

ALMAN MEDENİ USUL HUKUKU'NDAKİ ARA TESPİT DAVASI VE BUNA İLİŞKİN DÜŞÜNCELER

Ar. Gör. H. Özden Özkaya - Ferendeci*

I. Genel Olarak Davanın Amacı

Davacı, dava yolu ile davalıya karşı, yargılama prosedürünü başlatır. Böylece davacı dava açarak, hukuki himaye hakkına dayanarak, davalı ile arasındaki ihtilafı mahkeme önüne taşımaktadır. Davacı dava açarak, hem devletten hukuki himaye talebinin yerine getirilmesini arzular, hem de aynı anda davalı ile arasında mevcut olan ihtilafın nihai bir sonuca bağlanmasını istemektedir.

Medeni yargılama hukukunda tasarruf ilkesi geçerlidir. Bu ilke, tarafların maddi hukuktaki tasarruf özgürlüğünün devamını teşkil etmektedir¹. Bundan dolayı, devletin hukuki himaye görevini yerine getirebilmesi ve yargılamanın başlayabilmesi için, davanın açılması şarttır². Bu prensip Alman Hukuku'nda, “Davacı olmayan yerde, hakim de olmaz” sözleriyle özetlenmektedir³.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Alangoya / Yıldırım / Deren - Yıldırım, s. 201; Grunsky, s. 24, kenar notu 36; Rosenberg / Schwab / Gottwald, s. 479, kenar notu 1; Schilken, s. 182, kenar notu 339; Üstündağ, s. 419.

² Alangoya / Yıldırım / Deren-Yıldırım, s. 221; Grunsky, s. 79, kenar notu 97; Rosenberg / Schwab / Gottwald, s. 587, kenar notu 2 vd.; Schilken, s. 92, kenar notu 173.

³ “Wo kein Kläger, da kein Richter” prensibi için bak. Schmidt, s. 3.

Davanın açılmasıyla, tasarruf ilkesi gereği, davacı üç hususu belirlemiştir⁴:

1) Davacı davayı açarak, ihtilafın çözümlenmesi için gerekli kararı verecek olan mahkemeyi belirlemektedir.

2) Aynı zamanda davanın tarafları da belli olmaktadır. Böylece davacı ve davalı tespit edilmektedir.

3) Bunun dışında dava açılınca, dava konusu belirlenmektedir.

Davacının davayı açması, usuli işlemidir. Davanın etkileri (örneğin, derdestlik ve bunun sonuçları), davacının irade beyanına bağlı değildir⁵. Davanın etkileri nitelikleri bakımından ikiye ayrılmaktadır; zira dava hem açıldığında etki göstermektedir (derdestlik), hem de ileriye dönük etkisi (mahkemenin ileride karar verme mecburiyeti) mevcuttur⁶.

Dava açıldıktan sonra, mahkeme artık söz konusu ihtilafı çözümlmek ve nihai bir sonuca bağlamak için görevlendirilmiştir. Mahkeme taraflar arasındaki çekişmeyi bitirirken, aynı zamanda yargılamanın amacını da gözetir. Günümüzde, yargılamanın amacının bireysel hukuki korunmaya hizmet ettiği ve maddi hakkın gerçeğe dayanarak temin edilmesi gerektiği, kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, subjektif hakların korunması ve maddi adaletin temini, ancak gerçeği bularak tam anlamda sağlanabilmektedir⁷.

⁴ Alangoya / Yıldırım / Deren - Yıldırım, s. 201; Grunsky, s. 79, kenar notu 97; Schilken söz konusu bu üç hususu, davanın üç fonksiyonu olarak değerlendirmektedir, bak. Schilken, s. 92, kenar notu 174 vd..

⁵ Alangoya / Yıldırım / Deren-Yıldırım, s. 221; Rosenberg / Schwab / Gottwald, s. 588, kenar notu 7.

⁶ Bu iki etki "Bewirkungshandlung" (yani davanın açıldığı andaki etkisi) ve "Erwirkungshandlung", (yani mahkemenin kararına yönelik etkisi) diye adlandırılmaktadır; bak. Schilken, s. 93, kenar notu 177.

⁷ Alangoya / Yıldırım / Deren-Yıldırım, s. 26 vd.; Gaul, Yargılamanın Amacı, s. 83, 90 vd.; Grunsky, s. 5, kenar notu 12; Pekcantez / Atalay / Özekes, s. 39 vd.; Rosenberg / Schwab / Gottwald, s. 2, kenar notu 5 vd.; Schilken, s. 6, 7, kenar notu 10 vd..

II. Dava Çeşitleri

Yargılama hukuku yukarıda belirtilen amaca hizmet eder. Bu bağlamda yargılama hukukunda davalar, talep edilen hukuki himayeye göre üçe ayrılmaktadırlar. Buna göre eda davaları, tespit davaları ve inşai davalar bulunmaktadır. Çalışmamızda, Alman Medeni Usul Hukuku'nda düzenlenmiş olan ara tespit davasını inceleyeceğiz. Ara tespit davası, tespit davasının özel bir halini teşkil ettiğinden, çalışmamıza, az önce yukarıda belirttiğimiz dava çeşitleri arasından sadece tespit davasına yer vererek, devam edeceğiz.

1. Tespit Davası

Tespit davası, HUMK'nda açıkça düzenlenmemiştir. Fakat bazı kanunlarda tespit davasıyla ilgili hükümler yer almaktadır (örneğin, İİK m. 72 ve m. 89'da öngörülen menfi tespit davası gibi). Türk doktrininde, tespit davaların caiz olduğu hususunda görüş birliği mevcuttur⁸. Yargıtay da bu görüşe katılmaktadır⁹; hatta uygulama, sanki tespit davalarını düzenleyen genel bir hüküm varmış gibi, hareket etmektedir. Alman Hukuku'nda bizden farklı olarak tespit davası, Alman Medeni Usul Kanunu'nun 256. maddesinde düzenlenmiştir.

Bir hukuki ilişkinin varlığının (müspet tespit davaları) veya yokluğunun (menfi tespit davaları) tespitine yönelik davalara, tespit davası denir. Bu dava çeşidi ile davalı, bir şeyi yapmaya veya bir şeyden kaçınmaya mahkum edilmez, sadece taraflar arasındaki hukuki ilişkinin varlığı, yokluğu veya tereddütlü olan içeriği tespit edilir¹⁰. Mahkeme, tespit davası sonucunda, davanın kabulüne veya reddine ilişkin bir karar verir. Bu

⁸ Alangoya / Yıldırım / Deren - Yıldırım, s. 222; Kuru, C. II, s. 1411; Pekcantez / Atalay / Özekes, s. 269; Üstündağ, s. 324 vd..

⁹ Yar. 8. HD, 23.09.2003 t., E.6304/K.5736 YarDergisi, 2003/12, S. 9, s. 1841; Yar. 7. HD, 19.07.2005 t., E.2288/K.2425.

¹⁰ Alangoya / Yıldırım / Deren-Yıldırım, s. 222; Kuru, C. II, s. 1409 vd.; Musielak zu § 256, kenar notu 1, 2; Pekcantez / Atalay / Özekes, s. 268; Rosenberg / Schwab / Gottwald, s. 599, kenar notu 1 vd.; Schilken, s. 98, kenar notu 184; Üstündağ, s. 324 vd..

kararlar, edaya yönelik emri içermediğinden (sadece tespit hükmü niteliğinde oldukları için), ilamlı icra yoluyla takip edilemez.

Görüldüğü üzere, tespit davası niteliği bakımından diğer dava çeşitlerinden ayrılmaktadır. Bundan dolayı tespit davasını açabilmek için bazı özel şartlar gerekmektedir.

Tespit davası öncelikle bir hukuki ilişkiye yönelik olmalıdır. Başka bir deyişle tespit davasının konusu, sadece hukuki ilişkiler olabilir. Söz konusu hukuki ilişki, kişiler arasındaki veya kişilerle şeyler arasındaki ilişkiyi, bu ilişkilerin münferit hukuki sonuçlarını, bir hukuki ilişkinin hukuki niteliğini ifade eder. Görüldüğü üzere, maddi vakıaların tesbiti için, tespit davası açılmaz¹¹. Tespit edilecek hukuki ilişkinin taraflarının, aynı zamanda davanın tarafları olmasına gerek yoktur. Burada esas olan, söz konusu hukuki ilişkiden dolayı, davacının davalıya karşı bir tespit davası açmasında menfaati olup olmamasıdır¹². Örneğin, alacaklıya karşı sorumlu olası iki borçlu olduğunu kabul edelim. Bu iki borçlu arasında hangisinin gerçekten borçlu olup olmadığı hususu, tespit davası yolu ile çözümlenebilir.

Tespit davasının hukuki ilişkiye yönelik olmasından başka, aynı zamanda bu ilişkinin, dava açıldığı sırada mevcut olması gerekir. İleride oluşacak bir hukuki ilişki, tespit davasına konu olamaz¹³.

Bunun yanı sıra hukuki ilişkinin hemen tesbitinde bir hukuki menfaat bulunmalıdır. Söz konusu hukuki menfaat, hukuki himaye hakkının özel bir şeklidir; böylece usul hukukunun çok özel bir şartını teşkil etmektedir. Hukuki menfaatin bulunduğunu kabul etmek için, davalının davranışına bağlı olarak veya başka bir nedenden dolayı, davacının hukuki durumunu tehlikeye sokabilecek bir belirsizliğin bulunması gerekmektedir.

¹¹ Alangoya / Yıldırım / Deren - Yıldırım, s. 222; 223; Kuru, C. II, s. 1418 vd.; Musielak zu § 256, kenar notu 2 vd.; Rosenberg / Schwab / Gottwald, s. 600, kenar notu 6 vd.; Schilken, s. 98, kenar notu 185; Üstündağ, s. 329.

¹² Alangoya / Yıldırım / Deren-Yıldırım, s. 223; Musielak zu § 256, kenar notu 5; Rosenberg / Schwab / Gottwald, s. 601, kenar notu 12.

¹³ Alangoya / Yıldırım / Deren - Yıldırım, s. 222; Rosenberg / Schwab / Gottwald, s. 602, kenar notu 15 vd..

Ayrıca tespit davası verilecek hükmün bu tehlikeyi bertaraf edebilecek nitelikte olması ve söz konusu tehlikenin daha başka ve kolay bir yolla ortadan kaldırılamaması şarttır¹⁴. Bu şartla, tespit davası ile eda davası arasındaki farklılık gözetilmektedir. Zira eda davası açılması mümkün iken, tespit davası açılmaz, çünkü hukuki menfaat şartı yerine gelmemiştir. Bu kural, mahkemelerin lüzumsuz yere yüklerinin artmasını engelleyerek, usul ekonomisine de hizmet etmektedir¹⁵.

Görüldüğü üzere, tespit davasının açılabilmesi için bazı özel şartların varlığı gerekmektedir. Belirtilen bu özel hususlar, tespit davası açısından dava şartı teşkil etmektedir.

2. Ara Tespit Davası

Alman Hukuku'nda, bizim hukukumuzdan farklı olarak, tespit davasının kanuni bir düzenlemesi bulunduğunu yukarıda belirtmiştik. Tespit davası Alman Medeni Usul Kanunu'nun 256. maddesinde yerini almıştır. Bu madde iki fıkradan oluşmaktadır. Maddenin ilk fıkrası tespit davasına ilişkin

¹⁴ Alangoya / Yıldırım / Deren - Yıldırım, s. 224; Grunsky, s. 82, kenar notu 102; Kuru, C. II, s. 1424 vd.; Pekcantez / Atalay / Özekes, s. 269, s. 270; Rosenberg / Schwab / Gottwald, s. 603, kenar notu 19 vd.; Schilken, s. 99, kenar notu 186; Üstündağ, s. 329 vd..

¹⁵ Alangoya / Yıldırım / Deren - Yıldırım, s. 224; Kuru, C. II, s. 1437; Rosenberg / Schwab / Gottwald, s. 603 vd, kenar notu 19 vd.'nda bu görüşe katılmaktadır, ancak bir istisnaya da yer vermektedir. Buna göre, eğer karşı tarafın, eda davası hükmü olmadan da, karara uyacağı belli ise, o zaman aslında eda davası açılması gerekirken, tespit davasının açılmasına izin verilmesinde sakınca yoktur. Buna örnek olarak da, devlete veya resmi kuruluşlara veya sosyal sigorta kurumlarına karşı açılan davaları örnek vermektedir. Bu görüşe Schilken de, s. 100, kenar notu 186'da ve Musielak zu § 256, kenar notu 12 vd.'nda aynen katılmaktadır. Yazarlar, söz konusu kurumların, hiçbir baskıya gerek kalmadan, kararlara uyacaklarından yola çıktıkları için, böyle bir istisnaya haklı olarak yer vermektedirler. Bunun aynı zamanda usul ekonomisine de uygun olduğunu özellikle belirtmektedirler. Aynı şekilde Grunsky de, s. 82, kenar notu 103'de bu istisnaya yer vermektedir. Bu istisnayı, hem usul ekonomisi açısından, hem de yargılamanın daha kolay yürütülmesi bakımından doğru bulunduğunu ifade etmektedir. Ona göre, yukarıda sayılan durumlarda, eda davası açılacak yerde, tespit davasının açılmayacağı kuralının esiri olmamak gerekmektedir. Bak. ayrıca BGH NJW 2001, s. 445, s 447 vd.. Almanya'daki bu uygulamaya Alangoya / Yıldırım / Deren - Yıldırım da s. 225'de yer vermektedirler.

düzenlemeyi içermektedir. 256. maddenin 2. fıkrası ise, ara tespit davası (Zwischenfeststellungsklage) kurumunu düzenlemiştir. Bu kurum, Avrupa'da birçok hukuk sisteminde bulunmasına karşın¹⁶, bizim hukukumuza (henüz) girmemiştir¹⁷.

Belirttiğimiz üzere ara tespit davası, Alman Medeni Usul Kanunu'nun 256. maddesi 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin içeriği şöyledir¹⁸:

“... Kararın verileceği sözlü duruşmanın sonuna kadar, davacı neticeyi talebini genişleterek, davalı ise karşılık dava açarak, varlığı veya

¹⁶ Örneğin Avusturya'da, Finlandiya'da, Norveç'te, Portekiz'de, Hollanda'da olduğu gibi, detaylı bilgi için bak. Eckardt, § 1 I 3 b aa vd..

¹⁷ Hukukumuzda kesin hükmün kesin delil teşkil etmesi kuralı mevcuttur. Buna göre birinci davada verilmiş olan hüküm, aynı taraflar arasında, aynı dava sebebine dayanarak ve aynı konuya ilişkin olarak açılan ikinci bir davada, birinci davada kesin hükme bağlanmış olan husus hakkında, kesin delil teşkil eder, bak. Kuru, C. V, s. 5067 vd.. Yazar buna şöyle bir örnek vermektedir: Bir kira bedelinin tespiti davası sonucunda verilmiş olan kesin hüküm, daha sonra kira alacağının ödenmesi için açılan eda davasında kesin delil teşkil eder. Böylece davalı kiracı kiranın birinci davada tespit edilenden daha az olduğunu iddia edemeyeceği gibi, davacı kiralayan da tespit edilenden daha yüksek bir kira isteyemez. Bunun yanı sıra bir davada verilen kesin hüküm, bu davanın taraflarından biri tarafından başka birine (üçüncü kişiye) karşı açılan veya üçüncü kişi tarafından birinci davanın taraflarından birine karşı açılan ve konusu ve dava sebebi aynı olan ikinci bir davada bile kesin delil teşkil etmemektedir; çünkü iki davanın tarafları farklıdır. Fakat birinci davada verilen kesin hüküm, ikinci davada kuvvetli (güçlü) bir takdiri delil teşkil etmektedir. Bak. Kuru, c. V., s. 5084 vd.. Kesin hükmün kesin delil veya taraflar farklıysa güçlü takdiri delil teşkil etmesi, ön sorunlarla ilgili kesin bir sonuç getirmemektedir. Zira her iki uygulamayla sadece ilk davanın kesinleşen hüküm fıkrası ikinci dava için kesin delil veya taraflar farklıysa güçlü takdiri delil teşkil etmektedir. Oysa ilk dava esnasında hüküm fıkrasında yer almayacak hususların kesinleşmesi söz konusu değildir. Dolayısıyla tarafların ilk yargılama esnasında kendiliğinden hüküm fıkrasında yer almayacak, ama taraflarca hüküm altına alınması istenen hususlar için ara tespit davası kurumuna ihtiyaç duyulmaktadır.

¹⁸ § 256 II ZPO: “Bis zum Schluss derjenigen mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, kann der Kläger durch Erweiterung des Klageantrags, der Beklagte durch Erhebung einer Widerklage beantragen, dass ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältnis, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil abhängt, durch richterliche Entscheidung festgestellt werde.”

yokluğu (asıl) karara tamamen veya kısmen esas teşkil edecek ve yargılama esnasında ihtilafı olduğu anlaşılan bir hukuki ilişkinin, hakim kararıyla tespitini talep edebilir...”

Maddenin içeriğinden de anlaşılacağı üzere, kurumun özelliği, dava içerisinde, yeni bir davanın açılabilmesini öngörmesidir. Böylece asıl (ana) dava içinde, yeni bir dava görülecektir. Bu ikinci “küçük” davanın kararı, asıl davanın kararı ile birlikte verilebileceği gibi, asıl davanın kararından önce de verilebilmektedir¹⁹.

a. Ara Tespit Davasının Amacı

Bu kurumun özelliği, özellikle kesin hüküm etkisinde ve kesin hükmün objektif sınırlarını belirlerken ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, ara tespit davasını öngören hukuk sistemlerinde, maddi anlamda kesin hüküm ile ilgili hükümler de buna göre düzenlenmiştir. Bu iki kurum arasında sıkı bir bağ mevcuttur. Zira Alman Medeni Usul Kanunu’nun 322. maddesi (maddi anlamda kesin hüküm), kesin hükmün objektif sınırlarını dar tutmaktadır²⁰.

¹⁹ Rosenberg / Schwab / Gottwald, s. 643, kenar notu 35.

²⁰ Türk Hukuku’nda da durum aynıdır. Hukukumuzda kesin hükmün objektif sınırları dar tutulmakta, sadece hüküm fıkrası ile sınırlı olduğu konusunda görüş birliği mevcuttur, HGK, 17.11.1973 t., E.1971/9-762/K.1973/901 (YKD 1975/4 S. 1, s. 5); HGK, 02.06.1982 t., E.1981/11-1130/K. 1982/549 (YKD 1983/2, S. 4, s. 167); Alangoya / Yıldırım / Deren - Yıldırım, s. 607, dn. 20; Domaniç, s. 30; Pekcanitez / Atalay / Özekes, s. 511; Üstündağ, s. 718. Ancak doktrinde ve uygulamada bazı istisnalara yer verilmektedir. Detaylı bilgi için bak. Kuru, C. V, s. 5049 vd.. İstisnaları kısaca saymak gerekirse: 1) Hüküm fıkrası açık değilse, gerekçe, hüküm fıkrasını açıklamaya ve kesin hüküm kapsamını belirlemeye yardım etmektedir; 2) Bir davanın usulden reddedilip edilmediğini anlamak için, gene gerekçeye başvurmak gerekecektir; 3) Hüküm fıkrasına sıkı sıkıya bağlı olan gerekçe, kesin hüküm teşkil etmektedir. Kanaatimizce, öngörülen istisnaların nedeni, Türk Hukuku’nda bir ara tespit davasının bulunmamasıdır. Oysa bir ara tespit davası kurumu ile, bu istisnalara gerek kalmayacaktır. Kanaatimizce öngörülen istisnalara ihtiyaç vardır, ancak kesin hükmün amacına ve “kesinliğine” ters düştüğünden, aslında bu tür istisnalara yer verilmemelidir. Zaten üç istisnanın da temelinde bir mantık bağı yatmaktadır; bunun aslen doğru bir düşünce olduğuna katılıyoruz, ancak mantık bağı ile kesin hükmün sınırlandırılmayacağını düşünüyoruz. Mantık bağı denilen husus, kanaatimizce fazla belirsiz kalmakta ve

Buna göre sadece talep edilen şey üzerinde karar verilmekte ve sadece bu bölüm (yani hüküm fıkrası) kesinlik kazanmaktadır. Hüküm fıkrası dışında kalan hususlar, örneğin kararın gerekçesi kesinleşmemektedir. Bundan dolayı, asıl davanın ön meselesini teşkil eden bir husus (vorgreiflich / präjudizielle Rechtsverhältnisse) kesin hüküm kapsamına girmemektedir. Bu tür bir ön meselenin kesinleşmesini sağlamak için, ara tespit davası kurumu ön görülmüştür. Davacı veya davalı, duruma göre müspet veya menfi ara tespit davası açarak, söz konusu hususu, hüküm altına alabilirler. Böylece ara tespit davasının kararı, spesifik olarak sadece söz konusu hususu kapsayacaktır; hüküm fıkrası bundan ibaret olacaktır ve dolayısıyla kesinleşecektir. Yani asıl davanın bir ön meselesi, asıl davanın kararıyla kesinleşemeyeceği için, ara tespit davasının kararı sayesinde kesinlik kazanacak ve bundan sonra bağlayıcı olacaktır²¹.

Böylece kesin hükmün objektif sınırlarını dar tutan kanun koyucu, aynı zamanda ön meselelerin kesinleşmesini de engellememiştir. Bu amaçla, yani asıl davada iddia edilen hak üzerinde verilen karar ile sınırlı kalmayan ve bunun dışına taşan bir kesin hüküm etkisini yaratma imkanını vermek için, kanun koyucu ara tespit davasını düzenlemiştir²². Görüldüğü üzere, kesin hüküm kapsamının genişlemesi, tarafların istekleri üzerine gerçekleşmektedir. Söz konusu ara tespit davası imkanıyla taraflar, kesin hüküm etkisini asıl dava konusu olan çekişmenin dışında kalan bir ihtilafa genişletebiliyorlar; ancak bu ikinci ihtilaf konusunun varlığı ve yokluğu asıl

her somut olayda münferit olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Oysa bu, kesin hükmün ruhuna ters düşmekte ve kurumun gücünü zayıflatmaktadır.

Hukukumuzda maddi anlamda kesin hüküm HUMK m. 237'de düzenlenmiştir. 2006 yılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda kesin hükme 307. maddede yer verilmektedir. Tasarıdaki bu madde özünde 237. maddeden çok farklı değildir. Ancak tasarının 307. maddesinde ve 2. fıkrasında, Alman Medeni Usul Kanunu'nun 322 maddesinin etkileri görülmektedir. Tasarı bu fıkra ile, karşılık davadaki kesin hükmün objektif sınırlarını düzenlemektedir. Burada da asıl kural, yani sadece hüküm fıkrasının kesinleşmesine sadık kalınmıştır.

²¹ Grunsky, s. 83, kenar notu 85; Musielak zu § 256, kenar notu 39 vd.; Rosenberg / Schwab / Gottwald, s. 643, kenar notu 35 vd. ve s. 1063, kenar notu 13; Schilken, s. 101, kenar notu 189 ve s. 526, kenar notu 1024.

²² Hahn / Stegemann, s. 291 vd..

dava konusunu etkileyecek nitelikte olmalıdır. Yani ikinci ihtilaf konusu hakkın varlığı veya yokluğu, asıl dava konusu hak için önem taşımalı; asıl dava konusu hakkın varlığı bundan çıkacak neticeye (tam veya kısmen) bağlı olmalıdır²³.

Buna örnek olarak rei vindicatio davası (istihkak davası) esnasında, mülkiyetin tespiti sayılabilir. Alman Hukuku'nda rei vindicatio davasının maddi hukuktaki temeli, Alman Medeni Kanunu'nun 985. maddesidir. Buna göre davacı, maliki olduğu iddia ettiği şeyi, davalıdan isteyebilir. Bu talebin kabul edilebilmesi için üç şartın yerine getirilmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki, davacı, geri verilmesini istediği şeyin maliki olmalı; ikincisi, geri istenen şey, davalının elinde, yani zilyetinde bulunmalı ve üçüncü olarak, davalı, geri istenen şeyi haksız yere elinde bulundurmalı, örneğin bir kira sözleşmesinden dolayı haklı bir zilyetlik durumunun söz konusu olmaması gerekir. Bu üç şart gerçekleştiğinde, mahkeme, davalının söz konusu eşyayı davacıya geri vermesine hükmeder. Kararın hüküm fıkrası sadece bu hususu içerir ve dolayısıyla, Alman Medeni Usul Kanunu'nun 322. maddesine göre sadece bu husus kesinleşmektedir. Oysa hakim, dava esnasında bu sonuca varabilmek için, zorunlu olarak davacının mülkiyetini de incelemiştir. Kararın gerekçesinde buna ilişkin incelemeler yer almaktadır, ama kesinleşmemektedir. Böyle bir durumda, davacı (veya davalı) asıl dava esnasında, bir ara tespit davası açarak, rei vindicatio talebi incelenirken, mülkiyet hususunda bir tespit talep edebilir. Bunun sonucunda, eğer asıl davayı davacı kazanacak olursa, elinde kesinleşmiş iki sonuç olacaktır: 1) Eşyanın geri verilmesine ilişkin sonuç, 2) eşyanın maliki olduğuna dair sonuç. Davacı ara tespit davası açmasaydı, eşyanın maliki olduğuna ilişkin husus kesinleşmeyecekti ve olası ikinci bir davada bu husus tekrar incelenecekti. Oysa ara tespit davası sonucu bağlayıcı nitelik kazandığından, bu husus bir daha inceleme konusu yapılamayacaktır²⁴.

Ara tespit davası için başka bir örnek vermek gerekirse, davacının ev sahibi olduğunu düşünelim. Davalı ise kiracıdır. Davacı, ödenmeyen kira

²³ Hahn / Stegemann, s. 290 vd..

²⁴ Örnek için bak. Musielak zu § 256, kenar notu 39.

bedeli için davalıya karşı dava açtığı zaman, asıl davanın hüküm fıkrası, kira bedelinin ödenmesine ilişkin olacaktır. Hüküm fıkrası bunun dışında bir husus içermeyecektir. Oysa davacı ve davalı arasında bir kira sözleşmesinin varlığı, asıl dava konusu için etkili bir ön mesele teşkil etmektedir. Bundan dolayı, taraflar arasında bir kira sözleşmesinin varlığı veya yokluğu, mahkemece mutlaka incelenecektir. Ama incelenmesine rağmen, sadece karar gerekçesinde yer alacaktır, dolayısıyla kesinleşmeyecektir. Şimdi böyle bir davada davalı, fesih sonucu artık bir kira sözleşmesinin bulunmadığını iddia ettiği zaman, davacı, kira sözleşmesinin varlığını da kesin hüküm etkisi altına almak isteyecektir. Bunun için, kira bedeli davası içinde, ara tespit davasını açacaktır. Söz konusu ara tespit davası, kira sözleşmesinin fesih ile sonlanmadığına yönelik tespiti içerecektir. Eğer davacı bu hususta haklı çıkarsa, kira sözleşmesinin varlığı kesin bir şekilde tespit edilmiş olacaktır. Bu tür bir kira bedeli davasında, ara tespit davası açma talebi, davalı bakımından da söz konusu olabilir. Eğer davalı, kira sözleşmesinin bir şekilde sonlandığını düşünüyorsa, olası kira bedeli faizlerini de ödememek için, menfi ara tespit davası açarak, taraflar arasında artık bir kira sözleşmesinin bulunmadığına dair bir tespit isteyebilir²⁵.

Verilen örneklerde görüldüğü üzere, ara tespit davası, kesin hükmün objektif sınırlarının kontrollü bir şekilde genişlemesine imkan vermektedir. Bu işlevi ile aslında aynı zamanda usul ekonomisine de hizmet etmektedir, zira tespit edilen ön mesele, bundan sonraki davalar için de bağlayıcı olduğundan, mahkeme aynı konuda yeniden incelemede bulunmayacaktır.

Ayrıca ara tespit davası imkanının tanınmasıyla, tasarruf ilkesi de bertaraf edilmemekte, aksine, kesin hükmün genişlemesi bile tarafların iradesine bırakılarak, tasarruf ilkesinin önemi bir daha vurgulanmaktadır. Bu yönü ile ara tespit davası, tasarruf ilkesine önem veren hukuk sistemleriyle de bağdaşmaktadır.

b. Ara Tespit Davasının Şartları

²⁵ Örnek için bak. Schilken, s. 101, kenar notu 189; başka örnekler için bak. Grunsky, s. 83, kenar notu 105; Rosenberg / Schwab / Gottwald, s. 644, kenar notu 36 ve 37.

Ara tespit davasının açılabilmesi için bazı şartların yerine gelmesi gerekmektedir.

İlk olarak bir asıl davanın mevcudiyeti gerekmektedir. Başka bir deyişle asıl dava derdest olmalıdır. Ayrıca söz konusu asıl dava temyiz aşamasında bulunmamalıdır; yani, asıl dava ya ilk dereceli mahkemede görülüyor olmalı, ya da istinaf aşamasında bulunmalıdır. Anlaşılacağı üzere, ara tespit davası ancak birinci veya ikinci derece olay mahkemesinde açılabilir. Temyiz aşamasında artık ara tespit davası açılması mümkün değildir. Bunun yanı sıra, asıl davanın kararı henüz verilmemiş olmalıdır²⁶.

İkinci olarak bir ön meselenin varlığı gerekmektedir. Söz konusu ön mesele, asıl davanın sonucu etkileyici nitelikte olmalıdır. Yani asıl davanın sonucu, ön meselenin varlığı veya yokluğundan tamamen veya kısmen etkilenmelidir. Asıl davanın sonucuna ulaşmak için, öncelikle bu ön meselenin çözümü gerekli olmalıdır, zaten bundan dolayı ön mesele adını almaktadır. Bu haliyle, asıl davanın sonucuna bir basamak teşkil ettiği de söylenebilir. Buna örnek olarak, bir satış sözleşmesinden doğan para alacağı davasında, satış sözleşmesinin varlığı veya yokluğu olabilir. Ayrıca söz konusu ön meselenin ihtilafli olması gerekmektedir. Yukarıda belirttiğimiz örneklerden anlaşılacağı üzere, ara tespit davası ancak ön mesele taraflarca tartışmalı olduğu zaman açılabilir²⁷.

Bu şartların yanı sıra, ara tespit davası, tespit davasından farklı olarak, bir menfaate gerek duymamaktadır. Başka bir deyişle, hukuki ilişkinin tesbitinde ayrıca bir hukuki menfaatin bulunmasına lüzüm yoktur. Ara tespit davasını, normal bir tespit davasından ayıran en önemli özelliği budur. Normal tespit davasında gerekli olan bu karakteristik şarta, ara tespit davasında özel olarak gerek duyulmamaktadır. Zira ön meselenin, asıl dava

²⁶ Musielak zu § 256, کنار notu 40; Rosenberg / Schwab / Gottwald, s. 644, کنار notu 40 vd.; Schilken, s. 101, کنار notu 190.

²⁷ BGH NJW-RR 1990, s. 318, s. 320; Musielak zu § 256, کنار notu 41; Rosenberg / Schwab / Gottwald, s. 644, کنار notu 41 ve s. 645, کنار notu 43; Schilken, s. 101, کنار notu 190.

sonucunu etkilemesi şartı, bu hukuki menfaatin yerini almaktadır. Zaten bu etkileşim, hukuki menfaatin varlığını da aslında kendiliğinden göstermekte ve ortaya koymaktadır. Dolayısıyla hukuki menfaat şartının ayrıca aranmasına gerek kalmamaktadır²⁸.

Bu söz konusu şartlar yerine geldiğinde, ara tespit davası açılabilir.

c. Ara Tespit Davasında Yargılama Açısından Diğer Özellikler

Ara tespit davasının amacını ve şartlarını inceledikten sonra, yargılama prosedürü bakımından diğer belirgin özelliklerine değinmekte fayda vardır. Bunlar sırasıyla ara tespit davasının açılma şekli, ara tespit davasında yetki, görev, ara tespit davasına karşı hukuki çareler ve diğer özellikler olarak sayılabilir.

Ara tespit davası, asıl davanın açılmasıyla birlikte açılabileceği gibi, asıl davanın yargılanması sürerken de her an açılabilir.

Burada, ara tespit davasının davacı veya davalı tarafından açılmasını göz önünde tutarak, bir ayırım yapmak gerekmektedir. Davacı asıl davayı açarken, ara tespit davasını açabilir. Bunun dışında davacı tarafından asıl dava sürerken açılmak istenen ara tespit davası, sonradan ortaya çıkan bir talep yığılmasına neden olacaktır. Böyle bir durumda ara tespit davası, dava genişletilmesi yoluyla açılır (Alman Medeni Usul Kanunu m. 256 2. fıkra ve 506). Söz konusu dava genişletmesi, dava değiştirme için geçerli olan sınırlandırmalara tabi değildir²⁹.

Davalının açmak istediği ara tespit davası ise, karşılık dava yolu ile açılır (Alman Medeni Usul Kanunu 256 maddesi 2. fıkra).

Ara tespit davasında yetki, asıl davanın yetkisine bağlıdır ve ona göre belirlenmektedir. Görev bakımından, eğer ara tespit davası dava konusunun değerini yükseltiyorsa, asliye mahkemesinin görev alanına

²⁸ BGHZ 69, s. 37; Musielak zu § 256, کنار notu 42; Schilken, s. 102, کنار notu 190.

²⁹ Grunsky, s. 84, کنار notu 105; Musielak zu § 256, کنار notu 43 vd.; Rosenberg / Schwab / Gottwald, s. 644, کنار notu 38 ve s. 637, کنار notu 2 vd..

girmesi mümkündür. Ara tespit davasının dava konusu değeri, asıl davanın dava konusu değerine eklenir³⁰.

Ara tespit davası kararı ya asıl davanın kararı ile birlikte verilir, ya da önceden bir ara karar ile sonuçlandırılır.

İspat yükü bakımından, asıl davanın ispat yükü dağılımı uygulanır³¹.

Asıl davanın kararı ile, ara tespit davasının kararı birbirleriyle çelişkiye düşmeyeceğine göre, asıl davanın kararına karşı başvuru hukuki çare, ara tespit davası kararına karşı da açılmış sayılır; meğerki hukuki çare sadece asıl davanın kararına sınırlandırılmış olsun. Bu halde, ara tespit davası kesinleşir ve ara tespit davası kararı asıl davaya karşı başvuru istinaf veya temyiz yolunda bağlayıcı etkiye sahiptir (Alman Medeni Usul Kanunu'nun 318, 512, 557. maddeleri).

3. Değerlendirme

Görüldüğü üzere, ara tespit davasının normal tespit davası ile ortak özellikleri bulunması yanı sıra (bir hukuki ilişkinin varlığına veya yokluğuna ilişkin olması gibi), ayrıldığı hususları da (başka bir dava ile birlikte açılması, klasik anlamda hukuki menfaate ihtiyaç duyulmaması gibi) vardır.

Ara tespit davasının amacı da farklılık arz etmektedir. Kesin hükmün sınırlarını, tarafların arzusu ve talebi üzerine genişleten bu kurum, tasarruf ilkesine verilen önemi de bir kez daha vurgulamaktadır. Bunun dışında ara tespit davası amacı itibarıyla, kesin hükmün de amacına ve işlevine hizmet etmektedir. Alman doktrininde, ara tespit davasının uygulamadaki önemi özellikle vurgulanmaktadır³². Bu kurumla, tarafların birbirleriyle çelişen kararlarla karşı karşıya kalmalarının engellendiği belirtilmektedir. Ayrıca mahkemelerin iş yükünü azaltıcı özelliği de ifade edilmektedir. Bunun yanı sıra, ikinci davada aynı ön mesele bir daha ihtilafli olamayacağından, tarafların ikinci bir davada ispat etmeleri gereken hususlar bakımından da

³⁰ Musielak zu § 256, کنار notu 43 ve کنار notu 45; Rosenberg / Schwab / Gottwald, s. 645, کنار notu 47.

³¹ Musielak zu § 256, کنار notu 43.

³² Musielak zu § 256, کنار notu 39; Schilken, s. 101, کنار notu 189.

kolaylık arz edeceği belirtilmektedir. Bu haliyle ara tespit davası aynı zamanda usul ekonomisine de katkıda bulunmaktadır.

III. Sonuç

Kesin hükmün objektif sınırlarını dar tutan hukuk sistemleri, aslında bir ara tespit davasına ihtiyaç duymaktadır. Zira kesin hükmün sınırlarını belirlerken, sadece taleple sınırlı kalan ve dolayısıyla ancak hüküm fıkrasının kesinleşmesini kabul eden hukuk sistemlerinde, bazı esnekliklere yer verilmeye çalışılmıştır. Bu kaçınılmazdır ve bu duruma bir örnek de Türk Hukuku'dur³³. Hukukumuzda, kesin hükme ilişkin sayılan istisnaların önemi ortadır. Ancak bu sayılan istisnaların sınırları yeterince belirli değildir. Zira her olayda, münferit olarak tespit edilmesi gerekmektedir. Bunu yaparken de, ortak bir ölçek bulunmamaktadır. Yani farklı çözümlere gidilmesi olasıdır. Kanaatimizce, bu tehlikenin olası olması dahi, kesin hükmün gücü ve etkinliği için risk teşkil etmektedir. Oysa amacına hizmet edebilmesi için kesin hükmün, herkes tarafından aynı şekilde kolayca belirlenen sınırları olmalıdır. Bu bakımdan farklı sonuçlara yer verilmediği sürece, kesin hükmün ruhuna uygun bir düzenlemenin varlığından söz etmek mümkün olacaktır.

Kesin hüküm, bir ihtilafı nihai bir sonuca bağlarken, hem hukuk barışını hem de hukuk güvenliğini sağlamış olacaktır. Söz konusu bu amacın, yargılama hukukunda ayrı bir yeri vardır. Zira tüm dava esnasında nihai bir sonuca varılması için hem taraflarca hem de mahkemece çaba sarf edilmiştir. Bu bağlamda verilen kararın nihai olması, yargılamanın amacını teşkil etmektedir. Bu sonucun herkes için bağlayıcı ve anlaşılabilir olması için de, kesin hüküm sınırlarının belirlenmesi yeknesak olmalıdır. Bu bağlamda belirsizliğe yer verilemez. Bundan dolayı kanaatimizce, kesin hüküm sınırlarının istisnalarına dikkatlice yaklaşmak gerekmektedir. Bu tür istisnalara ihtiyaç duyulduğunu inkar etmemekteyiz; ancak bu istisnalar keyfi veya her somut olayda farklı belirlenecek şekilde olmamalıdır. Bir tür genel formüle yer vermek gerekmektedir. Aksi takdirde bir somut olayda

³³ Bak. yukarıda dn. 19'daki açıklamalar.

dahi, farklı sonuçlara varılabilecektir. Bu şekilde de ne tarafların menfaati korunur (zira sürpriz sonuçlar engellenemez), ne de kesin hüküm kurumu, amacına hizmet edebilir. Dolayısıyla, eğer bir hukuk sisteminde (Türk ve Alman Hukuku'nda olduğu gibi) kesin hüküm sınırları dar tutulduysa, burada kesin hükmün genişlemesi, istisnalar sayesinde olamaz. Bu kuralın, içtihatlar veya doktrin tarafından geliştirilen istisnalar sayesinde aşılması mümkün değildir. Kesin hüküm sınırlarının genişletilmesi, ancak yeknesak, tüm somut olaylara uygulanabilir şekilde ve herkes tarafından aynı sonuca varılabilecek biçimde olabilir. Bunun için de ara tespit davası iyi bir araç teşkil etmektedir. Zira böylece kesin hüküm sınırları belirgin ve süprizlere yer vermeden genişletilmektedir; ayrıca tasarruf ilkesi sayesinde tarafların hakimiyeti de göz ardı edilmemektedir.

Kanaatimizce ara tespit davası, kesin hüküm sınırlarının genişletilmesi için uygun bir araç teşkil etmekte ve bu özelliği ile, yargılama hukukunda önemli bir yer almaktadır.

Kısaltmalar Cetveli:

| | |
|------|--|
| bak. | Bakınız |
| BGH | Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi) |
| BGHZ | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Alman Federal Mahkemesi'nin Kararları) |
| C. | Cilt |
| dn | dipnot |
| E. | Esas |
| HD | Hukuk Dairesi |
| HGK | Hukuk Genel Kurulu |
| HUMK | Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu |
| İİK | İcra ve İflas Kanunu |

| | |
|--------|---|
| K. | Karar |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| NJW-RR | Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs Report |
| s. | sayfa |
| t. | tarihli |
| vd. | ve devamı |
| Yar. | Yargıtay |
| ZPO | Zivilprozessordnung |

Bibliyografya:

Alangoya, Yavuz / Yıldırım, M. Kamil / Deren-Yıldırım, Nevhis (kısaltma: Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım). *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 6. bası, İstanbul 2006.

Domaniç, Hayri (kısaltma: Domaniç). *Hukukta Kazıyyei Muhkeme ve Nisbi Kuvveti*, İstanbul, 1964.

Eckardt, Diederich (kısaltma: Eckardt). *Rechtskraft und Entscheidungsgründe Beiträge zur Lehre von den objektiven Wirkungsgrenzen der Rechtskraft im Zivilprozeß* (Yayınlanmamış profesörlük takdim tezi), Bonn 2003

Gaul, Hans Friedhelm (kısaltma: Gaul, Yargılamanın Amacı). *Yargılamanın Amacı – Güncelliğini Koruyan bir Konu İlkeler Işığında Altında Medeni Yargılama Hukuku*, (Derleyen: Yıldırım, M. Kamil; Çeviren: Deren-Yıldırım, Nevhis) 5. bası İstanbul 2006, s. 72 vd.

Grunsky, Wolfgang (kısaltma: Grunsky). *Zivilprozessrecht 11., neu bearbeitete Auflage*, München 2003

Hahn, Carl / Stegemann, Eduard (kısaltma: Hahn/Stegemann). *Die gesamten Materialien zu den Reichs - Justizgesetzen Band 2 Materialien zur Zivilprozeßordnung*, 2. Auflage, Berlin 1881.

Kuru, Baki (kısaltma: Kuru, C. II veya C. V). *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt II ve Cilt V*, Altıncı Baskı, İstanbul 2001.

Musielak, Hans Joachim (kısaltma: Musielak). *Kommentar zur Zivilprozessordnung 4., neubearbeitete Auflage*, München 2005.

Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammed (kısaltma: Pekcanitez/Atalay/Özekes). *Medeni Usul Hukuku 5. bası*, Ankara 2006

Rosenberg, Leo / Schwab, Karl Heinz / Gottwald, Peter (kısaltma: Rosenberg/Schwab/Gottwald). *Zivilprozessrecht 16., neubearbeitete Auflage* München 2004.

Schilken, Eberhard (kısaltma: Schilken). *Zivilprozessrecht 5., neu bearbeitete Auflage* Köln, Berlin, München 2006.

Schmidt, Klaus (kısaltma: Schmidt). *Zur Frage der Rechtskratferstreckung bei Teilklagen auf den noch nicht anhängig gemachten Rest der Forderung*, Mainz 1971.

Üstündağ, Saim (kısaltma: Üstündağ). *Medeni Yargılama Hukuku c. I-II, 7. baskı*, İstanbul 2000.

