genel ve ucu açık bir şekilde düzenlenmesi, üstelik kararlara uyulmamasının Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndaki cezaî yaptırıma bağlanmış olması uygulamada tereddüt yaratabilir. Bu nedenle, Türk Medenî Kanunu'nda düzenlenen aile hukukuna özgü geçici hukukî korumalar ile Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 6. maddesinde düzenlenen geçici hukukî korumaların birlikte yorumlanması gerekir. Kanımızca, 6. maddede diğer kanunlardaki hükümlerin saklı tutulması, aile hâkiminin, ancak Türk Medenî Kanunu'nda yer alan geçici hukukî korumaların dışında diğer geçici hukukî korumalara hükmedebileceği şeklinde değerlendirilmelidir. Ancak bu şekilde emredilen geçici hukukî korumalara aykırı hareket Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 113A maddesine göre cezalandırılabilirdir. Yoksa, evlilik birliğinin korunması önlemleri -örneğin, birlikte yaşama ara verilmesi durumunda eşlerin yapacağı parasal katkının

³⁸⁰ 4787 s. K. m. 6 gereğince verilecek kararların hukukî niteliği *Tercan*'a göre ihtiyatî tedbirdir (s. 36). *Tanrıver* ise koruma önlemlerinin geçici hukukî himaye tedbirlerinin bir kategorisini oluşturduğu ve "düzenleme amaçlı" geçici hukukî koruma önlemleri arasında yer aldığını belirtmektedir (*Tanrıver, Süha: Aile Mahkemeleri Üzerine Bazı Düşünceler (Aile Mahkemeleri)*, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 951).

³⁸¹ *Tercan*, yetişkin veya küçüklerin ilgili yerlere, özellikle bir meslek veya sanat edinilmesini sağlamak amacıyla özel bir işyerine yerleştirilmeleri hâlinde HUMK m. 113A'nın uygulanmasının doğru olmadığını, ayrıca istenen sonucu da vermeyeceğini belirtmektedir (s. 36).

belirlenmesi (TMK m. 197)- ya da boşanma davasında hükmedilen geçici önlemler (TMK m. 169), 4787 sayılı Kanun'un 6. maddesinin kapsamına dahil değildir. Bu nedenle, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 113A maddesine göre cezaî yaptırım uygulanmaz.

C. İcra ve İflâs Hukukuna Özgü Geçici Hukukî Korumalar

Cebrî icra faaliyeti borçlunun, zaman zaman da üçüncü kişilerin temel haklarına yoğun bir müdahale içermektedir. Hukuka aykırı bir ilâmın icra edilmesinde olduğu gibi, haksız bir cebrî icra müdahalesi, borçluya ve üçüncü kişilere telafi edilmesi zor zararlar verme riskini taşımaktadır. Zira, borçlunun ve üçüncü kişilerin başvuracağı hukukî yollar, prensip itibariyle icra takibini kendiliğinden durdurmamaktadır. Borçlunun ve üçüncü kişilerin, temel haklarını savunmak amacıyla³⁸², cebrî icranın durdurulması ya da engellenmesinde menfaatleri vardır³⁸³. Kanun koyucu da Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu ile İcra ve İflâs Kanunu'nda borçlunun ve üçüncü kişilerin menfaatlerini dikkate alarak cebrî icrayı durduran geçici hukukî korumaları düzenlemiştir.

Hukukumuzda mahkeme kararları kesinleşmeden icra edilebilirse de, Kanun bazı hâllerde hükmün kesinleşmesini, icra edilebilirliği için şart koşturmaktadır (m. 443/IV). Alacaklının temel hakkı niteliğindeki etkin hukukî koruma garantisi, bu hâllerde kararın geçici olarak icra edilebilirliğinin sağlanması ile gerçekleştirilebilir.

İcra ve iflâs hukukundaki geçici hukukî korumalar, pek çok bakımdan klasik ihtiyatî tedbirlerden ayrılmaktadır. Örneğin, ihtiyatî tedbirlerin koşullarından birisi bir maddî hukuk talebinin varlığı iken, icra ve iflâs hukukundaki geçici hukukî korumalarda böyle bir talebin iddia ve yaklaşık ispat seviyesinde ispatı söz konusu değildir. Bu nedenle, bu hukuk dalına özgü geçici hukukî koruma kararlarını ihtiyatî tedbir adı altında kavramlaştırmak isabetli değildir³⁸⁴.

³⁸² Özkes-Temel Haklar, s. 128.

³⁸³ Berger/Keller, Kap. 15 N. 1.

³⁸⁴ Karş. Güngerich, s. 161, 162. İcra ve iflâs hukukuna özgü geçici hukukî korumalar yerine ihtiyatî tedbir talep edilirse Alman Hukuku'nda talep reddedilmektedir.

İcra ve İflâs hukukuna özgü geçici hukukî korumalar da diğer geçici hukukî korumalar gibi aciliyet arz eden bir tehlikenin engellenmesi ya da durdurulmasına yöneliktir. Borçlunun mallarının haczedilmesi ya da iflâsın açılması ile yürütülecek iflâs tasfiyesinde görüleceği üzere cebri icra faaliyetinin bizatihi kendisi, aciliyet arz eden bir tehlike teşkil etmektedir.

İhtiyatî haciz kararını her durumda, ihtiyatî tedbir kararını ise pek çok durumda, kararın icrası aşaması takip etmektedir. İhtiyatî hacizde borçlunun borca yetecek miktarda malvarlığı değerlerine el konulmakta iken, konusu bir şeyin verilmesi ve bir işin yapılması olan ihtiyatî tedbirlerde edim geçici olarak zorla yerine getirilmektedir. Kısaca, ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz prensip itibariyle cebri icra işlemlerini gerektirmektedir. Buna karşılık, icra ve iflâs hukukuna özgü geçici hukukî korumalarda kararın fiilen yerine getirilmesi gerekmemektedir. Diğer bir ifade ile, bu türden geçici hukukî korumalar, cebri icra işlemlerine gerek duymaksızın verildiği anda hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Örneğin, şikâyet yargılamasında takibin durdurulmasına karar verilmişse (İİK m. 22), bu kararın icrası için yazı işleri ya da icra memurunun (m. 106) cebri icra faaliyetinde bulunması gerekmemektedir. Bu durum, geçici hukukî koruma kararı ileride haksız bulunduğu takdirde, uğranılan zararların tazmininin gerekip gerekmeyeceği bakımından önem taşımaktadır. İcra ve İflâs Kanunu'nda yer verilen bazı geçici hukukî korumalarda tazminat özel surette düzenlenmiştir. Örneğin, üçüncü kişinin açtığı istihkak davası reddedildiğinde, davacı, alacaklının alacağından bu dava nedeniyle tahsil edeceği miktarın % 40'ı oranında tazminata mahkûm edilir (İİK m. 97/XIII). Şikâyet yargılamasında takibin durdurulması (İİK m. 22), tehir-i icra kararı (m. 443; İİK m. 36) gibi diğer bazı geçici hukukî korumalarda ise tazminat talebi düzenlenmemiştir. Bu durumda, haksız ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî hacizden doğan tazminat davasını düzenleyen Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 110. maddesi ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 259. maddesi dikkate alınmalıdır. Her iki hükümde de kararın icrasından bahsedilmemektedir. Zararın oluşması için kararın icra edilmesine gerek yoktur. İcra ve iflâs hukukuna özgü geçici hukukî koruma kararının

(Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 938 N. 20; Baur/Stürner/Bruns, N. 53.3; Musielak/Huber, § 935 N. 3). Kanun'da tayin edilen hâller dışında icranın ertelenmesine ihtiyatî tedbir yolu ile karar verilemeyeceği hakkında benzer yönde bkz. Belgesay-Şerh, 3. Bası, N. 257.

bizatihi kendisi karşı tarafı zarara uğratabilir. Kredibilitenin azalması ya da icranın durdurulması kararı nedeniyle alacaklının alacağına geç kavuşması gibi salt icra ve iflâs hukukuna özgü geçici hukukî koruma kararından doğan zararlar her iki düzenleme ışığında tazminat sorumluluğunu gerektirir³⁸⁵.

1. Cebrî İcranın Durdurulmasına Yönelik Geçici Hukukî Korumalar

a. Genel Olarak

Cebrî icranın borçlunun mülkiyet gibi temel haklarına yoğun müdahalede bulunması tehlikesi, borçlunun kendisini cebrî icra faaliyetini durdurmak, gerektiğinde engellemek suretiyle savunmasını haklı kılmaktadır. Hukukumuzda borçlunun bu haklı menfaati değişik hükümlerle korunmaktadır.

İlk olarak, icra memurunun hukuka aykırı işlemi şikâyet yargılamasında durdurulabilir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 22. maddesinde şikâyetin icra mahkemesince karar verilmedikçe icrayı durdurmayacağı düzenlenmektedir. Hükümün karşıt kavram kanıtından, icra mahkemesinin şikâyete başvuru işlemin icrasını durdurabileceği çıkmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz üzere, icra dairesince idarî yoldan hukukî koruma sağlanmakla beraber, işlemler idare hukuku alanında sonuç doğurmamaktadır. Bu nedenle, şikâyet, idarî yargıya değil, medenî yargıya tâbidir³⁸⁶. Şikâyet, idarî yargıya tâbi olsaydı, işlemin durdurulmasında da İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun uygulanması gerekirdi. Gerçekten, İcra ve İflâs Kanunu'nun 22. maddesinde, işlemin icrasının hangi koşullarda durdurabileceği düzenlenmemiştir. Şikâyet idarî yargı içinde değerlendirildiğinde, işlemin icrasının durdurulması, yürütmenin durdurulmasına benzetilecek (AY m. 125/V; İYUK m. 27), İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 27. maddesinde yürütmenin durdurulmasına ilişkin öngörülen koşullar, işlemin icrasının durdurulmasına kıyasen uygulanaktı. Ancak görüşümüze göre şikâyet medenî yargı içinde kendisine özgü bir yol, icranın durdurulması da bir geçici

³⁸⁵ Haksız ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî hacizden ötürü tazminat sorumluluğunu düzenleyen Alman Usûl Kanunu'nun 945. paragrafı, kararın icrası koşulunu aramaktadır. Bu nedenle, takibin durdurulmasına yönelik geçici hukukî korumalara anılan hükümün uygulanamayacağı kabul edilmektedir (Berger/Becker-Eberhard, Kap. 10 N. 12). ZPO § 945'in kapsamına girmeyen durumlarda, haksız fiil sorumluluğu gibi genel hükümlere müracaat edilerek tazminat talebi ileri sürülebilmelidir (Berger/Becker-Eberhard, Kap. 10 N. 91-93).

³⁸⁶ Bu konudaki tartışmalar için bkz. yuk. Bölüm I, § 5, II, B, 1.

hukukî koruma olduğuna göre, ihtiyatî tedbirlere ilişkin hükümlerin (m. 101 vd.) kıyasen uygulanması gerekir. Buna göre, cebrî icra işleminin uygulanmasında gecikmesinde tehlike olan bir hâl bulunur ve talep sahibinin haklılığı yaklaşık olarak ispat edilirse, bu geçici hukukî korumaya hükmedilebilir³⁸⁷.

İşlemin icrasının durdurulması, işlemin geçici olarak kaldırılması anlamına gelmemektedir. Örneğin, hacze karşı başvuru şikâyetinde, icranın durdurulmasına karar verilmişse, yalnız satışın gerçekleştirilmesine engel olunmakta; yoksa, borçlu, bu karar ile mahcuz mallar üzerinde tasarruf yetkisini kazanmaktadır³⁸⁸.

Takibin durdurulması teknik anlamda bir ihtiyatî tedbir değildir³⁸⁹. İhtiyatî tedbirler ve şikâyet yargılaması özellikle tasarruf ilkesi bakımından birbirinden ayrılır. İhtiyatî tedbirlere talep üzerine hükmedilirken, şikâyet yargılamasında hâkim, talep olmasa bile kendiliğinden işlemin durdurulmasına karar verebilir. Gerek işlemin durdurulması gerekse ihtiyatî tedbirler, asıl hukukî korumadan önce ya da asıl hukukî koruma devam ederken talep edilebilir³⁹⁰.

İkinci olarak, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 443. ve İcra ve İflâs Kanunu'nun 36. maddelerinde düzenlenen icranın durdurulması (tehir-i

³⁸⁷ İsviçre Hukuku'nda da, talep sahibinin şikâyet yargılamasında haklılık ihtimali ve onun için tehdit eden bir zararın varlığı, işlemin icrasının durdurulması koşulları olarak kabul edilmektedir (Meier-Verwaltungsverfahren, s. 106). Zarara yol açılmaksızın eski hâle iade olanağı yoksa ve şikâyetin başarı şansı varsa işlemin durdurulması gerektiğine ilişkin bkz. Güngerich, s. 166; KUKO SchKG-Sorensen, Art. 36 N. 5. Kararın icrasının telafisi zor bir zarara sebebiyet verecek olması, takibin durdurulması için bir koşuldur (Belgesay, Mustafa Reşit: İcra ve İflâs Kanunu Şerhi (İcra ve İflâs), Birinci Bölüm Sentetik İzah I İcra, 2. Bası, İstanbul 1948, s. 80). Şikâyetin haklı olduğunun ilk bakışta belli olması gerektiğine ilişkin bkz. Gürdoğan-İcra, s. 10. Pekcantez'e göre, icra mahkemesi icranın durdurulması incelemesinde tarafların zıt menfaatlerini göz önünde bulundurmalıdır (Pekcantez-Şikâyet, s. 134).

³⁸⁸ İsviçre Hukuku'nda düzenlenen erteleme etkisi (SchKG Art. 36), icra memurunun işleminin geçici hukukî koruma ile etkilerini doğurmaması sonucunu yaratmaktadır. Zira, erteleme etkisi, işlemin yapıldığı tarihe kadar geriye etkili olmaktadır (Blumenstein, s. 90; Jaeger, Carl/Walder, Hans Ulrich/Kull, Thomas/Kottmann, Martin: Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 4. Auflage, Zürich 2001, Art. 36 N. 5; SchKG-Cometta, Art. 36 N. 11). Pekcantez, icranın durdurulmasının geçmişe etkili kabul edilmesi hâlinde, haczin kaldırılması gerekeceğinden ve bu mal borçlu tarafından devredilebileceğinden, bu tehlikenin önlenmesi için icra mahkemesinin, icranın durdurulması kararının verildiği andan itibaren geçerli olduğunu açıklayabileceğini belirtmektedir (Pekcantez-Şikâyet, s. 135).

³⁸⁹ "Öncelikle belirtelim ki, İİK hükümlerine göre icra mahkemesince takibin geçici olarak durdurulmasına karar verilmesi HUMK'un 101 ve müteakip maddeler kapsamında kalmadığından (...)" HGK, 29.3.2006, 12-31/112 (MİHDER 2006/3, s. 1415).

³⁹⁰ İcra durdurulmasına yakın bir müessese olan erteleme etkisinin şikâyet yargılamasından önce de istenebileceğine ilişkin Amonn/Walther, § 6 N. 66; KUKO SchKG-Sorensen, Art. 36 N. 4; Meier-Verwaltungsverfahren, s. 106. BGE 81 III 10 E. 2; 82 III 18.

icra) da icra-ıflâs hukukuna özgü bir geçici hukukî korumadır³⁹¹. İcranın durdurulması kararını icra dairesi değil, Yargıtay verir. İcra dairesinin işlevi, Yargıtay'dan icranın durdurulması kararı getirmek üzere borçluya süre vermekten ibarettir³⁹². Buradaki geçici hukukî korumaya, ihtiyatî tedbir, ihtiyatî haciz ya da icra mahkemesi ve genel mahkemelerce verilen geçici hukukî koruma kararlarından farklı olarak kanun yolu mahkemesi tarafından hükmedilmektedir. Bu düzenleme göstermektedir ki, geçici hukukî korumaya yalnız ilk derece yargılamasında değil, tehlikeli hâlin doğumundan uyuşmazlığın nihâî olarak çözümlenmesine kadar olan süreçte ihtiyaç duyulabilir³⁹³. Geçici hukukî koruma sağlamak, yerel mahkemelerin tekelinde değildir. İlk derece mahkemesi kararına karşı tanınan hukukî çare ve özellikle istinaf, temyiz gibi kanun yollarında ortaya çıkan bir tehlikenin önlenmesi ya da durdurulması amacıyla geçici hukukî koruma sağlanabilir.

Yargıtay, temyizcinin haklılığı muhtemelse ve geçici hukukî koruma talep edenin menfaatleri karşı tarafa ağır basıyorsa icranın durdurulmasına karar verir³⁹⁴. Yoksa, teminat yatırılması tek başına icranın durdurulması için yeterli değildir. Kanun'da nafaka ödenmesine ilişkin ilâmların icrasında icranın durdurulmasına karar verilemeyeceği düzenlenmiştir (m. 443/III, İİK m. 36/IV). Düzenleme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 356. maddesinde de muhafaza edilmiştir. Burada kanun koyucunun tarafların menfaatlerini baştan

³⁹¹ Yılmaz, C. I, s. 802; Yılmaz, C. II, s. 1383 vd.

³⁹² Onar, s. 154; Postacıoğlu-İcra, s. 636; Gürdoğan-İcra, s. 63; Kuru/Arslan/Yılmaz-İcra, s. 392; Yılmaz, C. I, s. 802; Yılmaz, C. II, s. 1392; Pekcantez/Atalay/Özkan/Özekes, s. 395; Muşul-İcra ve İflâs, s. 805.

³⁹³ Örneğin, ilk derece mahkemesinin yetkisizlik kararı ile dosyadan elini çekmesinden sonra ortaya çıkan bir tehlikenin önlenmesi ya da durdurulması için ihtiyatî tedbir istenebilmelidir. İhtiyatî tedbirin hangi mahkemeden isteneceği Kanun'da düzenlenmemiştir. Yılmaz, ortada bir kanun boşluğunun bulunduğunu, doğru çözümün yetkisizlik kararı veren mahkemeden tedbir istenilmesi olduğunu belirtmektedir (Yılmaz-İhtiyatî Tedbir, s. 219, 220). Görevsizlik kararı bakımından durumu değerlendiren Tutumlu da, boşluktan söz etmekte, ancak ihtiyatî tedbir talebinin görevli mahkemeye yöneltilmesi gerektiği görüşünü savunmaktadır (Tutumlu, Mehmet Akif: Görevsizlik Kararının Kesinleşmesi Sürecinde "İhtiyatî Tedbir" in Hangi Mahkemeden İsteneceği ve Kararın Nasıl Oluşturulacağı Sorunu, Hukuk Gündemi Aralık 2005, s. 28, 29).

³⁹⁴ Wegmann, Paul: Gedanken zur Bedeutung der aufschiebenden Wirkung in Zivilsachen, Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Casterlberg, Zürich 1997, s. 292. Borçlu icranın durdurulması kararı ile takibi durdurmuş, ancak hüküm altına alınan talebin icrasını akamete uğratabilecek davranışlar içine girmişse, ihtiyatî tedbir kararı ile kötü niyetli davranışlar engellenebilmeli ya da durdurulabilmelidir (Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 935 N. 18).

tartarak geçici hukukî korumayı yasaklaması söz konusudur. Şüphesiz nafaka davalarında nafakaya ihtiyaç duyanın karşı tarafa nazaran menfaatlerinin ağır basması normal durumdur. Ancak öyle hâllerle karşılaşılabilir ki, nafakanın tahsili borçluyu nafaka isteyecek hâle getirebilir. Geçici hukukî korumaya yasak getirilerek karşı tarafın zaruret hâline düşmesine seyirci kalınmamalıdır. Yukarıda belirttiğimiz üzere, geçici hukukî korumayı yasaklayan hükümler Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır³⁹⁵. Bu hâliyle, nafaka taleplerinde icranın durdurulması yolunu kapatan düzenlemeler de iptal edilmelidir. İsviçre Federal Usûl Kanunu Tasarısı'nda istinafa başvurunun icrayı durduracağı (SchZPO Tasarı Art. 314), ancak şikâyete (SchZPO Tasarı Art. 325) ve temyize (SchZPO Tasarı Art. 331) başvurunun ise icrayı durdurmayacağı öngörülmektedir. Şikâyet ve temyiz yoluna başvurulması hâlinde hukukumuzda olduğu gibi icranın durdurulmasına karar verilebilecektir. Nafaka alacakları veya diğer alacaklar bakımından Tasarı herhangi bir ayırım yapmamış, her türlü alacak için icranın durdurulması yolunu açmıştır.

Türk Hukuku'nda icranın durdurulması kararı, karardan önceki hukukî duruma dönülecek şekilde geriye etkili değildir³⁹⁶. Bunun sonucunda, şayet uygulanmışsa hacizler kalkmaz. İsviçre Hukuku'nda ise, erteleme etkisi³⁹⁷ şeklinde Türkçeleştirilebilecek geçici bir karar, yerel mahkemenin kararının etkilerini ortadan kaldırmaktadır. Bunun sonucunda, kararın verilmesinden önceki döneme geri dönülmektedir³⁹⁸. İcra ve İflâs Kanunu'nun Mehaz'da bulunmayan 40. maddesinde, bozmanın icra işlemlerini olduğu yerde durduracağı düzenlenmiştir. Bozma kararı bile icra işlemleri bakımından hacizlerin kalkması sonucunu doğuracak şekilde geriye etkili değilken³⁹⁹, geçici hukukî korumanın böyle bir sonuç ortaya çıkarması, geçici hukukî korumanın asıl hukukî korumayı

³⁹⁵ Bkz. yuk. Bölüm I, § 4, II.

³⁹⁶ Onar, s. 155.

³⁹⁷ aufschiebende Wirkung. Ertelleme etkisi, hükmün yalnız icra edilebilirliğinin değil, hüküm ve sonuç doğurmasının ertelenmesidir. Bu anlamda, icra edilmesine gerek olmayan hükümlerde de uygulanabilir (Zoller, s. 93).

³⁹⁸ Wegmann, s. 294 vd. Yazara göre, yalnız icra edilebilirliği değil, aynı zamanda kesin hükmü engelleyen erteleme etkisi sayesinde, kararın verilmesinden önceki dönem yeniden canlandığına göre, esas hakkında karar verilmesi ile sona eren ihtiyatî tedbirler de yeniden yürürlük kazanır. Özellikle konusu bir işin yapılmaması olan ihtiyatî tedbirlerin devamına kanun yolu aşamasında da ihtiyaç olduğu açıktır (s. 293). Aynı yönde bkz. Zoller, s. 94.

³⁹⁹ Akkaya-İcranın İadesi, s. 686.

aşmaması prensibine aykırı düşer. Bu nedenle, hukukumuzda icranın durdurulması kararı ile yalnız icra işlemleri olduğu yerde durmalı, bu işlemler kaldırılmamalıdır.

Üçüncü olarak, istihkak davalarında uyuşmazlık konusuna ilişkin cebrî icranın durdurulması ve uyuşmazlık konusu paraya çevrilmişse bedelinin alacaklıya ödenmemesi, diğer bir icra-ıflâs hukukuna özgü geçici hukukî koruma olarak karşımıza çıkar (İİK m. 97/I). İcra mahkemesi, üçüncü kişinin istihkak davası sonunda haklı çıkacağına kanaat getirirse, cebrî icranın durdurulmasına karar verebilir. Geçici hukukî korumaya hükmedilebilmesi talep şartına bağlı değildir. Zira, istihkak iddiası, cebrî icranın durdurulmasını da içermektedir⁴⁰⁰. İcra mahkemesi, yalnız istihkak iddia edilen mal hakkında takibin durdurulmasına karar verebilir⁴⁰¹. İstihkak iddia edilmeyen mallar hakkında takibin durdurulmasına karar verilebiliyor olsaydı, asıl hukukî korumada elde edilemeyeceğe geçici hukukî koruma ile ulaşıldı. Halbuki geçici hukukî korumanın işlevi, asıl hukukî korumayı aşamaz. Burada bir ihtiyatî tedbir söz konusu olmadığından⁴⁰², konuya ilişkin özel düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır. Örneğin, istihkak iddia edilen mal hakkında takibin durdurulması kararının tefhim veya tebliğinden itibaren 7 gün içinde istihkak davası açılmalıdır (İİK m. 97/VI). Görüldüğü üzere, tamamlayıcı merasim bakımından Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndan ayrı özel düzenleme getirilmiştir. Cebrî icranın durdurulması, temyizi kabil icra mahkemesi kararlarındandır (İİK m. 363 b. 7)⁴⁰³. İstihkak iddia edilen mal üçüncü kişinin elinde ve malın cebrî attırma ile

⁴⁰⁰ **Kuru-El Kitabı**, s. 474; **Aslan, Kudret**: Hacizde İstihkak Davası, Ankara 2005, s. 315. Takibin durdurulması ile dürüstlük kuralı arasındaki ilişki için bkz. **Arslan-Dürüstlük**, s. 138, 139.

⁴⁰¹ **Kuru-El Kitabı**, s. 474, 475; **Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes**, s. 290; **Muşul-İcra ve İflâs**, s. 543; **Aslan K.**, s. 310, 311. "Takibin taliki deyimi ile esas icra takibinin değil, haciz edilen şeye ilişkin takip işlemlerinin ertelenmesi kasıt olunmuştur." 15. HD, 23.9.1986, 3023/2947 (YKD 1986/12, s. 1807, 1808). Takibin durdurulması kararı ile haczin kalkmayacağına ilişkin bkz. **Onar**, s. 259. Aynı yönde bir Yargıtay kararı için bkz. İİD 17.11.1967, 9803/10287 (ABD 1968/1, s. 128).

⁴⁰² **Yılmaz, C. I**, s. 804. Karş. **Kuru, C. IV**, s. 4324; **Kuru-El Kitabı**, s. 475; **Kuru/Arslan/Yılmaz-İcra**, s. 287 dn. 6; **Taş-Korkmaz**, s. 10; **Aslan K.**, s. 317, 318.

⁴⁰³ **Aslan**, haklı olarak takibin devamı veya ertelenmesi hakkındaki icra mahkemesinin kararının nihai nitelikte olduğunu belirtmektedir (**Aslan K.**, s. 313). Geçici hukukî korumaların nüvesini teşkil eden ihtiyatî tedbirlere karşı kanun yolu içtihat yolu ile kapatılırken, icra ve iflâs hukukuna özgü bir geçici hukukî korumaya karşı kanun yolunun Kanun ile açık tutulması, içtihatların yerindelğini bir kez daha tereddüde sevk etmektedir. Takibin ertelenmesi kararının temyizine

paraya çevrilmesini tehlikeye sokan hâller varsa, İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenleme bulunmasa dahi, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 103. maddesine kıyasen malın yediemine teslim edilmesine ya da üçüncü kişiye yönelik tasarruf yasağına karar verilebilmelidir⁴⁰⁴.

Dördüncü olarak, yargılamanın yenilenmesi davası açılması, icrayı durdurmayacağından, bu davada cebrî icranın durdurulmasına karar verilebilir (m. 449). Kanun'da geçici hukukî korumanın koşulu olarak "davanın ve hükmün mahiyetine ve ahvali saireye nazaran" şeklinde muğlak bir ifade kullanılmıştır. "Dava veya hükmün niteliğine ve diğer hâllere göre" şeklinde benzer bir ifade Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 387. maddesinde de sürdürülmüştür. Bu ifadenin, davanın davacı lehine haklı bulunacağına dair bir kanaate ulaşılması şeklinde yorumlanması gerekir⁴⁰⁵.

Beşinci olarak, tavzih yoluna başvurulduğu takdirde de (m. 455), cebrî icranın durdurulmasına karar verilebilmesi gerekir. İcrasında tereddüt duyulan hükümler, borçluya ağır zararlar verebileceğinden, geçici hukukî koruma sağlanması gereklidir. Örneğin, yazı hatası sonucu hüküm altına alınan alacak miktarı bir sıfır fazla gösterilmişse, ilâmlı icra takibinde borçlunun daha fazla malvarlığı değerine el konulması gündeme gelecektir. Yargılamanın yenilenmesinde cebrî icranın durdurulmasını düzenleyen Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 458. maddesinde tavzih yargılaması için 448. maddeye atıf yapılmış olsa da, bu atfın yargılamanın yenilenmesinin cebrî icrayı ancak geçici hukukî korumaya hükmedildiği takdirde durduracağına ilişkin 449. maddeye yapılmış olması gerekir⁴⁰⁶. Bu nedenle, tavzihte de geçici hukukî koruma yolu açıktır.

izin veren, buna karşılık takibin devamı kararının temyizini caiz görmeyen sistemin eleştirisi için bkz. **Belgesay-İcra ve İflâs**, s. 286.

⁴⁰⁴ **Güngeç**, s. 175. Malın üçüncü kişinin elinde olması hâlinde icra mahkemesinin takibin devamına karar veremeyeceğine ilişkin bkz. **Aslan K.**, s. 510.

⁴⁰⁵ **Arslan, Ramazan**: Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi (Yargılamanın Yenilenmesi), Ankara 1977, s. 159, 160; **Yılmaz, C. II**, s. 1395.

⁴⁰⁶ **Kuru, Baki**: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, 6. Bası, İstanbul 2001, s. 5297; **Bilge/Önen**, s. 729, 730; **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s. 502; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usul**, s. 593 dn. 5. Buna karşılık Yargıtay, tavzih hakkındaki karar kesinleşmeden ilâmın icra edilemeyeceğini kabul etmektedir, bkz. 12. HD, 11.2.1981, 790/1238 (**Uyar, Talih**: İcra Hukukunda İlâmlı Takipler (İlâmlı Takipler), 2. Baskı, Manisa 1991, s. 40).

Altıncı olarak, ihtiyatî tedbir kararına itiraz yargılamasında icranın durdurulmasına karar verilebilir (m. 107)⁴⁰⁷. Böyle bir karar için, tedbirin hukuka aykırı bir şekilde verildiği hususunda mahkemede kanaat oluşması gerekir. Burada ihtiyatî tedbire başka bir ihtiyatî tedbir ile engel olunduğu, bunun da geçici hukukî korumanın felsefesi ile uyumlu olmadığı düşünülebilir. Ancak ihtiyatî tedbir ile, tedbirin icrasının durdurulması birbirinden bağımsız geçici hukukî korumalardır. İcranın durdurulması kararı, teknik anlamda bir ihtiyatî tedbir değil, icra hukukuna özgü bir geçici hukukî korumadır. Ayrıca, icranın durdurulması ile ihtiyatî tedbir ortadan kaldırılmamakta, sadece tedbirin icrasına engel olunmaktadır⁴⁰⁸.

Yedinci olarak, hukukumuzda açık düzenleme bulunmasa da, iflâs kararının temyizi üzerine tasfiyenin durdurulmasına karar verilebilmelidir. Mevaz İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 174. maddesinin 3. fıkrasında, üst mahkemenin iflâs kararının icrasını durdurduğu takdirde alacaklıların korunması için muhafaza tedbirleri alacağı düzenlenmiştir. Doktrinde, kanun yolu mahkemesinin, iflâsın kaldırılacağını yüksek ihtimal dahilinde görmesi ya da borçlunun malvarlığının terki suretiyle konkordato hazırlığı içinde olması ya da borcunu ödeyebileceği konusunda güvence vermesi söz konusu ise iflâs kararının askıya alınmasına (icrasının durdurulmasına) karar verilebileceği belirtilmektedir⁴⁰⁹. İcranın durdurulması kararı ile iflâsın hüküm ve sonuçlarını doğurması kesintiye uğrar ve iflâsın etkileri ancak geçici hukukî koruma kararının kaldırılması ile ortaya çıkar⁴¹⁰.

Güvence verilmesi ile malvarlığının terki suretiyle konkordato hazırlıkları bir kenara bırakılacak olursa, yasaklayıcı bir düzenleme olmaması karşısında, Türk Hukuku'nda da icranın (tasfiyenin) durdurulması ya da iflâs kararının askıya alınmasına izin verilebilir. Yürürlükteki İcra ve İflâs Kanunu'nun 364.

⁴⁰⁷ Aynı hüküm, HMK Tasarısı'nın 400. maddesinin 1. fıkrasında da yer almaktadır.

⁴⁰⁸ Bu konuda ayrıca bkz. Yılmaz, C. I, s. 973, 974.

⁴⁰⁹ Amonn/Walther, § 36 N. 55; SchKG-Giroud, Art. 174 N. 29.

⁴¹⁰ Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Art. 174 N. 15; Wegmann, s. 284; SchKG-Giroud, Art. 174 N. 30; Art. 175 N. 4. Postacıoğlu, İsviçre Hukuku'nda iflâs kararının, temyiz üzerine askıya alınması uygulamasını olması gereken hukuk bakımından önermektedir (Postacıoğlu, İlhan: İflâs Hukuku İlkeleri C. I İflâs (İflâs), İstanbul 1973, s. 38). Bu konuda ayrıca bkz. Taşpınar, Sema: İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklere Genel Bir Bakış, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 632.

maddesinde, “Bu Kanuna göre temyiz edilen takip hukukuna mütaallik kararlarla icra mahkemelerinin cezaya mütaallik hükümleri teşkil edilecek (Yargıtay İcra ve İflâs Dairesi) nde tetkik edilir.” şeklinde bir hüküm sevk edilmiştir. İflâs kararı, icra mahkemesince verilmiyor olsa da, takip hukukuna ilişkindir ve anılan maddenin uygulama alanına dahildir⁴¹¹. Aynı maddede bir yandan temyizden satıştan başka icra işlemlerini durdurmayacağı, diğer yandan temyizden Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’ndaki şartlar dairesinde yapılacağı düzenlenmiştir. Doktrinde, iflâs kararının temyizi hâlinde icranın durdurulmasına ilişkin Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun 443. maddesi ile İcra ve İflâs Kanunu’nun 36. maddesinin uygulanamayacağı görüşü ileri sürülmektedir⁴¹². Kanımızca, temyizden satıştan başka icra işlemlerini durdurmayacağına özel surette düzenlenmesi, icra mahkemesinin ve genel mahkemelerin takip hukukuna ilişkin kararlarının temyizinde icranın durdurulmasına başvurulamayacağı anlamına gelmemektedir. Kanun koyucunun diğer mahkeme kararlarının temyizinden ayrı bir düzenleme yapmasının amacı, geçici hukukî korumayı kısıtlamak değil, cebri icra müdahalesi ile burun buruna gelen borçlunun en azından mallarının satılmasının engellenerek telafisi mümkün olmayacak zararlara karşı korunmasıdır. Kanun’un temyizden Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’ndaki şartlar dahilinde yapılacağına salık vermesi, ancak bu şekilde geniş olarak yorumlanabilir⁴¹³. Bu nedenle, icra mahkemesinin kararını temyiz eden borçlu, pekâlâ icranın durdurulması yoluna başvurarak haczi de engelleyebilmelidir⁴¹⁴. Külli icrada da iflâs kararının hukuka aykırı olduğuna yaklaşık ispat seviyesinde kanaat getirildiği takdirde, icranın durdurulmasına ilişkin Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun 443. maddesi ile İcra ve İflâs Kanunu’nun 36.

⁴¹¹ *Kuru*’ya göre ise, iflâs kararlarının temyizi İİK’na değil, HUMK’ndaki genel temyiz hükümlerine tâbidir (*Kuru-El Kitabı*, s. 73). *Karşı*’ya göre takip hukukuna ilişkin genel mahkemelerce verilen kararlardan (örneğin, iflâs kararı) hukuka ilişkin olanlara karşı HUMK’na göre, genel hükümler dairesinde kanun yollarına müracaat edilebilir (*Karşı, Abdurrahim: İcra Tetkik Mercii Kararlarının Temyizi (Temyiz)*, İstanbul 1995, s. 29).

⁴¹² *Postacıoğlu-İflâs*, s. 35, 36; *Üstündağ-İflâs*, s. 45; *Altay, Sümer: Türk İflas Hukuku*, C. I, İstanbul 2004, N. 216. Karş. *Berkin-İflâs*, s. 125, 126.

⁴¹³ “Bize göre, bu atfî dar anlamamak gerekir. Bu bakımdan, takip hukukunda temyiz konusunda çıkabilecek sorunların çözümünde HUMK.daki düzenlemelerden yararlanılmalıdır.” (*Üstündağ-İcra*, s. 26). Aynı yönde bkz. *Karşı-Temyiz*, s. 35- 37.

⁴¹⁴ Karşı yönde görüş için bkz. *Kuru-El Kitabı*, s. 78 dn. 3a, 788; *Üstündağ-İcra*, s. 30; *Tanrıver-Dayanaklar*, s. 161.

maddesi doğrudan uygulanabilir. Anılan maddelerde cebrî icrası durdurulacak kararın içeriği bakımından hiçbir ayırım yapılmamıştır. İflâs kararlarında da bir cebrî icra faaliyeti olan iflâs tasfiyesinin durdurulabilmesi gerekir⁴¹⁵. Ancak İsviçre Hukuku'ndan farklı olarak iflâsın sonuçları, geçici hukukî korumanın sona ermesine kadar ortadan kalkmaz. Zira, icranın durdurulması hukukumuzda geriye etkili sonuçlar doğurmaz.

5311 sayılı Kanunla yürürlüğe giren, ancak bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesinden sonra uygulanacak İcra ve İflâs Kanunu'nun 363. maddesinde, yürürlükteki 364. maddede yer alan "takip hukukuna ilişkin karar" kategorisi terk edilerek yalnız icra mahkemesi kararlarına karşı kanun yolları düzenlenmektedir. Bölge adliye mahkemelerinin kurulmasından sonra, genel mahkemelerin -bu arada iflâs davasına bakan mahkemenin- takip hukuku ile ilgili kararlarında İcra ve İflâs Kanunu uygulanmayacak, böylelikle iflâs tasfiyesinin durdurulması şeklindeki geçici hukukî korumanın caizliği ile ilgili tereddütler de ortadan kalkacaktır.

b. Menfi Tespit Davasında Takibin Durdurulması ve Takibe Engel Olunması

(1) Genel Olarak

İcra ve İflâs Kanunu'nun 72. maddesinin ikinci fıkrasında, icra takibinden önce açılan menfi tesbit davasına bakan mahkemenin, talep üzerine alacağın yüzde on beşinden aşağı olmamak üzere gösterilecek teminat mukabilinde, icra takibinin durdurulması hakkında ihtiyatî tedbir kararı verebileceği düzenlenmiştir. İcra takibinin durdurulması, alacaklının alacağına kavuşmasına geçici olarak engel olması bakımından borçluya bir hukukî koruma sağladığından ortada bir geçici hukukî koruma olduğuna şüphe yoktur⁴¹⁶. Takipten önce açılan menfi tespit davalarında teminat karşılığında takibin durdurulması, Kanun'da ihtiyatî tedbir olarak nitelendirilmiştir (İİK m. 72/II). Doktrinde de takibin

⁴¹⁵ *Ansay-İcra ve İflâs*, s. 207.

⁴¹⁶ *Onar/Belgesay*'a göre, Kanun, tehiri icrada olduğu gibi özel olarak düzenlenmediği sürece mahkemelere cebrî icrayı durdurma yetkisi vermemiştir (s. 160). Bu görüş takip edildiğinde, İİK m. 72'de düzenleme yapılmıyaydı, menfi tespit davasında takibin geçici hukukî koruma ile durdurulması mümkün olmayacaktı.

durdurulmasının ihtiyatî tedbir niteliği kabul edilmektedir⁴¹⁷. Kanun yapma tekniğindeki aksaklıklardan ötürü Türk Hukuku'nda lafzî yorum yönteminin her zaman sağlıklı sonuçlar doğurması mümkün olmamaktadır. Bu nedenle, buradaki geçici hukukî korumanın gerçekten bir ihtiyatî tedbir niteliğinde olup olmadığı yeniden sorgulanmalıdır.

Takibin durdurulmasında, klasik ihtiyatî tedbirlerin özelliklerini taşımayan bazı hususlar vardır. Öncelikle, tedbir kararı, takipten önce açılan menfi tespit davasında en erken takibin açılması ile verilebilir. Yani, hem menfi tespit davası ile beraber hem de klasik ihtiyatî tedbirlerde olduğu gibi davadan önce, ileride başlatılması olası takibin şimdiden durdurulması şeklinde bir geçici hukukî koruma istenemez. Çünkü hukukî yararın geçici hukukî korumada özel görünümü olan geçici hukukî koruma sebebi yoktur⁴¹⁸. Nitekim, 72. maddenin 2. fıkrasının lafzî, geçici hukukî korumaya ancak menfi tespit davası derdest iken hükmedilebilmesi bakımından son derece nettir⁴¹⁹.

Diğer yandan, tedbirin konusu ile asıl davanın konusu aynı olmasa bile aralarında bağlantı bulunmalıdır. Menfi tespit davasında borçlunun borçlu olmadığını tespiti talebi incelenirken, ihtiyatî tedbirin konusu takibin durdurulmasıdır ve her iki yargılamanın konusu klasik ihtiyatî tedbirlerde olduğu gibi birbiri ile örtüşmemektedir. Türk Hukuku'nda İcra ve İflâs Kanunu'nun 72. maddesine göre açılan menfi tespit davalarında, yalnız borçlu bulunulmadığının hüküm altına alınmasına karar verilir⁴²⁰. İsviçre Hukuku'nda açıkça düzenlendiği

⁴¹⁷ Postacioğlu-İcra, s. 265; Kuru-El Kitabı, s. 309; Yılmaz O., s. 17; Kuru/Arslan/Yılmaz-İcra, s. 216; Taş-Korkmaz, s. 8; Türk, Ahmet: Maddi Hukuk ve İcra-İflâs Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası (Menfi Tespit), Ankara 2006, s. 247; Muşul-İcra ve İflâs, s. 366; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 118. Pekcanitez/Atalay/Özkes'e göre burada özel bir ihtiyatî tedbir söz konusudur (s. 653).

⁴¹⁸ Kuru, haklı olarak, borçlunun menfi tespit davası açmasından sonra, davalı alacaklının menfi tespit davası ile mevcut olmadığını tespiti istenen aynı alacak için ilâmsız icra takibi yapmadığı sürece, menfi tespit davasının icra ve iflâs hukuku bakımından bir öneminin bulunmadığını belirtmektedir (Kuru-Menfi Tespit, s. 29).

⁴¹⁹ Yılmaz O., s. 17. İsviçre Hukuku'nda da Kanun'un lafzî dikkate alındığında, menfi tespit davası derdestken ihtiyatî tedbir (geçici hukukî koruma) talep edilebilmektedir (Tenchio, Luca: Feststellungsklagen und Feststellungsprozess nach Art. 85a SchKG, Zürich 1999, s. 163, 164; SchKG-Staehelin D., Erg. Bd. Art.85a N. 19. BGE 125 III 442).

⁴²⁰ Postacioğlu-İcra, s. 261.

gibi ayrıca takibin iptaline de karar verilmez (SchKG Art. 85a III)⁴²¹. Bu bakımdan, borçlu olunmadığının tespiti ile takibin durdurulması arasında klasik ihtiyatî tedbirlerde olduğu gibi sıkı bir ilişki bulunmamaktadır. Şüphesiz borçlu olunmadığının tespitinin icra takibine etkisi vardır. Ancak burada ihtiyatî tedbirlerin, tedbirin icrası sonucunda müstakbel takibin güvence altına alınması ya da geçici ifa işlevleri yerine getirilmemektedir. Bu gerekçelerle, kanımızca, İcra ve İflâs Kanunu'nun 72. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında kullanılan ihtiyatî tedbir kavramı yerinde değildir.

Takibin durdurulması şeklindeki geçici hukukî koruma, iki koşulun gerçekleşmesini gerektirir: Talep sahibinin menfî tespit davası sonunda haklılığı ve geçici hukukî koruma sağlanmasını haklı kılabilecek bir tehlike, yaklaşık ispat seviyesinde ispat edilmelidir⁴²².

İcra takibinin menfî tespit davası devam ederken derdest olması ile icra takibinin geçici hukukî koruma yolu ile durdurulmasını talep etme hakkı doğmaz. Takibin durdurulmasına yönelik geçici hukukî koruma yargılamasında da geçici hukukî korumayı haklı kılan sebep, yani gecikmesinde tehlike olan hâl yaklaşık ispat seviyesinde ispat edilmelidir. Hâkim, takibin durdurulması yargılamasında, kıyasen Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 103. maddesini dikkate alacaktır⁴²³. Bu yargılamada söz konusu olan tehlike, ortada bir mahkeme ilâmu olmaksızın borçluya cibrî icra uygulanmasıdır. Bu tehdidin varlığı, tedbirin takibin hangi aşamasında talep edildiğine göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bütün ilâmsız takip yollarında, ödeme emrine itiraz süresi içinde takibin durdurulmasına ilişkin geçici hukukî koruma talep edilememelidir. Çünkü borçlu, ödeme emrine itiraz ederek takibi durdurabilir. Geçici hukukî koruma talebi ile de takibin durdurulması istenilmektedir. Haciz tehdidi, ödeme emrine itiraz ile ortadan kaldırılmaktadır. Talep sahibi, aynı sonuca daha basit bir yolla ulaşabileceken, geçici hukukî korumaya hükmedilmemelidir. Geçici hukukî

⁴²¹ Mahkemenin menfî tepsî davasının haklı olduğu kanısına varırsa, davanın kabulüne, yani borçlunun borçlu olmadığına tespitine karar verileceğine ilişkin bkz. **Kuru-Menfî Tespit**, s. 159. Bu konuda bkz. **Taşpınar**, s. 618-620.

⁴²² **Tenchio**, s. 165; **Güngeç**, s. 174. Borçlunun asıl davadaki haklılık öngörüsü bakımından aynı yönde bkz. **Kuru/Arslan/Yılmaz-İcra**, s. 216; **Kuru-Menfî Tespit**, s. 31; **Türk-Menfî Tespit**, s. 251.

⁴²³ **Taş-Korkmaz**, s. 9.

koruma talep edildiği anda, borçlunun geçici olarak korunmasını haklı kılacak bir tehlike ve bunun bertarafı ihtiyacı bulunmamaktadır⁴²⁴. Diğer bir ifade ile, borçlu, haciz tehdidi altında değildir. Bu nedenle, takipten önce açılan menfi tespit davalarında, ödeme emrine itiraz safhasında takibin durdurulması istenildiğinde, geçici hukukî koruma sebebi yokluğundan talep reddedilmelidir⁴²⁵.

Ödeme emrine itiraz edilmişse, takip durmaya devam ettiği sürece haciz tehdidi bulunmadığından, menfi tespit davasında takibin durdurulması istenememelidir. Çünkü geçici hukukî korumanın üstlendiği takibi durdurma rolü, en erken itirazın kaldırılması kararından sonra ortaya çıkacaktır. Borçlunun itirazının icra mahkemesinde kaldırılmasından sonra, alacaklının haciz talep etme yetkisi doğmaktadır. Bu durumda, anılan tehlike gerçekleşmekte ve geçici hukukî korumanın durdurulmasını hedeflediği tehlike menfi tespit davası devam ederken ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, borçlu, genel haciz yolu ile takipte ödeme emrine itiraz etmişse en erken, itirazının icra mahkemesinde bertaraf edilmesinden sonra İcra ve İflâs Kanunu'nun 72. maddesinin 2. fıkrasına dayanarak geçici hukukî koruma isteyebilir.

Ödeme emrine itiraz edilmemişse yine de menfi tespit davasına bakan mahkemeden icranın durdurulması yönünde geçici hukukî koruma istenebilecek midir? Ödeme emrine itiraz edilmemekle takip kesinleşir ve alacaklı derhal haciz isteyebilir (İİK m. 60). Geçici hukukî koruma sebebi, ödeme emrinin kesinleşmesinden sonra haciz tehdidi ile birlikte bir bakıma tamam olur. Ancak geçici hukukî korumanın engellemek istediği haciz tehdidinde borçlu, ödeme emrine itiraz etmeyerek kendisi yol açmıştır. Bu nedenle, ilk başta, borçlunun, ödeme emrine itiraz ederek takibi durdurma imkânını kaçırdığı için, kendisi

⁴²⁴ Takibin durdurulması kararı kanımızca itirazın bertaraf edilmesi yollarının yürütülmesine ve itirazın kaldırılması/iptali kararı verilmesine engel değildir. Aynı yönde bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes**, s. 209. HGK, 27.11.1981, 12-3317/771 (İKİD 1982/253, s. 820). Buna karşılık **Kuru**'nun icra takibinden önce menfi tespit davası bakımından takibin durdurulması kararının bertaraf edilmesi prosedürünü de durduracağı görüşü takip edilirse (**Kuru-Menfi Tespit**, s. 33. Aynı yönde bkz. **Kuru/Arslan/Yılmaz-İcra**, s. 216; **Türk-Menfi Tespit**, s. 252), geçici hukukî korumaya hükmedilmesini haklı kılacak bir tehlikeden söz edilebilir.

⁴²⁵ Takip derdestken ödeme emri tebliğ edilmeden önce ve tebliğ edildikten sonra itiraz süresi içinde, menfi tespit davası açmakta hukukî yararın bulunmadığına ilişkin bkz. **Kuru-Menfi Tespit**, s. 36.

açısından gecikmesinde tehlikeli bir hâlin bulunmadığı düşünülebilir. Ne var ki, hukukumuzda gerek ödeme emrine itiraz etmenin bu itiraz kaldırıldığı takdirde (İİK m. 67/II, 68/son) gerekse menfi tespit davasında takibin durdurulmasına karar verildiği takdirde (İİK m. 72/IV) % 40'dan aşağı olmamak üzere hükmedilen icra inkâr tazminatı gibi ağır bir yaptırımı vardır. Borçlu, ödeme emrine itiraz etmekle, itiraz etmeyip takipten önce açtığı menfi tespit davasında takibin durdurulmasını sağlamak arasında seçim yapabilmelidir. Ancak menfi tespit davasında tehlikeli hâlin ispatı çerçevesinde tarafların menfaatleri tartılırken borçlunun ödeme emrine itiraz etmeyerek haciz tehdidini kendisi yaratması, tarafların eşit düzeyde korunmaya ihtiyaç duymaları hâlinde dikkate alınmalıdır⁴²⁶. Zira, borçlunun, borçlu olmadığına, henüz hakkında takip başlatılmadığı bir aşamada dava açacak kadar eminken, sebep dahi bildirmeden ödeme emrine itiraz yoluna başvurmaması, alacaklının menfaatlerine üstünlük tanınması için haklı bir gerekçe teşkil edebilir.

İcranın menfi tespit davasında durdurulması, esas itibariyle kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte önem kazanmaktadır. Zira, bu takip yolunda itiraz, satıştan başka icra takip işlemlerini durdurmadığından (İİK m. 169), ödeme emrine itiraz, haciz tehdidini ortadan kaldırmamaktadır. Ödeme emrine itiraz edilmiş olsa bile, 10 günlük ödeme süresinin geçirilmesinden sonra alacaklı haciz isteyebilmektedir. Bu takip yolunda itiraz icra mahkemesine yapılmakta ve mahkeme, kendiliğinden dahi takibin durdurulmasına karar verebilmektedir (İİK m. 169a/II). Bu karar da aslında bir geçici hukukî koruma kararıdır⁴²⁷. Takipten önce açılan menfi tespit davasında ödeme emrinin tebliğinden sonra talep edilmesi gündeme gelecek takibin durdurulması da bir geçici hukukî koruma olduğu için, iki ayrı geçici hukukî koruma ödeme emrine itiraz safhasında yan yana yürüyecektir. Zira, her iki geçici hukukî korumanın amacı da haczin yapılmasının engellenmesidir. Esas itibariyle her iki yargılamada da takibin durdurulmasını haklı kılacak vakta temeli aynıdır. O da, borçlunun iddia olunan alacağa yönelik savunma sebepleri ve takibin ilerlemesi durumunda

⁴²⁶ Bu konuda bkz. yuk. Bölüm II, § 6, V, B, 4, b.

⁴²⁷ Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s. 361. İhtiyatî tedbir niteliğindeki için bkz. Kuru-El Kitabı, s. 664; Üstündağ-İcra, s. 393; Kuru/Arslan/Yılmaz-İcra, s. 363; Muşul-İcra ve İflâs, s. 894; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 275.

uğrayacağı zararlardır. Bu bakımdan, icra mahkemesinde ödeme emrine itiraz edilmesinden sonra menfi tespit davasında takibin durdurulmasının istenmesinin derdestliğe yol açacağı düşünülebilir. Ancak icra mahkemesinde icranın durdurulması, borçlunun etkin hukukî korunmasına tam anlamı ile hizmet etmemektedir. Öncelikle, 5 gün içinde itiraz edilmesinden sonra, alacaklının haciz isteyebileceği 10. günün sonuna kadar, yani kalan 5 gün içinde icra mahkemesinin icranın durdurulması hakkında karar verdiği ideal bir düzende, borçlunun etkin bir şekilde korunması söz konusu olabilir. Şayet icra mahkemesi 5 gün içinde icranın durdurulması kararı veremezse, alacaklının elini çabuk tutmasıyla borçlunun malları haczedilebilecek, takibin durdurulması kararı ile yalnız satışa engel olunabilecektir. Sonra, icra mahkemesindeki yargılamada menfi tespit davasındaki yargılamadan farklı olarak resmi ya da imzası ikrar edilmiş belgelerle ispat söz konusudur (İİK m. 169a/1). Resmi ya da imzası ikrar edilmiş belgelerin dışındaki başkaca ispat araçları ile borcunun bulunmadığını yaklaşık ispat seviyesinde ispat edebilecek borçluyu, menfi tespit davasındaki takibin durdurulması imkânından mahrum bırakmamak gerekir. Bu bakımdan, borçlu, ödeme emrine itiraz süresi içinde menfi tespit davasına bakan mahkemeden takibin durdurulmasını isteyebilmelidir. Mahkeme, borçlunun talebi doğrultusunda karar verdiği takdirde, onun ödeme emrine itiraz etmesine de gerek kalmayacaktır. Zira, haciz tehdidi ortadan kalkacağından, borçlu resmi ve imzası ikrar edilmiş belge sınırlamasına tâbi olmaksızın borcunun bulunmadığını menfi tespit davasında hüküm altına alabilecektir.

Takibin durdurulması şeklindeki geçici hukukî koruma, her iki tarafı birden ağır zararlara uğratma potansiyeline sahiptir. Takip durdurulmadığında, borçlunun malları haczedilip paraya çevrilebilecekken, geçici hukukî korumaya hükmedildiğinde özellikle haciz yapılmamışsa alacaklının alacağı güvencesiz kalacak, başka alacaklıların haciz uygulanması hâlinde alacağın tahsili tehlikeye girecektir. Bu menfaat durumu, her iki tarafın menfaatlerinin tartılmasını gerektirmektedir. İsviçre Hukuku'nda ihtiyatî tedbir yolu ile paraya çevirme ve paraların paylaşılmasına engel olunabilmektedir. Bu hukuk sisteminde haciz yapılması mümkün olduğundan, alacaklı yeterli güvenceye kavuşmaktadır. Bu nedenle, doktrinde, prensip itibarıyla davacı borçlunun menfaatlerinin ağır

basacağı kabul edilmektedir⁴²⁸. Haczin de geçici hukukî koruma yolu ile durdurulmasına imkân sağlanan hukuk sistemimizde aynı sonuca varmak mümkün değildir. Çünkü geçici hukukî koruma, anayasal bir ilke olan (AY m. 13) ve yargılama ve takip hukukunda doğrudan yansıması bulunan oranlılık ilkesinin en titiz şekilde gözetilmesinin gerekli olduğu müesseselerden birisidir⁴²⁹. Bu ilke, hem geçici hukukî korumayı haklı kılan tehlikenin varlığı değerlendirilirken tarafların menfaatlerinin tartılmasını hem de geçici hukukî korumanın içeriği belirlenirken karşı tarafa en zarar veren tedbirin seçilmesini gerekli kılar. Bu nedenle, takibin durdurulması yargılamasında her ihtimâlde tarafların menfaatleri tartılmalı, davacı borçlunun menfaatleri ağır basmadığı sürece takibin durdurulması talebi reddedilmelidir.

Uygulamada özellikle temelini bir kambiyo senedinde bulan menfi tespit davalarında, takibin yapılmasının engellenmesi şeklinde tedbir kararları verildiği görülmektedir⁴³⁰. Doktrinde, geçici hukukî koruma yolu ile yalnız takibin durdurulmasına karar verilebileceği, ancak takibin yapılmasına engel

⁴²⁸ Tenchio, s. 165, 166.

⁴²⁹ İhtiyatî haciz bakımından aynı yönde bkz. Özekes-İhtiyatî Haciz, s. 19. İcra hukukunda oranlılık (ölçülülük) ilkesi ile ilgili geniş açıklama için bkz. Özekes-Temel Haklar, s. 207 vd.

⁴³⁰ “(...) Borçlular hakkında bonolara dayalı kambiyo senetlerine mahsus yolu ile takip yapılmaktadır. L... Ö... Ltd. Şti. takibin açılmasından evvel senet hamili E... Ltd. Şti.ni hasım göstermek suretiyle, dayanak bonolar hakkında icra takibi yapılmaması için Muğla 1.Asliye Hukuk Mahkemesinin 13.04.2007 tarihinde ihtiyatî tedbir kararı almış, bilahare de 24.04.2007 tarihinde de İzmir 2.Asliye Ticaret Mahkemesine menfi tesbit davası açılmıştır. İhtiyatî Tedbir kararının uygulanması için icra müdürlüğüne yapılan başvuru sonucu İcra Müdürlüğüne bu istem İİK.nun 72.maddesine göre verilmiş bir tedbir kararının bulunmaması nedeniyle reddedilmiştir. İcra Müdürlüğü'nün bu kararını İcra Mahkemesi nezdinde şikayet edilmektedir.” HGK, 18.2.2009, 12-38/80 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). “Takip dayanağı bononun vade tarihi 25.8.1994 olup, 28.5.1997 tarihinde (İstanbul Beşinci Asliye Ticaret Mahkemesi)nin 1997/459 sayılı kararıyla "senedin icra takibine konu edilmemesi ve 3. kişilere ciro edilmemesi" şeklinde tedbir kararı verildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda alacaklının senedi icra takibine koymasında fiili imkansızlık bulunduğundan zamanaşımı süresi belirtilen tarihte kesilmiştir. Tedbir kararı 8.2.1999 tarihinde kaldırıldığına ve bu tarihten itibaren yasal zamanaşımı süresi içerisinde 23.5.2000 tarihinde icra takibi yapıldığına göre zamanaşımı gerçekleşmemiştir.” 12. HD, 16.3.2001, 3208/4506 (YKD 2001/9, s. 1368). Takibin tamamen yasaklanması yerine, “zamanaşımının kesilmesi için yalnız harç alınıp başka işlem yapılmamasına” şeklinde tedbir kararları da verilmektedir: “7 milyar TL.lık senedin icra takibinin yapılmaması konusunda ihtiyatî tedbir kararı verilmesine, icra müdürlüğüne müracaat olunduğunda zaman aşımının kesilmesi için sadece harç alınıp başka işlem yapılmaması biçiminde ihtiyatî tedbir uygulanmasına” şeklinde tedbir kararı verildiği görülmektedir. Tedbir kararı içeriğinden alacaklının sadece icra takibi talebinde bulunabileceği bunun dışında başka bir işlem yapamayacağı anlaşıldığından icra müdürlüğüne tedbir kararından sonra haciz işlemi yapılmasını ve 3. Kişilere 89/I ihbarı gönderilmesi doğru değildir.” 12. HD, 30.3.2000, 4135/4900 (Kuru-Menfi Tespit, s. 29 dn. 53).

olunamayacağını savunanlar olduğu gibi⁴³¹, takibin yapılmasına engel olma yolunu açan görüşler de vardır⁴³².

Caiz olup olmadığı tartışılan yargısal emrin öncelikle Anayasa'ya uygunluğu üzerinde durulmalıdır. Bir yargısal kararın kişilerin yargı mercilerine başvuru yolunu kapatmasının Anayasa'ya aykırılığına şüphe yoktur. Ancak takibin yapılmamasının engellenmesinde yargı mercilerine başvuru hakkı tamamen mi kapatılmaktadır? Bu soruya iki gerekçe ile olumsuz yanıt vermek gerekir. İlk olarak, alacaklının sübjektif hakkını gerçekleştirme yolunda, yani hak aramasında, asıl hukukî koruma olan dava yoluna başvurabilir. Aynı durum, iflâsın ertelenmesinde de söz konusudur. İflâsın ertelenmesi kararı ile takip yapma yasağı başlamakta (İİK m. 179b/I), ancak dava yolu hiçbir şekilde kaldırılmamaktadır. Takip yapmanın yasaklanması yargı mercilerine başvuru bağlamında Anayasa'ya aykırı ise, iflâsın ertelenmesi için de aynı sonuca varmak gerekecektir. İkinci olarak, genel haciz yolu ile takibin ne tür bir hukukî koruma teşkil ettiğine değinilmelidir. Yukarıda tartışıldığı üzere, doğrudan cebrî icra yoluna başvuru sonucunda elde edilen hukukî koruma niteliği itibariyle idarî yoldan hukukî korumadır. Mahkemelerce sağlanan yargısal hukukî koruma ile idarî yoldan sağlanan hukukî korumanın eşdeğerde kabul edilmesi mümkün değildir⁴³³. Bu nedenle, hukukî korumanın yargılama ve onu takip eden icra aşaması üzerine bina edilmesi asıl; doğrudan cebrî icra yoluna başvuru, istisnadır⁴³⁴. Bu temel yaklaşım, anayasal kaynağını, hukuk dağıtma rolünün mahkemelere verilmesi ve mahkeme kararı olmaksızın kimsenin özgürlük alanına müdahale edilememesi esasında bulmaktadır. Hatta adil yargılanma hakkının unsurları göz önünde bulundurulduğunda genel haciz yolu ile takip, dava yoluna göre istisna kalmalıdır. Türk Hukuku'nda genel haciz yolu ile takibin kapsamı ne kadar genişletilmiş olursa olsun, bu takip yolunun hukukî niteliği ön planda tutularak çıkarımlar yapılmalıdır. Bu bağlamda kanımızca, istisnai bir yolun, gerek pozitif hukuk kuralları ile gerekse geçici hukukî koruma

⁴³¹ Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s. 208; Türk-Menfi Tespit, s. 254.

⁴³² Onar, s. 176. Bu konuda ayrıca bkz. Kuru-Menfi Tespit, s. 29 dn. 53, 128, 129.

⁴³³ Bu konuda bkz. yuk. Bölüm I, § 5, II, B, 3.

⁴³⁴ "Her ne kadar hukukumuzda, ilâmsız icra ayrıntılı bir düzenleme ve geniş bir uygulamaya sahipse de, asıl olan bir yargılama sonunda verilen mahkeme kararının icrası şeklindeki ilâmlı icradır." (Özekes-Temel Haklar, s. 70).

yolu ile kapatılması, bir temel hak olan yargı mercilerine başvuru hakkını kısıtlamaz. Kaldı ki, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen ve kısıtlanamayan temel hak, yargısal hukukî korunma talebidir. İlâmsız takip yolunun kısıtlanması Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık teşkil etmez. Bu gerekçelerle biz, takibin başlatılmasının engellenmesi şeklindeki geçici hukukî koruma kararlarının hukuka uygun olduğu görüşünü paylaşıyoruz. Denilebilir ki, böyle bir yorum, alacaklının menfaatlerini yoğun bir biçimde zedeleyeceğinden menfaat dengesine uygun düşmeyecektir. Ancak unutulmamalıdır ki, geçici hukukî korumanın bizatihi kendisi temelini dengeli hukukî koruma ve onun yansıması olan menfaat dengesinde bulmaktadır. Geçici hukukî korumayı caiz görmeyip yasak getirmek yerine, tarafların menfaatlerini geçici hukukî koruma yargılaması içinde tartmak daha adil sonuçlar doğuracaktır. Alacaklının menfaatlerinin geçici hukukî koruma yasaklanarak korunacağı düşüncesi, bazen borçlunun alacaklıya göre daha fazla zarar görebileceği gerçeğini göz ardı etmektedir. Bu nedenle, geçici hukukî koruma yargılamasında hâkim, takibin yapılmasının borçluya vereceği zarar ile takibin yapılmamasının alacaklıya vereceği zararı karşılaştırmalı, borçlunun uğrayacağı zararlar daha fazla ise geçici hukukî korumaya hükmetmelidir.

Menfi tespit davalarında hükmedilecek takibin yapılmaması şeklindeki geçici hukukî korumanın hukukî niteliği itibariyle ihtiyatî tedbir olarak nitelendirilememesinin pratik bir sonucu vardır. Alacaklı, geçici hukukî koruma kararına rağmen takip talebinde bulunabilir. Zira, böyle bir geçici hukukî koruma kararından bütün icra dairelerinin haberdar olmasını sağlayacak teknik altyapı bulunmamaktadır. Şüphesiz borçlu, kendisine gönderilen ödeme emrine karşı şikâyet yoluna başvurarak takibin iptalini sağlayabilir. Bunun ötesinde, geçici hukukî koruma kararına aykırı hareket eden alacaklının cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Çünkü Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 113A maddesi ancak ihtiyatî tedbir niteliğindeki geçici hukukî korumalara uygulanabilir⁴³⁵.

⁴³⁵ Karş.: "HUMK'nın 113/A maddesinde, bu Kanun'un 101 ve devamı maddeleri uyarınca verilen ihtiyatî tedbir kararına aykırı davranışta bulunanların cezalandırılacağı öngörülmüş olup, dava konusu çeklerin ödenmemesine dair Ankara Dördüncü Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 02.08.2001 tarihli kararının İİK'nın 72. maddesi uyarınca verildiği ve olayda HUMK'nın 113/A

İcra ve İflâs Kanunu'nun 72. maddesinin 3. fıkrasında, takipten sonra açılan menfi tespit davalarında geçici hukukî koruma yasağı getirilmiştir. Bu yasağın çıkış noktası, takipten sonra dava açan borçlunun takibi akamete uğratmak amacıyla kötü niyetli hareket ettiğidir. Anılan hükümde, borçlunun ancak borcun tamamını icra veznesine yatırması hâlinde, paranın alacaklıya ödenmemesi şeklinde geçici hukukî koruma kararı verilebileceği düzenlenmiştir. Yukarıda, taraflardan birinin menfaatlerini her halükârda diğerine üstün tutarak geçici hukukî korumayı yasaklayan düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır⁴³⁶. Bu değerlendirmemiz, takipten sonra açılan menfi tespit davalarında geçici hukukî korumaya hükmedilemeyeceğine ilişkin düzenleme bakımından da geçerlidir. Takipten sonra menfi tespit davası açan bütün borçluların peşinen kötü niyetli ilân edilmesi menfaatler dengesine uygun düşmemektedir. Teminat miktarının arttırılması, ispat ölçüsünün gerektiğinde tam ispata kadar yükseltilmesi veya alacaklı dinlenilmeden karar verilememesi gibi alacaklının takibin akamete uğratılması girişimlerine karşı savunulması seçenekleri dururken, kanun koyucunun alacaklıdan yana tavır alması isabetli değildir⁴³⁷. Cebrî icrada menfi tespit davasının hukukumuzdan seneler sonra düzenlendiği İsviçre Hukuku'nda, takibin geçici olarak durdurulması, esas olarak takip devam ederken söz konusu olmaktadır (SchKG Art. 85a). Türk Hukuku ile karşılaştırıldığında değil bir geçici hukukî koruma yasağı, bilakis takipten sonra açılan menfi tespit davalarına düzenleme yapma gereği duyulmuştur. Alacaklının menfaatlerinin dengelenmesi için, mahkemenin satışı ve paraların paylaşılmasını durdurabilme yolu açılmış, haczin uygulanması engellenmemiştir. Tedbire hükmedilebilmesi, davanın haklılığının "çok olası"⁴³⁸ görülmesi, yani davacının başarı şansının davalıya göre esaslı olarak daha yüksek olması koşuluna bağlanmak suretiyle, ispat ölçüsü klasik ihtiyatî tedbirlerdeki ispat ölçüsüne göre yükseltilmiştir⁴³⁹.

maddesindeki suçun unsurlarının bulunmadığı gözetilerek..." 7. CD, 9.4.2007, 2004-8505/2411 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁴³⁶ Bkz. yuk. Bölüm I, § 4, II.

⁴³⁷ Hükme yönelik aynı yönde eleştiri için bkz. **Türk-Menfi Tespit**, s. 263.

⁴³⁸ sehr wahrscheinlich

⁴³⁹ SchKG-Stachelin D., Erg. Bd. Art. 85a N. 19 ff.; Amonn/Walther, § 20 N. 25; KUKO SchKG-Brönnimann, Art. 85a N. 11.

(2) Menfi Tespit Davasında Takibin Durdurulması ile İhtiyatî Haciz Arasındaki İlişki

İhtiyatî hacizden sonra menfi tespit davasında takibin durdurulması talep edildiğinde, iki geçici hukukî koruma karşı karşıya gelmektedir. İhtiyatî hacizde, bir genel mahkeme, alacağın mevcudiyetine yaklaşık ispat seviyesinde kâni olduktan sonra geçici hukukî korumaya hükmetmektedir. Örneğin, kredi kartı ile yapılan ödemedir doğan borç kart hamiline ödenmediğinde, banka ihtiyatî haciz talep ederken kredi kartı üyelik sözleşmesine ve kart hamilinin yaptığı hukukî işlemlere dayanmaktadır. İhtiyatî haciz yargılamasında mahkeme, dayanılan hukukî işlemlerin varlığına yaklaşık ispat seviyesinde kâni olarak geçici hukukî korumaya hükmetmektedir. Borçlu dinlenilmişse, onun itiraz sebepleri de şüphesiz incelenmektedir. Borçlu dinlenilmeden ihtiyatî haciz kararı verilmişse, borçlu en geç ihtiyatî haczin icrasında karara vâkıf olup itiraz etme olanağına sahip olmaktadır (İİK m. 265). Her iki ihtimalde de, ihtiyatî haciz Yargıtay denetimine tâbidir. Çünkü borçlu dinlenilerek verilen ihtiyatî haciz kararına karşı temyiz yolu açıktır. Aynı şekilde borçlu dinlenilmeden verilen ihtiyatî haciz kararına karşı başvuru itiraz yolunda red kararı verilmişse, bu karar da temyiz edilebilir (İİK m. 265/son). Menfi tespit davası açıldıktan sonra takibin durdurulması talebinde bulunulduğunda, aslında ihtiyatî haciz yargılamasında mevcut olduğu tespit edilen para alacağı, borçlunun talebi ile yeniden incelenmektedir. Takibin durdurulmasına ilişkin yargılamada, bu sefer borçlu, borçlu olmadığı konusunda hâkimde kanaat uyandırmaktadır. Şu hâlde, ihtiyatî haciz yargılaması ile menfi tespit davasından sonraki geçici hukukî koruma yargılamasında incelenen para alacağı aynıdır. Bu noktada, ihtiyatî haciz yargılamasındaki alacak tespitinin, takibin durdurulması yargılamasına etkisinin olup olmadığı sorusu ile karşılaşılmaktadır. Yukarıda ihtiyatî tedbirler özelinde geçici hukukî korumaların kendi içinde sınırlı bir maddî kesinliğinin bulunduğunu, tekrarlanan geçici hukukî koruma taleplerinde bu kesinliğin devreye gireceğini belirtmiştik⁴⁴⁰. Ancak bir geçici hukukî koruma yargılamasındaki tespitler, bir başka geçici hukukî koruma yargılamasında kesin

⁴⁴⁰ Bkz. yuk. Bölüm II, § 6, IV, C.

hüküm teşkil etmez⁴⁴¹. Yani, ihtiyatî haciz yargılamasında alacağın yaklaşık ispat seviyesinde varlığı takibin durdurulması yargılaması bakımından kesin hüküm oluşturmaz. Çünkü her iki geçici hukukî koruma yargılamasının konuları aynı değildir.

Kesin hüküm etkisi bulunmamakla beraber, alacağın varlığı bakımından esasa ilişkin incelemesi müşterek iki yargılamada birbirine aykırı kararlar verilmesi hukuk güvenliğini zedeler. Zira, ihtiyatî hacze karar verilirken alacağın mevcudiyeti kabul edilirken, bu yargılamadan kısa bir süre sonra bu sefer takibin durdurulması yargılamasında alacağın bulunmadığı sonucuna varılabilmektedir. Gerçekten, takibin durdurulması talebinin incelenebilir bulunması ve geçici hukukî korumaya hükmedilmesi, bir genel mahkemenin yaptığı yargılamanın hüküm ve sonuçlarını adeta kanun yolu incelemesi gibi ortadan kaldırmaktadır. O kadar ki, ihtiyatî haczin Yargıtay denetiminden geçtiği ihtimalde takibin durdurulması kararı, Yargıtay'ın hukukî kontrolünü dahi bertaraf etmektedir. Birbiri ile çelişik sonuçları engellemek için kanımızca, **Baur**'un geçici hukukî koruma kararının içeriği itibariyle asıl dava dışındaki diğer yargılamalarda ve idarî prosedürlerde dikkate alınması gerektiğine ilişkin görüşü takip edilmelidir⁴⁴². Burada kesin hüküm etkisi söz konusu olmasa da diğer bir mahkeme, geçici hukukî koruma kararının içeriğinden çıkan sonuçları dikkate almalıdır⁴⁴³. Bu durumda, menfî tespit davasından önce ihtiyatî haciz kararı verilmişse, takibin durdurulması talebini inceleyen mahkeme alacağın mevcudiyeti ile ilgili tespitleri dikkate almalı ve çelişik kararların verilmesine engel olmak için prensip itibariyle talebi reddetmelidir⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ **Baur-Studien**, s. 95, 96; **Stein/Jonas/Grunsky**, vor § 935 N. 16; **Höhne**, s. 40, 57; **Özekes-İhtiyatî Haciz**, s. 73; **Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes**, s. 444.

⁴⁴² **Baur-Studien**, s. 93.

⁴⁴³ **Baur-Studien**, s. 81.

⁴⁴⁴ İhtiyatî tedbir ile ihtiyatî haczin menfî tespit davasındaki ilişkisini inceleyen **Özekes**, İİK m. 72/II'deki özel düzenlemenin niteliğinden hareketle, menfî tespit davasında takibin durdurulmasına karar verilmişse, bu karardan önce hükmedilen, ancak henüz icra edilmeyen ihtiyatî haczin artık icra edilemeyeceği; şayet icra edilmişse de menfî tespit davasına bakan mahkemenin ihtiyatî haczin icrasını kaldırılabileceği, ancak ihtiyatî haciz kararının baki kalacağı kanaatindedir (**Özekes-İhtiyatî Haciz**, s. 73, 74, 310). Yargıtay'ın da bu görüşü destekleyen bir kararı mevcuttur: "İhtiyatî tedbir kararının ihtiyatî haciz kararından önce olması nedeni ile ihtiyatî haciz kararının uygulanamayacağına..." 12. HD, 9.3.2004, 147/5394 (yayımlanmamıştır). **Kuru** da ihtiyatî tedbir karardan sonra ihtiyatî haczin icra edilemeyeceği görüşündedir. Ancak yazar, ihtiyatî haciz icra edilmişse, ihtiyatî tedbirin bir etkisinin olmayacağını belirtmektedir. Bu

İhtiyatî haczin, takibin durdurulması şeklindeki geçici hukukî korumaya prensip itibariyle engel olmasından ötürü, takip başlatmadan önce hakkında menfi tespit davası açılan alacaklıların bir an evvel ihtiyatî haciz kararı aldirmaları yararına olacaktır. Menfi tespit davası dilekçesini alan alacaklı, takip başlattığı takdirde borçlunun takibin durdurulmasını isteyebileceğini hesap ederek çabuk hareket etmeli, ihtiyatî haciz kararı ile borçlunun elindeki bu imkânı bertaraf etmelidir. Özellikle kambiyo senetlerine haciz yolu ile özgü takipte alacaklı ihtiyatî haciz kararı aldırmışsa, ödeme emrinin tebliğinden itibaren geçecek 10 günlük süre içinde prensip itibariyle ne menfi tespit davasında takibin durdurulması ne de icra mahkemesinde icranın durdurulması kararı verilebilir.

2. Cebrî İcraya İzin Verilmesine Yönelik Geçici Hukukî Korumalar (Kesinleşmeden İcra Edilemeyecek Hükümlerin Geçici İcrası)

Türk Hukuku'nda kural, kararların şekli anlamda kesinleşmeden; istisna ise hükmün kanun yolu denetiminden geçtikten sonra icra edilebilmesidir. Taşınmazlara ve bunlara ilişkin aynı haklara, aile ve kişiler hukukuna ilişkin ilâmlar gibi Kanun'da özel olarak belirtilen hâllerde hükmün şekli anlamda kesinleşmesinden sonra cebrî icraya başvurulabilir (m. 443)⁴⁴⁵. Hükmün kanun yolu denetimi sonucunda bozulması ve yeniden yapılacak yargılamada davalının haklı çıkması ihtimalini dikkate alan kanun koyucu, davalının Yargıtay'dan icranın durdurulmasını talep edebileceğini hükme bağlamıştır (m. 443/I). Böylelikle, kanun kendi içinde bir menfaat dengesini gözetmiş, davacıya icra edilebilirlik yolunu hükmün kesinleşmediği bir aşamada açarken, davalıyı da icrayı durdurabilme yetkisi ile donatmıştır.

durumda, ihtiyatî tedbir kararı ile borçlu haklı bulunduğundan, ihtiyatî haczin kaldırılmasına karar verilebilir (Kuru-Menfi Tespit, s. 35). İhtiyatî tedbirin ihtiyatî haczin icrasına engel olacağına ilişkin ayrıca bkz. Deynekli/Saldırım, s. 9; Türk-Menfi Tespit, s. 253. Görüşümüze göre, ihtiyatî haciz yargılamasındaki tespitler, menfi tespit davasında takibin durdurulması talebi incelenirken de dikkate alınacaktır. Bu durumda, prensip itibariyle takibin durdurulması talebinin reddedilmesi gerektiğinden, bir geçici hukukî korumanın ihtiyatî haczin icrasını durdurması ya da ortadan kaldırılması da söz konusu olmayacaktır. İhtiyatî haciz kararının uygulanmasının engellenmesi yolunda ihtiyatî tedbir kararı verilmesinin doğru olmadığına ilişkin aynı yönde bkz. Yılmaz, C. II, s. 1138.

⁴⁴⁵ Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. Tauriver-Dayanaklar, s. 151 vd.

Kesinleşmeden icra edilemeyecek hükümlerde ise aynı menfaat dengesi gözetilmemiştir. Kesinleşmeden icra edilebilecek hükümlerde davalının uğrayabileceği zararlara karşı öngörülen geçici hukukî koruma, kesinleşmeden icra edilemeyecek hükümlerde davacının uğrayabileceği zararlar bakımından gerekli olmasına rağmen özel surette düzenlenmemiştir. Halbuki, davalının hükmün kesinleşmesine kadarki dönemdeki kötü niyetli davranışları, hükmün icra edilebilirliğini ortadan kaldırılabılır. Bu da hukuk devleti ilkesi ve devletin cibrî icra tekeline büyük zarar verebilir⁴⁴⁶. Devlet, kesinleşmeden icra edilemeyecek hükümlerde geçici hukukî koruma yoluyla, kanun yolunun/yollarının yol açabileceği zararlara karşı davacının menfaatlerini geçici olarak gerçekleştirebilmelidir.

Prencip itibariyle hükmün şekli anlamda kesinleşmeden icra edilemediği Alman Hukuku'nda, mahkeme, talep edilmese bile dava sonunda hükmün geçici olarak icrasına karar verebilir. Hukukî niteliği itibariyle bir geçici hukukî koruma olan geçici icra⁴⁴⁷, Alman Usûl Kanunu'nda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir (ZPO §§ 708-720a). Geçici icra kararı, hükmü veren mahkeme tarafından, davanın kabul edilmesi durumunda davacı lehine, reddedilmesi durumunda davalı lehine verilebilir⁴⁴⁸. Şüphesiz davalının da yargılama giderlerini derhal icra ettirmesinde menfaati vardır. İnşai davalarda ve tespit davalarında yargılama giderleri bakımından geçici icra kararı verilebilir⁴⁴⁹. Alman kanun koyucusu, davalının uğrayabileceği olası zararları dikkate alınarak bir menfaat dengesi kurmuştur. Buna göre, davacı ancak teminat gösterdiği takdirde mahkemenin kararını icra ettirebilir (ZPO § 709). İstisnai hâllerde davacı teminat yatırmaktan muaf tutulabilir (ZPO § 708). Teminat gösterdiği takdirde davalı geçici icrayı önleyebilir (ZPO § 711). Davalı, geçici icraya konu olan hükmün davalı yararına bozulması ve davanın kesin hükümle reddedilmesinden sonra, uygulanan cibrî icra faaliyeti nedeniyle oluşan zararların tazmini için davacıya karşı tazminat davası açabilir (ZPO § 717).

⁴⁴⁶ Jauernig/Berger, § 2 N. 12; Schuschke in Schuschke/Walker, vor § 708-720a N. 1; Münch Komm ZPO-Krüger, 3. Auflage, § 708 N. 2.

⁴⁴⁷ Walker in Schuschke/Walker, vor § 916 N. 12; Musielak/Lackmann, § 707 N. 2; Berger/Keller, Kap. 15 N. 8. İsviçre Hukuku bakımından aynı yönde bkz. Zoller, s. 8, 9.

⁴⁴⁸ Münch Komm ZPO-Krüger, 3. Auflage, § 708 N. 3.

⁴⁴⁹ Jauernig/Berger, § 2 N. 16; Zöllner/Herget, § 708 N. 2.

Türk Hukuku'nda da Alman Hukuku'nda olduğu gibi geçici icra müessesesinin düzenlenmesinde yarar vardır. Olması gereken hukuk bakımından icranın durdurulmasını düzenleyen Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 443. maddesinden sonra yeni bir maddede, Alman Hukuku'nda olduğu gibi koşulları, teminat, haksız geçici hukukî korumadan ötürü tazminat davası gibi hususlar düzenlenmelidir. Ancak açık bir düzenleme olmasa bile, olan hukukta hâkimin gerekli tedbirlerin icrasına karar verebileceği kanaatindeyiz. Yukarıda geçici hukukî korumanın anayasal temellerini incelerken, geçici hukukî korumanın etkin hukukî koruma garantisini bakımından vazgeçilmez nitelikte olduğunu tespit etmiş, geçici hukukî korumanın anayasal garanti altında bulunduğu sonucuna varmıştık. Kanun koyucunun, anayasal garanti altındaki bir müesseseyi düzenlemesine dahi gerek bulunmamaktadır⁴⁵⁰. Sağlayacağı hukukî korumanın etkin olması gereken hâkim, düzenleme olmasa bile geçici hukukî korumaya hükmetmek durumundadır. Örneğin, işe iade davasında işçi lehine verilen karara dayanarak işverene başvurulabilmesi için, hükmün kesinleşmesi gerekmektedir (İş. K. m. 21). Yılda 25.000'ten az olmayan sayıda dosyayı sonuçlandıran Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin, işverenin temyiz başvurusunu sonuçlandırmasının yaklaşık 6 ayı alacağı hesap edilecek olursa, işçinin bu süre zarfında çalışmamasından ötürü telafisi mümkün olmayan zararlara uğraması gündeme gelebilir. İşçinin kendisinin ve ailesinin nafakasını temin edemeyerek zaruret hâline düşmesi ya da işe ilişkin yeteneğini kaybetmesi, işe iade davasında elde edilen hukukî korumanın etkinliğini ortadan kaldıracak derecede ciddi tehlikelerdir. Anayasal olarak etkin hukukî koruma sağlama sorumluluğu altında olan hâkimin, geçici hukukî koruma dışında başka bir yolla bu sorumluluğu yerine getirmesi mümkün değildir.

Geçici icrayı temellendirebilecek diğer bir gerekçe de, geçici hukukî korumanın nüvesini teşkil eden ihtiyatî tedbir hükümlerinin, diğer geçici hukukî korumalar bakımından dikkate alınması gerekliliğidir. Yukarıda, ihtiyatî tedbir hükümlerinin ihtiyatî haciz, ihtiyatî haciz hükümlerinin ihtiyatî tedbir için prensip olarak kıyasa elverişli olduğu sonucuna varmıştık. Belirli bir konuda kanunî düzenleme içeren bir normun, benzer konuda düzenleme içermeyen ya da

⁴⁵⁰ Bkz. yuk. Bölüm I, § 4, II.

yetersiz olan norma, her iki konunun karşılaştırılabilir ve bu nedenle hukuken eşdeğer bir şekilde değerlendirilebilir olması şartıyla uygulanması olan kanunî kıyas, düzenleme bulunan meseleyle bulunmayan meselenin, menfaat durumu bakımından müşterek olmasını arar⁴⁵¹. İhtiyatî tedbir ve ihtiyatî haczin birbiri ile ilişkisindeki müşterek menfaat durumu, ihtiyatî tedbir ile geçici icra arasında da mevcuttur. Geçici hukukî korumanın karakteristik özelliği olan gecikmesinde tehlike olan bir hâlin önlenmesi ya da durdurulması, her iki müessesede de zarar görme ihtimali bulunanın menfaatlerinin dikkate alınmasını gerekli kılmaktadır. Maddî hukuk kuralları gibi, usûl kurallarının da kazuistik bir metodla düzenlenmesi doğru değildir. Hâl böyle olunca, usûl kurallarında da uygulanacak hüküm bulunamayabilir. Bu durumda, kanunî düzenleme bulunan usûli normun kıyasen uygulanması gerekir. Geçici hukukî korumanın hâkimi gecikmesinde tehlike olan hâlin def'i için ne tür bir tedbir "icap ediyorsa" onu almaya yetkili kılacak kadar ciddiye alındığı bir hukuk düzeninde (m. 103), başka tür bir geçici hukukî korumaya da "icap etmesi" hâlinde cevaz verilmelidir. Düzenleme yokluğunda, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 103. maddesinden kıyasen yararlanılmak suretiyle kesinleşmesi gereken hükümlerin geçici hukukî koruma sağlanarak icrası yolu Türk Hukuku'nda da açık olmalıdır. Elinde kesinleşmeden icra edilemeyecek bir ilâm bulunan hak sahibi, gecikmesinde tehlike olan bir hâli yaklaşık ispat seviyesinde ispat ettiği takdirde, mahkeme geçici icraya karar verebilmelidir.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu geçici icraya, anayasal dayanağın yanında kanunî temel kazandırmak için kıyasen uygulanmaktadır. Yoksa, geçici icranın geçici hukukî koruma türleri içinde doğrudan ihtiyatî tedbir olarak nitelendirilmesi doğru değildir. Zira, geçici icra, ihtiyatî tedbirlerin tüm özelliklerini taşımamaktadır. Örneğin, geçici icra kararından sonra 10 gün içinde asıl dava açılmaz. Bu nedenle, geçici icranın hukukî niteliği itibariyle icra hukukuna özgü bir geçici hukukî koruma şeklinde nitelendirilmesi uygun olacaktır.

Geçici icra, yalnız davacının talebinin icrasının güvence altına alınmasına hizmet etmez; aynı zamanda talep geçici olarak gerçekleştirilir. Bu bağlamda,

⁴⁵¹ Bkz. yuk. Bölüm II, § 7, I, A, 3.

kesinleşmeden icra edilemeyecek bir para alacağı söz konusu ise, geçici icra kararı ile borçlunun malları haczedilip paraya çevrilebilir, elde edilen bedel alacaklıya ödenir⁴⁵².

Geçici icra, işe iade davası yanında, boşanma davası gibi kesinleşmeden icra edilemeyecek yargılama giderlerinin, menfi tespit davasında hükmedilen tazminatın (İİK m. 72/IV) ya da Milletlerarası Tahkim Kanunu'na göre yürütülen tahkim davalarında iptal davasının reddi kararı üzerine (MTK m. 15) hakem kararının kesinleşmeden icra edilebilmesinin yolunu açacaktır⁴⁵³.

3. Mahkemece Hükmedilen Muhafaza Tedbirleri

Muhafaza tedbirleri, mahkemenin hükmettiği muhafaza tedbirleri ve doğrudan cebrî icra organınca uygulanan muhafaza tedbirleri olarak ikiye ayrılabilir. Cebrî icra organı, hem muhafaza tedbirlerinin koşullarını incelemekte hem de almış olduğu kararı icra etmektedir. Mahkemece hükmedilen muhafaza tedbirlerinde ise mahkeme yalnız muhafaza tedbirine karar vermekte, kararın icrasını cebrî icra organları yerine getirmektedir. Yukarıda geçici hukukî korumanın kapsamı bahsinde cebrî icra organınca uygulanan muhafaza tedbirlerinin, geçici hukukî koruma karakterinde olmadığını tespit etmiştik. Zira, geçici hukukî koruma, yargısal bir hukukî korumadır ve cebrî icra organının faaliyeti geçici etkiler gösterse de geçici hukukî koruma olarak nitelendirilemez⁴⁵⁴. Buna karşılık, mahkemelerin verdiği muhafaza tedbiri kararları ile, borçlunun malvarlığının dağılmaması sağlanarak geçici hukukî koruma elde edilir⁴⁵⁵. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı da -tedbiri alan organ bakımından ayırım yapmaksızın- muhafaza tedbirlerini geçici hukukî koruma niteliğinde kabul etmiştir (m. 412/II).

⁴⁵² Jauernig/Berger, § 2 N. 40; Schuschke in Schuschke/Walker, vor § 708-720a N. 5.

⁴⁵³ Alman Hukuku'nda hakem kararları hakkında değil, iptal davasını reddeden eyalet mahkemesinin kararı hakkında geçici icra edilebilirlik kararı verilebilir (Zöllner/Geimer, § 1060 N. 23).

⁴⁵⁴ Bkz. yuk. Bölüm I, § 5, II, B, 3.

⁴⁵⁵ Yılmaz, C. I, s. 805; Aşık, İbrahim/Eruygur, K. Haluk: İflas Davasında Muhafaza Tedbirleri, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 118. Yazarlar, buradaki muhafaza tedbirlerinin neden teknik anlamda ihtiyati tedbir olarak nitelendirilemeyeceğini ayrıntılı olarak açıklıyorlar (s. 114 vd.). İflâsta muhafaza tedbirlerini, tedbir mahiyetinde gören görüş için bkz. Postacıoğlu-İflâs, s. 29.

Mahkemenin hükmettiği muhafaza tedbirleri İcra ve İflâs Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde düzenlenmiştir. Örneğin, iflâs davasının açılması ya da iflâs talebinde bulunulması ile alınacak muhafaza tedbirleri (İİK m. 159), konkordato talebi üzerine borçlunun malvarlığının muhafazası için gerekli önlemler alınması (İİK m. 285/III) mahkemenin hükmettiği muhafaza tedbirleri arasındadır⁴⁵⁶. Borçlunun aktiflerinin azalmamasına hizmet edecek ve iflâs tasfiyesinin yürütülmesini güvence altına alacak her türlü tedbir alınabilir⁴⁵⁷. İflâs yargılamasındaki bazı muhafaza tedbirlerinde, iflâs tasfiyesindeki önlemlerin öne çekilmesi söz konusudur. Örneğin, iflâs yargılamasında defter tutulması, iflâsın açılmasından sonra iflâs dairesince yerine getirilecek defter tutma işleminin mahkeme kararı ile öne çekilmesidir⁴⁵⁸. Gerçekten, bu karar icra dairesince değil, iflâs dairesince yerine getirilmektedir (İİK m. 161/I). Ayrıca, dört ay süreyle geçerli olacak bu işlem (İİK m. 163/II), dört aydan önce iflâsın açılması ile kendiliğinden hükmünü kaybetmektedir. Bu yönüyle, asıl dava sonucunu öne çeken ihtiyatî tedbirleri andırmaktadır. Ancak muhafaza tedbirleri, tamamlayıcı merasime yer verilmemesi gibi pek çok bakımından ihtiyatî tedbirlerden ayrılmaktadır.

Muhafaza tedbirine hükmedilebilmesi için, ödeme emrine itiraz edilmişse alacağın varlığına yaklaşık ispat seviyesinde kanaat getirilmeli⁴⁵⁹, ayrıca alacaklıların hakkını tehlikeye düşürecek tehlikeli bir hâl bulunmalıdır. Defter tutulmasında olduğu gibi alacaklının talebi ile muhafaza tedbiri alınacaksa,

⁴⁵⁶ Ansay-İcra ve İflâs, s. 207; Postacioğlu-İflâs, s. 29, 30; Üstündağ-İflâs, s. 37; Güngerich, s. 167; Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s. 487, 488, 619.

⁴⁵⁷ Ansay-İcra ve İflâs, s. 207; Gürdoğan, Burhan: İflâs Hukuku Dersleri (İflâs), Ankara 1966, s. 37; Güngerich, s. 167; KUKO SchKG-Diggelmann/Müller, Art. 170 N. 2; Yılmaz, C. I, s. 805; Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s. 488; Altay, N. 155; Muşul-İcra ve İflâs, s. 1104; Aşık/Eruygur, s. 138, 139. Bu kapsamda, borçluya ödeme yasağı getirilmesi de muhafaza tedbirleri arasındadır (Amonn/Walther, § 36 N. 31; Berkin-İflâs, s. 109; Kuru-El Kitabı, s. 968; Üstündağ-İflâs, s. 38; Kuru/Arslan/Yılmaz-İcra, s. 477). Postacioğlu, muhafaza tedbiri olarak el konulan malların depo kararı üzerine tedbir olarak satışına karar verilebileceğini belirtmektedir. Bunun için şüphesiz borçlunun rızası aranmalıdır (Postacioğlu-İflâs, s. 31). İflâs davasına bakan mahkemenin el konulan malların cebri satışına karar vermesi hukukî niteliği itibarıyla bir muhafaza tedbiri ya da teknik anlamda ihtiyatî tedbir değil, geniş anlamda icra ve iflâs hukukuna özgü bir geçici hukukî korumadır.

⁴⁵⁸ Amonn/Walther, § 36 N. 12. İflâs talebinden önce muhafaza tedbiri alınamayacağına ilişkin bkz. Berkin-İflâs, s. 109 dn. 55.

⁴⁵⁹ Postacioğlu-İflâs, s. 29; Altay, N. 155; Aşık/Eruygur, s. 119, 132.

alacaklı bu tehlikeyi yaklaşık ispat seviyesinde ispat etmelidir⁴⁶⁰. Defter tutulmasının düzenlendiği İcra ve İflâs Kanunu'nun 161. maddesinde tehlikenin ispatına yer verilmemiş olsa bile, mehaz İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 162. maddesindeki "alacaklının güvence altına alınması için gerekli olması" koşulu dikkate alınmalıdır.

4. İflâsın Ertelenmesi

İflâsın ertelenmesi müessesesinin bir geçici hukukî koruma olup olmadığı son dönemde Türk Hukuku'nda yoğun bir şekilde tartışılmaktadır. Bir görüşe göre, iflâsın ertelenmesi çekişmesiz yargı işidir⁴⁶¹. Diğer bir görüşe göre iflâsın ertelenmesi bir geçici hukukî korumadır⁴⁶². Geçici hukukî koruma niteliği iflâsın ertelenmesine şu gerekçelerle verilmektedir: İflâsın ertelenmesinde, geçici hukukî korumanın temel iki özelliği olan hukukî dinlenilme hakkının ertelenmesi

⁴⁶⁰ Blumenstein, s. 567; Favre, s. 241; Berkin-İflâs, s. 110; KUKO SchKG-Diggelmann/Müller, Art. 162 N. 3, 5.

⁴⁶¹ Budak-Çekişmesiz Yargı, s. 141, 223, 224. Borca batıklık bildirim ve bununla birlikte yapılan iflâsın ertelenmesi istemlerini çekişmesiz yargıya dahil eden *Türk*, şirketin ya borca batıklık bildiriminde bulunacağı ya iflâsın açılmasını ya da iflâsın ertelenmesini isteyebileceğini belirtmektedir. İflâsın ertelenmesini bağımsız bir yargılama hâline getiren bu görüşe göre, iflâsın ertelenmesi yargılaması çekişmesiz yargı işine dahil olacaktır (*Türk, Ahmet: Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları (Borca Batıklık)*, Ankara 1999, s. 273, 275, 306). *Pekcanitez*, iflâsın ertelenmesini talep eden şirketin uyuşmazlık hâlinde olduğu taraf bulunmadığı için bunun bir çekişmesiz yargı işi olduğunu belirtirken (*Pekcanitez-Erteleme*, s. 335), iflâsın ertelenmesinin hukukî niteliğinin de çekişmesiz yargı işi olduğunu ifade etmemektedir. Yazarın kastettiği, borçlu tarafından borca batıklık bildiriminde bulunulmuşsa, iflâsın ertelenmesi talebinin incelendiği iflâs yargılamasının çekişmesiz yargı işi olduğudur. Keza yazar, Yargıtay'ın ilgililerin dinlenilmesi için şart koştuğu ilân mecburiyetinin, iflâsın ertelenmesi talebinin çekişmesiz yargı işi olduğunu ortaya koyduğunu belirtirken de (*Pekcanitez, Hakan: Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı – IV Tartışmalar (Tartışmalar)*, Ankara 2006, s. 203), müessesenin hukukî niteliğinden çok, iflâsın ertelenmesinin tâbi olduğu iflâs yargılaması ile ilgili değerlendirmede bulunmaktadır.

⁴⁶² *Atalay, Oğuz: Borca Batıklık ve İflâsın Ertelenmesi (Erteleme)*, 2. Baskı, İzmir 2007, s. 73; *Özekes, Muhammet: İflâsın Ertelenmesi (Erteleme)*, Legal Eylül 2005, s. 3256, 3258; *Yılmaz, Z. S.*, s. 115; *Toraman*, s. 33; *Muşul, Timuçin: İflâsın Ertelenmesi (Erteleme)*, İstanbul 2008, s. 23; *Deliduman, Seyithan: İflâsın Ertelenmesinin Etkileri*, Kocaeli 2008, s. 29, 30; *Karlı-İflâsın Ertelenmesi*, s. 279. *Öztek'e* göre iflâsın ertelenmesi, iflâsa engel olan ve ilgili tarafların menfaatlerini koruyan geçici bir adli tedbirdir (*Öztek, Selçuk: İflâsın Ertelenmesi Yargılaması Çerçevesinde İleri Sürülen İhtiyati Tedbir Taleplerine İlişkin Bazı Sorun ve Düşünceler (İhtiyati Tedbir)*, Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. II, Ankara 2009, s. 23, 24). *Kuru*'ya göre iflâsın ertelenmesi özel bir ihtiyatî tedbirdir (*Kuru, Baki: İflâsın Ertelenmesi Kararından Önce İcra Takiplerinin Durdurulması Hakkında İhtiyati Tedbir Kararı Verilebilir Mi? (İflâsın Ertelenmesi)*, Halûk Konuralp Anısına Armağan C. II, Ankara 2009, s. 307, 308). *Arslan*, iflâsın ertelenmesi kararı ile birlikte hükmedilecek tedbirlerde HUMK m. 103'ün dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir (*Arslan, Ramazan: İflâsın Ertelenmesi Uygulamaları (Erteleme)*, Bankacılar 2008/67, s. 122).

ve mali durumun iyileştirilme ümidi hususunda yaklaşık ispat seviyesinde ispat ölçüsü ile yetinilmesi mevcuttur (İİK m. 179). Gerçekten, mali durumun iyileştirilmesi hususunda hâkimin tam bir kanaate sahip olması gerekmediği gibi, iflâsın ertelenmesi isteyen ortaklık, talep ettiği takdirde alacaklılar dinlenilmeden de iflâsın ertelenmesine hükmedilebilir. Bunun yanında, iflâsın ertelenmesi süreyle sınırlı olduğu gibi (İİK m. 179b/IV), her zaman kaldırılabilmesi ya da değiştirilebilmesi de (İİK m. 179b/son) sağlanan hukukî korumanın geçiciliğine işaret etmektedir⁴⁶³. Gecikmesinde tehlike olan bir hâlin engellenmesi ya da durdurulması amacı da iflâsın ertelenmesi müessesesinde gerçekleşmektedir. Çünkü böyle bir karar verilmediğinde, ortaklığın borca batıklıktan ötürü ticaret hayatından tamamen silinmesine yol açacak şekilde tasfiye edilmesi gündeme gelecektir⁴⁶⁴.

Geçici hukukî koruma niteliğine karşı çıkan görüşe göre iflâsın ertelenmesi, iflâs hakkında karar verilmeden önce çözülmesi gereken bir ön sorundur ve erteleme kararı da, ön sorunun hâllidir. Borca batıklık durumunda, terditli davalardaki gibi asıl talep olarak iflâsın ertelenmesi, yardımcı talep olarak iflâs talep edilmektedir. İflâs talebi hakkında karar verilmesi, iflâsın ertelenmesi talebinin reddedilmesine bağlıdır⁴⁶⁵. İflâsın ertelenmesinin bir geçici hukukî koruma olamayacağı şu şekilde temellendirilmektedir: İflâsın ertelenmesi kararı ile birlikte somut tedbirlere de hükmedilmektedir. Bu durumda adeta tedbir içinde tedbir ortaya çıkmaktadır⁴⁶⁶. Kanun'da her ne kadar alacaklılar dinlenilmeden de karar verilebileceği belirtilmişse de, hükmün bu şekilde

⁴⁶³ Özkes-Erteleme, s. 3257; Yılmaz, Z. S., s. 116.

⁴⁶⁴ Atalay-Erteleme, s. 74.

⁴⁶⁵ Pekcanitez-Erteleme, s. 339, 340; Balcı, Şakir: İflâsın Ertelenmesi, İzmir 2005, s. 273, 274. İflâs istemi ile iflâsın ertelenmesi istemi arasında terdit ilişkisi kuran görüş için bkz. Türk-Borca Batıklık, s. 274.

⁴⁶⁶ Hukukumuzda benzer bir tartışmaya tedbir yargılamasında duruşma yapılmasına karar verildiğinde, tedbir hakkında karar verilene kadar ayrıca bir geçici tedbire hükmedilip hükmedilemeyeceğine ilişkin olarak ortaya çıkmıştır. Bir görüş, örneğin arsaya tecavüz edilerek yapılan inşaatın durdurulması talebini içeren tedbir yargılamasında duruşma safhasının uzunluğu nedeniyle derhal karar verilmesi gereken hâllerde, geçici tedbir yolu ile inşaatın durdurulabileceğini kabul etmektedir. Bu durumda, tedbir yargılaması içinde tedbir kararı verilmektedir (Yılmaz O., s. 52, 53). Aynı bir geçici tedbir kategorisi yaratılmasının karşılıklara yol açacağını savunan diğer bir görüş ise, tedbir yargılamasında, bu türden kararlar alınabileceğini; ancak, bunların da özünde ihtiyatî tedbir kararı olduğunu belirtmektedir. Bu durumda, mahkeme, duruşma yapılmasını gerekli görse bile, önce tedbire hükmedebilir; duruşmadan sonra tedbiri kaldırabilir ya da değiştirebilir (Yılmaz, C. I, s. 892).

anlaşılması gerekmektedir. Menfaatleri zedelenebileceğinden alacaklılar da duruşmaya çağrılmalıdır⁴⁶⁷. Diğer yandan, borca batıklığın tespiti, asıl uyuşmazlığın çözümlenmesi olarak değerlendirildiğinde, bu aşamadan sonra ancak kesin hukukî koruma sağlanabilmelidir. Ayrıca, geçici hukukî koruma ile asıl hukukî koruma arasındaki sıkı ilişki, iflâsın ertelenmesinde bulunmamaktadır⁴⁶⁸.

Biz, iflâsın ertelenmesinin bir geçici hukukî koruma olduğu görüşüne katılıyoruz. Ortaklık, mahkemeye iflâsın ertelenmesini talep edebilmek için değil, asıl olarak iflâsını istemek için borca batıklık bildiriminde bulunmaktadır. Bu nedenle, borçlu, iflâsın ertelenmesinden ziyade asıl olarak iflâsını istemektedir. Diğer yandan, iflâsın ertelenmesi, iflâs talebi olmaksızın müstakilen talep edilemediğinden, kanımızca asıl ya da yardımcı talep şeklinde ileri sürülmemektedir. Zira, terditli taleplerin her biri müstakilen dava edilebilir. Ayrıca iflâsın ertelenmesi, alacaklının borca batıklık nedeniyle açtığı iflâs davasında da gündeme gelebilir. Bu durumda, iflâsın ertelenmesi ile iflâs talebi arasında asıl-yardımcı talep ilişkisi bulunmamaktadır. Davacı alacaklı iflâs talep ederken, davalı borçlu iflâsın ertelenmesini istemektedir.

İflâsın ertelenmesi çekişmesiz yargı işi olarak görüldüğünde, iflâs yargılaması ile iflâsın ertelenmesi arasındaki ilişki Türk Hukuku'nda yeni bir hukukî koruma kategorisi yaratacaktır. İflâs davasında iflâsın ertelenmesi talep ediliyorsa, dava içinde çekişmesiz yargı; borca batıklık bildiriminde bulunuluyorsa çekişmesiz yargı içinde çekişmesiz yargı yargılaması yürütülecektir⁴⁶⁹.

Alacaklılar dinlenilmeden iflâsın ertelenmesine karar verilmemesi gerektiği görüşüne katılmakla beraber⁴⁷⁰, bu gerekçe ile geçici hukukî koruma niteliğinin reddedilememesinin daha uygun olacağı kanaatini taşıyoruz. Geçici hukukî korumalarda da kural, karşı tarafın dinlenilmesi; istisna, talep edenin haklarının derhâl korunmasında zorunluluk bulunan bir hâl var ise (m. 105/II;

⁴⁶⁷ Pekcanitez-Erteleme, s. 337, 338.

⁴⁶⁸ Ermenek, s. 120, 121.

⁴⁶⁹ Deliduman, s. 27, 28. İflâsın ertelenmesinin çekişmesiz yargıya dahil olmadığına ilişkin ayrıca bkz. Toraman, s. 34.

⁴⁷⁰ Aynı yönde bkz. Toraman, s. 37; Arslan-Erteleme, s. 119.

HMKT m. 396/II) hukukî dinlenilme hakkının ertelenmesidir⁴⁷¹. Kanun koyucunun hâkime hukukî dinlenilme hakkını erteleme olanağını vermesi ile bu olanağın kullanılması birbirinden ayrı değerlendirilmelidir. Şayet hâkim, hukukî dinlenilme hakkını erteleyebilme imkânı ile donatılmışsa, prensip itibariyle bir geçici hukukî koruma yargılaması yürütülüyordur. Ancak bu imkânın kullanılmaması, yapılan yargılamanın hukukî niteliğini değiştirmemelidir. Örneğin, asıl dava sonucunu öne çeken ihtiyatî tedbir kararları, karşı taraf dinlenilerek verildiğinde, yapılan yargılama yine bir ihtiyatî tedbir yargılamasıdır.

Yukarıda ifade edildiği gibi, geçici hukukî koruma, ihtiyatî tedbirlerde olduğu gibi asıl talep hakkındaki yargılamaya bağlanmanın ötesinde bir anlama sahiptir. Geçicilik-nihailik ilişkisinin kurulduğu asıl talep hakkındaki yargılamaya bağlanan geçici hukukî korumaların yanında, yalnız geçicilik niteliğinden ötürü geçici hukukî korumanın kapsamına giren, nihaî bir hukukî korumaya bağlanmayan, doğal olarak nihaî hukukî koruma ile sıkı değil, hiçbir ilişkide bulunmayan önlemler de vardır⁴⁷². İflâsın ertelenmesi de bunlardan birisidir.

Geçici hukukî koruma görüşünü savunanların ileri sürdükleri gerekçelerden çalışmamızı en çok ilgilendireni, iflâsın ertelenmesi ile sağlanan hukukî korumanın süre ile sınırlılığıdır. İflâsın ertelenmesi, Kanun tarafından belirli bir süreye bağlandığı gibi, erteleme süresi içinde dahi kaldırılabilir (İİK 179b/IV, V). Yani, iflâsın ertelenmesi, etkileri bertaraf edilebilir, kaldırılabilir bir hukukî koruma sağlamaktadır. Ayrıca, iflâsın ertelenmesinin sonuçları ve alınan önlemlerin hepsi bozucu, ortadan kaldırıcı olabilecek şekilde nihaî değil, geçicidir⁴⁷³. Takipler derdest kalmaya devam etmekte, ortaklığın faaliyeti sürmektedir⁴⁷⁴. İflâsın ertelenmesinden sonra tamamlayıcı merasime başvuru

⁴⁷¹ Guldener, s. 581; Yılmaz-İnsan Hakları, s. 160; Pekcanitez-Hukukî Dinlenilme, s. 764; Yılmaz, C. I, s. 890; Özekes-Hukukî Dinlenilme, s. 214; Alangoya-İhtiyatî Tedbir, s. 343.

⁴⁷² Bkz. yuk. Bölüm I, § 5, II, C

⁴⁷³ Türk-Borca Batıklık, s. 317; Yılmaz, Z. S., s. 116; Deliduman, s. 29.

⁴⁷⁴ Giroud, Roger: Die Konkursöffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, 2. Auflage, Zürich 1986, s. 138; Özekes-Ertelme, s. 3255. Buradan iflâsın ertelenmesinin hiçbir şekilde dava olarak nitelendirilemeyeceği kendiliğinden çıkmaktadır (Muşul-Ertelme, s. 23. Karş. Balcı, s. 276. 12. HD, 1.12.2007, 21028/23320 (Uyar, Talih: İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C.

zorunluluğu bulunmadığından⁴⁷⁵, burada asıl talep hakkında yargılamaya bağlanmayan bir geçici hukukî koruma söz konusudur. Diğer yandan, iflâsın ertelenmesi ileriye etkili olarak kaldırılan bir geçici hukukî korumadır⁴⁷⁶. Örneğin, erteleme kararı ile kayyım atandığında, yönetim kurulunun yetkileri bazen tamamen sona ermektedir. Erteleme kararının kaldırılması ile eski yöneticiler yeniden göreve gelmemektedir.

İflâsın ertelenmesini diğer geçici hukukî korumalardan ayıran ve onu ilginç kılan özelliği, bu karar ile sadece talepte bulunanın değil, süreçten doğrudan ya da dolaylı etkilenen pek çok kişinin korunmasına hizmet edilmesidir. Öncelikle ortaklığın cebri yoldan tasfiyesine engel olunur⁴⁷⁷. Tasfiye edilme ile karşılaştırıldığında, ortaklığın kavuşturulduğu hukukî durum, hukukî koruma elde ettiğini göstermektedir. İflâsın ertelenmesi sayesinde ortaklığın iyileştirilmesi yolu açılır. Bu sayede, aslında -tıpkı asıl davada karar verilene kadarki dönemde olduğu gibi- borca batıklığın hâkim olduğu ara dönemin aşılmasına hizmet edilir. Erteleme sonunda borca batıklık sona ermişse, ortaklık, iflâstan kurtulmuş olarak ticaret hayatına devam edecektir. Bu ihtimalde ortaklık, hem iflâstan hem de borca batıklıktan kurtulmakla geçici bir hukukî koruma elde etmiş olmaktadır. İflâsın ertelenmesi, alacaklılar için de bir geçici hukukî korumadır. Borca batık bir ortaklığa karşı alacağını elde etmek isteyen çok sayıda alacaklı rekabet ortamına gireceklerdir. Ancak bu rekabet, alacaklılar arasında eşitsizliğe yol açma tehlikesini barındırdığı gibi⁴⁷⁸, ortaklığın malvarlığının dağılması sonucunu da ortaya çıkarabilir. İflâsın ertelenmesi kararı ile tıpkı diğer muhafaza tedbirlerinde olduğu gibi ortaklığın malvarlığının dağılmasının önüne geçilerek hem alacaklıların hem de ortaklığın geçici olarak korunması sağlanır⁴⁷⁹.

X, 2. Baskı, Ankara 2009, s. 15711, 15712); 19. HD, 4.3.2008, 1120/4000 (MİHDER 2009/1, s. 119).

⁴⁷⁵ Deliduman, s. 29 dn. 104.

⁴⁷⁶ "(...) şirket, tekrar iflâsın talep edilmesinden önceki normal durumuna döner". (Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s. 535).

⁴⁷⁷ 19. HD, 7.4.2005, 448/3753 (Muşul-Erteleme, s. 17). İflâs kararının askıda kaldığına ilişkin değerlendirme için bkz. Ermenek, s. 113.

⁴⁷⁸ BGE 101 III 99 s. 106.

⁴⁷⁹ Türk-Borca Batıklık, s. 318; Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s. 512, 513; Toraman, s. 37; Muşul-İcra ve İflâs, s. 1024, 1025; Ermenek, s. 123. BGE 99 Ia 10 s. 15. Karş. Giroud, s. 106, 107.

Malvarlığının muhafazası ise, aslında asıl talep olan iflâs da korunur. Çünkü iflâs, kişinin malvarlığının alacaklıların alacaklarına adil bir şekilde kavuşturan bir tasfiye şeklidir. İflâsın ertelenmesi ile hemen tasfiyeye başlanılmasının yaratacağı adaletsiz sonuçlar bir bakıma giderilir. İflâsın ertelenmesini talep hakkının alacaklılara da tanınmasının temelinde de bu düşünce yatar.

İyileştirme tedbirleri kapsamında, yeniden yapılandırma projesinin hazırlanmış olması ya da görüşmelerin sürmesi, hâkimde iyileşme ümidi kanaatini oluşturabilecek bir durumdur⁴⁸⁰. Böyle bir kanaatle erteleme kararı verilmesinde, geçici hukukî koruma niteliği somutlaşmaktadır. Mahkeme, şirketin iyileşmesine ve alacaklıların korunmasına yönelik tedbirler alarak yeniden yapılandırma projesinin sonuçlanmasına kadar iflâsı erteler. Bu ihtimalde, erteleme, yeniden yapılandırmanın tasdikine kadar ara dönemin aşılması işlevi görür.

İflâsın ertelenmesi, bir ihtiyatî tedbir değildir. Zira, iflâsın ertelenmesine yalnız çekişmesiz yargı şeklinde incelenen iflâs talebi ya da iflâs davası içinde hükmedilebilir. Bu bakımdan, iflâsın ertelenmesinde, ihtiyatî tedbirlerin temel özelliği olan tamamlayıcı merasime başvuru çerçevesinde ayrı bir dava açılması söz konusu değildir⁴⁸¹.

İflâsın ertelenmesi, iflâsın derhal açılmasının durdurulması⁴⁸², iflâsın ötelenmesi, yani alacaklıların alacağına kavuşacakları tasfiyenin engellenmesidir, daha doğru bir ifade ile iflâsın geri bırakılmasıdır⁴⁸³. Bu anlamda, iflâsın ertelenmesi, cüzi icradaki pek çok geçici hukukî koruma önlemine benzemektedir. Örneğin, iflâsın ertelenmesi, takipten önce açılan menfi tespit davasında takibin yapılmamasına ilişkin geçici hukukî korumaya benzemektedir⁴⁸⁴. Menfi tespit davasında elde edilecek geçici hukukî koruma ile alacaklıların cüz'i icra yolu ile; iflâsın ertelenmesinde ise külli icra yolu ile alacaklarını elde etmeleri engellenmektedir. Terminolojik olarak iflâsın

⁴⁸⁰ Atalay-Erteleme, s. 111; Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s. 523.

⁴⁸¹ Yılmaz, Z. S., s. 117; Atalay-Erteleme, s. 75, 76; Muşul-Erteleme, s. 20.

⁴⁸² Giroud, s. 105; Özbek-Erteleme, s. 23. İflâsın yasaklanması değerlendirmesi için bkz. Toraman, s. 34.

⁴⁸³ Türk-Borca Batıklık, s. 335.

⁴⁸⁴ Bu konuda bkz. yuk. Bölüm II, § 7, I, C, 1, b, (1).

ertelenmesi, geçici hukukî koruma yönünü daha ön plana çıkaracak şekilde aslında iflâsın geri bırakılması şeklinde de kavramlaştırılabilir.

Uygulamada iflâsın ertelenmesi talebi incelenirken geçici olarak kayyım atanması, takiplerin durdurulması gibi bazı geçici önlemlere hükmedilmektedir. Hatta bu önlemler ihtiyatî tedbir adı altında nitelendirilmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, buradaki önlemler, yukarıda Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’muzda düzenlenen özellikleri taşımadığından teknik anlamda ihtiyatî tedbir değildir. İlk bakışta bu önlemler, iflâsın ertelenmesi incelemesine bağlı olarak değerlendirilebilir. Bu durumda, geçici hukukî koruma içinde geçici hukukî koruma gibi bir durumla karşılaşılacaktır. Zira, ihtiyatî tedbir denilen önlemler sanki asıl talep olan iflâsın ertelenmesini öne çekmektedir. Doktrinde de bazı yazarlar, geçici hukukî koruma yargılamasında ön (ihtiyatî) tedbirlere karar verilebileceğini belirtmektedirler⁴⁸⁵. Yargıtay da bu görüşe uygun kararlar vermektedir⁴⁸⁶. Halbuki, bu önlemlerin dayanağı, iflâsın ertelenmesi değil, iflâs davası ya da borca batıklık bildirimini bağlamında iflâs talebidir. Yani, iflâsın ertelenmesi ile erteleme kararı öncesinde alınan geçici hukukî koruma niteliğindeki önlemler birbirinden bağımsızdır. İflâsın ertelenmesi öncesindeki geçici hukukî korumalar, doğrudan iflâs yargılaması ile ilişkilendirildiğinde, karşımıza iflâs talebi incelenirken gündeme gelen muhafaza tedbirleri (İİK m. 159) çıkar. Muhafaza tedbirleri, alacaklıların olası iflâs tasfiyesinde alacaklarını en etkin şekilde tahsil edebilmeleri için, iflâsın açılmasından önce borçlunun malvarlığının dağılmasına engel olmayı amaçlar. Muhafaza tedbirleri, münferiden alacaklıların değil, bütün alacaklıların alacaklarının en yüksek

⁴⁸⁵ Türk-Borca Batıklık, s. 311; Altay, N. 339; Özekes-Erteleme, s. 3272; Atalay-Erteleme, s. 122; Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s. 524; Muşul-İcra ve İflâs, s. 1049; Arslan-Erteleme, s. 121, 122; Ermenek, s. 238, 239; Karşlı-İflâsın Ertelenmesi, s. 278, 279. Bu son yazar, ihtiyatî tedbir kararı ile iflâsın ertelenmesinin amaçladığı sonuçların davacıya sunulmaması gerektiği; ancak, diğer yandan da şartlar tahakkuk ettiği hâlde tedbir kararının geciktirilmesinin de doğru olmadığı kanaatindedir. Özetek, bu türden ihtiyatî tedbir kararlarının maddî hukuk alanında sonuç doğuracak nitelikte ve içerikte olmaması gerektiği görüşündedir. Bu nedenle, protestonun, hesap kat’ının durdurulmasına karar verilemez (Özetek-İhtiyatî Tedbir, s. 408).

⁴⁸⁶ “...mahkemece icra takiplerinin ihtiyatî tedbir yolu ile durdurulmasına karar verildiğinden alacaklıların yapmış olduğu şikâyete konu takiple ilgili olarak durma kararı vermek gerekirken somut olayda uygulanma yeri bulunmayan İİK. m. 179/b maddesi uyarınca takibin iptaline karar verilmesi isabetsizdir.” 12. HD, 6.11.2008, 15984/19422 (İBD 2009/2, s. 886); 12. HD, 1.12.2007, 21028/23320 (Uyar, C. X, s. 15711, 15712); 12. HD, 5.5.2008, 7251/9478 (Uyar, C. X, s. 15689).

düzeyde karşılanmasına yönelik menfaatlerini karşılar⁴⁸⁷. Geçici kayyım atanması, takiplerin durdurulması gibi önlemler de borçlunun malvarlığının korunmasına hizmet eder. Bunun bir sonucu olarak, kanun koyucu muhafaza tedbirlerinin icra takiplerine engel olmayacağını ifade ederek (İİK m. 159/III) takiplerin durdurulmasının bir muhafaza tedbiri olduğunu benimsemiş, ancak bu geçici hukukî korumayı yasaklama yoluna gitmiştir. Bu nedenle, uygulamanın ve doktrinin iflâsın ertelenmesini öne çekme sonucunu verdiği ve tedbir diye isimlendirdiği kararların hukukî niteliğinin muhafaza tedbiri olarak belirlenmesi gerekir⁴⁸⁸. Ayrıca, iflâsın ertelenmesinin, asıl yargılamanın (iflâs davası ya da çekişmesiz yargı işi) bağımsız olmayan bir yan yargılaması niteliğinde olması, iflâsın ertelenmesi ile erteleme öncesindeki önlemlerin birbirinden bağımsız olduğuna ilişkin görüşümüzü desteklemektedir. Zira, ön tedbir, ya iflâsın ertelenmesine veya iflâs davasına ya da talebine bağlanacaktır. İflâsın ertelenmesi, bağımsız bir yargılama olmadığına göre, ön tedbir olarak adlandırılan geçici hukukî korumaları, 159. madde anlamında muhafaza tedbiri olarak nitelendirmek daha yerinde olacaktır.

Meselenin uygulamayı meşgul eden esas yönü, geçici hukukî koruma yolu ile takiplerin geçici olarak durdurulmasına karar verilip verilemeyeceğidir. Takiplerin durdurulmasının hukukî niteliği, görüşümüze göre İcra ve İflâs Kanunu'nun 159. maddesi anlamında muhafaza tedbiri olarak belirlendiği vakit, aynı maddenin 3. fıkrası gereğince takiplerin durdurulmasına karar verilemeyecektir. Kanun koyucu bu hükümlerle bir geçici hukukî koruma yasağı getirmiştir. Buna karşılık, buradaki geçici hukukî koruma, iflâsın ertelenmesi çerçevesinde bir ön tedbir olarak değerlendirildiği takdirde bu önlemler İcra ve İflâs Kanunu'nun 159. maddesinin 3. fıkrasına takılmaksızın caiz sayılacaktır. Takiplerin durdurulması sağlanmadığı takdirde ortaklığın mallarının ara

⁴⁸⁷ Postacioğlu-İflâs, s. 30; Kuru-El Kitabı, s. 968; Gürdoğan-İflâs, s. 37; Kuru/Arslan/Yılmaz-İcra, s. 477; Taş-Korkmaz, s. 29; KUKO SchKG-Diggelmann/Müller, Art. 170 N. 1; Yılmaz, C. I, s. 804, 805; Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s. 488; Özkök, s. 6; Muşul-İcra ve İflâs, s. 1104; Aşık/Eruygur, s. 115. Muhafaza tedbirlerinin, alacaklılar arasında eşitliği sağlama amacının bulunmadığına ilişkin karşı. Üstündağ-İflâs, s. 37.

⁴⁸⁸ *Ermenek* haklı olarak, iflâsın ertelenmesi talebi ile iflâsın ertelenmesi kararı arasında muhafaza tedbirlerinin ayrıca düzenlenmemiş olmasını, hâkimin zaten İİK m. 159'a göre gerekli muhafaza tedbirlerini alma yetkisine sahip olması ile açıklamaktadır (s. 122).

dönemde satılma tehlikesinin iyileşmeyi imkânsız kılabilceği bir gerçektir⁴⁸⁹. Kanımızca, geçici hukukî koruma içinde geçici hukukî koruma şeklinde bir kategori yaratmak yerine, takiplerin durdurulmasına yasak getiren 159. maddesinin 3. fıkrasının Anayasa'ya uygunluğu sorgulanmalıdır. Yukarıda ayrıntılarıyla tartışıldığı üzere etkin hukukî koruma garantisinin sonucunda geçici hukukî koruma anayasal temele sahip bir müessesedir ve kanunla yasaklanamaz⁴⁹⁰. Takiplerin durdurulmasına yasak getirilmekle alacaklı-borçlu arasındaki menfaat dengesi tamamen alacaklılar lehine bozulmakta, bunun sonucunda hukukî koruma garantisinin etkinliği önemli ölçüde zedelenmektedir. Halbuki, geçici hukukî koruma yasağı getirmek, tarafların menfaatlerinin baştan kanun koyucu tarafından tartışılması anlamına gelmektedir. Geçici hukukî korumaya izin verildiği takdirde, hâkime, takiplerin durdurulmasının alacaklılara vereceği zarar ile durdurulmamasının ortaklığın iyileştirilmesini ne yönden zorlaştıracağını tartma görevi verilecek, böylelikle somut olay adaleti sağlanabilecektir. Bu gerekçelerle, kanımızca İcra ve İflâs Kanunu'nun 159. maddesinin 3. fıkrasındaki takiplerin durdurulmasına ilişkin geçici hukukî koruma yasağı, Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır. Anılan yasak Anayasa'ya aykırı bulunup iptal edildiğinde, takiplerin durdurulması için geçici hukukî koruma içinde geçici hukukî koruma şeklinde ayrı bir kategori yaratmaya gerek kalmayacak, zaten hukukî niteliği muhafaza tedbiri olan bu geçici hukukî koruma, gerçek karakterine kavuşacaktır.

Olan hukuk bakımından ise, iflâsın ertelenmesinin borca batıklığa dayanılarak yürütülen iflâs yargılamasında gündeme geldiği dikkate alınmalı⁴⁹¹, hüküm daraltıcı yoruma tâbi tutulmalıdır. Gerçekten, alacaklılar arasında eşitlik borca batıklıkta, diğer iflâs nedenlerinden farklı olarak ticaret mahkemesine başvurulmasından itibaren sağlanmaya çalışılır. Borca batıklıkta takiplerin durdurulması yolu ile, deyim yerindeyse elini çabuk tutan alacaklının alacağını tahsil etmesi, diğerlerinin iflâs tasfiyesi sonunda yapılacak ödeme ile yetinmelerinin yaratacağı eşitsizlik önlenmeye çalışılır. Bu farklılık, İcra ve İflâs

⁴⁸⁹ Atalay-Erteleme, s. 122; Özbek-İhtiyati Tedbir, s. 412.

⁴⁹⁰ Bkz. yuk. Bölüm I, § 4, I, C.

⁴⁹¹ Ermenek, s. 239.

Kanunu'nun 159. maddesinin 3. fıkrasının contra legem yorumla borca batıklığa dayalı iflâs yargılamalarında uygulanmaması sonucunu doğurmalıdır⁴⁹².

İflâsın ertelenmesi ile erteleme tedbirleri de ikincisi ilkinin varlığını şart koşan, ancak birbirinden kısmen bağımsız geçici hukukî korumalardır⁴⁹³. İflâsın ertelenmesi iflâsın açılmasına engel olması bakımından, erteleme tedbirleri ise ortaklığın malvarlığının korunmasına yönelik geçici hukukî koruma sağlar. Nitekim İsviçre Hukuku'nda iflâsın ertelenmesi kararının SchKG Art. 174'e göre istinafa, diğer tedbirlerin ise kantonal hukukî çarelere göre denetime tâbi olduğu kabul edilmektedir⁴⁹⁴.

İflâsın ertelenmesini geçici hukukî koruma önlemi olarak nitelendiren yazarlar arasında, müessesenin, ortaklıklar hukukuna özgü mü, yoksa iflâs hukukuna özgü bir geçici hukukî koruma olduğu noktasında görüş ayrılığı vardır⁴⁹⁵. Kanımızca, burada bir ayırım yapılmalıdır. İflâsın ertelenmesi, borçlunun borca batıklık bildirimi ve iflâs talebi ile birlikte isteniyorsa, ortada bir çekişmesiz yargı işi vardır. Bu durumda, erteleme kararı, çekişmesiz yargıda geçici hukukî koruma olarak nitelendirilmelidir⁴⁹⁶. Şayet iflâsın ertelenmesi, alacaklının açtığı iflâs davasında borçlu tarafından talep edilmişse, dava içinde bir geçici hukukî koruma ile karşı karşıya kalınacaktır. İşte doktrindeki tartışmada ancak bu ihtimalde değer kazanacaktır. Kanımızca, iflâsın ertelenmesini iflâs ya da ortaklıklar hukukuna özgü geçici hukukî koruma olarak

⁴⁹² İİK m. 159/III'ün lafzı karşısında takiplerin durdurulmasına karar verilemeyeceğine ilişkin karşı yönde görüş için **Kuru-İflâsın Ertelenmesi**, s. 304.

⁴⁹³ **Yılmaz** da iflâsın ertelenmesi ile karar verilebilecek geçici hukukî korumalardan söz etmektedir (**Yılmaz, Z. S.**, s. 103 vd). **Ermenek** ise, iflâsın ertelenmesi kararının içinde birçok unsuru birandıran kümülatif bir karar olduğu görüşündedir (s. 126).

⁴⁹⁴ **Schmid, Markus: Überschuldung und Sanierung**, Freiburg 1984, s. 59; **Giroud**, s. 151, 152, 153.

⁴⁹⁵ **Atalay**'a göre geçici hukukî koruma şirketler hukukuna özgüdür (**Atalay-Ertelme**, s. 73). **Özekes**'e göre ise geçici hukukî koruma, iflâs hukukuna ilişkindir (**Özekes-Ertelme**, s. 3256, 3258. Aynı yönde bkz. **Yılmaz, Z. S.**, s. 115; **Muşul-Ertelme**, s. 18, 25; **Muşul-İcra ve İflâs**, s. 1024, 1025). **Ermenek**, yargılama hukuku karakterinin ön planda olduğunu belirterek iflâsın ertelenmesinin ortaklıklar hukukuna özgü geçici hukukî koruma değerlendirmesini eleştirmektedir (s. 121, 122). Yargıtay, iflâsın ertelenmesini ortaklıklar hukukuna özgü geçici hukukî koruma olarak nitelendirmektedir, bkz. 12. HD, 11.10.2005, 13446/19586 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁹⁶ **Atalay, Oğuz: İİK'da İflâs Hukukuna İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi** (Değişiklikler), **Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı – IV**, Ankara 2006, s. 272. Ayrıca bkz. **Atalay, Oğuz: Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı – IV Tartışmalar** (Tartışmalar), Ankara 2006, s. 199, 200.

nitelendirmek yanlış değildir. İflâsın ertelenmesinin ortaklıklar hukukuna özgülenmesi bağlamında, müessese her ne kadar İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenmişse de, henüz ortada bir iflâs tasfiyesine başlanmadığı; bilakis geçici hukukî koruma kararı ile tasfiyenin önlendiği söylenebilir. Ancak nasıl ki, iflâs davasına bakan mahkeme dava devam ederken aldığı muhafaza tedbirleri ile doğrudan tasfiye aşamasına yönelik geçici hukukî koruma sağlıyorsa, yine iflâs davası içinde hükmedilen bir geçici hukukî koruma ile tasfiyenin durdurulması hedeflenmektedir. Ayrıca, iflâs davası da geniş anlamda iflâs prosedürünün içindedir ve dava içinde alınan geçici hukukî korumalar iflâs hukukunun kapsamına dahildir⁴⁹⁷.

İflâsın ertelenmesinin ortaklıklar hukukuna özgülenmesi de yanlış olmayacaktır. Şu hâlde, olsa olsa müessesesinin her iki hukuk dalı içinde baskın olan yanı tespit edilebilir. Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir içtihadı meseleye ışık tutabilir. İçtihadı konu olan olayda davacı, hâkime karşı tazminat davası açarak haksız yere iflâsın ertelenmesi kararı verilmesi nedeniyle iflâsın geç açılmasından doğan zararlarının tahsilini istemiştir. Federal Mahkeme, hâkime iflâsın ertelenmesi ile getirilen ödevlerin temelinde maddî hukukun - ortaklıklar hukuku- yattığını tespit etmiştir. Sorumluluğun oluşup oluşmadığı tespit edilirken hâkimin takip hukukundan ziyade, ortaklıklar hukuku ile ilgili incelemedeki hukuka aykırılığı vakıa temeli olarak esas almalıdır⁴⁹⁸. Biz de bu haklı tespiti takip ederek iflâsın ertelenmesinin hem iflâs hukukuna hem de ortaklıklar hukukuna özgü bir geçici hukukî koruma olduğu, ancak ortaklıklar hukuku yönünün daha ağır bastığı kanaatine ulaşıyoruz⁴⁹⁹.

Diğer geçici hukukî korumalar gibi iflâsın ertelenmesi de tehlikeli hâl olgusu ve menfaat dengesi üzerine inşa edilmiştir. İflâs, ortaklık bakımından gecikmesinde tehlike olan bir hâldir. İflâsın ertelenmesinde de tehlikeli hâlin varlığının tespiti için ilgililerin menfaatleri tartılır, ortaklığın menfaati ağır basıyorsa iflâsın ertelenmesine karar verilir. Ortaklığın iflâsa hükmedilmesi

⁴⁹⁷ Özekes-Erteleme, s. 3255.

⁴⁹⁸ BGE 127 III 374 s. 379.

⁴⁹⁹ Toraman, s. 34. *Deliduman* da iflâsın ertelenmesinin ortaklıklar ve iflâs hukukunun iç içe geçmiş özelliklerini bünyesinde barındırdığını ifade etmektedir (s. 30).

durumunda tasfiye edilmesi tehlikesinin karşısında⁵⁰⁰, alacaklıların erteleme kararından ötürü iflâsın derhal açılmasına göre alacaklılarının daha azına kavuşmaları yer almaktadır⁵⁰¹. Alacaklıların, erteleme kararından sonra daha az tatmin edilmeleri, iflâsın açılmasına nazaran daha büyük bir tehlikedir. Alacaklıların durumunun kötüleşmesi, tehlikeli hâl kapsamında menfaatlerin tartıldığı terazinin alacaklılardan yana ağır basmasına yol açar. Bu durumda, iflâsın ertelenmesi talebinin reddedilmesi gerekir⁵⁰².

D. Çekişmesiz Yargıdaki Geçici Hukukî Korumalar

Geçici hukukî koruma ilk etapta sübjektif hak çekişmesi içindeki iki hukuk süjesi arasında cereyan eder. Bunun yanında, prensip itibariyle sübjektif hakkın gerçekleştirilmediği çekişmesiz yargı işlerinde de yargılama sona erene değin, telafisi kolaylıkla mümkün olamayacak zararların önlenmesi ya da durdurulması için geçici hukukî korumaya ihtiyaç duyulabilir.

Çekişmesiz yargıda geçici hukukî korumalar çoğu zaman maddî hukukta düzenlenmektedir. Örneğin, Türk Medenî Kanunu'nun 420. maddesine göre vasi atanmasına ilişkin yargılama devam ederken hâkim geçici önlemler alabilir. Zira, henüz bir mahkeme kararı ile kişinin ehliyeti kısıtlanmadığından, kendisine müdahale edilmesi mümkün olamayacaktır. Buradaki geçici önlemlerin alınabilmesi için de, hâkimin vesayet sebeplerinin ve gecikmesinde tehlike olan bir hâlin varlığına yaklaşık ispat seviyesinde kâni olması gerekir⁵⁰³. Kendisine vasi atanması talep edilen, resmi bir sağlık kurumunda korumaya alınabilir, malvarlığı emniyet altına alınabilir. Önlemler içinde en yoğun müdahale, kişinin

⁵⁰⁰ Deliduman, s. 30.

⁵⁰¹ *Ermenek*'e göre ise iflâsın ertelenmesinde, alacaklıların, borçluların ve kamunun menfaatleri bir çatışma hâlinde değildir. Borçlunun malvarlığının korunması ve malî durumunun iyileştirilmesinde bütün grupların menfaatleri vardır (s. 120). Kanımızca, alacaklıların alacaklarını iflâsın ertelenmesi kararından sonra, iflâsın açılmasına nazaran daha az elde edecek olmaları, ortaklık ile alacaklılar arasında bir menfaat çatışmasını ortaya çıkarmaktadır.

⁵⁰² Doktrinde alacaklılarının haklarının korunması, iflâsın ertelenmesinin maddî koşulları arasında değerlendirilmektedir (Giroud, s. 107; Üstündağ-İflâs, s. 62; Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özkes, s. 524; Pekcanitez-Ertelme, s. 331; Muşul-İcra ve İflâs, s. 1025; Karşı-İflâsın Ertelenmesi, s. 275. Karş. Türk-Borca Batıklık, s. 326, 327; Toraman, s. 211, 212; Ermenek, s. 221, 222; Deliduman, s. 55). Kanımızca bu koşul, esas itibariyle geçici hukukî korumada tehlikeli hâlin varlığı bağlamında incelenmektedir.

⁵⁰³ Öztan, s. 783.

fiil ehliyeti kısıtlanarak kendisine bir temsilci atanmasıdır⁵⁰⁴. Bu ihtimalde, aslında çekişmesiz yargı işi sonunda kişiye vasi atanması ile aynı hukukî duruma ulaşılmakta, asıl talep sonucu tamamen öne çekilmektedir⁵⁰⁵. Bu nedenle, vasi atanmasını gerektirecek tehlikeli hâlin varlığının ispatında daha sıkı davranılmalıdır⁵⁰⁶. Bütün geçici hukukî korumalarda olduğu gibi burada da oranlılık ilkesi dikkate alınmalı, durumun gereklerine en çok uygun önlem seçilmelidir. Gecikmesinde tehlike olan bir hâl var ise, istisnaen kendisine vasi atanması istenilen kişi dinlenilmeden de geçici önlemler alınabilir. Ancak burada da hukukî dinlenilme hakkından tamamen vazgeçilmemektedir. Yokluğunda önlem alınan kişi, çekişmesiz yargı işi sona ermeden alınan önlem hakkında dinlenilmelidir.

Çekişmesiz yargı işlerindeki geçici önlemler, ihtiyatî tedbir şeklinde nitelendirilmemelidir. Çünkü buradaki geçici önlemler, ihtiyatî tedbirlerin karakteristik özelliklerini taşımamaktadır⁵⁰⁷. İhtiyatî tedbir yargılamasına prensip itibariyle bir maddî hukuk talebi esas teşkil etmektedir. Geçici olarak güvence altına alınacak ya da ifa edilecek talep taraflar arasında çekişmelidir. Bu nedenle, tedbir yargılaması özünde çekişmeli yargıya dahildir⁵⁰⁸. Çekişmesiz yargıdaki geçici hukukî korumalarda, yargılamanın türü itibariyle taraflar arasında çekişme mevcut değildir. İhtiyatî tedbirin konusu bir hakkın icrasını korumak iken, çekişmesiz yargıdaki geçici hukukî korumalarda bir hukukî durumun ya da ilgililerin korunması söz konusudur⁵⁰⁹.

⁵⁰⁴ Belgesay-Şerh, 3. Bası, N. 263; Ansay-Yargılama, s. 197; Postacıoğlu-USul, s. 492; Taş-Korkmaz, s. 20,21. Yılmaz da, bu türden önlemleri geçici hukukî koruma kapsamında değerlendirmektedir (Yılmaz, C. I, s. 690).

⁵⁰⁵ Kuru, C. IV, s. 4315. Geçici önlem olarak atanan temsilcinin görevinin vasi ile aynı olduğuna ilişkin bkz. Öztan, s. 784.

⁵⁰⁶ CHK-Roelli/Meuli-Lehni, Art. 386 N. 5; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 391. Kendisine vasi atanması istenilen kişinin kişiliğine veya malvarlığına yönelik tehlikeler, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 103. maddesi anlamında "mühim bir zarar olacağı anlaşılan hâli" karşılamaktadır. Alman Hukuku bakımından bu yönde bkz. Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 940 N. 12.

⁵⁰⁷ Alman Hukuku'nda ihtiyatî tedbirler (entsweilige Verfügung) ile çekişmesiz yargıdaki geçici önlemler (einstweilige Anordnung) arasında kategorik bir ayırım mevcuttur. Bunun sonucunda, çekişmesiz yargıda geçici önlemler yerine, ihtiyatî tedbir istenirse, talep reddedilmektedir (Brehm, N. 330). Türk Hukuku'nda böyle bir kategorik ayırım yerleşmediğinden, aynı sonuca varmak yerinde olmayacaktır.

⁵⁰⁸ Ercan-İhtiyatî Tedbir, s. 9. Bu konuda ayrıca bkz. yuk. Bölüm I, § 5, III.

⁵⁰⁹ Berger/Keller, Kap. 13 N. 1, 2.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 395. maddesinin 2. fıkrasında tehlikeli hâli (tedbir sebebi) düzenleyen birinci fıkra hükmünün niteliğine uygun düştüğü ölçüde çekişmesiz yargı işlerinde de uygulanacağı şeklinde bir hüküm sevk edilmiştir. Böyle bir düzenleme çekişmesiz yargıdaki geçici hukukî korumaları ihtiyatî tedbir olarak nitelendirmek için öngörülmemiştir. Dikkat edilirse, yalnız tedbir sebebine atıf yapılmış, ayrıca “niteliğine uygun düştüğü ölçüde” şeklinde bir kayıt konarak çekişmesiz yargıdaki geçici hukukî korumaların ihtiyatî tedbirlerden farklılık arz edebileceği kabul edilmiştir.

Hukukî niteliği çekişmesiz yargı olup uygulamada en sık karşılaşılan işlerden birisi mirasçılık belgesi düzenlenmesidir. Alman Hukuku'nda bu yargılama devam ederken, acele bir hâl söz konusu ise, geçici olarak mirasçılık belgesi düzenlenip ilgiliye verilip verilemeyeceği sorusu üzerinde durulmuştur. Mirasçılık belgesinin kendiliğinden araştırma ilkesi çerçevesinde miras bırakanın bütün akrabalık ilişkileri ile ölüme bağlı tasarrufları ve bunların geçerliliği incelenerek, hatta tasarruflar yoruma tâbi tutularak düzenlendiği, bu nedenle yargılama devam ederken mirasçılık belgesinin geçici olarak ilgiliye verilemeyeceği prensip olarak kabul edilmektedir⁵¹⁰. Ancak uygulama, Türk Hukuku'na da örnek olacak şekilde çözümü kolay olmayan işlerde hâkimin terekeye ilişkin incelemelerini tamamlamasından sonra istisnaen verilebilecek bir “ön belge”⁵¹¹ geliştirmiştir⁵¹². Ön belge için, ya iki farklı vasiyetname nedeniyle iki ayrı kişinin mirasçılık belgesi için müracaat etmesi ya da talebin esasının karmaşık olması gerekir. Ön belge, vasiyin bir hukukî işlem için izin talebinde, vasiyeti yerine getirme belgesi düzenlenmesi yargılamalarında da uygulama alanı bulmaktadır. Özel surette gerekçelendirilmiş ara kararlar, belirli bir süre içinde ön belgeye karşı şikâyete başvurulmazsa ön belgeye hakiki mirasçılık belgesi niteliği verilmesi de mümkündür⁵¹³. Ayrıca, mirasçılık belgesinin düzenlenmesinden sonra diğer mirasçılar itiraz ederler ve gecikmesinde tehlike olan bir hâli yaklaşık ispat seviyesinde ispat ederlerse, mirasçılık belgesinin

⁵¹⁰ Berger/Keller, Kap. 13 N. 4.

⁵¹¹ Vorbescheid.

⁵¹² Berger/Keller, Kap. 13 N. 6.

⁵¹³ Habscheid-Freiwillige Gerichtsbarkeit, s. 174; Brehm, N. 327.

yargılama sona erene kadar mahkemeye iadesine karar verilebilir⁵¹⁴. Yine, mirasçılık belgesinin gerçeği yansıtmaması tehlikesi mevcutsa, bu belge kendisine verilene geçici olarak ibraz etmemesi ya da kullanmaması mükellefiyeti getirebilir⁵¹⁵.

Çekişmesiz yargıda geçici hukukî korumanın uygulama alanı bulabileceği diğer bir nokta, çocuğun korunması önlemleri ile ilgili çekişmesiz yargı işleridir (TMK m. 346, 347). Bu türden yargılamalar devam ederken gecikmesinde tehlike olan bir hâl varsa geçici önlemlere hükmedilebilir. Bu çerçevede, anne babanın velayetine geçici olarak son verilebilir, anne baba çocuğun menfaati için bir irade açıklamasında bulunmaktan kaçınıyorlarsa hâkim geçici hukukî koruma kararı ile bunu ikâme edebilir, çocuğun kaçırılması söz konusu ise bir işin yapılmamasına -örneğin yurt dışına götürülmemesine- karar verilebilir⁵¹⁶.

Nihayet, kıymetli evrak hukukunda senedin iptali yargılaması devam ederken, poliçede kabul edenin, bonoda senedi tanzim edenin senet bedelini tevdi etmesine karar verebileceği gibi, teminat karşılığında senet bedelinin ödenmesine de karar verilebilir (TTK m. 677)⁵¹⁷. Burada da çekişmesiz yargı işinde geçici hukukî koruma söz konusudur. Senet bedelinin ödenmesi eda (ifa) etkisi doğursa da, eda tedbiri olarak nitelendirilemez. Çünkü tarafın bile yer almadığı çekişmesiz yargı işinde, poliçeyi kabul edenin veya bonoda senedi tanzim edenin aleyhine karar verilmektedir.

E. Delil Tespiti

Delil tespitinde bir iddianın delili olabilecek hususlar dava açılmasından önce veya dava devam ederken güvence altına alınır. Bu tanıma göre delil tespitinde de geçici hukukî korumanın bir tehlikeyi önleme ya da durdurma amacı mevcuttur. Gerçekten, delil tespiti talebinin kabul edilebilmesi için, bir önlenmesi ya da durdurulması gereken bir tehlike mevcut olmalıdır. Hukuk

⁵¹⁴ Berger/Keller, Kap. 13 N. 6.

⁵¹⁵ Brehm, N. 603.

⁵¹⁶ Alman Hukuku için bkz. FamFG § 157.

⁵¹⁷ Benzer bir düzenleme Alman Poliçe Kanunu m. 90/I ile Çek Kanunu m. 59/I'de yer almaktadır. Her iki düzenlemede senedin iptalini isteyen yalnız ifayı talep etme hakkı tanınmıştır.

Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, delilin hemen tespit edilmemesi hâlinde kaybolacak olmasını ya da ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimalini tehlikeli hâl olarak somutlaştırmıştır (HMKT m. 404/II).

Ayrıca, talepte bulunanın korunması zaruri görülen hâllerde veya acele bir durum söz konusu ise, karşı taraf dinlenilmeden delil tespiti kararı verilip yine karşı tarafa haber verilmeksizin yerine getirilebilir (m. 372/I, c. 2). Ancak her halukârda delil tespiti tutanağının bir örneği karşı tarafa tebliğ edilir ve karşı taraf da delil tespitine itiraz edebilir (m. 372/II, m. 373). Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda da talep sahibinin haklarının korunması bakımından zorunluluk bulunan hâllerde, hukukî dinlenilme hakkı ertelenerek delil tespitinin icrası kuralı sürdürülmüştür (HMKT m. 407).

Delil tespiti yargılaması ve delil tespitinin icrasının kesin, bağlayıcı yönü yoktur. Örneğin, hâkim, delil tespiti yolu ile alınan bilirkişi raporuna aykırı karar verebilir⁵¹⁸. Bu yolla tarafa delillerin incelenmesine kadar bir hukukî koruma sağlanır. Hukukî korumanın etkisi, dava sonunda bertaraf edilebilir. Bu açıdan, delil tespiti genel anlamda bir geçici hukukî koruma olarak nitelendirilebilir⁵¹⁹. Diğer yandan, delil tespitinde de bir tehlikenin önlenmesi söz konusudur. Nitekim, Kanun, bu tehlikeyi, “delillerin ileride zâyi olması veya ikamesinde müşkilat tasavvur edilmesi” ihtimali şeklinde açıklamıştır (m. 369).

Delil tespiti ile ihtiyatî tedbir arasında koşulları, izlenen prosedür ve sonuçları bakımından esaslı farklılıklar vardır. Bu nedenle, delil tespiti ihtiyatî tedbir şeklinde nitelendirilemez⁵²⁰. Delil tespiti, hukukî korumanın konusu itibariyle ihtiyatî tedbirden ayrılmaktadır. İhtiyatî tedbirde, tarafların hakka derhal kavuşamamalarından ötürü oluşan tehlikelere karşı doğrudan uyumsuzluk

⁵¹⁸ **Postacıoğlu-Usul**, s. 499. “...Yasada taraflara tebliğ edilen bu rapora itiraz edilmemişse veya hangi sürede itiraz olunmamışsa raporun kesinleşeceğine dair bir hüküm yoktur.” 15. HD, 14.4.2003, 5839/1919 (YKD 2003/10, s. 1563).

⁵¹⁹ **Schellhammer**, N. 1900; **Yılmaz**, C. II, s. 1335; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 668; **Pekcanitez-Geçici Hukukî Koruma**, s. 127.

⁵²⁰ **Deren-Yıldırım-İhtiyatî Tedbirler**, s. 96; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 668; **Konuralp-Usul**, s. 245. Karş. **Berkin-Usul**, s. 118; **Kuru**, C. IV, s. 4427; **Taş-Korkmaz**, s. 27. Delil tespiti, delillerin güvence altına alınması bakımından münhasırlık karakterindedir. Bu amaçla ihtiyatî tedbir istenildiğinde talep reddedilmelidir (**Baur/Stürner/Bruns**, N. 53.3). Delil tespitinin bir ihtiyatî tedbir olmadığına katılan **Pekcanitez**, yok olma tehlikesi bulunan delillerin muhafazası için tedbir kararı verilebileceğini, bu tür bir geçici önlemin delil tespiti içinde düzenlenmiş olmasının durumu değiştirmeyeceğini belirtmektedir (**Pekcanitez-Geçici Hukukî Koruma**, s. 127, 133). İhtiyatî tedbir değerlendirmesi için bkz. **Guldener**, s. 576, 577.

konusunun korunması söz konusudur. Delil tespitinde ise deliller güvence altına alınmaktadır⁵²¹. Yine, delil tespiti münhasıran güvence altına almaya hizmet eder. İhtiyatî tedbirlerin, hem güvence altına alma hem de ifa işlevi vardır. Delil tespitinde, karşı tarafın hukukî konumu doğrudan etkilenmez. Bu nedenle, ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî hacizden farklı olarak talep sahibinin teminat göstermesi gerekmez⁵²². Nihayet, tamamlayıcı merasim ihtiyatî tedbirlerin en temel özelliği iken, delil tespitinden sonra belirli bir süre içinde dava açılma zorunluluğu bulunmamaktadır.

II. İhtiyatî Tedbirlerin Benzer Müesseselerle Karşılaştırılması

A. Teminat Gösterilmesi

Gerek maddî hukuk kurallarında gerekse usûli normlarda uğranabilecek zararlara karşı teminat gösterilmesine ilişkin düzenlemeler sevk edilmiştir. Örneğin, dava açan yabancı kişi, davada haksız çıktığı takdirde karşı tarafın zararlarını karşılamak üzere teminat gösterir (m. 96). İhtiyatî tedbirlerde ve teminat gösterilmesinde, bir tehlikeye karşı güvence altına alma ortak noktadır. İhtiyatî tedbirlerde de, teminat gösterilmesinde de ileride oluşabilecek zararlara karşı tarafın emniyet altına alınması söz konusudur. Ayrıca, ihtiyatî tedbirlerde teminat gösterilmesine özel olarak yer verilmiştir (m. 110). Teminat gösterilmediği sürece, tedbir kararının icra edilmesi mümkün değildir. Teminat, karşı tarafın menfaatlerinin dengelenmesine hizmet eden araçlardan birisidir. Ancak her iki müessese birbirinden tamamen farklıdır. İlk olarak, maddî hukukta öngörülen teminat talepleri yerine getirilmediğinde, hak sahibi ifa davası açabilir. İhtiyatî tedbirlerde dava açılması, tedbir kararından sonra tamamlayıcı merasim çerçevesinde gündeme gelir. Bu nedenle, teminat gösterilmesi asıl hukukî korumaya, ihtiyatî tedbirler ise geçici hukukî korumaya dahildir. Teminat gösterilmesi taleplerinde de geçici hukukî koruma gündeme gelebilir. Bir miktar para teminat gösterilecek ihtiyatî haciz, diğer durumlarda ihtiyatî tedbir yolu ile

⁵²¹ Ansay-Yargılama, s. 195; Kuru, C. IV, s. 4427; Bilge/Önen, s. 368; Ercan-İhtiyatî Tedbir, s. 15; Taş-Korkmaz, s. 27; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 668; Özkök, s. 3.

⁵²² Özekes-Hukukî Dinlenilme, s. 217.

teminat gösterilmesi talebi güvence altına alınabilir⁵²³. Bu durumda, asıl dava sonucu, eda tedbiri yolu ile öne çekilir. Belirtmek gerekir ki, özellikle maddî hukuktan doğan karşı taraftan teminat gösterilmesine ilişkin talep hakkının olması, tedbir kararı verilmesine engel değildir⁵²⁴. Örneğin, rehinli taşınmazın değerinde düşme meydana gelmişse alacaklı, hem alacağı için borçludan güvence göstermesini isteyebilir (TMK m. 866) hem de ihtiyatî tedbir talep edebilir.

İkinci olarak, ihtiyatî tedbirlerin teminat gösterilmesinden farklı olarak alacaklıyı geçici olarak hakka kavuşturma işlevi de vardır. Teminat gösterilmesi ile tedbir kararı verilmesini gerektiren tehlikeli hâl de birbirinden tamamen farklıdır⁵²⁵. Teminat gösterilmesinde, karşı tarafın ileride malvarlığında meydana gelebilecek eksilmelerin önlenmesi, ihtiyatî tedbirlerde ise prensip olarak somut bir uyuşmazlık konusunun, istisnaen alacaklının kendisinin uğrayabileceği zararların önlenmesi söz konusudur⁵²⁶.

B. Kendiliğinden Hak Alma Önlemleri

Kişinin devlete karşı yönelteceği hukukî korunma talebine, bazen istenilen serilikte yanıt verilmesi mümkün olmaz. Devletin zamanında hukukî koruma sağlayamaması, telafisi güç zararlar yaratabilir. Bunun için, hukuk düzeni, istisnai hâllerde (BK m. 52/III, 57; TMK m. 740, 753, 981) kişilerin kendiliğinden hak almalarına, yani hukukî korumayı kendi kendilerine sağlamalarına izin vermiştir⁵²⁷. İhtiyatî tedbirlerle karşılaştırıldığında kendiliğinden hak alma önlemlerinin amaç ve hukukî niteliği itibariyle ihtiyatî tedbirlerle benzer yönlerinin bulunduğu görülecektir. Kendiliğinden hak alma önlemleri de tıpkı ihtiyatî tedbirler gibi hakların güncel tehlikelere karşı geçici olarak korunmasına hizmet etmektedir. Bu önlemler de yargılamanın uzun bir

⁵²³ **Özkeleş-İhtiyatî Haciz**, s. 114. Ayırım yapmaksızın teminat alacağının ihtiyatî tedbir yolu ile güvence altına alınabileceğine ilişkin karşı. **Ansay-Yargılama**, s. 195; **Leipold-Grundlagen**, s. 110; **Minnerop**, s. 55; **Stein/Jonas/Grunsky**, vor § 935 N. 4. Teminat alacağının ihtiyatî haciz yolu ile güvence altına alınabileceğine ilişkin karşı. **Ansay-İcra ve İflâs**, s. 312; **Yılmaz**, C. II, s. 1079; **Muşul-İcra ve İflâs**, s. 906; **Muşul-Usul**, s. 190.

⁵²⁴ **Stein/Jonas/Grunsky**, vor § 935 N. 4.

⁵²⁵ **Minnerop**, s. 55, 56.

⁵²⁶ **Ansay-Yargılama**, s. 195, 196; **Berkin-Usul**, s. 118; **Taş-Korkmaz**, s. 26.

⁵²⁷ **von Tuhr, Andreas**: Borçlar Hukukunun Umumi Kısım C. 1-2, *Çev. Edege, Cevat*, Ankara 1983, s. 373, 374; **Eren**, s. 563; **Seven-Ödemededen Men**, s. 291; **Kılıçoğlu-Borçlar**, s. 202.

zaman alacak olmasından ötürü, hak sahibinin uğrayabileceği zararları önleme amacındadır⁵²⁸. Hukukî nitelik bakımından her iki müessese de geçicidir ve tedbir alınırken ileride korunan talebin mevcut olmama riski söz konusudur⁵²⁹. Koşulları gerçekleştiği takdirde hak sahibi, tedbir kararı ile ne tür önlemler alınabilecek idi ise, aynı önlemleri kendiliğinden alabilir. Tedbir ve önlem, prensip olarak güvence alma etkisi; istisnaen ifa etkisi gösterir. Tehlikenin yalnız şeyin zapt edilmesi ile önlenebileceği hâllerde, teminat altına alınmanın ötesinde, fiilen ifa gerçekleşir⁵³⁰.

İhtiyatî tedbirler, kendiliğinden hak alma önlemlerinden, tedbirin yargısal hukukî koruma sağlaması, ardından icra yetkisi ile donatılmış resmi bir kurum tarafından icra edilmesi; kendiliğinden hak alma önlemlerinin ise hak sahibi tarafından yerine getirilmesi noktasında kolaylıkla ayırt edilebilir⁵³¹. Tedbir kararı verilebilmesi, bir maddî hukuk talebinin yaklaşık ispat seviyesinde ispatına bağlıdır. Buna karşılık, kendiliğinden hak alma önlemlerinde bir yargılama olmadığından, maddî hukuk talebinin incelenmesi de söz konusu değildir⁵³².

İhtiyatî tedbirler, kendiliğinden hak alma önlemleri karşısında önceliğe sahiptir. Tedbir kararı verilebilecek bir durumda, bu önlemlere başvurulamaz⁵³³. Borçlar Kanunu'nun 53. maddesinin son fıkrasında da kendi hakkını korumak için kuvvet kullanma bakımından yetkili organların zamanında müdahalesinin temin edilememesi şart koşulmaktadır. İçinde mahkemelerin de yer aldığı devlet

⁵²⁸ Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 1. Halbband: §§ 1-240 (Münch Komm BGB-Grothe, Helmut), 5. Auflage, München 2006, Münch Komm BGB-Grothe, § 229 N. 5.

⁵²⁹ **Reppen, Tilman:** J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Staudinger/Reppen), Buch 1 §§ 164-240, Berlin 2004, **Staudinger/Reppen**, § 230 N. 3; Münch Komm BGB-Grothe, § 230 N. 2; **Meier-Grundlagen**, s. 12; **CHK-Müller**, OR 53 N. 26.

⁵³⁰ **Staudinger/Reppen**, § 230 N. 1; Münch Komm BGB-Grothe, § 229 N. 6.

⁵³¹ **Meier-Grundlagen**, s. 12. Türk Ticaret Kanunu m. 711/III'teki çekin, keşidecinin, lehtarın veya hamilin elinden rızası hilafına çıktığı takdirde, keşidecinin muhatap bankaya ödmeden men talimatı verebileceğine ilişkin düzenleme tipik bir kendiliğinden hak alma önlemi idi. Bu hüküm yürürlükten kaldırılmıştır (5838 s. K. m. 32/LXX). İlk bakışta, çekin hak sahibi olmayan kişilerce tahsilinin amaçlandığı düşünülerek ortada bir ihtiyatî tedbirin bulunduğu düşünülebilir. Ancak burada mahkemeye başvurulup hukukî korunma talebinde bulunulmamakta; aksine, keşideci tek taraflı irade beyanı ile kendi hakkını kendisi gerçekleştirmektedir (**Seven-Ödemedem Men**, s. 292, 293).

⁵³² **Berger/Boemke**, Kap. 5 N. 49.

⁵³³ **von Tuhr**, s. 374; **Staudinger/Reppen**, § 229 N. 16; Münch Komm BGB-Grothe, § 229 N. 4; **Meier-Grundlagen**, s. 12; **Eren**, s. 571; **Seven-Ödemedem Men**, s. 292.

organlarına başvurulabildiği andan itibaren, kuvvete başvurma hukuka aykırı hâle gelir⁵³⁴. Diğer bir ifade ile, kuvvet kullanma, yalnız zamanında ihtiyatî tedbir kararı alınamaması ihtimalinde caizdir. Diğer yandan, tedbir talebinin hukuka aykırı bir şekilde reddedildiği iddiası ile kuvvet kullanılamaz. Taraflar, tedbirin hukuka aykırı olarak reddedildiğini kendiliğinden değerlendirip kuvvet kullanma hakkına sahip değillerdir⁵³⁵.

Kendiliğinden hak alma önlemlerine başvurulabilecek olsa bile, hak sahibinin ihtiyatî tedbir talep etmesinde hukukî yararı vardır⁵³⁶.

Hem ihtiyatî tedbirlerde hem de kuvvet kullanmada ancak gerekli tedbire hükmedilebilir ya da kendiliğinden hak alma önlemine başvurulabilir. Mahkeme, karşı tarafa en az zarar verecek tedbire hükmeder⁵³⁷. Kuvvet kullanan da diğer tarafın ihlâl edeceği hukukî varlığı ile kendi hukukî varlığı arasında dengeyi gözetmeli, amaca uygun en düşük düzeyde kuvvet kullanmalıdır. Ancak gerekli tedbir belirlenirken dikkate alınan oranlılık ilkesi, kendiliğinden hak alma önlemlerinde uygulama alanı bulmaz⁵³⁸. Burada objektif iyi niyet kuralı, alınabilecek önlemler bakımından sınır teşkil eder⁵³⁹.

Kuvvet kullanmanın geçici karakteri dikkate alındığında acaba ihtiyatî tedbirlerde olduğu gibi belirli bir süre içinde mahkemeye başvurulması gerekli midir? İhtiyatî tedbirler, asıl hukukî koruma olan davaya bağlanır. Lehine tedbir kararı verilen, 10 gün içinde asıl davayı açmak durumundadır (m. 109). Kanun, kendiliğinden hak alma önlemlerine ilişkin bir düzenleme getirmemiştir. Kanımızca, Alman Medenî Kanunu'nun konuyu düzenleyen 230. paragrafı yol göstericidir. Buna göre, kendiliğinden hak alma önlemi çerçevesinde bir şey zaptedilmişse, ya cebrî icraya başvurulmuş olmalı ya da ihtiyatî haciz talep edilmelidir. Cebrî icra için şüphesiz bir mahkeme ilâmı gerekir. Bunun için dava

⁵³⁴ von Tuhr, s. 374; Eren, s. 571; Kılıçoğlu-Borçlar, s. 202, 203; CHK-Müller, OR 53 N. 25; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 49.

⁵³⁵ Staudinger/Reppen, § 229 N. 18.

⁵³⁶ Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935 N. 4, 18; Reichold in Thomas/Putzo, § 935 N. 1. OLG Celle, 12.6.1986, NJW-RR 1987, s. 447.

⁵³⁷ Bkz. aşa. Bölüm III, § 10, II, B.

⁵³⁸ Münch Komm BGB-Grothe, § 230 N. 1.

⁵³⁹ Staudinger/Reppen, § 230 N. 1.

sonuçlanmış olmalıdır⁵⁴⁰. Kanun, bu ihtimalin düşük olmasını dikkate alarak alternatif olarak ihtiyatî haczi öngörmüştür. Para alacağının güvence altına alınması için zorla el konulan malların paraya çevrilmesi gerekeceğinden, kuvvet kullanan bu durumda ihtiyatî haciz için devlet yargısına başvurmalıdır⁵⁴¹. Talebin konusu para alacağı değilse, ihtiyatî haczin yerini ihtiyatî tedbir alacaktır. İhtiyatî haciz talebi gecikmiş ya da reddedilmişse, zaptedilen şeyin geri verilmesi gerekir. Belirli bir süre içinde devlet yardımına başvuru, istisnaen hırsızlık gibi açıkça hukuka aykırı durumlarda zorunlu olmamalıdır. Zira, kuvvet kullanmanın hukuka aykırı olması ihtimalinde çalınan şeyin zilyetliğinin kuvvet kullanılabilecek olanlara iadesi gündeme gelmeyecektir⁵⁴². Bu durumda, kendisine kuvvet kullanılan ancak uğradığı zararların tazminini isteyebilecektir.

⁵⁴⁰ Staudinger/Repgen, § 230 N. 3; Münch Komm BGB-Grothe, § 230 N. 2.

⁵⁴¹ Meier-Grundlagen, s. 16. Şüphesiz, para alacağı için zaptedilen şeyler, ihtiyatî haciz kesin hacze dönüştüğünde paraya çevrilecektir. Kendiliğinden hak almada, sağlanan hukukî korumanın haklı olup olmadığı konusunda bir mahkeme kararına gerek olmadığı, kendiliğinden hak alma önleminin muhatabının, eylemin hukuka aykırı olduğundan bahisle mahkemeye başvurusunun söz konusu olabileceği hakkında karşı. Seven-Ödemeden Men, s. 292 dn. 26.

⁵⁴² Staudinger/Repgen, § 230 N. 4.

III. BÖLÜM

İHTİYATÎ TEDBİR TÜRLERİ, TEDBİRLERİN İÇERİĞİ ve SINIRLARI

Tedbir türlerinin nasıl sınıflandırılacağı, üzerinde yoğun tartışmaların yapıldığı konulardan birisidir. Sınıflandırma yapılabilmesi için her şeyden önce birden çok tedbir türü mevcut olmalıdır. Birden fazla tedbir türünden, ancak bunlar birbirlerinden somut olarak ayırt edilebiliyorsa ve özellikle koşulları ve sonuçları farklı ise söz edilebilir. Tüm ihtiyatî tedbirlerin koşulları ve sonuçları aynı ise, müşterek bir ihtiyatî tedbir modeli söz konusu olur. Bu müşterek tedbir, somut olaydaki gereklilik doğrultusunda bazen teminat, bazen ifa gibi çeşitli emirleri içerebilir¹. Sınıflandırma da yalnız pedagojik kolaylık sağlanması amacıyla yönelir. Örneğin, ispat ölçüsü bakımından tedbir türüne göre farklı yargılamalar yapılabiliyorsa gerçekten farklı tedbir türleri vardır ve sınıflandırılmalıdır. Tedbirin karşı tarafın hukuk alanındaki sonuçları, kararın içeriğine göre değişebiliyorsa yine tedbir kararları birbirinden farklı biçimlerde isimlendirilmelidir.

Tedbir türlerinin belirlenmesinde ilk planda kanun koyucunun ihtiyatî tedbirleri düzenleme biçimi göz önüne alınmalıdır. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda ihtiyatî tedbir türleri ismen anılmadığı gibi, tedbir türlerinin koşulları, hukukî sonuçları ayrı maddelerde de düzenlenmemiştir. Birbirinden farklı tedbir türlerinin bulunup bulunmadığı, var ise türlerin ve içeriğinin belirlenmesi görevi doktrine düşmektedir. Bu düzenleme biçimi, ihtiyatî tedbirlerin türlere ayrılmasına karşı çıkan ve müşterek tek bir tedbir türünden söz eden görüşü akla getirmektedir. Ancak Kanun'da değinilmiş bile olsa, zaman

¹ Tedbir türlerinin sınıflandırılmasına karşı çıkan ve içeriği teminat ya da eda olarak belirlenebilen tek tip bir tedbirden söz eden görüş için bkz. **Wenzel, Leonhard**: Grundlinien des Arrestprozesses, MDR 1967, s. 893. Benzer yönde bkz. **Minnerop**, s. 81,82, 83. İhtiyatî tedbirlerin ifa amacıyla şiddetle karşı çıkan **Heinze**, geçici hukukî korumayı yalnız teminat işlevine indirgeyerek sınıflandırmanın gereksizliğine işaret etmekte, tüm tedbirleri teminat tedbiri olarak kabul etmektedir (Münch Komm ZPO-**Heinze**, 2. Auflage, § 935 N. 3, 4, 23; § 938 N. 10). Geçici hukukî korumanın yerine getirmesi gereken farklı ödevlerini dikkate alarak müşterek bir teminat amacıyla karşı çıkan görüş için bkz. **Rosenberg/Gaul/Schilken**, s. 1010; **Schilken-Befriedigungsverfügung**, s. 122. Tarihsel yorum yöntemi ile müşterek tedbire karşı çıkan görüş için bkz. **Walker**-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 104, 105.

içinde ihtiyatî tedbirlere ilişkin uygulamanın genişlemiş olması nedeniyle, anılan türlerin varlığı bile sorgulanmaktadır. Örneğin, bir asrı aşan uygulaması olan ve geçici hukukî koruma hükümleri hiç değiştirilmeyen Alman Usûl Kanunu'nda teminat tedbirleri ve düzenleme tedbirleri açıkça düzenlenmesine rağmen (ZPO §§ 935, 940), eda tedbiri altında üçüncü bir tür savunulduğu gibi, kanun koyucunun tercihinine rağmen düzenleme tedbirleri reddedilebilmektedir². Bu nedenle, tedbirlerin türlere ayrılmasında belirleyici olan, Kanun'da müşterek bir tedbirin mi düzenlendiği, yoksa birden çok tedbirin mi anıldığı değil, hâkimin tedbir kararı verirken etkileri farklılık arz eden tedbir modellerine farklı muamele edip etmeyeceğidir. Teminat, düzenleme ya da ifa etkisi doğursun, tedbir yargılaması aynı koşullar altında yürütülüyorsa tedbirin türlere ayrılmasını gerektirecek somut bir gerekçe bulunmayacaktır. Ancak aşağıda görüleceği üzere, tedbirlerin karşı tarafa verebileceği zararlar aynı değildir ve tedbirlere aynı koşullarda hükmedilmesi dengeli hukukî korumaya aykırılık teşkil eder³. Bu nedenle, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda tedbir türlerine yer verilmemesine rağmen, hukukumuzda ihtiyatî tedbirlerin belirli türlere ayrılması zorunludur.

Hukukî korumanın etkinliğine hizmet eden sağlıklı bir ihtiyatî tedbir sisteminin varlığı için tedbir türleri, içeriği ve sınırlarının belirlenmesi önem taşımaktadır. Aşağıda öncelikle tedbir türlerinin tespiti ve birbirinden ayırt edilmesinde yararlanılan kriterler ortaya konulmaya ve bu konuda bir tercihte bulunulmaya çalışılacaktır. Daha sonra, tedbirlerin türlerine göre içeriğinin ne olması gerektiği sorusuna somut tedbir örnekleri verilmek suretiyle yanıt aranacaktır. Bu çerçevede, doktrinde kabul edilen üç tedbir türünün varlığı tartışılacak, Türk Hukuku bakımından o tedbirin ayrı bir kategori oluşturduğu kabul edildiği takdirde, uygulamada önem taşıyan ya da başka hukuk sistemlerinde yerleşmiş olup Türk Hukuk uygulaması içinde düşünülebilecek somut tedbir örneklerine değinilecektir. Tedbir türleri tespit edildikten, somut tedbir örnekleri ile içeriği ele alındıktan sonra, hâkimin tedbirlerin içeriğini belirlerken medenî usûl hukukuna hâkim olan ilkeler bağlamında sahip olduğu

² Bkz. aşağıda Bölüm III, § 9, III.

³ Bkz. aşağıda Bölüm III, § 9, II, F.

serbesti ile geçici hukukî korumanın temel özellikleri çerçevesinde dikkate alması gereken hususlar değerlendirilecektir.

§ 8. İHTİYATÎ TEDBİR TÜRLERİNİN SINIFLANDIRILMASI VE AYIRT EDİLMESİNDE DİKKATE ALINABİLECEK KRİTERLER

Türk doktrininde, Alman ve İsviçre Hukuku takip edilerek ayırt edici bir kriterden hareket edilmek suretiyle birden çok tedbir türüne ulaşılmaktadır. Bu kriter de, talep sahibinin tedbir kararı ile ulaşmak istediği amaçtır⁴. Buna göre, talep sahibi, tedbir kararı ile ne tür bir hukukî korumaya kavuşmayı amaçlıyorsa, ilgili tedbir türüne hükmedilmesini ister. Bu kriter, tedbirin kendisine yüklenen ödevleri yerine getirme biçimi ile de aynı anlamdadır⁵. Her bir ödev ayrı bir tedbir türünü yaratmaktadır.

Tedbir ile takip edilen amaç dışında “tedbir etkisi” de diğer bir ayırt edici kriter olarak sorgulanmalıdır. Çünkü Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun ihtiyatî tedbirlerle ilgili hükümlerinde ne “amaç” ifadesine yer verilmiş ne de tedbirin etkisine vurgu yapılmıştır. Yalnız 101. ve 103. maddelerde “hâl ve şekillerde” tedbir kararı verilebileceği belirtilmiştir⁶.

Tedbirlerin etkileri itibariyle birbirinden ayırt edilmesine, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun tedbirleri düzenleme biçimi yol göstermemektedir. Kanun’un 101. maddesinde sayılan emirler farklı etkilere sahiptir. Anılan maddenin birinci bendinde taşınır ya da taşınmazın güvence altına alınması ön planda iken, üçüncü bentte nafakanın ifası söz konusudur.

Teminat ve eda tedbiri kategorisine dahil edilebilecek somut tedbirler, birbirinden çok farklı etkiler yaratır. Uyuşmazlık konusu malın yediemine teslim edilmesi ile geçici olarak dava sonuna kadar alacaklıya verilmesi arasında tedbirin sonuçları, daha doğrusu borçluya yapılacak müdahale ile onun tedbirden dolayı uğrayabileceği zararlar bakımından büyük farklılıklar vardır. Hatta bazen dava sonunda haksız çıktığı takdirde yediemin masraflarını karşılayamayacak bir borçlu için malın dava sonuna kadar alacaklı elinde kalması menfaatlerine daha uygun olabilir. Bu nedenle, özellikle eda tedbirlerinde her iki tarafın tedbirin

⁴ Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 652.

⁵ *Stach*, tedbir türlerini, tedbirin yerine getirmesi gereken ödevlere göre sınıflandırmaktadır (s. 28). Bu suretle yazar, talep sahibinin belirlediği amaç yerine, tedbire yüklenen ödevi esas almaktadır.

⁶ Alman Hukuku’nda ise ihtiyatî tedbirlerin amacından hareket edildiği Kanun’un lafzından çıkarılabilmektedir (§ 940).

kabul ya da reddedilmesiyle ortaya çıkacak hukukî sonuçların menfaatlerine etkisi tartılmadan tedbir kararı verilemez.⁷ Tarafların menfaatleri tartılırken, talep sahibinin ulaşmak istediği amaçtan ziyade, karşı tarafın eda tedbiri kararı verildiği takdirde tedbirin sonuçlarından ne derecede etkileneceği incelenmektedir. Zira, karşı tarafa yüklenecek yük, tedbirin yaratacağı etkilerden kaynaklanmaktadır. Şu hâlde, tedbir türlerinin ayrıştırılması ve koşullarında hep tedbirin yarattığı etkiler rol oynamaktadır⁸.

Konusu bir işin yapılmaması olan taleplerde, ayırım yapılırken tedbirin etkisinin esas alınması gerektiği daha net bir şekilde görülmektedir. Yapmama edimleri, yalnız ifa sonucu doğuracak kararlar yoluyla geçici olarak korunabilir. Burada hakkın ifa edilmesi amaçlanmamakta, alacaklının menfaatleri başka türlü temin edilemeyeceğinden, ifa sonucu göze alınmaktadır⁹. Bu nedenle, ifa sonucu tedbir kararının etkisi ile ortaya çıkmaktadır.

Yine, amaca göre sınıflandırmada, teminat tedbirlerinin içeriği hakkın ifası sonucuna yol açacak şekilde belirlenemez, örneğin bir miktar paranın ödenmesine teminat tedbiri şeklinde karar verilemez. Dikkat edilirse, amacı teminat olan tedbirlerin sınırları çizilirken gerçekte tedbirin etkisine müracaat edilmektedir¹⁰. Tedbir, ifa etkisi göstermediği sürece teminat tedbirlerine izin verilmektedir. Aynı durum ihtiyatî haciz için de geçerlidir. Tıpkı teminat tedbirleri gibi ihtiyatî hacizde de talepte bulunan, para alacağının tahsili yolunun güvence altına alınmasını amaçlamakla beraber, kararın icrasında yalnız teminat etkisi söz konusu olmaktadır. Geçici hukukî korumanın etkisi, para alacağını temin etmek olduğu içindir ki, paranın ödenmesini sağlayacak ihtiyatî haciz kararları caiz görülmemektedir.

Biz de bu gerekçelerle tedbirlerin, tedbir ile takip edilen amaca göre değil, tedbir kararının ne şekilde icra edileceği ve bu icranın hangi hukukî sonucu ortaya çıkaracağına, kısaca tedbirin etkisine göre tasnife tâbi tutulması gerektiği görüşüne katılıyoruz. Bu görüşün tutarlı bir sonucu da, terminolojik olarak

⁷ Bu konuda bkz. yuk. Bölüm II, § 6, V, B, 4, d.

⁸ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 81.

⁹ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 78.

¹⁰ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 79.

teminat, düzenleme ve eda amaçlı tedbirler yerine yalnız teminat, düzenleme ve eda tedbirleri kavramlarının kullanılmasının daha uygun olacağıdır.

Tedbirin etkisi, yapılması ya da yapılmaması istenen işe göre değil, tedbirin konusunun, asıl davanın konusu karşısındaki konumuna göre belirlenmektedir. Tedbirin konusu, asıl davanın konusunu karşılıyorsa eda etkisi; karşılamıyorsa teminat etkisi söz konusu olacaktır. Bu durumda, bir işin yapılması ya da yapılmaması, teminat etkisi gösterebileceği gibi, eda etkisi de gösterebilir. Örneğin, konusu bir işin yapılmaması olan haksız rekabette bulunulmaması talebi, asıl davadan önce tedbir yolu ile gerçekleştiriliyorsa, tedbirin konusu asıl davanın konusunu tamamen karşıladığından eda etkisi gösterir. Burada, bir işin yapılmaması talebinin kendisinin gerçekleştirilmesi söz konusudur. Buna karşılık, mülkiyeti uyuşmazlık hâlinde bulunan otomobilin kullanılmaması, her ne kadar bir işin yapılmamasına yönelik olsa da tedbirin konusu malın teslimi olan asıl davayı karşılamamasından ötürü teminat etkisi gösterir. Burada ise, bir işin yapılmaması talebi geçici olarak gerçekleştirilmemekte, konusu bir işin yapılmaması olan yan yükümün ifası ile asıl talep ifa edilebilir bırakılmakta, yani güvence altına alınmaktadır¹¹.

Tedbir türlerinin “tedbirin etkisi” kriteri ışığında tasnife tâbi tutulabilecek olmasının önemli bir sonucu, her bir tedbirin koşulları bakımından da ayırma gidilebileceği, sınıflandırmanın salt pedagojik amaç taşımadığıdır¹². Gerçekten de, tedbir kararının etkileri teminat ve eda tedbirleri için yeknesak değildir. Bu çerçevede, tedbir sebebinde ispat ölçüsü, teminat ve hukukî dinlenilme hakkının ertelenip ertelenmeyeceği ancak ait olduğu kategoriye göre belirlenir. Özellikle asıl davayı öne çekebilecek tedbir kararları, ancak teminat ve düzenleme dışında bir kategori içinde ele alınabilecektir. Ayrıca yapılacak sınıflandırmaya göre tedbirin takip edeceği hukukî korunma hedefi belirlenecek, her tedbir türünün ait olduğu hukukî korunma hedefine göre hangi somut tedbirlere hükmedilebileceği, yani tedbirin içeriği belirlenebilecektir.

¹¹ Jauernig-Der zulässige Inhalt, s. 329, 330; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935 N. 47; Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler, s. 23; Özkök, s. 11.

¹² Stach, s. 27.

§ 9. İHTİYATÎ TEDBİR TÜRLERİNİN BELİRLENMESİ ve TEDBİRLERİN İÇERİĞİ

Tedbirin amacını esas alan klasik sınıflandırmaya göre ihtiyatî tedbirler, teminat, düzenleme ve eda olmak üzere üçe ayrılır¹³. Ancak aşağıda açıklanacağı üzere, düzenleme tedbirleri bazı yazarlarca eda tedbirleri ile iç içe incelenirken, bazı yazarlarca kategorik olarak reddedilerek eda tedbirine dahil kabul edilmektedir¹⁴. Avusturya Hukuku'nda ise ihtiyatî haciz kavramı kullanılmadığı için, ihtiyatî tedbirler, para alacağına dayanan taleplerin temini, bireysel taleplerin temini (teminat tedbirleri) ve bir hakkın ya da hukukî ilişkinin temini (düzenleme tedbirleri) olarak üç ayrı kategoride sınıflandırılmaktadır¹⁵.

Biz de ilk önce üçlü sınıflandırmaya göre tedbir türleri ve içeriği üzerinde açıklamalarda bulunup sonrasında düzenleme tedbirlerinin durumunu ayrıca değerlendireceğiz.

I. Teminat Tedbirleri ve İçeriği

A. Genel Olarak

Teminat tedbirleri, para alacağı dışındaki tüm alacakların müstakbel icrasını davadan önce ya da dava sırasında güvence altına alır, yani mevcut durumu (statükoyu) değişikliklere karşı korur¹⁶. Burada mevcut durum -örneğin tasarruf yasağı getirilmesi ile- muhafaza edilerek asıl davada verilecek kararın icrası mümkün kılınır. Teminat tedbiri incelenirken asıl davanın konusu, taraflar arasında çekişme bulunan hak ya da alacağın ne olduğu dikkate alınmalı, teminat tedbirine hükmedilmediği takdirde bu hak ya da alacak zarar görecektir, icrası zorlaşacak olmalıdır. Teminat tedbirlerinin içeriğine ilişkin sınır, kararın icrasının

¹³ Jauernig/Berger, § 34 N. 3; Taş-Korkmaz, s. 33, 34; Yılmaz, C. I, s. 170; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usul, s. 405; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 652, 653; Yılmaz, Z. S., s. 10-13; Pekcanitez-Geçici Hukukî Koruma, s. 132, 133; Konuralp-Usul, s. 245.

¹⁴ Bkz. aşağıda. Bölüm III, § 9, III.

¹⁵ Feil, § 378 N. 1.

¹⁶ Jauernig/Berger, § 37 N. 1; Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler, s. 13; Taş-Korkmaz, s. 33; Stach, s. 28, 29; Deren-Yıldırım-İhtiyatî Tedbirler, s. 80, 81; Lackmann, N. 690; Berger/Boemke, N. 9; Baur/Stürner/Bruns, N. 53.6; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 652; Walder-Richli/Andermacher, § 32 N. 2; Yılmaz, Z. S., s. 11, 12; Pekcanitez-Geçici Hukukî Koruma, s. 132.

alacaklının tatmini sonucunu doğurmamasıdır¹⁷. Bu kısıtlama dahilinde hakkın icrasının hangi yol ile güvence altına alınacağı prensip itibariyle hâkimin takdirindedir (m. 103)¹⁸.

Teminat tedbirleri daha çok taşınır ve taşınmazlara ilişkin bir geçici hukukî koruma sağladığı için eşya hukukuna ilişkindir. Teminat tedbirleri düzenlenirken, Türk Medenî Kanunu'nun eşya hukuku hükümleri ile Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu birlikte değerlendirilmelidir. Ne var ki, Medenî Kanun, kanton sayısı kadar Usûl Kanunu'nun bulunduğu İsviçre'den iktibas edildiği, buna karşılık bizim hukukumuzda tek bir Usûl Kanunu yürürlükte olduğu için, Türk Medenî Kanunu ile Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu arasında tam bir ahenkten söz etmek mümkün değildir¹⁹. Her iki Kanun'un birlikte ele alınmayışına, uygulamanın ihtiyaçlar doğrultusunda geliştirdiği tapuda işlem yapılmasını tamamen engelleyen ferağdan men kararları da eklenince ahenksizlik büsbütün artmıştır. Bu nedenle, somut teminat tedbiri örnekleri incelenirken Türk Medenî Kanunu ile Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu arasında hukukî bir bağın da kurulmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda teminat tedbirleri, koşullarıyla birlikte ayrı bir maddede düzenlenmemiştir. Ancak 101. maddede doğrudan teminat tedbirlerine yönelik iki bende yer verilmiştir. Kanun'un 101. maddesinin ilk iki bendindeki düzenlemeler, iki husus bakımından teminat tedbirlerinin genel karakteristiğini yansıtmaktadır: İlk olarak, burada uyuşmazlık konusu şeyin güvence altına alınması söz konusudur. Yani, uyuşmazlık konusunun devrinin, üzerinde aynı hak tesis edilerek ya da tahrip edilerek değerinin azaltılmasının ya da yok edilmesinin önüne geçilmeye, diğer bir ifade ile mevcut durumun muhafazasına çalışılmaktadır. İkinci olarak, güvence altına alınacak olan, para alacağı dışında kalan taleplerdir²⁰. Ancak 101. maddeyi tek başına teminat

¹⁷ Lackmann, N. 692; Brox/Walker, N. 1582; Schellhammer, N. 1943; Paulus, N. 714; Adolphsen, § 38 N. 28.

¹⁸ Somut teminat tedbirini talep zorunluluğu ve hâkimin takdir yetkisi konusunda bkz. aşağı. Bölüm III, § 10, I, A, 1.

¹⁹ Taş-Korkmaz, s. 45.

²⁰ Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler, s. 16.

tedbirlerine ait kabul etmek mümkün değildir. Zira, maddede bir eda tedbiri olan nafaka verilmesi de düzenlenmiştir (b. 3)²¹.

Kanun'un 101. maddesinin 1. bendinde aynı çekişmeli olan taşınır veya taşınmazın haczi ve yediemine teslimi düzenlenmekte iken, aynı maddenin 2. bendinde çekişmeli şeyin muhafazası için lüzumlu tedbirlere karar verilebileceği hükmü yer almaktadır. Çekişmeli şeyin muhafazası aynen olabileceği gibi, hukuken de olabilir. Örneğin, çekişmeli haklar şerhi ile geçici tescil şerhinde taşınmaz, hukuken muhafaza altına alınmakta, ancak aynen muhafaza amaçlanmamaktadır. Çünkü şerhe rağmen taşınmaz üzerinde tasarruf edilebilmektedir. Buna karşılık, ferağdan men kararı ile tapu sicilinde işlem yapılması engellenerek taşınmaz aynen muhafaza altına alınmaktadır. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 101. maddesinin 2. bendinde sınırlandırmaya yer verilmemesi nedeniyle, mal hem aynen hem de hukuken muhafaza altına alınabilir.

İkinci bent, içeriği itibariyle birinci bendi içinde alacak şekilde kaleme alınmıştır. Çünkü malın yediemine teslimi de çekişmeli şeyin borçlunun davranışları ile bozulmasına, yok edilmesine ya da şey üzerinde tasarrufuna karşı onun muhafaza edilmesine hizmet eder²². İkinci bendin ayrıca öngörülmesinin sebebi, teminat tedbirlerine genel bir çerçeve kazandırmaktır. Teminat tedbirleri 2. bentte genel olarak düzenlenmiş, uygulamada sıkça karşılaşılabilecek yediemine teslimine de 1. bentte yer verilmiştir²³. Biri diğerini içine alacak şekilde düzenlenen bu iki bent, kanun yapma tekniği bakımından uygun değildir. Kanun, çoğu kez önce bir müessesenin genel hatlarıyla çerçevesini çizer, sonrasında genelin içine dahil olacak bazı önemli hususları örnek kabilinden sayar. Bu düşünceye uygun olarak, 2. bendin 1. bendin yerini alması ve bu bent içinde

²¹ Özkök, s. 10.

²² Yediemine tevdiin şartlarından birisi de tevdiin muhafaza amacıyla yapılmasıdır (Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler, s. 20 dn. 8).

²³ HUMK m. 101 b. 2'nin ve b. 1'e göre daha geniş kapsamda olduğuna ilişkin bkz. Yılmaz, C. I, s. 279; Eruygur, s. 167. Konuralp haklı olarak, HUMK m. 101 b. 2'e göre alınacak tedbirler bakımından bir sınırlamanın olmadığını belirtmektedir (Konuralp-Usul, s. 247). Üstündağ ise, ikinci bentteki tedbirlerin birinci benttekine göre daha basit nitelikteki tedbirlere yönelik olduğunu düşüncesindedir (Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler, s. 22). Aynı yönde bkz. Taş-Korkmaz, s. 57.

yediemine teslim, çekişmeli haklar şerhi ve geçici tescile örnek kabilinden yer verilmesi gerekirdi.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda teminat tedbirlerinin iki ayrı bentte düzenlenmesi uygulaması isabetli bir şekilde terk edilmiş, 395. maddede "...tedbire konu olan mal veya hakkın muhafaza altına alınması veya bir yediemine tevdi ya da bir şeyin yapılması veya yapılmaması gibi, sakıncayı ortadan kaldıracak veya zararı engelleyecek her türlü tedbire karar verebilir" şeklinde bütün teminat tedbirlerini kapsayıcı bir hüküm sevk edilmiştir.

B. Aynı Çekişmeli Olan Mala El Konulması ve Malın Yediemine Teslimi (HUMK m. 101 b. 1)

Gerek taşınırlarda gerekse taşınmazlarda, teminat tedbiri kapsamında ilk olarak malın yediemine teslimi gündeme gelmektedir. Tedbir, malın borçlunun elinden zorla alınmak suretiyle icra edilse de, mal alacaklıya değil, yediemine teslim edildiğinden, tedbir burada eda etkisi göstermemektedir²⁴. Yediemin atanması, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 101. maddesinin 1. bendinde düzenlenmiştir. Buna göre, taşınır veya taşınmazın aynı taraflar arasında çekişmeli ise, malın haczine veya yediadle tevdiine karar verilebilir. Her ne kadar hükümde "malın haczine veya yediadle tevdi" ifadesi kullanılmışsa da, burada icra hukukundaki teknik anlamda haciz söz konusu değildir. Haciz kavramı, "taşınır ya da taşınmaza el koyma" şeklinde anlaşılmalıdır²⁵. Çünkü malın yediemine teslimine tedbire karar verildiğinde, yediemin malı karşı taraftan kendiliğinden almamaktadır. Karşı taraf, malı iradesi ile teslim etmediği takdirde, tedbir kararı, yazı işleri memuru ya da icra memuru tarafından icra edileceğinden, mala onlar tarafından "el konulmakta", ikinci aşama olarak da el konulan mal muhafaza edilmek ya da idare edilmek amacıyla yediemine teslim edilmektedir²⁶. Bu nedenle, "veya" sözcüğü kullanılmasına rağmen, burada

²⁴ Brox/Walker, N. 1583; Musielak/Huber, § 938 N. 7; Lackmann, N. 692; Paulus, N. 714.

²⁵ Kuru, C. IV, s. 4293; Yılmaz O., s. 58; Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul, s. 614; Ercan-İhtiyati Tedbir, s. 38; Taş-Korkmaz, s. 43; Yılmaz, C. I, s. 183; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usul, s. 407; Konuralp-Usul, s. 246; Muşul-Usul, s. 187 dn. 123. Karş. Ansay-Yargılama, s. 196; Karafakih, s. 267; Berkin-Usul, s. 118, 119.

²⁶ Schuschke in Schuschke/Walker, § 938 N. 20. Özeker'e göre haciz ile temlik hakkının sınırlanması anlaşılmalıdır (Özeker-Satış, s. 532). Postacıoğlu ise, "haciz" ifadesine "feragdan

birbirine alternatif teminat tedbirleri söz konusu değildir. Uyuşmazlık konusunun yediemine teslimi daha çok taşınırılar için düşünölmekle beraber, tarla olarak işletilen arazi gibi gelir getirici nitelikteki taşınmazların da yediemin eliyle muhafaza altına alınmasına ve muhafazanın gerektirdiği ölçüde yönetimine ve işletilmesine karar verilebilir²⁷.

Hükümde, malın aynı ihtilâflı ise yediemin atanabileceği düzenlenmiştir. Bu durumda, şahsi talep hakkı tanıyan ya da gayri Maddî mallara ilişkin davalardan önce veya dava devam ederken bu bent kapsamında yediemin atanması talep edilemeyecektir²⁸. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na göre, bir eserin çoğaltılmış nüshalarının veya hasren onu imale yarayan kalıp ve buna benzer sair çoğaltma vasıtalarının geçici zaptında (FSEK m. 77), ihtiyati tedbire, gayriMaddî mal esas teşkil etmektedir. Ayrıca, şahsi nitelikteki davalarda da pekâlâ malın yediemine tevdi gerekebilir. GayriMaddî mallar ve şahsi talep hakları söz konusu olduğunda, yediemin atanmasına yönelik teminat tedbirlerinin dayanağı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 101. maddenin 2. bendi olacaktır. Olması gereken hukuk bakımından, 1. bentteki malın aynının çekişmeli olma şartı kaldırılmalı, bütün alacakları, bu arada şahsi talepleri içine alacak şekilde tek bir hüküm sevk edilmelidir.

Yedieminin görevi esas itibariyle muhafazadır. İdare ve işletme daha çok kayyımın görevine girmektedir. Ancak yediemin de muhafaza kapsamında idare ve işletme faaliyetinde bulunabilir²⁹. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun

men" anlamını vermektedir. Yazara göre, hacizle kastedilen, taşınır üzerinde fiili hakimiyet tesis etmiş olan tarafın tasarruflarını önlemektir (Postacıoğlu-Usul, s. 488, 489). Aynı yönde bkz. Kuru, C. IV, s. 4300; Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul, s. 615. Taşınırlarda da malı elinde bulunduranın bir işi yapmaması bağlamında tasarruftan menine karar verilebilir. Borçlu, bu karara rağmen malı devrederse HUMK m. 113A'ya göre cezalandırılır. Ancak haciz, hukukumuzda tasarruf yasağı sonucunu doğurmamaktadır. Bu anlamda, tasarruf yasağı ile haciz, hukukî sonuçları itibariyle birbiri ile örtüşmemektedir. Taşınırlarda tasarruf yasağının dayanağı kanımızca HUMK m. 101 b. 1 değil, b. 2'dir.

²⁷ Ercan-İhtiyati Tedbir, s. 50; Taş-Korkmaz, s. 49, 50; Eruygur, s. 167. " (...) taşınmazın 3.000 m2 miktarındaki kısmına yönelik elatmanın ve hasat yapmasının tedbiren durdurulmasına, üç dönümde ekili mahsulün yediemin olarak A.U.'ya teslimine ve masrafi davacı tarafından karşılanmak koşuluyla hasadının A.U. tarafından yapılmasına (...)" CGK, 4.2.1991, 7-362/3 (Kaçak, s. 567).

²⁸ Yılmaz O., s. 57. HUMK m. 101 b. 1'in uygulanabilmesi için uyuşmazlığın malın aynına ilişkin olması gerektiği hakkında aynı yönde bkz. Yılmaz, C. I, s. 279. Karş. Taş-Korkmaz, s. 43.

²⁹ Eruygur, s. 169, 170.

101. maddesinin 1. bendinde taşınır ve taşınmazlar için yediemin atanabileceği düzenlenmiş olsa da, alacaklar, diğer haklar, hatta ticarî işletme ya da bir malvarlığı da yediemin eliyle muhafaza altına alınabilir³⁰. Ancak taşınır ve taşınmazların dışında, örneğin bir ticarî işletmenin idaresi ve işletilmesi söz konusu ise, ihtiyatî tedbir yoluyla kayyım atanmalıdır. Zira, taşınır ve taşınmazlar dışında kalan hak ve şeylerin idaresine ve işletilmesine ilişkin böyle bir teminat tedbiri, teknik olarak depo işleten bir kimsenin faaliyetini aşmaktadır³¹. Taşınır ve taşınmazlar dışında kalan diğer hak ve şeylerin yediemin eliyle muhafazasına veya cebrî idaresine de 101. maddenin 2. bendine göre dayanılarak karar verilebilir³².

C. Çekişmeli Şeyin Aynen veya Hukuken Muhafazası (HUMK m. 101 b. 2)

Taşınır ve taşınmazların yediemin eliyle muhafazası ve cebrî idaresinden başka, ikinci bende göre çekişmeli şeyin muhafazası kapsamında, uyumsuzluk konusu bir işletmenin ya da malın mühürlenmesi, bozulmak üzere olan malın satılıp bedelinin muhafaza edilmesi şeklinde somut tedbirlere hükmedilebilir³³. Ayrıca, teminat tedbiri niteliğinde olmak ve dayanağını 2. bentte bulmak üzere, maddî hukuk talebinin müstakbel icrasının güvence altına alınabilmesi için borçlunun bir işi yapmasına ya da bir işi yapmaktan kaçınmasına karar verilebilir. Aynı çekişmeli bulunan otomobilin kış koşullarında zarar görmemesi için bir garajda muhafazası, bir işin yapılmasına yönelik teminat tedbirlerine örnek olarak verilebilir³⁴. Bir işin yapılmaması kapsamında ise bir arazinin satımı vaat

³⁰ Alman Hukuku'nda bu yönde bkz. *Stein/Jonas/Grunsky*, § 938 N. 23; *Zöllner/Vollkommer*, § 938 N. 7; *Münch Komm ZPO-Heinze*, 2. Auflage, § 938 N. 23; *Musielak/Huber*, § 938 N. 7; *Schuschke* in *Schuschke/Walker*, § 938 N. 20. *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*'a göre bir işletmenin bütünüyle cebrî idaresi caiz değildir (§ 938 N. 22). *Eruygur*, ihtiyatî tedbir yolu ile tevdiye karar verilebilirse de, burada yediemine tevdiinin söz konusu olmadığını belirtmektedir (s. 168). Türk Hukuku için ayrıca bkz. *Kuru*, C. IV, s. 4306.

³¹ *Schuschke* in *Schuschke/Walker*, § 938 N. 20.

³² Bir işletmenin yediemine tevdiinin HUMK m. 101 b. 1 kapsamında mümkün olmadığına ilişkin aynı yönde bkz. *Eruygur*, s. 167.

³³ *Berkin-Usul*, s. 119; *Postacıoğlu-Usul*, s. 492; *Ercan-İhtiyatî Tedbir*, s. 53; *Pekantez/Atalay/Özkes*, s. 658; *Özkök*, s. 26.

³⁴ *Brox/Walker*, N. 1584.

edilmişse, araziye inşaat yapılmamasına³⁵ ya da hisse senetlerinin mülkiyeti ihtilâflı ise bunlar üzerinde tasarrufta bulunulmamasına karar verilebilir³⁶. Bir işin yapılması ya da yapılmaması, esas itibariyle ifa etkisi doğurmakla beraber, yukarıda tedbirin etkisinin, tedbirin konusu ile asıl davanın konusu arasındaki ilişkiye göre belirleneceğini belirtmiştik³⁷. Borçlunun bir işi yapmaya ya da yapmamaya mahkûm edilmesi, asıl davada da o işin yapılması ya da yapılmaması talep edilmediğinden eda değil, teminat etkisi göstermektedir.

Bir işin yapılmaması suretiyle uyuşmazlık konusunun güvence altına alınması, uygulamayı en çok taşınmazlara yönelik ferağdan men denilen tasarruf yasaklarında meşgul etmektedir. Türk Hukuku'nda teminat tedbirleri, esas itibariyle taşınmazlar üzerinde tasarrufta bulunulması durumunda gündeme gelebilecek hak kayıplarının önlenmesinde önemli rol oynamaktadır. Kanun koyucu, Türk Medenî Kanunu'nda talep sahibinin şahsi hak iddia etmesi durumunda çekişmeli haklar şerhi; aynı hak iddia etmesi durumunda geçici tescil şerhini öngörmüştür. Her iki şerhin de hukukî niteliği teminat tedbiridir³⁸. Çekişmeli haklar şerhinde de, geçici tescil şerhinde de, Türk Medenî Kanunu'nun 1010. maddesinin 2. fıkrası gereğince yalnız aynı bir etki söz konusu olur; şerhler, taşınmazın devredilmesine engel teşkil etmez³⁹. Her iki şerh tapu sicilinde yer alsa da, sicilde malik gözükken malı geçerli bir şekilde devredebilir.

³⁵ Stein/Jonas/Grunsky, § 938 N. 25; Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 938 N. 30.

³⁶ Guldener, s. 580.

³⁷ Bkz. yuk. Bölüm III, § 8.

³⁸ Çekişmeli haklar şerhi için bu yönde Homberger, Art. 960 N. 16; Bieler, Peter: Der Anwendungsbereich der Grundbuchsperr im Schweizerischen Recht, Basel 1983, s. 18. Geçici tescil şerhi için bu yönde Aybay, Aydın: Tapu Sicilinde Muvakkat Tescil, İstanbul 1962, s. 14; Reisoğlu Sa., s. 236; Walder-Richli/Andermacher, § 32 N. 12. Hem çekişmeli haklar şerhi hem de geçici tescil şerhi için bu yönde bkz. Guldener, s. 579; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 303, 310; Habscheid-Zivilprozess, N. 816; Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe: Eşya Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2006, s. 183 dn. 617, s. 186 dn. 625; Sirmen, A. Lâle: Eşya Hukuku Dersleri, Ankara 1995, s. 208; Ertas, Şeref: Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2006, N. 812, 820; Konuralp-Usul, s. 246, 247; Deren-Yıldırım-Evrenselleşme, s. 308; Zobl, Dieter: Grundbuchrecht, 2. Auflage, Zürich 2004, N. 308. Yılmaz ise, geçici tescil şerhinin olsa olsa geniş anlamda geçici hukukî himaye tedbiri olabileceğini, ancak teknik anlamda ihtiyatî tedbir olmadığı görüşündedir (C. I, s. 269).

³⁹ von Tuhr, s. 219, 220; Aybay, s. 7; Reisoğlu Sa., s. 229; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 301; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 211; Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul, s. 614; Taş-Korkmaz, s. 46; Yılmaz, C. I, s. 251; Ertas, N. 811. Alman Hukuku'nda da her iki şerhin tasarrufları tümden yasaklaması etkisi söz konusu değildir. Bu hukuk sisteminde, şerhlere rağmen tasarrufta bulunulursa, tasarrufun hak iddia eden bakımından karşı nisbi geçersizliği ileri sürülebilir (BGB §§ 883, 899).

Ferağdan men şeklinde teminat tedbirlerinin geliştirilmesinin temelinde de, şerhlerin hak sahibinin menfaatlerini tam olarak koruyamadığı düşüncesi yatmaktadır. Biz de önce bu şerhleri, ardından uygulamaya hâkim olan ferağdan men kararlarını yakından inceleyeceğiz.

1. Şerhler

a. Çekişmeli Haklar Şerhi

Satış vaadi borcunun yerine getirilmemesinde olduğu gibi cebri tescil davası açmaya imkân veren bir talep hakkının ileri sürülmesi söz konusu ise, Türk Medenî Kanunu'nun 1010. maddesinin 1. bendine göre çekişmeli hakların korunması şerhi istenilmelidir. Burada mülkiyetin geçirilmesi talebi güvence altına alınır. Davacı aynı hak ileri sürmediği için, dava devam ederken taşınmaz devredildiğinde, şerhin yokluğunda dava konusuz kalacak; davacı, iddianın değiştirilmesi yasağına tâbi olmaksızın (m. 185) davasını tazminat davası olarak devam ettirebilecektir⁴⁰. Devirden mahkemenin bilgisinin olup olmaması bu açıdan önem taşımamaktadır. Mahkeme, devirden haberdar olmayarak davaya devam ederse, yanlış hasma yönelik bir karar vermiş olur ve bu kararla davacı, malik olarak tapu siciline tescil edilemez⁴¹. Zira, davacının geçerli bir hukukî sebebe dayanan talep hakkının hukukî ilişkiye yabancı yeni malike ileri sürülmesi mümkün değildir. Şahsi hak, yalnız akdın diğer tarafına karşı ileri sürülebilir⁴². İşte, çekişmeli haklar şerhi, taşınmaz devredilse dahi, şahsi talep hakkının üçüncü kişiye ileri sürülmesine imkân sağlar. Gerçekten de Türk Medenî Kanunu'nun 1010. maddesinin ikinci fıkrasında, tasarruf yetkisi kısıtlamalarının şerh verilmekle taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebileceği hükme bağlanmıştır. Bu bağlamda, şerhten

⁴⁰ Alman Hukuku'nda da taşınmazın dava devam ederken devredilmesi durumunda müddeabihin temliki dolayısıyla taraf değişikliği, aynı talep ileri sürülüyorsa gerçekleşir (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 266 N. 3).

⁴¹ Taşınırlar bakımından aynı yönde bkz. Postacıoğlu-Usul, s. 489.

⁴² von Tuhr, s. 9; Kılıçoğlu-Borçlar, s. 188.

sonra devir yapılmışsa, hüküm altına alınan hak, şerhin etkisi sayesinde devralana karşı da ileri sürülebilir⁴³.

Konusu aynı hak değişikliği olan kişisel talep haklarına yönelik dava süresince çekişmeli haklar şerhi konulmamış olsa bile, davanın davacı lehine sonuçlanması ile birlikte mahkeme, ilâmı tapu dairesine bildirecek, tapu dairesi de sicile şerh verecektir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 28. maddesinde ifadesini bulan bu şerhin hukukî niteliği, Kanun'un Türk Medenî Kanunu'nun 1010. maddesinin 2. bendine atıf yapması nedeniyle çekişmeli haklar şerhidir. İlk derece mahkemesinin kararından sonra, hükmün kesinleşmesinden önce vâki olacak tasarruflara karşı şerhin munzam etkisi devreye girecektir (İİK m. 29)⁴⁴.

Çekişmeli haklar şerhinden sonra mal haczedilir ya da iflâs masasına girerse, iki çekişmeli haklar şerhi karşı karşıya gelir. Türk Medenî Kanunu'nun 1010. maddesinin 2. fıkrasında "tasarruf yetkisi kısıtlamalarının, şerh verilmekle taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebileceği" hükme bağlanmıştır. Bu hüküm, yalnız, şerhten sonra yapılan iradi tasarruflarda değil, 1010. maddenin 1. fıkrasında sayılan şerhlerin karşı karşıya gelmesi durumunda da uygulama alanı bulmalıdır⁴⁵. Bu durumda, ilk konulan çekişmeli haklar şerhinin etkisi devreye girer ve hak sahibi, haciz alacaklısı ya da iflâs masasına karşı hakkını ileri sürebilir⁴⁶. Şerh sahibi, cebri

⁴³ **Reisoğlu Sa.**, s. 228; **Postacioğlu-Usul**, s. 491; **Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler**, s. 24; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 211; **Meister, Christian Peter**: Vorsorgliche Massnahmen bei immobilarsachenrechtlichen Streitigkeiten, Diessenhofen 1977, s. 48; **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s. 658; **Zobl**, N. 310.

⁴⁴ Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. **Üstündağ-İcra**, s. 374, 375.

⁴⁵ **Hombberger**, Art. 960 N. 21; **Deschenaux, Henri**: Schweizerisches Privatrecht V/3, I, Hrsg. Meier-Hayoz, Arthur, Basel und Frankfurt am Main 1988, s. 404; **Meister**, s. 51; **Bieler**, s. 25; **BSK ZGB II-Schmid**, Art. 960 N. 1. **Guldener**'e göre çekişmeli haklar şerhi, yalnız iradi tasarrufları kapsamına alıyor olsaydı, malik, sonradan malın haczine ve satılmasına yol açacak şekilde borç altına girerdi ki, bu ihtiyatî tedbirlerin amacı ile bağdaşmazdı (s. 580).

⁴⁶ "Davacı, borçlu Mehmet adındaki kişinin 33 parseldeki apartmanın 8. kat 30 nolu dairesini haricen satın aldıktan sonra adına tescili için Kayseri Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1985/568 E. Sayılı dava dosyasında tescil davası açmış ve tescil kararının 23.3.1987 tarihinde kesinleşmesi üzerine, 8.4.1987 tarihinde adına tapuya tescil ettirmiştir. Davalı alacaklının bu işlemlerin devamı sırasında, müteahhitten olan alacağı nedeniyle tapu kaydına koydurduğu haczin kaldırılması dava edilmektedir. (...) hacizlerden önce 21.10.1985 tarihinde taşınmaz üzerine ihtiyatî tedbir koydurmuş olması, buna bağlı haklarından vazgeçmediğini açıkça gösterir. Diğer bir deyimle, davalı alacaklı taşınmaz üzerine haciz koydurduğu tarihte ihtiyatî tedbirin varlığını görmüş ve bunun sonuçlarını bilmesine rağmen taşınmazı haczettirmiştir. (...) Taşınmaz üzerinde konulan bu şekildeki ihtiyatî tedbir aynı hakka benzeyen bir nitelik taşır. (...) Tüm bu yönler birlikte incelendiğinde davalı alacaklının taşınmaza koydurduğu haczin onun yararına sonuçlar

tescil davasını (TMK m. 716) kazandığı takdirde, haciz sahibi alacaklı, taşınmazın paraya çevrilmesini isteyemez. Şerh, tapu sicilini tasarrufa kapatmadığından, dava devam ederken taşınmaz ihâle yoluyla satılıp paraya çevrilebilir. Şerh sahibi davayı kazandığı takdirde, alıcı, taşınmazı şerhle yükümlü olarak iktisap ettiğinden, taşınmazın davacı lehine tescil edilmesine katlanmak zorunda kalır.

Üzerinde haciz bulunan taşınmaza çekişmeli haklar şerhi konulursa, önce konulan haciz şerhinin üçüncü kişilere ileri sürülebilme etkisi devreye girer. Cebri tescil davası davacı lehine sonuçlansa ve davacı yeni malik olarak sicile tescil edilse bile, haciz şerhi kalkmaz, çünkü davacı mülkiyeti yeni kazanmıştır. Oysa haciz şerhi önce konulmuştur. Bu durumda, mal, alacaklının talebi üzerine ihâle yolu ile satılabilir. Ancak davayı kazanan yeni malik, haciz şerhi bulunan alacaklının alacağını ödeyerek taşınmazı haciz yükünden kurtarabilir.

Yukarıda tartışıldığı üzere, tasarrufun iptali davalarında malın iyi niyetli dördüncü kişiye devredilerek davanın malın değerine dönüşmesine engel olan geçici hukukî koruma, Kanun'un (İİK m. 281/II) lafzının aksine ihtiyatî haciz değil, ihtiyatî tedbirdir. Buradaki ihtiyatî tedbir, hukukî niteliği itibariyle bir çekişmeli haklar şerhidir⁴⁷.

b. Geçici Tescil Şerhi

Aynı hakların ileri sürülmesi ile ilgili olarak Türk Medenî Kanunu'nun 1011. maddesinde özel bir düzenleme getirilmiştir. Taşınmazın sahte vekâletname ile devrinde olduğu gibi, gerçek durumu yansıtmayan tapu sicilinde hak sahibi olana karşı bir aynı hak iddiasında bulunuluyorsa, tapu sicilinin düzeltilmesi davasından önce veya dava devam ederken çekişmeli haklar şerhi değil, geçici tescil şerhi talep edilmelidir (TMK m. 1011)⁴⁸. Davacı mülkiyet hakkına dayandığı için, dava devam ederken taşınmaz devredilirse, müddeabihin

doğurması kabul edilemeyeceği gibi alacaklıyı tutum ve davranışlarında iyiniyetli saymak ta yanlış bir olgudur." 15. HD, 17.3.1988, 1987-4358/1070 (YKD 1988/79, s. 1265, 1266).

⁴⁷ Bkz. yuk. Bölüm II, § 7, I, A, 5.

⁴⁸ Homberger, Art. 961 N. 1; Aybay, s. 15; Reisoğlu Sa., s. 228; Postacıoğlu-Usul, s. 489; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 303; Meister, s. 101; Bieler, s. 27; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 185; Sirmen, s. 212; Ertaş, N. 807, 819; BSK ZGB II-Schmid, Art. 961 N. 1; CHK-Deillon-Schegg, ZGB 961 N. 1; Zobl, N. 313.

temlikini düzenleyen Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 186. maddesi uygulanır, davacı dilerse aynı hakkını devralana karşı ileri sürerek onu davaya çekebilir; dilerse de, davasını devredene karşı tazminat davası olarak sürdürebilir. Davacı, dava dilekçesinde ileri sürdüğü talebinde ısrar ediyorsa davasını devralana yöneltecek, bu da davanın uzamasına yol açacaktır⁴⁹.

Tescil, devirden mahkemenin haberdar olmaması durumunda önem taşır. Mahkeme, devre vâkıf olmaksızın yargılama yapar ve devreden hakkında hüküm tesis ederse, hükmün yargılama ilişkisinin tarafı olmayan devralana tesir etmez, aynı hak iddiasının bu sefer devralana karşı ileri sürülmesi gerekir. Ancak devralanın da taşınmazı yeniden devretmesi riskinin her zaman bulunması ve Türk Medenî Kanunu'nun 1023. maddesi gereğince (Önceki Medenî Kanunu m. 931) iyi niyetle iktisap sonucunda talebin artık üçüncü kişiye ileri sürülememesi de gündeme gelebilecek, bu da aynı hak iddia eden bakımından hak kaybı anlamına gelir. İşte geçici tescil şerhi, aynı hak iddiası hakkında karar verilene kadar taşınmaz üzerinde yapılacak tasarruflar dolayısıyla hak sahibinin korunması, özellikle üçüncü kişinin iyi niyetli olarak taşınmazı iktisap etmesine engel olma ihtiyacında temelini bulur. Zira, şerh, alıcının iyi niyetini bertaraf eder⁵⁰.

Tedbir yargılamasını ilgilendiren Türk Medenî Kanunu'nun 1011. maddesinin son fıkrasında, geçici tescil şerhi istemi üzerine hâkimin, tarafları dinleyerek veya dosya üzerinde inceleme yaparak şerhe konu olan hakkın varlığının kabul edilebileceği kanaatine varırsa, şerh kararı vereceği, kararda şerhin etki bakımından süresi ve içeriğini belirleyeceği; gerektiğinde mahkemeye başvurulması için bir süre vereceği düzenlenmiştir. İsviçre Hukuku'nda usûl hukuku bakımından kantonal sistem geçerlidir. Federal kanun koyucu, bazen maddî hukuk kurallarında usûl normları öngörebilir. Bununla amaçlanan, kantonal kanun koyuculara bir usûli müessesenin düzenlenme biçimi ile ilgili direktif vermektir. Federal kanun koyucu, geçici tescile ilişkin ivedi bir yargılama öngörülmesini istemektedir. Gerçekten, hüküm, tedbir yargılamasının

⁴⁹ Kuru, C. IV, s. 4299; Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul, s. 614.

⁵⁰ Homberger, Art. 961 N. 1; Aybay, s. 13; Reisoğlu Sa., s. 233, 234; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 307, 310; BSK ZGB II-Schmid, Art. 961 N. 3; Ertaş, N. 820; Özekes-Satış, s. 532.

karakteristik özellikleri olan karşı taraf dinlenilmeden ve yaklaşık ispat seviyesinde karar vermeyi içermektedir. Böyle bir düzenleme, tek bir Usûl Kanunu olan Türk Hukuku için gereksiz olduğu gibi, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu ile uyum arz etmemektedir. Geçici tescil, hukukî niteliği itibariyle ihtiyatî tedbir kararı olduğundan, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 101 ve devamı hükümleri zaten uygulanacaktır. Bu bakımdan, hukukî dinlenme hakkının ertelenmesi tekrardan başka bir şey ifade etmemektedir⁵¹. Yaklaşık ispatın da geçici hukukî korumaların temel özelliği olması itibariyle ayrıca belirtilmesi gerekmemektedir.

Özellikle bir miktar paranın ödenmesine ilişkin eda tedbirleri, geçicilik niteliğinin muhafaza edilmesi ve karşı tarafın uğrayabileceği zararlar dikkate alınarak süre ile sınırlandırılabilirken⁵², teminat tedbirleri esas itibariyle asıl davanın sonuna kadar etkili olmaktadır. Türk Medenî Kanunu'nun 1011. maddesinde şerhin etki bakımından süresinin belirlenmesi gerekliliği teminat tedbirleri bakımından ilginç bir düzenlemedir. Bu sayede, tedbirin süresi kısa tutularak asıl dava sonuçlanmadan tedbirin sona ermesi yolu açılmaktadır⁵³. Zürih Kantonu'nda uygulama, süre vermekten kaçınmakta, tedbir dava sonuna kadar etkili olmaktadır⁵⁴.

İsviçre ve Türk Usûl Hukuku'nun düzenleme biçiminin yarattığı uyumsuzluk ise, gerektiğinde mahkemeye başvurulması için süre verilmesi noktasında görülmektedir. Usûl Kanunu'muzda tedbir kararından itibaren 10 gün içinde asıl davanın açılması, hâkimin takdir yetkisi kullanamayacağı netlikte kaleme alınmıştır (m. 109). Türk kanun koyucusu, hem hükmü İsviçre'den iktibas ederken hem de 2002 yılında yeni Türk Medenî Kanunu yürürlüğe girerken, maddî hukuk-usûl hukuku ilişkisinin Türk sisteminde arz ettiği yapıyı dikkatten kaçırmıştır. Geçici tescil şerhine yönelik tamamlayıcı merasim, olması gereken hukuk bakımından daha isabetlidir⁵⁵. Ancak olan hukuk bakımından ana

⁵¹ **Yılmaz**, C. I, s. 270. Mevaz Kanun bakımından usûli normlar getirilmesini haklı gösteren sebeplerin bizim hukukumuz sistemi için geçerli olmadığına ilişkin aynı yönde bkz. **Aybay**, s. 60.

⁵² Bkz. a.ş. Bölüm III, § 9, II, E, 1, b, (1).

⁵³ **Aybay**'a göre, davanın sona ermesinden itibaren geçecek on günün sonuna kadar geçici tescilin hüküm ifade edeceği şeklinde karar verilmelidir (s. 62).

⁵⁴ **Zobl**, N. 325 dn. 726. BGE 101 II s. 67, 99.

⁵⁵ Bu konuda ayrıca bkz. yuk. Bölüm II, § 6, IV, D.

kuraldan ayrılmayı gerektirecek hiçbir pratik ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu nedenle, kanımızca geçici tescil şerhinde de contra legem yorumla Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 109. maddesi uygulanmalı⁵⁶, maddî hukuk ile usûl hukuku arasındaki uyumun sağlanabilmesi için ya 1011. maddedeki tamamlayıcı merasime ilişkin hüküm madde metninden çıkarılmalı ya da bütün ihtiyatî tedbirler için uygulama alanına sahip tamamlayıcı merasim zorunluluğu geçici tescil şerhi model alınarak esnetilmelidir.

Üzerinde geçici tescil şerhi bulunan taşınmaz, yolsuz tescil sahibinin alacaklısı tarafından haczedilir ve tapu sicilinin düzeltilmesi davası davacı lehine sonuçlanırsa, mülkiyetin baştan itibaren davalıya geçmediği hüküm altına alınmış olur. Taşınmaz, baştan itibaren yolsuz tescil sahibine ait olmadığına göre, onun alacaklısının taşınmaza koyduğu haciz de kalkar. Taşınmaz, dava sona ermeden önce ihâle yoluyla paraya çevrilmişse, alıcı geçici tescil şerhi ile yükümlü olarak taşınmazı iktisap ettiğinden, tapu sicilinin düzeltilmesi davasını kazanan hak sahibi, mülkiyet hakkını ihâle alıcısına karşı da ileri sürebilir⁵⁷. Geçici tescil şerhi, hacizden sonra konulmuş olsa bile, tapu sicilinin düzeltilmesi davasını kazanan davacı, mülkiyet hakkını başarı ile haciz alacaklısına ve ihâle alıcına karşı gerçekleştirebilir. Çünkü davacı lehine verilen hüküm, taşınmazın takip borçlusunun malvarlığına hiçbir zaman dahil olmadığını ortaya koymaktadır⁵⁸.

c. Şerhlerin Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu İle İlişkisi

Türk Medenî Kanunu ile Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu arasında ahenksizlik belirlediği noktalardan birisi de çekişmeli haklar şerhi ve geçici tescil şerhidir. İhtiyatî tedbirlerle ilgili hükümlerde Türk Medenî Kanunu'na atıf yapılmadığı gibi, şerhten de hiç söz edilmemektedir. İlk bakışta, 101. maddenin 1. bendinde geçen "haciz" kavramının, çekişmeli olan mal üzerinde tasarruf yetkisi kısıtlaması olarak anlaşılması suretiyle, ihtiyatî tedbirler ile Türk Medenî Kanunu'nda öngörülen tasarruf yetkisi kısıtlamaları arasında irtibat kurulabilir.

⁵⁶ Aybay, s. 62; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 186 dn. 625.

⁵⁷ "Mülkiyet iddiaları sabit olunca, şerhi müteakip yapılan tasarrufların hepsi bâtıldır. Bunlara dayanan tesciller terkin olunur." (Aybay, s. 69).

⁵⁸ Meister, s. 109. Geçici tescil şerhinin alacaklının haciz koydurmasına ve taşınmazın cebri icra yolu ile satışına engel olmayacağına ilişkin bkz. Özekes-Satış, s. 533.

Gerçekten, haczin tasarruf yetkisi kısıtlaması sonucu, hem Türk Medenî Kanunu'nun 1010. maddesinden hem de söz konusu hükme atıf yapan İcra ve İflâs Kanunu'nun 91. maddesinden çıkarılabilir. Ne var ki, kanun koyucunun haczin tasarruf yetkisi bakımından hukukî sonucunu üçüncü kez düzenlemek istediği düşünülemez. Ayrıca, taşınmaza haciz konulduktan sonra tapuya verilen şerh, ihtiyatî tedbir değil, muhafaza tedbiridir. Diğer yandan, taşınmaz haczi şerhi ve çekişmeli haklar şerhinin aynı hükümde, geçici tescil şerhinin de bir sonraki maddede düzenlenmesi, kanun koyucunun gerçek amacının bulunmasında yol gösterici olabilir. Gerçekten, taşınmaza çekişmeli haklar şerhi verilebilecek hâllerden birisi de hacizdir (TMK m. 1010 b. 2). Her iki müessesede de devir durumunda haczin ve şerhin devralana karşı ileri sürülmesi amaçlanmaktadır. Ancak 1011. maddenin 1. bendinin aynı taleplerle sınırlandırılmış olması böyle bir yoruma engel olmaktadır. Çünkü geçici tescil şerhinde aynı talep ileri sürülmekle beraber, çekişmeli haklar şerhine şahsi talep esas teşkil etmektedir. Bu durumda, çekişmeli haklar şerhinin, 1. bentle ilişkisi kurulamayacaktır. Az yukarıda belirtildiği üzere, 1. bentte geçen "haciz" sözcüğüne şerh gibi özel bir anlam yüklememek, mala el koyma (zaptetme) olarak yorumlamak ve 1. bendin kapsamını yediemin atanması ile sınırlandırmak daha yerinde olacaktır. Çekişmeli haklar şerhi ve geçici tescil şerhinin Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndaki yansımaları ise çekişmeli şeyin muhafazası için gerekli her türlü tedbire hükmedilebileceğini düzenleyen 101. maddenin 2. bendidir.

2. Tasarruf Yasağı (Ferağdan Men)

Uygulamada, şerhin devir yasağı değil, yalnız tasarruf yetkisi kısıtlaması getirmesi nedeniyle tapuda devrin tamamen engellenmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu ihtiyaca uygun olarak "feragdan men" denilen bir teminat tedbiri şekli geliştirilmiş ve bu türden teminat tedbiri kararları uygulamaya hâkim olmuştur. Öyle ki, feragdan men kararlarının alacaklıyı en etkin şekilde koruması karşısında şerhe itibar edilmez olmuştur⁵⁹. Ancak tapu sicilini kilitleyecek,

⁵⁹ Nitekim, 7.7.1965 tarihli 1390 sayılı Mülkiyet Hakkına Tahdit Edici Şerhler Hakkında Genelge'de çekişmeli haklar şerhi ya da geçici tescil şerhinden hiç söz edilmemektedir: "Mahkemeler, ihtiyatî tedbir kararlarını taşınmaz malın aynına taalluk eden bir ihtilaf sebebiyle verdiklerinden, haciz gibi telakki etmeye imkân yoktur. Bu itibarla, mahkemeler tarafından

sicilde işlem yapılmasına engel olacak açık bir düzenlemeye kanunlarımızda yer verilmemiştir. Bir an için şerhten farklı bir tedbire Türk Medenî Kanunu sistemine yabancı olduğu düşünülebilir⁶⁰. Ancak ferağdan men kararlarına kanunî bir dayanak bulmak güç değildir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 103. maddesine, hükmün her durumu içine alacak genel bir düzenleme olması itibariyle tapuda işlem yapılmasını engelleyecek tedbir kararları için de müracaat edilebilirse de⁶¹, kanımızca çekişmeli şeyin muhafazası için gerekli her türlü tedbire hükmedilebileceğini düzenleyen 101. maddenin 2. bendi ferağdan men kararlarının hukukî dayanağını teşkil etmektedir⁶².

Ferağdan men, ihtiyatî tedbir niteliğinde mahkeme kararı gerekli kılar. Pozitif hukukumuzda tapu sicilinde işlem yapılamamasına yol açan düzenlemeler bulunmakla beraber, bunlar mahkeme kararına gerek duymadığından ferağdan men olarak nitelendirilemez⁶³. Örneğin, İcra ve İflâs Kanunu'nun 131. maddesinde (SchKG Art. 137) böyle bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, ihâlede satış bedelinin ödenmesi için alıcıya süre verilmişse, icra memurunun izni olmaksızın tapuda hiçbir tescil yapılamaz, yani tapu sicili kilitlenir⁶⁴. Yine, zanaatkâr ve yüklenicilerin kanunî ipotek haklarına ilişkin Türk Medenî Kanunu'nun 897. maddesinin son fıkrasında, işe başlandığı, hak sahibi,

ihtiyatî tedbir kararının tapu dairelerine tevdiinde, sicile hemen şerh verilecek ve ihtiyatî tedbir kararı kaldırılmadıkça bu taşınmaz mal üzerinde üçüncü şahıs lehine hak doğurucu hiçbir işlem yapılmayacaktır.”

⁶⁰ Bu yönde bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 212; **Üstündağ-Yargılama**, s. 561.

⁶¹ **Kuru**, C. IV, s. 4300; **Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler**, s. 27; **Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul**, s. 615. Tasarrufa engel olacak kararların da verilebileceği yönünde bkz. **Sirmen**, s. 210.

⁶² Bu konuda diğer bir görüşe göre, ferağdan men kararının hukukî dayanağının, aynı hakkın güvence altına alınabilmesi için öngörülen geçici tescil şerhini düzenleyen Türk Medenî Kanunu'nun 1011. maddesinin ikinci bendidir. Bu hükümde hâkime, şerhin içeriğinin belirlenmesinde takdir yetkisi verilmiştir. Takdir yetkisine bağlı olarak hâkimin tedbirin içeriğini, tasarruf işlemi yapılmasını tamamen önleyecek nitelikte belirlemesi de mümkündür (**Reisoğlu Sa.**, s. 237 dn. 162). Ferağdan men tedbirine şahsi hak taleplerinde de başvurulabileceğinden, hukukî temelin geçici tescil şerhinden hareketle oluşturulması görüşüne katılmıyoruz. Geçici tescil şerhinin ferağdan men sonucu yaratamayacağına ilişkin aynı yönde bkz. **Postacioğlu-Usul**, s. 490. **Kuru** ayrıca, ferağdan men kararlarının hukukî dayanağını HUMK m. 101 b. 1'de geçen “haciz” ifadesi ile de açıklamaktadır (**Kuru**, C. IV, s. 4300). Aynı yönde bkz. **Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul**, s. 615; **Ercan-İhtiyatî Tedbir**, s. 49.

⁶³ **Bieler**, s. 86, 87.

⁶⁴ Doktrinde bu hüküm, çekişmeli haklar şerhi ile ilişkilendirilmektedir (**Bieler**, s. 22). Geçici tescil şerhi görüşü için bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 216 dn. 732. Bu hüküm, ihale bedeli ödenmemesine rağmen teminat gösterilmesi karşılığında taşınmazın alıcı adına geçici olarak tescil edilmesi hâlinde anlam ifade eder (SchKG-Häusermann/Stöckli/Feuz, Art. 137 N. 13).

zanaatkarlar veya yüklenicilerden birinin bildirim üzerine tapu kütüğünün beyanlar sütununa yazıldıktan sonra, tescilin yapılabileceği sürenin sonuna kadar taşınmaz üzerinde ipotekten başka türde rehin tescil edilemeyeceği düzenlenmektedir. Burada da tapuda işlem yapılamaması söz konusudur⁶⁵.

Çekişmeli haklar şerhi ve geçici tescil şerhinde taşınmaz malikinin tedbiren irade açıklamasında bulunmasına mahkûm edilmesi söz konusu iken, çekişmeli şeyin devredilmemesi ya da alacaklı aleyhine sınırlı aynı hak tesis edilmemesini konu edinen tasarruf yasağında (ferağdan men), malikin bir işi tedbiren bir süre yapmamasına karar verilmektedir⁶⁶. Burada, malın ya da hakkın korunması için, konusu bir işin yapılmamasına ilişkin maddî hukuk talebine tedbiren yürürlük kazandırılmaktadır⁶⁷. Ancak tapu siciline kaydedilmediği sürece yalnız karşı tarafın taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunmamasına karar verilmesi, beklenen amacın gerçekleşmesine engel olabilir. Çünkü borçluya yönelik tasarruf yasağına rağmen sicil aleniyeti ve sicile güven ilkeleri çerçevesinde tapuda işlem yapılabilir⁶⁸. Tapu Sicil Müdürlüğü, tedbir kararına

⁶⁵ Deschenaux, s. 381, 382.

⁶⁶ Hombberger, Art. 960 N. 9; Brox/Walker, N. 1117, 1586. İsviçre Hukuku'nda hâkim görüş, ferağdan men kararının ne malike ne de tapu siciline yöneldiği, aksine tapu müdürlüğünü (memurunu) hedef aldığı şeklindedir (Deschenaux, s. 376; CHK-Deillon-Schegg, ZGB 960 N. 1; Bieler, s. 32; Zobl, N. 345; BSK ZGB II-Schmid, Art. 960 N. 2; Meister, s. 126, 127). Tapu sicilinde kayıt sahibine yönelen yargısal emir görüşü için karşı. BSK ZGB II-Schmid, Art. 946 N. 69. Alman Hukuku'nda bir resmi kuruma belirli bir şekilde hareket etmesi gerektiği yönünde tedbir karar verilemeyeceğine ilişkin bkz. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 938 N. 8. İhtiyatî tedbir kararının taraflara yönelik verildiği, kararı icra eden resmî kurumun taraf hâline gelmediğine ilişkin bkz. Deren-Yıldırım-İhtiyatî Tedbirler, s. 173.

⁶⁷ Hakların da tasarruf yasağının konusunu oluşturabileceği, bu bağlamda alacaklının alacağını temlik etmesinin yasaklanabileceğine ilişkin bkz. Guldener, s. 575.

⁶⁸ Deschenaux, s. 333. Alman Hukuku'nda tasarruf yasağının hukukî sonuçları Medeni Kanun'da açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, tasarruf, kanunî ya da mahkemenin hükmettiği ve yalnız belirli kişilerin korunmasını amaçlayan temlik (tasarruf) yasağına aykırılık teşkil ederse, tasarruf yalnız bu kişilere karşı geçersizdir (BGB §§ 135, 136). Bu durumda, borçlu temlik yasağına rağmen malı devrederse, devir, devralana karşı geçerli, ancak hak sahibine karşı nisbi olarak geçersizdir. Devralan, temlik yasağı bakımından iyi niyetli ise, iktisabı korunur. Mahkeme, temlik yasağını tapuya bildirip tescil ettirebilir. Temlik yasağının tapuya tescil edilmesinin amacı, tapuda işlem yapılmasını engellemek değil, devralanın iyi niyetli olarak malı iktisap etmesinin önüne geçmektir. Zira, temlik yasağının borçlar hukuku anlamında nisbi geçersizliği zaten Kanun'da düzenlenmiştir (Bruns/Peters, s. 342; Brox/Walker, N. 1586; Musielak/Huber, § 938 N. 8; Schuschke in Schuschke/Walker, § 938 N. 31). Bu konuda ayrıca bkz. von Tuhr, s. 219, 220 dn. 51. Doktrinde, çekişmeli haklar şerhi ve geçici tescilin aynı sonucu sağlayacak olması nedeniyle, tasarruf yasağının istisnaen gerekli olacağı (Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 938 N. 30), hatta bu iki teminat tedbirine tedbir sebebi ispat edilmeksizin hükmedilebildiğinden, tasarruf yasağı tedbirinde tedbir sebebinin bulunmadığı ifade edilmektedir (Stein/Jonas/Grunsky, § 938 N. 25). Şerhlerin, tasarruf yasağı karşısında öncelikli olduğuna ilişkin benzer önde bkz. Schuschke in Schuschke/Walker, § 938 N. 29. Aynı ayrı açılan tasarrufun iptali davalarında

vakıf olmadığı takdirde, karşı taraf taşınmazı geçerli bir şekilde devredebilir ya da taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tesis edebilir. Tedbir kararındaki emrin yerine getirilmemesi Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 113A maddesinde hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmakta ve bu düzenleme, tedbir kararına rağmen tasarrufta bulunmayı düşünen karşı taraf için caydırıcılığı içermekte olsa bile, tasarrufun önlenmesi, karşı tarafın cezalandırılmasına göre talep sahibinin menfaatlerine daha çok hizmet etmektedir. Bu nedenle, taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunulmamasına yönelik tedbir kararının tapuya bildirilmesi önem taşımaktadır. Ferağdan men kararı ile malikin tasarruf yetkisi hâkim kararı ile ortadan kaldırılmaktadır. Tasarruf yetkisi, sicilde işlem yapılabilmesi için varlığı aranan koşullardan birisidir. Tapu memuru, tasarrufta bulunacak olanın tasarruf yetkisinin bulunup bulunmadığını inceler. Ferağdan men kararı tapuya bildirildikten sonra işlem yapılamaması, memurun tasarruf yetkisi kısıtlananın talebini geri çevirmek zorunda olmasından ileri gelir⁶⁹. Bu bakımdan, ferağdan men kararının tapuya bildirilmesi, tapu memurunun malikin tasarruf yetkisinin ortadan kalktığından bilgi sahibi olması içindir.

Türk Medenî Kanunu, ferağdan men şeklinde bir teminat tedbirini öngörmediğinden, tedbir kararının ne şekilde tapuya kaydedileceği konusunda bir düzenlemeyi içermemektedir. Bu durumda, ferağdan men kararlarının tapuya tescil edilebilir nitelikte olup olmadığı konusunda bir an için tereddüt edilebilir⁷⁰. Ancak Tapu Sicil Tüzüğü'nden⁷¹ ferağdan men kararlarının tapuya tescil edilebilirliği çıkarılabilir. Tüzüğün 63. maddesinde, müdürlüğün, bir kişinin vesayet altına alındığına veya vesayetin kaldırıldığına dair mahkeme kararlarından yazılı olarak bilgisi olursa, durum taşınmaz malların kütüğünün beyanlar sütununa, tarih ve yevmiye numarası da gösterilerek yazılacağı

hükmedilen iki ayrı temlik yasağından, önce konulanın diğerini geçersiz kılacağı hakkında yeni tarihli bir karar için bkz. BGH, 14.6.2007, NJW 2008, s. 376 vd.

⁶⁹ **Homberger**, Art. 960 N. 7. Tasarruf sınırlamalarına ilişkin şerhlerde de, malikin hukukî işlemi yapma yetkisinin bulunmadığına, zira bu işlem yönünde ehliyetinin daraltıldığına ilişkin bkz. **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 301.

⁷⁰ **Deschenaux**'a göre, ferağdan men kararı tescilin konusunu oluşturmaz. Çünkü bu karar tapu sicilinin tutulması faaliyetine ilişkin değildir. Burada amaçlanan, dışarıdan gelecek değişikliklere engel olmaktır (s. 380).

⁷¹ 7.6.1994 T. 21953 S.

düzenlenmiştir. Bu hükümden hareketle, malikin tasarruf yetkisinin yasaklanması da beyanlar hanesinde gösterilebilmelidir⁷².

Temlik hakkını kısıtlayan şerhler (m. 56) ile temlik hakkını yasaklayan şerhler (m. 57) arasında ayırma giden Tüzük, ikincisi bakımından aranacak belgeler arasında ihtiyatî tedbirler için mahkeme kararı veya yazısını da saymıştır. Uygulamada çekişmeli haklar şerhine itibar edilmemesi, bunun yerine ferağdan men kararlarının yaygınlık kazanması Tüzük'te de yansıma bulmuştur. İhtiyatî tedbir kararı, doğrudan temlik hakkının yasaklanmasına bağlanmıştır. Halbuki, çekişmeli haklar şerhinde olduğu gibi ihtiyatî tedbir, temlik hakkının kısıtlanması sonucunu da doğurabilir. Tüzüğün açıkça belirtilmese de ferağdan men kararlarını kastettiği söylenebilir. Ancak Türk Medenî Kanunu gereğince teknik anlamda şerh edilebilecek ferağdan men değil, çekişmeli haklar şerhidir. Şerhler numerus clausus ilkesi gereğince Türk Medenî Kanunu'nda sınırlandırıcı bir şekilde sayılmıştır⁷³. Ferağdan men kararının şerhin hukukî sonuçlarını göstermesi mümkün değildir⁷⁴. Bu bakımdan, Tüzük'te değişikliğe gidilerek ihtiyatî tedbir kararına temlik hakkını kısıtlayan şerhlerin altında yer verilmelidir.

Çekişmeli haklar şerhi ve geçici tescil şerhinde tedbir kararının tapuya bildirilmesi tasarruf yetkisi kısıtlaması için kurucu niteliktedir. Ferağdan men kararı ise tapuya bildirilmeden de etkili olabilecek bir teminat tedbiridir. Bu nedenle, ferağdan men, borçlunun bir işi yapmamasına mahkûm edilmesi ve kararın tapuya bildirilmesi olmak üzere iki aşamalıdır. Kanımızca, mahkeme, ferağdan men kararını tapuya şerh ettirmek zorunda değildir. Teminat tedbirinin karşı tarafa verebileceği zararların büyüklüğüne göre, yalnız ferağdan men kararı verilmekle yetinilmesi ya da bu kararın tapuya bildirilmesi olmak üzere hâkime iki ayrı teminat tedbiri alternatifini sunulabilmelidir. Karşı tarafın menfaatleri dikkate alınarak gerektiğinde ferağdan men kararı tapuya bildirilmemeli, borçlu

⁷² İsviçre Hukuku'nda da ferağdan men kararının tapunun beyanlar hanesinde gösterilmesi gerektiği benimsenmektedir (Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, § 94 N. 13; BSK ZGB II-Schmid, Art. 946 N. 69; Zobl, N. 308). Burada tapu memurunun işlem yasağını ihmal etmemesi için hatırlatıcı bir kayıt söz konusudur ve hukukî niteliği kamu hukuku kısıtlamasıdır (TMK m. 1012/II) (Bieler, s. 34, 41; Meister, s. 129 özellikle dn. 379.). Cebrî arttırmada ihale bedelinin ödenmesi için süre verilmişse gündeme gelecek tapuda işlem yapılması yasağının, tapu sicilinin beyanlar hanesinde gösterileceğine ilişkin bkz. Deschenaux, s. 382 dn. 15; Zobl, N. 352.

⁷³ Deschenaux, s. 129; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 291; Bieler, s. 16.

⁷⁴ Muşul-Usul, s. 188. Karş. Yılmaz O., s. 59.

tedbire rağmen tasarrufta bulunduğu takdirde 113A maddesine göre cezalandırılmalıdır. Buna karşılık, talep sahibinin menfaatleri gerekli kılıyorsa, ferağdan men kararı tapuya bildirilmelidir. Bu durumda, tasarruf olanağı tamamen ortadan kalkacağından, 113A maddesinin uygulanması da söz konusu olmayacaktır⁷⁵.

Ferağdan men kararlarını tapu siciline işlenen ve işlenmeyen olmak üzere ikiye ayırdığımızda, hak sahibinin elinde dört ayrı teminat tedbiri seçeneği bulunacaktır. Hak sahibi, öncelikle ileri sürdüğü talebin şahsi ya da aynı olmasına göre çekişmeli haklar şerhi ile geçici tescilden birisini eleyecektir. Talep hakkının niteliğine uygun şerh ile ferağdan menin iki farklı türü, tedbir talep edecek olanın tercih yapabileceği alternatiflerdir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 101. maddesinin 2. bendine göre, lüzumlu tedbiri belirlemek durumunda olan hâkim, karşı tarafa en az zarar verecek tedbiri tercih etmelidir.

Ferağdan men, şahsi hakkın ileri sürüldüğü durumlarda çekişmeli haklar şerhinden esaslı surette ayrılmaktadır. Çekişmeli haklar şerhine bir şahsi talep hakkı esas teşkil etmektedir. Ancak şerhin tapu siciline işlenmesi ile talep hakkı kuvvetlendirilmek suretiyle üçüncü kişilere ileri sürülebilir hâle gelmektedir. Hak sahibi, asıl davada haklı çıktığı takdirde, şerhten sonra taşınmaz üzerinde yapılan tasarrufların terkinini için dava açabilir⁷⁶. Ferağdan men kararının ise şahsi hakkı kuvvetlendirme gibi bir etkisi yoktur⁷⁷. Ferağdan men şeklinde ayrı bir teminat tedbirine ihtiyaç duyulmasının sebebi, çekişmeli haklar şerhinde hak sahibinin sonraki tasarrufları için terkin davası açmasına gerek olmasıdır. Ferağdan men kararı ile tasarruf yapılması yolu tamamen kapatılacağından, terkin davası açılması söz konusu olmayacaktır.

Bu iki teminat tedbiri arasındaki fark, çekişmeli malın haczedilmesi ya da iflâs masasına girmesi durumunda önem kazanır. Gerçekten, ferağdan men kuvvetlendirilmiş şahsi hak yaratmamaktadır. Ferağdan men, çekişmeli haklarda

⁷⁵ Avusturya Hukuku'nda da aynı esas benimsenmektedir (Feil, § 378 N. 20).

⁷⁶ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 310.

⁷⁷ Deschanux, s. 404; BSK ZGB II-Schmid, Art. 946 N. 69; Bieler, s. 43, 44; CHK-Deillon-Schegg, ZGB 960 N. 1; Zobl, N. 308, 310. Ferağdan men kararının maddî hukuka yönelik sonuç doğurmayacağına ilişkin bkz. Frank/Sträuli/Messmer, § 110 N. 14.

olduğu gibi teknik anlamda bir şerh değildir; tedbir kararı beyanlar hanesinde gösterilerek tapu sicilinde işlem yapılması engellenir. Çünkü şerhin hakkı kuvvetlendirerek üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir kılması, bunun Türk Medenî Kanunu'nda açıkça şerh niteliğinde düzenlenmesine bağlıdır. Oysa, kanun koyucu ferağdan men müessesesini dahi öngörmemişken, böyle bir teminat tedbirine teknik anlamda şerhin etkisini tanıdığı sonucuna varılamamalıdır⁷⁸.

Ferağdan men kararlarının haciz alacaklısına, iflâs masasına karşı ileri sürülebilmesinin yolu, Türk Medenî Kanunu'nun 1010. maddesine "ferağdan men kararları" şeklinde yeni bir bent ilâve edilmesidir. Yürürlükteki düzenlemeye göre, cebrî tescil davası kazanılsa bile, talep hakkı, haciz alacaklısına ya da iflâs masasına karşı ileri sürülemez⁷⁹. Şahsi hak sahibi, mülkiyeti her halukârda hacizden sonra haciz şerhi ile yükümlü olarak kazanmış olacağından, haciz şerhinin üçüncü kişilere ileri sürülebilme etkisi devreye girer ve haciz alacaklısı taşınmazın paraya çevrilmesini sağlayabilir. Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, bir yandan ferağdan men kararlarının üçüncü kişilere ileri sürülememesi, diğer yandan ferağdan men tedbirinin konusunun asıl olarak karşı tarafın bir işi yapmamasına dayanması nedeniyle, bu tarz teminat tedbirlerinin cebrî satışları durdurucu etkisi de bulunmamaktadır. Zira, asıl hukukî koruma olan cebrî tescil davası, cebrî satıştan önce davacı lehine sonuçlansa dahi satışa engel olamadığına göre, bir geçici hukukî koruma olan ferağdan men kararının satışı durdurucu etkisinin bulunmaması evleviyet kuralının gereğidir⁸⁰. Şu hâlde,

⁷⁸ **Muşul**-Usul, s. 189. Bu konuda Türk Medenî Kanunu'nun 199. maddesinin 3. fıkrası bir istisna teşkil etmektedir. Buna göre, hâkim, evlilik birliğinin korunması önlemleri çerçevesinde eşlerden birinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kaldırırca, re'sen durumun tapu kütüğüne şerh edilmesine karar verir. İsviçre Medenî Kanunu'nun TMK m. 199/III'ü karşılayan 178. maddesinde ise tasarruf yasağının beyanlar hanesinde gösterileceği düzenlenmiştir. Hâkimin kararı ile tapu sicilinin kilitlendiği değerlendirilmesi için bkz. **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 182. Bu hükmün boşanma davalarında da uygulanabileceği kabul edilmektedir (**Deschenaux**, s. 398).

⁷⁹ **Deschenaux**, s. 400, 401; **Zobl**, N. 308, 347; **Bieler**, s. 45.

⁸⁰ Meseleyi hukukî niteliği geçici hukukî koruma olan iflâs davasında muhafaza tedbirleri bakımından değerlendiren **Postacioğlu**, muhafaza tedbirinin belirli mallara uygulanması durumunda, alacaklıların bu mallara koydukları haciz üzerine malların satılmaması gerektiği görüşündedir. Bu ihtimalde, mahkeme, satış men hakkındaki kararı olduğu gibi muhafaza etmek veya bu kararı satış yapılmakla beraber satış bedelinin mahkeme emrinde tutulması seçenekleri arasında takdir yetkisine sahip olmalıdır (**Postacioğlu-İflâs**, s. 30, 31). Alman Hukuku'nda ferağdan men tedbirine rağmen tasarrufta bulunulması nisbi geçersizlik sonucu varattığından, ferağdan men kararının, -daha sonra tapuya bildirilmişse- cebrî satışa engel

hakkında ferağdan men tedbiri bulunan taşınmaz, ister tedbirden önce ister tedbirden sonra haczedilsin, alacaklının talebi üzerine cebri yoldan satılabilir⁸¹. Dava devam ederken taşınmaz paraya çevrildiğinde, taşınmazın mülkiyetinin geçirilmesi talebi (şahsi talep) bakımından dava konusuz kalır, davacı, iddianın değiştirilmesi yasağına (m. 185) tâbi olmaksızın davalıya karşı davasına tazminat davası olarak devam edebilir.

Ferağdan men şeklinde teminat tedbiri, aynı hakkın ileri sürüldüğü tapu sicilinin düzeltilmesi davasında da uygulama alanı bulabilir⁸². Geçici tescil şerhi, tapuda işlem yapılmasına engel olmaz. Ferağdan men kararı ile, yolsuz tescil sahibi olduğu iddia edilene tasarruf yasağı getirebilir. Çekişmeli haklar şerhinden farklı olarak ferağdan men tedbirine bir aynı hak talebi esas teşkil eder. Ferağdan men kararından önce ya da sonra yolsuz tescil sahibinin alacaklısının koydurduğu haczin akıbeti⁸³, tapu sicilinin düzeltilmesi davasının sonucuna bağlıdır⁸⁴. Dava kazanıldığı takdirde, alacaklının taşınmazın mülkiyetinin

olmayacağı kabul edilmektedir (OLG Köln, 3.8.1983, ZIP 1983, s. 1255. Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 938 N. 31).

⁸¹ Yargıtay'ın bu konuda birbirinden farklı kararları vardır: "...ihtiyatî tedbir kararının devam ettiği sürede satış istenmesi bir sonuç doğurmaz." HGK, 23.6.1992, 12-141/470 (Erdemir, İter: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. I, 2. Basım, Ankara 1998, C. I, s. 775). Aynı yönde bkz. 12. HD, 26.1.1989, 1988-5411/939 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). "Asliye Hukuk Mahkemesinin tedbir kararı taşınmazların üçüncü kişilere (rızaen devir ve temlikinin önlenmesine) yöneliktir. Karar, cebri icra yolu ile satışı engelleyecek ve icra dosyasındaki takibi durduracak nitelikte olmadığı gibi tedbir kararında ve dava dosyasında takip alacaklısı taraf da değildir. İcra dosya numarası belirtilerek satışın durdurulması yönünde anılan kararda bir açıklama yoktur. Bu durumda, icra takibinin sürdürülmesine ve satış işlemlerinin başlatılmasına bir engel bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle icra müdürlüğünün satış isteminin reddi yönündeki kararı yasaya uygun değildir." 12. HD, 16.9.2005, 13877/17335 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde bkz. 12. HD, 11.5.1998, 4949/5291 (İz. BD 1999/2, s. 118).

⁸² Geçici tescil şerhi konulabilecek hâllerde ferağdan men kararına gerek duyulmayacağına ilişkin karşı. Deschenaux, s. 392.

⁸³ Aynı talebin ileri sürüldüğü tapu iptali davasında ferağdan men kararının, yalnız rızâ satışları engellediği, alacaklının talebi üzerine haciz konulabileceğine ilişkin bkz. 12. HD, 1.4.2005, 3505/6972 (Uyar, Talih: İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. V, 2. Baskı, Ankara Tarihsiz, s. 7494).

⁸⁴ Hacizli taşınmaz üzerinde haciz şerhinden sonra hak kazanan kişilerin haklarının haciz alacaklısının hakkından sonra geleceğini belirten *Özekes*, hacizden sonra taşınmaz üzerinde hak iddia edilirse meselenin istihkak prosedürü içinde çözülmesi gerektiği, aksi takdirde hak sahibinin o takip bakımından bu yöndeki hakkını ileri süremeyeceği kanaatindedir (*Özekes-Satış*, s. 529). Şüphesiz hak iddia eden, süresi içinde istihkak iddiasında bulunabilir ve itiraz üzerine icra mahkemesinde takibin (taşınmazın satışının) durdurulmasını sağlayabilir (İİK m. 97/I). Ancak bu kişi pekâlâ genel mahkemelerde tapu sicilinin iptali davası da açabilmeli ve bu davadan önce veya dava devam ederken lehine ferağdan men kararı aldırabilmeli; haciz, taşınmazlarda aynı hakların genel mahkemelerde hacizden sonra da ileri sürülmesine engel teşkil etmemelidir. Aksi takdirde aynı hakların istihkak prosedürü dışında ileri sürülmesi yolu fiilen kapanmış olacak, haciz koyduran alacaklının talebi ile mal satıldığında gerçek malikin hakkı da sona erecektir.

borçlusuna ait olmadığı tespit edilecek ve haczin kaldırılması gerekecektir. Zamanaşımına uğramayan ve herkese karşı ileri sürülebilen mülkiyet hakkının bu hususiyetinin doğal sonucu, tapu sicilinin düzeltilmesi davasından önce veya dava devam ederken hükmedilen ferağdan men tedbirinin -tıpkı cibrî tescil davasında olduğu gibi- icra takibinde satışa engel olmamasıdır⁸⁵. Zira, mükellefiyetler listesinde ferağdan men kararına da yer verilecek ve ihâle alıcısı, tapu sicilinden taşınmaz üzerinde aynı hak iddiası ile dava açıldığını ve dava kazanıldığı takdirde mülkiyet hakkının kendisine karşı da ileri sürülebileceğini öğrenecektir. Ferağdan men teknik anlamda şerh etkisi yaratmadığından, şahsi hak söz konusu olduğunda ihâle alıcısına karşı ileri sürülebilecektir. Buna karşılık, aynı hak iddiasında ferağdan men kararının şerh etkisi yaratmasına gerek kalmaksızın, mülkiyet hakkı ihâle alıcısına karşı ileri sürülebilecektir⁸⁶. Tapu sicilinin düzeltilmesi davası devam ederken taşınmaz ihâle edildiğinde, müddeabihin temlik hükmü (m. 186) devreye girecek ve davacı davaya ihâle alıcısına karşı devam edebilecektir⁸⁷. Belirtmek gerekir ki, aynı hakkın ihâle alıcısına ileri sürülebilmesi, ferağdan men kararının tapu sicilinden anlaşılmasına ve mükellefiyetler listesine geçirilmesine bağlıdır. Mahkeme, menfaatler durumuna göre davalının ferağdan menine karar vermiş, ancak kararın tapu siciline bildirilmesini gerekli görmemişse, ihâle alıcısı tapu sicili hükmündeki mükellefiyetler listesine göre taşınmazı iktisap edecek ve davacının hakkını alıcıya karşı ileri sürme imkânı ortadan kalkacaktır.

⁸⁵ **Yılmaz O.**, s. 90, 91. Hacizle ihtiyatî tedbirin karşı karşıya gelmesi durumunda mutlaka öncelik verilecekse tedbire öncelik verilmesi gerektiğini belirten **Özekes** ise, ferağdan men kararının hem iradi hem de cibrî satışlara engel olacağı kanaatindedir (**Özekes-Satış**, s. 533 vd.). Aynı yönde bkz. **Ercan-İhtiyatî Tedbir**, s. 94, 95; **Taş-Korkmaz**, s. 100; **Yılmaz**, C. I, s. 1033; **Özkök**, s. 53. Yargıtay, ihtiyatî tedbirin satışa engel olmayacağı görüşündedir: “Şikayet konusu tedbir kararı ise alacaklı banka tarafından istenmiş ve onun lehine olarak verilmiştir. Bu durumda alacaklı lehine verilmiş olan tedbir kararının satışa engel olması düşünülemez.” 12. HD, 14.5.1997, 5254/5572 (yayımlanmamıştır). Aynı yönde bkz. 12. HD, 29.6.1998, 7402/7875 (İBD 2004/2, s. 805); 12. HD, 16.9.2005, 13877/17335 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁶ Ferağdan men kararına rağmen taşınmaz cibrî arttırmada satılmışsa, lehine tedbir kararı verilenenin hakkını ihale alıcısına karşı ileri sürebileceğine ilişkin aynı yönde bkz. **Özekes-Satış**, s. 538.

⁸⁷ HUMK m. 186’nın müddeabihin cibrî icra yolu ile satılması hâlinde de uygulanabileceğine ilişkin bkz. 8. HD, 15.5.1975, 1402/3227 (İKİD 1977/204, s. 5774 vd.); 14. HD, 13.12.1984, 8101/7563 (Yasa 1985/8, s. 1189). Karş. **Kuru**, C. IV, s. 3805, 3825 dn. 59.

II. Eda Tedbirleri ve İçeriği

A. Asıl Dava Sonucunun Öne Çekilmesi ve Eda Tedbiri Kavramları

Maddî hukukun tanıdığı hukukî sonuçların yargılama hukuku yolu ile aşılması gerekliliği, bu hukukî sonuca tedbir yolu ile ne ölçüde yaklaşılacağı, hatta bu hukukî sonuca tedbirin icrası ile ulaşıp ulaşılamayacağı meselesini beraberinde getirmektedir. Davada içeriği edayı (ifayı) içeren hükümlerde davalı, bir şeyi vermeye, bir işi yapmaya ya da bir işi yapmamaya mahkûm edilir. Tam ispat seviyesinde ispat ölçüsü ile uyumsuzluğun kapsamlı bir şekilde incelenmesinden sonra, borçlunun bir işi yapmaya zorlanması ya da bir davranıştan kaçınmak zorunda bırakılması, Anayasa'nın zorunlu kıldığı hukukî koruma garantisinin (AY m. 2, 36) bir gereğidir. Verilen kararın gerektiğinde cebrî icraya konu olacak derecede borçluya müdahale imkânına sahip olması, acaba geçici hukukî koruma için de mümkün müdür? Bu soru, temelleri 20. yüzyılın başlarına değin geri giden bir dönemden beri tartışılmaktadır. Tartışmanın başlamasına yol açan gelişme, alacaklının davadan önce alacağına kavuşmasına muhtaç durumda kaldığı acele hâllerin ortaya çıkmasıdır. Alacak derhal tahsil edilemediğinde telafisi imkânsız zarar tehlikesi terazinin bir kefesinde dururken, hâkimin tam bir kanaate ulaşmadığı, hatta dava açılmadığı bir devrede borçlu olduğu iddia edilen kişinin cebrî icra tehdidi ile karşı karşıya bırakılması da hiç yadsınamayacak bir tehlike olarak diğer kefede yerini almaktadır. Şayet hukuk düzeni, alacaklının içinde bulunduğu bu zaruret hâline itibar ederek sanki asıl dava sonuçlanmışcasına geçici hukukî koruma sağladığında, kararın icrası, asıl dava sonucu gibi etkiler yaratacaktır. Bu etkiye kısaca "asıl dava sonucunun öne çekilmesi" denilebilir. Gerçekten, ihtiyatî tedbir böyle bir işleve sahip ise, alacaklı, asıl davanın kendisine sağlayabileceği cebrî icra ile donatılmış hukukî korumayı tedbir kararından sonra elde etmiş olacaktır. Tedbirin konusu olan edimin varlığı asıl davada henüz karara bağlanmasa da, hatta henüz asıl dava açılmamış olsa da, hakkında tedbir kararı verilen borçlu, alacaklıya karşı yükümlendiği edimi geçici olarak ifa etmek zorundadır. Aksi

takdirde alacaklı, cebrî icra yoluyla malın teslimini, bir işin yapılmasını, bir miktar paranın ödenmesini sağlayabilir⁸⁸.

Asıl dava sonucu, “eda tedbirleri” yolu ile öne çekilmektedir. Asıl dava sonucunun öne çekilip çekilemeyeceği sorulduğunda, aynı zamanda eda tedbirlerinin caiz olup olmadığı da sorulmuş olmaktadır. Görüleceği üzere, asıl dava sonucunun öne çekilmesi ve eda tedbirleri kavramları madalyonun iki yüzü gibidir. Eda tedbiri, asıl dava sonucunu öne çekilmesine götüren yoldur. Yani eda tedbiri bir yol; asıl dava sonucunun öne çekilmesi, bu yolun takip edilmesi ile ortaya çıkan hukukî sonuçtur.

Asıl dava sonucunun eda tedbiri yolu ile öne çekilmesinde çeşitli gerekçelerle tereddüt edilmektedir. Tedbir kararlarının ifa sonucu yaratacak içeriğine prensip olarak karşı çıkan bu yaklaşım, “asıl dava sonucunun öne çekilmesi yasağına” ulaşmaktadır. Oysa, yasak bir kenara, günümüzde asıl dava sonucunun öne çekilmesinin boyutları, geçici hukukî koruma, hatta medenî usûl hukuku içinde öylesine ileri noktalara uzanmıştır ki, konusu bir işin yapılmaması olan edimlerde olduğu gibi, asıl dava ile hemen hemen aynı sonuca ulaşılması dahi tartışılır olmuştur. Zira, bir işin yapılmamasına hükmedildiğinde asıl dava sonucu tamamen öne çekilmektedir. Örneğin, tedbir kararı ile asıl dava öncesinde gürültü yapılmaması talebinin gerçekleştirilmesi mümkündür. Men (içtinap) tedbirleri olarak da isimlendirilebilecek bu türden tedbirler, eda tedbirleri içinde borçluya en çok zarar verme tehlikesini içeren tedbirlerdendir. Men tedbirleri, özellikle haksız rekabet ve fikri ve sınaî mülkiyet hukukunda büyük öneme sahiptir. Ayrıca, çok kısa sürede tedbire ihtiyaç duyulan bazı durumlarda asıl dava açmakta tarafların menfaatleri kalmamaktadır. Bu ihtimalde, asıl dava sonucunun öne çekilmesinin ötesinde, asıl dava geri plana itilmekte, eda tedbiri nihai etkiler doğurmaktadır. Örneğin, sezon sonu indirimi için hazırlanan, ancak haksız rekabet teşkil eden bir reklam, tedbir yolu ile durdurulduğunda, sezonun geçmesinden sonra asıl davanın açılması hiçbir anlam ifade etmemektedir⁸⁹.

⁸⁸ Jauernig/Berger, § 37 N. 20; Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler, s. 15; Vogel/Spühler, N. 196; Musielak/Huber, § 940 N. 12; Pekcanitez/Atalay/Özokes, s. 652.

⁸⁹ Brox/Walker, N. 1596.

Biz, asıl dava sonucunu öne çeken eda tedbirlerinin caiz olduğunu peşinen kabul ediyor, anılan yasağa karşı çıkıyoruz. Bu türden tedbirlerin hukukî temelinin oluşturulmasından önce, asıl dava sonucunu öne çekme yasağının nasıl gerekçelendirildiğinin yakından incelenmesinde fayda görüyoruz.

B. Asıl Dava Sonucunun Öne Çekilmesine Karşı Çıkan Görüşler

1. Alman Hukuku'nda

Alman Hukuku'nda eda tedbirlerine tereddütle yaklaşan görüş, geçici hukukî korumanın gördüğü işlevi çıkış noktası olarak almaktadır. Bu işlev, bir yandan asıl dava ile bağlılık ilişki çerçevesinde; diğer yandan hukukî korumanın geçicilik niteliğinden hareket edilerek değerlendirilmektedir. Asıl dava ile bağlılık ilişkisi, geçici hukukî korumanın anayasal temelinden çıkarılmaktadır. Geçici hukukî korumanın anayasal garanti altında olması, kendisinin başlı başına bir amaç olduğu anlamına gelmemektedir; bilakis, geçici hukukî koruma, tam bir hukukî korunma talebinin zorunlu bir parçasıdır. Geçici hukukî koruma yargılamasının işlevi, asıl davadaki yargılamanın taraflara zarar vermeyecek şekilde inşa edilmesidir. Bunun sonucunda, geçici hukukî koruma yargılaması, bağımsız bir hukukî konumun güvence altına alınmasına değil, esas yargılamadaki bağımsız olmayan bir hukukî konumun (taraf konumunun) güvence altına alınmasına, yani başlangıcı, yürütülmesi ve icrası ile asıl yargılamanın imkân dahilinde kalmasına, "usûli" bir statükonun güvence altına alınmasına yönelmektedir. Geçici hukukî korumanın asıl davadaki usûl ilişkisine bağlılığı, onun usûli araçlarla, tarafın mevcut ya da müstakbel asıl yargılamadaki usûli konumunun güvence altına alınmasına hizmet ettiğini ortaya koymaktadır. Geçici hukukî korumada maddî hukuk taleplerinin değil, mevcut veya müstakbel asıl yargılamaya dayanan usûli bir statükonun güvence altına alınması söz konusudur⁹⁰. Bu görüşün zorunlu sonucu, geçici hukukî koruma yargılamasının, hakkın gerçekleştirilmesi ve alacaklının tatminini sağlayamayacağıdır. Zira,

⁹⁰ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 938 N. 5; Heinze, s. 18, 19; Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, vor § 916 N. 14; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, vor § 916 N. 4.

geçici icra, usûli statükoyu muhafaza etmez, bunun yerine alacaklı lehine değiştirirdi.

Geçici hukukî korumanın işlevi ikinci olarak, hukukî korumanın geçicilik niteliğine göre tespit edilmektedir. Buna göre, bir hukukî koruma ancak, asıl dava ile karşılaştırıldığında içerik itibariyle daha azını sağlıyorsa geçicidir. Tedbir kararından çıkacak hukukî sonuç, içerik itibariyle asıl davadaki hukukî sonucun gerisinde kalmalı, yani daha azını (minus) teşkil etmelidir⁹¹. Hem esas hem de usûl bakımından tedbirlerin, asıl davadaki kararın gerisinde kalması, tedbirin geçicilik niteliğini muhafaza eden bir araçtır. Asıl dava, eda (ifa) işlevi gördüğüne göre, asıl davaya göre daha azının bahsedilebilmesi için geçici hukukî korumanın yalnız teminat işlevini yerine getirmesi gerekir. Uyuşmazlık konusunu, hakkın gerçekleştirilmesine engel olacak değişimlerden uzak tutmak, böylelikle asıl davada karar verilebilme imkânını açık bırakmak, geçici hukukî korumanın yegane işlevi kabul edildiğinde, geçici hukukî korumada teminatı aşan bir hukukî koruma sağlanamaz. Bunun sonucunda, tedbirin etkilerinin somut bir şekilde görüleceği ihtiyatî tedbir kararının icrası, alacaklının tatmini sonucunu yaratmamalıdır. Yani, tedbirlerin teminat işlevi, geçicilik özelliğinde temelini bulmaktadır. Teminat işlevi, hem tedbir kararının içeriğinin belirlenmesinde hem de kararın icrasında, aşılmaması gereken bir bariyerdir. Geçicilik, uyuşmazlık, asıl davada davacı lehine nihaî olarak çözüldüğünde, edaya dönük asıl hukukî koruma kararının, icrayı güvence altına alan tedbiri ortadan kaldırılabilmemesini şart koşmaktadır. Tedbir, ancak daha azını içerdiği takdirde, asıl dava sonucunda yerini asıl hukukî korumaya bırakabilir⁹². Bu görüşün doğal sonucu, tedbir yolu ile asıl davanın öne çekilmesine izin verilirse, asıl hukukî koruma ile geçici hukukî koruma arasında fark kalmaması, asıl davadaki kararın ihtiyatî tedbir kararının yerine geçemeyecek olmasıdır.

Teminat işlevinin aşılmasına karşı çıkan benzer bir görüş de, maddî hukuktan hareket ederek asıl dava sonucunu öne çekilmesinin, tedbirin maddî

⁹¹ Thümmel in Wieczorek/Schütze, § 935 N. 30; Zöllner/Vollkommer, § 938 N. 2; Musielak/Huber, § 938 N. 4; Saenger, s. 34; Deren-Yıldırım-Evrenselleşme, s. 313; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Tasarı, s. 201.

⁹² Heinze, s. 55, 58; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, vor § 916 N. 5; § 935 N. 3.

hukuk talebinin temin edilmesine hizmet edebileceği, tedbir yolu ile alacaklının nihaî tatmininin sağlanamayacağı gerekçesi ile yasak addetmektedir⁹³.

Asıl dava sonucunun öne çekilmesini prensip olarak yasaklayan bu görüş, yine geçicilik niteliğini esas alarak başka bir açıdan şu şekilde gerekçelendirilmektedir: Tedbirlere, geçicilik özelliğine aykırı olabilecek şekilde karar verilmemelidir. Prensip olarak asıl dava reddedildiğinde geri alınabilecek (eski hâle iade edilebilecek) kararlar verilmelidir. Tedbirlerin içeriği de eski hâle iade edilebilecek ve talebin ifasına yönelmeyecek şekilde belirlenmelidir⁹⁴. Bu nedenle, tedbir, ne temin edilecek hakka yönelik kararın öne çekilmesini ne de nihaî icrasını içermelidir. Tedbire yalnız teminat işlevi yüklenmeli, alacaklının tatmini söz konusu olmamalı, tedbir yolu ile ancak alacaklının müstakbel tatmini güvence altına alınabilmelidir⁹⁵.

Ayrıca, eda sonucunu doğuracak tedbir kararları, geçici hukukî korumanın asıl davaya hizmet eden işlevi karşısında, ispat ölçüsünün düşürülmesi ve diğer taraf dinlenilmeden karar verilmesi nedeniyle doğruluk garantisine sahip değildir. Kesin hükmün ortaya çıkmadığı bir aşamada yargılama garantileri zayıf bir karar ile telafisi olanaksız sonuçlar yaratılmamalıdır. Asıl hukukî koruma, ihtiyatî tedbir yolu ile ikâme edilmemelidir⁹⁶, hukukî konumların cebri icra yolu ile gerçekleştirilmesi asıl yargılamaya bırakılmalıdır.

Asıl dava sonucunun öne çekilmesini reddeden bu görüş, ihtiyatî tedbirlerin teminat işlevini öne çıkarıp eda işlevini dışlarken eda sonucunu doğuracak tedbir kararlarını dar kapsamda kalmak şartıyla inkâr etmemektedir⁹⁷.

⁹³ **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 938 N. 3; **Berger**, Kap. 2, N. 27. Benzer yönde bkz. **Grunsky, Wolfgang**: Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes (Grundlagen), JS 1976/5, s. 282, 283.

⁹⁴ **Thümmel** in **Wieczorek/Schütze**, § 938 N. 9, 10. Tedbirin kalkmasından sonra statükonun devam etmesi gerektiğine ilişkin benzer yönde bkz. **Baumann/Brehm**, s. 266 dn. 21.

⁹⁵ **Stein/Jonas/Grunsky**, vor § 935 N. 31; § 938 N. 3; **Baur/Stürner/Bruns**, N. 53.2.

⁹⁶ Alman Hukuku'nda, asıl dava sonucunu öne çeken tedbirlerde, tedbir yargılamasından çıkan sonuca razı olunup asıl dava açılmadığında nihaî etkiler ortaya çıkmaktadır. Bu durum, tedbirin, asıl hukukî korumayı ikâme etmesi ya da uyuşmazlığı nihaî olarak çözmesi olarak nitelendirilmektedir (**Grunsky-Grundlagen**, s. 283; **Stein/Jonas/Grunsky**, vor § 935 N. 31; **Heinze**, s. 22, 23).

⁹⁷ **Berger**'e göre, tamamlayıcı merasime başvurulmaması durumunda olduğu gibi, etkileri itibarıyla asıl dava sonucu öne çekilebilir (Kap. 1 N. 27). **Thümmel**, asıl dava sonucunun öne

Şöyle ki, borçlanılan edimin ifası için asıl davanın beklenemeyeceği kadar aciliyetin bulunması, alacaklının telafisi mümkün olmayan zarar tehlikesinin ancak geçici olarak ifaya hükmedilmesi ile bertaraf edilecek olması durumunda, tedbir koşullarında daha sert davranılarak istisnaen icrai karakteri haiz tedbir kararı verilebilmelidir. Bu ihtimalde de yasaktan söz edilip alacaklının geçici tatmini reddedildiğinde, aslında borçlunun tatminine yol açılacaktır⁹⁸. İfaya yönelik tedbir kararlarının hukukî niteliği konusunda ise yasağı savunan yazarlar arasında da farklılıklar göze çarpmaktadır. Bir görüş, hak sahibi olduğunu iddia edenin asıl davadaki taraf konumunun ancak asıl talebin ifasına dönük tedbir ile güvence altına alındığını, ancak tedbirlerin yine de teminat işlevi gördüğünü belirtmektedir. İcrai karakter gösteren bu türden tedbirler, içerik itibariyle geçicilik niteliğine sahip değildir. Buradaki tedbirler, Usûl Kanunu'nun 926 paragrafının aksine talep olmasa bile hâkimin kendiliğinden tamamlayıcı merasim için süre belirlediği ve süre sonunda asıl dava açılmadığında tedbirin kendiliğinden kalkmasına karar verdiği hâllerde geçicidir⁹⁹. Diğer görüş ise, eda tedbirlerinin kaderinin asıl davada verilen karara bağlı olduğunu belirterek geçicilik niteliğine sahip olduğunu savunmaktadır¹⁰⁰.

2. İsviçre Hukuku'nda

İsviçre Hukuku'nda asıl dava sonucunu öne çeken eda tedbirlerinin caiz olup olmadığı sorusuna yanıt aramadan önce, sistemin, her bir federe devletin ayrı Usûl Kanunu'na sahip olabileceği şekilde oluşturulduğunu hatırlamakta fayda vardır. İsviçre Anayasası'nın 64. maddesinde federal ve kantanol kanun koyucular arasındaki yetki paylaşımı, konunun özel hukuku ya da usûl hukukunu

çekilmesi yasağının, eda tedbirlerinde bütünüyle geçerli olmadığını, katlanılmaz sonuçlar yaratılmamak kaydıyla, zor koşullara bağlanan ihtiyatî tedbir sebebinin öne çekme yasağını devre dışı bırakacağını belirtmektedir (Thümmel in Wieczorek/Schütze, § 938 N. 11). *Schellhammer*'e göre, eda tedbirleri ile asıl dava sonucu öne çekilmez, yalnız geçici bir ifaya hükmedilir (N. 1948).

⁹⁸ Baur-Studien, s. 49; Ebmeier/Schöne, N. 152; Heinze, s. 57; Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, vor § 916 N. 17, 18; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935 N. 31; § 938 N. 3; Thümmel in Wieczorek/Schütze, § 938 N. 11; Reichold in Thomas/Putzo, § 938 N. 3; Zöllner/Vollkommer, § 938 N. 2; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Grundz. § 916 N. 5.

⁹⁹ Heinze, s. 57, 59.

¹⁰⁰ Thümmel in Wieczorek/Schütze, § 938 N. 11. Yazar, tamamlayıcı merasim zorunluluğu getirilmesini Kanun'un lafzı ile bağdaşmadığından reddetmektedir.

ilgilendirmesi kıstasına göre yapılmıştır. Tam bu noktada geçici hukukî korumanın federal özel hukuka mı, yoksa usûl hukukuna mı ait olduğu, federal hukukun geçici hukukî koruma alanını ne ölçüde düzenleyebileceği; şayet federal kanun koyucu bir konuda -örneğin ihtiyatî tedbirlerin koşulları ve içeriği- geçici hukukî korumayı açıkça düzenlememişse, kantonların bu konuyu düzenleyip düzenleyemeyeceği; ya da federal kanunlarda geçici hukukî korumalar öngörülmüşse bu hükümlerin kantonların ilâve düzenleme yapmasına izin verecek şekilde asgari normlar olup olmadıkları gibi son derece karmaşık sorunlar ortaya çıkmaktadır. Asıl dava sonucunu öne çeken tedbirlerden, tedbir yargılamasında taleple bağılılık ilkesine, hatta bazı müesseselerin geçici hukukî koruma hukukî niteliğine kadar ihtiyatî tedbirleri ilgilendiren her meseleye federal hukuk ile kantonal hukuk arasındaki yetki paylaşımına yönelik tartışmalar damgasını vurmaktadır. İsviçreli hukukçular, ihtiyatî tedbirlere ilişkin düşüncelerini, federal hukukun buna izin verip veremeyeceğini göz önüne alarak açıklamaktadırlar. Yani, görüşler şekillendirilirken federal hukuku ihlâl etmeme kaygısı ön planda tutulmaktadır.

Eda tedbirleri de yetki paylaşımından (ya da paylaşısızlığından) doğan gerilimden deyim yerindeyse nasibini almaktadır. Bir meselenin, federal hukuk tarafından düzenlenmesi gereken sübjektif hakları ilgilendirip ilgilendirmediği, ihtiyatî tedbirlerde nirengi noktasını oluşturmaktadır. Zira, maddî hukukun alanına girildiği ölçüde, kantonal hukukun usûl kanunlarını düzenleme serbestisi daralmaktadır.

Kantonal sistemin getirdiği yetki paylaşımı sorunlarına rağmen, eda tedbirlerine belirli alanlarda tamamen veya kısmen izin verilmektedir. Bir işin yapılmamasını konu edinen taleplerde olduğu gibi, dava edilen hak, yargılama devam ederken zayi olacaksa, hakkın geçici icrasına yönelik tedbirlere hükmedilmektedir. Kişilik haklarına müdahale edildiğinde ya da sınaî mülkiyet hukukunu ilgilendiren yapmamaya ilişkin edimlerin yanında, feshe karşı korunma davasında işçinin geçici olarak yeniden işe alınması gibi yapmaya ilişkin tedbir kararları da kabul görmektedir¹⁰¹. Ancak eda tedbirlerini caiz gören

¹⁰¹ Vogel/Spühler, N. 197-200. Bir işin yapılmaması talepleri bakımından aynı yönde bkz. Guldener, s. 575, 576.

görüşler dahi, eda taleplerinin geçici icrasının engellenmesinin kolaylıkla federal hukukun anılan yapısına dayandırılabilceğini ileri sürmektedirler¹⁰².

Para alacaklarının geçici icrası ihtiyatî haciz dikkate alınarak -Kanun'da özel olarak düzenlenmediği sürece- caiz olmayan eda tedbirleri arasında sayılmaktadır. Federal kanun koyucunun düzenlediği bir müessese, kantonlarca ayrıca ya da farklı bir şekilde düzenlenemeyeceğinden, para alacaklarında geçici hukukî koruma ihtiyatî haciz ile sınırlandırılmaktadır. Gerçekten İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda, ihtiyatî haciz para alacaklarında kati bir geçici hukukî koruma olarak öngörölmek suretiyle ihtiyatî tedbir dışlanmıştır¹⁰³. Ayrıca, bir an için paranın tahsiline tedbir yoluyla emredilse de, tedbir kararı İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 81. maddesi anlamında itirazın kesin kaldırılmasını sağlayan ilâm olmadığından icra kabiliyetini haiz olmayacaktır¹⁰⁴. Aynı şekilde, geçici hukukî koruma, icra hukukunun bir parçası olarak göröldüğünde Anayasa'nın 64. maddesinde anılan federal hukukun konuyu düzenleme yetkisine dayanılabilecektir¹⁰⁵. Babalık davasında geçici nafaka ödemesi (ZGB Art. 283), boşanma kararından sonra, kararın kesinleşmesinden önce eşlerden birinin diğerine nafaka ödemesi gibi (ZGB Art. 137), Kanun'da açıkça düzenlenen durumlar istisna kapsamında değerlendirilmektedir¹⁰⁶.

Federal bir İcra ve İflâs Kanunu'na, buna karşılık kanton sayısı kadar Usûl Kanunu'na sahip İsviçre'de para alacaklarının tahsilinde eda tedbirlerinin caiz görölmemesi, bugüne değin asıl dava sonucunun öne çekilmesi çekincesinden çok, sistemin kendisinden kaynaklanmaktadır. Ancak Federal Usûl Kanunu Tasarısı'nın yürürlüğe girmesinden sonra, asıl dava sonucunun öne çekilmesi yasağı kısmen de olsa para alacaklarında kanunî bir temele sahip

¹⁰² Meier-Grundlagen, s. 269.

¹⁰³ Guldener, s. 575 dn. 5; Amonn/Walther, § 51 N. 3; Walder-Richli/Andermacher, § 32 N. 3; Güngerich, s. 173.

¹⁰⁴ Bu konuda bkz. Meier-Grundlagen, s. 96. Ne var ki bu görüşe şu şekilde karşı çıkmaktadır: Para alacaklarında eda tedbirleri caiz değilse, tedbir nafakası gibi Kanun'un sınırlı da olsa izin verdiği (TMK m. 169) geçici hukukî koruma kararlarının icrasının da reddedilmesi gerekirdi. Konusu aynı olan bazı eda tedbirleri için kararın icrası yolunu açıp diğerleri için kapamak isabetli değildir (Vogel, s. 95).

¹⁰⁵ Frank/Sträuli/Messmer, § 110 N. 8. Para alacaklarının ihtiyatî tedbir yolu ile Kantonal Usûl Kanunları'nda hiçbir şekilde güvence altına alınamayacağı yönünde bkz. Amonn/Walther, § 51 N. 3.

¹⁰⁶ Vogel/Spühler, N. 201.

olacaktır. Tasarı, para alacaklarında ihtiyatî tedbirleri nafaka alacaklarında olduğu gibi kanunda belirtilen hâllerle sınırlandırmıştır (SchZPO Tasarı Art. 262/e). Bu durumda, bir miktar paranın geçici olarak icrası, kanunda özel surette düzenlenmediği sürece, caiz olmayan bir eda tedbiri olacaktır.

3. Türk Hukuku'nda

Türk Hukuku'nda da asıl dava sonucunun öne çekilmesine karşı çıkan görüş, hâkim görüşüdür. Ancak hukukumuzda, asıl dava sonucunun öne çekilmesi yerine daha çok “davanın esasını çözer ya da böyle bir sonuç doğuracak tarzda ihtiyatî tedbir kararı verilemeyeceği” genel bir ilke olarak ortaya konulmaktadır¹⁰⁷. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 103. maddesinde hâkime tedbirin içeriğinin belirlenmesinde verilen hareket alanı da davanın esasını çözer tarzda karar verilemeyeceği ilkesi ile sınırlandırılmaktadır. Bu ilke, tedbir kararlarının geçicilik niteliğinden hareket edilerek; ayrıca, bu türden kararların ancak tam ispat seviyesinde bir inceleme ile verilebileceği, yaklaşık ispatın yeterli gelmeyeceği, eda tedbirinin telafisi imkânsız zararlar ortaya çıkarabileceği belirtilerek gerekçelendirilmektedir. Nihayet, 103. maddenin, ancak asıl davanın beklenilmesi durumunda tehlike olan veya mühim bir zarar olacağı anlaşılan hâl ortaya çıktığı takdirde uygulanabileceği ileri sürülmektedir. Bu gerekçelerle, bir miktar paranın geçici olarak ödenmesine¹⁰⁸, bir malın geçici olarak hukukî ilişkinin taraflarından birinden alınıp diğerine verilmesine¹⁰⁹, geçici tahliye tedbir yolu ile karar verilemeyeceği kabul edilmektedir¹¹⁰. Ancak, kanunlarda esas çözer tarzda tedbir kararı verilebileceği açıkça yer

¹⁰⁷ **Kuru**, C. IV, s. 4312 vd.; **Yılmaz O.**, s. 74; **Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul**, s. 617; **Ercan-İhtiyatî Tedbir**, s. 24, 25; **Taş-Korkmaz**, s. 36; **Yılmaz**, C. I, s. 845; **Özkök**, s. 11; **Karş-İflâsın Ertelenmesi**, s. 278. 4. HD, 16.6.1975, 3743/7667 (**Kaçak**, s. 560). **Özkes**, bu ilkeyi “hüküm verilecek şeyi baştan sağlayıcı, talepte bulunanı henüz dava sonuçlanmadan tatmin edici karar verilemeyeceği” şeklinde ifade etmektedir (**Özkes-İhtiyatî Tedbir**, s. 128). **Muşul** ise, dava sonunda verilecek hükme gerek kalmayacak şekilde ihtiyatî tedbir kararı verilememesinden söz etmektedir (**Muşul-Usul**, s. 193).

¹⁰⁸ **Pekantez-Geçici Hukukî Koruma**, s. 133; **Muşul-Usul**, s. 190. **Deyneklî/Saldırım**, HUMK m. 109'da davadan söz edildiği için, ilâmsız takip yapılabilecek hâllerde ancak ihtiyatî haciz istenebileceği görüşündedirler (s. 12). Bu görüş takip edildiğinde, para alacaklarında ihtiyatî tedbir kararı verilemeyecektir.

¹⁰⁹ **Kuru**, C. IV, s. 4294; **Ercan-İhtiyatî Tedbir**, s. 40.

¹¹⁰ **Kuru**, C. IV, s. 4294; **Yılmaz**, C. I, s. 845, 846. **Berkin**'e göre, bir kimsenin bir hareketten men'ine ihtiyatî tedbir yolu ile karar verilemez (**Berkin-Usul**, s. 510).

alıyorsa, taraflardan birini ekonomik olarak yok etmemek şartıyla hâkimin bu türden tedbir kararı verilebileceği savunulmaktadır¹¹¹. Yine, elektrik, su ya da doğalgazdan yararlanılması ile ilgili uyuşmazlıklarda, telafisi imkânsız zararlardan kolayca söz edilemeyeceği için, anılan ilkenin uygulanmayacağı, elektriğin/suyun/doğalgazın bağlanmasına tedbiren karar verilebileceği sonucuna varılmaktadır¹¹².

C. Asıl Dava Sonucunu Öne Çeken Tedbirlerin Temellendirilmesi

1. Teminat Tedbirinin Amacı Gerçekleştirmeye Elverişli Olmaması

İhtiyatî tedbirin geçicilik niteliğinin sağladığı hukukî korumanın teminatı aşmadığı, asıl dava sonucunun gerisinde kaldığı takdirde korunacağı, yasağı savunan görüş bakımından hareket noktasıdır. Teminat işlevi, uyuşmazlık konusunun icrasının güvence altına alınması ile sınırlıdır. Oysa, bazı durumlarda, teminat tedbirleri işin mahiyeti gereği alacaklının geçici hukukî korumadan beklediği haklı menfaatlerini karşılayamamaktadır. Teminat tedbirlerinin davaya hizmet edemeyecek kadar amacını gerçekleştirmekte kifayetsiz kalması iki şekilde gündeme gelebilir: İlk olarak, yerine getirilmesi ya da getirilmemesi istenen edime bağlı olarak iddia edilen talebin konusu, mahiyeti gereği güvence altına alınmaya elverişli olmayabilir¹¹³. Konusu bir işin yapılmaması olan taleplerde görüleceği gibi, borçlunun davranışları ile değişime maruz kalacak somut bir şey, malvarlığı değeri söz konusu değildir. Yapmama edimlerinde, mevcut zarar tehlikesi, borçluya karşı asıl dava sonucunu öne çeker mahiyette geçici bir yasaklama getirilmesinden başka bir yolla önlenemez¹¹⁴. Temin edilmesi fiilen olanaksız bulunan bu gibi edimlerde geçici hukukî koruma talep eden bakımından hakkın geçici olarak ifası, tek seçenektir.

İkinci olarak, asıl davada karar verilene kadar oluşan ya da oluşması muhtemel zararların, hakkın icrası yolunun güvence altına alınması ile bertaraf

¹¹¹ Kuru, C. IV, s. 4314; Yılmaz, C. I, s. 845, 846, 860; Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul, s. 705.

¹¹² Yılmaz, C. I, s. 859; Alangoya-İhtiyatî Tedbir, s. 337. Karşı yönde bir Yargıtay kararı için bkz. 4. HD, 16.6.1975 (YKD 1976/6, s. 817 vd.).

¹¹³ Grunsky-Grundzüge, § 8 III 2d; Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 70; Walker in Schuschke/Walker, vor § 916 N. 4.

¹¹⁴ du Mesnil de Rochemont, s. 65.

edilmesi mümkün değildir. Mevcut zarar tehlikesinin önüne, çoğu zaman ancak alacaklının geçici olarak tatmin edilmesi ile geçilir¹¹⁵. Alacaklı bazen geçici ifaya o kadar muhtaç olabilir ki, hakkın temini, beklediği hukukî koruma için yeterli değildir¹¹⁶. Böyle bir durumda alacaklı, eda tedbiri kararı verilmediğinde belki de asıl davayı hiçbir zaman açamayacaktır. Ölümcül hastalığı olan bir para alacaklısının tedavi giderlerini karşılayacak paraya sahip olamaması örneğinde görüleceği gibi, alacağın müstakbel icrasının ihtiyatî haciz yolu ile güvence altına alınması, bu çerçevede borçlunun malvarlığı değerlerine geçici olarak el konulması alacaklıya yarar sağlamayacaktır. Ancak alacağın tedavi giderlerini karşılayacak kısmının ödenmesine hükmedilip karar icra edildiğinde, yani asıl dava sonucu öne çekildiğinde alacaklı etkin bir hukukî korumaya kavuşturulur.

2. Etkin Hukukî Koruma Garantisi

Asıl dava sonucunu öne çeken tedbirlere karşı çıkılmasında diğer bir gerekçe, borçluya nihaî bir karar olmaksızın müdahale edilemeyeceğidir. Asıl dava sonucunu öne çeken eda tedbirlerinde eski hâle iadenin ve haksız tedbir kararlarının telafisinin zorluğunun, hatta pek çok durumda imkânsızlığının borçlunun ekonomik ve kişisel özgürlüğünü kısıtlayabileceği, bunun sonucunda onu büyük zararlara uğratacağı yadsınamayacak bir gerçektir¹¹⁷. Ancak eda tedbirine hükmedilmemesinin alacaklıyı aynı zararlara karşı karşıya bırakacağı da unutulmamalıdır. Hem ihtiyatî tedbirlerin içeriğini, münhasıran bir hukukî konumu emniyet altına alma ile sınırlandırmak, eda tedbirlerinin önünü tamamen kapatmak hem de eski hâle iade edilemeyen eda tedbirlerine borçlunun menfaatlerini dikkate almaksızın hükmetmek tek taraflı etkin hukukî koruma sağlamaktır. Örneğin, grevin ihtiyatî tedbir yoluyla durdurulması da, buna ilişkin talebin reddi de eski hâle iadeyi imkânsızlaştırmaktadır. Grev durdurulduğunda, asıl davada farklı yönde karar çıksa da durdurulan zaman diliminin geri getirilmesi, yani grevin o dönem için yapılmış sayılması mümkün değildir. Aynı şekilde tedbir talebi reddedildiğinde, ancak asıl davada işveren kesimi haklı

¹¹⁵ Yapmama talepleri bakımından aynı yönde bkz. *du Mesnil de Rochemont*, s. 62.

¹¹⁶ *Walker-Der einstweilige Rechtsschutz*, N. 70; *Walker in Schuschke/Walker*, vor § 916 N. 4; *Compensis*, s. 62.

¹¹⁷ *Baur/Stürner/Bruns*, N. 50.2; *Lackmann*, N. 697; *Deren-Yıldırım-İhtiyati Tedbirler*, s. 10.

çıkıldığında artık grev yapılmış olacak, dava devam ederkenki dönem yok farz edilemeyecektir. Yine, bir miktar paranın tedbir yolu ile ödenmesine karar verilmesi; ancak, asıl davada davalının haklı çıkması durumunda, eski hâle iade yolunun zorluğu nedeniyle davalının; tedbir talebinin reddedilmesi durumunda ise zaruret hâlinde ötürü alacaklının uğrayabileceği zararlar oldukça ağırdır. Görülüyor ki, asıl davayı öne çekecek içeriğe sahip tedbir talep edildiğinde, eski hâle iade ya da tazminat davası ile telafi imkânının bulunmaması nedeniyle talebin reddi de, alacaklının katlanılmaz zararlara uğraması tehlikesine dayanılarak tedbire hükmedilmesi de tedbirin reddi ya da kabulü kararının yanlış olmasından ötürü taraflardan birisinin etkin hukukî koruma beklentisini boşa çıkaracaktır¹¹⁸.

Dengeli hukukî koruma, ancak her iki tarafın menfaatleri eşit düzeyde dikkate alındığında yerine getirilmiş olur. Asıl dava sonucunu öne çekmeyi yasak olarak addetmek, alacaklı bakımından hakkın dağıtımından tek taraflı kaçınmaktır. Yasak, dengenin borçlu lehine, alacaklı aleyhine bozulması anlamına gelir. Şurası bir gerçektir ki, eda tedbirleri bakımından dengeli hukukî korumada da taraflardan birisi tedbir yargılaması sonucunda ağır zararlara katlanmak zorunda kalacaktır. Hangi tarafın asıl davada karar verilene kadar deyim yerindeyse ateşten gömleği giyeceği peşinen yasak getirerek değil, geçici hukukî korumanın bir denge sistemi olduğundan yola çıkılarak tarafların menfaatleri tartılmak suretiyle, maddî hukuk esas alınarak asıl davada başarı şansı ya da tehdit eden zararın ağırlığı gibi tamamlayıcı kriterlerden yararlanılarak belirlenebilir¹¹⁹.

3. Asıl Dava Sonucunu Öne Çeken İhtiyatî Tedbirlerin Pozitif Hukuk Dayanakları

Bir hukuk sisteminde asıl dava sonucunu öne çeken tedbir kararlarının caiz olup olmadığı sorusunda hayati önem taşıyan noktalardan birisi, o hukuk

¹¹⁸ Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler, s. 12; Walker in Schuschke/Walker, vor § 916 N. 4; Kargados, s. 275, 276; Deren-Yıldırım-İhtiyatî Tedbirler, s. 10, 11.

¹¹⁹ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 73; Walker in Schuschke/Walker, vor § 916 N. 4; Üstündağ-Yargılama, s. 583; Kargados, s. 276; Compensis, s. 62; Mosler, s. 194, 195; Deren-Yıldırım-Geçici Hukukî Koruma, s. 61. Bu konuda bkz. yuk. Bölüm II, § 6, V, B, 4.

sistemindeki ihtiyatî tedbir hükümlerinin eda sonucunu yaratacak şekilde düzenlenip düzenlenmediğidir. Aşağıda Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun genel hatlarıyla çizdiği ihtiyatî tedbir rejimi ile maddî hukuk kurallarında özel olarak düzenlenen tedbirlerin ifa etkisi taşıyıp taşımadığı tespit edilmeye çalışılacaktır.

a. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndaki İlgili Düzenlemeler (m. 101 b. 3, 4 ve m. 103)

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda tedbirler, türlerine göre düzenlenmediği gibi, eda tedbirleri kavramsal olarak dahi anılmamaktadır. Bu durumda, kanun koyucunun getirdiği rejim ve uygulamaya yönelik somut tedbir örneklerinden çıkarım yapmak gerekecektir. Belirtmek gerekir ki, usûl mevzuatımızda bir an için eda tedbirlerine hiç yer verilmediği varsayılacak olsa bile, yine de eda tedbirlerinin hukuka uygunluğundan şüphe etmemek gerekirdi. Zira, bir yargılama usûlünün, yargılama öncesinde veya süresince karşılaşılabilecek bütün ihtimalleri kazuistik bir şekilde düzenlemesi beklenemez. Bu bağlamda, Kanun'da eda tedbirlerinin özel olarak anılmasına, eda tedbiri örneklerinin sayılmasına gerek bulunmamaktadır. Yukarıda ele alındığı üzere¹²⁰, anayasa yargısında yürürlüğün durdurulması bağlamında yapılan benzer tartışmada Anayasa Mahkemesi haklı olarak, yargılama usûlünün tüm ayrıntıları ile düzenlenemeyeceği, bu nedenle ortada bir boşluğun bulunduğu ve Türk Medenî Kanunu'nun 1. maddesinden hareketle hâkimin bu boşluğu doldurulabileceği sonucuna ulaşmıştır¹²¹.

Kanun, ifa sonucunu doğuracak tedbirleri hiçbir şekilde yasaklamamış, bilakis 103. madde, hâkimi gerekli tedbiri belirleme yetkisi ile donatmıştır. Kanun koyucu, geçici hukukî korumanın, etkin hukukî korumanın sağlanmasındaki rolüne bu hükümle öylesine önem vermiştir ki, asıl davada karar verilene kadar tehlike veya zararın def'ini her şeyden üstün tutmuş, bu konuda gereken her türlü mahkeme emrini açık bırakmıştır. Zira, bu maddede açıkça *"...tehirinde tehlike olan veya mühim bir zarar olacağı anlaşılan hâllerde tehlike*

¹²⁰ Bkz. yuk. Bölüm I, § 4, II.

¹²¹ AMK 21.10.1993, 33/40-1 (AMKD 29 C. I, s. 562, 563).

ve zararı defî için hâkim icap eden ihtiyatî tedbirlerin icrasına karar verir.” denilmiştir. Asıl dava sonucunu öne çeken emirlerin de bu kapsama dahil olduğu açıktır. Gerçekten, tedbir kararını takiben yürütülecek cebri icranın konusu sınırlandırılmamış, bilakis araçların yeni ihtiyaçlara göre doktrin ve uygulama tarafından geliştirilmesinin önü açılmıştır¹²². Tehlike veya zararın def’i ancak eda tedbiri ile mümkünse, eda tedbirleri caiz olmadığı için tedbir talebinin reddedilmesi Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun 103. maddesine açıkça aykırılık teşkil eder. İhtiyatî tedbirlere böylesine önem veren ve benzerine karşılaştırılan hukuk sistemleri içinde rastlanılmayan düzenleme, tek başına asıl dava sonucunu öne çeken eda tedbirlerini temellendirmeye muktedirdir¹²³.

Kanun’un 103. maddesinin getirdiği her türlü tedbire imkân veren genel rejiminin yanında özel düzenlemelerde de eda etkisi açıkça görülebilir. 101. maddesinin 3. bendi bu konuda çok açık bir düzenlemeyi içermektedir. Buna göre, Türk Medenî Kanunu’nda öngörülen hâllerde nafaka alınmasına karar verilebileceği ifade edilerek bir miktar paranın ödenmesinin tedbirin caiz içeriği olduğu kabul edilmiştir. Böylelikle, borçlunun bir şeyi vermesine hükmedilebileceği, bizzat kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir¹²⁴.

Aynı hükmün 4. bendinde ise ayrılık ve boşanma davası üzerine Türk Medenî Kanunu gereğince gerekli geçici önlemlerin alınabileceği hükme bağlanmıştır. Bu son bendin, açıkça anmamakla beraber gönderme yaptığı düzenlemelerden birisi boşanma ve ayrılık davalarındaki geçici önlemlerdir (TMK m. 167). Geçici önlem kararlarının ileriye etkili kaldırılması nedeniyle bir

¹²² **Özekes/Erişir**, s. 1237. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nda ihtiyatî tedbirlerin numerus clausus olmadığı hakkında bkz. **Bilge/Önen**, s. 369; **Berkin-Usul**, s. 514, 515; **Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler**, s. 18, 19; **Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul**, s. 617; **Ercan-İhtiyatî Tedbir**, s. 34, 35; **Özekes-İhtiyatî Haciz**, s. 58; **Kuru**, C. IV, s. 4312; **Yılmaz**, C. I, s. 170; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usul**, s. 405; **Yılmaz Z. S.**, s. 9, 10; **Deren-Yıldırım-Evrenselleşme**, s. 307; **Konuralp-Usul**, s. 245, 246; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 653. HMK Tasarısı’nda, hem HUMK m. 103’ü karşılayacak genel bir düzenleme yer almakta (m. 395), hem de mahkemenin bir şeyin yapılması veya yapılmaması gibi, sakıncayı ortadan kaldıracak veya zararı engelleyecek her türlü tedbire - bu arada eda tedbirine- karar verebileceği özel surette düzenlenmektedir (m. 397). Hükümet Gereğesinde de ifade edildiği üzere, “ihtiyatî tedbir kararının amacını gerçekleştirmek için ne yönde verilebileceği, örnekleyici bir sayımla belirtilmiş ancak, mahkemenin gerekli tedbirleri alması sınırlandırılmamıştır”.

¹²³ **Alangoya-İhtiyatî Tedbir**, s. 332, 333; **Deren-Yıldırım-Evrenselleşme**, s. 312.

¹²⁴ **Üstündağ-Yargılama**, s. 586.

ihtiyatî tedbir olmadığını yukarıda tespit etmiştik¹²⁵. Bu nedenle, geçici önlemlerin asıl dava sonucunu öne çekme etkisinden söz etmek de olanaklı değildir. Ancak geçici önlemlerin ihtiyatî tedbirlerde olduğu gibi icra edilme biçimine göre etkisi tespit edilebilir. Buna göre, boşanma davasında hükmedilen tedbir nafakası, borçlu tarafından iradi olarak yerine getirilmeyip zorla icra edileceğinden, ortada edayı içeren bir geçici hukukî koruma bulunmaktadır. Şu hâlde, 101. maddenin 4. bendi, dolaylı olarak Türk Hukuku'nda geçici hukukî korumanın eda etkisi gösterebileceğini ortaya koymaktadır.

b. Maddî Hukukta Özel Düzenlemeler

Maddî hukuk kurallarında asıl dava sonucunu öne çeken çok sayıda ihtiyatî tedbire ilişkin düzenleme bulunmaktadır:

Nafaka davasında soybağı tespit edilirse ve babalık davası ile birlikte nafaka istenir ve hâkim babalık olasılığını kuvvetli bulursa, hükümden önce uygun bir nafakaya karar verilebileceğine ilişkin düzenlemeler (TMK m. 332, 333) asıl dava sonucunu öne çeken ihtiyatî tedbir mahiyetindedir¹²⁶.

Haksız rekabetin neticesi olan maddî durumun ortadan kaldırılması, haksız rekabetin men'ine ve yanlış veya yanıltıcı beyanların düzeltilmesi (TTK m. 63), hem bir edimin yerine getirilmesini hem de bir davranıştan kaçınılmasını konu edinmektedir. Buradaki ihtiyatî tedbir kararları, hukukî niteliği itibariyle eda tedbiridir. Çünkü davacı, dava sonunda ulaşmak istediği haksız rekabetin durdurulması veya sonuçlarının ortadan kaldırılması hedefine tedbir kararı ile geçici olarak kavuşturulmaktadır¹²⁷.

Ortaklarca sermaye olarak konulması taahhüt edilen hakların muhafazası için kurucular tarafından ortaklar aleyhine ihtiyatî tedbir talep edilebilir (TTK m. 140). Ortak, sermaye olarak bir taşınırı teslim etmeyi ya da bir miktar parayı

¹²⁵ Bkz. yuk. Bölüm II, § 7, I, B, 3, b, (2).

¹²⁶ Güngerich, s. 173, 174. Bu konuda ayrıca bkz. Ercan-İhtiyati Tedbir, s. 54, 55.

¹²⁷ Eroğlu, s. 54 vd.; Yılmaz, C. I, s. 723; Deren-Yıldırım-İhtiyati Tedbirler, s. 85; Özeker/Erişir, s. 1242.

taahhüt etmişse, tedbiren taşınırın teslimine veya para alacağının geçici olarak tahsiline karar verilebilir¹²⁸.

Anonim ortaklık genel kurulu kararı aleyhine iptal davası açılmış ya da açılacaksa, aleyhine iptal davası açılan, kararın icrasını ihtiyatî tedbir yolu ile durdurulabilir (TTK m. 382)¹²⁹. Talep sahibi burada mahkemenin vereceği ihtiyatî tedbir kararı sayesinde, iptal davası sonunda elde edeceği hukukî korumaya geçici olarak tedbirden sonra kavuşmaktadır.

Marka, patent ve endüstriyel tasarımların korunmasına ilişkin kanun hükmünde kararnamelerde, ihtiyatî tedbirlerin, verilecek hükmün etkinliğini tamamen sağlayacak nitelikte olması gerektiğine vurgu yapılmakta, ardından sınaî haklara tecavüz teşkil eden fiillerin tedbir yolu ile durdurulabileceğine örnek şeklinde yer verilmektedir (Mar. KHK m. 76, 77; Pat. KHK m. 151, 152; End. Tas. KHK m. 63, 64)¹³⁰. Burada, hak sahibi, fiilin tedbir yolu ile durdurulmasına imkân sağlanarak geçici olarak tamamen tatmin edilmektedir. Böylelikle, sınaî hakların geçici hukukî korumasında açıkça eda tedbirlerine izin verilmektedir¹³¹.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 77. maddesinde ihtiyatî tedbirlerin içeriğinin, diğer tarafa bir işin yapılması veya yapılmaması, işin yapıldığı yerin kapatılmasını veya açılması şeklinde düzenlenebileceği hükme bağlanarak asıl dava sonucunun öne çekilmesi kabul edilmiştir.

Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 46. maddesinin 2. fıkrasında ifadesini bulan grev veya lokavtın tedbir yolu ile durdurulması, yapmama edimini konu edinen eda tedbidir¹³².

¹²⁸ *Yılmaz* ise, sermaye koyma borcu para ise ihtiyatî haciz denilmesinin daha doğru olacağını belirtmektedir (*Yılmaz*, C. I, s. 724). Aynı yönde bkz. *Yılmaz, Z. S.*, s. 89.

¹²⁹ Bu konuda bkz. *Yılmaz*, C. I, s. 740, 741; *Yılmaz, Z. S.*, s. 181 vd.

¹³⁰ Markalara ilişkin ihtiyatî tedbirlerin özel kanunda düzenlenmesinin yerindeliliği konusunda bkz. *Deren-Yıldırım-Marka*, s. 206.

¹³¹ *Deren-Yıldırım-İhtiyatî Tedbirler*, s. 85 vd.; *Deren-Yıldırım-Evrenselleşme*, s. 312, 313; *Tunç-Yücel*, s. 427, 428. Bu konuda ayrıca bkz. *Yılmaz*, C. I, s. 754 vd.

¹³² Bu konuda bkz. *Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler*, s. 58 vd.; *Yılmaz*, C. I, s. 764. Buna karşılık Yargıtay, bu düzenlemenin hukukî niteliğini ihtiyatî tedbir olarak kabul etmemektedir. "Belediye Başkanlığının iddia ve isteği sendikanın yaptığı grev uygulamasının yasal olmadığı ve tedbiren durdurulması şeklindedir. Bu iddia Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 46. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Mahkemece Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri kapsamında konunun sonuca ulaştırılması hatalıdır. Bu nedenle öncelikle tarafların

Maddî hukukta asıl dava sonucunu öne çeken özel düzenlemeler, yasağın reddedilip bu türden tedbirlerin caiz olduğunun hukuk düzenince benimsendiğinin göstergesidir.

D. Değerlendirme

Alman Hukuku'nda asıl dava sonucunun öne çekilmesinin yasak olup olmadığı ile ilgili tartışmalara, teminat ve düzenleme tedbirleri Kanun'da açıkça düzenlenmişken (ZPO §§ 935, 940), eda tedbirlerine değinilmemesi kaynaklık etmektedir. Hukuk boşluğu olarak nitelendirilen eda tedbirleri özel kanunlarında düzenlenen eda tedbirlerden yola çıkılarak hâkimin hukuk yaratması yolu ile de temellendirilmektedir. Özel düzenlemelerden, belirli koşulların varlığı hâlinde ihtiyatî tedbirin talep sahibinin tatminine yol açabileceğine ilişkin temel bir ilke çıkarılmaktadır¹³³. Türk Hukuku'nda ise, bütün tedbir türlerini içine alabilecek genellikte düzenleme bulunmaktadır. Alman Hukuku'ndan farklı olarak tedbir türleri ayrı maddelerde düzenlenmemiş, bütün tedbir türlerini içine alabilecek şekilde ve bunlara temel oluşturmak üzere 103. madde sevk edilmiştir. Eda tedbirlerinin yalnız kanunda özel olarak düzenlendiği durumlarda caiz olduğu görüşü bu bakımdan yerinde değildir. Maddî hukuk kurallarında özel surette düzenlenen eda tedbirlerine, ilgili hükümlerdeki koşullara göre hükmedilir. Özel düzenlemelerin dışındaki eda tedbirlerinde ise 103. madde uygulama alanı bulur.

Türk Hukuku, Alman Hukuku ile karşılaştırıldığında bir yandan eda tedbirlerinin caizliği bakımından daha fazla pozitif gerekçeyi içermektedir ve pozitif hukuk bağlamında daha ileri bir düzenlemeye sahiptir¹³⁴. Diğer yandan, bu hukuk sisteminde asıl dava sonucunun öne çekilme yasağı temellendirilirken ileri sürülen tedbir kararının nihaî sonuçlar yaratma tehlikesi, prensip olarak hukukumuz bakımından geçerli değildir. Gerçekten, lehine eda tedbirine

mahkemece çağrılıp dinlenmeleri, iddia ve karşı iddia ve delillerini sunmalarına imkan verilip konunun toplu iş sözleşmesi grev ve lokavt kanunu hükümleri çerçevesinde sonuca götürülmesi gerekirken hatalı değerlendirmeyle tedbir kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan hükmün bozulması gerekmiştir." 9. HD, 28.9.2000, 13998/12750 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

¹³³ Bruns/Peters, s. 345; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935 N. 31; Baur/Stürner/Bruns, N. 53.23; Lackmann, N. 696; Compensis, s. 63.

¹³⁴ Özekes/Erişir, s. 1246.

hükmedilen alacaklı, asıl davadan vazgeçebilir ya da asıl davanın hızlı ve etkin bir şekilde yürütülmesine katkıda bulunmaktan kaçınabilir. Eda tedbiri ile her ne kadar prensip itibariyle asıl dava sonucu ile karşılaştırıldığında daha azına ulaşılsa da, alacaklı, elde ettiği tedbir sonucu ile yetinmek ve asıl davanın sunacağı daha fazlasını bir kenara bırakmak isteyebilir. Asıl dava sonucunu öne çekmeye ilişkin tereddüt, tedbir yargılaması sonrasında tamamlayıcı merasimin öngörülüp öngörülmediği, öngörülmüşse hangi çerçevede düzenlendiği ile ilgili tercihe göre giderilebilir. Alman Hukuku gibi, tamamlayıcı merasimin prensip olarak düzenlendiği, ancak karşı tarafın mahkemeden talebine bağlandığı sıkı olmayan sistemlerde (ZPO § 926), asıl dava sonucunun öne çekilmesinde tereddüt olağan karşılanabilir. Ancak Türk Hukuku gibi tamamlayıcı merasim zorunluluğunun en sert şekilde düzenlendiği tedbir prosedürlerinde (m. 109), tedbir kararı asıl dava sonucunu ne kadar öne çekerse çeksin, taraflar her halûkârda asıl dava hâkiminin önüne geleceklerdir¹³⁵.

Asıl dava sonucunu öne çekme yasağını savunanların gerekçeleri, teminatın çoğu zaman elverişli bir hukukî koruma sağlayamaması ve en önemlisi dengeli bir hukukî korumayı gerektiren etkin hukukî koruma garantisi ile çürütülmektedir. Gerçekten, eda tedbirlerinde her iki tarafın da ağır zararlara uğrama tehlikesi bulunmasına rağmen, geçici hukukî korumada karar verilene kadar menfaat dengesinin talep sahibinden yana ağır basması, bu türden tedbirlerin alacaklı aleyhine peşinen yasaklanmasına engel olmaktadır¹³⁶. Bu hukuk sisteminde yasaktan söz eden yazarlar, yukarıda açıklandığı üzere, tedbirin konusunu bir miktar paranın ödenmesi, bir işin yapılması ya da yapılmaması gibi geçici icranın oluşturabileceğini inkâr etmemektedirler. Diğer bir ifade ile, asıl dava sonucunun öne çekilmesi yasak olarak addedilirken eda tedbirlerine müessese olarak karşı çıkılmamaktadır. Bir yandan, maddî hukuktaki pek çok talebin eda tedbiri yolu ile geçici icrasına cevaz veren hukukçuların, diğer yandan

¹³⁵ *Alangoya* da haklı olarak eda tedbirlerinin Alman Hukuku'nda mümkün olduğu kadar dar tutulması çabasının bu hukuk sisteminde tamamlayıcı merasimi düzenleyen HUMK m. 109'un muadili bir hükmün bulunmamasından ileri geldiğini belirtmektedir (*Alangoya-İhtiyati Tedbir*, s. 329 dn. 24). Aynı yönde bkz. *Deren-Yıldırım-İhtiyati Tedbirler*, s. 77; *Deren-Yıldırım-Geçici Hukuki Koruma*, s. 62.

¹³⁶ Fikir ve sanat eserleri hukukundaki eda tedbirleri bakımından aynı yönde bkz. *Özekes-İhtiyatî Tedbir*, s. 129.

yasaktan söz etmeleri kanımızca tutarlı değildir. Asıl dava sonucunun öne çekilmesi gerçekten bir yasak olsaydı, istisna tanımaksızın hiçbir koşulda eda tedbiri kararı verilememesi gerekirdi. Tutarlı bir sonuca ulaşmak için, yasağa sarılıp bütün eda tedbiri ihtimallerini dışlamak ile yasağı reddedip eda tedbirlerini belirli koşullar altında caiz görmek arasında seçimde bulunmak kaçınılmazdır.

Biz, ikinci yolu takip ederek asıl dava sonucunu öne çekme yasağına katılmıyoruz. Eda tedbiri, geçici olarak asıl dava sonucunu öne çekme etkisine sahiptir ve alacaklının temin edilmesinin ötesinde ayrıca geçici olarak tatminini hedefleyen caiz bir ihtiyatî tedbir türüdür¹³⁷. Ancak, yasağı savununların tereddütlerini de dikkate alarak eda tedbirlerinin uygulamasını, özel koşullar altında hükmedilebilmesi ile sınırlandırıyor, kendisine “istisnai bir yol” hüviyetini katıyoruz. Gerçekten, asıl dava sonucunu öne çeken tedbir yolunu yasak suretiyle kapamayan, bilakis açık tutan görüşümüzden hareketle bu türden tedbirlere başvurulabilirlik, teminat tedbirleri ile eşdeğerde görülemez. Yukarıdaki açıklamalar, teminat tedbirleri ile eda tedbirlerinin yarattığı hukukî sonuçlar bakımından aynı kefedeye yer aldıklarını göstermek için değil, bu türden tedbirlerin yasak olmadıklarını ortaya koymak için yapılmıştır. Bu, teminat ve eda tedbirlerinin, tedbir kararının icrasının borçluya uğratabileceği zararın yoğunluğu bakımından ne denli farkı olduklarını ortaya çıkarmaktadır. Zararın yoğunluğu, daha da önemlisi zararın telafisinde zorluk, eda tedbirlerinde bu denli arttığına göre, eda tedbirlerine teminat tedbirlerinden farklı yaklaşılması olağandır. Bu farklı muamele, ilk etapta kendisini geçici hukukî korumada teminat tedbirlerinin “kural”, eda tedbirlerinin “istisna” olma vasfını haiz olmasında göstermektedir¹³⁸. İspat ölçüsü, karşı taraf dinlenilmeden karar verme gibi geçici hukukî korumaya özgü temel özellikleri, teminat tedbirleri bünyesinde barındırdığı için “kural” teşkil etmektedir. Buna karşılık, giderilmesi güç zarar tehlikesi nedeniyle geçici

¹³⁷ **Leipold**-Strukturfragen, s. 268, 269; **Ercan**-İhtiyatî Tedbir, s. 23; **Walker**-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 70 vd.; **Gaul, Hans Friedhelm**: Die Entwicklung des einstweiligen Rechtsschutzes in Familien- und insbesondere in Unterhaltssachen (Entwicklung), FamRZ 2003, s. 1143; **Brox/Walker**, N. 1621; **Walker** in Schuschke/Walker vor § 916 N. 5; **Mosler**, s. 194, 195; **Kargados**, s. 276. İsviçre hukuku bakımından benzer yönde bkz. **Rüetschi**, s. 159. **Deren-Yıldırım**, eda tedbirlerine asıl davadaki sonucun öne çekilmesi kaygısı ile peşinen karşı çıkılmaması gerektiğini belirtmektedir (**Deren-Yıldırım**-İhtiyatî Tedbirler, s. 11). Yapma, yapmama edimleri ile bir mükellefiyetin yerine getirilmesinin ihtiyatî tedbirin konusunu oluşturabileceğine ilişkin olarak bkz. **Akyazan**, s. 4; **Berkin**-İhtiyatî Haciz, s. 17.

¹³⁸ **Üstündağ**-İhtiyatî Tedbirler, s. 11 özellikle dn. 3; **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s. 652.

hukukî korumanın karakteristiğinden pek çok durumda sapılmasına ihtiyaç duyulduğu; zarar tehlikesi, alacaklının yerine getirmesi gereken ilâve önlemlerle desteklenmek zorunda kalındığı içindir ki, eda tedbirleri “istisna” damgasını taşımak durumundadır¹³⁹. Ancak günümüzde yargının iş yükü, ticaret hayatının çabukluğu, eda tedbirlerine duyulan ihtiyacı arttırdığı, hatta fikri ve sınaî mülkiyet hukuku gibi bazı hukuk branşlarında da bu tedbirleri teminat tedbirlerinin önüne geçirdiği gözden uzak tutulmamalıdır. Ne var ki, eda tedbirlerine başvuru sıklığı, onun istisnailik vasfında değişiklik meydana getirmez. Buradaki “kural” ya da “istisna” olmada, tedbir türünün uygulamadaki yerinden ziyade, geçici hukukî korumanın özelliklerinin karşılanması ya da bunlardan sapılması belirleyicidir. Sonuç itibarıyla, bu türden tedbirlere borçluya yapılacak müdahalenin yoğunluğuna göre teminat tedbirleri karşısında ilâve sayılabilecek araçlarla desteklenmek şartıyla “istisnaen” karar verilebilir. Bu bakımdan, teminat tedbirleri, ihtiyatî tedbirlerin gerçek nüvesidir.

Asıl dava sonucunun öne çekilmesi bir yasak olmamakla birlikte, tedbir kararının asıl davaya bakan hâkimi bağlaması gerçek bir yasaktır. Tedbirin asıl davaya bakacak hâkimi bağlaması, asıl davada tartışılacak maddî hukuk talebi hakkında peşinen karar verilmesi anlamındadır. Bu bakımdan, asıl dava sonucunun öne çekilmesi ile tedbir kararının asıl dava bakımından bağlayıcılığı, kesin çizgilerle birbirinden ayırt edilmelidir¹⁴⁰. Hiçbir ihtiyatî tedbir kararı, davanın yerine geçerek uyuşmazlık konusu hak ya da hukukî ilişki hakkında tedbir yargılamasında peşinen bir karar veremez. Tedbire esas teşkil eden talep hakkında yapılan inceleme sonucunda alacağın varlığı tespit edildiğinde, bu alacak, taraflar arasında nihaî olarak tespit edilmiş olmaz. Çünkü tedbir yargılamasında hâkimin, vakıaların alacağın varlığına delalet ettiğine asıl davada olduğu kadar tam anlamıyla kanaat getirmesine gerek yoktur. Yaklaşık ispat seviyesinde ispat ölçüsü, tek başına tedbir yargılamasında verilen kararın asıl dava için bağlayıcı olamayacağını¹⁴¹, alacağa ilişkin verilen geçici kararın maddî

¹³⁹ Stein/Jonas/Grunksy, vor § 935 N. 31; Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, vor § 916 N. 12; Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 98; Pekcanitez/Atalay/Özeker, s. 652.

¹⁴⁰ Alman Hukuku’nda bu konudaki ayırım kavramsal boyutta net bir şekilde görülmektedir. Asıl dava sonucunun öne çekilmesi yasağı “das Vorwegnahmeverbot”, tedbir kararının asıl davaya bakan hâkimi bağlama yasağı “das Präjudizverbot” kavramları ile ifade edilmektedir.

¹⁴¹ Feil, § 378 N. 1.

anlamda kesin hüküm teşkil edemeyeceğini göstermektedir. Alacağın varlığı, yalnız o alacağın geçici olarak icrasına gerek bulunup bulunmadığına yönelik tespit edilmiş olur. Asıl davada pekâlâ alacağın var olmadığı sonucuna varılıp dava esastan reddedilebilir. Eda tedbirlerinde asıl dava sonucu öne çekilse de, tedbire esas teşkil eden talep hakkında son sözü söyleme hakkı asıl davaya bakan mahkemeye bırakılmaktadır¹⁴². Eda tedbiri, asıl dava sonucunu ne kadar öne çekerse çeksün, asıl davadaki yargılama, bu karardan tamamen bağımsız bir şekilde yürüyecektir. Lehine tedbir kararı verilen, asıl yargılamadaki ispat faaliyetinde asıl dava sonucunun öne çekilmesine dayanarak hâkimde bir kanaat uyandıramaz. Eda tedbiri kararı ne emare ne karine teşkil edebilir¹⁴³.

Kısaca, Alman Hukuku'nda *Gaul*'un yasaktan söz edilen her iki durum arasında yaptığı net ayırım Türk Hukuku bakımından da dikkate alınmalıdır. Eda tedbirlerinde asıl dava sonucunun öne çekilmesi, kesin hüküm etkisine sahip, nihaî, değiştirilemez karar verilmesi anlamında değildir¹⁴⁴. Burada asıl davanın değil, asıl davada verilecek kararın sonucuna eda tedbiri ile ulaşılmaktadır. Tedbirin asıl davaya bakacak hâkimi bağlaması, geçici hukukî koruma yargılamasının doğal bir sonucu olarak gerçek bir yasaktır¹⁴⁵.

Türk Hukuku'nda eda tedbirlerine tereddütle yaklaşan hâkim görüş, yasağın konusunu "asıl dava sonucunun öne çekilmesi" değil, "davanın esasını çözer ya da böyle bir sonuç doğuracak tarzda ihtiyatî tedbir kararı verilememesi" olarak ifade etmektedir. "Davanın esasının çözülmesi" ifadesi, tedbir kararının asıl davaya bakan hâkimi bağlama yasağını çağrıştırmaktadır. Zira, eda tedbiri ile davanın esası çözümleniyorsa, artık asıl davaya bakan mahkeme, tedbir yargılamasındaki tespitlerle bağlı olmalıdır. İhtiyatî tedbirler, asıl davada karar verilene kadar geçerli olacak geçici kararlardır. Geçici kararların, asıl davanın esasını çözmesi mahiyeti gereği olanaksızdır. Çünkü dava sonunda geçici kararın

¹⁴² Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler, s. 11.

¹⁴³ Bilge/Önen, s. 368.

¹⁴⁴ Berger, Kap. 2 N. 27.

¹⁴⁵ Gaul-Entwicklung, s. 1141, 1143. Benzer yönde bkz. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Grundz. § 916 N. 8. Türk Hukuku bakımından aynı yönde bkz. Alangoya-İhtiyatî Tedbir, s. 334; Erişir-İhtiyatî Tedbir, s. 249. Özkes de bu ayırımı dikkate almakta, burada mahkemenin talep ve dava konusu hakkında baştan nihaî karar vermesinin söz konusu olmadığını belirtmektedir (Özkes-İhtiyatî Tedbir, s. 128). Aynı yönde bkz. Pekcanitez-Geçici Hukukî Koruma, s. 130.

tam aksi yönde bir kararın verilme ihtimali bulunduğu, bunun ötesinde geçici kararın her an kaldırılabilme yolu açık bulunduğu sürece, davanın esasının çözüldüğünden söz edilemez. Tedbir yargılamasında davanın esası çözülmüş olsaydı, artık asıl davayı açmakta tarafların hukukî menfaatleri de kalmazdı.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda, asıl dava sonucunun öne çekilmesi, tedbirin caiz içeriği olarak kabul edilmiştir. Buna göre, mahkeme, bir şeyin yapılması veya yapılmaması gibi, sakıncayı ortadan kaldıracak veya zararı engelleyecek her türlü tedbire karar verebilir (HMKT m. 397/I). Bir yandan "her türlü tedbir" ifadesine asıl dava sonucunu öne çeken tedbirlerin de dahil olması, diğer yandan kanun koyucunun verdiği bir şeyin yapılması ya da yapılmamasının doğrudan eda tedbirine yönelik olması, Tasarı'nın asıl dava sonucunun öne çekilmesi yasağını reddettiğini açıkça ortaya koymaktadır¹⁴⁶.

E. Asıl Dava Sonucunu Öne Çeken Somut Tedbir Örnekleri

Maddî hukuk taleplerine ve bu taleplerin gerçekleştirilmesine yönelik tehlikelerden ötürü ihtiyatî tedbirler, sürekli gelişim içindedir. Bu gelişim, teminat tedbirlerinden çok, eda tedbirlerinde kendisini göstermektedir. Türk Hukuku'nda ise tehlikeli hâl olgusunun giderek yoğunlaşıp çeşitlenmesine karşı bir şekilde bu gelişim oldukça yavaştır. Bu başlık altında Türk Hukuku uygulamasında yaygınlık kazanmamış ya da banka teminat mektuplarında olduğu gibi önemli sonuçları bulunan bazı eda tedbiri örnekleri hukuk karşılaştırması

¹⁴⁶ Erişir-İhtiyatî Tedbir, s. 248. Tasarı'nın önceki hâlinde, "mahkemenin asıl uyuşmazlığı çözecek nitelikte olmamak şartıyla" şeklinde bir ifade bulunmaktaydı. Bu ifadeyi eleştiren *Alangoya*, hükmün, bir yandan eda tedbiri örneklerine yer vermesi, diğer yandan eda tedbirlerinin yasaklanması bakımından çelişkili olduğunu, hüküm bu şekilde yürürlüğe girerse eda tedbiri kararı verilemeyeceği ifade etmiş idi (*Alangoya-İhtiyatî Tedbir*, s. 333. Aynı yönde bkz. *Deren-Yıldırım-Geçici Hukuki Koruma*, s. 62, 63; *Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Tasarı*, s. 201). Tasarı önceki hâli ile kanunlaşsaydı dahi kanımızca asıl dava sonucunun öne çekilmenin yasaklanmış olduğu sonucuna varılamazdı. Öncelikle, Hükümet Gerekçesinde, tedbir kararının asıl davaya bakan hâkimi bağlamaması gerektiği vurgulanmış, üstelik asıl dava sonucunu öne çeken eda tedbirlerinden müessese olarak dahi söz edilmiştir. Sonra, madde metninde bir işin yapılması ya da yapılmaması tedbirin caiz içeriği kabul edilerek asıl dava sonucunun öne çekilmesi bizzat kanun koyucu tarafından istenilmiştir. Bu nedenle, tedbirin asıl uyuşmazlığı çözecek nitelikte olmaması ile, tedbir yolu ile asıl dava sonucunun öne çekilmesi değil, tedbirin asıl davaya bakacak hâkimi bağlamaması kastedilmiştir. Asıl dava sonucunu öne çeken eda tedbirleri Türk Hukuku'nda yaygınlık kazanmadığı ve bu konuda ciddi tereddütler bulunduğu için, kanun koyucunun asıl davaya bakan hâkimi bağlama yasağına değinmesi, bu türden tedbirlerin doğru anlaşılıp doğru uygulanması ve tereddütlerin giderilmesini amaçladığı şeklinde yorumlanmalıdır.

metodu takip edilerek ele alınacak, eda tedbirlerinin hukukumuzda da gelişimine katkıda bulunulmaya çalışılacaktır. Aşağıdaki eda tedbirleri, Türk Hukuku için önerilebilecek, uygulamanın ihtiyaçlarını karşılayabilecek nitelikte olanlarından seçilmiştir. Eda tedbirleri, şüphesiz aşağıda değerlendirilecek örneklerden ibaret değildir. Bir şeyin verilmesi, bir işin yapılması ve bir işin yapılmamasına yönelik maddî hukuk taleplerinin önemli bir kısmı eda tedbiri yolu ile geçici olarak gerçekleştirilebilir. Hatta ileride açıklanacağı üzere, düzenleme tedbiri olarak değerlendirilen ihtiyatî tedbirler de, etkilerinden hareketle eda tedbirlerinin kapsamına girmektedir¹⁴⁷.

1. Para Alacaklarında Eda Tedbirleri

a. Alman Hukuku'nda

Alman Hukuku'nda para alacaklarının ihtiyatî tedbir yolu ile geçici olarak gerçekleştirilmesi nafaka hukukunda doğmuştur. Medenî Kanun'un 1615o paragrafında, evlilik dışı doğan çocuğun lehine, doğumundan itibaren 3 ay süre ile ihtiyatî tedbir yolu ile nafakaya hükmedilebileceği düzenlenmiştir. Diğer para alacaklarında eda tedbirleri, bu hükümden yola çıkılarak temellendirilmektedir¹⁴⁸. Bu hukuk sisteminde bugün itibariyle, bütün para alacaklarının tedbir yolu ile geçici icrası konusunda tereddüt edilmemektedir¹⁴⁹. Böyle bir tedbir kararına hükmedilebilmesi için, geçici ödeme ile önüne geçilebilecek gerçek bir zaruret hâli¹⁵⁰ mevcut olmalıdır. Bir miktar paranın geçici olarak ödenmesi, alacaklının uğraması muhtemel zararlarının önlenmesinde asıl davada para alacağına ilişkin hüküm elde edilmesi mümkün

¹⁴⁷ Bkz. a.ş. Bölüm III, § 9, III, B.

¹⁴⁸ Stein/Jonas/Grunksy, vor § 935 N. 38 vd.; Rosenberg/Gaul/Schilken, s. 1016; Musielak/Huber, § 940 N. 13.

¹⁴⁹ Schilken-Befriedigungsverfügung, s. 138; Stein/Jonas/Grunksy, vor § 935 N. 38, 39; Rosenberg/Gaul/Schilken, s. 1016; Brox/Walker, N. 1619; Ebmeier/Schöne, N. 72; Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier, A 469; Zöller/Vollkommer, ZPO § 940 N. 6; Musielak/Huber, § 940 N. 13; Schuschke in Schuschke/Walker, vor § 935 N. 33, 34. Kira alacağı ve manevi tazminat alacakları da eda tedbirinin konusunu oluşturabilir, ancak bu alacaklarda tedbir sebebine yönelik sıkı koşulların gerçekleşmesi oldukça zordur (Brox/Walker, N. 1609). Heinze, ihtiyatî tedbirlerin yalnız teminat amacına yönelebileceğini savunmakla beraber, çok dar kapsamda olmak üzere bir miktar paranın ödenmesine tedbir yolu ile karar verilebileceğini kabul etmektedir (Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 938 N. 7 vd.).

¹⁵⁰ die Notlage

olamayacak derecede alternatifsiz tek yol ise zaruret hâli mevcuttur. Geçici icraya hükmedilmediği takdirde, alacaklının geçimini temin edemeyecek durumda olması ya da tedavi masraflarının karşılanamaması zaruret hâlinin tipik örnekleridir¹⁵¹. Zaruret hâli, tedbir talep eden alacaklı tarafından iddia edilmeli ve yaklaşık ispat seviyesinde ispat edilmelidir¹⁵². Mahkeme, borçlunun tedbir nedeniyle uğrayabileceği zararlar büyüdükçe, zaruret hâlinin (tedbir sebebinin) ispatında daha sıkı davranabilir¹⁵³, bu bağlamda ispat ölçüsünü yükseltebilir.

Bütün para alacaklarında zaruret hâlinin aşılması için tedbir yolu caiz görülmekle birlikte, para alacaklarında eda tedbiri özellikle işçinin ücret alacağına geçici olarak gerçekleştirilmesinde geniş uygulama alanına sahiptir. İş sözleşmesi feshedilmemiş, yani işçi işini görmeye devam ediyor, fakat ücreti kendisine ödenmiyorsa, ücretinin zaruret hâlini aşacak kısmının ödenmesine hizmet edecek tedbir, maddî hukuk temelini, iş sözleşmesinden çıkarılabilecek ücret alacağına; işçiye iş verilmiyor ise alacaklının temerrüdünde bulur (BGB § 615)¹⁵⁴. İş sözleşmesi feshedilmiş, ancak fesih geçersiz ise, yine işveren açısından alacaklının temerrüdü oluşur ve işçinin ücret alacağı devam eder. İşçi, iş sözleşmenin geçersiz feshedildiğini yaklaşık ispat seviyesinde ispat ettiği takdirde, feshi karşı korunma davasının sonuna değin ücretinin zaruret hâlinin giderilmesi için gerekli olan miktarının tedbiren ödenmesine karar verilebilir¹⁵⁵.

¹⁵¹ **Schilken-Befriedigungsverfügung**, s. 141; **Baumann/Brehm**, s. 264, 265; **Stein/Jonas/Grunsky**, vor § 935 N. 39; **Walker-Der einstweilige Rechtsschutz**, N. 248; **Rosenberg/Gaul/Schilken**, s. 1016; **Ebmeier/Schöne**, N. 76; **Münch Komm ZPO-Heinze**, 2. Auflage, vor § 916 N. 70; **Zimmermann**, § 940 N. 10.

¹⁵² LAG München, 1.12.2004, NZA-RR 2005/7, s. 356; OLG Karlsruhe, 3.7.2008, NJW-RR 2008/22, s. 1564.

¹⁵³ **Schilken-Befriedigungsverfügung**, s. 133; **Ebmeier/Schöne**, N. 73; **Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier**, A N. 470; **Münch Komm ZPO-Heinze**, 2. Auflage, § 940 N. 16; **Stein/Jonas/Grunsky**, vor § 935 N. 37, § 940 N. 12; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, Grundz. § 916 N. 9; **Reichold** in **Thomas/Putzo**, § 940 N. 6; **Zimmermann**, § 940 N. 10.

¹⁵⁴ **Brox/Walker**, N. 1625; **Walker-Der einstweilige Rechtsschutz**, N. 701; **Schuschke** in **Schuschke/Walker**, vor § 935 N. 148; **Schwab, Norbert/Weth, Stephan**: **Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz** (Schwab/Weth/Walker, **Wolf-Dietrich**), 2. Auflage, Köln 2008, **Schwab/Weth/Walker**, § 62 N. 115; **Berger/Boemke**, Kap. 14 N. 56.

¹⁵⁵ **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 940 N. 15; **Zöller/Vollkommer**, § 940 N. 8 (Arbeitsrecht); **Grunsky, Wolfgang**: **Arbeitsgerichtsgesetz** (Arbeitsgerichtsgesetz), 7. Auflage, München 1995, § 62 N. 22; **Walker-Der einstweilige Rechtsschutz**, N. 701; **Schuschke** in **Schuschke/Walker**, vor § 935 N. 148; **Walker-Grundlagen**, s. 56; **Walker-Problemler**, s. 384. **Boemke**'ye göre ise, feshin geçersizliği ya açık olmalı ya da kesinleşmemiş bile olsa mahkeme kararıyla geçersizliğine hükmedilmiş olmalıdır. Bu iki durum mevcut değilse, tedbire esas teşkil

Tedbir sebebi olarak işçi, zaruret hâlini yaklaşık olarak ispat etmelidir. Devletten aldığı işsizlik ödeneği, sosyal yardım gibi ekonomik destek sayesinde nafakasını temin edebilen bir işçinin zaruret hâlinde olduğundan söz edilemez¹⁵⁶. Sosyal güvenlik hukukundan dolayı devlete yöneltebilecek bir talep hakkı mevcut, ancak bu talep hakkı henüz kullanılmamış olsa bile, işçi, bir görüşe göre işverene karşı eda tedbiri talep etmekle devletten sosyal yardım istemek arasında seçim hakkına sahiptir¹⁵⁷. Karşı görüşe göre, henüz kullanılmamış olsa bile böyle bir talep hakkı, zaruret hâlinin mevcudiyetine (tedbir sebebine) engel teşkil eder¹⁵⁸.

Geçici icraya karar verilecek miktar, prensip itibarıyla işçinin ücretinin tamamını karşılamamalıdır¹⁵⁹. Ancak işçi, yaşamını idame ettirebilmek için ücretinin tamamına ihtiyaç duyuyorsa, gerektiğinde ücretin tamamının geçici olarak ödenmesine tedbir yolu ile karar verilebilir¹⁶⁰. Tedbir talep edilene değin işçinin zaruret hâlinde olmadığı varsayılır ve tedbir kararında, talep tarihinden sonraki dönem için ücretin geçici icrasına hükmedilir¹⁶¹. Tedbiren geçici olarak icrasına hükmedilecek ücretin, haczedilebilirlik sınırı, işsizlik ödeneği, sosyal yardım miktarı gibi somut bir kritere göre belirlenmesi görüşü yanında¹⁶², böyle bir somutlaştırmaya da karşı çıkan görüşler mevcuttur. Karşı görüş,

eden maddî hukuk talebi yoktur (Berger/Boemke, Kap. 14 N. 57, 58, 59). Aynı yönde bkz. Germelmann, Claas-Hinrich/Matthes, Hans-Christoph/Müller-Glöge, Rudi/Prütting, Hanns: Arbeitsgerichtsgesetz, 6. Auflage, München 2008, § 62 N. 104; Krönig, Anne Elisabeth: Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG-Krönig), Hrsg. Düwell, Franz Josef/Lipke, Gert-Albert, 2. Auflage, Frankfurt am Main 2005, § 62 N. 42.

¹⁵⁶ Walker-Problemler, s. 384.

¹⁵⁷ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 703; ArbGG-Krönig, § 62 N. 42; Schwab/Weth/Walker, § 62 N. 116; Musielak/Huber, § 940 N. 15; Walker-Grundlagen, s. 57.

¹⁵⁸ Thümmel in Wieczorek/Schütze, § 940 N. 22 dn. 57; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 935 N. 119; Berger/Boemke, Kap. 14 N. 62.

¹⁵⁹ Grunsky-Arbeitsgerichtsgesetz, § 62 N. 22; Germelmann/Matthes/Müller-Glöge/Prütting, § 62 N. 104; ArbGG-Krönig, § 62 N. 42; Schuschke in Schuschke/Walker, vor § 935 N. 149; Berger/Boemke, Kap. 14 N. 64. Konusu bir miktar paranın ödenmesi olan bütün tedbirler için aynı yönde bkz. Mosler, s. 195; Hk-ZPO-Kemper, § 940 N. 11.

¹⁶⁰ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 704.

¹⁶¹ Schuschke in Schuschke/Walker, vor § 935 N. 149.

¹⁶² ZPO § 850c'de düzenlenen haczedilebilirlik sınırını esas alan görüş için bkz. Grunsky-Arbeitsgerichtsgesetz, § 62 N. 22; Germelmann/Matthes/Müller-Glöge/Prütting, § 62 N. 104; ArbGG-Krönig, § 62 N. Schuschke in Schuschke/Walker, vor § 935 N. 149. Bu son yazar, tedbirle icrasına hükmedilecek miktarın, işçinin aile durumu ve nafaka yükümlülüğü dikkate alınarak aldığı maaştan yola çıkılarak belirleneceği, buna da maaşın haczedilebilirlik sınırını düzenleyen § 850 c'nin uygun düşüğünü belirtmektedir. Sosyal yardım miktarını esas alan görüş için bkz. Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 935 N. 45; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 935 N. 119.

haczedilmezlik sınırı gibi somut kriterin, bu türden eda tedbirlerinin yalnız zaruret hâlinin aşılmasına hizmet ettiği oranda caiz olabileceğini dikkate almadığını ifade etmektedir. Çocukların okul masrafları gibi işçiden işçiye değişebilecek durumlar, ödenecek miktarın somut olayın özelliklerine göre belirlenmesini gerektirmektedir¹⁶³.

b. Türk Hukuku'nda

(1) Hukukî Temeli ve Uygulama Alanı

Türk Hukuku'nda para alacaklarında geçici hukukî koruma denildiğinde ilk olarak ihtiyatî haciz düşünülmektedir. Uygulamada özel düzenleme bulunan nafaka alacakları dışında kalan diğer para alacaklarında yalnız ihtiyatî haciz talep edilmektedir. Para alacaklarında ihtiyatî tedbir, doktrinde bir görüş tarafından özellikle “davanın esasını çözecek tarzda ihtiyatî tedbir kararı verilemeyeceği” gerekçesi ile caiz görülmemektedir¹⁶⁴.

Türk Hukuku'nda para alacaklarının geçici olarak icrasına açıkça izin veren somut düzenlemeler bulunmaktadır. Alman Hukuku'nda olduğu gibi Türk Hukuku'nda da para alacaklarında ihtiyatî tedbirlere, nafaka hukukuna ilişkin düzenlemelerin kaynaklık ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Türk Medenî Kanunu'nun 333. maddesine göre, babalık davası ile birlikte nafaka istenir ve hâkim, babalık olasılığını kuvvetli bulursa, hükümden önce çocuğun ihtiyaçlarına uygun bir nafakaya karar verebilmektedir. Bu hüküm, açıkça nafaka alacağına eda tedbirine işaret etmektedir. Böyle bir düzenleme olmasaydı bile, nafaka alacaklarında eda tedbirlerinin caizliğinde tereddüt edilmeyecekti. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 101. maddesinin 3. bendinde, Türk Medenî Kanunu'nda öngörülen hâllerde nafaka alınmasına karar verilebileceği ifade edilerek bir miktar paranın ödenmesinin, tedbirin caiz içeriği olduğu kabul

¹⁶³ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 704; Berger/Boemke, Kap. 14 N. 64.

¹⁶⁴ Ercan-İhtiyatî Tedbir, s. 64, 65. Yılmaz, bir milyarlık alacak davasında tedbir olarak beş yüz milyon liranın ödenmesine tedbiren karar verilemeyeceği görüşündedir (Yılmaz, C. I, s. 845, 846, 859). Tarafın bir hukukî vaziyet varmış gibi ödeme yapmasına karar verilmeyeceğine ilişkin aynı yönde bkz. Belgesay-Şerh, 4. Bası, N. 158. Ancak yazar aynı zamanda, HUMK m. 101 b. 3'e kıyasen haksız fiil neticesinde çalışamayacak hâle gelen işçinin işesi için ihtiyatî tedbir karar verilebileceğini belirtmektedir (Belgesay-Şerh, 3. Bası, N. 263).

edilmiştir¹⁶⁵. Aynı hükmün 4. bendinde ise ayrılık ve boşanma davası üzerine Türk Medenî Kanunu gereğince gerekli geçici önlemlerin alınabileceği hükme bağlanmıştır. Türk Medenî Kanunu'nun 167. maddesinde düzenlenen boşanma ve ayrılık davalarındaki geçici önlemlerden birisi de tedbir nafakasıdır. Tedbir nafakasında da bir miktar paranın ödenmesi söz konusudur. Hukukî niteliği itibariyle tedbir nafakası teknik anlamda bir ihtiyatî tedbir değil, bir geçici önlemdir¹⁶⁶. Ancak tedbir nafakası, borçlu tarafından iradi olarak yerine getirilmediğinde zorla icra edileceğinden, ortada edayı içeren bir geçici hukukî koruma söz konusudur. Şu hâlde, 101. maddenin 4. bendi, dolaylı olarak Türk Hukuku'nda bir miktar paranın ödenmesinin caiz olduğunu ortaya koymaktadır.

Özel düzenlemelerin nafaka alacaklarına ilişkin olması, ilk bakışta, para alacaklarında geçici icranın açıkça düzenleme bulunan hâllere hasredilmesini, nafaka alacakları dışındaki para alacaklarında yalnız ihtiyatî haciz istenebilmesini akla getirmektedir. Ancak asıl dava sonucunu öne çeken tedbirler temellendirilirken ortaya konan gerekçeler, nafaka alacakları dışındaki diğer para alacaklarının ihtiyatî tedbir yolu ile geçici olarak gerçekleştirilmesi bakımından da aynen geçerlidir¹⁶⁷. Para alacaklarında geçici icrayı nafaka alacakları ile sınırlandırmak, anayasal temele sahip etkin hukukî koruma garantisi ile sosyal devlet ve eşitlik ilkelerine aykırılık teşkil eder. Bir miktar parayı hızlı bir şekilde elde edemediği takdirde vücut bütünlüğü gibi hukukça korunan değerlerini yitirecek, hatta varlığını kaybedecek bir alacaklının geçici hukukî korumadan mahrum bırakılması, devletin vaat ettiği hukukî korumadan kaçınması anlamına gelir. Nafaka alacaklısının zaruret hâline geçici hukukî koruma ile yanıt veren bir hukuk düzeninin, diğer para alacaklarına seyirci kalması alacaklılar arasında ayırım yapılmasına ve eşitlik ilkesinin ihlâlüne yol açar. Nihayet, zayıfların korunması üzerine inşa edilen sosyal devlet ilkesi, ancak zaruret hâline düşen zayıf bir kişiye geçici hukukî koruma sağlayabildiği ölçüde amacına ulaşır¹⁶⁸.

¹⁶⁵ *Karafakih*, Hukuk Usûlü Muhakameleri Kanunu m. 101 b. 3'teki düzenlemenin yalnız Medenî Kanun'daki hâllere münhasır olmadığı, Borçlar ve İş Kanunları ile verilmesi gereken nafaka ve iâşe mükellefiyetlerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir (s. 267). Aynı yönde bkz. *Berkin-Usul*, s. 119 dn. 31.

¹⁶⁶ Bkz. yuk. Bölüm II, § 7, I, B, 3, b, (2).

¹⁶⁷ Bkz. yuk. Bölüm III, § 9, II, C.

¹⁶⁸ Bkz. yuk. Bölüm I, § 4, IV.

Özel düzenlemeler bulunmasaydı bile Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 103. maddesinden para alacaklarında ihtiyatî tedbirler çıkarılabildi. Söz konusu hüküm, gecikmesinde tehlike olan veya önemli bir zarar olacağı anlaşılan hâllerde gerekli tedbire karar verilebileceğini düzenlemektedir. İhtiyatî tedbirin türü ve konusuna ilişkin hiçbir sınırlandırmaya gidilmemesi, para alacaklarının da "gerekli" olduğu takdirde tedbirin konusunu oluşturabileceğini göstermektedir¹⁶⁹. Ayrıca, para alacağının geçici icrası için ispatı gereken zaruret hâli, Kanun'da tedbir sebebi olarak düzenlenen gecikmesinde tehlike olan veya mühim bir zarar olacağı anlaşılan hâlin somut görünümüdür¹⁷⁰.

Bu gerekçelerle, yalnız nafaka alacaklarında değil, bütün para alacaklarında, alacaklı, para alacağını (tedbire esas teşkil eden talep) ve zaruret hâlini (tedbir sebebi) prensip itibariyle yaklaşık ispat seviyesinde ispat ettiği takdirde para alacağının geçici icrasına ihtiyatî tedbir yolu ile karar verilebilir¹⁷¹.

Para alacaklarında ihtiyatî tedbirler yaygınlık kazandığında, tıpkı Alman Hukuku'nda olduğu gibi Türk Hukuku'nda en geniş uygulama alanının iş hukukunda olması beklenebilir. Prensip itibariyle sınırlı bir geliri olan vasıfsız işçilerin, işçilik hakları ödenmediği takdirde zaruret hâline düşmesi Türkiye koşullarında büyük bir olasılıktır. Ücret miktarlarının bile çalışanların zaruret hâlini gidermeye yetmediği, özellikle asgari ücret miktarının düşüklüğü ve bu ücretle çalışanların çokluğu düşünüldüğünde, devletin ücretin haksız yere ödenmemesine karşı sosyal devlet ilkesi ve etkin hukukî koruma garantisi karşısında yargılama hukuku yolu ile önlem alması gerekir. Hem feshedilmiş

¹⁶⁹ Özekes/Erişir, s. 1244, 1245; Erişir-İhtiyatî Tedbir, s. 247. *Yılmaz*, alacak davasında bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olarak Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 103. maddesinin de uygulanamayacağını, çünkü bu hükmün ihtiyatî tedbir kararı verilmediği takdirde tehlike olan veya mühim bir zarar olacağı anlaşılan hâl ortaya çıkarsa gündeme geleceğini belirtmektedir (*Yılmaz*, C. I, s. 845, 846, 859).

¹⁷⁰ Özekes/Erişir, s. 1245; Erişir-İhtiyatî Tedbir, s. 247.

¹⁷¹ Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler, s. 37, 38; Taş-Korkmaz, s. 39, 40; Özkök, s. 13; Özekes/Erişir, s. 1246; Erişir-İhtiyatî Tedbir, s. 245. Her ne kadar Özekes, bir çalışmada (Özekes-İhtiyatî Tedbir, s. 113, 127, 128) para alacakları için sadece ihtiyatî haciz istenebileceğini belirtmiş ise de, bunu, bir önceki çalışmadaki (Özekes-İhtiyatî Haciz, s. 60, 61) kapsamda ele almak, salt para alacağının ihtiyatî hacizle korunması gereken hâller çerçevesinde değerlendirmek gerekir. Zira, yazar, bir önceki çalışmada çok açık şekilde geçici olarak paranın ödenmesi gereken hâllerde ihtiyatî tedbir de istenebileceğini belirtmiştir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde eda tedbiri kararı verilebileceği hakkında ayrıca bkz. *Deren-Yıldırım-İhtiyatî Tedbirler*, s. 84; *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, s. 652, 653.

hem de feshedilmemiş iş sözleşmelerinde, tedbire esas teşkil eden maddî hukuk talebi ve tedbir sebebinin ispatında yukarıda açıkladığımız çerçevede Alman Hukuku'ndan yararlanılabilir. Ancak sosyal güvenlik sistemimiz işsizlik ödeneği, sosyal yardım noktalarında Almanya'daki gibi etkin işlemediğinden, işçinin devlete karşı yöneltebileceği bu türden talep haklarının bulunması, işverene karşı eda tedbiri talep etmesine engel teşkil etmemelidir. İşçi, devletten sosyal güvenlik yardımını alıyorsa, bu yardımlar zaruret hâlinin mevcudiyeti incelenirken dikkate alınmalıdır. Tedbiren hükmedilecek miktarın belirlenmesinde, işçinin maaşının haczedilebilecek kısmı, asgari ücret gibi somut kriterler, yeknesak bir uygulama sağlanmasına hizmet edebilirse de, ülkemizdeki ücretlerin çoğu zaman bir ailenin geçimi için gerekli asgari miktarın altında kalmasından ötürü somut olay adaletini gerçekleştiremeyecektir. Doğrudan asgari ücret miktarı kadar ödemeye hükmedilmesi şeklinde genelleme yapılamasa da, asgari ücret miktarından yararlanılabilmesi mümkündür. Zira, Türkiye koşullarında başkaca geliri olmayan bir kimsenin, asgari ücretin altında bir miktarla yaşamını idame ettirmesi hayatın olağan akışına aykırıdır. Buna göre, işçinin ücreti ödenmediği için zaruret hâlinde olduğu tespit edildiğinde, her halükârda asgari ücret miktarı kadar tedbir kararı verilebilir. İşçi, asgari ücretle çalışıyorsa, zaruret hâli daha yüksek bir miktarla aşılabilecek olsa dahi asgari ücret kadar geçici ödemeye hükmedilmelidir. Çünkü asıl davada elde edilemeyecek hukukî korumanın, geçici hukukî koruma ile elde edilmesi mümkün değildir. Buna karşılık, işçi, asgari ücretin üzerinde maaş alıyorsa, asgari ücret miktarına, -maaşın tamamını aşmamak koşuluyla- zaruret hâlinin aşılması için gerekli miktar kadar ilâve yapılarak tedbir kararı verilmelidir.

Konuya ilişkin olarak İş Kanunu'nun 21. maddesinin 3. fıkrasında, "feshe karşı korunma kapsamında kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir." hükmüne yer verilmiştir. Burada sorulması gereken soru, işçinin, iş sözleşmesinin haksız feshedilmesinden sonra¹⁷² alacaklının temerrüdü

¹⁷² İşçinin haklarının iş sözleşmesinin feshedilmesinden sonra hesaplanacağına ilişkin bkz. Günay, Cevdet İlhan: İş Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2004, s. 469; Çankaya, Osman Güven/Günay, Cevdet İlhan/Göktaş, Seracettin: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, 2. Baskı, Ankara 2006, s. 309.

hükümlerine göre fesih tarihinden itibaren işleyen ücret alacağının dört ayla sınırlandırılıp sınırlandırılmadığıdır. Bu sorunun yanıtına göre, ücretin eda tedbiri yolu ile geçici tahsiline hangi miktar üzerinden hükmedilebileceği netlik kazanacaktır. Gerçekten, asıl dava ile ne miktar ücret alacağına hak kazanılabiliyorsa, ancak bu miktar kadar geçici hukukî koruma elde etmek mümkündür.

Kanun koyucu, işe iade davasının iki ayda, temyiz incelemesinin ise bir ayda sonuçlanacağı; işverenin de bir ay içinde işçiyi işe başlatacağı varsayımından hareket etmiş (İş. K. m. 20/III) ve dört aylık ücreti, ideal işe iade davası süresine göre belirlemiştir¹⁷³. Temyiz incelemesi ile birlikte yargılama dört aydan fazla sürmüş olsa bile, en fazla dört aylık boşta geçen dönemin ücretine hükmedilebilir¹⁷⁴. Sistematiik yorum yapıldığında kanun koyucunun işçinin fesihden itibaren işleyen ücret alacağını sınırlandırmak istediği sonucuna varılamaz¹⁷⁵. Bir tespit davası niteliğinde olan işe iade davası ile eda davası niteliğinde olan tahsil davası özel surette bir araya getirilmiştir. İşçi, işe iade davasını kazandıktan sonra, boşta geçen sürenin ücreti için ayrıca dava açması gerekirken, kanun koyucu yargılama süresince işleyecek alacağın ayrı bir dava açmaya gerek kalmaksızın işe iade davasında karara bağlanması esasını benimsemiştir. Şayet dava dört aydan fazla, örneğin altı ay sürmüştü, işçinin dört aylık ücret alacağına işe iade davası içinde karar verilebilir¹⁷⁶. İşçi, dilerse çalıştırılmadığı ve işe iade davası içinde karara bağlanmayan iki aylık ücret

¹⁷³ “Kanun’da, bu ücret ve haklar bakımından, hüküm verildiği ana kadar geçen süre değil, kararın kesinleşmesine kadar geçen süre esas alınmıştır.” (Özkes-İş Kanunu, s. 501). Aynı yönde bkz. Günay, s. 468.

¹⁷⁴ “Dava, seri muhakeme usulüne göre görülecek olmakla birlikte, sonuçlanması uygulamada öngörülen dört aylık süreyi aşabilecektir. Böyle bir durumda -işveren işçiyi ister işe başlatmış, isterse başlatmamış olsun- işçi çalıştırılmadığı sürenin en çok dört aya kadar olan kısmı için ücretini ve diğer haklarını alabilecektir.” (Hükümet Gerekçesi, m. 21).

¹⁷⁵ Yargıtay aksi fikirdedir: “Feshin geçersiz olduğunun tespiti, aynı zamanda temerrüde düşen işverenin sözleşme gereği işçiyi çalıştırma yükümlülüğü bulunduğunun tespitidir. Ancak yasa, işverene seçimlik hak tanıyarak, işçiyi çalıştırma veya maktu bir tazminat ödeyerek sözleşmeyi sona erdirme olanağı tanımaktadır. Hakimin, feshin baştan itibaren geçersiz olduğunu, diğer deyimle feshin hüküm ve sonuç doğurmadığını tespiti ile aynı zamanda, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin en çok 4 ay devam ettiği anlaşılmaktadır.” 9. HD, 14.2.2005, 43/4089 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁷⁶ Özkes, Muhammet: Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yöntünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları (Sorunlar), İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005, s. 158.

alacağı için işverene dava açabilir¹⁷⁷. Şu hâlde, iş sözleşmesi geçersiz bir şekilde feshedilen işçinin fesihden sonraki dönem için alacak hakkı değil, alacak hakkının işe iade davasında hükmedilebilecek kısmı dört ayla sınırlandırılmıştır¹⁷⁸. Böyle bir sınırlandırmanın doğal sonucu, Türk Hukuku'nda geçici hukukî korumanın asıl davayı aşmaması ilkesi gereğince en fazla dört ay ile sınırlı olarak eda tedbirine hükmedilebilecek olmasıdır¹⁷⁹. Bu durumda mahkeme, işçinin zaruret hâlinin aşılması için gereken bir aylık miktarı belirleyecek, ancak geçici ödemenin, kararın kesinleşmesine kadar en fazla dört kez yapılacağını kararında belirtecektir¹⁸⁰. Dava, dört aydan daha kısa sürede sonuçlanmışsa, zaruret hâlinin yaratabileceği zararlı sonuçların önlenmesi için mahkemenin tedbirin hükmün kesinleşmesine kadar devam etmesine karar vermesi yerinde olur.

Para alacaklarında eda tedbirlerinin diğer bir uygulama alanının iflâs hukuku alanında olması muhtemeldir. Yukarıda açıkladığımız üzere, alacaklının iflâs tehdidi ile karşı karşıya kalması, onun açısından bir zaruret hâli teşkil eder¹⁸¹. Ödeme aczine düşün ya da aktifleri pasiflerini karşılamayan bir tacir, iflâs tehdidinin ortadan kaldırılması için nakit akışının sağlanması ya da borca

¹⁷⁷ Boşta geçen dört aylık ücretin işe iade kararından sonra ayrı bir dava veya icra takibi ile istenebileceğine ilişkin bkz. 9. HD, 2.5.2005, 2004-20805/15386 (Çankaya/Günay/Göktaş, s. 923).

¹⁷⁸ Yargıtay'ın şu içtihadından farklı görüştü olduğu sonucuna varılabilir: "Feshin geçersiz olduğunun tespiti, aynı zamanda temerrüde düşen işverenin sözleşme gereği işçiyi çalıştırma yükümlülüğü bulunduğu tespitidir. Ancak yasa, işverene seçimlik hak tanıyarak, işçiyi çalıştırma veya maktu bir tazminat ödeyerek sözleşmeyi sona erdirmeye olanağı tanımaktadır. Hakim, feshin baştan itibaren geçersiz olduğunu, diğer deyimle feshin hüküm ve sonuç doğurmadığını tespiti ile aynı zamanda, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin en çok 4 ay devam ettiği anlaşılmaktadır. Nitekim, 4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesi, geçersiz nedenle yapılan feshin sonuçları arasında, kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklarının ödeneceğini hükme bağlamaktadır. Kanunda tazminat değil, işçinin çalıştırılmadığı süre içinde doğmuş bulunan ücret alacağının ödeneceğine ilişkin kural da, taraflar arasındaki sözleşmenin bir süre devam ettiğine işaret etmektedir." 9. HD, 14.7.2005, 2004-30139/26288 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁷⁹ Alman Hukuku'nda da, özellikle dönemsel edimler şeklinde ödenecek eda tedbirlerinde, tedbirin uygulanmasının süreye bağlanması gerektiği kabul edilmektedir (Schilken-Befriedigungsverfügung, s. 144 dn. 20; Rosenberg/Gaul/Schilken, s. 1017; Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier, A N. 510; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935 N. 43; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 938 N. 1; Zöllner/Vollkommer, § 940 N. 6; Schuschke in Schuschke/Walker, § 938 N. 13; Schwab/Weth/Walker, § 62 N. 116; Musielak/Huber, § 935 N. 8; § 940 N. 14; Zimmermann, § 940 N. 10; Hk-ZPO-Kemper, § 940 N. 11). OLG Düsseldorf, 27.4.1990, NJW-RR 1991/17, s. 1029, 1030. Kararda nafaka ödemesi altı ay ile sınırlandırılmıştır. Türk Hukuku bakımında aynı yönde bkz. Belgesay-Şerh, 3. Bası, N. 258; Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler, s. 39; Üstündağ-Yargılama, s. 586.

¹⁸⁰ Asıl hukukî koruma bakımından aynı yönde bkz. Günay, s. 468.

¹⁸¹ Bkz. yuk. Bölüm II, § 6, V, B, b, (3).

batıklığın aşılması için gerekli olan miktarın eda tedbiri yolu ile geçici olarak tahsilini isteyebilmelidir. Para alacaklarının geçici olarak tahsili özellikle iflâsın ertelenmesi prosedüründe ciddi bir rol oynayabilir. Borçlu, borca batıklık nedeniyle iflâsını istemiş ya da bu iddia ile kendisine iflâs davası açılmış, ancak mahkeme iflâsın ertelenmesine karar vermişse, erteleme tedbirleri kapsamında borçlulara talimat vererek borçlarını geçici olarak borca batıklık bildiriminde bulunana/davaliya ödemelerine karar verebilmelidir. Aynı zamanda borçlu, iflâsın ertelenmesi talebinden önce başka bir mahkemeden borca batıklığı giderecek miktardaki alacaklarının geçici icrası için eda tedbiri kararı almışsa, iyileştirme projesinde tedbir kararı ile tahsil edilecek alacak miktarına yer verebilir. Bu anlamda, eda tedbiri kararı, iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı bulunmasını sağlamaya elverişlidir.

(2) Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 75. Maddesinde Öngörülen Eda Tedbiri

Para alacaklarında ihtiyatî tedbirlere ilişkin olarak Borçlar Kanunu Tasarısı'nda devrim niteliğinde bir düzenleme getirilmektedir. Tasarı'nın "geçici ödemeler" başlıklı 75. maddesine göre, "*zarar gören, iddiasının haklılığını gerçeğe yakın gösteren kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim, istem üzerine davalının zarar görene, hükmü etkilemeyecek nitelikte geçici ödeme yapmasına karar verebilir*"¹⁸². Tasarı'nın kanunlaşması, nafaka alacakları dışında uygulaması kısıtlı para alacaklarında eda tedbirlerinin yaygınlık kazanması bakımından son derece yerindedir. Tasarı, haksız fiilden ve

¹⁸² "Bu yeni düzenlemeyle, meselâ, hiçbir sosyal güvenceden yararlanamayacak durumda bulunmakla birlikte, somut olayda uğradığı zararın giderilmesi için âcilen parasal bir desteğe ihtiyaç duyan ve tazminat yükümlüsünün, uğradığı zarardan sorumluluğunu hâkime sunduğu inandırıcı kanıtlarla ortaya koyan zarar görenlerin korunması amaçlanmıştır.

Maddenin birinci fıkrasında, zarar görenin iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunması ve ekonomik durumunun da gerektirmesi koşullarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, hâkime, istem üzerine tazminat yükümlüsünün zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verme yetkisi tanınmıştır." (Hükümet Gerekçesi, m. 75).

İsviçre'de 1991 yılında sorumluluk hukukuna ilişkin değişiklik yapmak üzere oluşturulan komisyon, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na benzer bir hükmü teklif etmiş, hatta teklif, düzenlemenin yalnız vücut bütünlüğünün ihlâlinde değil, aciz hâlinde de (tehdit eden iflâs) geçerli olması yönünde geliştirilmiş; ancak, teklif, 2000 yılını taşıyan Taslak'tan çıkarılmıştır. Buna gerekçe olarak da, zarar veren konumundaki kimselerin birçoğunun sorumluluk sigortasına tâbi sigortalı olması gösterilmiştir (Rüetschi, s. 171 vd.).

sözleşmeden kaynaklanan bütün tazminat alacaklarının geçici icrasını kapsamaktadır. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 103. maddesine göre bütün para alacakları için eda tedbiri talep edilebilirse de, konunun kanunî çerçeveye kavuşturulması sayesinde uygulamanın çekingen yaklaşımı aşılabilecektir¹⁸³.

Gerek Meclis Adalet Komisyonu'nda gerekse doktrinde, düzenlemeye çeşitli açılardan karşı çıkılmaktadır. Hatta hükmün Hükümet Gerekçesindeki *"fıkırada yapılan düzenlemeyle, geçici ödeme kararıyla kesin hüküm sonucunun, eda amaçlı bir ihtiyati tedbir aracılığıyla elde edilmesi amaçlanmamaktadır."* şeklindeki ifade de bile maddeye yönelik tereddüt fark edilmektedir. Yukarıda tartışıldığı üzere, eda tedbirleri mahiyeti gereği asıl dava için kesin hüküm teşkil etmez¹⁸⁴. İfade net olmamakla beraber, kanun koyucu, geçici icra sonucuna eda tedbiri yolu ile ulaşılmayacağını, burada başka bir müessesenin bulunduğunu vurgulamak istemektedir. Ne var ki, ortada bir eda tedbiri yoksa, bir miktar paranın hangi müessese ile geçici olarak ödendiğine de yanıt verilmesi gerekmektedir¹⁸⁵.

Meclis Adalet Komisyonu 19.1.2009 tarihli raporunda bir yandan Tasarı'nın 75. maddesini teselsül nedeniyle 76. madde olarak aynen kabul ederken, diğer yandan

- hükmün, tazminat ve yargılama hukukunun gerekleri ile bağdaşmadığı,
- geçici ödemenin miktar bakımından ölçütlerinin yasada yer almadığı, takdir hakkının sınırlarını zorlayacak keyfilik alanı üretildiği,
- tazminatın tahsilini imkânsız kılacak borçlu tavırlarına karşı ihtiyati tedbir yolunun açık olduğu,
- hükmün, hâkimi ihsas-ı reye zorladığı,
- davanın reddi ve davacının geçici ödemeleri geri verememesi, sübjektif ifa imkânsızlığı hâlinde kanunun bir çözüm (koruma normu) öngörmediği, bu durumda ancak devletin sorumluluğunun ikame edilebileceği, kanun ve hükümle ihdas olunan zararın sorumlusunun, bu tasarrufların nihaî faili olan devletin

¹⁸³ Erişir-İhtiyati Tedbir, s. 251.

¹⁸⁴ Bkz. yuk. Bölüm I, § 5, IV, B, 1.

¹⁸⁵ Erişir-İhtiyati Tedbir, s. 250.

olması gerektiği (Yargı veya yasa, sorumsuzun sırtına hiçbir yükü yükleyemez), aksi durumda yasanın meşruluk (adalete uygunluk) koşulunun ortadan kalkacağı (AY m. 2),

- nafaka ve benzeri geçici veya sürekli ödemelerin borçlularının alacaklı ile aile yahut akrabalık hukukundan kaynaklanan bir statü-koruma bağı içinde oldukları, başka deyimle bu durumların, tazminatla geçici ödemeye meşruiyet zemini oluşturmayacağı,

- mukayeseli sorumluluk hukukunun, bu tür atipik düzenlemenin tek örneğini dahi sunmadığı,

yönlerinden eleştiri getirmektedir.

Hükmün, tazminat ve yargılama hukukunun gerekleri ile hangi noktalarda bağdaşmadığı açıklanmadığından, birinci tereddüdün tartışılması mümkün değildir.

Keyfilik alanı üretileceği tereddüdü ile geçici ödemenin miktar bakımından ölçütlerinin Kanun'da düzenlenmesi isteği, kısmen yerindedir. Yukarıda asgari ücretin dikkate alınması gerektiğine ilişkin önerimiz bu eleştiriye karşılıkta¹⁸⁶. Ancak keyfilik alanı üretecek bir tereddüde de yer olmadığı kanaatindeyiz. Zira, alacaklının içine düştüğü zaruret hâli somut olaya göre farklılık arz edecektir. Mahkeme, en fazla bu zaruret hâlinin aşılmasını sağlayacak miktarda eda tedbirine hükmedecektir.

Tazminatın tahsilini imkânsız kılacak borçlu tavırlarına karşı ihtiyati tedbir yolunun açık olduğu eleştirisi ile gerçekte ihtiyatî haciz kastedilmektedir. Ancak ihtiyatî haciz, teminat sağlama işlevi ile sınırlı bir geçici hukukî korumadır. Düzenlemenin getiriliş amacı ise zor durumda olan alacaklının geçici olarak tatminidir.

Geçici hukukî koruma kararlarının asıl hukukî koruma için kesin hüküm teşkil etmemesinin doğal sonucu, hâkimin ihsas-ı reyde bulunmamasıdır¹⁸⁷.

Asıl davanın reddi durumunda, tedbirin eski hâle iade edilememesi bu türden eda tedbirleri için bir risktir. Ancak alacaklının alacağına derhal

¹⁸⁶ Bkz. yuk. Bölüm III, § 9, II, E, 1, b, (1).

¹⁸⁷ Bkz. yuk. Bölüm I, § 5, IV, B, 1.

kavuşamadığında uğrayabileceği zararların onun vücut bütünlüğüne verebileceği zararlar da ciddi bir risktir. Bu iki riskten birisini kanun koyucunun yerine hâkimin tercih etmesi en adil çözümdür¹⁸⁸.

Nafaka ve benzeri geçici veya sürekli ödemelerde akrabalık ilişkilerden ötürü geçici ödemeye ilişkin meşruiyet zemininin bulunmaması değerlendirmesine, Türk Medenî Kanunu'nun nafaka alacaklarında eda tedbirini açıkça düzenlediği 332 ve 333. maddeleri dikkate alınarak karşı çıkılabilir. Kaldı ki, Tasarı, nafaka taleplerinden çok, haksız fiil ve sözleşmeden doğan para alacaklarını hedeflemektedir.

Mukayeseli sorumluluk hukukunun, bu tür atipik düzenlemenin tek örneğini dahi sunmadığı doğru bir değerlendirme değildir. Bu konuda, Alman Hukuku'nda para alacaklarında eda tedbirleri ile ilgili yapılan açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz¹⁸⁹.

Doktrinde yargılama devam ederken davacının kusurunun bulunduğu anlaşılırsa, geçici olarak yapılan ödemenin geri alınamaması ve özellikle trafik kazalarında Cumhuriyet Savcılığının araç üzerine tedbir koyması mümkün olduğundan bu müesseseye gerek bulunmadığı noktalarından eleştirilmektedir¹⁹⁰.

Tedbir kararının eski hâle iade edilememe riski, konusu bir şeyin verilmesi ya da yapılması olan eda tedbirlerinin bünyesinde mevcuttur. Ancak eski hâle iade edilememe riski, pekâlâ kanunî dayanağa sahip nafakanın ödenmesine ilişkin eda tedbirlerinde de gündeme gelebilecektir. Eski hâle iade edilememe riskinin ihtiyatî tedbire engel olması, yalnız borçlunun hukukî konumu dikkate alınarak yapılan bir değerlendirmedir. Oysa, geçici hukukî koruma, her iki tarafın menfaatlerini dikkate alan dengeli bir hukukî korumaya ulaşmayı hedefler. Bunun için, alacaklının hızlı bir şekilde alacağına kavuşmaktaki menfaati de gözetilmelidir. Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesinin 2. fıkrasına göre Cumhuriyet Savcısının trafik kazalarında kazaya karışan araç üzerinde tasarrufa engel olmak için trafik kaydına şerh konulmasını

¹⁸⁸ Bkz. yuk. Bölüm III, § 9, II, C, 2.

¹⁸⁹ Bkz. yuk. Bölüm III, § 9, II, E, 1, a. Bu konuda ayrıca bkz. Erişir-İhtiyatî Tedbir, s. 244 vd.

¹⁹⁰ Kılıçoğlu, Ahmet: Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu (Sempozyum), <http://www.law.ankara.edu.tr/dosyalar/BKS.doc>, s. 16, 17.

talep edebilmesi, Tasarı'da getirilen eda tedbiri ile şu gerekçelerle karşılaştırılmaz: Birinci olarak, şerh konulması, ne bir ihtiyatî tedbir ne de bir ihtiyatî hacizdir¹⁹¹. Çünkü burada yargısal bir hukukî koruma söz konusu değildir. Yani, savcının şerh konulmasını talep edebilmesi, eda tedbirinin yerini tutacak alternatif bir geçici hukukî koruma önlemi değildir. İkinci olarak, şerh, eda tedbiri ile sağlanan hukukî korumayı karşılamaktan uzaktır. Tasarı, ekonomik yönden güçsüz alacaklının etkin bir şekilde korunmasını amaçlamaktadır. Oysa, şerh konulmakla yalnız tasarruf yasağı getirilmekte, alacaklı, alacağına geçici de olsa kavuşmamaktadır. Üçüncü olarak, Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesi yalnız trafik kazalarından doğan sorumluluğu kapsamına alırken, sözleşmeden ve diğer haksız fiil hâllerinden doğan tazminat taleplerinde uygulama alanı bulmamaktadır. Bu tazminat talepleri için de geçici hukukî korumaya ihtiyaç olduğu açıktır.

Tasarı kanunlaştığında, nafaka alacakları dışında haksız fiilden ve sözleşmeden kaynaklanan bütün tazminat alacaklarının geçici olarak icrası kanunî dayanak bulmuş olacaktır. Temel norm niteliğindeki Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 103. maddesi bütün para alacakları için eda tedbiri yolunu açsa da, uygulamadaki tereddütlerin giderilmesi bakımından böyle bir hükmün getirilmesi son derece yararlı olacak, para alacaklarında eda tedbirlerinin yaygınlık kazanması ile daha etkin bir hukukî koruma elde edilecektir.

Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 75. maddesinde öngörülen düzenlemenin Türk Hukuku'nda eda tedbirlerinin yaygınlaşmasında önemli bir rol oynayacak olması bakımından isabetlidir; ancak düzenlemenin kanunlaşmasından önce bazı noktaların yeniden değerlendirilmesinde yarar vardır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Tasarı'nın 81. maddesinde bir maddî hukuk talebi ve koşulları değil, bir usûl hukuku müessesesi düzenlenmiştir. Bu müessese de ihtiyatî tedbirdir. Ancak hükümde ihtiyatî tedbir kavramı tercih edilmemiş, düzenleme konusu "geçici ödeme" olarak nitelendirilmiştir. Eda

¹⁹¹ Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemenin yanlış anlaşılıp yanlış uygulandığı, trafik kazasından zarar görenin talebinin aracın kendisi değil, zararının giderilmesi, yani para alacağının tahsili olduğu hakkında bkz. **Özekes-İhtiyatî Haciz**, s. 62, 63; **Özkök**, s. 24 dn. 113; **Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes**, s. 446 dn. 424. **Yılmaz**, para alacağının teminat altına alınması için kaza yapan araca hatalı olarak ihtiyatî tedbir konulmasının söz konusu Kanun'la yasal dayanağa kavuştuğunu belirtmektedir (**Yılmaz-İhtiyatî Haciz**, s. 74 dn. 5).

tedbirlerinin özellikle para alacaklarında neredeyse hiç uygulanmadığı hukuk sistemimizde, uygulamanın Kanun'un meramını doğru bir şekilde algılayabilmesi için, "geçici ödeme" yerine "para alacağının ihtiyatî tedbir yolu ile geçici olarak tahsili" ifadesinin kullanılması daha yerinde olacaktır.

İkinci olarak, davalının davacıya geçici ödeme yapmasından söz edilmektedir. Bilindiği üzere, ihtiyatî tedbirler, dava devam ederken istenebileceği gibi, davadan önce de talep edebilir (m. 101). Zaruret hâlinde olan tazminat alacaklısı, dava öncesinde de Kanun'un ifadesiyle geçici ödemeye hükmedilmesini talep edebilmeli, 10 gün içinde de tazminat davasını açabilmelidir. İhtiyatî tedbirin yalnız dava devam ederken talep edebileceği yönünde tereddüt oluşmaması için hükümde geçen davacı ve davalı ifadelerinin çıkarılması gerekir.

Üçüncü olarak, hükümde, tedbir sebebine yönelik olarak alacaklının ekonomik durumuna göndermede bulunulmuştur. Ekonomik durum, tedbir sebebini yansıtan somut bir tehlike değildir. Buradan bir ölçüden değil, bir durumdan hareket edilmektedir. Ayrıca, "ekonomik durum" kavramının ucu açıklığı, istenmeyen sonuçlar doğurup müessesenin amacı dışında kullanılmasına yol açabilir. Alman Hukuku'nda benimsenen "zaruret hâli", durumu daha net ifade edebileceği gibi, eda tedbirinin istisnai karakterine de daha uygun düşecektir¹⁹².

Dördüncü olarak, davacı, iddiasının haklılığını gerçeğe yakın gösteren kanıtlar sunduğu takdirde geçici ödemeye karar verilebilecektir. Burada, tedbire esas teşkil eden maddî hukuk talebi ve ispat ölçüsü düzenlenmektedir. Temel kanunların tümüyle değiştirildiği bir dönemde, Borçlar Kanunu Tasarısı ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı arasında uyumun sağlanması önemli bir gerekliliktir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, ihtiyatî tedbirlerde ispat ölçüsü konusunda "yaklaşık ispat" kavramını tercih etmiştir (HMKT m. 396/III)¹⁹³. Borçlar Kanunu Tasarısı'nda ise "gerçeğe yakın gösterme" ifadesi yer

¹⁹² Erişir-İhtiyatî Tedbir, s. 251.

¹⁹³ "Geçici hukukî koruma yargılamasını, asıl hukukî korumadan ayıran diğer bir özellik ispat ölçüsü bakımındandır. Kanunda açıkça öngörülmemişse ya da işin niteliği gerekli kılmıyorsa, bir davada (normal bir yargılamada) yaklaşık ispat değil, tam ispat aranır. Çünkü, hâkim, mevcut ispat ve delil kuralları çerçevesinde, tarafların iddia ettiği bir vakıa konusunda tam bir kanaate

almaktadır. Kanımızca, maddî hukuka ilişkin bir Kanun, usûl hukuku ile ilgili bir düzenleme yaptığıında, Usûl Kanunu'nun müessese ve kavramlarını kullanmalıdır. Aksi takdirde aynı durumu karşılayan birden fazla kavram çeşitli kanunlarda kullanılmış olur ki, bu durum, ispat ölçüsü ve türlerinin henüz yerleşmediği hukuk sistemimizde uygulamada karışıklıklara yol açabilir. Ayrıca, “gerçeğe yakın gösterme” ifadesi, para alacağının ve zaruret hâlinin ispatında hâkimin kanaatinin derecesini net bir şekilde ortaya koyamamaktadır.

Beşinci olarak, geçici ödeme kararının, Kanun'un ifadesi ile, hükmü etkilemeyecek nitelikte olması ile neyin kastedildiği net değildir. Tazminat davasındaki hükmün tedbir kararından etkilenmemesi, iki farklı ihtimale göre yorumlanabilir: Burada ya tedbir kararının asıl dava için bağlayıcı olma yasağı¹⁹⁴ vurgulanmak ya da tedbirin kapsamı, yani ne miktar üzerinde tedbire hükmedileceği düzenlenmek istenmiş olabilir. Şayet tedbirin kapsamını belirlemek için böyle bir ifade kullanıldıysa, hâkim, asıl davada hükmedilecek tazminat miktarından daha azına tedbire karar verebilirdi. Ancak bazı hâllerde zaruret hâli, asıl davada elde edilecek tazminat miktarının önemli bir kısmı, hatta tamamı geçici olarak ödendiği takdirde aşılabilir. Tedbirin miktar bakımından

varmadan o vakıayı doğru kabul edemez. Örneğin, bir alacak davasında taraflardan biri bir sözleşmenin varlığına dayanıyorsa, hâkim bu sözleşmenin varlığı konusunda (mevcut ispat yükü ve delil kuralları çerçevesinde) tam bir kanaate sahip olmalıdır. Yani, zayıf veya kuvvetli bir ihtimal, karar vermek için yeterli değildir. Sözleşmenin varlığı konusunda tam kanaat uyanmazsa, o zaman, ispat yükü kendine düşen tarafın aleyhine bir karar verilmesi gerekir. Ancak, kanun koyucu, bazen ya doğrudan kendisi düzenleme yaparak ya da işin niteliği ve olayın özelliği gereği hâkime, bu durumu belirterek, ispat ölçüsünü düşürme imkânı vermiştir. Bu düşürülmüş ispat ölçüsü çerçevesinde, tam kanaat değil, kuvvetle muhtemel, yaklaşık bir kanaat yeterli görülmektedir. Doktrinde bu yön, karar verilmesi için tam ispat ölçüsü yerine yaklaşık ispat ölçüsü olarak ifade edilmektedir. Ancak, yaklaşık ispatla yetinilmiş olması, ispatın aranmayacağı ya da ispat kurallarının tamamen dışına çıkılacağı anlamına gelmez. Bir taraf iddiasını mahkeme önüne ne kadar inandırıcı şekilde getirirse getirsin, bu sadece bir iddiadan ibarettir. İddia edilen vakianın sabit yani doğru kabul edilebilmesi için, ispat yükü üzerine düşen tarafın, bunu kanundaki delil sistemi içinde yine kanunun aradığı ispat ölçüsü çerçevesinde ispat etmesi gerekir. Tam ispatın arandığı durumlarda, bu ölçü tereddütsüz ortaya konmalıdır. Yaklaşık ispat durumunda ise, hâkim o iddianın ağırlıklı ihtimal olarak doğru olduğunu kabul etmekle birlikte, zayıf bir ihtimal de olsa, aksinin mümkün olduğu ihtimalini göz ardı etmez. Bu sebeplerdir ki, genelde geçici hukukî korumalara, özelde ihtiyatî tedbire ve ihtiyatî hacze karar verilirken, haksız olma ihtimali de dikkate alınarak talepte bulunandan teminat alınması öngörülmüştür. Geçici hukukî korumalarda, bazen karşı tarafın dinlenmemesi, tüm delillerin ayrıntılı bir biçimde incelemesine yeterli zamanın olmaması gibi sebeplerle, yaklaşık ispat yeterli görülmüştür. Bu çerçevede, aslında ispat ölçüsü bakımından bir yenilik getirilmemekle birlikte, “yaklaşık ispat” kavramı kullanılarak, doktrinde kabul gören ifade bu Tasarıya alınmış, ayrıca burada hem tam ispatın aranmadığı belirtilmiş hem de basit bir iddianın yeterli olmadığı vurgulanmak istenmiştir.” (Hükümet Gerekçesi, m. 394)

¹⁹⁴ Bu konuda bkz. yuk. Bölüm III, § 9, II, D.

sınırlandırılması, hükmün zaruret hâlindeki alacaklıların korunmasına yönelik amacı ile bütünlük arz etmemektedir. Bu nedenle, tedbirin, hükmü etkilemeyecek nitelikte olması ile, eda sonucu yaratan tedbir kararının, tazminat davası için bağlayıcı bir karar olmadığı, hâkimin asıl dava için ihsas-ı reyde bulunmadığı, kısaca asıl dava sonucunda tedbir kararına aykırı bir sonuç çıkabileceği kastedilmektedir. Uygulamada para alacaklarında asıl dava kadar etkili eda tedbiri kararının, asıl dava ile nasıl bir ilişki içinde olacağı konusunda oluşabilecek olası tereddütlerin giderilmesi bakımından yol gösterici bir hüküm getirilmesi isabetlidir. Ancak amacın hasıl olması için “hükmü etkilemeyecek nitelikte” yerine “tazminat davası sonucu için bağlayıcı olmayacak şekilde” şeklinde ifadenin kullanılması daha yerinde olacaktır.

Anılan beş noktadaki eleştiri çerçevesinde Tasarı hükmünün şu şekilde kalem alınması ve kanunlaşması önerilebilir: *“Zarar gördüğünü iddia eden, tazminat talebini ve zaruret hâlini yaklaşık ispat seviyesinde ispat ettiği takdirde, hâkim, istem üzerine, tazminat davası sonucu için bağlayıcı olmayacak şekilde, zaruret hâlinin giderilmesi için gerekli miktarın geçici olarak ödenmesine ihtiyatî tedbir yolu ile karar verebilir”.*

(3) Eda Tedbiri Yolu İle Hükmedilecek Alacak Miktarı

Mahkeme tedbire karar verirken, zaruret hâlini dikkate almalı, prensip itibariyle alacağın tamamına değil, alacaklının içinde bulunduğu zaruret hâlini ortadan kaldıracak, özellikle yaşamını idame ettirebilecek asgari miktara karar vermelidir¹⁹⁵. Zaruret hâlini aşmayacak şekilde karar verilmesi, geçici hukukî korumanın en az müdahale prensibinin gereğidir. Örneğin, alacaklının ihtiyaç duyduğu miktar yalnız tedavi masrafları ile sınırlı ise, alacağın masrafları karşılayacak kısmı ile sınırlı olmak üzere bir defada ödenecek şekilde tedbir

¹⁹⁵ Grunsky-Grundlagen, s. 284; Schilken-Befriedigungsverfügung, s. 143; Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler, s. 38; Rosenberg/Gaul/Schilken, § 76 s. 1017; Taş-Korkmaz, s. 40; Ebmeier/Schöne, N. 76; Özkök, s. 13; Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, vor § 916 N. 73; Zimmermann, § 940 N. 10, 12. Para alacağının ulaştığı seviyeden bağımsız olarak zaruret hâlinin giderilebileceği ölçüde tedbir kararı verilebileceği; ancak, tüm alacağı karşılayacak şekilde hüküm kurulmasının esas itibariyle gündeme gelmeyeceği hakkında bkz. Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier, A N. 500; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935 N. 42. Tedbirin zaruret hâlinin giderilebileceği süre ve meblağ ile sınırlı olduğu hakkında bkz. LG Leipzig, 19.12.2003, r+s 2005/3, s. 115.

kararı verilmelidir¹⁹⁶. Tıpkı işçinin ücretinin eda tedbiri yolu ile geçici tahsilinde olduğu gibi, zaruret hâli, alacaklının hayatını idame ettirememesinden kaynaklanıyorsa, doğrudan asgari ücret miktarı kadar ödemeye hükmedilmesi şeklinde genelleme yapılamasa da, asgari ücret miktarından yararlanılabilmesi mümkündür. Buna göre, alacaklının yaşamını idame ettiremediği tespit edildiğinde, her halükârda asgari ücret miktarı kadar tedbir kararı verilebilir. Ancak alacaklının alacağı, asgari ücretten daha fazla ve zaruret hâlinin aşılması için daha yüksek meblağda bir ödemeye gereksinim duyuluyorsa, -alacağın tamamını aşmamak koşuluyla- asgari ücretin üzerinde de eda tedbirine karar verilebilir.

(4) Teminat

Zaruret hâlinde bulunan alacaklı lehine hükmedilen tedbir, teminat göstermeden muaf tutulmalıdır. Çünkü mahkemenin alacaklının zaruret hâlinde olduğunu tespiti, teminat yatırmakla yükümlü olanın mali güçten yoksun bulunduğunu da içerecektir¹⁹⁷. Teminat yatırılacak ekonomik güce sahip bir alacaklının eda tedbiri talep edememesi ve tedbire muhtaç alacaklının teminat yatırmaması madalyonun iki yüzünü oluşturmaktadır¹⁹⁸. Nitekim Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, ihtiyatî tedbirlerin istisnai olarak alacağın geçici olarak gerçekleştirilmesine hizmet edebileceğini öngörerek teminat gösterme muafiyetinde daha esnek bir düzenleme getirmiştir. Kanun koyucu, hâkime, ayırım yapmaksızın tüm ihtiyatî tedbir türlerinde geniş takdir yetkisi vererek icabı hâle göre alacaklının teminat göstermekten muaf tutulabileceğini hükme bağlamıştır (m. 110)¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Özekes/Erişir, s. 1256.

¹⁹⁷ Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier, A N. 474; Walker in Schuschke/Walker, § 921 N. 14; Rüetschi, s. 205; Musielak/Huber, § 940 N. 14. Asıl talebin nafakaya dayandığı tedbir talepleri bakımından aynı yönde bkz. Ansay-Yargılama, s. 198; Berkin-Usul, s. 120; Postacioğlu-Usul, s. 493; Kuru, C. IV, s. 4322; Ercan-İhtiyatî Tedbir, s. 87; Taş-Korkmaz, s. 90; Yılmaz, C. I, s. 301. Benzer şekilde adli yardımdan yararlanan alacaklı da ihtiyatî hacizde teminat göstermekten muaf tutulmalıdır (Özekes-İhtiyatî Haciz, s. 248). Karş. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Tasarı, s. 203.

¹⁹⁸ Özekes/Erişir, s. 1257.

¹⁹⁹ İfade farklılıklarıyla aynı hüküm HMK Tasarısı'nın 398. maddesinde de bulunmaktadır.

(5) Kararın İcrası

Tedbirin icrasında, ne ilâmlı icra takibine ne de genel haciz yolu ile takibe başvurulmasına gerek vardır. Mahkeme kararında belirtilen süre içinde para ödenmediği takdirde, borçluya ödeme veya icra emri gönderilmeden, doğrudan kararın infazına geçilebilir²⁰⁰.

İcra memuru, tedbirin icrasında borçlunun alacağı karşılayacak miktarda mallarını haczedip paraya çevirerek elde edilen parayı alacaklıya ödeyecektir. İhtiyatî hacizden farklı olarak burada hacizden sonra takibin diğer aşamalarına da geçilmekte; diğer bir ifade ile haczedilen mallar satılıp paraya çevrilerek alacaklı geçici olarak tatmin edilmektedir²⁰¹.

(6) Eda Tedbiri İle İhtiyatî Haciz Arasındaki İlişkisi

Para alacakları, ihtiyatî hacizle ihtiyatî tedbirin kesişme noktası niteliğindedir. Bu bakımdan, ne zaman ihtiyatî haciz, ne zaman eda tedbiri talep edileceğinin tespiti önem taşımaktadır. İhtiyatî haciz teminat, eda tedbiri ise ifa etkisi doğurur. Talep sahibi, menfaatlerinin ne şekilde tatmin edileceğine göre ihtiyat haciz ve eda tedbiri arasında seçim yapacaktır. Borçlunun mal kaçırmasından ötürü para alacağına ilişkin mevcut veya müstakbel takibin sonucunun güvence altına alınması isteniyorsa ihtiyatî haciz; tedavi giderlerinin karşılanması gibi geçici olarak bir paranın ödenmesi zorunluluğu (zaruret hâli) ortaya çıkmışsa, eda tedbiri talep edilmelidir²⁰².

İhtiyatî haciz ve eda tedbiri, hukukî korumanın kapsamı itibariyle farklılığından ötürü prensip itibariyle alacaklının tercihte bulunmasını gerekli kılmaktadır. Ancak bazen her iki geçici hukukî korumanın terditli olarak talep edilmesi de mümkündür, hatta gereklidir. Hatta, terditli talep, alacaklının menfaatlerini en etkin şekilde korunmasına hizmet edecektir. Eda tedbirinin

²⁰⁰ Özekes/Erişir, s. 1266. Alman Hukuku'nda da eda tedbirinin icrası için borçluya tedbir kararının tebliği gerekli görülmemektedir (Stein/Jonas/Grunsky, § 938 N. 39; Zöllner/Vollkommer, § 929 N. 19; Brox/Walker, N. 1661). Tedbir nafakasının icrası ile ilgili tartışmalar için ayrıca bkz. yuk. Bölüm II, § 7, I, B, 3, b, (4).

²⁰¹ Stein/Jonas/Grunsky, § 938 N. 40; Zöllner/Vollkommer, § 928 N. 8; Schuschke in Schuschke/Walker, § 928 N. 15; Özekes/Erişir, s. 1265, 1266.

²⁰² Özekes-İhtiyatî Haciz, s. 60-61; Özekes/Erişir, s. 1247.

alacaklıyı alacağına geçici olarak kavuşturma etkisi dikkate alındığında ilk olarak eda tedbiri (asıl talep); ikinci olarak ihtiyatî haciz (yardımcı talep) talep edilmelidir²⁰³. Eda tedbirinin reddedilmesi, alacaklıyı alacağına geçici olarak kavuşturmasa da, en azından ihtiyatî haciz talebi kabul edilerek icranın güvence altına alınması mümkün olabilecektir. Örneğin, 5.000 TL. alacağı bulunan (A), (B)'ye karşı 1.000 TL.'nin tedbiren kendisine ödenmesini; tedbir talebi kabul edilmediği takdirde de, 5.000 TL. üzerinden ihtiyatî hacze karar verilmesini talep edebilir. Eda tedbiri talebi kabul edilmediğinde geçici ödemeye kavuşamayan alacaklı, borçlunun malvarlığını alacak nisbetinde bloke ederek müstakbel takibin sonucunu güvence altına almış olacaktır.

Terditli talebin yanında, ihtiyatî haciz ve eda tedbirinin eş zamanlı olarak talep edilmesi de mümkündür. Bu durum, iki ihtimal dahilinde incelenebilir: İlk olarak, alacağın bir kısmı için eda tedbirine hükmedilebilecek durumda, geri kalan kısım için -şartları oluşmuş ise- ihtiyatî haciz talep edilir. Örneğin, (B)'den 5.000 TL. alacağı bulunan (A), 4.000 TL. için ihtiyatî haciz, geri kalan 1.000 TL. için eda tedbiri talebinde bulunabilir. Zaruret hâlinin giderileceği miktarın asıl alacaktan daha az olduğu durumlarda bu ihtimal alacaklıyı en iyi şekilde koruyacaktır. Böylece, hem eda tedbiriyle alacaklı zaruret hâlini aşabilecek hem de alacağın diğer kısmı bakımından da ileride haklı çıkacağı dava ya da takip sonucunu ihtiyatî hacizle güvence altına almış olacaktır²⁰⁴. Alacağın bölünerek birbirinden farklı geçici hukukî korumaların konusunu oluşturduğu durumlarda, talepler derdest değildir. Bir yandan, alacağın farklı kısımları birbirinden farklı geçici hukukî koruma yargılamalarının konusunu oluşturmaktadır. Diğer yandan, istenilen hukukî koruma temelde birbirinden farklıdır²⁰⁵.

İkinci olarak, alacağın tamamı için hem ihtiyatî haciz hem de eda tedbiri talebinde bulunulur. Bu ihtimalde, eda tedbirine hükmedilebildiği sürece, prensip itibarıyla aynı alacak kesimi için ihtiyatî haciz kararı verilememelidir²⁰⁶. Eda

²⁰³ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 159; Özekes/Erişir, s. 1250, 1251.

²⁰⁴ Özekes/Erişir, s. 1252.

²⁰⁵ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 159; Özekes/Erişir, s. 1252. Her iki geçici hukukî koruma, kümülatif olarak caiz ise, derdestlikten söz edilemeyeceğine ilişkin benzer yönde bkz. Stein/Jonas/Grunsky, vor § 916 N. 54.

²⁰⁶ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 159. Yazar, eda tedbiri yeterli olunca ortada ihtiyatî haciz sebebinin bulunmadığını ifade etmektedir.

tedbirinin şartları var ise, ihtiyatî hacze karar verilmesinde alacaklının hukukî yararı yoktur. Zira, eda tedbiri sayesinde alacaklı zaruret hâlini gidereceğinden, ayrıca borçlunun diğer mallarına da geçici olarak el konulmasını isteyememelidir. Aynı alacak için hem ihtiyatî haciz hem de eda tedbiri kararı verildiği takdirde, borçlunun malvarlığına karşı, hem eda tedbiriyle hem de ihtiyatî hacizle iki defa müdahale edilecek, yani aynı alacak için borçlunun malvarlığına iki defa el konulacaktır²⁰⁷. Derdestlik açısından değerlendirildiğinde, eda tedbiriyle ihtiyatî haciz yargılamalarının konularının farklı olduğu söylenebilir. Eda tedbiri, alacağın geçici tatminini, ihtiyatî haciz ise geçici korunmasını hedeflediğinden, talepler farklı konuları içermektedir²⁰⁸.

2. İş Hukukunda Somut Eda Tedbiri Örnekleri

a. Alman Hukuku'nda

(1) İşverenin İşe İlişkin Belgeleri İşçiye Vermesi

İşveren, işten ayrılan işçiye, işe ilişkin belgeleri iade etmek zorundadır. İşverenin işe ilişkin belgeleri iade etmemesi, işçinin yeni iş aramasını zorlaştırıyorsa veya işveren, bir önceki işine dair belgeleri işe başlama koşulu olarak öne sürüyorsa işçi, işverene karşı bu belgelerin iadesini tedbir yolu ile talep edebilir²⁰⁹. Para alacaklarının geçici icrasında olduğu gibi burada da, işçinin işe ilişkin belgeleri işverenden istemesi, yaşamını idame ettirmesi için bir zaruret hâli teşkil eder. Böyle bir tedbir kararı, asıl dava sonucunu tamamen öne çekip nihai etkiler gösterme potansiyeli taşıdığından, tedbir sebebinin ispatında daha sıkı davranılmalıdır. Özellikle, işçi, bu belgelerin kendisine verilmemesine uzun süre kayıtsız kalmışsa, yani, gecikmede kendi kusura varsa, onun iş arama

²⁰⁷ Özkes/Erişir, s. 1253.

²⁰⁸ Eda tedbiri yargılamasının aynı alacak için ihtiyatî haciz yargılaması bakımından derdestlik teşkil etmeyeceğine ilişkin aynı yönde bkz. Baur-Studien, s. 83 dn. 17; Ebmeier/Schöne, N. 117; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 916 N. 54.

²⁰⁹ Brox/Walker, N. 1625a; Germelmann/Matthes/Müller-Glöge/Prütting, § 62 N. 112; Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 935 N. 47; Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 673, 674; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935 N. 45; ArbGG-Krönig, § 62 N. 40; Schwab/Weth/Walker, § 62 N. 139; Musielak/Huber, § 940 N. 17; Zimmermann, § 938 N. 5; Berger/Boemke, Kap. 14 N. 100, 101; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 935 N. 122.

sürecinde zaruret hâlinde bulunmadığı kabul edilmeli, tedbir talebi reddedilmelidir²¹⁰.

(2) İşçinin İşe Ait Aletleri ve Otomobili İşverene İade Etmesi

İşten ayrılan işçi de, işverene ait iş aletleri ya da otomobil kendisinde kalmışsa, işin yürütülmesi için acilen ihtiyaç duyulması ya da işçinin iş aletleri ya da otomobili zarar uğratması şartıyla bunların iadesi için tedbir talep edilebilir²¹¹. İşveren, iş aletlerine duyduğu ihtiyacı ve bunun aciliyetini (tedbir sebebini) yaklaşık ispat seviyesinde ispat etmelidir. İşçinin, iş gereçlerine zarar verebileceğinden endişe ediliyor, ancak işin yürütülmesinde bir aciliyet yoksa, iş gereçlerinin işverene iadesi talebinin geçici olarak icrasına (eda tedbirine) karar verilemez. Bu durumda, işveren, iş gereçlerinin yediemine teslimi şeklinde teminat tedbiri talep etmelidir. Aynı şekilde, işçide kalan ve ticarî sır niteliği taşıyan belgelerin iadesinde de burada belirtilen tedbirler aynen geçerli olacaktır²¹².

(3) İşçinin Yıllık Ücretli İzin Hakkını Kullanması

Yıllık ücretli izin hakkının kullanılmasında da geçici hukukî koruma önemli rol oynayabilir. İşçi, işverene rağmen dilediği zaman izne ayrılamayacağından, hatta bu davranışı iş sözleşmesinin feshine yol açabileceğinden, işvereni izin hakkının -belirli bir dönemde- kullandırması için dava edecektir. Ancak dava sonuçlanana kadar izin kullanılmak istenen uyuşmazlık konusu dönemin geçirilmesi söz konusu olabilecektir. Burada izin talebinin ve iznin belirli bir dönemde kullanılmasının tedbir yolu ile gerçekleştirilmesi arasında ayırım yapılmalıdır. İşveren, izin talebini reddetmişse, işçinin bu talebinin tedbiren hüküm altına alınması, tedbir sebebinin mevcut

²¹⁰ Schuschke in Schuschke/Walker, vor § 935 N. 128, 129.

²¹¹ Germelmann/Matthes/Müller-Glöge/Prütting, § 62 N. 118; Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 935 N. 49; Berger/Boemke, Kap. 14 N. 106.

²¹² Schuschke in Schuschke/Walker, vor § 935 N. 131, 132; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 935 N. 124. Yazar, bu ihtimalde belgelerin yalnız işverene teslimine karar verilebileceğini belirtmektedir.

olmamasından dolayı mümkün değildir. Çünkü izin talebinin yerini tazminat talebi alabilecektir²¹³.

İşçi süresinde izin talep etmiş, ancak işveren başka bir tarihte izin kullandırabileceğini belirtmişse, izin talebinin tedbir yolu ile gerçekleştirilmesi tedbir sebebinin kolaylıkla ispat edilemeyecek olmasından ötürü çoğu zaman başarısızlığa uğrayacaktır. Çünkü iznin kullandırılmaması sonucunda tatil rezervasyonunun iptal edilmesinden doğabilecek zararlar, prensip olarak işçinin mahvına yol açacak, onu zaruret hâline düşürecek derecede olmayacaktır²¹⁴. Buna karşılık, işveren işçinin iznin kullanılacağı tarihin belirlenmesi talebine tepkisiz kalmış ve bu nedenle tatil rezervasyonu ya da bunun iptali tehlikeye girmişse ihtiyatî tedbir talep edebilmelidir²¹⁵. Tedbir kararı, nihaî etkiler doğuracağından, tedbir sebebinin ispatında titiz davranılmalıdır. İşçi, izin kullanmak istediği tarihleri dilekçesinde somut olarak göstermelidir. Mahkeme, dilekçede belirtilen tarihlerden başka bir tarihte iznin kullanılmasına karar veremez, işçinin talebi ile bağlıdır²¹⁶.

Tedbirin icrası konusunda birbirinden farklı görüşler ileri sürülmektedir. Tedbirin konusu, işverenin irade beyanında bulunmasına hükmedilmesidir. Karşı tarafın tedbiren irade beyanında bulunmasına mahkûm edilip edilmeyeceği Alman Hukuku'nda oldukça tartışmalıdır. Asıl davada davalının irade beyanında bulunmasına karar verildiğinde, hükmün icra edilebilmesi için kararın kesinleşmesi aranmakta ve şekli anlamda kesinleşme ile davalının söz konusu iradeyi beyan ettiği varsayımsal olarak kabul edilmektedir (ZPO § 894). Tedbir kararları kaldırılabilirdiğinden, böyle bir fiksiyon devreye girememektedir. Bu konuda bir görüş, Usûl Kanunu'nun münhasıran borçlu tarafından yapılabilecek

²¹³ Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 935 N. 43; Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 670; Berger/Boemke, Kap. 14 N. 69.

²¹⁴ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 671; ArbGG-Krönig, § 62 N. 46; Walker-Grundlagen, s. 57, 58.

²¹⁵ Schwab/Weth/Walker, § 62 N. 119; Zimmermann, § 938 N. 5; Walker-Grundlagen, s. 58. Corts, yıllık izin kullandırılmasına yönelik tedbir yargılamalarında işverenin de dinlenilerek karar verilmesi gerektiği görüşündedir (Corts, Jochen: Einstweilige Verfügung auf Urlaubsgewährung, NZA 1998/7, s. 357). Aynı yönde bkz. ArbGG-Krönig, § 62 N. 46. Karş. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 940 N. 16.

²¹⁶ Schuschke in Schuschke/Walker, vor § 935 N. 127.

işin icrası ile ilgili 888. paragrafının uygulanabileceğini²¹⁷; diğer bir görüş, etkin hukukî koruma garantisini esas alarak 894. paragrafı anayasal yoruma tâbi tutmak suretiyle, hükmün kesinleşmesine gerek olmaksızın kararın verilmesi ile fiksiyonun gerçekleşeceğini²¹⁸; nihayet üçüncü bir görüş, inşâî tedbir kararından hareket ederek iznin kullandırılması yerine, işçinin iş görmeden belirli bir süre muaf tutulmasının talep edilebileceğini, bu durumda hükmün icrasına dahi gerek kalmayacağını²¹⁹ belirtmektedir.

(4) İşçinin Kısmî Süreli Çalışmaya Geçmesi

Kısmî Süreli ve Süreli İş Sözleşmeleri Kanunu (TzBfG) § 8'de, 15'den fazla işçinin çalıştırıldığı iş yerlerinde işçiye, 6 aylık bekleme döneminden sonra işverene karşı iş süresinin kısaltılmasına yönelik talep hakkı ileri sürebilme imkânı tanınmıştır. İşçinin iş süresinin kısaltılması, kısmî süreli çalışmaya geçme talebinin gerçekleştirilmesi, asıl davada karar verilene değin işçiyi başka bir şekilde izale edilemeyecek zaruret hâline düşürecekse, dar kapsamda olmak, tedbire esas teşkil eden talep ve tedbir sebebinin ispatında sıkı davranılmak ve menfaatlerin titiz bir şekilde tartılması koşuluyla tedbir yolu ile öne çekilebilir²²⁰. Örneğin, işçinin çocuklarına bakmak durumunda olması ve kısmî süreli çalışması dışında başkaca bir yolun bulunmaması, işçi açısından önemli bir zarar tehdidi olarak görülmektedir²²¹. Kısmî süreli çalışmaya geçiş, işverenin irade beyanını gerektireceğinden, yıllık iznin tedbir yolu ile kullandırılması ile ilgili tartışmalar aynen burada da gündeme gelmektedir.

²¹⁷ Schuschke in Schuschke/Walker, vor § 935 N. 127.

²¹⁸ Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935 N. 50; Schwab/Weth/Walker, § 62 N. 120a; Walker-Grundlagen, s. 59; Walker-Problemler, s. 385.

²¹⁹ Corts, s. 357, 358; Germelmann/Matthes/Müller-Glöge/Prütting, § 62 N. 101; Schwab/Weth/Walker, § 62 N. 135, 136; ArbGG-Krönig, § 62 N. 46.

²²⁰ ArbGG-Krönig, § 62 N. 46a; Schuschke in Schuschke/Walker, vor § 935 N. 142; Walker-Grundlagen, s. 63. Tedbir sebebinin ileride icra edilemeyecek olmasından ötürü her zaman mevcut olduğuna ilişkin karşı. Berger/Boemke, Kap. 14 N. 99. Bu konuda ayrıca bkz. Walker-Problemler, s. 384.

²²¹ LAG Rhein-land-Pfalz, 12.4.2002, NZA 2002/15, s. 856, 858. Buna karşılık yeni bir kararda, çocuğun kreşe gönderilmesi imkânı mevcut olmasına rağmen işçinin çocuğun gelişim döneminde kendisinin sorumluluk üstlenmesine Anayasa'da temelini bulan ailenin korunması emri karşısında saygı gösterilmesi gerektiğine, bunun tedbiri haklı kılacak aciliyeti ortadan kaldırmadığına hükmedilmiştir (LAG Hamburg, 4.9.2006, NZA-RR 2007/3, s. 122 vd.).

(5) Feshe Karşı Korunma (İşe İade) Davasında İşçinin İşine İadesi

İş sözleşmesi feshedilen işçinin, feshin geçersiz olup olmadığı asıl davada nihai olarak karara bağlanana kadar işine tedbir yolu ile iadesi, Alman Hukuku'nun üzerinde en yoğun olarak durduğu ihtiyatî tedbirlerden birisidir. Feshe karşı korunma, Alman Hukuku'nda özel bir kanun olan Feshe Karşı Korunma Kanunu ile (KSchG) düzenlenmiştir. Buna göre, işçi, feshin geçersizliğini, başka bir deyişle fesihle sözleşmenin sona ermediğini feshe karşı korunma davası²²² açarak ileri sürebilir (KSchG § 4). Bu dava, konusu iş sözleşmesinin sona erip ermediğinin belirlenmesi olduğundan, hukukî niteliği itibariyle bir tespit davasıdır²²³.

Alman Hukuku'nda işçinin, çalışma yükümlülüğünün karşısında, işverenin hukuka aykırı fiilleri ile tek taraflı olarak bertaraf edemeyeceği genel bir çalıştırılma talebinin²²⁴ bulunduğu kabul edilmektedir. İşveren, dürüstlük kuralı çerçevesinde işçi tarafından borçlanılan iş görme edimini, yalnız ekonomik kazanç olarak değil, aynı zamanda işçinin kişiliğinin bir iz düşümü olarak kabul etme yükümlülüğü altındadır²²⁵. Bu nedenle, işveren, işçiye ücretini ödemenin ötesinde, işçiyi çalıştırmak da zorundadır. Başka bir ifade ile, işçinin, temelini iş sözleşmesinde bulan çalışma yükümlülüğüne uygun bir çalıştırılma talebi mevcuttur²²⁶. Çalıştırılma talebinin varlığı, iş sözleşmesinin fesih yolu ile sona erdirilmesinde önemli rol oynamaktadır. Buna göre, iş sözleşmesi ve işçinin çalıştırılma talebi ancak iş sözleşmesi haklı bir şekilde feshedildiğinde sona erer²²⁷. İş sözleşmesi haksız feshedilmişse, iş sözleşmesi devam eder. Burada, iş ilişkisinin varlığı, işveren tarafından tartışmalı hâle getirildiğinden, işçinin işverene karşı feshe karşı korunma davası kesin hükümle sonuçlanana kadar

²²² Kündigungsschutzklage

²²³ Grunsky-Arbeitsgerichtsgesetz, § 46 N. 19a; Löwisch, Manfred: Arbeitsrecht, 8. Auflage, Köln 2007, N. 1393; Germelmann/Matthes/Müller-Glöße/Prütting, § 46 N. 109.

²²⁴ Beschäftigungsanspruch

²²⁵ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 676.

²²⁶ BAG, 10.11.1955, NJW 1956, s. 359. Löwisch, N. 877; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935 N. 56; Schaub/Koch, § 110 N. 5; Schuschke in Schuschke/Walker, vor § 935 N. 134; ArbGG-Krönig, § 62 N. 43; Walker-Grundlagen, s. 60; Walker-Problemler, s. 385; Boemke/Berger, Kap.14, N. 83, 84.

²²⁷ Löwisch, N. 1405; Hromadka, Wolfgang/Maschmann, Frank: Arbeitsrecht Band 1, 4. Auflage, Berlin-Heidelberg 2008, §10 N. 347.

“yeniden çalıştırılma talebi”²²⁸ vardır²²⁹. Yeniden çalıştırılma talebi, hükmün kesinleşmesinin uzun bir zamana yayılacak olmasından ötürü, feshe karşı korunma prosedürü boyunca işçinin ara dönem için korunmasına hizmet eder. Yeniden çalıştırılma talebi işyeri işçi temsilciliğine tâbi iş yerleri bakımından kanunî dayanağa sahiptir (Betr VG § 102 Abs. 5). Buna göre, işyeri işçi temsilciliği feshe itiraz etmiş ve işçi, feshe karşı korunma davası ile birlikte yeniden çalıştırılma talebini ileri sürmüştü, işçinin dava kesinleşene değin aynı iş koşullarında yeniden çalıştırılmasına karar verilebilir.

Bu hükmün dışında kalan hâllerde de işçinin yeniden çalıştırılma talebine sahip olup olmadığına ilişkin olarak Federal İş Mahkemesi 1985 yılında verdiği önemli bir içtihadta, prensip olarak iki ihtimalde işçinin işverene karşı yeniden çalıştırılma talebinin bulunduğu sonucuna varmıştır²³⁰. Federal İş Mahkemesi ilk olarak, tarafların menfaatlerini hassas bir tartıda tartarak şu şekilde bir menfaat dengesi oluşturmuştur: Feshin geçersizliğinin hüküm altına alınmadığı dönemde işverenin; kesinleşmemiş de olsa feshin ilk derece ya da ikinci derece (istinaf) yargılamasında geçersizliğinin tespit edilmesinden sonra işçinin çalışmaktaki menfaati, işverenin işçiyi çalıştırmamasındaki menfaatine göre ağır basmaktadır. Bu durumda, işçinin yeniden çalıştırılma talebine, feshe karşı korunma davası kabul edildiğinde hükmedilebilir. Menfaat dengesinde prensip bu olmakla beraber, ayrıksı durumlarda pekâlâ işverenin menfaatlerine de öncelik verilebilir. Örneğin, işçinin işyerindeki ticarî sırları ifşa edeceğinden endişe ediliyorsa, işverenin, ailesinin ya da diğer işçilerin kişilik hakları tehlikeye düşürülüyorsa²³¹ ya da işçinin işine geçici olarak iadesi işverene katlanılmaz ekonomik yük getiriyorsa veya işçinin işi artık görülmediğinden çalıştırılma imkânı tamamen

²²⁸ Weiterbeschäftigungsanspruch

²²⁹ Germelmann/Matthes/Müller-Glöge/Prütting, § 46 N. 64; Schaub/Linck, § 125 N. 16; Korinth, Michael H.: Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsverfahren, Berlin 2000, Anhang zu §§ 935, 940 – I. Individualarbeitsrecht, N. 61; Walker-Grundlagen, s. 60.

²³⁰ BAG, 27.2.1985, NJW 1985, s. 2970.

²³¹ BAG, 29.10.1987, BB 1988/13, s. 914.

ortadan kalkmışsa²³², feshin geçersizliği hüküm altına alınsa bile yeniden çalıştırılma talebi reddedilmektedir²³³.

İkinci olarak, fesih açıkça, yani gerek maddî gerek hukukî açıdan hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde geçersiz ise, hükmün bulunmadığı aşamada menfaat dengesi işçi lehine değişecektir. Bu durumda, mahkeme, fesih açıkça geçersizse yeniden çalıştırılma talebini de hükme bağlar. Fesih açıkça geçersiz değilse, işçi en erken feshin iş mahkemesince geçersizliğine hükmedilmesinden sonra yeniden çalıştırılma talebinin -geçici olarak- icrasını sağlayabilir²³⁴.

Yeniden çalıştırılma talebi, ya bağımsız bir eda davası şeklinde ya da feshe karşı korunma davası ile birlikte objektif dava birleşmesi yolu ile ileri sürülebilir²³⁵. Bunun yanında, işçi, dilerse yeniden çalıştırılma talebini dava etmeyip sadece feshe karşı korunma davası açabilir. Feshe karşı korunma davası işçi lehine kesin hükümle sonuçlanmış, ancak işveren işçiyi işe başlatmamışsa, işçi, genel çalıştırılma talebine dayanarak eda davası açabilir ve bu davada talebinin ihtiyatî tedbir yolu ile geçici olarak gerçekleştirilmesini sağlayabilir²³⁶. Zira, mahkemenin kararı, iş sözleşmesinin devam ettiğine yöneliktir. Uygulamada, feshe karşı korunma davası ile birlikte çoğu zaman yeniden çalıştırılma talebi de ileri sürülmektedir²³⁷.

Yeniden çalıştırılma hükmü ve yeniden çalıştırılma talebine ilişkin ihtiyatî tedbir kararı, konusu münhasıran borçlu tarafından yerine getirilebilecek edimlerin icrasına göre icra edilir (ZPO § 888)²³⁸.

Feshin açıkça geçersiz olması ya da feshe karşı korunma davasında feshin geçersizliği durumunda gündeme gelen yeniden çalıştırılma talebi, yalnız birinci

²³² LAG Hamm, 18.9.2003, NZA-RR 2004, s. 246, 247.

²³³ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 681; Hromadka/Maschmann, §10 N. 352; Schaub/Linck, § 125 N. 16; Korinth, Anhang zu §§ 935, 940 – I. Individualarbeitsrecht, N. 71; Schwab/Weth/Walker, § 62 N. 125; Walker-Grundlagen, s. 60.

²³⁴ Löwisch, N. 1407.

²³⁵ Germelmann/Matthes/Müller-Glöge/Prütting, § 46 N. 64, 65. Yeniden çalıştırılma talebi, gerçek olmayan yardımcı talep şeklinde ileri sürülür. Feshe karşı korunma davası işçi lehine sonuçlandırıldığında, yardımcı talep hakkında da karar verilir (Hromadka/Maschmann, §10 N. 357; Schaub/Linck, § 125 N. 17).

²³⁶ Korinth, Anhang zu §§ 935, 940 – I. Individualarbeitsrecht, N. 83.

²³⁷ Löwisch, N. 1407.

²³⁸ Schaub/Linck, § 125 N. 21; Walker in Schuschke/Walker, § 888 N. 5.

ihtimalde ihtiyatî tedbir yolu ile geçici olarak gerçekleştirilir. Çünkü yeniden çalıştırılma talebi, feshe karşı korunma davası ile birlikte objektif dava birleşmesi şeklinde incelenmektedir. Diğer bir ifade ile, yeniden çalıştırılma talebi tedbir talebi değil, feshin geçersizliğinin tespiti ile birlikte hükmedilecek asıl taleptir. Feshin açıkça geçersiz olduğu görülüyorsa, dava sonunda karara bağlanacak olan yeniden çalıştırılma talebinin icrasına dava devam ederken ihtiyatî tedbir yolu ile karar verilir. Burada, asıl dava sonucu, feshin açıkça geçersiz olmasından ötürü geçici hukukî koruma sağlanarak öne çekilmekte, diğer bir ifade ile yeniden çalıştırılma talebi, feshe karşı korunma prosedürü içinde ihtiyatî tedbir yolu ile geçici olarak gerçekleştirilmektedir. Feshin geçersizliğinin asıl davada tespit edilmesinden sonra, yeniden çalıştırılma talebinin de ifasına hükmedileceğinden, asıl dava hakkında karar verilmekte, bu nedenle ihtiyatî tedbire gerek kalmamaktadır²³⁹. Yeniden çalıştırılma talebine dava sonunda nihaî hukukî koruma sağlanmış olsa da, Alman Hukuku'nda mahkeme kararları, prensip itibariyle şekli anlamda kesinleşmeden icra kabiliyeti kazanmamaktadır. Ancak bir geçici hukukî koruma olan geçici icra yolu ile²⁴⁰, kanun yolu denetimi devam ederken hükmün icrası sağlanabilir. Gerek feshin geçersizliği ile ilgili tespit hükmü gerekse yeniden çalıştırılma hükmü, ilk derecede yargılamasında işçi lehine olsa da, henüz kesinleşmemiştir. Bu nedenle, işçi, teminat yatırmaksızın çalıştırılma hükmünün geçici olarak icrasını isteyebilir. Hükmün geçici icrasının mümkün olduğu bir noktada, tedbir sebebinden de söz edilemeyecek ve tedbire karar verilemeyecektir²⁴¹.

Bütün eda tedbirlerinde olduğu gibi böyle bir tedbir için de tedbire esas teşkil eden maddî hukuk talebi ve tedbir sebebinin ispatı ile tedbir talep edenin menfaatlerinin ağır basması aranacaktır. Tedbire esas teşkil eden maddî hukuk talebi, işçinin yeniden çalıştırılma talebidir. Feshin açıkça geçersiz olması ihtimalinde, tedbire esas teşkil eden maddî hukuk talebinin ispatı kapsamında feshe karşı korunma davasının açılmış olması gerekir. Süresinde feshe karşı

²³⁹ **Korinth**, Anhang zu §§ 935, 940 – I. Individualarbeitsrecht, N. 74.

²⁴⁰ vorläufige Vollstreckbarkeit (ZPO §§ 798 vd.)

²⁴¹ **Stein/Jonas/Grunsky**, vor § 935 N. 58; **Grunsky-Arbeitsgerichtsgesetz**, § 62 N. 24; **Walker-Der einstweilige Rechtsschutz**, N. 685; **Schwab/Weth/Walker**, § 62 N. 127; **MünchKomm-ZPO-Drescher**, 3. Auflage, § 935 N. 127.

korunma davası açılmadığı takdirde iş sözleşmesi nihaî olarak sona erecektir²⁴². Feshe karşı korunma davası ile birlikte yeniden çalıştırılma talebi ileri sürülmemiş ya da belirli bir süre geçtikten sonra ileri sürülmüşse, mahkeme, feshe karşı korunma davasını işçi lehine sonuçlandırırsa bile, işçinin işini sürdürmeye yönelik aciliyet teşkil eden bir menfaatinin bulunmadığı kabul edilir ve tedbire esas teşkil eden talebin yokluğundan talep reddedilir²⁴³.

Tedbir sebebinin ispatı hususunda, Federal İş Mahkemesi'nin benimsediği ve yukarıda açıklanan esas takip edilmektedir. Feshin geçersizliği dava sonunda tespit edilse de, çalıştırılma talebinin geçmişe etkili olarak gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Diğer bir ifade ile, asıl hukukî koruma ancak ileriye etkili olarak sağlanabilir. Bu durumda, feshe karşı korunma davası boyunca işçinin çalıştırılma talebi karşılanamayacağından, geçici hukukî korumaya hükmedilmediğinde nihaî bir hak kaybı söz konusu olacaktır²⁴⁴. Bu tehlike başlı başına tedbir sebebi olarak kabul edilmekte ve yeniden çalıştırılma talebinin niteliğinden tedbir sebebi de çıkarılmaktadır²⁴⁵. Fesih açıkça geçersiz olmasa bile, feshe karşı korunma davası devamı süresince kısa süreli çalışmamanın önemli yetenek kayıplarına veya diğer büyük zararlara yol açma tehlikesi de tedbir sebebinin ispatı için yeterlidir. İşveren, işçiyi çalıştırmaması için özel bir sebebi iddia ve ispat etmediği sürece, işçinin menfaatlerine öncelik

²⁴² Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 678; Schaub/Linck, § 125 N. 4; Schwab/Weth/Walker, § 62 N. 123; Korinth, Anhang zu §§ 935, 940 – I. Individualarbeitsrecht, N. 63.

²⁴³ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 682; Schwab/Weth/Walker, § 62 N. 126. Yeniden çalıştırılma talebinin hiç ya da zamanında ileri sürülmemesini tedbir sebebi ile ilişkilendiren değerlendirme için bkz. Schaub/Linck, § 125 N. 18; Germelmann/Matthes/Müller-Glöge/Prütting, § 62 N. 108; Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 935 N. 54; Schuschke in Schuschke/Walker, vor § 935 N. 135; ArbGG-Krönig, § 62 N. 43; Korinth, Anhang zu §§ 935, 940 – I. Individualarbeitsrecht, N. 72; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 935 N. 127. Karşı görüşte olan Grunsky, yeniden çalıştırılma talebini feshe karşı korunma davası ile ileri sürmeyen işçinin, bu talebinin icrasına gelecekte de önem vermediği sonucuna varılamayacağını belirtmektedir (Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935 N. 58; Grunsky-Arbeitsgerichtsgesetz, § 62 N. 24).

²⁴⁴ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 675; Berger/Boemke, Kap. 14 N. 86.

²⁴⁵ Grunsky-Arbeitsgerichtsgesetz, § 62 N. 24; Schwab/Weth/Walker, § 62 N. 127. Karşı görüş ise, yeniden çalıştırılma talebinin kendisinin tedbir sebebi için yeterli olmayacağını, işçinin maaşına muhtaç olması gibi, talebinin tedbir yolu ile gerçekleştirilmesinde işverene göre ağır basan menfaatini ispat etmesi gerektiğini belirtmektedir (Germelmann/Matthes/Müller-Glöge/Prütting, § 62 N. 108; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 935 N. 129).

verilmelidir²⁴⁶. Eda tedbiri yargılamasında özel olarak dikkate alınan menfaat dengesine, tedbire esas teşkil eden yeniden çalıştırılma talebine yönelik menfaat dengesinin yanında ayrıca gerek bulunmamaktadır²⁴⁷.

b. Türk Hukuku'nda

(1) Genel Olarak

Türk İş Hukuku'nda Alman Hukuku'nda yaygınlık kazanmış ihtiyatî tedbirler, hiçbir engelleyici düzenleme bulunmamasına rağmen, önemi ile ters orantılı olarak uygulamanın dışındadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, bu eksikliği dikkate alarak 395. maddenin Hükümet Gerekçesinde, iş ilişkisinin tedbir yolu ile düzenlenmesine özel surette işaret etme gereği duymuştur²⁴⁸. Tasarı'nın yürürlüğe girmesi, konusu iş ilişkisi olan ihtiyatî tedbirlerin yaygınlık kazanmasına katkı sağlayacaktır.

Yürürlükteki hukuk bakımından, az yukarıda örnek olarak ele alınan işe ilişkin belgelerin iadesi²⁴⁹, işe ilişkin aletlerin ya da otomobilin iadesi, yıllık ücretli iznin kullandırılması ve işçinin feshe karşı korunma prosedüründe çalışması, Türk Hukuku'nda da ihtiyatî tedbirlerin konusunu oluşturabilir. Tedbire esas teşkil eden talep, tedbir sebebi ve özel menfaat dengesine ilişkin Alman Hukuku'na yönelik açıklamalardan prensip olarak yararlanılabilir. Buna karşılık, tam süreli çalışmadan kısmî süreli çalışmaya geçiş, Türk Hukuku'nun konuyu düzenleme biçiminin farklılığı karşısında ihtiyatî tedbir yolu ile geçici olarak gerçekleştirilemez. Türk Hukuku'nda Alman Hukuku'nda farklı olarak işçinin işverene karşı yöneltebileceği kısmî süreli çalışmaya geçme talebi açıkça düzenlenmemiştir. İş Kanunu'nun 13. maddesinin son fıkrasında, işyerinde

²⁴⁶ Germelmann/Matthes/Müller-Glöge/Prütting, § 62 N. 108; Schaub/Linck, § 125 N. 18; Schuschke in Schuschke/Walker, vor § 935 N. 134, 135; Korinth, Anhang zu §§ 935, 940 – I. Individualarbeitsrecht, N. 66.

²⁴⁷ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 686; Schwab/Weth/Walker, § 62 N. 127.

²⁴⁸ “ (...) bu hüküm ihtiyatî tedbir türleri için de, eda veya düzenleme amaçlı tedbire karar verilmesine engel değildir. Örneğin, geçici olarak iş ilişkisinin düzenlenmesi, düzenleme ya da eda amaçlı tedbir niteliğindedir.” (Hükümet Gerekçesi, m. 395).

²⁴⁹ Bu konuda, İş Kanunu'nun 28. maddesine göre işverenin düzenleyip işçiye vermek zorunda olduğu çalışma belgesi, bu türden bir tedbirin Türk Hukuku'nda maddî hukuk temelinin bulunduğunu ortaya koymaktadır. Anılan maddenin ikinci fıkrasında, işçinin çalışma belgesinin zamanında düzenlenmemesinden ötürü işverenden tazminat isteyebileceği düzenlenmiştir. Ancak tazminat talebi, işçinin çalışma belgesini talep hakkını ileri sürmesine engel değildir.

çalışan işçilerin niteliklerine uygun açık yer bulunduğu tam süreli den kısmî süreliye geçirilme isteklerinin işverence dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır. Hükümün gerekçesinde de talep hakkından değil, işçiye kolaylık sağlanmasından söz edilmektedir.

Yıllık ücretli iznin kullanılmasında Alman Hukuku'nda tedbir kararının icrası ile ilgili tartışmalar Türk Hukuku için geçerli değildir. Çünkü konusu irade açıklamasında bulunulması olan tedbirler dahil olmak bütün tedbirlere aykırı hareket Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 113A maddesine göre hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirir. Diğer yandan, görüşümüze göre eda tedbirlerinde de mahkemenin talebe paralel başka bir şeye karar verebilir²⁵⁰. Bu nedenle, işçi izni münhasıran belirli bir tarihte kullanılacağını açıkça belirtmediği sürece, hâkimin iznin başka bir tarihte kullanılmasına karar verme yetkisi vardır.

(2) İşe İade Davasından Önce veya Dava Devam Ederken İşçinin İşine İadesi

Türk İş Hukuku'nda uygulamayı yoğun bir şekilde meşgul eden işe iade davalarında, işçinin ihtiyatî tedbir yolu ile çalışmasının mümkün olup olmadığının özel surette değerlendirilmesinde büyük yarar bulunmaktadır. İşçi, iş sözleşmesinin geçersiz sebeple feshedildiğini dava edebilir (İş. K. m. 20, 21). Dava kazanıldığı takdirde, işveren, talebi üzerine işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. Böyle bir dava, hem işçi hem de işveren bakımından pratik olmayan ve özellikle sonradan telafi edilmesi olanaksız sonuçlar doğurma potansiyeline sahiptir. İşçi, uygulamada makul sürede sonuçlandırılmayan dava süresince işinde çalışamayacak, yeteneklerinde gerileme meydana gelebilecek ve çoğu zaman onun yerine üçüncü bir kişi işe alınacaktır. İşveren açısından ise, işçi davayı kazandığında, artık üçüncü kişi istihdam edildiğinden işyeri düzeninin kurulması zorlaşacaktır²⁵¹.

²⁵⁰ Bkz. aşa. Bölüm III, § 10, I, A, 2.

²⁵¹ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 679.

Türk İş Hukuku'nda feshe karşı korunma İş Kanunu'nun 20. maddesinde "Fesih Bildirimine İtiraz Usûlü"²⁵² ve 21. maddede "Geçersiz Sebep ile Yapılan Feshin Sonuçları" kenar başlıkları ile düzenlenmiştir. Kanun'da "işe iade davası" şeklinde özel bir dava türünden söz edilmemesine rağmen, hukukumuzda bu kavram kullanılmaktadır. Davanın konusunun ve hukukî niteliğinin belirlenmesi bakımından "işe iade" kavramının yanıtıcı olduğunu belirtmek gerekir. İşe iade denildiğinde, sanki işe iade şeklinde karşı tarafa yöneltilebilecek bir maddî hukuk talebinin bulunduğu düşünülebilir. Ancak, ne Kanun'un lafzından ne de işverenin borçları bağlamında iş sözleşmesinden, işe iade şeklinde işçi lehine bir talep hakkını doğrudan çıkarmak mümkündür. Kanunumuzun benimsediği sistem, Alman Hukuku'ndan çok farklı değildir. Kanun koyucu, feshin geçersizliği ile iş sözleşmesinin devam ettiğinin hüküm altına alınması esasını benimsemiştir²⁵³. Burada açılacak dava, özel surette düzenlenmiş bir tespit davasıdır²⁵⁴. Eda davası anlamına gelebilecek ve maddî hukuku tam olarak karşılamayan işe iade davası yerine, feshe karşı korunma davası daha uygun bir terminolojik tercih olmakla beraber, işe iadenin uygulamada köklemiş olması nedeniyle biz de bu kavramı feshe karşı korunma anlamında kullanacağız²⁵⁵.

İşverenin işçiyi işe almaya zorlanmasında da Alman Hukuku'nun çıkış noktası, Türk Hukuku bakımından yol göstericidir. Gerek iş sözleşmesi devam ederken yönetilebilecek genel bir çalıştırılma talebi gerekse iş sözleşmesi

²⁵² Kenar başlığının eleştirisi için bkz. **Yılmaz, Ejder: İşe İade Davalarında Yargılama Usulü ile İlgili Özellikler (İşe İade)**, Sicil Aralık 2006, s. 31 dn. 6.

²⁵³ Karş. **Çankaya/Günay/Göktaş**, s. 222.

²⁵⁴ **Çankaya/Günay/Göktaş**, s. 223. 9. HD, 20.2.2006, 1685/4283 (**Çankaya/Günay/Göktaş**, s. 897, 898). İşe iade davasını, eda davası kategorisine dahil eden görüş için bkz. **Özekes-İş Kanunu**, s. 495. Alman Federal İş Mahkemesi'nin, "feshin geçersizliğine dava ile müdahale etme zorunluluğunun, feshin geçersizliğinin bir eda davasında ön sorun olarak incelenmesine indirgenemeyeceği, böyle bir tespit davasının feshin sosyal açıdan haklı olup olmadığı ve bu nedenle iş ilişkisinin çözülmesine yol açıp açmadığı sorusunun yanıtlanmasına hizmet edeceği ve davanın yalnız geçersiz feshin geçerli hâle dönüşmesine engel olduğu, bunun dışında fesihle hüküm arasındaki hukukî duruma dokunmadığı" yönündeki değerlendirmesi (BAG 27.2.1985, NJW 1985, s. 2971) davanın hukukî niteliği konusunda Türk Hukuku bakımından da dikkate alınmalıdır.

²⁵⁵ **Çankaya/Günay/Göktaş**, işe iade davasının ismi ile hukukî niteliğinin birbirine uymadığını, feshin geçersizliğine karar verildikten sonra "işçinin işine iadesine" şeklinde bir hüküm bulunmamasının kararın sonucu üzerinde bir etkisinin olmadığını belirtmektedirler (s. 220, 221, 222).

feshedilen işçinin, fesih geçersizse ve işverenin menfaatleri işçinin çalışmasına engel teşkil etmiyorsa, işe iade davasının sonuna değin iş sözleşmesinden doğan yeniden çalıştırılma talebinin bulunduğu Türk Hukuku bakımından da kabul edilebilir. İşçi, işverene karşı yöneltebileceği yeniden çalıştırılma talebine sahipse, -tıpkı Alman Hukuku'nda olduğu gibi- bu talebin ihtiyatî tedbir yolu ile geçici icrası yolu da açılmış olacaktır. İhtiyatî tedbire esas teşkil eden talep, tedbir sebebinin ve menfaatlerin tartılmasında, Alman Hukuku'nda benimsenen yaklaşımın Türk Hukuku'na taşınmasında engelleyici bir düzenleme yoktur. Buna göre, işçi, işe iade davasında objektif dava birleşmesi şeklinde “davanın kabulü halinde, davalının geçici olarak yeniden çalıştırılmasına” hükmedilmesini talep edebilmelidir.

Alman Hukuku'nda ortaya konulan menfaat dengesi kanımızca Türk Hukuku'nda da geçerlidir. İşe iade davası, icra edilebilirlik bakımından hukukumuzda da şekli anlamda kesinleşmeyi şart koşan davalardandır (İş. K. m. 21/V). İlk derece mahkemesinin kararından sonra yeniden çalıştırılma talebinin geçici icrasına karar verilmesinde işçinin hukukî menfaati vardır. Yukarıda tartışıldığı üzere, Alman Hukuku'ndan farklı olarak Türk Hukuku'nda “geçici icra” şeklinde bir geçici hukukî koruma düzenlenmemiştir. Ancak geçici hukukî korumanın ilgili kanunda düzenlenmemiş olması bir eksiklik teşkil etmez. Hem Anayasa gereği hem de Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 103. maddesinden kıyasen yararlanmak suretiyle yeniden çalıştırılma talebinin geçici icrası hukukî temele oturtulabilir²⁵⁶.

İşe iade davası devam ederken, feshin açıkça geçersiz olması durumunda, yeniden çalıştırılma talebinin tedbir yolu ile icrasına da hukukumuz bakımından cevaz verilebilir. Etkin hukukî koruma garantisi ve asıl dava sonucunun öne çekilmesini haklı kılan diğer sebepler, feshin açıkça geçersiz olması ya da işçinin menfaatlerinin işverene göre daha ağır basmasını gerektirecek özel sebeplerin varlığı durumunda, asıl dava sonucu olan yeniden çalıştırılma talebinin tedbir yolu ile tamamen öne çekilmesini gerekli kılmaktadır.

²⁵⁶ Bkz. yuk. Bölüm II, § 7, I, C, 2.

İş Kanunu'nun 21. maddesinin Alman sisteminden ayrılan bazı yönleri tedbir kararının içeriğinin hukukumuzda farklı şekilde belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Alman Hukuku'nda, yeniden çalıştırılma talebi tedbir yolu ile hüküm altına alındığında, işveren, işçiyi işe başlatmak dışında alternatif bir imkâna sahip değildir. Hüküm, bir işin yapılmasına ilişkin edimlerin icrasına göre icra edilmektedir. Türk Hukuku'nda ise, işveren, prensip olarak işçiyi işe başlatmak zorundadır. Ancak dilerse, işçiyi işe başlatmayıp en az dört, en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat da ödeyebilir (İş. K. m. 21/I). İşe başlatmak ya da tazminat ödemek şeklinde işverene tanınan ve asıl davada geçerli olan iki alternatifin, tedbir yargılamasına da etkisi vardır. İşçinin yeniden çalıştırılmasına tedbir yolu ile karar verildiğinde, işverenin İş Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen tazminat ödeme alternatifi görmezden gelinemez. Alman Hukuku aynen benimsenip işverenin işçiyi işe başlatması zorunlu kılınırsa, asıl hukukî korumada elde edilmesi mümkün olmayanın, geçici hukukî korumada sağlanması ile karşı karşıya kalınır. Bu da, geçici hukukî korumanın asıl hukukî koruma karşısındaki konumuna ters düşer. Bu durumda, tedbir talebini haklı bulan mahkeme, tıpkı asıl hukukî korumada olduğu gibi, "işçinin yeniden çalıştırılmasına; tedbir talep edenin süresinde başvurusu üzerine işe başlatılmaması durumunda ödenmesi gereken tazminata" hükmetmelidir. İşçi, tedbir kararı ile işverene başvurur, ancak işe başlatılmazsa, tazminatın geçici olarak icrası gündeme gelir. Tazminatın geçici icrası, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan eda tedbiri niteliğindedir²⁵⁷. Ancak tedbirin edaya yönelik etkisi, verildiği anda değil, işverenin işçiyi işe başlatmaması üzerine doğar. Konusu para alacağı olan eda tedbirlerinin icrası için genel haciz yolu ya da ilâmlı icraya başvurmaya gerek yoktur²⁵⁸. Tedbir kararı icra dairesine ibraz edildiğinde derhal yerine getirilecektir²⁵⁹. İşe iade davası kesin hükümle reddedilirse, ödenen

²⁵⁷ Özekes'e göre, işe başlatılmama hâlinde ödenecek tazminata ilişkin hüküm, tespit hükmü niteliğindedir (Özekes-İş Kanunu, s. 495).

²⁵⁸ Bkz. yuk. Bölüm III, § 9, II, E, 1, b, (5).

²⁵⁹ Buna karşılık Yargıtay, iş güvencesi tazminatı ve boшта geçen süre ücretinin asıl hukukî korumada tespit hükmü olduğu, bu talepler için ilâmlı icraya başvurulamayacağı görüşündedir: 9. HD, 27.9.2004, 4331/20731 (Çankaya/Günay/Göktaş, s. 650, 651; 9. HD, 16.12.2004, 11775/28025 (Çankaya/Günay/Göktaş, s. 659, 660). Tespit hükmü değerlendirmesi için bkz. Yılmaz-İşe İade, s. 26; Özekes-Sorunlar, s. 138. İlâmlı icra takibine başvuramayan işçinin taleplerini nasıl gerçekleştireceğine ilişkin açıklamalar için bkz. Özekes, Muhammet: İşe İade

tazminat eski hâle iade hükümlerine göre hükme gerek kalmaksızın işçiden geri istenebilecektir (İİK m. 40). Buna karşılık, işveren, tedbir kararı gereğince işçiyi işine başlatmış, ancak işe iade davası kesin hükümle reddedilmişse, eski hâle iade yoluna başvurulamayacaktır. Çünkü işçi, esastan ret kararı kesinleşinceye kadar iş görme edimini yerine getirmiş olacağından ve iş görme edimi fiilen eski hâle iade edilemeyeceğinden, bu çalışmanın, geriye etkili olarak ortadan kaldırılması mümkün değildir. Feshin geçerliliğinin geriye etkili (ex tunc) olarak tespit edilmesi hâlinde, yeniden çalıştırılma talebinin işe iade davası içinde tedbir yolu ile hükme bağlanması, davanın esastan reddi kararını gerçekte ileriye etkili (ex nunc) inşaî hüküm hâline getirecektir.

Tedbir sebebinin ispatında nihaî hak kaybına müracaat eden değerlendirme de, nihaî hak kaybına verdiğimiz anlam doğrultusunda Türk Hukuku'nda dikkate alınmamalıdır. Nihaî hak kaybı, ancak asıl hukukî korumanın dahi çözüm getiremeyeceği bir zarar tehdidinde gündeme gelir²⁶⁰. Bu durumda, işçi, işe iade davası devam ederken çalıştırılmadığı takdirde karşı karşıya kalacağı tehlikeli hâli yaklaşık ispat seviyesinde ispat etmelidir. Bu tehlikenin, nihaî bir hak kaybına yol açacak olması zorunlu değildir. İşçinin yaşamını idame ettiremeyecek durumda olması (zaruret hâli), kısa süreli çalışmamanın önemli yetenek kayıplarına veya diğer büyük zararlara yol açma tehlikesi de tedbir sebebinin ispatı için yeterlidir.

Nihayet, tedbir kararı için işe iade davasının açılmasını şart koşan değerlendirme de Türk Hukuku'na uygun düşmemektedir. Alman Hukuku'nda tedbir kararından sonra asıl davanın açılması için karşı tarafın mahkemeden süre tayin ettirmesi gerekirken (ZPO § 926), Türk Hukuku'nda 10 gün içinde asıl dava açılmadığı takdirde tedbir kendiliğinden kalkmaktadır (m. 109). İşçinin yeniden çalıştırılma talebi esas itibarıyla işe iade davasının derdestliğinden sonra doğsa da, davadan önce bu talebin tedbir yolu ile hüküm altına alınması ve 10 gün gibi kısa bir sürede asıl davaya bağlanması ile anılan koşul gerçekleşmiş sayılmalıdır. 10 günlük sürede işe iade ve yeniden çalıştırılma talebi dava

Davalarında Hüküm Altına Alınan Alacakların Takibi ve İcra Tazminatları (İşe İade), Sicil Aralık 2006, s. 32 vd.

²⁶⁰ Bkz. yuk. Bölüm II, § 6, V, B, 2, b, (2).

edilmediği takdirde, tedbir kendiliğinden ortadan kalkacağından, işverenin bir zarara uğraması da söz konusu olmayacaktır.

3. Tüketici Hukukunda Somut Eda Tedbiri Örnekleri

Tüketici, satıcı ve hizmet veren karşısında ekonomik olarak güçsüzdür. Bu nedenle etkin hukukî korumanın gereği olarak pek çok hukuk sisteminde tüketici, hem bireysel hem de kollektif yoldan korunmaktadır. Kollektif yoldan hukukî koruma, tüketici hukukuna aykırı eylemlerin durdurulması amacıyla tüketici örgütlerinin açtığı grup davaları ile sağlanır. Kollektif yoldan hukukî korumayı daha da etkin kılma çabalarında geçici hukukî korumaya önemli görevler düşmektedir.

a. Alman Hukuku'nda

Alman Hukuku'nda, tüketici hukukunda konusu bir işin yapılmaması olan taleplerin gerçekleştirilmesi için "Men Davaları Kanunu"²⁶¹ şeklinde Türkçeleştirilebilecek özel bir Kanun 2002 yılında yürürlüğe konulmuştur²⁶². Bu Kanun'da özel bir sicile kaydolmuş tüketici örgütlerine, tüketici hukukunu ilgilendiren kanunlara aykırı eylemlerin durdurulmasını talep hakkı tanınmıştır. Sicile kaydolmuş örgütlerin açtığı davaların, kesin hükmün sübjektif sınırları içinde tüketici ile satıcı veya hizmet veren arasındaki hukukî ilişkiye etki etmeyeceği düşünülerek Kanun'un 11. paragrafında, tüketici örgütlerinin davayı kazanması hâlinde, hükmün tüketiciler için de uygulanması sağlanmış, davanın kaybedilmesi ihtimalinde ise tüketicilerin bireysel hukukî koruma yoluna başvuru hakları saklı tutulmuştur.

Kanun'un 1. paragrafında, geçersiz genel işlem koşullarına, ikinci paragrafında ise genel işlem koşulları dışında kalan diğer tüketiciye zarar veren uygulamalara karşı tüketici örgütlerine men talebi ileri sürme ve bu talebi dava etme olanağı getirilmiştir. Doktrinde ve yargı kararlarında, men taleplerinin

²⁶¹ Unterlassungsklagegesetz bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (UKlaG)

²⁶² Bu konuda ayrıca bkz. Havutçu, Ayşe: Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması (Genel İşlem Şartları), İzmir 2003, s. 58.

ihiyatî tedbir yolu ile geçici olarak gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir²⁶³. Buna göre, sicile kayıtlı tüketici örgütlerinin açtıkları ya da açacakları men davası sonucuna değin hüküm ifade etmek üzere, genel işlem koşulunun uygulanmamasına ya da tüketiciye zarar veren davranıştan kaçınılmasına tedbir yolu ile karar verilebilmektedir.

Tedbire esas teşkil eden maddî hukuk talebi, geçersiz genel işlem koşulunun kullanılmaması ya da tavsiye edilmemesidir, yani men talebidir²⁶⁴. Kanun'da yer almasa da genel işlem koşulunun kullanımının ya da tavsiye edilmesinin tekrarlanması tehlikesi de maddî hukuk talebi bakımından bir koşul vakıa olarak aranmaktadır. Zira, talep, müstakbel bir davranışın önlenmesine yöneliktir²⁶⁵. Kullanımın tekrarlanması tehlikesi, kullanımın henüz başlamadığı hâller için önem taşımaktadır. Şayet kullanım başlamışsa bu tehlikenin mevcudiyeti açıktır. Bir sözleşme hükmü, ancak çokça hukukî ilişkide kullanılabilir bir şekilde hazırlanmışsa genel işlem koşulu olarak nitelendirilebileceğinden, genel işlem koşullarında tekrarlanma tehlikesi prensip olarak varsayılmalı, bu varsayımın aksi kullanıcı tarafından ispat edilmelidir²⁶⁶.

Tedbir sebebi ile ilgili olarak diğer tedbirlerden farklı olarak bir esneklik getirilmiştir. Haksız Rekabet Kanunu'nda tehlikeli hâlin mevcudiyetinin karine olarak kabul edildiği özel düzenleme (UWG § 12, II), geçersiz genel işlem

²⁶³ Zöllner/Vollkommer, § 940 N. 8; Wolf, Manfred/Lindacher, Walter F./Pfeiffer, Thomas: AGB-Recht Kommentar, 5. Auflage, München 2009, Lindacher in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, 5 UKlaG N. 47; Marly, s. 1473; Ulrici, Bernhard: Einstweilige Verfügung im Kollektiven Verbraucherschutz, WRP 2002, s. 400, 401; Schuschke in Schuschke/Walker, vor § 935 N. 43; Zimmermann, § 938 N. 4; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 96 vd.; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 935 N. 24. OLG Hamburg, 10.6.1981, NJW 1981/44, s. 2420 vd.; OLG Düsseldorf, 29.12.1988, NJW 1989/23, s. 1487, 1488; OLG Frankfurt 27.9.1988, NJW 1989/23, s. 1489. Böyle bir tedbiri, kararın tüketiciye sirayet edemeyecek olmasından ötürü tedbir sebebi eksikliğinden caiz görmeyen karşı yönde bir karar için bkz. OLG Düsseldorf, 10.7.1978, NJW 1978/49, s. 2512, 2513.

²⁶⁴ Tavsiye edilmeye, sözleşme taslaklarının bulunduğu el kitaplarındaki sözleşmeler örnek gösterilmektedir (Ulrici, s. 399; Walker, Wolf-Dietrich: § 7 Die Verbandsklage nach dem Unterlassungsklagengesetz (UKlaG), Das neue Schuldrecht in der anwaltlichen Praxis, Bonn 2002, N. 13).

²⁶⁵ Schlosser, Peter: J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 305-310; UKlaG (Staudinger/Schlosser), Berlin 2006, § 1 UKlaG N. 6; Ulrici, s. 400; Stoffels, Markus: AGB-Recht, 2. Auflage, München 2009, N. 1170; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 230. Haksız rekabet hukuku ile fikri ve sınıflı mülkiyet hukukunda konuya ilişkin benzer açıklamalar için bkz. Deren-Yıldırım-İhtiyatî Tedbirler, s. 46 vd.

²⁶⁶ Walker-UKlaG, N. 44; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 230; MünchKommZPO-Drescher, 3. Auflage, § 935 N. 24.

koşullarının tedbiren durdurulmasında da uygulama alanı bulmakta (UKlaG § 5) ve sicile kayıtlı tüketici örgütleri, tedbir sebebine yönelik özel bir ispat faaliyetinden muaf tutulmaktadır²⁶⁷. Burada doktrini en çok, tüketici örgütünün, geçersiz genel işlem koşulu uzunca bir süre uygulanmasına rağmen dava açmaması durumunda, tehlikeli hâle ilişkin karinenin sona erip ermediği meşgul etmektedir. Bir görüş, dava açılmamasının asıl davadan önce geçici hukukî koruma sağlanmasındaki aciliyeti ortadan kaldırdığını savunmaktadır²⁶⁸. Karşı görüşe göre ise, genel işlem koşullarının hızlı bir şekilde ayıklanmasına yönelik kamusal menfaatin önceliği, tüketici örgütünün geçersiz koşula sessiz kalması nedeniyle değişmemektedir²⁶⁹.

Tedbir kararının içeriğine yönelik olarak doktrinde, genel işlem koşulunun kullanımdan men edilmesine alternatif olarak, kullananın genel işlem koşuluna, “hükümlerin bazılarının yargı denetimine tâbi olduğu ve hukuka uygun bulunduğu takdirde uygulanacağı” ifadesini ilâve etmesi şeklinde bir tedbir de savunulmaktadır²⁷⁰. Böylelikle, kullanıcı, genel işlem koşulunu sözleşmede muhafaza edebilmekte, ancak tüketiciye bilgi verme yükümlülüğü altına sokulmaktadır. Şayet kullanımdan men’in koşulları oluşmamışsa, eda tedbiri yerine, açıklandığı şekilde sözleşme ilişkisinin bilgi verme yükümlülüğüne göre yeniden düzenlenmesi yoluna gidilebilmektedir. Tedbirin içeriğinin bu şekilde

²⁶⁷ **Stoffels**, N. 1170. UWG § 25’in uygulanmayacağı, tedbir sebebinin özel olarak ispat edilmesi gerektiğine ilişkin karşı yönde görüş için bkz. **Reichhold** in Thomas/Putzo, § 935 N. 8. **Marly**, Men Davaları Kanunu yürürlüğe girmeden önce de bu tür tedbir taleplerinde aciliyetin eşyanın tabiatı gereği olduğunu belirterek tedbir sebebinin özel olarak ispat edilmesini gerekli görmemektedir (**Marly**, NJW 1989/23, s. 1474). Karşı yönde görüş için bkz. OLG Düsseldorf, 29.12.1988, NJW 1989/23, s. 1487, 1488; OLG Frankfurt, 27.9.1988, NJW 1989/23, s. 1489. Bu kararlarda, tedbir sebebinin özel olarak ispat edilmesi; bunun için, ihlâlin ağırlığının, genel işlem koşulunun kullanılmaya devam edilmesinin öngörülemez sonuçlarını ortaya çıkaracak derecede olması gerektiği belirtilmektedir.

²⁶⁸ **Schuschke** in Schuschke/Walker, vor § 935 N. 43; Münch Komm ZPO-**Drescher**, 3. Auflage, § 935 N. 24. Birden fazla tüketici örgütünün dava açabileceği gerekçesi için bkz. **Ulrici**, s. 401; **Berger/Boemke**, Kap. 5 N. 235.

²⁶⁹ **Staudinger/Schlosser**, § 1 UKlaG N. 7; **Hensen** in Ulmer/Brandner/Hensen, § 5 UKlaG N. 10; **Lindacher** in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, 5 UKlaG N. 50; **Stoffels**, N. 1171.

²⁷⁰ **Staudinger/Schlosser**, § 1 UKlaG N. 8. **Lindacher**, “men tedbiri” ile **Schlosser** tarafından savunulan “bilgi verme tedbiri” görüşlerini, men tedbirini kural, bilgi verme tedbirini ise istisna kabul ederek uzlaştırmaya çalışmaktadır. Yazar, tedbir yargılamasının hukukî durumun güvenli bir şekilde açıklığa kavuşturulması için elverişli olmadığını, sözleşmenin yorumlanması gerekliliğinde olduğu gibi genel işlem koşullarında bu durumun somut bir şekilde görüldüğünü, bu nedenle istisnaen eda tedbiri için maddî hukuk koşulları oluşmasa bile **Schlosser**’in açıkladığı çerçevede düzenleme tedbirine karar verilebileceğini belirtmektedir (**Lindacher** in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, 5 UKlaG N. 53).

belirlenmesi şüphesiz, sonuçları yönünden kullanımdan men'e göre daha hafiftir. Yani, eda tedbirinin koşulları oluşmamasına rağmen, pekâlâ eda tedbirine göre daha azı olan (minus) düzenleme tedbirine hükmedilebilir²⁷¹.

Tedbir yargılaması sonunda genel işlem koşulunun geçersizliği tespit edildiğinde, yalnız tüketici örgütü lehine karar verilmiş olacaktır²⁷². Kanun'un 11. paragrafında düzenlenen kesin hükmün sirayeti, ortada asıl dava sonunda değişebilir bir karar bulunduğundan reddedilmektedir²⁷³. Uygulamada, tedbirin geçici niteliğinin kesin hükmün sirayetine engel olmaması için "bağlanma beyanı"²⁷⁴ şeklinde tercüme edilebilecek bir yol geliştirilmiştir. Tedbir kararı, tüketici örgütü ile genel işlem koşulunu kullanan arasında irade beyanlarının uyumunu ile (hukukî işlem yoluyla) uyumsuzluğu nihaî şekilde çözen bir karar olarak kabul edilerek ona asıl dava sonucu niteliği kazandırılmakta ve tedbir asıl davadaki hüküm gibi sonuç doğurmaktadır. Bu durumda, taraflar asıl dava yoluna gitmekten vazgeçmektedirler. Böylelikle, genel işlem koşulunu kullanan, koşulun geçersiz olduğunu müstakbel âkidi için de peşinen kabul etmiş olmakta, 11. paragraftaki kesin hükmün sirayeti bir tespit sözleşmesi ile sağlanmış olmaktadır²⁷⁵.

Gerek tedbir kararı gerekse asıl davada bir işin yapılmaması talebinin nihaî olarak hüküm altına alınmasının, yalnız bundan sonra akdedilecek sözleşmeler bakımından mı, yoksa henüz tasfiye edilmemiş (devam etmekte olan) sözleşmeler bakımından mı uygulama alanı bulacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, Men Davaları Kanunu'ndaki men talepleri tüketicinin korunması bakımından önleyici mahiyettedir²⁷⁶. Bu nedenle, henüz tasfiye edilmemiş sözleşme ilişkileri, mahkeme kararından etkilenmeyecektir. Ayrıca, genel işlem koşulunu kullananın, sözleşmeyi akdeddiği tarihteki o sözleşme hükmünün

²⁷¹ **Lindacher** in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, 5 UKlaG N. 53.

²⁷² Burada mahkeme, tüketici ile satıcı/hizmet veren arasındaki hukukî ilişki hakkında değil, bilakis genel işlem koşullarının geçersizliğine yönelik soyut hukukî sorun hakkında karar vermektedir (Gaul-Amaç, s. 96, 97).

²⁷³ **Staudinger/Schlosser**, § 11 UKlaG N. 5; **Zöllner/Vollkommer**, § 940 N. 8; **Lindacher** in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, 5 UKlaG N. 58; **Stoffels**, N. 1203.

²⁷⁴ Abschlusserklärung

²⁷⁵ **Lindacher** in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, 5 UKlaG N. 59.

²⁷⁶ **Marly**, s. 1473; **Berger/Boemke**, Kap. 5 N. 227.

varlığına dair güveni korunmalıdır²⁷⁷. Karşı yönde görüş ise, burada genel işlem koşulunun içerik itibariyle, baştan itibaren (ab-initio) geçersizliği kabul edilmelidir²⁷⁸. Genel işlem koşulunu kullanan, onun haksız olabileceği riskini de taşımaktadır. Tüketicinin genel işlem koşulunun haksızlığını, bireysel hukukî koruma yolu ile ileri sürmesi pekâlâ ihtimal dahilindedir. Bu nedenle, kullananın korunacak bir güveninden söz etmek mümkün değildir ve men kararının tasfiye edilmemiş sözleşmelere de etki etmesi gerekir²⁷⁹. Buna karşılık, tasfiye edilmiş sözleşme ilişkilerinde, tüketicinin istirdat talebi ileri sürmesi durumunda, kesin hüküm sirayet etmeyecek, ancak istirdat davasında emsal karar olarak değerlendirilebilecektir²⁸⁰.

Men Davaları Kanunu'nun 7. paragrafında grup davalarında verilen kararların yayımlanması düzenlenmiştir. Bunun yanında, tüketici örgütünün menfaati bulunmak şartıyla tedbir kararının da yayımlanmasına karar verilebilir. Alman Hukuku'nda tamamlayıcı merasim yoluna başvuru zorunluluğu ve tedbirin kendiliğinden kalkması esası benimsenmediğinden (ZPO § 926), men tedbirinden sonra çoğu zaman asıl dava açılmayacak, taraflar tedbir kararını nihai olarak kabul edeceklerdir. Bu nedenle, tedbir kararının yayımlanması, geçersiz genel işlem koşulunun sonuçlarının bertaraf edilmesine hizmet etmesi bakımından önem taşımaktadır²⁸¹.

b. Türk Hukuku'nda

(1) Genel Olarak

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ve Kanun'a dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerde, tüketici hukukuna aykırı fiillerin durdurulması talebi ve bu talebin ihtiyatî tedbir yolu ile geçici olarak gerçekleştirilmesi özel surette

²⁷⁷ LG Frankfurt, 19.1.1988, BB 1988/23, s. 1557.

²⁷⁸ Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, § 11 UKlaG N. 4.

²⁷⁹ Staudinger/Schlosser, § 11 UKlaG N. 6; Lindacher in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, 11 UKlaG N. 5.

²⁸⁰ Staudinger/Schlosser, § 11 UKlaG N. 7; Lindacher in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, 11 UKlaG N. 6.

²⁸¹ Schuschke in Schuschke/Walker, vor § 935 N. 43; Ulrici, s. 402; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 239. Tedbir kararının yayımlanmasını reddeden karşı yönde görüş için bkz. MünchKommZPO-Drescher, 3. Auflage, § 935 N. 24

düzenlenmiştir. Bu konuda, Kanun'un 23. maddesinin 4. ve 5. fıkraları genel hüküm niteliğindedir. Buna göre, Bakanlık ve tüketici örgütleri, münferit olmayan ve genel olarak tüketicileri ilgilendiren hâllerde Kanun'a aykırı durumun ortadan kaldırılması amacıyla dava açabilirler. Gerekli hâllerde tüketici mahkemesi, ihlâlin tedbiren durdurulmasına karar verebilir. Tedbirler gazetede ilân edilir. Bu hükümlerle, Bakanlık ve tüketici örgütlerine, men talebini (bir işin yapılmaması) ileri sürme hakkı tanınmış, ihtiyatî tedbir talep edilebileceği özel surette vurgulanarak asıl dava sonucunu öne çeken tedbirlerin caiz olmadığı yönünde ileri sürülebilecek itirazlar bertaraf edilmiştir²⁸². Alman Hukuku'nda men taleplerinde geçici hukukî koruma, doktrin ve yargı kararları ile benimsenmişken, Türk Hukuku'nda ihtiyatî tedbirlerin özel olarak anılması, kanun koyucunun -uygulamanın aksine- konuya verdiği önemin bir göstergesidir.

Münferit olmayan ve genel olarak tüketicileri ilgilendiren hâl var ise, tüketicilerin kollektif menfaatleri ihlâl edilmiş olur. Bunun için, tüketici hukukuna aykırı eylemin önemi ve ağırlığı somut olayı aşmalı, genel bir açıklığa kavuşturma gerekli olmalıdır. Özellikle çok sayıda ihlâl durumunda veya ilk ihlâl tekrar beklentisi yaratıyorsa açıklığa kavuşturma gereklidir²⁸³.

(2) Genel İşlem Koşullarının Uygulanmasının Durdurulması

Münferit olmayan hâllerin en başında genel işlem koşulları gelmektedir²⁸⁴. Zira, bir sözleşme hükmünün genel işlem koşulu özelliğini

²⁸² Tüketici birliklerine dava açma hakkının tanınması, tüketicilerin dava açmaktan kaçınmaları ve müteşebbisin içerik bakımından adil olmayan şartı uygulamaya devam etmesinin engellenmesi bakımından önem taşımaktadır (Havutçu-Genel İşlem Şartları, s. 51). Böyle bir düzenleme olmasaydı bile HUMK çerçevesinde tedbir kararlarının verilebileceğine ilişkin bkz. Aslan, İ. Yılmaz: Tüketici Hukuku, 2. Baskı, Bursa 2004, s. 595. Bu konuda ayrıca bkz. Zevkliler, Aydın/Aydoğdu, Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2004, s. 445, 446.

²⁸³ Ulrici, s. 402. *Hanağası*'nın "gerçek veya tüzel bir özel hukuk kişisi tarafından temsil edilen ve bir grup kişinin, belirli bir konuya özgü olarak birleşen kişisel menfaatler toplamı" şeklinde ifade ettiği kollektif menfaat tanımından hareket edildiğinde de (*Hanağası-Topluluk Davaları*, s. 368), çok sayıda ihlâl ve ilk ihlâl tekrar beklentisi yaratması hâlinde tüketicilerin kollektif menfaati ihlâl uğrar. Ayrıca, tüketici örgütlerinin açacakları grup davasının kabule şayanlık koşullarından birisi de, grup üyelerinin hukukî ve fiili bakımdan ortak sorunlarının bulunmasıdır (*Hanağası-Menfaat*, s. 209). Bu konuda ayrıca bkz. Özbay, s. 30, 31.

²⁸⁴ Özbay, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da genel işlem koşullarına yönelik grup davası benzeri bir düzenlemenin bulunmadığını belirtmekte, tüketici örgütlerine de genel işlem koşullarının kullanılmasından kaçınma şeklinde dava açma hakkı verilmesini de lege feranda önermektedir (s. 229). Kanun'un 23. maddesinde, Bakanlık ve tüketici örgütlerinin, münferit

kazanabilmesi, çokça sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanmasına, yani münferit olmamasına bağlıdır²⁸⁵. Genel işlem koşullarının uygulanmaması ve men talebinin ihtiyatî tedbir yolu ile sürülmesi hakkında Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik'te özel düzenleme getirilmiştir. Yönetmeliğin 8. maddesine göre, meşru menfaati olan gerçek veya tüzel kişiler, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların kullanılmasının önlenmesi için dava açabilirler. Bu hâllerde mahkeme önleme için gerekli tedbirlere hükmeder.

Haksız şartların kullanımının önlenmesi talebi, Kanun'da yer alan Kanun'a aykırı durumun ortadan kaldırılması talebini karşılamaktadır. Bu yönüyle, Yönetmelikle Kanun hükmü uyum içindedir. Ancak Yönetmelik'te, men talebini ileri sürebileceklerin çerçevesi Kanun'dan farklı şekilde düzenlenmiştir. Kanun'un 23. maddesinde, Bakanlık ve tüketici örgütlerine bu talebi ileri sürme hakkı tanınmışken, Yönetmeliğe göre meşru menfaati bulunan gerçek veya tüzel kişiler men talebini ileri sürebileceklerdir. İlk bakışta, Kanun'a aykırı gibi gözükken Yönetmelik hükmü şu şekilde yorumlandığı takdirde Kanunla uyum sağlanmış olacaktır: Yönetmeliğin 8. maddesi tek başına, 23. maddedeki grup davasını ayrıntılı olarak düzenlemeyi amaçlamamaktadır. Burada, hem bireysel hem de kollektif hukukî koruma düşünülmüştür. Tüketici, genel işlem koşulunun haksız olduğunu düşünüyorsa, kullanıcının ifa talebini reddedip kendisine karşı açılacak davada koşulun haksızlığını ileri sürebilir. Tüketicinin, kullanıcının kendisine yönelmesini beklemek yerine, harekete geçerek kullanıcının -örneğin bankanın- genel işlem koşunu kullanmamasını istemekte menfaati vardır²⁸⁶. İşte, Yönetmelik, menfaat sahibi gerçek kişi ile, genel işlem koşulunun karşı tarafı tüketicinin bireysel hukukî korunmasını kastetmekte, ona bir işin yapılmamasına yönelik talep hakkı tanınmaktadır. Yoksa, münferiden tüketiciye de kollektif hukukî korumaya başvurusu Kanun'un getirdiği esasa aykırıdır. Böyle bir düzenlemenin -tıpkı ayıplı seri

olmayan ve genel olarak tüketicileri ilgilendiren hâllerde Kanun'a aykırı durumun ortadan kaldırılması amacıyla dava açabileceklerine ilişkin düzenleme dikkate alındığında, olan hukuk bakımından tüketici örgütleri bu hakka sahiptir.

²⁸⁵ Havutçu-Genel İşlem Şartları, s. 81 vd.; Zevkliler/Aydoğdu, s. 160; Aslan Y., s. 281.

²⁸⁶ Aslan Y., s. 296.

mallarda olduğu gibi- yine Kanun'la yapılması gerekirdi²⁸⁷. Yönetmelik'te düzenlendiği gibi, tüketici, bireysel hukukî koruma kapsamında açacağı men davasından önce ya da dava devam ederken, men talebinin geçici olarak gerçekleştirilmesi için ihtiyatî tedbir talep edebilir.

Yönetmelik hükmünün kollektif hukukî korumaya yönelik kısmı da, menfaati bulunan tüzel kişilerin men talebini ileri sürmesi ve bu talebin tedbir yolu ile geçici olarak gerçekleştirilmesidir. Maddenin Kanun'a uygun bir şekilde yorumlanması, menfaati bulunan tüzel kişiler ile tüketici örgütlerinin anlaşılmasını gerekli kılmaktadır. Grup davaları, bir topluluğun veya üyelerinin menfaatlerinin etkin bir şekilde gerçekleştirilmesi için özel surette teşekkül etmiş tüzel kişilerin başvurabileceği bir yoldur²⁸⁸. Herhangi bir tüzel kişinin dava açması, grup davalarının bu özelliğine uymadığı gibi, genel işlem koşulunun tarafı olmayan tüzel kişinin dava açmasında çoğu zaman hukukî menfaati de söz konusu olamayacaktır. Belirtmek gerekir ki, tüzel kişilerin de tüketici olabilecekleri dikkate alındığında (TKHK m. 3e), "menfaati bulunan tüzel kişiler" ile yalnız tüketici örgütleri değil, genel işlem koşulunun tarafı olan tüzel kişinin bireysel hukukî korunması da anlaşılabilir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Alman Hukuku'ndan farklı olarak tedbir sebebinde esnekliği somut olarak gerekçelendirecek bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna rağmen, tehlikeli hâlin karine olarak kabulünde, kanımızca Türk Hukuku bakımından da tereddüt edilmemelidir²⁸⁹. Öncelikle, haksız genel işlem koşullarının kullanılması hukuk barışını ciddi bir şekilde tehdit etmektedir. Zira, anayasal temele sahip sözleşme özgürlüğü (AY m. 48), genel işlem koşulları sayesinde sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi bakımından kısıtlanmakta, *Havutçu*'nun ifadesi ile "sözleşme özgürlüğü, güçlü olan lehine bir ayrıcalığa dönüşerek, tecrübesiz, bilgisiz, güçsüz insanların hukuk kılıfı altında sömürülmesi sonucunu doğurmaktadır"²⁹⁰. İhtiyatî tedbir, burada somut

²⁸⁷ Zevkliler/Aydoğdu, s. 162.

²⁸⁸ Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 292; Özbay'a göre grup davası, ortak çıkarlara sahip bir grubun temsilcisi olarak birden fazla kişinin dava açmaları ya da haklarında dava açılması durumunda ortaya çıkar (s. 34).

²⁸⁹ HUMK'a göre ihtiyatî tedbirin koşullarının burada da geçerli olduğu hakkında karş. Aslan Y., s. 595.

²⁹⁰ Havutçu-Genel İşlem Şartları, s. 38.

olarak hukuk barışının yeniden tesis edilmesine hizmet etmektedir²⁹¹. Üçüncü olarak, az yukarıda belirtildiği gibi, haksız genel işlem koşullarının süratle ayıklanmasında kamusal menfaat ön plandadır. Bu nedenle, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 103. maddesine göre gecikmesinde tehlike olan hâlin varlığı karine olarak benimsenmeli, dava açan tüketici örgütü, tedbir sebebi için ispat faaliyetinde bulunmak durumunda kalmamalıdır. Tüketici örgütünün haksız koşula karşı sessiz kalması, tedbir sebebi ile ilgili karineyi sona erdirmemelidir. Çünkü ülkemizde tüketici örgütleri, sayıları giderek artan genel işlem koşullarını düzenli bir şekilde takip edecek ve haksız koşullara hızlı bir şekilde reaksiyon gösterecek etkinlikte yapılanmamıştır²⁹². Buna karşılık, Yönetmeliğin 8. maddesine göre genel işlem koşulunun muhatabı olan gerçek veya tüzel kişilerin başvurdukları bireysel hukukî korumada kamusal menfaatten çok bireysel menfaat ön plandadır. Tedbir talep eden, genel işlem koşulunun uygulanmasının durdurulmasında ne gibi aciliyetin bulunduğunu yaklaşık ispat seviyesinde ispat etmelidir.

Tedbir yargılamasında karşı taraf dinlenilmeden de karar verilebilmesini gerektirecek bir aciliyet ya da zarar tehlikesi söz konusu olmadığından, prensip olarak karşı taraf dinlenilerek karar verilmelidir²⁹³. Bütün eda tedbiri yargılamalarında olduğu gibi men talebinde de tarafların menfaatleri tartılacaktır. Ancak kollektif hukukî koruma söz konusu ise, men talebinde kollektif menfaatlere hizmet edildiğinden ve uygulamanın sürmesi hukuk düzenine ciddi şekilde zarar vereceğinden, talep sahibi tüketici örgütünün menfaatleri prensip itibarıyla karşı tarafa göre ağır basacaktır²⁹⁴.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda, Alman Hukuku'ndan farklı olarak kollektif hukukî korumada kesin hükmün sirayeti, dava yolu için dahi

²⁹¹ **Hensen** in Ulmer/Brandner/Hensen, § 5 UKlaG N. 10; **Ulrici**, s. 401.

²⁹² Ülkemizde tüketici örgütlerince açılan davaların başarılı olabilmesinin, iyi finanse edilmiş güçlü kuruluşların varlığına bağlı olduğuna ilişkin bkz. **Özbay**, s. 226, 227. Tedbir sebebi ile ilgili tüketici örgütleri lehine olan karinenin uzun süre sessiz kalınması durumunda sona ereceğini savunan **Boemke**, şayet tüketici örgütü, çok sayıda davayı takip etmek durumunda olmasından ve personel yetersizliğinden ötürü ilgili davayı daha önce açmadığını ispat ederse karinenin süreceğini ifade etmektedir (**Berger/Boemke**, Kap. 5 N. 235).

²⁹³ **Staudinger/Schlosser**, § 1 UKlaG N. 7; **Lindacher** in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, 5 UKlaG N. 56. **Stoffels**, acele hâllerde karşı taraf dinlenilmeden de karar verilebileceği görüşündedir (N. 1172).

²⁹⁴ **Ulrici**, s. 401; **Berger/Boemke**, Kap. 5 N. 236.

düzenlenmemiştir²⁹⁵. Tüketici örgütü lehine verilen tedbir kararı, -dava yolu için açık düzenleme olsa bile²⁹⁶- asıl dava sonuna değin hüküm ifade edecek olmasından, yani geçicilik niteliğinden ötürü tüketicilere sirayet ettirilemez. Tüketici, sözleşme hükmüne, tüketici örgütü lehine verilen tedbir kararına dayanarak itiraz edemez. Tedbir kararının, münhasıran kararın verilmesinden sonra akdedilecek yeni sözleşmeleri mi kapsamına aldığına ilişkin Alman Hukuku'ndaki tartışma, hukukumuzda tüketici bakımından önemi haiz değildir. Zira, tüketici, kendisine sirayet etmeyen tedbir kararını gerekçe göstererek âkidine karşı koyamaz. Fakat tüketici örgüt bakımından, karşı tarafın ileride akdedeceği sözleşmelerin yanında, mevcut sözleşmelerde de genel işlem koşullarını kullanmaya devam etmesi durumunda, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 113A maddesine göre cezalandırılmasını isteyip isteyemeyeceği sorusu, hükmün etkisi ile ilgili tartışmalara Türk Hukuku bakımından da anlam kazandırmaktadır. Kanımızca, men talebinin hüküm altına alınmasının, tasfiye edilmemiş, yani devam etmekte olan sözleşmelere de etki etmesi gerekir. Hükmün, yalnız ileride akdedilecek sözleşmelerde uygulama alanı bulacağı görüşü eşitlik ilkesine aykırıdır. Men talebi, yeni sözleşmelerde tüketicinin kullanana itiraz etme hakkını bahşederken, henüz tasfiye edilmemiş sözleşmelerde hukuka aykırılığın ortadan kaldırılamamasına yol açacaktır. Hükmün akdedilmiş sözleşmelere etkisini reddeden görüş, özellikle sürmekte olan sözleşmelerde tüketicinin kollektif hukukî korumadan yoksun bırakılması yönüyle adaletsiz sonuçlar doğuracaktır. Örneğin, haksız koşul niteliğindeki faiz hükmü, ileride akdedilecek sözleşmede tüketicinin karşı koymasına imkân sağlayacakken, mevcut sözleşmede -tüketici bireysel hukukî korumaya başvurmadiğı sürece- haksız sözleşme hükmüne göre faiz tahakkuk ettirilebilecektir²⁹⁷. Diğer yandan, bir işin yapılmaması talebi, hukukî niteliği

²⁹⁵ Kesin hükmün yalnız davanın tarafları arasında hüküm ifade edeceği, tüketicilere sirayet etmeyeceğine ilişkin bkz. **Pekcanitez, Hakan**: Tüketici Mahkemeleri (Tüketici Mahkemeleri), İBD 1996/4-5-6, s. 153, 159.

²⁹⁶ **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, grup davasının lehe ya da aleyhe sonuçlanmasının, bu konuda bir düzenleme olmadığından, daha sonra açılacak davalarda kesin hüküm etkisi doğurmayacağını, ancak bu davalarda ortaya çıkan tespitlerin ya da bizzat hükmün kendisinin delil olarak kullanılmasına engel olmadığını belirtmektedirler (s. 291, 292). Aynı yönde bkz. **Özbay**, s. 226.

²⁹⁷ "Kullanıcı, akdedilmiş eski sözleşmelerin müstakbel tasfiyesinde, geçersiz genel işlem koşuluna dayanamaz." (**Walker-UKlaG**, N. 12).

itibariyle bir eda talebidir²⁹⁸. İnşai talepler prensip itibariyle ileriye etkili hüküm altına alınırken, eda talepleri geriye etkilidir²⁹⁹. Men talebine yürürlük kazandırıldığında, genel işlem koşulunun kaleme alındığı tarihteki haksızlığı tespit edilmiş olmaktadır. Hükümün tasfiye edilmiş sözleşmelere etkisini reddeden görüş, mahkeme kararının etkilerini dikkate almamakta, men kararına adeta inşai karar vasfını kazandırmaktadır.

Men kararının geriye etkili sonuçları, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 113A maddesinin şu şekilde uygulanmasını gerektirecektir: Genel işlem koşulu, yeni sözleşmelerde de uygulanmaya devam edilir ya da sürmekte olan sözleşmelerde haksızlığı tespit edilen hükme göre talep ileri sürülürse, tedbir kararına aykırı hareket edilmiş olunur ve tüketici örgütünün başvurusu üzerine cezaî yaptırım devreye girer. Tedbir kararı, tüketiciye sirayet etmediğinden, onun 113A maddesine göre kullananın cezalandırılmasını istemesi söz konusu değildir. Ancak bireysel hukukî koruma kapsamında tüketicinin açtığı men davasında tedbire hükmedilmiş, ancak kullanıcı yine aynı sözleşme hükmüne göre hareket etmişse, örneğin faiz, haksızlığı tedbiren tespit edilen sözleşme hükmüne göre hesaplamışsa, tüketici, kullanıcının Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 113A maddesine göre cezalandırılmasını isteyebilir.

Kararda belirli bir sözleşme hükmünün haksızlığı tedbiren hüküm altına alınacaktır. Ancak genel işlem koşulunu kullanan, haksız bulunan sözleşme hükmünü değiştirerek içerik olarak aynı yeni bir sözleşme hükmünü getirebilir. Bu durumda, kanımızca, genel işlem koşulunu kullanan yine tedbire aykırı hareket etmiş olur³⁰⁰ ve Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 113A maddesine göre cezalandırılabilir. Bir işin yapılmaması taleplerinin icrasını düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu'nun 30. maddesinin 3. fıkrasındaki "bir işin yapılmamasına ilişkin ilâmın gereği yerine getirildikten sonra borçlu, ilâm hükmünü ortadan kaldıracak bir eylemde bulunursa, mahkemeden ayrıca hüküm almaya gerek kalmadan, önceki ilâm hükmünün tekrar zorla yerine getirileceği"

²⁹⁸ **Deren-Yıldırım-İhtiyati Tedbirler**, s. 100.

²⁹⁹ **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s. 534, 535.

³⁰⁰ **Lindacher** in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, 5 UKlaG N. 63. Men emri, yalnız somut koşulu değil, içerik olarak aynı düzenlemeleri de kapsamına alır (**Walker-UKlaG**, N. 36).

hükmü de sözleşmenin değiştirilerek uygulanması hâlinde cezaî yaptırımını haklı kılar.

Men talebi yaklaşık olarak ispat edilemediği takdirde, “sözleşme hükümlerin bazılarının yargı denetimine tâbi olduğu ve hukuka uygun bulunduğu takdirde uygulanacağı” şeklinde daha hafif etkileri olan düzenleme tedbirine hükmedilebileceği görüşünün, Türk Hukuku’na doğrudan aktarılması yerinde olmayacaktır. Görüşümüze göre, teminat ve eda dışında, düzenleme tedbiri şeklinde üçüncü bir kategori yoktur³⁰¹. Kaldı ki, burada yine eda tedbirine hükmedilmektedir. Çünkü genel işlem koşulunu kullananın bir işi belirli bir şekilde yapmasına karar verilmektedir. Genel işlem koşulunun kullanılmamasına nazaran böyle bir eda tedbirinin daha hafif sonuçlarının olduğu doğrudur. Ancak genel işlem koşulunun sözleşmede muhafaza edilebilmesine imkân sağlayan böyle bir eda tedbirinin daha hafif sonuçlar doğuracak olması, tek başına tedbirin maddî hukuktan soyutlanmasını haklı kılmaz. Talep sahibine, maddî hukuk talebini yaklaşık olarak ispat etmeden -geçici bile olsa- hukukî koruma sağlanamamalıdır³⁰². Tüketici örgütü ve onun arka planındaki tüketicilerin menfaatleri dikkate alındığında, hiç geçici hukukî koruma sağlanamamasındansa, genel işlem koşulunun haksızlığı yaklaşık olarak ispat edildiği takdirde, haksız bulunan sözleşme hükümlerine, “bunların yargı denetimine tâbi olduğu ve hukuka uygun bulunduğu takdirde uygulanacağı” şeklinde bir ilâve yapılarak uygulanmasına tedbiren karar verilebilmelidir.

Tüketici örgütü lehine verilen tedbir kararının tüketiciye sirayet edememesini aşmak için Alman Hukuku’nda geliştirilen bağlanma beyanının, genel işlem koşullarının haksızlığının gerek bireysel gerekse kollektif yoldan etkin ve yaygın bir şekilde dava edilmediği hukuk sistemimiz için yakın bir gelecekte önem arz etmesi beklenilmemelidir. Genel işlem koşulunu kullananın arka arkaya açılacak davalardaki yargılama masraflarını göze alamaması nedeniyle tedbir kararını nihaî hüküm gibi kabul etme iradesi göstermesi, ancak grup davalarının ve tüketicilerin nezdinde hak arama bilincinin gelişmesinden sonra Türk Hukuku’nun gündemine girip daha yakından tartışılabilir. Şimdilik şu

³⁰¹ Bkz. a.ş. Bölüm III, § 9, III, B.

³⁰² Bu konuda bkz. yuk. Bölüm II, § 6, V, A, 1.

kadarı söylenebilir ki, Türk Hukuku, asıl dava açılmadığı takdirde tedbirin kendiliğinden ortadan kalkması noktasında Alman Hukuku'ndan ayrılmaktadır. Tamamlayıcı merasim zorunluluğu yürürlükteki sert şekliyle muhafaza edildiği sürece (m. 109), Alman Hukuku'nda olduğu gibi tedbir kararlarına bağlayıcılık atfedilmesi, dogmatik temelin oluşturulmasının kolay olmamasından ötürü başarısızlığa uğrayabilir.

Alman Hukuku'nda asıl davada verilen kararın yayımlanması, bizim hukukumuzda ise tedbir kararının yayımlanması kabul edilmiştir. Alman Hukuku'nun aksine tedbir yargılaması tamamlayıcı merasim zorunluluğundan ötürü asıl davaya bağlanacağından, tedbir kararının yayımlanmasına gerek olmadığı düşünülebilir. Ancak kanun koyucumuz yerinde bir tercihte bulunarak tedbir kararının, tüketici hukukuna aykırı eylemlerin sonuçlarını bertaraf edici rolünü göz önüne almıştır. Belirtmek gerekir ki, bütün tedbir kararları değil, diğer tüketicilerin de uyarılmasını gerekli kılan tedbir kararları yayımlanmalıdır³⁰³.

(3) Ayıplı Seri Mal Üretiminde Üretimin veya Satışın Durdurulması

Genel işlem koşulları dışında, tüketici hukukuna aykırı başka eylemler de Kanun'un 23. maddesinin ifadesiyle "genel" nitelik kazanabilir ve kollektif hukukî korumayı gerekli kılabilir. Örneğin, ayıplı seri mal üretimi, münferit olmayan ve genel olarak tüketicileri ilgilendiren bir hâldir³⁰⁴. Ayıplı seri mal üretimine ilişkin olarak Kanun'un 24. maddesinin 1. fıkrasında, az yukarıda anılan 23. maddenin 4. ve 5. fıkrasına göre özel hüküm niteliğinde bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, satışa sunulan bir seri malın ayıplı olması durumunda Bakanlık, tüketici ve tüketici örgütlerinin, ayıplı seri malın üretiminin ve satışının durdurulması ve satış amacıyla elinde bulunduranların toplatılması için dava açabileceği hükme bağlanmıştır. Aynı maddenin 2. fıkrasında, satışa sunulan bir seri malın ayıplı olduğu mahkeme kararı ile tespit edilirse, satışın geçici olarak durdurulabileceği düzenlenmiştir.

³⁰³ Aslan Y., s. 596.

³⁰⁴ Hanağası-Topluluk Davaları, s. 403; Hanağası-Menfaat, s. 223.

Ayıplı seri mal üretimine ilişkin düzenleme, genel düzenlemeden şu noktalarda ayrılmaktadır: Birincisi, tüketiciler de, Bakanlık ve tüketici örgütleri yanında kollektif hukukî korumaya başvurabilirler³⁰⁵. İkincisi, ihtiyatî tedbir kararına, seri malın ayıplı olduğunun mahkemece tespit edilmesi durumunda hükmedilebilir. Üçüncü olarak, üretimin durdurulması ve satış amacıyla elinde bulunduranların toplatılması değil, satışın durdurulması tedbirin konusunu oluşturabilir³⁰⁶.

Bu düzenleme, tedbirin konusu ve tedbir kararına ne zaman hükmedileceği bakımından yoruma ihtiyaç göstermektedir. Lafzî yorum yapıldığında, asıl dava sonunda, seri malın ayıplı olduğu tespit edildiğinde, yalnız satışın durdurulmasına yönelik tedbir kararı verilebilecektir. Yani, üretimin durdurulması, tedbirin kapsamı dışında kalmaktadır. Ancak kanun koyucunun amacı, davadan önce ve dava devam ederken tedbir kararı verilmesini engellemek, tedbirin konusunu satışın durdurulmasına hasretmek değildir. Çünkü, kollektif hukukî korumanın etkin kılınabilmesi için bilakis asıl dava sonuçlanmadan önce de geçici hukukî koruma sağlanabilmeli, satışın durdurulması yanında gerektiğinde üretim de durdurulabilmelidir. Ayrıca, asıl dava sonunda satışın durdurulmasına karar verildiğinde tedbire zaten gerek kalmaz. Çünkü eda hükmü olan satışın durdurulması, kesinleşmeden icra kabiliyetini haizdir. Bu gerekçelerle, hüküm, amacı itibariyle şu şekilde yorumlanmalıdır: Malın ayıplı, tüketicinin açtığı davada (bireysel hukukî koruma) tespit edilmişse, 24. maddenin 2. fıkrasına göre kollektif hukukî koruma kapsamında Bakanlık, tüketici örgütleri ve münferiden tüketiciler, ihtiyatî tedbir talep ederek satışın durdurulmasını isteyebilirler. Burada, tedbire esas teşkil eden talebinin ayrıca yaklaşık ispatına gerek yoktur. Tedbire esas teşkil eden talebin ispatı faaliyetinde, tüketicinin kazandığı davadaki seri malın ayıplı olduğu tespitine dayanılabilir. Ancak üretimin durdurulmasına, bireysel hukukî koruma kararına dayanılarak tedbire esas teşkil eden maddî hukuk talebinden bağımsız şekilde tedbiren karar verilemez. Kollektif hukukî korumada tedbirle üretimin durdurulması için malın ayıplı olduğunun ayrıca yaklaşık ispat seviyesinde ispat

³⁰⁵ Tüketici örgütüne açılması gereken bir davanın tüketici örgütünün üyeleri tarafından bireysel olarak açılmayacağına ilişkin karşı. Özbay, s. 220.

³⁰⁶ Bu konuda bkz. Zevkliler/Aydoğdu, s. 448-451.

edilmesi gerekir. Mahkeme, menfaat dengesine ve tarafın talebine göre, üretimin ya da ona göre daha hafif sonuçları olan satışın durdurulmasına tedbiren karar verebilir.

4. Banka Teminat Mektuplarında Eda Tedbirleri

Teminat sağlama amacıyla sıklıkla banka teminat mektuplarına başvurulmakta, asıl sözleşmenin taraflarından birisinin talebi üzerine banka ile muhatap garanti sözleşmesi akdedilmektedir. Borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesine rağmen muhatabın teminat mektubunu paraya çevirmek istemesi, lehtar bakımından büyük bir risk teşkil etmektedir. Gerçekten, banka teminat mektupları, çoğunlukla ilk talepte ödeme kayıtlı hazırlanmakta, teminat mektubu paraya çevirilince, lehtar, borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmediğinden bahisle muhataba yönelik teminat mektubu bedelinin tahsilini dava etmek zorunda kalmaktadır. Ne var ki, lehtarın açacağı dava, yargılama süresinden ötürü kendisine beklediği hukukî korumayı sağlayamayabilmektedir. Teminat mektubunun ibrazı ile bankanın ifası arasında çok kısa bir zaman diliminin bulunduğu göz önüne alınırsa, lehtarın, muhatabın banka teminat mektuplarının hukuka aykırı bir şekilde paraya çevrilmesi taleplerine karşı etkin bir şekilde korunmasının asıl dava sonucunu öne çeken ihtiyatî tedbirler bakımından ne denli önemli olduğu görülecektir³⁰⁷. Muhatap açısından değerlendirildiğinde, ilk talepte ödeme kayıtlı banka teminat mektubu, borcun gereği gibi ifa edilmediğine yönelik itirazları bertaraf etmek zorunda kalmaksızın nakde ulaşmak işlevini görmektedir³⁰⁸. Lehtar ile muhatap arasındaki menfaat çatışması, lehtar, ödemeyi ihtiyatî tedbir yolu ile durdurmak istediğinde doruk noktasına çıkmaktadır.

a. Alman Hukuku'nda

Teminat mektubunun ödenmesinin ihtiyatî tedbir yolu ile durdurulması Alman Hukuku'nda iki farklı ihtimale göre tartışılmaktadır. Birinci ihtimalde,

³⁰⁷ Thümmel in Wiczorek/Schütze, § 940 N. 29; Heinze, s. 154; Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 935 N. 198; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 935 N. 33.

³⁰⁸ Bankanın müteselsil kefaleti bakımından aynı yönde bkz. Schuschke in Schuschke/Walker, vor § 935 N. 80.

lehtar muhataba karşı banka teminat mektubunun paraya çevrilmemesini; ikinci ihtimalde ise, bankaya karşı teminat mektubu bedelinin ödenmemesini tedbiren talep etmektedir.

(1) Muhatabın Teminat Mektubunu Paraya Çevirmeden Men Edilmesi

Birinci ihtimalde lehtar, muhataba karşı, konusu teminat mektubunun paraya çevrilmemesi olan (paraya çevirme yasağı) ihtiyatî tedbir talep edebilir³⁰⁹. Tedbire esas teşkil eden maddî hukuk talebi, bir işin -teminat mektubunun paraya çevrilmemesi-yapılmamasıdır (men talebi). Teminat mektubunun, asıl borç ilişkisinde borcun ifa edilmediği itirazı ileri sürülmeksizin ödemeye imkân sağlama işlevi, dürüstlük kuralı ile sınırlıdır. Alacaklı teminata, ancak teminat altına alınan talep mevcut ise başvurabilir. Şayet lehtar ile muhatap arasındaki hukukî ilişkide alacak mevcut değil ise ya da alacaklının borçluya karşı talep hakkı sona ermiş ise, muhatabın, asıl hukukî ilişkide alacaklı sıfatına sahip olmamasına rağmen bankaya başvurması hakkın kötüye kullanılması³¹⁰ teşkil eder³¹¹. Hakkın kötüye kullanılması, ya açık olmalı³¹² ya da likit delillerle ispat edilebilir olmalıdır³¹³. Paraya çevirme talebi, hiçbir tereddüde yer vermeyecek açıklıkta hukuka aykırı olmalıdır. Hukuka aykırılığın yalnız olası görülmesi, yani sözleşmenin yorumlanması yoluyla sonuca varılması yeterli görülmemektedir³¹⁴. Bunun yanında, paraya çevirme talebinin keyfi, aldatmaya yönelik ya da zarar

³⁰⁹ Thümmel in Wieczorek/Schütze, § 940 N. 30; Zöllner/Vollkommer, § 940 N. 8; Jedzig, Joachim: Aktuelle Rechtsfragen der Bankgarantie auf erstes Anfordern, WM 1988, s. 1473; Musielak/Huber, § 940 N. 7; Kümpel, Siegfried: Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Auflage, Köln 2004, N. 5.406; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 935 N. 36. Karşı görüşte olan Liesecke'ye göre, teminat mektubu, lehtarla ödeme konusunda ihtilâf olduğunda da teminat sağlama işlevine sahiptir (Liesecke, R.: Rechtsfragen der Bankgarantie, WM 1968, s. 27). Yine karşı görüşte olan von Westphalen'e göre, -az ileride tartışılacağı üzere- lehtarın bankaya yönelik teminat mektubu bedelinin ödenmemesi talebi vardır. Bu talebin ihtiyatî tedbir yolu ile geçici olarak gerçekleştirilebilmesinin ötesinde muhataba karşı da tedbire hükmedilmesine gerek yoktur (s. 306). Karşı görüş için ayrıca bkz. Schellhammer, N. 1951.

³¹⁰ unzulässige Rechtsausübung (BGB § 242).

³¹¹ Schuschke in Schuschke/Walker, vor § 935 N. 81; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 70.

³¹² Berger/Boemke, Kap. 5 N. 70.

³¹³ Zöllner/Vollkommer, § 940 N. 8; Jedzig, s. 1473; Musielak/Huber, § 940 N. 7; Kümpel, N. 5.407. Aynı yönde kararlar için bkz. BGH, 10.2.2000, BGHZ 143, s. 383; BGH, 10.10.2000, BGHZ 145, s. 291.

³¹⁴ BGH, 29.9.1986, WM 1986, s. 1429, 1430.

verme kasdını içermesi gerektiği de ileri sürülmektedir³¹⁵. Likit deliller ile, hem teminat mektubunun kullanılmasının hukuka aykırılığını, yani riskin gerçekleşmediğini nihaî ve tereddütsüz bir şekilde tespit eden deliller hem de bu tür tedbir yargılamalarında yaklaşık ispat ölçüsünün yeterli olmadığı, yani tam ispat kastedilmektedir³¹⁶. Likit delillere yalnız senet dahildir. Hakkın kötüye kullanılmasına yönelik olarak tanık dinlenilememelidir³¹⁷.

Tedbir sebebi olarak, lehtarın teminat mektubunu haksız bir şekilde tahsil eden muhataba karşı açacağı sebepsiz zenginleşme davası sonucunun (icrasının) zorluklara yol açacağı ya da teminat mektubu bedelinin hiçbir şekilde geri istenemeyeceği tehlikesi mevcut olmalıdır³¹⁸.

Muhatabın teminat mektubunu bankaya ibraz etmemesi yönünde verilen tedbir kararı kesin hükmün sübjektif sınırları açısından bankayı bağlamaz. Bankanın teminat mektubu bedelini muhataba ödemesi, tedbir kararına aykırılık teşkil etmez. Ancak yine de ihtiyatî tedbir kararının bankaya tebliğ edilmesi yerinde olur. Zira, tedbir kararı, teminat mektubunun kullanımının hukuka aykırılığını belgeleyip bunu yeterli ölçüde ispat ettiğinden, diğer bir ifade ile hukuka aykırılık bakımından likit bir delil olduğundan, bankanın tebliğden itibaren vaki olacak ödeme talebini reddetmesi gerekir. Tedbirin kendisine tebliğ edilmesine rağmen ödemedede bulunan banka, bu davranışı ile müşterisi ile arasındaki ilişkiden doğan koruma ve özen yükümünü ihlâl etmiş olur ve müşterisine rüçû talebini yitirir³¹⁹.

³¹⁵ **Jedzig**, s. 1473. **Nielsen**, hakkın kötüye kullanılmasının dışında ayrıca kusurun da araştırılmaması gerektiği görüşündedir (**Nielsen, Jens**: Bankrechts-Handbuch, Hrsgb: Schimansky, Herbert/Bunte, Hermann-Josef/Lwowski, Hans-Jürgen, Band 1, 3. Auflage, München 2007, § 121 N. 224).

³¹⁶ Yaklaşık ispatı yeterli gören karşı görüş için bkz. bkz. Münch Komm ZPO-**Heinze**, 2. Auflage, § 935 N. 201; **Thümmel** in Wiczorek/Schütze, § 940 N. 30; **Mülbert, Peter O.**: Mißbrauch von Bankgarantien und einstweiliger Rechtsschutz, Tübingen 1985, s. 137.

³¹⁷ **Kümpel**, N. 5.405; **Nielsen**, § 121 N. 223.

³¹⁸ **Berger/Boemke**, Kap. 5 N. 71; **Kümpel**, N. 5.407. Muhatabın yurt dışında bulunması ve bulunduğu hukuka göre alacağın tahsilinin güçlük yaratacak olması tedbir sebebi teşkil etmez. Zira, sözleşmenin akdedildiği sırada, bu tehlike öngörülebilmektedir.

³¹⁹ **Schütze, Rolf A.**: Einstweilige Verfügung und Arreste im internationalen Rechtsverkehr, insbesondere im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme von Bankgarantien (Bankgarantie), WM 1980/51-52, s. 1438, 1441; Münch Komm ZPO-**Heinze**, 2. Auflage, § 935 N. 213; **Jedzig**, s. 1473; **Nielsen**, § 121 N. 257; **Hahn, Volker**: Rechtsmissbrauch bei der Rückgarantie auf erstes Anfordern, NJW 2001, s. 2450, 2451. Karşı görüşte olan **von Westphalen**'e göre, banka, kendi aleyhine hükmedilmemiş bir tedbire uygun davranmak zorunda değildir (s. 306). Alman Federal

(2) Bankanın Teminat Mektubu Bedelini Ödemeden Men Edilmesi

Böyle bir talebin hukuka uygunluğunun lehinde ve aleyhinde görüşler mevcuttur. Tedbirin hukuka uygunluğunun aleyhindeki görüşler, esas itibariyle maddî hukuka dayanmakta, tedbire esas teşkil eden maddî hukuk talebinin bulunmadığını iddia etmektedirler. Bunun yanında, tedbir sebebi eksikliği de vurgulanmaktadır.

Öncelikle, tedbir kararı, tedbir yargılamasının taraflarına yabancı bir sözleşme ilişkisine müdahale teşkil etmektedir. Tedbir yargılamasının tarafları banka ve müşterisi iken, karara banka ile muhatap arasındaki sözleşme ilişkisi ve muhatabın bu sözleşmeye aykırı olarak teminat mektubunu paraya çevirme talebi esas teşkil etmektedir³²⁰.

Sonra, tedbir, banka teminat mektuplarının bünyesine uygun değildir. Çünkü bu türden teminat mektupları soyut niteliği sayesinde bankaya, kararlaştırılan şekli koşullar gerçekleştiğinde, garanti edilen bedeli derhal ödeme yükümlülüğü altına sokmaktadır. Maddî hukuktan doğan itirazlar, ancak rücu ilişkisinde ileri sürülebilir³²¹. Aksi takdirde, banka teminat mektubunun teminat sağlama işlevinden uzaklaşılacaktır. Banka teminat mektuplarında muhatap, asıl hukukî ilişkiden bağımsız bir teminata sahip olduğuna güvenerek hukukî ilişkiye girmektedir. Bu açıdan, garanti, çoğu zaman sözleşmenin esaslı noktasını oluşturmaktadır. Lehtarın talimatları ile teminata müracaat edilememesi, muhatabın sözleşmeden beklediği menfaatlerine uygun düşmediği gibi, banka teminat mektuplarının uluslararası ticaretteki işlevi de zarar görmektedir³²².

Nihayet, banka ile müşterisi arasında gerçek anlamda bir ihtilâf bulunmamaktadır. Banka, hukuka aykırılığın bulunup bulunmadığını kendisi

Mahkemesi, bir kararında, lehtarın muhataba karşı aldığı tedbir, muhatap dinlenilmeden verilmişse banka açısından hukuka aykırı kullanımın likit delilinin mevcut olmadığı sonucuna varmıştır (BGH, 10.10.2000, NJW 2001 s. 282). Kararın eleştirisi için bkz. **Hahn**, s. 2450, 2451.

³²⁰ **Liesecke**, s. 27; **Schellhammer**, N. 1951.

³²¹ Banka teminat mektubunun bu hukukî niteliği “önce öde sonra tartış” şeklinde açıklanmaktadır (**Hahn**, s. 2450; **Jedzig**, s. 1469; **Zöller/Vollkommer**, § 940 N. 8; **Berger/Boemke**, Kap. 5 N. 67; OLG Frankfurt, 27.4.1987, NJW-RR 1987, s. 1264).

³²² **Coing, Helmut**: Probleme der internationalen Bankgarantie, ZHR 1983, s. 138; **Kümpel**, N. 5.409.

değerlendirip açıkça hukuka aykırı paraya çevirme talebi söz konusu ise, ödeme talebini kendisi de reddedebilir. Bu anlamda, bankanın teminat mektubu bedelini ödeyip ödememeyi kendisinin belirlemede menfaati bulunmaktadır³²³. Şüphesiz, bankayı burada oldukça zor bir seçim beklemektedir. Şayet açıkça hukuka aykırılığa rağmen teminat mektubu bedeli ödenirse, akde aykırılıktan ötürü lehtara rüçû talebi (masrafların ödenmesi talebi) ileri sürülemeyecektir. Bankanın ödeme talebini reddetmesi durumunda ise, muhatabın kendisine alacak davası açması gündeme gelecektir³²⁴. Hukuka aykırı ödeme talebinin banka tarafından karşılanması, onun müşterisine rüçû etmesine engel olduğuna göre, lehtarın haklarını tehlikeye düşüren tehlikeli hâlden (tedbir sebebi) söz edilemeyecektir³²⁵. Burada banka, ödemeyi kendi yükümlülüğü nedeniyle kendi malvarlığından yapmaktadır. Müşteri ile ilişkisinde hukuka aykırılık itirazının ileri sürülebileceği bir alacağı ifa edip etmediği meselesi ancak müşterisine rüçû etmek istediğinde tartışma konusu olacaktır³²⁶. Yani, tehlikeli hâl ya da zarar, ödeme gerçekleştiğinde ve banka, müşterisine yöneldiğinde ortaya çıkar. Bu nedenle, müşterinin hesapları bloke edilmediği ya da teminatlarına başvurulmadığı sürece tedbir sebebi bulunmamaktadır.

Bankaya yönelik tedbir kararının lehinde olan görüş, aleyhinde olan görüşün maddî hukuka ve tedbir sebebine ilişkin itirazlarına şu şekilde yanıt vermektedir: Müşterinin talebi üzerine tedbir yolu ile bankaya yönelik ödeme yasağı kararı, tedbir yargılamasının tarafı olmayan muhatabın hukukça korunan bir değerine müdahale teşkil etmemektedir³²⁷. Tedbir yargılamasının tarafı olmayan üçüncü kişinin hukuk alanına müdahaleden söz edebilmek için, üçüncü kişinin korunmaya değer bir hukukî konuma sahip olması gerekir. Oysa, risk henüz doğmadığından, muhatabın bankaya yöneltebileceği ödeme talebinin olmadığı ve teminatın kullanılmasının hukuka aykırı olduğu, tedbir talep eden lehtar tarafından tedbir yargılamasında ispat edilmektedir. Yani, tedbir kararının müdahale ettiği iddia edilen garanti sözleşmesinin soyutluğundan hareketle,

³²³ Coing, s. 135.

³²⁴ Jedzig, s. 1471.

³²⁵ Kümpel, N. 5.410.

³²⁶ Jedzig, s. 1471. OLG Stuttgart, 11.2.1981, ZIP 1981/5, s. 499.

³²⁷ Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 935 N. 200; von Westphalen, s. 286.

bankanın, hukuka aykırı paraya çevirme talebinde ödeme yükümlülüğünden söz edilemeyecektir³²⁸.

Şayet lehtar az yukarıda açıkladığımız şekilde, önce muhataba karşı tedbir almış ve bu karar bankaya tebliğ edilmişse, lehtarın bankaya karşı bir önceki tedbir yargılamasında ispat edilen hakkın kötüye kullanılmasına katılmamasına yönelik talep hakkı vardır. İşte bu talep hakkı, bankaya karşı talep edilen tedbirin maddî hukuk dayanağı ve üçüncü kişinin hukuk alanına müdahale edilmediğinin ispatıdır³²⁹. Tedbir kararı verildiğinde banka bilakis tarafları lehtar ve muhatap olan iki cephe arasında bırakılmamış olacaktır³³⁰. Bir an için yabancı bir hukukî ilişkiye müdahale edildiği varsayılsa da, tedbir kararı ile bu yönde müdahalelerin caiz görüldüğü başka durumlar da vardır³³¹.

Garanti sözleşmesinin soyutluk niteliğine yönelik itiraz, üç köşeli ilişkinin diğer ayağını oluşturan banka ile müşteri arasındaki iş görme sözleşmesinden hareket edilerek çürütülmektedir. Lehtarın, teminat mektubunun bünyesine uygun düşmediğinden bahisle bankaya yöneltebileceği men talebi yoksa, bankanın hukuka aykırı ödeme hâlinde müşterisine karşı rüçû talebini hangi gerekçe ile kaybettiği ancak hile itirazı ile açıklanabilir. Oysa, bankanın açıkça hukuka aykırı ödeme talebini reddetmesi gerektiği, iş görme sözleşmesinden çıkarılabilecek bir yüküm söz konusu ise gerekçelendirilebilir. Bu yüküm de, koruma ve özen yükümleridir. Hukuka aykırı paraya çevirme talebi ileri sürüldüğünde, bankaya hukuka aykırılığı açıkça ortaya koyan likit deliller ibraz edilirse, bankanın ödemeden kaçınması koruma ve özen yükümlerine dahildir³³².

³²⁸ **Heinze**, s. 157; **von Westphalen**, s. 288; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 935 N. 34.

³²⁹ **Schuschke** in Schuschke/Walker, vor § 935 N. 82. Yazar, lehtar, muhataba karşı tedbir almamış olsa bile, bankaya yönelik hakkın kötüye kullanılmasına katılmamaya yönelik men talebinin tedbire konu edilebileceğini belirtmektedir. Ancak asıl borç ilişkisindeki ifa engeli o denli inandırıcı bir şekilde iddialı edilmeli ve yaklaşık olarak ispat edilmelidir ki, bankadan muhatap ile ihtilâf içine girmesi beklenebilir olmalıdır. Aynı görüşte olan **Boemke**, bankadan kendisi aleyhine hükmedilen tedbir kararından sonra muhatabın açacağı tahsil davasını göze almasının beklenebilir olmasını, menfaatlerin tartılması çerçevesinde değerlendirmektedir (**Berger/Boemke**, Kap. 5 N. 74).

³³⁰ **Schuschke** in Schuschke/Walker, vor § 935 N. 82.

³³¹ Şerh, geçici tescil gibi tasarruf yasakları üçüncü kişinin hukuk alanına müdahale teşkil eden tedbirlere örnek olarak verilmektedir (**Heinze**, s. 157; **Berger/Boemke**, Kap. 5 N. 72).

³³² **Heinsius, Theodor**: Zur Frage des Nachweises der rechtsmißbräuchlichen Inanspruchnahme einer Bankgarantie auf erstes Anfordern mit liquiden Beweismitteln, Festschrift für Winfried

Zira, sözleşmede tarafların ifaya engel olacak her davranıştan kaçınma yükümlülükleri vardır. Hukuka aykırı şekilde ödeme yapılmasının koruma yükümüne aykırılık teşkil edecek olması, lehtarın bankaya karşı ödemedi kaçınmasını talep hakkı bahşeder³³³. Bu suretle, ihtiyatî tedbir yolu ile bankanın iş görme sözleşmesinden doğan koruma ve özen yükümlerini ihlâl etmesinin önüne geçilmektedir³³⁴. Şu hâlde, bankanın ödemedi men edilmesi, maddî hukukla herhangi bir çelişki yaratmamakta, bilakis alacağın doğmadığı bir durumda muhatabın teminat mektubunu paraya çevirme talebi geri çevrilerek maddî hukukun gereği yerine getirilmektedir.

Bankaya yönelik ödemedi men talebindeki asıl mesele, ödeme talebinin hukuka uygun olup olmadığını bankanın kendisinin mi değerlendireceği, yoksa onun bu konuda yanılma ihtimaline karşı hukuka aykırılık değerlendirmesinin geçici hukukî koruma talebini inceleyecek mahkemeye mi aktarılacağıdır. Bankanın ödeme talebinin hukuka uygunluğunu serbestçe takdir edebileceği, uyuşmazlığın ve tedbir sebebi anlamında tehlikenin, takdirin ancak lehtar aleyhine olduğu takdirde doğacağı görüşüne, bankanın asıl borç ilişkisine ve özellikle ticaret yapılan branşa yabancı olmasından ötürü teknik bilgi eksikliğinin her zaman gündeme gelebileceği gerekçesi ile karşı çıkmaktadır. Bankanın

Werner, s. 242; Heinze, s. 157; Thümmel in Wiczorek/Schütze, § 940 N. 31; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 73. LG Frankfurt, 11.12.1979, WM 1981, s. 284.

³³³ Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 935 N. 34, 38. Heinsius, koruma ve özen yükümünün ihlâlinin, müşterisinin bankaya karşı ileri sürebileceği bir men talebini bahşettiğine katılmakta, ancak bu men talebinin hukukî niteliğini farklı şekilde yorumlamaktadır. Buna göre, buradaki men talebi, bağımsız nitelikte değildir, bu nedenle bağımsız olarak dava edilebilirlik vasfını haiz değildir (s. 244, 245). Bu suretle, lehtar, hukuka aykırı ödeme talebi ileri sürüldüğünde, koruma ve özen yükümünden doğan men talebine dayanarak teminat mektubunun ödenmemesini isteyebilir; ancak bu talep hakkı dava edilemediğinden, bankanın ödemek istemesi durumunda tedbir talep edemez. Böylelikle, bankanın kendi sorumluluğuna yol açacak şekilde hukuka aykırılığı kendisinin değerlendirmesi yolu açılarak uluslar arası imajını korumasına imkân sağlanır. Lehtar açısından da, koruma ve özen yükümünün ihlâli bankanın tazminat sorumluluğuna yol açar; banka, hukuka aykırı ödemedi sonra kendisine yöneldiğinde rücu talebi reddedilir (s. 246, 247, 248). Ödemedi men talebinin dava edilemezliğini şekli bulan Mülberr, yan yükümlerin menfaat durumunun haklı kılması durumunda dava edilebileceğini belirterek bu görüşe karşı çıkmaktadır (s. 98).

³³⁴ Nielsen'e göre, burada bankanın kusurlu olarak koruma ve özen yükümünün ihlâlinin önlenmesinden çok, hakkın kötüye kullanılması için banka tarafından yeterli görülmeyen ispat araçlarının lehtar tarafından yargısal yoldan kendisine kabul ettirilmesi söz konusudur (§ 121 N. 254).

müşterisini ne zaman koruması gerektiğini kolaylıkla takdir edemeyebilecek olması, takdirin mahkemeye bırakılmasını haklı kılmaktadır³³⁵.

Lehtar, menfaati icabı elindeki belgeleri hakkın kötüye kullanılması için yeterli görmeye eğilimli iken, banka, bu belgelerin ödeme talebi reddedildiği takdirde muhatabın bulunduğu yerde kendisine açılacak davada ya da icra takibinde de hakkın kötüye kullanılmasını ortaya koymaya muktedir olup olmadığını gözeterek daha titiz bir inceleme yapmaktadır³³⁶. Alacak mevcut olmamasına rağmen bankanın teminat mektubunu ödemek istemesi durumunda, banka ile müşterisi arasında iş görme sözleşmesinden kaynaklanan bir ihtilâf ortaya çıkmaktadır. Zira, ödeme hâlinde, banka, koruma yükümlerini ihlâl etmiş olacak ve bankanın müşterisine rücu etmesi konusunda ihtilâf doğacaktır. Bu ihtilâflı hukukî ilişki, tedbirin maddî hukuk ayağını karşılar³³⁷.

Lehtar aleyhine hareket eden bankanın rücu talebinin sona erecek olmasından ötürü tehlikeli hâlin (tedbir sebebinin) bulunmadığı itirazı da şu şekilde reddedilmektedir: Öncelikle, banka, müşterisine başvurmak istediğinde ya da başvurabileceği durumda, muhataba teminat mektubu bedelini öder. Yani, ödeme, bir anlamda yakında lehtara rücu talebinin ileri sürüleceği anlamındadır, bu da tehlikenin ödemededen önce de var olduğunu gösterir. Bankanın müşteriye başvurusu, tedbir talep eden müşterinin mevcut veya müstakbel hukukî konumunu o denli tehlikeye düşürebilir ki, asıl davada elde edilecek hukukî koruma hiçbir yarar getirmez. Örneğin, bankanın müşterisinin hesabını bloke etmesi, onun asıl davayı takip edemeyecek derecede zor duruma düşmesine ya da muhatabın flâsının gündeme gelecek olmasından ötürü asıl davanın sonuçsuz kalmasına yol açıyorsa tedbir sebebi mevcuttur³³⁸.

Bu konuda ileri sürülen diğer bir gerekçe de, lehtarın bankaya karşı hem teminat mektubunu ödemededen men hem de ödeme yapıldığı takdirde tazminat talebinin bulunmasıdır. Aynı hukukî ilişkiden doğan birden çok talep hakkı var ise, hak sahibi, bunlardan dilediğini seçebileceği gibi, bu talep haklarının geçici

³³⁵ Nielsen, § 121 N. 186.

³³⁶ Nielsen, § 121 N. 254.

³³⁷ Heinze, s. 157, 158; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 935 N. 35.

³³⁸ Heinze, s. 159; Nielsen, § 121 N. 255.

hukukî korumanın değişik araçları ile korunmasını da sağlayabilir. Lehtarın bankaya ödeme hâlinde yönelteceği tazminat talebi, mevcut ödemeden men talebinin tehlikeye düşmediği anlamına gelmemektedir³³⁹. Birden fazla talep hakkı, taleplerden birinin, diğerinin varlığından ötürü tedbir yolu ile gerçekleştirilmesine engel olmamalıdır. Ayrıca, tazminat talebi ile ifa talebi madalyonun farklı yüzlerini teşkil etmektedir. Bu nedenle, lehtarın ödemeden men talebi mevcut olduğu gibi, dava edilebilir niteliğe de sahiptir³⁴⁰.

Bankaya karşı ileri sürülen men talebinin de, teminat mektubunun paraya çevrilmesinin açıkça hukuka aykırı olması ya da hukuka aykırılığın likit bir delille ispat edilmesini gerektirdiği kabul edilmektedir. Hakkın kötüye kullanılması ilk incelemede hemen anlaşılabilir olmalıdır. Vakıalara ve hukukî meseleye ilişkin ihtilâflı noktaların yanıtlanması kolaylıkla mümkün olmuyorsa, teminat mektubunun işlevine zarar gelmemesi için, tedbir reddedilmeli, ödemeden sonra bunlar rüçû davasına bırakılmalıdır³⁴¹. Likit delillerden, tam ispat ölçüsü ve ilâve bir ispat faaliyeti olmaksızın değerlendirilebilen ispat araçları, özellikle senetle ispat anlaşılmaktadır³⁴². Karşı görüşe ise, eda tedbirlerinde, yaklaşık ispatla yetinilmeyip ispat ölçüsünün gerektiğinde tam ispata kadar yükseltilmesi mümkündür. Ancak tam ispatın aranmasına ilişkin kriter Kanun'la bağdaşmamaktadır³⁴³. Burada lehtarın, nihaî hak kaybına uğrayıp uğramayacağı ispat ölçüsü bakımından belirleyici olmalıdır. Teminat mektubunun süresinin sona ermesi gibi nihaî hak kaybı tehlikesi mevcut

³³⁹Heinze, s. 158.

³⁴⁰von Westphalen, s. 287.

³⁴¹Schütze-Bankgarantie, s. 1438; Kümpel, N. 5.404; Nielsen, § 121 N. 223. OLG Frankfurt, 27.4.1987, WM 1988/40, s. 1480 vd. von Westphalen'e göre, garanti sözleşmesinin soyutluk niteliği, ödeme talebinin hukuka aykırılığının açıkça ya da likit delillerle ispat edilmesi hâlinde sona erer. Bankanın ne zaman ödemeden kaçınması gerektiği ve bunun ne şekilde ispat edileceği, iş görme sözleşmesine dahildir. Yani, taraflar iş görme sözleşme ile bir usûl sözleşmesi de yapmış olmaktadır. Banka ile lehtar arasındaki hukukî ilişki, geçici hukukî koruma yargılamasına taşındığında, mahkeme bu usûl sözleşmesine göre hareket etmeli ve likit deliller aramalıdır (s. 289).

³⁴²Bkz. yuk. Bölüm III, § 9, II, E, 4, a, (1).

³⁴³Heinze, s. 159, 160; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 935 N. 35. Yaklaşık ispatı yeterli kabul eden kararlar için bkz. LG Frankfurt, 11.12.1979, WM 1981/11, s. 284 vd.; LG Dortmund, 9.7.1980, WM 1981/11, s. 280 vd.

olmadığı sürece, yaklaşık ispatta ispat ölçüsünün yükseltilmesi yoluna gidilmemelidir³⁴⁴.

Bankaya yönelik ödemededen men tedbirini caiz gören görüşün taraftarlarından bir kısmı, ödemenin durdurulması bakımından ihtiyatî haczin de düşünülebileceğini belirtmektedirler. Buna göre, lehtar, amirin banka teminat mektubunu hukuka aykırı şekilde paraya çevirmesinden ötürü oluşabilecek olası zararlarının tazmininin güvence altına alınması için muhataba karşı ihtiyatî haciz talep etmeli, muhatabın bankaya yönelik alacağına ihtiyatî haciz uygulanabilmelidir. Burada, ihtiyatî haciz alacaklısının aynı zamanda lehtar olması sonucu etkilemez. Nasıl ki, muhatabın diğer alacaklıları, banka teminat mektubundan doğan alacak hakkını haczettirebiliyorlarsa, lehtar da aynı yola başvurabilmelidir³⁴⁵. Ayrıca, lehtarın teminat mektubunun paraya çevrilmemesi talebi vardır. Bu talep, para alacağına dönüşebilecek bir talep olduğundan (ZPO § 916), ihtiyatî haczin konusunu oluşturabilir³⁴⁶.

b. Türk Hukuku'nda

Gerek lehtarın muhataba teminat mektubunu paraya çevirmemesi gerekse bankaya teminat mektubunu ödememesi şeklindeki tedbirlerin konusu bir işin yapılmamasıdır ve bunlar, etkileri itibariyle eda tedbiri kategorisine dahildir³⁴⁷. Eda tedbirleri görüşümüze göre caiz olmakla beraber, buradaki eda tedbirlerinin caiz olup olmadığı üç köşeli hukukî ilişkinin yapısından ötürü ve tarafların menfaat durumu itibariyle ayrıca sorgulanmalıdır.

Bankaya yönelik tedbirde usûl hukuku bakımından sorgulanması gereken iki temel mesele bulunmaktadır:

³⁴⁴ Berger/Boemke, Kap. 5 N. 71.

³⁴⁵ Bankanın geçici hukukî koruma yolu ile ödemededen menedilemeyeceğini savunan karşı görüş, burada da garanti sözleşmesinin soyutluk niteliğini göz önüne alarak ihtiyatî hacze karşı çıkmaktadır (Zöller/Vollkommer, § 940 N. 8). Diğer yandan, lehtarın muhataba karşı ihtiyatî hacze esas teşkil eden bir alacağı yoktur (Kümpel, N. 5.412).

³⁴⁶ Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 935 N. 216; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 935 N. 36; Thümmel in Wieczorek/Schütze, § 940 N. 32. Yazar, ihtiyatî tedbirlerde olduğu gibi burada da, teminat mektubunun paraya çevrilmesinin açıkça hukuka aykırı olması veya bunun likit delillerle ispatını gerekli görmektedir.

³⁴⁷ Kaya ise, burada teminat tedbirlerinin söz konusu olduğunu belirtmektedir (Kaya, Arslan: İlk Yazılı Talepte Ödeme Kayıtlı Garantilerde İhtiyatî Tedbir ve İhtiyatî Haciz, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul 1995, s. 141).

Birinci olarak, tedbir kararı, üçüncü kişinin hukuk alanında etki doğurabilir mi? Lehtar ile muhatabın garanti sözleşmesinden dolayı bankaya talep hakkının bulunmadığının ispat edildiği, bu nedenle korunacak bir hukukî konunun bulunmadığı şeklindeki gerekçe maddî hukuk bakımından temellendirilebilir olmakla birlikte, usûl hukukuna, ondan da önce Anayasa hukukuna uygun düşmemektedir. Lehtar ile banka arasındaki yargılamada ispat faaliyetinin konusu, her ne kadar bankanın ödemedi kaçınması gerekip gerekmediği gibi gözükse de, gerçekte yargılamanın tarafı olmayan muhatabın bankaya yönelik talep hakkının hukuka uygunluğudur. Bankanın ödememe yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı meselesi, muhatabın paraya çevirme talebinin hukuka uygunluğundan bağımsız değerlendirilemez. Zira, garanti sözleşmesindeki asli edim yükümü yoksa ya da henüz doğmamışsa, iş görme sözleşmesindeki yan yüküm (koruma ve özen yükümü) devreye girmektedir. Bankanın ödemedi men edilmesi, bir yandan yan yükümün korunmasına hizmet etmekte; ancak diğer yandan garanti sözleşmesindeki asli edim yükümünün ifası engellenmektedir.

Lehtar ile banka arasındaki yargılamanın tarafı olmayan, ispat faaliyetine katılmayan muhatabın davranışı, onun müdahalesinin bulunmadığı bir yargılamada hukuka aykırı bulunmaktadır. Muhatabın sahip olmadığı bir talep hakkının zarar görmüş olmasından zaten söz edilemeyeceği varsayılmaktadır. Ancak burada yargılama garantilerini tamamen sağlamaktan uzak tedbir yargılaması yapıldığı ve muhataba savunma hakkı dahi tanınmadığı dikkatten kaçırılmaktadır. Olabilir ki, muhatabın getireceği savunma araçları, paraya çevirme talebinin ve bankanın ödeme isteğinin bilakis hukuka uygun olduğunu ortaya koyabilir. Asıl davada tedbir kararının aksine bir sonuç çıktığında, muhatabın talebinin, varsayımın aksine hukuka uygun olduğu tespit edilmiş ve onun hukuk alanına tarafı olmadığı bir tedbir kararı ile hukuka aykırı müdahale edilmiş olacaktır. Muhatabın hukuk alanına müdahalede, ihlâl uğrayan, onun usûli bir temel hakkı olan hukukî dinlenme hakkıdır (AY m. 36). Zira, tedbire

hükmedildiğinde, paraya çevirme talebinin hukuka uygunluğu konusunda kendisine açıklama hakkı tanınmadan karar verilmektedir³⁴⁸.

İkinci olarak, asıl davaya bağlanan tedbir yargılamalarında taraflar arasında ihtilâf bulunması gerekir. Almanya gibi, bankacılık sistemi gelişmiş, likidite krizinin derin yaşanmadığı gelişmiş bir hukuk sisteminde, lehtarın, hukuka aykırı ödeme talebi ileri sürüldüğünde bankayı likit delillerle hukuka aykırılığa ikna etmeye çabalaması, bankanın ödeme talebinin hukuka uygunluğunu serbestçe takdir etmesi gibi ideal bir düzen hâkimdir. Banka, gerektiğinde müşterisinin aleyhine olacak şekilde teminat mektubunu ödemeye karar verebilmektedir. İşte, bu karardan sonra, banka ile müşterisi arasında bir ihtilâf doğmakta ve müşteri ödemediği için tedbir talep etmektedir³⁴⁹. Tedbiri caiz gören görüşün gerekçelerinin Türk Hukuku için de geçerli olabilmesi için, bankanın gerektiğinde müşterisi aleyhine, yurt dışındaki muhatabın lehine hareket edecek derecede tarafsız ve daha da önemlisi ekonomik olarak güçlü olduğu aynı ideal düzeninin ülkemiz bankacılık uygulamasında da kurulmuş olması gerekir. Aksi takdirde banka ile müşterisi arasında, özen ve koruma yükümlerinin ihlâli tehlikesinden ötürü, meselenin geçici hukukî koruma yargılamasında çözümünü gerektirecek derecede gerçek bir ihtilâftan söz edilemeyecektir. Şayet, likidite tereddüdü yaşayan banka, hukuka aykırılık konusunda objektif bir değerlendirme yapmak yerine, gerek müşterinin yararına gerekse de kendi yararına ödememeye ilişkin ekonomik menfaatini gözetiyorsa, yani müşterisinden yana tavır alıyorsa, onun amirle çekişen değil, ödeme yapıp yapmama konusunda bekleyen pozisyonda olacağı açıktır. Teminat mektubunun ödenmemesinde birleşen menfaatleri, lehtarın bankayı ikna etmek için çabalaması yerine, banka ile lehtarın ortak hareket etmesine yol açıyorsa, banka ve lehtar, muhatabın paraya çevirme talebinin hukuka aykırılığını geçici olarak tespit ettirebilmek ve tahsile engel olabilmek için, -aralarında uyuşmazlık varmışcasına- tedbir yargılamasının tarafları hâline gelmiş olacaktır. Bu durumda, taraflar arasındaki gerçek bir uyuşmazlık bulunmadığından, geçici

³⁴⁸ “Karardan etkilenen kişilere hukukî dinlenilme hakkı tanınarak, kararı etkileyebilme hakkı sağlanmalıdır.” (Pekcanitez-Hukukî Dinlenilme, s. 764).

³⁴⁹ von Westphalen, s. 290.

hukukî korumanın taraflar arasındaki uyumsuzluğu geçici olarak çözümlenip ara dönemi aşma işlevinden tamamen uzaklaşılacaktır.

Banka teminat mektupları, özellikle sınır aşan ticarî ilişkilerde, alıcının sözleşmenin akdedilmesi aşamasındaki konumu değerlendirildiğinde olmaz ise olmaz bir ödeme aracıdır. Gerçekten, satıcı, banka teminat mektubu getirilmeden sözleşme akdedmeye yanaşmamaktadır. Teminat mektubunun satıcı açısından oynadığı rol, teminat mektubu ibrazının sözleşmenin kurulmasında asli edim yükümü olduğuna işaret etmektedir. Satıcı, borcun ifası ile ilgili uyumsuzluk çıktığında, alıcının hukukuna tâbi olmaksızın alacağını tahsil etmesi garanti altına alınmıyorsa sözleşmeye girmektedir³⁵⁰. Alıcının talimatları ya da yargısal emirle ödeme durduruluyorsa, satıcı, sözleşmenin akdedilmesinde asli edim seviyesinde ihzar ettiği menfaatini elde edememektedir. Sözleşmelerin iradeleri yorumlandığında, teminat mektubunun hukuka aykırı olarak paraya çevrilmesine katlanması alıcıdan beklenebilir. Ayrıca, ilk talepte kayıtlı teminat mektubunun müessese itibariyle amacı ve diğer teminatlardan ayrıldığı nokta, asıl borç ilişkisinden çıkabilecek itirazlara prensip itibariyle kapalı olmasıdır³⁵¹. Banka, asıl borç ilişkisindeki olası ifa engellerini dikkate almaksızın, muhatabın talebi üzerine belirli bir miktar para ödeme borcu altındadır. Lehtar da bankadan teminat mektubu talep ederken, hukuka aykırı olarak ödeme talebinde bulunulabileceği riskini öngörebilecek durumdadır. Bunun sonucunda, satıcının teminat mektubuna başvurmasının hukuka uygunluğu prensip olarak ancak ödemediği sonra tartışılmalıdır³⁵².

Menfaat dengesinin adil bir şekilde kurulabilmesi için meselenin lehtar açısından da değerlendirilmesi gerekir. Burada sorulması gereken soru, lehtarın, ödemenin hukuka aykırı olarak talep edilmesi ya da teminat mektubunun paraya çevrilmesi durumunda, menfaatlerinin etkin olarak korunduğu hukukî başvuru yollarına sahip olup olmadığıdır. Alman Hukuku'nda uygulanan lehtarın muhataba karşı teminat mektubunu paraya çevirmemesine ilişkin tedbir, Türk

³⁵⁰ Postacıoğlu, İlhan: Banka Teminat Mektuplarının Ödenmesi İhtiyatî Tedbir Kararları İle Durdurulabilir Mi? (İhtiyatî Tedbir), İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 1982/1-3, s. 180.

³⁵¹ Bu konuda bkz. Postacıoğlu-İhtiyatî Tedbir, s. 177; Arkan, Sabih: Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu, BATİDER Aralık 1992, s. 64; Kılıçoğlu-Borçlar, s. 418; Canbolat, s. 294.

³⁵² Arkan, s. 75; Nielsen, § 121 N. 217; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 67; Canbolat, s. 310.

Hukuku için de caizdir³⁵³. Hatta kanımızca, lehtarın, ödeme talebi kendisine bildirildiğinde öncelikle muhataba karşı tedbir alması ve tedbir kararını bankaya bildirerek onun ödemedi kaçınmasını istemesi, menfaatlerinin etkin bir şekilde korunması için yararlı olacaktır³⁵⁴. Lehtarın muhataba karşı aldığı tedbir kararının bankaya tebliğ edilmesinde dikkat edilmesi gereken husus, tebliğin mahkeme aracılığı ile resmi yoldan yapılmasının mümkün olmamasıdır. Çünkü böyle bir uygulama, tedbir kararının, banka için de hüküm ifade ettiği konusunda tereddütlere yol açabilir. Oysa, bankanın ödeme imkânı yargısal yolla engellenmektedir. Burada lehtarın, paraya çevirme talebinin hukuka aykırılığını ortaya koyan tedbir kararından bankayı bilgilendirmesi ve ona koruma yükümü konusunda uyarması söz konusudur. Koruma yükümü gereğince de banka, ödeme talebinin hukuka aykırılığı -geçici de olsa- yargı kararı ile tespit edildiğinden, teminat mektubu bedelini muhataba ödememelidir³⁵⁵. Banka, yine de ödeme yaparsa, koruma yükümünü ihlâl ettiğinden müşterisine karşı sorumlu olur ve ona karşı rücu talebini ileri süremez³⁵⁶.

Denilebilir ki, muhatap, tedbir kararına rağmen teminat mektubunu bankaya ibraz edip paraya çevirebilir. Ancak böyle bir tutum tedbir kararına

³⁵³ “Dava dışı B. AŞ tarafından HUMK’un 101. ve devamı maddeleri uyarınca dava konusu teminat mektubunun tazmin talebinin ihtiyati tedbir yoluyla durdurulmasına dair 2.5.2001 tarihinde Ankara Asliye 2. Ticaret Mahkemesi’nden ihtiyati tedbir kararı alınmış ise de, anılan tedbir kararı mürtefi olduğundan davacının icra takibi yapmasında usulsüzlük bulunmamaktadır.” 19. HD, 4.12.2006, 6503/15543 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Buna karşılık Yargıtay, iflâsın ertelenmesi ile birlikte teminat mektubunun paraya çevrilmesinin önlenmesine karar verilemeyeceği görüşündedir. Bkz. 19. HD, 2.2.2006, 2005-10903/845 (**Öztek-İhtiyati Tedbir**, s. 409).

³⁵⁴ **Tandoğan, Halûk**: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, Ankara 1987, s. 870; **Reisoğlu Se.**, s. 473; **Budak-Üçüncü Kişiler**, s. 165; **Doğan, Vahit**: Banka Teminat Mektupları, 3. Baskı, Ankara 2005, s. 165; **Pekcanitez-Geçici Hukukî Koruma**, s. 131; **Canbolat**, s. 312. Ayrıca bkz. **Kaya**, s. 142. **Postacioğlu** ise, bankanın ödeme yapmadığı sürece lehtarın muhataba karşı bir hakkının doğmadığı kanaatindedir. Bu nedenle, ne dava açılabilir ne de ihtiyati tedbir istenebilir (**Postacioğlu-İhtiyati Tedbir**, s. 180, 181).

³⁵⁵ **Arkan**, s. 82; **Budak-Üçüncü Kişiler**, s. 170; **Doğan**, s. 165. Yargıtay’ın ihtiyati tedbirin tarafı olmasalar bile tedbir kararına bilerek aykırı hareket eden üçüncü kişilerin eyleminin asli fail gibi cezalandırılması gerektiğine ilişkin içtihadı dikkate alındığında (7. CD, 26.5.1998, 1424/4680, Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası), böyle bir tedbire riayet edilmemesi banka bakımından ciddi risk oluşturacaktır.

³⁵⁶ **Arkan**, s. 69; **Doğan**, s. 168; **Canbolat**, s. 312. **Reisoğlu**’na göre, bankaya bir tedbir kararı bildirildiği takdirde, tedbirin kaldırıldığı aynı şekilde bildirilmedikçe banka ödemedi bulunamaz (**Reisoğlu Se.**, s. 481). Aynı görüşte olan **Tandoğan**, bir adım daha atarak bankanın tedbire rağmen ödeme yapması durumunda HUMK m. 113A’daki cezaî yaptırımın devreye gireceğini belirtmektedir (s. 870, 871). Kanımızca, tedbir yargılamasının tarafı olmayan banka hakkında HUMK m. 113A uygulanamaz.

aykırı harekettir ve Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 113A maddesine göre hürriyeti bağlayıcı cezaya tâbidir³⁵⁷. Buna karşılık, muhatap yurtdışında ise 113A maddesi lehtara etkin bir hukukî koruma sağlayamayacaktır. Zira, tedbirin icrası ve buna yönelik tebligat, cezaî sonuçlar içereceğinden, yabancı hukukun egemenlik haklarına müdahale teşkil edecektir.

İlk bakışta, lehtarın muhataba karşı sahip olduğu bu hukukî yolun kendisini etkin bir şekilde koruduğu, ayrıca bankaya karşı tedbir talep etmesinde menfaatinin ve tedbirin koşulları bakımından tehlikeli hâlin mevcut olmadığı düşünülebilir. Muhatap, yurt içinde ise, tedbir kararına rağmen teminat mektubunu paraya çevrilmesinin cezaî yaptırıma yol açacak olması onun açısından ciddi bir tehdittir. Ancak muhatap yurt dışında ise, teminat mektubunun paraya çevrilmemesine yönelik tedbir, cezaî yaptırımın devreye girmesindeki zorluktan, dahası tebligat süresinin durumun aciliyetine uygun düşmeyecek olmasından ötürü amire hukukî koruma sağlamaktan uzaktır.

Diğer yandan, lehtarın, hukuka aykırı ödeme talebi ileri sürüldüğü ve bu talep banka tarafından hukuka uygun bulunduğu takdirde, sürece müdahale etme ve kendisini korumaya yönelik korunmaya değer bir menfaati vardır³⁵⁸. Teminat mektubunun soyut niteliği, lehtarın süreçten izole edilmesi, deyim yerindeyse muhatabın hukuka aykırı ödeme talebine seyirci kalması olarak yorumlanmamalıdır. Zira, ödeme gerçekleştiğinde banka kendisine rüçû edecek, rüçû talebi karşılandıktan sonra bu sefer lehtardan, haksız olarak tahsil ettiği bedel sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenecektir. Ancak rüçû ve iade taleplerinin hukuken gerçekleştirilmesi garantisi bulunmamaktadır. Bankanın rüçû talebi lehtarı; lehtarın muhataptan iade talebi muhatabın iflâsa sürüklenmesine yol açabilir. Böylece, ödemenin durdurulmaması, lehtarı iki önemli tehlike ile karşı karşıya bırakmaktadır. Özellikle teminat mektubu bedelinin muhataptan geri istenemeyecek olması, lehtarın kendisine hızlı bir şekilde hukukî koruma sağlanmasını gerekli kılmaktadır³⁵⁹. Ödeme talebi ileri sürüldüğünde bankaya yönelik ihtiyatî tedbirin caiz görülmemesi, lehtarın ileride

³⁵⁷ Canbolat, s. 327, 328.

³⁵⁸ Reisoğlu Se., s. 473; Nielsen, § 121 N. 248.

³⁵⁹ Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 935 N. 38; Canbolat, s. 295, 296.

nihaî bir hak kaybına yol açma tehlikesi nedeniyle Anayasa'da temeli bulan hukukî korunma talebinin (AY m. 36) boşa çıkması anlamına gelmektedir. Çünkü lehtar tedbir dışında hukuka aykırı ödeme talebine ve anılan tehlikelere karşı koruyacak başkaca bir yol bulunmamaktadır³⁶⁰.

Lehtar ve muhatabın hukukî konumları, Anayasa'nın 36. maddesinde yer verilen iki usûli temel hakkı karşı karşıya getirmektedir: Lehtarın hukukî korunma talebi ve muhatabın hukukî dinlenilme hakkı. İhtiyatî tedbirlerin üçüncü kişilerin hukuk alanına müdahale etmemesi bir yasak olarak addedildiğinde, lehtarın hukukî korunma talebi³⁶¹; caiz olarak addedildiğinde ise muhatabın

³⁶⁰ Doğan, s. 171; Berger/Boemke, Kap. 5. N. 68.

³⁶¹ Tedbir kararı ile üçüncü kişilerin haklarına müdahale edilemeyeceği yönünde bkz. **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 938 N. 5; **Reichold** in Thomas/Putzo, § 938 N. 4; **Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler**, s. 31 dn. 12. **Zimmermann**, § 938 N. 2; **Hk-ZPO-Kemper**, § 938 N. 2. İhtiyatî tedbir kararlarının bazı hâllerde üçüncü kişilere karşı etki doğurabilmesine ilişkin olarak bkz. **Deren-Yıldırım-İhtiyatî Tedbirler**, s. 172, 173. Banka teminat mektupları dışında başkaca hâllerde de tedbir kararının, yargılamanın tarafı olmayan üçüncü kişilerin hukuk alanına çok daha yoğun bir şekilde müdahale etmesine, tedbir talep edenin görebileceği ağır zararlar nedeniyle izin verilmesi gerekebilir. Tedavül kabiliyeti sayesinde çok sayıda kişinin hukuk alanını ilgilendiren poliçe ve çeklerde de bu türden tedbir kararları istisnai hâllerde caiz görülmektedir. Buna göre, poliçenin iyi niyetli üçüncü kişiye devredilmesi sayesinde def'i ileri sürülemeyecek olması söz konusu ise, protestodan veya protesto süresinin sona ermesinden önce poliçenin tahsil için yediemine tevdiine tedbir yolu ile karar verilebileceği gibi (teminat tedbiri), borçlunun ticarî itibarı (kredibilitesi) zarar görecektir ise, senedin tedavül kabiliyeti dikkate alınarak tedbir sebebi ve tedbire esas teşkil eden talebin -örneğin, senedin ibrazının açıkça hukuka aykırı olması- ispatında daha sert davranılarak ibraz yasağı ya da protesto çekme yasağı da getirilebilir (eda tedbiri) (**Beisswingert, Rolf/Vossius, Oliver: Vorläufiger Rechtsschutz gegen Wechselvorlage und -protest? BB 1986/35-36, s. 2359, 2360; Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 935 N. 253; Schuschke in Schuschke/Walker, vor § 935 N. 79; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 82**). Senedin iyi niyetle iktisabı mümkün değil ise, ihtiyatî tedbir sebebi mevcut olmayacağından tedbir kararı verilemez (LG Köln, 30.6.1987, NJW-RR 1987, s. 1530, 1532). Poliçe protesto edilmişse, senedin tedavül kabiliyeti kalmayacağından, bu andan itibaren ihtiyatî tedbir kararı verilemez. Çünkü, tehlikeli hâl artık ortadan kalkmıştır. Tedbir sebebinde sıkı davranıldığı takdirde protesto edilmemiş senedin tedbir yolu ile geçici olarak iadesine de karar verilebilmesi gerektiği kabul edilmektedir (**Thümmel in Wieckzorek/Schütze, § 940 N. 33**). Çekte de, benzer tedbirler gündeme gelmektedir. Özellikle asıl borç ilişkisinin borcun sona ermesi gibi bir sebepten dolayı kambiyo senedine dayanılarak ödeme talebine engel olması, ödemenin ihtiyatî tedbir yolu ile durdurulmasını gerektirmektedir. Böyle bir durumda, keşideci hamile karşı, çekin belirli bir tarihten önce ibraz edilmesinden kaçınılmasına ilişkin tedbir kararı isteyebilmelidir. Ancak böyle bir tedbir kararının karşı tarafa vereceği zararların ağırlığı dikkate alındığında, tedbire esas teşkil eden talep ve tedbir sebebinin ispatı bakımından, tedbire, alelade bir tedbire göre daha zor koşullar altında hükmedilmelidir (Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 935 N. 253; **Schuschke in Schuschke/Walker, vor § 935 N. 78**). Yargıtay'ın tedbirin tarafı olmayan, ancak tedbire vâkıf olan kişilerin de HUMK m. 113A'ya tâbi olacağına ilişkin içtihadı ile, tedbirin üçüncü kişinin hukuk alanına müdahale edilmesine izin verilmektedir: "(...) elatmanın ve hasat yapılmasının tedbiren durdurulmasına, üç dönümde ekili mahsulün yediemin olarak A.U.a teslimine ve masrafi davacı tarafından karşılanmak koşuluyla hasadının A.U tarafından yapılmasına ilişkin ihtiyatî tedbir kararı verildiği (...) Uyuşmazlık konusu olayda, aleyhine tedbir kararı verilen kimse dışında ve üçüncü kişi durumunda bulunan aleyhine tedbir kararı verilen C'nın babası ve kardeşi olan sanıklar, taşınmaz üzerinde ihtiyatî tedbir kararı

hukukî dinlenilme hakkı ihlâl edilecektir. Görüleceği üzere, bankanın teminat mektubunu ödemesinden tedbir yolu ile men edilmesi usûli temel hak boyutunda bir menfaat çatışmasını doğurmakta, bu da tarafların menfaatlerinin adilane bir şekilde dengelenmesini zorunlu kılmaktadır. Lehtarla muhatap arasındaki menfaat dengesi kanımızca şu şekilde kurulabilir: Üçüncü kişilerin hukuk alanına müdahale eden tedbir kararları tamamen yasak addedildiğinde, hukuk düzeni, lehtarın hukukî korunma talebine adeta sırtını dönmüş olmaktadır. Halbûki hukukî korunma talebi, kendiliğinden hak alma yasağı karşısında kanun koyucunun dahi görmezden gelemeyeceği anayasal bir temel haktır (AY m. 36). Buradaki ihtiyatî tedbir yasak görülüp lehtarın temel hakkı karşılanmadığında, onun zarar görmesi de peşinen kabul edilmektedir. Asıl dava sonucunu öne çeken ihtiyatî tedbirlerin caizliğini tartışırken de, kanun koyucunun taraflardan birinin temel hakkını koruyup diğerininkini dışlamasındansa, hâkimin tarafların menfaatlerini tartmasının daha uygun olacağı kanaatine varmıştık³⁶². Burada da aynı metodun takip edilebileceği kanaatindeyiz. İstisna olarak kalmak ve diğer tarafın menfaatleri dengelenmek koşuluyla, lehtara tedbir yolunun açık bırakılması daha uygun olacaktır³⁶³. Özellikle tedbirin vereceği zararın büyüklüğü nisbetinde hem tedbire esas teşkil eden talebe hem de tedbir sebebine yönelik ispat ölçüsü yükseltilecek ayrıca yüksek bir miktarda teminat alınarak karşı tarafın menfaatleri dengelenebilir³⁶⁴. Hatta teminat mektubu süresinin sona

bulduğunu bilerek, bu karara aykırı davrandıklarından üzerlerine yüklenen suç oluşmuştur.” CGK, 4.2.1991, 7-362/3 (Kaçak, s. 568). Aynı yönde görüş için bkz. Kuru, C. IV, s. 4345; Taş-Korkmaz, s. 124; Ercan-Muhalefet, s. 934, 935; Budak-Üçüncü Kişiler, s. 155. Ancak bu son yazar, üçüncü kişilerin, aleyhine ihtiyatî tedbir kararı verilen kişiye tâbi durumda bulunması ile malı elinde bulunduranın mülkiyet iddia etmesi bakımından ayırım yapmaktadır (s. 160-162). Ayrıca Yargıtay, 4389 sayılı Bankalar Kanunu döneminde verdiği bir kararında, borçluların malvarlıklarının ayni ve şahsi haklarla kısıtlanamayacağı ve üçüncü kişilere devrilemeyeceğine ilişkin tedbir kararının, alacaklıların haciz koydurmasına engel olacağını kabul etmiştir. Bkz. 12. HD, 13.4.2001, 6366 (yayımlanmamıştır). Böylelikle tedbir kararı doğrudan üçüncü kişinin (alacaklının) hukuk alanında etki doğurmuştur. 2003 yılında verilen bir kararda ise bu görüşten dönüldüğü görülmektedir: “Bu tedbir kararı, rızai devir ve temliklere ilişkin olup, icra takibi yapılmasına ve takibin sürdürülmesine engel teşkil etmez.” 12. HD, 14.3.2003, 2166/5273 (Uyar, C. I, s. 756).

³⁶² Bkz. yuk. Bölüm III, § 9, II, D.

³⁶³ Taş-Korkmaz, s. 65; Kaya, s. 145; Doğan, s. 167; Yılmaz, C. I, s. 842; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 69; Canbolat, s. 299, 301. Pekcanitez ise, üçüncü kişiye yönelik geçici hukukî koruma kararı verilemeyeceği gerekçesi ile muhatabı banka olan tedbir kararlarına karşı çıkmaktadır (Pekcanitez-Geçici Hukukî Koruma, s. 131).

³⁶⁴ Thümmel in Wieczorek/Schütze, § 940 N. 31; Canbolat, s. 307. OLG Frankfurt, 3.3.1983, ZIP 1983/5, s. 556. “Fakat burada talepte bulunanın korunma talebi ile karşı tarafın hukukî

erecek olması gibi nihaî hak kaybı söz konusu ise, ispat ölçüsü gerektiğinde tam ispata kadar yükseltilebilir. Ayrıca, lehtar ile banka arasındaki tedbir yargılamasında, banka dinlenilmeden tedbir kararı verilmemelidir³⁶⁵. Tedbir duruşmasında bankanın dinlenilmesi, teminat mektubunun ödenmesi hususunda müşterisi ile ihtilâf hâlinde olup olmadığının tespiti bakımından önem taşımaktadır. Zira, tedbir kararı verilmesi, müşterinin hukuka aykırılık konusunda bankayı iknâ edememiş ve bankanın uluslar arası imajını korumak için ödeme istediğinde olmasına bağlıdır.

Ödemeden men tedbirinin hamile vereceği zararın büyüklüğü ve soyutluk niteliğinden ötürü banka teminat mektubunun ticaret hayatında gördüğü işlev karşısında istisnai nitelikteki bu tedbirin uygulama alanının kesin çizgilerle sınırlandırılması ve istisnai nitelikte kalması gereği açıktır. Burada öyle koşulların varlığı aranmalıdır ki, “*ödeme, bir hukuk düzeninin hukukî ilişkilerde dürüst davranmaya ilişkin tarafların tasarrufunda olmayan temel esaslarına o denli aykırı düşmelidir ki, lehtarın rüçû yargılamasına mecbur bırakılması katlanılmaz olmalı*”³⁶⁶, bu suretle lehtarın hukukî korunma talebi, muhatabın hukukî dinlenilme hakkına göre baskın çıkmalıdır. Usûli temel hak çatışmasını adil bir şekilde dengelenmesinde Alman Hukuku’ndaki dürüstlük kuralını (TMK m. 2) esas alan çözüm yolu prensip olarak hukukumuzda da benimsenmelidir. Buna göre, muhatabın paraya çevirme talebi, riskin gerçekleşmemesi nedeniyle “açıkça” hukuka aykırılık teşkil ettiği takdirde, bankanın müşterisini koruma yükümü doğmalı ve lehtar bankaya karşı ihtiyatî tedbir talep edebilmelidir³⁶⁷. Hakkın kötüye kullanılması tereddüd edilmeyecek açıklıkta olmalıdır. Hakkın kötüye kullanılması, muhatabın daha teminat mektubunun paraya çevrilme talebinden anlaşılabiliriyorsa ya da herkesçe bilinebiliyorsa açıktır. Örneğin, muhatabın bulunduğu ülkede ithalat yasağı getirilmesine rağmen teminat

dinlenilme hakkı karşı karşıya bulunmakta; geçici hukukî korumanın amacından ve tedbir yargılamasındaki özel menfaat dengesinden hareket edilerek, hukukî dinlenilme hakkının, talepte bulunanın geçici hukukî koruma ihtiyacı karşısında gerilediği görülmektedir.” (Özkes-İhtiyatî Tedbir, s. 116).

³⁶⁵ Karş. Canbolat, s. 305.

³⁶⁶ Nielsen, § 121 N. 217.

³⁶⁷ Arkan, s. 82, 83; Nielsen, § 121 N. 222; Kaya, s. 145, 146; Budak-Üçüncü Kişiler, s. 166, 167; Doğan, s. 172; Canbolat, s. 301. Ancak bu son yazar, ödeme talebinin, garantinin amacına aykırılık teşkil ettiği durumları da bu kapsamda değerlendirmektedir (s. 303).

mektubu paraya çevrilmek istenmişse, hakkın kötüye kullanılmasının herkesçe bilindiği kabul edilir.

Hakkın kötüye kullanılması durumunda muhatabın zarar verme ya da aldatma kastının da aranıp aranmayacağı konusunda tereddüt edilmektedir³⁶⁸. Zarar verme kasdı arandığı takdirde, teminat mektubuna başvurmayı objektif olarak hukuka aykırı kılacak delillere muhatabın vâkîf olması gerekecektir. Aksi takdirde, paraya çevirme talebi hukuka uygun hâle gelecektir. Örneğin, konişmentonun düzenlenme tarihi, muhatabın bilgisi dışında tahrif edilmişse, hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmayacaktır. Kusur, tedbir için bir maddî hukuk koşulu ise, muhatap, hukuka aykırılıkla ilgili vakıalardan haberdar olsa da, kendisinin kusurlu olmadığını ispat etme olanağına sahip olacaktır³⁶⁹. Teminat mektubunu paraya çevirmek için talepte bulunanın, ibraz ettiği belgelerin doğru olduğu konusunda sorumluluğu vardır. Ayrıca, hakkın kötüye kullanılması yasağı, kusur gibi sübjektif bir koşula bağlanmamıştır³⁷⁰. Bu nedenle, kanımızca, zarar verme ya da aldatma kasdı, tedbirin maddî hukuk koşullarından birisi değildir.

Tedbir sebebine ilişkin olarak, bankanın ödeme yapması ve rüçû talebi, ya talep sahibinin iflâsa götürecekt derecede ticarî mahvına yol açma tehlikesi yaratmalı ya da lehtarın muhataptan sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade talep etmesi durumunda teminat mektubu bedelinin muhataptan tahsil edilememe tehlikesi mevcut olmalıdır.

Alman Hukuku'nda hakkın kötüye kullanılmasının "açık" olmasının yanında, likit delillerle ispat edilebilirliği de bir kriter olarak kabul edilmektedir. Likit delillerin, ilki ispat araçlarına; ikincisi ispat ölçüsüne ilişkin olmak üzere iki ayrı boyutu vardır. İspat araçları bakımından, ilâve bir ispat faaliyeti olmaksızın değerlendirilebilen ispat araçları, özellikle senet ibrazı aranmaktadır. Alman Hukuku'nda banka teminat mektuplarına ilişkin yargılamalarda "likit delil" kategorisinin yaratılma sebeplerinden birisi, senetle ispat kuralının geçerli

³⁶⁸ Fransa, İngiltere ve ABD'de hamilin zarar verme ya da aldatma kastını arayan yargı kararlarının değerlendirilmesi için bkz. **Nielsen**, § 121 N. 225, 226, 227.

³⁶⁹ **von Westphalen**, s. 203; **Nielsen**, § 121 N. 228.

³⁷⁰ **Nielsen**, § 121 N. 228; **Kaya**, s. 147. Bankanın kötü niyeti yanında, muhatabın da kötü niyetinin aranmayacağına ilişkin bkz. **Budak-Üçüncü Kişiler**, s. 167 dn. 33.

olmamasıdır. Tedbirin telafisi kolay olmayan sonuçlarından ötürü, hukuka aykırılığın ispatında senet ibrazı aranmaktadır. Kanımızca, ispat araçları boyutuyla likit delillerin aranması Türk Hukuku'na yabancadır³⁷¹. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuz ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, “likit delil” altında ayrı bir delil türüne yer vermemiştir. Ayrıca, likit delil, içeriği somut bir şekilde belirlenebilir bir özellik arz etmediğinden³⁷², yeknesak olmayan uygulamalara ve karışıklıklara yol açması tehlikesini beraberinde getirecektir. Türk Hukuku'nda senetle ispat kuralı geçerlidir (m. 288). Bu kural, hukukî işlemlerin ispatı söz konusu olduğunda prensip olarak tedbir yargılamasında da uygulanacaktır. Zira, ispat ölçüsünün düşürülmesi, delil sistemini değiştirmemektedir³⁷³.

Süreli teminat mektuplarında, bankaya yönelik ihtiyatî tedbir kararının hüküm ifade ettiği dönemde teminat mektubunun süresinin geçebileceği, bu nedenle muhatapın telafisi olanaksız hak kayıplarına yol açacağı düşünülebilir. Ancak geçici hukukî korumanın her iki tarafın menfaatlerini dikkate aldığı unutulmamalıdır. Tedbirin caiz olmadığı varsayıldığında, lehtar bankayı teminat mektubu bedelini ödememesi (bir işin yapılmaması talebi) için dava etmek ve tedbir alınmadığından dava devam ederken muhatapın talebi üzerine banka ödemede bulunmak zorunda kalır³⁷⁴. Bu durum da, lehtarın telafisi olanaksız hak kayıplarına uğraması anlamına gelir. Halbuki, geçici hukukî koruma caiz görüldüğü takdirde, hâkim, menfaatleri tartarak ağır basan taraf lehine karar verebilir. Ayrıca, muhatap, sürenin bitmesinden evvel değişen şartlara göre tedbirin kaldırılmasını pekâlâ isteyebilir³⁷⁵.

³⁷¹ Alman Hukuku bakımından aynı yönde bkz. OLG Frankfurt 27.4.1987, WM 1988/40, s. 1482. Karş. Arkan, s. 82, 83; Kaya, s. 146, 147; Doğan, s. 172; Canbolat, s. 307.

³⁷² *Heinsius*, yaklaşık ispatın düzenlendiği ZPO § 920 Abs. 2'nin contra legem bir yoruma elverişli olmadığı, yaklaşık ispata deliller bakımından sınır getirilmesinin, hızlı bir yargılama ve hızlı bir karara ulaşma amacı ile örtüşmediği görüşündedir (s. 235, 236 vd.).

³⁷³ *Özekes-İhtiyatî Haciz*, s. 227; *Özekes-İhtiyatî Tedbir*, s. 121, 122. Yazar, yazılı delil başlangıcı mevcutsa, bu çerçevede karar verilebileceğini belirtmektedir. İhtiyatî haciz bakımından aynı yönde bkz. *Kuru/Arslan/Yılmaz-İcra*, s. 435.

³⁷⁴ *Heinze*, s. 161.

³⁷⁵ *Schuschke* in *Schuschke/Walker*, vor § 935 N. 81; *Berger/Boemke*, Kap. 5 N. 69. Tedbir kararının bankaya bildirildiği andan itibaren sürenin işlememesi gerektiği yönünde değerlendirme için bkz. *Canbolat*, s. 311.

Bankaya müşterisini koruma yükümünün yüklenmesi, açılacak davaların önlenmesi yönüyle usûl ekonomisine de hizmet etmektedir. Şayet bankaya ödeme yapıp yapmama konusunda seçim hakkı tanındığında ve banka teminat mektubu bedelini ödediğinde, ithalatçı önce bankanın kendisine açacağı rücû davasının muhatabı olacak, bu davayı kaybettiği takdirde bu sefer yurt dışında tanımadığı bir yargılama sisteminde satıcıyı asıl hukukî ilişkiye göre dava edecektir³⁷⁶.

Ülkemiz gerçeklerinde düşünüldüğünde, likidite tereddüdü yaşayan banka, hukuka aykırılık konusunda objektif bir değerlendirme yapmak yerine, gerek müşterinin yararına gerekse de kendi yararına ödememeye ilişkin ekonomik menfaatini gözetiyorsa, lehtarın bankayı ödemediği için mahkemeye başvurması, dolaylı yoldan muhatabın da menfaatlerine hizmet edecektir. Tedbiri caiz görmeyip ödeme talebinin hukuka uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde bankayı tek başına bırakmak, onun objektif davranamama ihtimalinde muhatabın aleyhinedir. Buna karşılık, tedbir caiz görüldüğünde, hukuka uygunluk değerlendirmesi tedbir talebini inceleyecek mahkemeye aktarılmış olacak ve pekâlâ ödeme talebi hukuka uygun bulunabilecektir.

Lehtarın muhataba karşı onun teminat mektubunu paraya çevirmemesi (men) talebinin, ihtiyatî haciz yolu ile güvence altına alınmasında Türk Hukuku'nun ihtiyatî haciz hükümlerinin farklılığı dikkate alınmalıdır. Alman Hukuku'nda para alacağına dönüşebilecek talepler için de ihtiyatî haciz yolu açıkça düzenlenmişken (ZPO § 916), yukarıda tartışıldığı üzere Türk Hukuku'nda açık bir düzenleme yokluğunda henüz doğmamış para alacakları için ihtiyatî haciz talep edilemez³⁷⁷. Bir an için ihtiyatî haciz yolu caiz görülse bile, ihtiyatî haciz kararının icrası, muhatabın yurt içinde haczi kabil malvarlığının bulunmasını gerektirir. Muhatabın, bankadan olan talep hakkının bankaya 89 ihbarnamesi gönderilerek ihtiyaten haczedilmesi kanımızca hukuka aykırıdır. Çünkü ihtiyatî hacze esas teşkil eden alacak, muhatabın bankaya ileri

³⁷⁶ Arkan, s. 79. LG Frankfurt, 11.12.1979, WM 1981/11, s. 286. Yeni yeni uyuşmazlıkların ortaya çıkmasının engellenmesi ile usûl ekonomisi arasındaki ilişki için bkz. Yılmaz-Usul Ekonomisi, s. 252.

³⁷⁷ Bkz. yuk. Bölüm II, § 7, I, A, 2, a.

sürebileceği bir talebin bulunmaması ve bunun sonucunda lehtarın muhataba karşı men talebinin ileride para alacağına dönüşebilecek olmasıdır³⁷⁸. Buna karşılık, 89 ihbarnamesi ile muhatabın bankadan alacağının ihtiyaten haczedilmesi, muhatabın bankaya karşı ileri sürebileceği bir para alacağının bulunduğu anlamına gelecektir. Bu durumda, ihtiyatî haciz kararının çıkış noktası, ihtiyatî haczin icrasında ihlâl edilmekte; yani, ihtiyatî haciz yargılaması ve kararı ile ihtiyatî haczin icrası çelişmektedir³⁷⁹.

F. Teminat Tedbirleri ile Eda Tedbirlerinin Karşılaştırılması

Yukarıda koşulları ve etkileri itibariyle birbirinden somut olarak ayrılabilirdiği takdirde ihtiyatî tedbirlerin çeşitli türler altında sınıflandırılabilirliği ifade edilmişti³⁸⁰. Buraya kadar yapılan açıklamaların bütünü irdelendiğinde, teminat ve eda şeklinde ikili bir ayırma gidilmesini haklı kılacak farklılıkların bulunduğu görülecektir. Bu farklılıkların temelinde, eda tedbirlerinin teminat tedbirlerine göre karşı tarafın hukuk alanına daha fazla müdahalede bulunma etkisi yatmaktadır. Gerçekten, eda tedbirlerinde asıl dava sonucu öne çekildiğinden, tedbirin cebrî icrasında adeta asıl davadaki gibi, takibin bütün aşamaları katedilebilmektedir. Teminat tedbirlerinde ise talep sahibinin hakkını geçici olarak elde etmesi mümkün değildir. Çünkü bu tür tedbirlerin asıl dava sonucunu öne çekme etkisi bulunmamaktadır.

Teminat tedbirleri ile eda tedbirleri koşulları itibariyle birbirinden oldukça farklıdır. Tedbire esas teşkil eden maddî hukuk talebi bakımından, para alacakları, nafakanın üçüncü kişiye tevdi dışında teminat tedbirleri ile eda tedbirini birbirinden ayırt etmektedir. Para alacağının güvence altına alınması söz konusu olduğunda prensip itibariyle teminat tedbiri istenemezken, eda tedbirinin kapsamına bütün maddî hukuk talepleri dahildir. Tedbir sebebi bakımından, menfaatlerin tartılması itibariyle tedbirlerin türlere ayrılmasını gerektirecek bir

³⁷⁸ Buna karşılık, muhatap tarafından talep edilmiş, ancak henüz ödenmemiş garanti alacağı, muhatabın diğer alacaklıları tarafından haczedilebilir (Kaya, s. 151, 152).

³⁷⁹ *Beisswingert/Vossius*, poliçenin hukuka aykırı olarak tahsil edilme tehlikesi varsa, senedin ibraz edilmemesine yönelik men talebinin ileride para alacağına dönüşebilecek olmasından ötürü gündeme gelen ihtiyatî hacze aynı gerekçe ile karşı çıkmaktadırlar (s. 2359).

³⁸⁰ Bkz. yuk. Bölüm III, § 8.

farklılık mevcuttur. Teminat tedbirlerinde şarta, vâdeye bağlanmış alacaklar dışında tarafların menfaatlerinin tartılmasına gerek bulunmamaktadır. Buna karşılık, istisnasız bütün eda tedbirlerinde talep sahibinin menfaatlerinin karşı tarafa ağır basması tedbir sebebinin varlığı için gereklidir.

Tedbire esas teşkil eden talep ile tedbir sebebinin ispatında da teminat ve eda tedbirleri arasında farklılık vardır. Eda tedbirinin karşı tarafa verebileceği ağır zararların dengelenmesi için, prensip itibariyle tedbirin koşullarına ilişkin yaklaşık ispat ölçüsü yükseltilebilir, hatta gerektiğinde tam ispat aranabilir. Teminat tedbirlerinde, tedbirin karşı tarafa özel surette zarar vermesi söz konusu olmadığı sürece yaklaşık ispatın yükseltilmesine gerek bulunmamaktadır.

Bütün ihtiyatî tedbirlerde karşı taraf dinlenilmeden de tedbir yargılaması yürütülebilir ve yargılama sonunda karar verilebilir (m. 105/II). Ancak hukukî dinlenilme hakkının ertelenmesinin istisna niteliğinde olduğu unutulmamalıdır. Eda tedbirlerinin telafisi kolay olmayan zarar ortaya çıkarma etkisinden dolayı, bu istisnanın olabildiğinde sınırlı kılması, çok özel bir aciliyet bulunmadıkça karşı taraf dinlenilerek tedbir kararı verilmesi gerekir³⁸¹.

Karşı tarafın hukuk alanına yapılacak müdahale yoğunlaştıkça tedbirin asıl dava sonunda haksız çıkması durumunda karşı tarafın uğrayabileceği zararlara karşılık alınması gereken teminatın miktarı da yükseltilmelidir³⁸². Bu anlamda, eda tedbirlerinde teminat tedbirlerine göre daha yüksek miktarda teminat alınmalıdır. Zaruret hâli gibi alacaklının ödeme güçlüğü içinde bulunması, bu duruma istisnadır. Bu ihtimalde teminat alınmadan tedbire hükmedilmelidir³⁸³.

III. Düzenleme Tedbirleri

Teminat ve eda tedbirlerinin birbirinden ayırt edici özelliklerinin bulunduğunu ve ayrı bir tedbir türü olarak nitelendirilmesinin gerekliliğini tespit ettikten sonra, geriye düzenleme tedbiri olarak adlandırılan kategorinin incelenmesi ve teminat ve eda tedbirlerinde yapıldığı üzere böyle bir türün

³⁸¹ Deren-Yıldırım-İhtiyatî Tedbirler, s. 67.

³⁸² Özekes-İhtiyatî Tedbir, s. 129.

³⁸³ Bu konuda bkz. yuk. Bölüm III, § 9, II, E, 1, b, (4).

gerçekten var olup olmadığı sorusunun yanıtlanması kalmaktadır. Doktrinde, tıpkı eda tedbirlerinde olduğu gibi düzenleme tedbirlerinin bağımsız bir tedbir türü olduğuna ilişkin görüş birliği mevcut değildir. Klasikleşmiş sınıflandırma içinde düzenleme tedbirleri adı ile üçüncü bir kategori yer almaktadır. Biz de öncelikle bu görüş çerçevesinde düzenleme tedbirlerini ve bu şekilde nitelendirilen somut tedbirleri ele alacağız. Ardından düzenleme tedbirlerinin gerçekten bir ihtiyatî tedbir türü olup olmadığı ile ilgili kanaatimizi açıklayacağız.

A. Ayrı Bir Tedbir Türü Olarak Düzenleme Tedbirleri

Düzenleme tedbirleri, doktrinde hâkim görüşe göre ayrı bir tedbir türüdür³⁸⁴. Alman Usûl Kanunu'nda düzenleme tedbirleri kenar başlığı ile ayrı bir düzenleme yer almaktadır. Alman doktrininin ve onu izleyen Türk doktrininin düzenleme tedbirlerini ayrı bir tür kabul etmelerinde, Alman Usûl Kanunu'nun 940. paragrafı önemli rol oynamaktadır. Bu paragrafa göre, "ihtiyatî tedbirler, ihtilâflı bir hukukî ilişki hakkında geçici bir durumun düzenlenmesi amacıyla da caizdir. Bu düzenleme, özellikle sürekli edimlerin söz konusu olduğu hukukî ilişkilerde önemli zararların önlenmesi ya da tehdit eden bir gücün engellenmesi ya da diğer sebeplerde lüzumlu görülmelidir".

Düzenleme tedbirlerinde taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu olan hukukî ilişki, asıl davada karar verilene kadar hâkim tarafından düzenlenmektedir. Düzenleme tedbiri sayesinde asıl davada karar verilene kadar geçerli olacak şekilde hukukî ilişkinin içeriğine yönelik düzen kurulmaktadır. Teminat ve eda tedbirlerine maddî hukuk talebi esas teşkil ederken, düzenleme tedbirlerinde, tedbirin maddî hukuk dayanağı olarak hukukî ilişki görülmektedir³⁸⁵. Tedbiri maddî hukuk talebinden tamamen soyutlayan bir görüş,

³⁸⁴ Jauernig/Berger, § 37 N. 7; Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935 N. 29; Baumann/Brehm, s. 263; Lackmann, N. 693; Rosenberg/Gaul/Schilken, § 76 I; Taş-Korkmaz, s. 33; Zimmermann, § 940 N. 1; Paulus, N. 715; Prütting/Stickelbrock, s. 275; Zöller/Vollkommer, § 940 N. 1; Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler, s. 30 vd.; Ercan-İhtiyatî Tedbir, s. 22; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usul, s. 405; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 652, 653; Pekcanitez-Geçici Hukukî Koruma, s. 132; Deren-Yıldırım-Evrenselleşme, s. 311.

³⁸⁵ Baur-Studien, s. 29; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 940 N. 1; Reichhold in Thomas/Putzo, § 940 N. 1; Zöller/Vollkommer, § 940 N. 2; Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler, s. 14, 33; Musielak/Huber, § 940 N. 3.

düzenleme tedbirinin konusunun hukuk barışının sağlanması olduğunu savunmaktadır³⁸⁶.

Düzenleme tedbirlerinde, hukukî ilişkinin bütünü dikkate alınarak inşasını gerektirecek, bir maddî hukuk talebini aşan daha kapsamlı menfaatler karşı karşıya gelmektedir. Bu düzenlemenin temelinde, bir maddî hukuk talebinin güvence altına alınması ya geçici icrasından farklı olarak daha kapsamlı bir menfaat çatışması ve menfaatlerin dengelenmesi ihtiyacı yatmaktadır. Düzenleme tedbirlerinde, muhtelif bir maddî hukuk talebinin kabulü ya da reddi değil, tarafların karşılıklı menfaatlerini dengeleyecek makul bir düzenlemenin seçilmesi söz konusudur³⁸⁷.

Düzenleme tedbirleri, inşâî etkiler doğurmaktadır. Düzenleme, dava sonunda hüküm altına alınabilecek inşâî hakların aciliyetin bulunmasından ötürü tedbir yolu ile gerçekleştirilmesi şeklinde olabileceği gibi, hukukî ilişkinin, asıl yargılamanın sağlıklı bir şekilde yürütülmesine imkân sağlayacak şekilde düzenlenmesi (inşa edilmesi) şeklinde de olabilir³⁸⁸. Birinci ihtimalde, tarafların menfaat durumu ve asıl dava ile ilişkisi bakımından düzenleme tedbiri ile eda tedbirleri arasında fark bulunmamaktadır. Eda tedbiri, eda davası sonucunu; bu türden tedbirler inşâî dava sonucunu öne çekmektedir. Tek fark, eda tedbirlerinde çoğu zaman, tedbirin icrasına gerek duyulurken, bu türden tedbirlerde hâkimin kararı ile geçici hukukî durum inşa edilmektedir³⁸⁹. Asıl dava sonucunun öne çekilmesini yasak addeden görüşün taraftarları tutarlı bir şekilde prensip olarak asıl davada hüküm altına alınabilecek inşâî hakların tedbirin caiz içeriği olamayacağını savunmakta, ancak istisnai hâllerde böyle tedbirlere izin

³⁸⁶ **Baumann/Brehm**, s. 263; **Bruns/Peters**, s. 343; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 940 N. 2; **Reichold** in **Thomas/Putzo**, § 940 N. 1; **Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler**, s. 33; **Taş-Korkmaz**, s. 33; **Zimmermann**, § 940 N. 1; **Dunkl/Moeller/Baur/Feldmeier**, A 468; **Schellhammer**, N. 1898; **Hk-ZPO-Kemper**, § 940 N. 1. Hukuk barışının korunması için geçici düzenleme yapıldığı değerlendirilmesi için bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 653.

³⁸⁷ **Schilken-Befriedigungsverfügung**, s. 82 vd. Benzer yönde **Meier-Grundlagen**, s. 26.

³⁸⁸ Bir görüş, düzenleme tedbirlerini “bir hukukî durumun geçici olarak inşası” ve “bir eşyanın müşterek kullanımı” olmak üzere iki başlık altında toplamaktadır (**Meier-Grundlagen**, s. 21; **Walker-Der einstweilige Rechtsschutz**, N. 116 vd.) Ancak her iki durumda da inşâî etkiler meydana gelmektedir. Düzenleme tedbirlerinin inşâî niteliği için ayrıca bkz. **Schilken-Befriedigungsverfügung**, s. 82 vd.

³⁸⁹ **Schilken-Befriedigungsverfügung**, s. 136, 137; **Baur/Stürner/Bruns**, N. 53.22; **Deren-Yıldırım-İhtiyatî Tedbirler**, s. 93.

vermektedirler³⁹⁰. Kollektif ortaklıkta (TTK m. 161, 162; HGB §§ 117, 127) ve adi ortaklıkta (BK m. 529), haklı sebep bulunduğu takdirde yönetici ortağın yönetim ve temsil yetkisinin sınırlandırılması veya sona erdirilmesi, yine kollektif ortaklıkta ortaklıktan çıkarma davasından (TTK m. 199; HGB § 140) önce veya dava esnasında ortağın yönetim ve temsil yetkisinin sona erdirilmesi; inşâî davalarda geçici düzenlemelerin klasik örnekleridir³⁹¹.

İkinci ihtimalde ise, inşâî etki hukukî ilişkiyi değiştirici niteliktedir. Hukukî ilişkinin tedbir yolu ile düzenlenmesi sayesinde, uyuşmazlığın her iki tarafına birden haklar tanınmakta, yükümlülükler yüklenmektedir. Kira ve komşuluk hukukundan doğan uyuşmazlıklar ikinci ihtimalde düzenleme tedbirlerine en sık başvurulmuş durumlardır. Apartman gibi yerlerde ortak alandaki müşterek eşyaların nasıl ve ne şekilde kullanılacağı konusunda çıkan uyuşmazlıklar geçici olarak çözümlenmektedir. Örneğin, bir öğrenci yurdunda, bodrum katında yer alan çamaşır makinesinin ya da müşterek mutfağın kullanılma şekli ve zamanı konusunda öğrenciler arasında uyuşmazlık çıktığında, öğrencilerin haftanın hangi günlerinde ve saatlerinde, ne kadar süre ile, hangi koşullarda demirbaş ve yerlerden yararlanacakları hükme bağlanmaktadır. Yine, komşuların gürültü gibi rahatsız edici davranışları nedeniyle hukukî ilişki tedbir yolu ile düzenlenebilmektedir. Kira hukukunda, kiracının kiralayanın tadilata katlanmasına karar verilebilmektedir³⁹². Ortaklıklar hukukunda, idare ve temsil yetkisi ortakların kararı ile verilmiş ve sonra geri alınmışsa, ortaklığın eski duruma göre yönetilmesi; ortağa, ortaklığı ilgilendiren yerlere girmesinin, ortaklık defterlerini incelemesinin yasaklanması; hatta, ortaklık genel kurulunun yapılmasının ya da ortaklığın bir kararının icrasının yasaklanması, ortağın ortaklık genel kuruluna avukatı ile katılmamasına katlanması suretiyle ortaklık ilişkisinin düzenlenmesi, düzenleme tedbirleri kategorisi içinde incelenmektedir³⁹³. İkinci ihtimal, Türk ve İsviçre Aile Hukuku'nda boşanma ve

³⁹⁰ Baur-Studien, s. 54 vd.; Schilken-Befriedigungsverfügung, s. 135 vd.; Stein/Jonas/Grunsky, § 938 N. 7.

³⁹¹ Stein/Jonas/Grunsky, § 938 N. 7, 8; Bruns/Peters, s. 343; Reichhold in Thomas/Putzo, § 940 N. 4; Schellhammer, N. 1947; Paulus, N. 715; Lackmann, N. 695; Hk-ZPO-Kemper, § 940 N. 4; Deren-Yıldırım-İhtiyati Tedbirler, s. 94; Pekcanitez-Geçici Hukukî Koruma, s. 132.

³⁹² Stein/Jonas/Grunsky, § 938 N. 9, 10, 12.

³⁹³ Stein/Jonas/Grunsky, § 938 N. 11; Baur/Stürner/Bruns, N. 53.21; Brox/Walker, N. 1601.

ayrılık davalarında, evlilik ilişkisinin hâkim tarafından düzenlenmesi bağlamında özel bir yer tutmaktadır³⁹⁴.

Düzenleme tedbirlerini, teminat ve eda tedbirlerinin yanında bağımsız bir tedbir türü olarak inceleyenler, özellikle, düzenleme tedbirlerinin temelinde birden çok sübjektif hakkın yer alabileceği bir hukukî ilişkinin bulunduğu, buna karşılık teminat ve eda tedbirlerinin, talebi haklı gösteren bir sübjektif hakka dayandığından hareket etmektedirler. Düzenleme tedbirlerinin eda tedbirleri ile ilişkisinde, düzenleme tedbirlerinin eda etkisi gösteremeyeceğini savunanların yanında³⁹⁵, bu tedbir türünün ifa etkisinin bulunduğunu kabul edenler de vardır³⁹⁶. Düzenleme tedbirlerinin ifa etkisi gösterebileceğini kabul eden, ancak onu yine de bağımsız bir tedbir türü olarak ele alan bir görüş, bu tedbir türünün eda tedbiri ile ilişkisini, tedbirlerin geçicilik (zaman ile sınırlılık) niteliğinden hareket ederek şu şekilde açıklamaktadır: Yapmama edimlerine ilişkin ihtiyatî tedbirlerde olduğu gibi düzenleme tedbirlerinin ifa etkisi doğuranlarında, yasaklanan bir davranış geçmiş için telafi edilemez. Bu nedenle, tedbir, ileriye etkili kaldırılmakta (ex nunc), tedbirin ayakta kaldığı dönemde talep sahibi lehine oluşan ifa etkisi muhafaza edilmekte ve eski hâle iadeye gerek duyulmamaktadır. Çünkü eski duruma otomatikman dönülmektedir. Halbuki bir şeyin verilmesinde olduğu gibi, eski duruma otomatikman dönülmeyen hâllerde, geriye etkili kaldırılma söz konusudur ve eski hâle iadeye gerek vardır. Bu türden tedbirler de eda tedbiri olarak nitelendirilmektedir³⁹⁷.

Yine, düzenleme tedbirlerinin ifa etkisini inkâr etmeyen diğer bir görüşe göre, tedbirin kısmî ifa sonucu, düzenleme tedbirinin karakteristik özelliklerindedir. Tedbir, asıl dava sonuna kadar hüküm ifade etmek yerine,

³⁹⁴ *Meier*'e göre boşanma ve ayrılık davalarındaki geçici önlemler hukukî niteliği itibariyle düzenleme tedbidir (*Meier-Grundlagen*, s. 21).

³⁹⁵ *Stein/Jonas/Grunsky*, vor § 935 N. 31; *Baur/Stürners/Bruns*, N. 53.23.

³⁹⁶ *Schilken*'e göre, eda tedbirleri düzenleme tedbirlerine dahildir (*Schilken-Befriedigungsverfügung*, s. 122, 123). *Jauernig*, düzenleme tedbirlerini ayrı bir kategoride incelemekte; ancak bazı düzenleme tedbirlerinin alacaklının geçici tatmini sonucunu yarattığını belirtmektedir. Düzenleme tedbirlerinin ifaya yönelik olanlarına, konusu bir işin yapılmaması olan tedbirleri örnek vermektedir. (*Jauernig-Der zulässige Inhalt*, s. 323, 324). Düzenleme ile alacaklının geçici ifaya kavuşturulabileceği yönünde bkz. *Musielak/Huber*, § 940 N. 1; *Prütting/Stickelbrock*, s. 275.

³⁹⁷ *Jauernig-Der zulässige Inhalt*, s. 332, 333; *Jauernig/Berger*, § 37 N. 9 vd.; *Lackmann*, N. 689, 694.

belirli bir süre ile sınırlandırılıyorsa düzenleme tedbiri söz konusudur. Örneğin, iş sözleşmesi feshedilen işçinin işverene karşı çalıştırılma talebi belirli bir süre için tedbir yolu ile gerçekleştiriliyorsa ortada düzenleme tedbiri vardır³⁹⁸.

B. Düzenleme Tedbirlerinin Ayrı Bir Tedbir Türü Olup Olmadığının Değerlendirilmesi

1. Düzenlemenin Konusuna Göre

Düzenleme tedbirleri, teminat ve eda tedbirlerinden farklı olarak bir hukukî ilişkinin varlığı ve bunun düzenlenmesi ihtiyacında hayat bulmaktadır. Hukukî ilişkilerde taraflara çeşitli haklar tanınmakta, yükümlülükler yüklenmektedir. Örneğin, bir borç ilişkisinde birden çok borç ve diğer tarafa sağlanan alacak hakkı yer alabilmektedir. Bu durumda, hukukî ilişkinin bir haklar ve borçlar demeti olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Taraflar, hukukî ilişkiye yönelik bir uyuşmazlık içine girdiklerinde, çoğu zaman hukukî ilişkiye dahil somut bir maddî hukuk talebi üzerinde çekişme hâlinde dirler. Uyuşmazlığın asıl dava sonuna değin geçici olarak çözümlenmesi de hukukî ilişkinin bizatihi kendisine değil, hukukî ilişkiden çıkan talebe dayanmaktadır. Diğer bir ifade ile, tek başına hukukî ilişkinin düzenlenmesi, tedbirin konusunu oluşturmamaktadır. İhtiyatî tedbire hukukî ilişkilerin esas teşkil ettiği söylene de, düzenleme tedbirlerinde de son tahlilde maddî hukuk taleplerine dayanılmaktadır³⁹⁹. Bu nedenle, düzenleme tedbiri olarak nitelendirilen yargılamalarda da tedbir kararı verilebilmesi için hukukî ilişkiden, teminat altına alınabilecek ya da geçici olarak ifa edilebilecek bir maddî hukuk talebinin çıkarılabilmesi gerekir⁴⁰⁰.

³⁹⁸ **Baur**-Anwendungsbereich, s. 607, 608; Münch Komm ZPO-**Heinze**, vor § 916 N. 19. Feshe karşı korunma davasında işçinin tedbir yolu ile yeniden çalıştırılması düzenleme tedbiri kapsamında incelenmektedir (**Reichhold** in Thomas/Putzo, § 940 N. 4).

³⁹⁹ **Grunsky**-Grundzüge, § 8 III 2b, 2c; **Brox/Walker**, N. 1590; **Meier**-Grundlagen, s. 22; **Walker**-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 115.

⁴⁰⁰ Münch Komm ZPO-**Heinze**, 2. Auflage, § 940 N. 3; **Walker**-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 115; **Walker** in Schuschke/Walker, vor § 916 N. 30. Düzenleme tedbirlerini bağımsız bir tedbir türü olarak benimseyen görüş taraftarları da, hukukî ilişkiden bir maddî hukuk talebinin çıkarılabilmesini inkâr etmemektedirler (**Baur**-Studien, s. 29 vd.; **Stein/Jonas/Grunsky**, § 940 N. 1, 2; **Reichhold** in Thomas/Putzo, § 940 N. 2; **Zöllner/Vollkommer**, § 940 N. 2; **Vogg**, s. 70 vd.; **Zimmermann**, § 940 N. 2; **Deren-Yıldırım**-İhtiyatî Tedbirler, s. 93; Hk-ZPO-**Kemper**, § 940 N. 3).

Düzenleme tedbiri olarak nitelendirilen hâllerde, maddî hukuk talebinin dışlanması üç farklı açıdan eleştirilebilir: Öncelikle, bütün ihtiyatî tedbirler, belirli seviyede hukukî koruma sağlamaktadır. Bu yönüyle, düzenleme tedbiri kategorisi de hukukî korumanın bir parçasıdır. Yukarıda ele alındığı üzere, hukukî koruma sübjektif hakların gerçekleştirilmesine hizmet eder⁴⁰¹. Maddî hukuk talebinden soyutlanmış bir tedbir bu yönüyle, hukukî korumanın temel esasları ile bağdaşmamaktadır⁴⁰².

Maddî hukuk talebine gerek duymayan düzenleme tedbirlerinin bir yandan hukuk barışına hizmet etmesi, diğer yandan tasarruf ilkesinin geçerli olması birbiri ile tam olarak örtüşmemektedir. Şayet hukuk barışının ön planda olduğu, maddî hukuk talebinden bağımsız bir tedbir türü söz konusu olsaydı, hâkimin de kendiliğinden tedbire hükmedebilmesi gerekirdi⁴⁰³. Halbuki düzenleme tedbirlerine re'sen değil, talep üzerine karar verilebilir. Diğer yandan, devlet kendiliğinden hak almayı yasaklayıp hakların gerçekleştirilmesi görevini üstlenerek hukuk barışına hizmet etmektedir. Alacaklının kendi olanakları ile alacağını tahsil etmesine, hukukî koruma sağlanması ile engel olunmakla hukuk barışı korunur. Bu yönüyle, yalnız düzenleme tedbirleri değil, teminat ve eda tedbirlerinde de hukukî korumanın hukuk barışını sağlama işlevi öne çekilmektedir⁴⁰⁴. Yani, hukuk barışı yalnız düzenleme tedbirlerine özgü olmadığı gibi, sırf hukuk barışı düşüncesi, bağımsız bir tedbir türüne tek başına hayat veremez⁴⁰⁵. Bir alacağın icrası güvence altına alınıp alacaklı, asıl dava sonunda hakkına zamanında ve kayıpsız kavuştuğunda da hukuk barışı korunmaktadır. Yine, geçici icranın hayatını idame ettirmek için zaruriyet arz ettiği bir alacaklının geçici olarak alacağına kavuşmasında da hukuk barışına hizmet edilmektedir.

⁴⁰¹ Bkz. yuk. Bölüm I, § 4, I, A.

⁴⁰² Stein/Jonas/Grunsky, § 940 N. 1; Lackmann, N. 688; Minnerop, s. 63 vd.; Vogg, s. 36; Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 115.

⁴⁰³ Stein/Jonas/Grunsky, § 940 N. 1; Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 115.

⁴⁰⁴ du Mesnil de Rochemont, s. 54.

⁴⁰⁵ Gerhardt, s. 233; Meier-Grundlagen, s. 24, 25. Ercan haklı olarak, hukuk barışının sağlanmasını bütün ihtiyatî tedbirler bakımından kabul etmektedir (Ercan-Muhalefet, s. 925, 926).

Ayrıca, uyuşmazlık konusu talep ile ilişkisi kesilen ve tamamen hukukî ilişkiye bağlanan bir tedbir, tamamlayıcı merasim sorunlarını da beraberinde getirecektir. Şayet lehine düzenleme tedbirine hükmedilen, bir sübjektif hak ileri sürmüyorsa, açacağı asıl davada da bir hakkın hüküm altına alınmasını talep edemeyecektir⁴⁰⁶. Bu durumda tek seçenek, asıl davada da hukukî ilişkiye yine bütünüyle dayanılması ve davada da hukukî ilişkinin düzenlenmesidir. Tamamlayıcı merasimin zorunlu olduğu hukuk sistemimizde (m. 109) meselenin çözümü böyle bir zorunluluğun prensip itibarıyla bulunmadığı Alman Hukuku'na göre (ZPO § 926) daha da zordur.

Düzenleme tedbirinin klasik örnekleri somut olarak incelendiğinde de hukukî ilişkiden çok, maddî hukuk talebinin ön planda olduğu görülecektir. Bir eşyanın müşterek kullanımı ile ilgili tedbir yargılamalarında, tedbir talep eden kiracı, diğer kiracıya karşı eşyanın kullanılmasına ilişkin maddî hukuk talebine dayanmaktadır. Bu talep de hak sahibi eşyadan hiç yararlanamıyorsa zilyetlik; belirli sınırlar dahilinde yararlanabiliyorsa haksız fiil temelinde ref ya da men taleplerinde temelini bulmaktadır. Diğer yandan, düzenleme tedbirini savunanlar, hukukî ilişkinin tüm taraflarının uyuşmazlık hâlinde olduğu varsayımından hareket etmektedirler. Olabilir ki, müşterek kullanım konusunda yalnız bazı kiracılar arasında uyuşmazlık vardır. Şayet bir hukukî ilişki düzenlenecekse, düzenlemenin bu ilişkinin bütün taraflarını içermesi gerekir. Oysa, burada yalnız birkaç kiracı arasında uyuşmazlık bulunduğu gibi, birkaç kiracıya yönelik verilen tedbirin diğer kiracıları etki etmesi de usûl hukuku bakımından mümkün değildir⁴⁰⁷.

Ortaklıklar hukukunda yönetici ortağın yönetim ve temsil yetkisinin tedbir yolu ile kısıtlanması ya da sona erdirilmesinde de, bir maddî hukuk talebi tedbire esas teşkil etmektedir. Burada diğer maddî hukuk taleplerinden farklı olarak inşaf bir talep söz konusudur ve bu talep ancak mahkemenin kararı ile hüküm ifade etmektedir. Gerçekten, bir hukukî durum inşa edilecekse, bunu karşı tarafın yapması zaten mümkün değildir. Hâkim, ortaklık ilişkisini bir inşaf

⁴⁰⁶ **Leipold-Grundlagen**, s. 107 dn. 42; **Stein/Jonas/Grunsky**, § 940 N. 1; **Brox/Walker**, N. 1591; **Walker-Der einstweilige Rechtsschutz**, N. 115; **Berger/Boemke**, Kap. 5 N. 13.

⁴⁰⁷ **Walker-Der einstweilige Rechtsschutz**, N. 116, 117.

kararla düzenleme konusunda tek yetkilidir. Bu nedenle, talep, hukukî ilişkinin diğer tarafına karşı ileri sürülmemektedir, doğrudan hâkime yönetilmektedir. Talep sahibi, bu tek yetkili mercie, yani devlete karşı hukukî durumun inşasına yönelik talep hakkına dayanmaktadır⁴⁰⁸.

Başka bir açıdan, düzenleme tedbirlerinin konusunun hukukî ilişkiler ile açıklanması, teminat ve eda tedbirlerini içine alacak kadar geneldir. Teminat ve eda tedbirlerinin temelinde de çoğu zaman bir hukukî ilişki -örneğin sözleşme ilişkisi- bulunmaktadır. Teminat tedbirlerinde, somut bir hakkın icrası güvence altına alınırken de çoğu zaman ortada bir hukukî ilişki vardır. Mülkiyet hakkının güvence altına alınması çerçevesinde mal yediemine teslim edildiğinde, hukukî ilişkiye dahil mülkiyet hakkı düzenlenmiş olmaktadır⁴⁰⁹. Düzenleme tedbiri şeklinde ayrı bir kategori için, mülkiyet hakkı güvence altına alınırken hukukî ilişki düzenlenmemiş olmalıdır. Oysa, taşınmazın yönetimi bir yediemine bırakılıp onun görevleri belirlendiğinde de hukukî ilişki düzene kavuşmaktadır. Ancak tedbir, türü itibariyle teminat tedbiridir. Teminat tedbirlerinde olduğu gibi bir hakka dayanan eda tedbirleri de bir hukukî ilişkiden bağımsız düşünülemez. Hukukî ilişkiye dahil bir borcun geçici olarak ifasına hükmedildiğinde, asıl davada nihaî karar çıkana kadar, taraflar arasındaki hukukî ilişkide uyumsuzluğu geçici olarak çözen bir düzen kurulmaktadır. İşçi-işveren ilişkisinde, işçinin yeniden çalıştırılma talebine yürürlük kazandırıldığında iş ilişkisi de dolaylı olarak düzenlenmektedir⁴¹⁰. Şu hâlde, hukukî ilişkiye dahil olan bir edimin güvence altına alınmasına ya da ifasına yönelik tedbir kararları, tedbirin konusu değerlendirildiğinde düzenleme tedbirlerine dahil edilecektir. Bu da, düzenleme tedbirlerine hukukî ilişki temelinde varlık kazandırma gayreti içinde, tüm tedbirlerin düzenleme tedbirlerine dahil olmasını beraberinde getirecektir.

Sonuç itibariyle, düzenleme tedbirlerinin konusunu hukukî ilişkilerin; teminat ve eda tedbirlerinin ise hakların teşkil ettiği şeklinde ayırım, diğer

⁴⁰⁸ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 118.

⁴⁰⁹ Brox/Walker, N. 1590; Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 101; du Mesnil de Rochemont, s. 48.

⁴¹⁰ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 101. Yazar, teminat ve eda tedbirlerinde de son tahlilde hukukî ilişkinin düzenlendiğini, düzenlenmenin konusu değil, tedbir etkisi çerçevesinde ele almaktadır.

tedbirlerden ayırt edilmesini ve özellikle bağımsız bir tedbir türü olarak sınıflandırılmasını tek başına haklı kılmaya yetmemektedir.

2. Tedbirin Etkisine Göre

Yukarıda ihtiyatî tedbir türlerinin belirlenmesi ve birbirinden ayırt edilmesinde tedbirin amacının değil, tedbirin yarattığı etkinin kriter olarak benimsenmesi gerektiğini ortaya koymuştuk⁴¹¹. Teminat ve eda tedbirlerinde, tedbir kararı verilmesi ile karşı tarafın hukuk alanında somut bir etki meydana gelmekte ve her iki tedbir türü, tedbirin güvence altına alma ya da ifa etkisine göre birbirinden kolaylıkla ayırt edilebilmektedir. Ne var ki, düzenleme tedbiri olarak adlandırılan durumda, karşı tarafın hukuk alanında “düzenleme” şeklinde somut bir etkiden söz etmek mümkün değildir. Bu durumda, düzenleme tedbiri olarak anılan örneklerin yarattığı gerçek etkinin belirlenmesi gerekir.

Düzenleme şeklinde bir etkinin mevcut olmayışında, böyle bir tedbir türünü ayakta tutmanın tek yolu, ona teminat etkisi ile eda etkisi arasında ara bir rol biçmektir⁴¹². Ancak düzenleme tedbirleri, teminat tedbirlerinden fazla; eda tedbirlerinden az bir hukukî koruma sağlamaya muktedir değildir. Zira, tipik düzenleme tedbiri olarak gösterilen hâllerde de talepte bulunanın geçici tatmini söz konusudur. Komşuluk hukukunda müşterek eşyaların kullanılmasında olduğu gibi, hukukî ilişkilerin inşâ surette düzenlenmesi durumunda, eda tedbirleri ile aynı etki yaratılmaktadır. Hukukî ilişkiden doğan haklar, tedbir yolu ile düzenlenmesinden önceki hâlinde nasıl ki ayrı ayrı cibrî icranın konusunu oluşturuyorsa, düzenlendikten sonraki hâlinde de gerektiğinde zorla yerine getirilmek gerekecektir. Düzenleme tedbirlerinde eda tedbirlerinde olduğu gibi doğrudan alacaklının geçici olarak tatmini amaçlanmamaktadır. Yalnız, düzenlenmiş hukukî ilişkiden doğan hak ve borçlar ifa edilmediğinde, bu hak ve borçların zorla yerine getirebileceği gerçeği göze alınmaktadır. Bu bakımdan, düzenleme ve eda tedbirleri arasında, alacaklının tatmini bakımından tek fark, eda tedbirlerinin doğrudan ifaya yönelmesi, düzenleme tedbirlerinin ifayı göze almasıdır. Ancak ifa sonucunun amaçlanması ve göze alınması, tedbir yolu ile

⁴¹¹ Bkz. yuk. Bölüm III, § 8.

⁴¹² **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 940 N. 2.

müdahalede bulunulan borçlu bakımından özünde fark yaratmamaktadır. Gerek eda tedbirinde hükmedilen edim yerine getirilmediğinde gerekse düzenleme tedbirinde düzenlenen hukukî ilişkiden doğan hakka riayet edilmediğinde, alacağın cebrî icra organları aracılığı ile ifasına ihtiyaç duyulmaktadır⁴¹³.

Cebrî icraya ihtiyaç duymayan inşâî hakların tedbir yolu ile hüküm altına alınmasında bir an için farklı bir durumun olduğu düşünülebilecek olsa da, düzenleme tedbiri olarak nitelendirilen hâllerde eda tedbirleri ile aynı kapıya çıkılmaktadır. Kollektif ortaklıkta yönetici ortağın yönetim ve temsil yetkisine son verilmesinde olduğu gibi konusu inşâî haklar olan düzenleme tedbirlerinde de, tüm eda tedbirlerinde de asıl dava sonucunun öne çekilmesi söz konusudur⁴¹⁴. Etkisi itibarıyla asıl dava sonucunu öne çeken tedbirlerin, tek bir tedbir türü altında toplanması, sırf inşâî hak nedeniyle ayrı bir tedbir türü yaratılmasındansa daha yerindedir. Ayrıca, karşı tarafın hukuk alanına bulunulan müdahale açısından, düzenleme tedbiri olarak nitelendirilen hâllerde eda tedbirleri ile karşılaştırıldığında bağımsız bir tedbir türü yaratacak farklılığın bulunmadığı görülecektir. Zira, asıl dava sonucunun öne çekilmesi nedeniyle her iki durumda da talep sahibi, asıl dava sonunda elde edilebileceği hukukî korumaya kavuşturulmaktadır.

Türk Hukuku'nda düzenleme tedbirlerinin klasik örneği olarak verilen boşanma ve ayrılık davalarında evlilik ilişkisinin hâkim tarafından düzenlenmesini, gerçekten bir düzenleme tedbiri olarak kabul edebilmek için, hâkimin kararının ihtiyatî tedbir olarak nitelendirilmesi gerekir⁴¹⁵. Oysa, yukarıda ele aldığımız üzere, boşanma ve ayrılık davalarındaki geçici önlemler, geniş anlamda birer geçici hukukî korumadır; ancak, ihtiyatî tedbirlerin karakteristik özelliklerini taşımamaktadır⁴¹⁶. Bir an için, geçici önlemlerin de kendi içinde teminat, ifa ve düzenleme etkisi gösterir şeklinde sınıflandırıldığını düşünecek olsak bile, evlilik ilişkisinin düzenlenmesi, aslında tarafların birbirlerine karşı ileri

⁴¹³ Meier-Grundlagen, s. 29; Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 67; Zimmermann, § 940 N. 6; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 11. Paulus da düzenleme tedbiri kararlarının talep sahibinin tatmini sonucunu doğuracağını kabul etmektedir (N. 715).

⁴¹⁴ Schilken-Befriedigungsverfügung, s. 137.

⁴¹⁵ Karş. Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler, s. 17; Üstündağ-Yargılama, s. 586; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 653.

⁴¹⁶ Bkz. yuk. Bölüm II, § 7, I, B, 3, b, (2).

sürebilecekleri çok sayıda talep haklarını yaratmaktadır ve bu haklar yerine getirilmediğinde zorla icra edilmektedir. Yani, verilen emirler son tahlilde, ifa sonucu doğurmaktadır. Örneğin, boşanma davası boyunca çocuğu annenin yanında kalmasına karar verilmiş, buna karşılık çocuk babanın yanında ise, gerektiğinde çocuk teslimi cebri icra yolu ile sağlanmaktadır⁴¹⁷.

Düzenleme tedbirlerinin eski hâle iade imkânına göre eda tedbirlerinden ayırt edilmesi görüşüne ilişkin olarak, öncelikle tedbir kararının kaldırılmasının, tedbirin geçicilik karakteri belirlenirken esas alınmasına katılmadığımızı tekrar belirtmek isteriz. Bu nedenle, bu fikrin hareket noktasına karşı çıkışımızla ilgili açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz⁴¹⁸. Tedbir kararının kaldırılmasından sonra eski duruma dönülmesinin kendiliğinden mi, yoksa eski hâle iade yolu ile mi olacağı, koşulları farklı iki ayrı tedbir türünü haklı kılmadığı gibi⁴¹⁹, özünde ifa etkisi doğuran tedbir kararlarının ikiye bölünmesi sureti ile karışıklıklara yol açma tehlikesini de barındırmaktadır. Çünkü bu görüş takip edildiğinde, konusu bir işin yapılmaması olan tedbirler kendiliğinden eski duruma döndüğünde düzenleme tedbiri, konusu bir şeyin verilmesi olan tedbirler ise eski hâle iadeye gerek duyulacağından eda tedbiri şeklinde sınıflandırılacaktır. Halbuki, bir işin yapılmamasında da, bir şeyin verilmesinde de borçlar hukuku anlamında “ifa” söz konusudur ve karşı taraf, her iki durumda da ağır zararlar görme tehlikesi ile karşı karşıyadır⁴²⁰. Kollektif ortaklıkta yönetici ortağın yönetim ve temsil yetkisine son verilmesi örneğinde, tedbir kararı kaldırıldığında tedbir boyunca kullanılmayan yönetim yetkisinin kullanılması söz konusu olmayacağından⁴²¹, tıpkı eda tedbirlerinde olduğu gibi fiilen eski hâle iade olanağı yoktur. Zira, yönetici, tedbirin kaldırılmasından sonra ortaklığı yeniden yönetebilir. Tedbir kararının etkili olduğu dönemde yeni yönetici tarafından akdedilen sözleşmeler

⁴¹⁷ *Meier*, konusu hukukî ilişkilerin düzenlenmesi olan tedbirlerde bağımsız maddî hukuk taleplerinin nihaî olarak gerçekleştirilmesinin söz konusu olduğunu belirtmekte, buna örnek olarak boşanma ve ayrılık davalarındaki geçici önlemleri vermektedir (*Meier-Grundlagen*, s. 26).

⁴¹⁸ Bkz. yuk. Bölüm II, § 6, IV, B.

⁴¹⁹ *Stein/Jonas/Grunsky*, § 938 N. 3 dn. 3; *Schilken-Befriedigungsverfügung*, s. 123; *Minnerop*, s. 79; *Brox/Walker*, N. 1597a; *Walker-Der einstweilige Rechtsschutz*, N. 107.

⁴²⁰ *Brox/Walker*, N. 1622; *Walker-Der einstweilige Rechtsschutz*, N. 108. Bir işin yapılması ya da yapılmaması yönündeki emirleri eda tedbiri kategorisi içinde inceleyen görüş için bkz. *Özkes-İhtiyafî Tedbir*, s. 127 ,128.

⁴²¹ *Berger/Boemke*, Kap. 5 N. 11.

ya da verilen kararlar hüküm ve sonuçlarını tedbir kararının kaldırılmasından sonra da doğurur.

Düzenleme tedbirlerinin kısmî bir ifa sağlamasına göre eda tedbirlerinden ayırt edilmesi görüşüne ilişkin olarak, hâkimin tedbire hükmederken, ifa etkisinin tam mı, yoksa kısmî mi olduğunu ayırt etmesi muğlak, aynı zamanda öngörülemezdir. Tedbir kararında üç ay ile sınırlandırılan rekabet etmeme yasağı devam ederken iki ay sonra taraflar arasındaki hukukî ilişki sona ererse, kısmî ifadan yola çıkan hâkim, aslında tam ifaya hükmetmiş duruma düşecektir⁴²². Ayrıca, bu görüş para alacaklarında kabul edilmesi oldukça zor bir duruma yol açacaktır. Bir miktar paranın ödenmesi düzenleme tedbiri iken, çok istisnai hâllerde gündeme gelebilecek tedbir yolu ile tam ifaya hükmedilmesi eda tedbiri olarak nitelendirilebilecektir. Bundan da önemlisi, bir tedbir türünün, diğerinden bağımsızlığı için ifa etkisinin yoğunluğundan öte, yukarıda vurgulandığı üzere karşı tarafın bu tedbirden nasıl etkilendiği ve tedbirlerin birbirinden farklı koşullar içinde incelenmesi daha önemlidir.

Nihayet, düzenleme tedbiri adıyla üçüncü bir tedbir türünün varlığına ilişkin tartışmanın kaynağı esas itibarıyla Türk Hukuku'nun kendisi değil, Alman Usûl Kanunu'nun 940. paragrafının kenar başlığının düzenleme tedbiri oluşudur. Buna karşılık, düzenleme tedbirlerinin Türk Hukuku'nda doğrudan kanunî dayanağı bulunmamaktadır. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda, Alman Hukuku'nda olduğu gibi müessese olarak düzenleme tedbirlerine yer verilmediği gibi, bir hukukî ilişkinin düzenlenmesinden de söz edilmemektedir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 101. maddesinde örnek olarak sayılan somut tedbir örneklerinde ya teminat ya da ifa etkisi söz konusudur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 395. maddesinde de, asıl olarak teminat ve ifa sonucunu doğuran tedbirlere açıkça değinilmesine rağmen, düzenleme ifadesi kullanılmamıştır⁴²³.

⁴²² Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 111.

⁴²³ "...tedbire konu olan mal veya hakkın muhafaza altına alınması veya bir yediemine tevdiî ya da bir şeyin yapılması veya yapılmaması gibi, sakıncayı ortadan kaldıracak veya zararı engelleyecek her türlü tedbire karar verebilir".

Yukarıda vurgulandığı üzere, bir tedbirin ayrı bir kategori oluşturabilmesi için, diğer tedbir türlerinden somut bir şekilde ayırt edilebilmesi gerekir⁴²⁴. Düzenleme tedbirlerine hükmedebilme koşulları, teminat ve eda tedbirlerinden farklı olmalıdır ki, ayrı bir tedbir türünün varlığı anlam kazansın. Böyle bir farklılığın yaratılmasındaki amaç, tedbirden etkilenen kişinin hukuk alanına yapılan müdahalenin dengelenmesine ne derecede ihtiyaç duyulduğudur. Düzenleme tedbirleri, teminat ve eda tedbirlerinden ayırt edilmeye çalışılsa da, yukarıda görüldüğü gibi ayırım net olmadığı gibi, amaca da hizmet etmemektedir. Çünkü ispat ölçüsü, hukukî dinlenilme hakkı, kararın içeriğinin belirlenmesinde hâkimin hareket serbestisi gibi konularda düzenleme tedbirlerinin diğer tedbir türlerinden farklı olan koşulları ortaya konulamamaktadır⁴²⁵.

Bütün bu açıklamalar ışığında, etkileri itibariyle ihtiyatî tedbirler kanımızca, ya teminat ya da ifa etkisi doğurur. Teminat ve ifa arasında düzenleme adı ile ara bir kategori yerine, düzenleme tedbiri olarak anılan hâllerdeki tedbirin etkisinden hareket edilerek bir sonuca varılmalı, bu bağlamda düzenleme tedbiri olarak ele alınan hâllerin hukukî niteliği eda tedbiri olarak belirlenmelidir. Bunun sonucunda, ihtiyatî tedbirlerin teminat, düzenleme ve eda amacından hareketle yapılan tasnifin düzenleme ayağının gerçekte bulunmadığı sonucuna ulaşmış oluyoruz⁴²⁶.

⁴²⁴ Bkz. yuk. Bölüm III, § 8.

⁴²⁵ Brox/Walker, N. 1590.

⁴²⁶ Alman Hukuku'nda Usûl Kanunu'nun 940. paragrafının kenar başlığı "düzenleme tedbirleri" olmasına rağmen, böyle bir tedbir türünün bulunmadığı, adeta eda tedbirinin içinde eridiği haklı olarak benimsenmektedir (Thümmel in Wiczorek/Schütze, § 940 N. 3; Brox/Walker, N. 1597a; Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 112; Berger/Boemke, Kap. 5 N. 11-13). Heinze de düzenleme tedbiri kategorisini reddetmektedir. Ancak yazar, bütün tedbirlerin teminat işlevi göreceğini belirtmekte, düzenleme tedbiri olarak nitelendirilen hâllerde de teminat işlevinin yerine getirildiğini ifade etmektedir (Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 940 N. 1-3).

§ 10. İHTİYATÎ TEDBİRLERİN İÇERİĞİNİN HÂKİM TARAFINDAN BELİRLENMESİ

I. Tasarruf İlkesinin İhtiyatî Tedbirlerin İçeriğinin Belirlenmesinde Gösterdiği Özellik

Tasarruf ilkesinin, davada dikkate alındığı şekliyle sağlanacak hukukî korumanın içeriği ve kapsamı bakımından iki cephesi vardır: İlk cephede, taraf, talep sonucunu serbestçe belirler. Bu bağlamda, taraf, dava dilekçesinde somut bir talep sonucu (netice-i talep) ileri sürer. Yalnız vakıaların iddia edilmesi ve genel olarak hukukî korunma istenmesi yeterli değildir. Dava dilekçesinde, ihlâl edilen hakka yönelik nasıl bir hukukî korunma istenildiği açıkça yer almalıdır (m. 179). İkinci cephede ise, mahkeme kararının içeriğinin esas itibariyle tarafın hüküm altına alınmasını istediği talebe göre şekillendirilmesi söz konusudur. Davacının çerçevesini çizdiği hukukî korunma talebine ilişkin hukuk kuralı saptanır ve dilekçede yer alan somut vakıaların atılma faaliyetinde bu hukuk kuralında öngörülen koşul vakıaları karşılayıp karşılamadığı incelenir. Hâkim, tarafın belirlediği talep sonucu ile bağlıdır, talep edilenden başka bir şeye (aliud) ya da talepten fazlasına karar veremez (m. 74). Kısaca, tarafın talep sonucunu belirlemesi ve hâkimin tarafın bu belirlemesi ile bağlılığı (taleple bağlılık ilkesi), medenî usûl hukukuna hâkim olan tasarruf ilkesini karşılamaktadır⁴²⁷.

İhtiyatî tedbire de bir yargılama sonunda karar verilmektedir. İhtiyatî tedbirlerle ilgili özel yargılama kuralı bulunmadığı sürece, davaya ilişkin kurallar ve ilkeler uygulama alanı bulacaktır. Bu bağlamda, tedbirin içeriğinin belirlenmesinde, asıl davada olduğu gibi tarafın mı, yoksa hâkimin doğrudan söz sahibi olacağı sorusu yeniden sorgulanmalı, ihtiyatî tedbirin kendisine özgü yapısı nedeniyle tasarruf ilkesinin asıl davada kabul edildiği şekli ile uygulanabilirliği tartışılmalıdır⁴²⁸.

⁴²⁷ Karafakih, s. 73 vd.; Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, 6. Bası, İstanbul 2001, s. 1917; Bilge/Önen, s. 297; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 227; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usul, s. 182, 183; Becker-Eberhard, Ekkehard: Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları, Çev. Yıldırım, M. Kamil, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2002, s. 20; Yavaş, s. 285, 301.

⁴²⁸ Dava için tereddüt edilmeyen pek çok yargılama hukuku ilke ve kuralının geçici hukukî koruma yargılaması bakımından sorgulanması gerektiğine ilişkin bkz. Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler, s. 5.

Genel bir yaklaşımla, tedbir yargılamasında da tedbirin hangi hakka, nasıl bir hukukî koruma sağlayacağı prensip itibariyle tarafın tasarrufunda olduğunu, tasarruf ilkesinin tedbir yargılamasında da uygulanacağını söylemek yanlış olmayacaktır (m. 74). Taraf, tedbir yargılamasının talep sonucunu dilediği gibi belirleyebilir⁴²⁹. Ancak geçici hukukî korumada söz konusu olan talep ve karar seçeneğinin fazlalığı karşısında hâkimin kararın içeriğinin belirlenmesine aktif olarak katılımına duyulan ihtiyaç da yadsınamaz. Bu ihtiyaç, ancak hâkime asıl davaya göre daha geniş hareket alanı tanınması ile karşılanabilir. Ne var ki, bunun için ihtiyatî tedbirlerle ilgili hükümlerin hâkimin tedbir yargılamasında ne derecede etkin kıldığını, geçici hukukî korumada tasarruf ilkesi bakımından esnekliği amaçlayıp amaçlamadığını tespit etmek gerekecektir.

Hâkimin, ihtiyatî tedbirin içeriğini belirlerken sahip olduğu hareket serbestine ilişkin olarak kendisine doğrudan başvurulabilecek asıl hüküm Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 103. maddesidir. Zira, bu hüküm bütün ihtiyatî tedbirler için uygulama alanı bulabilecek genel bir düzenlemedir. Anılan maddede tasarruf ilkesi bakımından yoruma ihtiyaç gösteren bir düzenleme bulunmaktadır. 103. maddede, hâkimin “icap eden ihtiyatî tedbirlerin icrasına” karar verebileceği hükme bağlanmıştır. Teminat tedbirlerine özgü 101. maddenin 2. bendinde benzer şekilde “lâzım gelen her türlü tedbirlerin ittihazına” ifadesi yer almaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, hâkimi “her türlü tedbire” karar verebilme yetkisi ile donatmıştır (m. 395). Gerekli tedbirin icrasına karar vermenin tasarruf ilkesinde bir esneklik sağlama amacını taşıyıp taşımadığı sorusuna yanıt bulabilmek için öncelikle Kanun'un öngördüğü sistem değerlendirilmelidir. Davaya kıyasla hâkime ne kadar hareket alanı verildiği, tedbirin içeriğinin belirlenmesinde de yol gösterici olacaktır.

Her şeyden önce Kanun, diğer tarafın usûli temel hakkı olan hukukî dinlenilme hakkını erteleme konusunda hâkime takdir yetkisi tanımıştır (m. 105/II). Hâkim, duruşma yapılıp yapılmayacağı konusunda, hak kaybına uğranılması tehlikesini dikkate alarak takdir hakkını kullanabilecek kadar süreçte etkin bir rol üstlenmiştir.

⁴²⁹ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 148; Reichhold in Thomas/Putzo, § 938 N. 1.

Tedbir kararından sonra diğerk tarafın başvuracağı hukukî çarelere ilişkin kanun koyucunun tercihleri de, tedbir yargılaması için yapılacak değerlendirmeye ışık tutabilecek aydınlıktadır. İtiraz yargılamasında hâkime tedbir kararını muhafaza etme, değiştirme ve kaldırma seçenekleri sunulmuştur (m. 108/II). Şayet karar değiştirilecekse hareket serbestisi daha da artacaktır. Çünkü bu durumda eski kararın yerine yenisi verilmek gerekecektir. Örneğin, hatalı bir şekilde imalathanenin mühürlenmesine karar verilip faaliyetine tedbiren son verilmişse, itiraz üzerine bu karar kaldırılarak bu sefer atanacak kayyımın denetimi ile üretime devam edilmesine hükmedilebilecektir.

Nihayet, esasa dokunmaksızın teminat karşılığında kararın kaldırılması veya değiştirilmesi istenebilir (m. 111). Karşı taraf, ister tedbirin kaldırılmasını ister değiştirilmesini talep etmiş olsun, hâkim, tedbirin devamına karar verebileceği gibi, tarafın talebine bağlı olmaksızın takdir hakkına dayanarak teminat karşılığında kararı kaldırabilir ya da farklı bir ihtiyatî tedbire hükmedebilir.

Kanun'un sistemi göstermektedir ki, hâkim, ihtiyatî tedbirlerin kendisine özgü yapısından kaynaklanan ihtiyaçlar nedeniyle davada karar verilene kadarki dönemde çatışan menfaatleri hassas bir tartıda tartma sorumluluğunu üstlenmiştir. Tedbir kararı verildikten sonraki aşamada hâkime geniş yetkiler veren bir sistemde, tedbir kararı verilirken ve tedbirin içeriği belirlenirken hâkim aynı hareket serbestisine sahip olmalıdır⁴³⁰. Bütün tedbir türlerinde, tedbir talebinde bulunulmasından asıl davada karar verilene, hatta kararın kesinleşmesine kadar hâkim tarafların menfaatleri arasında hassas bir denge kurmak zorundadır. *Yılmaz*'ın haklı olarak vurguladığı gibi, böyle bir hassas denge kurmak, "gerçek bir adalet dağıtma sanatıdır"⁴³¹. Hâkimin tedbir yargılamasındaki yetkileri o kadar geniştir ki, yukarıda incelendiği üzere, eda tedbirlerinde tedbir sebebinin varlığı için, talep sahibinin ve karşı tarafın menfaatleri somut kriterler ışığında tartılmaktadır⁴³². Tarafların menfaatlerinin

⁴³⁰ *Taş-Korkmaz*, s. 87; *Yılmaz*, C. I, s. 620. Kanun koyucunun geçici hukuki himaye tedbirleri konusunda "katı" olmadığı ve konuyu "esnek" bir biçimde hakimin takdirine bırakma ihtiyacı duyduğuna ilişkin bkz. *Yılmaz-İhtiyatî Tedbir*, s. 217.

⁴³¹ *Yılmaz*, C. I, s. 890.

⁴³² Bkz. yuk. Bölüm II, § 6, V, B, 4.

hassas bir tartıda tartıldığı bir yargılama modelinde, tasarruf ilkesine davadaki şekliyle sıkı sıkıya bağlanılmamalı, menfaatleri tartma görevi ile donatılan hâkim, tedbirin içeriğinin belirlenmesinde de takdir yetkisine sahip kılınmalıdır.

Kanun'un sistematığıne başvurmaksızın, geçici hukukî korumanın kendisine özgü yapısı da tasarruf ilkesine esneklik kazandırmaktadır. Asıl davadan farklı olarak ihtiyatî tedbir yolu ile bir hakkın icrası yolu ya da istisnai hâllerde hakkın icrası çok çeşitli şekillerde korunabilir. Gerek tarafların gerekse hâkimin önünde çok geniş bir tedbir kataloğu vardır. Talep sahibini tehdit eden tehlikenin yoğunluğuna göre tedbirin içeriğinin farklı şekillerde belirlenmesi gerekebilir. Hak sahibinin iddia ettiği hakkın teminat altına alınmasını tehlikeye düşüren vakıalar, birden çok somut tedbiri haklı kılabilir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, her ne kadar 101. maddede bazı somut tedbirleri örnek olarak saysa da, tedbirin içeriğinin çok farklı şekilde doldurulabileceğini öngörerek 103. maddede genel bir düzenleme yapma ihtiyacı hissetmiştir. Talep sahibi, dilekçe hazırlarken seçim yapabileceği tüm tedbir olasılıklarını ayrıntılı bir şekilde Usûl Kanunu'nda bulamaz⁴³³. Mahkeme, tehlikenin gerekli kıldığı somut tedbiri kendi açısından belirleyen talep sahibinin değerlendirmesinden farklı olarak geçici hukukî koruma sağlanmasını haklı bulmasına rağmen, farklı bir emri yeterli görebilir. Bu durum, somut tehlikenin, talepte belirtilen somut tedbiri haklı göstermediği anlamına gelecektir. Borçluyu en az zarara uğratacak tedbir ile talep edilen tedbir aynı görülmediğinde talebin reddedilmesi geçici hukukî korumayı işlevinden uzaklaştırabilir⁴³⁴. Talep sahibinin hangi tedbirin somut olay bakımından gerekli olduğunu, yani hâkimin takdirini dilekçe hazırlarken öngörmesi neredeyse olanaksızdır. Hatta tarafların karşılıklı menfaatleri tartıldığında birbirine benzer iki olayda, aynı hakka yönelik aynı tehlike bazen farklı içerikte bir tedbiri haklı kılabilir. Bu nedenle taraftan, hâkimin takdir yetkisini hangi yönde kullanacağını öngörmeksizin dilekçesinde

⁴³³ İsviçre'de Zürich, Basel-Stadt ve Basel-Land gibi pek çok kantonda, tedbir seçeneklerinin numerus clausus düzenlenmemesi nedeniyle, seçim, hâkimin takdirine bırakılmıştır (Habscheid-Zivilprozess, N. 621; Stachelin, Adrian/Sutter, Thomas: Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Zürich 1992, § 23 N. 14).

⁴³⁴ Stach, s. 170, 171.

çok sayıda tedbir olasılığından birisini seçmesi beklenemez⁴³⁵. Bu durum, yanlış seçimde tedbir talebini geri çevirmek suretiyle usûl kurallarının amacını aşacak ölçüde sert yorumlanması sonucunu yaratır. Hâkimin uyuşmazlık konusunun hangi somut tedbir ile teminat altına alınacağını takdir etmesi en uygun çözümdür. Nihayet, her ne kadar tedbir ile bertaraf edilecek tehlikenin ne olduğu, Kanun'da genel olarak belirtilmişse de (m. 103), hangi hâllerde gecikmede tehlikenin bulunduğu, yani tedbir sebebinin koşul vakıaları somut olarak düzenlenmemiştir⁴³⁶. Burada da hâkimin geniş bir takdir yetkisi devreye girer. Hâkim, tarafların getirdiği somut vakıaların tehlikeye yol açıp açmayacağı, bunun ötesinde tehlikenin ve zarar olasılığının derecesini tespit eder. Tehlikenin yoğunluğu ve zararın büyüklüğü her durumda farklı bir somut tedbiri haklı gösterebilecektir. Böylelikle, tarafın somut tedbiri seçerken düşebileceği yanılğı ihtimali büsbütün artar.

Bu gerekçelerle kanımızca, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 101. maddesinin 2. bendi ile 103. maddesi, ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, tedbir yargılamasında tasarruf ilkesi bakımından esnekliği barındırmaktadır⁴³⁷. Her üç düzenlemede geçen "gerekli" "lüzûmlü" ve "her türlü tedbir" ifadeleri, hâkimi, davadan farklı olarak kararın içeriğinin belirlenmesi konusunda daha etkin kılmayı amaçlamaktadır. Ancak bu görüşle, tedbir yargılamasında tasarruf ilkesinin geçerli olmadığı ifade edilmemektedir. Hâkim, tedbir yargılamasında da dilekçede gösterilen talep çerçevesinde inceleme yapar. Takdir yetkisinin sınırı, tarafın gösterdiği talepte ifade edilen hukukî korumaya ulaşmak için gerekli olanın somutlaştırılmasından ibarettir. Buradaki esneklik,

⁴³⁵ Baur-Studien, s. 71. Karş. Meier-Grundlagen, s. 301. Yazara göre, uygulamada bir, iki ya da üç tedbir gündeme gelir.

⁴³⁶ Damm, haklı olarak hâkimin takdir yetkisinin temelini, tehlikenin genel bir koşul vakıasının düzenlenmemesinde bulunduğunu ifade etmektedir (§ 938 N. 2).

⁴³⁷ İsviçre Hukuku'nda aynı değerlendirme için bkz. Stach, s. 170; Berti, s. 218. Avusturya Hukuku'nda aynı değerlendirme için bkz. Ballon, N. 521; Holzhammer/Roth, s. 116, 118. Karşı yönde bkz. Burgstaller/Deixler/Kodek, § 390 N. 59. Alman Hukuku'nda aynı değerlendirme için bkz. Thümmel in Wieczorek/Schütze, § 938 N. 3; Brox/Walker, N. 1582; Damm, § 938 N. 2; Zöller/Vollkommer, § 938 N. 1; Musielak/Huber, § 935 N. 5. Schuschke, hâkime takdir yetkisi veren düzenlemeyi genel kuralların geçici hukukî korumanın ihtiyaçlarına uyarlanmasından ibaret sayarak bu düzenlemenin tasarruf ilkesi ile dava dilekçesinin zorunlu unsurlarına ilişkin hükümlerden bir sapma teşkil etmediği fikrindedir (Schuschke in Schuschke/Walker, § 938 N. 1). Hâkimin ne tür bir ihtiyatî tedbire karar vereceğini takdir yetkisinin bulunduğuna ilişkin bkz. Yılmaz, C. I, s. 620.

yalnız somut emrin dilekçede gösterilme zorunluluğuna ve hâkimin tedbirin içeriğini belirlerken takdir yetkisine sahip olmasına ilişkindir. Yoksa, takdir yetkisi, idare hukuku anlamında bir yerindelik denetimi şeklinde kullanılmaz⁴³⁸.

Son olarak tartışılması gereken husus, tasarruf ilkesindeki esnekliğin yalnız temelini Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 103. maddesi ile 101. maddenin 2. bendinde bulan tedbirlerde mi, yoksa tüm ihtiyatî tedbirlerde mi söz konusu olduğudur. Malın aynının çekişmeli olması durumunda 101. maddenin 1. bendine, nafaka alacaklarında 101. maddenin 3. bendine göre hükmedilecek ihtiyatî tedbirlerde de hâkimin daha aktif kılındığından söz edilebilecek midir? Mesele, 101. madde ile 103. madde arasındaki ilişkinin somutlaştırılması ile çözümlenebilir. Çünkü 103. madde, bir yandan 101. maddede sayılanların dışında da tedbir kararı verilebilmesinin önünü açmakta, diğer yandan 101. maddede sayılan tedbirler için de geçerli olacak yol haritası çizmektedir. Örneğin, tedbir sebebine yer verilmektedir. Bu bakımdan, tutarlı bir sonuca ulaşmak için, 103. maddenin 101. maddede sayılan somut tedbirlere hükmedilirken de göz önünde bulundurulması gereken genel bir hüküm olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin somut bir tercihte bulunulmalıdır. Yukarıda ifade edildiği üzere, 103. madde, tüm tedbir kararlarında ilk müracaat edilecek çerçeve düzenlemedir⁴³⁹. Hâkimin tedbir yargılamasındaki yetkileri bakımından getirilen esneklik de yalnız 103. maddeye dayanılarak hükmedilecek tedbir kararları için değil, aynı zamanda 101. maddede sayılan tedbirler için de geçerli olmalıdır.

Tasarruf ilkesinin ihtiyatî tedbirlerde gösterdiği özellik tespit edildikten sonra, tasarruf ilkesinin, konumuzu ilgilendiren iki cephesi olan tedbir dilekçesinde talep sonucunun belirlenmesi ve hâkimin taleple bağılılığına ne şekilde etki edeceği yakından incelenecektir. Zira, hâkimin tedbirin içeriğini belirlerken sahip olduğu serbesti, öncelikle tedbir dilekçesinin zorunlu unsurları, sonra taleple bağılılık ilkesini emreden Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 74. maddesi ile birlikte ele alınarak somutlaştırılabilir.

⁴³⁸ Rosenberg/Gaul/Schilken, s. 1012; Zöllner/Vollkommer, § 938 N. 1.

⁴³⁹ Bkz. yuk. Bölüm II, § 6, V, B, 3.

A. Tedbir Dilekçesinde Talep Sonucunun Belirlenmesi

Talep, asıl davada olduğu gibi tedbir yargılamasında da mahkemenin harekete geçirilmesini sağlar ve bu nedenle gördüğü işlev bakımından tedbir dilekçesi, dava dilekçesini karşılar⁴⁴⁰. Dava dilekçesinde bulunması gereken zorunlu unsurlar, Kanun'un 179. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Buna karşılık, tedbir talebinin zorunlu içeriği, Kanun'da düzenlenmemiştir. Talepte bulunan, kendisine karşı tedbir istenilen, adres vb. gibi temel hususlar bakımından dava dilekçesinin unsurlarından mahiyetine uygun düştüğü ölçüde prensip olarak tedbir talebi için de yararlanılabilir. Talep sahibi, dilekçesinde ayrıca, tedbire esas teşkil eden maddî hukuk talebini ve tedbir sebebini iddia etmeli ve her ikisini birden haklı gösteren vakıaları dilekçesinde belirtmelidir⁴⁴¹.

Tedbirin içeriğinin belirlenmesinde tedbir isteyen talebi büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle, dava dilekçesi ile karşılaştırılarak tedbir dilekçesindeki talep sonucu üzerinde özellikle durulmalıdır. Dava dilekçesinde talep sonucu, açık ve tereddüitten uzak bir şekilde gösterilmeli, neyin istendiği, hâkimin hükmedeceği emir, somut olarak belirtilmelidir (m. 179 b. 5). Vakıalardan birden çok somut talep çıkartılsa da, davacı, dilekçesinde bu talepler içinden seçim yapmalı ya da talepler arasında terdit ilişkisi kurmalıdır. Dava sonunda karar, davacının belirlediği talep sonucuna göre şekillendirilir⁴⁴².

Talebin açık ve net bir şekilde ortaya konulması, tedbir yargılaması için de geçerlidir. Açık olmayan, belirsiz ve çelişkili talep sonucu söz konusu ise hâkim, davayı aydınlatma ilkesi gereğince tarafa talep sonucunu açıklattırır (m. 75/II). Genel ifadelerle hukukî konunun geçici olarak korunmasının ya da geçici hukukî korumanın talep edildiği tedbir dilekçeleri yeterli değildir. Örneğin, karşı tarafın elinde bulunan malların üzerinde tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasının talep edildiği bir tedbir dilekçesi talep sonucu yönünden açık değildir. Çünkü

⁴⁴⁰ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 146.

⁴⁴¹ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 936 N. 2; König, § 3/3; Ansay-Yargılama, s. 197; Karafakih, s. 269; Berkin-Usul, s. 120; Kuru, C. IV s. 4325; Yılmaz O., s. 26; Bilge/Önen, s. 373; Kuru/Arslan/Yılmaz-Usul, s. 619; Ercan-İhtiyati Tedbir, s. 76; Taş-Korkmaz, s. 71; Schellhammer, N. 1957; Musielak/Huber, § 916 N. 9; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 654; Yılmaz, C. I, s. 872; Özekes-İhtiyati Tedbir, s. 111, 112; Konuralp-Usul, s. 248; Deren-Yıldırım-Geçici Hukuki Koruma, s. 58.

⁴⁴² Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 299.

borçlunun elindeki hangi mallara yönelik tedbir istenildiği belirtilmemiştir. Böyle bir tedbirin icrasında önemli güçlüklerle karşılaşılacaktır⁴⁴³. Ancak belirsizlik durumunda aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilerek taraftan talebini somutlaştırması istenilmelidir. Buna rağmen, talep açıklanmazsa, tedbir dilekçesinin zorunlu içeriği eksik bulunduğundan, talep usûle ilişkin bir karar ile reddedilmelidir⁴⁴⁴.

Tasarruf ilkesinde esnekliğinin birinci cephesi de kendisini, talep sonucunun formüle edilmesinde göstermektedir. Talep sahibinin öncelikle, hangi talebinin temin ya da ifa edilmesini istediğini, neyin teminat altına alınacağı ya da neyin ifa edileceğini belirtmesi gerekir. İkinci olarak, talep sonucu, tedbir kararı ile hedeflenen hukukî korumayı içermelidir. Alman ve İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi bu durumu açıklamak üzere tedbir isteyen "hukukî korunma hedefi"⁴⁴⁵ ifadesi kullanılabilir. Bu durumda talep sahibinin, hangi hukukî korunma hedefinin menfaatlerini gerçekleştireceği konusunda belirlemede bulunması yeterli olacaktır⁴⁴⁶. Mahkeme, vakıaların bu hukukî korunma hedefini gerektirip gerektirmediğini inceleyecek; gerektiriyor ise, ancak maddî hukukun izin verdiği ve bu hukukî korunma hedefini gerçekleştirmek için zorunlu olan

⁴⁴³ **Feil**, § 389 N. 7; **Kaufmann**, s. 48. "Talep sahibinin belirli su kaynaklarından yararlanmasına hâlel getirecek tüm koşulların yasaklanması" Avusturya Hukuku'nda belirsiz ve açık olmayan bir taleptir (**König**, § 3/3 dn. 7).

⁴⁴⁴ **Schuschke** in **Schuschke/Walker**, § 938 N. 4.

⁴⁴⁵ Rechtsschutzziel

⁴⁴⁶ **Baur-Studien**, s. 71; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 938 N. 4; **Stein/Jonas/Grunsky**, vor § 935 N. 10; **Thümmel** in **Wieczorek/Schütze**, § 938 N. 3; **Rosenberg/Gaul/Schilken**, s. 1012; **Brox/Walker**, N. 1582; **Lackmann**, N. 702; **Berti**, s. 218; **Ernst, Rene**: Die vorsorglichen Massnahmen im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, Zürich 1992, s. 99; **Schellhammer**, N. 1957; **Zöller/Vollkommer**, § 938 N. 1; **Musielak/Huber**, § 938 N. 3; **Hk-ZPO-Kemper**, § 938 N. 2; **Berger/Heiderhoff**, Kap. 7 N. 29; **Münch Komm ZPO-Drescher**, 3. Auflage, § 938 N. 6. İsviçre Hukuku için bkz. **Stahelin/Sutter**, § 23 N. 23. Avusturya Hukuku'nda ise İcra Kanunu'nun 389. paragrafında, tedbir talebinde, istenilen tedbirin tam olarak gösterilmesi zorunlu kılınmıştır. Buna rağmen doktrinde, hâkimin tarafın talebi ile bağlı olmadığı, gerekli gördüğü diğer bir araca da karar verilebileceği ileri sürülmektedir (**Ballon**, N. 521; **Holzhammer/Roth**, s. 116, 118). Ancak karşı görüş de taleple bağlılık ilkesini düzenleyen Usûl Kanunu'nun 405. paragrafının tedbir yargılamasında da tam anlamıyla uygulanması gerektiği görüşündedir ve hâkimin takdir yetkisine şüpheyle yaklaşmaktadır (**Burgstaller/Deixler/Kodek**, § 390 N. 59). Konuya daha esnek yaklaşan **Feil**, tedbir yargılamasının konusunun hakkın kendisi değil, teminat altına alınma aracı olduğunu belirttiikten sonra, ancak ileri sürülen talep çerçevesinde hâkimin serbestçe somut tedbiri belirleyebileceğini ifade etmektedir (**Feil**, § 389 N. 3).

emirlere karar verebilecektir⁴⁴⁷. Bu konuda alacaklının, para alacaklarında müstakbel icranın güvence altına alınması (ihtiyatî haciz), para alacakları dışında kalan taleplerin icrasının güvence altına alınması (teminat tedbiri) ve herhangi bir talebin geçici olarak ifası (eda tedbiri) olmak üzere önünde üç ayrı hukukî korunma hedefi vardır⁴⁴⁸. Talep sahibi, hukukî korunma hedefini belirlerken, bir yandan karşı taraf ile uyuşmazlık hâlinde olduğu maddî hukuk talebini dikkate almalı; diğer yandan geçici hukukî koruma yolu ile talebin icrasının güvence altına alınması ile geçici icrası arasında seçim yapmalıdır⁴⁴⁹. Örneğin, tedbir talebinde bulunan, karşı tarafın kusuru ile yol açtığı bir trafik kazasında zarar görmüş, uğradığı zararlar sonucunda ekonomik yönden yaşamını idame ettiremez hâle gelmişse, hukukî korunma hedefi teminata yönelik ise ihtiyatî haciz; ifaya yönelik ise tedbir talebinde bulunmalı ve bu seçim dilekçede yer almalıdır. Uğranılan zararlar, zarar göreni zaruret hâline düşürmüş olsa da, o, tercihini ihtiyatî hacizden yana kullanabilir. Para alacağı dışında bir maddî hukuk talebi söz konusu ise, talep sahibi yine talebin icrası yolunun güvence altına alınması ya da geçici olarak icrası şeklinde hukukî korunma hedefini saptamalıdır⁴⁵⁰.

Taraf, dilekçesinde en azından, uyuşmazlık konusuna göre ihtiyatî haciz ile ihtiyatî tedbir arasında seçim yapmalı, tedbir talep edilecekse de yargılama sonunda güvence altına alınmayı mı, yoksa geçici ifayı mı hedeflediğini açıkça belirtmelidir. Geçici hukukî korumanın konusu para alacağı ise, alacaklının güvence altına alınma ve geçici icra seçimlerini, ihtiyatî haciz ve eda tedbiri karşılayacaktır. Teminat tedbiri, prensip itibariyle para alacaklarına elverişli değildir. Nafaka alacaklarının bu konuda özel bir durum arz ettiğini belirtmek gerekir. Türk Medenî Kanunu'nun 332. maddesinde, nafakanın geçici olarak

⁴⁴⁷ Ernst, s. 99; du Mesnil de Rochemont, s. 107, 108. İsviçre Hukuku'nda *Meier*, ihtiyatî tedbirlerde tasarruf ilkesine yönelik böyle bir yaklaşımı reddetmektedir. Yazara göre, taraf, dilekçesinde somut bir tedbiri göstermeli, hâkim de bu tedbirle bağlı kalmalıdır. Hâkim, öncelikle menfaat durumuna uyan optimal tedbiri belirlemeli ve bu tedbiri, tarafın dilekçesinde gösterdiği tedbirle karşılaştırılmalıdır. Optimal tedbir ile talep edilen tedbir örtüşüyorsa ya da optimal tedbir talep edilene göre daha azını teşkil ediyorsa, optimal tedbire hükmedilmelidir (*Meier-Grundlagen*, s. 249).

⁴⁴⁸ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 148.

⁴⁴⁹ Baur-Studien, s. 71. Talepte bulunanın dilekçesinde nasıl bir tedbir istediğini belirtmesi gerektiği yönünde bkz. Özkes-İhtiyatî Tedbir, s. 112.

⁴⁵⁰ Schuschke in Schuschke/Walker, § 938 N. 1. Yazar, düzenleme tedbirlerini ayrı bir tedbir türü olduğunu kabul ettiği için, üçüncü bir seçenek olarak düzenleme tedbirlerini de saymaktadır.

ödenmesine ya da tevdiine karar verilebileceği düzenlenmiştir. Nafakanın tevdi, hukukî niteliği itibariyle bir teminat tedbiridir. Talep sahibi, konusu nafaka alacağı olan tedbir dilekçesinde tedbir seçiminde bulunmuşsa, diğer para alacaklarından farklı olarak güvence altına mı alınmayı, yoksa geçici icrayı mı talep ettiğini ayrıca belirtmelidir⁴⁵¹.

Tedbir dilekçesinin talep sonucu kısmında ayrıca, teminat ya da eda tedbiri ifadelerinin kullanılması zorunlu değildir. Talep sonucunda, örneğin zaruret hâlinin aşılması için geçici icradan söz ediliyorsa, hukukî korunma hedefi dilekçede yeterli ölçüde gösterilmiştir⁴⁵². Buradan hareketle, ihtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbirden hangisinin istenildiğinin dilekçenin zorunlu içeriğini teşkil ettiği sonucuna varılacaktır. Yürürlükteki düzenleme bakımından geçerli olan düşüncemiz Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda bir adım ileriye taşınmıştır. Tasarı'nın 396. maddesinde, tedbir talep eden tarafın ihtiyatî tedbir türünü açıkça belirtmek ve yaklaşık olarak ispat etmek zorunda olduğu hükme bağlanmıştır. Yeni düzenleme ile tedbirin türü, tedbir dilekçesinin zorunlu içeriği hâline getirilmiştir. Yani, tıpkı dava dilekçesinin zorunlu unsurlarında olduğu gibi, talep sahibi, tedbir türünü belirtmediği takdirde talebin reddi tehlikesi ile karşı karşıya kalacaktır⁴⁵³. Kanımızca, tedbir türünün "açıkça" belirtilme zorunluluğu şu gerekçelerle yerinde değildir: Öncelikle, kaç tür tedbir türünün bulunduğu bir yana, ihtiyatî tedbirlerin türlere ayrılmasının gerekip gerekmediği konusunda dahi uzlaşıya varılmış değildir. Örneğin, görüşümüze göre düzenleme tedbirleri, eda tedbirlerine dahil olması gerekirken, hâkim görüşe göre bağımsız bir tedbir türüdür. Ayrıca, avukatla temsil zorunluluğunun olmadığı hukuk sistemimizde, bugün itibariyle talep sahibinden tedbirin türünü açıkça belirtmesi

⁴⁵¹ Çocuğun nafaka taleplerine ilişkin davalar kendiliğinden araştırma ilkesine tâbi olduğundan, tedbir yargılamasında da bu ilkenin gözetilmesi gerekir. Buna göre, hâkim talepten daha aza veya başka bir şeye hükmedebilir (Sutter-Somm/Kobel, N. 927). Bu bağlamda, geçici icra talebinde bulunulmuşsa, hâkim tevdiye de karar verebilir (CHK-Roelli/Meuli-Lehni, Art. 281 N. 2). Buna karşılık, yalnız tevdi talep edilmişse, geçici icraya karar verilemez. Çünkü geçici icra, tevdiye göre talepten daha fazlasını teşkil eder.

⁴⁵² Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 151. *Baur*, zaruret hâline düşüldüğüne ilişkin açıklamalara, zımnen geçici ifaya hükmedilmesi talebinin de dahil olduğu fikrindedir (Baur-Studien, s. 72). *Thümmel*'e göre, "ihtiyatî tedbir" ifadesinin dahi yer almasına gerek yoktur (Thümmel in Wieczorek/Schütze, § 938 N. 3). Türk Hukuku'nda *Alangoya* da, hangi tedbirin istenildiğinin dilekçede belirtilmesini gerekli görmemektedir (Alangoya-Ihtiyatî Tedbir, s. 339).

⁴⁵³ *Kuru*, yürürlükteki hukukta da talep sahibinin tedbirin çeşidini dilekçesine yazması gerektiği kanaatindedir (C. IV, s. 4325). Aynı yönde bkz. *Özkök*, s. 39; *Yılmaz, Z. S.*, s. 15.

beklenemez. Bu nedenle, tedbir türünden ziyade “tedbir ile ulaşılmak istenen hukukî korunma hedefi” ya da daha açık ifade edilmek isteniyorsa “talebin icrası yolunun güvence altına alınması ya da geçici icrası” tedbir dilekçesinin zorunlu içeriği olmalıdır⁴⁵⁴.

Talep sahibinin geçici icra seçiminde, tedbir kararı verilip icra edildiğinde teminat seçimine göre karşı tarafa daha fazla müdahalede bulunulur. Bu nedenle, doktrinde, talep sahibinin tercih ettiği hukukî korunma hedefine göre, talep sonucunun belirlenmesi ayrı ayrı değerlendirilmekte, talep sahibinin ispat ettiği somut tehlikenin önlenmesi ya da ortadan kaldırılması için karşı tarafa bulunulacak müdahalenin yoğunluğu, tarafın dilekçesini hazırlarkenki serbestisi bakımından belirleyici görülmektedir⁴⁵⁵. Talep sonucuna yönelik esnekliğin, tüm tedbirlerde mi geçerli olduğu, yoksa karşı tarafa bazen telafisi olanaksız zararlara uğratabilecek tedbirlerde farklı bir uygulamaya mı gidilmesi gerektiği tartışılmaya değer diğer önemli bir noktadır. Bu konuda teminat tedbirleri ile eda tedbirleri arasında ayırım yapılması gerekir.

1. Teminat Tedbirlerinde

Teminat tedbirlerinde dava dilekçesinden farklı olarak talep sonucunda somut tedbire yer verilmesi zorunluluğu söz konusu değildir. Hâkim, talep sahibi, yalnız uyuşmazlık konusunun güvence altına alınmasını talep etmiş olsa bile, tedbir kataloğundan hangi aracın tehlikeyi ortadan kaldırmak için gerekli olduğunu belirleme yetkisine sahiptir⁴⁵⁶. Şu hâlde, hukukî korunma hedefini uyuşmazlık konusunun güvence altına alınması olarak saptayan taraf, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun 101. maddesinin 2. bendi ile 103. maddesinin sağladığı esneklik karşısında, ayrıca somut tedbiri dilekçesinde belirtmek zorunda değildir. Diğer bir ifade ile, tedbire esas teşkil eden talebin ne şekilde güvence altına alınacağı, tedbir dilekçesinin zorunlu içeriğini teşkil etmemektedir. Somut tedbire yer verilmediği gerekçesi ile ne aydınlatma ilkesi

⁴⁵⁴ Tasarı’nın bu hükmünün tamamen iptal edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Tasarı**, s. 199.

⁴⁵⁵ **Brox/Walker**, N. 1582; **Damm**, § 938 N. 3.

⁴⁵⁶ **du Mesnil de Rochemont**, s. 79.

gereğince talebin açıklattırılmasına ne de talebin reddine karar verilebilir⁴⁵⁷. Bu bağlamda, taraf, tapuya kayıtlı bir taşınmaza ilişkin şahsi hak ileri sürüyor ve tedbir dilekçesinin talep sonucunda taşınmazın güvence altına alınmasını istiyorsa, hâkim, çekişmeli haklar şerhine hükmedebileceği gibi, ferağdan men kararı da verebilir. Hatta, görüşümüze göre ferağdan men kararı tapuya bildirilebileceği gibi, yalnız borçlunun tasarrufta bulunmamasına yönelik de olabilir.- Gerçekten, konusu tapu sicilinde değişiklik yaratacak her iddiada ferağdan men kararı vermek adil sonuçlar yaratmayacaktır. Çünkü uzun süre devam edecek yargılama esnasında, sicildeki yetkili kişi ile hukukî işleme girişecek hazır kimseler bulunabilir. Oysa, ferağdan men kararı, taşınmazı paraya çevirerek likidite elde etme olanağını tamamen ortadan kaldırmaktadır. Bunun yerine, çekişmeli haklar ya da geçici tescil şerhi, hak iddia eden hukukî koruma sağlayacak, aynı zamanda sicildeki yetkili kişinin tasarrufta bulunarak likidite elde etmesine imkân sağlayacaktır. Sicilde yetkili gözüken kişinin, tasarrufta bulunma ve likidite elde etme ihtiyacına rağmen ferağdan men kararı verilmesi, bazen iktisadi hürriyetinin dengesiz bir şekilde engellenmesi sonucunu doğuracak⁴⁵⁸, bu suretle menfaatler dengesine aykırılık teşkil edecektir.

2. Eda Tedbirlerinde

Eda tedbiri kararları prensip itibariyle doğrudan borçlunun malvarlığında icra edilir. Bir miktar paranın ödenmesi, bir malın alacaklıya tesliminde borçluya bulunulacak müdahale yoğundur. Eda tedbirinin icrası ile ortaya çıkacak hukukî sonuçlar bu bakımdan asıl davadaki kararın icrasına benzer niteliktedir. Bu nedenle, ilk bakışta eda tedbiri dilekçesinin teminat tedbirlerinden farklı olarak dava dilekçesinin şartlarını taşıması gerektiği düşünülebilir. Nitekim, doktrinde de bu görüş hâkimdir⁴⁵⁹. Bir eda davası dilekçesinde talep sonucunun ne kadar

⁴⁵⁷ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 152; Schuschke in Schuschke/Walker, § 938 N. 1; Berger, Kap. 3 N. 14. Heinze, teminat ve eda tedbirleri arasında ayırma gitmeksizin hukukî korunma hedefinin belirtilmesini yeterli saymaktadır (Münch Komm ZPO-Heinze, 2. Auflage, § 938 N. 7).

⁴⁵⁸ Geçici tescil şerhinin neden sicilin kapanması işlevi göremeyeceğine ilişkin benzer gerekçelendirme için bkz. Aybay, s. 67.

⁴⁵⁹ Stein/Jonas/Grunsky, vor § 935 N. 10; Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler, s. 46; Brox/Walker, N. 1616; Lackmann, N. 702; Thümmel in Wieczorek/Schütze, § 938 N. 4; Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 151; Schuschke in Schuschke/Walker, § 938 N. 4;

açık ve somut bir şekilde gösterilmesi gerekiyorsa, bir miktar paranın ödenmesine ilişkin tedbir dilekçesi de o kadar açık ve somut olmalıdır.

Eda tedbirlerinin bir kısmında birden çok somut tedbir seçeneği varken, bir kısmında hüküm altına alınabilecek tedbir belirlidir. Kanımızca, doktrinde hâkim görüşün aksine bütün eda tedbirlerine yönelik kanaat belirtmek yerine, talebin konusunu tek bir tedbirin ya da birden çok somut tedbirin oluşturmasına göre ayırım yapılmalıdır.

Talebin konusunu tek bir tedbirin oluşturabileceği hâller, bir işin yapılması ve bir şeyin verilmesi isteniyorsa söz konusu olur. Örneğin, bir otomobilin teslimi talep ediliyorsa, otomobilin plakası, şasi numarası belirtilerek teslimi; nafaka alacakları dışında bir miktar paranın ödenmesi, eda tedbiri bakımından tarafın ve hâkimin önündeki tek seçenektir. Bu ihtimalde, talep sonucunun dava dilekçesindeki kadar açık olması gerektiği, hukukî korunma hedefinin, yani eda sonucunun istenildiğinin belirtilmesinin yeterli olmayacağı görüşüne katılıyoruz. Talep sonucunda somut bir mahkeme emrini belirtme zorunluluğu, konusu bir işin yapılması ya da bir şeyin verilmesi olan eda tedbirleri için de geçerlidir. Bu bağlamda, bir miktar paranın ödenmesi talep ediliyorsa, miktarın gösterilmesi gerekir. Miktar belirtmeksizin yalnız nafakaya hükmedilmesi ya da hâkimin takdir edeceği makul bir nafakaya karar verilmesi şeklindeki talep yeterli değildir⁴⁶⁰. Mahkeme, gerek tedbirin koşullarını gerekse menfaat dengesini ancak somut tedbir üzerinden gözetebilir.

Talebin konusunu birden çok eda tedbiri teşkil eden hâllerde ise seçimi tarafa bırakmak yerine, tıpkı teminat tedbirlerinde olduğu gibi esneklik getirerek hâkimi yetkilendirmek daha adil sonuçlara yol açacaktır. Konusu bir işin yapılmaması olan edimler meselenin can damarını oluşturmaktadır⁴⁶¹. Somut bir yapmama emrinin dilekçede yer alması zorunluluğu getirildiği ölçüde, geçici

Musielak/Huber, § 938 N. 3; Berger/Heiderhoff, Kap. 7 N. 30. Yapmama edimleri bakımından aynı yönde bkz. König, § 3/3; Zöllner/Vollkommer, § 938 N. 2; Kaufmann, s. 47 dn. 8.

⁴⁶⁰ Schuschke in Schuschke/Walker, § 938 N. 1. *Baur* ise zaruret hâlindeki alacaklıya bağlanacak aylığın miktarının belirtilmesine gerek bulunmadığı fikrindedir (*Baur-Studien*, s. 72).

⁴⁶¹ Yapmama edimlerinde konuyu inceleyen *du Mesnil de Rochemont*, burada da birden çok talebin gündeme gelebileceğini, ayrıca konusu bir işin yapılmaması olan eda tedbirlerinde ifaya hükmedilmeksizin zararın önlenemeyeceği, asıl davanın ve tedbir yargılamasının konularının birbirinden farklı olduğu, tedbir yargılamasında yapmama edimi hakkında değil, talep sahibinin menfaatlerinin güvenceye alınma ihtiyacı hakkında karar verildiğini ifade etmektedir (s. 78 vd.).

hukukî koruma sağlanması olanağı daraltılır. Şöyle ki, taraf, birden çok somut tedbir içinden seçim yaptığında, tedbire ancak hem genel koşulların varlığına hem de hâkimin talep edilenin, karşı tarafa en az zarar verecek tedbir olduğu yönünde kanaate ulaşmasına bağlıdır. Aksi takdirde, dilekçedeki somut emrin tehlikenin ortadan kaldırılması için elverişli olmaması durumunda talep reddedilir. Böyle bir yorum, tarafa, karşı tarafa en az zarara uğratacak tedbiri önceden tahmin etme gibi ağır bir yükümlülük yüklemek anlamına gelir. Görüleceği üzere, somut emrin gösterilmesi şartının getirilmesi, hâkimin tedbirin içeriğini belirlerkenki hareket serbestini yalnız dilekçede ileri sürülen talebin koşullarını ve en az zarar verici emir olup olmadığını incelemeye indirgemıştır⁴⁶². Bu nedenle, konusu bir işin yapılmaması olan eda tedbirlerinde de, karşı tarafın örneğin, haksız rekabet ve fikri ve sınaî mülkiyet hukukunu ihlâl ettiğini ortaya koymak ve hukukî korunma hedefi olarak edayı seçmek yeterlidir⁴⁶³. Karşı tarafın kaçınması gereken somut davranış şeklinin, -örneğin markanın kullanılmaması- belirtilmesi zorunlu değildir.

B. Hâkimin Taleple Bağlılığı

1. Genel Olarak

Hâkimin, tarafın iddiasından (talebinden) daha fazlasına ya da başka bir şeye karar veremeyeceği, ancak talepten daha azına hükmedebileceği, tasarruf ilkesinin taleple bağlılık ilkesi olarak nitelendirilen diğer bir yönünü teşkil etmektedir (m. 74). Taraf, tedbir dilekçesinde hukukî korunma hedefini belirtmekle, somut tedbirin belirlenmesini hâkime bırakmış olmaktadır. Hâkim de, tasarruf ilkesine yönelik bu esneklik karşısında seçilen hukukî korunma hedefi içinde en uygun somut tedbiri belirlemektedir. Hâkime gerekli tedbiri belirleme yetkisi ile donatan Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 101.

⁴⁶² **du Mesnil de Rochemont**, s. 101, 102. **Deren-Yıldırım**, marka hukukunda konusu bir işin yapılmaması olan ihtiyatî tedbir taleplerinde, Kanun'da yer verilen tedbir türünü dilekçede anlamakla yetinen talep sahibinin, talep sonucunu somut hâle getirmediği görüşündedir (**Deren-Yıldırım-Marka**, s. 204). Ayrıca yazar haklı olarak haksız rekabet ile fikri ve sınaî mülkiyet hukuku alanındaki tecavüzlerin durdurulması veya ortadan kaldırılması söz konusu olduğundan, talep sonucunu dilekçede göstermenin hiç de kolay bir iş olmadığını belirtmektedir (**Deren-Yıldırım-İhtiyatî Tedbirler**, s. 26).

⁴⁶³ **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, § 938 N. 1; **Reichhold** in **Thomas/Putzo**, § 938 N. 1.

maddesinin 2. bendi ile 103. maddesinin, taleple bağıllık ilkesi ile ilişkisinin kurulması ve hâkimin buradaki takdir yetkisinin sınırlarının da belirlenmesi gerekmektedir.

Taleple bağıllık ilkesinden çıkarılan istenilenden daha fazlasına hükmedilememesi, tedbirin türüne bakılmaksızın doğrudan uygulanır. Mahkeme, istenilen hukukî korumadan daha fazlasına karar veremez. Talep sahibinin dilekçesinde gösterdiği hukukî korunma hedefi, tedbir kararının içeriği bakımından üst sınır teşkil eder⁴⁶⁴. Hukukî korunma hedefi, tarafın tedbir dilekçesinde belirtmesi gereken bir zorunluluk olduğu gibi, tedbir kararının içeriğinin belirlenmesinde hâkim açısından yol göstericidir. Örneğin, fikri hukuka aykırı olarak imâl edilen bir eserin toplatılması koşulları varken, yalnız eserin mühürlenmesi istenilmişse, toplatmaya karar verilemez.

Tasarruf ilkesinin esnek bir şekilde uygulanması, tarafın, hukukî korunma hedefi ile yetinebilecekken, dilekçesinde somut bir tedbire yer vermesine engel değildir. Örneğin, uyuşmazlık konusunun güvence altına alınmasını isteyen talep sahibi, pekâlâ güvence altına alınmanın şeklini de dilekçesinde belirtebilir. Özellikle somut bir tedbirin alacağı korunması için olmaz ise olmaz teşkil ettiği durumlarda, talep sahibi dilekçesinde çok daha net bir talep sonucuna yer verecektir. Somut bir tedbirin talep edildiği durumlarda, taleple bağıllık ilkesinin ne şekilde uygulama alanı bulacağı doktrinde tartışmalıdır. Ede tedbirlerinde hâkim görüş, talebin somutlaştırılması zorunluluğunu kabul ettiği için, tartışma teminat tedbirlerine yöneliktir. Talepte bulunan, tedbir ile ulaşmak istediği hukukî korunma hedefinin yanında ayrıca somut bir tedbire hükmedilmesini istemişse, bir görüş, hâkimin bu taleple bağlı olduğunu kabul etmektedir⁴⁶⁵. Tedbir talebinde somut tedbirin içeriği bakımından istem somutlaştırılmışsa, taleple bağıllık ilkesi gereğince talepten fazlasına ya da başka bir şeye karar verilmeyecek, ancak daha azına karar verme söz konusu olabilecektir⁴⁶⁶. Taraf, tedbirin içeriğine ilişkin taleplerini somutlaştırdığı oranda, hâkimin hareket

⁴⁶⁴ Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler, s. 46; Stach, s. 171; Berti, s. 219.

⁴⁶⁵ İstenilen tedbirin dilekçede gösterilme zorunluluğu bulunan Avusturya Hukuku'nda, tedbir yargılamasının konusunu maddî hukuk talebi değil, talebin teminat altına alınması olarak gören bir görüş, talep çerçevesinde kalmak şartıyla istenilenden başka bir şeye de hükmedileceğini ileri sürmektedir (Feil, § 389 N. 3).

⁴⁶⁶ Brox/Walker, N. 1582; Damm, § 938 N. 3; Berger, Kap. 3 N. 14.

alanını kısıtlamış olur⁴⁶⁷. Bu durumda, aynı hukukî korunma hedefi içinde yer alsa da somut tedbirden farklı bir tedbire karar verilemez. Diğer bir görüşe göre ise, hâkim, somut tedbire yer verilen durumlarda da gerekli tedbiri belirleme ödevi çerçevesinde menfaatler durumuna daha uygun, talebe paralel başka bir tedbire hükmedebilir. Hâkim, tedbirin içeriğini belirlerken tarafın istediği ve maddî hukukun izin verdiği hukukî sonucu yaratacak içerikle sınırlıdır. Bu sınır aşılmadığı sürece hâkim, talep edilenden başka bir tedbire de (aliud) karar verebilir⁴⁶⁸. Talep sahibi, dilekçesinde somut bir tedbirden söz etse de, bu, hâkime bir öneriden ibarettir. Burada tarafların rolü, gecikmesinde tehlike olan vakıalara ve karşı tarafın uğrayabileceği olası zararlara hâkime göre daha yakın olmaları itibariyle, hükmedilecek tedbirin somutlaştırılmasına katkıda bulunmaktan ibarettir⁴⁶⁹. Ancak dilekçede yer verilen somut tedbirden başka diğer tedbirlerin reddedileceği açıkça belirtilmişse, hâkim bu taleple bağlı olmalıdır. Böylece, birinci görüşe göre somut tedbire yer verilmekle; ikinci görüşe göre ise, somut tedbirde açıkça ısrar edildiği takdirde hâkimin takdir yetkisi sınırlandırılabilir⁴⁷⁰.

Kanımızca, ikinci görüş daha isabetlidir. Birinci görüş kabul edildiği takdirde, somut tedbire yer veren talep sahibi adeta cezalandırılmaktadır. Ferağdan men tedbiri talep edildiğini varsayacak olursak, ileri sürülen tehlikeli

⁴⁶⁷ Walker-Der einstweilige Rechtsschutz, N. 152.

⁴⁶⁸ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 938 N. 4; Baumann/Brehm, s. 266; Baur/Stürner/Bruns, N. 53.10; Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler, s. 46; Schuschke in Schuschke/Walker, § 938 N. 6; Özekes-İhtiyatî Tedbir, s. 128; Eroğlu, s. 55; Yılmaz, Z. S., s. 19; Musielak/Huber, § 938 N. 5; Schellhammer, N. 1942; Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 938 N. 6, 7. Benzer yönde bkz. Reichhold in Thomas/Putzo, § 938 N. 2. Meier'e göre, talep edilenden başka bir tedbir olaya uygunsa, hâkim soru sorma ödevi ile talebin değiştirilmesini sağlayabilir (Meier-Grundlagen, s. 301). Türk doktrininde Bilge/Önen, hâkimin tarafların talep ettiği tedbir türü ile bağlı olmadığını, tedbirin türünü serbestçe tayin edebileceği görüşündedir (Bilge/Önen, s. 373). Yılmaz, taleple bağlılık ilkesinin genel bir ilke olma özelliğinin tedbir yargılaması bakımından da geçerli olduğunu savunmakla birlikte (Yılmaz, C. I, s. 893), 103. maddeye dayanılarak yürütülecek tedbir yargılamalarında hâkime çok geniş bir takdir yetkisi tanıdığını, bu kapsamda hâkimin ne tür bir ihtiyatî tedbire karar vereceğini de takdir edebileceğini belirtmektedir (Yılmaz, C. I, s. 620). Alangoya da, hâkimin talep sahibinin somutlaştırdığı tedbirle bağlı olmaksızın kendi takdirine uygun ihtiyatî tedbir kararı verebileceği görüşündedir (Alangoya-İhtiyatî Tedbir, s. 340). Mahkemenin talep sahibinin talebi ile bağlı olmadığı hakkında aynı yönde bkz. Budak-Üçüncü Kişiler, s. 156, 157 dn. 6.

⁴⁶⁹ Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 938 N. 7.

⁴⁷⁰ Schuschke in Schuschke/Walker, § 938 N. 6. Drescher, hâkimin faaliyetinin takdir yetkisi kullanımı olmadığını, "gereklilik" kavramının somutlaştırılması olduğunu ifade etmektedir (Münch Komm ZPO-Drescher, 3. Auflage, § 938 N. 6).

hâl, ferağdan men yerine, ondan daha hafif bir tedbir olan çekişmeli haklar şerhini gerektiriyorsa, birinci görüşe göre talebin tamamen reddedilmesi gerekecektir. Oysa, somut tedbirin tehlikeli hâle ve menfaatler durumuna uymaması, talep sahibinin ihtiyatî tedbire müstahak olmadığı anlamına gelmemektedir. Talep sahibi, geçici hukukî korumayı hak edecek bir tehlikeli hâl ile karşı karşıyadır; ancak, tehlike, dilekçesinde belirttiği somut tedbir ile değil, aynı hukukî korunma hedefi içinde, aynı doğrultuda başka bir tedbirle bertaraf edilebilecektir. Burada tespit edilen, yalnız çok sayıdaki tedbir ihtimalinden dilekçede anılana hükmedilmesinin mümkün olmadığıdır. Bu bağlamda, bir irade açıklaması niteliğindeki talep sonucunun doğru şekilde yorumlanması gerekir. Taraf, somut tedbire yer verirken menfaatlerinin ancak belirli bir tedbir türü ile korunabileceğini ortaya koymamakta, diğer ihtimalleri hiçbir şekilde dışlamamaktadır. Diğer bir ifade ile, talep sahibi, somut tedbirle, talebin ya kabulü ya da reddi biçiminde bir yazı tura atmamakta, geçici hukukî korumadan mahrum kalmayı istememektedir. Bu nedenle, tarafın iradesi, hâkimin takdir yetkisini kullanmasına yönelik bir direktif ve karşı tarafın hukuk alanına bulunulacak müdahalenin sınırı olarak değerlendirilmelidir⁴⁷¹. Ayrıca, somut tedbir, tehlikeli hâle ve menfaatler dengesine uygun düşmemesinden ötürü reddedildiğinde, talep sahibi, bu sefer yeni bir tedbir talebinde bulunacak; bu da, usûl ekonomisi ilkesine aykırılık teşkil edecektir⁴⁷². Halbuki, dilekçede yer alan somut tedbir, tedbirin içeriğinin belirlenebilmesi bakımından hâkime yol gösteren bir öneri niteliğinde görüldüğünde, talebin reddi ve yeni tedbir yargılamalarının açılması engellenecektir. Diğer yandan, tarafın somut bir tedbire yer vermesini haklı kılan sebeplerin başında, asıl davayı kaybetmesi durumunda haksız tedbir nedeniyle tazminat davası ile karşı karşıya kalacak olması gelmektedir. Şayet teminat ya da geçici icra şeklinde hukukî korunma hedefinin belirtilmesi ile yetinilirse, tedbir sebebinin haklı göstermesi durumunda öngörülenden daha ağır bir tedbire hükmedilebilecek, bu da ileride açılacak olası tazminat davasının müddeabihini o derecede arttıracaktır. Buna karşılık, talep

⁴⁷¹ Ernst, s. 98.

⁴⁷² Yeni yeni uyuşmazlıkların ortaya çıkmasının ve mahkemelerin işyükünün artmasının engellenmesi ile usûl ekonomisi ilkesi arasındaki ilişki hakkında bkz. Yılmaz-Usul Ekonomisi, s. 252.

sahibi, gösterilen tedbirden daha ağırına ihtiyaç duymasına rağmen, ileride muhatap olabileceği tazminat davasında sorumluluk riskini arttırmamak için kendisini ve hâkimi somut bir tedbirle sınırlandırmak isteyebilir⁴⁷³.

Somut tedbirin, aynı hukukî korunma hedefi içinde diğer bir tedbire engel olmadığı, bizatihi tasarruf ilkesinden yola çıkılarak da temellendirilebilir. Davada hâkim, talepten başka bir şeye ya da daha fazlasına hükmedememekle beraber, talepten daha azına karar verme yetkisine sahiptir (m. 74). Davada olduğu gibi tedbir yargılamasında da istenilenden daha azına hükmedilebilir. Borçluya daha az zarar veren, onun menfaatlerine daha az dokunan tedbir, genel olarak istenilene göre daha azını oluşturur. Talep sahibi, somut bir tedbir istediğinde bir sınır çizmektedir. Sınırın altında kalan bütün ihtimaller, karşı tarafa daha az zarar verir, talep edilenden daha azını (minus) teşkil eder. Örneğin, uyuşmazlık konusu şeyin yediemine tevdiine karar verilmesi talep edilmişse, mahkemenin tasarruf yasağı getirmesi, talep edilenden daha azına karar verilmesidir⁴⁷⁴. Çünkü mal, yediemine teslim edildiğinde borçlunun malı kullanma imkânı ortadan kalkarken, tasarruf yasağı getirildiğinde bu imkânı sürmektedir.

Daha azına ve talebe paralel başka bir şeye karar verme, aynı hukukî korunma hedefi içinde geçerlidir. Örneğin, nafaka miktarını talepte bulunanın geçimini sağlaması için gerekli olan miktardan fazla bulan hâkim, daha az miktarda nafakaya tedbiren hükmedebilir. Buna karşılık, eda istenilen yerde teminata hükmedilmesi daha azına ya da talebe paralel başka bir şeye karar

⁴⁷³ Ernst, s. 99. Meier, lehine istemediği bir tedbire hükmedilen tarafın, ileride haksız tedbir kararından ötürü sorumlu tutulamamasına vurgu yapmaktadır (Meier-Grundlagen, s. 248. Aynı yönde bkz. Deren-Yıldırım-İhtiyati Tedbirler, s. 75, 76). Kanımızca, istemediği bir tedbire hükmedilen, tazminat sorumluluğundan peşinen kurtulmuş olmaz. Tarafın lehine hiç istemediği bir karar verilmişse, onun bu kararı icra ettirmemesi pekâlâ mümkündür. İstenilmeyen bir tedbir kararının icrası talep edildiğinde artık bu tedbirin haksız icrasından ötürü karşı tarafın uğrayacağı zarar bakımından kastın isteme ve bilme unsurları gerçekleşir. Kaldı ki, bu türden tazminat davaları kusuru şart koşmamaktadır. Tedbir icra edilmese bile oluşacak zararlar bakımından da aynı sonuca varılmalıdır. Çünkü talep sahibi hukukî korunma hedefine ilâveten somut tedbire de dilekçesinde yer verdiğinde, elde etmek istediği hukukî korumanın azami sınırını da çizmekte, yani belirli bir hadde kadar sorumlu olmayı kendisi kabul etmektedir. Hâkim, somut tedbire paralel başka bir tedbire karar verdiğinde, azami had içinde kalındığından talep sahibinin sorumluluğu yoluna gidilebilmelidir. Somut tedbire yer verilmemişse, talep sahibi zaten inisiyatif hâkime bırakmış olur ve istemediği bir tedbirle karşılaştığı yönünde bir iddia ileri süremez.

⁴⁷⁴ Stachelin/Sutter, § 23 N. 23.

vermek değildir⁴⁷⁵. Örneğin, Türk Medenî Kanunu'nun 332. maddesine göre ihtiyatî tedbir yoluyla nafaka ödenmesi talep edilmişse, belirli miktarda paranın bankaya depo edilmesine ve orada muhafazasına karar verilmesi talebe paralel başka bir şey teşkil etmez⁴⁷⁶. Zira, nafakanın geçici olarak ödenmesi eda, bankaya depo edilmesi ise teminat tedbiri kategorisine dahildir. Aynı şekilde, zaruret hâlinde bulunduğunu iddia eden alacaklı, eda tedbiri talep etmiş; ancak mahkeme, zaruret hâlinin bulunmadığına kanaat getirmişse muaccel bu alacak için ihtiyatî haciz kararı veremez. Bir miktar paranın geçici olarak ödenmesine ilişkin geçici hukukî korunma hedefi ile ihtiyatî hacze ilişkin geçici hukukî korunma hedefi birbirinden farklıdır. Tarafın dilekçesinde yapacağı seçim hâkimi bağlar. Bu durumda, talebin reddedilmesi ile yetinilmelidir.

Aynı hukukî korunma hedefi için talebe paralel başka bir şeye karar verilebilmesi teminat tedbirleri için caiz görülürken eda tedbirleri için reddedilmektedir⁴⁷⁷. Kanımızca, taleple bağlılık ilkesinin esnekleştirilmesine esasen eda tedbirlerinde ihtiyaç duyulmaktadır. Özellikle konusu bir işin yapılmaması olan eda tedbirlerinde hâkimin önünde takdir yetkisini kullanabileceği birden çok tedbir seçeneği bulunmaktadır. Somut tedbire yer verilmesi, hâkimin takdir yetkisini engellediği takdirde, yukarıda anılan pratik olmayan sonuçlarla karşılaşılacaktır. Bir malın sürümünün yasaklanması şeklinde somut bir talep ileri sürüldüğünü varsayacak olursak, tehlikeli hâl, ürünün sürümünün tamamen yasaklanmasını haklı kılmıyorsa, belirli ambalajların ya da reklam araçlarının kullanılmasının yasaklanması ya da belirli bir tüketme süresinden sonra sürümün kullanılmayacağına karar verilebilmelidir. Çünkü tedbirin içeriğinin bu şekilde belirlenmesi, malın sürümünün yasaklanmasına göre karşı tarafa daha az zarar verecek niteliktedir, bu nedenle daha azını (minus) teşkil eder⁴⁷⁸.

Açıklanan görüşlerimiz doğrultusunda, tedbir dilekçeleri kaleme alınırken şu hususların dikkate alınmasında fayda vardır: Tedbir isteyen, hukukî korunma

⁴⁷⁵ Marka hukukunda men şeklinde eda tedbiri yerine malların defterinin tutulması gibi teminat tedbirine karar verilebileceğine ilişkin karşı. **Deren-Yıldırım-Marka**, s. 205.

⁴⁷⁶ **Schuschke** in Schuschke/Walker, § 938 N. 9.

⁴⁷⁷ **Musielak/Huber**, § 938 N. 5.

⁴⁷⁸ **Schuschke** in Schuschke/Walker, § 938 N. 8.

hedefine yer vermekle yetinmek ve somut tedbir istemek arasında seçim yapabilir. Teminat ve geçici icra seçimi, talebin çerçevesinin çizilmesi bakımından yeterlidir. Taraf, haksız tedbir nedeniyle tazminat sorumluluğunu azaltmak istiyorsa, bu çemberi daha da daraltarak somut bir tedbir vasıtasıyla sınır çizebilir. Prensip olarak, talepte bulunanın tedbir dilekçesinde somut emre de yer vermesi önerilir. Çünkü talebin en iyi nasıl korunacağını taraf belirleyebilir. Ayrıca, Alman Hukuku'nda olduğu gibi Türk Hukuku'nda da mahkemelerin, dilekçedeki talebi değiştirmeksizin tedbirin içeriği olarak belirlemeleri ile karşılaşılabilir⁴⁷⁹. Somut bir tedbir, tehlikenin durdurulması bakımından tek seçenek ise hâkimin dikkatinin bu tedbire yönetilmesi bakımından hukukî korunma hedefine ilâve olarak somut tedbire de dilekçede yer verilmelidir.

2. İhtiyatî Haciz Yerine İhtiyatî Tedbirin ya da İhtiyatî Tedbir Yerine İhtiyatî Haczin Talep Edilmesi

Yukarıda ihtiyatî haciz yerine ihtiyatî tedbir talep edilmiş ve talebe uygun olarak tedbire hükmedilmişse, kararın nasıl nitelendirileceği üzerinde durulmuştu⁴⁸⁰. Bu başlık altında, ihtiyatî haciz yerine ihtiyatî tedbir istenildiğinde hâkimin nasıl bir karar vermesi gerektiği ele alınacaktır. Uygulamada, ihtiyatî tedbir kararlarının temyizinin caiz görülmemesi nedeniyle, para alacaklarının tahsili yolunun güvence altına alınması için hatalı olarak ihtiyatî tedbir talep edilmektedir. Doktrinde, ihtiyatî haciz yerine, örneğin otomobilin üzerine tedbir konulması istenilmişse, hâkimin hukukî nitelendirmeyi tarafların talepleri ile bağlı olmaksızın kendiliğinden yapacağı -yani hukuku kendiliğinden uygulayacağı (m. 76)- genel kuralına dayanılarak ihtiyatî haciz kararı verilebileceği görüşü savunulmaktadır⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ Schuschke in Schuschke/Walker, § 938 N. 3; Brox/Walker, N. 1582; Berger/Heiderhoff, Kap. 7 N. 29.

⁴⁸⁰ Bkz. yuk. Bölüm II, § 7, I, A, 4.

⁴⁸¹ Üstündağ-İcra, s. 404; Özekes-İhtiyatî Haciz, s. 69, 70; Özekes-Satış, s. 531; Özekes-İhtiyatî Tedbir, s. 113, 127. İhtiyatî haciz yerine yanlış bir şekilde ihtiyatî tedbir talep edilmesi, alacaklının para alacağı için borçlunun banka hesaplarının blokesini istemesinde de söz konusu olabilir. İhtiyatî haciz, İİK m. 89'a göre icra edileceğinden, para alacağı için ihtiyatî tedbir istenememelidir (Spühler/Gehri, s. 193).

Yukarıda açıkladığımız üzere, geçici hukukî koruma talebinde bulunan, maddî hukuk talebinin konusunu ve hukukî korunma hedefini dikkate alarak ihtiyatî haciz ile ihtiyatî tedbir arasında seçim yapmalıdır⁴⁸². Hâkimin ihtiyatî tedbir-ihtiyatî haciz seçimine aykırı hareket etmesi mümkün olmadığı gibi, geçici hukukî korumanın içeriğini belirlerken sahip olduğu takdir yetkisi, tarafın yapacağı seçim dahilinde devreye girmelidir. Tarafın somut tedbir talebinin tedbirin içeriğinin belirlenmesine yönelik bir öneri niteliğinde görülmesi, bunun sonucunda paralel başka bir tedbire hükmedilebilmesi, ancak ihtiyatî tedbir talep edilmişse ve ihtiyatî tedbirin ihtiyatî tedbirle ilişkisinde söz konusu olur. Diğer bir ifade ile, hâkimin takdir yetkisi, tedbirin içeriğinin doldurulmasına yöneliktir. Buna karşılık, ihtiyatî hacizle ihtiyatî tedbir arasındaki ilişkide içeriğin belirlenmesinden çok, hangi geçici hukukî korumanın uygulama alanı bulacağı üzerinde durulmaktadır. Bu nedenle, ihtiyatî tedbir talep ediliyorsa ihtiyatî hacze, ihtiyatî haciz isteniyorsa ihtiyatî tedbire karar verilemez. Hâkimin hukuku kendiliğinden uygulaması kuralı, ihtiyatî haciz-ihtiyatî tedbir ilişkisi bakımından gündeme gelmez. Bu kurala güvenen taraflar, ihtiyatî tedbir ile ihtiyatî haciz arasında ayırım yapma ihtiyacı da duymayacaklardır. Zira, yanlış talepte de bulunulsa, şartlar gerçekleştiğinde doğru geçici hukukî korumaya hükmedilebilecektir. Tarafın ihtiyatî tedbirle ihtiyatî haciz arasında tercihte bulunmak zorunda olmasının kabulü, uygulamada ihtiyatî tedbir ile ihtiyatî haciz arasındaki ayırımın daha iyi anlaşılmasına da hizmet edecektir⁴⁸³.

İhtiyatî haciz-ihtiyatî tedbir ilişkisinde hâkimin hukuku kendiliğinden uygulayamayacağını savunmakla birlikte, ihtiyatî tedbir talep edilmesine rağmen ihtiyatî haciz kararı verilebilmesine bütünüyle karşı çıkmamaktayız. Trafik kazasından sonra tazminat alacağı için otomobile ilişkin tedbir talep edilmesi örneğinde, talep sahibi yanlış bir talep sonucu ileri sürmek suretiyle müddeabih

⁴⁸² Bkz. yuk. Bölüm III, § 10, I, A.

⁴⁸³ Spühler/Gehri, s. 193. Alman Hukuku'nda da ihtiyatî haciz yerine tedbirin ya da tam tersinin talep edilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 916 N. 3; Reichold in Thomas/Putzo, vor § 916 N. 8; Lackmann, N. 655; Hk-ZPO-Kemper, § 935 N. 4. OLG Düsseldorf 11.11.1976, NJW 1977, s. 1828). İhtiyatî tedbir ifadesinin dahi tedbir dilekçesinde belirtilmesine gerek görmeyen bir görüş, talep yanlış gösterilmişse, ihtiyatî hacze ihtiyatî tedbir ya da tersi anlam verilebileceğini belirtmektedir (Thümmel in Wiczorek/Schütze, § 938 N. 3). Türk Hukuku bakımından aynı yönde bkz. Üstündağ-İcra, s. 406.

ile talep sonucu arasında çelişki yaratmaktadır. Bu çelişki, hâkimi tedbire esas teşkil eden talep ve tedbir sebebine ilişkin yapacağı incelemede tereddütlü bir durumla karşı karşıya bırakmaktadır. Gerçekten, geçici hukukî korumanın konusu para alacağına yönelik talep hakkı iken, bu alacağın tahsili yolunun güvence altına alınması için öngörülen geçici hukukî koruma yerine, prensip itibariyle para alacağı dışında kalan alacaklar için düzenlenen diğer bir geçici hukukî koruma talep edilmektedir. Oysa, para alacağının tahsilinin güvence altına alınması söz konusu olmasına rağmen ihtiyatî tedbir istenildiğinde, taraf, hukukî korunma hedefini uyuşmazlık konusunun korunması, yani teminat tedbiri olarak belirlemektedir. Bu durumda, tedbire esas teşkil eden talebin ve tedbir sebebinin (m. 103) yaklaşık ispat seviyesinde ispat edilmesi gerekir. Ne var ki, tedbir dilekçesinde yer verilen vakıalar, istenilen hukukî koruma olan ihtiyatî tedbirin koşullarını karşılamamaktadır. Teminat tedbirine hükmedilebilmesi için, para alacağı dışında kalan bir maddî hukuk talebinin iddia ve yaklaşık olarak ispat edilmesi gerekirken, talep sahibi geçici hukukî korumayı para alacağına dayandırmaktadır. Yani, ihtiyatî haciz yerine ihtiyatî tedbir talep edilmekle, para alacağına dayanılarak para alacağı dışındaki talepleri konu edinen teminat tedbiri elde edilmeye çalışılmaktadır⁴⁸⁴.

Müddeabih ile talep sonucu arasındaki çelişkinin diğer boyutunda, tedbir sebebi bulunmaktadır. Teminat tedbiri isteyen talep sahibi, müddeabih para alacağının tahsilinin güvence altına alınması olmasına rağmen, gecikmesinde tehlikeli olan hâle ilişkin vakıaları iddia ve yaklaşık olarak ispat yükü altına girmektedir (m. 103). Oysa, ihtiyatî hacizde muaccel alacaklarda herhangi bir sebep öngörülmezken (İİK m. 257/I), müeccel alacaklarda tedbir sebebinden farklı olarak somut tehlikelere yer verilmiştir (İİK m. 257/II). Para alacaklarında tedbir sebebinin ispatı, yalnız bir miktar paranın ödenmesine yönelik eda tedbiri talep ediliyorsa gündeme gelir. Talep sahibi, incelenen meselede teminat altına alınmayı istemektedir. Bu durumda talepte bulunanın, muaccel para alacağı için ihtiyatî hacizde gerekmemesine rağmen tehdit eden bir tehlikeyi yaklaşık ispat seviyesinde ispat etmesi gerekir.

⁴⁸⁴ Reichold in Thomas/Putzo, § 938 N. 2.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 75. maddesinin 2. fıkrasında hâkimin müphem ve mütenakız gördüğü sebepler hakkında izahat isteyebileceği düzenlenmiştir. Gerek vakıalar arasında gerek talep sonucunda tespit edilen müphem ve mütenakız noktaların açıklığa kavuşturulması, hâkimin davayı aydınlatma ödevi olarak nitelendirilir⁴⁸⁵. Bu ilke, ortada bir dava bulunmadığından, davayı aydınlatma ilkesi olarak nitelendirilemeyecek olsa da, geçici hukukî koruma yargılamasında da uygulama alanı bulmaktadır. Zira, iddianın doğru bir şekilde anlaşılması suretiyle yanlış kararlara engel olunmasına, geçici hukukî koruma yargılamasında da ihtiyaç duyulmaktadır. Vakıalar ve talep sonucunda çelişki varsa, hâkim bu durumu tarafa açıklattırılmaktadır⁴⁸⁶. Talep sonucundaki bir çelişkinin giderilmesi için tam olarak nasıl bir hukukî korunma istenildiği tarafa sorulmalıdır⁴⁸⁷.

İhtiyatî haciz yerine ihtiyatî tedbir talep edildiğinde, müddeabih ile talep sonucu arasında hâkimin esasa ilişkin inceleme yapamayacağı derecede açık bir tenakuz bulunmaktadır. İhtiyatî tedbir, koşulları oluşmadığından reddedildiğinde, alacaklı vakit geçirmeksizin bu sefer ihtiyatî haciz talep edecektir. Usûl ekonomisi ilkesi gereğince yeni bir geçici hukukî koruma yargılaması, müddeabihin ve talep sonucunun açıklattırılması ile önlenabilir. Bu nedenle, hâkim, belirtilen çerçevede aydınlatma ödevini yerine getirmeden talebi esastan reddetmemelidir. Gerçekten, ihtiyatî tedbir ihtiyatî hacze göre yepyeni bir talep değildir. Zira, her iki talep, bir yandan asıl davaya bağlanan geçici hukukî korumaların bir türüdür; diğer yandan, maddî hukuk talebinin güvence altına alınması istenilmektedir. Böylelikle, yeni bir geçici hukukî koruma yargılamasının önüne geçilmek suretiyle aydınlatma ilkesi amacına ulaşacaktır.

Alman Hukuku'nda hâkimin soru sorma ödevinin yanında, işaret etme ödevi de bulunmaktadır (ZPO § 139/II). Hâkim, yargılama hedefine ulaşılması ve yeni yargılamalar ve kanun yollarından kaçınılması amacıyla, vakıalar aynı kalmak koşuluyla talep sonucunun değiştirilebileceğini aydınlatma ödevi

⁴⁸⁵ Alangoya-İlkeler, s. 135 vd.; Yılmaz-Islah, s. 65; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 241; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usul, s. 285; Yavaş, s. 306, 307.

⁴⁸⁶ "Talep tam olarak anlaşılıyorsa, talepte bulunana talebi açıklattırılmalıdır." (Özekes-Satış, s. 531).

⁴⁸⁷ Alangoya-İlkeler, s. 142, 143; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 242; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usul, s. 285; Yavaş, s. 307.

kapsamında tarafa belirtebilir⁴⁸⁸. Şüphesiz taraftan, açıklamalarından çıkarılamayacak yepyeni bir talep ileri sürmesi istenemez.

Türk Hukuku'nda ise işaret etme ödevi, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 75. maddesinden çıkarılamayacağından kanunî dayanağa sahip değildir⁴⁸⁹. Bu nedenle, hâkim, müddeabih ile talep sonucu arasındaki çelişkiye, talep sahibinin talep sonucunu değiştirebileceğine işaret edememelidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 36. maddesinde de doğrudan işaret etme ödevi düzenlenmemiş, hâkimin taraflara açıklama yaptırması, soru sorması ve delil göstermesi, aydınlatma ödevinin kapsamında sayılmıştır. Ancak anılan hükmün gerekçesinde işaret etmenin de bir ödev olduğu vurgulanmıştır. Gerekçeden hareketle işaret etmenin aydınlatma ödevine dahil olduğu kabul edildiğinde, Tasarı'nın yürürlüğe girmesinden sonra yanlış geçici hukukî koruma seçimlerinde hâkimin talep sonucunu değiştirebilmesine işaret etmesi mümkün olabilecektir.

Talep, tarafın tedbir yargılaması devam ederken yanlış talep ettiğini fark etmesi üzerine, iddianın değiştirilmesi kurallarına göre ihtiyatî hacze dönüştürülebilir (m. 185 b. 2)⁴⁹⁰. Tedbir yargılamasında basit yargılama usûlü uygulanmaktadır ve bu yargılama usûlünde de iddianın değiştirilmesi prensip olarak yasaktır. Talep, karşı taraf dinleniyorsa, onun rızası ya da ıslaha

⁴⁸⁸ Zöllner/Greger, § 139 N. 15; Musielak/Stadler, § 139 N. 12. Hâkimin amaca aykırı talepleri işaret etme ödevi sayesinde düzeltebileceği yönünde bkz. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 139 N. 34. Becker-Eberhard ise davayı aydınlatma ödevi kavramı yerine soru sorma ödevi kavramının tercih edilmesinden yanadır. Zira, aydınlatma ödevi, hâkime hayat olayının açıklanmasında aktif rol biçtiği şekilde bir yanlış anlaşılmaya müsaittir (s. 34, 35).

⁴⁸⁹ İhtilâf konusunun değişmesi sonucunu doğuracak bir aydınlatma, HUMK m. 75/II'nin sınırlarını aşar (Alangoya-İlkeler, s. 155, 156; Yavaş, s. 308).

⁴⁹⁰ Alman Hukuku'nda bu yönde bkz. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 916 N. 3; Stein/Jonas/Grunsky, § 920 N. 3a. Talep sonucunda yapılacak değişiklikler, dava konusunun değiştirilmesidir ve bu değişiklik, iddianın değiştirilme yasağına girmektedir. Yasağı ortadan kaldıracak hukuksal çarelerden birisi de ıslahıdır (Yılmaz-İslah, s. 190). Dava değiştirme hükümlerinin uygulanmasına gerek olmadığı, çünkü böyle bir değişiklik için Kanun'da yer alan "olayın aydınlatılması için yararlı olma" koşulunun (ZPO § 263) her durumda gerçekleştiğine ilişkin karşı yönde görüş için bkz. Musielak/Huber, § 916 N. 5; Zöllner/Vollkommer, vor § 916 N. 3. Türk Hukuku'nda Özkes, ihtiyatî haciz yargılamasında iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının geçerli olmadığı görüşündedir (Özkes-İhtiyatî Haciz, s. 197, 198). Alman uygulamasında, ilk derece mahkemesinde tedbire hükmedilmişse, istinaf yargılamasında ihtiyatî tedbir talebinin, dava değiştirme kuralları çerçevesinde ihtiyatî hacze dönüştürülmesine izin verilmektedir (OLG Köln, 14.7.1970, NJW 1970, s. 1884; OLG Düsseldorf, 9.11.1990, NJW 1991, s. 2028, 2029).

başvurarak; karşı taraf dinlenilmiyorsa yalnız ıslahla talep sonucunu değiştirebilir⁴⁹¹.

İhtiyatî haciz yerine ihtiyatî tedbir talep edilmesi ise, özellikle zaruret hâlinde bulunduğunu düşünen alacaklının, koşulları bulunmamasına rağmen tedbir talep etmesi durumunda gündeme gelecektir. Alacaklı, zaruret hâlinde olmadığını bilseydi, büyük ihtimalle en azından alacağını güvence altına aldırabilmek için ihtiyatî haciz talep edecekti. İhtiyatî tedbir yerine sehven ihtiyatî haciz talep edilmesinden farklı olarak burada hâkimin aydınlatma ödevinin devreye girmesi söz konusu değildir. Çünkü bu ödev ancak talep sonucunun müphem veya mütenakız olması durumunda yerine getirilir. Zaruret hâlinde olduğunu düşünen alacaklı, sehven değil, bilinçli olarak ihtiyatî tedbir talep etmektedir. Bu nedenle, ihtiyatî haciz koşulları karşılanırsa dahi talep reddedilmelidir. Diğer yandan, eda tedbiri talep edilmişken ihtiyatî hacze hükmedilmesi, talepten daha azına karar vermek anlamına da gelmemektedir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, geçici hukukî koruma dilekçesinde hukukî korunma hedefi belirlenirken ihtiyatî tedbir ile ihtiyatî haciz arasında bir tercihte bulunulmalı⁴⁹², hâkim de bu tercihle bağlı kalmalıdır. Şüphesiz bu ihtimalde de talep sahibi dilekçesini ıslah ederek ya da karşı taraf dinleniyorsa onun rızası ile eda tedbirini ihtiyatî hacze dönüştürebilir.

⁴⁹¹ Bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçtiğinde, bu mahkemelerdeki yargılamalarda ıslah yoluna başvurulamayacaktır (m. 426R; HMKT m. 363). İstinaf yargılaması, ilk derece yargılamasının üzerine inşa edilmektedir. İslahın istinaf yargılamasında yasaklanmasının sebebi, istinafin tarafların eksik veya hatalı yaptıkları işlemlerin düzeltilmesine değil, ilk derece yargılamasındaki hataların düzeltilmesine hizmet etmesidir (Akkaya-İstinaf, s. 297). Esas itibarıyla asıl hukukî korumayı dikkate alan bu düzenleme, ihtiyatî tedbir yargılamasına uygulanmaya elverişli değildir. İlk derece mahkemesinde talep edilmemesine rağmen, ilk kez istinaf aşamasında tedbir talebinde bulunulmuş ve tedbir yerine ihtiyatî haciz ya da tersi talep edilmişse, ıslah yoluna başvurulabilmelidir. Burada asıl davadan bağımsız yeni bir yargılama başlamaktadır. Ayrıca, tedbir yargılamasında ilk derece mahkemesinde verilen kararın hukukî kontrolü söz konusu değildir.

⁴⁹² Bkz. yuk. Bölüm III, § 10, I, A.

II. İhtiyatî Tedbirlerin İçeriğine Yönelik Sınırlar

A. Asıl Davada Elde Edilecek Hukukî Korunma Hedefinin Aşılmaması

İhtiyatî tedbir kararı verilirken aşılmaması gereken sınırlardan ilki, asıl dava sonunda elde edilecek hukukî korumaya, ihtiyatî tedbir yolu ile ulaşılmamasıdır⁴⁹³. Maddî hukuk, bir talebe asıl hukukî koruma sağlanmasına elvermiyorsa, bu talebe tedbir yolu ile hiçbir şekilde yürürlük kazandırılmaz. Esas itibariyle ihtiyatî tedbire, hukukî korumanın gecikmesinin asıl dava sonunda hakkın icrasının tehlikeye düşecek olması nedeniyle başvurulur. Tarafların tedbire başvurularındaki menfaati, maddî hukukun izin verdiği hukukî sonuç ve sonrasında hakkın icrasına yöneliktir. Asıl davadan çıkacak hukukî korumanın güvence altına alınması amacıyla ihtiyatî tedbir yoluna başvurulduğuna göre, ihtiyatî tedbirin de bu menfaatin sınırları içinde kalması gerekir. Tehlike ya da tehdit ne kadar büyük olursa olsun, maddî hukuka göre asıl davanın davacıya kazandıramayacağı hukukî korumaya tedbir yolu ile ulaşılamaz. Maddî hukuk, tedbir talebinde bulunanın iddia ettiği talebin asıl davada hüküm altına alınmasına ve bu talebin icra edilmesine ne ölçüde izin vermişse, tedbir kararı da bu sınır içinde verilebilir⁴⁹⁴. Tedbir kararından sonra açılacak asıl davada davacı tamamen haklı bulursa da tedbirden elde ettiğinden daha azına kavuşabilecekse, tedbir yargılamasında sınırın aşıldığı ve caiz olmayan bir tedbir kararı verilmişinden söz edilebilir. Sonuç itibariyle, maddî hukuk ve onun doğal uzantısı hukukî korunma hedefi, tedbir kararının içeriğinde sınır teşkil etmektedir ve bu sınırı aşan tedbir kararı verilmemelidir.

İhtiyatî tedbir, asıl dava ile karşılaştırıldığında, içerik itibariyle prensip itibariyle daha azını (minus) teşkil etmelidir⁴⁹⁵. Teminat tedbirleri, talebin güvence altına alınmasına hizmet ettiğinden, doğası gereği asıl davada elde edilecek hukukî korumayı aşmaya muktedir değildir. Buna karşılık, asıl dava

⁴⁹³ Schuschke in Schuschke/Walker, § 938 N. 11; Deren-Yıldırım-İhtiyati Tedbirler, s. 76; Özekes-Değerlendirme, s. 461.

⁴⁹⁴ Baur-Studien, s. 70; Feil, § 378 N. 21; Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler, s. 28; du Mesnil de Rochemont, s. 105; Sailer in Burgstaller/Deixler, § 378 N. 18; Baur/Stürner/Bruns, N. 53.26.

⁴⁹⁵ Thümmel in Wiczorek/Schütze, § 935 N. 30; Zöller/Vollkommer, § 938 N. 2; Musielak/Huber, § 938 N. 4; Deren-Yıldırım-İhtiyati Tedbirler, s. 12; Saenger, s. 34; Eroğlu, s. 55.

sonucunu öne çekme etkisine sahip eda tedbirlerinde, asıl hukukî koruma sonucunun aşılması tehlikesi vardır. Örneğin, para alacağı söz konusu olduğunda, alacağı aşan miktarda tedbir kararı verilemez.

Eda tedbirlerinde, tedbirin hem fiilen hem de hukuken eski hâle iade edilememe riski ve bunun yol açabileceği nihaî hak kaybı, tedbir sebebi bağlamında tarafların menfaatleri tartılırken özellikle dikkate alınmalı, tedbir talep edenin de nihaî hak kaybı tehlikesi olmadıkça bu türden tedbir talepleri reddedilmelidir⁴⁹⁶. Sicile kaydedilen bir hakkın geçici olarak terkini, ortağın ortaklıktan geçici olarak çıkarılması ya da ortağın ortaklık genel kurulunda oy hakkının kullanılmasının yasaklanması şeklindeki emirler, eski hâle iadesi neredeyse imkânsız ya da karşı tarafın nihaî hak kaybına uğrayabileceği türden ihtiyatî tedbirlerdir⁴⁹⁷.

B. “Gerekli” Tedbirin Tespiti

Bütün ihtiyatî tedbirler için uygulanan Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun 103. maddesinde hâkimin tehlike veya zararın def’i için “ıcap eden” ihtiyatî tedbirlerin icrasına, 101. maddenin 2. bendinde ise münazaalı şeyin muhafazası için “lazım gelen” her türlü tedbire karar verilebileceği düzenlenmiştir. “ıcap eden” ve “lazım gelen” ifadeleri, ihtiyatî tedbirlerin içeriğinin belirlenmesine yönelik diğer bir sınırı oluşturmaktadır. Her iki ifadeyi de içine alacak şekilde “gerekli tedbirin” tespitinden söz edilebilir⁴⁹⁸.

Hâkime gerekli tedbiri belirleme ödevinin yüklenmesi kendi içinde tutarlıdır. Tasarruf ilkesinin tedbir yargılamasında esnek bir şekilde uygulanması, hâkimin tedbir kararlarının içeriğinin belirlenmesinde daha aktif kılınmasını

⁴⁹⁶ Eski hâle iade edilememe söz konusu ise tedbir kararı verilemeyeceği yönünde bkz. **Üstündağ-İhtiyatî Tedbirler**, s. 29; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usul**, s. 406. Haksız rekabete ilişkin ihtiyatî tedbirler bakımından ayrıca bkz. **Eroğlu**, s. 58, 59.

⁴⁹⁷ Anılan örneklerin caiz olmayan ihtiyatî tedbir olduğuna ilişkin bkz. **Feil**, § 378 N. 21; **Reichold** in **Thomas/Putzo**, § 938 N. 4; **Schuschke** in **Schuschke/Walker**, § 938 N. 12.

⁴⁹⁸ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nda, gerekliliği karşılamak üzere herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. Yürürlükteki düzenlemede olduğu gibi gerekliliğin vurgulanması daha yerinde olurdu. Ancak Tasarı yürürlüğü girdiğinde, hâkimin içerik belirlerken tâbi olduğu sınırlardan biri kalkacak değildir. Tasarı’nın 395. maddesinde sakıncayı ortadan kaldırmak veya zararı engellemek için ihtiyatî tedbir talep edilebileceği düzenlenmekle, dolaylı olarak hâkimin ancak bu sınır dahilinde, gerekli ise tedbire karar verilebileceği hüküm altına alınmaktadır.

gerektirir. Hukukî korunma hedefine yer veren, ancak istenilen somut tedbire işaret edilmeyen bir tedbir dilekçesini alan hâkim, mevcut hukukî konumun hangi yol ile güvence altına alınacağını ya da icra edileceğini, hukukî korunma hedefine ulaşmak için “gerekli” somut tedbiri serbestçe belirler. Hâkim, tedbir kararında genel olarak uyuşmazlık konusunun güvence altına alındığını belirtmekle yetinemez. Tedbir kararında, uyuşmazlık konusunun ne şekilde, hangi koşullarda, hangi süre için güvence altına alındığına yer verilir. İşte, gerekli olan tedbirin tespit edilmesi, dilekçeye getirilen esnekliğin sonucunda oluşan boşluğun hâkim tarafından tamamlanmasıdır. Hâkimin, somut bir tedbiri olaya uygun görmesi ve bunun hüküm altına alınması için gerekli tedbirin tespiti faaliyetidir.

Gerekli tedbirin tespiti, yargısal faaliyette de gözetilmesi gereken bir ilke olan oranlılık ilkesinin ihtiyatî tedbirlere somut bir yansımasıdır. Temel haklarda olduğu gibi ihtiyatî tedbirin icrası ile karşı tarafın hukuken korunmuş alanına müdahale edilir. Tedbir kararı verildiğinde talep sahibinin elde edeceği hukukî koruma ile kararın icrası ile karşı tarafa bulunulacak müdahale arasında hakkaniyete uygun bir denge kurulması faaliyeti, hâkimin gerekli tedbiri tespit etmesinden başka bir şey değildir⁴⁹⁹. Oranlılık ilkesi, elverişlilik, gereklilik ve ölçülülük olmak üzere üç unsurdan oluşur. İhtiyatî tedbir de hukukî korunma hedefine ulaşmak için elverişli, gerekli ve ölçülü olmalıdır⁵⁰⁰. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nda ifadesini bulan ve bizim gereklilik olarak ifade ettiğimiz sınır ile aslında bu üç unsur birden kastedilmektedir.

“İcap eden”, “lazım gelen”, yani “gerekli tedbir” için öncelikle, somut, objektif bir tehlike olmalı ve tedbir, tehlikenin durdurulması için gerekli olmalıdır. Bu anlamda, talep sahibinin içinde bulunduğu tehlikeli hâl ile tedbirin gerekliliği arasında doğrudan bir ilişki vardır. Tarafın tehlikeyi yaklaşık ispat seviyesinde ispat etmesinden sonra, bu tehlikenin önlenmesi ya da bertaraf edilmesi sonucunu yaratacak bir somut tedbire emredilecektir. Böylelikle gerekli tedbirin tespiti için tanınan takdir yetkisi de somutlaştırılmış olmaktadır⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ **Deren-Yıldırım-İhtiyatî Tedbirler**, s. 78; **Alangoya-İhtiyatî Tedbir**, s. 342.

⁵⁰⁰ Oranlılık ilkesi ile geçici hukukî koruma arasındaki ilişki hakkında bkz. yuk. Bölüm I, § 4, III.

⁵⁰¹ **du Mesnil de Rochemont**, s. 100.

Tedbir sebebi, hâkimin takdir yetkisini somutlaştırmasının ötesinde aynı zamanda bu yetkiyi sınırlandırmaktadır. Buna göre, yalnız tehlike hâlin önlenmesi ya da bertaraf edilmesi için gerekli tedbire hükmedilebilir. Tedbir, tehlike ölçüsünde gereklidir. Örneğin, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan eda tedbirlerinde, asıl dava sonucunun ne derecede öne çekileceği, tedbirin somut olay bakımından gerekli olması ile ilgilidir. Asıl dava sonucunun öne çekilmesinin ne ölçüde gerekli olduğu, tedbir sebebine, yani alacaklının zaruret hâlinin derecesine göre belirlenir⁵⁰².

İkinci olarak, somut tedbir, tehlikeyi bertaraf etmeye en elverişli şekilde belirlenmelidir⁵⁰³.

Nihayet, tedbirin icrası, durumun (tehlikenin) gerektirdiği ölçüde karşı tarafa ölçülü bir müdahalede bulunmalıdır. Ölçülülük unsuru gereğince, tedbir, amaca ulaşmak için bir yandan gerekli, diğer yandan yeterli olmalıdır. Emredilen tedbirle muhtemel tehlike veya zarar arasında ölçü olmalıdır. Tedbirin tüm koşulları gerçekleşse bile hâkim, tedbir dilekçesinde talep edilen somut tedbirin doğrudan icrasına karar veremez; dilekçede belirtilen somut tedbirden başka, karşı tarafa daha az zarar verecek ve hukukî korunma hedefini gerçekleştirecek bir tedbirin bulunup bulunmadığını kendiliğinden araştırır. Hâkimin, karşı tarafa en az zarar verecek somut tedbiri bulması, “en az müdahale prensibi” olarak ifade edilebilir. Talep sahibi, dilekçesinde yalnız hukukî korunma hedefine yer vermiş, somut tedbirin belirlenmesini hâkime bırakmışsa, hâkim karşı tarafa en az zarar verecek somut tedbiri seçer. Borçluya en az zarar yükleyebilecek tedbir, somut olaya göre borçlunun en çok katlanılabileceği, en hafif tedbirdir⁵⁰⁴. Daha hafif bir tedbirle talep sahibinin hukukî korunma hedefi karşılanabiliyorsa, daha ağır bir tedbire karar verilmez⁵⁰⁵. Örneğin, eda tedbiri talep edilmişse, teminat tedbirinin somut olayda mümkün olup olmadığı ya da alacaklıya yeterli koruma sağlayıp sağlamayacağı titiz bir şekilde incelenmeli, bu soruya olumsuz yanıt

⁵⁰² Brox/Walker, N. 1618; Zöllner/Vollkommer, § 940 N. 4.

⁵⁰³ Feil, § 378 N. 20; Ercan-İhtiyati Tedbir, s. 63.

⁵⁰⁴ du Mesnil de Rochemont, s. 63; Baur/Stürner/Bruns, N. 53.26.

⁵⁰⁵ Reichhold in Thomas/Putzo, § 938 N. 7; Özkes-İhtiyati Tedbir, s. 128; Eroğlu, s. 55; Alangoya-İhtiyati Tedbir, s. 342.

verildiği takdirde eda tedbirine hükmedilmelidir⁵⁰⁶. Yine, talep sahibinin hakkı, tapu siciline şerh vermeksizin karşı tarafa tasarruf yasağı getirilmek suretiyle güvence altına alınabilecekse, şerh konulması en az müdahale prensibine ters düşer⁵⁰⁷. Şüphesiz hâkim, hükmedilen tedbiri neden gerekli gördüğünü tedbir kararının gerekçesinde belirtir⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ **Thümmel** in Wiczorek/Schütze, § 940 N. 12.

⁵⁰⁷ **Feil**, § 378 N. 20.

⁵⁰⁸ **Schuschke** in Schuschke/Walker, § 938 N. 15.

SONUÇ:

İhtiyatî tedbirin, ihtiyatî haciz ve benzer işlev gören diğer müesseselerle karıştırılmaması için üst başlık olarak “geçici hukukî koruma” kavramı kullanılmalıdır.

Geçici hukukî koruma, gecikmesinde tehlike olan bir hâlin engellenmesi ya da durdurulması amacıyla, iddia edilen talebe hukukî dinlenilme hakkının ertelenmesi yolu açılarak prensip itibariyle yaklaşık ispat seviyesinde ispat ölçüsü ile yetinilerek geçici olarak yürürlük kazandıran, karşı tarafın menfaatlerini çeşitli usûli araçlarla dengeleyen, müstacel bir yargısal hukukî korumadır.

Hukuk devleti ilkesi (AY m. 2) ve hak arama hürriyeti (AY m. 36) sayesinde anasayal temele sahip hukukî koruma garantisi, işler bir yargı düzeninin teşkilatlandırılması, yargı mercilerine başvuru hakkı ve yargı merciinin, meseleyi kapsamlı bir şekilde inceleyip herkesi bağlayan bir karar vermesi olmak üzere üç unsurdan oluşmaktadır. Etkin hukukî koruma, bu unsurların belirli standartlara yükselterek hukukî korumanın sonucunun etkinleştirilmesi çabalarıdır. Uyuşmazlığın her iki tarafına birden hitap eden, dengeli bir hukukî koruma olan etkin hukukî koruma, yargılamanın kanunda öngörülen sürede ya da makul sürede bitirilmesini gerektirmektedir. Gerek etkin hukukî koruma garantisi gerekse AY m. 40 ve AİHS m. 13’te ifadesini bulan şikâyet hakkı, yargılamanın kanunda öngörülen sürede ya da makul sürede bitirilememesine karşı, meseleyi inceleyen mahkemenin uyarılmasına yönelik bir hukukî çareyi şart koşmaktadır.

Bütün çabalara rağmen zaman faktöründen ve bunun sonucunda kötü niyetli borçlu davranışlarından ötürü ülkemizde hukukî korumanın etkinliği sağlanamamaktadır Hukukî korumanın etkinliğinin zayıfladığı durumlarda bir hukukî koruma boşluğundan söz edilebilir. Hukukî koruma boşluğunun doldurulması, etkinliğin sağlanması için geçici hukukî koruma öngörülmelidir. Geçici hukukî koruma, etkin hukukî korumanın vazgeçilmez bir unsuru; etkin hukukî koruma da geçici hukukî korumanın anayasal dayanak noktalarından birisidir. Ayrıca hukukî koruma garantisinin bizatihi kendisi geçici hukukî korumanın anayasal dayanağını oluşturmaktadır. Zira, yargılama sonucunun

uygulanabilirliğinin muhafaza edilmesi, devlet açısından bireylerin ve kamu düzeninin hukukî korumadan yoksun kılınmaması için bir yükümlülük; birey açısından da herkesin, hukukî ilişkinin tarafı ve konusu ne olursa olsun kendi aleyhine uyumsuzluk konusunun ve vakıaların oldu bittiye getirilmesine karşı koyabilmesi itibariyle bir haktır. Hâkimin geçici hukukî korumaya hükmetme yetkisi, adına yargılama denilen adli işlevin yapısında mündemiçtir. Anayasal temele sahip geçici hukukî koruma yolunu kapatan pozitif hukuk kuralları, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır.

Geçici hukukî koruma, menfaat dengesi üzerine inşa edilmiştir. Bu denge, asıl talep hakkında yargılamaya bağlanan geçici hukukî korumalarda, karardan önce alacaklının menfaatleri lehine; karardan sonra borçlunun menfaatleri lehine düzenlemeler öngörülmek suretiyle kurulmuştur. Münhasıran borçlu tarafından yapılabilecek bir işin yapılması ve bir işin yapılmaması talepleri dışında kalan talepler bakımından da uygulama alanına sahip HUMK m. 113A ve getirdiği hürriyeti bağlayıcı ceza sistemi, menfaat dengesini alacaklıdan yana bozmaktadır. Olması gereken hukuk bakımından, ihtiyatî tedbir kararlarının ilâm niteliğinde olması nedeniyle uygulanabilecek İcra ve İflâs Kanunu'nun 343. maddesi, hâkimin menfaatler durumuna göre para ve hapis cezası arasında seçim yapma yetkisi ile donatılacağı şekilde tadil edilmeli, 113A maddesi Kanun'dan çıkarılmalıdır.

Geçici hukukî korumanın kapsamına maddî hukukta düzenlenen önlemler de dahildir. Ancak geçiciliğin olduğu her yerde, geçici hukukî koruma sağlandığını söylemek mümkün değildir. Bir hukukî korumanın geçici hukukî koruma olarak nitelendirilebilmesi için, bazı özellikleri taşıması gerekir. Bu özelliklerin en başında, yargısal bir faaliyet sonucu gerçekleşme, yaklaşık ispat seviyesinde ispat ölçüsü ile yetinilme ve hukukî dinlenilme hakkının ertelenmesi gelir. Bu temel özellikler, yargısal geçici hukukî koruma esas alınarak belirlenmiştir. Bu nedenle, icra hukukunda geçici etkiler doğurma potansiyeline sahip, hukukî olmaktan çok fiili etkileri olan hukukî yollar geçici hukukî korumanın kapsamına girmemektedir.

Geçici hukukî korumanın geçicilik niteliği, "asıl talep hakkındaki yargılamaya değin etkililik" ve "kaldırılabilirlik, hukukî korumaya son

verilebilirlik” şeklindeki iki kriter ışığında somutlaştırılabilir. Geçici hukukî korumalar, ilk kriter ışığında asıl talep hakkındaki yargılamaya bağlanan; ikinci kriter ışığında asıl talep hakkındaki yargılamaya bağlanmayan şeklinde ikiye ayrılarak sınıflandırılabilir. Nihai etkiler gösterme potansiyeline sahip, adeta geçicilik ile nihaiğin örtüştüğü asıl talep hakkındaki yargılamaya bağlı olmayan geçici hukukî korumalar, hukukî niteliği oldukça tartışmalı gri alanı geçici hukukî koruma kapsamına dahil etmektedir.

Asıl dava sonucunu öne çeken tedbir kararları dahil olmak üzere geçici hukukî koruma ile davanın konusu birbirinden farklıdır. Geçici hukukî koruma kararı zamanaşımını kesmez. Her geçici hukukî koruma kararı farklı derecede hukukî koruma sağladığından, olması gereken hukuk bakımından teminat ve eda etkisine göre geçici hukukî korumanın müddeabihinin ve karar ve ilâm harcının belirlenmesi gerekir.

İhtiyatî tedbir, maddî hukuk talebinin ve gecikmesinde tehlike olan bir hâlin yaklaşık ispat seviyesinde ispat edilmesi koşuluyla, gerektiğinde karşı tarafın hukukî dinlenilme hakkı ertelenerek, para alacağı dışında kalan taleplerin güvence altına alınmasına; istisnaen bütün taleplerin asıl dava için bağlayıcı olmayacak şekilde geçici olarak gerçekleştirilmesine hizmet eden geçici bir hukukî korumadır.

İhtiyatî tedbirler, davanın iki aşamalı yöntemini takip etmekte ve yargılama ve icra olmak üzere iki aşamadan oluşmaktadır. Bu nedenle, ihtiyatî tedbirler kısmen usûl, kısmen icra hukuku karakterini haizdir.

İhtiyatî tedbirler, dava şeklindeki hukukî korumanın, yani çekişmeli yargının geçici hukukî koruma türüdür. İhtiyatî tedbirin kendiliğinden kalkması ve mahkeme kararı ile kaldırılmasına ilişkin düzenlemeler geçicilik niteliğini ortaya koymaktadır. Tedbir kararları prensip itibariyle geriye etkili olarak (ex tunc) kaldırılır. Değişen koşullar nedeniyle tedbirin kaldırılmasında ileriye etkililik (ex nunc) söz konusudur. İhtiyatî tedbirin geriye etkili kaldırıldığı hâllerde karşı tarafın haksız ihtiyatî tedbirden ötürü tazminat talebi vardır. Bu talebin ileri sürülmesi, tedbirin icra edilmesine bağlı değildir.

İhtiyatî tedbirlerin de davadaki kesin hüküm gibi geniş kapsamda olmasa da, sınırlı bir kesinliği vardır. Maddî hukuk talebinin yaklaşık ispatı ve

tamamlayıcı merasim zorunluluğu sayesinde, ihtiyatî tedbirler asıl dava ile sıkı ilişki içindedir. Ancak istisna tanımayan sert tamamlayıcı merasim zorunluluğu, olması gereken hukuk bakımından Alman Hukuku örnek olarak yumuşatılmalıdır.

İhtiyatî tedbir yargılaması, asıl davadaki yargılamadan ayrı ve ondan bağımsızdır. Bunun sonucunda, ihtiyatî tedbirin reddi, karşı taraf dinlenilerek verilen ihtiyatî tedbir kararı ile ihtiyatî tedbire itiraz üzerine verilen kararlar hukukî niteliği itibariyle geçici nihaî karar niteliğindeki olmaları nedeniyle yürürlükteki hukukumuzda da temyiz edilebilir.

İhtiyatî tedbir kararı, ihtiyatî tedbire esas teşkil eden talep ve ihtiyatî tedbir sebebi olmak üzere iki koşulun yaklaşık olarak ispatına bağlıdır. İhtiyatî tedbire esas teşkil eden talep, hukukî koruma sağlanabilmesi için gerekli olan maddî hukuk talebidir. Talebin incelenmesinde yaklaşık ispatla yetinilmesi, koşul vakıaların bir kısmının incelenmeyeceği ya da hızlı bir incelemeye tâbi tutulacağı anlamına gelmemektedir. Zira, ispat ölçüsü, incelemenin kapsamına değil, hâkimdeki usûli kanaatin derecesine ilişkindir. Eda tedbirlerinde olduğu gibi karşı tarafın ağır zararlara uğrama tehlikesi mevcut ise, maddî hukuk talebi esas bakımdan daha sıkı bir incelemeye tâbi tutulmalı, bu bağlamda yaklaşık ispatın derecesi gerektiğinde tam ispata kadar yükseltilebilmelidir. Tedbir dilekçesinden bir itiraz sebebi çıkarılabiliyorsa, ya bu itirazın talebin güvence altına alınmasına engel teşkil etmediğini iddia yükünün talep sahibine yüklenmesi ya da karşı tarafın dinlenilmesi gerekir.

İhtiyatî tedbir sebebi ise, hakkın ihlâli ya da ihlâl tehdidinin bulunması durumunda, asıl dava öncesinde hukukî koruma sağlanmasını haklı kılacak usûli koşuldur. Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşması ya da tamamen imkânsızlaşması, nihaî hak kaybına uğranılacak olması, alacaklının zaruret hâlinde bulunması, tehdit eden bir şiddetin varlığı, genel tedbir sebebi olan “gecikmesinde tehlike olan hâlin” somut görünümüdür. HUMK m. 101’de olduğu gibi genel ihtiyatî tedbir sebebinin (m. 103) özel surette belirtilmediği durumlarda da gecikmesinde tehlike olan hâl yaklaşık olarak ispat edilmelidir. Tarafların menfaatlerinin tartılması (menfaat dengesi), ihtiyatî tedbir sebebinin parçasıdır. Vâdeye, şarta

bağlanmış ya da müstakbel taleplere ilişkin teminat tedbirleri ile eda tedbirlerinde, tedbirin karşı tarafa vereceği zararlar ile tedbirin reddedilmesinin talep sahibine vereceği zararlar tartılmalı, talep sahibinin zararları ağır basıyorsa tedbire hükmedilmelidir. Talep sahibi, tehlike ortaya çıktıktan sonra uzunca bir süre beklemiş, daha sonra tedbir istemişse ya da tedbir yargılamasını geciktirmişse, tedbir sebebinin ortadan kalktığı kabul edilmelidir. İhtiyatî tedbir, talep sahibini asıl dava sonucuna yaklaştırdıkça ve karşı tarafın hukuk alanına verebileceği zarar arttıkça yaklaşık ispat tam ispata yaklaşmalıdır.

İhtiyatî haciz, ihtiyatî tedbirin bir türü değildir. İhtiyatî haciz, münhasıran konusu para alacağı olan taleplere, teminat tedbirleri ise para alacağı dışında kalan diğer mal, hak ve taleplere ilişkindir. Buna karşılık eda tedbirleri, para alacaklarını da içine alacak şekilde tüm talepleri kapsamına almaktadır.

İhtiyatî haciz hükümleri ihtiyatî tedbire, ihtiyatî tedbir hükümleri ihtiyatî hacze kıyasen uygulanabilir. Bunun sonucunda, müeccel alacaklar için de ihtiyatî tedbir istenebilir. İhtiyatî tedbir kararlarına üçüncü kişiler de itiraz edebilirler. On gün içinde icrası talep edilmeyen ihtiyatî tedbir kendiliğinden kalkar. Ayrıca ihtiyatî haciz hükümleri dikkate alınarak ihtiyatî tedbire ilişkin tamamlayıcı merasim kuralı genişletici yoruma tâbi tutulabilir. Bu durumda, para alacaklarında lehine tedbir kararı verilen dava açabileceği gibi, takip de yapılabilir.

Para alacaklarının tahsilinin güvence altına alınması için sehven ihtiyatî tedbir kararı verilmişse, icra memuru bu kararı yorumlayarak ihtiyatî hacze dönüştüremez. Bu durumda yapılması gereken, tedbir kararının bozulması için temyiz kanun yoluna başvurmaktır.

Tasarrufun iptali davalarında gündeme gelen “ihtiyatî haciz zımında ihtiyatî tedbir” şeklinde verilen geçici hukukî koruma kararları hukuka aykırıdır. İcra memurunun bu kararı ihtiyatî tedbir ya da ihtiyatî haciz şeklindeki uygulaması mümkün değildir. Burada da yapılması gereken kararın temyizidir.

Türk Medenî Kanunu'nun aile hukuku kitabında ve 4320 sayılı Kanun'da “gerekli önlem”, “geçici önlem”, “uygun önlem” “tedbir” şeklinde ifade edilen düzenlemelerden, boşanma ve ayrılık davasındaki geçici önlemlerle (TMK m. 169) evlilik birliğinin korunması önlemleri (TMK m. 194 vd.), nafaka ve babalık davalarında nafakanın depo edilmesi ya da geçici olarak ödenmesi (TMK m. 332,

333), ana babanın nafaka yükümlülüklerini yerine getirmemeleri durumunda gelecekteki nafaka yükümlülükleri bakımından teminat gösterilmesine karar verilmesi veya diğer önlemlerin alınması (TMK m. 334), vasi atanması yargılaması devam ederken alınan önlemler (TMK m. 420) geçici hukukî koruma önlemi; diğerleri ise çekişmesiz yargı işidir. TMK m. 332, 333'deki özel düzenleme dışındaki geçici hukukî korumalar, ihtiyatî tedbir niteliğinde değildir. Aile hukukuna özgü geçici hukukî korumalar geçici önlem şeklinde kavramlaştırılabilir.

Cebrî icranın durdurulmasına yönelik geçici hukukî korumalar ihtiyatî tedbir niteliğinde değildir. Keza menfî tespit davasında takibin durdurulmasına ilişkin karar Kanun'un lafzının (İİK m. 72/II, III) aksine ihtiyatî tedbir değil, icra hukukuna özgü bir geçici hukukî korumadır. Menfî tespit davasından önce takibin yapılmasının önlenmesi şeklinde de geçici hukukî korumaya hükmedilebilir. İİK m. 72/III'te öngörülen geçici hukukî koruma yasağı Anayasa'ya aykırıdır. Menfî tespit davasından önce ihtiyatî haciz kararı verilmişse, takibin durdurulması talebini inceleyen mahkeme alacağın mevcudiyeti ile ilgili bir önceki geçici hukukî koruma yargılamasındaki tespitleri dikkate almalı ve çelişik kararların verilmesine engel olmak için prensip itibarıyla talebi reddetmelidir.

Kesinleşmeden icra edilebilecek hükümlerde karşı tarafın menfaatleri, icranın durdurulması (İİK m. 36) şeklindeki geçici hukukî koruma ile dikkate alınırken, kesinleşmeden icra edilemeyecek hükümlerde aynı menfaat dengesi kurulamamıştır. Bu dengenin kurulabilmesi için, kesinleşmeden icra edilemeyecek hükümler, gecikmesinde tehlike olan bir hâlin ispatı koşuluyla, HUMK m. 103'e kıyasen geçici olarak icra edilebilmelidir.

Mahkemece hükmedilen muhafaza tedbirleri ve iflâsın ertelenmesi de geçici hukukî koruma önlemidir, ancak ihtiyatî tedbir niteliğinde değildir. İflâsın ertelenmesinden önce hükmedilen kayyım atanması, takiplerin durdurulması şeklindeki geçici kararların hukukî niteliği muhafaza tedbiridir. Bu kararlar iflâsın ertelenmesine değil, iflâs yargılamasına ilişkindir. Takiplerin durdurulmasına yasak getiren İİK m. 159/III de Anayasa'ya aykırıdır. Bu hüküm

iptal edilene kadar daraltıcı yoruma tâbi tutularak borca batıklığa dayalı iflâs yargılamalarında uygulanmamalıdır.

İhtiyatî tedbir münhasıran davaya bağlanan geçici hukukî koruma olduğu için, çekişmesiz yargı işlerindeki geçici hukukî korumalar ihtiyatî tedbir olarak nitelendirilemez.

Hukukî niteliği geçici hukukî koruma olan delil tespiti ile ihtiyatî tedbir arasında koşulları, izlenen prosedür ve sonuçları bakımından esaslı farklılıklar vardır. Bu nedenle, delil tespiti ihtiyatî tedbir şeklinde nitelendirilemez.

İhtiyatî tedbirler, tedbir ile takip edilen amaca göre değil, tedbir kararının ne şekilde icra edileceği ve bu icranın hangi hukukî sonucu ortaya çıkaracağına, kısaca tedbirin etkisine göre türlere ayrılmalıdır. Teminat, düzenleme ve eda şeklindeki üçlü tasniften, teminat ve eda olmak üzere ikili bir ayırıma gidilmesini haklı kılacak farklılıklar vardır. Karşı tarafın hukuk alanına yapılan müdahalenin yoğunluğu ve bunun sonucunda tedbirin koşulları ve yargılaması itibariyle eda tedbirleri teminat tedbirlerinden ayrılmaktadır. Buna karşılık, düzenleme tedbiri şeklinde kategorik ayırıma gerek bulunmamaktadır. Düzenleme şeklinde bir etki bulunmadığı gibi, düzenleme tedbirlerinde, karşı tarafın hukuk alanına teminat tedbirlerinden çok, eda tedbirlerden az müdahalede bulunulmamaktadır. Düzenleme tedbiri olarak ele alınan hâllerin hukukî niteliği eda tedbiridir. Etkileri itibariyle ihtiyatî tedbirler ya teminat ya da ifa etkisi doğurur.

Genel çerçevesini HUMK m. 101 b. 2'nin çizdiği teminat tedbirleri kapsamında aynı çekişmeli olan mala el konulup mal yediemine teslim edilebilir, çekişmeli şeyin aynen veya hukuken muhafazasına karar verilebilir, taşınmazlarda şahsi talep hakkı ileri sürülüyorsa çekişmeli haklar şerhine; aynı talep hakkı ileri sürülüyorsa geçici tescil şerhine; her iki durumda da taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunulmamasına (ferağdan men'e) karar verilebilir. Hâkim, ferağdan men kararını menfaatler durumuna göre Tapu Müdürlüğü'ne bildirip bildirmemekte serbesttir. Tapu sicilinin beyanlar hanesinde gösterilmesi gereken ferağdan men kararı, taşınmazın cebri yoldan satışına engel olmaz. Ferağdan men kararının kuvvetlendirilmiş şahsi hak yaratma etkisi bulunmadığından, haciz alacaklısına ve iflâs masasına karşı ileri sürülemez.

“Davanın esasını çözer ya da böyle bir sonuç doğuracak tarzda ihtiyatî tedbir kararı verilemeyeceği” şeklinde ifade edilen genel ilke, etkin hukukî koruma garantisine, sosyal devlet ve eşitlik ilkelerine, HUMK m. 101 b. 3, 4 ile m. 103’e ve maddî hukuktaki pek çok düzenlemeye aykırıdır. Eda tedbirleri caiz bir ihtiyatî tedbir türüdür. Asıl dava sonucunun öne çekilmesi bir yasak olmamakla birlikte, tedbir kararının asıl davaya bakan hâkimi bağlaması gerçek bir yasaktır. Eda tedbirleri, teminat tedbirlerine göre istisnaî bir yoldur.

Eda tedbiri çerçevesinde, bütün para alacaklarının geçici olarak ödenmesine karar verilebilir. Bunun için talep sahibinin zaruret hâlinde olması gerekir. İşe iade davasında boşa geçen ücretin en fazla dört aylık kısmı eda tedbiri ile geçici olarak icra edilebilir. Bu süre dört aydan fazla ise, işçi işe iade davasından ayrı yeni bir dava açarak alacağını tahsil edebilir. Alacağın eda tedbiri yolu ile geçici tahsiline, iflâsın ertelenmesi tedbirleri kapsamında da karar verilebilir.

İş hukukunda işçi, işe ilişkin belgelerin verilmesini, yıllık ücretli izninin kullanılmasını; işveren ise işe ilişkin aletlerin ya da otomobilin iadesini eda tedbiri yolu ile isteyebilir. Geniş bir uygulama alanına sahip işe iade davalarında eda tedbiri yolu ile işçinin geçici olarak işe iadesine karar verilebilir.

Tüketici hukukunda, Bakanlık ve tüketici örgütleri genel işlem koşullarının uygulanmasının durdurulmasını tedbiren isteyebilir. Bireysel hukukî koruma kapsamında tüketicinin genel işlem koşulunu kullanana karşı ileri sürebileceği men talebi eda tedbiri yolu ile geçici olarak gerçekleştirilebilir. Yine ayıplı seri malın üretiminin ve satışının durdurulması, eda tedbirinin caiz içeriğidir.

Banka teminat mektuplarında lehtar, gerek muhataba karşı teminat mektubunu paraya çevirmemesini gerekse bankaya karşı teminat mektubu bedelini ödememesini eda tedbiri yolu ile geçici olarak sağlayabilir.

HUMK m. 101 b. 2 ile m. 103, tedbir yargılamasında tasarruf ilkesi bakımından esnekliği barındırmaktadır. Bu bağlamda, talep sahibinin talep sonucunda somut bir tedbiri belirtme zorunluluğu yoktur. Hukukî korunma hedefinin belirlenmesi yeterlidir. Ancak talep sahibi en azından ihtiyatî tedbirle ihtiyatî haciz arasında seçim yapmalı, ihtiyatî tedbir tercihinde bulunuyorsa,

yargılama sonunda güvence altına alınmayı mı, yoksa geçici ifayı mı hedeflediğini açıkça belirtmelidir. Hâkim, asıl davada elde edilebilecek hukukî koruma sınır olmak üzere, tehlikenin boyutuna göre “gerekli” tedbiri tespit eder. Taraf, dilekçesinde somut bir tedbire yer verse bile, hâkim, aynı hukukî korunma hedefi içinde talebe paralel başka bir tedbire de hükmedebilir. İhtiyatî haciz yerine sehven ihtiyatî tedbir ya da tersi talep edilmişse, HUMK m. 75/II gereğince hâkim tarafa talep sonucunu açıklattırmalıdır. Aydınlatma ödevi yerine getirilmeden talep reddedilmemelidir. Talep, tarafın tedbir yargılaması devam ederken yanlış talep ettiğini fark etmesi üzerine, iddianın değiştirilmesi kurallarına göre ihtiyatî hacze dönüştürülebilir.

BİBLİYOGRAFYA

Acabey, Beşir: Çocukları İlgilendiren ve Aile Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Hukuki Konular, İz. BD. 2006/4, s. 88 vd.

Adolphsen, Jens: Zivilprozessrecht, Baden-Baden 2006.

Ahrens, Hans-Jürgen: Der Wettbewerbsprozess, (Ahrens/Jestaedt, Bernhard/Schmukle, Detlef): 6. Auflage, Köln 2009.

Akıntürk, Turgut: Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku, C. II, 11. Bası, İstanbul 2008.

Akkan, Mine: Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma, MİHDER 2007/1, s. 29 vd.

Akkaya, Tolga: Temyize Başvuru Hakkının Sınırlandırılması ve İzne Bağlı Temyiz Sistemi (Temyiz), Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. I, Ankara 2009, s. 65 vd.

Akkaya, Tolga: Medenî Usûl Hukukunda İstinaf (İstinaf), Ankara 2009.

Akkaya, Tolga: 5236 ve 5311 Sayılı Kanunlarla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Yeni Kanun Yolu Sistemine Göre İlâmlı İcrada İcranın İadesi (İcranın İadesi), MİHDER 2008/3, s. 677 vd.

Akyazan, Sıtkı: İhtiyati Haciz ve Hacze İştirak Dereceleri, İstanbul 1958.

Alangoya, Yavuz: “Davanın Esasını Çözümleyecek veya Böyle Bir Sonuç Doğuracak Biçimde İhtiyati Tedbir Karar”ları Hakkında (İhtiyati Tedbir), MÜHFD 2007/2, s. 325 vd.

Alangoya, Yavuz: Anayasanın Medeni Usul Hukukuna Etkisi (Anayasa), Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 1981/2, s. 1 vd.

Alangoya, Yavuz: Kanun Yolunun Anayasal Temeli ve HUMK m. 427 Hükmü İle Kanun Yolu Kapatılmış Olan Kararlara Karşı Kanun Yoluna Müracaat İmkânı (Kanun Yolu), 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 17 vd.

Alangoya, Yavuz: Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler (İlkeler), İstanbul 1979.

Alangoya, H. Yavuz/Yıldırım, M. Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis: Medenî Usul Hukuku Esasları (Usul), 7. Bası, İstanbul 2009.

Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler (Tasarı), İstanbul 2006.

Altay, Sümer: Türk İflas Hukuku, C. I, İstanbul 2004.

Amonn, Kurt/Walther, Fridolin: Grundriß des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Auflage, Bern 2008.

Ansay, Sabri Şakir: Hukuk İcra ve İflâs Usulleri (İcra ve İflâs), 5. Bası, Ankara 1960.

Ansay, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usulleri (Yargılama), 7. Baskı, Ankara 1960.

Arkan, Sabih: Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu, BATİDER Aralık 1992, s. 59 vd.

Arslan, Ramazan: Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi (Yargılamanın Yenilenmesi), Ankara 1977.

Arslan, Ramazan: İcra-İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi (İhalenin Feshi), Ankara 1984.

Arslan, Ramazan: Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı (Dürüstlük), Ankara 1989.

Arslan, Ramazan: İflasın Ertelenmesi Uygulamaları (Erteleme), Bankacılar 2008/67, s. 116 vd.

Aslan, İ. Yılmaz: Tüketici Hukuku, 2. Baskı, Bursa 2004.

Aslan, Kudret: Hacizde İstihkak Davası, Ankara 2005.

Aşık, İbrahim/Eruygur, K. Haluk: İflas Davasında Muhafaza Tedbirleri, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 109 vd.

Atalay, Oğuz: Borca Batıklık ve İflâsın Ertelenmesi (Erteleme), 2. Baskı, İzmir 2007.

Atalay, Oğuz: İİK'da İflâs Hukukuna İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi (Değişiklikler), Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı – IV, Ankara 2006, s. 259 vd.

Atalay, Oğuz: Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı (Menfi Vakıalar), İzmir 2001.

Atalay, Oğuz: Türk Medenî Kanunu'nda Aile Hukuku Mal Rejimlerine İlişkin Hükümlerin Takip Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi (Değerlendirme), Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı – I, Eskişehir 2003, s. 51 vd.

Atalay, Oğuz: Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı – IV Tartışmalar (Tartışmalar), Ankara 2006, s. 199, 200.

Atalay, Esra: Yargısal Temel Haklar, Prof. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, İzmir 1997, s. 437 vd.

Atalı, Murat: Almanya'da Çekişmesiz Yargı Reformu ve Bunun Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009, s. 104 vd.

Aybay, Aydın: Tapu Sicilinde Muvakkat Tescil, İstanbul 1962.

Aybay, Aydın/Aybay, Rona: Hukuka Giriş, 5. Baskı, İstanbul 2008.

Balcı, Şakir: İflasın Ertelenmesi, İzmir 2005.

Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch I, Hrsgb. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas, BSK I ZGB-Gloor, Urs/Hasenböhler, Franz/Schwander, Ivo/Breitschmid, Peter, 2. Auflage, Basel 2002.

Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch II, Hrsgb. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas, BSK II ZGB-Schmid, Jürg, 3. Auflage, Basel 2007.

Baumann, Jürgen/Brehm, Wolfgang: Zwangsvollstreckung, 2. Auflage, Bielefeld 1982.

Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter: Zivilprozessordnung, 67. Auflage, München 2009.

Baur, Fritz: Studien zum einstweiligen Rechtsschutz (Studien), Tübingen 1967.

- Baur, Fritz/Stürner, Rolf/Bruns, Alexander:** Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Auflage, Heidelberg, München, Landsberg, Berlin, 2006.
- Becker-Eberhard, Ekkehard:** Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları, *Çev. Yıldırım, M. Kamil*, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2002, s. 17 vd.
- Beisswingert, Rolf/Vossius, Oliver:** Vorläufiger Rechtsschutz gegen Wechselvorlage und -protest? BB 1986/35-36, s. 2358 vd.
- Belgesay, Mustafa Reşit:** Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi (Şerh), 3. Bası, İstanbul 1948.
- Belgesay, Mustafa Reşit:** Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi (Şerh), 4. Bası, İstanbul 1956.
- Belgesay, Mustafa Reşit:** İcra ve İflâs Kanunu Şerhi (İcra ve İflâs), Birinci Bölüm Sentetik İzah I İcra, 2. Bası, İstanbul 1948.
- Benda, Erbst/Weber, Albrecht:** Der Einfluß der Verfassung im Prozeßrecht, ZZP 96, s. 285 vd.
- Berger, Christian (Hrsg.):** Einstweiliger Rechtsschutz im Zivilrecht (Berger/Heiderhoff, Bettina/Boemke, Burkhard/Skamel, Frank/Becker-Eberhard, Ekkehard/Keller, Ulrich), Berlin 2006.
- Berki, Şakir:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1959.
- Berkin, Necmeddin M.:** Medenî Usul Hukuku Esasları (Usul), İstanbul 1969.
- Berkin, Necmeddin M.:** Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi (İcra), İstanbul 1980.
- Berkin, Necmeddin M.:** İflâs Hukuku (İflâs), 4. Bası, İstanbul 1972.
- Berkin, Necmeddin M.:** İhtiyati Haciz (İhtiyati Haciz), İstanbul 1962.
- Berti, Stephen:** Vorsorgliche Massnahmen im Schweizerischen Zivilprozess, ZSR 1997 Band 116, s. 171 vd.
- Bieler, Peter:** Der Anwendungsbereich der Grundbuchsperr im Schweizerischen Recht, Basel 1983.
- Bilge, Necip/Önen, Ergun:** Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978.

- Blumenstein, Ernst:** Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911.
- Bräm, Verena:** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Teilband II 1c, Zürich 1998.
- Brehm, Wolfgang:** Freiwillige Gerichtsbarkeit, 3. Auflage, Stuttgart 2002.
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich:** Zwangsvollstreckungsrecht, 8. Auflage, 2008.
- Bruns, Rudolf/Peters, Egbert:** Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Auflage, München 1987.
- Budak, Ali Cem:** İcra ve İflas Hukukunda Kiralayanın Hapis Hakkının Kullanılması (Hapis Hakkı), Ankara 2003.
- Budak, Ali Cem:** Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması (Üçüncü Kişiler), İstanbul 2000.
- Budak, Ali Cem:** Prof. Dr. Baki Kuru'nun "Nizasız Kaza" İsimli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler (Değişiklikler), 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 273 vd.
- Budak, Ali Cem:** Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı (Çekişmesiz Yargı), Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı – IV, Ankara 2006, s. 128 vd.
- Canbolat, Ferhat:** Banka Garantisinde Savunma İmkânları ve İhtiyati Tedbirler, Ankara 2009.
- Coing, Helmut:** Probleme der internationalen Bankgarantie, ZHR 1983, s. 125 vd.
- Compensis, Ulrike:** Die einstweilige Verfügung auf Unterhaltsleistung, Köln 1991.
- Corts, Jochen:** Einstweilige Verfügung auf Urlaubsgewährung, NZA 1998/7, s. 357 vd.
- Czitron, Michel:** Die vorsorglichen Massnahmen während des Scheidungsprozesses unter Berücksichtigung des am 1. Januar 1988 in Kraft

getretenen neuen Eherechts, des in Revision begriffenen Scheidungsrechts sowie des Prozessrechts und der Praxis im Kanton Zürich, St. Gallen 1995.

Çankaya, Osman Güven/Günay, Cevdet İlhan/Göktaş, Seracettin: Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları, 2. Baskı, Ankara 2006.

Çınar, Uğurcan Sevinç: Temel Hakların Koruma Yöntemlerinden Biri Olarak Hak Arama Hürriyeti, Selçuk Üni. Sosyal Bilimler Ens.-Yayımlanmamış Doktora Tezi, Konya 1998.

Çiftçi, Pınar: İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Dokuz Eylül Üni. Sosyal Bilimler Ens.-Yayımlanmamış YL Tez, İzmir 2008.

Damm, Reinhard: Kommentar zur Zivilprozeßordnung Reihe Alternativkommentar, Luchterhand 1987.

de Rochemont, Rainer du Mesnil: Die Notwendigkeit eines bestimmten Antrages bei der Unterlassungsverfügung im Wettbewerbsprozess und die Bindung des Gerichtes an einen solchen Antrag, § 308 Abs. 1 ZPO contra § 938 Abs. 1 ZPO?, Frankfurt am Main 1993.

Deguchi, Masahisa: Die prozessualen Grundrechte im japanischen und deutschen einstweiligen Rechtsschutz in Zivilsachen, Frankfurt am Main 1992.

Deliduman, Seyithan: İflâsın Ertelenmesinin Etkileri, Kocaeli 2008.

Demircioğlu, Yaşar: Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri, Ankara 2007.

Deren-Yıldırım, Nevhis: Haksız Rekabet Hukuku İle Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler (İhtiyati Tedbirler), 2. Baskı, İstanbul 2002.

Deren-Yıldırım, Nevhis: 4949 Sayılı ve 17.7.2003 Tarihli Kanun İle Yapılan Değişiklik Çerçevesinde İhtiyati Haciz Kararlarının Hukuki Niteliği ve Kontrolü (İhtiyati Haciz), YÜHFD 2004 I/2, s. 431 vd.

Deren-Yıldırım, Nevhis: Medeni Usul Hukuku'nun Evrenselleşmesi Yolunda İhtiyati Tedbir Alanında Yabancı Hukukun Etkileri (Evrenselleşme), *Çev. Özden Özkaya, Hamide*, Prof. Dr. Ergün Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 305 vd.

Deren-Yıldırım, Nevhis: Geçici Hukuki Korumalar (Geçici Hukuki Korumalar), Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul 2008, s. 57 vd.

Deren-Yıldırım, Nevhis: Marka Hukukunda İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar (Marka), Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s. 199 vd.

Deschenaux, Henri: Schweizerisches Privatrecht V/3, I, Hrsg. Meier-Hayoz, Arthur, Basel und Frankfurt am Main 1988.

Detterbeck, Steffen: Streitgegenstand, Justizgewährungsanspruch und Rechtsschutzanspruch, AcP 1992/192, s. 325 vd.

Deynekli, Adnan/Kısa, Sedat: Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli, 3. Bası, Ankara 2005.

Deynekli, Adnan/Saldırım, Mustafa: Öğretide ve Uygulamada İhtiyati Haciz, 2. Bası, Ankara 2005.

Doğan, Vahit: Banka Teminat Mektupları, 3. Baskı, Ankara 2005.

Dörr, Oliver: Der europäisierte Rechtsschutzauftrag deutscher Gerichte, Tübingen 2003.

Dunkl, Hans/Moeller, Dieter/Baur, Hansjörg/Feldmeier, Georg: Handbuch des vorläufigen Rechtsschutzes, 3. Auflage, München 1999.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2008.

Ebmeier, Marie-Theres/Schöne, Sigrid: Der einstweilige Rechtsschutz, Düsseldorf 1997.

Edis, Seyfullah: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993.

Epping, Volker: Grundreche, 3. Auflage, Berlin Heidelberg 2007.

Ercan, İbrahim: Medenî Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir (İhtiyati Tedbir), Yayımlanmamış YL Tez-Selçuk Üni. Sosyal Bil. Ens., Konya 1992.

Ercan, İbrahim: İhtiyati Tedbir Kararına Muhalefet Edenlerin Cezalandırılması (HUMK m. 113/A) (Muhalefet), Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s. 925 vd.

Erdem, Mehmet: Aile İçi Şiddet ve 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, TBBD Kasım-Aralık 2007, s. 46 vd.

Eroğlu, Sevilay: Haksız Rekabete İlişkin İhtiyati Tedbirler, İz. BD. 2000/1, s. 39 vd.

Eruygur, Halûk: Yedieminlik, Ankara 2008.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2008.

Erdemir, İlter: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. I, 2. Basım, Ankara 1998.

Erişir, Evrim: Medeni Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti (Taraf Ehliyeti), İzmir 2007.

Erişir, Evrim: Para Alacaklarında İhtiyati Tedbirler -11.10.2006 Tarihli Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi Kararının Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Borçlar Kanunu Tasarısı Bakımından Düşündükleri- (İhtiyati Tedbir), Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. I, Ankara 2009, s. 241 vd.

Ermenek, İbrahim: İflâsın Ertelenmesi, Ankara 2009.

Ernst, Rene: Die vorsorglichen Massnahmen im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, Zürich 1992.

Ertaş, Şeref: Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2006.

Fasching, Hans W.: Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen 1. Band, 2. Auflage, Wien 2000.

Favre, Antoine: Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Freiburg 1956.

Feil, Erich: Exekutionsordnung II, 4. Auflage, Wien 2004.

Finkelnburg, Klaus/Dombert, Matthias/Külpmann, Christoph: Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 5. Auflage, München 2008.

Fischer, Nikolaj: Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff, Frankfurt a.M. 2006.

Frank, Richard/Sträuli, Hans/Messmer, Georg: Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997.

Gaul, Hans Friedhelm: Die Entwicklung des einstweiligen Rechtsschutzes in Familien- und insbesondere in Unterhaltssachen (Entwicklung), FamRZ 2003, s. 1137 vd.

Gaul, Hans Friedhelm: Yargılamanın Amacı Güncelliğini Koruyan Bir Konu (Amaç), *Çev. Deren-Yıldırım, Nevhis*, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2002, s. 82 vd.

Gaul, Hans Friedhelm: Hukukun Esasları ve Hukuk Dogmatığı Bakımından Hakkın İcra Yoluyla Elde Edilmesi (Esaslar), İcra Hukuku Analizleri, İstanbul 2001, s. 18 vd.

Gerhardt, Walter: Vollstreckungsrecht, 2. Aufgagē, Berlin 1982.

Germelmann, Claas-Hinrich/Matthes, Hans-Christoph/Müller-Glöge, Rudi/Prütting, Hanns: Arbeitsgerichtsgesetz, 6. Auflage, München 2008.

Gießler, Hans/Soyka, Jürgen: Vorläufiger Rechtsschutz in Ehe-, Familien- und Kindschaftssachen, 4. Auflage, München 2005.

Gilles, Peter: Rechtsmittelreform im Zivilprozeß und Verfassungsrechtsaspekte einer Rechtsmittelbeschränkung (Rechtsmittel), JZ 1985, s. 253 vd.

Gilles, Peter: 2002 Medeni Usûl Hukuku Reformu Sonrası Hipertrofik Bir Medeni Yargının Problem Sahası Olarak Alman Kanun Yolu Sistemi, *Çev. Erişir, Evrim*, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı – VI, Ankara 2008, s. 19 vd.

Giroud, Roger: Die Konkureröffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft, 2. Auflage, Zürich 1986.

Gloor, Alain: Vorsorgliche Massnahmen im Spannungsfeld von Bundesrecht und kantonalem Zivilprozessrecht, Zürich 1982.

Gören-Ülkü, Nazlı: İcra Hukukunda Ödeme Emri, İstanbul 2008.

Götte, Tilman: Zur Wiedereinführung einer Rangfolge der Zwangsvollstreckungsmittel, ZZZ 100, s. 412 vd.

Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 5. Baskı, Bursa 2008.

Gözübüyük, A. Şeref/Gölcüklü, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 7. Bası, Ankara 2007.

Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katherina: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz Hrsgb: Grote, Rainer/Marauhn, Thilo, Tübingen 2006.

Grunsky, Wolfgang: Arbeitsgerichtsgesetz (Arbeitsgerichtsgesetz), 7. Auflage, München 1995.

Grunsky, Wolfgang: Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes (Grundlagen), JS 1976/5, s. 277 vd.

Grunsky, Wolfgang: Grundzüge des Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht (Grundzüge), 3. Auflage, Tübingen 1983.

Grunsky, Wolfgang: Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung (Stein/Jonas/Grunsky), Band 9, 22. Auflage, Tübingen 2002.

Guldener, Max: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979.

Günay, Cevdet İlhan: İş Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2004.

Güngerich, Andreas: Vorsorgliche Massnahmen in SchKG-Sachen, Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Bern 2005, s. 161 vd.

Güran, Sait: Anayasa Mahkemesi'nin İşlevi ve Bu Bağlamda Yürürlüğün Durdurulması, AYD 1995 C. XII s. 193 vd.

Gürdoğan, Burhan: İcra Hukuku Dersleri (İcra), Ankara 1970.

Gürdoğan, Burhan: İflâs Hukuku Dersleri (İflâs), Ankara 1966.

Gürsoy, Kemal T./Eren, Fikret/Cansel, Erol: Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978.

Habscheid, Walther J.: Das Recht auf den Beweis und der Grundsatz der Effektivität des Rechtsschutzes (Effektivität), SJZ 1984/24, s. 381 vd.

Habscheid, Walther J.: Freiwillige Gerichtsbarkeit (Freiwillige Gerichtsbarkeit), 7. Auflage, München 1983.

Habscheid, Walther J.: Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht (Zivilprozess), 2. Auflage, Basel 1990.

Hahn, Volker: Rechtsmissbrauch bei der Rückgarantie auf erstes Anfordern, NJW 2001, s. 2449 vd.

Hanağası, Emel: Kolektif Menfaatin Hukuki Himayesi Biçimi Olarak Topluluk Davaları (Topluluk Davaları), Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. I, Ankara 2009, s. 351 vd.

- Hanağası, Emel:** Davada Menfaat (Menfaat), Ankara 2009.
- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, **CHK-Roelli, Bruno/Meuli-Lehni, Roswitha/Müller, Christoph/Freiburghaus, Dieter/Deillon-Schegg, Bettina,** Zürich 2007.
- Havutçu, Ayşe:** Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması (Genel İşlem Şartları), İzmir 2003.
- Havutçu, Ayşe:** Evlilik Birliğinin Temsili (Temsil), Ankara 2006.
- Heinsius, Theodor:** Zur Frage des Nachweises der rechtsmißbräuchlichen Inanspruchnahme einer Bankgarantie auf erstes Anfordern mit liquiden Beweismitteln, Festschrift für Winfried Werner, s. 229 vd.
- Heinze, Meinhard:** Der einstweilige Rechsschutz im Zahlungsverkehr der Banken, Frankfurt am Main 1984.
- Holzhammer, Richard/Roth, Marianne:** Exekutionsverfahren und Konkursrecht, 3. Auflage, Freistadt 2005.
- Homberger, Arthur:** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band Dritte Abteilung, Zürich 1938.
- Höhne, Ruppert:** Rechtshängigkeit und Rechtskraft bei Arrest und einstweiliger Verfügung, 1975.
- Hromadka, Wolfgang/Maschmann, Frank:** Arbeitsrecht Band 1, 4. Auflage, Berlin-Heidelberg 2008.
- Ildır, Gülgün:** Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 385 vd.
- İnceoğlu, Sibel:** İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 3. Bası, İstanbul 2008.
- Jaeger, Carl/Walder, Hans Ulrich/Kull, Thomas/Kottmann, Martin:** Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 4. Auflage, Zürich 2001.
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo:** Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 10. Auflage, München 2009.

Jauernig, Othmar: Der zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen (Der zulässige Inhalt), ZZP 79, s. 321 vd.

Jauernig, Othmar/Berger, Christian: Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 22. Auflage, 2007.

Jedzig, Joachim: Aktuelle Rechtsfragen der Bankgarantie auf erstes Anfordern, WM 1988, s. 1469 vd.

Kaboğlu, İbrahim Ö.: Anayasa Hukuku Dersleri, 4. Baskı, İstanbul 2009.

Kaçak, Nazif: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 2002.

Kahveci, Nalan: 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'da 5636 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler, İz. BD. Temmuz 2007, s. 272 vd.

Karafakih, İsmail Hakkı: Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara 1952.

Kargados, Panagiotis: Zur Verfassungsmässigkeit von gesetzlichen Verboten einstweiligen Rechtsschutzes, inklusive eines generellen Ausschlusses der Hauptsachevorwegnahme, Festschrift für Hans Friedhelm Gaul, Bielefeld 1997, s. 265 vd.

Karlı, Abdurrahim: İcra Tetkik Mercii Kararlarının Temyizi (Temyiz), İstanbul 1995.

Karlı, Abdurrahim: İflâsın Ertelenmesinde Bazı Problemler (İflâsın Ertelenmesi), Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. II, Ankara 2009, s. 263 vd.

Kaufmann, Martin Otmar: Einstweiliger Rechtsschutz, Die Rechtskraft im einstweiligen Verfahren und das Verhältnis zum definitiven Rechtsschutz, Bern 1993.

Kaya, Arslan: İlk Yazılı Talepte Ödeme Kayıtlı Garantilerde İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul 1995, s. 139 vd.

Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Borçlar), 5. Bası, Ankara 2005.

Kılıçoğlu, Ahmet: Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu (Sempozyum), <http://www.law.ankara.edu.tr/dosyalar/BKS.doc>

Kissel, Otto Rudolf/Mayer, Herbert: Gerichtsverfassungsrecht, 5. Auflage, München 2008.

Konecny, Andreas: Grundlagen der einstweiligen Verfügungen gegen den Mißbrauch von Bankgarantien, ÖBA 1989/8, s. 775 vd.

Konuralp, Halûk: Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları (İspat), Ankara 1999.

Konuralp, Halûk: Medenî Usul Hukuku (Usul), Eskişehir 2006.

Korinth, Michael H.: Einstweiliger Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsverfahren, Berlin 2000.

König, Bernhard: Einstweilige Verfügung im Zivilverfahren, 2. Auflage, Wien 2000.

Krebs, Walter: Grundgesetz-Kommentar Band 1 (GGK I), Hrsgb. von Münch, Ingo/Kunig, Philip, (Krebs in von Münch/Kunig, GGK I), 5. Auflage, München 2000.

Krönig, Anne Elisabeth: Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG-Krönig), Hrsg. Düwell, Franz Josef/Lipke, Gert-Albert, 2. Auflage, Frankfurt am Main 2005.

Kulms, Rainer: Mediation zwischen effizientem Rechtsschutz und Privatisierung der Justiz in den USA, Mediation Hrsgb. Hopt, von Klaus J./Steffek, Felix, Tübingen 2008.

Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, III, IV, V, 6. Bası, İstanbul 2001.

Kuru, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı (El Kitabı), 2. Baskı, İstanbul 2006.

Kuru, Baki: İflâsın Ertelenmesi Kararından Önce İcra Takiplerinin Durdurulması Hakkında İhtiyati Tedbir Kararı Verilebilir Mi? (İflâsın Ertelenmesi), Halûk Konuralp Anısına Armağan C. II, Ankara 2009, s. 303 vd.

Kuru, Baki: Nizasız Kaza (Nizasız Kaza), Ankara 1961.

Kuru, Baki: İcra ve İflâs Hukukunda Menfî Tespit ve İstirdat Davası (Menfî Tespit), Ankara 2003.

Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme (Değerlendirme), Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V, Ankara 2007, s. 58 vd.

- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder:** Medenî Usul Hukuku (Usul), 20. Baskı, Ankara 2009.
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder:** İcra ve İflâs Hukuku (İcra), 23. Baskı, Ankara 2009.
- Kurzkommentar SchKG, Hrsg. Hunkeler, Daniel (KUKO SchKG-Sorensen, Ingrid Jent/Brönnimann, Jürgen/Diggelmann, Peter/Müller, Heinrich Andreas/Meier-Dieterle, Felix C.), Basel 2009.
- Kümpel, Siegfried:** Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Auflage, Köln 2004.
- Lackmann, Rolf:** Zwangsvollstreckungsrecht mit Grundzügen des Insolvenzrechts, 8. Auflage, München 2007.
- Leipold, Dieter:** Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes (Grundlagen), 1971.
- Leipold, Dieter:** Strukturfragen des einstweiligen Rechtsschutzes (Strukturfragen), ZZP 90, s. 258 vd.
- Liesecke, R.:** Rechtsfragen der Bankgarantie, WM 1968, s. 22 vd.
- Lorenz, Dieter:** Das Gebot effektiven Rechtsschutzes des Art. 19 Abs. 4 GG (Art. 19. Abs. 4 GG), Jura 1983, s. 393 vd.
- Lorenz, Dieter:** Der grundrechtliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz (effektiver Rechtsschutz), AöR-105/1980, s. 623 vd.
- Löwisch, Manfred:** Arbeitsrecht, 8. Auflage, Köln 2007.
- Lüke, Wolfgang:** Zivilprozessrecht, 9. Auflage, München 2006.
- Lüthi, Andreas:** Der Einbezug von Dritten in vorsorgliche Massnahmen und in die Zwangsvollstreckung nach kantonalem Recht, Zürich 1986.
- Marly, Jochen P.:** Die Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen in Verfahren nach § 13 AGB-Gesetz, NJW 1989, s. 1472 vd.
- Martin, Pierre:** Probleme des Rechtsschutzes, ZSR 1988, s. 1 vd.
- Maurer, Hartmut:** Staatsrecht I, 5. Auflage, München 2007.
- Meier, Isaak:** Das Verwaltungsverfahren vor den Schuldbetreibungs- und Konkursbehörden (Verwaltungsverfahren), Zürich 2002.

- Meier, Isaak:** Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im Schweizerischen Privatrecht und Zivilverfahrensrecht (Grundlagen), Zürich 1983.
- Meister, Christian Peter:** Vorsorgliche Massnahmen bei immobiliarsachenrechtlichen Streitigkeiten, Diessenhofen 1977.
- Mısır, Haşım:** Avukatlık Disiplin Hukuku, 2. Bası, 2009.
- Minnerop, Manfred:** Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz, 1973.
- Morbach, Bertram:** Einstweiliger Rechtsschutz in Zivilsachen, Frankfurt am Main 1988.
- Musielak, Hans-Joachim:** Kommentar zur Zivilprozessordnung, 6. Auflage, (Musielak/Huber, Michael, Heinrich, Christian, Stadler, Astrid), München 2008.
- Muşul, Timuçin:** İcra ve İflâs Hukuku (İcra ve İflâs), 3. Baskı, Ankara 2008.
- Muşul, Timuçin:** Medenî Usul Hukuku (Temel Bilgiler) (Usul), 2. Baskı, Ankara 2009.
- Muşul, Timuçin:** İflâsın Ertelenmesi (Erteleme), İstanbul 2008.
- Mülbert, Peter O.:** Mißbrauch von Bankgarantien und einstweiliger Rechtsschutz, Tübingen 1985.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 1. Halbband: §§ 1-240 (Münch Komm BGB-**Grothe, Helmut**), 5. Auflage, München 2006.
- Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung (Münch Komm ZPO-**Heinze, Meinhard**) Band 3, 2. Auflage, München 2001.
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung (Müch Komm ZPO-**Drescher, Ingo/Krüger, Wolfgang/Lipp, Volker/Finger, Peter**) Band 2, 3. Auflage, München 2007.
- Nielsen, Jens:** Bankrechts-Handbuch, Hrsgb: Schimansky, Herbert/Bunte, Hermann-Josef/Lwowski, Hans-Jürgen, Band I, 3. Auflage, München 2007.
- Normand, Jacques:** De quelques limites du refere provision, Rev. trim. dr. civ. 1999, s. 177 vd.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe:** Eşya Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2006.
- Onar, Sıddık Sami:** İcra Hukukunda Temel Bilgiler, İstanbul 1968.

Onar, Sıddık Sami/Belgesay, M. Reşit: Adliye Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1944.

Önen, Ergun: İhtiyatî Haczin Kaldırılması Davası (İİK m. 265), AÜHFD 1980/1-4, s. 251 vd.

Özbay, İbrahim: Grup Davaları, Ankara 2009.

Özbek, Mustafa: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Alternatif Uyuşmazlık Çözümü), Ankara 2009.

Özbek, Mustafa: Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim (Adalete Erişim), MİHDER 2006/2, s. 907 vd.

Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2008.

Özekes, Muhammet: İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz (İhtiyati Haciz), Ankara 1999.

Özekes, Muhammet: Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir (İhtiyati Tedbir), DEÜHFD 2002/2, s. 89 vd.

Özekes, Muhammet: İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler (Temel Haklar), Ankara 2009.

Özekes, Muhammet: İflâsın Ertelenmesi (Erteleme), Legal Eylül 2005, s. 3249 vd.

Özekes, Muhammet: İş Kanunu'nun 20. ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi (İş Kanunu), 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 479 vd.

Özekes, Muhammet: Karar İncelemesi: Üzerinde İhtiyati Tedbir Bulunan Bir Gayrimenkulün Cebri İcra Yoluyla Satışı Sorunu (Satış), Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, GSHFD 2002/1, s. 527 vd.

Özekes, Muhammet: Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı (Hukuki Dinlenilme), Ankara 2003.

Özekes, Muhammet: Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı – I Tartışmalar (Tartışmalar I), Eskişehir 2003, s. 98.

Özekes, Muhammet: Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı – IV Tartışmalar (Tartışmalar IV), Ankara 2006, s. 218.

Özekes, Muhammet: Ülkemizde Hukukun Vicdan ve Ahlak Sorunu (Vicdan ve Ahlak), Es. BD. 2005 S. 6 (Ayrı Bası), s. 1 vd.

Özekes, Muhammet: İhtiyati Haciz Kararlarının Gerekçeli Olması ve Kanun Yoluna Başvuru -Bir Karar Üzerine Değerlendirme- (Gerekçe), Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 469 vd.

Özekes, Muhammet: İşe İade Davalarında Hüküm Altına Alınan Alacakların Takibi ve İcra Tazminatları (İşe İade), Sicil Aralık 2006, s. 32 vd.

Özekes, Muhammet: Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları (Sorunlar), İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İstanbul 2005, s. 131 vd.

Özekes, Muhammet: İcra ve İflas Kanunu'nda İhtiyati Hacze İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi (Değerlendirme), YÜHFD 2004 I/2, s. 445 vd.

Özekes, Muhammet: Çekişmesiz Yargıda İlgililerin Kanun Yoluna Başvuru Hakkı (Kanun Yolu), Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 685 vd.

Özekes, Muhammet: Der Arrest im türkischen Zwangsvollstreckungsrecht (Arrest), ZJP Int 2007, s. 317 vd.

Özekes, Muhammet/Erişir, Evrim: Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi, MİHDER 2006/3, s. 1235 vd.

Özkök, Süleyman: İhtiyati Tedbirler, Ankara 2002.

Öztan, Bilge: Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004.

Öztek, Selçuk: HUMK m. 427'deki Kesinlik Sınırının Temyiz Kanun Yolunun Amacı Bakımından Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesinin 20.1.1986 Tarihli Kararı (Kanun Yolu), Hukuk Araştırmaları Dergisi Mayıs Ağustos 1987, s. 62 vd.

Öztek, Selçuk: İflasın Ertelenmesi Yargılaması Çerçevesinde İleri Sürülen İhtiyati Tedbir Taleplerine İlişkin Bazı Sorun ve Düşünceler (İhtiyati Tedbir), Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. II, Ankara 2009, s. 403 vd.

Öztürk, Hanife: Kıymetli Evrakın Ziyayı ve İptali, Ankara 1990.

- Özyeşil, Fatih Mustafa:** Haczedilen Malvarlığının Muhafazasına İlişkin Tedbirler, Ankara Üni. Sosyal Bilimler Ens.- Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2001.
- Papier, Hans-Jürgen:** Handbuch des Stattsrechts, Hrsgb: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul, Band VI, 2. Auflage, Heidelberg 2001.
- Paulus, G. Christoph:** Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 2003.
- Pawlowski, Hans-Martin:** Die Wirtschaftlichkeit der Zwangsvollstreckung -eine besondere Aufgabe der Zwangsvollstreckung-, ZZP 90, s. 345 vd.
- Pekcanitez, Hakan:** Hukuki Dinlenilme Hakkı (Hukuki Dinlenilme), Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s. 753 vd.
- Pekcanitez, Hakan:** İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet (Şikâyet), Ankara 1986.
- Pekcanitez, Hakan:** İflâsın Ertelenmesi (Erteleme), İBD 2005/2, s. 323 vd.
- Pekcanitez, Hakan:** Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı – IV Tartışmalar (Tartışmalar), Ankara 2006, s. 203.
- Pekcanitez, Hakan:** Medeni Yargıda Adil Yargılama (Adil Yargılama), İz. BD. 1997/2, s. 35 vd.
- Pekcanitez, Hakan:** Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri (Geçici Hukuki Koruma), Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara 2003, s. 115 vd.
- Pekcanitez, Hakan:** Tüketici Mahkemeleri (Tüketici Mahkemeleri), İBD 1996/4-5-6, s. 141 vd.
- Pekcanitez, Hakan/Erdönmez, Güray:** Bankacılık Kanunu'nun İcra ve İflas Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Bankacılar Aralık 2005, s. 25 vd.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet:** Medenî Usûl Hukuku, 8. Bası, Ankara 2009.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet:** İcra ve İflâs Hukuku, 7. Bası, Ankara 2009.
- Petek, Hasan:** Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler Işığında Boşanma Davaları, İz. BD. Temmuz 2000, s. 11 vd.

- Postacioğlu, İlhan:** İcra Hukuku Esasları (İcra), 4. Bası, İstanbul 1982.
- Postacioğlu, İlhan:** İflâs Hukuku İlkeleri C. I İflâs (İflâs), İstanbul 1973.
- Postacioğlu, İlhan:** Medeni Usul Hukuku Dersleri (Usul), 6. Bası, İstanbul 1975.
- Postacioğlu, İlhan:** Banka Teminat Mektuplarının Ödenmesi İhtiyatî Tedbir Kararları İle Durdurulabilir Mi? (İhtiyatî Tedbir), İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 1982/1-3, s. 175 vd.
- Prütting, Hanns/Stickelbrock, Barbara:** Zwangsvollstreckungsrecht, Stuttgart 2002.
- Rechberger, Walter H.:** Avusturya Medeni Yargılamasında Yargılamanın Hızlandırılması (Hızlandırılma), Çev. *Yıldırım, M. Kamil*, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2002, s. 1 vd.
- Rechberger, Walter/Simotta, Dophne Ariane:** Exekutionsverfahren, 2. Auflage, Wien 1992.
- Reisoğlu, Safa:** Türk Eşya Hukuku C. I, Ankara 1965.
- Reisoğlu, Seza:** Teminat Mektuplarının Ödenmesinin İhtiyatî Tedbir Kararı İle Önlenmesi ve Sonuçları, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hâtrasına Armağan, Ankara 1990, s. 471 vd.
- Repgen, Tilman:** J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Staudinger/Repgen), Buch 1 §§ 164-240, Berlin 2004.
- Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter:** Zivilprozessrecht, 16. Auflage, München 2004.
- Rosenberg, Leo/Gaul, Hans Friedhelm/Schilken, Eberhard:** Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Auflage, München 1997.
- Rüetschi, David:** Geldleistung als vorsorgliche Massnahme, Basel, Genf, München 2002.
- Sachs, Michael:** Grundgesetz Kommentar, 5. Auflage, München 2009.
- Saenger, Ingo:** Einstweiliger Rechtsschutz und materiellrechtliche Selbsterfüllung, Tübingen 1998.
- Saenger, Ingo:** Zivilprozessordnung Handkommentar (Hk-Saenger, Ingo/Kemper, Rainer), 2. Auflage, Baden Baden 2007.

- Sailer, Hansjörg:** Exekutionsordnung Kommentar §§ 378-382a EO, Hrsg: Burgstaller, Alfred/Deixler-Hübner, Astrid, Band IV, 7. Lieferung, 2002.
- Schaub, Günter/Koch, Ulrich/Linck, Rüdiger/Vogelsang, Hinrich:** Arbeitsrecht-Handbuch, 12. Auflage, München 2007.
- Schellhammer, Kurt:** Zivilprozess, 12. Auflage, Heidelberg 2007.
- Schilken, Eberhard:** Die Befriedigungsverfügung (Befriedigungsverfügung), 1976.
- Schilken, Eberhard:** Gerichtsverfassungsrecht (Gerichtsverfassungsrecht), 4. Auflage, Köln, München 2007.
- Schlosser, Peter:** J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 305-310; UKlaG (Staudinger/Schlosser), Berlin 2006.
- Schuschke, Winfried/Walker, Wolf-Dietrich:** Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, (mit dem Bearbeiter **Schmukle, Detlef**), 4. Auflage, Köln München 2008.
- Schütze, Rolf A.:** Effektivität des Rechtsschutzes vor den Schiedsgerichten (Effektivität), Effektivität des Rechtsschutzes vor staatlichen und privaten Gerichten, Hrsg. Peter Gottwald, Bielefeld 2006, s. 171 vd.
- Schütze, Rolf A.:** Einstweilige Verfügung und Arreste im internationalen Rechtsverkehr, insbesondere im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme von Bankgarantien (Bankgarantie), WM 1980/51-52, s. 1438 vd.
- Schwab, Norbert/Weth, Stephan:** Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz (Schwab/Weth/Walker, Wolf-Dietrich), 2. Auflage, Köln 2008.
- Serozan, Rona:** Medeni Hukuk Genel Bölüm, İstanbul 2008.
- Seven, Vural:** Çek Keşidecisinin TTK m. 711/3'e Göre Verdiği Ödemedi Men Talimatının Hukukî Niteliği ve Ceza Kovuşturmasına Etkisi (Ödemen Men), TBBD Mayıs Haziran 2007, s. 294 vd.
- Seven, Vural:** Kıymetli Evrakın Zıyai Halinde Uygulanabilecek Önleyici Tedbirler (Zıya), İz. BD. 1996/4, s. 8 vd.
- Sirmen, A. Lâle:** Eşya Hukuku Dersleri, Ankara 1995.

Spiecker, Döhmann: Verletzungsrechtlichen Gehörs in der Rechtsmittelinstanz, NVwZ 2003, s. 1464 vd.

Spühler, Karl/Gehri, Myriam A.: Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I, 4. Auflage, Zürich 2008.

Stach, Patrick: Vorsorgliche Massnahmen nach Bundesrecht und st. Gallischem Zivilprozessrecht, St Gallen 1991.

Stachelin, Adrian/Sutter, Thomas: Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Zürich 1992.

Stachelin, Adrian/Bauer, Thomas/Stachelin, Daniel: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband (SchKG-Bearbeiter, Erg. Bd.), Basel 2005.

Stamm, Jürgen: Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts, Tübingen 2007.

Stoffels, Markus: AGB-Recht, 2. Auflage, München 2009.

Sungurtekin-Özkan, Meral: Oranlılık İlkesi ve İlkenin İcra Hukukunda Uygulanması (Oranlılık), Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s. 177 vd.

Sungurtekin-Özkan, Meral: Medenî Kanun'un Aile Hukuku Alanında Getirdiği Değişikliklerin Medenî Usul Hukuku Bakımından Düşündürdükleri (Değişiklikler), Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı – I, Eskişehir 2003, s. 75 vd.

Sutter-Somm, Thomas: Neureungen im Scheidungsverfahren, vom alten zum neuen Scheidungsrecht (Neureungen), Hrsg.: Hausheer, Hans, Bern 1999, s. 217 vd.

Sutter-Somm, Thomas: Schweizerisches Zivilprozessrecht (Zivilprozessrecht), Zürich 2007.

Sutter-Somm, Thomas/Kobel, Felix: Familienrecht, Zürich 2009.

Tandoğan, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, Ankara 1987.

Tanör, Bülent/Yüzbaşıoğlu, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2009.

Tanriver, Süha: Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı (Adil Yargılanma), TBBD Temmuz Ağustos 2004, s. 191 vd.

Tanriver, Süha: İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi (Dayanaklar), Ankara 1996.

Tanriver, Süha: Hukuk Yargısının Temel Sorunları ve Bu Bağlamda Alınması Gereken Önlemler (Temel Sorunlar), “Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisi” Belgesi Gölgesinde Yargı Reformu, Ankara 2008, s. 201 vd.

Tanriver, Süha: Adalet Müfettişlerinin Hukuk Mahkemeleri Hâkimleri Üzerindeki Denetim Yetkisinin Kapsamı ve Sınırları (Adalet Müfettişleri), Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. I, Ankara 2009, s. 1055 vd.

Tanriver, Süha: Aile Mahkemeleri Üzerine Bazı Düşünceler (Aile Mahkemeleri), Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s. 947 vd.

Taş-Korkmaz, Hülya: Türk Hukuku’nda İhtiyati Tedbirler, Dicle Üni. Sosyal Bilimler Ens.-Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 1995.

Taşpınar, Sema: İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu’nda Yapılan Değişikliklere Genel Bir Bakış, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 599 vd.

Tenchio, Luca: Feststellungsklagen und Feststellungsprozess nach Art. 85a SchKG, Zürich 1999.

Tercan, Erdal: Türk Aile Mahkemeleri, AÜHFD 2003/3, s. 19 vd.

Teziç, Erdoğan: Anayasa Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2007.

Thomas, Heinz/Putzo, Hans: Zivilprozessordnung (mit dem Bearbeiter, Reichold, Klaus), 29. Auflage, München 2008.

Toraman, Barış: İcra ve İflâs Kanunu’na Göre Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde İflâsın Ertelenmesi Talebi, Ankara 2007.

Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Rumo-Jungo, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich 2009.

- Tutumlu, Mehmet Akif:** Görevsizlik Kararının Kesinleşmesi Sürecinde “İhtiyati Tedbir”in Hangi Mahkemeden İsteneceği ve Kararın Nasıl Oluşturulacağı Sorunu, Hukuk Gündemi Aralık 2005, s. 28, 29.
- Türk, Ahmet:** Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları (Borca Batıklık), Ankara 1999.
- Türk, Ahmet:** Maddî Hukuk ve İcra-İflâs Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası (Menfi Tespit), Ankara 2006.
- Türkçe Sözlük 1, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 1988.
- Ulrici, Bernhard:** Einstweilige Verfügung im Kollektiven Verbraucherschutz, WRP 2002, s. 399 vd.
- Umar, Bilge:** İcra ve İflâs Hukukunun Tarihî Gelişmesi ve Genel Teorisi (Tarihî Gelişim), İzmir 1973.
- Umar, Bilge:** Kuru/Arslan/Yılmaz’ın İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı Üzerine Gözlemler (15. Basım) (Gözlemler), 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 685 vd.
- Uyar, Talih:** İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C. I, II, V, VII, X, 2. Baskı, Ankara 2004, 2007, 2009.
- Uyar, Talih:** İcra Hukukunda Haciz (Haciz), Manisa 1990.
- Uyar, Talih:** İcra Hukukunda İlâmlı Takipler (İlâmlı Takipler), 2. Baskı, Manisa 1991.
- Uyar, Talih/Uyar, Alper/Uyar, Cüneyt:** İcra ve İflâs Hukukunda Tasarrufun İptâli Davaları, 3. Baskı, Ankara 2008.
- Üstündağ, Saim:** İcra Hukukunun Esasları (İcra), 8. Bası, İstanbul 2004.
- Üstündağ, Saim:** İhtiyati Tedbirler (İhtiyati Tedbirler), İstanbul 1981.
- Üstündağ, Saim:** Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VI (Tartışmalar), Ankara 2008, s. 83, 242..
- Üstündağ, Saim:** Medeni Yargılama Hukuku (Yargılama) C. I, II, 7. Baskı, İstanbul 2000.
- Üstündağ, Saim:** İflâs Hukuku (İflâs), 8. Bası, İstanbul 2009.

- Vogel, Oscar/Spühler, Karl:** Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Auflage, Bern 2006.
- Vogel, Harald:** Die Untätigkeitsbeschwerde im Familienrecht, FPR 2009, s. 165 vd.
- Vogg, Stefan:** Einstweiliger Rechtsschutz und vorläufige Vollstreckbarkeit, Berlin 1991.
- von Tuhr, Andreas:** Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı C. 1-2, *Çev. Edege, Cevat*, Ankara 1983.
- Voßkuhle, Andreas:** Bruch mit einem Dogma: Die Verfassung garantiert Rechtsschutz gegen den Richter, NJW 2003, s. 2193 vd.
- Walder-Richli, Hans Ulrich/Grob-Andermacher, Beatrice:** Zivilprozessrecht, 5. Auflage, Zürich 2009.
- Walker, Wolf-Dietrich:** § 7 Die Verbandsklage nach dem Unterlassungsklagengesetz (UKlaG), Das neue Schuldrecht in der anwaltlichen Praxis, Bonn 2002, s. 183 vd.
- Walker, Wolf-Dietrich:** Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren (Der einstweilige Rechtsschutz), Tübingen 1993.
- Walker, Wolf-Dietrich:** Grundlagen und aktuelle Entwicklungen des einstweiligen Rechtsschutzes im Arbeitsgerichtsprozess (Grundlagen), ZFA 2005, s. 45-79.
- Walker, Wolf-Dietrich:** İş Hukukunda Geçici Hukuki Korunmalara İlişkin Seçilmiş Problemler (Problemler), *Çev. Özokes, Muhammet*, MİHDER 2005/2, s. 379 vd.
- Wegmann, Paul:** Gedanken zur Bedeutung der aufschiebenden Wirkung in Zivilsachen, Festschrift zum 70. Geburtstag von Guido von Casterlberg, Zürich 1997, s. 281 vd.
- Wenzel, Leonhard:** Grundlinien des Arrestprozesses, MDR 1967, s. 889 vd.
- Wieczorek, Bernhard/Schütze, Rolf A.:** Kommentar zur Zivilprozessordnung, mit dem Bearbeiter **Thümmel, Roderich C.**, 5. Band, 3. Auflage, Berlin 1999.

Wolf, Manfred/Lindacher, Walter F./Pfeiffer, Thomas: AGB-Recht Kommentar, 5. Auflage, München 2009.

Yavaş, Murat: Mevaz Kanun ile Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Medeni Yargılamaya Hakim Olan İlkeler ve Hakimın Rolü, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 283 vd.

Yıldırım, M. Kâmil: İcra Hukukunun Anayasa İle İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi 1989/1-3, s. 98 vd.

Yıldırım, M. Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis: İcra Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2009.

Yıldız, Mustafa: Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı, İstanbul 1998.

Yılmaz, Ejder: Medeni Yargılama Hukukunda İslah (İslah), 2. Bası, Ankara 2010.

Yılmaz, Ejder: Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. I, II, Ankara 2001.

Yılmaz, Ejder: Usul Ekonomisi (Usul Ekonomisi), AÜHFD 2008/1, s. 243 vd.

Yılmaz, Ejder: İşe İade Davalarında Yargılama Usulü İle İlgili Özellikler (İşe İade), Sicil Aralık 2006, s. 20 vd.

Yılmaz, Ejder: Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti İlkesi (Yargılama Giderleri), ABD 1984/2, s. 200 vd.

Yılmaz, Ejder: Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler (İyileştirme), SÜHFD Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, 1996/1-2, s. 55 vd.

Yılmaz, Ejder: Medeni Yargıda İnsan Hakları (İnsan Hakları), TBBD 1996/2, s. 149 vd.

Yılmaz, Ejder: Hacze Takipsiz Katılma (Katılma), AÜHFD 1974/1-4, s. 361 vd.

Yılmaz, Ejder: Dosyadan El Çeken Mahkemenin Kanun yolu Aşamasında Bulunan Davada İhtiyatî Tedbir Kararı Verme Yetkisi (İhtiyatî Tedbir), MİHDER 2009/2, s. 213 vd.

Yılmaz, Ejder: İhtiyatî Haciz ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar (İhtiyatî Haciz), Bankacılar 1998/27, s. 63 vd.

Yılmaz, Ejder: Hukuk Davalarında Yasayollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılmasının Yerindeligi Sorunu (Yasayolları), TBBD Mart 1988, s. 131 vd.

Yılmaz, Orhan: İhtiyati Tedbirler, Ereğli 1982.

Yılmaz, Zehra Sanem: Sermaye Şirketlerinde Geçici Hukuki Korumalar, 2. Baskı, İzmir 2006.

Yüzbaşıoğlu, Necmi: Türk Anayasasının Avrupa Anayasasına Uyumu Üzerine Bir Değerlendirme, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg22/necmi.pdf>

Zackl, Gabriela: Einstweiliger Rechtsschutz im Gesellschaftsrecht, Wien 2006.

Zevkliler, Aydın/Aydoğdu, Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2004.

Zevkliler, Aydın/Acabey, Beşir/Gökyayla, Emre: Medeni Hukuk, 5. Bası, Ankara 1997.

Zimmermann, Walter: Zivilprozessordnung, 8. Auflage, Münster 2008.

Zippelius, Reinhold: Juristische Methodenlehre, 9. Auflage, München 2005.

Zobl, Dieter: Grundbuchrecht, 2. Auflage, Zürich 2004.

Zoller, Anne Sabine: Vorläufige Vollstreckbarkeit im Schweizer Zivilprozessrecht, Zürich 2008.

Zöller, Richard: Zivilprozessordnung (Zöller/Vollkommer, Max/Herget, Kurt/Greger, Reinhard), 27. Auflage, Köln 2009.