

# DAVA ŞARTI KAVRAMI

Doktora Tezi

FURKAN ULUGÜN

FURKAN ULUGÜN

DAVA ŞARTI KAVRAMI

Bilkent Üniversitesi 2024

Hukuk Bölümü  
İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi  
Ankara  
Eylül 2024



# DAVA ŞARTI KAVRAMI

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi  
Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü

FURKAN ULUGÜN

Özel Hukuk Disiplininde Doktora Derecesi Kazanma Yükümlülüklerinin Bir  
Parçasıdır.

HUKUK BÖLÜMÜ  
İHSAN DOĞRAMACI BİLKENT ÜNİVERSİTESİ  
ANKARA

Eylül 2024

DAVA ŞARTI KAVRAMI  
Furkan Ulugün

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

---

Ejder Yılmaz  
Tez Danışmanı

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

---

Vedat Buz  
Tez Jüri Üyesi

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

---

Sema Taşpınar Ayvaz  
Tez Jüri Üyesi

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

---

Emel Hanağası  
Tez Jüri Üyesi

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

---

Mustafa Göksu  
Tez Jüri Üyesi

Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü'nün Onayı

---

Refet S. Gürkaynak  
Enstitü Müdürü

## ABSTRACT

### THE CONCEPT OF PROCEDURAL REQUIREMENT

Ulugün, Furkan

Ph. D., Department of Law

Advisor: Prof. Dr. Ejder Yılmaz

September 2024

The acceptance of a case by the court depends not only on the requirements stipulated by the substantive law, but also on the requirements stipulated by the procedural law. If the existence of the requirements stipulated by the procedural law cannot be determined, it is not possible to examine whether the requirements stipulated by the substantive law have been fulfilled. Some of these procedural requirements are examined ex officio by the court. In this case, the concept of procedural requirement is mentioned. The concept of procedural requirement causes serious problems due to these two characteristics. In this study, firstly, the theoretical justification of the preliminary examination, which means the existence condition of the concept of procedural requirement, has been made. Then, the purpose of the legal institutions that are explicitly considered as a condition of action in the Turkish Code of Civil Procedure is examined and whether they comply with the theoretical justification is analyzed. In the last section, it will be explained how the concept of procedural requirement will be examined by the court and makes determinations on its relationship with the right to fair trial, whether it is *numerus clausus* and the time of examination.

**Keywords:** Procedural requirement, difference between admissibility and merits, primarily examination, ex officio examination, right to fair trial



## ÖZET

### DAVA ŞARTI KAVRAMI

Ulugün, Furkan

Doktora, Hukuk Bölümü

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ejder Yılmaz

Eylül 2024

Bir davanın mahkemece kabul edilmesi sadece maddi hukukun öngördüğü şartlara değil, aynı zamanda usul hukukunun öngördüğü şartlara da bağlıdır. Usul hukukunun öngördüğü şartların varlığı tespit edilemezse maddi hukukun öngördüğü şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine dair bir inceleme yapılması mümkün değildir. Usule ilişkin bu şartların bazıları, mahkemece re'sen incelenir. İşte bu halde, dava şartı kavramından bahsedilir. Dava şartı kavramı, söz konusu iki özelliği sebebiyle ciddi sorunlara sebebiyet vermektedir. Bu çalışmada, ilk olarak dava şartı kavramının varlık koşulu olarak ortaya çıkan öncelikli incelemenin teorik gerekçelendirmesi yapılmıştır. Ardından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda açıkça dava şartı sayılan hallerin amacı incelenmiş ve yapılan teorik gerekçelendirmeye uyup uymadığını irdelenmiştir. Son bölümde dava şartı kavramının mahkemece nasıl inceleneceği üzerinde durulup hak arama özgürlüğüyle ilişkisi, numerus clausus olup olmadığı ve inceleme zamanı hakkında tespitlerde bulunulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Dava şartı, usul-esas ayrımı, öncelikli inceleme, re'sen inceleme, adil yargılanma hakkı

## TEŞEKKÜR

Bu çalışma, Bilim İnsanı Destek Programları Başkanlığı'nın 2214-A Yurt Dışı Doktora Sırası Araştırma Burs Programı kapsamında desteklenmiştir. TÜBİTAK Bilim İnsanı Destek Programları Başkanlığı'na teşekkür ederim.





## İÇİNDEKİLER

|                           |     |
|---------------------------|-----|
| ABSTRACT .....            | i   |
| ÖZET.....                 | iii |
| TEŞEKKÜR .....            | iv  |
| İÇİNDEKİLER .....         | v   |
| KISALTMALAR CETVELİ ..... | ix  |
| GİRİŞ .....               | 1   |

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### DAVA ŞARTLARININ ORTAYA ÇIKIŞI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

|                                                                                                             |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| I. Dava Şartlarının Ortaya Çıkışı.....                                                                      | 3  |
| A. Roma Formula Usulü .....                                                                                 | 3  |
| B. Ortak Hukuk Dönemi .....                                                                                 | 9  |
| C. Dava Şartları Kavramının Ortaya Çıkışı .....                                                             | 11 |
| II. Usul Kanunlarında Dava Şartlarının Durumu .....                                                         | 16 |
| A. İki Taraflı Kurulan Usul İlişkisinin Sona Ermesi .....                                                   | 16 |
| B. Dava Şartları ve İlk İtirazlar Arasındaki Öncelik İlişkisi.....                                          | 20 |
| C. Dava Şartları-Usul İşlemi Şartları .....                                                                 | 22 |
| D. Kabul Edilebilirlik Şartı Olarak Dava Şartları .....                                                     | 29 |
| E. Kamu Düzeni İlişkisi .....                                                                               | 36 |
| III. Dava Şartlarının Karakteristik Özelliği Olarak Öncelikli İnceleme (Esastan İncelemeye Engel Olma)..... | 45 |
| A. Genel Olarak .....                                                                                       | 45 |
| B. Öncelikli İncelemeyi Kabul Eden Görüşler .....                                                           | 46 |
| 1. Öncelikli İncelemeyi Usul Ekonomisiyle Açıklayan Görüş .....                                             | 46 |
| 2. Öncelikli İncelemeyi Mantık Kurallarıyla Açıklayan Görüş.....                                            | 47 |
| 3. Öncelikli İncelemeyi, Usulden Ret Kararı ve Esastan Ret Kararını Karşılaştırarak Kabul Eden Görüş .....  | 48 |
| 4. Dava Şartı Kavramını Daraltarak Öncelikli İncelemeyi Kabul Eden Görüş .....                              | 62 |
| 5. Öncelikli İncelemeyi Şekil-İçerik Farkıyla Kabul Eden Görüş.....                                         | 70 |
| 6. Dava Şartlarını İki Dava Konusuyla Açıklayan Görüş.....                                                  | 76 |

|                                                                                        |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 7. Dava ile Takip Edilen Amacı Esas Alarak Öncelikli İncelemeyi Kabul eden Görüş ..... | 78 |
| C. Dava Şartlarının Öncelikli İncelenmesini Reddeden Görüş .....                       | 81 |
| 1. Öncelikli İncelemeyi Hukuki Kurumun Barındırdığı Menfaate Bağlayan Görüş .....      | 81 |
| 2. Öncelikli İncelemeyi Tarihsel Sebeplerle Reddeden Görüş .....                       | 84 |
| D. Değerlendirme.....                                                                  | 86 |

## İKİNCİ BÖLÜM

### DAVA ŞARTLARININ HUKUK POLİTİKASI AÇISINDAN TEMELLERİ

|                                                                                                      |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Sayılan Dava Şartlarının Hukuk Politikası Açısından Temelleri ..... | 91  |
| A. Genel Olarak .....                                                                                | 91  |
| B. Usulüne Uygun Dava Açılması Dava Şartları Kapmasında Değerlendirilebilir Mi? .....                | 93  |
| C. Yargı Hakkı .....                                                                                 | 97  |
| D. Yargı Yolu.....                                                                                   | 99  |
| E. Görev, Kesin Yetki ve Fonksiyonel Yetki .....                                                     | 101 |
| F. Taraf Ehliyeti .....                                                                              | 109 |
| 1. Fonksiyonu.....                                                                                   | 109 |
| 2. Tarafların Mevcudiyeti .....                                                                      | 117 |
| G. Dava Ehliyeti ve Kanuna Uygun Temsil Edilme.....                                                  | 121 |
| 1. Dava Ehliyeti .....                                                                               | 121 |
| 2. Kanuna Uygun Temsil Edilme .....                                                                  | 127 |
| H. Dava Takip Yetkisi .....                                                                          | 129 |
| 1. Genel Olarak .....                                                                                | 129 |
| 2. Kurumun İşlevi .....                                                                              | 131 |
| 3. Dava Takip Yetkisinin Öncelikli İncelenmesini Reddeden Azınlık Görüşü .....                       | 136 |
| 4. Taraf Ehliyetiyle İlişkisi .....                                                                  | 139 |
| İ. Derdestlik.....                                                                                   | 141 |
| J. Maddi Anlamda Kesin Hüküm.....                                                                    | 143 |
| 1. Maddi Anlamda Kesin Hükümün Amacı .....                                                           | 143 |

|                                                                                                  |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2. Maddi Anlamda Kesin Hükümü Açıklayan Teorileri.....                                           | 149 |
| 3. Usuli Kesin Hüküm Teorisinin Eleştirisi.....                                                  | 160 |
| K. Hukuki Yarar.....                                                                             | 163 |
| 1. Genel Olarak .....                                                                            | 163 |
| 2. Yargılamadaki Yeri.....                                                                       | 164 |
| 3. Hukuki Yararın (Hukuki Koruma Şekline Göre) Dava Türleri<br>Bakımından Değerlendirilmesi..... | 178 |
| 4. Hukuki Koruma Araçlarının Yarışmasında Hukuki Yarar .....                                     | 188 |
| 5. Hukuki Yarar Kavramına Aşırı Yüklenme ve Sonuçları .....                                      | 191 |
| 6. Yargılamadaki Sonuçları .....                                                                 | 202 |
| 7. Belirli Alacak İçin Belirsiz Alacak Davası Açılması ve Sonuçları ....                         | 206 |
| a. Genel Olarak .....                                                                            | 206 |
| b. Kural-İstisna İlişkisi .....                                                                  | 207 |
| L. Gider Avansının Yatırılmış Olması.....                                                        | 217 |
| M. Değerlendirme .....                                                                           | 219 |

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### DAVA ŞARTLARININ MAHKEMECE İNCELENMESİ

|                                                                                            |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. Dava Şartlarının Uygulanma Alanı .....                                                  | 221 |
| II. Dava Şartlarının Mahkemece İncelemesine Hakim İlkeler.....                             | 227 |
| A. Genel Olarak .....                                                                      | 227 |
| B. Taraflarca Getirilme İlkesi .....                                                       | 227 |
| C. Re'sen İnceleme İlkesi .....                                                            | 233 |
| D. Re'sen Araştırma İlkesinin Uygulanamaması ve Çifte Önemi Haiz<br>Vakıalar .....         | 250 |
| E. Dava Şartı Eksikliği Sebebiyle Usulden Ret Kararı Verilirken Duruşma<br>Yapılması ..... | 262 |
| F. Kanun Yollarında Dava Şartlarının İncelenmesi .....                                     | 263 |
| 1. Genel Olarak .....                                                                      | 263 |
| 2. İstinaf Aşamasında İnceleme .....                                                       | 264 |
| 3. Temyiz Aşamasında İnceleme .....                                                        | 267 |
| III. İspat Yükünün Dava Şartlarında Uygulanıp Uygulanamayacağı .....                       | 276 |
| IV. Dava Şartlarının Hak Arama Özgürlüğü Bakımından Değerlendirilmesi ..                   | 279 |

|                                                                                             |            |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| V. Dava Şartlarının Kendi İçinde İncelenme Sırası .....                                     | 294        |
| VI. Dava Şartlarında Numerus Clausus .....                                                  | 305        |
| VII. Dava Şartlarının İncelenme Zamanı ve Dava Sonuna Kadar                                 |            |
| Varlığını Koruması.....                                                                     | 309        |
| A. Türk Hukukunda Hakim Görüş.....                                                          | 309        |
| B. Hakim Görüşün Eleştirisi .....                                                           | 311        |
| C. <i>Perpetuatio Fori</i> İlkesi Hakim Görüşü Desteklemek İçin Kullanılabilir<br>Mi? ..... | 313        |
| D. Görüşümüz .....                                                                          | 315        |
| <b>SONUÇ.....</b>                                                                           | <b>319</b> |
| <b>KAYNAKÇA .....</b>                                                                       | <b>325</b> |

## KISALTMALAR CETVELİ

|        |                                                                |
|--------|----------------------------------------------------------------|
| a. F.  | : alte Fassung                                                 |
| ACP    | : Archiv für die civilistische Praxis                          |
| AGO    | : Allgemeine Gerichtsordnung                                   |
| AIHM   | : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi                               |
| BGB    | : Bürgerliches Gesetzbuch                                      |
| BGer   | : Bundesgericht (İsviçre)                                      |
| BGG    | : Bundesgesetz über das Bundesgericht                          |
| BGH    | : Bundesgerichtshof                                            |
| BSE    | : Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft       |
| C.     | : Cilt                                                         |
| DEÜHFD | : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi             |
| Gbr    | : Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts                         |
| GG     | : Grundgesetz                                                  |
| GÜHFD  | : Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi                    |
| GVG    | : Gerichtsverfassungsgesetz                                    |
| HK     | : Harçlar Kanunu                                               |
| HUAK   | : Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu                  |
| İBD    | : İstanbul Barosu Dergisi                                      |
| İMK    | : İş Mahkemeleri Kanunu                                        |
| İÜHFD  | : İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi                   |
| İÜMHAD | : İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi |
| JRA    | : Jüngster Reichsabschied                                      |

|          |                                                                    |
|----------|--------------------------------------------------------------------|
| MİHDER   | : Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi                         |
| MOPEG    | : Das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts    |
| MÜHF HAD | : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi |
| n. F.    | : neue Fassung                                                     |
| NJW      | : Neue Juristische Wochenschrift                                   |
| öZPO     | : Österreichischer ZPO                                             |
| S.       | : Sayı                                                             |
| sZPO     | : Schweizerischer Zivilprozessordnung                              |
| THD      | : Terazi Hukuk Dergisi                                             |
| TNBD     | : Türkiye Noterler Birliği Dergisi                                 |
| TTK      | : Türk Ticaret Kanunu                                              |
| v.       | : Von                                                              |
| vd.      | : ve devamı                                                        |
| Vor      | : Vorbemerkung                                                     |
| YD       | : Yargıtay Dergisi                                                 |
| YÜHFD    | : Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi                    |
| ZPO      | : Zivilprozessordnung (Almanya)                                    |

## GİRİŞ

Bir davanın mahkemece kabul edilebilmesi için; sadece maddi hukukun öngördüğü ve kural olarak dava tarihinden önce gerçekleşmiş olan vakıaların davada, ispat faaliyetiyle ortaya konulması yetmemektedir. Ayrıca, dava şartı olarak kavramsallaştırılan usuli şartların da gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlar öyle şartlar olarak ortaya çıkar ki, medeni usul hukukundaki taraf hakimiyetini sınırlamakla kalmaz, aynı zamanda esasa ilişkin tüm işlemleri dışlar ve hakim görüşe göre esas hakkındaki incelemeden önce gelir. Bu niteliği ve verilecek kararın içeriğini etkileme gücünü haiz bu şartlar hakkında tartışma olmaması düşünülemez. Tartışmalar, salt teorik değil, büyük ölçekte pratik önemi de haizdir. Zira aslında dava şartı demek, usul hukukunun tamamına damga vurmuş olan “kabul edilebilirlik ve haklılık” ayırımına ilişkin teoriyi ortaya koymaktadır.

Öte yandan, hak arama özgürlüğünün, esasa yönelik bağlayıcı bir karar verilmesiyle sağlanması ve dava şartlarının bu karara engel olması; aslında hukuk devleti bakımından da konunun haiz olduğu önemi gösterir.

Bu şekilde bir işlev göstermelerinin yanı sıra, mahkeme tarafından incelenmeleri de oldukça farklılık göstermekte, tartışmalara sebebiyet vermektedir. Bu bakımdan, dava şartlarına ilişkin dava malzemesinin toplanması, ispat yükü kurallarının uygulanması, sınırlı sayıda olup olmamaları ve incelenme zamanları hakkındaki tartışmalar; dava şartlarının karar verilmesini sağlayan kurallar olması sebebiyle büyük öneme sahiptir.

Dava şartları medeni usul hukukunun temel konularından olmasının yanı sıra uygulamada ortaya çıkan sorunlar bakımından da büyük önemi haizdir. Bu nedenle de

Ülkemizde “hukuki yarar” hakkında” kısa aralıklarla içtihadı birleştirme yoluna gidilmektedir.

Usul ilişkisi kavramıyla birlikte ortaya çıkmasına rağmen, usul hukukunun gelişimiyle dava şartları kavramının başkalaşım geçirdiği gözlemlenmektedir. Değişmeyen şey ise, medeni usul hukukunun temel kavramlarından biri olmasıdır. Aslına bakıldığında, dava şartları bakımından ortaya çıkan önemli husus, bu şartlara hangi anlamın yükleneceğine ilişkindir. Bu konuda özellikle Alman hukukunda 1960’ların ikinci yarısında çok ciddi tartişmalar yaşanmıştır. Alman ve Türk hukukunun, usul hukuku düzlemindeki yakın ilişkisi, bu tartişmaların olduğu gibi aktarılmasına izin vermese de büyük ölçüde yararlanmayı mümkün kılmaktadır.

Bu çalışmada da önce dava şartlarının ortaya çıkışı ve niteliği incelenecek, sonra Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda açıkça sayılan şartların hukuk politikası bakımından işlevleri ortaya konulup bu şartları nasıl inceleneceği hususu aydınlatılacaktır.



## BİRİNCİ BÖLÜM

### DAVA ŞARTLARININ ORTAYA ÇIKIŞI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

#### I. Dava Şartlarının Ortaya Çıkışı

Dava şartları kavramı ilk kez ünlü Alman hukukçu Oskar v. Bülow tarafından kullanılmıştır<sup>1</sup>. Bülow, bu eserinde usul ilişkisi kavramını sistematik bir şekilde ortaya koyarak yargılamaya bir bütün olarak bakılabilmesini sağlamıştır. Yazarın teorisini, esas itibarıyla Roma Hukuku'ndaki *formula* usulüne dayandırdığı düşünüldüğünde, bu dönem hakkında açıklama yapılmasının, günümüzdeki tartışmalar bakımından yararlı olacağı muhakkaktır. O yüzden aşağıda ilk olarak *formula* usulü, ardından Ortak Hukuk'taki durum incelenecektir.

#### A. Roma Formula Usulü

Bülow, bir davanın hakimce kabul edilmesi için gerekli olan şartlara ilişkin yapılan dava şartları ve maddi hukuka ilişkin şartlar ayrımını Roma Hukuku'ndaki *formula* usulünü temel alarak ortaya koymaktadır. Yazar'a göre ayrımın temelinde, *formula* usulündeki iki safhadan oluşan “hazırlık aşaması” (das Verfahren in iure<sup>2</sup>) ile ikinci safha olan “esas yargılama” (das Verfahren in iudicio veya apud iudicem<sup>3</sup>) aşaması yatmaktadır. Birbirinden ayrılmış bu aşamada farklı hukuki sorunlara cevap aranır.

<sup>1</sup> **Bülow, O.:** Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen, Aalen 1969 (Neudruck der Ausgabe Giessen 1868), s. 5.

<sup>2</sup> Magistra önünde, **Kaser, M./Knütel, R./Lohsse, S.:** Römisches Privatrecht, 21. Auflage, München 2017, § 80 Rn. 9. **Umur, Z.:** Roma Hukuku Ders Notları, 3. Basım, İstanbul 2010, s. 223; **Karadeniz Çelebican, Ö.:** Roma Hukuku, 18. Baskı, Ankara 2020, s. 330.

<sup>3</sup> Burada artık bir devlet görevlisi değil, hakimlikle görevlendirilmiş bir özel kişinin (iudex) uyuşmazlığı incelemesi söz konusudur. **Kaser/Knütel/Lohsse** § 80 Rn. 9.

Hazırlık aşamasında Praetor<sup>4</sup> uyuşmazlığı onaylar ve yargılama ilişkisinin tespitine ilişkin bir karar verirdi<sup>5</sup>. Bir uyuşmazlık programı hazırlanır<sup>6</sup> ve iudex atanırdı<sup>7</sup>. Praetor burada uyuşmazlığı farklı açılardan incelerdi. Davacı tarafından talep edilen *actio*'nun hukuk düzenince tanınmadığı esas alınarak ileri sürülen talebin hukuken korunmaya değerliliği<sup>8</sup>, yine talebin daha ilk baştan haksız görülüp görülmediği (burada özellikle tutarsız olup olmadığı)<sup>9</sup> ve talebin sadece hukuk kurallarına ve ilkelerine uygun olması değil, aynı zamanda o somut olaydaki sonuçlarına göre hakkaniyete uygun olup olmadığı incelenirdi<sup>10</sup>.

Bu aşamada praetor özellikle, mahkemeye, taraflara ve uyuşmazlığın elverişliliğine ilişkin çeşitli şartlar olarak ortaya çıkan “dava şartlarını” incelemek zorundaydı<sup>11</sup>. Dolayısıyla işlevi yargılama sürecini biçimlendirme, denetleme ve yönetmektir<sup>12</sup>.

Magistra'nın, davayı görececek hakimin, tarafların ve temsilcilerinin ehliyeti, mahkemenin görev ve yetkisi ile davanın derdest olup olmadığı veya daha önce hakkında karar verilip verilmediği gibi konular incelenirdi<sup>13</sup>. Şartlardan birinde

---

<sup>4</sup> Praetor makamı, yargılama işlerini yürütmek için kurulmuş bir magistra'lıktı, **Günel, N./Üçer, M.:** Roma Hukuku Kavram ve Kurumları, İstanbul 2023, s. 16.

<sup>5</sup> **Kaser/Knütel/Lohsse** § 80 Rn. 11; **Martin, R.:** Prozessvoraussetzungen und Revision, Köln, Berlin, Bonn, Münih 1974, s. 20; **Umur** s. 254.

<sup>6</sup> **Umur** s. 246; **Söğütü, Ö.:** Roma Özel Hukuku, Ankara 2021, s. 182; **Türkoğlu Özdemir, G.:** Roma Usul Hukukunda “Plus Petitio” Yasağı ve Medeni Usul Hukukundaki Davayı Genişletme ve Değiştirme Yasağına Etkileri, Ankara 2004, s. 28.

<sup>7</sup> **Kaser/Knütel/Lohsse** § 80 Rn. 11; **Türkoğlu Özdemir** s. 29 dn. 42; **Direnisa, E.:** Medeni Yargılamada Ön İnceleme Aşaması, İstanbul 2021, s. 9.

<sup>8</sup> **Söğütü** s. 185.

<sup>9</sup> **Kaser/Knütel/Lohsse** § 82 Rn. 5; **Umur** s. 249.

<sup>10</sup> **Martin** s. 20; **Sauer, H. J.:** Die Reihenfolge der Prüfung von Zulässigkeit und Begründetheit einer Klage im Zivilprozess, Köln, Berlin, Bonn, Münih, 1974, s. 21.

<sup>11</sup> **Stein, F.:** Über die bindende Kraft der richterlichen Entscheidungen nach der neuen österreichischen CPO, Viyana 1897, s. 9; **Martin** s. 21.

<sup>12</sup> **Söğütü** s. 182.

<sup>13</sup> **Martin** s. 21.

eksiklik varsa praetor talebi reddederdi (*denegatio actionis*<sup>14</sup>)<sup>15</sup>. Magistra'nın *denegatio actionis*<sup>16</sup>'e sebebiyet verecek biri hakkında mevcut delillerin eksikliği nedeniyle karar verememesi halinde, *actio* bir *exceptio* (def'i<sup>17</sup>) ile sınırlanarak kabul edilirdi. Bu *exceptio*, yargılamanın ikinci kısmında hakime, gerekli tespiti yapıp ilgili şart mevcut değilse talebi reddetme görevini yüklerdi<sup>18</sup>. Bu şartlarda bir sorun olmaması halinde *in iure* yargılaması biter, *litis contestatio*<sup>19</sup> ile yargılama ilişkisi kurulmuş olurdu<sup>20</sup>.

*Litis contestatio*'dan sonra cereyan eden *in iudicio* aşamasında ise, ispat faaliyeti ve ileri sürülen delillerin değerlendirilmesi sonucunda belirlenen, hazırlanan şekil doğrultusunda hüküm verilmesi söz konusu olurdu<sup>21</sup>. Böylece bir nevi maddi hukuk sorunu çözülür ve maddi hukuk talebi hakkında kesin bir karar verilirdi<sup>22</sup>. *Formula* usulünde hakimin verdiği karar (*sententia*) kesin hüküm niteliğindeydi ve karara karşı gidilebilecek bir yol yoktu<sup>23</sup>.

*Formula* usulündeki *in iure* aşamasında hakkaniyet ve dava edilmeye değerlik bakımından yapılan inceleme, aslında maddi hukuka ilişkin olsa da usuli def'ilerle<sup>24</sup> aralarında fark vardı<sup>25</sup>. Hakkaniyet ve dava edilmeye değerlilik halleri gibi geciktirici

<sup>14</sup> *Denegatio actionis*, *ius civile*'nin dava hakkı tanıdığı konularda, adalete aykırı görülmesi halinde dava hakkını reddetmek anlamına gelir, **Günel/Üçer** s. 147.

<sup>15</sup> **Kaser/Knütel/Lohsse** § 80 Rn. 11; **Stein**, Rechtskraft, s. 9; **Direnisa** s. 8.

<sup>16</sup> Bu halde bir yargı kararı olmadığı için davacının yeni bir dava açma imkânı vardır, **Söğütlü** s. 181.

<sup>17</sup> Bkz. **Günel/Üçer** s. 147-148.

<sup>18</sup> **Martin** s. 21; **Sauer** s. 21.

<sup>19</sup> *Litis contestatio*'nın sözcük anlamı, "anlaşmazlığı saptanması (tespiti)"dir, **Karadeniz Çelebican** s. 343.

<sup>20</sup> **Kaser/Knütel/Lohsse** § 80 Rn. 11; **Martin** s. 21; **Direnisa** s. 10-11.

<sup>21</sup> **Kaser/Knütel/Lohsse** § 80 Rn. 11; **Karadeniz Çelebican** s. 346; **Söğütlü** s. 186.

<sup>22</sup> **Martin** s. 21.

<sup>23</sup> **Söğütlü** s. 186; benzer yönde **Sungurtekin Özkan, M./Türkoğlu Özdemir, G.**: Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları, Ankara 2008, s. 134.

<sup>24</sup> Her ne kadar usuli def'ileri ifadesi kullanılsa da, bu durum günümüzden bakıldığında yapılan bir ayrımıdır. Yoksa Roma Hukuku kaynaklarında maddi hukuka ve usul hukukuna ait def'iler ayrımı yer almamaktadır, **Bülow**, Prozessvoraussetzungen, s. 239.

<sup>25</sup> **Sauer** s. 21.

def'ilerin mevcudiyeti durumunda geçerli, etkili bir karar verilirken, günümüzde dava şartı olarak görülen şartların eksikliği halinde yok hüküm söz konusu oluyordu<sup>26</sup>. Bu eksiklikler halinde iudex, hüküm vermeden yargılamayı sonlandırıyor; diğer usuli engeller ise bugünkü anlamda esastan redde sebebiyet veriyordu<sup>27</sup>.

Aynı yaklaşım *Cognito Extra Ordinem*<sup>28</sup>'de (Nizam Harici Usul) sürdürülmüştür. Burada, farklı olarak yargılamanın tamamı devlet görevlisi tarafından yerine getirilmekteydi<sup>29</sup>. Söz konusu görevli, ilk olarak dava şartlarına ilişkin inceleme yapmakta ve bunlarda bir eksiklik olması halinde davayı en baştan reddetmekteydi<sup>30</sup>. Usuli def'iler olarak görülen dava şartlarına, o dönemki anlamıyla yargı yolu, mahkemelerin geniş anlamda yetkisi, hakimin nitelikleri, tarafların ve temsilcilerinin ehliyetleri, maddi anlamda kesin hüküm ve derdestlik girmekteydi<sup>31</sup>. Eksikliğe rağmen hüküm verilirse, yok hüküm söz konusu oluyordu<sup>32</sup>. Bu usulde *litis contestatio*'nun bazı etkilerinden artık bahsedilmiyordu. Zikredilecek ilk husus, *litis contestatio*'nun yenileme etkisinin ortadan kalkmış olmasıdır<sup>33</sup>. Artık davalının, yeni bir hak iddiasından korunması için hüküm verilmesinden önceki maddi hukuk durumunda değişim gerekmiyordu. Yine, Justiniaus döneminde, kesin hükmün zaman bakımından sınırları düzenlendi (hükmün verildiği anla sınırlandı)<sup>34</sup>. Daha önceki gibi müeccel alacak için dava açan kişinin bir daha dava açamaması gibi bir durum yoktu; yalnızca, bu durumda davalı lehine vade iki katına çıkıyordu<sup>35</sup>.

---

<sup>26</sup> **Goldschmidt**, Rechtslage, s. 66; **Sauer** s. 21.

<sup>27</sup> **Goldschmidt**, Rechtslage, s. 66. Ayrıca bkz. Birinci Bölüm III B 5.

<sup>28</sup> Burada dava artık tek bir safhada incelenmekteydi, **Günel/Üçer** s. 236.

<sup>29</sup> **Kaser, M./Hackl, K.**: Das römische Zivilprozessrecht, 2. Auflage, München 1996, s. 435-436; **Umur** s. 275; **Günel/Üçer** s. 236.

<sup>30</sup> **Kaser/Hackl** s. 587; **Sauer** s. 22.

<sup>31</sup> **Kaser/Hackl** s. 588.

<sup>32</sup> **Kaser/Hackl** s. 614; **Sauer** s. 22.

<sup>33</sup> **Kaser/Hackl** s. 594; **Grunsky**, "Prozess- und Sachurteil", ZZP 80, s. 55- 78, s. 64; **Umur** s. 281.

<sup>34</sup> **Bülow**, Prozessvoraussetzungen, s. 277, 280.

<sup>35</sup> **Bülow**, Prozessvoraussetzungen, s. 277.

Tez konumuz bakımından üzerinde durulması gereken kararlar, ret kararlarıdır. Roma usul hukukunda talebin reddine dair iki ayrı karar (*denegatio actionis*<sup>36</sup> ve *absolutio ab actione*<sup>37</sup>) olmasının sebebinin *litis contestatio*'nun yenileme etkisi olduğu ileri sürülmektedir. *Formula* usulünde uyuşmazlık konusunun mutlaka para olarak gösterilmesi gerekirdi. Bu zorunluluğun sonucu olarak *actiones arbitrariae* (*formula*'nın *condemnatio* kısmında, her zaman bir para miktarına mahkumiyeti gerektiren, hakim malın iadesi hakkında davalıya verdiği bir emrin yerine getirilmesine bağlayan davalara verilen ad) davaları dışında, uyuşmazlık konusundan bağımsız olarak davacının isteyebileceği tek şey paraydı. Ayrıca *litis contestatio*'nun tarafları karara uyma yükümlülüğü altındaydı. Uyuşmazlık konusunun yerini, artık *litis contestatio*'da gösterilen uyuşmazlık hakkında verilecek karar alacaktı. Bu nedenle *litis contestatio*'nun borcu yenileme özelliği de söz konusuydu, yani eski borç ortadan kalkmakta ve onun yerini mahkûmiyet hükmü almaktaydı<sup>38</sup>. Bir başka ifadeyle, *litis contestatio*'dan sonra, taraflar arasındaki önceki ilişki, bir usul hukuku ilişkisine evrilmektedir<sup>39</sup>. Söz konusu tükenme etkisi<sup>40</sup> nedeniyle *absolutio ab actione* bütün bir gelecek için kesin hüküm etkisini haiz olmaktaydı<sup>41</sup>. Dolayısıyla, örneğin muacceliyet gibi yeni vakıalar dikkate alınmamakta ve yeni bir dava açılması mümkün olmamaktaydı<sup>42</sup>. Bir görüşe göre, Roma hukukçuları bu etkiyi mutlak kesin hüküm anlayışının uygunsuz etkilerini yumuşatmak için *litis contestatio*'yu adeta bir hukuk

<sup>36</sup> Hukuki himayenin (davanın) reddi, **Erdoğan, B.:** Hukukta Latince Teknik Terimler-Özlü Sözler, İstanbul 2008, s. 41.

<sup>37</sup> Davanın maddi hukukta dayanağı olmadığı için reddi, davadan beraat, **Erdoğan** s. 1.

<sup>38</sup> **Günal**, s. 57; **Umur** s. 254-255; **Özkaya Ferendeci, H. Ö.:** Kesin Hükümün Objektif Sınırları, İstanbul 2009, s. 10.

<sup>39</sup> **Umur** s. 254; **Özkaya Ferendeci**, Objektif Sınırlar, s. 10.

<sup>40</sup> Davacının hakkının ortadan kalkması.

<sup>41</sup> **Bülow**, Prozessvoraussetzungen, s. 277; **Grunsky**, Sachurteil, s. 63; **Sauer** s. 18; **Umur** s. 254.

<sup>42</sup> **Bülow**, Prozessvoraussetzungen, s. 277.

tekniği aracı olarak kullanmaktaydı<sup>43</sup>. Sonuç olarak, *actio*'nun *litis contestatio* temelinde verilen bir kararla saf usuli içeriğe sahip bir itirazla da reddedilebilmesi mümkündür<sup>44</sup>.

*Formula* usulünde yukarıda belirtildiği şekilde iki aşamalı yargılama yapılmasının nedeni tam olarak bilinmemektedir<sup>45</sup>.

Bülow, *Formula* usulünde yargılamanın, iki ayrı bölümden oluşmasının nedenini, yargılama malzemesinin niteliksel farklılığıyla açıklamaktadır<sup>46</sup>. Buna göre ilk aşamada, münhasıran usul ilişkisinin unsurları incelenirken, iki aşamada maddi hukuka dair uyumsuzluk incelenirdi. *In iure* aşamasında usul ilişkisine dair istisnasız nihai bir karara varılırdı. *In iudicio* aşamasına yalnızca maddi hukuk ilişkisine dair yargılama yapılması ve karar verilmesi kalırdı.

Maddi hukuka ilişkin şartlardan farklı olarak dava şartlarının Praetor tarafından incelenmesinin gerekçesi, Klasik Dönem Roma Hukuku'nda kabul edilen etkili ve dava şartı eksikliği halinde ortaya çıkan etkisiz, geçersiz kararlar ayırımına dayanmaktadır<sup>47</sup>. *In iudicio* yargılamanın geçerliliğini etkilediği için dava şartlarının ayrı bir yargılamaya tabi tutulması, incelenmesi ve karara bağlanması gerekir<sup>48</sup>. *Formula* yargılamasında, hazırlık aşamasının önemi ve pek çok dava şartının re'sen incelenmesinin nedeni de yine bu etkili ve etkisiz karar ayırımıdır<sup>49</sup>.

---

<sup>43</sup> Bu katı ilkenin hafifletilmesi aracı olarak, pek çok olayda, günümüzde olsa reddedilecek bir dava için, davacının *actio*'sunun reddedilmesiydi. Böylece *litis contestio* aşaması söz konusu olmamakta ve davacının hakkı baki kalmaktaydı, **Grunsky**, Sachurteil, s. 64.

<sup>44</sup> **Grunsky**, Sachurteil, s. 64.

<sup>45</sup> **Bülow**, Prozessvoraussetzungen, s. 285.

<sup>46</sup> **Bülow**, Prozessvoraussetzungen, s. 289.

<sup>47</sup> **Bülow**, Prozessvoraussetzungen, s. 273.

<sup>48</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 79.

<sup>49</sup> **Bülow**, Prozessvoraussetzungen, s. 293.

*Formula* usulünün ve iki aşamalı yargılamanın ortadan kalkması sadece görünürde bir değişiklik olarak ortaya çıkmaktadır; zira iki aşamalı yargılamanın, yukarıda bahsedilen, nedenlerinde herhangi bir değişiklik olmamıştır<sup>50</sup>.

## B. Ortak Hukuk Dönemi

Bülow'un eseri Ortak Hukuk'ta dava şartları kavramını esas almaktadır. Ortak Hukuk da, *litis contestatio* vasıtasıyla iki kısma ayrılmış yargılama sistemini devralmıştı<sup>51</sup>. Ancak yargılama, Roma Hukuku'nda olduğu gibi bir sistem olarak görmek yerine, taraflar ve mahkeme tarafından yapılan birbirinden bağımsız işlemler bütünü olarak görülmekteydi<sup>52</sup>. Bülow'un ifade ettiği dava şartları kavramı, bundan önceki çalışmalarda kullanılanlara yabancıydı.

Davalı yargılamanın ilk aşamasında, davacının, hakkını "şu anda" kullanmasının mümkün olmadığına ilişkin bütün savunma araçlarını<sup>53</sup> ileri sürmek zorundaydı<sup>54</sup>. Buna göre dava şartları geciktirici def'iler arasında bulunuyordu<sup>55</sup>. İkinci aşamada ise, davacının hakkının varlığı uyuşmazlık konusu oluyordu<sup>56</sup>. Ortak Hukuk'ta da belli hallerde yeniden bir dava açılabileceğinin kabulü gerekiyordu. Yeni bir dava açılması için başvurulacak yol ise, yine *litis contestatio*'ydu<sup>57</sup>. *Litis contestatio* demek yargılamanın iki yanlı bir işlemle kurulduğunun kabulü demektir<sup>58</sup>. *Litis contestatio*'nun Ortak Hukuk'ta da bir tüketme işlevi olup olmadığı tartışmalıdır<sup>59</sup>. Bu

<sup>50</sup> Bülow, Prozessvoraussetzungen, s. 310.

<sup>51</sup> Osterloh s. 45; Berg, Zulässigkeit, s. 124; bu dönemde *litis contestatio*'nun bir tüketme işlevi olup olmadığı tartışmalıdır, bkz. Grunsky, Sachurteil, s. 65.

<sup>52</sup> Süß s. 12.

<sup>53</sup> Buradaki savunma araçları davacının hakkının varlığına yönelik değildi, Grunsky, Sachurteil, s. 65.

<sup>54</sup> Osterloh s. 45-46; Berg, Zulässigkeit, s. 124; Sauer s. 18.

<sup>55</sup> Sauer s. 24 dn. 65.

<sup>56</sup> Sauer s. 18.

<sup>57</sup> Grunsky, Sachurteil, s. 65.

<sup>58</sup> Braun, Zivilprozess, s. 190.

<sup>59</sup> *Litis contestatio*'un tüketme işlevi olduğu yönünde bkz. Wetzell s. 126, tüketme işlevi olmadığı yönünde bkz. Grunsky, Sachurteil, s. 65.

savunma araçları arasında maddi hukuka veya usul hukukuna ait olma bakımından bir ayrım yapılmamakta ve usule ilişkin şartlar da günümüzdeki anlamıyla maddi hukuka ilişkin def'ilerle aynı rejime tabi tutulmaktaydı<sup>60</sup>.

1654 tarihli JRA'nın 37 ila 40. maddelerindeki bu düzenleme teksif ilkesinden gerçekleştirme amacı gütmektedir<sup>61</sup>. Usuli def'iler arasında farklı bir muamele hakimi reddeden def'iler için söz konusuydu<sup>62</sup>. Böyle bir def'iyle birlikte diğer def'iler ileri sürülmemişse, bu def'i hakkında kesin hüküm teşkil eden bir karar verilmesinden sonra diğer def'ileri ileri sürmek için davalıya süre verilmesi gündeme gelmekteydi<sup>63</sup>. Bu şartlardan birinin olmadığı ortaya konduğu zaman, *litis contestatio* söz konusu olmuyor ve dava o an için reddediliyordu<sup>64</sup>. Burada verilen *absolutio ab instantia* (usulden ret kararı olarak anlaşılabilir)<sup>65</sup> kararının, davacıya tekrar dava açabilme imkânı vermek için kabul edildiği ileri sürülmüştür<sup>66</sup>. Böyle bir ret söz konusu değilse, bu kez dava daimi olarak reddedilebiliyordu<sup>67</sup>.

Verilen hükmün geçerliliği bakımından ise Roma Hukuku'na göre önemli bir fark ortaya çıkmıştı. Buna göre, hükmün kendiliğinden yok sayılması gibi bir yaklaşım söz konusu olmayıp *sententia nulla* (yok hüküm) itirazının ileri sürülmesiyle bu hükmeye karşı çıkmıştır<sup>68</sup>. Yokluk şikayeti (Nichtigkeitsbeschwerde) olarak geçen bu kurum için taraf işlemleri gibi hükümlerin de yokluğunun söz konusu olabileceği ancak taraf

---

<sup>60</sup> **Osterloh** s. 45-46; **Berg**, Zulässigkeit, s. 124; bunların çoğu günümüzde dava şartı olarak kabul edilen hukuki kurumlardır, **Grunsky**, Sachurteil, s. 65.

<sup>61</sup> **Osterloh** s. 45.

<sup>62</sup> **Osterloh** s. 46.

<sup>63</sup> **Osterloh** s. 46, 73.

<sup>64</sup> **Grunsky**, Sachurteil, s. 65; **Berg**, Zulässigkeit, s. 124.

<sup>65</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 133 Rn. 12.

<sup>66</sup> **Grunsky**, Sachurteil, s. 65-66.

<sup>67</sup> **Berg**, Zulässigkeit, s. 124.

<sup>68</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 82.



usul işlemlerinin yokluğunun belirlenmesi için bir kanun yoluna<sup>69</sup> başvurulmasına gerek olmadığı belirtilerek, bu hususa işaret edilmiştir<sup>70</sup>. Önemli olan nokta, kararın kendiliğinden yokluğu söz konusu olmadığı gibi, o kararı veren hakim tarafından serbestçe geri alınamamasıdır; aksi takdirde zaten mahkeme kararlarının herhangi bir geçerliğinden söz etmek zor olacaktır<sup>71</sup>. Bu yüzden söz konusu sakatlığın, bu tespitin yapılmasına imkan veren bir yargılamada ortaya konması gerekir<sup>72</sup>. Burada ispat yükü, hükmün geçersizliğini iddia eden taraftadır<sup>73</sup>.

Karara bu şekilde bir itiraz, mutlaka bir yargılama da gündeme gelmekte ve iki şekilde ileri sürülmektedir<sup>74</sup>: Birinci halde *actio judicati*'dir (kararın icrası için dava açmak) ya da *exceptio rei judicatae*'ye (maddi anlamda kesin hüküm) karşı bir savunma aracıdır. İkinci ihtimalde temyiz şikayeti (*Appelationsbeschwerde*) ileri sürülürdü.

### C. Dava Şartları Kavramının Ortaya Çıkışı

Dava şartları kavramının yaratıcısı von Bülow, Roma Hukuku ve Ortak Hukuk döneminden yola çıkarak teorisini ortaya koymaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, bu tarihsel bakışın günümüzün gelişen şartları çerçevesinde çok sınırlı bir yararı olmaktadır. Tarihsel değerlendirme; dava şartlarının öncelikli incelenmesi fikrinin nereden geldiğini açıklayabilmekte ve fakat, bugün hala bu fikirde kalınmasında ısrar edilip edilemeyeceğini açıklayamamaktadır<sup>75</sup>. Windscheid, *actio*'yu ayırdıktan sonra,

<sup>69</sup> Burada dikkat edilmesi gereken nokta, Ortak Hukuk'ta bir karara karşı yapılan her türlü itiraz olanağının kanun yolu olarak adlandırıldığıdır, bkz. **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 134 Rn. 1.

<sup>70</sup> Krş. **Wetzell, G. W.**: System des ordentlichen Civilprozess, 3. Auflage, Leipzig 1878, s. 782-783.

<sup>71</sup> Krş. **Wetzell** s. 783.

<sup>72</sup> **Wetzell** s. 783.

<sup>73</sup> **Wetzell** s. 783.

<sup>74</sup> **Wetzell** s. 784.

<sup>75</sup> **Lindacher** s. 132.

usul hukuku gelişimine bağımsız olarak başlasa da, maddi hukuk kavramlarından tamamen arınmış değildi. Bu bağlamda, Bülow da hukuki ilişkinin bir türü olarak “*usul hukuku ilişkisi*” (Prozessrechtsverhältnis) kavramını ortaya koymaktadır<sup>76</sup>. Taraflar ve mahkemenin karşılıklı yetkilerinin ve yükümlülüklerinin ortaya çıktığı bir ilişki olarak, dava (Prozess) da niteliği itibariyle bir hukuki ilişkidir<sup>77</sup>.

Usul hukukunun bağımsız bir disiplin olarak yeni yeni ortaya çıktığı ve kendisinden çok daha eski olan maddi hukukun bazı kavramlarını kendisine uyarladığı düşünüldüğü zaman, bu bakış açısı normal karşılanabilir. Usuli hak ve yükümlülüklerin mahkeme ve bireyler arasında meydana geldiği, davada meselenin hakim fonksiyonu olduğu ve taraflar sadece, hakim işlemleriyle olan ilişkileri ve yardımları nedeniyle göz önüne alındığından, bu ilişkinin kamu hukukuna ait olduğu ifade edilmelidir<sup>78</sup>. Bu ilişkinin, diğer hukuki ilişkilere kıyasla öne çıkan bir başka özelliği adım adım, basamak basamak ilerleyen bir hukuki ilişki olmasıdır<sup>79</sup>. Yani sonuç olarak usul ilişkisi, taraflarla mahkeme arasında kamu hukuku karakterli ve basamak basamak ilerleyen bir ilişkidir<sup>80</sup>. Dikkat edilmesi gereken nokta, yargılamanın konusunu oluşturan özel hukuk ilişkisi, tamamlanmış haldeyken, usul ilişkisi doğum halindedir<sup>81</sup>. Usul ilişkisi, ancak *Litis contestatio* ile tam olarak var kabul edilebilir. Kamu hukuku karakterli bu sözleşme<sup>82</sup> ile bir yandan mahkeme, ileri

---

<sup>76</sup> **Bülow**, Prozessvoraussetzungen, s. 2. Yazarın bu görüşü günümüzde de baskın olarak kabul edilmektedir. **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 2 Rn. 2; **Tuluay, M.**: “Medeni Yargılama Hukukunda Dava İlişkisi”, DÜHFD, C. 1, S.1, s. 101-132, s. 114; **Yılmaz, E.**: Islah, 4. Baskı, Ankara 2021, s. 25; **Bilge, N./Önen, E.**: Medeni Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1978, s. 381; **Alangoya, Y./Yıldırım, K./Deren Yıldırım, N.**: Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2009, s. 17; **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 287; **Taş Korkmaz, H.**: Medeni Usul Hukukunda İradi Taraf Değişikliği, Ankara 2014, s. 52; **Erişir, E.**: Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007, s. 29-30.

<sup>77</sup> **Bülow**, Prozessvoraussetzungen, s. 1.

<sup>78</sup> **Bülow**, Prozessvoraussetzungen, s. 2.

<sup>79</sup> **Bülow**, Prozessvoraussetzungen, s. 2.

<sup>80</sup> **Bülow**, Prozessvoraussetzungen, s. 2.

<sup>81</sup> **Bülow**, Prozessvoraussetzungen, s. 2.

<sup>82</sup> *Litis contestatio*’nın gerçek bir sözleşme olmadığı; zira irade beyanlarının karşılıklı değil, Magistra’ya karşı yapıldığı, buna rağmen, ona, belirli sözleşme etkileri izafe edildiği yönünde bkz.

sürülen talebin tespiti ve yerine getirilmesini sağlama şeklinde bir somut yükümlülük altına girer; öte yandan, taraflar da bunun için gerekli katkıyı sağlamak ve bu ortak faaliyetin sonucuna riayet etmek zorundadır<sup>83</sup>. Bu usuli faaliyet, birbirini izleyen ve birbirinden doğan bir dizi işlemle cereyan eder<sup>84</sup>. Usul ilişkisi devamlı olarak hareket ve gelişim halindedir<sup>85</sup>.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki Bülow, usul ilişkisi kavramını ortaya atan ilk kişi değildir. Bu hususu Yazar'ın kendisi de vurgulamaktadır<sup>86</sup>. Bülow'un yaptığı şey usul ilişkisi kavramından çeşitli sonuçlar çıkarmaktır<sup>87</sup>. Yani Roma hukukundan yararlanarak Ortak Hukuk'taki karışıklığa işaret etmiştir<sup>88</sup>.

Davayı bir hukuki ilişki olarak kabul ettikten sonra Bülow, bu ilişkinin hangi şartlara bağlanmış olduğunu incelemiştir<sup>89</sup>. İşte bu doğrultuda ilgili usuli şartları ifade etmek için dava şartları kavramı kullanılması doğaldır. Zira Bülow, bu şartları usul ilişkisinin şartları olarak görmektedir. Yazar'a göre, hangi taraflar arasında, hangi konuda, usul ilişkisi için hangi işlemlerin gerektiği, bu işlemleri yapmaya kimin ehliyetli ve yetkili olduğu soruları usul ilişkisi için de sorulabilir ve maddi hukuk ilişkisindeki kadar da önemi haiz olur<sup>90</sup>. Burada bir dizi önemli ve birbirine sıkı şekilde

---

**Kaser/Knütel/Lohsse** § 82 Rn. 21. *Litis contestatio*'nın gerçek bir anlaşma olduğu zira dava edilmek istenen kişinin kabule zorlanabilmesine rağmen, dava edilmek istenen kişinin kabulü olmaksızın davanın görülmesi mümkün olmadığı yönünde bkz. **Karadeniz Çelebican** s. 343.

<sup>83</sup> **Bülow**, *Prozessvoraussetzungen*, s. 2-3.

<sup>84</sup> **Bülow**, *Prozessvoraussetzungen*, s. 3.

<sup>85</sup> **Bülow**, *Prozessvoraussetzungen*, s. 3. **Bülow**, davada bütün ilişkilerin bir oluşum içinde olduğunu, dava ile bir metamorfoz geçirdiği ölçüde, asla usul ilişkisiyle bir tanımlanamayacak olan maddi hukuk ilişkisinin de oluşum içinde olduğunu kabul etmektedir (dare oportere- condemnari oportere-judicatum facere oportere). Yine yazar, sadece hakların değil, hukukun da bir değişim yaşadığını zira *lex generalis*'in (genel hüküm) kararın *lex specialis*'ine (özel hüküm) ve son olarak icraya dönüştüğünü ifade etmektedir, **Bülow**, *Prozessvoraussetzungen*, s. 3 dn.3.

<sup>86</sup> Bülow, Bethmann-Hollweg'e yaptığı atfında bunu belirtmektedir, **Bülow**, *Prozessvoraussetzungen*, s. 1. Örneğin Romalıların yargılamaya bakışı da farklı değildi, **Süss** s. 13.

<sup>87</sup> **Lüke**, *Prozessverhältnis*, s. 428; **Süss** s. 13.

<sup>88</sup> **Schwalbach, T.:** "Die Proceßvoraussetzungen im Reichscivilproceß", ACP, 63. Bd., (1880), s. 390-430, s. 390.

<sup>89</sup> **Bülow**, *Prozessvoraussetzungen*, s. 5.

<sup>90</sup> Bkz. **Bülow**, *Prozessvoraussetzungen*, s. 5.

bağlı düzenlemelere dikkat edilebilir<sup>91</sup>: 1) Mahkemenin yetkisi, ehliyeti ve tarafsızlığı ile tarafların taraf ehliyeti ve temsilcilerin yetkisi, 2) Dava konusu için gerekli ayırıcı özellikler, 3) Davanın kaleme alınması ve bildirilmesi ile davacının yargılama giderleri 4) Birden çok dava arasındaki sıralama.

Bülow'a göre<sup>92</sup> bu kurallar, sadece yargılamanın işleyişine ilişkin olan diğer kurallardan farklı olarak davanın kabul edilebilirliği için gereklilikleri; usul ilişkisinin tam olarak meydana gelmesinin ön şartları olarak ortaya çıkmaktadır. Zira bu kurallar yukarıda sorulan sorulara gerekli cevabı vermektedir. Yazar, bu hukuki kurumlar için dava şartları (Prozessvoraussetzungen) ifadesini önermiştir<sup>93</sup>. Dolayısıyla def'i üst başlığından usuli def'iler çıkarılmış ve böylece *exceptio*'nun içeriği münhasıran maddi hukuka ait kabul edilmiştir<sup>94</sup>.

Bu halde dava şartları, davadaki maddi hukuk ilişkisinin yanına özel bir tahkikat malzemesi (Verhandlungsstoff) olarak eklenir<sup>95</sup>. Mahkeme sadece uyuşmazlık konusu talebin varlığı veya yokluğu hakkında karar verebilmek için yargılama ilişkisinin mevcut olduğuna kani olmalıdır<sup>96</sup>. Mahkeme uyuşmazlık konusu özel hukuk ilişkisinin unsurları yanında usul ilişkisinin de şartlarını tespit etmelidir<sup>97</sup>. Böylece hukuk tarihinde ilk defa usuli ve maddi hukuka dayanan itiraz farkı ortaya konulmuş olmuştur<sup>98</sup>.

---

<sup>91</sup> **Bülow**, Prozessvoraussetzungen, s. 5. **Bülow**'un bu değerlendirmesi de dava şartlarının kendi içinde incelenme sırasına sokulmasının zorluğuna işaret edecek şekilde ele alınabilir. Zira mantık veya işin doğasından yola çıkarak bir belirleme yapmak birbirleri arasındaki sıkı sebebiyle çelişkiler doğurmaktadır.

<sup>92</sup> **Bülow**, Prozessvoraussetzungen, s. 6.

<sup>93</sup> **Bülow**, Prozessvoraussetzungen, s. 6.

<sup>94</sup> **Bülow**, Prozessvoraussetzungen, s. 258.

<sup>95</sup> Krş. **Bülow**, Prozessvoraussetzungen, s. 7.

<sup>96</sup> **Bülow**, Prozessvoraussetzungen, s. 7.

<sup>97</sup> **Bülow**, Prozessvoraussetzungen, s. 7.

<sup>98</sup> **Goldschmidt**, Rechtslage, s. 70.

Bülow<sup>99</sup>, tahkikat malzemesindeki ikiliğin, yargılamanın parçalara ayrılması için belirleyici olduğuna işaret etmektedir. Böylece yargılama bir parçasında dava şartlarının incelendiği, diğer bir parçasında maddi hukuk ilişkisinin incelendiği iki parçalı bir yapı olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>100</sup>. Roma *formula* usulünde de yargılama *in iure* ve *in iudicio* ikiye ayrılmıştır. Gerçi Ortak Hukuk'ta JRA'dan beri hazırlık aşaması bulunmasa da *formula* usulünde hazırlık aşamasında incelenen hususlara dair inceleme esas yargılamanın yanında (Hauptverfahren) ama kendi bağımsızlığını kaybetmeden incelenmiştir<sup>101</sup>. Yeni Alman usul kanunları ise, iki safhanın mantiki ve zamansal sınırlandırılmasına geri dönmüştür<sup>102</sup>.

Dava şartları, hazırlık yargılamasının malzemesini oluşturduğu için, bu şartlar yargılamada verilecek karar türünü de tayin etmektedir<sup>103</sup>: *Litis contestio* (kabul eden karar) veya *absolutio ab instantia* (reddeden karar).

İddia ve ispat sorularına da cevap veren Bülow, tahkikat malzemesinin taraflar arasında bölüştürülmesinin yargılamanın esaslarından olduğunu belirtip: Hakimde kanaat oluşturmak için herkes kendi katkısını yapmak zorundadır. Uyuşmazlığın tarafları arasında güneş ve rüzgarı eşit şekilde dağıtmak ve tüm yükü hakkını arayan tarafa yüklememek, doğal hakkaniyet anlayışının bir gerekliliği olarak ortaya çıkar<sup>104</sup>. Söz konusu ilke, maddi hukuk ilişkisine dair uyuşmazlıklarda vakıaların ve def'ilerin, hakkı doğuran, hakkı engelleyen ve hakkı ortadan kaldıran vakıalar şeklinde kesin bir

---

<sup>99</sup> Bülow, Prozessvoraussetzungen, s. 7.

<sup>100</sup> Bülow, Prozessvoraussetzungen, s. 7.

<sup>101</sup> Bülow, Prozessvoraussetzungen, s. 8.

<sup>102</sup> Bülow, Prozessvoraussetzungen, s. 8.

<sup>103</sup> Bülow, Prozessvoraussetzungen, s. 8.

<sup>104</sup> Bülow, Prozessvoraussetzungen, s. 9.

şekilde ayrılmasına sebebiyet vermiştir<sup>105</sup>. Bu şekilde bir ayırım usul ilişkisinin unsurları içinde yapılmalıdır<sup>106</sup>.

Yazar, kendisinin dava şartı olarak saydığı ama o zamana kadar def'i olarak görülen hususlar için, daha önce maddi hukuk kurallarında yapılan hatanın, bu hukuki kurumlar bakımından da yapıldığını, bu unsurların aslında hukuki ilişkinin kurucu unsurları olduğunu iddia etmiştir<sup>107</sup>.

Ancak Bülow'un teorisindeki zayıflık hızlı bir biçimde anlaşıldı; zira bir kurumun şartı ve konusu asla aynı olamaz; oysa bugün genel kabul gördüğü üzere dava şartlarının varlığı veya yokluğunun anlaşılabilmesi için de bir yargılama yapılması gerekmektedir. Bunun ortaya konmasına rağmen öncelikli incelemenin o zamana dek derin bir şekilde araştırılmadığı, bunun nedeninin de Ortak Hukuk'taki *absolutio ab instantia*'nın aşırı benimsenmiş olması nedeniyle, eski ayırım kıstası olan yeni bir dava açılıp açılmaması ihtimaline göre değil, onun yerine, Bülow'a dayanan ve ondan sonra kıstas olarak alınan, hakkın varlığı ve o an için yerine getirilebilirliği ile hakkın ileri sürülme şekli ayırımının kabul edilmiş olması olduğu belirtilmiştir<sup>108</sup>.

## II. Usul Kanunlarında Dava Şartlarının Durumu

### A. İki Taraflı Kurulan Usul İlişkisinin Sona Ermesi

ZPO'nun kabulüyle birlikte, usul ilişkisinin iki yanlı olarak kurulması fikri ortadan kalkmıştır. Bunun için bir araç olan *Litis contestatio*'nun yargılama hukukunda bir yeri kalmamıştır<sup>109</sup>. Yargılamanın bağlayıcılığının bir sözleşme

<sup>105</sup> Bülow, Prozessvoraussetzungen, s. 9.

<sup>106</sup> Krş. Bülow, Prozessvoraussetzungen, s. 9.

<sup>107</sup> Bülow, Prozessvoraussetzungen, s. 13 vd.

<sup>108</sup> Grunsky, Sachurteil, s. 67-68.

<sup>109</sup> Petersen s. 208; Süß s. 15.

vasıtasıyla gerçekleşmesi asla söz konusu değildir<sup>110</sup>. Yargılamanın yenilenmesi sebepleri içinde yer alan “*Vekil veya temsilci olmayan kimselerin huzuruyla davanın görülmüş ve karara bağlanmış olması*” ifadesi gereği, maddi anlamda kesin hükmün, temsilcinin temsil yetkisi olmasa dahi temsil olduğu iddia edilen kişi için de geçerli olduğu kabul edilmektedir<sup>111</sup>. O halde usul ilişkisi, davacının tek yanlı bir işlemiyle kurulmaktadır<sup>112</sup>. Ayrıca kararın yokluğu öğretisi (Nullitatslehre) de terk edilmiştir<sup>113</sup>.

*Litis contestatio*’nun ortadan kalkmasıyla, anılan kurumun yerine getirdiği işlev, salt dava açılmasıyla ortaya çıkmaktadır<sup>114</sup>. O halde iki parçalı yargılamada olduğu gibi *in iure* aşaması sonunda yargılama ilişkisinin kurulması ve “dava” olarak *in iudex* aşamasının görülmesi söz konusu değildir. Bülow’un teorisinde dava şartları; *Litis contestatio*’nun, yani usul ilişkisinin şartlarıydı ve onlar yoksa bir davadan da bahsedilmesi mümkün değildi. Dolayısıyla yargılama ilişkisinin kurulduğundan bahsedilemezdi. Görüldüğü üzere usul kanunlarının yürürlüğe girmesiyle dava şartları ilk baştaki önemini yitirmiş ve kararın geçerliliği için mahkemenin bir tarafa yönelik karar vermesi yeterli görülmüştür<sup>115</sup>.

Yargılama ilişkisinin tek yanlı bir şekilde kurulacağı değişimi yanında bir de eskiye dönüş söz konusu olmuştur. ZPO, teksif ilkesini gerçekleştirme amacıyla daha tabii olan “dava şartları üzerine tahkikat” ve “talep hakkında tahkikat” ayrımını geri getirmiştir<sup>116</sup>.

---

<sup>110</sup> Tahkim yargılaması için hala yargılamanın iki taraflı bir işlemle kurulduğu fikrinin geçerli olduğu belirtilmelidir, **Braun**, Zivilprozessrecht, s. 190; Hakem kararının bağlayıcılığının taraflar arasındaki tahkim sözleşmesinden kaynaklandığı ifade edilmektedir, **Lüke**, ZivilProzR I § 51 Rn. 3.

<sup>111</sup> **Hellwig**, Klagerecht und Klagmöglichkeit, s. 44.

<sup>112</sup> **Braun**, Zivilprozessrecht, s. 189.

<sup>113</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 82.

<sup>114</sup> **Süss** s. 16-17; **Berg**, Sachurteilsvoraussetzungen, s. 258, **Wurzer**, Prozessvoraussetzungen, s. 44.

<sup>115</sup> **Schwalbach; T.**: “Wiederaufnahme des Verfahrens und Urteilsnichtigkeit nach der Reichscivilprozessordnung”, ACP, 63. Band, 1880, 122-136, s. 128.

<sup>116</sup> **Osterloh** s. 48.

Dolayısıyla dava şartı kavramı artık usul ilişkisinin varlığının şartları değildi, bunun doğal sonucu, bir hukuki ilişkinin şartının gerçekleşmemesinin sonucu olan geçersizlik yaptırımını günümüzde söz konusu olamaz. Buna rağmen, Türk hukukunda bazı yazarlar<sup>117</sup>, dava şartları için davanın geçerliliğinin bağlı olduğu şartlar ifadesini kullanmaktadır. İfadeden çıkan sonuç, dava şartı eksikliğinde “geçersiz dava” şeklinde bir kavramın söz konusu olacağıdır. Oysa, hukuki güvenlik ilkesini zedeleyen, Roma Hukuku’nda olan, Ortak Hukuk’ta bile kabul edilmeyen geçersiz dava şeklinde bir kavram hukuk düzenimizde yer almamaktadır. Yine usul kanunlarının bu düzenlemesine göre, usul ve esasın incelenmesinde farklı yargılama kurallarının uygulanması söz konusu değildir<sup>118</sup>.

Bu gelişmelerin sonucunda yargılama ilişkisinin şartları olmaktan çıkan dava şartlarına, usul kanunlarının artık farklı bir anlam yüklenmesi gerekiyordu. Bu anlam, davalının, davanın esasına girilmesinin engellemesi hakkıydı<sup>119</sup>. Hak olarak görülmesinin nedeni geçmişte dava şartlarına verilen def’i anlamının gereği idi<sup>120</sup>. O halde davalı hiçbir şekilde açıklama yapmayıp davaya katılmasa da bunun yargılamanın devamı bakımından bir önemi olmuyor; yine de onun aleyhine bir karar verilmesi mümkün oluyordu<sup>121</sup>.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun hazırlanması sırasında İsviçre hukukundan yararlanılması, bu çalışma bakımından Alman hukukunun temel değerini değiştirmemektedir. Zira İsviçre hukukunda da, dava şartlarının teorisinin Alman

---

<sup>117</sup> Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, Medeni Usul, s. 190; Aslan, A. Ç.: Medeni Usul Hukukunda Görev, İstanbul 2022, s. 304.

<sup>118</sup> Osterloh s. 47; Süß s. 17; Zingg, BK-ZPO, Art. 59 N. 4.

<sup>119</sup> Krş. Osterloh s. 44; Braun, Zivilprozess, s. 192-193.

<sup>120</sup> Osterloh s. 51-52.

<sup>121</sup> Braun, Zivilprozessrecht, s. 193.



hukukundan alındığı belirtilmektedir<sup>122</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nu henüz taslak aşamasındayken de ön inceleme safhasının *litis contestatio*’yu çağrıştırdığı belirtilmiştir<sup>123</sup>. Gerçekten, kanun koyucu ön inceleme aşamasında dava şartları ve ilk itirazların incelenmesi zorunluluğu getirerek, usuli sorunların en başta incelenmesini amaçlamıştır<sup>124</sup>.

Yargılamanın kabul edilebilirlik ve haklılık aşamalarından oluşması; hukukumuzda yabancı değildir ve hukukumuzda da kabul görmektedir<sup>125</sup>. Yine öncelikli inceleme de “*Bir davada usuli ret sebepleri varsa öncelikle davanın esasına girilmeden usulden reddedilmesi zorunludur*”<sup>126</sup> şeklinde ifade edilmektedir.

HUMK zamanında dava şartlarına ilişkin açık bir düzenleme olmamasıyla birlikte bazı yazarlar<sup>127</sup>, Fransız hukukunda dava şartlarına verilen anlamı Türk hukukuna yansıtmaya çalışmışlardır. Buna göre yarar, hak, ehliyet ve sıfat birlikte dava hakkının unsurlarını oluşturmaktadır. Davanın kabul edilebilirliği, bu şartların varlığına bağlıdır. Şartlarda bir eksiklik varsa dava, esasa girilmeden reddedilecektir. Fransız hukukundan yola çıkılarak Türk hukukuna yaklaşılmasında sorun çıkması muhtemel bir konu, Fransız hukukunda, soyut bir talep hakkı kavramının olmamasıdır<sup>128</sup>.

Dava şartlarının incelenmesinin mutlaka esasa öncelikli olarak yapılmasını Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda da kabul etmediği bir kurum hemen örnek olarak

---

<sup>122</sup> Zingg, BK-ZPO, Art. 59 N. 3.

<sup>123</sup> Alangoya, Y./Yıldırım, K./Deren Yıldırım, N.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Önerileri, İstanbul 2006, s. 87.

<sup>124</sup> Dörenisa, E.: Medeni Yargılamada Ön İnceleme Aşaması, İstanbul 2021, s. 160.

<sup>125</sup> Ansay, Yargılama Usulleri, s. 202; Üstündağ, Medeni Yargılama, s. 276; Özbek, Yargılama Giderleri, s. 148; Hanağası, Menfaat, s. 286; HGK. E. 2017/1531 K. 2021/312 T. 18.03.2021.

<sup>126</sup> HGK., E. 2017/657 K. 2021/491 T. 15.04.2021.

<sup>127</sup> Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975, s. 186 vd.

<sup>128</sup> Georgiades, A.: Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht, München 1968, s. 35. Fransız hukukunun farklılığına dair ayrıca bkz. Umar, B.: İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir 1973, s. 210 vd.

verilebilir<sup>129</sup>: Adli yardım. Zira burada Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 334. maddesinin birinci fıkrasında geçen “...*taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması kaydıyla*...” ifadesi uyarınca, dava şartlarının varlığı kesin olarak tespit edilmemiş olmasına rağmen, mahkeme, maddi hukuka ilişkin bir hukuki durum değerlendirilmesi yapabilmektedir<sup>130</sup>. Adli yardımdan yararlanılıp yararlanılamayacağı sorusunun cevaplanması sırasında hem davanın kabul edilebilirliği hem de haklılığı değerlendirilmektedir<sup>131</sup>.

### **B. Dava Şartları ve İlk İtirazlar Arasındaki Öncelik İlişkisi**

İlk itirazlar da tıpkı dava şartları gibi, usul hukukuna ait ve esasa ilişkin yargılama yapılmasına ve karar verilmesine engel olan usule ilişkin unsurlar olarak ortaya çıkar. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre hem dava şartları hem ilk itirazlar ön inceleme aşamasında davanın esasından önce incelenir. 116. madde iki ilk itiraz düzenlemiştir: Kesin olmayan hallerde yetki itirazı ve uyuşmazlığa ilişkin tahkim kaydı. Kanun koyucu bu hallerde, münhasıran tarafların menfaatinin söz konusu olduğunu kabul ederek, bu itirazların ileri sürülüp sürülmemesini onların takdirine bırakmıştır. 117. maddenin ikinci fıkrasına göre ise dava şartları ilk itirazlardan önce incelenir.

Dava şartı ve ilk itiraz arasında ayırım yapılmasında kullanılan ölçüt re’sen incelenip incelenmemesidir. Bunun temelinde ise, ilgili hukuki kurumun, kamusal menfaate hizmet edip etmediği sorusu yatar<sup>132</sup>. Ancak bu kamusal menfaat, ilgili usuli gerekliliğin eksikliği söz konusu olduğunda her ihtimalde esastan hüküm

---

<sup>129</sup> Krş. Sauer s. 14.

<sup>130</sup> Krş. Sauer s. 14.

<sup>131</sup> Sauer s. 14.

<sup>132</sup> Wurzer, Prozessvoraussetzungen, s. 79; Neumann s. 87; Sauer s. 67-68.

verilmesini<sup>133</sup> ve esasa ilişkin yargılama yapılmasını engellemekten ibarettir. Bu kamusal menfaatin aynı zamanda bir başka usuli engele ilişkin kararı da engellediğinin kabulü için herhangi bir gerekçe yoktur<sup>134</sup>. Davalı tarafından ileri sürülen bir ilk itiraz ile re'sen incelenen bir dava şartı arasında herhangi bir fark yoktur. İkisi de kabul edilebilirlikten ret kararı verilmesine yol açar ve ikisi de öncelikli incelenir<sup>135</sup>.

Türk hukukundaki hakim görüş de dava şartları ve ilk itirazlar karşılaştırıldığında iki fark olduğunu ifade etmiştir<sup>136</sup>: Birincisi dava şartlarının re'sen, ilk itirazların ise ancak ileri sürülmeleri halinde dikkate alınıyor olmasıdır. İkincisi dava şartlarının her zaman, ilk itirazların ise ancak cevap dilekçesinde ileri sürülebilesidir. Burada da görüldüğü üzere öğretide de ilk itirazlara bir öncelik verilme sebebi açıkça ortaya konmamıştır.

Bir görüş<sup>137</sup>, dava şartlarının kamu düzeninden olması sebebiyle ilk itirazlardan önce inceleneceğini ileri sürmektedir. Dava şartlarına kamu düzeninden olma niteliği yüklenebilecekse, bunun yarattığı tek farklılık re'sen incelenme bakımından olabilir. Çünkü medeni usul hukukunun yanında maddi hukuk da kamu düzeninden hususları düzenlemektedir. O halde kamu düzeninden olmanın ilk itirazlardan önce incelenmeyi gerektirmesi, maddi hukukta kamu düzeniyle ilgili hususların da ilk itirazlardan önce incelenmesini gerektirir. Oysa Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 138. maddesi açıkça "*Mahkeme, öncelikle dava şartları ve ilk itirazlar hakkında dosya üzerinden karar verir...*" diyerek maddi hukukta kamu düzeniyle ilgili hususlardan önce ilk

---

<sup>133</sup> Neumann s. 87.

<sup>134</sup> Neumann s. 87-88. Benzer yönde Petersen s. 205.

<sup>135</sup> Sauer s. 69.

<sup>136</sup> Kuru/Aydın, Cilt I, s. 399-400; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Medeni Usul, s. 373; Tanrıver, S.: Medeni Usul Hukuku, C. I, 5. Baskı, Ankara 2024, s. 704.

<sup>137</sup> Özümücü, S.: Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Ön Sorun, İstanbul 2019, s. 131.

itirazların inceleneneğini belirtmiştir. Dolayısıyla kamu düzeni kavramından yola çıkılarak, dava şartlarının ilk itirazlardan önce inceleneneğini ifade etmek zordur. O halde ileri sürülmüş bir ilk itirazla dava şartı arasındaki fark olmayacağı söylenebilir.

Dava şartlarının ilk itirazlardan önce inceleneneğini savunan görüş devamında usul ekonomisine dayanarak açıklama yapmaktadır<sup>138</sup>. Buna göre dava şartı incelenmesinde ortaya çıkan eksiklik, ilke olarak davanın usulden reddine sebep olacaktır, bu noktadan sonra ilk itirazların incelemesine de gerek yoktur. Usul ekonomisiyle böyle bir öncelik ilişkisinin açıklanamayacağını göstermek için şu örnek verilebilir: İstanbul’da asliye ticaret mahkemesinde açılması gereken bir davanın, Ankara asliye hukuk mahkemesinde açıldığı ve kanuna uygun olarak yetkisizliğin ileri sürüldüğünü varsayalım. Bu durumda göreve öncelik verilip dosya Ankara asliye ticaret mahkemesine gönderilirse, hiçbir şey fark etmeyecektir; zira taraf usul işlemi olarak yetki ilk itirazı geçerliğini koruyacak ve bu kez Ankara asliye ticaret mahkemesi İstanbul’a gönderme kararı verecektir. Görüldüğü üzere, usul ekonomisiyle ilk itirazların dava şartlarından sonra incelenmesini açıklayan genel bir kural yaratılamaz.

### C. Dava Şartları-Usul İşlemi Şartları

Dava şartlarıyla benzer ve fakat, onunla karıştırılmaması gereken kurumlar vardır. Münferit bir usul işleminin<sup>139</sup> veya münferit bir yargılama kesitinin şartları dava şartı olarak ele alınamaz<sup>140</sup>. Örneğin, davanın ihbarının, fer’i müdahalenin veya

<sup>138</sup> **Yılmaz**, Şerh Cilt II, s. 2669-2670; **Özmumcu**, Ön Sorun, s. 131; aynı yönde **Öztürk, E.:** Medeni Usul Hukukunda İlk İtirazlar, Ankara 2014, s. 95.

<sup>139</sup> **Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle** Vor § 253 Rn. 16; **Zingg**, BK-ZPO, Art. 59 Rn. 10; **Erk** s. 11.

<sup>140</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 94 Rn. 3; **MüKoZPO/Becker-Eberhard** Vor § 253 Rn. 2. Bu yüzden Zulässigkeitsvoraussetzung (kabul edilebilirlik şartları) şeklindeki genel ifade de dava şartlarına denk gelmemektedir, **Sauer** s. 9; aynı yönde **MüKoZPO/Becker-Eberhard** Vor § 253 Rn. 2. **Berg**,

kanun yollarına başvurunun şartları farklı kavramlar olarak karşımıza çıkar<sup>141</sup>. Dava şartları hem esas hakkında karar verilmesinin hem esasa ilişkin işlem yapılmasının şartıdır<sup>142</sup>. Bu durum bir yandan da yargılamanın uzaması ve pahalılaşmasına yol açabilir, örneğin davanın esas hakkında kolaylıkla ret kararı verilebilecekken geniş kapsamlı bir ispat faaliyeti olmaksızın dava şartı hakkında karar verilememesi durumu önemli bir sorundur<sup>143</sup>. Dikkat edilmesi gereken husus, dava şartlarının, yargılamanın tamamı için kabul edilebilirlik şartlarını oluştururken, usul işlemi şartlarının, münferit işlemler için kabul edilebilirlik şartlarını oluşturmasıdır<sup>144</sup>. Bunlara örnek olarak karşı tarafa tebligat yapılması veya işlemin yapılması için taraflardan birinin talebi olması

---

kanun yoluna başvuru şartlarını (Rechtsmitteleinlegung Zpo 511ff. 545 ff.) genel dava şartı olarak ele almıştır, **Berg**, Zulässigkeit, s. 126.

<sup>141</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 94 Rn. 3; **MüKoZPO/Becker-Eberhard** Vor § 253 Rn. 7.

<sup>142</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 94 Rn. 4; **MüKoZPO/Becker-Eberhard** Vor § 253 Rn. 1; **Zingg**, BK-ZPO, Art. 59 Rn. 6. Dava şartları ifadesinin, bir yanlış anlaşılmaya sebebiyet verme ihtimaline karşı Alman hukukunda esasa ilişkin karar şartı (Sachentscheidungs voraussetzung), esasa ilişkin hüküm şartı (Sachurteilsvoraussetzung) ve esasa ilişkin hüküm gerekliliği (Sachurteilserfordernis) ifadeleri kullanılmıştır, **Neumann** s. 5. Bu ifadelerin yöneldiği şartlar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun dava şartı olarak saydığı şartlardır. Türk hukukunda **Deren Yıldırım**, bu kavramları farklı kavramlar olarak kabul etmiş ve dava ehliyeti için bazı yazarların, dava şartı değil, esas hakkında hüküm verme şartı kavramını kullandığını (Sachurteilsvoraussetzung), yine bazı yazarların dava ehliyetini hem dava şartı hem de esas hakkında hüküm verme şartı olarak nitelendirdiğini ifade etmiştir, **Deren Yıldırım**, Sübjektif Sınırlar, s. 23 dn. 58, 59. Oysa bu kavramlarla ifade edilmek istenen şeyler, hemen yukarıda belirtildiği üzere, aynı olup yanlış anlaşılma önlenmek istenmektedir. Bu yüzden **Deren Yıldırım**'ın görüşüne katılmamaktayız. Bu ifadelere getirilecek eleştiri ise tüketici olmadıklarıdır, zira, bu atfın yapıldığı cümlede belirtildiği üzere, dava şartları, sadece hüküm verilmesinin kabul edilebilirliği ile ilgili değildir, **Neumann** s. 5. Bu eleştiri, ortaya çıkan bir dava şartı eksikliğinin (tamamlanmaması halinde), davanın her aşamasında, davanın reddine sebebiyet verdiği ölçüde geçerlidir, **Neumann** s. 5. Yani esasa ilişkin yargılama yapılmasının da önlenmesi söz konusudur. **Neumann** da esasa ilişkin yargılama yapılmasının engellenmesi düşüncesine katılmakla beraber, yine de bu anlayışın, esasa ilişkin hükmün, dava sürecinde son nokta olarak ortaya çıkması nedeniyle, dava şartlarının esasa ilişkin karar verme üzerindeki etkisinin, bunların içeriğinin değerlendirilmesinde haiz olduğu öneme halel getirmediğini belirtmektedir. Ayrıca yazara göre söz konusu tek yanlışlığın her daim dikkate alınması şartıyla, biraz önce belirtilen her üç kavramın da kullanılabilceğini belirtmiştir, **Neumann** s. 5-6. Söz konusu şartlar sadece davayı esastan kabul eden bir kararın değil, aynı zamanda esastan reddeden bir kararın da şartlarını teşkil eder, **Hau**, Zulässigkeit und Begründetheit, s. 36; **Lindacher**, s. 131. Tek bir kelimeyle tam olarak doğru bir kavrama ulaşılmayacağı da belirtilmiştir, **Süss**, Klageerhebung, s. 20. İsviçre hukukunda da dava şartı kavramıyla ifade edilenin esas hakkında karar verilebilmesinin şartları olduğuna işaret edilmiştir. Kavramın Alman hukukundan alındığı ve Bülow'un eserine dayandığı belirtilmiştir, **Zingg**, BK-ZPO, Art. 59 Rn. 3.

<sup>143</sup> **Olroth** s. 711.

<sup>144</sup> **Zingg**, BK-ZPO, Art. 59 Rn. 10; **Grunsky, W.**: Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., Bielefeld 1975, § 34 I s. 319; **Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle** Vor § 253 Rn. 16; **Thomas/Putzo/Seiler** Vor § 253 Rn. 34; **Neumann** s. 5; **Erk** s. 11.

gerekliliği verilebilir<sup>145</sup>. Yine dava sırasında taraflardan biri, avukatını azlederse, yalnızca bundan sonra o avukat tarafından yapılacak işlemler için caiz olmama durumu söz konusu olur<sup>146</sup>. Bunun istisnası, usul işlemi şartının istisnai olarak dava şartı olarak karşımıza çıktığı durumlardır<sup>147</sup>. Örneğin, taraf ehliyeti hem dava şartı, hem usul işlemi şartıdır<sup>148</sup>. Öte yandan taraf ve dava ehliyetinden farklı olarak dava takip yetkisi usul işlemi şartı teşkil etmez. Öyle ki dava takip yetkisini haiz olmayan taraf da etkili usul işlemleri yapabilir<sup>149</sup>.

Bu şartların gerçekleşmemesi halinde yine de usul işlemi yapılmış mıdır sorusu hakkında o konu hakkında uyuşmazlığın mevcut olup olmadığına dikkat edilmelidir<sup>150</sup>. Zira örneğin, taraf ehliyeti bulunmayan kişi bile, bu konunun tespitine ilişkin bir davada taraf ehliyetini haizdir<sup>151</sup>.

İsviçre hukukunda bir görüş<sup>152</sup>, İsviçre Zivilprozessordnung'un yapısı gereği dava şartlarının aynı zamanda esasa ilişkin işlem yapma şartı olarak ortaya çıkmadığını, mahkemenin, dava şartlarına ilişkin incelemeyi erteleyebileceğini ifade etmektedir. Görüş, öncelikli incelemeyi reddetmemekte sadece karar aşamasında bir öncelik tanımaktadır, yani hem usule hem esasa yönelik bir inceleme paralel yürütülebilir ama öncelikle usulden ret kararı verilir. Karar verilmesi aşamasında, kabul edilebilirlik şartlarına öncelik verilmesini kabul ettiği için görüşün, hakim

<sup>145</sup> Musielak/Voit/Foerste, ZPO vor § 253 Rn. 2.

<sup>146</sup> Sauer s. 9.

<sup>147</sup> Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle Vor § 253 Rn. 16; Sauer s. 9.

<sup>148</sup> Hess, Parteifähigkeit, s. 271; Stein/Jonas/Jacoby § 50 Rn. 3; Sutter-Somm T./Hasenböhler F./Leuenberger C./Zürcher A.: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2016, Art. 59 N 22; Umar, Ehliyet, s. 599; Elgün Toğrul s. 34-35; Erdönmez, Pekcanitez Usul, s. 438; Bolayır, Usul İşlemleri, s. 316.

<sup>149</sup> Stein/Jonas/Jacoby § Vor 50 Rn. 29; Zöller/Althammer vor § 50 Rn. 17; Prütting, H./Gehrlein, M./Gehrlein: Zivilprozessordnung Kommentar, 15. Auflage, München 2023, § 50 Rn. 33. Dava takip yetkisinin, usul işlemi şartı olduğu yönünde bkz. Erdönmez, Pekcanitez Usul, s. 436; Yavaş, Temyiz, s. 64; Bolayır, Usul İşlemleri, s. 296.

<sup>150</sup> bkz. Schemmann, T.: Parteifähigkeit im Zivilprozess, Münih 2002, s. 12.

<sup>151</sup> Umar, Ehliyet, s. 601.

<sup>152</sup> Zingg, BK-ZPO, Art. Art. 59 N. 7.

görüşten ayrılmadığı söylenebilir. Aslında bu görüş daha önce Blomeyer<sup>153</sup> tarafından ileri sürülmüştür. Görüşün reddine sebep olan gerekçe ise şudur<sup>154</sup>: Kabul edilebilirlik ve haklılık incelemesi paralel götürülür ama karar aşamasında öncelik kabul edilebilirlik şartına verilirse, haklılığa dair işlem yapmanın herhangi bir anlamı olmayacak ve gereksiz yere zaman ve masraf harcanmış olacaktır.

Dava şartı eksikliği halinde, esasa girilmeden yargılama bitirilir<sup>155</sup>; usul işlemlerinin kabul edilebilirlik şartında eksiklik olması halinde ise, yalnızca sakat bir işlem (bu işlemi iyileştirme olanağı yoksa veya bu yola gidilmemişse<sup>156</sup>), başka bir ifadeyle, o işlemle ulaşılmak istenen usuli durumun caiz olmaması durumu karşımıza çıkar<sup>157</sup>.

Hukukumuzda yasaklı hakimın görevsizlik kararı verip veremeyeceği, yasaklılığın, göreve ilişkin karar verilmesini engelleyip engellemeyeceği tartışılmıştır. Bir görüşe göre<sup>158</sup>, iki gerekçeye dayanılarak yasaklı hakimın görevsizlik kararı vermesi mümkün değildir. İlk gerekçe, yasaklı hakimın karar vermiş veya karara katılmış olmasının bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak ortaya çıkmasına rağmen, görevsiz mahkemenin karar vermesi yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil etmez. Bu nedenle öncelikle hakim çekinme kararı vermek zorundadır. İkinci gerekçe ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 35. maddesinin birinci fıkrası uyarınca çekinme kararına karşı üst mahkemeye başvurulabilecek olması ve bu halde, yasaklama sebebinin doğduğu tarihten itibaren, o hakim huzuruyla yapılan bütün işlemlerin, üst mahkeme kararıyla iptal edilebilmesi, hüküm ve kararların ise her

<sup>153</sup> **Blomeyer, J.**, Zulässigkeit und Begründetheit, s. 30 vd.

<sup>154</sup> **Wieser**, Zulässigkeit, s. 313.

<sup>155</sup> **Zingg**, BK-ZPO, Art. 59 Rn. 11.

<sup>156</sup> **Thomas/Putzo/Seiler** Vor § 253 Rn. 34; **Zingg**, BK-ZPO, Art. 59 Rn. 11.

<sup>157</sup> **Musielak/Voit/Foerste** Vor. 253 Rn. 2; **Thomas/Putzo/Seiler** Vor § 253 Rn. 34.

<sup>158</sup> **Kiyak** s. 258 vd.

halükarda iptal edilecek olmasıdır. Buna göre görevsizlik kararı da bir karar olarak iptal edilecektir. Görüş, ilk gerekçe bakımından eleştirilmektedir<sup>159</sup>. Ancak ikinci gerekçesi sebebiyle, yani görevsizlik kararı verilmesine bir engel yoktur ama kararın iptal edilecek olması sebebiyle, görevsizlik kararının anlamı yoktur ifadesiyle görüşe katılan olmuştur<sup>160</sup>. Görüşlere katılmamaktayız. Dava şartı kavramıyla, hakimin, davanın esasına girmesi engellenmektedir. Dikkat edilirse, burada hakimin, davanın kabul edilebilirlik kısmına dair işlem yapmasına herhangi bir engelleme getirilmemektedir. Konumuz kapsamı biraz genişleterek ifade edilecek olursa, mahkemenin usulüne uygun teşekkül etmemesi, yasaklı veya merci tarafından ret talebi kabul edilen hakimin göreve devam etmesi hallerinde esastan karar verilemeyeceği gibi usulden de karar verilmesi mümkün değildir<sup>161</sup>.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 34. maddesi, yasaklılık sebeplerinin bulunduğu hallerde açıkça “*Hâkim, aşağıdaki hâllerde davaya bakamaz; talep olmasa bile çekinmek zorundadır...*” ifadesini kullanmıştır. Görüldüğü üzere Hukuk Muhakemeleri Kanunu, yasaklılık durumunda ne usule ne esasa yönelik bir işlem yapılmasını öngörmüştür. Dolayısıyla yasaklı hakimin görevsizlik kararı vermesinin önündeki engel bizzat 34. maddedir. Buna rağmen verilen kararların kendiliğinden yok sayılmamasının nedeni ise Roma Hukuku’nda kabul edilen bu kurumun (hükümün

---

<sup>159</sup> Bu bakımdan **Kıyak**’ın, o zaman yürürlükte olan kanun yolu sistemine göre yasaklı hakimin görevsizlik kararı veremeyeceği gerekçesiyle görevsizlik kararının temyizde bozulacağını ifadesi (**Kıyak** s. 268) bozma sebebinin, yasaklı hakimin görevsizlik kararı verememesi değil, hakimin yasaklı olması olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir, bkz. **Aslan**, Görev, s. 584-585.

<sup>160</sup> Bkz. **Aslan**, Görev, s. 585.

<sup>161</sup> **Stein/Jonas/Brehm**, Einl. Rn. 248; **Jauernig/Hess** § 33 Rn. 9. Aksi görüşte **Wurzer**, Prozessvoraussetzungen, s. 51-52. Ortak Hukuk’ta hakimin yasaklılığı ve reddi kurumları mahkemenin geniş anlamda yetkisi dahilinde kabul edildiği için usuli def’iler arasında ele alınıyordu. Ancak iki nedenle reddedilmiştir. İlk neden, hakimin yasaklılığı veya tarafsızlığından şüphe duyulmasını gerektiren hallerde, tarafın bunu ileri sürmesi, tarafın mahkemenin yetkisini reddettiği değil, aksine kabul ettiği anlamına gelmesidir. İkinci neden ise, hem davalı hem davacı tarafından ileri sürülmesi mümkün olan bu itirazın muhatabının karşı taraf değil, hakim olması sebebiyle def’i olarak değerlendirilemeyeceğidir, **Osterloh** s. 73-74.



kendiliğinden yok sayılması), hukuki güvenlik gerekçesiyle günümüzde kabul edilememesidir. Dolayısıyla bir yönden, bu halde ortaya caiz bir kararın çıkmasının mümkün olmaması sebebiyle yasaklılığın (mahkemenin usulüne uygun teşekkül etmemesi ve merci tarafından red talebi kabul edilen hakimin göreve devam etmesi halleri de) dava şartı olduğu ileri sürülemeyecektir<sup>162</sup>; diğer yönden ise, bu niteliği haiz hakim görevsizlik kararı veremeyecektir. Yine bu durumla bağlantılı olarak yargılamanın yenilenmesi sebepleriyle dava şartlarının öncelikli incelenmesi arasında mutlak bir bağ kurulamayacağı ifade edilmelidir. Zira görüldüğü üzere yasaklı hakimin karar vermesi halinde yargılamanın yenilenmesi söz konusu olur; ancak bu durum, bir dava şartı teşkil etmez.

Bir fark da incelenme zamanına ilişkindir. Dava şartlarına, yargılamanın bütününde dikkat edilmesi gerektiği için her zaman varlıkları veya yoklukları dikkate alınır. Oysa bir usul işleminin geçerliliğine ilişkin inceleme onun icra edildiği an esas alınarak yapılır<sup>163</sup>. Ancak örneğin, taraf ehliyetinin sonradan kazanılması gibi hallerde, önceki usul işlemlerinin geçerli olması için bu kişinin icazeti (açık veya zımni, mahkemeye veya karşı tarafa) gerekli ve yeterlidir<sup>164</sup>. Önemli olan tüm usul işlemlerini kapsar şekilde bir icazet yapılmasıdır<sup>165</sup>. Bu icazetin verilmemesi, tek başına, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmez<sup>166</sup>.

Dava şartı eksikliği halinde usul işlemlerinin yokluğu ve tamamen etkisizliği, yalnızca sınırlı bir kapsamda ortaya çıkabilir<sup>167</sup>. Bu konuda Goldschmidt'in yaptığı

---

<sup>162</sup> Stein/Jonas/Brehm, Einl. Rn. 248; Jauernig/Hess § 33 Rn. 9.

<sup>163</sup> Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle Vor § 253 Rn. 16; Thomas/Putzo/Seiler Vor § 253 Rn. 34.

<sup>164</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 43 Rn. 37; Umar, Ehliyet, s. 599-600, benzer yönde Bolayır, Usul İşlemleri, s. 316. Dava ehliyeti için aynı yönde Sarısözen, S.: "Usul Ekonomisi İlkesinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Yansımaları", FÜHFD, C. 1, S. 1, s. 63-90, s. 73.

<sup>165</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 43 Rn. 37; Umar, Ehliyet, s. 600; Bolayır, Usul İşlemleri, s. 316.

<sup>166</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 43 Rn. 37; Umar, Ehliyet, s. 600.

<sup>167</sup> Neumann s. 29.

ayrım kabul edilmektedir<sup>168</sup>. Yukarıda Yazar'ın dava şartları hakkındaki görüşü incelenirken, usul işlemlerinin sakatlığına ilişkin söyledikleri de aktarıldığı için burada yer verilmeyecektir.

Bu başlık altında ele alınması gereken bir konu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda dava şartları arasında sayılan "*Vekil aracılığıyla takip edilen davalarda, vekilin davaya vekalet ehliyetine sahip olması ve usulüne uygun düzenlenmiş bir vekaletnamesinin bulunması*" halidir. Bu düzenlemenin, dava şartı eksikliğinin sonucu olan, usulden kararına sebebiyet vermesi sadece bir ihtimalde söz konusudur; o da, davanın açıldığı anda bu eksikliğin olması, yani dava açma işleminde eksiklik olması<sup>169</sup> ve 77. maddedeki istisnai durumun söz konusu olmamasıdır. Temsil yetkisi dava şartı değil, usul işlemi şartıdır<sup>170</sup>. Vekalet ehliyeti ve usulüne uygun vekaletname, dava şartı olarak ele alınırsa; dava şartlarının yargılamanın tamamında incelenmesi özelliğiyle birlikte açıklanması mümkün olmayan durumlar ortaya çıkar. Örneğin, yasak olmasına rağmen bir ticari işletme işleten avukat, Türk Ticaret Kanunu'nun 14. maddesine göre tacir sayılır ve iflasa tabidir. Bu ihtimalde iflas eden bir avukat, vekalet ehliyetini kaybetmiş olur. Eğer bu gereklilik dava şartı olsaydı, avukatın iflası durumunda davanın usulden reddi gerekirdi, ki bunun herhangi bir nesnel nedeni yoktur. Avukatın trafik kazası sonucu ölmesi halinde vekalet ehliyetinin yitirilmesi gündeme gelecek ve davanın usulden reddi gerekecektir. Davanın avukatla açılmaması, dava sırasında avukat atanması hali üzerinden de bir örnek verilebilir. Bu durumda avukatın sunduğu vekaletnamenin noterde düzenlenmemiş bir vekaletname

---

<sup>168</sup> Bkz. **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 64 Rn 1; **Jauernig/Hess** § 30 Rn. 3.

<sup>169</sup> **Neumann** s. 37; **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 56 Rn. 5.

<sup>170</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 56 Rn. 3. Bu nedenle tahkikatta usulüne uygun temsil edilmeyen tarafa ilişkin yokluğunda hüküm verilir, usulden ret kararı verilmez, **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 56 Rn. 3.

olduğunun sonradan fark edildiği düşünülürse, yine bu hükme aykırılık söz konusu olacaktır ve davanın usulden reddi veya vekaletnamenin noterde düzenlenmesi istenecektir. Türk hukukunda avukatla temsil zorunluluğu olmadığı düşünüldüğünde tarafa mutlaka vekaletnameyi noterde düzenleme şeklinde yaptırma gerekliliği getirmenin hiçbir açıklaması yoktur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nu 114. maddesinin (f) bendi olduğu gibi ele alınırsa davanın usulden reddi gerekecektir. Dolayısıyla “*Vekil aracılığıyla takip edilen davalarda, vekilin davaya vekalet ehliyetine sahip olması ve usulüne uygun düzenlenmiş bir vekaletnamesinin bulunması*”nı dava şartı olarak ele alınmasının yeniden düşünülmesi gerekir. İlgili hüküm yalnızca usul işlemi şartı teşkil etmektedir. Eksikliği halinde yalnız o işlem için yaptırım söz konusu olmaktadır.

#### **D. Kabul Edilebilirlik Şartı Olarak Dava Şartları**

Dava şartları, kabul edilebilirlik aşamasında incelenmektedir. Eğer dava şartları mevcutsa ve dava engelleri söz konusu değilse, o dava artık “kabul edilebilir” niteliğini haizdir ve esasa yönelik karar verilmesinin yolu hem açılmıştır hem de yargılamada ilerlenilme zorunluluğu vardır<sup>171</sup>. Davanın kabul edilebilirliği bakımından yalnızca usul hukuku esasa alınırken, haklılığı bakımından maddi hukuk (çoğunlukla özel hukuk, yabancı ve kamu hukuku) ve usul hukuku esas alınır<sup>172</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken husus haklılık bakımından usul hukuku ve maddi hukukun birlikte ele alınmasının mümkün olduğu hallerdir. Yoksa kabul edilebilirlik

---

<sup>171</sup> **Rosenberg**, Lehrbuch, § 90 V 1.

<sup>172</sup> **Rosenberg**, Lehrbuch, § 90 V 1. Aynı yönde **Wieser**, Zulässigkeit, s. 316.

aşamasının münhasıran usul hukukuna göre değerlendirileceği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır<sup>173</sup>.

Öncelikli inceleme sorusu; davanın kabul edilebilirliğine ilişkin bu şekilde bir kategorinin yaratılıp yaratılamayacağı sorusuyla da yakından ilişkilidir<sup>174</sup>. Usul esas ayrımının uygulama alanı tespit edilerek bir sonuca varılıp varılamayacağı değerlendirilmelidir. Zira bir görüşe göre Bülow'un çığır açan çalışması olmasa, günümüzde kabul edilebilirlik ve haklılık şeklinde bir ayrımdan bahsedilmeyecekti<sup>175</sup>. Dava şartlarının varlığı, kabul edilebilirliğin şartıdır<sup>176</sup>. Öncelikli incelemeyi reddeden yazarlardan Rimmelspacher de bu şekilde bir ayrımı kabul etmekle beraber, onun temel önemini, omurgasını, öncelikli incelemeyi reddederek kırmaktadır<sup>177</sup>. Bunun sonucu ise, kabul edilebilirlik kavramının içeriksiz kalmasıdır<sup>178</sup>.

Kabul edilebilirlik kavramına yakından bakıldığında burada kanun yolu aşamasındaki inceleme kolaylıkla ele alınabilir<sup>179</sup>. Örneğin, istinaf başvurusunun esastan incelenebilmesi için aranan şartlar da kabul edilebilirlik kategorisindedir<sup>180</sup>. Kanun yolunun kabul edilebilirliği de her zaman öncelikli incelenmek zorundadır<sup>181</sup>.

---

<sup>173</sup> **Goldschmidt**, Rechtslage, s. 394; **Grunsky**, Sachurteil, s. 57; **Kälin** s. 22; **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 281.

<sup>174</sup> **Martin** s. 38. Bu ayrım sadece medeni usul hukuku alanında olmayıp ceza muhakemesine, idari yargıya ve anayasa yargısına dair düzenlemelerde de kendisine yer bulmuştur. Bu alanlardaki kamusal menfaat ele alındığında, kamusal menfaatin öncelikli incelemeyi tek başına açıklayamayacağı rahatlıkla görülebilir, **Sauer** s. 73-74.

<sup>175</sup> **Grunsky**, Sachurteil, s. 67.

<sup>176</sup> **Martin** s. 38.

<sup>177</sup> **Blomeyer**, Zulässigkeit, s. 23.

<sup>178</sup> **Blomeyer**, Zulässigkeit, s. 23-24.

<sup>179</sup> **Martin** s. 39; Kanun yolundaki süre, şekil ve kanun yoluna başvurmayla elverişlilik şartlarının incelenmesi ve eksiklik halinde usulden reddedilmesini Roma Hukuku'ndaki *in iure-in iudicio* yapısını andırıldığı da ifade edilmiştir, **Wurzer**, Prozessvoraussetzungen, s. 66. Kanun yolunda da, öncelikle kabul edilebilirlik incelemesi yapılmakta, ardından haklılık incelemesine geçilmektedir. Aynı anda her ikisinden de ret mümkün değildir, **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 136 Rn. 2. Temyizde kabul edilebilirlik şartları için bkz. **Bulut, U.**: Medeni Usul Hukukunda Temyiz İncelemesinin Kapsamı ve Sınırları, Ankara 2022, s. 83 vd.

<sup>180</sup> **Akkaya**, İstinaf, s. 243; **Özekes/Bulut** s. 196.

<sup>181</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 136 Rn. 1; **Zöller/Hessler** § 522 Rn.1; **Thomas/Putzo/Seiler** Vor § 511 Rn. 11.

Böylece dava şartlarının öncelikli incelenmesine ilişkin bir araştırma yapılırken, medeni usul hukukundaki kabul edilebilirlik incelemesinin genel değerlendirilmesinden, usuli nedenlerden dolayı bazı sorunların öncelikli incelemeye tabi tutulmasının gerekli olduğuna dair bir ipucu çıkarılıp çıkarılamayacağı da tartışılabilir<sup>182</sup>. Çünkü dava şartlarının öncelikli incelenmesinin reddedildiğinde ortaya çıkan hem usulden hem esastan ret kararı, kanun yolunda da gündeme gelebilir<sup>183</sup>.

Bu şekildeki bir yaklaşıma, çeşitli nedenlerle karşı çıkılması mümkündür. İlk olarak, kanun yolu şartlarının çoğunluğu (bilhassa şekle ve süreye ilişkin olan şartlar<sup>184</sup>) şekli niteliği haizdir<sup>185</sup>. Dava şartları için böyle bir yoğunluk söz konusu değildir<sup>186</sup>. Bir diğer fark, değerlendirme konularına ilişkindir; dava şartları yargılamanın tamamı için geçerliken, burada sadece kanun yolu için kabul edilebilirlik şartları incelenir<sup>187</sup>. Burada dava şartları, hakimin, kendisine yapılan hukuki koruma talebine vereceği cevabı düzenlemektedir<sup>188</sup>. Yani, kanun yolundaki

---

<sup>182</sup> **Martin** s. 39.

<sup>183</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 136 Rn. 2. **Rimmelspacher** ve **Grunsky**'nin görüşleri, Oberlandesgericht Köln'ün bir kararında uygulama alanı bulmuştur. Olayda, süresinde başvurulup başvurulmadığı ancak Beweisaufnahme ile tespit edilebilecek bir acele şikayet (sofortige Beschwerde) hakkında karar verilmesi gerekiyormuş. Ancak öncesinde kanun yolu başvurusunu reddetme tespit edildiği için, OLG başvuru süresine uyulup uyulmadığı hususunu açıklığa kavuşturmadan başvuruyu kabul edilebilirlik açısından değil, doğrudan esastan reddetmiştir. Her iki ret kararının da başvuran bakımından aynı etkiyi haiz olması nedeniyle, süresinde acele şikayete başvurulup başvurulmadığını tespit için harcanacak zamandan tasarruf edilmesi usul ekonomisi gereğidir, Bkz. **Jauernig**, Prozessvoraussetzungen, s. 289-290. **Jauernig** ise karar için yanlış anlaşılan usul ekonomisinin neler yol açabileceğine dair korkutucu bir örnek (Schreckbeispiel) ifadesini kullanmıştır, **Jauernig**, Prozessvoraussetzungen, s. 290.

<sup>184</sup> Örneğin, başvurunun dilekçeyle yapılması, gerekli harç ve giderlerin ödenmesi ve kanun yolu başvuru süresine uyulması.

<sup>185</sup> **Martin** s. 39.

<sup>186</sup> **Martin** s. 39; Türk hukukunda dava şartlarının şekli mahiyette olduğuna dair bkz. **Ermenek, İ.:** "Hukuk Muhakemeleri Kanuna Göre Ön İnceleme", İÜHFD, C. 2, S. 1, 2011, s. 139-175, s. 156.

<sup>187</sup> **Martin** s. 39. Ayrıca bu nedenle kanun yolu şartları dava şartı olarak kabul edilemez, bkz. yukarıda Birinci Bölüm II C Aksi görüşte: **Thomas/Putzo/Seiler** Vor § 511 Rn. 13.

<sup>188</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 136. Bu açıdan dava şartları, maddi hukuk kuralları gibi, mahkeme kararının içeriğini belirlemektedir. Böylelikle yargılamanın (mahkeme ve taraf usul işlemlerinin) şeklini kurala bağlayan usul kurallarından ayrılır. Örneğin, bir dava şartının eksikliğinde, dava usulden reddedilir, **Rosenberg**, Lehrbuch, § 1 IV 2, s. 4. Ancak aynı yerde devamında **Rosenberg**, bu ayrımın sürdürülemeyeceğini; zira salt şekli bir hükmün ihlalinin de, ilgili işlemin kabul edilebilirlik yönünden reddine sebebiyet vereceği ve mahkeme hükmünü etkileyebileceğini ifade etmektedir. **Rimmelspacher** ise, bu görüşe karşı gelmekte ve görüşün taraf usul işlemlerini esas alan bir hareket

kabul edilebilirlik şartları ile dava şartlarının ilgisi yoktur<sup>189</sup>. Dava şartlarında cevabı aranan soru, esas hakkında işlem yapılarak ve karar verilerek hukuki korumanın sağlanıp sağlanamayacağı iken; kanun yolu şartlarında cevabı aranan soru ise, kararın kanun yoluna başvuran lehine değiştirilip değiştirilemeyeceğidir<sup>190</sup>. Görüldüğü üzere davanın kabul edilebilirliği sorunu daha kapsamlı olarak ortaya çıkmaktadır<sup>191</sup>. Bu yüzden genel bir kabul edilebilirlik kavramından yola çıkarak bir sonuca varmak mümkün değildir.

Martin<sup>192</sup>, buradan, yeknesak bir kabul edilebilirlik kategorisinin ortaya konulmasının mümkün olmadığını, sadece yeknesak bir çalışma konusu yapılamayacağının ileri sürülebileceğini belirtmektedir. Kanımca bu görüş isabetlidir.

Kabul edilebilirlik şartlarının usul hukuku kaynaklı olduğu belirlendikten sonra, Yargıtay'ın bir uygulamasına dikkat çekmek gerekir. Yargıtay, kendi kararlarında “ön koşul” adı altında benimsediği bazı özel dava şartlarından bahsetmektedir. Bunlardan biri tasarrufun iptali davasında iptal konusu tasarrufun borcun doğumundan sonra yapılmış olmasıdır<sup>193</sup>. Böyle bir şartı incelemek için tasarrufun iptali davasının hukuki niteliğine bakılması gerekir. Türk hukukunda hakim görüş tasarrufun iptali davasının ayni değil şahsi bir dava olduğu yönündedir<sup>194</sup>. İptal

---

noktası olduğunu ifade etmektedir. Ancak bir usul işleminin reddi sebebiyle, yargılamanın bütünü hakkında karar verilmiş olmaz. Zira taraflar o işlemi tekrarlayıp eksikliği ortadan kaldırabilir. Ortadan kaldırılabilir bir eksiklik söz konusu değilse, eksikliğin nihai kararı belirlemesi mümkün olur; ancak buradaki etki dolaylıdır. Yani şekli bir hükmün ihlali nedeniyle reddedilen işlemin nihai kararın bir unsuru olarak ortaya çıkması söz konusudur. Bu sebeple iki grubun aynı düzlemde olduğu söylenemez, **Rimmelpacher**, von Amts wegen, s. 140-141.

<sup>189</sup> **Thomas/Putzo/Seiler** Vor § 511 Rn. 12.

<sup>190</sup> **Martin** s. 39.

<sup>191</sup> **Martin** s. 39.

<sup>192</sup> **Martin** s. 39.

<sup>193</sup> HGK., E. 2013/224 K. 2013/1478 T. 23.10.2013; HGK., E. 2014/843 K. 2016/433 T.30.03.2016; HGK., E. 2017/2361 K. 2017/1371 T.15.11.2017 (Lexpera).

<sup>194</sup> **Kuru, B.:** İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 1397; **Görgün, Ş./Börü, L./Kodakoğlu, M.:** İcra ve İflas Hukuku, 3. Bası, Ankara 2022, s. 646; **Pekcanitez, H./Atalay, O./Sungurtekin Özkan, M./Özekes, M.:** İcra ve İflas Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2018, s. 527; **Muşul, T.:** İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, Ankara 2015, s. 14-15; **Atalı, M./Ermenek,**

davası sonunda alacaklı, malın bedelinden alacağını almak yetkisini elde eder<sup>195</sup>, buna paralel olarak üçüncü kişi iptale tabi tasarrufun konusunu teşkil eden mallar bakımından haczedilip paraya çevrilmeye katlanma yükümlülüğü altına girer<sup>196</sup>.

İşte Yargıtay’ın “ön koşul” olarak nitelediği dava şartı kavramının kullanılamamasının nedeni de bu hukuki nitelikten çıkar. Bir eda davasında maddi hukuk talebine dayanılarak, davalının bir şeyi yapmaya, vermeye veya yapmamaya mahkûm edilmesi istenir. Burada mahkemenin yapacağı değerlendirme, getirilen dava malzemesinden, davacının talebinin koşul vakıalarının çıkarılıp çıkarılmayacağıdır. Bu durumda İcra ve İflas Kanunu’nda yer almayan “*iptal konusu tasarrufun borcun doğumundan sonra yapılmış olması*” şartı, tasarrufun iptali davasındaki koşul vakıalara ek olarak getirilen ve o talebi ortadan kaldıran bir koşul vakıa şeklinde ortaya çıkmaktadır. Oysa usul hukuku, kendisi bir talebi ortadan kaldıramaz; bireylerin kendi aralarındaki ilişkiyi maddi hukuk düzenler. Talebi maddi hukuk ortaya koyuyorsa, yine maddi hukuk bu talebi ortadan kaldırır. Yargıtay’ın böyle bir daraltma yapmasının sebebinin, hakkaniyet olduğu düşünülmektedir<sup>197</sup>. Ancak hakkaniyet temelli bir engel yaratılması usul hukukunun konusu değildir.

Yine tasarrufun iptali davaları bakımından dava şartı olarak nitelendirilen bir diğer konu “*tasarrufta bulunan kişinin borçlu olması gereğidir*”<sup>198</sup>. Buna göre, tasarrufta bulunanın alacaklıya gerçek bir borcu olmadığı ileri sürülüyorsa, öncelikle

---

**İ./Erdoğan, E.:** İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2022, s. 726; **Yıldırım, K./Deren Yıldırım, N.:** İcra ve İflas Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2016, 565; **Yıldırım, K.:** İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları, İstanbul 1995, s. 138; **Albayrak, H.:** “Tasarrufun İptali Davalarında Yargıtay Tarafından Kabul Edilen Özel Dava Şartları”, AÜHFD, C. 64, S. 4, 2015, s. 931-974, s. 933.

<sup>195</sup> **Kuru, İcra İflas El Kitabı**, s. 1397; **Atalı/Ermenek/Erdoğan, İcra İflas**, s. 726.

<sup>196</sup> **Görgün/Börü/Kodakoğlu, İcra İflas**, s. 646.

<sup>197</sup> **Yıldırım, Tasarrufun İptali**, s. 139.

<sup>198</sup> **Kuru, İcra İflas**, s. 1420; **Uyar, T.:** “Tasarrufun İptali Davaları”, Prof. Dr. Necmeddin Berkin’e Armağan, İstanbul 2021, s. 1277-1350, s. 1306.

tasarruf sahibinin borçlu sıfatı çözümlenmelidir. Bu çalışmada da benimsenen görüş<sup>199</sup> ise alacağın varlığının, özel bir dava şartı değil, sığata (maddi hukuka ait) bir konu olduğudur.

Yargıtay kararlarında dava şartlarını “ön koşul” kavramıyla tanımlama gayreti olduğu söylenebilir. Yargı kararlarıyla yeni bir kavramın yaratılması mümkünse de bunun bir anlamı olmalıdır. Ancak kararlarda böyle bir anlama rastlanılmamıştır.

Yargıtay’ın maddi hukuka ilişkin bir hususu yargılama hukukuna yerleştirmeye çalıştığı başka bir örnek Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 57. maddesinde doğan tazminat taleplerine ilişkindir. Başlığı tazminat olan madde şu şekildedir: “Her kim bu Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur. Zararın oluşması birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkmış ise bunlar zarardan müteselsilen sorumludur”. Yargıtay burada “...Somut olayda, davacı tarafça ileri sürülen piyasadaki hakim durumu kötüye kullanılması iddia yönünden, Rekabet Kurumu tarafından idari soruşturma yapılması ve eylemin sabit görülerek idari yaptırım kararının verilmesi uygulanması bundan zarar görenlerin ise ancak idari soruşturmanın kesinleşmesinden sonra 4054 sayılı

---

<sup>199</sup> **Yıldırım, K.:** “Actio Paulina’da (Tasarrufun İptali Davasında) Davalı Taraf ve Türk Hukukunda Dava Şartı Olarak Tezahür Eden Alacağın Varlığı Hakkında Düşünceler”, Prof. Dr. Selçuk Özbek’e Armağan, C. IV, İstanbul 2022, s. 2887-2908, s. 2904-2905; **Albayrak,** Tasarrufun İptali, s. 943. Ancak Albayrak’ın gerekçesine katılmak mümkün değildir. Yazar, bir hususun dava şartı olarak kabul edilebilmesi için Kanun’da bu şekilde bir belirleme yapılmasını aramakta, bu yoksa, yargı kararıyla dava şartı olarak kabul edilme durumunda ise, söz konusu şartın re’sen incelenecek mahiyette bulunmasını aramaktadır. Oysa, ilgili yerde belirtildiği üzere, bir şartın, dava şartı olarak kabul edilmesi için, mutlaka kanunda belirtilme zorunluluğu yoktur. Öte yandan re’sen inceleme tek başına dava şartlarının karakteristik özelliğini teşkil etmez. Dava şartlarının karakteristik özelliği, öncelikli incelenmesidir; zira, aksi takdirde re’sen araştırma ilkesinin uygulandığı yargılamalarda, dava şartları da re’sen araştırılacağı için, dava şartı kavramının, bu davalarda, karakteristik bir özelliği kalmayacağını kabul etmek gerekir.



*Kanun'un 57. maddesi uyarınca zararlarının tazminini isteme hakları öngör÷lmüş olup, **dava şartı niteliğindeki** anılan prosedürler tamamlanmadan mahkemece, davanın usulden reddi yerine davanın esastan reddine karar verilmesi doğru değil ise de hükmün sonucu itibariyle doğru olması nedeniyle davacı tarafın temyiz isteminin reddi ile hükmün onanmasına karar verilmiştir...*<sup>200</sup> diyerek dava şartı ifadesine gönderme yapmıştır.

Yargıtay diğer bir kararında<sup>201</sup> “Mahkemece, davanın Rekabet Kurulu Kararı kesinleşmeden, zamansız açıldığı gerekçesiyle, dava şartı yokluğundan reddine karar verilmiştir. Oysa, Rekabet Kurulu Kararı'nın kesinleşmesinin tazminat davasının açılması için ön şart olarak kabul edilmesi mümkün değildir”.

Zararın tazmini için belirli prosedürlerin tamamlanmasını dava şartı olarak görmek kendi içinde tutarsız bir ifadedir. Öncelikle dava şartlarının kaynağı, usul ilişkisidir. Usul ilişkisi, davanın açılmasıyla kurulur. Zararın tazmini için açılacak dava ise kuşkusuz bir eda davasıdır. Eda davasında verilen hüküm bir maddi hukuk talebine dayanır. Maddi hukuk talebinin doğması için dava açılmasına kesinlikle gerek yoktur. Maddi hukukun öngördüğü koşul vakıaların, günlük hayatta ortaya çıkması halinde, bu talep kendiliğinden doğar. Yani o talep somut olayda vakıalar gerçekleştiği anda kendiliğinden doğar. Bireyler maddi hukuktan doğan talepleri, kendiliğinden yerine getirirse, mahkemelerin bireyler arasındaki ilişkiye müdahalesi zaten söz konusu olmaz. Belirli prosedürlerin tamamlanması, zararın tazmini için şart koşulursa şu durum ortaya çıkar: Bu prosedürler tamamlanmadan, zarar veren, zararı gönüllü olarak tazmin ederse, Yargıtay'ın görüşüne göre maddi hukuk talebi doğmamış olacağı için, daha sonra bu miktarı sebepsiz zenginleşme yoluyla talep edebilmek

<sup>200</sup> 11. HD., E. 2016/4553 K. 2017/6833 T. 04.12.2017.

<sup>201</sup> 11. HD., E. 2015/5134 K. 2016/2543 T. 08.03.2016.

mümkündür. Hukukumuzda ise, böyle bir kurgunun olmadığı, herhangi bir açıklama gerekmeksizin ortadadır.

### **E. Kamu Düzeni İlişkisi**

Türk hukukundaki hakim görüş dava şartlarının kamu düzeninden olduğu yönündedir<sup>202</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 1. maddesinde de görevin kamu düzeninden olduğu belirtilmiştir. Kamu düzeni kavramı re'sen incelemenin ve dava şartları hakkında sözleşme yapılamamasının gerekçesi olarak kullanılmaktadır.

Türk hukukundan farklı olarak Alman ve İsviçre hukuklarında, dava şartlarına ilişkin eserlerde, dava şartlarına ilişkin değerlendirmelerde kamu düzeni esas alınmamaktadır. Bu hukuk düzenlerinde, konusu dava şartları olan bir sözleşme yapılmasını önlemek için kamu düzeni kavramına başvurmaya gerek yoktur<sup>203</sup>. Zaten re'sen inceleme ilkesi, tek başına dava şartları hakkında bir sözleşme yapılmasını engelleyebilmektedir<sup>204</sup>. Re'sen incelemenin temelinde ise bu çalışmada da kullanılan kamusal menfaat (öffentliches Interesse) kavramı yatmaktadır. Kuşkusuz Türk hukukunda da aynı yönde bir kavram kullanılmasının zorunlu olduğu sonucuna varılması gerektiği söylenemez<sup>205</sup>; ancak kanunun kamu düzeninden bahseden diğer maddeleriyle arasında bir uyum olması gerektiği kolaylıkla söylenebilir.

Dava şartlarını kamu düzeniyle açıklanmasına karşı kullanılabilmesi mümkün diğer bir gerekçe taraf ehliyetine ilişkindir. Taraf ehliyeti açıkça dava şartı olarak

---

<sup>202</sup> **Kuru/Aydın**, Cilt II, s. 1345; **Yılmaz**, Şerh Cilt II, s. 2646; **Tanrıver, S.:** Medeni Usul Hukuku, Cilt II, Ankara 2021, s. 61; **Akcan**, Temyiz Nedenleri, s. 106; **Elgün Toğrul** s. 122. HGK., E. 2017/979 K. 2021/759 T. 15.06.2021.

<sup>203</sup> Türk hukukundan farklı olarak, bu hukuk düzenlerinde görev hakkında sözleşme yapmak da mümkündür, **Lüke**, ZivilProzR I § 6 Rn. 3. sZPO 8. madde.

<sup>204</sup> **Wagner**, Prozessverträge, s. 70. Burada ifade edilmek istenen, kesinlikle usul sözleşmesi yapılabilmesini re'sen inceleme ilkesine bağlamak değildir.

<sup>205</sup> Türk hukukunda da dava şartlarının esasa ilişkin inceleme yapılmasını ve karar verilmesini engellemesinin kamu yararıyla ilişkilendirilmesi söz konusudur, bkz. **Atalı**, Aleyhe Bozma, s. 143.

tanınmıştır ve Türk hukukundaki hakim görüşe göre, taraf ehliyetinin yokluğu kamu düzenini ihlal etmektedir. Yani hak ehliyeti olmayan bir topluluğun caiz bir taraf olamayacağı ifade edilmektedir. Ancak kanunlarda aksine düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin, TTK'nın 446. maddesinin birinci fıkrasının c bendi uyarınca yönetim kurulu, anonim ortaklık genel kurul kararının iptali için dava açabilir. Madem tarafın, caiziyeti için hak ehliyeti aranması hukukumuzun temel bir değer yargısıdır, o zaman böyle bir hükmün olmaması gerekir.

Asliye hukuk mahkemeleri ve asliye ticaret mahkemeleri arasındaki ilişkinin, işbölümü ilişkisinden görev ilişkisine dönüştürülmesi de yine dava şartlarında kamusal menfaatin rol oynadığını gösterir. Öncelikle bu ayrımın kamu düzeni gibi, hukukumuzun temel değerlerine istinat ettiği kabul edilirse, 1956 yılından beri gelen işbölümü ilişkisinin, kanun değişikliği yapılan süre boyunca, kamu düzenini ihlal ettiğinin kabul edilmesi gerekir. Değişiklik yapan kanunun gerekçesinde yer alan *“...Genel sistemin dışında kalan ve aslında usûl hükmü olup Türk Ticaret Kanununda düzenlenen işbölümü ilişkisi, hem teorik bakımdan hem de uygulama bakımından sorunlar doğurmaktaydı. Çünkü, mahkemelerin görev alanı hukuk yargılaması bakımından kamu düzeninden kabul edilirken, ticari uyuşmazlıklar ve çekişmesiz yargı işleri bakımından özel mahkeme niteliğindeki asliye ticaret mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasındaki ilişkinin işbölümü ilişkisi sayılması, işin niteliğine uygun düşmemektedir. Keza işbölümü itirazında bulunulmaması halinde, aslında ticari olan uyuşmazlıkların asliye hukuk mahkemelerinde görülmesi veya tersi durumla karşılaşılmaktaydı...”*. Dikkat edilirse, gerekçe, aradaki ilişkinin neden kamu düzeninden olduğunu açıklamamakta, ön kabulde başlamaktadır. Yani görev kamu

düzenindendir. Oysa, çerçeve kavramların zaten işlevi somut olaya göre esneklik gösterebilmeleridir.

Bazı yüksek mahkeme kararlarında da dava şartları bakımından kamusal menfaat kavramının kullanıldığı görülmektedir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi bir kararında<sup>206</sup> “*Anayasa Mahkemesinin daha önceki kimi kararlarında da belirtildiği üzere, tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa’da adli ve idari yargı ayırımına gidilmiş ve idari uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Bu nedenle, genel olarak idare hukuku alanına giren konularda idari yargı, özel hukuk alanına giren konularda adli yargı görevli olacaktır. Bu durumda, idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda kanun koyucunun mutlak bir takdir yetkisinin bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. Ancak, idari yargının denetimine bağlı olması gereken idari bir uyuşmazlığın çözümü, **haklı neden ve kamu yararının bulunması hâlinde kanun koyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir**” ifadelerini kullanarak, hakim görüşe göre aralarındaki ilişki kamu düzenine dayanmasına rağmen, bu çalışmada da kabul edilen kamusal menfaat kavramının yargı yolu arasındaki belirlemede önem taşıdığına vurgu yapmaktadır. Yine Anayasa Mahkemesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 3. maddesindeki “*Her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemelerince bakılacağı*”na dair hükmü iptal ederken de “*Dava konusu kuralla, sadece kişinin vücut bütünlüğüne verilen maddi zararlar ile buna bağlı manevi zararların ve ölüm nedeniyle oluşan maddi ve**

---

<sup>206</sup> Anayasa Mahkemesi E. 2013/68 K. 2013/165 T. 26.12.2013.

manevi zararların tazmini konusu kapsama alınmakta ve bu tazminat davalarına bakma görevi asliye hukuk mahkemelerine verilmektedir. Buna göre, aynı idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlar kapsama alınmadığından, sorumluluk sebebi aynı olsa da bu zararların tazmini davaları idari yargıda görülmeye devam edecek, bu durumda, idarenin aynı yapı içinde aldığı kararın bir bölümünün idari yargıda bir bölümünün adli yargıda görülmesi yargılamanın bütünlüğünü bozacaktır. Ayrıca iki ayrı yargı kolunda görülen davalarda, idarenin sorumluluğu, bu sorumluluğun kapsamı, idarenin tazmin yükümlülüğü konularında farklı sonuçlara ulaşılabilir. Esasen idare hukukunda var olan hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk kavramları, kişilerin gördüğü zararların tazmininde kullanılan ve kişilerin idare karşısında koruma kapsamını genişleten kavramlardır. Bu nedenle, yukarıda belirtildiği gibi aynı idari eylem, işlem veya sorumluluk sebebinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin davaların farklı yargı yerlerinde görülmesinde **kamu yararı ve haklı neden** olduğu söylenemez” ifadeleriyle yine menfaat kavramını kullanmaktadır.

Kamusal menfaat kavramını kullanmanın bir yararı da mevcuttur. Bu da, menfaat değerlendirmesi yapılabilmesine olanak vermesidir. Örneğin, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nda göreve ve yetkiye ilişkin (aslında yargı yolu denmeliydi) 110. maddenin birinci fıkrasına göre “İşleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanları dâhil, bu Kanundan doğan sorumluluk davaları, adli yargıda görülür. Zarar görenin kamu görevlisi olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını önlemez”. Bu madde 2011 yılında 6099 sayılı Kanun’la değiştirilmiştir. Bunun gerekçesi ise, “...İdari ve Adli Yargı kolları arasındaki görev uyumsuzlukları, trafik kazalarından kaynaklanan davaların

görülmesinde sürekli bir belirsizliğe, gecikmelere ve hak kayıplarına yol açmaktadır. Teklif, sözü edilen belirsizlikleri, hukuk devletinin ve trafik/tehlike sorumluluğunun yapısal özelliği içinde gidermektedir. Zarar görenin kamu görevlisi olması, adli yargı görevini etkilemez. Karayolları Trafik Kanunu, ne kamu araçları ve ne de o araçlar içinde bulunan zarar gören kamu görevlileri bakımından -doğru olarak- bir ayırım yapmamıştır. Yasanın amacı, karayolu trafiğinin ve araçların ürettikleri risklere dayalı hukukta yeknesak çözüm düzeni oluşturmaktır. Yargısal görev (usul) de bu amacın dışında değildir. Bir başka yönüyle teklif, yargı sistemindeki "görevsizlik tartışmalarının yükünü" ortadan kaldırmakta ve hak arama özgürlüğü ile adil yargılanma hakkını güçlendirmektedir. Görev kuralını üretme münhasır yetkisi, anayasaya aykırı olmamak kaydı ile yasama organına aittir (Any.m.142)...” ifadeleri kullanılmakta, değişikliğin amacı ise “... Sonuç olarak, kamuya ait olan araçların sebebiyet verdiği trafik kazaları ile hemzemin geçitlerde meydana gelen tren-trafik kazaları Karayolları Trafik Kanununa bağlı kılınmış, bu uyuşmazlıklarda görevin adli yargıda olduğu yönünde düzenleme yoluna gidilmiştir. Ayrıca Karayolları Trafik Kanununun sorumluluk hukuku yönünden benimsediği "işleten" terimi ile (m. 85) yine aynı Kanunda kamuya ait araçlar yönünden benimsenen "aidiyet" terimi (m.106) arasında sorumluluk bağı yönünden bir ayrıma gidilemeyeceği hususunun Kanun düzeyinde açıklığa kavuşturulması ve kamuya aidiyetin kategorik farklılığı (mülkiyet, sınırlı ayni hak, sözleşmeye dayalı kullanım vb.) işleten kavramıyla bağdaştığı sürece ayrı bir sonuç doğurmayacağı hususları göz önünde bulundurulmuş ve mülkiyetin yanında diğer tiplerin de kapsanması amacıyla Karayolları Trafik Kanununun değiştirilmesi öngörülen 110 uncu maddesinin birinci fıkrasında geçen "İşleteni" ibaresinden sonra gelmek üzere " veya sahibi" ibaresi eklenmiştir. Komisyon, bu tür

kazalarda, zarar görenin kamu görevlisi olması hallerinde, farklı bir görev kuralı üretilmesinin özel hukukun sağladığı daha avantajlı duruma karşın, eşitlik ilkesine aykırı olacağı düşüncesiyle farklı bir düzenlemeye gitmemiştir...” ifadeleriyle ortaya konmaktadır. İşte buradaki değerlendirmeler tamamen menfaat değerlendirmeleridir. Oysa eğer “kamuya ait olan araçların sebebiyet verdiği trafik kazaları”nın idari yargıda görülmesi kamu düzenine ait bir kural olsaydı, bu şekilde bir değerlendirme yapılması mümkün olmazdı. Zira kamu düzenine ait iki konu arasında bir belirleme yapılıp bir konu daha çok kamu düzenindendir demek makul gözükmemektedir.

Öğretide, münferit dava şartları incelenirken, kamusal menfaatten bahsedilmektedir. Örneğin, derdestliğin dört amacı açıklanırken<sup>207</sup>, kamu düzenine yer verilmemiştir. Bunun yerine, usul ekonomisinin gerçekleştirilmesine katkıda bulunma, davacının dürüst olmayan davranışlarının önleme, çelişkili kararların önüne geçme ve “...kamu yararını gerçekleştirme...” amaçlarından hareket edilmiştir.

Bir başka gerekçe, kamu düzeni kavramının kullanıldığı yabancı mahkeme kararlarının tanınması tenfizine ve tahkim yargılamasına ilişkin kurallardır. Burada, milletlerarası özel hukuk ilişkileri bağlamında gündeme gelen kamu düzeni kavramının, iç hukuktaki kamu düzeninden farklı ve dar olması<sup>208</sup> sorun yaratmaz. Çünkü önemli olan hukuk düzeninin kamu düzeni niteliğini haiz gördüğü bir duruma bağladığı sonuçtur. Zira zaten kamu düzeni çerçeve bir kavram olup, “...bir toplumun, belirli bir zaman dilimi içerisinde, siyasi, sosyal, ekonomik, ahlaki ve hukuki açılardan temel yapısını belirleyen ve temel çıkarlarını koruyan kurum ve kurallar bütünü...”<sup>209</sup> olarak tanımlanabilir. Bu çalışmanın konusu itibariyle bütün kurumların tamamen

<sup>207</sup> Tanrıver, Medeni Usul, s. 726-727.

<sup>208</sup> Tanrıver, S.: “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamından Kamu Düzeninin Etkisi”, Makalelerim I, Ankara 2005, s. 103-123, s. 111.

<sup>209</sup> Tanrıver, Kamu Düzeni, s. 111.

incelenmesi mümkün değildir. Yalnızca kamu düzeni kavramının koşulları ve sonuçları incelenmesi yeterlidir.

Yabancı bir mahkeme kararının, ülkemizde bir hakimiyet tasarrufu olarak görülmesi bu kararın tanınmasına bağlıdır<sup>210</sup>. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da "tanıma" ile ilgili olarak 54. maddedeki tenfiz şartlarına atıf yapılmıştır. 54. maddenin birinci fıkrasının c bendi "*Hükümün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması*" nı, tenfizin bir şartı olarak düzenlemiştir. Burada sözü geçen kamu düzeni, maddi hukuka ilişkin veya usul hukukuna ilişkin olmak üzere ikiye ayrılır<sup>211</sup>.

Usuli kamu düzeninin esas uygulama alanı zaten yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizidir<sup>212</sup>. Bunun amacı, yabancı bir devletin usul hukuku kurallarına ve onları uygulayan hakime karşı, usul hukuku anlayışımıza göre feragat edilmesi mümkün olmayan asgari düzeydeki garantilerin ileri sürülebilmesini sağlamaktır<sup>213</sup>. Taraflara, hukuk devleti ilkesine uygun bir yargılama için pozitif düzenlemelerle getirilen sınırlar dışında (bilhassa mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile hukuki dinlenilme hakkının sağlanması), önemli derecede tasarruf alanı bırakan tahkime ilişkin hükümler de göz önüne alındığında kamu düzeni teorisinden şu sonuç çıkmaktadır<sup>214</sup>: Usul kanunu, münhasıran, devlet mahkemesinin temel ilkeleriyle bağdaşan bir yargılama usulünü şart koşmamaktadır ve kanundaki düzenlemeden ayrılmanın söz konusu olduğu her durumda mutlaka adil yargılanma hakkı zedeleniyor denilemez.

<sup>210</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 158 Rn. 1; Schack, Int. Zivilprozessrecht, § 17 Rn. 923.

<sup>211</sup> Schack, Int. Zivilprozessrecht, § 17 Rn. 1012; Musielak/Voit/Stadler ZPO § 328 Rn. 25.

<sup>212</sup> Wagner, Prozessverträge, s. 66.

<sup>213</sup> Wagner, Prozessverträge, s. 66.

<sup>214</sup> Wagner, Prozessverträge, s. 66-67.



Örneğin, hükmün, tarafsız ve bağımsız olmayan bir mahkemece verilmesi sebebiyle yargısal şekil dikkate alınmayan bir usulle cereyan etmemesi söz konusudur, bu durumda da tanıma talebi reddedilecektir<sup>215</sup>. Buna karşın, yabancı ülkedeki yargı organı hakkında toptancı bir yaklaşımdan kaçınılmalı, onun yerine haksız çıkan tarafın, o somut yargılamada temel haklarının ihlal edilip edilmediği esnek bir şekilde kamu düzeni çerçevesinde değerlendirilmelidir<sup>216</sup>. Tarafa hukuki dinlenilme hakkının tanınmamış olması da bu kapsamda usuli kamu düzenine aykırılık teşkil eder<sup>217</sup>.

Yargılama usullerinin ülkeden ülkeye farklılık göstermesi tabiidir<sup>218</sup>. Hatta emredici kurallardan dahi ayrılma tek başına tanımanın reddini gerektirmez<sup>219</sup>. Kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olması için, yabancı devletin yargılama usulünün Türk hukukundan öyle bir şekilde ayrılmış olması gerekir ki, hukuk devletinin gerekliliklerini yerine getirmemiş olmalıdır<sup>220</sup>. Görüldüğü üzere önemli olan hukuk düzeninin temel tasavvurudur. Aykırılığın sonucu ise, kararın tanınmamasıdır. Karara, Türkiye’de maddi anlamda kesin hüküm gücü sağlanmaması ve şartları varsa, Türkiye’de yargı yoluna başvurulması yolunun açık tutulmasıdır.

Kamu düzeni kavramının kullanıldığı bir başka alan, hakem kararlarının iptali davasıdır. Hakem kararları da mahkeme kararları gibi maddi anlamda kesin hüküm etkisini haizdir<sup>221</sup>. Bu bakımdan iptal davasının açılması, hakem kararlarının

---

<sup>215</sup> **Schack**, Int. Zivilprozessrecht, § 17 Rn. 1013; benzer yönde **Musielak/Voit/Stadler** ZPO § 328 Rn. 28; **MüKoZPO/Gottwald** § 328 Rn. 131.

<sup>216</sup> **Schack**, Int. Zivilprozessrecht, § 17 Rn. 1013.

<sup>217</sup> **Musielak/Voit/Stadler** ZPO § 328 Rn. 26; **Thomas/Putzo/Seiler** § 328 Rn. 18; **MüKoZPO/Gottwald** § 328 Rn. 131.

<sup>218</sup> **Schack**, Int. Zivilprozessrecht, § 17 Rn. 1015.

<sup>219</sup> **Musielak/Voit/Stadler** ZPO § 328 Rn. 23.

<sup>220</sup> Krş. **Schack**, Int. Zivilprozessrecht, § 17 Rn. 1015; **Musielak/Voit/Stadler** ZPO § 328 Rn. 23; **Thomas/Putzo/Seiler** § 328 Rn. 16; **MüKoZPO/Gottwald** § 328 Rn. 121.

<sup>221</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu açıkça, Milletlerarası Tahkim Kanunu ise, “*Bu Kanunla düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanmaz*” diyerek yargılamanın yenilenmesi yolunun açık olduğunu kabul etmiştir. Yargılamanın yenilenmesine başvurabilmek için maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden bir kararın olması gerekir. Dolayısıyla

kesinleşmesini engellemez<sup>222</sup>. Hakem kararı, iptal davası kabul edilene kadar kesin hüküm niteliğini haizdir<sup>223</sup>. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 435. maddesinde de nihai hakem kararının verilmesi, tahkim yargılamasını sona erdiren bir hal olarak belirtilmiştir ve hakem kararı Kanun'da öngörülen şekilde tebliğ edildiği takdirde şekli anlamda kesinlik ortaya çıkmaktadır<sup>224</sup>. Ayrıca kanun yolundan farklı olarak iptal davası tahkim yargılamasının bir parçasını oluşturmamaktadır<sup>225</sup>.

**Erdoğan**'ın ifadelerine katılmakla beraber burada başvurulması gereken hukuki kurumun dava konusu olduğu düşünülmektedir. Zira kanun yoluna başvurulması dava konusunun değişmesi gibi bir sonuç doğurmamakta, aynı dava konusu üzerinden yargılama devam etmektedir<sup>226</sup>. Oysa iptal davasında, dava konusu tartışmalı olmakla birlikte, tahkim yargılamasındaki dava konusunun devam ettiği hiçbir şekilde ifade edilmemektedir<sup>227</sup>. İptal davasının açılması için gerekli süre kamu düzenine aykırılıkla ilgili olarak geçerli değildir<sup>228</sup>. Yani kesinleşmiş karara karşı da iptal davası açılabilir.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınmasında ve hakem kararlarının iptali davasında kamu düzeninin oynadığı role bakıldığında çıkan sonuç, kamu düzenine aykırılık halinde maddi anlamda kesin hüküm gücü taşıyan bir kararın hiç kabul edilmemesi veya ortadan kaldırılması imkanının olduğudur. Kanun koyucunun, kamu düzeni kavramına verdiği anlam sırf yargılama sürecinin ötesindedir. Oysa, yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden birini teşkil etmiyorsa, devlet mahkemesince

---

hakem kararlarına da maddi anlamda kesin hüküm gücünün tanındığı kabul edilmelidir, **Erdoğan**, Hakem Kararları, s. 109.

<sup>222</sup> Bkz. **Erdoğan**, Hakem Kararları, s. 112.

<sup>223</sup> **Schwab/Walter** § 25 Rn. 1.

<sup>224</sup> **Erdoğan**, Hakem Kararları, s. 114.

<sup>225</sup> **Erdoğan**, Hakem Kararları, s. 114.

<sup>226</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 134 Rn. 2; **Stein/Jonas/Althammer** vor § 511 Rn. 6.

<sup>227</sup> Bkz. **Musielak/Voit/Voit**, ZPO § 1059 Rn. 35; **MüKoZPO/Münch** § 1059 Rn. 77.

<sup>228</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 182 Rn. 21.

verilen ve dava şartları hakkında eksiklik içeren bir karara karşı herhangi bir yol bulunmamaktadır. Hatta Türk hukukunda görevsiz mahkeme kararının da geçerli olduğu ve maddi anlamda kesin hüküm gücü taşıdığı ifade edilmektedir<sup>229</sup>.

O halde, dava şartlarını nitelemek için kullanılan “kamu düzeni” ifadesi hem diğer kanunlarla hem de aynı Kanun içinde yer alan sonuçları taşımayarak ayıksı bir durum teşkil etmektedir. Bu durumda, “dava şartları kamu düzenindendir” şeklindeki önermenin uyum taşımadığı ortadır. En başta belirtildiği üzere, re’sen incelemeyi temellendirmek için kamu düzeni yerine “kamusal menfaat” kavramının kullanılması daha uygundur.

### **III. Dava Şartlarının Karakteristik Özelliği Olarak Öncelikli İnceleme (Esastan İncelemeye Engel Olma)**

#### **A. Genel Olarak**

Dava şartlarının ortaya çıktığı ilk zamandan beri yüklendiği işlev, uyuşmazlığın maddi hukuk boyutunun incelenmesine engel olmasıydı. *Litis contestatio* kurumunun var olduğu bir hukuk düzeninde, dava şartlarının bu özelliğini açıklamak görece daha kolaydır. Ancak günümüzde böyle bir kurum olmaması ve dava şartlarının çıkış noktasında bu kurumun varlığı daha farklı anlamlar yüklenmesini gerektirmektedir. Öncelikli incelemenin; dava şartlarının karakteristiği olma nedeni, gerektiğinde maddi hukuka ilişkin şartların re’sen araştırma ilkesine bile tabi olabilmesidir. Zira bu durumda re’sen incelemenin bir nedeni kalmayacak; ve fakat, öncelikli inceleme; eğer kabul edilirse, varlığını sürdürecektir. Böylece öncelikli inceleme usule ilişkin şartlarla maddi hukuk şartlarını ayıran temel özellik olacaktır.

---

<sup>229</sup> Akkan, Pekcanıtez Usul, s. 240.

## B. Öncelikli İncelemeyi Kabul Eden Görüşler

### 1. Öncelikli İncelemeyi Usul Ekonomisiyle Açıklayan Görüş

Türk hukukunda dava şartlarının amacının, bir davanın esasına ilişkin incelemeye geçilebilmesi için gerekli olan şartları ve bunların incelenme usulünü belirlemek; böylece, davaların daha çabuk ve ekonomik bir şekilde sonuçlanmasına yardımcı olmak olduğu ifade edilmiştir<sup>230</sup>. Bu görüşe katılmamaktayım; zira o zaman dayanak noktası olarak usul ekonomisi esas alınmış olur ve usul ekonomisinin gerektirdiği hallerde dava şartı incelenmeden doğrudan esasa ilişkin karar verilebilir. Oysa zaten sorun, çoğu zaman davanın esastan reddedileceğinin aşikar olmasına rağmen, yine de öncelikli olarak dava şartlarının incelenecek olması, yani usul ekonomisine aykırı şekilde öncelikli incelemenin ortaya çıkmasıdır<sup>231</sup>. Örneğin, TTK'nın 776. maddesinin birinci fıkrasının f bendine göre düzenleme tarihi bononun zorunlu unsurlarındandır. İşte düzenleme tarihi olmayan bir senede dayanılarak iş mahkemesinde dava açılması halinde, mahkeme bu basit ve en ufak bir tahkikatı gerektirmeyen davayı esastan karara bağlayamaz, görevsizlik kararı vermesi gerekir. Davanın akıbeti, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 20. maddesine göre belli olacaktır. Halbuki eğer dava şartlarının öncelikli incelenmesinin sebebi usul ekonomisi olsaydı, usul ekonomisine aykırı olan bu durumda, esastan davanın reddine

---

<sup>230</sup> **Kuru**, Dava Şartları, s. 148; **Hanağası**, Menfaat, s. 295; **Özbek, M. S.**: Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansı, 3. Baskı, Ankara 2018, s. 147; **Elgün Toğrul** s. 115; **Aslan**, Görev, s. 302-303; **Candemir, M. Ü.**: “Dava Şartlarına Aykırılığın Kanun Yolunda Denetlenmesi”, Prof. Dr. Selçuk Öztekin'e Armağan, C. II, İstanbul 2022, s. 779-828, s. 780-781. HGK., E. 2017/979 K. 2021/759 T. 15.06.2021.

<sup>231</sup> **Lindacher**, s. 132.

karar verilmesi gerekirdi. Türk hukukundaki bu görüş eskiden Alman hukukunda da ifade ediliyordu<sup>232</sup>. Ancak yukarıdaki gerekçelerle orada kabul görmemiştir<sup>233</sup>.

## 2. Öncelikli İncelemeyi Mantık Kurallarıyla Açıklayan Görüş

Dava şartlarının öncelikli incelenmesinin “mantık” gereği olduğunun ifade edilmesi de<sup>234</sup> tek başına bir anlam taşımamaktadır. Mantık kavramını kullanmanın bir ön şartı mantık kavramının hangi anlamda kullanıldığının tespitidir. Dava şartlarının öncelikli incelenmesi sorusunda, şekli mantık ile hukuk mantığı karşı karşıya gelir<sup>235</sup>.

Dava şartlarının öncelikli incelenmesini reddeden görüşe karşı ileri sürülen mantıkla bağdaşmazlık savı, şekli mantık kurallarına (içerikten bağımsız olarak çıkarım yapma ve delil ileri sürme) aykırılık olarak algılanırsa, bu yönde bir ihlal olduğu sonucuna varılamaz<sup>236</sup>. Zira davanın, nasıl olsa esastan reddedileceğine dayanılarak esastan ret kararı verilmesi veya hem usulden hem esastan ret kararı verilmesi şekli mantık kurallarına aykırılık teşkil etmez<sup>237</sup>. Zira şüphesiz olan, davanın kabul edilmesi için hem maddi hukukun hem de usul hukukunun varlığını aradığı şartların gerçekleşmiş olması olduğuna göre; bu şartlardan herhangi birinin eksikliği belliyse, hukuki koruma talebinin reddi mantık kurallarına uygundur ve öncelikli incelemeyi açıklamak için bir

---

<sup>232</sup> Petersen s. 204.

<sup>233</sup> Öncelikli inceleme için kesin hüküm kapsamı yerine usul ekonomisine dayanmanın doğru olmadığı yönünde ayrıca **PG/Prütting** Einl. Rn. 7.

<sup>234</sup> **Jauernig**, Prozess- und Sachabweisung, 236; **Berg**, Zulässigkeitsvoraussetzungen, 123.

<sup>235</sup> Krş. **Sauer** s. 66.

<sup>236</sup> **Sauer** s. 66.

<sup>237</sup> **Sauer** s. 66; **Lindacher** s. 133; **Grunsky**, Sachurteils, s. 58.

başka öncüle ihtiyaç vardır<sup>238</sup>. Dolayısıyla sadece şekli mantıktan yola çıkılarak öncelikli incelemeye dair tartışmada bir görüşün yanlışlanması mümkün değildir<sup>239</sup>.

Şekli mantık yerine, yargılama hukukunun temel ilkelerinden hareket etmeyi ifade eden hukuk mantığı<sup>240</sup> kavramına başvurulabilir<sup>241</sup>. Sauer<sup>242</sup>, temel ilkelerden hareket edilmesi halinde argümantasyonun değer yargıları alanına taşınacağını, bu yüzden mantık kavramının terk edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Ancak yazarın işaret ettiği bir nokta vardır: Düşünsel çıkarımların doğruluğu hakkında mantık kuralları geçerlidir, ama bu kurallar, argümantasyonun üzerine inşa edildiği temel ilkelerin içeriğinin doğruluğuna veya bu ilkelerden içeriksel bir çıkarım yapıp yapılamayacağına ilişkin değildir<sup>243</sup>.

Hem kabul edilebilirlik hem haklılıktan ret kararı verildiğinde kendi içerisindeki çelişki nedeniyle kesin hüküm teşkil eden bir içeriğe sahip olamayacağının iddia edilmesi dava şartlarının öncelikli incelendiği öncülünü içinde barındırmaktadır; bu yüzden mantık argümanı bir darbe daha almaktadır<sup>244</sup>.

### 3. Öncelikli İncelemeyi, Usulden Ret Kararı ve Esastan Ret Kararını Karşılaştırarak Kabul Eden Görüş

Bu başlık altında davanın usulden veya esastan reddedilmesi halleri incelenecektir. Çünkü, dava şartları hakkında verilen nihai karar ancak davayı

---

<sup>238</sup> Sauer s. 66. Esasa ilişkin bir kararın yalnızca davanın kabul edilebilirliğine yönelik hiçbir şüphe olmaması halinde verilebileceği ifadesi kabul edilirse, şekli mantık kurallarına uygunluğa ilişkin bir değerlendirme yapılabilir ancak burada da sorun, doğruluğu tartışmalı olan bir öncülün kabul edilmesiyle birlikte bu ifadenin kullanılabilir olmasıdır, Sauer s. 66; aynı yönde Lindacher s. 133. Lindacher, bu ifadeyi *petitio principii* (döngüsel akıl yürütme) olarak nitelemektedir.

<sup>239</sup> Jauernig, Zivilurteil, s. 193; Grunsky, Sachurteil, s. 58 vd.

<sup>240</sup> Bkz. Aral, V.: Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul 2012, s. 165.

<sup>241</sup> Berg, Sachurteils Voraussetzungen, s. 258.

<sup>242</sup> Sauer s. 66.

<sup>243</sup> Sauer s. 66-67.

<sup>244</sup> Lindacher, Reihenfolge, s. 133-134.

reddeden bir karar olarak ortaya çıkabilir. Esastan ret ve usulden ret kararlarında mahkeme, o şart olmadan davanın kabulüne karar verebilmesi mümkün değilse, sadece o şartı incelemek ve bu şartın yokluğuna karar vermekle yetinebilir<sup>245</sup>; oysa mahkemece esastan kabul edilen bir davada, hem usule hem esasa ilişkin tüm şartların gerçekleşmiş olması gerekir<sup>246</sup>. Bu değer farkı, usule ilişkin ve esasa ilişkin kararların karşılaştırılmasında göz ardı edilemez ve davayı esastan kabul eden kararların kapsam dışında bırakılmasını gerektirir<sup>247</sup>.

Usul-esas ayrımının temelinde ve öncelikli incelemede, çoğunlukla, kesin hükmün etkisindeki veya kapsamındaki farklılığın olduğu ifade edilmektedir<sup>248</sup>. İşte buradan yola çıkarak hakim öğreti, maddi anlamda kesin hükmün kapsamı konusunda usulden ve esastan verilen kararlar arasında fark olduğunu ifade etmektedir<sup>249</sup>. Dava şartlarının öncelikli incelenmesinde bu kapsam farkı rol oynamaktadır. O halde önce bu konuda bir farklılık olup olmadığı ortaya konulmalıdır. Bu arada, Türk hukukundaki görüşlerin haklılığı tartışılabilir<sup>250</sup>.

---

<sup>245</sup> Alman hukukunda “karar olgunluğu” (Entscheidungsreif) olarak nitelendirilen bu durumda, uyuşmazlığın açıklığa kavuşması halinde (bu ya mahkemece yargılamada delillerin tüketilmesiyle ya da kalan dava malzemesinin usulüne uygun şekilde susturulmasıyla (Präklusion) gerçekleşir). Ondan sonra mahkeme kendi hukuki görüşüne göre davayı kabul edebilir veya (usulden veya esastan) reddedebilir. Karar olgunluğuna eriştikten sonra, mahkeme, zor hukuki sorunların değerlendirilmesini, ilave delil gösterilmesini ve hukuki durmun değişmesini bekleyemez, **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 59 Rn. 8.

<sup>246</sup> Ayrıca bkz. aşağıda İkinci Bölüm IV K 6.

<sup>247</sup> Burada her ne kadar esastan ret kararı ifadesi kullanılsa da, menfi tespit davasının kabulü de bu kapsama dahildir; zira bu dava türünde usuli roller değişmiştir. Konu bakımından menfi tespit davasında başka bir farklılık olmadığı için menfi tespit davasının açıkça kullanmaya gerek yoktur, **Rimmelpacher**, von Amts wegen, s. 93 dn. 136.

<sup>248</sup> **Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle** Vor § 253 Rn. 17; **Stein/Jonas/Roth** Vor § 253 Rn. 162; **PG/Prütting** Einl. Rn. 7. **MüKoZPO/Becker-Eberhard** Vor § 253 Rn. 19. Buna karşın aynı kategori içinde olmak kaydıyla, birden çok ret sebebine dayanarak karar verilmesi mümkündür, **Grunsky**, Sachurteil, s. 57; **Thomas/Putzo/Seiler** Vor § 253 Rn. 8; **Hau**, Zulässigkeit und Begründetheit, s. 38.

<sup>249</sup> Bu sebeple kanun yolunda üst mahkeme davanın ret sebebini değiştirebilir, **Zöller/Greger** Vor § 253 Rn. 10; benzer yönde **Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Zürcher** Art. 59 N 14.

<sup>250</sup> **Boran Güneysu N.**: Medeni Usul Hukukunda Karar, Ankara 2014, s. 110; HGK., E. 2017/657 K. 2021/491 T. 15.04.2021.

Türk hukukunda bir görüşe göre<sup>251</sup>, usule ilişkin kararlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez. Bir başka görüşe göre<sup>252</sup>, usule ilişkin kararlar “bağlayıcı” olmak anlamında kesin hüküm teşkil edip ilgili oldukları usuli eksiklik için bu etkiyi haizdir. Bir başka görüş<sup>253</sup>, usuli kararlara maddi anlamda kesin hüküm etkisi tanımakta ama bunun sadece usule ilişkin oldukları sorun konusunda kesin hüküm teşkil ettiğini ifade etmektedir.

Türk hukukunun maddi anlamda kesin hükme, dava şartı niteliği yüklediği dikkate alındığında, bu teorinin kaynağı olan Alman hukuk düzeninin daha yakından incelenmesinin yararlı olacağı kuşkusuzdur. Alman hukukunda, hukuk mahkemesi tarafından verilip bir hukuki durumu tespit eden mahkeme kararlarının maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeye elverişli olduğu kabul edilmektedir<sup>254</sup>. Maddi anlamda kesin hüküm oluşturmak bakımından da usulden ret kararı ve esastan ret kararı

<sup>251</sup> **Yılmaz**, Şerh Cilt IV, s. 4463; **Tanrıver**, Cilt II, s. 112; **Erdoğan**, Kesin Hüküm, s. 97; **Candemir**, Dava Şartlarına Aykırılık, s. 784.

<sup>252</sup> **Atalı**, Pekcanitez Usul, s. 2057.

<sup>253</sup> **Kuru**, Cilt V, s. 5037; **Gürdoğan, B.**: Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960, s. 38; **Aslan, K.**: “Medeni Usul Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılmasının Etkileri”, MİHDER, C. 9, S. 25, 2013, s. 29-113, s. 109.

<sup>254</sup> **Zöller/Greger** Vor § 322 Rn. 7. Türk hukukunda icra mahkemesinin itirazın kaldırılması kararlarının maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediği hakim görüşüdür. Buna temel olarak icra mahkemesinin tüm delilleri değerlendirme imkanının olmadığından hareket edilmektedir, **Kuru**, İcra El Kitabı, s. 80; **Yılmaz**, Şerh Cilt IV, s. 4479; **Arslan, R./Yılmaz, E./Taşpınar Ayvaz, S./Hanağası, E.**: İcra ve İflas Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2022, s. 256,265; **Pekcanitez, H./Atalay, O./Sungurtekin Özkan, M./Özekes, M.**: İcra ve İflas Hukuku, 11. Bası, Ankara 2013, s. 117. Bu görüşe katılmamaktayız. Öğretide **Umar**, itirazın kaldırılması yargılamasında verilen kararın, takip konusu alacak için kesin hüküm oluşturmadığını kabul etmekle birlikte itirazın kaldırılması için “dava değildir” ifadesinin uygunsuzluğuna dikkat çekmektedir. Buna göre, itirazın kaldırılması talebini sonuçlandıran karar yalnızca “*Bu süreç sonunda icra hukuku kuralları gereğince istemi kabul etmek ve böylece başlamış icra takibinin sürdürülmesine cevaz vermek mi, yoksa istemi reddetmek ve böylece zaten itiraz üzerine durmuş olan takibin sürdürülmesine olanak vermemek mi gerekir?*” sorusunu yanıtlar. Takip konusu alacak, itirazın kaldırılması yargılaması sonucu verilen kararın konusu olmadığı için sonrasında bir menfi tespit davası açılması mümkündür. İtirazın kaldırılması yukarıdaki soruya cevap veren bir tespit davasıdır. **Umar, B.**: “Kuru/Arslan/Yılmaz’ın İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı Üzerine Gözlemler (15. Basım)”, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 685-705, s.702-703.



arasında bir fark yoktur, usulden ret kararı da maddi anlamda kesin hüküm oluşturur<sup>255</sup>.

Öncelikle Alman hukukundaki bu görüşün temelleri incelenebilir. Temelde yatan bu konudaki ihtiyaçtır<sup>256</sup>. Buradaki pratik ihtiyaç, yargı yolu, görev veya kesin yetki, yargı hakkı veya tahkim itirazı<sup>257</sup> nedeniyle reddedilen davadaki karar sonrasında, davacının tekrar nedensiz olarak dava açması nedeniyle mahkemenin aynı hukuki sorun hakkında yeni bir karar verme zorunluluğunun önüne geçilmesidir<sup>258</sup>. Ayrıca hukuki durumun nihai olarak belirlenmesi usulden ret kararı lehine olan tarafın korunması ihtiyacı usulden ret kararlarında, esastan ret kararlarına kıyasla daha az değildir<sup>259</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kesin hükmü düzenleyen 303. maddesi bu yorumu engellemez; zira ikinci fıkra "*ileri sürülen taleplerden*"<sup>260</sup> bahsetmektedir. Usulden ret kararı da ileri sürülen talep hakkında verilen bir karardır<sup>261</sup> ve Kanun metni, kararın mutlaka esasa ilişkin olmasından bahsetmemiştir<sup>262</sup>. Aksine Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 294. maddesinin altıncı fıkrasına göre "*Hükme ilişkin hususlar, niteliğine aykırı düşmedikçe, usule ilişkin nihai karar hakkında da*

---

<sup>255</sup> **Berg**, Zulässigkeit, s. 124 dn. 17; **Blomeyer, A.** s. 480; **Blomeyer, J.**, Zulässigkeit und Begründetheit, s. 32; **Grunsky**, Sachurteil, s. 61; **Schwalbach** s. 429-430; **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 93; **Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle** Vor § 253 Rn. 17; **Harms** s. 196; **MüKoZPO/Gottwald** § 322 Rn. 27; **Henckel**, Prozessrecht, s. 227; **Zöller/Greger** Vor § 322 Rn. 7; **Martin** s. 43; **Stein/Jonas/Althammer** § 322 Rn. 55; **Hau**, Zulässigkeit und Begründetheit, s. 37; **Lüke**, ZivilProzR I § 3 Rn. 3; **Pohle**, Rangordnung, s. 161; **Jauernig**, Prozessvoraussetzungen, s. 294; Kesin hükmün bağlayıcılığını açıklayan teorilerden yalnızca usuli teorinin kabul edilmesi halinde bu sonuç söz konusu olur; zira maddi hukuka dayanan kesin hüküm teorisinde, herhangi bir maddi hukuk sonucu olmayan usuli kararlar açıklanamaz, **Jauernig/Hess** § 62 Rn. 8.

<sup>256</sup> **Rosenberg**, Lehrbuch, s. 744; **MüKoZPO/Gottwald** § 322 Rn. 27; **Grunsky**, Grundlagen, § 47 II 2, s. 486.

<sup>257</sup> Tahkim itirazının bir ilk itiraz olması burada bir farklılık yaratamaz; çünkü o halde de, verilen ret kararı esasa ilişkin bir ret kararı olmayıp usulden ret kararı olacaktır.

<sup>258</sup> **Rosenberg**, Lehrbuch, s. 744.

<sup>259</sup> **Grunsky**, Grundlagen, § 47 II 1 2, s. 486.

<sup>260</sup> Buradaki talep ifadesi usuli talep yani dava konusudur.

<sup>261</sup> **Jauernig**, Prozess- und Sachabweisung, s. 236; **Rosenberg**, Lehrbuch, s. 744.

<sup>262</sup> Krş. **Rosenberg**, Lehrbuch, s. 744. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 303. Maddesini ikinci fıkrasıyla Zivilprozessordnung'un 322. maddesinin birinci fıkrası aynıdır.

*uygulanır”* diyerek, bu düşünceye bir dayanak noktası daha kazandırmaktadır. Niteliğe aykırı düşüldüğünün ileri sürüleceği bir temel yoktur. Bu görüşe sadece kesin hükmün maddi hukukla açıklayan yazarlar karşı çıkar, bunun nedeni ise usuli kararların kesin hüküm teşkil etmesini kendi teorileriyle bağdaştırmalarındaki zorluk olarak ele alınmıştır<sup>263</sup>.

Ayrıca günümüz usul hukuku sistemleri, temelinde Roma Hukuku bakış açısını değil, Alman bakış açısını esas almıştır<sup>264</sup>. Bunun en açık örneği ise, Roma Hukuku’nda farklı olarak, mahkeme kararlarının hepsini meydana gelmeleri bakımından yeknesaklaştırdığı gibi içeriklerini dikkate almamıştır (bilhassa kararların bağlayıcı kuvveti bakımından)<sup>265</sup>.

Usulden ret kararı sonrası yeniden dava açılmasının nasıl mümkün olduğunu açıklamak ise basittir. Bu halde sadece kabul edilebilirlik sorunu<sup>266</sup> kararın konusunu oluşturur ve davanın, o ilgili engelden dolayı kabul edilebilir olmadığı kesin hükümle tespit edilmiş olur<sup>267</sup>. Maddi anlamda kesin hüküm, etkisini sadece aynı hukuki sorunun aynı taraflar arasında ileri sürülmesi haline gösterir<sup>268</sup>. Örneğin, görevsizlik nedeniyle davanın reddedilmesi halinde, aynı mahkeme önünde aynı davanın açılması halinde maddi anlamda kesin hüküm etkisi söz konusu olur<sup>269</sup>. Aynı mahkeme önünde önceki kesin hükmün zaman bakımından dışında kalan bir vakıya dayanılarak dava

---

<sup>263</sup> Bkz. **Rosenberg**, Lehrbuch, s. 744. Günümüzde ise, usuli kararların maddi anlamda kesin hüküm niteliğini haiz olmasının da, maddi hukuka dayanan maddi anlamda kesin hüküm teorisiyle bağdaştırılabileceğini ifade eden bir görüş bulunmaktadır, **Stein/Jonas/Althammer** § 322 Rn. 24.

<sup>264</sup> **Stein** s. 11.

<sup>265</sup> **Stein** s. 11.

<sup>266</sup> Bu ifadenin kullanılmasının nedeni ilk itirazlar halinde de usulden ret kararı veriliyor olmasıdır.

<sup>267</sup> **Rosenberg**, Lehrbuch, s. 744; **Stein/Jonas/Leipold** § 322 Rn. 126; **Berg**, Zulässigkeit, s. 126; **Pohle**, Rangordnung, s. 161; **Sauer, H. J.**, s. 37; **Stein/Jonas/Roth** Vor § 253 Rn. 142; **Wurzer**, Prozessvoraussetzungen, s. 62; **Kuru**, Cilt V, s. 5037; **Gürdoğan** s. 38.

<sup>268</sup> **Rosenberg**, Lehrbuch, s. 744; krş. **Kuru**, Cilt V, s. 4987; **Yılmaz**, Şerh Cilt IV, s. 4430; **Tanrıver**, Cilt II, s. 120.

<sup>269</sup> **Rosenberg**, Lehrbuch, s. 744; **Habscheid, W. J.**, Zur materiellen Rechtskraft des Unzuständigkeitsentscheids, Festschrift für Hideo Nakamura, Tokyo 1996, s. 203-220, s. 208-209.

açılması veya farklı bir mahkeme önünde dava açılması halinde ise maddi anlamda kesin hükmün etkisi ortaya çıkmaz<sup>270</sup>. Yani maddi hukuktaki duruma dair bir karara ulaşma yolu kapatılmamıştır<sup>271</sup>.

Usulden ret kararlarında kararın konusu ve kesin hüküm konusu arasında bir ayrım söz konusudur<sup>272</sup>. Bunun anlamı, kararın verildiği zaman mevcut olup kararın gerekçesinde yer alan usuli durumda da şu anda da usulen kabul edilebilir bir dava söz konusu değildir, meğer ki, ilk davada redde sebebiyet veren usuli durumda değişiklik meydana gelmiş olsun<sup>273</sup>. Yani söz konusu usuli engelin kalkmasından sonra dava yeniden açılabilir<sup>274</sup>. Esastan ret kararında da bu yaklaşım farklı değildir. Maddi anlamda kesin hüküm gücünü haiz olan hüküm sonucudur, bu nedenle davayı reddeden kararlarda da, ret sebepleriyle bağlılık kabul edilebilir<sup>275</sup>. Aslında Türk hukukundaki usulden ret kararına maddi anlamda kesin hüküm tanımayan görüş bakımından da bu ifadeler tamamen yabancı değildir. Bu görüşe göre<sup>276</sup>, mahkemelerin usule ilişkin nihai kararlarının taraflar açısından bağlayıcı olduğu ve kesinlik teşkil ettiği ifade edilmektedir. Görüşe göre esasa ilişkin nihai kararlardan

<sup>270</sup> **Rosenberg**, Lehrbuch, s. 744-745; krş. **Yılmaz**, Şerh Cilt IV, s. 4436.

<sup>271</sup> **Habscheid, W. J.**, S. 209.

<sup>272</sup> **Jauernig**, Prozessvoraussetzungen, s. 294; **Jauernig/Hess** § 33 Rn. 18; **Hau**, Zulässigkeit, s. 365.

<sup>273</sup> **Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle** Vor § 253 Rn. 17; **Jauernig/Hess** § 62 Rn. 8; **Harms**, usuli kararlara kesin hüküm etkisi tanınmasının anlamının, sonraki yargılamada kesin hükümle karara bağlanmış şartın yeniden incelenmesini gereksiz hale getireceğini, yani ilk başta dikkate alınması olduğunu ifade etmektedir, **Harms** s. 196-197.

<sup>274</sup> **Jauernig/Hess** § 62 Rn. 8; **Hau**, Zulässigkeit, s. 365; **Zöller/Greger** Vor § 253 Rn. 9; **Stein/Jonas/Leipold** § 322 Rn. 127. **Sauer**, usulden ret kararı ve esastan ret kararı arasında kesin hüküm etkisinin kapsamı bakımından fark olduğunu ifade etmektedir. Yazarın bir dayanağı, esastan ret kararı sonrası davacının lehine yeni bir vakıa meydana gelmesinin mümkün ama tipik olmadığıdır. Diğerleri ise, karar sonrası meydana gelen vakıanın nitelik farkı yani, esastan ret kararında talep sonucunda ileri sürülen hukuki sonuç iddiasının içeriğine ilişkin, usulden ret kararı sonrası meydana gelen vakıa bunu konu almaz. Buradan çıkarılan sonuç ise yeni vakıaların farklı nitelikleri nedeniyle, kesin hüküm etkisine tesirinin birbiriyle karşılaştırılmayacağıdır. **Sauer** s. 39. Yazar'ın görüşünün zayıf noktası, yeni vakıa meydana gelmesinin mümkün, ama tipik olmadığı üzerinden yaptığı kurgudur. Daha sonra meydana gelen vakıanın niteliğinin maddi hukuka ilişkin olup olmadığı ise dava şartlarının veya ilk itirazların yargılama hukukuna ait olduklarını doğrulamaktan öteye giden bir anlamı haiz değildir.

<sup>275</sup> **Stein**, Rechtskraft, s. 20; **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 154 Rn. 26

<sup>276</sup> **Atalı**, Pekcanitez Usul, s. 57; **Erdoğan**, Hakem Kararları, s. 99 dn. 31.

farklı olarak, usule ilişkin nihai kararlar yalnızca usule ilişkin sonuçları açısından bağlayıcılık gösterir. Örneğin, mahkemenin yargı hakkının bulunmaması sebebiyle davanın usulden reddi kararı, kural veya tarafların konumları değişmediği sürece, taraflar ve mahkemeler için bağlayıcıdır. Bağlayıcılığın yalnızca usuli yönden olmasının sonucu ise, usuli eksikliğin giderilmesi halinde, aynı davanın esastan görülmesinin önünde bir engel kalmamasıdır. Usulden ret kararlarına bağlayıcılık tanıyan ancak maddi anlamda kesin hükmün dışında olduğunu savunan görüşün ifade ettiği şey de aslında maddi anlamda kesin hükümdür; zira nihai karar hakkında tespit işlevi olan usuli kesinlik diye bir kurum hukukumuzda yoktur. Öte yandan maddi anlamda kesin hükmün etkisi usulden veya esastan verilen karara göre değişiklik göstermez<sup>277</sup>.

Maddi anlamda kesin hükmün etkisinin ne olduğu, ilgili kısımda açıklanmıştır, yani aynı dava konusunda, ikinci davanın hakiminin yeni bir yargılama yapması ve karar vermesi yasaklanmıştır. Usulden ret kararları da bu etkiyi haizdir<sup>278</sup>. Ayrıca usulden ret kararlarına maddi anlamda kesin hüküm niteliği yüklenmeyecekse zaten usulden ret kararının soruna ilişkin kesinlik arz ettiğini ifade etmenin herhangi bir sonucu yoktur. Alman Federal Mahkemesi'nin eski içtihadında olduğu gibi, usulden ret kararının davanın genel olarak kabul edilebilir olmamasının tespit edildiği kabul edilirse, yeni dava açmak tabii ki usulden ret kararının maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediği söylenmek zorundadır<sup>279</sup>. Oysa usulden ret kararında, kesin hükmün kapsam ve konusu ret sebebiyle sınırlandığında artık usulden ret kararına da maddi anlamda kesin hüküm etkisi tanınması önünde bir engel yoktur<sup>280</sup>. Usuli sorunla

---

<sup>277</sup> **Jauernig**, Prozess- und Sachabweisung, s. 235.

<sup>278</sup> **Jauernig**, Prozess- und Sachabweisung, s. 235.

<sup>279</sup> Bkz. **Jauernig**, Prozessvoraussetzungen, s. 293.

<sup>280</sup> **Jauernig**, Prozessvoraussetzungen, s. 293.

bağlılığı ifade eden Türk hukukunda da, hem dava konusu hakkında farklı bir düşünce olmaması hem de maddi anlamda kesin hükme dava şartı niteliği verildiği düşünüldüğünde aksi bir yorum yapılmasına gerek yoktur.

Esastan ret kararında yeni bir dava açma imkanının olmaması, buna karşılık usulden ret kararında bu imkanının olması kesin hüküm etkisindeki farklılık sebebiyle değil tamamen kesin hükmün konusu ve kapsamındaki farklılık nedeniyledir<sup>281</sup>. Esastan ret kararında, dava konusu tüm açılardan incelenmiştir<sup>282</sup>. Hem usul hem esas bakımından tam bir inceleme yapılmıştır. Kural olarak mahkemenin davayı kabul etmesi için gerekli olan maddi hukuka ait şartların tekrar getirilmesi mümkün değildir<sup>283</sup>.

Burada aslında kesin hüküm etkisinin kapsamında bir değişiklik söz konusu değildir. Yargılamanın kapsamına dahil olmayan bir vakıanın (kesin hükmün, zaman bakımından kapsamına girmeyen bir vakıa<sup>284</sup>) daha sonra ilk davadaki vakıalara eklenerek yeni bir dava açılması mümkündür. Bu halde usule ilişkin karar açısından geçerli olan maddi anlamda kesin hüküm bir engel teşkil etmez<sup>285</sup>. Esasa ilişkin kararda ise, usule ilişkin kararın aksine, güncel değil, geçmişte meydana gelmiş

<sup>281</sup> **Jauernig**, Prozess- und Sachabweisung, s. 235.

<sup>282</sup> **Berg**, Zulässigkeit, s. 126; **Jauernig**, Prozess- und Sachabweisung, s. 235; **Martin** s. 43.

<sup>283</sup> **Jauernig**, Prozess- und Sachabweisung, s. 235. **Jauernig**, bunun istisnası olarak şimdilik ret kararını görmektedir. **Martin** de şimdilik ret kararı hariç, talebin ikinci defa ileri sürülemeyeceğini ifade etmektedir, **Martin** s. 43. Şimdilik ret kararına ilişkin durumun farklılık gösterip göstermediği tartışılabilir. Örneğin, bazı yazarlar, ödemezlik def'inin söz konusu olduğu durumlar için özellikle, şarta bağlı hüküm verilemeyeceğini, onun yerine davanın şimdilik reddine karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir, bkz. **Tanrıver**, Medeni Usul Cilt-I, s. 1145; Oysa bu durumda da hakimin, gelecekteki değişimleri göz önünde bulundurarak şimdilik ret kararı vermesiyle, sadece şimdiki durumu dikkate alarak sınırlanmamış bir ret kararı vermesi arasında fark yoktur. Zira sonradan yeni vakıaların ortaya çıkması sonucu, maddi anlamda kesin hüküm engeliyle karşılaşılmadan yeni bir dava açılması mümkündür, **Grunsky, W.:** "Rechtskraft von Entscheidungsgründen unnd Beschwer", ZJP (76) 1963, s. 165-183, s. 166. Buradan yola çıkıldığında belki kabaca usulden ret kararlarının kural olarak şimdilik ret kararı gibi bir ret kararı olarak ortaya çıktığı söylenebilir, **Jauernig**, Prozess- und Sachabweisung, s. 235.

<sup>284</sup> Kesin hükmün zaman bakımından kapsamı tarafların dava sırasında yeni vakıa getirme olanaklarının olduğu ana esas alınarak belirlenir, **Jauernig/Hess** § 62 Rn. 63.

<sup>285</sup> **Özkaya Ferendeci**, Objektif Sınırlar, s. 6-7.

vakıalar temel alınarak hüküm kurulması söz konusudur. Mevcut olmasına rağmen ileri sürülmeyen vakıalar susar (Präklusion etkisi). Buna göre maddi anlamda kesin hüküm, zamanında ileri sürülmeyen, geç ileri sürülüp kesin hükümle tespit edilen noktalarla ilgili vakıaların dikkate alınmaması sonucunu doğurur. Çünkü yapılan tespitin değiştirilmesi mümkün değilse, söz konusu hukuki sonuçlar ilgili vakıa iddialarının ve delillerin herhangi bir anlamı kalmamaktadır. Tarafın, o esnada bu vakıa iddiasından veya delilden haberi olup olmaması önem taşımaz. Vakıaların susması nedeniyle dava esastan reddedilir<sup>286</sup>. İleri sürülmesine rağmen ispat edilemeyen bir vakıa ise şartlarının oluşması halinde yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak değerlendirilebilir. Ama her iki halde de maddi hukuka göre hukuki sonucun doğduğu geçmiş zamanda bir değişiklik yapılması mümkün değildir, geçmişte ortaya çıkan vakıalar maddi hukuka göre bir kalıba girmiştir veya girmemiştir. Kesin hüküm etkisi bakımından bir farklılık olmasından ziyade, esastan verilen kararlarda vakılarda meydana gelebilecek bir değişiklik söz konusu değildir. Oysa dava şartları, kaynağını usul ilişkisinden alır. Yargılama ilişkisi mahkemeye her başvurulduğunda kurulan güncel bir ilişki olması sebebiyle daha sonra kurulan ilişkide önceki ilişkinin kanunun öngördüğü şekilde çalışmasını engelleyen unsurların ortadan kalkması mümkündür. Dolayısıyla esastan ve usulden ret kararları arasında kesin hükmün zaman bakımından sınırlarında farklılık olduğunu iddia eden görüşün<sup>287</sup> kabulü zor görünmemektedir.

Bu konuda farklı bir görüş Henckel'e aittir<sup>288</sup>. Yazar, kesin hüküm teşkil eden usulden ret kararındaki somut ret sebebine bağlılığını savunan görüşün dava şartlarının

---

<sup>286</sup> Jauernig/Hess § 62 Rn. 22; Özkaya Ferendeci, Objektif Sınırlar, s. 6-7.

<sup>287</sup> Martin s. 44.

<sup>288</sup> Henckel, Prozessrecht, s. 228.

öncelikli incelenmesi öncülüne dayandığını ifade etmektedir. Yazar'ın bu düşüncesi anlaşılammıştır. Zira dava şartlarının öncelikli incelenmesiyle kesin hüküm etkisi arasında bir bağlantı olduğunun kabulü şu koşula bağlıdır<sup>289</sup>: Bir davanın, dava şartlarının fonksiyonundan bağımsız olarak, ancak zaman bakımından sınırlanmış etkiyi haiz usulden kararının gündeme gelmemesi halinde, kesin olarak esastan reddedilebileceğini öngören bir hukuk kuralının varlığı. Ancak böyle bir yaklaşıma herhangi bir kaynaktan rastlanılmadığı için, Yazar'ın hangi görüşe eleştiri getirdiğini söylemek mümkün değildir. Yine öncelikli inceleme kabul edilmemesi kesin hükmün kapsamında ve konusunda belirsizliğine de yol açmaz<sup>290</sup>. Çünkü mahkemenin öncelikli incelemeyi reddederek dava şartlarını incelemeyi esastan reddi mümkün görmesi halinde, ortada esastan bir ret kararı olduğu konusunda şüphe kalmaz<sup>291</sup>. Ayrıca öncelikli incelemenin reddi halinde oluşacak tabloda, şu anda kabul edilen ve birden çok esastan ret sebebi olması halinden farklı bir durum oluşmaz.

Usulden ret kararının davacının lehine olduğunu, zira usuli engelin kaldırılmasının daha kolay olduğunun ifade edilmesi<sup>292</sup> mümkün değildir. Usule ilişkin engellerin de her ihtimalde kaldırılabilir olduğu söylenemez; örneğin tahkim ilk itirazının sürüldüğü hallerde bu mümkün değildir<sup>293</sup>. Yine yargı bağımsızlığı için de aynı şekilde yaklaşılma imkanı vardır.

---

<sup>289</sup> **Martin** s. 42.

<sup>290</sup> **Martin** s. 42.

<sup>291</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 94 Rn. 45; **Martin** s. 42.

<sup>292</sup> **Henckel**, Prozessrecht, s. 228; **Sauer** s. 62.

<sup>293</sup> **Jauernig**, Prozess- und Sachabweisung, s. 235-236; aynı yönde **Lindacher** s. 134.

Bir dava hem usulden hem esastan reddedilemez<sup>294</sup>. Reddedilmişse, esasa ilişkin bir kesin hüküm etkisi oluşmaz<sup>295</sup>. Öte yandan davanın kabul edilebilirliğine ilişkin konular kasten<sup>296</sup> veya yanlışlıkla<sup>297</sup> açık bırakılmışsa; karar, esasa ilişkin maddi anlamda kesin hüküm etkisini haiz olur. Çünkü genellikle mahkeme, başka bir açıklama olmadan mahkemenin esasa ilişkin karar vermesiyle birlikte, tesadüfen davayı kabul edilebilir saymaktadır<sup>298</sup>.

Buradan yola çıkarak mahkemenin davayı kabul ettiği halde ve kabul ettiği ölçüde, öncelikli incelenme kuralının etkisinin sadece mahkemenin yargılama biçimi hakkında olduğu, yoksa verilen karar üzerinde pratik bir etkisi olmadığı ifade edilebilir<sup>299</sup>. Bu hükümde davanın kabul edilmesi için gereken usuli ve maddi şartların sağlanmış olması gerektiğinden, bu kararda izlenen inceleme sırası ifadesini

<sup>294</sup> **Hanağası**, Menfaat, s. 321-322; HGK., E. 2017/657 K. 2021/491 T. 15.04.2021. Ancak Hukuk Genel Kurulu kararda makul bir gerekçelendirme yapmamıştır. Bir davanın hem esastan hem usulden reddedilemeyeceğine ilişkin kabul, dava şartları ve ilk itirazların öncelikli incelenmesinden kaynaklanır. Yargıtay ise, bu konudaki tartışmalara girmeksizin Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 294. maddesinden hareketle, hüküm ve karar kavramı üzerinde durmuştur. Buradan hareket edildiğinde tartışılması gereken, hükmün altıncı fıkrasındaki “*Hükme ilişkin hususlar, niteliğine aykırı düşmedikçe, usule ilişkin nihai kararlar hakkında da uygulanır*” ifadesidir. Ancak bu konuda bir değerlendirme yapılmamıştır. Dolayısıyla ifade sonuç itibarıyla doğru olsa da, ilgili konular tartışılmadığı için varılan doğru sonuç tesadüfidir.

<sup>295</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 94 Rn. 44; **Thomas/Putzo/Seiler** Vor § 253 Rn. 8; **Grunsky**, Grundlegend, § 34 II 1, s. 320, dn. 11; **Musielak/Voit/Musielak**, ZPO § 322 Rn. 46; **Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle** Vor § 253 Rn. 17; Öte yandan **Anders**<sup>295</sup>, herhangi bir bağlayıcılığı olmasa da, usul ekonomisi sebebiyle, mahkemenin, davanın aynı zamanda esastan reddinin mümkün olduğuna dikkat çekebileceğini ifade etmektedir. Yazar bu esnada uyumsuzluğun temeliyle sınırlı kalınmasını önermektedir. Bu tip bir değerlendirme bazı durumlarda davası reddedilen davacıya kanun yoluna başvuru rizikosunu daha iyi bir şekilde değerlendirmesine olanak tanıdığı gibi üst derece mahkemelerinin de sorunun bütününe bakabilmesini kolaylaştırabilir, **Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle** Vor § 253 Rn. 20; Daha ziyade *obiter dicta* kapsamında olacağını belirtmiştir, **Zöller/Greger** Vor § 253 Rn. 10; **MüKoZPO/Gottwald** § 322 Rn. 176; **Berg** ise yardımcı bir rapor gibi olarak nitelemiştir, **Berg**, Zulässigkeit, s. 127-128, aynı yönde **Hau**, Zulässigkeit und Begründetheit, s. 37.

<sup>296</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 94 Rn. 45. Aksi görüşte **Zöller/Vollkommer** Vor § 322 Rn. 43.

<sup>297</sup> **Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle** Vor § 253 Rn. 17; **MüKoZPO/Gottwald** § 322 Rn. 176.

<sup>298</sup> **MüKoZPO/Gottwald** § 322 Rn. 176.

<sup>299</sup> **Olroth** s. 710.



bulmaz<sup>300</sup>. Öncelikli incelemenin esas ortaya çıktığı hal, davayı reddeden kararlardır<sup>301</sup>.

Usulden ret kararının maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmesi halinde, iç varlığını korumak için diğer mahkemelerin bununla bağlı olmasıyla, yargı yeri belirlenmesine dair Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 21. maddesinin birinci fıkrasının “...İki mahkeme de görevsizlik kararı verir ve bu kararlar kanun yoluna başvurulmaksızın kesinleş..”mesi halini düzenleyen (c) ve “...Kesin yetki hâllerinde, iki mahkeme de yetkisizlik kararı verir ve bu kararlar kanun yoluna başvurulmaksızın kesinleş...”mesi halini düzenleyen (ç) bentlerinin çelişip çelişmediği sorgulanabilir. Burada bir görüşe göre<sup>302</sup>, bu tür kararlar tarafları bağlar; fakat, mahkemeleri bağlamaz. Bu görüşün zayıf noktası, maddi anlamda kesin hükmü dava şartı kabul edip buna rağmen mahkemeyi bağlamadığını ileri sürmesidir. Zira maddi anlamda kesin hükmün bağladığı esas kişi, ikinci davadaki hakimdir. Bir diğer görüş<sup>303</sup> görevsizlik ve yetkisizlik kararlarının, usuli nihai kararlar olduğunu ve kesin hüküm teşkil etmediklerini belirtmiştir. Yazara göre devlet mahkemesince verilen görevsizlik veya yetkisizlik kararı, kanun yolu incelemesinden geçmeden kesinleşirse, davaya daha sonra bakan mahkeme bu kararla bağlı değildir. Kendisi ayrı bir inceleme yaparak sonuca varır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yukarıda belirtildiği üzere, görevsizlik veya yetkisizlik kararlarında kesin hükmün kapsam ve konusu mahkemenin görevsiz veya

---

<sup>300</sup> **Olroth** s. 710. Bazı yazarlar, esastan her kararın, kesin hüküm teşkil eder şekilde kabul edilebilirlik şartlarını da zımnen içerdiğini ileri sürse de **Stein/Jonas/Althammer** § 322 Rn. 134, böyle bir ihtiyacın olmadığı, aksine pek çok dava şartının koruma fonksiyonu sebebiyle mevcut yargılamanın ötesine giden bir etki tanınmamalıdır, **MüKoZPO/Gottwald** § 322 Rn. 175.

<sup>301</sup> **Olroth** s. 710.

<sup>302</sup> **Gürdoğan** s. 38 dn. 151.

<sup>303</sup> **Erdoğan**, Kesin Hüküm, s. 210, dipnot 511.

yetkisiz olduğuyla sınırlıdır. Başka bir mahkemenin görevli veya yetkili olması sebebiyle reddedilen kararda, o mahkemenin görevli veya yetkili olduğuna ilişkin ifadeler salt bir ön sorun olması sebebiyle bağlayıcı şekilde tespit edilmiş değildir<sup>304</sup>. Her iki nedene dayalı gönderme kararlarında da, gönderen mahkemenin görevsizlik veya yetkisizlik kararıyla örtüşme olduğu gibi, eklenen tek husus diğer mahkemeye göndermedir<sup>305</sup>. Bu sebeple, mahkemenin görevsiz veya yetkisiz olduğuna dair yapılan tespit de maddi anlamda kesin hüküm etkisini haiz olduğu kabul edilir<sup>306</sup>.

Alman hukukunda, görev veya yetkiye ilişkin olan ilk mahkeme kararının sonraki mahkemeyi bağlaması ise kesin hüküm etkisiyle ilgili değildir<sup>307</sup>, bu bağlilik ZPO'nun 11. ve 281. maddelerinin sonucudur.

Dolayısıyla, ikinci mahkemenin görevsizlik veya yetkisizlik kararı verebilmesi, ilk davada verilen usulden ret kararının maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmesiyle çelişki içinde değildir. Aksine, ilk davada verilen kararın maddi anlamda kesin hüküm etkisinin (kendisinin görevsiz veya yetkisiz olduğuna dair), ikinci mahkemeyi bağladığına açık bir dayanaktır. Buradaki uyuşmazlığı gidermek için başvurulacak yol ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 21. ve devamı maddeleri uyarınca yargı yeri belirlenmesidir. Bu hallerde sadece görevsiz veya yetkisiz olduğunun tespiti kesin hüküm etkisini haiz olduğu için birbirine zıt iki kararın olduğu söylenemez. Örneğin, sulh hukuk mahkemesi görevsizlik kararı vermişse ve asliye hukukun görevli olduğu kararda yer almışsa, daha sonra asliye hukuk mahkemesi de sulh hukuk mahkemesi için aynı kararı vermişse, birbiriyle çelişen, iki maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden karar yoktur. Zira maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden

<sup>304</sup> MüKoZPO/Gottwald § 322 Rn. 172.

<sup>305</sup> Stein/Jonas/Althammer § 322 Rn. 57.

<sup>306</sup> Stein/Jonas/Althammer § 322 Rn. 57.

<sup>307</sup> Rosenberg, Lehrbuch, s. 745.

kısımlar yalnızca sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemelerinin görevsizliğine ilişkin kısımlardır. Bunun sonucu olarak yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesi söz konusu değildir. Kanun yoluna başvurulmuş olup olmamanın da usulden ret kararlarının maddi anlamda kesin hüküm etkisine karşı bir yönü yoktur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 23. maddesinin ikinci fıkrasına göre “*Bölge adliye mahkemesince veya Yargıtayca verilen yargı yeri belirlenmesi ile kanun yolu incelemesi sonucunda kesinleşen göreve veya yetkiye ilişkin kararlar, davaya ondan sonra bakacak mahkemeyi bağlar*”. Yargı yeri belirlenmesinin sonunda görevli veya yetkili kabul edilen mahkeme, kendisinin önceki kesin hüküm teşkil eden kararına karşı o mahkemeyi bağlayıcı şekilde görevli veya yetkili kılınmaktadır, yani kesin hükmün ortadan kaldırılması söz konusudur<sup>308</sup>. Aynı düşüncenin, kanun yolu incelemesi sonucu verilen kararlar için de kabulüne bir engel yoktur. Bu durum ancak bir ihtimalde söz konusu olur. Örneğin sulh hukuk mahkemesine başvurulmuş, sulh hukuk mahkemesi görevsizlik kararı vermiş ve kesinleşen bu karar akabinde asliye hukuk mahkemesine başvurulmuş olması halinde söz konusu olur. Asliye hukuk mahkemesi de görevsizlik kararı verir ve bu karar aleyhine istinaf başvurusu yapılırsa, sulh hukuk mahkemesinin maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden kararının ortadan kaldırılması söz konusudur. Biraz önce belirtildiği gibi bu özel bir durum olarak kabul edilebilir ve kesin hükmün ortadan kaldırılması yine kanunun verdiği bir imkandır. Diğer ihtimalde ise örneğin, sulh hukuk mahkemesinin asliye hukuk mahkemesini görevli göstererek görevsizlik kararı verdiğini ve istinaf başvurusu yapıldığını kabul edersek, bölge adliye mahkemesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353. maddesinin birinci fıkrasının a bendinin 3. alt bendine göre kararı kaldırarak asliye hukuk

---

<sup>308</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 38 Rn. 20.

mahkemesine gönderilmesine karar verir. Burada aleyhine karar verilen bir kesin hüküm zaten yoktur. Tek fark, gönderme kararının talep olmadan verilecek olmasıdır. Asliye hukuk mahkemesinin kararla bağlılığı ise bölge adliye mahkemesinin 353. maddeye göre “*kesin olarak karar ver...*”mesine ve 23. maddenin ikinci fıkrasına dayanmaktadır.

Birden çok ret sebebi olduğunda, hakimın mutlaka davalı için en elverişli olanı seçme gibi bir zorunluluğu yoktur<sup>309</sup>.

Dolayısıyla, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etme açısından usulden ve esastan ret kararları arasında bir fark olduğu söylenemeyeceği gibi buradan yola çıkılarak dava şartlarının öncelikli incelenmesinden de bahsedilmesi mümkün değildir.

#### **4. Dava Şartı Kavramını Daraltarak Öncelikli İncelemeyi Kabul Eden Görüş**

Bu görüşün sahibi Hellwig’dir. Hellwig’in görüşlerinin Türk hukuku bakımından, aşağıda açıklanacağı üzere, özel bir önemi vardır. Bu önemin nedeni, kendisini maddi hukuka ilişkin dava şartları ifadesinde bulur. Bülow’un dava şartları görüşü, kısa sürede eleştirilmeye başlandı. Eleştiri yapanlardan Hellwig’in dayanağı, dava şartları, ne olursa olsun, mahkemenin esas hakkında karar vermeye “izinli” olup olmadığı hususunu sınırlandırır, yoksa mahkemenin hüküm verme yetisine herhangi bir sınır getirmez<sup>310</sup>. Buradaki eksiklik, sadece, kanun yolunda kararın bozulması için bir sebep olabilir; kararın kesinleşmesinden sonra bu aykırılıkların yargılamanın yenilenmesi sebebi olduğu haller ise son derece nadirdir (tarafardan birinin

---

<sup>309</sup> Lindacher s. 141.

<sup>310</sup> Hellwig, Klagerecht und Klagmöglichkeit, s. 54; aynı yönde Kälin s. 24.

yargılamada usulüne uygun temsil edilmemiş olması hali)<sup>311</sup>. Buna göre söz konusu şartlar yargılama ilişkisinin şartları değil, aksine sadece mahkemenin esas hakkında karar verebilmesinin şartları olarak kabul edilebilir<sup>312</sup>.

Hellwig, kendi görüşünde dava imkânı (Klagmöglichkeit) ve somut dava hakkı kavramlarını ortaya koymaktadır. Dava imkânı herkesin mahkeme önünde davacı ve davalı olabilmesidir<sup>313</sup>. Yazar'ın bir de davanın mahkemece kabul edilmesi şartları (ifadenin aslı Klagvoraussetzung'dur; ancak Yazar'ın teorisindeki yerini daha iyi açıkladığı düşünüldüğü için böyle bir çeviri tercih edilmiştir) olarak nitelediği kurumlar vardır<sup>314</sup>. Ona göre hukuki himayenin sağlanabilmesi için üç şartın gerçekleşmiş olması gerekir<sup>315</sup>:

1. Hukuki himayenin kanunda öngörülen biçimde talep edilmiş olması gerekir (Yazarın görüşünde bu maddenin aradığı şartlar dava şartlarıdır).
2. Haklı olarak talep edilmiş olması gerekir. Yani talep edilen hukuki himayenin sağlanmasının bağlı tutulduğu şartların gerçekleşmiş olması gerekir (Yazar bu şartları hukuki himaye şartları olarak nitelemektedir).

<sup>311</sup> Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 54.

<sup>312</sup> Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 55.

<sup>313</sup> Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 26. Yazar bazı eserlerde geçen soyut dava hakkı kavramı ile aslında bu kavramın ifade edilmek istendiğini belirtmektedir. Ancak dava imkanını ve buna ilişkin olan, başvurulacak mahkemenin karar ve cevap verme yükümlülüğünü (Entscheidungspflicht-Antwortspflicht), hak olarak nitelendirmenin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Zira hak kavramı, hak sahibinin bir diğer kişiye karşı öncelikli bir durumu haiz olmasını gerektirir. Oysa haksız bir davanın açılması vesilesiyle davalı da bu saldırının reddine ilişkin bir usuli hak kazanır. Eğer soyut dava imkânı içinde herkesin usuli bir hakkı olsaydı, birbiriyle çelişen iki hakkın ihtimalini hesaba katmamız gerekirdi. Dava açılması halinde davalının davacıya karşı davanın reddi talebinde bulunma hakkı olması halinde, davacının, dava açma hakkından (örneğin, davalının bir şeye mahkûm edilmesini talep etmesi) bahsedilemezdi, Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 26-27.

<sup>314</sup> Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 7. Yani bu şartlar, belirli bir eda hükmü için, somut hukuki ilişki hakkında müspet veya menfî bir tespit için veya hukuki durumun değişikliğinin talep edilebilmesi için, somut hukuki durumla ilişkili olarak varlığı zorunlu şartlardır. Bunlar dava imkanının değil, somut dava hakkının varlık şartlarıdır. Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 59.

<sup>315</sup> Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 11.

3. Bunların başvurulacak hukuk himaye makamına sunulmuş ve gerekli olması halinde kafi derecede ispat edilmiş olması gerekir (Bu şart, mahkemeden istenen talebin haklı olup olmadığını derhal bilebilecek bir hakim olmamasının sonucudur).

Bu üç şartın gerçekleşmesi halinde, mahkemeden talep edilen hukuki himayeye ulaşılabilir. Ancak dikkat edileceği üzere bu sayılanlar, üst başlık olarak karşımıza çıkmaktadır. Davanın kabul edilebilmesi veya esastan reddedilebilmesi için gerekli olan şartlar ise iki büyük gruba ayrılmalıdır. Bunların ilki bakımından dava şartları ifadesi kullanılabilirken, diğerleri için davanın başarı şartları ifadesi kullanılabilir<sup>316</sup>. Davanın başarı şartları da maddi ve usuli olmak üzere ikiye ayrılır<sup>317</sup>. İşte davanın usuli başarı şartlarından<sup>318</sup> anlaşılması gereken tıpkı dava şartları gibi eksiklikleri halinde esastan karar verilmesine engel olan, ama usul ilişkisinin reddi (Prozessabweisung) değil, davanın usulden reddi (Klagabweisung) kararına sebebiyet veren şartlardır<sup>319</sup>. Bu kararlar davacı tarafından dava edilen maddi hukuka dayanan hakkı reddedilmez, aksine sadece, davacının, ona dayanarak devlet mahkemelerinden hukuki himaye talep edebileceği, usuli hakkı haiz olmadığı ifade edilmiş olur<sup>320</sup>. Yani yazar tarafından kullanılan anlamıyla sadece dava hakkı reddedilmiş olur<sup>321</sup>. Davacı tarafından ileri sürülen dava hakkının gerçekten olup olmadığı ise yargılamada karara bağlanması gereken bir sorundur<sup>322</sup>.

<sup>316</sup> **Hellwig**, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 55-56.

<sup>317</sup> Görüldüğü üzere **Hellwig**'in teorisi çerçevesinde davanın başarı şartları, bizim bugün anladığımız dava şartlarıyla örtüşmemektedir.

<sup>318</sup> Yazar bu ifade altındaki şartları genel ve özel şeklinde ikiye ayırmaktadır. **Hellwig**, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 65.

<sup>319</sup> **Hellwig**, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 63-64.

<sup>320</sup> **Hellwig**, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 64.

<sup>321</sup> **Hellwig**, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 64.

<sup>322</sup> **Hellwig**, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 52.

Davanın usuli başarı şartları ifadesinin kullanılmasının, bugün dava şartı olarak kabul edilen kavramların bazılarının dava hakkı bünyesine dahil edilmesine yol açacağı aşikardır. Zira usul kuralları içinde maddi içeriğe sahip olan kurallar esas itibariyle dava şartlarıdır. İşte bu açıdan bakıldığında, Hellwig<sup>323</sup> kendi içinde tutarlı şekilde dava şartları ifadesinin geniş şekilde anlaşılmasına karşı çıkmaktadır. Onun görüşünde, dava şartları, dava ehliyeti veya usulüne uygun temsil yetkisi, tebligatın dava ehliyetini haiz veya usulüne uygun temsil yetkisini haiz kişiye yapılması, tebligatın kanunda öngörüldüğü şekilde yapılması, dava dilekçesinin içeriğinin ZPO'nun 253. maddesinin ikinci fıkrasına uygun şekilde hazırlanması, karşı davanın caiz olması, davacının yetkili mahkemeyi seçmiş olmasıdır<sup>324</sup>. Taraf ehliyeti<sup>325</sup>, yargı yolu, yargı hakkı, dava takip yetkisi genel davanın usuli başarı şartlarıdır<sup>326</sup>. Özel şartlar ise hukuki himaye temelleridir<sup>327</sup>. Yani somut ilişkilerin, eda, tespit veya inşai karar elde edilmesindeki yeterli menfaati sağlaması için usul hukukunun gerektirdiği şekilde düzenlenmesidir<sup>328</sup>. Bunlar ZPO'nun 256 ila 259. maddelerinde düzenlenmiştir<sup>329</sup>. BGB'de yer alan bu başlığa ilişkin maddelerin olması düzenlemelerin usuli karakterine halel getirmez<sup>330</sup>.

İşte Hellwig'in görüşünün önemi hemen yukarıda anılan ifadelerden çıkmaktadır. Hellwig'in yukarıda anlatılan teorisi, Alman hukukunda kabul görmemiştir. Yazarın görüşünün teorik açıdan önemli olduğu ancak kanuni dayanağı

---

<sup>323</sup> Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 55.

<sup>324</sup> Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 56 vd.

<sup>325</sup> Yazar, tarafın mevcut olmaması halini buradan ayrı tutmakta ve onu bir dava şartı olarak ele almaktadır, Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 67.

<sup>326</sup> Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 65 vd.

<sup>327</sup> Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 71.

<sup>328</sup> Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 71.

<sup>329</sup> Hukukumuz bakımından hukuki yarara ilişkin hususlardır.

<sup>330</sup> Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 71.

haiz olmadığı ifade edilmektedir. Nitekim yazar da<sup>331</sup>, günümüz anlamındaki dava şartlarını bölüp bir kısmı için usul ilişkisinin reddi (Prozessabweisung) bir kısmı için ise şimdilik ret (Abweisung zur Zeit) veya kabul edilebilirlikten dolayı ret kararı verilmesinin kanundan çıkarılamayacağını ifade etmektedir. Türk hukukunda aynı şekilde bir kanuni dayanağı olmadığı, hatta kanuna aykırı olduğu söylenebilir. Ancak buna rağmen Türk hukukunda Üstündağ<sup>332</sup>, Hellwig'in Lehrbuch'una atıf yaparak bu teoriyi aktarmaktadır, *“Yetkili kaza organları önünde vukubulan muhakeme sonunda fertlerin istemiş oldukları hukuki himaye, ancak kanunen tayin edilmiş olan şartların mevcudiyeti halinde verilecektir. Bu şartlar ya usuli dava şartları, ya da maddi hukuka ilişkin dava şartları olarak ayrılırlar (Hellwig, Lehrbuch 1, § 23, I; Rosenberg, § 90, III, 2) ”*. Öncelikle Yazar'ın atıf yaptığı ve bu çalışmada da yararlanılan Rosenberg'in 9. baskısının ilgili kısmındaki IV numaralı başlıkta<sup>333</sup> Hellwig'in görüşü reddedilmektedir *“Böyle bir hukuki himaye (hüküm) talebi yoktur” (Dieser Rechtsschutz- (Urteils-) Anspruch besteht nicht)*. Dolayısıyla, Yazar'ın Rosenberg'e yaptığı atıfta uyumsuzluk vardır. Hellwig'in teorisindeki dava başarı şartlarını hukukumuzdaki dava şartlarına direkt olarak aktarmasında bir diğer sorun yazarın atıf yaptığı 23. paragrafın hemen üzerindeki 22. ve başlığı *“Begriff der Prozessvoraussetzungen”* olan paragrafa dair bir açıklama yapmamasıdır. Dolayısıyla Üstündağ'ın Hellwig'den aldığı görüşün hukukumuzda kabulü mümkün değildir. Üstündağ'ın bu görüşü aktardığı kısma atıf yaparak Üstündağ'ı takip eden diğer yazarlar<sup>334</sup> için de aynı eleştiriler geçerlidir.

<sup>331</sup> **Hellwig**, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 64 dn. 20.

<sup>332</sup> **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 283.

<sup>333</sup> **Rosenberg**, Lehrbuch, s. 435.

<sup>334</sup> **Aslan**, Görev, s. 305; **Özmumcu, S.**: “Davanın Açılmasına Bağlanan Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXX, S. 2, 2012, s. 183-205, s. 186; **Albayrak**, Tasarrufun İptali, s. 936.



Dava şartları ve usuli dava başarı şartlarının ortak yanları şunlardır<sup>335</sup>:

- 1) Usul hukukuna göre ve de Alman hakimi için Alman hukukuna ve o zamanki usul kurallarına göre karara bağlanır.
- 2) Her iki grup da esas meseleye (Hauptsache) dair karar verilmesine engel olur.

Terminolojik olarak esasa ilişkin kararı engelleyen bu şartlar arasında ayrım yapılmasının sebebi olan farklılıklar ise şunlardır<sup>336</sup>:

- 1) Bu hukuki kurumların eksiklikleri halinde verilen kararlar. Yazarın kabul ettiği dar anlamıyla dava şartları, eksiklikleri halinde esasa ilişkin herhangi bir karar verilmesini engeller. Dava öyle sona erdirilmelidir ki, ne davanın haklılığı ne de kabul edilebilirliği hakkında karar verilmesi mümkün olmalıdır. Buradaki nihai karar ne davacının ne davalının yararınadır. Davalının belki bir menfaatinden bahsedilebilir, o da, esastan bir kararın verilmesinin (aynı zamanda icranın da) ertelenmiş olmasıdır. Ama bu yarar, kararın içeriğinden doğmaz; aksine sadece esastan bir kararın meydana gelmemesinden doğar. Bu gibi hallerde davanın usulden reddi (Klagabweisung) yerine usul ilişkisinin reddi (Prozessabweisung) kavramı kullanılmalıdır. Yani dava açma işleminin<sup>337</sup> ve türünün ciddi eksiklikler göstermesi gereklidir. Dava hakkının usuli şartları nedeniyle dava reddedilirse usul ilişkisinin reddine (Prozessabweisung) zıt olarak bu esasa ilişkin bir karardır (sachliche Entscheidung)<sup>338</sup>. Söz konusu karar davacının

---

<sup>335</sup> **Hellwig**, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 73-74.

<sup>336</sup> **Hellwig**, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 56 vd., 74-75.

<sup>337</sup> Yazar sonrasında Prozessvoraussetzungen (dava şartları) yerine Klageerhebunserfordernisse (dava açma gereklilikleri) ifadesini kullanmaya başlamıştır, **Hellwig**, System I, s. 251.

<sup>338</sup> **Hellwig**, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 64.

aleyhine bir karardır; zira bu kararlar davacının dava hakkı (somut hukuki durum, eksikliğiyle davanın usulden reddine (Klagabweisung) sebebiyet veren şartın mevcudiyetini sağlayacak şekilde değişene kadar) reddedilmiştir, tanınmamıştır<sup>339</sup>. Yazar müeccel alacak hakkında açılan davada şimdilik ret kararı verilmesinin alışılmış bir uygulama olduğunu belirterek, şimdilik ret kararının bu tüt durumlarda kullanılarak, davanın haksız olarak reddedilmesinden zıtlığı kısa teknik bir ifadeyle tanımlanabilir olacağını belirtip, bu karar türünün uygulanmasını önermiştir<sup>340</sup>.

- 2) Davanın başarı şartları, somut hukuki duruma göre belirlenir. Bunlar dava hakkını tetkik ettiğimiz kişinin iradesine bağlı değildir. Yani burada ret kararından kaçınılması mümkün değildir. Dava şartları söz konusu olunca usul işlemlerinin gereklilikleri olduğu için, davacının bu eksikliklerden kaçınması her zaman mümkündür. Doğru modus procedendi'nin seçilmesiyle, bu eksikliklerden kaçınılması mümkündür.
- 3) Bir davada, dava şartı ve usuli dava başarı şartı eksikliği söz konusu olursa, ilk önce dava şartının incelenmesi gerekir. Dava şartı tespit edilmeden, davanın başarı şartı eksikliği nedeniyle dava reddedilemez; çünkü, bu esasa ilişkin bir karardır ve dava şartları bunu kayıtlar<sup>341</sup>.
- 4) Dava şartlarında ilke olarak davanın açıldığı an dikkate alınırken davanın başarı şartları için dikkate alınan an karar verilme anıdır. Bir usul işleminin şartları söz konusu olduğu için dava şartlarının niteliği gereği varlıklarının arandığı an usul işleminin yapıldığı andır, kararın verildiği an değildir.

---

<sup>339</sup> Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 64.

<sup>340</sup> Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 64.

<sup>341</sup> Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 75.

Dolayısıyla sonradan meydana gelen değişiklikler nedeniyle, sonraki durumda, eski işlemin geçerli bir şekilde yapılamayacak olmasının hiçbir etkisi yoktur. İlgili gerekliliğin eksikliğinde, usul ilişkisinin reddinden (Prozessabweisung) kaçınmanın tek yolu, bu eksikliğin iyileşebilir olması ve iyileştirilmiş olmasıdır.

Yazar açısından dava açılmasının nasıl değerlendirildiği de incelenmelidir. Yazara göre içeriği ve hukuki sonuçları dikkate alındığında, dava açılması, hakkın zedelenmesi veya tehlikeye düşürülmesi hakkında bir şikayet ve mahkemenin yardımının talep edilmesidir<sup>342</sup>. Davacı aracılığıyla yapılan hukuki himaye çağrısıdır. Usul hukuku bakımından dava açılması, usul ilişkisini kuran, yani mahkemenin karar verme yükümlülüğüne kaynaklık eden ve karşı tarafı davalı rolüne sokan bir usul işlemidir<sup>343</sup>. Davacının dava açmaya hakkı olmaması halinde ise dava açılmasında mahkemeye yöneltilmiş gerçekte var olmayan, yani yerine getirilmesi gerekli olmayan, hatta mümkün olmayan bir hukuki himaye çağrısı söz konusudur; davalının hakkının haksız yere zedelenmesi veya tehlikeye düşürülmesi söz konusudur<sup>344</sup>. Hellwig'in buradaki örneği şu şekildedir<sup>345</sup>: Davacı uzun süre önce itfa edilmiş bir ödünç sözleşmesine dayanarak bir eda davası veya miras hakkının tespiti davası açılmış olsun. Böyle bir iddia mahkeme dışı ileri sürülmüş olsaydı ve muhatabın hukuki durumu tehdit edilmiş olsaydı, bu kişinin kendisine karşı haksız yere ileri sürülen bu talebe karşı menfi tespit davası açma hakkı olurdu<sup>346</sup>. Dikkat edilirse, taraf

---

<sup>342</sup> Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 43.

<sup>343</sup> Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 47.

<sup>344</sup> Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 47.

<sup>345</sup> Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 48.

<sup>346</sup> Yazar kendisine, hakkın yokluğu durumunda, hakkın olmadığının tespitinde menfaati olan kişinin devlete karşı hukuki himaye talebinin (Rechtsschutzanspruch) olduğunu ima ettiği için yapılan eleştiriyeye karşı, bu ifadeyi onayladığını ve ZPO'nun 256. maddesiyle uyum içerisinde olduğunu belirtmektedir, Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 48 dn. 17.

konumları hariç geri kalan hukuki durum ilk durumdakiyle aynıdır<sup>347</sup>. Tek fark, ilkinde dava yolu ile ileri sürülme söz konusudur ve davalının bu halde davalının tespit menfaatinden kuşku duyulamaz<sup>348</sup>. Ayrıca haksız yere dava edilen kişinin davanın reddi için talepte bulunmasına gerek yoktur; aksine mahkeme haksız olan davayı re'sen reddetmek zorundadır<sup>349</sup>. Usuli dava başarı şartıyla ilgili olarak önemli olan zaman dilimi davanın açıldığı an değil, nihai kararın verildiği andır, öyle ki, aradan geçen zamanda dava hakkı doğmuş olabilir (bu halde davacı davayı kazanır) veya ortadan kalkmış olabilir (dava hakkının artık mevcudiyeti söz konusu olmadığı için) davayı kaybeder<sup>350</sup>.

##### **5. Öncelikli İncelemeyi Şekil-İçerik Farkıyla Kabul Eden Görüş**

Goldschmidt, Bülow'un savunduğunun aksine davanın bir hukuki ilişki olmadığı, bir hukuki durumlar silsilesi olduğunu ileri sürmüştür. Yazar'a göre esas hakkında karar verilme şartları bir ön yargılamada değil, aksine esas yargılamada incelenir, bu şartlar, esas yargılamanın konusudur ve bu nedenle onun şartı olamazlar<sup>351</sup>. Goldschmidt de dava şartlarına esas hakkında hüküm vermeyi engelleyen şartlar olarak yaklaşmıştır. Goldschmidt, Bülow'un dava şartı kuramına, klasik eleştiriye katılarak karşı çıkmakta ve dava şartlarının (veya yazarın ifadesiyle esas hakkında hüküm verilebilmesinin şartlarının) öncelikli olarak inceleneceği hallerde bile, davanın süjeleri arasındaki usuli münasebetin esasa ilişkin incelemedekinden farklı olmadığına vurgu yapmaktadır. Dava şartı eksikliğinde dahi, derdest bir dava vardır ve bu davanın bitirilebilmesi için (medeni usul hukuku

<sup>347</sup> Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 48-49.

<sup>348</sup> Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 49.

<sup>349</sup> Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 49.

<sup>350</sup> Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 52-53.

<sup>351</sup> Goldschmidt, Rechtslage, s. 5.

kapsamında) bir nihai karara ihtiyaç vardır<sup>352</sup>. Yazar'a göre, onaylayanlar olsa bile<sup>353</sup>, Bülow'un teorisinin Roma Hukuku'nda dahi geçerli olamaz; zira maddi hukuk meselesi olduğunda şüphe olmayan pek çok durumda da *denegatio actionis* kararı verilebilmektedir<sup>354</sup>. Ayrıca *in iudicio* aşamasında sadece maddi hukuk ilişkisine dair incelemeler yapılması gibi bir durum söz konusu değildir. Zira *iudex* de vereceği kararın geçerliliğini denetlemek zorundadır. Ancak hükmün geçerlilik şartlarından pek çoğunun usule ilişkin şartlar olduğu da itiraf edilmelidir. *Iudex*, hükmün geçersizliğine ilişkin bir sebep tespit ederse, *iudicium* evresini bir karar olmaksızın (*sententia*) bitirilebiliyordu.

Roma Hukuku ve Ortak Hukuk'taki gelişim, öncelikli incelemenin nereden geldiği konusunu aydınlatılabilir olmasına rağmen, günümüzde bunda hala ısrar edilip edilmemesi hakkında bir cevap vermez<sup>355</sup>.

Goldschmidt, dava şartlarını meşhur ayrımı kapsamında değerlendirmektedir. Buna göre taraf usul işlemleri ikiye ayrılır<sup>356</sup>: Karara (sonuca) götürücü taraf usul işlemleri, karara (sonuca) götürücü olmayan, etkileyici, harekete geçirici taraf usul işlemleri. Karara götürücü taraf usul işlemleri, esas, doğrudan verilecek kararın gerekçesi olmaya yönelik taraf usul işlemleridir (Talepler, iddialar, delil gösterme)<sup>357</sup>. Başlık altındaki işlemlerin ortak özelliği hakim üzerinde psişik bir etki yaparak belirli içerikteki bir karara sebebiyet vermektir<sup>358</sup>.

---

<sup>352</sup> Goldschmidt, Rechtslage, s. 5.

<sup>353</sup> Wurzer, Prozessvoraussetzungen, s. 44; Hellwig, System I, s. 251.

<sup>354</sup> Goldschmidt, Rechtslage, s. 7; Grunsky de bu görüşe katılmaktadır, Grunsky, Sachurteil, s. 64.

<sup>355</sup> Lindacher, Reihenfolge, s. 132.

<sup>356</sup> Goldschmidt, Rechtslage, s. 364; Yılmaz, Islah, s.135.

<sup>357</sup> Goldschmidt, Rechtslage, s. 364; Yılmaz, Islah, s. 135.

<sup>358</sup> Goldschmidt, Rechtslage, s. 364.

Karara (sonuca) götürücü taraf usul işlemleri, hiçbir şekilde hukuki işlem çerçevesinde değerlendirilemez<sup>359</sup>. Çünkü hem bu işlem türünün hepsinde taraf iradesinin gereklilik arz etmesi söz konusu değildir, talepler gibi bu gerekliliğin olduğu hallerde de irade her zaman, talebe göre veya iddia temelinde, ortaya çıkması şüpheli bir karara, yani fiili bir sonuca yönelmiştir<sup>360</sup>.

Karara (sonuca) götürücü taraf usul işlemlerini dar anlamda hukuki olaylar altında incelemek ve de talepleri irade bildirilmesi altına ve iddiaları kural olarak tasavvur açıklaması altına koyma eğilimi de makul değildir<sup>361</sup>. Zira karara (sonuca) götürücü taraf usul işlemleri tüm hukuki olaylar arasında, yarattıkları hukuki sonucun, yani hukuki durumun, bu işlemlerin, yöneldikleri fiili sonuca (belirli içerikteki bir karara) erişmeye uygun olup olmamasına bağlı olması özelliğini haizdir<sup>362</sup>. Hal böyleyken hukuki sonuç, fiili sonucun tahmininden başka bir şey değildir<sup>363</sup>.

Karara (sonuca) götürücü taraf usul işlemlerinin özellikleri bu şekilde ortaya konulduktan sonra, bunların hangi değerlendirmeye tabi tutulacağı sorusu ortaya çıkar. Hukuki işlem benzeri fiillerde, hukuki işlemlere ilişkin hükümler kıyasen uygulanabilmekte ve böylece geçerlilik (Wirksamkeit), yokluk (Nichtigkeit) ve bozulabilirlik (Anfechtbarkeit) değerlendirmeleri kullanılabilmektedir<sup>364</sup>.

Maddi hukuktaki geçerlilik veya etkililik kavramlarına bağlanan sonucun usul hukukuna uygulanması halinde, o karara (sonuca) götürücü taraf usul işlemlerinin hakim tarafından dikkate alınmaması söz konusu olur<sup>365</sup>. Zira usul hukukunda bu

<sup>359</sup> **Goldschmidt**, Rechtslage, s. 365.

<sup>360</sup> **Goldschmidt**, Rechtslage, s. 365.

<sup>361</sup> **Goldschmidt**, Rechtslage, s. 366.

<sup>362</sup> **Goldschmidt**, Rechtslage, s. 366.

<sup>363</sup> **Goldschmidt**, Rechtslage, s. 366.

<sup>364</sup> Bkz. **Goldschmidt**, Rechtslage, s. 367.

<sup>365</sup> **Goldschmidt**, Rechtslage, s. 371.

işlemlerin değerlendirilmesinde önemli olan sakatlığın nasıl giderilebileceği değil, bu sakatlık halinde işlemin hakim tarafından nasıl kategorize edileceğidir<sup>366</sup>. Sonuç ise geçersiz veya etkisiz usul işlemleri için ortak olarak dikkate alınmamadır<sup>367</sup>. Bir karara (sonuca) götürücü taraf usul işlemi için bu sonucun uygulanması hak arama özgürlüğüyle bağdaşmaz; zira kabul edilebilir olmasa da bir karara (sonuca) götürücü taraf usul işleminin dikkate alınmaması demek hakkın yerine getirilmemesidir<sup>368</sup>.

Kabul edilebilirlik ve haklılık değerlendirmeleri<sup>369</sup>, karara (sonuca) götürücü taraf usul işlemlerine uygulanabilir usuli değer yargılarıdır<sup>370</sup>; zira karara (sonuca) götürücü taraf usul işlemlerine her durumda bir cevap verilmesi gerekliliği, dikkate alınıp alınmama ölçütünü konusuz bırakmıştır<sup>371</sup>. Karara (sonuca) götürücü taraf usul işleminin kabul edilebilir olması demek, hakimin işlemin içeriğini incelemesini gerektirecek nitelikleri taşımasıdır; haklılık ise bu taraf usul işleminin içeriğinin, hakimden istenen sonuca uygun olması şeklinde değerlendirilebilir<sup>372</sup>.

İşte Goldschmidt esas hakkında hüküm verilebilmesinin şartları olarak nitelendirdiği dava şartlarını karara (sonuca) götürücü taraf usul işlemleri altında taleplerin kabul edilebilirlik değerlendirmesinde incelemektedir<sup>373</sup>. Yazar'a göre bir talebin kabul edilebilir olması için, onun içeriğinin incelenmesinin bağlı olduğu

---

<sup>366</sup> Krş. **Niese**, Doppelwirkungen, s. 93.

<sup>367</sup> **Niese**, Doppelwirkungen, s. 93.

<sup>368</sup> **Goldschmidt**, Rechtslage, s. 371. Bunun aksi yani dikkate alınmama hali ancak çok istisnai hallerde söz konusu olabilir, örneğin yabancı dilde yazılmış bir dilekçe, **Goldschmidt**, Rechtslage, s. 372-373, **Niese**, Doppelwirkungen, s. 94-95. Ancak bu kadar büyük eksikliklerde dahi hiçbir karar verilmemesi değil, hüküm ile bir cevap verilmemesi ifade edilmek istenmektedir. Bu durumlarda duruşma belirlenmesi reddedilmesi söz konusu olabilir ve davacı bir cevap almış olur, **Niese**, Doppelwirkungen, s. 95. Türk hukuku bakımından ise usulden ret kararı verilmelidir. Zira Alman hukukunda derdestlik dava dilekçesinin davalıya tebliği ile başlarken, Türk hukukunda dava dilekçesinin tevzi bürosuna teslim edilmesiyle başlamaktadır.

<sup>369</sup> Bu değerlendirme genel ve somut zıtlığına değil, şekil ve içerik zıtlığına dayanmaktadır, **Goldschmidt**, Rechtslage, s. 368; **Niese**, Doppelwirkungen, s. 97.

<sup>370</sup> **Goldschmidt**, Rechtslage, s. 369.

<sup>371</sup> **Niese**, Doppelwirkungen, s. 95.

<sup>372</sup> **Goldschmidt**, Rechtslage, s. 369. Benzer şekilde **Niese**, Doppelwirkungen, s. 96.

<sup>373</sup> **Goldschmidt**, Rechtslage, s. 394-395.

şartların yerine gelmiş olması gerekir<sup>374</sup>. Bu tamamen şekli olan şartları usul hukuku düzenler<sup>375</sup>. Yazar, dava şartlarını (kendi ifadesiyle esas hakkında karar verilme şartlarını) da davanın (bir karara (sonuca) götürücü taraf usul işlemi olarak) kabul edilebilirlik şartları arasındaki en önemli şartlar olarak kabul etmektedir<sup>376</sup>. Davalının, mahkemenin yargı hakkına tabi olması, yargı yolunun caizliği, mahkemenin geniş anlamda yetkisi, taraf ehliyeti, dava ehliyeti, kanuni temsilcinin temsil yetkisi, son olarak dava açılmasının usulüne uygunluğu (özellikle içeriğine yönelik ZPO 253. maddesinin ikinci fıkrasına uygunluk ve tebligat, avukatla temsil zorunluluğu halinde bunun yerine getirilmiş olması, temsil yetkisi, harçların ödenmesidir. Kabul edilebilirlik şartları istisnasız, şekli niteliği haizdir<sup>377</sup>.

Goldschmidt'in öncelikli incelemeyi açıklaması ise genel bir ifadeyle olmaktadır<sup>378</sup>: Bir talebin kabul edilebilir olup olmadığı, yani içeriksel incelemenin bağlı olduğu şartların mevcut olup olmadığı, tabii ki onun haklılığından önce incelenir.

Goldschmidt'in dışında şekil ve içerik ayrımı yapan Niese<sup>379</sup>, bu keskin ayrımın, tüm davaya damgasını vuran ve belki genel yargısal şekil (Justizformigkeit) kavramı içinde ifade edilebilecek bir gereklilik olduğunu belirtmiştir. Bu gereklilik, hukuk tarihindeki tecrübelerle dayanmaktadır ve ancak tüm noktalarına kadar kanunen belirlenmiş bir yargılama, maddi hukukun gerçekleştirilmesini sağlayabilir. Bu yüzden her usuli süreçte daima ilk olarak, onun şekli, usul hukuku tarafından belirlenmiş geçerlilik şartlarının (Gültigkeitsbedingungen) araştırılması gerekir.

---

<sup>374</sup> Goldschmidt, Rechtslage, s. 394.

<sup>375</sup> Goldschmidt, Rechtslage, s. 394-395.

<sup>376</sup> Goldschmidt, Rechtslage, s. 395.

<sup>377</sup> Goldschmidt, Rechtslage, s. 394.

<sup>378</sup> Goldschmidt, Rechtslage, s. 407.

<sup>379</sup> Niese, Doppelwirkungen, s. 97.



İki düşünceye karşı getirilmesi mümkün bir eleştiri, şekil ve içerik kategorilerinin medeni usul hukukunda her zaman gereken yeterliliği sağlamadığıdır<sup>380</sup>. Öte yandan tek bir dava konusundan yola çıkıp, bunun içinde öncelik-sonralık ilişkisi kurmanın kavram hukukçuluğundan öte bir anlam taşımadığı da ifade edilebilir<sup>381</sup>. Kabul edilebilirlik ve haklılık kategorileri, aynı konunun aynı özelliği (hakimin bir fiiline sebebiyet vermeye elverişlilik) göz önüne alınarak getirilen değerlendirilme ölçütleridir<sup>382</sup>. Dolayısıyla iki kategorinin değer farklılığından değil, eşit düzeyde olduğundan bahsetmek gerekir<sup>383</sup>.

Ayrıca, usul ekonomisiyle ilgili değerlendirmeler karşısında dava şartlarının öncelikli incelenmesinde ısrar edebilmek için böyle genel bir açıklama yalnız başına yeterli değildir<sup>384</sup>. Çünkü kabul edilebilirlik incelemesine öncelik tanıyıp tanımamak yönündeki seçimde; usul ekonomisi, daha hızlı, kolay ve masrafsız yolu gösterecektir. İşte burada, usul ekonomisi, şekil ve içerik gibi ayrımının yapılması her zaman kolay olmayan ölçütlere göre daha somut ölçütler ortaya koymaktadır. Yine de Goldschmidt'in açıklamalarından, öncelikli incelemenin gerekçelendirilmesine ilişkin en azından belli noktalara ulaşılması mümkündür. Goldschmidt, dava şartlarıyla, davanın içeriğinin incelenmesinin bağlı olduğu şartların anlaşılması gerektiğini ifade ederek, dava şartlarının içeriksel incelemeye yetkili olunması ve incelemenin niteliğiyle belli bir ilişki içinde olmasına işaret etmiştir<sup>385</sup>.

Niese'ye getirilecek eleştiri ise, yargısal şeklin kabul edilebilirlik ve haklılık ayrımında bir ölçüt olarak kullanılmaya uygun olmadığıdır; zira bu kavram sadece

---

<sup>380</sup> **Bruns**, Rosenberg Değerlendirmesi, s. 187.

<sup>381</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 110.

<sup>382</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 112.

<sup>383</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 112.

<sup>384</sup> **Martin** s. 26.

<sup>385</sup> **Martin** s. 27.

usuli sürecin değerlendirilmesine ilişkindir<sup>386</sup>. Dava açıldığı ilk anda kabul edilebilirlik ve haklılık bakımından bir değerlendirmeye tabi tutulabilir<sup>387</sup>. Dolayısıyla, herhangi bir süreç söz konusu olmadan da kabul edilebilirlik ve haklılık değerlendirmeleri yapılabilir<sup>388</sup>. Sonuç olarak dava şartlarının mevcudiyeti halinde, en önemli karara (sonuca) götürücü taraf usul işlemi olan davanın yargısal şekilde olduğu veya olmadığı söylenemez<sup>389</sup>.

## 6. Dava Şartlarını İki Dava Konusuyla Açıklayan Görüş

Blomeyer dava kabul edilebilirlik ve haklılığa ilişkin iki dava konusu olduğunu ileri sürmüştür. Talep sonucu, esastan bir karar verilmesine yönelmesi sebebiyle, taraflar arasındaki uyuşmazlık, davacı tarafından talep edilen kararın meşruiyetine istinat etmelidir. Davanın kabul edilebilirliği, davanın haklılığını kayıtlamaktadır ve bu yüzden kabul edilebilirlik haklılıktan önce incelenmelidir. Bu inceleme sonunda usulden bir ret kararı verilecektir. Bu karar, davacı tarafından talep edilen karara ilişkin olup burada esasa ilişkin bir karara olanak verilememesi hakkındadır. O halde usulden ret kararının konusu, ileri sürülen talebin esastan karara ulaşılabilme vasfına ilişkindir<sup>390</sup>.

Yazar buradan yola çıkarak talep sonucundaki istemin, iki dava konusunu da kapsadığını ifade etmektedir. Kabul edilebilirliğe ve haklılığa ilişkin kararların konuları farklı olduğu için bu dava konuları bir tek dava konusu içinde erimez<sup>391</sup>.

---

<sup>386</sup> Rimmelspacher, von Amts wegen, s. 117.

<sup>387</sup> Rimmelspacher, von Amts wegen, s. 117.

<sup>388</sup> Rimmelspacher, von Amts wegen, s. 117.

<sup>389</sup> Rimmelspacher, von Amts wegen, s. 117.

<sup>390</sup> Blomeyer, A.: Zivilprozessrecht Erkenntnisverfahren, 2. Auflage, Berlin 1985, s. 232.

<sup>391</sup> Blomeyer, A. s. 232.

Yargılama safhaları bakımından Yazar, yargılamada kesin bir şekilde kabul edilebilirlik hakkında karar verilmesine ayrılmış bir yargılama kesiti bulunmadığını kabul etmektedir (meğer ki Türk hukukunda bulunmayan ayrılmış tahkikat (die abgesonderte Verhandlung) söz konusu olsun). Yine Yazar'a göre taraflar, yargılamanın başından itibaren esas hakkında da uyuşmazlık içindedirler<sup>392</sup>. Önemli olan ise, mahkemenin ilk olarak kabul edilebilirliği inceleme yükümlülüğüdür<sup>393</sup>.

Bu görüşe karşı getirilebilecek eleştiri Bülow'un öğretisine geri dönüş yaptığıdır; oysa İmparatorluk Medeni Usul Kanunu'nun (Reichszivilprozessordnung) kabulüyle; yokluk ilkesi, bozulabilirlik ilkesine dönüşmüştür ve Bülow'un dava şartlarına verdiği değer temeli ortadan kalkmıştır<sup>394</sup>. Ayrıca dava şartları sadece yargılamanın bir anında karar verilip daha sonra bir daha gündeme gelmeyecek nitelikte değildir. Örneğin, dava ehliyetine ilişkin bir şüphe doğabilir ve yargılamanın başında çözüme bağlanmasının akabinde tahkikatta bir daha benzer bir sorun ortaya çıkarsa yine karara bağlanması gerekir. Zira kural olarak bu şartlar sürecin tamamında mevcut olmalıdır, yoksa işlevlerini yerine getiremez.

Blomeyer, usulden ve esastan ret kararlarının dayanakları arasında değer farklılığı olduğunu, bunun da maddi ve usuli dava konusu ayırımına sebebiyet verdiğini ifade etmektedir. Ama bu değer farklılığının nasıl gerekçelendirileceğine ilişkin ayrıntılı açıklamalar yapmamaktadır. Bunun yerine, öncelikli incelemenin araştırılmasında dava şartlarının yargılama sürecindeki önemiyle ilgilenilmesinin zorunluluğuna dikkat çekmektedir.

---

<sup>392</sup> Blomeyer, A. s. 232-233.

<sup>393</sup> Blomeyer, A. s. 233.

<sup>394</sup> Rimmelspacher, von Amts wegen, s. 118.

## 7. Dava ile Takip Edilen Amacı Esas Alarak Öncelikli İncelemeyi Kabul eden Görüş

J. Blomeyer'e göre, ZPO'nun 274. maddesinde (a. F.) sayılan durumların varlığı "davayı engeller"; davanın başlamasına engel olur, yani kanunda hükme bağlanmış dava engellerinin eksikliği söz konusu olur ve davanın kabul edilebilir olmaması sonucunu doğurur<sup>395</sup>. Bunun anlamı davanın, tarafların dava dışı davranışlarının değerlendirilmesini harekete geçirmek (başlatmak) şeklinde ortaya çıkan soyut fonksiyonunu somut olayda yerine getiremeyecek olmasıdır<sup>396</sup>. Dava kabul edilebilir olarak nitelenirse, mahkeme incelemeyi yapacak ve bunun sonucunda ya davalının dava dışı davranışlarını, o davranışları düzenleyen maddi hukuk kurallarına aykırı bulacak ve davayı kabul edecek veya aykırılık bulmayarak davayı reddedecektir<sup>397</sup>.

Yazar kabul edilebilirlik ve haklılık farkının ortadan kaldırılamayacağını, kabul edilebilir olmayan bir davada davanın soyut fonksiyonunun gerçekleştirilmemesi sonucuyla karşılaşılacağını, bu fonksiyonun davanın kabulüyle veya reddiyle işlevini yerine getirmiş olacağını; oysa davacının dava ile ulaşmak istediği amacın ancak davacı lehine verilecek bir hükümle sağlanabileceğini farkın burada ortaya çıktığını belirtmektedir<sup>398</sup>.

Kabul edilebilirliğe ilişkin hükümlerden örnek vererek, ZPO 12. maddede (yer bakımından genel yetkiyi düzenleyen) "dava" için yetkili olmayı düzenlediğini<sup>399</sup>, kendi lehine bir sonuç elde etmekle ilgili olmadığını, GVG 23. maddenin

<sup>395</sup> Blomeyer, J., Zulässigkeit und Begründetheit, s. 22.

<sup>396</sup> Blomeyer, J., Zulässigkeit und Begründetheit, s. 22.

<sup>397</sup> Blomeyer, J., Zulässigkeit und Begründetheit, s. 22.

<sup>398</sup> Blomeyer, J., Zulässigkeit und Begründetheit, s. 25-26.

<sup>399</sup> Tek başına bu ifadeden ilgili dava şartının davayı kabul edilmesi için gereken bir şart olduğundan fazlasının çıkarılması mümkün değildir, Olroth s. 715.

(Amtsgericht'in madde anlamında yetkisini düzenleye madde) uyuşmazlıklar için madde anlamında yetkili olacağını, dava ehliyetini düzenleyen ZPO 51. maddenin mahkemede işlem yapmayı düzenlediğini ifade etmektedir<sup>400</sup>.

Blomeyer<sup>401</sup> “gerçek ve gerçek olmayan dava şartı” ayrımı yapmaktadır. Gerçek dava şartları kavramıyla anlatılmak istenen; davacı tarafından başvurulmuş yolu kapatan, ama hemen akabinde başka bir yol kullanılarak söz konusu amaca ulaşılabileceğini ifade etmektedir<sup>402</sup>. Bunlar ise, yetki düzenlemeleri, yargı yolu, tahkim itirazı, derdestlik, dava ehliyeti eksikliği halinde yetkili temsilci aracılığıyla görülmesi, kişi veya şey bakımında yargı hakkı eksikliği ve usulüne uygun dava açılmamasıdır<sup>403</sup>.

Sadece bu niteliği haiz şartlar öncelikli incelenebilir. Buna karşılık, gelecekteki bir davada ortadan kaldırılması mümkün olmayan, bu sebeple davacının güttüğü amacı engelleyen şartlar için geleneksel anlamdaki öncelikli inceleme söz konusu olmayacaktır. Buraya dahil olan şartlar; taraf ehliyeti, kesin hüküm, dava edilebilirlik, dava takip yetkisi, hukuki yarar ve gelecekteki ifaya dair açılacak davanın şartlarıdır. Blomeyer'e göre bu hükümler davacının güttüğü amacı engellemektedir. Çıkan sonuç, bu şartlardaki eksikliğin soyut dava fonksiyonunu kısıtlamaması gerektiği sadece davayı kabul eden hükme engel olması gerektiğidir. Bu yüzden Blomeyer, bu hükümleri, talebin<sup>404</sup> zorla elde edilebilirliğini düzenleyen geniş anlamda maddi hukuk hükümlerine isnat etmektedir. Blomeyer'in dayandığı bir başka hüküm ZPO'nun 256. maddesidir (Türk hukukunda tespit davasını düzenleyen 106. madde).

<sup>400</sup> Blomeyer, J., Zulässigkeit und Begründetheit, s. 26.

<sup>401</sup> Blomeyer, J., Zulässigkeit und Begründetheit, s. 26.

<sup>402</sup> Blomeyer, J., Zulässigkeit und Begründetheit, s. 27.

<sup>403</sup> Blomeyer, J., Zulässigkeit und Begründetheit, s. 27.

<sup>404</sup> Alman hukukunda talep ve borçlar hukuku anlamındaki alacak eşdeğer görülmektedir.

Martin<sup>405</sup>, Blomeyer'in, münferit dava şartlarıyla davanın soyut tespit fonksiyonu arasındaki ilişkiden öncelikli inceleme için gerekçe çıkarılabileceğini ileri süren görüşünün kabul edilebileceğini ifade etmektedir. Dava şartlarının gerçek ve gerçek olmayan şeklindeki ayrımının ise net bir şekilde yapıp yapılamayacağını şüpheyile karşılanması gerektiğini ve eksikliklerinin farklı etkilerinden bu şekilde bir anlam çıkarılıp çıkarılamayacağını da metodolojik açıdan sorunlu olabileceğini belirtmiştir. Yazar'a göre sadece başvuru usulü yolu değil, aynı zamanda ileri sürülen talebi engelleyen bir dava şartının da esas hakkında karar verilmesinden önce tespiti zorunluluğu mümkün olabilir. Yazar'a göre<sup>406</sup>, Blomeyer de çıkarttığı sonuçları ayrıntılı bir şekilde gerekçelendirmemekte; sadece dava şartlarının birbirinden farklı karakteristiğinin, bazı dava şartlarının soyut dava fonksiyonunu değil de sadece davacı tarafından seçilen somut yolu kısıtlaması gerektiği düşüncesini desteklediğini ileri sürmektedir. Bu çıkarım için de münferit dava şartlarının incelenmesi gerekmektedir.

Kanımca da, Blomeyer'in sadece esastan hüküm verilmesini engelleyen görüşü çeşitli noktalardan eleştirilebilir. Öncelikle kanun koyucunun amacı sadece kabul edilebilirliğe ilişkin bir sorunun cevapsız olması halinde "her durumda haksız" olarak reddedilmesi değildir, aynı zamanda esas hakkında hükmü hazırlayan tahkikatı da engellemesidir<sup>407</sup>. Ayrıca, hukukumuz bakımından, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 138. maddesinde mahkemenin ön inceleme aşamasında öncelikle dava şartları hakkında karar vereceğini ifade etmektedir. Yine usul ekonomisinden kaynaklanan sebepler de dikkate alınmalıdır. Örneğin, taraflardan birinin dava ehliyetine ilişkin bir şüphe ortaya çıkmış ve bilirkişiye başvurulmuşsa, rapor gelene

---

<sup>405</sup> Martin s. 37.

<sup>406</sup> Martin s. 37.

<sup>407</sup> Sauer s. 99-100.

kadar neden tanık ifadelerinin alınamayacağı sorusuna verilecek cevap bu ispat faaliyetinin faydasız olacağıyla cevaplandırılabilir<sup>408</sup>. Ayrıca hakim bu yargılama için esasa ilişkin tanık dinlemesi, onun, derdest diğer davalarla yeterince ilgilenememesi sonucunu doğurur<sup>409</sup>.

### **C. Dava Şartlarının Öncelikli İncelenmesini Reddeden Görüş**

#### **1. Öncelikli İncelemeyi Hukuki Kurumun Barındırdığı Menfaate Bağlayan Görüş**

Rimmelspacher'in tezinden bağımsız olarak, Grunsky de usul esas ayırımına karşı çıkmıştır. Yazarın, görüşünün temeline aldığı kavram ise kamusal menfaattir<sup>410</sup>. Aşağıda inceleneceği üzere dava şartları, zaten kamusal menfaat barındırır; dolayısıyla bu görüşün pratik sonucu, dava şartlarının öncelikli incelenmesini savunan görüşten çok farklı olmayacaktır. Zira görüş, davada söz konusu olan bazı kurumların diğerlerinden önce incelenmesi gerekliliğini reddetmemektedir<sup>411</sup>.

Yazara göre<sup>412</sup>, tarihsel arka plana bakılarak günümüz usul hukukundaki “usul esas ayırımı”nın açıklanması mümkün değildir. Yargılamanın iki kısımdan oluşmasının nedeni, zamansal olarak sınırlanmamış kesin hüküm etkisinden çıkmaktadır. Günümüzde hükümler yalnızca zamansal olarak sınırlı olduğu için bu şekilde bir ayırım anlamını yitirmiş bulunmaktadır. Yargılamanın kısımlara ayrılması nedenini yitirince, geriye sadece Roma Hukuku'nda ve Ortak Hukuk'ta keskin bir usul esas ayırımı yapılmadığı gerçeği kalmaktadır. *Absolutio ab instantia* kararının

<sup>408</sup> Sauer s. 101; Wieser, Zulässigkeit, s. 313.

<sup>409</sup> Wieser, Zulässigkeit, s. 313.

<sup>410</sup> Grunsky, Sachurteil, s. 68-69.

<sup>411</sup> Grunsky, Sachurteil, s. 75-76.

<sup>412</sup> Grunsky, Sachurteil, s. 63 vd.

günümüz usulden ret kararının atası olduğu şeklinde bir belirleme yapılması mümkün değildir<sup>413</sup>. Zira söz konusu kararın temelinde davacıya yeni bir dava açma olanağı tanıma isteği yatmaktadır; yoksa günümüzdeki usul esas ayrımıyla bu kararların herhangi bir ilgisi yoktur <sup>414</sup>. Bu yüzden, usul esas ayrımı yapanlar için tarihsel bağlantıyı yanlış yorumladıkları eleştirisi getirilebilir.

Dava şartlarının öncelikli incelenmesi bakımından kesin hükmün kapsamına dair yapılan değerlendirmelerden de bir sonuca varılamaz. Çünkü öncelikli inceleme olmasa dahi usul esas ayrımının yapılması mümkündür<sup>415</sup>. Kabul edilebilirliğe ilişkin ret kararından sonra yeni vakıalara dayanılarak dava açılması mümkündür, bu husus da kesin hükmün zaman bakımından sınırlıdır. Örneğin, tahkikat sonunda davada ileri sürülen talebin vadesinin henüz gelmemiş olduğu ortaya çıkarsa ve şimdilik esastan ret kararı verilirse, sonra aynı alacak için dava açmanın mümkün olma nedeni, muacceliyetin gerçekleşmesidir. Dolayısıyla esastan ve usulden ret kararı arasında nitelik farkı yoktur.

Yazara göre önemli olan husus (en azından taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu davalarda) davada hakimin karar vermesinde rol oynayan şartları, alışılmış olan usul esas ayrımı şeklinde değil, onun yerine salt taraf menfaati mi, yoksa kamusal menfaate de hizmet edip etmediği şeklinde yapmaktır. Ayrıca bu durumun sonucu da, yalnızca taraflarca getirilme ilkesinin söz konusu olduğunda iki kısımlı yargılamaya elverişli olmasıdır. Eğer re'sen araştırma ilkesi uygulanıyorsa bu kriterden yola çıkılarak iki parçalı bir yargılama düşünülemez<sup>416</sup>.

---

<sup>413</sup> Bu yönde bkz. **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 94 Rn. 44.

<sup>414</sup> **Grunsky**, Sachurteil, s. 66.

<sup>415</sup> **Grunsky**, Sachurteil, s. 62.

<sup>416</sup> **Grunsky**, Sachurteil, s. 70; Yazar, genel eserinde dava şartlarının tespitinde ayrıca ileri sürülen hakkın niteliğine göre bir ayrım yapmaktadır. Buna göre ileri sürülen hak tarafların üzerinde tasarruf edebileceği bir hak ise, feragat edilebilir dava şartları için taraflarca getirilme ilkesi uygulanırken, ileri



Yazara göre, örneğin, davanın yargı yolu veya dava ehliyeti eksikliğinden reddetmek arasında kalınmasıyla, yargı yolu ve esasa ilişkin bir şart arasında kalınması arasında fark yoktur<sup>417</sup>.

Eğer idare hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların, o alanda uzman idare mahkemesi hakimi tarafından çözülmesi isteniyorsa, o zaman çekilecek sınırdaki, temel alınacak ölçüt, usul esas ayrımı değildir<sup>418</sup>. Yani usul esas ayrımı, ayrımla ulaşılmak istenen sonuç için uygun değildir.

Öncelikli incelemede kriter; o dava şartının eksikliği halinde davanın reddedilmesiyle, kanun koyucunun hangi amacı takip ettiği sorusu olmalıdır<sup>419</sup>. Buna verilecek cevaba göre, ret sebepleri arasında bir inceleme sırası söz konusu olabilir. Yani somut olaydaki münferit eksiklikten yola çıkılarak bir belirleme yapılmalıdır. Bu noktadan hareket eden yazar, her durumda öncelikli incelemenin reddedilmesinin isabetli olmadığını ifade etmektedir. Öncelikli incelemeyi, taraf menfaati ve kamusal menfaat ayırımına göre belirleyen görüşün örneği, bir tahkim sözleşmesi olmasına rağmen, devlet mahkemesi önünde açılan bir davada, sadece taraf menfaatleri söz konusu olduğu için dava esastan reddedilebilir olmasıdır. Bunun gerekçesi de davalının menfaat durumudur. Davalıya tahkime gidebilme imkanının tanınmasının sebebi, tahkimdeki hızlilik ve uzmanlıktır. Davanın mahkeme tarafından her durumda reddedilecekse artık bu iki sebep boşa çıkmıştır. Böylece davalı, amacına (davayı

---

sürülen hakkın taraflarca üzerinde tasarruf edilebilecek olmaması halinde hem feragat edilebilir hem de feragat edilemez dava şartları için re'sen araştırma ilkesi işlerlik kazanacaktır, **Grunsky**, Grundlegend, § 34 III 2 b, s. 328.

<sup>417</sup> **Grunsky**, Sachurteil, s. 71.

<sup>418</sup> **Grunsky**, Sachurteil, s. 71-72.

<sup>419</sup> **Grunsky**, Sachurteil, s. 75.

reddeden bir karara) ulaşmış olacaktır ve kural olarak, bu kararın yalnızca tahkimde verilmesinde korunmaya değer bir menfaati yoktur<sup>420</sup>.

Sauer'e göre, Yazar'ın tarihsel gelişime bakışının doğru olduğu kabul edilse bile, buradan usul esas ayrımını reddetmek bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaz. Zira kesin hüküm anlayışındaki değişimin sonucu olarak şekli kabul edilebilirlik ve maddi haklılık aşamalarının sert bir şekilde birbirlerinden ayrıldığı düşüncesi de ileri sürülebilir<sup>421</sup>.

Oysa böyle bir menfaat değerlendirmesi tahkim sözleşmesinin asli etkisini, yani devlet mahkemelerinden karar alınamamasını göz ardı etmektedir<sup>422</sup>. Ayrıca bir devlet organı olarak ortaya çıkan mahkemenin, tarafın, sözleşmeye olan bağlılığını engellemesi de yadırganacak bir durumdur<sup>423</sup>.

Son olarak, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalar da göz önüne alındığında davanın iki kısımdan oluşmasının salt bireysel ve kamusal menfaatlerle açıklanma olanağı olmadığına bir dayanak daha gösterilebilir<sup>424</sup>.

## **2. Öncelikli İncelemeyi Tarihsel Sebeplerle Reddeden Görüş**

Dava şartlarının öncelikli incelenmesini tartışmaya açan Rimmelspacher'in bu görüşüdür. Görüşün ortaya çıkmasıyla aslında daha önce bu konunun hiç tartışılmadığı anlaşılmıştır. Aksi takdirde, öncelikli incelemenin varlık sebepleri ortaya konulur ve görüş basitçe çürütülürdü, ama bu beklenti karşılanmamıştır. Aslında görüşün temeli çok kısa olarak, daha önce sorulmamış olan neden sorusunu sormak olarak görülebilir.

---

<sup>420</sup> Grunsky, Grundlagen, § 34 III 2 a, s. 327.

<sup>421</sup> Sauer s. 19.

<sup>422</sup> Sauer s. 69.

<sup>423</sup> Sauer s. 70.

<sup>424</sup> Sauer s. 74.

Görüşün sahibi Rimmelspacher, yargılamanın ideal ve gerçek olmak üzere iki amacı olduğunu ifade etmektedir<sup>425</sup>. Bu görüşe göre, dava şartlarının öncelikli incelenmesinin sebebi, Bülow'un çalışmasının gördüğü kabuldü. Bülow'un görüşü aktarılırken ifade edildiği üzere, maddi hukuk ilişkisinin incelenmesi için bir usul ilişkisi gerekmektedir. Böyle bir gerekçelendirme yapıldığında, dava şartlarının öncelikli incelenmesi, bir mecburiyet olarak ortaya çıkıyor ve bu, ne hukuk politikası bakımından ne de usul ekonomisi bakımından, bir değerlendirmeye dayanıyordu<sup>426</sup>.

Bu görüşe göre *Formula* usulündeki *in iure* ve *in iudicio* ayrımının sebebi, o zamanki geçerli (gültige) ve yok (nichtige) hüküm arasındaki farktı<sup>427</sup>. Yok hüküm tehlikesini önlemek için, *in iudicio* aşamasının geçerliliğinin bağlı olduğu şartlar, farklı bir yargılama kesitinde (*in iure*) inceleniyordu. Oysa belirtildiği üzere günümüzde ne Türk ne Alman ne de İsviçre hukukunda böyle bir mahkeme kararı türü bulunmaktadır. Dolayısıyla, sonucu oluşturan sebep ortadan kalktığına göre sonucun da ortadan kalktığının kabulü gerekir<sup>428</sup>.

Buna göre, usul hukuku ve maddi hukuk tarafından öngörülen şartlar aynı düzeyde olup tek fark, usul hukukundan doğan bazı şartların re'sen incelenmesidir. Bunun temelinde de kamusal menfaat yatar.

Yazar, belirlediği usul hukukunun iki amacının, hukuki istikrarı sağlama kısmını usuli, maddi hukukun gerçekleştirilmesi kısmını ise, maddi hukuka dair şartların sağladığını belirterek<sup>429</sup>, teorisinde usulden ret kararlarıyla da usul hukukunun amacına ulaşıldığını ortaya koymaktadır.

---

<sup>425</sup> Rimmelspacher, von Amts wegen, s. 19 vd.

<sup>426</sup> Rimmelspacher, von Amts wegen, s. 79.

<sup>427</sup> Rimmelspacher, von Amts wegen, s. 79; Goldschmidt, Rechtslage, s. 66

<sup>428</sup> Rimmelspacher, von Amts wegen, s. 83, 85.

<sup>429</sup> Rimmelspacher, von Amts wegen, s. 77 vd., s. 133 vd.

Sorun ise, usuli ve maddi hukuka ilişkin şartların tek bir dava konusu oluşturmaya yakınlaşmasıdır.

#### D. Değerlendirme

Görüldüğü üzere, dava şartlarının, neden esasa ilişkin yargılama yapılmasını ve karar verilmesini engellediğini açıklamak için ileri sürülen teorilerden her biri ciddi eleştirilere maruz kalmıştır. Kanaatimce dava şartlarının öncelikli incelenmesinin nedenini açıklamak için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yapısına ve dava konusu kuramına başvurulması gerekir.

Kanun'un bazı hükümleri dava konusu yerine talepten bahsetmektedir<sup>430</sup>. Buradaki talepten anlaşılması gereken kuşkusuz usuli taleptir ve dava konusuyla aynı anlamdadır<sup>431</sup>. Ancak bu günümüzde verilen anlamıdır. Oysa hukukumuzda da kullandığımız bu kavram, hukukumuzu da etkileyen ZPO yapılırken, maddi hukuk talebi olarak kabul edilmişti<sup>432</sup>. Maddi hukuk talebinin dava konusu olarak kabul edilmesi, zamanın ruhuna uygundur. O dönemde Windscheid, *actio*'yu ayırmış ve maddi hukuk talebi kavramını ortaya koymuştur. Dönemin Alman hukukçularının Roma Hukuku'ndan bir ölçüde bağımsızlaşmak ve milli hukuk düzeni kurmak isteği de hesaba katıldığında; kanundaki belirleme o dönem için gayet makul bir belirlemedir. Daha sonra örneğin, taleplerin yarışmasında gösterdiği sorunlar çözülememiş<sup>433</sup> ve bu sebeple usuli dava konusu kuramı ortaya konmuştur. ZPO'nun ilk halinde dava konusu olarak kullanılan talebe ilişkin yargılamaya geçilmeden önce

---

<sup>430</sup> Örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'un 303. maddesinin ikinci fıkrasında “Bir hüküm, davada veya karşılık davada ileri sürülen **taleplerden**, sadece hükme bağlanmış olanlar hakkında kesin hüküm teşkil eder” veya 110. maddede yer alan “Davacı, aynı davalıya karşı olan, birbirinden bağımsız birden fazla asli **talebini**, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir”.

<sup>431</sup> Schwab, Streitgegenstand, s. 3.

<sup>432</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 93 Rn. 8.

<sup>433</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 93 Rn. 9.

usuli def'iler olarak sayılan, bugün kullandığımız anlamda dava şartlarına ilişkin karar verilmesi öngörölmüşü<sup>434</sup>.

Buradan yararlı sonuçlar çıkarılabilir. İlk olarak, neyin dava şartı olduğunun belirlenmesinde, dava konusu esas alınarak bir belirleme yapılması mümkündür. Çünkü daha önce de belirtildiği üzere, dava şartlarının kaynağı usul hukukudur. Maddi hukuktan dava şartı çıkması mümkün değildir<sup>435</sup>. İkinci olarak ise, dava şartlarının, dava konusu kapsamında olmadığı tespiti yapılabilir. Çünkü talep ve usuli def'iler ayrı olarak düzenlenmiştir. Bunları bir şekilde birleştirmeye çalışmak, kanunların sistematığı nedeniyle hiçbir zaman mümkün olmayacaktır. Buna rağmen, dava şartlarının dava konusu içinde yer aldığını ileri süren yazarlar vardır<sup>436</sup>. Usuli dava konusu kuramını ortaya koyan kişi olan Rosenberg<sup>437</sup>, davanın kabul edilebilirliği ve haklılığının aynı dava konusuna istinat ettiğini ifade etmiştir. Yazar'a göre, davanın kabul edilebilirlikten reddi de usuli talep hakkında verilen bir karardır. Ancak yukarıda yapılan açıklamalar tekrarlanarak yazarın görüşüne katılmamaktayım. Nitekim, kitabın son baskısında da, davanın kabul edilebilirlikten reddinin usuli talep hakkında bir karar olmadığı ifade edilmiştir<sup>438</sup>. O halde bir dava konusu tanımı yapılması ve bu düşüncenin de sınanması gerekir. Bu tez kapsamında, dava konusunun detaylı olarak incelenmesi mümkün değildir, gerekli de değildir. Zira Türk hukukunda bu konuda büyük tartışmalar yoktur, usuli bir kuramın kabul edilmesi halinde zaten çok farklı sonuçlara ulaşılmayacaktır ve tek parçalı kuram genel kabul görmektedir<sup>439</sup>. Buna göre

---

<sup>434</sup> ZPO'nun ilgili maddesinin gerekçesinde de **Bülow**'un teorisine atıflar vardır.

<sup>435</sup> **Grunsky**, Sachurteil, s. 56.

<sup>436</sup> Bkz. **Grunsky**, Grundlagen, § 5 II 2, s. 34. Yazar, **Habscheid**'ı örnek vermektedir.

<sup>437</sup> **Rosenberg**, Lehrbuch, s. 433-434. Türk hukukunda aynı yönde **Özkaya Ferendeci, Ö.**: "Dava Edilebilirlik Konusuna Genel Bir Bakış", MÜHF HAD, C. 16, S. 1-2, s. 233-246, s. 235.

<sup>438</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 133 Rn. 16.

<sup>439</sup> **Yılmaz**, Islah, s. 192.

“Dava konusu, talep sonucunda gösterilen mahkeme kararı istemidir”<sup>440</sup>. Dava konusu tamamen usuli bir kavram olup davada maddi hukuk talebinin davada ileri sürülme şeklidir<sup>441</sup>. Yani usuli talep, davada, maddi hukukun gerçekleştirilmesi için yalnızca bir araçtır<sup>442</sup>.

Dava şartlarının dava konusunun dışında kaldığı iki şekilde kolaylıkla gösterilebilir. İlk olarak, dava takip yetkisi ele alınabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 114. maddesinin (e) bendine göre dava takip yetkisi bir dava şartıdır. Dava takip yetkisi, dava konusu ile taraf arasındaki ilişkiye göre belirlenir. O halde dava takip yetkisi dava konusunun dışındadır<sup>443</sup>. Yine eğer, dava konusunun içine kabul edilebilirlik eklenirse şu sonuç doğacaktır<sup>444</sup>: A’ nın B’den olan alacağı için iki ayrı mahkemenin yetkili olduğu bir hal olduğunu varsayalım<sup>445</sup>. A’nın önce gidip yetkili olan C şehrindeki mahkemede dava açması, sonrasında ise yetkili D şehrinde dava açması durumunda, kuşkusuz derdestlik söz konusu olacaktır. Ama bunun için dava şartlarının dava konusu içinde yer almaması gerekir. Eğer dava şartları dava konusu içinde yer alırsa, yukarıdaki örnekte derdestlik söz konusu olamaz; çünkü ilk davadan farklı olarak D mahkemesinin yetkili olduğu da dava konusu içinde, ilk dava konusundan farklılık yaratan unsur olarak ortaya çıkar. Oysa bunun derdestlik kurumunun mantığıyla bağdaşmasının mümkün olmadığı ortadadır.

ZPO’nun ilk halinde, usuli def’ilerin sayıldığı 247. maddenin değerlendirilmesinde de Bülow’un kurgusuna atıf vardır ve davanın görülmesine engel

---

<sup>440</sup> “*Streitgegenstand ist das Begehren der im Klageantrag bezeichneten gerichtlichen Entscheidung*” Schwab, Streitgegenstand, s. 199.

<sup>441</sup> Schwab, Streitgegenstand, s. 199.

<sup>442</sup> Schwab, Streitgegenstand, s. 199.

<sup>443</sup> Krş. Henckel, Parteilehre, s. 191 vd.

<sup>444</sup> Grunsky, Grundlagen, § 5 III 1, s. 35.

<sup>445</sup> Türk hukukunda yetkinin kesin olmaması halinde dava şartı olmadığı kabul edilmektedir. Ancak bu durum verilen örneğin değerini azaltmaz; çünkü ilk itirazlar da kabul edilebilirlik kapsamındadır.

olan usuli def'ilerle esasa ilişkin tahkikatın ayrıldığı kabul edilmektedir<sup>446</sup>. Yine gerekçede de<sup>447</sup> bu şekilde bir ayrımın tabii olduğu vurgulanmıştır. Yazılılık yerine sözlülüğün kabul edilmesiyle yargılamanın sert şekilde ayrılması artık söz konusu değildir. Ama yine gerekçede, sözlülüğün getirdiği bu esnekliğin, kanun koyucunun, dava şartlarına ilişkin tespit yapılmadan, davalının uyuşmazlığa ilişkin açıklama yapması zorunluluğu ortaya koyduğu şeklinde anlaşılamayacağı ifade edilmiştir. Dava şartlarının eksikliği halinde, davalının, uyuşmazlığa (esasa) ilişkin açıklama yapılmamasını hakkını, kanun koyucu göz ardı edemez. 1924 yılında yapılan kanun değişikliğiyle davalının, bu şartların, ayrık yargılamada çözülmesini talep hakkı, yargılamayı sürüncemede bıraktığı için kaldırılmış olsa da, öncelikli incelemeye bir etkisi olmamıştır.

Bu noktada dava şartları için söylenmesi gereken, dava konusunun dışında kalan, tıpkı maddi hukuk kuralları gibi hakim önüne gelen dava malzemesine uygulanarak karar verilmesini sağlayan (ölçüt norm olan), usul hukuku kaynaklı kurallar bütünü olduğudur. İşte bu bütünün kanunların ilk baştaki hali gibi usuli def'iler olarak sayılması ya da Türk hukukunda şu an olduğu gibi dava şartı olarak sayılması, dava şartlarının bu anlamına etki etmeyecektir.

Bütün bunlar dikkate alındığında ortaya çıkan sonuç, günümüzde anlaşıldığı şekilde olmasa bile, davada, ikinci bir dava konusunun varlığını kabul etmektir. Zira usul kanunları yapılırken Bülow'un teorisine yapılan atıflar ve Bülow'un da, dava şartlarıyla, davada, maddi hukuka dair uyuşmazlığın yanında ilave, kendine özgü bir

---

<sup>446</sup> **Struckmann/Koch, R.:** Die Civilprozessordnung für das Deutsche Reich, 5. Auflage, Berlin, Leipzig 1887, s. 274. Hemen sonraki sayfada öncelikli incelemeye dair silik soru işaretleri vardır ama sistematik bir şekilde, öncelikli inceleme sorgulanmamıştır.

<sup>447</sup> **Hahn, C.:** Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 2. Band Materialien zur Civilprozessordnung, Berlin 1880, s. 264-265.

tahkikat malzemesinden bahsettiği<sup>448</sup> düşünöldüğünde, bu ikinci dava konusunu kabul edilmesinin doğal bir sonuç olduğu ortaya çıkacaktır. Hukukumuzda dava konusu bakımından genel ve çekince koyulmayan kabul tek parçalı kuram olduğuna göre, burada ifade edilenlerin de kabul edilmesi gerekir.

Yukarıda ileri sürölen gerekçelerle, iki dava konusuyla öncelikli incelemeyi açıklayan teorinin isabetli olduğu kanısındaım.



---

<sup>448</sup> **Bölöw**, Prozessvoraussetzungen, s. 7.



## İKİNCİ BÖLÜM

### DAVA ŞARTLARININ HUKUK POLİTİKASI AÇISINDAN TEMELLERİ

#### I. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Sayılan Dava Şartlarının Hukuk Politikası Açısından Temelleri

##### A. Genel Olarak

Dava şartları hakkında genellikle kullanılan tanım; dava şartları, “*varlığı veya yokluğu gereken öyle şartlardır ki, ancak bu durumda davanın esası hakkında karar verilebilsin ve davanın her evresinde, hakim tarafından re’sen dikkate alınsın*” şeklindedir.

Bu ifade bir tanım olmaktan ziyade kurumun özelliklerini belirtir. Yoksa nelerin dava şartı olduğu konusunda herhangi bir yol göstericiliğinden söz edilemez<sup>449</sup>. Yukarıda dava şartlarının öncelikli incelenmesine dair ortaya atılan fikir, bu ifadeyle uygunluk gösterir. Bu başlık altında da bu fikrin sınanması için dava şartı olduğu genel kabul gören ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 114. maddesinde kendine yer bulan şartlar, bu fikrin denenmesinde kullanılacaktır. Sadece ifade edilen şartlarla sınırlı kalma, tüm dava şartlarının ortaya konulmasının imkansızlığından kaynaklanmaktadır. Zira örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 132. maddesinde düzenlenen karşı davanın şartları da birer dava şartıdır<sup>450</sup> ve hepsini incelemeye çalışmak bir sonuç doğurmayacaktır. Dava şartlarının esas hakkında işlem yapmaya ve karar vermeye engel oluşturup oluşturmadığı, yani dava şartlarının ve

<sup>449</sup> Rimmelspacher, von Amts wegen, s. 52.

<sup>450</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 94 Rn 21; Yazıcı, Ç.: Medeni Usul Hukukunda Karşı Dava, İstanbul 2021, s. 107.

maddi hukukun düzenlediği koşul vakıaların aynı seviyede olup olmadığını belirlemek için bu şartların yargılama ile hüküm bakımından anlamlarını münferiden incelenmek gerekir<sup>451</sup>.

Davanın kabul edilebilirliğine ilişkin şartlar, tamamen birbirinden farklı amaçlar izlemektedir<sup>452</sup>. Burada her bir şartın tek tek tüm yönleriyle incelenmesi söz konusu olmayıp yalnızca bu şartların amaçları dikkate alınacaktır. Amaçsal yorumun medeni usul hukukunda da geçerli olduğuna şüphe yoktur<sup>453</sup>.

Genel dava şartları incelenirken Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun belirlediği sıra takip edilecektir. Genel dava şartları ve özel dava şartları arasında da herhangi bir öncelik sonralık ilişkisinin olmadığı belirtilmelidir; zira önemli olan esasa ilişkin karar verilebilip verilememesiyle<sup>454</sup> esasa ilişkin yargılama yapılamamasıdır.

Anayasa'da da kendine yer bulan hukuki dinlenilme hakkı ve tabii hakim ilkesine dayanılarak tek başına öncelikli incelemenin açıklanması da mümkün değildir. Bu iki dayanak dava ehliyeti ve yetki düzenlemeleri için söz konusu olur. Ama bu sınırlı alanda bile anayasal bir gerekçelendirme, özgül, yalın usul hukukunu aşan bir içeriği haiz değildir<sup>455</sup>. Anayasal gerekçelendirme ve münferit dava şartının amacıyla uyumlu bir kurgu ancak anayasanın buna paralel olması halinde söz konusu olur<sup>456</sup>. Bu bakımdan hukuki dinlenilme hakkı, işlevsel olarak bir koruma

---

<sup>451</sup> **Schwab, K. H.:** Juristische Schulung (Gegenwartsprobleme der deutschen Zivilprozessrechtswissenschaft), Februar 1976, Heft 2, s. 69-74, s. 69; **Wieser, Grunsky**'nin bazı kabul edilebilirlik şartlarının amaçlarına göre öncelikli incelenmesi gerektiği fikrine sıcak bakmakta, ancak **Grunsky**'nin öncelikli inceleme için kamusal menfaat gerektiği düşüncesinin doğruluğunu bu kadar kolay kabul edilebilir görmemekte ve tarafların mı kamunun mu yararına olduğuna bakmadan bu şartların amacının incelenmesinin amaca uygunluğuna işaret etmektedir, **Wieser**, Zulässigkeit, s. 306.

<sup>452</sup> **Grunsky**, Sachurteil, s. 70; **Wieser**, Zulässigkeit, s. 306; **Sauer** s. 75; **Zingg**, BK-ZPO, Art. 59 N. 16.

<sup>453</sup> **Schönke** s. 12.

<sup>454</sup> **Neumann** s. 88.

<sup>455</sup> **Lindacher** s. 135.

<sup>456</sup> **Lindacher** s. 135-136.

normudur<sup>457</sup>. Öte yandan dava ehliyetinin sadece bir yönü dava ehliyetini haiz olmayanın korunması amacını da gütmektedir. Dava ehliyetini haiz olmayanın, davayı reddeden karara karşı bir korumaya ihtiyacı varsa, anayasa hukuku ve medeni usul hukuku dava ehliyetine ilişkin sorunun açık bırakılmasını yasaklar, ama bu korumaya ihtiyaç yoksa, hukuki dinlenilme hakkına dokunulmuş olmaz<sup>458</sup>.

## B. Usulüne Uygun Dava Açılması Dava Şartları Kapmasında Değerlendirilebilir Mi?

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, dava dilekçesinde bulunması gereken hususları (119. madde) ve dava şartlarını (114. madde) ayrı hükümlerde düzenlemiştir. Ancak bazı noktalardan benzerlik kurulması mümkündür. Dava dilekçesinin unsurlarındaki eksiklik de re'sen incelemeye tabidir. Zira 119. maddenin ikinci fıkrası *“Birinci fıkranın (a), (d), (e), (f) ve (g) bentleri dışında kalan hususların eksik olması hâlinde, hâkim davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre verir. Bu süre içinde eksikliğin tamamlanmaması hâlinde dava açılmamış sayılır”* ifadesiyle taraflarca ileri sürülmesi de sayılan bentler dışında kalan hususların re'sen inceleneceğini belirtmiştir. Sayılan bentlerin yaptırımını ise, ayrıca düzenlenmiştir<sup>459</sup>. Öte yandan dava

<sup>457</sup> Lindacher s. 135.

<sup>458</sup> Lindacher s. 136.

<sup>459</sup> Dava dilekçesi başvurulmuş mahkemeyi belirtmek zorundadır. Aksi halde dilekçe eline ulaşan mahkeme, davacının gerçekten kendisinin kararını isteyip istemediği net bir şekilde ortaya anlayamaz, Wieser, Zulässigkeit, s. 307. Mahkemenin adının eksikliği halinde, dava açılabilmesi pratik olarak mümkün değildir, Yılmaz, Şerh Cilt II, s. 2762; yani dava açılmış olamaz, Umar, Şerh, s. 374; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Medeni Usul, s. 358. Bu durumda mahkeme yeterli bir sebebi olmadan dava ile iştiğal etmiş olurdu, Wieser, Zulässigkeit, s. 307. Herhangi bir şekilde bu dilekçenin işleme konulması söz konusu olmuşsa, bu eksiklik tamamlattırılmalıdır, zira açılmamış sayılma kararı verilmesi için de açılmış bir davaya ihtiyaç vardır, Umar, Şerh, s. 374. Yılmaz, bu durumda 119. maddenin ikinci fıkrasına göre kıyasen süre verilmesine işaret etmektedir, Şerh Cilt II, s. 2762. Bir başka görüş ise, kıyasen süre verilemeyeceğini, bu durumda herhangi bir işlem yapılmadan, masraf verilmişse, bu kullanılarak dilekçenin, sahibine iade edilmesini ifade etmektedir. Ayrıca bu halde, yargısal değil, idari bir işlem söz konusu olduğunu ileri sürmektedir, Özkes, M.: “HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler”, DEÜHFD, C. 16, Özel S., Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, 2014, s. 263-300, s. 283. Dava konusunun değeri gösterilmemişse, HK’nın ilgili hükümlerinin uygulanması gerekir, Özkes, Dilekçede Eksiklik, s. 284.

dilekçesinin unsurlarında eksik bulunduğu hallerde de esasa ilişkin yargılama yapılması ve hüküm verilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla usulüne uygun dava açılıp açılmamasının dava şartı olup olmadığı hususundaki sınırların açık olmadığı belirtilmelidir. Zira usulüne uygun dava açılmasının bir dava şartı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği sorusunda, teorik değerlendirmelerden ziyade, usul kanununun nasıl bir yapı kurduğu önem taşır<sup>460</sup>.

Öte yandan, farklılık olarak, 119. maddenin ikinci fıkrası, saklı tutulan bentler hariç, genel bir sonuç bağlamıştır: Davanın açılmamış sayılması<sup>461</sup>. Ancak bazı hallerde işin niteliğinden dolayı, usulden ret kararı verilmesi mümkündür<sup>462</sup>.

İşte bu sebeplerle, usulüne uygun dava açılmasının şartları ile dava şartları arasındaki ilişkinin incelenmesi gerekir.

Dikkatle bakıldığında dava dilekçesinde yer alıp temel içeriğe yönelik gerekliliklerdeki eksikliklerin giderilmemesinin sonucunda meydana gelen sonuç dava şartı eksikliği halinde meydana gelen sonuçtan farklıdır ve hatta onu aşmaktadır<sup>463</sup>.

---

Bir başka görüşe göre, 119. maddenin ikinci fıkrasına göre süre verilmelidir, **Yılmaz**, Şerh Cilt II, s. 2762-2763. Bir görüşe göre, f bendine göre vakıaların sıra numarası altında açık özetlerinin olmaması ve g bendine göre her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceğinin belirtilmemesi halinde, 119. maddenin ikinci fıkrası kıyasen uygulanmalıdır. Bu konuda ikinci fıkranın zımnen sayılan eksikliklerin süre verip tamamlanmamasını ifade ettiği görüşüne katılıyoruz, **Umar**, Şerh, s. 388. Yazar bu durumlarda hakimın aydınlatma ödevinden hareket edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Hakim, hukuku re'sen uygular ilkesi uyarınca, dava dilekçesinde hukuki sebep göstermemenin herhangi bir sonucu yoktur, **Umar**, Şerh, s. 382; bazı yazarlar, esas itibarıyla bu düşüncede olduklarını ifade etmekte ama bilhassa avukatla takip edilen dava ve işlerde, AvK'nın 2. maddesini ikinci fıkrasındaki “... *hukuki bilgi ve tecrübelerini, adalet hizmetlerine ve kişilerin yararlanmasına tahsis etme...*” ifadesine dayanarak hukuki sebep gösterilmesi gerektiğini belirtmektedirler, **Yılmaz**, Şerh Cilt II, s. 2730, 2772; **Tanrıver**, Medeni Usul Cilt I, s. 708-709; **Özekes, M.**: “ Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.1, Ankara 2009, s. 754-781, s. 759.

<sup>460</sup> Krş. **Kâlin** s. 59 dn.3.

<sup>461</sup> Alman hukukunda, usulüne uygun açılmayan davalar içinde bir karar verilmesi ve o karar anına kadar da bir davanın varlığının kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir, **Neumann** s. 34. Hukukumuzda da, açılmış bir davanın varlığı “açılmamış sayılma” kararına içkindir, zira ancak açıldığı kabul edilen bir dava için “açılmamış sayılma” ifadesi kullanılabilir.

<sup>462</sup> Örneğin iddia yükünün yerine getirilmemesi kapsamında değerlendirilebilecek olan, hiçbir vakıa sunulmaması halinde, usulden ret kararı verilmesi gerekliliğine işaret edilmektedir, **Özekes**, Dilekçe Eksiklikleri, s. 287-288.

<sup>463</sup> **Martin** s. 61-62.

Örneğin, dava dilekçesinin, tarafları göstermemesi durumunda ise mahkeme kiminle yargılamayı yürüteceğini ve kime yönelik karar vereceğini bilemez<sup>464</sup>. Bu yüzden, dava dilekçesinde tarafların gösterilmiş olup olmaması büyük önemi haizdir<sup>465</sup>.

Dava dilekçesi ileri sürülen talebin temelini de belirli bir biçimde içermelidir. Bu şart özellikle usuli talebin bireyselleştirilmesi bakımından önemlidir<sup>466</sup>. Aksi takdirde, davanın esası hakkında yargılama yapmak ve karar vermek mümkün olmaz<sup>467</sup>. Zira dava açılması kurucu bir işlemdir<sup>468</sup>.

Dava dilekçesinin zorunlu unsuru olarak ele alınan “imzalanmış olma”nın eksikliğinin, giderilmesi halinde, bunun geçmişe etkili olmaması, yani sürelerin korunmuş kabul edilmemesi<sup>469</sup>, dava açılmasının kuruculuğunu net bir şekilde ortaya koyar. Çünkü bu gereklilikler, hangi mahkemeye başvurulduğunu ve hangi talebin ileri sürüldüğünü belirlemeyi sağladıkları için davanın temel unsurlarını teşkil etmektedir<sup>470</sup>.

Belirtilmesi gereken diğer bir nokta, dava şartları kavramını aldığımız Alman hukukunda; davanın usulüne uygun açılmaması halinde de dava şartı eksikliği nedeniyle davanın reddinin gerekeceği yönünde bir görüş vardır<sup>471</sup>. Öncelikle Alman hukukunda, öğretinin bir kısmının, usulüne uygun açma şartlarının genel dava şartları

---

<sup>464</sup> Krş. **Musielak/Voit/Foerste**, ZPO § 253 Rn. 18; **Wieser**, Zulässigkeit, s. 307.

<sup>465</sup> Krş. **Wieser**, Zulässigkeit, s. 307.

<sup>466</sup> **Stein/Jonas/Roth** § 253 Rn. 22; **Zöller/Greger** § 253 Rn.11. Tek parçalı veya iki parçalı dava konusunun kabul edilmesi bu kapsamda fark yaratmaz; zira tek parçalı kabul edilse de, vakılardan yorumda yararlanılabilir, **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 93 Rn. 14.

<sup>467</sup> **Wieser**, Zulässigkeit, s. 308.

<sup>468</sup> **Süss**, Klageerhebung s. 50; **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 94 Rn. 19.

<sup>469</sup> **Stein/Jonas/Roth** § 253 Rn. 9; benzer yönde **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 96 Rn. 48. Ancak burada ifade usul ilişkisinin kurulmamış olduğu şekilde anlaşılmamalıdır, **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 96 Rn. 52.

<sup>470</sup> **Martin** s. 62.

<sup>471</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 94 Rn. 19. Dava dilekçesine ilişkin eksikliklerin geniş kapsamlı tamamlanabilme imkânı nedeniyle, buradaki eksikliklerden kaynaklanan bir karar verilmesi nadiren karşılaşılabilecek bir durumdur, **Neumann** s. 8-9.

arasında değerlendirmesine karşı çıktığı ifade edilmelidir<sup>472</sup>. Alman hukuku uygulamasında usulüne uygun dava dilekçesinin dava şartı sayılmasının, re’sen inceleme için dayanak olarak kullanıldığı ve dava şartı sayılmazsa re’sen incelenemeyeceğinden yola çıkıldığı gözlemlenmiştir. Halbuki yukarıda belirtildiği üzere re’sen incelemenin geçerliliği için bir hususun mutlaka dava şartı sayılmasına gerek yoktur<sup>473</sup>. Ayrıca davanın, bilhassa eksikliklerin giderilebilmesinde rol oynadığı için kanunun öngördüğü içerikle açılmasında kamusal menfaat vardır<sup>474</sup>.

Alman hukukunda dava dilekçesindeki eksikliğin yaptırımını ise usulden ret kararıdır<sup>475</sup>. Görüleceği üzere dava şartlarının eksikliği halinde verilen usulden ret kararından farklı bir kararın veriliyor olması da Türk hukukunda da usulüne uygun dava açılmamasının dava şartları bağlamında değerlendirilemeyeceğini göstermektedir.

Türk hukuku bakımından farklı olan bir diğer husus 119. maddede sayılan unsurlardan bazılarının ayrı düzenlemelere sahip olmasıdır. Örneğin dava konusunun değerinin gösterilmemesi halinde HK’nın 16. ve 30. madde hükümlerine göre işlem yapılması gerekir.

Dava dilekçesine dair unsurların incelenmesi ile dava şartları arasında bir öncelik sonralık ilişkisi kurulup kurulamayacağı somut olaya göre tespit edilir. Dava şartlarının pek çoğu, ileri sürülen vakıalar ve talep sonucuna göre karara bağlanır. İşte bu ihtimalde, eğer o bireyselleşme sağlanmışsa dava dilekçesi unsurları veya dava şartları arasında bir öncelik sonralık ilişkisi kurulmasına gerek yoktur. Bunun

<sup>472</sup> **Rosenberg**, Beweislast, s. 391; **Süss**, Klageerhebung s. 50; **Martin** s. 61; **Neumann** s. 34.

<sup>473</sup> Bkz. Aşağıda Üçüncü Bölüm VII C.

<sup>474</sup> **Stein/Jonas/Roth** § 253 Rn. 2.

<sup>475</sup> **Neumann** s. 8; **Zöller/Greger** § 253 Rn. 23.

sağlanamadığı hallerde yerine göre dava dilekçesi unsurları öncelikli inceleyebilir<sup>476</sup>. Örneğin, davanın değerine ilişkin olarak, harcın ödenmiş olması bir dava şartı olarak sayılmamış; onun yerine özel bir düzenleme yapılmıştır<sup>477</sup>. Buna ilişkin olarak HK'nın 32. maddesine göre “...harclar ödenmedikçe mütaakıp işlemler yapılmaz...”, yani usule ilişkin bir işlem yapılması da mümkün değildir.

Dava dilekçesindeki eksiklikler hakkında bir karar verilirken, dava açma işleminin mahkemeyi harekete geçirici bir taraf usul işlemi olduğu her zaman göz önünde bulundurulmalıdır. Ve mutlaka mahkeme bir cevap vermelidir.

Davanın kendisi bir dava şartı değildir, aksine davacı ile mahkeme arasında ve davalı (Alman hukukunda tebligatla) arasında usul ilişkisini kurar<sup>478</sup>.

### C. Yargı Hakkı

Açılan bir dava için kabul edilir olduğunu ifade edip esasa ilişkin yargılama yapmak ve karar vermek için yargı hakkının aranacağı şüphesizdir. Türk mahkemelerinin yargı hakkı, ülkemiz coğrafi sınırlarıyla belirlenir<sup>479</sup>. Dolayısıyla, Türk mahkemelerinin yabancı bir ülkede faaliyette bulunması mümkün değildir<sup>480</sup>. İşte bu kavramın bir ülke içinde yargı bağımsızlığı olarak ortaya çıkan sınırları bulunmaktadır.

Ülke içinde yargı hakkına getirilen sınırlama, uluslararası hukuk temelli bir şart olarak ortaya çıkmaktadır. Temeli, uluslararası örf ve âdet hukuka dayanan bir hak

---

<sup>476</sup> Neumann s. 95-96.

<sup>477</sup> Umar, Şerh, s. 355.

<sup>478</sup> Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle Vor § 253 Rn. 22; Dava açılmasını bir dava şartı olduğu yönünde bkz. Wurzer, Prozessvoraussetzungen, s. 47.

<sup>479</sup> Kuru, Cilt II, s. 1345; Yılmaz, Şerh Cilt II, s. 2565; Erdoğan, E.: Medeni Usul Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması, Ankara 2016, s. 103.

<sup>480</sup> Kuru, Cilt II, s. 1345; Yılmaz, Şerh Cilt II, s. 2565.

olduğu için<sup>481</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ayrıca belirtilmese bile yargı hakkı ve istisnası yargı bağımsızlığı bir dava şartı olarak ele alınması gerekir. Aksi halde, uluslararası hukukun devlete yüklediği bir yükümlülüğün ihlali söz konusu olur<sup>482</sup>.

Bu kurala göre, devlet, kendi ülkesinde, diğer bir devlete *iure imperii* (egemenlik tasarrufu) işlemler için yargı bağımsızlığı tanınmalıdır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, yargı hakkını bir dava şartı olarak düzenlediğinden, yargı hakkının davanın varlık şartı olarak kabulü kesinlikle mümkün değildir. Alman hukukunda bazı yazarlar, yargı hakkını adeta davanın varlık veya etkililik (geçerlilik) şartı olarak ele alınması gerektiğini ileri sürse de<sup>483</sup> genel kabul, yargı hakkının bir dava şartı olduğudur<sup>484</sup>. Varlık şartı olarak ele alınmadığı için, diğer dava şartlarından önce incelenmesi gerekliliğinden bahsedilemez<sup>485</sup>.

Yargı hakkının istisnasının söz konusu olduğu hallerde (yargı bağımsızlığı), bu hakkın sahibi kişi, maddi hukuk düzeninden de bağımsız olarak kabul edilmez<sup>486</sup>. Yargı bağımsızlığı sadece usuli bir engel olarak ortaya çıkmaktadır. Dava şartı olduğundan, eksikliği halinde verilecek karar, usulden ret kararıdır. Bu nedenle aynı uyumsuzlukta bir başka dava şartının eksikliği söz konusu olduğunda, yargı hakkı yerine o dava şartının eksikliğine dayanılarak bir karar verilmesi de mümkündür. Yargı hakkı dışında başka bir şarttan dolayı davanın usulden reddi, yargı hakkının uluslararası

---

<sup>481</sup> **Lorz** s. 64.

<sup>482</sup> **Lindacher** s. 137.

<sup>483</sup> **Pohle**, yargı hakkı eksikliğinin herhangi bir işlem yapmaya ve tebligata da engel olduğunu ifade etmektedir, **Pohle**, Rangordnung, s. 170.

<sup>484</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 19 Rn. 14; **MüKoZPO/Becker-Eberhard** Vor § 253 Rn. 7; **Musielak/Voit/Foerste**, ZPO Vor § 253 Rn. 4a; **Zöller/Schultzky** Vor § 253 Rn. 15; **Lorz**, s. 237; <http://www.icj-cij.org/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf> p.56.

<sup>485</sup> **Neumann** s. 99.

<sup>486</sup> **Damian, H.:** Staatenimmunität und Gerichtszwang, Heidelberg, Tokyo, New York 1985, s.73; **Appelbaum, C.:** Einschränkungen der Staatenimmunität in Fällen schwerer Menschenrechtsverletzungen, Berlin 2007, s.29.



hukuka aykırı kullanımı sayılamayacağı için diğer dava şartlarıyla herhangi bir sıralama içine girmez<sup>487</sup>.

Mahkemenin, o uyuşmazlıkta yargı hakkı olup olmadığını tetkik etmesi yargı bağımsızlığının ihlali olarak değerlendirilemez<sup>488</sup>, önemli olan esasa ilişkin yargılama yapılıp karar verilmemesidir<sup>489</sup>.

Görüldüğü üzere yargı hakkının sınırı tamamen uluslararası hukuka dayanmakta ve hukuki koruma talep eden kişiye, bunun sınırlarını göstermektedir. Bu şarta aykırılık halinde, esasa ilişkin kararın ülke içinde maddi anlamda kesin hüküm teşkil edip icra edilebilir<sup>490</sup>. Ancak devletin, uluslararası hukuk bağlamında sorumluluğu gündeme gelebilir. Dolayısıyla korunan menfaat esasında devletin menfaatidir ve bu menfaat bireyin, hukuki koruma sağlanması yolundaki menfaatinin üzerinde konumlandırılmıştır.

#### **D. Yargı Yolu**

Tabii hakim ilkesinin belirlenmesi; sadece görev, yetki ve fonksiyonel yetkiye ilişkin kurallarla sınırlı değildir, aksine yargı yolları<sup>491</sup> arasındaki ayrımla da ilişkilidir<sup>492</sup>. Anayasa'daki her yüksek mahkeme, alt mahkemeleriyle birlikte bir yargı yolu oluşturmaktadır<sup>493</sup>. Hukukumuzda da çeşitli yargı yolları öngörülmüştür. Buna göre hukukumuzda yargı yolları, anayasa yargısı, idari yargı, adli yargı ve uyuşmazlık

---

<sup>487</sup> Krş. **Neumann** s. 99.

<sup>488</sup> **Damian** s. 89

<sup>489</sup> **Neumann** s. 100.

<sup>490</sup> **Geimer** s. 245; **Denza** s. 313.

<sup>491</sup> Yargı yolu ilişkisi, Anayasa'da, uyuşmazlığın konusu ve tarafları dikkate alınarak farklı yargılama usulleri ve ilkelerinin düzenlediği, yargı yolları arasındaki ilişkidir, benzer tanımlar için krş. **Kuru/Aydın**, Medeni Usul-I, s. 245; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Medeni Usul, s. 66 vd.; **Akkan**, Pekcanıtez Usul, s. 80 vd.; **Erdoğan/Bulut** s. 95.

<sup>492</sup> **Grunsky**, Grundlagen, § 36 I s. 333; **Sauer** s. 121; **Neumann** s. 106.

<sup>493</sup> **Tan, T.:** İdare Hukuku, Cilt: II, İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2022, s. 115.

yargısı olarak belirlenebilir<sup>494</sup>. Yargı yetkisinin, farklı yargı yollarına dağıtılmasının<sup>495</sup> altında yatan düşünce, çözülmesi gereken uyuşmazlıkların gösterdiği farklılığın, mahkemelerin belirli bir hukuk alanında uzmanlaşmasını gerekli kıldığıdır<sup>496</sup>. Ayrıca uyuşmazlığa uygulanacak yargılama hukuku ilkelerinin farklı olması<sup>497</sup> ve maddi hukuk kurallarının gösterdiği özelliği dikkate alan bir yargılama hukuku sistemi kurulması amaca uygun, hatta gereklilik olarak karşımıza çıkar<sup>498</sup>. Aksi halde, hukuk, farklı disiplinlere bölünmüş olmasına rağmen, mahkemelere bütün hukuk alanlarıyla ilgili uyuşmazlıkları çözme zorunluluğu öngörmek, mahkemelere taşımayacakları bir yük yüklemek anlamına gelir<sup>499</sup>. Farklı yargı yolları öngörülmesinin sebebi, yargılama faaliyetinin daha iyi bir şekilde yerine getirilmesi düşüncesidir<sup>500</sup>. Bunun olumsuz yönü ise, içtihat birliğini bozucu etki gösterebilmesi ve yargı yolunun bakacağı uyuşmazlıklarla ilgili dağılım sorunlarını ortaya çıkarmasıdır<sup>501</sup>. Kamu hukukundan doğan uyuşmazlıkları çözme işlevini üstlenen bir idare yargısının olması, aynı uyuşmazlığı bir hukuk mahkemesinin çözmesine göre kararın doğruluğu bakımından daha fazla garanti sağlayacak<sup>502</sup>, dolayısıyla hukuki korumanın niteliği artacaktır<sup>503</sup>. Dolayısıyla, bir yandan da taraf menfaatleri de korunmuş olacaktır<sup>504</sup>. Ayrıca devletin, hukuki istikrarı korumak için kurması gereken yargı örgütünün büyüklüğü nedeniyle

<sup>494</sup> **Yılmaz**, Şerh Cilt II, s. 2574; Anayasa yargısı, idari yargı ve adli yargı şeklinde üçlü bir ayırım benimseyen görüş için bkz. **Akkan**, Pekcanitez Usul, s. 80.

<sup>495</sup> Buradaki dağıtım ifadesi, kesinlikle bir yargı yolundaki mahkemenin hatalı olarak başka bir yargı yolundaki mahkemenin incelemesi gereken hususu inceleyip karar veremeyeceği şeklinde anlaşılmalıdır. Anlaşılması gereken, uyuşmazlıkları görece mahkemenin dağılımıdır, **Neumann** s. 10.

<sup>496</sup> **Grunsky**, Sachurteil, s. 71; **Martin** s. 71; **Sauer** s. 79; benzer yönde: **Schwab**, Problemen, s. 70; **Olroth** s. 716; **Aslan** s. 167; **Budak/Karaaslan**, Medeni Usul, s. 171.

<sup>497</sup> **Sauer** s. 79.

<sup>498</sup> **Martin** s. 71.

<sup>499</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 56; **Sauer** s. 79.

<sup>500</sup> **Akkan**, Pekcanitez Usul, s. 79.

<sup>501</sup> **Tan** s. 115.

<sup>502</sup> **Martin** s. 71; benzer şekilde **Sauer** s. 79.

<sup>503</sup> **Schwab**, Problemen, s. 70.

<sup>504</sup> **Grunsky**, Sachurteil, s. 71.

bir bölünme gereksinimi duyar ve uyuşmazlığın esasından daha makul bir bölme kriteri yoktur<sup>505</sup>. Kendisine gelen uyuşmazlıkları ilgili yargılama organına havale edecek bir merkez de bulunmadığına göre, sistemin çalışması için bu organların yetki sınırlarıyla bizzat kendilerinin ilgilenmesi gerekir<sup>506</sup>.

Hukuki korumanın gerçekleşebilmesi, taraflar arasındaki haklılık durumunun tespiti, en muhtemel şekilde söz konusu sorunlara ilişkin kararlar hakkında uzmanlaşmış bir yargıdan beklenir<sup>507</sup>. Esas itibarıyla, söz konusu uyuşmazlıklarla ilgilenmeyen bir mahkemenin, farklı bir hukuk alanı için düzenlenmiş bir yargılama usulüne göre belirli bir uyuşmazlığı çözmesi halinde bu kurallarının amacı tehlikeye düşmüş olur<sup>508</sup>. Hatta kanun koyucu farklı yargı yollarını düzenleyerek ve ayrılmaya imkan vermeyen kabul edilebilirlik hükümleri getirerek bir fiksiyon benimsemiş olmaktadır<sup>509</sup>: Doğru bir karara ulaşılması ancak belirli bir yargı yolundaki mahkemenin o kararı vermesine bağlıdır. Yani yasa koyucunun tasavvuruna göre doğru yargı yoluna başvurulmuş olması, yargılamanın amacına ulaşılması için elzemdir<sup>510</sup>.

#### **E. Görev, Kesin Yetki ve Fonksiyonel Yetki**

Alman ve İsviçre hukuklarından farklı olarak Türk hukukunda görev ve yetkiye ilişkin düzenlemeler sert bir şekilde ayrılmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, göreve çok büyük bir ağırlık verilip “*kamu düzeni*”nin gereği olma niteliğini yüklerken, kesin

<sup>505</sup> Olroth s. 716, yazar aynı ifadenin görev için de geçerli olduğunu belirtmektedir.

<sup>506</sup> Olroth s. 716, yazar aynı ifadenin görev için de geçerli olduğunu belirtmektedir.

<sup>507</sup> Rimmelspacher, von Amts wegen, s. 56; Martin s. 71.

<sup>508</sup> Grunsky, Grundlagen, § 36 I s. 334; Krş. Martin s. 71-72.

<sup>509</sup> Martin s. 72.

<sup>510</sup> Martin s. 72.

yetki hariç, yetki bir ilk itiraz olarak düzenlenmiştir<sup>511</sup>. İsviçre’de ise, sZPO’dan önce de görev ve yetki için, Türk hukukunda kabul edilen bir ayrıma gidilmesi mutlak bir zorunluluk olarak görülmemekteydi<sup>512</sup>.

Mahkeme sayısının fazlalığı nedeniyle uyuşmazlıkların, farklılıklarına göre mahkemeler arasında dağıtılması bir gereklilik olarak ortaya çıkar<sup>513</sup>. Türk hukukunda davanın açılacağı mahkemenin tayininde iki unsurun yardımıyla bir belirleme yapılmaktadır. Tabii hâkim ilkesinin belirlenmesinde de her ikisi birlikte ele alınır<sup>514</sup>. Zira davacının kendisine en uygun yerde dava açması gibi bir yaklaşım kabul edilemez<sup>515</sup>. Görev kavramı, hangi mahkemede dava açılacağını gösterirken, yetki kavramı hangi yerdeki mahkemede dava açılacağını gösterir.

Görevin kapsamından çıkartılabilecek bir kavram işlevsel yetki olabilir<sup>516</sup>. Bu kavramın kanuni temeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda bulunmamaktadır. Ancak bu eksiklik kavramın kullanılmasına engel olmaz, nitekim Alman hukukunda da aynı şekilde kanuni temeli olmamasına rağmen kullanılmaktadır. Ayrıca belirtmelidir ki, Alman hukukunda da işlevsel yetki kavramı ortaya atılmadan önce, işlevsel yetkiye ilişkin durumlar görev kapsamında değerlendiriliyordu<sup>517</sup>. Kanuni bir tanım yapılmaması sebebiyle işlevsel yetki kapsamına hangi hususların gireceğini belirtmek gerekir. İşlevsel yetkinin, bir uyuşmazlık bakımından farklı adli fonksiyonların farklı

---

<sup>511</sup> Buna göre, tabii hakim ilkesi, mahkemeleri yetkisi ile ilgili kurallarla görev kadar sıkı bir bağlantı içerisinde olmayıp yetki kuralları, görev gibi yargı erkinin işleyişini, direkt olarak belirlemez, **Tanrıver, S.:** “Tabii Hakim İlkesi ve Medeni Yargı”, Makalelerim III, Ankara 2016, s. 155-181, s. 175.

<sup>512</sup> Bkz. **Kälin** s. 73 vd.

<sup>513</sup> **Grunsky**, Grundlagen, § 36 I s. 332.

<sup>514</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 29 Rn. 19; **Musielak/Voit/Heinrich**, ZPO § 1 Rn. 1; **BeckOK ZPO/Wendtland**, 48. Ed. 1.3.2023, ZPO § 1 Rn. 1.

<sup>515</sup> **Grunsky**, Grundlagen, § 36 I s. 332.

<sup>516</sup> **Ansay** s. 76; Ayrıntılı bilgi için bkz. **Erdoğan, E./Bulut, U.:** “İşlev İtibariyle Yetki (Mahkemenin İşlevi)”, MİHDER, C. 14, S. 39, 2018, s. 91-130.

<sup>517</sup> Bkz. **Goldschmidt**, Zivilprozessrecht, Berlin Heidelberg 1929, s. 56.

makamlarca görülmesini tanımladığı düşüncesine katılmaktayım<sup>518</sup>. Tüm bu yetki düzeniyle birlikte, uyuşmazlığın esasına ilişkin karar verilmesine uygun mahkeme belirlenmektedir<sup>519</sup>.

Göreve ilişkin düzenlemelerle, mahkemelerin gördüğü işler dağıtılmaktadır<sup>520</sup>. Göreve ilişkin ayırımın temelinde yatan düşünce ilk başta, sulh hukuk mahkemesinin basit işler ve uyuşmazlıklarla ilgilenmesi, uyuşmazlığın karara bağlanmasının, yer bakımından yakınlık nedeniyle kolayca ulaşılabilir olma ve yerel ilişkileri nedeniyle kolaylaşmasıdır<sup>521</sup>. Asliye mahkemeleri ise, daha karmaşık vakıalar ve hukuki sorunlara ilişkin olması nedeniyle daha fazla zaman ve özel hukuki bilgi gerektiren uyuşmazlıklarla ilgilenmelidir<sup>522</sup>. Bu anlatılanlardan anlaşılacağı üzere, görev, davanın sonucunun mümkün olduğu kadar doğru olmasına hizmet eden bir dava şartıdır<sup>523</sup>. Özel mahkemeler bakımından ise, o alanda uzman bir mahkemenin, uyuşmazlığı görmesi esas alınmıştır<sup>524</sup>. Yani özel hukuk ilişkilerinin karmaşıklaşması sonucunda, uyuşmazlıklara kişi veya konu bakımından uzmanlaşmış bir mahkemenin bakması anlayışı da gelişmiştir<sup>525</sup>.

Farklı mahkemeler arasındaki bu “görev” dağılımında esas itibarıyla amaca uygunluk, pratiklik dikkate alınmıştır<sup>526</sup>. Bu kapsamda ilk başta usuli yüklerin taraflar

<sup>518</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 30 Rn. 1; **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 55.

<sup>519</sup> **Gottwald**, Revision, s. 260.

<sup>520</sup> **Neumann** s. 10.

<sup>521</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 58; **Sauer** s. 80; Türk hukukunda aynı yönde **Tanrıver, S.:** “Sulh Hukuk-Asliye Hukuk Mahkemesi Ayırımının Anlam Ve Önemi Üzerine Bazı Düşünceler”, Makalelerim III, Ankara 2016, s. 183-198, s. 185-186; **Aslan**, Görev, s. 81.

<sup>522</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 58; **Sauer** s. 80; Türk hukukunda aynı yönde **Tanrıver**, Ayırım, s. 185-186; **Aslan**, Görev, s. 81-82.

<sup>523</sup> **Sauer** s. 80.

<sup>524</sup> **Yılmaz**, Şerh Cilt I, s. 93-94.

<sup>525</sup> **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Medeni Usul, s. 102-103; **Tanrıver, S.:** “Madencilik Alanında Bir İhtisas Mahkemesinin Oluşturulmasına Gerek Olup Olmadığı Üzerine Bazı Düşünceler”, Makalelerim III, Ankara 2016, s. 21-33, s. 22; Krş. **Akkan**, Pekcanitez Usul, s. 135. Çok sayıda uzmanlık mahkemesinin kurulmasının sakıncası için bkz. **Tanrıver**, Madencilik, s. 25-26.

<sup>526</sup> **Stahelin, A./Stahelin, D./Grolimund, P.:** Zivilprozessrecht, 3. Aufl. § 9 Rz. 1; mahkemeler arasındaki iş yükünün eşit dağıtılması eklemesiyle, **Neumann** s. 105. İş yükünün, mahkemelerin

arasında uygun şekilde dağıtılması<sup>527</sup> (davalının korunması ve uyuşmazlığa yakınlık), yargılamanın etkinliği<sup>528</sup> gibi kriterler esas alınmaktadır. Fakat bu durum sadece pratiklik veya amaca uygunluğun sınırsızlığı anlamına gelmez<sup>529</sup>. Çünkü tabiri caizse bu bağlama vakıaları her zaman en üst seviyede etkin hukuki korumayı sağlamayı sağlamalıdır<sup>530</sup>. Bu sınırlar içerisinde ise, kanun koyucunun, göreve ilişkin düzenleme yapmakta geniş bir takdir hakkı olduğu ortadadır. Bir işbölümü ilişkisi olarak kurgulanan asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemesi ayrımının daha sonra görev ilişkisine dönüştürülmesi bunun açık bir örneğidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun esinlenildiği kanunlardan olan SZPO’nun 6. maddesine göre ayrı ticaret mahkemeleri teşkilatlandırmak kantonların takdirindedir. Benzer şekilde medeni yargıda görülecek belirli uyuşmazlıklar bakımından farklı özel mahkemeler kurulması da yine kantonların takdirindedir<sup>531</sup>.

Dava açılacak münferit mahkemeyi işaret eden kuralların nasıl belirlendiği açıklandıktan sonra bu kuralların anayasal önemi de vurgulanmalıdır. Bu kurallarla bir yandan da “tabii hakim” belirlenmektedir<sup>532</sup>. Tabii hakim ilkesi, hiç kimsenin uyuşmazlıktan önce kanunen belirlenmiş olan bir mahkemeden başka bir mahkeme önüne çıkarılmayacağını ifade etmektedir, bu bakımdan hukuk devleti ilkesiyle de bağlantı içerisinde olup anayasal önemi haizdir.

---

teşkilinde rol oynaması sebebiyle uyuşmazlıkların dağıtılmasında bunun da rol oynadığı yönünde **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 61. Yetki sözleşmesiyle (Alman hukukunda görev hakkında da sözleşme yapılması mümkündür) belirli mahkemelerin iş yükü ciddi ölçüde artabilir. Hukuk düzeni, kendisine gelen hukuki koruma isteklerini karşılayabilecek güçte mahkemeler oluşturmayı da üstlenmiştir. Bu yapı için, tabii ki, davaların dağılımı konusunda belli bir tahminden yola çıkılması gerekmektedir. Söz konusu tahminde belirleyici faktörler yetkiye ilişkin (Türk hukukunda görev ve kesin yetki) kurallardır, **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 62.

<sup>527</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 29 Rn. 19; **Stahelin/Stahelin/Grolimund** § 9 Rz. 1.

<sup>528</sup> **Stahelin/Stahelin/Grolimund** § 9 Rz. 1.

<sup>529</sup> **Gottwald**, Revision, s. 260-261; **Zöller/Schultzky** § 12 Rn. 2.

<sup>530</sup> **Gottwald**, Revision, s. 260.

<sup>531</sup> **Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Zürcher** Art. 59 N 17.

<sup>532</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 29 Rn. 19; **Grunsky**, Grundlagen, § 36 s. 333; **BeckOK ZPO/Wendtland**, 48. Ed. 1.3.2023, ZPO § 1 Rn. 1.

Bu durumda yanıtlanması gereken bir soru, görev veya kesin yetki kurallarına her aykırılığın, tabii hakim ilkesini zedeleyip zedelediğidir. Bu soruya olumsuz bir cevap verilmektedir<sup>533</sup>. Somut olayda, tabii hakim ilkesinin zedelendiğinden bahsetmek için bir keyfilikten söz edilmesi gerekir<sup>534</sup>. Tabii hakim ilkesi, kendisi yetki düzenlemelerinin nasıl olacağına ilişkin bir kural içermemekte ve yine kabul edilebilirlik safhasına dair bir karar için mahkemenin görevli veya kesin yetkili olması gerekliliği de öngörmemektedir<sup>535</sup>. Görüldüğü üzere görev ve kesin yetkiye ilişkin kurallar tabii hakim ile ilişkin değerlendirmenin sadece bir yönünü oluşturmaktadır. Bağıın mutlak hale getirilmesi, beraberinde pek çok sorun doğurur. Örneğin, kanun koyucu, yaptığı değerlendirmeler sonucu tarafların anlaşarak tabii hakim önündeki yargılamayı saf dışı bırakabileceklerini kabul etmiştir<sup>536</sup>.

Tabii hakim ilkesinden yola çıkılarak görev ve kesin yetkiye ilişkin kuralların her zaman, kapsamlı ve öncelikli incelenmesinin kabulü, bu kuralların incelenmesini daraltan kanuni düzenlemelerin anayasaya aykırı olacağı anlamına gelir<sup>537</sup>. Çünkü tabii hakim belirlenmesi anayasa hükmünden çıktığına göre, kanunla bu belirlenmenin yapılmasına bir engel getirilemez.

<sup>533</sup> **MüKoZPO/Rauscher**, Einleitung Rn. 247; **Lücke**, ZivilProzR I § 6 Rn. 19.

<sup>534</sup> **MüKoZPO/Rauscher**, Einleitung Rn. 247; **Lücke**, ZivilProzR I § 6 Rn. 19; **Neumann** s. 105-106; **Gottwald**, Revision, s. 261; **Schwab**, Probleme, s. 70.

<sup>535</sup> **Neumann** s. 106. Görev veya kesin yetki tespit edilmeden başka bir dava şartı eksikliğinden dava reddedilirse, bu kurallarla güdülen amaç ihlal edilmemiş olur. Bu yüzden görev veya kesin yetkinin diğer dava şartlarından önceliği olduğu iddia edilemez. Zira başka bir dava şartı nedeniyle dava reddedilmiş olduğunda da, bu yetki düzeni ile güdülen amaca ulaşılmış olur. Dava her durumda reddedildiği için davalının menfaatinin, uygunsuz, beklenemez bir şekilde zarara uğratılması da söz konusu değildir. Yine uyumsuzluğun esasına ilişkin bir inceleme yapılmadığı için, yetki düzeni ile amaçlanan dava konusu hakkında uygun, gereği gibi bir karar verilmesi amacı da zedelenmiş olmaz. Diğer bazı dava şartları için uyumsuzluğun esasının da belli ölçüde incelenmesi gerekliliği, sadece esasa ilişkin yargılama yapılmayacağı ve karar verilemeyeceği tespit edilip davacı tarafından ileri sürülen maddi hukuk talebine ilişkin bir değerlendirme yapılmadığı için biraz önce söylenen cümleyle çelişkiye düşmüş olunmaz. Bu tespiti başvuru tüm mahkemeler yapabilir, **Neumann** s. 105. Zira dava şartları tüm yargılamalarda aranan şartlar olarak ortaya çıkmaktadır.

<sup>536</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 59; **Wagner**, Prozessverträge, s. 71.

<sup>537</sup> **Rimmelspacher**, Prozessvoraussetzungen in Revisioninstanz, s. 249-250.

Tabii hakim ilkesinden yola çıkılarak, görev ve kesin yetkiye ilişkin kuralların her zaman öncelikli inceleneceğini ifade etmek mümkün değildir; çünkü her zaman aynı menfaatin korunması söz konusu değildir. Bir görüş, bu anayasal bağlantıyı öncelikli incelemeyi açıklamak için kullanmaya çalışmış ve her durumda ret kararı verilmesi halinde tabii hakim ilkesinin zedelenebileceğini ifade etmiştir<sup>538</sup>. Buna göre, artık salt bir yargılama hatasından bahsedilemeyecek, hakimin bilinçli olarak yetkiye (Türk hukuku bakımından görev ve kesin yetkiye) dair kuralları görmezden gelmesi söz konusu olacağı için tabii hakim ilkesine aykırılık ve bunun sonuçları ortaya çıkabilecektir. Bu şekilde doğrudan bir bağlantı kurulması sorgulanabilir. İlk olarak, davacının, görev veya kesin yetki kuralına aykırı olarak bir mahkemeye başvurması halinde tabii hakim ilkesinin zedelendiğinden bahsedilip bahsedilemeyeceği sorulabilir<sup>539</sup>. Görev ve kesin yetkiyle tabii hakim ilkesi arasında doğrudan kurulan bir bağlantı ciddi sorunlar doğurabilir. Bu bağlantı kurulduğunda gelecek ilk soru, görevsiz mahkemenin görevsizlik kararı vermesinin nasıl mümkün olduğu sorusudur. Öte yandan, başvuru mahkemenin hakimi gerçekten “tabii hakim” ise ve görev veya kesin yetkiye ilişkin bir değerlendirmeyi, esasa ilişkin işlemleri dışlamadan yaparsa, bu tek başına tabii hakim ilkesinin zedelendiği anlamına gelmez<sup>540</sup>. Zira Anayasa, tabii hakim karar veriyor olması halinde, bunun öncelikli incelenmesini şart koşmamıştır.

Alman hukukundan fazlaca yararlanılması bir açıklama yapılmasını gerektirir. ZPO’nun 39 ve 40. maddelerinde yer alan davalının esasa ilişkin işlemleriyle yetkinin

---

<sup>538</sup> Sauer s. 121; Berg, Zulässigkeitsvoraussetzungen, s. 125.

<sup>539</sup> Lindacher s. 136.

<sup>540</sup> Lindacher s. 136.



tesis edilmesi<sup>541</sup> imkânı bunların bir dava şartı olarak ele alınmasına hâlel getirmez<sup>542</sup>. Dikkat edilirse, yetkisiz mahkemenin yetkili hale gelmesi söz konusudur, yoksa bu eksikliğin ileri sürülememesi değildir. Nitekim, sadece itiraz süresinin geçmesiyle değil, ancak davalının bir pozitif davranışıyla yetki tesis edilir<sup>543</sup>. Ancak bu hükümlere göre yetkinin tesis edilip edilmediği her aşamada re'sen incelenmelidir<sup>544</sup>. ZPO'nun yetki sözleşmesine ilişkin aradığı şartları aramadan bu yönde bir düzenleme getirmesinin nedeni, uyuşmazlığın ortaya çıkmasının ardından, tarafların, anlaşmalarının sonuçlarının farkında olmalarıdır<sup>545</sup>. Sözleşmeyle kurulabilen yetkiyi re'sen inceleme mecburiyeti, etkisini, tarafın yokluğunda gösterir<sup>546</sup>. Davalının yokluğu, dolayısıyla yetki engeline ilişkin bir itirazın yokluğunda, herhangi bir sözleşme olmamasına rağmen, davacının getirdiklerinden başvurulmuş olan mahkemenin yetkisizliği anlaşılıyorsa, mahkeme davayı usulden reddedebilir<sup>547</sup>.

Aslında yetki de, görev gibi mümkün olan en yüksek oranda doğru bir hüküm verilmesine hizmet etmektedir<sup>548</sup>. İlk olarak yetkiye ilişkin düzenlemelerde, davalının kendi düşüncelerini açıklayarak objektif ve doğru bir karara etki edebilir olması dikkate alınmalıdır<sup>549</sup>. Buna göre dava, davacı tarafından haksız olarak bir talebe muhatap olduğuna inandığında, davalıdan savunma yapmasının beklenebileceği bir yerde açılabilir<sup>550</sup>. Türk hukukunda dava şartı olarak görülmesi bile, davalının

---

<sup>541</sup> Eskiden burada bir zımni yetki sözleşmesi yapıldığı kabul edilmekteydi, bkz. **Neumann** s. 11. Oysa ZPO'da yapılan değişiklikler sonrasında artık böyle bir durum söz konusu değildir, **Stein/Jonas/Bork** § 39 Rn. 1.

<sup>542</sup> **Neumann** s. 11.

<sup>543</sup> **BeckOK ZPO/Toussaint**, 48. Ed. 1.3.2023, ZPO § 39 Rn. 1.

<sup>544</sup> **Stein/Jonas/Bork** § 39 Rn. 4.

<sup>545</sup> **Lüke**, ZivilProzR I § 6 Rn. 11.

<sup>546</sup> **Neumann** s. 11; **Zöller/Schultzky** § 39 Rn. 6.

<sup>547</sup> **Neumann** s. 11; aynı yönde **Zöller/Schultzky** § 39 Rn. 6.

<sup>548</sup> **Rimmelpacher**, von Amts wegen, s. 59-60; **Sauer** s. 80.

<sup>549</sup> **Sauer** s. 80; benzer yönde **Rimmelpacher**, von Amts wegen, s. 60.

<sup>550</sup> **Rimmelpacher**, von Amts wegen, s. 60; **Sauer** s. 80.

yerleşim yerinin genel yetki olarak belirlenmesi ve sözleşmenin ifa yeri mahkemesinin yetkisi bu düşünceye dayanır<sup>551</sup>. Aynı haklara ilişkin davalarda yetki, mirasa ilişkin davalarda yetki ve haksız fiile ilişkin davalarda yetki ise, yer bakımından yakınlık ve yerel ilişkiler uyumsuzluğun incelenmesine olumlu katkıda bulunacaktır<sup>552</sup>.

Alman hukukunda bir görüş, yetki kurallarının (Türk hukukunda görev ve kesin yetki) kendisine bizzatı bir değer atfetmiş ve devlet fonksiyonunun mutlak bir dağılımı olarak yaklaşmıştır<sup>553</sup>. Ancak bu görüş amaca uygunluk, pratiklik gerekçelerinin temel olduğunun kabulüyle reddedilmiştir<sup>554</sup>.

Görev ve yetkiye ilişkin söylenenler işlevsel yetki için olduğu gibi kabul edilemez. İşlevsel yetki, aynı konuda mahkemelerin yerine getirdikleri işleve göre, bu görevlerin farklı derece mahkemeleri arasında dağıtılmasıdır<sup>555</sup>. Bu ayrımın temelinde yatan düşünce, belirli dereceler bakımından mahkemelerin belirli görevleri yerine getirmeye elverişli olduğu ve bunun üzerine uzmanlaştığıdır<sup>556</sup>. Fonksiyonel yetki görevle aynı temel ilkeye tabidir<sup>557</sup>. Yazar'a göre, ikna edici ve özellikle doğru bir

<sup>551</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 60; **Sauer** s. 80-81.

<sup>552</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 60-61; **Sauer** s. 81.

<sup>553</sup> **Stein/Jonas/Pohle**, § 1 IX s. 177. Türk hukukunda buna yaklaşan bir görüş için bkz. **Tanriver**, Medeni Usul Cilt I, s. 94 vd. Buna karşılık yazar, yetkiye ilişkin kuralları, görev gibi yargı erkinin işleyişini doğrudan doğruya etkileyen kurallar olarak görmemektedir. Sadece kesin yetki kuralları bakımından tabii hakim ilkesi arasında ilişki kurulabileceğini ifade etmektedir. Buna göre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda görev ve kesin yetki, dava şartı olarak kabul edilmiştir, re'sen gözetilecektir. Bu yüzden yargı erkinin işleyişine dair oldukları söylenebilir. yazarın argümantasyonunda eksik kalan nokta, en başta görev ve kesin yetki kurallarının neden dava şartı olarak görüldüğünün açıklanmamış olmasıdır. Yani yazar tabii hakim ilkesiyle görev ve kesin yetki arasındaki bağlantıyı kurarken bunların yargı erkine olan etkisinden bahsetmekte ama bu etkinin kaynağını açıklamamaktadır. O halde yetkinin genel olarak re'sen incelenebilir hale getirilmesiyle o da tabii hakim ilkesiyle bağlantılı olacaktır. Sorun bunun neden yapılmadığına ilişkindir. Tabii hakim ilkesiyle hedeflenenin, sadece asliye hukuk mahkemesinin bir davayı görmesi ama tüm Türkiye'deki asliye hukuk mahkemelerinin bunu görebilir olması değildir.

<sup>554</sup> Bkz. **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 62.

<sup>555</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 30 Rn. 1; **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 62. **Ansay** s. 76. Bununla birlikte kanuni bir düzenleme olmadığı için yetki ve görevdeki kadar keskin bir belirleme yapılamaz, **Erdoğan/Bulut** s. 98.

<sup>556</sup> **Martin** s. 75; benzer yönde **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 62.

<sup>557</sup> **Sauer** s. 82. **Ansay** da fonksiyonel yetkiyi görev gibi saymanın mümkün olduğunu belirtmiştir, s. 76. **Erdoğan/Bulut**, işlevsel yetkiye en benzeyen kurumun görev olduğunu ifade ederek işlevin geniş anlamda görev kapsamında değerlendirilmesinin ve o çerçevede karara bağlanmasının uygun olduğunu

yargılamanın sonucuna ulaşılması için bir uyuşmazlığın çözümünde ortaya çıkacak olan görevlerin yerine getirilmesi yeterliliğine, eğitimine ve tecrübesine göre farklı derecedeki mahkemelere devredilmiştir. Fonksiyonel yetkiye riayet edilmesi kararın doğruluğu için garanti teşkil eder<sup>558</sup>. Dolayısıyla fonksiyonel yetkisi olmayan bir mahkemenin her durumda “haksız” diye nitelendirme yaparak davayı esastan reddetmesi caiz görülmemiştir<sup>559</sup>.

Usul kanunlarının kararın doğruluğuna katkı yapması için görev ve kesin yetkiyle bir sistem kurması tabii görülürken bir yandan da kurulan bu sistemin hak aramayı zorlaştırmaması gerekir<sup>560</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun, Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında yetkiyi düzenleyen 9. maddesi hakkındaki hükmü bu kapsamda değerlendirilebilir.

Sonuç olarak, her üç yetki hali (yani görev, hem kesin hem kesin olmayan yetki ve fonksiyonel yetki) de bir yandan hükmün doğruluğunun belirli bir mahkemeyi seçme ile desteklenebileceği düşüncesine dayanır, bir yandan da tabii hakim ilkesi sayesinde anayasal önemi haizdir.

## F. Taraf Ehliyeti

### 1. Fonksiyonu

Davada, davacı ve davalı olmak üzere iki taraf vardır<sup>561</sup>. Dava, davacının girişimiyle başlar ama her iki tarafın menfaati dikkate alınarak yürütülür ve karara

---

ifade etmektedir, s. 100. Yazarların görüşü bu çalışmada da benimsenmiştir. Zira **Wach**’ın işlevsel yetki kavramını ortaya atmasından önce, bu ilişki için de görev deniyordu, **Goldschmidt, J.:** Zivilprozessrecht, Berlin Heidelberg 1929, s. 56.

<sup>558</sup> **Martin** s. 75; **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 62.

<sup>559</sup> **Sauer** s. 82.

<sup>560</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 61.

<sup>561</sup> İki tarafın bulunmaması halinde dava olarak nitelenebilecek bir yargılama ilişki doğmamaktadır, **Yılmaz**, Şerh Cilt II, s. 1643; **Pekcanıtez**, Pekcanıtez Usul, s. 931; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Medeni Usul, s. 231. Yani burada gerçekten dava ilişkisi yoktur. Ama bu halde dava doğrudan reddedilmez,

bağlanır. Taraf ehliyetine ilişkin olarak gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 50. maddesinde yer alan “*Medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan, davada taraf ehliyetine de sahiptir*” ifadesi, gerek öğretide yapılan taraf ehliyetinin, bir davada taraf olarak yer alabilme ehliyeti olduğu tanımı<sup>562</sup>, taraf ehliyetinin sonucunu açıklamakta ama işlevinin ne olduğunu açıklamamaktadır. Aynı şekilde, hakların ve yükümlülüklerin öznesi olamayacak bir tarafın ortaya çıkması halinde esasın incelenmesine gerek olmadığı ve onun tarafından yapılan işlemlerin dikkate alınmayacağı ifade edilerek taraf ehliyetine bir filtre verilmesi de<sup>563</sup> tek başına yeterli açıklıkta değildir. Bu işlevin ne olduğunu belirlemek için taraf sıfatını haiz olacak kişinin nasıl belirleneceği incelenmelidir.

Tarafın belirlenmesine ilişkin olarak çeşitli teoriler öne sürülmüştür. Bunlardan maddi taraf teorisine göre, maddi hukuk ilişkisinin tarafları aynı zamanda davanın da gerçek taraflarıdır<sup>564</sup>. Kavram, henüz Windscheid’in *actio*’nun maddi hukuk kısmını ayırarak günümüz usul hukukunun gelişiminin temellerini atmadığı dönemde, maddi hukuk ve usul hukukunun birliği düşüncesi üzerine kurulmuştur<sup>565</sup>. Sonrasında da

---

bunun yerine Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 119. Maddesinin ikinci fıkrası uyarınca başvuran kişiye kesin süre verilir ve bu süre sonundaki duruma göre dava açılmamış sayılır veya sakatlık giderilir, **Yılmaz**, Şerh Cilt II, s. 1645; **Taş Korkmaz**, Taraf Değişikliği, s. 54. Ancak bu eksikliğin giderilmesi, taraf değişikliğine yol açmamalıdır. Çünkü halde Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 124. maddesinin uygulanması gerekir, **Taş Korkmaz**, Taraf Değişikliği, s. 54. Ayrıca bkz. “*Bir mirasçı diğerlerinin muvafakatı olmadan dava açabilir ve yalnız başına davaya devam edebilir. Mirasçılarının tayin edilememesi sebebiyle ölü olduğu belirtilerek kayıt sahibi adına tespiti yapılan taşınmaz mallar hakkında, ölünün ismi açıklanarak mirasçıları denilmek suretiyle mirasçılar aleyhinde dava açılabilir. Dava sırasında davalının davadan önce öldüğünün anlaşılması halinde davaya mirasçılar aleyhine devam edilir*” şeklindeki Kadastro Kanunu’nun 29. maddesinin ikinci fıkrası.

<sup>562</sup> **Yılmaz**, Şerh Cilt II, s. 1649; benzer yönde tanımlar için bkz. **Kuru/Aydın**, Medeni Usul Cilt I, s. 296; **Pekcanitez/Taş Korkmaz**, Pekcanitez Usul, s. 559; **Tanrıver**, Medeni Usul Cilt I, s. 561; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Medeni Usul, s. 234.

<sup>563</sup> **MüKoZPO/Lindacher/Hau** § 50 Rn. 2.

<sup>564</sup> **Henckel**, Parteilehre und Streitgegenstand, s. 15; **Wagner, G.**: “Grundprobleme der Parteifähigkeit”, ZJP 117, s. 305-374, s. 307; **Yılmaz**, Islah, s. 331; **Tanrıver**, Derdestlik, s. 62-63; **Deren Yıldırım**, Sübjektif Sınırlar, s. 16; **Kale** s. 7; **Taş Korkmaz**, Taraf Değişikliği, s. 57.

<sup>565</sup> **Lüke, G.**: “Prozessführungsbefugnis”, ZJP 76, s. 6; **Henckel**, Parteilehre und Streitgegenstand, s. 15.

hemen bu teorinin terki söz konusu olmamıştır. Bu dönem için Martin<sup>566</sup>, Weismann'ın ifadelerinin karakteristik niteliği haiz olduğunu ifade etmektedir. Weismann<sup>567</sup>, taraf ehliyetinin, hak ehliyetine göre belirlenmesi gerektiğini; zira haklara sahip olamayacak bir kişinin lehine veya aleyhine verilecek kararın etkili bir karar olmasının mümkün olmadığını belirtmektedir.

Maddi taraf teorisinin ilk halinde, taraf sıfatı, dava şartı olarak görülmüş şeklinde bir değerlendirme yapılmaktadır<sup>568</sup>. Söz konusu soruna Henckel<sup>569</sup> de dikkat çekmektedir. Buna göre eski öğreti, sıfatın (Legitimation) tespitinden önce esasa soruna ilişkin yargılamayı yasaklamaktaydı; ama, maddi taraf teorisinin sonucu olarak, sıfatın incelenmesi için de objektif maddi hukuki duruma başvurulması gerekiyordu. Tüm maddi uyuşmazlık malzemesinin daha sıfatın tahkiki sırasında inceleme kapsamında olmasının, tatminden uzak sonuçlarının önüne geçmek için çeşitli denemeler yapılmıştır. Bu yüzden hak ikiye ayrılmıştır: Hakkın nesnel varlığı ve öznel unsurları. Hakkın nesnel varlığı esasa ilişkin yargılamanın konusudur; öznel unsuru sıfat ise, dava temeli şüpheli görülmeden incelenmeliydi. Yani var olan değil, iddia edilen hakka göre değerlendirilmeliydi. Davacı iddia edilen hakkın sahibi değilse, davalı, esasa ilişkin yargılama yapılmasını reddedebiliyordu. İşte bu yapı yüzünden sıfat günümüz anlamıyla dava şartı olarak ortaya çıkmaktaydı. Daha sonra AGO'da yapılan değişikliklerle sıfat eksikliği nedeniyle davada esas soruna ilişkin yargılamaya giriş engellenmesi kaldırıldı. Artık sıfat, yargılamanın geçerliliğini

---

<sup>566</sup> **Martin** s. 76.

<sup>567</sup> **Weismann, J.:** Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Band I, Stuttgart 1903, s. 75.

<sup>568</sup> **Yılmaz**, Islah, s. 332; **Pekcanıtez, H./Meriç, N.:** Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, 2. Bası, İstanbul 2020, s. 33; **Tanrıver**, Derdestlik, s. 62; **Deren Yıldırım**, Sübjektif Sınırlar, s. 16; **Taş Korkmaz**, Taraf Değişikliği, s. 57-58.

<sup>569</sup> **Henckel**, Parteilehre und Streitgegenstand, s. 15-16.

kayıtlamıyordu. Eksikliği halinde esasa ilişkin yargılama yapılıyor ve dava haksız olduğu gerekçesiyle reddediliyordu.

Maddi taraf teorisiyle bir soruya daha cevap verilmektedir<sup>570</sup>: Birinci cevap, biraz önce belirtildiği üzere, soyut olarak hangi öznelerin taraf olarak ortaya çıkabileceğine ilişkin<sup>571</sup>, ikinci cevap, somut uyuşmazlık konusu hakkın, onu ileri süren tarafa ait olup olmadığı, daha doğru bir ifadeyle olup olamayacağıdır. Görüldüğü üzere, maddi taraf kavramına günümüz kavramları açısından yaklaşırsa, taraf ehliyeti ve dava takip yetkisini bünyesinde barındırmaktadır<sup>572</sup>. Günümüz usul hukukunda maddi anlamda taraf kavramı ikiye bölünmüştür. Maddi taraf kavramından şekli taraf kavramına geçilmiş<sup>573</sup>, böylece taraf ehliyeti kısmı maddi taraf kavramından çıkarılmıştır. Kalan kısım dava takip yetkisi bakımından, davacının, onun tarafından ileri sürülen hakkın yargısal olarak yerine getirilmesinde menfaati olup olmadığı, bilhassa kendisine ait olduğunu ileri sürüp sürmediği incelenerek sonuca varılır<sup>574</sup>.

Dava takip yetkisinin bağımsızlaşmasından sonra, taraf ehliyeti kavramına kalan tek alan, soyut olarak kimin taraf olarak dava takip yetkisini taşıyabileceğidir<sup>575</sup>. Sorunun çözülmesi ise basittir ve taraf ehliyetine ilişkin düzenlemede cevabı bulunur; yani, esas itibarıyla, hak ve yükümlülüğün isnat ettirebildiği her şey taraf ehliyeti haiz kabul edilebilir<sup>576</sup>. Dolayısıyla taraf ehliyeti hak ehliyetinin kendiliğinden

---

<sup>570</sup> **Wagner**, Parteifähigkeit, s. 308. Benzer yönde **Hanağası**, Sıfat, s. 59; **Kale** s. 7.

<sup>571</sup> Burada dikkat edilmesi gereken nokta taraf ehliyeti, taraf olabilmenin şartı değildir, yalnızca caiz bir şekilde taraf olunmasının şartıdır. Yani taraf ehliyetini haiz olmayan da taraftır, **MüKoZPO/Lindacher/Hau** § 50 Rn. 1; **Schemmann** s. 6.

<sup>572</sup> **Henckel**, Parteilehre und Streitgegenstand, s. 17; **Wagner**, Parteifähigkeit, s. 308.

<sup>573</sup> Bkz. **Yılmaz**, Islah, s. 331 vd.

<sup>574</sup> **Wagner**, Parteifähigkeit, s. 308; benzer yönde **Berger**, Prozessführungsbefugnis, s. 83.

<sup>575</sup> **Wagner**, Parteifähigkeit, s. 308. Maddi hukuka dayanan taraf teorisinin kabul edildiği zamanlarda, günümüzde dava takip yetkisiyle açıklanan durumlar için “istisna” açıklaması, tek çıkar yoldu, **Lüke**, **G.** s. 9.

<sup>576</sup> **Wagner**, Parteifähigkeit, s. 308.

kapsamındadır<sup>577</sup>. Bu gerekliliğin hukuk politikası bakımından anlamı ise, maddi taraf kuramı terk edilmesine rağmen<sup>578</sup>, oradaki başlangıç noktasından hareketle rahatlıkla belirlenebilir<sup>579</sup>.

Ancak şu hususa dikkat edilmelidir, taraf ehliyeti, dava ehliyeti ve dava takip yetkisi eksikliğine rağmen herhangi bir kişiye karşı dava açılması mümkündür ve şekli taraf teorisi gereği, dava edilen, taraf sıfatını kazanır<sup>580</sup>. Yani taraf ehliyeti, uyuşmazlıkta caiz bir şekilde taraf olma ehliyetidir<sup>581</sup>.

Oysa, taraf ehliyetinin maddi hukuka bağlanması şu bakımdan zorunludur, ki maddi hukuk bakımından hakkı haiz olabilecek bir kişinin, bu hakkı yine dava yoluyla da takip edebilir olması gerekir<sup>582</sup>. Bu zorunluluk ilk olarak hükmün etkileriyle gerekçelendirilebilir<sup>583</sup>. Dava, bir hak veya hukuki uyuşmazlık hakkında hukuki belirliliği sağlamalıdır<sup>584</sup>. Bunun da en etkili yolu, kesin hüküm aracılığıyla uyuşmazlığın tarafı hak sahiplerini bağlamasıdır<sup>585</sup>. Bir uyuşmazlıkta hukuki koruma

<sup>577</sup> **Wagner**, Parteifähigkeit, s. 308.

<sup>578</sup> Çünkü bir yandan bir hukuki ilişkinin varlığı davanın bir şartı değildir ve davada sadece bir hak iddiası söz konusudur. Belki de dava yalnızca bu hakkın olmadığını ortaya koyacaktır Öte yandan pek çok olayda hukuki ilişkinin özneleri dışındaki kişilerin de hukuki ilişkiyi uyuşmazlık konusu yapması mümkündür (dava takip yetkisi tanındığı haller). Bu nedenlerle günümüzde çoğunlukla kabul edilen şekli taraf teorisine geçilmiştir, teoriye göre mahkemeden hukuki koruma talep eden kişi davacı, kendisine karşı hukuki koruma talep edilen kişi davalıdır **Stein/Jonas/Jacoby** Vor § 50 Rn. 5; **Yılmaz**, Islah, s. 332-333; **Taş Korkmaz**, Taraf Değişikliği, s. 61. Maddi anlamda taraf teorisinde ayrılma maddi hukukun hiçbir önem taşımaması sonucunu doğurmaz. Taraf kavramının hala maddi hukukla ilişkisi vardır; zira medeni usul hukukunda halk davası (Popularklage) (Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 113. maddesi hariç) caiz değildir, bu hallerde dava takip yetkisi eksikliği söz konusu olur, **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 40 Rn. 5; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Medeni Usul, s. 230. Yani taraf rolünün maddi hukuka istinat ettirilmesi normalde taraf konumunun sonucu olan dava takip yetkisi kavramı tarafından yerine getirilir, **Henckel**, Parteilehre und Streitgegenstand, s. 17; **Hess, B.**: "Grundfragen und Entwicklungen der Parteifähigkeit", ZJP 117, s. 267-304, s. 271.

<sup>579</sup> **Martin** s. 76-77.

<sup>580</sup> **Stein/Jonas/Jacoby** § Vor 50 Rn. 11; **Yılmaz**, Islah, s. 333; **Pekcanıtez/Meriç** s. 34; **Tanrıver**, Derderstlik, s. 64; **Deren Yıldırım**, Sübjektif Sınır, s. 18; **Taş Korkmaz**, Taraf Değişikliği, s. 60.

<sup>581</sup> **Schemann** s. 6; **Erişir**, Taraf, s. 57.

<sup>582</sup> **Stein/Jonas/Jacoby** § Vor 50 Rn. 9; **Wagner**, Parteifähigkeit, s. 309.

<sup>583</sup> **Henckel**, Prozessrecht und materielles Recht s. 65; **Stein/Jonas/Jacoby** § Vor 50 Rn. 9.

<sup>584</sup> **Martin** s. 77; **Sauer** s. 83; **Stein/Jonas/Jacoby** § Vor 50 Rn. 9.

<sup>585</sup> **Martin** s. 77; **Sauer** s. 83; **Stein/Jonas/Jacoby** § Vor 50 Rn. 9.

ancak hak sahipleri arasında sağlanabildiğinden, tarafların haklara ve yükümlülüklerle sahip olabilmesi de hukuki korumanın bir şartıdır<sup>586</sup>.

Eda hükmü, alacaklının tatminini sağlaması gereken cebri icranın temelini oluşturmaktadır<sup>587</sup>. Bu yüzden eda hükmü, ancak maddi hukuka göre, söz konusu talebe sahip olabilecek bir kişiye bu talebi tanıyabilir<sup>588</sup>. Tespit edilen talep borçlunun bir yükümlülüğünü bildirdiği için, aynı şekilde yalnızca maddi hukuka göre borçlu olabilecek kişiye karşı verilebilir<sup>589</sup>. Tespit hükmü esas itibariyle, ancak kişiler arasında mevcut olabilecek maddi hukuk ilişkilerini tespit eder<sup>590</sup>. Hak sahibi veya yükümlüsünden başka bir kişinin tespit davasını yürütmesi halinde de bu kez, o kişinin kendisinin bir menfaatinin olması gerekir. Dolayısıyla, bu yönden hak ehliyeti bulunması zorunluluk olarak ortaya çıkar<sup>591</sup>. Nitekim maddi hukukta da kişinin, kendi menfaatini koruyabilmesi ancak hukuk düzeninin onu bir kişi olarak tanıdığı hallerde mümkündür<sup>592</sup>. Yenilik doğuran davalar bakımından da farklı bir durum söz konusu değildir. İnşai hükümlerin konusunun ne olarak değerlendirildiğinden bağımsız olarak, yine bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığı gerekeceği için, tarafların hak ehliyetini haiz olması gerekir<sup>593</sup>.

Schwab<sup>594</sup> da taraf ehliyetinin öncelikli incelenmesi sebebinin, davanın sahibinin yalnızca hak ehliyeti olan sùjeler olabildiği, bir hak veya hukuki ilişki hakkında açılmasında bulmakta ve tarafın bu hakkın sahibi olması mümkün değilse,

---

<sup>586</sup> **Martin** s. 77.

<sup>587</sup> **Henckel**, Prozessrecht und materielles Recht, s. 65.

<sup>588</sup> **Henckel**, Prozessrecht und materielles Recht, s. 65.

<sup>589</sup> **Henckel**, Prozessrecht und materielles Recht, s. 65.

<sup>590</sup> **Henckel**, Prozessrecht und materielles Recht, s. 66.

<sup>591</sup> **Henckel**, Prozessrecht und materielles Recht, s. 66.

<sup>592</sup> **Henckel**, Prozessrecht und materielles Recht, s. 66.

<sup>593</sup> Krş. **Henckel**, Prozessrecht und materielles Recht, s. 66.

<sup>594</sup> **Schwab**, Probleme, s. 70.



davayı kabul eden veya reddeden hükmün ne anlamının kalacağını sorgulanacağını ifade etmektedir.

Elbette bu söylenenler yalnızca esasa ilişkin verilen kararlar için geçerlidir; zira tarafların usuli hükümlerle bağılılığı her türlü niteliklerinden bağımsız olarak ortaya çıkar ve azımsanmayacak bir hukuki güvenlik oluşturur<sup>595</sup>. Bu durum genel kuraldan ayrılmak için bir gerekçe teşkil etmez. Davanın usuli bir kararla sona ermesi istisnai bir durumdur ve istisnai bir durumdan yola çıkılarak teorik açıklama yapılması doğru bir yöntem olmaz.

Pohle<sup>596</sup> bir başka yöne dikkat çekmiştir. Yazar, taraf ehliyetinin gerekliliğinin yargılamada çifte amaç takip ettiğini belirtmektedir. Bir yönüyle sadece, organizasyonlarında (yapıları, kuruluşları), işlem yapabilecek organlara sahip olan tarafların dava açabilmesini, tüzel kişilik vasıtasıyla garanti etmektedir<sup>597</sup>. Bu fikrin arkasında dava ehliyetinin taraf ehliyetini öncelediği düşüncesi yatmaktadır<sup>598</sup>. Yani taraf ehliyeti, dava ehliyetinin ön incelemesini (taraf ehliyeti olmayanın zaten dava ehliyeti yoktur) oluşturur.

Dava ehliyetinin anlamlı bir şekilde incelenebilmesi için usul işlemlerinin isnat edileceği tarafın belirlenmesi gerekir<sup>599</sup>. Daha önce belirtildiği üzere öznesiz bir

---

<sup>595</sup> Schemmann s. 28.

<sup>596</sup> Stein/Jonas/Pohle Vor I 2 § 50 ZPO.

<sup>597</sup> Türk ve İsviçre hukuklarında da tüzel kişiler bakımından, kuruluş aşamasının tamamlanmasıyla hak ehliyetinin kazanılacağı ancak zorunlu organlar oluşmamışsa fiil ehliyetine henüz sahip olunamayacağı ifade edilmiştir, Dural, M./Öğüz, T.: Kişiler Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2012, s. 249; Tuor, P./Schnyder, B./Schmid, J./Jungo, A.: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich, Basel, Genf 2015, § 15 Rn. 15. Ancak, tüzel kişilik kazanılmasında tescil sisteminin geçerli olduğu tüzel kişiler için, tüzel kişinin tescili için aranan şartların bulunup bulunmadığını inceleyen merci zorunlu organlara ilişkin eksiklikleri gördüğünde tescil işlemini yapmayacağı için zorunlu organlardaki eksikliğin, çoğunlukla tüzel kişiliğin, yani hak ehliyetinin kazanılamamasına yol açacağı göz ardı edilmemelidir, Dural/Öğüz, Kişiler Hukuku, s. 249.

<sup>598</sup> Schemmann s. 27. Bu incelemeyi açıkça ifade eden: Stein/Jonas/Jacoby § 51 Rn. 2. Roma Hukuku'nda taraf ehliyeti ve dava ehliyeti birbirinden ayrılmış olmayıp taraf ehliyeti dava ehliyetine dahil olarak kabul ediliyordur, Erişir, Taraf, s. 31.

<sup>599</sup> Schemmann s. 27

yargılama düşünülemez; aksi takdirde taraf ehliyeti eksikliği sebebiyle davayı reddeden bir kararın meşruluğu dahi olamaz<sup>600</sup>. Ancak esastan karar verilmesi gereklilikleri bunun da ötesindedir<sup>601</sup>: Fiil ehliyetine bağlı olan dava ehliyeti ile usulüne uygun temsil de maddi hukukun isnadiyet sistemine bağlanmıştır. Hak ehliyeti olmayan tarafın olduğu durumlarda bu ilkeler elbette belirli değişikliklerle uygulanacaktır; sabit olan ise, hukuki ilişkilerde farklı şekilde tanınan yapılar bakımından, isnadiyet modalitelerinin hepsinin varlığı gerekir. Örneğin, savcının görev aldığı haller. Sonuç olarak dava ehliyetinin ve usulüne uygun temsil edilmenin, en azından dava şartı olarak, salt taraf durumunun ötesinde tarafa ait nitelikler gerektirdiği tespiti yapılabilir.

Ancak taraf ehliyetinin hak ehliyetine bağlanmasının tarafın yargılamaya katılmasını güvence altına aldığını, çünkü esas itibarıyla hukuk düzeninin bütün hak özneleri için bir işlem yapmaya ehil yapı kurmuş olduğunu ifade eden görüş de<sup>602</sup> münferit hallerde ortaya çıkacak sorunların çözümü için ZPO'nun dava ehliyetine ilişkin maddeleri olan 51-58. maddelerine gönderme yapmaktadır. Görüldüğü üzere bu halde taraf ehliyeti ve dava ehliyeti arasındaki sınır belirsizleşmektedir. Her iki kurumun hizmet ettiği amaçların da farklılığı göz önünde bulundurulduğunda Pohle'nin düşüncesini hukukumuzda kabul etmeye gerek yoktur.

Ayrıca bir görüşe göre<sup>603</sup>, tüzel kişiliği haiz olmayan toplulukların taraf olarak davada yer alması bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 50. maddesine bir fıkra eklenmesi ile en azından bazı haller için hak ehliyeti olmayanlara da taraf ehliyeti tanınmalıdır.

---

<sup>600</sup> Schemmann s. 27.

<sup>601</sup> Schemmann s. 27.

<sup>602</sup> Stein/Jonas/Jacoby § Vor 50 Rn. 10.

<sup>603</sup> Dişel, B.: Dava Takip Yetkisi, İstanbul 2020, s. 107 vd.

1 Ocak 2024 tarihinde yürürlüğe giren MOPEG ile de ortakların ortak iradesine göre hukuki işlemlere katılacak olan GbR'lere açıkça tüzel kişilik verilmiştir. Yine ZPO'nun 50. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve hak ehliyeti olmayan derneklere taraf ehliyeti veren düzenleme de bu dernekler ya tescil edilmiş derneklerle bir tutularak ya da GbR'ye yapılan atıf nedeniyle hak ehliyetini ve dolayısıyla taraf ehliyetini haiz kılındığı için kaldırılmıştır.

Zira bu ihtiyacın sebebi maddi hukuk olabilir. Dolayısıyla tıpkı MOPEG ile yapıldığı gibi Türk hukukunda da bu topluluklara (örneğin, adi ortaklık) hak ehliyeti tanınmasıyla sorun aşılabılır. Zira MOPEG Tasarısı'nda da 705 vd. düzenlenen ortaklık için, izlenen amaçla, kanuni düzenlemenin bağdaşmadığı belirtilmiş ve hukuki ilişkilere katılma amacı güdülmesi halinde tüzel kişilik tanınmıştır. MOPEG'ten özel olarak bahsedilmesinin sebebi budur.

Bir görüş de<sup>604</sup> iktisadi açıdan bakıldığında, davanın reddi halinde davalının yargılama giderlerini kime karşı takip edebileceğinin de belirli olması gerekliliğinden hareket ederek öncelikli incelemeyi açıklamaya çalışmaktadır. Ancak bu düşünce öncelikli incelemeyi gerekçelendiremez. Çünkü bu hallerde davanın açılmasına sebebiyet verenlerin yargılama giderlerine mahkûm edilmesi söz konusu olabilir<sup>605</sup>. Bunun için ise mutlaka öncelikli inceleme gerekmez.

## 2. Tarafların Mevcudiyeti

Taraf ehliyetinin eksikliği ile tarafın mevcut olmaması farklı durumlardır<sup>606</sup>. Mevcut olmama halinde tarafın varlığından söz edilemez<sup>607</sup>. Yargılamada karşılıklı iki

---

<sup>604</sup> Sauer s. 83.

<sup>605</sup> Stein/Jonas/Jacoby § 50 Rn. 59.

<sup>606</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 43 Rn. 5.

<sup>607</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 43 Rn. 5; bunun eşyanın doğası gereği olduğu hakkında bkz. Stein/Jonas/Jacoby § Vor 50 Rn. 11.

taraf yoksa, örneğin, davacı veya davalının varlığı gerçeğe aykırı olarak öyle gibi gösterilmişse yahut taraflardan biri davanın açılma anında hukuken, artık mevcut değilse, yargılama hukuku bakımından bakımından bir dava yoktur<sup>608</sup>. Davanın açılmasıyla taraflar ve mahkeme arasında kurulan usuli ilişki meydana gelmez<sup>609</sup>. Her iki durum arasındaki fark ise tarafın mevcut olmaması halinde verilen hükmün “etkisiz hüküm<sup>610</sup>” olarak ortaya çıkmasındadır<sup>611</sup>.

Yukarıda anlatılanların somutlaştırılması gerekirse, adi ortaklık veya miras ortaklığı düşünülebilir. TBK’nın 620. maddesinin birinci fıkrasının öngördüğü şartların sağlanması halinde bir adi ortaklığın varlığı gündeme gelir. Ancak bu adi ortaklığın taraf ehliyeti yoktur. Bir önceki paragrafta belirtilen hallerde ise, uydurma veya tasavvurdan ibaret bir birlik konu edinmektedir<sup>612</sup>. Örneğin, ticaret sicilinden terkin edilmiş bir ortaklık için tarafın mevcut olmamasından söz edilir<sup>613</sup> ya da ölmüş kişi aleyhine açılmış davada tarafın mevcut değildir<sup>614</sup>. Ölmüş kişinin taraf gösterilerek açıldığı davada, taraf değişikliğiyle yargılamaya devam edilmesi kabul edilse de<sup>615</sup>, öğretide bu durumda ölü kişinin taraf ehliyeti olmaması sebebiyle aslında gerçek anlamda bir taraf değişikliğinden söz edilemeyeceği ifade edilmiştir<sup>616</sup>.

Hakim görüşe göre bu dava usulden reddedilmelidir<sup>617</sup>. Başka bir ifadeyle bu durumda taraf ehliyetinin olmamasıyla aynı müeyyide söz konusu olur<sup>618</sup>. Bu konuda

---

<sup>608</sup> **Martin** s. 83. **Krş. Erişir** s. 131.

<sup>609</sup> **Martin** s. 83.

<sup>610</sup> Yok hüküm ve etkisiz hüküm için bkz. **Özekes, M.:** “Medeni Usul Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm”, YD, C. 26 S. 4, 2000, s. 661-699.

<sup>611</sup> **Schemmann** s. 7.

<sup>612</sup> **Stein/Jonas/Jacoby** § 50 Rn. 54; **Taş Korkmaz**, Taraf Değişikliği, s. 67; **Kale** s. 57.

<sup>613</sup> **Kale** s. 57.

<sup>614</sup> **Stein/Jonas/Jacoby** § 50 Rn. 54; **Kale** s. 57; **Taş Korkmaz**, Taraf Değişikliği, s. 67.

<sup>615</sup> **Yılmaz**, Şerh Cilt II, s. 2830.

<sup>616</sup> **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Medeni Usul, s. 280.

<sup>617</sup> **Martin** s. 84; **Neumann** s. 33; **Rosenberg/Schwab/Gottwald** s. 231, § 43 Rn. 5; **Stein/Jonas/Jacoby** § 50 Rn. 56; **Taş Korkmaz**, Taraf Değişikliği, s. 67.

<sup>618</sup> **Schemmann** s. 8; **Kale** s. 58.

daha ileri giden bir görüşe göre, davanın kurucu unsurlarında bir eksiklik vardır, yani dava için temel bir gerekliliktir ve bu durumda ne usulden ne esastan karar verilmesi mümkün değildir; aksine yargılama mahkemenin şekli sona erdirme işlemi olmadan, tabiri caizse, rafa kaldırılabilir<sup>619</sup>. Davanın harekete geçirici bir taraf usul işlemi olması nedeniyle (yani hakimin mutlaka karar vermesi gerekmesi aksi halde hak dağıtmaktan kaçınmanın ortaya çıkma ihtimali nedeniyle) hakim görüşe katılmaktayım. Nitekim ölüye karşı açılan davada, davanın taraf ehliyeti nedeniyle reddedileceği (taraf değişikliği olmazsa) kabul edilmektedir<sup>620</sup>.

Taraf ehliyetinin uyuşmazlık konusu olduğu hallere kıyasen, tarafın mevcudiyeti uyuşmazlık konusu olursa, burada da tarafın varlığı kabul edilir<sup>621</sup>. Aynı düşünce dava ehliyeti için de geçerlidir<sup>622</sup>. Zira bu çözüme herhangi bir alternatif söz konusu değildir; çünkü bir tarafın varlığı veya yokluğu ancak bir yargılamanın konusu olması halinde tespit edilir<sup>623</sup>. Dolayısıyla, mevcut olmayan bir tarafla, kural olarak yargılamanın yürütülemeyeceği (apaçık haller hariç) şeklindeki bir tespitin kabulü mümkün değildir<sup>624</sup>. Bir diğer nokta ise, dava şartlarının re'sen incelenmesi sebebiyle bütün davalarda tarafın mevcudiyetinin uyuşmazlık konusu olduğudur<sup>625</sup>.

Şüphe halinde mahkeme, taraflardan birinin mevcudiyeti ortaya konulmadan, davanın her durumda esastan reddedileceğinden bahisle davayı esastan reddedebilir mi? Bu soruya usul esas ayrımının belini kıran Rimmelspacher bile olumsuz yanıt vermekte ve bu hali, öncelikli incelemesini reddetmediği kararın varlık şartları

---

<sup>619</sup> **Nussbaum, A.:** Die Prozesshandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse, München 1908, s. 133.

<sup>620</sup> **Yılmaz,** Şerh Cilt II, s. 1653.

<sup>621</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 43 Rn. 5; **Schemmann** s. 7; **Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Zürcher** Art. 59 N 23.

<sup>622</sup> **MüKoZPO/Lindacher/Hau** §§ 51, 52 Rn. 45.

<sup>623</sup> **Schemmann** s. 7.

<sup>624</sup> **Schemmann** s. 7.

<sup>625</sup> **Schemmann** s. 7.

(Urteilsbestandsvoraussetzungen) alanına ait görmektedir<sup>626</sup>. Martin<sup>627</sup>, tarafın mevcudiyetinde öncelikli incelemeyi gerektiren sebeplerle, taraf ehliyetinin incelenmesinde öncelikli incelenmesini gerektiren sebepler arasında esaslı bir fark bulunmadığını ifade etmektedir. Yazar'a göre bu konu taraf ehliyetinin incelenmesine istinat ettirilebilir. Zira ileri sürülen çekişmeli hukuki ilişkinin tarafları arasında bağlayıcılık talep etmeden maddi hukuktaki hukuki durumu açıklayan bir karar hukuki belirsizliği derinleştirecektir.

Hak ehliyeti olmayan, dolayısıyla kural olarak taraf ehliyeti olmayan bir yapı hakkında verilen hükmün etkilerinin ne olacağına gelinirse, buradaki fark tarafın mevcut olmamasıyla, taraf ehliyetini haiz olmayan yapı şeklindeki ayrımın temelini oluşturmaktadır. Bir görüşe göre her iki halde de taraf hukuken yok konumdadır ve verilen hüküm etkisiz hükümdür<sup>628</sup>.

Bir diğer görüşe göre ise<sup>629</sup>, mevcut olmayan veya artık mevcut olmayan tarafa karşı verilen hüküm etkisiz hükümdür. Hükmün ne maddi anlamda kesin hüküm etkisi ne inşai etkisi ne de icra edilebilirliği ortaya çıkar. Çünkü düzenlemeler gereği hükme tanınan etkilerin doğması mümkün değildir. Bu etkiler, bilhassa iki taraf sistemi üzerine kurulmuş medeni usul hukuku yapısına göre dizayn edilmiştir. Taraf ehliyeti olmayan bir yapıya karşı verilen karar için aynı şeyler söylenemez. Genellikle bu

---

<sup>626</sup> **Rimmelspracher**, von Amts wegen, s. 136.

<sup>627</sup> **Martin** s. 84.

<sup>628</sup> **Wieser**, Zulässigkeit, s. 309; **Taş Korkmaz**, Taraf Değişikliği, s. 67. Böyle bir kararı yok (geçersiz) hüküm olarak niteleyen bir görüş de vardır, **Akcan**, Temyiz Nedenleri, s. 117. Ancak, bir mahkemenin, bir taraf aleyhine verdiği bir hüküm varsa, artık yok hükümden bahsedilemez. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da bu yönde bir kurum öngörülmemiştir. Bu sebeple, yok hüküm görüşü asla kabul edilemez.

<sup>629</sup> **Jauernig**, Das fehlerhafte Zivilurteil, s. 173 vd.; **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 41 Rn. 21; § 43 Rn. 5, § 43 Rn. 44; **Umar**, Ehliyet, s. 601. **Umar** daha sonra eda hükmü söz konusuysa, taraf ehliyeti eksikliği nedeniyle şikayet yoluna başvurulmasını kabul etmektedir. Ancak hükmün tamamen etkisizliği de söz konusu olur değildir, örneğin, bu hükme karşı kanun yoluna başvurulması mümkündür, **Schemmann** s. 10. Taraf mevcut olmamasına rağmen verilen kararın etkileri hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz: **Schemmann** s. 8 vd.; **Stein/Jonas/Jacoby** § 50 Rn. 57.

hallerde söz konusu olan bir hak ehliyeti olmayan bir yapıdır. Mevcut olmayan taraf hakkında verilen bir hükme karşı burada hükmün etki doğurma kabiliyeti eksik değildir. Zira mahkeme taraf ehliyetini haiz olmayan yapıyı (örneğin kişi topluluğu) zımnen veya açıkça taraf ehliyetini haiz olarak nitelendirmişse, bu yapının taraf ehliyeti kesin hükümle bağlayıcı şekilde tespit edilmiştir ve buna tüm devlet organları tarafından riayet edilmek zorundadır. Çünkü yargılamaya katılanın taraf ehliyeti olup olmadığı sorusunu kanun cevaplamıştır ve kanunun bağlayıcı şekilde uygulanması hakim elindedir. Dolayısıyla, etkisiz hüküm değil, kaldırılabilir veya bozulabilir bir hüküm vardır.

Taraf ehliyetinin dava sırasında kazanılması halinde, eksiklik, onamla giderilebilir. Bu onam zımni de olabilir, ama işlemlerin tamamına yönelik olmalıdır<sup>630</sup>.

## **G. Dava Ehliyeti ve Kanuna Uygun Temsil Edilme**

### **1. Dava Ehliyeti**

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 51. maddesi "*Dava ehliyeti, medeni hakları kullanma ehliyetine göre belirlenir*" ifadesini kullansa da bunun bir tanım olmadığı ortadadır. Medeni hakları kullanma ehliyetine bakıldığında TMK'nın 10. maddesi "*Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır*" hükmünü getirmektedir. Ancak buradan da dava ehliyetinin tanımına ulaşamaz. Öğretide ise dava ehliyeti, bizzat veya seçilen temsilci aracılığıyla etkili olarak usul işlemleri yapabilme ve muhatap olabilme ehliyeti olarak tanımlanmıştır<sup>631</sup>.

<sup>630</sup> Stein/Jonas/Jacoby § 50 Rn. 56.

<sup>631</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 44 Rn. 1; Yılmaz, Şerh Cilt II, s. 1712; krş. Umar, Ehliyet, s. 602.

Kanun'un fiil ehliyetine atıf yapmasının nedeni, medeni usul hukukunda tasarruf (Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 24. maddesi) ve taraflarca getirilme (Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 25. maddesi) ilkelerinin geçerli olmasıdır. Zira tarafların, kendilerine karşı tasarruf işlemi benzeri etkiyi haiz, mahkeme hükmünün içeriğinin belirlenmesinde geniş kapsamlı bir etkisi vardır<sup>632</sup>. Bunun sonucu olarak, tarafların yargılama içindeki davranışları sebebiyle hak kaybına uğramaları mümkün olduğundan, fiil ehliyetini haiz olmayanın veya sınırlı olarak haiz olanın korunması düşüncesi; onun, bu tür tehlikeli davranışlardan uzak tutulmasını veya davranışlarına olumsuz usuli sonuçlar yüklenmesinin engellenmesini gerektirir<sup>633</sup>. Başka bir ifadeyle, dava ehliyetini haiz olmayan ve kendi menfaatlerini usulüne uygun şekilde koruyamayan kişi, kendisine zarar verecek, uygunsuz dava takibinden korunmalıdır<sup>634</sup>. Gerek davacı gerek davalı olarak kendi hukuki durumunu kabul ettirmek isteyen kişinin, anlayabilir ve iradi olarak hareket edebilir bir durumda olması zorunludur<sup>635</sup>. Maddi hukuka göre, tarafların, yaşam ilişkilerini yargılamada hedeflendiği biçimde bizzat şekillendirebilir olmaları gerekliliği sağlanmalıdır<sup>636</sup>. Bilhassa davayı başlatma ile bitirme konusunda (tasarruf ilkesi) makul kararlar alabilir ve hukuki durumunu korumak için gerekli malzemeyi ileri sürebilir (taraflarca getirilme ilkesi) durumda olmalıdır<sup>637</sup>; yani yaptığı usul işlemlerinden de korunması

---

<sup>632</sup> **Henckel**, *Materielles und prozessrecht*, s. 68; **Martin** s. 85. Hükmün gerekçesinde “Söz konusu düzenleme, Alman Medeni Usul Kanunundaki düzenlemeye paralel bir hüküm içermektedir” dediği için Alman kaynakları kolaylıkla kullanılabilir.

<sup>633</sup> **Henckel**, *Materielles und prozessrecht*, s. 68. Dava ehliyetini haiz olmayanın, bizzat kendi uygunsuz dava yürütmesine karşı korunması düşüncesini taşımaktadır, **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 70.

<sup>634</sup> **MüKoZPO/Lindacher/Hau** §§ 51, 52 Rn. 2; **Olroth** s. 717; **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 71; **Elgün Toğrul** s. 20.

<sup>635</sup> **Martin** s. 85.

<sup>636</sup> **Grunsky**, *Grundlagen*, § 27 II 1, s. 252.

<sup>637</sup> **Martin** s. 85.



gerekir<sup>638</sup>. Söz gelimi, başarısı, davacının ilk yargılama sırasında mevcut dava ehliyeti eksikliğini ispat etmesine bağlı olan yargılamanın yenilenmesi yolu bu korumayı sağlamaz<sup>639</sup>. Dava ehliyetini haiz tarafın da yargılamanın yenilenmesi davasındaki yargılama giderlerine karşı korunması gerekir<sup>640</sup>.

Burada Kanun'u sırf lafzi anlamak bazı açıklama zorluklarına sebebiyet verebilir. Aslında burada esas ölçüt; kişiye, bir hukuki konu hakkında bir tasarruf etme imkanı verilip verilmediği olarak alınabilir, yani önemli olan onu idrak yeteneğinin kanun tarafından kişiye sağlanıp sağlanmadığıdır<sup>641</sup>. Ancak bu şekilde bir yaklaşımın yukarıda anlatılanlarla, düzenleme amacına bakıldığında, çelişmesi söz konusu değildir.

Dava ehliyeti sadece bu ehliyetten yoksun olanı koruma amacına hizmet etmeyip, aynı zamanda karşı tarafın da hızlı, amaca uygun planlı bir yargılama sürecindeki yararına da hizmet eder<sup>642</sup>. Dolayısıyla, dava ehliyetinin karşı taraf bakımından önemi, onun, dava ehliyetini haiz olmayan tarafın, amacına aykırı usul işlemlerinden korunmasıdır<sup>643</sup>. Örneğin, esastan ret kararının dava ehliyetini haiz olmayan davalının isticvabına dayanması halinde, ifadenin yanlışlığı hakkında artan bir tehlike söz konusu olur<sup>644</sup>.

Dava ehliyetini haiz olsa da tarafın devam eden davayla ilgilenmemesi de mümkündür. Bu durum yukarıda ifade edilenlerle çelişmez. Çünkü taraf, fiil ehliyetini

---

<sup>638</sup> **Gottwald**, Revision, s. 259. Dava ehliyeti olmayan tarafın korunması gerekçesiyle davanın her durumda reddinin mümkün olmayacağı ve bu yüzden maddi ve usuli şartların eşit düzeyde olmadığı yönünde bkz. **Lindacher** s. 137.

<sup>639</sup> **Olroth** s. 717; **Gottwald**, Revision, s. 259.

<sup>640</sup> **Gottwald**, Revision, s. 259.

<sup>641</sup> **Kahlke, G.:** "Zur Beschaffenheit der Prozessfähigkeit", ZJP 100 1987, s. 10-33, s. 15.

<sup>642</sup> **Lukes, R.:** "Der beschränkt Geschäftsfähige als Prozessvertreter", ZJP 69, s. 141-153, s.144; **Lindacher** s. 141.

<sup>643</sup> **Sauer** s. 59.

<sup>644</sup> **Gottwald**, Revision, s. 259.

haiz olduktan sonra, davayla ilgilenmek için gerekli niteliği haizdir ama usul ilişkisinden yükümlülük değil, kural olarak yalnızca yük doğmasıyla paralel biçimde buna zorunlu tutulamaz. Tarafın ihmali veya bunun sonuçlarına ilişkin öngörüsündeki eksiklik de hak kaybına sebep olabilir<sup>645</sup>. Varsayılan hukuki durumu değiştirme iradesi eksikliği nedeniyle tarafın bu davranışlarının hukuki işlemlerle öylece bir tutulması mümkün değildir<sup>646</sup>. Ama dava ehliyetini haiz taraf bu davranışlarıyla bağlıdır; çünkü hakkını kullanmaktan vazgeçtiğini bağlayıcı şekilde ortaya koymuştur<sup>647</sup>. Ama bu kabul için de tarafın fiil ehliyetini haiz olması gerekliliği aranır<sup>648</sup>. Zira bir yandan da kendisine tanınan hukuki dinlenilme hakkından feragat etmesi söz konusu olabilir<sup>649</sup>.

Yalnız yukarıda bahsedilenlerden hareketle dava ehliyetinin aranması düşüncesinin altında, tarafların yararına bir koruma düşüncesinin yattığı sonucu çıkarılabilir. Bu sonuç, kendi lehine öngörülen bir koruma normu hakkında tarafların tasarruf imkanı olup olmadığı sorusunun sorulmasına yol açar.

Öncelikle dava ehliyetinin yalnızca tarafı koruma düşüncesine hizmet ettiği kabul edildiğinde de taraflar dava ehliyetinin aranmasından etkili bir şekilde feragat edemez; zira dava ehliyeti olmayan kişinin feragati geçersiz olur<sup>650</sup>.

Bir görüş, tek başına tarafların korunması amacının, dava ehliyetini haiz olmayan kişinin davasının esastan reddedilebilir olması düşüncesiyle bağdaşmadığını ifade etse de<sup>651</sup>, bir diğer görüşe göre bazı hallerde, salt koruma düşüncesi tek başına, dava ehliyetinin dava şartı olarak öncelikli incelenmesini haklı gösteremez<sup>652</sup>.

---

<sup>645</sup> Henckel, Materielles und prozessrecht, s. 68.

<sup>646</sup> Henckel, Materielles und prozessrecht, s. 68.

<sup>647</sup> Henckel, Materielles und prozessrecht, s. 68-69.

<sup>648</sup> Henckel, Materielles und prozessrecht, s. 69.

<sup>649</sup> Wagner, Prozessverträge, s. 71.

<sup>650</sup> Martin s. 85.

<sup>651</sup> Olroth s. 717.

<sup>652</sup> Martin s. 85-86.

Amaca uygun ve planlı olmayan bir yargılama sürecinin masraflarının, eninde sonunda kamuya mal olacak olması, dava ehliyetinin kabul edilmesindeki kamusal menfaate işaret etmektedir<sup>653</sup>. Karşı tarafın korunması ve mahkemenin korunmasının burada çakıştığı söylenebilir<sup>654</sup>. Mahkemeden, örneğin sekiz yaşında olan ve bu nedenle ailesinin onamı gereken bir çocukla yargılama yapması beklenemez<sup>655</sup>. Yine dava ehliyetini haiz olmayan tarafın katılımıyla ulaşılan esastan verilen bir kararın en nihayetinde mahkemelerin saygınlığını da tehlikeye düşürdüğü ifade edilmelidir<sup>656</sup>. Dolayısıyla, dava ehliyetini haiz olmayanın korunması amacını tamamlayan ve onunla uyum içinde olan, karşı tarafın ve mahkemenin de düzgün ve hedefe yöneltilmiş hukuki yolda menfaati söz konusudur<sup>657</sup>. Bunun yanında dava ehliyetini haiz olmayanı koruma işleviyle, karşı tarafı ve mahkemeyi koruma işlevini denk gören bir görüş de mevcuttur<sup>658</sup>.

Dava ehliyetinin yalnızca maddi hukukla bağlantılı, yani dava ehliyetini haiz olmayanı korumakla açıklanması, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda neden dava ehliyetinin arandığı sorusuna cevap vermekte yetersiz kalabilir. Zira tarafın dava konusu üzerinde tasarruf yetkisi yoksa buna imkân verecek ehliyet durumunun aranması sorgulanabilir<sup>659</sup>. Oysa bu davalarda da tarafların herhangi kısıtlama olmadan davaya iştiraki öngörülmekte ve dava malzemesi bakımından da sorumluluklarında herhangi bir azalma olmamaktadır<sup>660</sup>. Dolayısıyla dava ehliyetinin taraf çıkarlarının üzerinde bir menfaat barındırdığı söylenebilir.

---

<sup>653</sup> Lukes s. 157; Sauer s. 59; benzer yönde Elgün Toğrul s. 20.

<sup>654</sup> Rimmelpacher, von Amts wegen, s. 71.

<sup>655</sup> Stein/Jonas/Jacoby § 51 Rn. 4.

<sup>656</sup> Gottwald, Revision, s. 259.

<sup>657</sup> MüKoZPO/Lindacher/Hau §§ 51, 52 Rn. 2.

<sup>658</sup> Musielak/Voit/Weth ZPO § 52 Rn. 1.

<sup>659</sup> Kahlke s. 21.

<sup>660</sup> Kahlke s. 22.

Koruma düşüncesinin dışında yine onunla kesinlikle sıkı bağlantılı, daha geniş anlamda bir önem de dava ehliyeti kavramına içkin karşımıza çıkmaktadır<sup>661</sup> : Hukuki durumu doğru bir şekilde yansıtarak taraflara hukuki korumayı sağlayan esas hakkında bir karara ulaşılması; ancak tarafların davayı uygun bir şekilde yürüterek, bilhassa kapsamlı şekilde dava malzemesinin getirerek dava dışı gerçek durumun araştırılmasına katkıda bulunabilecek durumda olmasını gerektirir. Dava ehliyeti eksikliğine rağmen yürütülen bir davada gerçeği tam yansıtmayan vakıalara dayanılarak karar verilecek olması nedeniyle, yargılamanın amacına tam olarak ulaşamama tehlikesi söz konusu olur<sup>662</sup>. Yargılamanın yapısı dikkate alındığında taraflar sadece kendi aleyhlerine yönelmiş iddiaları çürütmekle yetinemez; aksine, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 29. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen gerçeği söyleme ödevi gereği, gerçek hukuki durumun ortaya çıkarılması için araştırmaya da aktif olarak katılmak zorundadırlar<sup>663</sup>. Böylece hüküm temelini oluşturacak nihai vakıalar olabildiğince doğru ve tam olur<sup>664</sup>. Yani amaç, her iki tarafın da davayı uygun bir şekilde sürdürebilir durumda bulunmasının sağlanmasıdır<sup>665</sup>.

Ayrıca dava ehliyeti bulunmamasına rağmen, insan onuru, hukuki dinlenilme hakkı ve genel olarak adil yargılanma hakkına dayanarak dava ehliyeti varmış gibi muamele edilmesi de söz konusu olabilmektedir<sup>666</sup>. Burada da yine dava ehliyetinin salt taraf menfaatinin üzerinde bir menfaatle ilgili olması söz konusudur.

Dava ehliyetine ilişkin bir değerlendirme yapılırken hukuki dinlenilme hakkının dahil edilmemesi düşünülemez. Hukuki dinlenilme hakkının sağlandığının

---

<sup>661</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 72; **Martin** s. 86.

<sup>662</sup> **Martin** s. 86. Aynı yönde: **Schwab**, Probleme, s. 70.

<sup>663</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 72; **Martin** s. 86.

<sup>664</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 72; **Martin** s. 86; Krş. **Sauer** s. 124.

<sup>665</sup> **Schwab**, Probleme, s. 70.

<sup>666</sup> **Kahlke** s. 18.

ifade edilebilmesi için tarafın dava ehliyetinin olmadığı hallerde kanuni temsilcisine açıklama yapabilme imkanı tanınmalıdır; aksi takdirde hukuki dinlenilme hakkının ihlali sebebiyle bireysel başvuru ve sonrasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gidilmesi gündeme gelebilir<sup>667</sup>. Ancak tıpkı tabii hakim ilkesi bakımından söylendiği gibi, burada da hukuki dinlenilme hakkı ve dava ehliyeti arasında bağlantı kurulurken dikkatli olunması gerekir. Hem hukuki dinlenilme hakkı hem de dava ehliyeti, koruma normu olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla dava ehliyetini haiz olmayanın davanın reddi kararına karşı korunma ihtiyacı varsa, dava ehliyetinin varlığını tespit edilmesi zorunluluğu hem anayasa hukukundan hem medeni usul hukukundan kaynaklanmaktadır. Böyle bir korumaya ihtiyaç olunmaması halinde ise, anayasal bir ilkenin ihlali söz konusu olmaz<sup>668</sup>.

## 2. Kanuna Uygun Temsil Edilme

Kanuni temsilcinin gerekli nitelikleri haiz olması da bir dava şartı olarak düzenlenmiştir. Alman hukukunda da bu husus, hakim öğreti tarafından, dava şartı olarak kabul edilmektedir. Kanuna uygun şekilde temsil yetkisini haiz olmayan kişi tarafından yürütülen yargılamada da dava ehliyeti eksikliğinde olduğu gibi, yargılamanın uygun yürütülememesi tehlikesi ortaya çıkar<sup>669</sup>. Wieser<sup>670</sup>, gerekli temsil yetkisini haiz olmayan temsilci tarafından yürütülen yargılamanın tarafa izafe edilemeyeceğini ifade etmektedir. Yani dava ehliyeti için söylenenlerin burada da geçerli olduğu söylenebilir<sup>671</sup>.

---

<sup>667</sup> Krş. **Sauer** s. 121.

<sup>668</sup> **Lindacher** s. 136.

<sup>669</sup> **Schwab**, Probleme, s. 70.

<sup>670</sup> **Wieser**, Zulässigkeit, s. 309.

<sup>671</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 54 Rn. 11.

Yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden yola çıkıldığında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca, usulüne uygun temsil yetkisini haiz olmayan temsilcinin dahil olduğu yargılama sonucu ortaya çıkan hükmün kesinlikle etkisiz bir hüküm olmadığı ve maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiği rahatça anlaşılır. Aksi halde bu durum yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmezdi. Yargılamanın yenilenmesi yoluyla ilgili menfaatlerin korunup korunmayacağı sorulabilir. Dikkat edilmesi gereken yargılamanın yenilenmesine başvurulup başvurulmayacağı veya yargılamanın yenilenmesi süresi sonunda artık bu yola başvurulamayacak oluşu yargılamanın seyri esnasında belli olmayıp tesadüfi niteliktedir<sup>672</sup>.

Ayrıca söz konusu korumanın çok geç sağlanması da söz konusu olabilir<sup>673</sup>. Oysa dava ehliyetini haiz olmayan kişinin, hakkını koruyabilmesi için bu korumaya en baştan beri ihtiyacı vardır<sup>674</sup>.

Ayrıca bir dava şartının amacının araştırılmasında nihai kararın verildiği bir yargılama esas alınarak sonuç çıkarılamaz<sup>675</sup>. Kanunun aradığı şartlar belirli amaçlar gütmektedir ve bu amaçlar, etkilerini gösterdikleri yerde, yani normal bir yargılamada, yargılamanın sonucuna kadar olan kısmında görülmek zorundadır<sup>676</sup>.

Davayı esastan reddeden ve davacı veya davalının temsilcisinin, temsilci niteliğini haiz olup olmadığı sorusunu cevapsız bırakan bir hüküm, taraflar arasındaki hukuki belirsizliği derinleştirecektir<sup>677</sup>. Yani dava ehliyetini haiz olunmaması veya usulüne uygun temsil edilmemesi halinde hüküm için uygun bir temel olduğundan

---

<sup>672</sup> **Martin** s. 88.

<sup>673</sup> **Sauer** s. 61.

<sup>674</sup> **Sauer** s. 61.

<sup>675</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 70; **Sauer** s. 84.

<sup>676</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 70.

<sup>677</sup> **Martin** s. 88.

bahsedilemez<sup>678</sup>. Böyle bir hüküm, taraflar arasındaki dava dışı durumun, tekrar ama bu kez kanuni temsilcinin yetkiyi haiz olduğu bir durumda, bağlayıcı şekilde bildirilmesi talebini ortaya çıkaracaktır<sup>679</sup>.

## H. Dava Takip Yetkisi

### 1. Genel Olarak

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 53. maddesine göre “*Dava takip yetkisi, talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisidir*”. Yani dava takip yetkisi, kendisine ait veya kendisine yabancı bir hakka ilişkin bir davayı kendi adına taraf olarak yürütebilme hakkıdır<sup>680</sup>. Dava takip yetkisinin anlamı ve amacı şekli taraf kavramının kabulünün arka planında görülebilir<sup>681</sup>. Şekli taraf kuramının kabulüyle tarafın maddi hukuka göre hak veya yükümlülüğün sahibi olması taraf sıfatını kazanması bakımından önem taşımaz; ama burada da üçüncü kişinin, başkalarının hukuki ilişkilerine, o hukuki ilişkinin taraflarından birinin lehine, o hukuki ilişkiden doğan bir hakkı ileri sürmesi söz konusu olabilir<sup>682</sup>. Bunu önleyen kavram ise dava takip yetkisidir<sup>683</sup>. Bir başka deyişle dava takip yetkisi gerçek tarafın kim olduğu sorusuna

<sup>678</sup> Wieser, Zulässigkeit, s. 309.

<sup>679</sup> Martin s. 88.

<sup>680</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 46 Rn. 1; Stein/Jonas/Jacoby § Vor 50 Rn. 27; Martin s. 89; Neumann s. 63. Burada yetki veya hak ifadesi eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Kavramın yaratıcısı Hellwig, dava takip hakkı (Prozessführungsrecht) ifadesini tercih etmiştir. Yine Yazar, İmparatorluk Kanunları’nda yetki (Befugnis) kavramının çokça kullanılmış olmasının önem taşıdığını, hakkı dava yoluyla ileri sürme yetkisinden bahsedildiğini ifade etmiştir. Ayrıca, kavramı tercihinde, kavramın Almanca olması ve kurumu net şekilde belirtmesinin önem taşıdığını da belirtmiştir, Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 69. Öte yandan dava takip yetkisinin bir hak olmadığı sadece esas hakkında hüküm alabilme imkanı tanıdığını ve zaten davalı taraf için hiçbir şekilde uygun olmadığını ileri sürerek dava takip hakkı (Prozessführungsrecht) kavramının kullanılamayacağı yönünde bkz. Lüke, G. s. 19. Benzer yönde Kuru/Aydın, Cilt I, s. 330; Tanrıver, Medeni Usul Cilt I, s. 586; Pekcanitez/Taş Korkmaz, Pekcanitez Usul, 592-593; Börü, L.: “Sıfat ve Dava Takip Yetkisi”, BATİDER, C. 27, S. 3, 2011, s. 249-278, s. 258.

<sup>681</sup> Sauer s. 94. Benzer yönde Musielak/Voit/Weth ZPO § 51 Rn. 14; Yılmaz, Islah, s. 333.

<sup>682</sup> Lüke, G. s. 13; MüKoZPO/Lindacher/Hau § Vor 50 Rn. 45; Musielak/Voit/Weth ZPO § 51 Rn. 14; Sauer s. 94; Yılmaz, Islah, s. 333.

<sup>683</sup> MüKoZPO/Lindacher/Hau § Vor 50 Rn. 45; Yılmaz, Islah, s. 333.

cevap verir<sup>684</sup>. Öte yandan, Türk hukukunda bir görüş<sup>685</sup>, dava takip yetkisinin üçüncü kişiler tarafından kullanıldığı hallerde de taraf değişikliğinin söz konusu olmayacağını savunmaktadır. Bu görüşe katılmıyorum; zira burada kendisi adına hukuki koruma talep eden, dava takip yetkisini kullanan kişidir; yoksa iddia edilen maddi hukuk ilişkisinin tarafının bir hukuki koruma talebi yoktur. Dolayısıyla, şekli taraf kuramına göre taraf olmanın şartı gerçekleşmemiştir.

Dava takip yetkisi, sıfattan farklı bir kavramdır. Sıfat kabul edilebilirlik aşamasına değil haklılık aşamasına (maddi hukuka) ait bir kavramdır<sup>686</sup>. İleri sürülen talebin (talebin haklı olup olmamasından bağımsız olarak) hiçbir şekilde davacı ve davalı arasında olmadığı, aksine bir üçüncü kişi lehine veya aleyhine olacak şekilde ortaya çıktığı hallerde sıfat eksikliğinden bahsedilir<sup>687</sup>.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi, dava takip yetkisini açıkça dava şartı olarak nitelendirmeseydi dahi, dava takip yetkisi için dava şartı nitelendirilmesi yapılırdı. Zira dava takip yetkisinin, maddi hukuk üzerinde herhangi bir etkisi yoktur ve bu yüzden dava takip yetkisi, tıpkı diğer dava şartları gibi, kabul edilebilirlik çerçevesinde incelenebilir<sup>688</sup>. Dava takip yetkisinin varlığının geniş ölçüde maddi hukuk kurallarına dayanılarak belirlenmesi<sup>689</sup> de önem taşımaz; zira dava şartları kavramına ait olduğu konusunda herhangi bir

---

<sup>684</sup> **Lüke, G.** s. 6; **Tanrıver**, Medeni Usul Cilt I, s. 586; **Taş Korkmaz**, Gerçek Taraf, s. 65. Ayrıca bkz. **Alangoya, Y.:** "Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler", İÜMHAD, C. 3, S. 5, 1969, s. 125-194, s. 137-138.

<sup>685</sup> **Kuru, B.:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt II, 6. Baskı, İstanbul 2001, s. 1155; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Medeni Usul, s. 278; **Hanağası**, Sıfat, s. 81-82.

<sup>686</sup> **Lüke, G.** s. 6; **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 46 Rn. 3; **MüKoZPO/Lindacher/Hau** § Vor 50 Rn. 45; **Musielak/Voit/Weth**, ZPO § 51 Rn. 18; krş. **Tanrıver**, Medeni Usul Cilt I, s. 590-591; **Hanağası**, Sıfat, s. 72.

<sup>687</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 46 Rn. 3; **Musielak/Voit/Weth**, ZPO § 51 Rn. 18; **Tanrıver**, Medeni Usul Cilt I, s. 590-591.

<sup>688</sup> **Neumann** s. 63.

<sup>689</sup> **Stein/Jonas/Jacoby** § Vor 50 Rn. 32.



tartışma olmaksızın, diğer bazı şartlar da (örneğin, taraf ehliyeti) dolaylı olarak maddi hukuka bağımlılık göstermektedir<sup>690</sup>.

Dava takip yetkisi, tarafların özelliklerinden ziyade, dava konusu ile ilişkilerine dayanmaktadır ve dava takip yetkisi gerekliliği tarafları koruma amacının yanında, maddi hukuk bakımından yetkili kişiden başka bir kişiye dava takip imkânı tanıyarak, gereksiz yargılamaları önleme amacındadır<sup>691</sup>.

Şekli taraf teorisinin kabulüyle, herhangi bir eksikliğe yol açmadan yargılamada maddi hukuk ilişkisinin tarafı olmayan veya tek başına tarafı olmayan kişilerin de davada taraf olarak karşımıza çıkması mümkündür<sup>692</sup>. Yani şekli taraf teorisinde dava konusunun sübjektif sınırları maddi taraf teorisine göre daha geniştir<sup>693</sup> ve hakkın veya hukuki ilişkinin tamamen veya kısmen dışındaki bir kişi de, özel dava takip yetkisi sayesinde kendi adına, kendisine tamamen veya kısmen yabancı bir hakkı dava edebilir<sup>694</sup>. Bu durum yargılamada iki ayrı hukuki ilişki olmasının doğal bir sonucudur.

## 2. Kurumun İşlevi

Dava takip yetkisinin, tek başına ayrı bir dava konusu oluşturacak niteliği haiz olup olmadığı belirlenirken kurumun işlevine yakından bakılmalıdır. Bu nedenle dava takip yetkisinin kanun gereği hak sahibi dışında kişiler tarafından kullanıldığı ihtimaller incelenmelidir.

---

<sup>690</sup> Neumann s. 63-64; Lüke, G. s. 17.

<sup>691</sup> Pohle, Rangordnung, s. 168.

<sup>692</sup> Martin s. 80; MüKoZPO/Lindacher/Hau § Vor 50 Rn. 46; Musielak/Voit/Weth ZPO § 51 Rn. 14; bkz. Tanriver, Medeni Usul Cilt I, s. 585 vd.

<sup>693</sup> Henckel, Parteilehre, s. 190.

<sup>694</sup> Martin s. 80; Rosenberg/Schwab/Gottwald § 46 Rn. 5; Stein/Jonas/Jacoby § Vor 50 Rn. 28; Tanriver, Medeni Usul Cilt I, s. 587.

Yukarıda belirtildiği üzere dava takip yetkisinin gündeme geldiği bir ihtimal, dava takip yetkisinin hak sahibinden alınıp münhasıran üçüncü kişiye bırakılmasıdır. İflas idaresi ve vasiyeti tenfiz memurunun durumu buna örnek olarak verilebilir. Bu durumda hak sahibi bir dava yürütse ve karara ulaşırsa bile dava takip yetkisini haiz kişiler arasında dava açılması halinde usulden ret kararına temel olacak bir maddi anlamda kesin hüküm kurumunun ortaya çıkacağı söylenemez. Esastan verilen karar, maddi hukuk ilişkisinin tarafları arasında bağlayıcı şekilde hukuki belirliliği sağlayamaz<sup>695</sup>. Oysa, yargılama görevini üzerine alan Devlet, bunun sonucunda ortaya çıkan kararı, kesin hüküm kurumu ile teminat altına almaktadır<sup>696</sup>. Yani kesin hüküm yargılamanın tabii ve istenen sonucu olarak karşımıza çıkar<sup>697</sup>. Dava takip yetkisi hakkındaki bu tespit, kurumla yargılamanın amacı arasındaki sıkı bağı göstermektedir. Maddi hukuk ilişkisinin tarafları arasındaki ilişki, maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden bir kararla tespit edilmediyse, doğal olarak, maddi anlamda kesin hükmün sağladığı belirlilikten söz edilmesi mümkün olmaz. Zira hukuki belirliliğin sağlanarak hukuki korumanın sağlanması, herhangi iki taraf arasında açılan davada sağlanamaz, aksine sadece uyuşmazlık konusu maddi hukuk ilişkisinin tarafları arasında sağlanabilir<sup>698</sup>. Kesin hükmün sınırları, dava konusunun taraflarına bağlı olduğu müddetçe<sup>699</sup>, üçüncü kişi tarafından yürütülen yargılamayla bağlılık kuralı olarak düşünülemez<sup>700</sup>. Tarafları bağlamayan yalnızca belirli bir hukuki ilişki hakkında neyin

<sup>695</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 46 Rn. 58; benzer yönde **Musielak/Voit/Weth**, ZPO § 51 Rn. 36; **Tanrıver**, Medeni Usul Cilt I, s. 588; **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, Esaslar, s. 120-121.

<sup>696</sup> **Özkaya Ferendeci**, Objektif Sınırlar, s. 2; **Erdoğan**, Kesin Hüküm, s. 81.

<sup>697</sup> **Özkaya Ferendeci**, Objektif Sınırlar, s. 2.

<sup>698</sup> **Martin** s. 93-94.

<sup>699</sup> Bazı hallerde üçüncü kişi tarafından yürütülen yargılamanın bağlayıcılığı söz konusu olabilir. Örneğin, Türk Ticaret Kanunu'nun 238. maddesinin birinci fıkrası "*Yalnız şirket aleyhine alınmış olan mahkeme kararı, şirket hakkındaki takip semeresiz kalmadıkça veya şirket herhangi bir sebeple sona ermiş olmadıkça ortaklar hakkında icra edilemez*" hükmünü getirmiştir.

<sup>700</sup> **Berger**, Prozessführungsbefugnis, s. 81.

haklı olduğunu ifade eden bir hüküm olsa olsa, ikinci yargılamada ispat ve hukuki nitelendirme faaliyetlerinde bağlayıcı olmayan bir şekilde kullanılabilir.

Ayrıca maddi hukuk ilişkisinin taraflarının, dava konusu ile hiçbir hukuki ilişkisi olmayan kişi tarafından yapılabilecek, hukuki alanlarına istenemeyen bir müdahaleden korunması gerekir<sup>701</sup>. Bu hallerde dava takip yetkisinin işlevi, yargılamanın amacına ulaşılmasını garanti altına almaktır<sup>702</sup>. Dava takip yetkisinin hak sahibinden alınıp münhasıran üçüncü kişiye veya kısmi yetki kişiye devri hallerinde, yargılamanın amacına ancak dava takip yetkini tarafından açılan veya ona karşı açılan bir dava ile ulaşılabilir.

İkinci grup hallerde ise dava takip yetkisinin, üçüncü kişiye veya kısmi yetki sahibine aktarılmasının yanında hak sahibi de dava takip yetkisini haiz kalabilir<sup>703</sup>. Dava takip yetkisinin bu türünde dava takip yetkinliği, tanındığı kişinin menfaatine kabul edilmiştir<sup>704</sup>. İradi dava takip yetkinliği durumu<sup>705</sup> hariç, bu hallerde, dava takip yetkini aleyhine verilen karar hak sahibine sirayet etmez<sup>706</sup>. Buna örnek olarak, bölünemeyen bir edimin birden çok alacaklıya ifası verilebilir. Burada borçlu edimi tüm alacaklılara karşı ifa etmek zorundayken, her bir alacaklı, aksine anlaşma yoksa, hepsine ifa edilmesini talep edebilir<sup>707</sup>. Dava takip yetkisinin tanındığı bu hallerde amaç, kısmen herkesin menfaatine dava yoluyla takibi kolaylaştırmak, kısmen bir

<sup>701</sup> **Berger**, Prozessführungsbefugnis, s. 81.

<sup>702</sup> **Martin** s. 94.

<sup>703</sup> Burada bir noktaya dikkat edilmesi gerekir. Örneğin, intifa hakkı sahibinin kendi hakkına dayanarak bir tazminat davası açtığı hallerde dava takip yetkinliğinden söz edilemez, zira intifa hakkı sahibi, zaten kendi hakkını ileri sürmektedir, Krş. **Stein/Jonas/Jacoby** § Vor 50 Rn. 34; **Tanriver**, Medeni Usul Cilt I, s. 586-587.

<sup>704</sup> **MüKoZPO/Gottwald** § 325 Rn. 53; **PG/Völzmann-Stickelbrock** § 325 Rn. 39.

<sup>705</sup> İradi dava takip yetkinliği, dava takip yetkisinin, kanuni dayanak olmaksızın, hak sahibi kişinin iradesiyle bir başka kişiye devredilip edilemeyeceği sorusuna cevap verir, ayrıntılı bilgi için bkz. **Deren Yıldırım**, Sübjektif Sınırlar, s. 34 vd.; **Dişel**, Takip Yetkisi, s. 97 vd.

<sup>706</sup> Bkz. Aşağıda İkinci Bölüm V H 4.

<sup>707</sup> **Kratz B**: Berner Kommentar, Solidarität, Art. 143-150 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Bern 2015, Art. 150 N 45.

diğerinin ilgisizliği veya haksız itirazları nedeniyle davanın başarısızlığa uğramasının önüne geçilmesi veya bir diğer hak sahibinin geçersiz tasarruflarını etkisiz hale getirmektir<sup>708</sup>. İşte TMK 702. maddesinin dördüncü fıkrasındaki elbirliği ortaklığında (örneğin, adi ortaklık veya miras ortaklığında) ortaklardan her birinin, topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabilmesi<sup>709</sup> bunun örneğini oluşturur<sup>710</sup>.

Dava takip yetkisinin sadece maddi hukuktaki duruma bağlı olduğu hallerde (örneğin elbirliği mülkiyetinde maliklerden birinin hakkı korumak için dava açması halinde) maddi hukukun dava takip yetkisi kullanacak kişiye, davada kullanabileceği bir hak tanıdığı ve buradan dava takip yetkisinin kaynaklandığı mı yoksa dava takip yetkisinin maddi hukuktaki duruma mı dayandığını ayırt etmek zordur<sup>711</sup>. Bu hallerde meselenin üçüncü kişinin veya kısmi yetkili kişinin maddi hukuk bakımından bir hakkı olduğu ifade edilebilir<sup>712</sup>. Kişi kendi hakkını ileri sürdüğü için artık dava takip yetkinliğinden söz edilmesi gerekmez. Ancak maddi hukukta kendisine açıkça yer verilmemiş bir haktan bahsetmektense, dava takip yetkinliğiyle bu durumlara cevap verilebilir<sup>713</sup>.

Peki usul ekonomisine dayanarak bu yaklaşım ortadan kaldırılabilir mi sorusuna cevap vermek gerekir. Burada ilk önce incelenmesi gereken, Henckel'in

---

<sup>708</sup> **Stein/Jonas/Jacoby** Vor § 50 Rn. 36.

<sup>709</sup> **Kuru/Aydın**, Usul C. I, s. 316; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Medeni Usul, s. 569; krş. **Kale**, Taraf Ehliyeti, s. 180.

<sup>710</sup> Bir görüşe göre, TMK'nun 702. maddesinin dördüncü fıkrasına böyle bir anlam verilemez. Bu hükmün değerlendirilmesinde TMK'nun 640. maddesinin ikinci fıkrasıyla, 702. maddesinin ikinci fıkrasının dikkate alınması gerekir. Söz konusu düzenlemeler dikkate alındığında, ilke bazında, elbirliği mülkiyeti kapsamındaki mal ve haklar üzerinde, ancak oybirliğiyle tasarruf edilebilir. Onun dışında, elbirliğiyle malik olanlardan herhangi birinin münferiden dava açabileceği şeklinde bir kurgu söz konusu değildir. 702. maddenin dördüncü fıkrasındaki düzenleme, terekenin mühürlenmesi, defter tutulması gibi koruma önlemleri alınabilir şeklinde anlamak gerekir. Aksine bir tutum benimsenmesi, elbirliğiyle mülkiyetin içinin boşaltılmasına kadar gidebilecek bir yola girilmesine sebebiyet verir, **Tanrıver**, Medeni Usul Cilt I, s. 568 vd.

<sup>711</sup> **Stein/Jonas/Jacoby** Vor § 50 Rn. 32.

<sup>712</sup> Bkz. **Stein/Jonas/Jacoby** Vor § 50 Rn. 36.

<sup>713</sup> **Stein/Jonas/Jacoby** Vor § 50 Rn. 36. Örnekler için bkz. **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 46 Rn. 18 vd.

önerdiği gibi, dava takip yetkisinin belirlenmesinin zorluğu halinde salt usul ekonomisiyle esastan karar verilmesi açıklanabilir mi? Bir tarafın dava takip yetkisini haiz olup olmadığı sorusunun cevaplanması zor bir soru olarak ortaya çıksa da, hakim öğretiye göre, davanın esastan reddedileceği önceden belli olsa bile, davanın esasına girmeden önce, bu soru cevaplanmalıdır. Yani İcra ve İflas Kanunu'nun 245. maddesine göre dava takip yetkisi alan bir alacaklının yürüttüğü davanın esastan reddi için, önceden dava takip yetkisinin tespit edilmiş olması gerekir. Kesin hükmün sirayeti, iflasın kapanmasında sonra, eski müflisin, o davanın haksız yere reddedildiğini ifade ederek aynı talebi yeniden ileri sürmesine engel olur. Yeniden ileri sürülme halinde, davacının, dava takip yetkisini sahip olmadığı iddiası, savunma olarak kullanılabilir<sup>714</sup>. İlk davada, takip yetkisinin açıkça tespit edilmiş olması gerçekte müflis olmayan kişiyi bağlamaz; sadece ilk davada ilişkinin incelenmesini kolaylaştırır<sup>715</sup>. Oysa dava takip yetkisi, irade özgürlüğü bağlamında hukuk düzenimizin temellerine istinat eder<sup>716</sup>.

Dava takip yetkisinin de temel işlevi, davanın esasının incelenmesinde ve karara bağlanmasında ortaya çıkar. Bu düşünce, davanın taraflara tam hukuki koruma sağlayıp sağlayamaması sorusuyla ayrılması mümkün olmayan bir bağılılığı haizdir<sup>717</sup>. Bu sebeple dava takip yetkisi, davanın taraflarının ve maddi hukuk ilişkisinin

---

<sup>714</sup> **Martin** s. 98.

<sup>715</sup> **Martin** s. 98; **Rimmelspacher** ise **Martin**'in bu düşüncesine karşı çıkmakta, burada somut olayın özelliğinin önem taşıyacağını ifade etmektedir. Ama her durumda mantık ve kavramsallığın **Martin**'in düşüncesiyle bir ilgisi olmadığını, bu düşüncede usul ekonomisine ait değerlendirmelere ait olduğuna işaret etmektedir. Usul ekonomisi alanına bir kere girildiğinde ise, bu konuda daha iyi bir seçeneğin olup olmadığı araştırılmalıdır. Örneğin iflas idaresinin açtığı davanın, davacının dava takip yetkisi tartışmalı olsa bile, haksızlığı önceden tespit edilmişse, **Martin**'in bu hukuki duruma getirdiği çözümle arada bir fark kalmaz. Zira müflisin ilk davadaki kararla bağlı olup olmadığı, iflas idaresinin dava takip yetkisinin varlığı halinde kabul edilir. Bu da ikinci yargılamada incelenebilir, **Rimmelspacher**, *Prozessvoraussetzungen und Revisioninstanz*, s. 256.

<sup>716</sup> Krş. **Jauernig**, *Prozessvoraussetzungen*, s. 308.

<sup>717</sup> **Martin** s. 97.

taraflarının birbirinden ayrıldığı, çözüldüğü halde tarafa tanınan hak arama özgürlüğünün sağlanmasında rol oynar. Böyle bir amaç gütmeyen bir davanın sürdürülmesini kanun koyucunun amaç edindiği düşünülemez. O nedenle, dava takip yetkisi mutlaka öncelikli incelenmelidir.

### **3. Dava Takip Yetkisinin Öncelikli İncelenmesini Reddeden Azınlık Görüşü**

Hakim öğreti çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır. Hukuki himaye talebi öğretisinin, kabul edilebilirlik ve haklılığı ayırmak isteyen temsilcileri, dava takip yetkisini maddi hukuka dair dava temeline veya dava temelinin bir parçası olarak hakkın yanında ona eşdeğer maddi adli hukuk'a (materielle Justizrecht) dahil etmek eğilimindeydiler<sup>718</sup>. Bu görüşe göre, dava takip yetkisinin öncelikli incelenmesine gerek yoktu. Ancak sonrasında gerek hukuki himaye talebi görüşü gerek onu temel olarak dava takip yetkisini değerlendiren görüş sonrasında etkisini yitirmiştir<sup>719</sup>. Dolayısıyla bu temele dayanarak dava takip yetkisinin öncelikli incelenmesi reddedilemez.

Henckel<sup>720</sup> ise daha farklı bir noktadan hareket ederek dava takip yetkisinin öncelikli incelenmesiyle ilgilenmiştir. Yazar'a göre dava takip yetkisi, tarafla, dava konusu arasındaki ilişkiye dairdir; o halde taraf, dava konusunun dışındadır ve onu bireyselleştirmez. Ancak dava takip yetkisinin öncelikli incelenmesinin savunulması için meşru bir temel gerekir. Yazar çıkış noktası olarak hukuki yararın göreceliliğini ve dava takip yetkisinin hukuki yararla bağıny kullanmaktadır<sup>721</sup>. Takip yetkisi de tıpkı

<sup>718</sup> **Goldschmidt**, Rechtslage, s. 267-268; **Neumann** da, hukuk himaye talebi (Rechtsschutzanspruch) görüşünün, dava takip yetkisini, davanın haklılığı için aradığını ifade etmiştir, **Neumann** s. 14.

<sup>719</sup> Bkz. **Schwab**, Wiederlegung, s. 412-413.

<sup>720</sup> **Henckel**, Parteilehre, s. 190 vd.

<sup>721</sup> Bkz. Aşağıda İkinci Bölüm IV K 6.

hukuki yarar ve tekrarlama yasağındaki amaçlarla benzer amaçlara hizmet etmektedir. Dava takip yetkisi halk davasını (Popularklagen) devre dışı bırakmaktadır<sup>722</sup>. Böylece dava takip yetkisi, mahkemeler ve karşı tarafı<sup>723</sup> yararsız davalardan korumaktadır. Dolayısıyla, davanın kabul edilebilirliği hakkında bir karar vermek, esasına ilişkin bir karar vermekten daha zor olduğu durumlar, bu amaçla uyuşmamaktadır. Bu hallerde dava, dava takip yetkisi incelenmeden, esastan reddedilebilmelidir<sup>724</sup>.

Henckel'in çıkış noktası, dava takip yetkisine ilişkin yapılacak incelemenin davanın esasına ilişkin yapılacak incelemeye oranla daha zor olduğu durumların varlığıdır. Martin<sup>725</sup>, hem bu hallerin hem de dava takip yetkisinin kısmi yetkili bir kişiye veya üçüncü kişiye bırakılmasının istisnai karakterde olduğunu ifade etmektedir. Yazar'a göre bu hallerde dava takip yetkisinin belirlenmesi kural olarak herhangi bir zorluk göstermemektedir. Örneğin, dava takip yetkisinin üçüncü kişiye devrinin söz konusu olduğu iflasta, sadece iflasın açılıp açılmadığı incelenecektir. Kısmen yetkili kişiye devirde ise sadece istisnai hallerde zorluk çıkmaktadır. Tutarlı şekilde yapılan bir iddia, kural olarak, kısmen yetkili kişinin dava takip yetkisini gerekçelendirir.

---

<sup>722</sup> **Neumann** da **Henckel**'e atıf yaparak, dava takip yetkisinin sadece karşı tarafı koruma amacı gütmeyeceğini, aksine Popularklage'ye engel olarak, mahkemelerin gereksiz yüklenmesini önleme amacı güttüğünü ve bu kamusal menfaat nedeniyle, dava şartlarına ilişkin re'sen dikkate alma ilkesinin daha uygun sonuçlar vereceğini ifade etmiştir, **Neumann** s. 64; **Sauer** de dava takip yetkisinin halk davasını (Popularklagen) engellediğine işaret etmiştir, **Sauer** s. 94-95; **Berger**, Prozessführungsbefugnis, s. 81; **Lücke, G.** s. 13.

<sup>723</sup> **Wieser**, dava takip yetkisine sadece bu açıdan yaklaşmıştır. Yazar, davacının dava takip yetkisi olmaması halinde (örneğin bir arkadaşının, onun hakkı için dava açması halinde) elde edilen hükmün dava dışı maddi hukuk ilişkisinin tarafı olan alacaklıya etki etmeyeceğini ve alacaklının, davalıya yeni bir dava açma imkanının olduğuna işaret etmiştir. Yazara göre bu haksız çifte yargılamadan kaçınmak için ilk yargılamaya izin verilmemesi gerekir. Bu yüzden dava takip yetkisi öncelikli incelenmelidir, **Wieser**, Zulässigkeit, s. 310.

<sup>724</sup> Aynı yönde **Neumann** s. 64.

<sup>725</sup> **Martin** s. 90. Dava takip yetkisinin hak sahibi dışındakiler tarafından kullanılmasının istisnai olduğu yönünde bkz. **Stein/Jonas/Jacoby** Vor § 50 Rn. 28; **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 46 Rn. 5.

Bir diğ er itiraz dava takip yetkisinin sadece, Henckel tarafından ifade edildiği üzere karşı tarafı ve mahkemeyi korumaya yönelik işlevidir. Oysa dava takip yetkisi bunların ötesinde hukukumuzun temel tasavvuru olan irade özerkliğiyle bağlantılıdır<sup>726</sup>.

Henkel dışında bir itiraz da J. Blomeyer tarafından ileri sürülmüştür<sup>727</sup>. Yukarıda belirtildiği üzere, yazar, gerçek ve gerçek olmayan dava şartı ayrımı yapmaktadır. Bu ayrımda dava takip yetkisini gerçek olmayan dava şartları arasına yerleştirmekte ve öncelikli incelenmesine gerek olmadığını ifade etmektedir. Bu görüşe ileri sürülen eleştiriler hariç, burada şu eleştiri ileri sürülebilir<sup>728</sup>: Nasıl oluyor da dava takip yetkisi sadece başvurulan yolu değil de ulaşılmak istenen usuli amacı da engeller? Blomeyer bu soruya cevap verememektedir.

Grunsky<sup>729</sup> de, dava takip yetkisinin fonksiyonunun, karşı tarafın, aynı hakkın, farklı davacılar vasıtasıyla birkaç kere ileri sürülmesinin engellenmesi olduğunu ifade etmektedir. Buradan hareket ederek, dava takip yetkisi eksikliğine rağmen, hakka ilişkin uyuşmazlığa girip girmemeye davalı karar vermelidir. Dolayısıyla dava takip yetkisinin varlığının re'sen incelenmesine gerek yoktur. Ancak daha önce de belirtildiği gibi dava takip yetkisinin oynadığı rol bundan çok daha farklı hukukumuzun temel tasavvuruna ilişkindir. Görüşün eleştirilebilir noktası, maddi hukuk ilişkisinin tarafları arasında belirliliği sağlaması mümkün olmayan bir davada, davanın esası hakkında uzun bir yargılama yapılması davalının inisiyatifine bırakılmış olmasıdır<sup>730</sup>.

---

<sup>726</sup> Krş. **Jauernig**, Prozessvoraussetzungen, s. 308; **L ke, G.** s. 15.

<sup>727</sup> **Blomeyer, J.**, Zul ssigkeit, s. 20.

<sup>728</sup> **Martin** s. 92.

<sup>729</sup> **Grunsky**, Grundlagen, § 28 I 5, s. 263-264.

<sup>730</sup> **Martin** s. 92-93.



#### 4. Taraf Ehliyetiyle İlişkisi

Dava takip yetkisi kurumunun kendisinin bir dava şartı olarak ortaya çıkmasının yanında, bazı davalarda, çekişmeli hukuki ilişkinin tarafları dışındaki kişilerin de davacı veya davalı olarak çıkmasına olanak tanınmasıyla yukarıda belirlenen taraf ehliyetinin hukuk politikası bakımından işlevinin anlaşılmasını zorlayan bir duruma sebebiyet vermektedir<sup>731</sup>. Çünkü taraf olarak davada yer alan dava takip yetkinin taraf ehliyeti, maddi hukuk bakımından yetkili kişinin kesin hükümle bağlılığına doğrudan hiçbir katkıda bulunmamaktadır<sup>732</sup>.

Burada şu soru sorulabilir<sup>733</sup>: Taraf ehliyetinin yukarıda bahsedilen amacı bu durumlarda da taraf ehliyetinin varlığını gerektirir mi? Çünkü bu durumlarda ileri sürülen maddi hukuki ilişki davanın tarafları arasında değildir, öyle ki onların haklara ve borçlara sahip olma ehliyeti görünüşte önem taşımaz.

Bu soruya cevap verebilmek için dava takip yetkisinin hakka tamamen veya kısmen yabancı biri tarafından kullanılmasına göre yapılan ayırım bağlamında değerlendirmek gerekir.

Kanunen tanınan dava takip yetkisiyle (her zaman kendi hakkı olmasa da veya kabul edilebilir bir şekilde maddi hukuktan türetilmese bile) bir üçüncü kişinin veya kısmen hak sahibinin kendi adına davayı yürütmesinin temelinde her zaman bir hukuki yarar vardır<sup>734</sup>. Teorik olarak tamamen bir ayırım yapılabileceği ileri sürülse de pratikte böyle bir şey mümkün değildir<sup>735</sup>.

---

<sup>731</sup> **Martin** s. 79.

<sup>732</sup> **Schemmann** s. 28.

<sup>733</sup> **Martin** s. 80.

<sup>734</sup> **Stein/Jonas/Jacoby** Vor § 50 Rn. 41.

<sup>735</sup> **Wieser**, Rechtsschutzbedürnis, s. 199-200.

Dava takip yetkisinin hak sahibinin yanı sıra, hakka tamamen veya kısmen yabancı biri tarafından da kullanılabildiği hallerde, dava takip yetkisi, bu kişinin kendi hukuki menfaati veya mensup olduğu o topluluğun (örneğin, elbirliği mülkiyetinde tabi bir hakkın korunması) menfaati dikkate alınarak, özel bir kanuni düzenlemeden kaynaklanmaktadır<sup>736</sup>. Bu durumda dava takip yetkisini hala elinde bulunduranların dava açmalarını gerekçesiz bir şekilde sınırlaması nedeniyle, dava takip yetkisinin yürüttüğü dava sonunda verilen karar bu kişilere karşı etkili değildir<sup>737</sup>. Bu gibi hallerde kanun koyucunun amacı, menfaatleri nedeniyle, dava takip yetkisini kullananların hukuki belirliliğini sağlayabilmesidir<sup>738</sup>. Böyle bir düzenlemenin yapılabilmesi ise; ancak hukuken kişi olarak tanındığı bir varlığın olması halinde mümkündür. Zira kişi olarak tanınmaması halinde kanunun o varlığın bir menfaatini dikkate alması söz konusu olmaz.

Dava takip yetkisinin hak veya hukuki ilişkinin tarafından alınıp münhasıran dava takip yetkinine bırakıldığı durumlarda, dava takip yetkisinin yürüttüğü dava sonucunda elde ettiği karar, maddi hukuk ilişkisinin taraflarını da bağlamaktadır; aksi takdirde maddi hukuk ilişkisinin tarafları yargıdan bağışık hale gelmiş olurdu<sup>739</sup>. Bu hallerin pek çoğunda dava takip yetkini, maddi hukuk bakımından da münhasıran tasarruf yetkisini haizdir<sup>740</sup>. Yine burada da, taraf ehliyetinin altında yatan nedenin görülmesi mümkündür. Örneğin, münhasıran dava takip yetkisini haiz bir durum, iflas idaresinin, dava takip yetkisini kullanmasında görülür. Buna göre iflas hukuku, iflas

<sup>736</sup> Krş. **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 46 Rn. 59.

<sup>737</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 46 Rn. 59; benzer yönde **Musielak/Voit/Weth**, ZPO § 51 Rn. 36; **Zöller/Althammer** Vor § 50 Rn. 34.

<sup>738</sup> **Martin** s. 80.

<sup>739</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 46 Rn. 58; benzer yönde **Musielak/Voit/Weth**, ZPO § 51 Rn. 36; **Tanrıver**, Medeni Usul Cilt I, s. 588; **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, Esaslar, s. 120-121.

<sup>740</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 46 Rn. 58.

masasının organı konumunda, kamu hukuku niteliğini de haiz ve şekilde cebri icra faaliyetine katılan bir hukuk süjesi, yani iflas idaresini yaratmıştır<sup>741</sup>. Bu organ yargılamayı yürüterek hüküm almaktadır.

Dava takip yetkisinin çıkış noktasının istisnası olarak yukarıda bahsedilen haller için dava takip yetkininin, maddi hukuk ilişkisinin tarafıyla özel bir hukuki ilişki içinde olması gereklilik olarak karşımıza çıkar<sup>742</sup>. Bir hukuki ilişkinin tarafları da ancak hukukun kişi olarak tanıdığı varlıklar olabilir. Yukarıda işaret edildiği üzere, maddi taraf kuramı, günümüz açısından iki kurumun birlikte cevabını vermektedir. Cephenin bir tarafında, taraf ehliyeti-sadece kişiler arasında meydana gelip tespit edilebileceği için, hukuki ilişkinin potansiyel tarafları arasındaki uyumsuzluklara izin vermektir<sup>743</sup>. Cephenin diğer tarafından dava takip yetkisi o tarafın, “gerçekten taraf” olarak yargılamayı yürütüp yürütemeyeceğine cevap vermektedir. Taraf ehliyeti, tarafın kişisel özelliklerine dayanırken, dava takip yetkisi taraf ve dava konusu arasındaki maddi ilişkinin ifade edilmesidir<sup>744</sup>. Sonuç olarak, dava takip yetkisi, birinin taraf olarak davayı yürütebilmeye yetkili olup olmadığı sorusunu da kapsar<sup>745</sup>.

## İ. Derdestlik

Derdestlik, bir kavrama zaman içinde farklı anlamlar yüklenebileceğini göstermesi bakımından, önemli bir dava şartı olarak ortaya çıkar. Zira Ortak Hukuk’ta sadece tarafın menfaatine kabul edilen kurumun<sup>746</sup>, ZPO’nun yürürlüğünün ardından

<sup>741</sup> **Yılmaz, E.:** İflas İdaresi, Ankara 1976, s 55-56.

<sup>742</sup> **Berger,** Rechtskraft, s. 82.

<sup>743</sup> Yukarıda İkinci Bölüm F 1.

<sup>744</sup> **Henckel,** Parteilehre und Streitgegenstand, s. 37 **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 46 Rn. 1; Türk hukukunda benzer yönde **Deren Yıldırım,** Sübjektif Sınırlar, s. 96.

<sup>745</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 46 Rn. 1.

<sup>746</sup> **Rimmelspacher,** von Amts wegen, s. 52.

da, ancak itiraz üzerine incelenebileceği görüşü savunuluyordu<sup>747</sup>. ZPO’nun kullandığı ifade de “Einrede der Rechtshangigkeit” (derdestlik def’i) idi. Davacının hakkına cevap verecek bir karşı hak olması sebebiyle gerçek bir def’inin söz konusu olduğu ifade ediliyordu<sup>748</sup>. Ancak kanunun lafzının bu konuda tek başına belirleyici olamayacağı belirtilerek<sup>749</sup>, zaman içinde kurumun amacı gereği, olumsuz dava şartı olarak re’sen incelenmesi gerektiği görüşü baskın çıkmıştır.

Derdestlik kurumunun amacı, kurumun değerlendirilmesinde her zaman büyük önemi haiz olmuştur. Aynı dava konusunda, aynı anda birden çok yargılama yapılmasının engellenmesi muhtelif amaçlar gütmektedir. Bu amaçlar, Ortak Hukuk’taki gibi sadece taraflarına çıkarlarına yönelik olsaydı, derdestliğin dava engeli sayılması bu amaçlar bakımından yeterli kabul edilirdi<sup>750</sup>. Oysa, kurum bunun ötesinde amaçları haizdir. İlk olarak, mahkemeler gereksiz meşguliyetten<sup>751</sup>, davalı ise gereksiz yüklerden korunmalıdır<sup>752</sup>. Sadece bu sebeple, derdestliğin öncelikli incelenmesinin haklı çıkarılması mümkün değildir; daha önemli bir nedene daha ihtiyaç vardır ki o da, aynı dava konusunda birbirine zıt kararların verilmesinin önlenmesidir<sup>753</sup>. Yine hukuki güvenlik ve hukuki istikrar amacı da burada zikredilmelidir<sup>754</sup>. Zira ilk zikredilen amaca ulaşılması, davanın haksız olduğu, derdestliğin olup olmadığından çok daha kolay anlaşılabilecekse, doğrudan esastan ret kararı verilmesiyle de mümkün

---

<sup>747</sup> **Osterloh** s. 77; **Petersen** s. 205; **Wurzer**, Prozessvoraussetzungen, s. 59.

<sup>748</sup> **Wurzer**, Prozessvoraussetzungen, s. 59.

<sup>749</sup> **Neumann** s. 15.

<sup>750</sup> **Neumann** s. 15.

<sup>751</sup> **Neumann** s. 15; **Martin** s. 108; **Sauer** s. 86; **Tanriver**, Derdestlik, s. 20.

<sup>752</sup> **Martin** s. 108; **Tanriver**, Derdestlik, s. 25.

<sup>753</sup> Krş. **Lindacher**, s. 137; **Martin** s. 109; **Neumann** s. 15. Ayrıca bu durum sonuç olarak birbiriyle çelişen kararların verilmesine neden olarak mahkemelerin saygınlığını ciddi bir biçimde zedelerdi, **Neumann** s. 15; **Sauer** s. 86; **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 169-170; **Tanriver**, Derdestlik, s. 27 vd.

<sup>754</sup> **Neumann** s. 15; **Sauer** s. 86.

olurdu<sup>755</sup>. Oysa, kural olarak, bu davaların birbirinden bağımsız olarak kesinleşmesi ve daha sonra yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmesi ihtimali nedeniyle taraflara etkin bir hukuki koruma sağladığından bahsedilemez.

Derdestlik ve maddi anlamda kesin hükmün aynı amaca, aynı uyumsuzluğun tekrar yargılama konusu yapılmamasına hizmet eden iki dava şartı olduğu kabul edilmektedir<sup>756</sup>. Derdestlik, davanın henüz devam ettiği aşamada söz konusu olurken; maddi anlamda kesin hüküm, kesinleşmeden sonraki aşama için söz konusudur<sup>757</sup>. Maddi anlamda kesin hüküm için ifade edilen gerekçeler, derdestlik için de geçerlidir<sup>758</sup>.

## **J. Maddi Anlamda Kesin Hüküm**

### **1. Maddi Anlamda Kesin Hükümün Amacı**

Maddi anlamda kesin hükmün getirdiği yasak, aynı dava hakkında önceden verilmiş bir karar varsa ve bu karar şekli anlamda kesinleşmişse artık aynı konuda yeni bir dava açılmamasıdır. Bu yasak sadece teorik bazı çekincelere değil, aynı zamanda pratik ihtiyaçlara da cevap vermektedir<sup>759</sup>. Maddi anlamda kesin hükmün amacı konusunda hem öğreti hem uygulama birlik içindedir<sup>760</sup>. Maddi anlamda kesin hüküm, tarih boyunca da ilk kararın şekli anlamda kesin hüküm oluşturmamasından sonra hem ilk davanın hem ikinci davanın sonucunu değersiz kılacak, zıt ikinci bir hükmün verilmesinin önüne geçmek için kullanılmış ve elzem görülmüştür<sup>761</sup>. Bu bakımdan,

---

<sup>755</sup> **Martin** s. 109.

<sup>756</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** 152 11; **Rimmelpacher**, von Amts wegen, s. 69; **Martin** s. 107.

<sup>757</sup> **Sauer** s. 86; benzer yönde **Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Zürcher** Art. 59 N 26; **Yılmaz**, Şerh Cilt IV, s. 4432.

<sup>758</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** 152 11; **Sauer** s. 86.

<sup>759</sup> **Rosenberg**, Lehrbuch, s. 735; **Rimmelpacher**, von Amts wegen, s. 64.

<sup>760</sup> **Martin** s. 101; **Roth**, Rechtskrafttheorien, s. 506; **Atalı**, Pekcanitez Usul, s. 2058.

<sup>761</sup> Bkz. ve Krş. **Schwartz** s. 24.

aşağıda açıklanacak olan maddi hukuka dayanan teorilerle usuli kesin hüküm teorileri arasında fark yoktur<sup>762</sup>. Teoriler arasındaki fark, buna nasıl ulaşılacağına ilişkindir. Sadece teorik açıdan önemi olacağı ifade edilebilirse de<sup>763</sup> kesin hükmün bağlayıcılığının açıklanması usul hukukunun temel teorik problemlerindendir<sup>764</sup>. Açıklamadaki farklılığın bir boyutu da maddi anlamda kesin hükmün, taraflara mı yoksa hakime mi yönelik bir düzenleme olduğuna ilişkindir. Burada hemen belirtmek gerekir ki maddi hukuka dayanan teoriler de maddi anlamda kesin hükmün usuli bir kaynağı olduğunu kabul etmektedir<sup>765</sup>. Dolayısıyla, bu bakımdan da her iki yaklaşım arasında bir uyum söz konusudur.

Kesin hükmün amacına bakıldığında yine Rosenberg'e başvurmak gerekir. Yazara göre maddi anlamda kesin hükmün üç amacı vardır<sup>766</sup>: Taraflar arasındaki hukuki istikrarın korunması, mahkemelerin aşırı iş yükünden kurtarılması ve yine mahkemelerin saygınlığının korunması. Bu amaçları sağlanması için, hem aynı konuda yargılama yapılmaması hem de karar verilmemesi gerekir<sup>767</sup>.

Tekrarlama yasağının temelinde, taraflar arasındaki uyuşmazlığın bir noktada son bulmasındaki hukuki istikrar ihtiyacı yatmaktadır<sup>768</sup>. Taraflar açısından bunun anlamı, ilk davanın sona ermesinden sonra, bu davadaki sonucu tartışmaya açacak ikinci bir davada, usulden ret hariç bir karara ulaşmanın yasak olmasıdır<sup>769</sup>. Bir kararın

---

<sup>762</sup> **Bötticher**, Rechtskraft, s. 169; **Sauer** s. 42.

<sup>763</sup> Örneğin, bu teorilerin maddi anlamda kesin hükmün objektif veya sübjektif sınırlarının belirlenmesinde bir etkisi yoktur, **Stein/Jonas/Althammer** § 322 Rn. 24.

<sup>764</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 151 Rn. 3; **Roth**, Rechtskrafttheorien, s. 511.

<sup>765</sup> Krş. **Kohler**, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Berlin 1906, s. 218.

<sup>766</sup> **Rosenberg**, Lehrbuch, s. 735. Kitabın yeni baskılarında da bu üç unsur bakımından aynı görüş sürdürülmektedir bkz. **Rosenberg/Schwab/Gottwald** s. 933 § 152 Rn. 1. Maddi anlamda kesin hükmün, amacına göre, yargılamanın amacıyla yakın ilişkin içinde olduğu söylenebilir, **Sauer** s. 85.

<sup>767</sup> **Rosenberg**, Lehrbuch, s. 735.

<sup>768</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 152 Rn. 1; **Musielak/Voit/Musielak**, ZPO § 322 Rn. 1; **Sauer** s. 85; **Yılmaz**, Şerh Cilt IV, s. 4428; **Tanrıver**, Cilt II, s. 111-112; **Erdoğan**, Kesin Hüküm, s. 81.

<sup>769</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 152 Rn. 1; **Stein/Jonas/Althammer** § 322 Rn. 28; **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 66; **Sauer**, bunu, davayı kazanan tarafın, ilk yargılamanın sonucunun sorgulanamayacağına dair güveni ifadesiyle yansıtmaktadır, **Sauer** s. 85-86.

geçerliliğinin, başkaca bir mahkeme tarafından ayıksı bir karar verilmesine kadar olduğu kabul edilirse, bu kararın taraflara hukuki koruma sağlaması ve dolayısıyla onlar arasında hukuki istikrarı kurması olanaklı değildir<sup>770</sup>. Yine devletin de taraflar arasındaki uyuşmazlığı bir noktada sona erdirmekte menfaati vardır; aksi takdirde, çekişmesizliğin sağladığı güven ortamından bahsedilemez<sup>771</sup>. Buradaki kesinlik durumundan kasıt, gerçek anlamda uyuşmazlığın ortadan kaldırılması değildir; uyuşmazlık devam etse bile, bu artık hukuk düzeni ve onun organı olan mahkeme bakımından bir önem taşımaz<sup>772</sup>.

Maddi anlamda kesin hüküm oluşturan kararda tespit edilen hakkın; gerçekten var olduğu ve hukuk düzenince kendisine atfedilen rolü yerine getirebildiği hallerde, sadece hukuk düzeninin, hukuki istikrarı sağladığı bir durumdan bahsedilemez; aynı zamanda maddi hukuktaki durumun da yansımaları söz konusudur<sup>773</sup>. Buradan yola çıkan Rimmelspacher, Rosenberg'in taraflar arasında hukuki istikrarın sağlanması düşüncesinin, yazarın kendi teorisinde kabul ettiği usulün ideal amacı olan hukuki istikrarın sağlanmasıyla çakıştığını ileri sürmektedir. Ona göre Rosenberg'in düşüncesi bütünün bir parçasıdır. Dolayısıyla, maddi anlamda kesin hükmün olumsuz işlevi, bu düşüncenin bir kısmı olarak kabul edilip yargısal himaye sağlayan hükmün bir şartı olarak ele alındığında, aynı zamanda usulün amacı kesin hükmün temeli olarak kabul edilmek zorunda olup dava şartlarının, hukuki istikrarı sağlama açısından hukuki koruma talebinin şartı olarak görme düşüncesini doğrulamaktadır<sup>774</sup>.

<sup>770</sup> **Martin** s. 101; krş. **Stein/Jonas/Althammer** § 322 Rn. 28; **Erdoğan**, Kesin Hüküm, s. 81.

<sup>771</sup> **Schwartz** s. 26; benzer yönde **Roth**, Rechtskrafttheorien, s. 517; **Erdoğan**, Kesin Hüküm, s. 81.

<sup>772</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 66.

<sup>773</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 67.

<sup>774</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 67-68.

Bu yönden bakıldığında, maddi anlamda kesin hüküm, ilk olarak taraf menfaatine hizmet etmekte ve taraflar arasındaki uyuşmazlığı nihai olarak bitirmeye yaramaktadır<sup>775</sup>. Diğer yönden ise, maddi anlamda kesin hüküm, hak arayan bireyle yargı hakkını kullanan devlet arasındaki ilişkiye de istinat etmektedir<sup>776</sup>. İşte ikinci ve üçüncü amaç, burada ortaya çıkarak, tarafların maddi anlamda kesin hüküm üzerindeki gücünü ortadan kaldırmaktadır.

Rosenberg'in görüşünde ikinci amaç, birbirine zıt kararları engelleyerek, mahkemelerin saygınlığının korunmasıdır<sup>777</sup>. Bunun sebebi, mahkemelerin uyuşmazlıklarla ilgili nihai karar vermekle görevlendirilmiş olmasıdır<sup>778</sup>. İki mahkemenin aynı uyuşmazlıkla ilgili karar vermesi söz konusu olursa, iki çelişik kararın ortaya çıkması şaşırtıcı olmayacaktır. Schwab<sup>779</sup> hem maddi anlamda kesin hüküm hem de derdestlik için bu amacın önemine vurgu yapmaktadır. Ona göre çelişen hükümlerin bulunması halinde hükümle ulaşılması gereken amaç olan hukuki korumasının sağlanması amacı gerçekleştirilememiş olacaktır. Aynı dava konusunu haiz ikinci bir davanın görülmesinin kabul edilmesi, genel olarak mahkemeye başvuruyu anlamsız kılacaktır; çünkü ikinci davanın açılmasının kabul edilmesi, aynı dava konusunda bir üçüncü davanın da açılmasının kabulü sonucu doğuracak olup genel olarak mahkeme kararının işlevsiz olduğunu kabul zorunluluğu yaratacaktır. Böylelikle mahkemelerin varlık nedeni sorgulanacaktır. Tarafların, maddi anlamda kesin hüküm üzerindeki gücünün ortadan kaldırılmasının meşruluğu bu amaç bakımından bu gerekçeyle ortaya konulabilir. Eğer maddi anlamda kesin hüküm, tabiri

<sup>775</sup> Stein/Jonas/Althammer § 322 Rn. 29; Roth, Rechtskrafttheorien, s. 515.

<sup>776</sup> Stein/Jonas/Althammer § 322 Rn. 29.

<sup>777</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 152 Rn. 1; aynı yönde Stein/Jonas/Althammer § 322 Rn. 2; krş. Tanrıver, Cilt II, s. 111; Erdoğan, Kesin Hüküm, s. 82.

<sup>778</sup> Rimmelspacher, von Amts wegen, s. 67.

<sup>779</sup> Schwab, Probleme, s. 70.



caizse tarafların insafına terk edilirse, sonuç mahkemelerin, tarafların elinde “oyun topuna” (Spielball) dönüşmesidir<sup>780</sup>. Bir başka görüşe göre ise<sup>781</sup>, mahkemelerin saygınlığı ve devlet otoritesi, maddi anlamda kesin hükmün bir amacı olamaz. Bu yöndeki ihtiyacın giderilmesine, kararların kalitesi ve hızı hizmet etmektedir.

Rosenberg’in son gerekçesi mahkemelerin korunmasıdır<sup>782</sup>. Burada mahkemelerin korunmasıyla ifade edilmek istenen, mahkemelerin aşırı ve gereksiz iş yükünden korunmasıdır. Mahkemelere, nihai olarak karar bağlanmış olan uyuşmazlıklarla ilgili tekrar başvurulamamalıdır. Ancak tabii ki bu düşünce mutlak değildir. Zira dava açılması, mahkemeyi harekete geçirici bir usul işlemidir ve mutlaka bir kararla cevaplanmalıdır. Kararın nihailiğinin bir anlamı da, devletin, hak arama özgürlüğüne yönelik yükümlülüğünü yerine getirdiği, dolayısıyla aynı uyuşmazlığa ilişkin yeni bir kararın talep edilememesidir<sup>783</sup>. Böylece devlet, hak arama özgürlüğünden doğan yükümlülüğünü yerine getirmiş olur. Uyuşmazlıkla ilgili bir karar verilmiş ve bununla taraflar arasındaki hukuki durum açıklığa kavuşturulmuşsa, artık aynı uyuşmazlık için tekrar mahkemeye başvurulması gereksizdir ve yargılama organlarını esas işleri olan henüz karara bağlanmamış uyuşmazlıkları çözmekten alıkoyar<sup>784</sup>. İşte maddi anlamda kesin hükmün barındırdığı (ikinci plandaki) kamusal menfaat de buradan çıkar<sup>785</sup>. Tabii ki bu düşüncenin makul gözükmesi, ikinci kez dava açılması durumunda, bu yolun, en azından genellikle, en az çaba, zaman ve masrafı

---

<sup>780</sup> Schwartz s. 26.

<sup>781</sup> Stein/Jonas/Althammer § 322 Rn. 30.

<sup>782</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 152 Rn. 1; Tanriver, Cilt II, s. 111; Erdoğan, Kesin Hüküm, s. 83. Yanlış bir kararın maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmesi ise, hukuki güvenlik uğruna katlanılması gereken eksiklik olarak ortaya çıkar, Stein s. 6; Rosenberg/Schwab/Gottwald § 151 Rn. 2.

<sup>783</sup> Stein/Jonas/Althammer § 322 Rn. 29.

<sup>784</sup> Rimmelspacher, von Amts wegen, s. 68; benzer şekilde, Sauer s. 54.

<sup>785</sup> Krş. Stein/Jonas/Althammer § 322 Rn. 29.

gerektirmesi şartına bağlıdır<sup>786</sup>. İkinci dava açıldığında mahkeme en azından ilk dava ile olan ayniyeti incelemek zorundadır<sup>787</sup>; bu inceleme, ileri sürülen vakıalara yönelik tahkikat yaparak kanunu olaya uygulamayla kıyaslandığında çok daha kolaydır<sup>788</sup>.

Birbirine zıt iki kararın maddi anlamda kesin hüküm niteliğini kazanması halinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375. maddesinin birinci fıkrasının (1) bendine dayanılarak sonraki maddi anlamda kesin hükmün ortadan kaldırılması da gerekçesini bu korunan menfaatlerde bulur. Dikkate edilmesi gereken nokta, öncelikli inceleme olmaksızın, yargılamanın yenilenmesi yoluyla bu menfaatlerin nasıl olsa korunmuş olacağı şeklinde bir görüşe dayanılamayacağıdır. Çünkü, her iki tarafın da kendisi lehine hüküm almış olmasıyla, zaten her iki yargılamada da yargılamanın amacına ulaşılamamış olduğu gerçeği sabit kalmaktadır<sup>789</sup>. Çözüm önerisi sadece, sorun ortaya çıktıktan sonra nasıl çözüleceğine ilişkindir<sup>790</sup>. Hatta kesin hüküm sorununun odak noktasında olduğu da söylenemez; zira, makul hiçbir kanun koyucunun mahkeme kararlarının çelişmesi sorununu, henüz ortaya çıkmadan değil de ortaya çıktıktan sonra çözmek istediği kabul edilemez<sup>791</sup>. Kendi teorisinde dava şartlarına yüklediği anlam gereği temyizde daha kısıtlı bir inceleme usulü öngören Rimmelspacher bile, zıt bir kesin hükmün varlığına işaret eden vakıalar için istisna kabul etmiştir<sup>792</sup>.

---

<sup>786</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 68.

<sup>787</sup> Krş. **Schwartz** s. 35.

<sup>788</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 68.

<sup>789</sup> **Martin** s. 101-102.

<sup>790</sup> **Bötticher**, Rechtskraft, s. 65.

<sup>791</sup> **Bötticher**, Rechtskraft, s. 65.

<sup>792</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 220.

## 2. Maddi Anlamda Kesin Hükümü Açıklayan Teorileri

Maddi anlamda kesin hükmün anlamı ve amacı bu şekilde belirtildikten sonra bunlara nasıl ulaşılabacağına bakılması gerekir. Ancak, burada bir hususa dikkat çekmek gerekir. Her ne kadar Alman hukukundaki bu tartışmalar Türk hukukuna aktarılsa da<sup>793</sup>, Türk hukukunda bu tartışmaların yapılması kanuni dayanak bakımından Alman hukukundan farklılık gösterir. Aşağıda açıklanacağı üzere, Alman hukukunda, maddi anlamda kesin hüküm, herhangi bir kanunda dava şartı olarak düzenlenmiş değildir. Maddi anlamda kesin hükmün bağlayıcılığı üzerine teori kurulmasının sebebi de, bu yönde bir düzenleme olmamasıdır<sup>794</sup>. Oysa Türk hukukunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesinin birinci fıkrasının (i) bendi, maddi anlamda kesin hükmü dava şartı olarak düzenlemiştir. Bunun sonucu olarak, yapılan tartışmalar salt teorik ve olması gereken hukuk bakımından değeri haiz olabilir. Maddi anlamda kesin hükmün niteliğinin kanun tarafından düzenlenmesi ve günümüzde artık yalnızca dava şartı olarak görülüyor izleniminin yaratılması ise sakıncalıdır. Zira kurumun niteliğinin yalnızca dava şartı olmasıyla açıklanması aşağıda belirtileceği üzere belirli zorluklara sebebiyet vermektedir.

Maddi hukuka dayanan kesin hüküm teorisine göre, kesin hükmün maddi hukuka etkileri vardır<sup>795</sup>. Bu teori, kararın içeriğinin bağlılığını, kararın kesinleşmesi sonrası, hakimın kararı ile maddi hukuktaki durumun mutlaka bağdaşmasıyla açıklamaktaydı<sup>796</sup>. Doğru bir karar, o ana kadarki hukuki durumu tasdik ediyor ve

<sup>793</sup> **Atalı**, Pekcanitez Usul, s. 2058; **Erdoğan**, Kesin Hüküm, s. 64 vd.

<sup>794</sup> **Roth**, Rechtskrafttheorien, s. 512.

<sup>795</sup> **Kohler**, Lehrbuch, s. 218; **Böttcher**, Rechtskraft, s. 141; **Stein/Jonas/Althammer** § 322 Rn. 21; **Martin** s. 102; **Atalı**, Pekcanitez Usul, s. 2058; **Erdoğan**, Kesin Hüküm, s. 65.

<sup>796</sup> **Stein/Jonas/Althammer** § 322 Rn. 21; **Roth**, Rechtskrafttheorien, s. 507; **Erdoğan**, Kesin Hüküm, s. 66.

uyuşmazlık konusu hak için ek bir hukuki dayanak yaratıyordu<sup>797</sup>. Yanlış bir karar ise hukuki durumu içeriğine göre yeniden tesis ediyordu<sup>798</sup>. Maddi hukuktaki bu etkilerin yanında, maddi anlamda kesin hüküm aynı zamanda bir delil olarak (kararın tecessüm ettiği belge) ortaya çıkıyordu<sup>799</sup>. Bu teoride maddi anlamda kesin hüküm, aynı konudaki ikinci bir kararı engellemiyordu<sup>800</sup>. Yani ilk davada ortaya çıkan kesin hüküm, hakimin belirli bir usuli davranışta bulunmasını gerektirmiyordu. Sadece dava dışı hukuki durumu etkileyerek, ikinci mahkemenin, kararına, başka bir kazanma veya kaybetme unsurunu esas almasına sebebiyet veriyordu<sup>801</sup>. Hükümün maddi hukuka olan bu etkisi, geçmişe yönelik sonuç doğuruyordu<sup>802</sup>.

Windscheid'in *actio*'yu ayırmasından sonra maddi anlamda kesin hüküm de maddi hukuk usul hukuku ayırımında bir yere oturmak zorundaydı<sup>803</sup>. Bundan sonra sadece bir karar verilmesi gerekiyordu, kesin hükmü, o günkü anlayışa göre tabii olarak görülen, yalnızca bir mahkeme kararıyla meydana gelebilen, sadece ikinci yargılamada anlamı olan maddi hukuka dair bir itiraz olarak düzenlemek ya da Ortak Hukuk'taki düşüncüyü terk ederek, *exceptio rei judicatae*'yi usul hukuku kurumu olarak görmek. Çünkü Roma Hukukçularının kullandığı dava hakkı (Klagrecht) kavramı ortadan kalkmıştı<sup>804</sup>.

Gerek Alman gerek Avusturya hukukunda usul kanunlarının yapılması sırasında maddi anlamda kesin hükmün niteliğine dair bir belirleme yapılmamıştır.

---

<sup>797</sup> **Kohler**, Lehrbuch, s. 218; **Bötticher**, Rechtskraft, s. 142; **Stein/Jonas/Althammer** § 322 Rn. 22; **Martin** s. 102.

<sup>798</sup> **Kohler**, Lehrbuch, s. 218; **Stein/Jonas/Althammer** § 322 Rn. 22; **Roth**, Rechtskrafttheorien, s. 507.

<sup>799</sup> **Bötticher**, Rechtskraft, s. 142.

<sup>800</sup> **Bötticher**, Rechtskraft, s. 142.

<sup>801</sup> **Roth**, Rechtskrafttheorien, s. 507.

<sup>802</sup> **Kohler**, Lehrbuch, s. 218-219.

<sup>803</sup> Krş. **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 64.

<sup>804</sup> O zaman kullanılan *exceptio* kavramının, Bülow'un usuli def'ileri dava şartına dönüştürmesiyle, artık maddi hukuk talebinin kendisine yönelik olduğu yönünde bkz. ve krş. **Bülow**, Prozessvoraussetzungen, s. 259 vd.

ZPO'yu hazırlayan komisyon bilinçli olarak sadece kurumun, objektif ve sübjektif sınırlarını düzenlemekle yetindi<sup>805</sup>.

BGB'nin yazarları da kesin hükmün mahiyetine ilişkin olarak bir tespitle bulunmadılar, bunun sebebi konunun önemsiz olması değildir; sadece konu öğretiye bırakılmak istenmiştir<sup>806</sup>. 1. Lesung'un taslağında BGB 191'e dair sadece iki soru tartışılmıştı. Bunlar kesin hükmün re'sen mi yoksa davalının itirazı üzerine mi dikkate alınacağı ve kesin hükmün esastan incelemeyi mi engelleyeceği yoksa sadece farklı bir karar verilmesini mi engelleyeceği hususlarıydı<sup>807</sup>. O dönemde öğretilde kabul edilen ise, maddi anlamda kesin hükmün maddi hukuk kurumu olduğuydu<sup>808</sup>.

Maddi anlamda kesin hükmü maddi hukukla açıklarken de aslında üstü örtülü olarak dava şartı kavramının gündeme gelmesi söz konusu oluyordu<sup>809</sup>. Oradaki argüman davanın yürütülmesi dahi kabul edilmemesini öngörüyordu. Ayrıca devlet, karar verme yetkisini yalnızca bir kere kullanmalıydı ve bununla usuli yükümlülüğünü yerine getirmiş oluyordu. Bu teoriye yönelebilecek temel eleştiri yanlış bir kararı merkezine koyarak bir açıklama gayreti içine girmesidir<sup>810</sup>. Oysa, teorik pratik olarak bir istisna olan duruma dayanarak kesin hüküm kurumunun mahiyetini açıklamaya çalışmak isabetsizdir<sup>811</sup>. Bir diğer itiraz, maddi anlamda kesin hükmün temelinde yatan ve taraf menfaatlerini aşan menfaatleri açıklayamamasıdır<sup>812</sup>. Eğer maddi anlamda kesin hüküm, icabında salt hak kazanma unsuru olsaydı, re'sen incelenmesi açıklanamaz, yalnız tarafların tahakkümü altında incelenebilirdi<sup>813</sup>. Teori, aynı dava

<sup>805</sup> **Pohle**, Wesen der Rechtskraft, s. 384.

<sup>806</sup> **Stein** s. 5; **Pohle**, Wesen der Rechtskraft, s. 384.

<sup>807</sup> Bkz. **Schwartz** s. 23-24.

<sup>808</sup> **Roth**, Rechtskrafttheorien, s. 512.

<sup>809</sup> Bkz. **Kohler**, prozessrechtliche Forschungen, s. 89.

<sup>810</sup> **Sauer** s. 43.

<sup>811</sup> **Sauer** s. 43.

<sup>812</sup> **Martin** s. 103.

<sup>813</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 152 Rn. 7; bkz. **Hellwig**, Wesen der Rechtskraft, s. 11.

konusunun tekrar uyuşmazlık konusu yapılması engellemediği için yukarıda anılan mahkemelerin korunması amacına hizmet ettiği de söylenemez. Teori taraftarları, istenmeyen, aynı dava konusu hakkında ikinci davayı açabilme sonucunu engellemek için, ikinci davada hukuki yarar eksikliği olduğunu ileri sürmüşlerdir<sup>814</sup>. Burada da yine hukuki yararın belirsiz kavram olmasının çekiciliği söz konusudur. Hukuki yararı kullanarak usulden ret kararına ulaşılması zorlama bir çözümdür. Öte yandan, verilen kararlar maddi hukuka ilişkin yeni bir durum yaratmayı hakimnin amacı olmadığı gibi, usul kanunları da taraflara, bu yönde bir imkan sunmayı istememektedir<sup>815</sup>. Tarafların yargılama süresince ve hatta duruşmalarda maddi hukukta değişime sebebiyet verebilecek işlemler yapabilmesi bunu etkilemez<sup>816</sup>. Görüldüğü üzere maddi anlamda kesin hükmün maddi hukukla açıklanması halinde, tamamen usuli bir ilkenin (çelişkili kararların önüne geçilmesi), dava dışı, hedeflediği sonucu aşan bir şekilde hayata geçirilmesi söz konusu olur<sup>817</sup>.

Bunun aksinin iddia edilmesi halinde ortaya şu durum çıkacaktır<sup>818</sup>: Maddi anlamda kesin hüküm, maddi hukukta hukuki sonuç doğurmaya ve doğan hukuki sonuçları sona erdirmeye yarayan koşul vakıalar yanında yeni bir koşul vakıa olarak ortaya çıkacaktır. Bunu sağlayacak herhangi bir kanun hükmü olmadığı gibi<sup>819</sup>, verilen kararın sadece hukuki belirliliği sağlamaya yönelik olmaması, aksine, görünüşte davalarla maddi hukukta her türlü değişime sebebiyet verebilecek bir araç olması gündeme gelecektir<sup>820</sup>. Maddi hukuka dayanan teorilerin zayıflığı mülkiyete dayanan

---

<sup>814</sup> Bkz. **Stein, F.:** Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, Insbesondere bei der Verurteilungskolge, Halle 1902, s. 81-82; **Stein/Jonas/Althammer** § 322 Rn. 37.

<sup>815</sup> **Hellwig,** Wesen der Rechtskraft, s. 14.

<sup>816</sup> **Hellwig,** Wesen der Rechtskraft, s. 14.

<sup>817</sup> **Böttcher,** Rechtskraft, s. 144.

<sup>818</sup> **Hellwig,** Wesen der Rechtskraft, s. 15; **Rosenberg,** Lehrbuch, s. 736.

<sup>819</sup> **Rosenberg,** Lehrbuch, s. 736.

<sup>820</sup> **Hellwig,** Wesen der Rechtskraft, s. 15.

davalarda daha net bir şekilde görülmektedir<sup>821</sup>. Örneğin, gerçekte malik olmayan bir kişinin, mülkiyetin tespitine ilişkin bir davayı kazanması halinde, haksız yere davayı kaybeden kişi, ona karşı mülkiyeti kaybetmiş olacak ama üçüncü kişilere karşı hala muhafaza ediyor olacaktır<sup>822</sup>. Maddi anlamda kesin hükmün maddi hukukla açıklanmasındaki bir başka sorun yargılamanın yenilenmesinde ortaya çıkmaktadır<sup>823</sup>. Örneğin, yeni bir belgenin ortaya çıkması halinde, verilen kararın maddi hukuka göre yanlış olması gündeme gelecektir<sup>824</sup>.

Maddi hukuka dayanan kesin hüküm teorisi daha sonra Pohle tarafından ilk davadaki kararın, kararda ifade edilen hukuki sonucun varlığı için “çürütülemez bir karine” (unwiderlegbare Vermutung) teşkil ettiğinden bahisle değişim göstererek ortaya atılmıştır<sup>825</sup>. Bu görüşün sebebine aşağıda değinilecektir.

Maddi hukuka dayanan kesin hüküm öğretisine karşı ileri sürülen eleştiriler, 20. yüzyılın başlarında kesin hükmün saf usuli kuramlarla açıklanmasına sebebiyet vermiştir. Usuli kuramlara doğru giden yolda dikkat çeken bir nokta, Roma Hukuku’ndan farklı olarak, Alman hukukunun maddi anlamda kesin hükme bakışında, kurumun kamusal karakteri daha fazla vurgulanmaya başlanmış olmasıdır<sup>826</sup>. Bu kuramı kuran kişiler ise Stein<sup>827</sup> ve Hellwig<sup>828</sup>’dir. Görüşün çıkış noktası kararın işlevinin, maddi hukuku (yenilik doğuran davalar ayırık kalmak üzere) değiştirmek

---

<sup>821</sup> **Atalı**, Pekcanıtez Usul, s. 2058.

<sup>822</sup> **Hellwig**, Wesen der Rechtskraft, s. 15. Bu tehlike Ortak Hukuk zamanında da öngörülmekteydi; çözüm ise doğru olarak ama zorlama bir şekilde ortaya çıkmaktaydı, *res judicata*’ya kazandırıcılık anlamı tanıyarak, bkz. **Hellwig**, Wesen der Rechtskraft, s. 15 dn. 37.

<sup>823</sup> **Roth**, Rechtskrafttheorien, s. 514.

<sup>824</sup> **Roth**, Rechtskrafttheorien, s. 514.

<sup>825</sup> **Pohle**, Wesen der Rechtskraft, s. 397.

<sup>826</sup> Krş. **Schwartz** s. 25.

<sup>827</sup> **Stein, F.**: Über die bindende Kraft der richterlichen Entscheidungen nach der neuen österreichischen CPO, Viyana 1897, s. 6 vd.

<sup>828</sup> **Hellwig, K.**: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901, s. 12.

değil, maddi hukuk hakkında karar vermek olduğudur<sup>829</sup>. Her iki yazarın da ortak olarak belirttiği husus, tartışılabilirliğin (Bestreitbarkeit) usul hukuku alanına ait olduğudur<sup>830</sup>. Dolayısıyla, tartışılmazlık, maddi hukuka ait olmadığı gibi, karşı tarafın maddi hukuktan doğan bir yükümlülüğünün (materielle Rechtspflicht) de konusu değildir<sup>831</sup>. Bu sebeple usuli teoriler, maddi anlamda kesin hükmün maddi hukuka etkisi olduğunu reddedip maddi anlamda kesin hükmün etkisini, kararın içeriğinin gelecekteki yargılamalar için bağlayıcı olmasıyla açıklamaktadırlar<sup>832</sup>. Yani maddi anlamda kesin hüküm, hakimin, önüne gelen davada nasıl davranması gerektiğini açıklayan bir kurumdur<sup>833</sup>.

Davalının verilen kararla bağlı olması, artık davacıya karşı bir katlanma yükümlülüğüyle açıklanamaz<sup>834</sup>. Kararın davalıya karşı olan kuvveti içinde barındırdığı etkin devlet otoritesinden kaynaklanmaktadır<sup>835</sup>. Karar ortadan kalkmadığı müddetçe, karar temelinin yanlışlığından bağımsız olarak, davalıyı bağlar<sup>836</sup>. Yani mahkeme kararlarının ve özellikle kesin hüküm teşkil eden nihai kararın bağlayıcılık kuvvetinin kaynağı yalnızca devlet otoritesidir, kesinlikle tarafların işlemi değildir, en azından birbirlerine karşı sahip oldukları bir mahkeme işlemine katlanma veya onu tanıma yükümlülükleri değildir<sup>837</sup>. Bunun en güzel dayanaklarından biri, temsil yetkisi olmayanın yürüttüğü dava sonunda verilen kararın, adına verildiği kişiyi bağlamasıdır<sup>838</sup> (meğer ki, süresi içinde yargılamanın

<sup>829</sup> Stein/Jonas/Althammer § 322 Rn. 18; Roth, Rechtskrafttheorien, s. 509.

<sup>830</sup> Stein, Rechtskraft, s. 5-6; Hellwig, Wesen der Rechtskraft, s. 12.

<sup>831</sup> Hellwig, Wesen der Rechtskraft, s. 12.

<sup>832</sup> Stein/Jonas/Althammer § 322 Rn. 18; Roth, Rechtskrafttheorien, s. 509.

<sup>833</sup> Krş. Hellwig, Wesen der Rechtskraft, s. 18-19; Stein s. 6.

<sup>834</sup> Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 44; Stein s. 6.

<sup>835</sup> Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 44; Stein s. 6.

<sup>836</sup> Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 44; Stein s. 6.

<sup>837</sup> Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 77-78; krş. Stein s. 6.

<sup>838</sup> Hellwig, Klagrecht und Klagmöglichkeit, s. 78 dn. 5.



yenilenmesi yoluna başvurulsun), bir diğeri de kesin hükmün üçüncü kişiyi etkilediği hallerin açıklanmasındaki zorluktur<sup>839</sup>.

Usuli teoriler de kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Stein ve Hellwig'in temelini attığı teoriye göre, ilk dava sonucunda verilen kesin hüküm aynı dava konusuna ilişkin ikinci yargılamanın yürütülmesini engellemez; sadece ikinci davayı yürüten mahkemenin, ilk kararın aksine karar vermesini engeller, ilk davanın sonucuyla bağlıdır (Bağlama öğretisi, Bindungslehre). Bağlama öğretisine göre aynı dava konusu üzerinde yeni bir yargılama yapıp, esas hakkında karar verilmesi mümkündür. Zorunlu olan ikinci mahkemenin, ilk mahkemeye aynı sonuca ulaşmasıdır. Bu düşünceye dayanan Neumann<sup>840</sup> kararların hukuki güvenliği zedeleyici şekilde çatışmasını önlemek olarak kabul ettiği kesin hüküm kurumunun amacına bu şekilde ulaşılabileceğini ifade etmektedir. Görüldüğü üzere burada karar kavramı, normal bir yargılamadaki karar kavramı ile aynı değildir<sup>841</sup>. Mahkeme, kararını sadece ikinci davada ulaşılan sonuca dayandıramaz, aksine ilk hükmü tekrar eder<sup>842</sup>.

Her ne kadar bu görüş maddi anlamda kesin hükmü dava şartı olarak etmediği için yeni bir yargılama yapılmasını engellemiyor gözüktse de aslında durum bu değildir. Çünkü bu görüş, hukuki yararı kullanarak yeni bir yargılama yapılmasını önlemektedir<sup>843</sup>. Dolayısıyla yeni yargılama yapılması dolambaçlı bir yoldan engellenmektedir.

---

<sup>839</sup> Stein s. 6.

<sup>840</sup> Neumann s. 20; Ayrıca, mevcut yargılamadaki söz konusu olan uyumsuzluğun daha önce başka bir yargılamanın konusunu oluşturup oluşturmadığının araştırılması sırasında, ileri sürülen maddi hukuk talebi, pekâlâ, geniş kapsamda tetkik edilecektir ve burada, derdestliğin varlığı hakkında karar verilmesinin söz konusu olduğu hallerdeki araştırmayla yüksek oranda örtüşen bir durum ortaya çıkmaktadır. Bu yüzden ne derdestlikte ne maddi anlamda kesin hükmün varlığında, Sauer'in, davanın amaçsızlığı açıklaması, davanın hiç meydana gelmemesini ve mahkemenin bir karar verme yükümlülüğü olmamasını doyurucu bir şekilde ortaya koymaya yetmez, Neumann s. 33-34.

<sup>841</sup> Martin s. 106.

<sup>842</sup> Martin s. 106.

<sup>843</sup> Neumann s. 21.

Maddi anlamda kesin hükmün usul hukuku kurumu olarak görülmesi ve pek çok sorunu çözmesine rağmen, bağlama öğretisinin maddi anlamda kesin hükmün yukarıda belirtilen üç amacını etkili şekilde yerine getirdiğini söylemek mümkün değildir. Eksik olan aynı dava konusuna ilişkin yargılama yapılmasını engellemesinde ortaya çıkmaktadır. İşte bu nedenle usuli teoriler başlığı altında bir başka teori, karar vermenin yanında yargılama yapılmasını engelleyen, yani maddi anlamda kesin hükmü dava şartı olarak kabul eden teoridir. Maddi anlamda kesin hükmün yargılama yapılmasını dahi engellemesi gerektiğini ilk defa gündeme getiren Schwartz<sup>844</sup>’dır. Daha sonra Bötticher<sup>845</sup> ve Rosenberg<sup>846</sup>’in de bu görüşe katılmasıyla görüş baskın görüş haline gelmiştir. Söz konusu *ne bis in idem* öğretisine göre ise, maddi anlamda kesin hükmün etkisi, tam olarak bir dava şartı olarak ortaya çıkarak, kesin hükümde yer alan hukuki sonuç hakkında her türlü yargılamayı ve kararı dışlamasıdır. Maddi anlamda kesin hüküm ortaya çıktıktan sonra, artık tüm devlet organları ve taraflar (kesin hükmün sübjektif kapsamındakiler de) bu kararla bağlıdır, kararı yeniden tartışma konusu yapamazlar<sup>847</sup>. Bunun, devlet organları bakımından önemi, aynı konuda yeni bir karar verme yasağına tabi olmalarıdır, taraflar ve sübjektif kapsamındakiler için ise önemi bu hukuki sonuç hakkında yeni bir karar talep edememeleridir<sup>848</sup>.

Kesin hükmün zaman bakımından sınırında yer alan vakıaların susmasının (Prakulision) nedeni de budur<sup>849</sup>. İlk davada verilen ve kesinleşen kararın aksinin ileri

---

<sup>844</sup> **Schwartz, J. C.:** “Absolute Rechtskraft” und heutiges Deutsches Recht, Berlin 1900, s. 24 vd. bilhassa s. 33.

<sup>845</sup> **Bötticher, E.:** Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozess, zweite Ausgabe, Aalen 1970, s. 139 vd.

<sup>846</sup> **Rosenberg,** Lehrbuch, s. 735, 739.

<sup>847</sup> **Rosenberg,** Lehrbuch, s. 739; **Bötticher,** Rechtskraft, s. 139-140; **Kuru,** Cilt V, s. 5053.

<sup>848</sup> **Rosenberg,** Lehrbuch, s. 739; karşı. **Adolphsen, J.:** Zivilprozessrecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2014, s. 257.

<sup>849</sup> **Rosenberg,** Lehrbuch, s. 739; **Thomas/Putzo/Seiler** § 322 Rn. 36.

sürülememesi, esas itibariyle, direkt ve münhasır olarak, maddi anlamda kesin hükümle muhatap olan devlet organlarına yönelik kurallarla sağlanmasına ilişkin bir konudur<sup>850</sup>. Maddi anlamda kesin hüküm, dava şartı alanına oturtulduğuna göre, öncelikli inceleme ve re'sen incelemeye tabi olacaktır.

Maddi anlamda kesin hükmü dava şartı olarak gören görüşün, ilk usuli teori olan bağlama öğretisine getirdiği eleştiri ise tutarsız olduğudur. Buna göre<sup>851</sup>, ilk hükmün ikinci yargılamada etkisini belirleyen, ikinci davadaki hakimin, önceki kararlarla bağlı olması durumu, pratik olarak, hakimin, karara bağlanmış olan uyuşmazlığa ilişkin olarak herhangi bir şekilde bağımsız bir değerlendirme yapmasını engeller. Dolayısıyla sadece aksi bir karar verilmesi değil, en baştan yargılama yapılmaması söz konusudur. Bağlama öğretisinin aynı içerikte ikinci bir kararı kabul ettiği ölçüde, maddi hukuka dayanan kesin hüküm teorisinin temelinde ısrar ettiği ve bu bakımdan dogmatik olarak tatmin edicilikten uzaklaştığı ortadadır<sup>852</sup>. Eleştirinin çıkış noktası maddi hukuka dayanan teorinin karakteristik özelliğidir. Buna göre maddi anlamda kesin hükmün maddi hukukla açıklanması halinde de, tıpkı bağlama öğretisinde olduğu gibi ikinci bir karar verilmesi kabul edilmiştir; ancak kararlar birlikte maddi hukukta ortaya çıkan değişimin ikinci kararın içeriğini etkilemesi söz konusudur. Bu etkinin kaynağı maddi hukuktaki değişim ve kararın tecessüm ettiği belgenin bu değişimi çürütülemez şekilde ortaya koymasıdır. Yani bağlama öğretisi de ikinci davadaki mahkemeye belirli içerikte bir karar vermesini emretmektedir. Usuli bir kesin hüküm teorisinin, usul hukuku yoluyla, zıt bir kararın verilmesini engellemesinin tek makul yolu ikinci bir kararın verilmesini tamamen yasaklamasıdır.

---

<sup>850</sup> Krş. **Bötticher**, Rechtskraft, s. 144.

<sup>851</sup> **Bötticher**, Rechtskraft, s. 140.

<sup>852</sup> **Bötticher**, Rechtskraft, s. 141 vd.

Hukuk Genel Kurulu bir kararında<sup>853</sup> yeniden yargılama yapılamamasını “...Zira dava şartı yokluğu işin esasının incelenmesine engel bir durum olup bu halin varlığı delil değerlendirmesi yapılarak sonuca varılmaksızın davanın usulden reddi sonucunu doğurur” diyerek ifade etmiştir.

Maddi anlamda kesin hükmün varlığına rağmen, yargılama yapılmasına izin verilmesinin herhangi bir getirisi olmadığı ortadadır. Aksine bu yargılamada vakıa ve delil getirilmesi, hakimin bunları değerlendirmesi ilk kararın otoritesini sarsmaya sebebiyet verir. Bu halde taraflar arasındaki hukuki belirliliğin tam olarak sağlandığı da söylenemez. Çünkü taraflar arasındaki “tartışma” hala devam etmektedir. Bütün bunlar kuşkusuz bağlama öğretisinin savunucuları tarafından da öngörülmektedir. Bu yüzden bağlama öğretisinin savunucuları, kesin hükmün var olduğu hallerde yargılama yapılmasını engellemek için hukuki yarar eksikliğini ileri sürmektedir<sup>854</sup>. Buna göre belirli hallerde, tekrar dava açılmasında hukuki yarar var denilebilir, örneğin, kararın tüm dosyayla birlikte kaybolması halinde tekrar yargılama yapılabilir<sup>855</sup>. Bu hallerde *ne bis in idem* öğretisinin de ikinci bir yargılamaya izin verdiği ileri sürülerek<sup>856</sup>, pratik sonuçlarının farklı olmadığına dikkat çekilmiştir<sup>857</sup>. Maddi hukuka dayanarak kesin hükmü açıklayan teoriye karşı, hukuki yararla ilgili yapılan eleştiri burada da geçerlidir. Dolayısıyla teori istisnalar esas alınarak savunulmaktadır. Ayrıca bu durumda, hukuki yararın kapsamının maddi anlamda kesin hüküm kurumunu yutması tehlikesi söz konusu olur. Görüldüğü üzere görüş, teorik açıdan yaşadığı zorlukları, çok katmanlı argümantasyonlarla aşmaya

<sup>853</sup> HGK., E. 2018/590 K. 2021/1688 T. 16.12.2021.

<sup>854</sup> Neumann s. 20; bkz. Jauernig/Hess § 62 Rn. 8.

<sup>855</sup> Neumann s. 20-21.

<sup>856</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 152 Rn. 13.

<sup>857</sup> Neumann s. 21 dn. 1.

çalışmaktadır. Bu durumdaki eksikliğe en iyi şekilde işaret edecek olan ifade, Postacıoğlu'nun dile getirdiği “*vereceğimiz gerekçe uygun ve sonuca götürücü olmalıdır*” ifadesidir.

Maddi anlamda kesin hükmü olumsuz dava şartı olarak kabul eden görüşten türeyen bir başka görüş ise<sup>858</sup>, bu dava şartına mutlak öncelik tanımak istememektedir. Görüş, bağlama öğretisine getirilen eleştirilere katılmakla beraber, davanın esas yönünden haksız olduğunun tespitinin belli olması halinde, hakimi mutlaka maddi anlamda kesin hüküm olup olmadığı hususunu araştırmaya “zorlama”nın makul olmadığından hareket etmektedir. Buradaki yaklaşım hukuki yarara olan yaklaşımla benzerdir. Yani maddi anlamda kesin hükmü bir görelî dava şartına çevirmek. Görüş, ilk davada esastan ret kararı verildiği hallerde, sonuçları itibariyle büyük ölçüde bağlama öğretisine yaklaştığı için bağlama öğretisi kapsamında ele alınabilir<sup>859</sup>. Bağlama öğretisi temsilcileri, öğretilerini desteklemek için pratik bir değerlendirme ileri sürmektedir. Yazarlara göre, ikinci davayı gören mahkeme için bir kolaylık gündeme gelmektedir<sup>860</sup>: İkinci davanın sonucunun, ilk davanın sonucuyla açık bir şekilde uygunluk gösterdiği önceden tespit edilmişse, ikinci davayı gören mahkeme, ilk davadaki hükmün ikinci davada kesin hüküm teşkil edip etmediği sorusuyla iştigal etmek zorunda değildir. Maddi anlamda kesin hükmün amaçlarından birinin, uyuşmazlıkların nihai çözülmesiyle görevli yegane organ olan mahkemelerin kararlarına saygı olduğu kabul edildikten sonra, yeniden esas hakkında aynı yönde bir karar vermek dahi bu amaca aykırı olacaktır. Örneğin, ilk davanın reddine sebep olabilecek maddi hukuka dair iki eksiklik olduğu kabul edilirse ve ilk mahkeme

<sup>858</sup> Grunsky, Grundlagen, § 47 III 2, s. 495; krş. Rimmelspacher, von Amts wegen, s. 139.

<sup>859</sup> Martin s. 105.

<sup>860</sup> Krş. Grunsky, Verfahrensrechts, § 47 III 2, s. 495.

bunlardan yalnızca birisinden dolayı davayı reddederse, maddi anlamda kesin hüküm etkisi sadece bu nedene özgü olacaktır. İkinci mahkemenin ise, aynı dava konusu bakımından diğer eksikliği temel almak istemesi halinde, taraflar arasındaki hukuki ilişkiye dair uyuşmazlık tekrar canlanacaktır. Bunun sonucunda şunun kabul edilmesi gerekecektir: Kesinleşmiş bir hükme rağmen, taraflar arasındaki uyuşmazlık nihai olarak çözülmüş değildir.

### 3. Usuli Kesin Hüküm Teorisinin Eleştirisi

Yukarıda belirtildiği üzere, maddi anlamda kesin hükmü dava şartı olarak sayan görüşün doğrudan sonucu, kesin hükümle tespit edilen sorun hakkında ne bir yargılama yapılması ne de bir karar verilmesidir. Tarafların haklarını ve yükümlülüklerini maddi hukuk düzenler. İşte usuli kesin hüküm teorisinin zayıflığı da buradadır. Maddi anlamda kesin hüküm, ikinci davanın hakimine yönelik bir kurum olarak kabul edildiğinde, ikinci bir dava olmaması halinde, tarafların verilen kararla bağlı olması açıklanamamaktadır<sup>861</sup>. Bir kişi hakkını, hukuki istikrarı ve hukuki belirliliği sadece mahkeme önünde değil, hepsinden öte dava dışı durumda talep eder<sup>862</sup>. Bu kişinin kesin hükme ulaşmakla amaçladığı, mahkemenin gereksiz yere yüklenmenin veya çelişkili kararlardan korumak değildir; aksine dava dışı duruma erişilmesi umududur<sup>863</sup>. Çünkü maddi anlamda kesin hüküm taraflar arasındaki ilişkinin gelecekte nasıl varlığını sürdüreceğine ilişkindir ve usuli teorilerle buna cevap verilmesi zor görünmektedir<sup>864</sup>. Kesin hükmün bu maddi hukuk yönü kendisini, kesin hüküm etkisine maddi hukukun tanıdığı bir hakmış gibi muamele edilmesinde

<sup>861</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 152 Rn. 9; Roth, Rechtskrafttheorien, s. 514-515.

<sup>862</sup> Sauer s. 43.

<sup>863</sup> Pohle, Wesen der Rechtskraft, s. 385.

<sup>864</sup> Roth, Rechtskrafttheorien, s. 515.

gösterir<sup>865</sup>. Örneğin kesin hükümle tespit edilmiş bir alacak, diğerleri gibi devrinde, ertelenmesinde veya sona ermesinde maddi hukuk kurallarına tabiidir<sup>866</sup>. Oysa dava şartının eksikliği maddi hukuka etki etmez<sup>867</sup>.

Kesin hüküm kurumunun saf usul hukuku kurumu olmasına getirilmesi mümkün olan bir diğer eleştiri hukuk düzeninin bölünmesine yol açtığıdır<sup>868</sup>. Gerçekten, maddi anlamda kesin hükmün içeriğiyle gerçek hukuki durum arasındaki farklılığın varlığını sürdüreceği, hatta maddi anlamda kesin hükmün etkisini göstermediği alanlarda maddi hukuktaki durumun devam edeceği, örneğin üçüncü kişilerle ilişkilerde, teorinin destekçileri tarafından da kabul edilmiştir<sup>869</sup>. Davanın yanlış bir kararla reddedilmesi halinde, davacının talebinin bundan sonra varlığını yitirdiği tasavvur edilebilir<sup>870</sup>. Burada verilen karar üzerine, o maddi hukuk talebi bir daha dava edilemeyeceği gibi hukuk düzeninin korunmasından da mahrum kalacaktır<sup>871</sup>. bunun sonucunda artık o hakkın, hukuk düzenince “hak” olarak gözükmesi zor olacaktır<sup>872</sup>. Görüldüğü üzere, bu durum, verilen kararla maddi hukukun değersizleştirilmesi gündeme gelecektir<sup>873</sup>. Davacı yanlış bir karara dayanarak davalıyı takip ettikten sonra, davalının maddi hukuk bakımından ödediği miktarı sebepsiz zenginleşme olarak geri talep edebilir<sup>874</sup>. Bu talebin reddi ise sadece mahkeme önünde ileri sürülmesi halinde söz konusu olur<sup>875</sup>.

---

<sup>865</sup> Sauer s. 43-44.

<sup>866</sup> Pohle, Wesen der Rechtskraft, s. 397-398.

<sup>867</sup> Kälın s. 24.

<sup>868</sup> Sauer s. 44.

<sup>869</sup> Rosenberg, Lehrbuch, s. 738-739.

<sup>870</sup> Roth, Rechtskrafttheorien, s. 515.

<sup>871</sup> Roth, Rechtskrafttheorien, s. 515.

<sup>872</sup> Stein/Jonas/Althammer § 322 Rn. 31.

<sup>873</sup> Roth, Rechtskrafttheorien, s. 515.

<sup>874</sup> Sauer s. 44.

<sup>875</sup> Pohle, Wesen der Rechtskraft, s. 394.

Söz konusu gerekçelere dayanarak, maddi hukuka dayanan kesin hüküm teorisine dönüş yapılmasına gerek olmadan, esasa ilişkin kesin hükme maddi hukukta da etkiler tanınması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>876</sup>. Kesin hüküm etkisinin gerçek niteliği, karşıt kesin hüküm öğretilerinin sentezinde aranabilir<sup>877</sup>.

Maddi anlamda kesin hükme hem maddi hukuk hem usul hukuku alanlarında etki tanıyan bir görüş türemiştir<sup>878</sup>. Bu görüş, maddi hukuka dayanan görüşün yüzeysel olduğunu, kararın mahiyetini ve kararın verilmesinden önceki ve sonraki hukuki durumu yeterli ölçüde dikkate almadığını ileri sürmektedir. Herhangi bir mahkeme kararı olmadığı sürece, yalnızca genel bir hukuk kuralından bahsedilebileceği, ancak bunun somutlaşmadığı söylenemez. Ama kararla ulaşılan sonuçtan farklı olarak, tarafların uyuşmazlığı bitirmek istememesi halinde, hukuk kuralı kendiliğinden uygulanamaz. İşte mahkeme kararı burada devreye girmektedir. Mahkeme kararıyla genel hukuk kuralının somut olaya uygulanması söz konusudur ve bunun sayesinde somut hukuki sonuç bağlayıcılık kazanmaktadır. Buradaki bağlayıcılık, verilen kararın içeriğinin, genel hukuk kuralıyla örtüşüp örtüşmemesinden bağımsızdır.

Bir başka görüşe ise<sup>879</sup>, diğer hukuk alanlarındaki yargılama usulü kanunlarından yola çıkmaktadır. Yazar, idari yargılama usul kanunu (VwGO), aile mahkemeleri ve çekişmesiz yargıya ilişkin kanun (FGO) ve SGG’de yer alan katılanların kesin hükümle bağlı olduğuna ilişkin kuralların, aynı menfaat durumu sebebiyle medeni usul hukukunda da geçerli olması gerektiğini ifade etmektedir.

Kendisi tek başına tez konusu olabilecek bir konu olan maddi anlamda kesin hükmün bağlayıcılığı sağlama konusu hakkında burada bir görüş bildirilmeyecektir.

---

<sup>876</sup> Sauer s. 44.

<sup>877</sup> Sauer s. 44.

<sup>878</sup> Stein/Jonas/Althammer § 322 Rn. 31 vd.

<sup>879</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 152 Rn. 9.



Zira maddi anlamda kesin hükmün hukuk politikası bakımından işlevi ve buna ulaşma aşamalarının gösterilmesi bu çalışma bağlamında yeterlidir. Ancak Türk hukuku bakımından bir eleştiri yapılması gerekir. Bu eleştiri, maddi anlamda kesin hükmün mahiyetine ilişkin olarak tartışmalar devam ederken ve dava şartı görüşü tek başına tartışmaları tatmin edici şekilde çözemezken, bir kanun hükmüyle maddi anlamda kesin hükmün mahiyetinin belirlenmesi kolaylıkla eleştirilebilecek bir noktadır.

## **K. Hukuki Yarar**

### **1. Genel Olarak**

Hukuki yarar, diğer dava şartlarından, içi doldurulması gereken bir çerçeve sunması nedeniyle ayrılır. Bu özelliği, hukuki yararlarla çalışılmasını zorlaştırmaktadır; zira usul hukuku ve maddi hukukun ayrılığı, usul hukukunun amacının esas itibarıyla maddi hukukun tanıdığı hakların korunması olduğu göz önüne alındığında, çerçeve bir usul hukuku kurumunun, maddi hukukun tüm şartlarının, yargılama hukukunun ise kendi hariç tüm şartlarının sağlandığı bir davada, davanın hakim tarafından kabulünü engellemesini açıklamak için ciddi gerekçeler sunulması gerekir.

Her zaman ilk planda değerlendirilmesi gereken usul hukukunun, maddi hukukun hizmetinde olduğu ve hukuki korumanın reddi suretiyle, maddi hukuk düzenlemelerine karşı çıkmasının mümkün olmadığıdır<sup>880</sup>.

Türk ve İsviçre hukuklarında hukuki yarar dava şartları arasında ayrıca sayılmışken Alman hukukunda dava şartlarını sıralayan bir düzenleme şu anda yoktur, usuli def'iler başlığı altında sayım yapıldığı zaman ise hukuki yarar o maddede düzenlenmemiştir. Alman hukukunda münferit düzenlemelerden genel ilke

---

<sup>880</sup> Pohle, Rechtsschutzbedürfnis, s. 212.

çıkarılmaktadır<sup>881</sup>. Derhal belirtilmesi gerekir ki, bu ifadelerden hareketle Türk hukuku bakımından İsviçre hukukunun daha büyük önem taşıdığı söylenemez. Bu konu bilhassa aşağıda hukuki yarar kavramındaki aşırı yüklenmenin sebepleri altında incelenecektir.

## 2. Yargılamadaki Yeri

Alman hukukunun aksine, İsviçre ve Türk hukuklarında hukuki yararın davadaki fonksiyonunu belirlemek daha kolaydır; zira her iki ülkenin usul kanunları hukuki yararı dava şartı olarak açıkça düzenlenmiştir. Alman hukukunda ise kanunun diğer maddelerinden çıkarım yapmaya yeterli dayanak noktaları olduğunu ifade etmek mümkün değildir<sup>882</sup>. Hatta maddi hukukla olan bağıllığı sebebiyle bazı yazarlarca esasa yönelik kabul edilse de, aşağıda da gösterilecek işlevi gereğince usul hukukundaki bir engel olarak kabul edilmektedir<sup>883</sup>. Genel kabul bu yönde olsa da, hukuki yararı, maddi hukuk-usul hukuku ayrımında sorunsuz olarak usul hukuku temeline oturtmak teorik olarak güçtür<sup>884</sup>.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendindeki açık düzenlemeden önce de Türk hukukunda hukuki yarar bir dava şartı

---

<sup>881</sup> **Grunsky**, Grundlagen, § 39 I 1, s. 390. Almanca kullanılan Rechtsschutzbedürfnis ve Rechtsschutzinteresse kavramları aynı anlamdadır, **Allorio** s. 322.

<sup>882</sup> Krş. **Martin** s. 111.

<sup>883</sup> **Stein/Jonas/Roth** Vor § 253 Rn. 161; **Grunsky**, Grundlagen, § 39 I 2, s. 391; **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 195. Çok geniş bir hukuki yarar kavramı ortaya koyan **Schönke**'nin teorisinde, aslında esasta incelenmesi gereken ahlaka aykırı veya imkansız yahut önceden ifa edilmiş bir edime yönelik açılan bir dava ile **Schönke**'nin verdiği anlamla sırf rahatsızlık verme amacıyla açılan bir dava, hukuki yarardan reddedilmiş olur, **Wieser**, Rechtsschutzinteresse, s. 20. Yine davanın haksız olması nedeniyle hukuki yararın olmadığından bahsedilmek istenmesi halinde mahkemenin davadaki esası bir ön sorun gibi incelemek zorunluluğu ortaya çıkar. bu durumda mahkeme herhangi bir tasarrufundan söz edilemez, dolayısıyla hukuki yarar, amacını ıskalamış olur, **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 206; **Fasching, H. W./Konecny, A./Konecny, A.:** Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 1. Band, 3. Auflage, Wien 2013, Einl Rz. 182-183.

<sup>884</sup> **Loyal** s. 3; **Hanağası**, Menfaat, s. 111.

olarak kabul edilmekteydi<sup>885</sup>. Dolayısıyla Türk hukukunda hukuki yararı davanın esasında incelemeye çalışma gibi bir eğilim olmadığı açıktır.

Alman hukukunda tespit davasında aranan yarar, ayrı bir kavram olan tespit menfaati ile ifade edilmektedir (ZPO § 256). Bu hukuk düzeninde hukuki yararın, en baştan beri tartışmasız bir dava şartı olarak ele alınmadığı ifade edilmektedir<sup>886</sup>. Alman hukukunda hukuki yarar önce bir kabul edilebilirlik şartı olarak ele alınmış, ardından davanın esasına yönelik olduğu savunulmuştur. Hatta İmparatorluk Mahkemesi de bir süre bu görüşü takip etmiş; ancak daha sonra, hukuki korumaya ihtiyaç olup olmadığı sorusunun, usul hukukuna ait olduğu gerekçesiyle, hukuki yarar eksikliğinde davanın usulden reddedilmesine karar vermiştir<sup>887</sup>.

Bir görüş ise, hukuki yararı, ne usule ne de esasa ilişkin bir şart olarak kabul edilip üçüncü bir kategori altında incelemek istemiştir<sup>888</sup>.

Bu çerçeve kavramın iinin nasıl doldurulacağı konusunda ise, ona en dar alanı bırakma amacından hareket edilmesi gerekir; aksi takdirde hukuki yararın gerek usul hukukunda gerek maddi hukukta çeşitli kavramları kendi içinde eritmesi ve ortadan kaldırması söz konusu olur. Daraltıcı yaklaşım da sorunsuzca kavramın içeriğinin belirlenmesini sağlamaz. Bunun örneği olarak, Alman hukuku için yapılan, gerçek anlamda üzerinde uyuşma olan tek boyutun, hukuki korumanın sağlanması için yararın mutlaka hukuki olması gerektiği<sup>889</sup> tespitinin bile, İsviçre’de benimsenen ideal veya

---

<sup>885</sup> Hanağası, Menfaat, s. 19; Kuru, Cilt 2, s. 1363; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım Üstündağ, Yargılama Hukuku, s. 277.

<sup>886</sup> Krş. Martin s. 110; ayrıca bkz. Loyal s. 145-146.

<sup>887</sup> Bkz. Schwab, Rechtsschutzanspruch, s. 413-414.

<sup>888</sup> Bkz. Wieser, Rechtsschutzbedürfnis, s. 224.

<sup>889</sup> Grunsky, Grundlagend, § 39 I 1, s. 390.

ekonomik bir amacın dahi kanundaki “korunmaya değer yarar” ifadesini dışlamayacağı görüşü sonrası<sup>890</sup> tartışılabilir olması verilebilir.

Hukuki yarar, çok eskilerden beri hep sınırları belirsiz bir kavram olarak hukuk dünyasında varlığını sürdürmüştür<sup>891</sup>. Belirsiz bir kavram olduğu ve diğer usuli kavramları, kendi içinde eritebilme tehlikesi nedeniyle, hukuki yarar hakkında verilen mahkeme kararlarından veya örneklerden yola çıkarak bir hukuki yarar kavramı yaratmak istenen sonucu vermeyecektir.

Hukuki yarar kavramının yargılamada yerine getirdiği işlevi belirlemek için kurumun amacından yola çıkılabilir. Amacın belirlenmesinde bazı yazarlar hukuki yararın, yargılamanın amacı ile olan ilişkisinden yola çıkmakta<sup>892</sup>, hukuki yararın gerekliliğini gerekçelendirmek için makro bir bakış açısı zikretmektedirler<sup>893</sup>. Schönke de bu yazarlar arasında yer almakta ve araştırmaları bu açıdan büyük önem taşımakta olup hukuki yarar hakkında kapsamlı bir monografi yazan ilk yazardır<sup>894</sup> ve Türk hukukunu da ciddi ölçüde etkilemiştir. Türk hukukunu etkilemesine bir örnek vermek gerekirse, Türk hukukunda genel kabul, hukuki yararın, usul işlemleri için de bir şart olduğudur<sup>895</sup>. Günümüzde yerleşmiş olan bu ifade Schönke’ye dayanmaktadır. Görüş, Alman hukukunda yazarın özgün görüşüdür<sup>896</sup>. Bu kabulün yaratacağı sorunlara aşağıda değinilecektir.

---

<sup>890</sup> Zingg, BK-ZPO, Art. 59 N. 17.

<sup>891</sup> Bkz. Schumann, E.: “Kein Bedürfnis für das Rechtsschutzbedürfnis”- Zur Fragwürdigkeit des Rechtsschutzbedürfnisses als allgemeiner Prozessvoraussetzung, Festschrift für Fasching, Wien 1988, s. 439-449, s. 440-441.

<sup>892</sup> Stein/Jonas/Roth Vor § 253 Rn. 133.

<sup>893</sup> Martin s. 112.

<sup>894</sup> Bkz. Allorio s. 321.

<sup>895</sup> Kuru/Aydın, Cilt I, s. 392; Umar, Şerh, s. 345; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Medeni Usul, s. 341; Hanağası, Menfaat, s. 21 vd.; Özekes/Bulut s. 197; HGK., E. 2020/39 K.2021/871 T. 29.06.2021.

<sup>896</sup> Schönke s. 13-14.

Yazara göre<sup>897</sup> medeni usul hukukunun amacı hukuki istikrarın korunmasıdır. Zira yanlış bir kararın da kesin hüküm teşkil edebilmesi, hakların korunması yanında hukuki istikrarın da korunması amacının güdüldüğünü gösterir. Devlet, karar verme ve icra gücünü yalnızca, yetkili makamın görevi gereğince sahip olduğu takdir yetkisi kapsamında hukuki yararı olduğu tespit edilen kişiye sağlar. Bu gereklilik, usul hukuku bakımından önem taşıyan kamusal ve bireysel çıkarların bağlanması ifade edilişi olarak karşımıza çıkar. Talep sahibinin bireysel menfaat durumu, devletin, hukuki koruma sağlamada kamusal menfaat olup olmadığını belirlemekte kullanacağı çıkış noktasıdır.

Yani Schönke'ye göre, hukuki yararın fonksiyonu, sadece yargılamanın amacını desteklemek için gerekli ve elverişli olan davalara izin vermesinde ortaya çıkar<sup>898</sup>. Schönke'ye ait olan ve hukuki korumayı tesis etmek için hukuki yararı arama düşüncesine Türk medeni usul hukuku kitaplarının çoğunda karşılaşılmaktadır<sup>899</sup>.

Daha sonra Schönke'nin hem teorik temellerine ve hem de somut olaylar bakımından ortaya çıkardığı aşırı sonuçlara eleştiriler getirilmiştir. Teorinin temeline yönelik itiraz, hukuk düzeninin korunmasıyla onun kişilere tanıdığı hakların korunmasının birbirine sıkı sıkıya bağlı olması ve birinin diğerine tercih edilmesini haklı çıkaracak yeterli gerekçe olmamasına ilişkindir<sup>900</sup>. Zira, bireye haklar ve yükümlülükler getiren, ayrıca hak sahibine bunun yerine getirilmesi için imkanlar

---

<sup>897</sup> Schönke s. 11 vd. Türk hukukunda bu görüşü ifade edenler, Arslan, Dürüstlük Kuralı, s. 33; Hanağası, Menfaat, s. 33. Türk hukukunda da, davacının mahkemeden hukuki koruma talep etmesinde, korunmaya değer bir yararının olması ve devletin de bu korumada yararı olan herkese hukuki koruma sağlamasının temel bir ilke olduğu ifade edilmiştir, Hanağası, Menfaat, s. 18; benzer ifadeler için bkz. Kuru/Aydın, Cilt I, s. 389.

<sup>898</sup> Martin s. 113.

<sup>899</sup> Kuru/Aydın, Medeni Usul 1, s. 389; Üstündağ, Yargılama Hukuku, s. 276; Hanağası, Menfaat, s. 30.

<sup>900</sup> Pohle, Rechtsschutzbedürfnis, s. 197. Hukuki istikrarın sağlanmasının sonuç olduğu ama öncelikli amaç olmadığı yönünde bkz. Musielak/Voit/Musielak, ZPO Einl. Rn. 5.

sunan hukuk düzeni, bu şekilde, bireylere tatminkâr bir biçimde birlikte yaşama imkanı tanımaktır<sup>901</sup>. Bu açıdan bakıldığında, hakların kaynağını teşkil etmesi bakımından elzem olmasına rağmen, hukuk düzenine kendisine özgü bir değer atfedilemez<sup>902</sup>. Eğer aksi kabul edilirse, kendi hakkını elde etmek için dava açan kişinin hukuk düzeninin dava takip yetkini sıfatı taşıması durumu ortaya çıkar<sup>903</sup>. Bir başka ifadeyle, kişinin kendi hakkını aramaktan ziyade, sırf hukuk düzeni gerçekleşsin diye dava açtığı düşüncesi söz konusu olur.

Hukuki koruma sağlamanın, devletin bireye sunduğu bir lütuf olmadığı ve yargılamadaki taraf egemenliği düşünüldüğünde Schönke'nin teorisine bu noktalardan da eleştirilebilir<sup>904</sup>. Nitekim Schönke de tarafın talep edilen hukuki korumada yeterli yararının olması gerektiğine dayanmaktadır. Buradan hareket edildiğinde, en azından hukuk düzeninin korunmasının ve hakların korunmasının eşdeğerliğine varılabilir<sup>905</sup>.

Schönke'nin görüşüne<sup>906</sup> getirilecek bir diğer eleştiri, yararın kişisel olmasındadır<sup>907</sup>. Zira bir yandan birey üstü bir yararı, teorisinin temeline yerleştirirken, diğer yandan bir üçüncü kişinin bu yararı korumak için harekete geçememesi çelişki oluşturmaktadır<sup>908</sup>.

Gerekçelendirmenin, son noktada, hukuki korumanın sağlanmasını belirsiz olan “genelin yararı” kavramına bağlandığı görülmektedir<sup>909</sup>. Bu kavram, teorinin

---

<sup>901</sup> Grunsky, Grundlagen, § 1 II, s. 5.

<sup>902</sup> Grunsky, Grundlagen, § 1 II, s. 5; benzer yönde von Mettenheim s. 37.

<sup>903</sup> Krş. Rimmelspacher, von Amts wegen, s. 72 vd.

<sup>904</sup> Pohle, Rechtsschutzbedürfnis, s. 198.

<sup>905</sup> Pohle, Rechtsschutzbedürfnis, s. 198. Wieser, Schönke'nin hukuki yararlar, davacının ilişkilerinin iyi yönde etkilenebilir olmasını ve bu amaca ulaşmak için daha basit ve kolay bir yolun olmamasını ifade ettiğini belirtmektedir. Bu anlayışın kabulü için, usul hukukunun amacının, bireyin korunması olarak da kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir, Wieser, Rechtsschutzbedürfnis, s. 26-27.

<sup>906</sup> Schönke s. 38.

<sup>907</sup> Rimmelspacher, von Amts wegen, s. 73.

<sup>908</sup> Rimmelspacher, von Amts wegen, s. 73.

<sup>909</sup> Pohle, Rechtsschutzbedürfnis, s. 198.

temel noktasına oturduktan sonra, bu kavramın iinin doldurulması ve böylece teorisinin sağlamlaştırılması, makul bir beklenti olmasına rağmen, karşılanamamıştır<sup>910</sup>. Beklentinin nemi, mahkemenin hukuki koruma sağlamasının neden son derece belirsiz olan hukuki yarar kavramına bağlandığıının aıklanmasındadır.<sup>911</sup>. Zira bu halde dava özneleri arasındaki denge bozulur ve böyle bir genel kuralın yardımıyla yargılamanın yapılıp yapılmayacağı, zamanı ve yürütülme biçiminin sorumluluğu büyük ölçüde mahkemeye bırakılmış olur<sup>912</sup>.

Aslında “genelin yararı” gibi ereve bir kavram kullanılması ve bunun açıklanmaması halinde, görüşün eleştirileceği en baştan bellidir. Keza bu eleştiriler yukarıda aktarılmıştır. Eleştiren yazarlar, genelin menfaatinin anlamının belirli olmadığını belirtse de bu kavramın bu şekilde ortaya konulmuş olmasının tarihsel bir nedeni vardır. Alman şerhlerinde ve ders kitaplarında kendisine yer bulmayan bu nedeni ortaya koymak için Schumann’ın ifadelerine başvurmak gerekmektedir<sup>913</sup>. Schönke’nin görüşü ile ilgili vurgulanması gereken husus, görüşün geliştiği dönemdir. Temeline bireyi değil, daha st, toplumsal yararı alan bu görüş, kökenini, Nazi Dönemi’nde (dritte Reich) bulur. Yazarın 1938 yılında çıkan kitabında, hukuki yarar, hukuki korumayı kısıtlayan bir araç olarak kullanılmıştır. Yahudi bilim adamlarının akademiden atılması nedeniyle, o zamanlar, başka bir medeni usul hukuku kitabı yoktur. Görüş, o dönemde ne uygulamada ne teoride bir karşı argümana rastlamamıştır. Savaş sonrasında, bu şekilde bir amaç dışı kullanımın tamamen terk edilmesi beklense de, bu gerçekleşmedi. Schönke, hukuki yararı, 1950 yılında çıkan

---

<sup>910</sup> **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 198; **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 15.

<sup>911</sup> **Pohle**, Rangordnung, s. 174.

<sup>912</sup> **Pohle**, Rangordnung, s. 174.

<sup>913</sup> **Schumann** s. 447-448. Bu husus Türk hukukunda daha önce Deren Yıldırım tarafından belirtilmiştir, bkz. Deren Yıldırım, N.: “Dava şartı Olarak Hukuki Himaye İhtiyacına Eleştirel Bir Bakış”, Yargıtay Dergisi, C. 21, S. 3, 1995, s. 224-243, s. 237 vd.

monografisinde de yine medeni usul hukukunun merkez bir kavramı halinde sundu. Ama tabii ki belirli değişiklikler yaparak, ayrıca Yahudi asıllı alim akademisyenler geri dönmüştü. Yazar, ders kitabında, Nazi Dönemi’nde kullandığı “Volksgemeinschaft” ifadesini “Allgemeinheit” ile değiştirdi. Bu bağlantı kurulmadan, hukuki yararın geniş anlaşılma nedeninin Nazi ideolojisi olduğu kavranamaz.

Hukuki yararın geniş şekilde uygulanması sonucunda, hukuki korumanın daraltılması tehlikesinin doğduğu, bu tehlikenin görünümü için Nazi Dönemi’ne bakılmasının yeterli olduğunun<sup>914</sup> nedeni de temelini, Schumann’ın yukarıda aktarılan ifadelerinde bulur. Zira hukuki yarar kurumu bu dönemde ciddi bir gelişme kaydetmiştir<sup>915</sup>.

Görüldüğü üzere, Schönke’nin medeni usul hukukunun amacının hukuk düzenini korumak olduğu düşüncesiyle hukuki yararı, medeni usul hukukunun temeline koyma denemesi başarılı olamamıştır.

Schönke’nin ardından bir başka görüş, hukuki yararın, hukuki korumanın özel bir şartı mertebesine çıkarılması halinde, hukuki korumanın temelini oluşturmadığı, aksine onu sınırladığını ileri sürmektedir<sup>916</sup>. Buna göre hakların mahkeme eliyle yerine getirilebilirliğinden yola çıkılabilir; hukuki korumanın reddedilmesi ise istisnayı oluşturmaktadır. Bir hukuki kurumun ilk planda amacı ve sonra bunun ardından sınırları veya kısıtlamaları sorgulanır. İşte bu yüzden hukuki yarar, hukuki korumayı sınırlayan ikinci derecedeki bir amaca hizmet etmektedir. Yazara göre, özel olarak

---

<sup>914</sup> Bkz. **Stein/Jonas/Roth** Vor § 253 Rn. 135.

<sup>915</sup> **Schumann**, s. 439.

<sup>916</sup> **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 204; aynı yönde: **Stein/Jonas/Roth** Vor § 253 Rn. 133. Dava şartlarının genel olarak hukuki korumayı sınırladığı ifade eden **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 145.



hukuki yarar aranması, mahkemelerin zaman ve gücünün yalnızca belirli sınırlarda talep edilmesi amacıyla, yani mahkemeleri mümkün mertebe koruma amacıyla temellendirilir<sup>917</sup>. Dolayısıyla geline nokta, bu gerekçe hukuki korumayı tamamen reddetmek için kullanılamaz; artık mesele sadece bu korumanın hangi yolla sağlanacağıdır ve burada da hareket noktası olarak usul ekonomisi kabul edilebilir.

Bu görüş, Schönke'nin görüşünü tersten değerlendirerek, kural-istisna ilişkisini tersine çevirmeye çalışmıştır. Görüşün katkısı, hukuki korumayı, hukuki yararın boyunduruğundan kurtarmaktır. Ancak bunu yaparken bu kez teori, kendi içine başka belirsiz bir kavram yerleştirmektedir. Kanun koyucunun münferit hükümleri tesis ederken hukuki yararı bir kaynak olarak kullandığı nasıl kabul ediliyorsa; bu kez aynı eleştiri farklı noktadan bu görüşe karşı getirilebilir. Zira benzer şekilde yargılamanın amacı zaten kendi içinde bu unsurları barındırmaktadır. Eğer, ikinci derecedeki bazı unsurların hukuki yarara dayanak oluşturup davanın usulden reddinin sağlanmasına izin verilirse, bu durum, o ikinci derecedeki unsurların aslında yargılamanın amacıyla eşdeğerliği sonucunu doğurur. Oysa mahkemelerin ne kapsamda meşgul edilebileceğini belirlemekte kullanılabilecek tek ölçüt, yargılamanın amacı olabilir<sup>918</sup>. Yine hukuki koruma sağlamanın, tersten bir şartı olarak ele alınması ve belirsiz ikinci derece amaçların göz önüne alınması, denklemde bir şey değiştirmemektedir. Zira, her iki halde de hukuki yarar dava ile elde edilmek istenen sonucu engelleyici işlevini üstlenmektedir.

Usul ekonomisine dair genel değerlendirmelerden hareket edilmesi de eleştiriye açıktır. Çünkü yargısal merciler için salt zorluk teşkil eden hallerde, hukuki

---

<sup>917</sup> Pohle, Rechtsschutzbedürfnis, s. 204.

<sup>918</sup> Rimmelpacher, von Amts wegen, s. 75; von Mettenheim s. 37; Martin s. 113.

koruma ihtiyacının reddi mümkün değildir<sup>919</sup>. Dolayısıyla hukuki yarara dayanarak usul ekonomisi vurgusuyla hakimin gerekli işlemler yapmaktan kaçınması ve tarafların ileri sürdüğü talepleri esastan incelememesi hiçbir şekilde caiz değildir<sup>920</sup>. Medeni usul hukuku sistematığında usul ekonomisi, amaca ulaşmakta bir araç konumdadır; yoksa asıl amacın yargılamanın hızlanması ve mahkemenin iş yükünün azaltılması olduğu söylenemez<sup>921</sup>. Bu sebeple kanuni bir dayanağı olmadan içeriği belirsiz çerçeve bir kavram olan “hukuki yarar” üzerinden usul ekonomisine dayanılarak, hukuki koruma reddedilemez; çünkü usul ekonomisi, yargılamanın amacına tabi olarak, o amaca ulaşmak için en uygun yolu gösterir<sup>922</sup>.

Alman hukukundan farklı olarak Türk hukukunda hukuki yararın kanunda yer alması farklılık yaratmaz; çünkü Türk hukukunda da bu kez hukuki yararın neden kanunda yer aldığı sorgulanabilir ve çıkış noktası yine yargılamanın amacı olur.

Alman hukukunda Wieser<sup>923</sup>, dava şartı olarak hukuki yararın geçerliliğinin sadece yargılamanın amacı için önemiyle gerekçelendirilmesine karşı çıkmıştır. Yazar’a göre bu gerekliliğin temelinde tespit davasında hukuki yarar arayan ZPO § 256’nın<sup>924</sup> kıyas yoluyla eda ve inşai dava türlerinde de uygulanması söz konusudur. Hukuki yararın hukuk politikası bakımından anlamında ise, hukuki yararın gerekliliğini yargılamanın amacından çıkaran diğer yazarlara katıldığı söylenebilir<sup>925</sup>.

Buraya kadar anlatılanlarla hukuki yararın kaynağına işaret edilmiştir; ancak hukuki yararın öncelikli incelenmesini desteklemek için bir dayanak noktasına daha

---

<sup>919</sup> **Stein/Jonas/Roth** Vor § 253 Rn. 133.

<sup>920</sup> **Stein/Jonas/Roth** Vor § 253 Rn. 133.

<sup>921</sup> **von Mettenheim** s. 13.

<sup>922</sup> **Stein/Jonas/Roth** Vor § 253 Rn. 133; **Stein/Jonas/Brehm** Einl. Rn. 110; **von Mettenheim** s. 13.

<sup>923</sup> **Wieser**, Rechtsschutzinteresse, s. 24 vd.

<sup>924</sup> Tespit davasında aranan hukuki yarar ve genel dava şartı olan hukuki yarar aynı değildir. **Stein/Jonas/Roth** Vor § 253 Rn. 136. Türk hukuku bakımından da aynısı geçerlidir.

<sup>925</sup> Krş. **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 27.

ihtiyaç vardır. Çünkü, her olasılık için, hukuki yarar aranmaksızın veya olmaksızın esastan verilen bir kararın yargılamanın amacıyla çeliştiği söylenemez. Burada gerekli dayanak noktasını, hukuki yararın usul ekonomisine dair görevi sağlamaktadır<sup>926</sup>. Yargılamanın amacına hizmet etmesi mümkün olmayan davaların, mahkeme için daha fazla iş yüküne sebebiyet vermesinin önlenmesi. Buna göre hukuki yararın, usul ekonomisinin dava şartı olduğu söylenebilir<sup>927</sup>.

Türk hukukunda eda davasının açılabilirdiği hallerde tespit davası açılmasının usul ekonomisine aykırı olduğu ifadesiyle<sup>928</sup> de, aslında hukuki yararlar usul ekonomisi arasında ilişki kurulmaktadır.

O halde şu ana kadar varılan noktada, hukuki yarar eksikliğinin, ancak tereddütsüz şekilde amaca aykırı<sup>929</sup> yargılama yürütölmesi söz konusu olacağı kabul edilebilir<sup>930</sup>. Bu kapsamda bireyin, dava dışı yolla da hakkını gerçekleştirme imkanı varsa, yargısal yolların onun hizmetine sunulmasının anlamı yoktur<sup>931</sup>. Mahkemeye başvuru, hukuki istikrarın tekrar tesis edilmesi için son çaredir (ultima ratio)<sup>932</sup>. Böylelikle medeni usul hukukunun amacına aykırı davalara, haklılık aşamasına gelmeden kabul edilebilirlik aşamasında bir set çekilir<sup>933</sup>.

<sup>926</sup> von Mettenheim s. 41 vd. benzer yönde Lindacher s. 137.

<sup>927</sup> Martin s. 114.

<sup>928</sup> Kuru, Cilt II, s. 1437; Hanağası, Menfaat, s. 255.

<sup>929</sup> Burada medeni usul hukukunun amacının ne olduğu sorusu önemsizdir; çünkü medeni usul hukukunun amacı ne olarak belirlenirse belirlensin, bu amaca aykırı bir yargılama yapılmasının istenmediği ortadadır, Wieser, Rechtsschutzbedürfnis, s. 26.

<sup>930</sup> Henckel, Materielles Recht und Prozessrecht, s. 126; Jauernig, Prozessvoraussetzungen, s. 307; Stein/Jonas/Roth Vor § 253 Rn. 133. Rimmelspacher ise hukuki yararın ancak, mahkemeye hukuki koruma sağlanmasının hukuki istikrarın tehlikeye düşürölmesine sebebiyet vereceği hallerde, reddedilmesi gerektiğini savunmaktadır, von Amts wegen, s. 75. Bu görüş çok dar görünmektedir, zira, bu durumda, hukuki koruma sağlamanın anlamsız olduğu haller (örneğin soyut bir hukuki sorun için açılan davada hukuki yararı eksik saymamak) kapsam dışı kalmaktadır, von Mettenheim s. 38 dn. 75.

<sup>931</sup> Pohle, Rechtsschutzbedürfnis, s. 206; Sauer s. 96.

<sup>932</sup> Grunsky, Grundlagen, § 39 I 1, s. 390; Sauer s. 96.

<sup>933</sup> Stein/Jonas/Roth Vor § 253 Rn. 133; Jauernig/Hess § 35 Rn. 1.

Bu tür davaların kabul edilebilirlik aşamasında reddiyle, mahkemeler gereksiz iş yükünden korunmuş olur, hukuki yararın görevi de budur<sup>934</sup>. Mahkemelerin korunmaması ve amaçtan yoksun davalarla ilgilenmeye mecbur bırakılmaları halinde, diğer davalara ayırmaları gereken zamanı, bu amaçtan yoksun davalara ayırmak zorunda kalınacaktır<sup>935</sup>. Böylece zaten uzun süren yargılamalar, daha da uzayacak ve makul sürede yargılanma hakkının ihlali söz konusu olabilecektir<sup>936</sup>. Yargılamaların uzun sürmesi, hukuki koruma talep edenlerin, mahkemeye olan güvenlerini azaltarak son nokta itibariyle hukuki güvenliği tehlikeye düşürecektir<sup>937</sup>. Bir diğer olumsuz etkisi, bu davaların devam ettirilmesine izin verildiğinde, yargıya büyük bir maliyet getirecek olmasıdır<sup>938</sup>.

Hukuki yararın hukuk politikası bakımından oynadığı rol incelenirken dikkat edilecek bir diğer nokta karşı tarafın korunmasında rol oynayıp oynamadığıdır. Davalının, gereksiz, boş yere açılan davalarla rahatsız edilmemesinde bir yararı olduğu kuşkusuzdur ama bu yararın, tek başına veya mahkemelerin korunmasıyla birlikte hukuki yararın işlevinin belirlenmesine sebebiyet verip vermeyeceği tartışılabilir. Hukuki yararın varlığı esasen hukuki koruma arayan bireyin çıkarlarına göre belirlenir<sup>939</sup>. Ancak burada açıklanacak olan husus ise, hukuki yarar kapsamında ağırlıklı olarak taraf yararına öngörülmüş olup olmadığıdır. Taraf yararının ön plana alınmasının sonucu tarafların bu konu üzerinde tasarruf edebilmeleridir. Bir görüşe

---

<sup>934</sup> **Henckel**, Parteilehre, s. 193; **Deren Yıldırım**, Hukuki Himaye, s. 229; **Martin** s. 112; **Gottwald**, Revision, s. 261-262; **Lindacher** s. 137; **Hanağası**, Menfaat, s. 31.

<sup>935</sup> **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 31.

<sup>936</sup> **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 31.

<sup>937</sup> **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 31.

<sup>938</sup> **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 31.

<sup>939</sup> **Deren Yıldırım**, Hukuki Himaye, s. 230, 236, 239. Ayrıca bak **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, Medeni Usul, s. 213.

göre<sup>940</sup> hukuki yarar, sadece mahkemelerin menfaatini korumayıp aynı zamanda gereksiz davalarla muhatap olmasını engellediği için davalıyı da korur. Davalının gereksiz, boş yere açılan davalarla meşgul edilmemesinde öncelikli veya münhasır bir yararının bulunduğu kabulü mümkün değildir; zira, aksi takdirde, yargılamanın amacı açısından beyhude nitelikli davaların mahkeme tarafından sürdürülüp sürdürülmeyeceğini konusunda karar verecek kişi davalı olacaktır<sup>941</sup>. Kanuni düzenlemeler de bu şekilde bir değerlendirmeye uygun değildir. Zira kendisinin sebebiyet vermediği bir davada kendisini davalı olarak bulan kişi aleyhine yine esastan bir karar verilecek, dava, hukuki yarardan reddedilmeyecektir, bu durum ise sadece yargılama giderleri bakımından dikkate alınacaktır<sup>942</sup>. Ancak böyle bir davanın yürütülmesinin taraflar arası ilişkileri zedeleyeceğinde şüphe yoktur<sup>943</sup>.

Dava şartı olarak ortaya çıkmasına rağmen, hukuki yararın maddi hukukla olan yakın ilişkisi nedeniyle, hukuki yararın tespitinde, diğer dava şartlarına kıyasla taraf etkisi daha fazladır<sup>944</sup>.

Buraya kadarki açıklamalarda, hukuki yararın dava şartı niteliğiyle koruduğu menfaatler üzerinde durulmuştur. Ancak hukuki yararlar karşılaşılan tek yer, dava şartı kavramı değildir. Hukuki yarar aynı zamanda yargılama hukuku düzenlemelerinin kaynağı olup ayrıca bunların anlaşılması ve yorumlanması bakımından vazgeçilmesi

---

<sup>940</sup> **Gottwald**, Revision, s. 262; **Lindacher** s. 137; **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 208; **Henckel**, Parteilehre, s. 193; **Sauer** s. 96.

<sup>941</sup> **Martin** s. 115.

<sup>942</sup> **Grunsky**, Grundlagen, § 39 I 2, s. 392, yazar bu konuda müstakbel edim hakkında açılan davaların istisnai bir özellik gösterdiğini belirtmektedir. Müstakbel edimin ifasına ilişkin getirilen şart sadece mahkemeyi koruma amacı gütmemektedir, borcun ifa edileceğine dair herhangi bir şüpheye sebebiyet vermeyen borçlunun bu dava ile meşgul edilmemesi gerekir, **Grunsky**, Grundlagen, § 39 II, s. 395-396; **Eichel F.:** Künftige Forderungen, Tübingen, 2014, s. 326.

<sup>943</sup> **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 31.

<sup>944</sup> **Stein/Jonas/Roth** Vor § 253 Rn. 161.

mümkün olmayan bir kurum olarak da karşımıza çıkar<sup>945</sup>. Zira usul hukukuyla, ne zaman hukuki koruma sağlanacağı belirlenirken, bu hallerde, kabul edilebilir bir yarar olup olmadığını dikkate alınmaktadır<sup>946</sup>. Yani hukuki korumadaki yarar, hukuki korumanın münferit çeşitlerinin bünyesinde zaten yer almaktadır; hatta buradaki yarar, “koruma” kavramının içinde kaybolmuştur<sup>947</sup>. İşte usul hukuku hükümlerinin düzenlenmesinde de bu temel düşünceden hareket edilerek, oldukça başarılı denilebilecek bir yapı ortaya konulmuştur<sup>948</sup>. Yani hukuki yarar, tıpkı aleniyet, sözlülük ve taraflarca getirilme ilkesi gibi medeni usul hukukuna hakim bir ilke olarak çıkmaktadır<sup>949</sup>. Sadece yöntemsel bir bakış için maddi hukukla karşılaştırma yapılırsa, dürüstlük kuralından yola çıkılabilir. Dürüstlük kuralı da hukuki yarar gibi pek çok kuruma kaynaklık etmektedir, burada yatan tehlike ise, ilgili kurumların hukuki güvenlik sebebiyle varlığı gerekli sert duvarlarının aşınmasıdır<sup>950</sup>. Bu anlayış, hukuki yararın büyük bir çekinceyle kullanılması zorunluluğu ortaya çıkarır. Tüm usul hukuku düzenlemelerinin hukuki yarar ölçütlerine göre düzeltilmesi mümkün değildir<sup>951</sup>. Aksi takdirde, maddi hukuk bakımından ortaya çıkan sorun olan, kesin bir altlama yapılmasının zor olduğu hallerde dürüstlük kuralına başvurulması burada da karşımıza çıkar<sup>952</sup>. Bu şekilde bir daraltıcı yorum, örneğin ancak, usul hukukunun, bir hükmünün, yetersiz şekilde ifade edilmiş olmasına rağmen, farklı tür yararları dikkate

---

<sup>945</sup> **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 210; **Wieser**, Rechtsschutzinteresse, s. 14; krş. **Henckel**, Parteilehre, s. 39.

<sup>946</sup> **Allorio** s. 324; benzer yönde **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 210.

<sup>947</sup> **Allorio** s. 324.

<sup>948</sup> **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 210.

<sup>949</sup> **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 210; **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 14. İsviçre hukukunda da bazı yazarlar hukuki yararı yargılama ilkeleri başlığı altında açıklamaktadır, **Staehelein/Staehelein/Grolimund** § 10 Rn. 51a.

<sup>950</sup> **Grunsky**, Grundlagen, § 39 I 1, s. 391.

<sup>951</sup> **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 210.

<sup>952</sup> **Grunsky**, Grundlagen, § 39 I 1, s. 391.

alması gerektiği hallerde gündeme gelebilir<sup>953</sup>. Bunun sonucu olarak hukuki yararın gerekçelendirmelerde kullanılmasında azami özen gösterilmelidir<sup>954</sup>. Mevcut düzenlemeler, esasa ilişkin veya başka bir usule ilişkin nedenle ret kararı şeklinde makul çözümler düzenlemişse, artık hukuki yarar kullanılarak herhangi bir düzeltme ihtiyacından bahsedilemez<sup>955</sup>. Kanuni bir düzenleme yoksa, plana aykırı bir boşluğun varlığında kıyasen uygulanma ihtimali değerlendirilebilir<sup>956</sup>.

Hukuki yararın hukuk politikası bakımından amacı bu şekilde belirlendikten sonra, aslında en başta yansıtılması gereken bir görüşe yer verilecektir. En başta yansıtılmama nedeni ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hukuki yararın açıkça bir dava şartı olarak düzenlenmiş olmasıdır.

Görüş Avusturya hukukunda ilk başta Fasching tarafından savunulmuştur, ardından şerhi devralan Konecny tarafından da sürdürülmektedir. Buna göre<sup>957</sup>, Avusturya hukukunda genel bir dava şartı olarak hukuki yarara gerek yoktur. ÖZPO'nun çeşitli maddelerinde hukuki yarardan bahsedilse de<sup>958</sup>, kanunda, bu düzenlemelerden bir genelleşme yapılmasını sağlayacak bir dayanak yoktur. Böyle bir genelleşmeye gidilmesi, birbirinden farklı ve çoklu görünüş biçimlerinin, caiz olmayan bir şekilde birleştirilip genelleştirilmesine yol açar. Ayrıca hukuki yarar, esasa ilişkin zor sorunları cevaplamaktan kaçınmak için bir araç olarak kullanılarak, esasa ilişkin bir karar yerine usulden karar verilmesine dayanak oluşturabilir. Hukuki yararın genel dava şartı kabul edilmesi ve geniş kapsamlı uygulanması halinde hukuki

---

<sup>953</sup> **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 210.

<sup>954</sup> **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 211.

<sup>955</sup> **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 211; **Grunsky**, Grundlagen, § 39 I 1, s. 391.

<sup>956</sup> **Stein/Jonas/Roth** Vor § 253 Rn. 135.

<sup>957</sup> **Fasching/Konecny/Konecny** Einl Rz. 185.

<sup>958</sup> Örnek olarak tespit davası için yarar arayan özZPO 228 ve fer'i müdahale için hukuki yarar arayan özZPO 17 verilebilir.

dinlenilme hakkı zedeleneceği gibi, usul hukukunun içine belirlilikten uzak değerlendirmeler (amaca aykırılık, önemsizlik) zerkedilmiş olur. Sonuç olarak, medeni usul hukukunda kabul edilmesi mümkün olmayan hukuki korumanın daraltılması gündeme gelir. Görüşün münferit sorunlara nasıl çözümler getirdiğine aşağıda ayrıca değinilecektir.

Görüldüğü üzere, her ne kadar hukuki yarar kavramının belli bir yerden türetildiği, belli menfaatleri koruduğundan bahsedilse de, böyle bir kavrama gerçekten ihtiyaç olup olmadığı da yine çok büyük bir sorundur.

Buna rağmen Türk hukukunda her derde deva olarak sunulması ve son on yılda üç içtihadı birleştirme kararında temel kavram olması, barındırdığı tehlikeler düşünüldüğünde, korkutucudur. İtalyan yazar Allorio<sup>959</sup>, İtalya'daki durumun aksine hukuki yararı genel bir şekilde ifade etmeyip yalnızca tespit davasında hukuki yarara işaret eden ZPO için, hukuki yarar kavramının hiç dokunmadığı bir kanun yapılması şansının Almanya'nın elinden kaçtığı şeklinde değerlendirmede bulunmuştur. Yazar'ın bu ifadesini, açıkça dava şartı olarak hukuki yararın düzenlendiği ülkemiz için evleviyetle kabul etmek gerekir.

### **3. Hukuki Yararın (Hukuki Koruma Şekline Göre) Dava Türleri Bakımından Değerlendirilmesi**

Hukuki koruma sağlamanın bir zorunluluk olduğu ve bunun, belirsiz bazı ölçütlerle sınırlanamayacağı yönünde genel bir tespit yapıldıktan sonra dava türleri bakımından hukuki yarar kavramının nasıl ele alınabileceğine bakılabilir.

---

<sup>959</sup> Allorio s. 323.



Kapsamlı bir hukuki koruma anlayışını benimseyen liberal hukuk devleti düşüncesini yansıtan usul hukuku düzenlemeleri dikkate alındığında tüm (yargılamada ileri sürülmüş ve henüz tespit edilmemiş sözde) haklar korunmaya değer görünür<sup>960</sup>. Yani mahkemeye başvuru halinde hakların mahkeme aracılığıyla yerine getirilmesi kuraldır<sup>961</sup>. Buna göre hak arama özgürlüğü, kural olarak, maddi hukuk bakımından açıkça dayanaksız olması halinde dahi davanın kabul edilebilirlikten reddedilmemesini gerektirmektedir<sup>962</sup>. Zira hak arama özgürlüğü, mahkemeye erişim hakkını, dava konusunun esaslı ve kapsamlı bir biçimde vakıalarla hukuki sorunlar açısından incelenmesini ve de bunun hakim eliyle bağlayıcı bir karara bağlanmasını şart koşturmaktadır<sup>963</sup>. İşte, hukuki koruma dışında başka bir amaca ulaşılması hedefleniyorsa, hukuki yarar eksikliği söz konusu olur<sup>964</sup>.

O halde, hukuki yarar eksikliği dar kapsamlı bir istisna olarak kalmalıdır<sup>965</sup>. Bu istisna ise, her dava türünde aynı yoğunlukta kendine yer bulmaz. Yani eda davalarında, yenilik doğuran davalarda ve tespit davalarında, hukuki yarar, kanun gereği farklı şekilde karşımıza çıkar. Üç dava türünde de ortak olarak dikkat edilmesi gereken en önemli husus, gerçekte davanın esasına ilişkin hususların, “hukuki korumanın” veya “davanın” şartları olarak ele alınmaması gerekliliğidir<sup>966</sup>. Hukuki yarar hakkındaki değerlendirme, davanın, hakim tarafından kabul edilmesi

---

<sup>960</sup> **Stein/Jonas/Roth** § Vor 253 Rn. 133. Örneğin, miktar azlığı, hukuki yarardan ret için bir sebep olamaz, **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 20; **Stein/Jonas/Roth** Vor § 253 Rn. 140; **Kuru/Aydın**, Cilt I, s. 389; **Hanağası**, Menfaat, s. 261.

<sup>961</sup> **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 204.

<sup>962</sup> **Jauernig/Hess** § 35 Rn. 1.

<sup>963</sup> **Stein/Jonas/Roth** Vor § 253 Rn. 120; **Lorz** s.66; **Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Zürcher** § 59 Rn. 10.

<sup>964</sup> **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 46.

<sup>965</sup> **Jauernig/Hess** § 35 Rn. 9; **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 204; **Stein/Jonas/Roth** Vor § 253 Rn. 133.

<sup>966</sup> **Allorio** s. 336.

ihtimalinden bağımsızdır<sup>967</sup>. Bu sebeple, açıkça hukuki dayanaktan yoksun, yani maddi hukuk açısından haksız bir davada hukuki yarar eksikliği söz konusu değildir<sup>968</sup>. Çünkü örneğin bu nedenle veya dava konusunun miktarındaki azlık nedeniyle hukuki yararın reddedilmesi, hukuki korumanın dışlanmasına sebep olur<sup>969</sup>. Maddi hukuk düzlemindeki eksikliğin, esastan ret kararıyla değil, hukuki yarar eksikliğinden ret kararıyla cevaplandığı “talihsiz” bazı mahkeme kararları da olmuştur. Zaten burada ifade edilerek önlenmek istenen bu tür kararlardır. Zira başlangıçta masum gibi görünse de bu akıl yürütmenin nereye kadar gidebileceğini tarih göstermiştir<sup>970</sup>. Mahkemelerin bu yönde karar vermesinin altında yatan neden ise, hukuki yarar gibi kavramların sahip olduğu uyum yeteneği ve mahiyetinde barındırdığı sıradışı çekiciliktir<sup>971</sup>.

Ancak bu ifadelerden üç dava türünde de ortak hukuki yarar eksikliği hallerinin gündeme gelemeyeceği anlamı çıkarılmamalıdır. Örneğin, dava, davayla ulaşılmak istenen sonuç, gerçekte istenmeden açılmamışsa veya sadece tehdit olarak açılmışsa, yargılama, kendi amacına değil, yargılamaya yabancı amaçlara hizmet etmektedir, yani hukuki yarar yoktur<sup>972</sup>. Yargılamanın amacını desteklemeyen böyle bir yargılama ise, yine usul ekonomisi sebebiyle reddedilmelidir<sup>973</sup>.

Hukuki yararın esas uygulama alanı bulunduğu dava türü, tespit davalarıdır. Tespit davaları bakımından gerek Alman hukukunda, gerek Avusturya hukukunda, gerek Türk hukukunda, eda davalarından ve yenilik doğuran davalardan ayrı olarak,

---

<sup>967</sup> Zingg, BK-ZPO, Art. 59 N. 32.

<sup>968</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 90 Rn. 33; Jauernig/Hess § 35 Rn. 9.

<sup>969</sup> Jauernig/Hess § 35 Rn. 9.

<sup>970</sup> Bkz. Yukarıda İkinci Bölüm IV K 2.

<sup>971</sup> Krş. Allorio s. 322-323.

<sup>972</sup> Martin s. 115.

<sup>973</sup> Martin s. 115.

açıkça hukuki yarara işaret edilmesi gerekliliğine vurgu yapılmıştır. Bunun nedeni, icra edilebilir bir kararın ortaya çıkmaması nedeniyle mevcut durumun (*status quo*) bozulmamasıdır<sup>974</sup>. Bu sebeple kanun koyucu burada ikinci bir dava (eda davası) açılabilmesi olasılığını hesaba katmıştır<sup>975</sup>. Bağlantılı olarak istenilen tespit hükmünün uyuşmazlığı kesin olarak çözebilecek olması gerektiği söylenebilir<sup>976</sup>. Dolayısıyla, sonrasında başka davalar açılmasına sebebiyet vermesi ihtimali varsa, tespit davasının hukuki ilişkideki uyuşmazlık noktalarından yalnızca biriyle sınırlı olacak şekilde açılması mümkün değildir<sup>977</sup>.

Tespit davası meşruiyetini, güncel tehdidin bertaraf edilmesinde bulur<sup>978</sup>. Bunun en iyi örneği devlete karşı açılan bir tespit davasıdır. Çünkü hukuk devletinden beklenen, kendisine karşı ileri sürülen talebin mahkeme kararıyla tespit edilmesi halinde, ayrı bir eda davası açılmasına gerek olmadan bu talebi yerine getirmesidir<sup>979</sup>. İşte burada, ileri sürülen tehdit, asla dava konusu hukuki ilişkinin varlığı şartı olarak ele alınamaz<sup>980</sup>. Davacının bir hakkının veya hukuki durumunun güncel bir tehlike veya belirsizlikle tehdit edilmesi ve tespit hükmünün bu tehlikeyi bertaraf edebilecek olması halinde hukuki yarar şartı sağlanmış olur<sup>981</sup>. Buradaki tehlikenin mutlaka malvarlığına yönelmiş olması gerekmez, farklı bir hukuki değer tehdit edilmesi de bu şartı sağlar<sup>982</sup>. Davalının, davacının hakkını gerçek anlamda tartışma konusu

---

<sup>974</sup> **Grunsky**, Grundlagen, § 39 IV 1, s. 397; **MüKoZPO/Becker-Eberhard** § 256 Rn. 37.

<sup>975</sup> **MüKoZPO/Becker-Eberhard** § 256 Rn. 37.

<sup>976</sup> **Musielak/Voit/Foerste**, ZPO § 256 Rn. 11.

<sup>977</sup> **Stein/Jonas/Roth** § 256 Rn. 52.

<sup>978</sup> **Grunsky**, Grundlagen, § 1 II s. 6. Tespit davasındaki yarar, geniş yorumlanması gereken bir kavramdır, **Stein/Jonas/Roth** § 256 Rn. 45.

<sup>979</sup> **Lüke**, ZivilProzR I § 11 Rn. 2.

<sup>980</sup> **Allorio** s. 336; **Stein/Jonas/Roth** § 256 Rn. 43.

<sup>981</sup> **MüKoZPO/Becker-Eberhard** § 256 Rn. 39; **Musielak/Voit/Foerste**, ZPO § 256 Rn. 8-11; **Stein/Jonas/Roth** § 256 Rn. 45.

<sup>982</sup> **MüKoZPO/Becker-Eberhard** § 256 Rn. 39.

yapması (türü veya kapsamı bakımından<sup>983</sup>) veya davacıya karşı bir hak ileri sürmesi (iddia etmesi) hallerinde hukuki yarar vardır<sup>984</sup>.

Tespit davasının konusunu oluşturabilecek diğer ihtimal olan belgenin sahteliğinin tespitinde ise, o belgenin taraflar arasındaki hukuki ilişki bakımından önem taşıması halinde hukuki yarar var kabul edilir<sup>985</sup>. Hukuki ilişkide herhangi bir belirsizlik olmamasına rağmen, tespit davası açılırsa, bunun mahkemeden hukuki görüş sormak olur ve hukuki yarar şartı yerine getirilmiş olmaz<sup>986</sup>. Örnek olarak bir avukatın mesleki durumunun tehdide maruz kalması halinde bu şart sağlanmış olur<sup>987</sup>.

Aslında zaten tarafın, güncel tehdidi ortadan kaldırmayacak bir dava açması makul bir durum değildir; ama mahkemelerin anlamsız şekilde daha fazla iş yüküyle muhatap kalması hususu yalnızca davacı tarafın makul davranacağı beklentisine bırakılamaz<sup>988</sup>.

Bir görüşe göre<sup>989</sup> tespit davasındaki belirsizliğin veya tehlikenin bertaraf edilmesi gerekliliğini “keyfilik” sebebiyle eleştirmiştir. Buna göre, verilecek tespit hükmünün maddi anlamda kesin hüküm etkisi dikkate alındığında, mevcut bir tehlikeyi bertaraf edecek olmasa bile, davacının bu hükmü elde etmesindeki yararı, tek başına kabul edilebilir. Maddi anlamda kesin hüküm her zaman önemli bir hukuki değerdir. Ayrıca, kanun koyucu, herhangi bir belirsizlik veya tehlike olmaksızın da tespit davasının kabul edilebilir olduğunu tasdik eden bir düzenleme yapabilir. Burada

---

<sup>983</sup> Stein/Jonas/Roth § 256 Rn. 46.

<sup>984</sup> MüKoZPO/Becker-Eberhard § 256 Rn. 42; Musielak/Voit/Foerste, ZPO § 256 Rn. 9; Stein/Jonas/Roth § 256 Rn. 47.

<sup>985</sup> MüKoZPO/Becker-Eberhard § 256 Rn. 41.

<sup>986</sup> Stein/Jonas/Roth § 256 Rn. 45.

<sup>987</sup> MüKoZPO/Becker-Eberhard § 256 Rn. 39.

<sup>988</sup> Von Mettenheim s. 40.

<sup>989</sup> Allorio s. 337 vd.

tek sınır, davayı açanın, yargılama giderlerini bizzat kendisinin ödemesinin öngörülmesidir.

Eda davaları ve yenilik doğuran davalar bakımından, hükme dair ayrı bir yarar olduğunu göstermeye gerek yoktur<sup>990</sup>. Dikkat edilmesi gereken nokta, ayrıca ortaya konulmasına gerek olmamasıdır; gerek yenilik doğuran davalarda gerek eda davalarında da hukuki yararın olması gerekir<sup>991</sup>. Pohle, burada bazı ek değerlendirmeler yapmaktadır. Yazar'a göre<sup>992</sup>, davacının elde ettiği eda hükmünden yararlanmayı isteyip istemediğinin tespiti zor olmakla birlikte, bunun objektif olarak ortaya konulması halinde de hukuki yarar eksikliğinden söz edilmesi zorunlu değildir. Buna ilişkin bir ihtimal, davacının geçerli bir şekilde açıkça icradan feragat ettiği hallerde gündeme gelebilir. Davacının hükmün sonuçlarının doğmasını göze aldığı ihtimallerde de, dava, yalnızca hukuk düzeninin korunmasına yönelmesi çerçevesinde değerlendirilip amaca aykırı olarak nitelendirilemez, aksine en fazla diğer amaçların öncelik derecesine ve hukuk düzeni vasıtasıyla bunların tasvip edilmeme derecesine dikkat edilebilir. Dolayısıyla hukuk düzenini koruma amacına zıt bazı menfaatler ön plana geçer ve burada bir değerlendirme yapılması kaçınılmazdır. Hangi durumda

---

<sup>990</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 90 Rn. 31; **Jauernig/Hess** § 35 Rn. 3; **Grunsky**, Grundlagen, § 39 III, s. 396; **Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Zürcher** Art. 59 N 13. Eda davaları için **Wieser**, Rechtsschutzinteresse, s. 111; **Hanağası**, Menfaat, s. 130 vd.

<sup>991</sup> **Wieser**, Rechtsschutzinteresse, s. 13; karşı görüşte **Schumann**, Kein Bedürfnis, s. 440; **Allorio** s. 326. **Allorio**, eda davaları bakımından hukuki yarar aranması halinin aslında dayanıksız olduğunu şu şekilde ifade etmektedir: Alacaklı, davayı kazanması halinde, davalıya karşı hükme dayanan bir icra takibi yapabilme hakkına kavuşur. Diğer taraftan, hakkın zedelenmediği, alacaklının tatmin edildiği veya alacağın vadeli olduğu ortaya çıkarsa, artık hukuki yararın olmadığından bahsedilemez. Bu hallerde davanın esastan reddine karar verilir. Söz konusu durumda, eda davalarında, hukuki yarar, yargılamada tespit edilen talebin varlığı ve muacceliyetinde içkindir. s. 326. Bu sert tutumuna karşı yazar bazı durumlarda eda davalarında da hukuki yararın rol oynayabileceğini kabul etmekte ve buna ilişkin örnekler vermektedir. Kendi içindeki tutarlılığını sağlarken, en önemli ve en çok kullanılan dava türü olan eda davalarında hukuki yararın genel bir kural olmayıp istisnai hallerde gündeme geldiğini belirtmekte, bu sebeple az bir değeri haiz hukuki yarar kavramından genel bir ilke çıkarılamayacağını ifade etmektedir, **Allorio** s. 327, 329.

<sup>992</sup> **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 202.

olursa olsun, hukuk düzenini koruma amacı, tek başına değerlendirildiğinde öznel amaç incelemesi için zaruri olmadığı gibi, çözüme de sebebiyet veremez.

Bir alacak muaccel ise, bu alacak için açılan eda davası esas itibariyle kabul edilebilirdir<sup>993</sup>. Yani alacaklı, borçlu borcunu ifaya hazır olsa bile (alacaklının hakkının ihlali olmasa bile), bu borcu dava yoluyla isteyebilir. Davalının kendisinin bu davaya sebebiyet vermemiş olması ise yargılama giderlerine hükmedilmesi sırasında dikkate alınır<sup>994</sup>. Burada hukuki yarar, ileri sürülen maddi hukuk talebinin sözde ifa edilmemesinden kaynaklanmaktadır; hükme dair yararın ayrıca ortaya konulmasına gerek yoktur<sup>995</sup>. Hukuki yararın konusunun ne olduğu incelendiğinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 106. maddesinin ikinci fıkrasında “*Tespit davası açanın, kanunlarda belirtilen istisnai durumlar dışında, bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararı bulunmalıdır*” ifadesinden hareketle, konunun “dava açmak” olduğu savunulabilir görünse de, mümkün değildir. Öğretide de “.... alınan hükmün bu korumayı sağlayacak güçte olması...” ndan bahsedilmektedir<sup>996</sup>. Davacının hakkının yerine getirilmesi için, kural olarak mahkeme kararı olarak ortaya çıkan, icra edilebilir bir belgeye ihtiyacı vardır<sup>997</sup>. Yenilik doğuran davalarda ise maddi hukuktaki ilgili değişimin sağlanabilmesi, ancak hükümle sağlanabildiği için kural olarak hukuki yarardan reddedilemez<sup>998</sup>.

---

<sup>993</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 90 Rn. 31; **Stein/Jonas/Roth** Vor § 253 Rn. 137; **Grunsky**, Grundlagen, § 39 II, s. 394. İleri sürülen talebin takas, dönme, fesih veya iptal vasıtasıyla ortadan kaldırılabilir olması yahut talebe karşı kesin bir def’i ileri sürülebilir olması da önem taşımaz, bkz. **Roth** s. 290.

<sup>994</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 90 Rn. 14.

<sup>995</sup> **Stein/Jonas/Roth** Vor § 253 Rn. 137.

<sup>996</sup> **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Medeni Usul, s. 331. Korumayı sağlayacak olan ise verilecek hükümdür. Dolayısıyla hukuki yararın varlığı hususunda talep edilen tespit hükmünün tehlikeyi bertaraf edip etmeyeceği incelenmelidir. Dava açmakla istenilen sonuca doğrudan ulaşılamaz, o sonuç, yargılama ve hükümle sağlanır, **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 89 Rn. 7.

<sup>997</sup> **Grunsky**, Grundlagen, § 39 II, s. 394.

<sup>998</sup> **Stein/Jonas/Roth** Vor § 253 Rn. 137.

Görüldüğü üzere eda davaları veya yenilik doğuran davalar bakımından hukuki yarar tespit davasına göre daha dar bir uygulama alanına sahiptir.

Eda davalarında hukuki yarara yönelik önemli bir sorun müeccel alacak için açılan eda davasının hukuki yarardan reddedilip reddedilemeyeceğidir. Sorun, Türk hukukunda bir içtihadı birleştirme kararı sebebiyle gündeme gelmiştir<sup>999</sup>. Öncelikle kararın içeriğine bakıldığında, çözülmek istenen sorunun vekalet ücretine ilişkin olduğu görülmektedir. Yargıtay, vekalet ücretine ilişkin hükümlere dair yorumun yanı sıra, müeccel alacak hakkında açılacak eda davasına ilişkin tespitlerde bulunmuştur. Belirtmek gerekir ki, müeccel alacak için açılan eda davasında hukuki yararın eksik olacağı, Türk hukukunda geçmişten beri ileri sürülmektedir<sup>1000</sup>. Karar hakkında değerlendirme yapabilmek zordur; zira çok genel olarak bazı atıflar yapılmış ancak hukuki yarar ve müeccel alacak ilişkisi kurulmamıştır. Bu karardan sonra çıkan bir Hukuk Genel Kurulu kararında da<sup>1001</sup> yine ayrıntılı açıklamala yapılmamıştır.

Kararda yapılan hukuki değerlendirmelerde göze çarpan bir eksiklik yabancı literatüre atıf bulunmamasıdır. Halbuki yabancı literatürün önemi, daha BGB'nin hazırlanması sırasında bu karardaki konuların açıklığa kavuşmuş olmasıdır. BGB'nin ilk tasarısının 190. maddesinin birinci fıkrası, ifaya mahkûmiyet kararının kabul edilebilirliği, muacceliyetin gerçekleşmiş olmasına bağlıdır ifadesini kullanmaktadır (*Die Verurteilung zu einer Leistung ist nur zulässig, wenn die Fälligkeit bereits*

<sup>999</sup> YİBK 18.02.2022, E. 2019/5 K.2022/1.

<sup>1000</sup> **Kuru, B.:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt V, 6. Baskı, İstanbul 2001, s. 5050; **Üstündağ,** Medeni Muhakeme, s. 284.

<sup>1001</sup> HGK. E. 2017/392 K. 2022/1555 T. 22.11.2022.

*eingetreten ist*)<sup>1002</sup>. Bu ifadenin BGB'ye alınmama sebebi ise, üzerinde büyük tartışmalar olması değil, bu ifadenin tabii görülmesidir<sup>1003</sup>.

BGB'ye dair ilk taslağın gerekçesi ise, çok daha yol göstericidir<sup>1004</sup>. Buna göre, muacceliyetten önce dava açılmasının kabulünün altında yatan neden, alacak muaccel olur olmaz, alacaklının elinde doğrudan ilamlı icraya koyabileceği bir hüküm bulunmasıdır. Ancak bu halde, borçlunun vadeye kadar bekleme hakkının da göz önüne alınması gerekir. Borçlunun borcunu ifa etmesi halinde, yine de ilamlı icra yoluna gidilmesinin de önlenmesi gerekir. Bu durumda İİK'nun 33. maddesinden yararlanılabilir. Ama henüz bekleme imkanı varken, borçluyu mahkum etmek ve daha sonra yargı yoluna başvurmak zorunda bırakmak için alacaklının özel bir hukuki yararının olması gerekir. Bu kurgunun yapılması hukukumuzda da mümkündür<sup>1005</sup>. Burada şüphe doğması muhtemel tartışma, yukarıda da belirtildiği üzere, kabul edilebilirlik aşamasının yalnızca usul hukukuna ilişkin olduğu savıdır<sup>1006</sup>. Ancak alacaklının vade tarihi itibarıyla kendisine ifa yapılmasını talep davalarda, davacı, hakkı olan bir şeyi istediği için davanın esastan reddinin mümkün olmadığı belirtilmelidir<sup>1007</sup>. Bir diğer tartışılabilir nokta re'sen incelemeyi haklı çıkarak bir kamusal yararın olmamasına rağmen, taraflarca getirilme ilkesinin devre dışı bırakılmasıdır<sup>1008</sup>. Buradaki cevap ise, mahkemelerin henüz muaccel olmayan

<sup>1002</sup> <https://archive.org/details/entwurfeinesbrg00bundgoog/page/44/mode/2up> s. 45.

<sup>1003</sup> Bkz. **Mugdan, B.:** Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Band, Berlin 1899, s. 808; Alman hukukundaki bu kuralların Türk hukukunda da dikkate alındığı örneği için bkz. **Kuru, B.:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt II, Altıncı Baskı, İstanbul 2001, s. 1370.

<sup>1004</sup> Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Allgemeiner Theil, Band 1, Verlag von I. Guttentag, 1888, s. 366.

<sup>1005</sup> Bkz. **Kuru/Aydın,** Cilt I, s. 389 vd.

<sup>1006</sup> **Roth, H.:** "Die Klage auf künftige Leistung nach §§ 257-259 ZPO", ZJP 98, s. 287-313, s. 288.

<sup>1007</sup> **Jauernig/Hess** § 35 Rn. 10; **Lüke** ZivilProzR I § 13 Rn. 12.

<sup>1008</sup> Krş. **Roth** s. 309.



alacaklara ilişkin davalarla aşırı meşgul edilmemesi düşüncesidir<sup>1009</sup> Tartışmayı ikili bir ayırımdan ve hukuki yararın amacından yola çıkarak çözmek gerekir.

Müeccel alacağa ilişkin açılan eda davasına ilişkin ilk ihtimal, dava açılırken davacının muacceliyetin gerçekleşmiş olduğunu ileri sürdüğü haldir. Hakimin davayı kabul edebilmesi için talebin muaccel olması gerekliliğinin maddi hukuka ait olduğu kuşkusuzdur. Muacceliyetin gerçekten gerçekleşip gerçekleşmediği ise ancak yapılacak tahkikat sonunda ortaya çıkacaktır. İşte bu ihtimalde tahkikat yapıldıktan ve alacağın mevcudiyeti tespit edilmesine rağmen müeccel olduğu ortaya çıktığı halde hakimin vermesi gereken karar şimdilik esastan ret kararıdır<sup>1010</sup>. Burada hukuki yarardan ret kararı verilemez; çünkü zaten hukuki yararın amacı olan mahkemelerin aşırı yüklenmesinin önlenmesi ihtimal dışıdır<sup>1011</sup>. Zaten o yüklenme olmuş, tahkikat aşamasına geçilmiş, hatta tahkikat aşaması bitmiştir. Dolayısıyla hukuki yarardan davanın reddi için herhangi bir sebep yoktur.

İkinci ihtimalde davacının açıkça müeccel bir talebi davada ileri sürmesi söz konusudur. BGB'nin taslağındaki hal de bu duruma ilişkindir. Muacceliyet yine bir maddi hukuk sorunudur ama kişi muacceliyet tarihi itibarıyla talep ettiği için esastan ret söz konusu olmaz. Burada hukuki yararın amacından hareket edilerek bir çözüme varılmakta ve davanın usulden reddi kararı verilmektedir. Çünkü alacaklı, vadeye kadar bekleyebilir ve davalıya gönüllü olarak borcunu ifa etme imkânı tanıyabilir<sup>1012</sup>. Bu yüzden yargılamanın amacı, bir yargılama yürütülmesini gerektirmemektedir<sup>1013</sup>. Usul ekonomisi bu yargılamaya engel olur<sup>1014</sup>. Ancak durum ve koşullar, zamanı

---

<sup>1009</sup> Bkz. **Eichel** s. 295.

<sup>1010</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 90 Rn. 14.

<sup>1011</sup> Krş. **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 211.

<sup>1012</sup> **Martin** s. 115.

<sup>1013</sup> **Martin** s. 115.

<sup>1014</sup> **Martin** s. 115.

geldiğinde, borçlunun ifadan kaçınacağı hakkında yeterli çekinceye işaret ediyorsa, gelecekteki alacaklar için de dava açılabilir<sup>1015</sup>.

Burada Üstündağ'ın ifadelerine<sup>1016</sup> de yer vermek gerekir. Yazar, kendi ifadesiyle, müeccel alacak için açılan eda davasının maddi hukuka ilişkin dava şartları başlığı altında incelediği talep hakkının henüz doğmamış olması bağlamında ele almıştır. Yukarıda belirtildiği üzere, yazar, Alman hukukçu Hellwig'in teorisinden etkilenmiştir. Bu yüzden o kısma gönderme yapmakla yetinilebilir<sup>1017</sup>.

#### 4. Hukuki Koruma Araçlarının Yarışmasında Hukuki Yarar

Bazı hallerde bireyin, devletten isteyeceği hukuki korumayı birden fazla yolu kullanarak talep edebilmesi mümkündür. Örneğin, zilyetliğin korunması için dava açılabilmesi gibi 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun kapsamında da duruma valiliğe veya kaymakamlığa başvurularak zilyetliğin korunması talep edilebilir<sup>1018</sup>. Bu durumların bazılarında istisnai olarak hukuki yarar kavramı kullanılarak yollardan birinin dışlanması söz konusu olabilir.

Kesin olarak belirtilmesi gereken ilk husus, hakkın gerçekleştirilmesi için maddi hukukun birden çok yol öngörmesi halinde, her biri için hukuki yarar kabul edilir<sup>1019</sup>. Aksi takdirde usul hukuku, hizmetinde olduğu maddi hukukun gerçekleşmesini engeller. Örneğin, TTK'nun 116. maddesinin ikinci fıkrasına göre acente, ücrete bağlı işlemlere ilişkin defter kayıtlarının suretlerinin gönderilmesini talep edebilir. Hükme göre “...*Müvekkil, defter suretini vermekten kaçınırsa ya da*

---

<sup>1015</sup> **Martin** s. 115.

<sup>1016</sup> **Üstündağ**, Yargılama Hukuku, s. 283-284.

<sup>1017</sup> Birinci Bölüm III B 4.

<sup>1018</sup> Bkz. **Sirmen, A. L.**: Eşya Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2022, s. 80 vd.

<sup>1019</sup> Krş. **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 90 Rn. 38.

*defterlerin doğruluğu ve tamlığı konusunda kuşku duymayı gerektiren haklı nedenler varsa, acente, ticari defter ve belgelerin ilgili kısımlarını ya kendisi inceler ya da bir uzmana inceletebilir. Müvekkil buna izin vermezse sorunu mahkeme duruma en uygun şekilde karara bağlar*". İşte burada her ne kadar kanunun ifadesi yalnızca inceleme hakkının kullanılmasına izin verilmemesi halinde mahkemeye başvurma imkanı olduğunu ifade eder gibi görünse de, acentenin bilgi alma hakkını dava yoluyla ileri sürmesi mümkündür<sup>1020</sup>. Dolayısıyla, bilgi alma hakkı karşılanmayan acente, müvekkilin defterlerini bizzat kendisi inceleyebileceği gibi eda davası açarak bu suretleri talep edebilir. İşte bu ihtimalde, hukuki yararın varlığı kabul edilir<sup>1021</sup>. Görüldüğü üzere burada sadece mevcut maddi hukuk talebinin nasıl yerine getirilebileceği konusunda farklı kurumların öngörülmesi söz konusudur. Yoksa maddi hukuk anlamında taleplerin yarışmasından bahsedilemez.

Hukuki koruma için birden çok yol öngörülmüşse, bu yolların alternatif olarak mı öngörüldüğü, birinin diğerini dışlayıp dışlamadığı hususu veya aralarında birincillik ikincillik ilişkisinin olup olmadığı yorum sorunudur<sup>1022</sup>. Yerindelik denetimi yapılması yorumun kapsamına girmez<sup>1023</sup>.

Bu hallere ilişkin genel bir kuraldan bahsedilmesi gerekirse, birden çok hukuki koruma yoluna başvurulmasının öngörüldüğü hallerde, davacı, hukuki koruma araçları arasında seçim yapmakta serbesttir<sup>1024</sup>. Gerçekten, birden çok ve farklı türdeki koruma imkanlarının sunulması, hakkın daha iyi güvenli bir şekilde korunmasının sağlar<sup>1025</sup>.

<sup>1020</sup> **Karasu, R.:** "Acentenin Ücreti İle İlgili Bilgi Alma Ve İnceleme Hakkı", İÜHFD, C. 4 S. 2, 2013, s. 61-74, s. 72; **Tekin, U.:** Acentenin Ücret Hakkı, Ankara 2018, s. 149.

<sup>1021</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 90 Rn. 38.

<sup>1022</sup> **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 223; benzer yönde **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 140.

<sup>1023</sup> **Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Zürcher** Art. 59 N 12.

<sup>1024</sup> **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 222; **Stein/Jonas/Roth** Vor § 253 Rn. 145; **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 138; **Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Zürcher** Art. 59 N 12.

<sup>1025</sup> **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 202.

Ayrıca her birinin diğerine göre, kendine has avantajı olabilir<sup>1026</sup>. Bunlardan birinde hukuki korumanın reddedilmesi ve bir diğerinin adres gösterilmesi ancak istisnai durumlarda gündeme gelir<sup>1027</sup>. Şüphe halinde, kanun koyucunun, davacıya seçim hakkı tanıdığı kabul edilir<sup>1028</sup>. Seçim imkanının daraltılması yalnızca, temelinde yargılamanın sonucuna denk ama basitlik, hız ve masraf bakımından açıkça ve önemli ölçüde ondan ayrılan bir yolun olması halinde kabul edilir<sup>1029</sup>. Çünkü aksi takdirde, karşı taraf, hak arayan diğer kişiler ve toplum, bir diğer yolun seçilmesi kararının sonucu olan gereksiz yükten olumsuz yönde etkilenebilir<sup>1030</sup>. Görüldüğü üzere burada yargılamanın amacıyla doğrudan ilgisi olmayan değerler ve amaçsal yaklaşımlar göz önüne alınmaktadır<sup>1031</sup>. Bu konuda bir başka görüş ise<sup>1032</sup>, öncelikle bir hukuki koruma aracının diğerini dışlamasında, Alman mahkeme kararlarındaki eğilimin aksine, hukuki yarar yerine genellik-özellik ilişkisinden hareket edilmesi gerektiğini ifade etmekte, ardından hukuki koruma araçlarının çokluğunda hukuki yarardan ziyade yarışma teorisinin araçlarının kullanılması gerektiğini kabul etmektedir. Bu görüşün uygulanabileceği bir yer İMK'nın 7. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan *“31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile diğer sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyumsuzluklarda, hizmet akdine*

<sup>1026</sup> **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 138.

<sup>1027</sup> **Stein/Jonas/Roth** Vor § 253 Rn. 145.

<sup>1028</sup> **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 223; **Stein/Jonas/Roth** Vor § 253 Rn. 148; **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 146.

<sup>1029</sup> **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 223; Krş. **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 90 Rn. 32. benzer yönde **Grunsky**, Grundlagen, § 39 II, s. 394; benzer yönde **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 138. Bir ölçütün diğer ölçütle denkleştirilmesi mümkün değildir. Hukuki koruma araçlarının ölçütleri bir bütün olarak ele alınır ve diğer bir araçla karşılaştırılır. Ancak bu ölçütlerden sadece birinde diğerinden iyi olması ama geri kalanlar bakımından eşit olması, o yolun, tercihi için yeterlidir, **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 143, 145. Türk hukukunda buradaki “açıkça” ibaresine yer verilmeden aynı görüş ileri sürülmektedir, **Arslan**, Dürüstlük Kuralı, s. 68; **Üstündağ**, Yargılama Hukuku, s. 278; **Bilge/Önen** s. 407; **Hanağası**, Menfaat, s. 269.

<sup>1030</sup> **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 138.

<sup>1031</sup> **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 202.

<sup>1032</sup> **Stein/Jonas/Roth** Vor § 253 Rn. 148.

*tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talepleri hariç olmak üzere, dava açılmadan önce Sosyal Güvenlik Kurumuna müracaat edilmesi zorunludur*”ifadesidir. Bu hüküm bakımından, yarışma teorisine ilişkin yorum yapılabileceği gibi hukuki yarardan da sonuca gidilebilir yahut bu şekilde öngörülen idari makama başvuru zorunluluğu ayrı bir dava şartı olarak kabul edilebilir. Ayrı dava şartı olarak kabul edilmesi halinde, mahkemenin yetkisinin kısıtlandığı söylenemez; aksine sadece mahkemenin karar verme yetkisinin geciktirilmiş olduğunu ifade etmektedir<sup>1033</sup>.

Hukuki koruma sağlanması yükümlülüğünü çok daha geniş kabul eden ve hukuki yarara ihtiyaç olmadığını ifade eden bir görüşe göre<sup>1034</sup>, kanun tarafından yollar arasında bir derecelendirme yapılmamışsa, tarafın, usul ekonomisine ters, daha masraflı yolu seçmesi de caizdir. Giderler bakımından ise, bu yola başvuran tarafın lehine, ancak daha ekonomik yolda ortaya çıkacak giderler kadar yargılama giderine hükmedilebilir. Aksi takdirde, mahkemelerin hukuki koruma yükümlülüğünün ihlali söz konusu olur.

## **5. Hukuki Yarar Kavramına Aşırı Yüklenme ve Sonuçları**

Türk hukukunda ve Alman hukukunda<sup>1035</sup> davanın usulden reddi bakımından hukuki yarar kavramına giderek artan bir anlam yüklenmeye başlanmıştır. Alman hukukunda bundan sonraki eğilimin, hukuki yararın uygulanma alanının yeniden dar kapsamlı, uygulanabilir bir çekirdek alana çekilmesine yönelik olması gerektiği belirtilmiştir<sup>1036</sup>.

---

<sup>1033</sup> Neumann s. 16.

<sup>1034</sup> Fasching/Konecny/Konecny Einl Rz. 181.

<sup>1035</sup> Stein/Jonas/Roth Vor § 253 Rn. 135.

<sup>1036</sup> Stein/Jonas/Roth Vor § 253 Rn. 135.

Türk hukukunda ise, Kuru'nun izinden gidilerek kabul edilen hukuki yarar anlayışı hala çok geniştir. Türk hukukundaki bir başka kabul de hukuki yararın, sadece dava şartı değil, aksine tüm usul işlemleri için bir şart olduğu yönündedir.

Yukarıda belirtildiği üzere, Türk öğretisindeki genel kabuller incelendiğinde aslında Schönke'nin 1950 yılında yayımladığı monografisindeki görüşlerin etkisi rahatlıkla görülecektir. Schönke'nin görüşünün temeline ve bazı münferit hallerdeki eksikliklerine birkaç yıl içinde Almanya'da ciddi eleştiri getirilirken, bu görüş Türk hukukunda hala etkinliğini sürdürmektedir. Teorik olarak bu görüşün de savunulması mümkündür; ancak Schönke'ye yöneltilen eleştirilerin cevaplanması kaydıyla.

Schönke'nin Türk hukukunda da kabul gören bir savı<sup>1037</sup>, hukuki yararın tüm usul işlemlerinde aranması gerektiği görüşüdür<sup>1038</sup>.

Hukuki yararın usul işlemlerinin şartı olduğu düşüncesine karşı çıkılabilir. Öncelikle mahkeme usul işlemlerinin de bu anlayış çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün değildir<sup>1039</sup>. Taraf usul işlemlerinin pek çoğu için de aynısı geçerlidir, örneğin doğrudan sonuç doğuran taraf usul işlemleri için bu denetimden bahsedilmesi zor görünmektedir<sup>1040</sup>. Zira örneğin tarafın feragati halinde, bu feragatte hukuki yarar yoktur denilerek, davaya devam edilmesi gündeme gelir, ki bunun kabulünün tasarruf ilkesine aykırılığı izahtan varestedir. Hukuki yararı, her bir taraf usul işlemine yaymak demek aslında, bu işlemlerin bünyesine, kendilerine yabancı ve onları derinden ihlal eden bir unsur eklemek anlamına gelir<sup>1041</sup>. Böyle bir yaklaşım, hukuki güvenliği zedeleyecektir, bilhassa, çerçeve niteliği gereği açıklama kabiliyetini haiz değildir<sup>1042</sup>.

<sup>1037</sup> HGK., E. 2020/39 K.2021/871 T. 29.06.2021.

<sup>1038</sup> Schönke s. 13.

<sup>1039</sup> Pohle, Rechtsschutzbedürfnis, s. 230.

<sup>1040</sup> Pohle, Rechtsschutzbedürfnis, s. 230.

<sup>1041</sup> Allorio s. 339.

<sup>1042</sup> Stein/Jonas/Roth Vor § 253 Rn. 135; ayrıca krş. Allorio s. 340.

Usul işlemini düzenleyen hukuk kuralı, o usul işleminin taraflarca belirli sonuçlar doğuracak şekilde yapılabilmesi için gerekli şartları ortaya koymuştur<sup>1043</sup>. Kanun tarafından bir usul işlemini yapmaya yetkili görünen tarafın, o işlemin amaçladığı korumaya gereksinimi olduğu değerlendirmesi zaten kanun koyucu tarafından kanun hazırlık aşamasında *a priori* olarak yapılmıştır<sup>1044</sup>. Türk hukukunda anılan yazarlar<sup>1045</sup> görüşlerini desteklemek için fer'i müdahaledeki, delil tespitiindeki, kanun yoluna başvuruındaki düzenlemelerde yer alan hukuki yarar şartına dikkat çekmektedirler. Aslında bu dikkat çekiş de sorunun kendisini ortaya koymaktadır. Madem kanun koyucu her talep için hukuki yararı arıyorsa, bu düzenlemelerde ayrıca hukuki yarardan bahsetmesi çelişki oluşturmaz mıdır? Soruya olumlu cevap vermek gerekir. Türk hukukunda kanunda açıkça düzenlenen tespit davaları için ayrıca hukuki yarar aramaya gerek olmadığı ifade edilmektedir<sup>1046</sup>. İşte burada da bir uyumsuzluk ortaya çıkmaktadır; zira açıkça düzenlenen tespit davalarında hukuki yarar özel olarak aranmazken, yine kanunda açıkça düzenlenen usul işlemleri için ek bir unsur olarak hukuki yarar aranması makul değildir.

Hukuki yararın geniş şekilde anlaşılması, uyumsuzluğun esasına ilişkin zor sorunlara dair yargılama yapılması ve karar verilmesinden kaçmak için usuli bir araç olarak kullanılmasına yol açabilmektedir<sup>1047</sup>. Yine hukuki yarar bazı hallerde, bir davada maddi hukuk kapsamında değerlendirilecek özelliklerin veya esastaki eksikliklerin kabul edilebilirlik aşamasına kaydırılmasına gerekçe olmaktadır<sup>1048</sup>.

---

<sup>1043</sup> **Allorio** s. 339-340.

<sup>1044</sup> **Allorio** s. 340.

<sup>1045</sup> Bkz. yukarıda İkinci Bölüm V K 2.

<sup>1046</sup> **Hanağası**, Menfaat, s. 314-315.

<sup>1047</sup> **Stein/Jonas/Roth** Vor § 253 Rn. 139; **Schumann**, Kein Bedürfnis, s. 441; benzer yönde **Fasching/Konecny/Konecny** Einl. Rz. 179.

<sup>1048</sup> **Stein/Jonas/Roth** Vor § 253 Rn. 140; **Schumann**, Kein Bedürfnis, s. 441; benzer yönde **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 213.

Örnek olarak, delil sunulmadan açılan veya imkânsız yahut ahlaka aykırı bir edimin ifasının istendiği dava verilebilir<sup>1049</sup>. Dikkat edilirse, imkânsız veya ahlaka aykırı edimin talep edildiği hallerde maddi hukuk zaten kendisi, ilgili düzenlemeleriyle gerekli önlemleri almıştır, ayrıca bir usuli engel konulmasına gerek yoktur<sup>1050</sup>. Ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi için verilen bir şeyin istenmesi halinde davanın hukuki yarardan reddedilmeyeceği, Türk Borçlar Kanunu’nun 81. maddesinde açıkça düzenlenmiştir: “*Hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemez. Ancak, açılan davada hâkim, bu şeyin Devlete mal edilmesine karar verebilir*”. Görüldüğü üzere kanun, açıkça davanın hukuki yarardan reddedilmeyeceğini ve esastan karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Benzer şekilde maddi hukukça tanınmayan bir hukuki sonuca yönelmiş eda davasının reddi de hukuki yarar sebebiyle usulden değil, esastan bir ret kararıdır<sup>1051</sup>. Davanın açıkça dayanaktan yoksun olması halinde de, davanın esastan incelenmesi gerekir; zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun adli yardıma ilişkin 334. maddesinin birinci fıkrasında da “....taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması kaydıyla adli yardımdan yararlanabilirler” ifadesiyle kanun, açıkça dayanaktan yoksunluk halinde sadece adli yardımdan yararlanılmasının mümkün olmadığını ama davanın esastan görüleceğine işaret etmiştir<sup>1052</sup>.

Hukuki yararın geniş kapsamlı uygulanması sonucunda ortaya çıkması muhtemel tehlikelerden biri, hukuki yararın var olan kanuni düzenlemeleri yutması ve

<sup>1049</sup> **Stein/Jonas/Roth** Vor § 253 Rn. 140; **Schumann**, Kein Bedürfnis, s. 441.

<sup>1050</sup> **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 213; **Wieser** de, bu iki durumda esastan karar verileceğini belirtmiştir, **Wieser**, Rechtsschutzinteresse, s. 20-21. Türk hukukunda da hukuki ve meşru bir yarar ifadelerinin kullanılmasının, haklılık aşamasında incelenmesi gereken sorunları kabul edilebilirlik aşamasında inceleme zorunluluğu yaratacağına işaret edilmiştir, **Hanağası**, Menfaat, s. 150 vd.

<sup>1051</sup> **Lüke, G.** s. 21.

<sup>1052</sup> Avusturya hukukunda adli yardıma ilişkin ifadeden bu çıkarımı yapan **Fasching/Konecny/Konecny** Einl Rz. 182.



onların uygulanmasının önüne geçmesidir<sup>1053</sup>. Kabul edilebilirlik engellerinin hepsinin hukuki yarar içerisinde eritildiği bir sistemin kurgulanması da teorik olarak mümkündür; ancak böyle bu durum usul hukukunda geline nokta düşünüldüğünde bir geri adım teşkil eder<sup>1054</sup>. Ayrıca dava şartlarının münferiden ve keskin sınırlarla belirli şekilde düzenlenmesi, günümüz hukuk devleti anlayışının da gereği olarak yargılamanın öngörülebilirliğini ve hesap verilebilirliğini sağlar<sup>1055</sup>.

Hukuki yararın genişletilmesinin sonucu şu şekilde ortaya çıkabilir<sup>1056</sup>: Bu yargı yolunda dava açmakta hukuki yarar yoktur, bu görevli mahkemede dava açmakta hukuki yarar yoktur. Halbuki bu kurumlar ayrıca düzenlenmiştir<sup>1057</sup>. Herhangi bir gereklilik olmamasına rağmen yine de çifte sebebe dayanmak istenmesi halinde özel olarak eksik olan şart yanında hukuki yararın da incelenmesi, mahkemenin gereksiz bir işle uğraşması anlamına gelecektir<sup>1058</sup>. Hukuki yararın, maddi anlamda kesin hüküm ve derdestliği yutmasını engellemek amacıyla, dava şartlarının incelenme sırasında, hukuki yararın bu iki şarttan sonra inceleneceğini ifadesi de yine bu düzlemde değerlendirilebilir<sup>1059</sup>.

---

<sup>1053</sup> **Stein/Jonas/Roth** Vor § 253 Rn. 135; **Grunsky**, Grundlagen, § 39 I 1, s. 391. Aynı tehlikeye **Wieser** de işaret etmiştir. Ama yazar, davanın başarı şartlarının (Erfolgsvoraussetzungen) belirli bir sırayla ve farklı kurallara göre incelenmesi gerektiğinden yola çıkmaktadır. Ona göre hukuki yarardan farklı bir sırada ve farklı bir incelemeye tabi tutulması gereken bir başarı şartına dayanılarak ret kararı verilmesi gerekirken, yanlış sıraya göre ve yanlış ilkelere göre karar vermiş olur. **Wieser**, Rechtsschutzinteresse, s. 20. Fransız hukukundan, Türk hukukuna aktarım yapan ve dava şartlarını dava hakkının unsurları altında ele alan görüşün de (Bkz. Yukarıda Birinci Bölüm III A) hukuki yarara yeknesak bir anlam veremediği ve örneğin, hakkın bulunması ve dava açana aidiyetini hukuki yararın özel görünümü olarak sunduğuna da dikkat edilmelidir. Görüldüğü üzere hukuki yarar, diğer kurumları içinde eritmeye çok yatkın bir kurumdur.

<sup>1054</sup> **Stein/Jonas/Roth** Vor § 253 Rn. 143; **Schumann**, Kein Bedürfnis, s. 444.

<sup>1055</sup> **Stein/Jonas/Roth** Vor § 253 Rn. 143; **Schumann**, Kein Bedürfnis, s. 444.

<sup>1056</sup> **Pohle**, Rangordnung, s. 173-174.

<sup>1057</sup> Krş. **Pohle**, Rangordnung, s. 174; **Schumann**, Kein Bedürfnis, s. 443.

<sup>1058</sup> **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 208.

<sup>1059</sup> **Hanağası**, Menfaat, s. 299; **Roth**, **Hanağası**'nın bu ifadesine benzer ifadeler için, tüm dava şartlarının, hukuki yarar altında toplanması tehlikesinin en açık ifade edilışıdır, değerlendirmesini yapmaktadır, **Stein/Jonas/Roth** Vor § 253 Rn. 143.

Türk hukukunda bunun bir örneği, ayrı bir dava şartı olarak dava takip yetkisinin<sup>1060</sup> 114. maddede düzenlenmesine rağmen kişiselliğin, “*kişisel ve doğrudan*” ifadesi gereği hukuki yararlar da kurulmasında karşımıza çıkar<sup>1061</sup>. Bu durumda şaşılacak bir şey yoktur; çünkü Schönke de aynı şekilde hak sahibi dışında birinin, o hakkı ileri sürmesi için, yararının olması gerektiğini kabul etmektedir<sup>1062</sup>. Yazarın başlık altında verdiği örnekler ise dava takip yetkisine ilişkindir. Hukukumuzdaki ifadenin kaynağı bu şekilde belirlendikten sonra konu incelenebilir.

Dava takip yetkisi ve hukuki yarar ilişkisine dair üç düşünce tarzı ileri sürülebilir<sup>1063</sup>: İlkine göre, dava takip yetkisi hukuki yararın bir unsurunu oluşturmaktadır. İkincisi tam tersi şekilde hukuki yararın dava takip yetkisinin bir unsuru olduğu belirtmektedir. Üçüncüsü ise, iki kurumun da birbirinden tamamen ayrı olduğunu kabul etmektedir. Bu görüşlerin detaylı bir şekilde incelenmesi, bu tezin kapsamını aşacağı gibi gerekli de değildir. Hatta bu çalışmada hukuki yarar başlığının gereğinden fazla uzun olduğunu da kabul etmek gerekir. Bunun nedeni ise, bu çalışmada Türk hukukundaki genel kabullere karşı çıkılmasıdır. Üçüncü görüşe getirilecek eleştiri, pratik olarak hiçbir zaman hukuki yarar ve dava takip yetkisi ilişkisinin reddedilemeyeceğidir<sup>1064</sup>. Dolayısıyla diğer iki görüş arasında bir seçim yapılması gerekmektedir.

İsviçre hukukunda da kişiselliğin hukuki yararlar kurulduğu ileri sürülebilirse de, İsviçre Federal Usul Kanunu’nda ne dava şartlarına ilişkin 59. maddede ne de

<sup>1060</sup> Bkz. Yukarıda İkinci Bölüm IV H

<sup>1061</sup> **Tanrıver**, Medeni Usul Cilt I, s. 530; **Hanağası**, Menfaat, s. 345; HGK., E. 2020/39 K. 2021/871 T. 29.06.2021. Hatta hukuki yararın geniş olarak anlaşılması sonucu olarak zaman zaman sıfat kavramını da yutma tehlikesi ortaya çıkmaktadır. Bkz. **Yılmaz**, Şerh Cilt II, s. 1755.

<sup>1062</sup> **Schönke** s. 38 vd.

<sup>1063</sup> Bkz. **Wieser**, Rechtsschutzinteresse, s. 196 vd.

<sup>1064</sup> **Wieser**, Rechtsschutzinteresse, s. 200.

başka bir yerde dava takip yetkisine ilişkin bir düzenleme olduğuna dikkat edilmelidir. Bu yüzden dava takip yetkisine ilişkin inceleme gerek sZPO’da gerek BGG’de hukuki yarar kavramı altında yapılmaktadır<sup>1065</sup>. Dava takip yetkisinin eksikliği söz konusuysa, usulden ret kararı için iki sebep ortaya çıkmaktadır<sup>1066</sup>: Dava takip yetkisi eksikliği ve hukuki yarar eksikliği. Hukuki yararın açıkça sZPO’da düzenlenmemiş olması ve dava takip yetkisinin, çerçeve norm olan hukuki yarara yerleştirilmesinin mümkün olması sebebiyle dava takip yetkisinin ayrı bir dava şartı olarak görülmesine gerek olmadığı dahi ifade edilmiştir<sup>1067</sup>. Ancak hemen belirtmek gerekir ki bu görüş kabul edilmemiştir ve İsviçre’de de dava takip yetkisi, yazılmamış ayrı bir dava şartı olarak kabul edilmektedir<sup>1068</sup>.

Yukarıda belirtildiği üzere, doğru tarafın belirlenmesinde kullanılan dava takip yetkisidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda ayrıca düzenlenen dava takip yetkisiyle hukukumuz bakımından bu hallerde hukuki yarara gitmeye gerek olmayıp dava takip yetkisiyle sorunlar çözülebilir. Ancak bu da hukuki yararın dava takip yetkisinin temelinde hiçbir etkisi olmadığı anlamına gelmez; sadece tek başına hukuki yararlar dava takip yetkisinin tanımlanamayacağı ifade edilmek istenmektedir<sup>1069</sup>.

Burada tespit davaları için ayrı bir açıklama yapılması gerekir. Zira hem hukuki yarar hem dava takip yetkisi kavramlarının doğru geliştiği Alman hukukunda, doğru tarafın belirlenmesinde eda davaları bakımından dava takip yetkisine başvurulduğu;

---

<sup>1065</sup> **Lötscher, C.:** Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess, Basel 2016, Rn. 182. Benzer yönde **Zingg**, BK-ZPO, Art. 59 N 61. Zira yazarın kişisellikle ilgili verdiği örnekler dava takip yetkisine ilişkindir.

<sup>1066</sup> **Lötscher**, Rn. 182.

<sup>1067</sup> **Kopp J.:** Die Prozessführungsbefugnis, Zürich 1957, s. 7.

<sup>1068</sup> **Stahelin/Stahelin/Grolimund** § 13 Rz. 27.

<sup>1069</sup> **Henckel**, Parteilehre, s. 39.

ancak tespit davalarında hukuki yarar kavramının kullanıldığı belirtilmektedir<sup>1070</sup>. Hukuki yarar kavramını mümkün mertebe dar anlamaya çalışan öğretinin, burada dava takip yetkisi yerine hukuki yarar kurumuna başvurusu ilk başta yadırganabilir. Bu kabulün sebebi tespit davasının sağladığı hukuki koruma şeklidir<sup>1071</sup>. Tespit davasının amacı, eda davasına göre daha daren, konusu daha kapsamlıdır; çünkü eda davasının konusunu ancak maddi hukuk talebi oluşturabilirken, tespit davasının konusunu hem her türlü hukuki ilişki hem diğer haklar da oluşturabilir (örneğin, yenilik doğuran haklar)<sup>1072</sup>. İşte eda davasında dava takip yetkisiyle belirlenen doğru tarafın, kendisine yabancı talebin yerine getirilmesiyle, dolaylı olarak kendi malvarlığının olumlu etkilenmesi ihtimali için bile olsa korunmaya değer bir yararı vardır<sup>1073</sup>. Dava takip yetkisinin burada oynadığı rol, tarafın, kendi yararına ve kendi adına kendisine kısmen veya tamamen yabancı bir hakkın korunmasını sağlamasıdır<sup>1074</sup>. Oysa tespit davası, zorunlu olarak, dava konusu hukuki ilişkinin korunmasını amaçlamaz<sup>1075</sup>. Üçüncü kişi, kendisine yabancı bir hakkın tespit edilmesini, sırf kendi haklarını korumayı isteyerek sağlayabilir<sup>1076</sup>. Bir başka deyişle, hukuki korumanın konusu oluşturan hakla tespit edilmesi gereken hakkın aynı olmasına gerek yoktur<sup>1077</sup>.

Görüldüğü üzere, hukuki yararın kişisellik sağlaması ancak tespit davalarında söz edilebilmesi mümkün bir durumdur. Onun dışındaki hallerde, kişisellik için hukuki yarara başvurmaya gerek yoktur. Hukuki yararın pek çok usul kurumu gibi dava takip

---

<sup>1070</sup> **Stein/Jonas/Roth** § 256 Rn. 34. Bu yöndeki kabulün, tespit davasının konusunun, tanıma veya tespit talebinden farklı olarak belirlenmesinden sonrası için geçerli olduğu belirtilmelidir, **Henckel**, *Parteilehre*, s. 86.

<sup>1071</sup> **Henckel**, *Parteilehre*, s. 87; **Stein/Jonas/Roth** § 256 Rn. 34.

<sup>1072</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 91 Rn. 5.

<sup>1073</sup> **Henckel**, *Parteilehre*, s. 88.

<sup>1074</sup> Krş. **Stein/Jonas/Roth** § 256 Rn. 34 ve **Henckel**, *Parteilehre*, s. 88.

<sup>1075</sup> **Henckel**, *Parteilehre*, s. 88.

<sup>1076</sup> **Henckel**, *Parteilehre*, s. 88; krş. **Stein/Jonas/Roth** § 256 Rn. 34.

<sup>1077</sup> **Henckel**, *Parteilehre*, s. 88.

yetkisine de içkin olduğunu göstermesi bakımından Yargıtay'ın 1956 tarihli bir içtihadı birleştirme kararı örnek verilebilir<sup>1078</sup>: Komşu araziye karşı zorunlu geçit hakkını tescil ettirmek isteyen malikin, komşu taşınmazın tapuda kayıtlı olmaması sebebiyle önce komşu taşınmazı tescil için dava açması için dava takip yetkisi olduğuna karar verilmiştir.

Hukuki yarar ve dava takip yetkisi arasındaki bu ilişki sebebiyle, topluluk davaları, hem hukuki yararın hem de dava takip yetkisinin incelendiği iki ayrı tezde de<sup>1079</sup> ele alınmaktadır.

Türk hukukunda hakim görüşe göre, kabul edilebilir bir dava için sadece ideal veya ekonomik bir yararın varlığı yeterli olmayıp yararın hukuki olması gerekir<sup>1080</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun dava şartlarına ilişkin düzenlemesinin kaynağı olan sZPO'nun gerekçesinde ise, belirsizliği nedeniyle bilinçli olarak hukuki yarar yerine "korunmaya değer yarar" ifadesinin kullanıldığı belirtilmiştir. Türk hukukunun burada hukuki yarar kavramında ısrar etmesinin nedeni ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun gerekçesinde açıklanmamıştır. Alman hukukunda da salt ekonomik, bilimsel veya ideal amaçların hukuki yarara temel olamayacağı ifade edilirken<sup>1081</sup>, bunun yanında sırf ekonomik amacın dahi tespit davasında belirtilen hukuki yarar şartını sağlayabileceğini savunan yazarlar da vardır<sup>1082</sup>. Burada yararın ne zaman ekonomik olduğu, ne zaman hukuki olduğunu belirlemek için net ölçütler verilememektedir<sup>1083</sup>. Zorluğun, bariz olarak ortaya çıktığı yerler, davacının

<sup>1078</sup> Hanağası, Menfaat, s. 188-189.

<sup>1079</sup> Bkz. Hanağası, Menfaat, s. 192 vd.; Dişel s. 347 vd.

<sup>1080</sup> Kuru/Aydın, Cilt I, s. 389; Hanağası, Menfaat, s. 136-137; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Medeni Usul, s. 338; Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 947; Tanrıver, Derdestlik, s. 24.

<sup>1081</sup> Musielak/Voit/Foerste, ZPO § 256 Rn. 8; Stein/Jonas/Roth § 256 Rn. 50.

<sup>1082</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 91 Rn 19. "... – selbst nur wirtschaftliche – ... "

<sup>1083</sup> Krş. Grunsky, Grundlagen, § 39 IV 2, s. 401.

malvarlığı üzerindeki tasarruf imkanının zedelenmesi sebebiyle hukuki yarar tanındığı hallerdir<sup>1084</sup>. Örneğin davacının, haksız bir talebi yerine getirmek zorunda kalabilme olasılığı sebebiyle bunu karşılayacak finansal araçları hazırda tutma zorunluluğu halinde hukuki yarar kabul edilmektedir<sup>1085</sup>. Roth, bu durumlarda aslında hukuki yarardan bahsedilmesi gerektiğini, oysa yanlış olarak ekonomik yarardan bahsedildiğini ifade etmektedir<sup>1086</sup>. Söylenenlerden çıkan tek şey ise, sınırı belirlemenin zorluğudur. Belirleme yapılırken, kesin ölçütlerden ziyade, daha çok pratik ihtiyaçların ön planda olduğu, daha “hissi, duygusal” değerlendirmelere göre karar verildiği görülmektedir<sup>1087</sup>. Ayrıca yararın hukukiliğiyle, tespit davasında kişiselliğin sağlanmasının ilişkisine dikkat çekilmektedir<sup>1088</sup>.

Görüldüğü üzere hukuki yararın diğer kavramları içinde eritmesi ve hukuki korumayı kısıtlaması salt teorik bir ihtimal olarak ele alınamaz. Aslında Türk hukukunda da hukuki yarar, hukuki korumayı kısıtlamak için kullanılmaya başlamıştır. Yargıtay’ın ilama bağlanmış alacak için ilamsız icra takibi yapılmasının hukuki yarar sebebiyle mümkün olmadığını belirten kararı bu konuda örnek olarak zikredilebilir<sup>1089</sup>. Birden çok hukuki çarenin öngörülmüş olması halinde birinin diğerini dışlayıp dışlamadığı, aşağıda belirtileceği üzere, yorum sorunudur. Yorumun başlangıç noktası hükmün lafzıdır.

Öğretide<sup>1090</sup>, Türk hukukunda elinde ilam veya ilam niteliğinde belge olan kişinin ilamsız takip yapabileceği şeklinde bir seçim hakkından bahsedilmediği ifade

<sup>1084</sup> Krş. **Stein/Jonas/Roth** § 256 Rn. 50.

<sup>1085</sup> Bkz. **Stein/Jonas/Roth** § 256 Rn. 50.

<sup>1086</sup> **Stein/Jonas/Roth** § 256 Rn. 50.

<sup>1087</sup> Bkz. **Grunsky**, Grundlagen, § 39 IV 2, s. 401.

<sup>1088</sup> **Grunsky**, Grundlagen, § 39 IV 2, s. 401.

<sup>1089</sup> HGK., E. 2017/2 K. 2017/3 T. 26.05.2017.

<sup>1090</sup> **Aslan, K./Akyol Aslan, L.**: “İlama Bağlı Para Alacağı İçin İlamsız İcra Takibi Yapılması, Dürüstlük Kuralına Ve Hayatın Olağan Akışına Aykırı Mıdır?”, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, C. 1, Ankara 2015, s. 195-251, s. 199.

edilmiştir. Bunun nedeninin alacaklının ilamlı icra yoluna başvurmasının doğal kabul edilmesi olduğu ileri sürülmüştür. Aynı yönde de bir içtihadı birleştirme kararı çıkmıştır.

İİK'daki ilamlı icraya ilişkin düzenlemelerin, ilamsız icrayı dışladığının ileri sürülmesi, zamanında bu düzenlemelerin yapılma amacıyla zıtlık gösterir. Zira bu hükümlerin konulma amacı *“1424 numaralı mülga icra ve iflâs kanununda ilâm ve ilâm mahiyetinde bulunan vesikaların icrası hakkında 30 uncu maddeden başka bir hüküm mevcut olmamasına mebni ilâm veya ilâm mahiyetinde bulunan vesikaların icrası usulü ilâmsız takibe mütedair hükümlere tâbi tutulmasından naşi ilâm ve ilâm mahiyetinde bulunan vesikaların hüküm ve kuvveti talil olunmakta idi”, “2004 numaralı icra ve iflâs kanununda ikinci bab unvanı altında ilâm ve ilâm mahiyetinde bulunan vesikaların icrası hakkında üç fasıldan mürekkep ayrı hükümler konularak ilâm ve ilâm mahiyetinde bulunan vesikaların icrasile ilâmsız takip usulleri yekdiğerinden ayrılmıştır” ifadeleriyle açıklanabilir<sup>1091</sup>.*

İİK'nın ilamlı icraya ilişkin getirdiği hükümlerin, elinde ilam veya ilam niteliğinde belge bulunan kişinin, ilamsız icraya başvurmasına engel olacağına dair herhangi bir teorik engel yaratmadığı ortaya konulduktan sonra inkar tazminatı çekincesine gelinebilir. Açıkçası bu halde, İİK'nın metni gerekli esnekliği sağlamaktadır. 68. maddenin son fıkrasındaki *“Borçlu, menfi tespit ve istirdat davası açarsa, yahut alacaklı genel mahkemede dava açarsa, hükmolunan tazminatın tahsili dava sonuna kadar tehir olunur ve dava lehine sonuçlanan taraf için, daha önce*

---

<sup>1091</sup> **Yusuf Kemaleddin**, “1424 numaralı mülga icra ve iflas kanunile 2004 numaralı icra ve iflas kanunu arasında Bir Mukayese ve Tatbikatta görülen ihtiyaca göre tadil edilen ve yeni konan hükümler”, Adliye Ceridesi, S. 128, 1933, s. 49-60, s. 50.

*hükmedilmiş olan tazminat kalkar”* ifadesini, aleyhine kanun yoluna başvurulmuş karar olarak da yorumlamak mümkündür.

## 6. Yargılamadaki Sonuçları

Hukuki yararın, hukuk politikasındaki temellerinin ortaya konulmasından sonra, bu temellerden hukuki yararın, usuli değerlendirilmesine ilişkin hangi sonuçların çıkartılabileceği tartışılabilir. Dava şartı olarak düzenlenmesinin eksikliği halinde, kural olarak, usulden ret kararı verilebileceği söylenebilir. Ama bu, diğer dava şartlarındaki gibi bir kolaylık sağlamaz. Hukuki yararın anlamı, yargılamanın amacıyla kıyaslandığında devletin hukuki korumasını gerektirmeyen uyuşmazlıkların, esastan inceleme aşamasına geçilmesini engelleyerek amaca aykırı davaların önlemesidir<sup>1092</sup>. Sadece bu gerekçe bile, aslında ne kadar belirsiz bir kavramla uğraşıldığını tekrar ortaya koymaktadır. Hukuki yararı, dava şartı kategorisine sokmak için aslında çok katmanlı bir gerekçelendirme yapıldığı kabul edilmelidir. Bu tip bir gerekçelendirme yapıldığı zaman, bu katmanların her birindeki değerlendirme kuşkusuz sonucu etkileyecektir. O halde, hukuki yarara dava şartı niteliğini veren usul ekonomisinin, gerektiğinde bu vasıflandırmayı hukuki yarardan alması olasılığı üzerinde durulabilir.

Hukuki yarar, temelde mahkemelerin aşırı yüklenmesini önlemek için kullanılan bir araçtır. Davanın haklı veya haksız olduğu ek bir değerlendirmeyi gerektirmemesine rağmen, hukuki yararın varlığı ortaya konulmamışsa ne olacaktır? Bu durumda davaya hukuki yararın varlığı sorusuna cevap bulmak için devam edilmesi, usul ekonomisiyle bağdaşmaz görünmektedir<sup>1093</sup>. Yukarıda yapılan

<sup>1092</sup> Bkz. Yukarıda İkinci Bölüm V K 2.

<sup>1093</sup> **Pohle**, Rechtsschutbedürfnis, s. 206; **Martin** s. 116; **Neumann** s. 62; **von Mettenheim** s. 41-42.



değerlendirmede dava şartı kavramına yerleştirmek için son noktada usul ekonomisinden yararlanılmıştı. Usul ekonomisine aykırılık varsa artık hukuki yarar dava şartı olamaz. Kendisine kaynaklık eden bir ilkeyle bağdaşmazlık göstermesi durumunda hukuki yararın öncelikli incelenmesinde ısrar edilmesi, kurumun amacından saptırılması demektir<sup>1094</sup>. Aksinin kabulü halinde, hukuki yararın o an eksikliğine dayanılarak verilen karar akabinde davacının, bu kez esastan reddedilmesi gereken ikinci bir dava açması durumu gündeme gelebilir<sup>1095</sup>. Bu nedenle, öğretide baskın görüş, hukuki yararı mutlak olarak esasa önceliği olmayan, göreceli bir dava şartı olarak kabul etmektedir<sup>1096</sup>. Bir başka deyişle hukuki yararın esas hakkında karar verilmesini önlemesi için, onun hakkında karar verilecek olgunluğa ulaşılmış ve ancak esas hakkında karar verilecek olgunluğa henüz ulaşılammış olması gerekir<sup>1097</sup>. Buna göre hukuki yararın varlığı belirsiz olmasına rağmen, davanın haksızlığı önceden tespit edilmişse, davanın esastan reddi mümkündür<sup>1098</sup>. Dolayısıyla, bir görüşün ifade ettiği gibi hukuki yararı davanın esasıyla birlikte incelemek zorunlu değildir ve yine hukuki yararın göreceli bir dava şartı olması nedeniyle öncelikli incelemenin olumsuz olabilecek yanlarının törpülendiği kabul edilebilir<sup>1099</sup>. Aksinin kabulü ise, tarafların, diğer dava şartlarından farklı olarak, hiçbir şekilde usulüne uygun bir yargılama

---

<sup>1094</sup> Krş. **Martin** s. 116; **Olroth** s. 713.

<sup>1095</sup> **Olroth** s. 713.

<sup>1096</sup> **Henckel**, Parteilehre, s. 193; **Lindacher** s. 137; **Lücke**, ZivilProzR I § 11 Rn. 8; **Grunsky**, Grundlagen, § 39 I 2, s. 391-392. **Martin** s. 116; **Olroth** s. 712; **Pohle**, Rangordnung, s. 173; **von Mettenheim** s. 42; **Sauer** s. 97, **Stein/Jonas/Roth** Vor § 253 Rn. 162; **Jauernig**, Prozessvoraussetzungen, s. 307; **Jauernig/Hess** § 35 Rn. 2; **Wieser**, Zulässigkeit, s. 311; Şartların oluşması halinde davalının hukuki yararı, davacının hukuki yararı yerine ikame edilebilir. Bunun kanuni örneği davanın geri alınmasıdır. Davayı geri alma talebini mahkemeye ileten davacı, hükme dair bir yararı olmadığını açıklamış olsa da, davalı, davanın geri alınmasına rızası olduğunu bildirmezse, dava devam edip esastan karara bağlanmak zorundadır, **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 206; **Hau**, Zulässigkeit und Begründetheit, s. 38-39, yazar bu ifadeyi dava edilebilirlik ve hukuki yarar için kullanıyor. Aynı zamanda bu şartları hukuki koruma şartları olarak değerlendiriyor. Ama dava takip yetkisi için öncelikli incelemeye bir istisna tanınmayacağını da ekliyor.

<sup>1097</sup> **Pohle**, Rangordnung, s. 173.

<sup>1098</sup> **Martin** s. 116; **von Mettenheim** s. 40; **Stein/Jonas/Roth** Vor § 253 Rn. 162; **Neumann** s. 62-63.

<sup>1099</sup> **Neumann** s. 62

süreciyle ilgilenmek gibi bir görevi olmaması sebebiyle, hükmün doğruluğunu etkilemesi mümkün olmayan bir dava şartı eksikliğinin daha kapsamlı ve uyumsuzluğu nihai olarak sona erdirecek olan “hükümden” mahrum bırakılmasına sebep olur<sup>1100</sup>. Roth<sup>1101</sup>, bu durumun nedeni olarak hukuki yararın maddi hukukla yakın ilişkisini göstermektedir. Maddi hukuk sebebiyle davanın kabul edilmeyeceği anlaşıldıysa, bir de bunun üzerine hukuki yarar eksikliğinin araştırılmasına gerek yoktur. Bu durumun istisnai niteliği haiz olduğu ve neredeyse hiçbir zaman davanın haksızlığı açıkça ortadayken, hukuki yararın varlığının şüpheli olamayacağı belirtilmelidir<sup>1102</sup>. Wieser, daha da ileri giderek, davanın esasına ilişkin sorunların mı yoksa hukuki yararın varlığının mı daha kolay tespit edilebileceği kararının mahkemeye bırakılması gerektiği düşüncesindedir. Yazar, hukuki yarardan mı esastan mı karar verilmesi gerektiği sorusunu bu sonuca bağlı kılmak istemektedir<sup>1103</sup>. Ancak bu yönde bir inceleme sırasının benimsenmesi, hukuki yararın bir noktada esasa kaymasına sebebiyet verebileceği gibi, değerlendirilmesi gittikçe daha fazla argümanın içine dahil edildiği bir hale dönüşecek, bu kez, incelemek için yapılacak değerlendirmelerin usul ekonomisine aykırılığa yol açması tehlikesi doğabilecektir. Davanın haksızlığı tespit edilmediği müddetçe, hukuki yarar, mutlak öncelikli incelenmeye tabidir<sup>1104</sup>.

Bir başka görüş<sup>1105</sup>, sadece esastan ret olgunluğuna ulaşan davalar için değil, kolaylıkla başka hiçbir şeye ihtiyaç duymadan kabul edilebilecek davalarda da hukuki yarar sorusu cevaplanmadan karar verilebileceğini ileri sürmektedir. Yazar’a göre, hukuki yararlar takip edilen amaç bu çözümü gerektirmektedir. Zira hukuki yarar,

---

<sup>1100</sup> Pohle, Rangordnung, s. 173.

<sup>1101</sup> Stein/Jonas/Roth Vor § 253 Rn. 162.

<sup>1102</sup> Martin s. 117

<sup>1103</sup> Wieser, Rechtsschutzinteresse, s. 213.

<sup>1104</sup> Martin s. 118.

<sup>1105</sup> Grunsky, Grundlagen, § 39 I 2 s. 393.

davalının değil, mahkemelerin korunmasına yöneliktir. Bu yüzden davalının hukuki yarar eksikliğinden kendi lehine hak çıkarması mümkün değildir.

Benzer şekilde Wieser de, tespit edilmesi gereken hukuki durumun incelenmesi tamamlanmışsa, hukuki yararın varlığını aramanın artık gerekli olmadığını savunmaktadır<sup>1106</sup>. Teorik açıdan cezbedici gözükse de bu yaklaşım hukuki yarara verilen anlamı sarsabilir. Görünüşte davalarda, o davayla ulaşılabilir amaç istenmemektedir<sup>1107</sup>. Oysa, maddi hukuka dayanan bir hak olmaksızın açılan görünüşte davalar için hukuki yararın bir savunma aracı olabileceği ifade edilmiştir<sup>1108</sup>. Örneğin, her iki tarafın anlaşarak, olmayan bir borca batıklık durumu varmış gibi göstermek için, yalnızca görünüşte bir dava yürütmesi<sup>1109</sup>. Bu tür davaların maddi hukuk bakımından dayanağı olmadan açılan davalarla bir tutulması mümkün değildir (tabii ki davalının davranışlarıyla bu davalardaki maddi hukuk eksikliği giderilebilir)<sup>1110</sup>. Burada ek olarak taraflar, aralarındaki ilişkide hükmün etkisini istememekle beraber, hükmün etkilerinin görünüşünden faydalanmak istemektedir<sup>1111</sup>. Eğer haklılığın tespit edilmesi halinde hukuki yararın incelenmeyeceği kabul edilirse, bu gibi durumlarda hakim, makul bir şüphe duysa dahi bu konuyu yargılamada gündeme getiremeyecektir artık. Bu yöndeki görüşün temel amacının, belirsiz hukuki

<sup>1106</sup> **Wieser**, Rechtsschutzinteresse s. 211.

<sup>1107</sup> **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 201; **Wieser**, Rechtsschutzbedürnis, s. 48; Burada vurgulanması gereken bir nokta, davacının, içsel olarak talep ettiği hükmü istememesi yolundaki zihni kayıdır. Medeni hukukta zihni kayıt, ancak karşı tarafın bunu bilmesi halinde sonuç doğurabilir. Dava, mahkemeye yöneltilmiş olduğu için, zihni kayıt ancak mahkemenin bunu bilmesi halinde söz konusu olur. Mahkemenin bunu bilmesi de, tek başına davanın kabul edilebilirliğini ortadan kaldırmaz. Zira bu kabul edilseydi, davacı bu yönde bir açıklamasıyla esastan bir kararın önüne geçebilecektir. Yani adeta dava tek taraflı bir beyanla geri alınmış olacaktır. İşte bunu engellemek için, davacının zihni kaydı açıklaması tek başına yeterli olmayıp davalının da rızası aranması gerekir; aksi takdirde zihni kayda ilişkin açıklama dikkate alınmaz. Her iki tarafın anlaşarak, görünüşte bir dava yürüttüğü durumda ise, böyle bir rızayı aramaya gerek yoktur, **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 41.

<sup>1108</sup> **Arslan**, Dürüstlük Kuralı, s. 67; **Hanağası**, Menfaat, s. 34.

<sup>1109</sup> **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 201; **Wieser**, Rechtsschutzbedürnis, s. 48.

<sup>1110</sup> **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 201.

<sup>1111</sup> **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 201; **Wieser**, Rechtsschutzbedürnis, s. 48.

yarar kavramını mümkün olduğunca kısıtlamak olduğu düşünülmektedir; ancak bu kısıtlama yapılırken, kavramın az da olsa bazı faydalarından mahrumiyet yaratılmamalıdır.

Tıpkı diğer dava şartları gibi hukuki yararın da aranacağı zaman dilimi, sözlü yargılamanın sonudur<sup>1112</sup>.

Dava şartlarında da ispat yükü kurallarının geçerli olacağı ve olumlu-olumsuz dava şartı ayrımının bu konuda belirleyici olduğu yukarıda belirtilmişti<sup>1113</sup>. Hukuki yarar için bir ayrım yapılabilir. Kanunen özel olarak arandığı hallerde, örneğin tespit davası, olumlu bir dava şartıdır ve hukuki yararın varlığı konusunda ispat yükünü davacı taşır<sup>1114</sup>. Kalanında ise, somut olaya göre istisnai olarak hukuki yararın olmadığı kabul edilme ihtimali ortaya çıkıyorsa, bir olumsuz dava şartı olduğu kabul edilebilir ve ispat yükünü davalı taşır<sup>1115</sup>.

## 7. Belirli Alacak İçin Belirsiz Alacak Davası Açılması ve Sonuçları

### a. Genel Olarak

Hukuk Muhakemeleri Kanunu açık bir düzenlemeyle belirsiz alacak davasını kabul etmiştir. Belirsiz alacak davası maddi hukukun gerçekleştirilmesi için vazgeçilmez olup İsviçre Federal Mahkemesi tarafından, kabul edilmemesi halinde usul hukukunun maddi hukukun uygulanmasına engel olacağı ifade edilmiştir<sup>1116</sup>. Bu

<sup>1112</sup> Krş. **Stein/Jonas/Roth** Vor § 253 Rn. 161.

<sup>1113</sup> Bkz aşağıda Üçüncü Bölüm VII.

<sup>1114</sup> **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 209. Hukuki yararın objektif ve sübjektif gereklilikleri olduğunu ifade eden ve objektif gereklilikler için ispat yükünü davacının, sübjektif gereklilikler için ise davalının taşıdığını ileri süren görüş için bkz. **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 229 vd.

<sup>1115</sup> **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 209.

<sup>1116</sup> Benzer yönde **Loosli, P.:** Die unbezifferte Forderungsklage (unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Zürich), Zürich 1977, s. 7; **Gut, N.:** Die unbezifferte Forderungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2014, Rn. 113; Türk hukukunda aynı yönde **Pekcanitez**, Belirsiz Alacak, s. 542.

çalışmanın konusu kapsamında belirsiz alacak davasının ayrıntılı incelenmesine gerek yoktur. Hatta belirsiz alacak davasının doğduğu Alman hukukunda dava şartlarına ilişkin eserlerde belirsiz alacak davası kavram olarak geçmemektedir. Elinizdeki çalışmada incelenme nedeni, belirli alacak için belirsiz alacak davası açılması halinde hangi yönde işlem yapılacağına dair uygulamada ortaya çıkan tereddütlerdir.

Türk hukukundaki hakim görüşü bu halde hukuki yarar eksikliğinden davanın usulden reddedilmesidir<sup>1117</sup>. Dava şartlarının, davanın açıldığı ana göre belirlenmesinin kabul edilemeyeceği aşağıda belirtilmiştir. Bu kısımda ise belirli alacak için belirsiz alacak davası açıldığında hukuki yarar eksikliğinin söz konusu olup olmadığıdır.

#### **b. Kural-İstisna İlişkisi**

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddesinin birinci fıkrasında dava dilekçesinde yer alması gereken unsurları düzenlemiştir. Burada yer alan unsurlardan biri de (ğ) bendindeki “*Açık bir şekilde talep sonucu*”dur. Talep sonucunun açık bir şekilde belirtilmemesinin sonucu ise, ikinci fıkra, zıttından anlam çıkarma yoluyla yapılan belirlemeye göre hakim “...*davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre ver...*”mesidir. Aksi halde dava açılmamış sayılacaktır. Dolayısıyla talebin belirtilmesinin, temel bir gereklilik olarak ortaya çıktığı söylenebilir<sup>1118</sup>.

---

<sup>1117</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Medeni Usul, s. 297; Pekcanıtez, Pekcanıtez Usul, s. 1054; Taşpınar Ayvaz, Zaman Bakımından Uygulanma, s. 276-277; Özekes, Sınırın Belirlenmesi, s. 1603; Simil, Belirsiz Alacak, s. 233; Yılmaz da bu durumda hukuki yarar eksikliğini kabul etmekte ama buradaki hukuki yarar eksikliğinin tamamlanabilir olduğunu ifade etmektedir, Yılmaz, Şerh Cilt 2, s. 2389. Ayrıca krş. Kuru, B.: “Medeni Yargıda Kısmi Alacak Davası Öldü, Yaşasın Belirsiz Alacak Davası ve İdari Yargıda Yaşasın Genişletilmiş Kısmi Alacak Davası”, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, C. II, Ankara 2015, s. 1063-1072, s. 1068.

<sup>1118</sup> Erk/Schlumpf/Lienhard/Sogo/Jakob, FHB Zivilprozessrecht, N. 10.195; Staehelin/Staehelin/Grolimund § 14 Rz. 4.

Talebin açık bir şekilde belirtilmesi, hakimin hangi talep hakkında karar vereceği ve kararın kesin hüküm etkisinin neye istinat edeceğini belirli hale getirmek açılardan sıkı bir şekilde riayet edilmesi gereken kural olarak ortaya çıkar<sup>1119</sup>. Talep sonucunun en önemli şartı dava konusunun bildirilmesidir<sup>1120</sup>. Dava konusuna bu çalışmada hangi anlamın verildiği yukarıda ifade edilmişti<sup>1121</sup>.

Talep sonucu, hakimden nasıl bir işlem istendiği ile bunun konusunun ne olduğunu tam ve tüketici bir şekilde ortaya koymalıdır<sup>1122</sup>; öyle ki hakim, bu içeriği doğrudan hüküm fıkrası olarak kabul edebilsin<sup>1123</sup>. Bir edaya hükmedilmesi istenen davalarda, talep sonucu, türüne ve kapsamına göre maddi hukuk talebinin konusunu hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde tanımlamalıdır<sup>1124</sup>. Bu bağlamda para alacağı talep ediliyorsa rakamsal olarak belirli bir şekilde ileri sürülmeli<sup>1125</sup> veya en azından çeşitli faktörlerin (her zaman rakamsal bir belirlemeyi mümkün kılan) aracılığıyla belirlenebilir olmalıdır<sup>1126</sup>. Bu belirleme hükmün icrası bakımından önem taşıdığı gibi<sup>1127</sup>, aynı zamanda davalının savunma yapabilmesi bakımından da önemlidir<sup>1128</sup>.

<sup>1119</sup> **Kälin** s. 68; **Erk/Schlumpf/Lienhard/Sogo/Jakob**, FHB Zivilprozessrecht, N. 10.195-197. Benzer yönde **Pekcanitez**, Belirsiz Alacak, s. 511.

<sup>1120</sup> **Kälin** s. 68.

<sup>1121</sup> Bkz. Yukarıda Birinci Bölüm III D.

<sup>1122</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 96 Rn. 27; **Kälin** s. 69.

<sup>1123</sup> **Erk/Schlumpf/Lienhard/Sogo/Jakob**, FHB Zivilprozessrecht, N. 10.196; **Baumann Wey** Rn. 55; **Kuru/Aydın**, Cilt I, s. 462.

<sup>1124</sup> **Kälin** s. 69.

<sup>1125</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 96 Rn. 28; **Grunsky**, Grundlagen, § 6 I 1, s. 50; **Kuru**, HUMK Cilt 2, s. 1603; **Pekcanitez**, Belirsiz Alacak, s. 512, 527. Ancak belirsiz alacak davasının yalnızca para alacağı için açılması söz konusu değildir, **Gozzi**, FHB Zivilprozessrecht, N. 12.9; **Akil, C.:** “Belirsiz Alacak Davasına (HMK m. 107) İlişkin Bazı Meseleler”, TNBD, S. 2, 2019, s. 55-83, s. 57. Yine diğer dava türleri için de kıyasen uygulaması söz konusu olabilir, **Sutter-Somm, T./Seiler, B.:** Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (CHK), Art. 1-408 ZPO, Schulthess, 2021, ZPO 85 N. 1.

<sup>1126</sup> **Kälin** s. 69; benzer yönde: **Erk/Schlumpf/Lienhard/Sogo/Jakob**, FHB Zivilprozessrecht, N. 10.196.

<sup>1127</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 96 Rn. 28; **Baumann Wey** Rn. 55; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul, s. 1149.

<sup>1128</sup> **Kälin** s. 69; **Erk/Schlumpf/Lienhard/Sogo/Jakob**, FHB Zivilprozessrecht, N. 10.197; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul, s. 1116.

Bazı hallerde ise eda davası açılırken talep sonucunun tam olarak belirlenmesi mümkün olmayabilir.

İşte belirsiz alacak davası, “açık talep sonucu”nun istisnası olarak ortaya çıkmaktadır. Aslında bu husus Türk hukukunda da kabul edilmektedir. Örneğin, “.....Talep sonucu, dava dilekçesinde bulunması gereken zorunlu unsurlardandır. Hâkim, talep sonucuna göre açılan davayı inceler ve karar verir. Yine görev, derdestlik, kanun yolları gibi hususlar talep sonucuna göre belirlenir. Talep sonucunun belirli olması davalı bakımından da davadaki rizikosunu görmesine ve ona göre savunma yapabilmesine imkân tanımaktadır<sup>211</sup>. Bu nedenle dava dilekçesinde talep sonucu açıkça belirtilmelidir. Davacı genellikle dava açarken alacağının miktarını bilmekte ya da bilebilecek durumdadır. Bu nedenle dava dilekçesinde talep sonucunun belirtilmesinde bir sorun bulunmamaktadır. Ancak maddî hukukta alacaklının bazı hâllerde alacağının miktarını tam olarak belirlemesi mümkün değildir. Alacağının miktarını tam olarak belirleyemeyen davacının dilekçesinde talep sonucunu tam olarak belirtmesi kendisinden beklenmemelidir. Ancak gerek önceki usûl kanunumuzda gerekse uygulamada dava dilekçesinde talep sonucunun belirli olarak gösterilmesi konusunda bir istisna kabul edilmemiştir<sup>212</sup> ....”<sup>1129</sup>. Görüldüğü üzere Pekcanitez, bilhassa son cümle dikkate alındığında belirsiz alacak davasını talep sonucunun belirli olmasının istisnası olarak kabul etmektedir. Yine Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu zamanında yaptığı bir değerlendirmede<sup>1130</sup> de Yazar, “...Talep sonucunun belirli olması alacağın dava açılırken belirlendiği hallerde zorunlu bir unsur olarak aranmalıdır. Buna karşılık, alacağın belirlenemediği hallerde davacıdan mutlaka talep sonucunu belirlemesi beklenmemelidir...” ifadelerle belirsiz alacak

<sup>1129</sup> Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1116-1117.

<sup>1130</sup> Pekcanitez, Belirsiz Alacak, s. 542.

davasına ilişkin bir hükmün kanunda yer almadığı bir durumda belirlilik gereğinin açık talep sonucuyla ilgili olduğuna işaret etmektedir. Son olarak Yazar'ın “... Her ne kadar davacı dava dilekçesinde talep sonucunu açık bir şekilde yazmak zorunda ise de, bu talebini dava açarken tam olarak belirleyemediği hallerde davacının bu durumda zarar görmemesi ve hak arama özgürlüğünün olumsuz etkilenmemesidir”<sup>1131</sup> cümlesi de belirliliğin açık talep sonucu şartıyla sağlandığını göstermektedir.

“Açılacak davanın miktarı (talep sonucu) **biliniyor** yahut **belirlenebiliyorsa**, belirsiz alacak davası açılmaz. Çünkü, her davada arandığı gibi, burada da hukuki yarar (menfaat) aranır. Alacak miktarının yahut dava konusunun değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilir olduğu bir durumda davacının belirsiz alacak davası açmakta hukuki yararının bulunduğu söz edilemez. Alacağın tam ve kesin olarak baştan tespiti mümkün olan hallerde bu yola başvurulması kabul edilemez<sup>9</sup>. Çünkü, bu durumda talep sonucunun dava dilekçesinde belirtilmesi, “ açık bir şekilde talep sonucunun”nun yazılması gerekir (m. 119, 1/g)”<sup>1132</sup>. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, 119. maddeye de atıf yaparak belirsiz alacak davasının açık talep sonucunun istisnası olduğunu ifade etmiştir.

Aslan/Akyol Aslan/Kiraz<sup>1133</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddesinin birinci fıkrasının 3 bendinin (açık talep sonucu) burada gündeme gelemeyeceğini; zira orada “...ifade edilen ve dilekçesinde yer alması gereken zorunlu unsurlardan sayılan talep sonucunda bir eksiklik olması gerekir. Bu anlamda talep sonucunda eksiklik, talep sonucuna dava dilekçesinde hiç yer verilmemiş olması şeklinde anlaşılmalıdır...” diyerek Simil'in yukarıda alıntılanan kısmına atıf

<sup>1131</sup> Pekcanitez, Belirsiz Alacak, s. 545.

<sup>1132</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Medeni Usul, s. 313.

<sup>1133</sup> Aslan/Akyol Aslan/Kiraz s. 989.



yapmaktadır. Daha sonra tekrar “Belirsiz de olsa eğer dava dilekçesinde bir talep sonucu belirtilmiş ise, mahkemeye yönelik olarak bir hukuki korunma talebi mevcut olacağından, dava dilekçesinde bir eksiklik bulunduğundan söz edilemez. Ancak dava dilekçesinde belirtilmiş olan bir talebin belirsizlik taşıması halinde hakim davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde bu belirsizliğin giderilmesini isteyebilir<sup>45</sup>. Bu bağlamda örneğin talep sonucu olarak eda davası mı yoksa tespit davası mı açtığı belli olmayan davacıya, hakim neyi talep ettiğini bu ödev çerçevesinde sorabilir ya da tarafın mahkemeye sunduğu bir vakıa iki ayrı talep oluşturacak şekilde ifade edilmiş, fakat neyin istendiği tam olarak anlaşılamıyorsa, hakim bu durumda da davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde ilgili tarafa soru sorarak talebi açıklığa kavuşturabilir<sup>104</sup>” demektedirler<sup>1134</sup>.

Bu iki alıntıdan çıkan sonuç, sanki açık talep sonucu gerekliliğinin belirsiz de olsa herhangi bir şekilde belirtilen talep sonucuyla yerine getirilmiş sayılacağı, daha sonra bu belirsizliği gidermek için hakim in aydınlatma ödevinden hareket edileceğidir.

Görüşün ilginç bir sonucu ortaya çıkmaktadır: Talep sonucunun hiç yazılmamış olması

---

<sup>1134</sup> Özkes de, “Talep, talep türü ve davanın niteliği açıkça anlaşılamıyorsa, talep muğlaksa, kural olarak m. 119/2 gereğince, davacıya bir haftalık kesin süre verilerek talebini açıklaması istenebilir. Ancak burada da, söz konusu dava türleri bakımından dikkat edilmelidir. Örneğin, aslında dilekçedeki vakıalardan talebin açıkça belirli bir alacağa ilişkin olduğu anlaşılmakla birlikte, asgarî bir miktar gösterilmek suretiyle dava açılması hali söz konusu ise, o zaman süre verilmeden hukukî yarar sebebiyle dava reddedilmelidir. Fakat, talepte asgarî bir miktar belirtilmekle birlikte, dilekçeden alacağın niteliği (belirsiz/belirlenebilir/açıkça belirli) tam anlaşılamıyorsa, o zaman talebin açıklanması için süre verilmeli, alacağın belirsiz alacak davası mı, yoksa kısmî dava mı olduğu belirtilmesi istenmelidir. Çünkü, açıkça belirli alacaklar için zaten böyle bir talepte bulunulamaz. Verilen bu süreden sonra, davacının talebini açıklamasına göre bir yol izlenmelidir. Eğer talep, davacı tarafından belirsiz alacak davası şeklinde açıklanmış olmakla birlikte, gerçekte belirsiz alacak davası şartlarını taşımıyorsa, o zaman yukarıdaki şekilde hareket edilmeli, hukukî yarar yokluğundan dava reddedilmelidir. Açıklamadan sonra, talep belirsiz alacak davası şartlarını taşıyorsa, bu davanın sonuçlarına göre, talep kısmî davanın şartlarını taşıyorsa da kısmî davanın sonuçlarına göre dava yürütülerek karar verilmelidir” ifadelerini kullanmakta ve esas itibarıyla yukarıda zikredilen görüşlere yaklaşmaktadır. **Özkes, M.:** “Anayasa Mahkemesinin Kararı Karşısında Kısmi Dava İle Belirsiz Alacak Davası Arasındaki Sınırın Belirlenmesi Sorunu (Belirli-Belirsiz-Belirlenebilir Alacak Ayrımı)”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C. II, Ankara 2014, s. 1589-1606, s. 1603-1604. Bunun sonucu olarak, o görüşlere yapılan eleştiri, bu ifadeler için de geçerli olacaktır.

halinde, yani hukuki koruma isteyip istemediği belli olmayan, istiyorsa hangi hukuki korumayı talep ettiği ve bu hukuki korumanın kapsamını ortaya koyamayan bir dilekçe verilmesi halinde tarafın hukuki yararı olduğunu kabul edip eksikliğin giderilmesi için tarafa süre verirken; istediği hukuki korumanın niteliğini açıkça belli eden ama sayısal belirliliği sağlamayan bir dava dilekçesini hukuki yarar eksikliğinden süre vermeksizin reddetmektedir. İlk olasılıkta var olan hukuki yararın ikinci olasılıkta niye mevcut olmadığı ise anlaşılamamaktadır.

Bazı yazarlar<sup>1135</sup>, belirli alacak için belirsiz alacak davası açılması halinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 119. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanmayacağını belirtmektedir. Ancak burada “*açık talep sonucu*”na dair kuralın uygulanmamasına bir gerekçe göstermemekte, hukuki yararın, tamamlanabilir olmadığına işaret etmektedir.

Simil<sup>1136</sup>, İsviçre hukukunda belirli alacaklar için belirsiz alacak davası açılması halinde, ortaya iyileştirilebilen bir özel dava şartı eksikliği çıktığını ifade etmiştir. Bu nedenle hukuki yarar ilişkisi İsviçre’de kurulmamaktadır. Yazar devamında, Türk hukukunda özel dava şartlarının genellikle hukuki yararlarla ilişkilendirildiğini belirterek tespit davasında aranan hukuki yarara işaret etmektedir. Buradan da özel dava şartı ihdas etme gerekliliği olmadığı ve belirli alacak için belirsiz alacak davası açılması halinde hukuki yarardan ret kararı verilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Talep sonucunun açıklığına ilişkin olarak ise “...*Belirlenebilen bir alacak için, belirsiz alacak davası açıldığında burada talep sonucunun gösterilmemesi veya dava konusu değer eksik gösterilmesi söz konusu değildir...*” ifadesini

<sup>1135</sup> Taşpınar Ayvaz, Zaman Bakımından Uygulanma, s. 277.

<sup>1136</sup> Simil, Belirsiz Alacak, s. 235-236.

kullanmaktadır. Simil'in görüşüne neden katılmadığımıza aşağıda ayrıca yer verilecektir.

Yukarıda aktarılan kısımlarda, dikkat edilirse, açık talep sonucuyla ilişki kurulurken, bir anda ortaya hukuki yarar eksikliğinin çıkmasıdır. Bu görüşe katılmamaktayız.

Bu konuda bir görüş ise<sup>1137</sup>, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddesinin birinci fıkrasının 3. bendi ve ikinci fıkrasıyla 115. maddenin ikinci fıkrasının uygulanabilecek hükümler olduğunu, her durumda ise, direkt ret kararı yerine süre verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Aşağıda belirtileceği üzere, bu konuda uygulanması gereken tek bir hüküm olduğu için bu görüşe sonuç itibarıyla katılmak mümkün olsa da gerekçe daha farklı olacaktır.

Benzer bir görüş<sup>1138</sup>, hakimın davayı aydınlatma ödevinden hareket edilmesi gerektiğini, süre vererek belirlilik sağlanması gerektiğini, sağlanmazsa Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesini savunmaktadır. Ancak yazar, hangi kurum vasıtasıyla 119. maddenin ikinci fıkrasına gittiğini açıklamamaktadır.

Bir başka görüş<sup>1139</sup>, belirli alacak için belirsiz alacak davası açıldığında, hukuki yarardan hemen reddedilmemesi gerektiğini bunun yerine, hakim, hukuki nitelendirmeye bağlı olmadığı için, örtülü bir kısmi dava da yoksa, bir ara kararıyla, davayı, tam bir eda davası olarak nitelendirip görmeye devam etmelidir.

---

<sup>1137</sup> **Budak, A. C./Karademir, D.:** “Şartları Oluşmadığı Halde Belirsiz Alacak Davası Açılırsa Hakim Nasıl Karar Vermelidir?”, YÜHFD, C. 13, S. 1, 2016, s. 130-142, s. 140-141.

<sup>1138</sup> **Akil, C.:** “Belirli Alacağın Belirsiz Alacak Davasına Konu Edilmesi Durumunda Mahkeme Ne Tür Bir Karar Vermelidir?”, YÜHFD, C. 14, S. 2, 2017, s. 195-209, s. 207.

<sup>1139</sup> **Tanrıver, S.:** “Belirsiz Alacak Davası Ve Bu Bağlamda Uygulamada Yaşanan Güncel Sorunlar”, Makalelerim III, Ankara 2016, s. 203-240, s. 209-210.

Belirsiz alacak davasının doğup geliştiği Alman hukuku ders kitaplarında belirsiz alacak davası “*bestimmter Antrag*” başlığı altında incelenmektedir<sup>1140</sup>. İlgili ifadenin tam çevirisi “belirli talep sonucu” dur.

İsviçre hukukunda da aynı yaklaşım benimsenmiştir<sup>1141</sup>. Açık talep sonucunun altında “*die unbezifferte Forderungsklage*” ifadesi kullanılmaktadır<sup>1142</sup>. Türk hukukunda da belirsiz alacak davası yerine aslında, ifadenin tam karşılığı olan “*rakamlandırılmamış alacak davası*” ifadesinin daha doğru olacağı belirtilmiştir<sup>1143</sup>.

İşte Simil’in belirttiği ve İsviçre hukukunda ayrı bir dava şartı olarak görüldüğünü ifade ettiği husus, bu rakamsal belirliliktir. İsviçre Federal Usul Kanunu’nun 84. maddesinde talep sonucunun belirli olması İsviçre hukukunda bir dava şartı olarak ele alınırken<sup>1144</sup>, Türk hukukunda bundan farklı olarak dava dilekçesinin içeriğine ilişkin hükümde ele alınmıştır. İsviçre hukukunda bu belirlilik zorunluluğu tüm davalar için öngörülmüş genel bir dava şartıdır<sup>1145</sup>. İkinci fıkrada yer alan para alacağının edası talep ediliyorsa, bunun sayısal olarak belirlenmesi gerekliliği, sözü edilen belirlilik gerekliliğinin somutlaşmış halidir<sup>1146</sup>. İleri sürülen parasal talebin rakamsal olarak belirtilmesi zorunluluğu, sZPO’nun yürürlüğünden önce de İsviçre’deki hakim görüş tarafından, bir dava şartı olarak görülmekteydi<sup>1147</sup>. Bu gerekçelerle Simil’in ifade ettiği gibi ayrı bir dava şartı ihdas edilmesine gerek yoktur.

<sup>1140</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 96 Rn. 39; Stein/Jonas/Roth § 253 Rn. 45; Musielak/Voit/Foerste, ZPO § 253 Rn. 34; MüKoZPO/Becker-Eberhard § 253 Rn. 117; Grunsky, Grundlagen, § 6 I 2, s. 54; Pekcanitez de Alman hukuku için aynı değerlendirmeyi yapmaktadır. Pekcanitez, Belirsiz Alacak, s. 520.

<sup>1141</sup> CHK-Sutter-Somm/Seiler ZPO 84 N. 3; Baumann Wey Rn. 57-58.

<sup>1142</sup> Baumann Wey Rn. 49.

<sup>1143</sup> Yılmaz, Şerh C. II, s. 2377-2378.

<sup>1144</sup> CHK-Sutter-Somm/Seiler ZPO 84 N. 3; Erk/Schlumpf/Lienhard/Sogo/Jakob, FHB Zivilprozessrecht, N. 10.202.

<sup>1145</sup> CHK-Sutter-Somm/Seiler ZPO 84 N. 3; Krş. Baumann Wey Rn. 60.

<sup>1146</sup> CHK-Sutter-Somm/Seiler ZPO 84 N. 3; Baumann Wey Rn. 58.

<sup>1147</sup> Bkz. Gut Rn. 131.

Hukukumuzdaki tek fark bu zorunluluğun dava şartı olarak değil, dava dilekçesinin bir unsuru olarak düzenlenmiş olmasıdır.

İşte belirsiz alacak davasının istisnası olan kural, talep sonucunun belirliliğine dair olan kuraldır<sup>1148</sup>. Benzeri düzenleme Alman ve İsviçre hukuklarında da öngörülmüş olup belirsiz alacak davasının bu hükümlere istisna getirdiği ifade edilmektedir.

Görüldüğü üzere, belirsiz alacak davasına ilişkin düzenlemelerin ve teorik temelin alındığı hukuk düzenlerinde belirsiz alacak davası, açık talep sonucunun bir istisnası olarak görülmektedir. Hukukumuz için bu yaklaşımdan ayrılmayı gerektiren bir neden yoktur, hatta konuya ilişkin değerlendirme yapan yazarlar yukarıda aktarıldığı üzere açık talep sonucuyla bağlantıdan bahsetmektedir. Madem belirsiz alacak davası açık talep sonucunun bir istisnası olarak çıkmaktadır, o halde istisnayı oluşturacak şartların olmaması halinde, genel kuralın uygulanması gerekir. Dolayısıyla, belirli alacak için açılan belirsiz alacak davasında uygulanması gereken hüküm Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddesinin açık talep sonucuna ilişkin düzenlemesidir. Buna göre belirli alacak için açılan belirsiz alacak davasında hakim tarafa bir haftalık süre vermelidir.

Bir görüşe göre, sZPO'nun 132. maddesinden hareketle, şekli eksiklik barındıran dilekçelerin süre verilerek tamamlanması mümkündür. Bunun sebebi, aşırı şekilciliğin önlenmesidir<sup>1149</sup>. Buna göre, belirsiz alacak davasının şartları olmamasına rağmen açılan belirsiz alacak davasında, tarafa, belirli süre içinde eksikliği gidermesi için süre tanınmalıdır<sup>1150</sup>.

<sup>1148</sup> **CHK-Sutter-Somm/Seiler** ZPO 84 N. 3; **Erk/Schlumpf/Lienhard/Sogo/Jakob**, FHB Zivilprozessrecht, N. 10.206; **Staehelin/Staehelin/Grolimund** § 14 Rz. 4-5.

<sup>1149</sup> **Baumann Wey** Rn. 560.

<sup>1150</sup> **Baumann Wey** Rn. 560.

Bir başka görüş ise<sup>1151</sup>, hakimın aydınlatma ödevine işlev tanıyarak çözüm getirmektedir; yalnızca bu eksikliği nasıl değerlendirdikleri farklılık gösterir. Bu halde talep sonucunun belirsiz<sup>1152</sup> veya açıkça eksikliğinden<sup>1153</sup> söz edilmektedir.

Bir başka görüş, bu şekilde bir hukuki kurum belirtmeden, tarafa, eksikliği giderme imkanı tanınması gerektiğini söylemektedir<sup>1154</sup>.

Bu konuda değerlendirilmesi gereken bir başka husus, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinde düzenlenen belirsiz alacak davasının “*Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir*” şeklindeki şartlarını sağlamayan bir davanın açılmayacağı olabilir ve bu nedenle hukuki yarardan ret kararı verilmesi gerektiği söylenebilir. Burada belirtmek gerekir ki, böyle bir çıkarım yapılması mümkün değildir. Öncelikle, bu düzenleme olmasaydı da, belirsiz alacak davası açılması mümkün olurdu; örneğin Alman hukukunda ZPO'da belirsiz alacak davası düzenlenmemiş olmasına rağmen, böyle bir davanın varlığı kabul edilmektedir. İsviçre'de de sZPO'nun yürürlüğe girmesinden önce Federal Mahkeme verdiği kararlarda, kendi usul kanununda belirsiz alacak davasını düzenlemeyen Kantonların da maddi hukuk gerektiriyorsa, bu davaya izin vermek zorunda olduğunu aksi takdirde, usul hukukuyla maddi hukukun uygulanmasının önüne geçileceğini belirtmiştir<sup>1155</sup>.

---

<sup>1151</sup> Gut Rn. 133-134; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Sutter-Somm/Grieder Art. 56 N 24; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Art. 221 N 39.

<sup>1152</sup> Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Leuenberger Art. 56 N 24.

<sup>1153</sup> Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Leuenberger Art. 221 Klage N 39.

<sup>1154</sup> Loosli s. 121-122.

<sup>1155</sup> BGer 116 II 215 vom 01.05.1990 4. a.

Ayrıca eda davası da Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlenmiştir; ancak bu düzenleme olmasaydı da eda davasının varlığı kabul edilmek zorundaydı<sup>1156</sup>. İstenen hukuki korumaya göre dava türlerinin kanunda düzenlenme sebebi sorulabilir. Burada bir farklılık, tarihsel sebeple, tespit davası için söz konusudur. Roma Hukukunda günümüzdeki gibi hukuki koruma türleri bulunmamakta, yalnızca eda davası tanınmaktaydı<sup>1157</sup>. Tespit davasının kanunda özel düzenlenmesinin nedenini burada aramak gerekir. Ortak Hukuk’ta tespit davasında, aslında karşı tarafa bir “tanıma talebi” ileri sürüldüğü gibi zorlama görüşler ileri sürülmekteydi<sup>1158</sup>. Bu düşünceye basitçe karşı çıkılabilir<sup>1159</sup>: Tespit davasında tespit, mahkemeden istenir, karşı taraftan değil; yani karşı tarafa ileri sürülen bir maddi hukuk talebi söz konusu değildir. İşte tespit davasının kanunda özel olarak düzenlenme sebebi budur. Söz konusu hükümler ihdas edilirken, Alman öğretisinin de en üst seviyede olmadığı zaten ifade edilmektedir<sup>1160</sup>.

Sonuç olarak, belirli alacak için belirsiz alacak davası açılmasında Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun açık talep sonucuna ilişkin hükmünün uygulanması gerektiği söylenebilir.

#### **L. Gider Avansının Yatırılmış Olması**

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 120. maddesinde düzenlenen gider avansı, 114. maddenin birinci fıkrasının g bendine göre dava şartı olarak kabul edilmiştir.

---

<sup>1156</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda eda davasının düzenlenmesine gerek olmadığı yönünde bkz. **Umar**, Şerh, s. 308.

<sup>1157</sup> **Stein**, Rechtskraft, s. 10.

<sup>1158</sup> Bkz. **Stein**, Rechtskraft, s. 12.

<sup>1159</sup> **Stein**, Rechtskraft, s. 12.

<sup>1160</sup> **Stein** s. 12.

Gider avansının miktarının belirlenmesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu Gider Avansı Tarifesi esas alınmaktadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun yürürlüğe girdikten sonra bilhassa, gider avansı ile birlikte delil avansının da dava açılırken mahkeme veznesine yatırılmasının talep edilmesi yönünde bir uygulama gelişmiştir<sup>1161</sup>. Ancak gerek 7251 sayılı Kanun’la eklenen ve “...*delil avansına ilişkin 324 üncü madde hükümleri*...”ni saklı tutan düzenleme, gerek karışıklığa sebebiyet veren<sup>1162</sup> Gider Avansı Tarifesi’nin 4. maddesinde artık tanık, keşif ve bilirkişi delillerine dayanılmışsa ödeme zorunluluğu öngören ifadenin değiştirilmesiyle artık delil avansının gider avansına dahil edilmesi en azından teorik olarak mümkün değildir<sup>1163</sup>.

HUMK döneminde, genel olarak, her bir işlemin yapılması için talepte bulunulurken, o işlemin yapılması için gerekli miktarın peşin ödenmesi istenmiyor ve peşin ödeme yapmayana bir süre veriliyor; süresinde ödeme yapmayan kişi o talebinden vazgeçmiş sayılıyordu<sup>1164</sup>. Yine HUMK’nun 180. maddesine göre, başka yerlerden getirilecek belge ve dosyalar için gerekli posta giderinin davacı tarafından pul olarak verilmesi gerektiğinden ve aynı gereklilik cevap dilekçesi veren davalı için de öngörülmesi sebebiyle tebligat giderinin taraflardan peşin olarak alınması zorunluluğu vardı<sup>1165</sup>.

HUMK dönemi uygulamasında düzenlemeye ek bazı zorlukların da olması yargılamanın sürüncemede kalmasına yol açmaktaydı<sup>1166</sup>.

---

<sup>1161</sup> Umar, Şerh, s. 391.

<sup>1162</sup> Bu yönde bkz. Yılmaz, Şerh Cilt II, s. 2779.

<sup>1163</sup> Her ne kadar gerekçede ayrıca “...*her türlü tebligat ücretleri, keşif giderleri, bilirkişi ve tanık ücretleri gibi giderleri karşılayacak tutarın, avans...*” olarak yatırılmasından bahsedilse de, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden hemen sonra da bu kapsama delil avansının girmeyeceği ifade edilmiştir, Umar, Şerh, s. 391.

<sup>1164</sup> Umar, Şerh, s. 390.

<sup>1165</sup> Özbek, Gider Avansı, s. 74.

<sup>1166</sup> Özbek, Gider Avansı, s. 74.



Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenlemenin benzeri sZPO'nun 98. maddesinde yer almakta ve orada da yine dava şartı olarak nitelendirilmektedir<sup>1167</sup>. Her ne kadar madde metninden, avans talep edilmesi mahkemenin takdirinde gibi bir anlam çıksa da bu ifadenin yanıltıcı olduğu, mahkemenin ancak istisnai hallerde avans istememesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir<sup>1168</sup>.

Düzenlemenin gerekçesine bakıldığında “... *gerekli masrafların zamanında yatırılmamasından dolayı davaların gecikmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır*” ifadesi yer almaktadır<sup>1169</sup>.

Yargılamanın sürüncemede bırakılmasının önlenmesinin hem mahkemeler hem de taraflar bakımından olan önemi giderleri re'sen incelenmesinin nedeni olarak ortaya çıkar.

### **M. Değerlendirme**

Birinci Bölüm'de ulaşılan yargılamada iki dava konusu olduğu düşüncesinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda açıkça dava şartı sayılan hukuki kurumlar bakımından sınanması gerekmekteydi. 114. maddede sayılan şartlar değerlendirildiğinde her birinin tek başına açılan bir davada hakimin nasıl bir karar vermesini öngördüğü söylenebilir. Bu sebeple, nasıl esasa ilişkin yargılamada, usul kanunlarının ilk düzenlendiği zaman, maddi hukuk talebine dair yürütülen bir yargılama söz konusuysa; usuli dava konusu bakımından da tek başına hakim nasıl

<sup>1167</sup> **BK-ZPO/Strechli**, § 98 Rn. 16; **Stahelin/Benjamin/Schumacher/Haas/Mangold**, FHB Zivilprozessrecht, N. 3.23; **Stahelin/Stahelin/Grolimund** § 16 Rn. 22.

<sup>1168</sup> **Stahelin/Benjamin/Schumacher/Haas/Mangold**, FHB Zivilprozessrecht, N. 3.19.

<sup>1169</sup> HUMK döneminde de ortaya çıkan ihtiyaca göre masraf alınmasının yargılamanın sürüncemede kalmasına yol açtığı ve davanın başında belirli bir tutarda avans alınması gerekliliğine vurgu yapılmıştır, bkz. **Pekcanitez, H.**: “Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı”, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi, Ankara 2007, s. 3-31, s. 20-21; **Tanrıver, S.**: “Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine”, Makalelerim I, Ankara 2005, s. 165-179, s. 178.

karar vermesi gerektiğine dair usuli şartlar düzleminde yapılan bir yargılama söz konusudur.

Sadece usul hukukundan doğması bu ikinci dava konusunun öncelikli incelenmesini gerektirir düşüncesi dile getirilebilir. Çünkü usuli dava konusu, usul ilişkisinin işlemesine dairedir. Oysa, dava açarken davacının amacı hiçbir şekilde, salt dava açılmasıyla kurulan usuli ilişki hakkında bir karar verilmesi değildir. Davacının amacı, kişilerin gündelik yaşamlarını düzenleyen maddi hukuk kuralları düzleminde yaşadıkları uyuşmazlıklara dair devletten hüküm yoluyla bir hukuki koruma istemektir. Dolayısıyla, yargılama ilişkisinin sonunda ulaşılması gereken hüküm için, kuşkusuz yargılama ilişkisinin işlemesine dair bir karar verme zorunluluğunun olmaması gerekir. Bu sebeple, usuli dava konusu öncelikli incelenmelidir.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### DAVA ŞARTLARININ MAHKEMECE İNCELENMESİ

#### I. Dava Şartlarının Uygulanma Alanı

Dava şartları ifadesinin bir diğer yanıltıcı yönü, söz konusu şartların sadece davada geçerli olacağına dair bir fikre sebebiyet verebilme ihtimalidir. Oysa dava şartlarının altında yatan düşünceler dikkate alındığında uygulanma alanının çok daha geniş olması makul beklentidir.

Bu bakımdan dava şartlarının, mahkeme önünde cereyan eden tüm yargılamalarda uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir<sup>1170</sup>. Dolayısıyla dava şartları, dava dışında; çekişmesiz yargı işlerinde<sup>1171</sup> (mahkeme önünde görülmeyp bir idari merciinin görevli olduğu haller hariç), icra ve iflas hukukunda mahkemeye başvurunun söz konusu olduğu durumlarda ve tahkimde de uygulanır<sup>1172</sup>. Geçici hukuki koruma taleplerine ilişkin yargılamalarda da yine dava şartları incelenir<sup>1173</sup>. Zira dava şartlarına verilen anlam, dava konusuna ilişkin bir yargılama yapılmasının engellenmesidir. O halde nerede bir yargılama yapılması gündeme geliyorsa, orada dava şartından bahsedilebilir. Elbette böyle bir ifadenin kapsamı, münferit dava şartının koruduğu menfaat ele alınarak belirlenmelidir.

---

<sup>1170</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 94 Rn. 1; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Zürcher § 59 Rn. 5; Pekcanıtez, Pekcanıtez Usul, s. 950; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven s. 153; Bulut, Temyiz, s. 276.

<sup>1171</sup> Kuru, B.: Nizasız Kaza, Ankara 1961, s. 156; Aras, A.: Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usulü, Ankara 2017, s. 105.

<sup>1172</sup> Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Zürcher § 59 Rn. 5; Erk s. 50.

<sup>1173</sup> Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Zürcher § 59 Rn. 7.

Yapay bir dava şartı olan arabuluculuk bakımından da değerlendirme yapılması gerekirse, HUAK'ın 18/A maddesinin sekizinci fıkrasından yola çıkılabilir. Buna göre; *“Arabulucu, görevlendirmeyi yapan büronun yetkili olup olmadığını kendiliğinden dikkate alamaz. Karşı tarafa geç ilk toplantıda, yetkiye ilişkin belgeleri sunmak suretiyle arabuluculuk bürosunun yetkisine itiraz edebilir. Bu durumda arabulucu, dosyayı derhâl ilgili sulh hukuk mahkemesine gönderilmek üzere büroya teslim eder”*. Dava şartları ve ilk itirazlar arasında tek fark ileri sürülmeleri bakımından ortaya çıkar<sup>1174</sup>. Arabuluculuk sürecinde ileri sürülmüş olan yetki itirazının mahkemece çözüleceği belirtilmişse, artık dava şartları için de aynı yönde çözüme gitmek gerekir<sup>1175</sup>.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen dava şartlarının, icra takiplerinde, takip şartı<sup>1176</sup> olarak çıkmasının mümkün olup olmadığı da bu başlık altında değerlendirilebilir. Bir hukuki kurumun dava şartı olarak nitelendirilmesinin iki sonucu vardır: Esasa göre öncelikle incelenme ve re'sen incelenme. Dikkat edilirse, her iki özellik de hakimce yapılacak incelemeye ilişkindir. Oysa örneğin, genel haciz yoluyla takiplerde bu şekilde bir inceleme yapılması gibi bir durum asla söz konusu

<sup>1174</sup> Bkz. Yukarıda Birinci Bölüm II B.

<sup>1175</sup> İsviçre hukukunda arabuluculuğa benzeyen bir kurum olan uzlaştırma (Schlichtungsverfahren) için bu konuda bir tartışma olup üç görüş vardır: Birinci görüşe göre, uzlaştırıcı, dava şartlarını inceleyebilmesi mümkün değildir. Görüşün dayanağı, kanunun arabulucuyu oturttuğu konumdur. Buna göre, uzlaştırıcı yalnızca taraflar arasındaki iletişimi destekleyebilir, yoksa bir yargılama yaparak karar vermesi söz konusu değildir. Bilhassa, görev veya yetki bakımından bir inceleme yapma yükümlülüğü söz konusu değildir. İkinci görüşe göre, uzlaştırıcının, açık bir biçimde ortada olan görevsizlik veya yetkisizlik durumunu değerlendirebileceğini savunmaktadır. Üçüncü ve son görüşe göre, bu konuda uzlaştırıcının takdiri söz konusu olmalıdır. Tartışmaya uzak, açık hallerde, uzlaştırıcı, esasa girmeme kararı verebileceği gibi uzlaştırma şartının yerine getirildiğini belirtip tutanak düzenleyebilir. İnceleyebileceği dava şartı bakımından ise herhangi bir sınır söz konusu değildir. Yani görev veya yetkiyi inceleyebileceği gibi dava ehliyetini de incelemesi mümkündür. bkz. **Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Zürcher** § 59 Rn. 6 vd. Türk hukukunda arabulucunun dava şartlarını re'sen dikkate alıp karar veremeyeceğine dair bkz. **Ermenek, İ.**: “Dava Şartının Arabulucu Tarafından Kendiliğinden Dikkate Alınması Sorunu ve Bu Kapsamda Yapılan Hataların Düzeltilmesi”, YD, C. 46, S. 4, 2020, s. 1017-1062, s. 1037 vd.

<sup>1176</sup> Kavrama ilişkin bkz. **Desteci, B.**: İcra Hukukunda Takip Şartları, Ankara 2024, s. 27 vd.

değildir. Bu sebeple takip şartı kavramını kullanan yazarlar bile dava şartlarının takip şartı olarak direkt aktarılamayacağını ifade etmektedir. Örneğin<sup>1177</sup>, ilk olarak, icra dairesi alacağın varlığını değerlendiremeyeceği ve esasla bağlantılı olması nedenlerine dayanılarak hukuki yararın takip şartı olamayacağı belirtilmekte, ardından yine gider avansının da yargılama masraflarına ilişkin olması sebebiyle icra takibinde kıyasen uygulanamayacağı ifade edilmektedir. Buradaki değerlendirmenin genel haciz yoluyla takip esas alınarak yapıldığı ve diğer yolların incelenmesi gerektiği şeklindeki olası bir eleştiriye de cevap vermek gerekir. Eğer bir alanda teorik bir kurgu yaratılmaya çalışılıyorsa, bu kurgu, o alanın, en başta en çok kullanılan kısmı için istisnasıza yakın şekilde geçerli olmalıdır.

Yine genel haciz yolunda altlama faaliyetinin olmaması ve herhangi bir karar verilmemesi hususları, dava şartlarının takip şartı kavramına dönüşüp dönüşemeyeceğinde dikkate alınmalıdır. Burada derdestliğin incelenmesi aydınlatıcı olabilir. Derdestliğin dava şartı olarak kabul edilmesinin üç sebebi vardır<sup>1178</sup>: Mahkemelerin gereksiz iş yükünden korunması, davalının gereksiz yere aynı davayla muhatap olmaktan korunması ve çelişkili kararların ortaya çıkma tehlikesi. Genel haciz yoluyla takipte bu sayılanlardan yalnızca takip borçlusunun korunması gündeme gelebilir. Çünkü icra dairesinin bir karar vermesi söz konusu olmayıp çelişkili karardan bahsedilemez. Ayrıca, icra dairesi bir tahkikat da yürütmeyecektir. O halde, sadece borçlunun korunması söz konusudur ve icra takibinde derdestliğin re'sen incelenmesinin gerekçesinin ortaya konulması gerekir. Yani, alacaklı aynı alacak için birden fazla takip yapabilir, ödeme emri hazırlanmasına sebebiyet verebilir ve bu halde

---

<sup>1177</sup> Çelikoğlu, C. T.: “Yargı Reformu 3. Paket” Kapsamındaki İİK Değişiklikleri ve 6100 sayılı HMK Etkileri Çerçevesinde Türk İcra-İflas Hukukunda İlamsız İcra Prosedüründe Adi Takibe İlişkin Takip Talebi ve Takip Şartlarının İcra Memuru Tarafından İncelenmesi”, THD, S. 74, 59-78, s. 71 dn. 138.

<sup>1178</sup> Bkz. Yukarıda İkinci Bölüm IV İ

icra memurunun alacağı inceleme yetkisi olmadığı için, ikinci ödeme emrinin düzenlenmesi talebi reddedilemez<sup>1179</sup>. Bu durumda borçlunun itiraz etmesi gerekir<sup>1180</sup>.

İcra memuru ancak takip talebinde mevcut taraflar bakımından bir inceleme yapabilir. Taraf olarak gösterilen kişinin belirlenmesinde hiçbir sorun olmayacağı için yabancı devlet aleyhine ilamsız takip yapılmasını yasaklamak mümkün olmuştur. Bu bağlamda, icra memuru ancak taraf ve takip ehliyeti hususlarını değerlendirebilir. Alacağa ilişkin inceleme yapması mümkün olmadığından, hukuki yarar, derdestlik, maddi anlamda kesin hükmün uyarlanabileceği, daha önce aynı konuda takip yapılmış olması hali, işin gereği olarak değerlendirilemez. Görev sorunu zaten olmayacaktır. Para alacağı söz konusu olduğundan kesin yetki de gündeme gelmez.

Sadece tarafa ilişkin bir değerlendirme yapılacağına dair bir diğer dayanak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 84. maddesi uyarınca, teminat gösterilmesinin şartları gerçekleşmişse, bu durumun icra takibinde de dikkate alınma zorunluluğudur. 84. maddedeki ihtimallerden yalnızca ilki, yani “*Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşının*” icra takibi yapması halinde teminat istenebilir. Zira 84. maddenin birinci fıkrasının a bendi açıkça “*takip yapma*”dan bahsederken, (b) bendinde böyle bir ifade kullanılmamaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 84. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde takip yapılmasından söz edilmediğine göre, ödeme güçlüğü içinde bulunan alacaklının teminat göstermesi gerekmemektedir<sup>1181</sup>. Böyle bir

<sup>1179</sup> Postacıoğlu, İ.: İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, s. 134; Üstündağ, S.: İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul 2004, s. 94.

<sup>1180</sup> Postacıoğlu, İcra, s. 134; Üstündağ, İcra, s. 94.

<sup>1181</sup> Gereğçede yer alan “...teminat gösterme zorunluluğı doğuran haller arasına, yargılama ve takip giderlerini karşılamada doğabilecek muhtemel güçlüğü bertaraf etmek ve anılan giderlerin temin edilmesini daha işin başında güvence altına almak amacıyla...” ifadelerinden kanun koyucunun b bendi kapsamındaki icra takipleri için de teminat aranması gerektiğı ama kanunda açıkça vurgulanmamış olmasının, kanun yapma tekniğı ve hukuk etiğı açısından doğru olmadığı yönünde bkz. Yılmaz, Şerh Cilt II, s. 2153-2154.

durumda, icra müdürü, alacaklıya süre verip teminat göstermesini talep etmelidir<sup>1182</sup>. Burada da borca dair bir inceleme yapılmamaktadır.

Yargıtay bazı kararlarında “...*Asıl borçlu ve ipotek veren kimselerin ayrı şahıslar olması halinde, asıl borçlu hakkında takip yapılmadan ipotek veren üçüncü kişi hakkında takip yapılamaz. Ayrıca TMK'nun 887. maddesine; “ipotekli taşınmazın maliki, borçtan şahsen sorumlu değil ise, alacaklının ödeme isteminin kendisine karşı etkili olması için, borçlu ile kendisine de tebliğ edilmiş olması gerekir” hükmünü içermektedir. Diğer bir deyimle, alacağın muaccel olması için bir ihbarın yapılması gereken durumlarda, bu ihbarın hem asıl borçluya hem de borçtan kişisel olarak sorumlu olmayan taşınmaz maliki üçüncü kişiye yapılması zorunlu olduğu için alacaklı, hem asıl borçlu hem de üçüncü kişiye ihbarda bulunduğunu belgelemeden icra takibinde bulunamaz. Somut olayda davacı alacaklının, asıl borçlu ile birlikte, davalı borçlu ...'un borcuna teminat olarak ipotek veren dava dışı ...'a ihbarname gönderildiğine dair dosya içerisinde belgeye rastlanılmamıştır. İpotek borçlusunun icra takibine itiraz etmemiş olması takip ve dava şartı niteliğindeki ihbar yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Bu durumda dava şartı yokluğu sebebiyle davanın reddi gerekirken eksik incelemesi ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir...*” şeklinde ifadelerle bir takip şartı kategorisi ortaya koymaktadır<sup>1183</sup>.

Bu durumun söz konusu olabileceği, üçüncü kişi tarafından başkasının borcu için rehin verilmesi hallerinde, İİK'nın 146. maddesinin birinci fıkrasına ve 149/b maddesinin birinci fıkrasına göre, itiraz ederek veya takip konusu borcu ödeyerek rehinli malın satılmasını önlemekte menfaati olan üçüncü kişiye de ödeme emri veya

<sup>1182</sup> Yılmaz, Şerh Cilt II, s. 2164; Tanrıver, Medeni Usul Cilt I, s. 648; aynı yönde Arslan, A. S., Teminat, s. 951-952.

<sup>1183</sup> 19. H.D., E. 2016/8906 K. 2017/ 8057, T. 19.12.2017.

icra emri tebliğ edilmesi gerekir. Bu hallerde borçlu ve üçüncü kişi arasında zorunlu takip arkadaşlığı vardır<sup>1184</sup>. Bu halde de bir takip şartı olduğu ileri sürülmüştür<sup>1185</sup>. Aksi halde kamu düzenine aykırılık sebebiyle üçüncü kişi şikâyet yoluyla icra mahkemesine başvurabilir<sup>1186</sup>.

İİK'nın yukarıda anılan maddeleri varken, burada ayrıca kamu düzeni kavramına başvurmaya gerek yoktur. Zaten o maddeler, ilgililerine gerekli korumayı sağlamaktadır. İsviçre hukukunda da bu hükme dair bir takip şartı veya dava şartı gibi bir nitelikten bahsedilmemekte, yalnızca bu kişilere bildirme zorunluluğundan bahsedilmektedir<sup>1187</sup>.

Ayrıca üçüncü kişiye bildirim yapılmaması halinde, üçüncü kişinin bir şekilde durumdan haberdar olduğunu ve ilamsız icra yoluna gidilmesi gerekirken, ilamlı icra yoluna başvurulduğuna dair icra mahkemesine şikâyetle bulunduğunu varsayalım. Bu durumda icra mahkemesinin şikâyet sebepleri arasında bir öncelik sonralık ilişkisi kurmasına yönelik bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla takip şartına özel bir anlam verilmesi gereksizdir.

Bunlara rağmen, takip şartı ifadesi, öğrenme kolaylığı açısından kullanılabilecek bir kavram olup icra hukukundan doğan gereklilikleri ifade etmektedir.

---

<sup>1184</sup> **Yılmaz, E.:** İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Ankara 2016, s. 783; **Atalı, M./Ermenek, İ./Erdoğan, E.:** İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2022, s. 468.

<sup>1185</sup> **Atalı/Ermenek/Erdoğan,** İcra ve İflas, s. 468.

<sup>1186</sup> **Muşul, T.:** Rehnin Paraya Çevrilmesi, Ankara 2017, s. 184.

<sup>1187</sup> **Kren Kostkiewicz/Dominik/Rüetschi, S./Domenig, B.** Art. 151 N 34 vd.



## **II. Dava Şartlarının Mahkemece İncelemesine Hakim İlkeler**

### **A. Genel Olarak**

Dava şartlarının incelenmesi, içerdikleri birey üstü, kamusal menfaat nedeniyle, maddi hukuka ilişkin (kural olan) inceleme ilkelerinden ayrılarak gerçekleştirilmektedir. İncelemenin hangi noktalarda farklılaştığının daha net bir şekilde ortaya konması için bu konuda akla gelebilecek olan ilkeler birbirleriyle karşılaştırılacaktır. Medeni usul hukukunda, kural olarak geçerli ilke olan tasarruf ilkesi; taraflara, dava konusunu belirleyebilme gücünü vermektedir. Tarafın, belirlediği dava konusunu haklı çıkarmaya yönelik olarak, dayandığı hukuk kuralının koşul vakıalarına karşılık gelen somut vakıaları ve bu vakıaları yansıtacak delilleri, kimin getireceği sorusu ise, taraflarca getirilme ilkesiyle cevaplanır. O yüzden, burada yapılacak değerlendirme dava malzemesine ilişkin olan ilkeler hakkında olacaktır.

### **B. Taraflarca Getirilme İlkesi**

Taraflarca getirilme ilkesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 25. maddesinde yargılamaya egemen ilkelerden biri olarak düzenlenmiştir. Birinci fıkra, vakıaların ileri sürülmesini düzenlerken; ikinci fıkra, delillerin ileri sürülmesini düzenlemektedir. Her iki faaliyet de, taraflarca yerine getirilir. Taraf hakimiyetinin kısıtlanması ancak istisnai hallerde söz konusudur.

Taraflarca getirilme ilkesinin dava malzemesine ilişkin olduğu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 24. maddesinde düzenlenen tasarruf ilkesinin ise davanın bütünü üzerinde tasarruf edilebilmesine ilişkin olduğu yolundaki anlayış geliştirilinceye kadar, tasarruf ilkesiyle taraflarca getirilme ilkesi eş anlamlı olarak

kullanılıyordu ve taraflarca getirilme ilkesi tasarruf ilkesini de kapsıyordu<sup>1188</sup>. Bir başka deyişle, iki kurumun aynı kavram altında incelenme söz konusuydu. Daha sonra iki ayrı kavram olarak ele alınmaya başlandı. Bu kavramsal farklılaşmaya rağmen, her iki ilkenin birlikte, taraf özgürlüğünün ve sorumluluğun ifadesi olduğu unutulmamalıdır<sup>1189</sup>. Taraflarca getirilme ilkesi, tasarruf ilkesinin tamamlayıcısı olarak ortaya çıkar ve bu sayede, dava dosyasındaki malzeme, taraflarca getirilir ve hakimnin davayı aydınlatma ödevinin sınırları belirlenir<sup>1190</sup>. Bu iki ilke, temelinde hakkın yer aldığı özel hukuk düzeninin yargılama hukukuna yansımasıdır<sup>1191</sup>. Dolayısıyla davanın seyrinde tarafların geniş bir hakimiyet alanı vardır; zira, ilk aşamada, davanın sonucundan yararlanacak olan da zarar görecektir olan da taraflar olacağına göre uyuşmazlık konusu vakıaları getirme sorumluluğu da taraflara aittir<sup>1192</sup>.

Günümüzde kabul edilen anlamı ile taraflarca getirilme ilkesi, vakıaların ve delillerin taraflarca getirilmesi anlamında kullanılmaktadır; ancak re'sen araştırmaya yetkili olmasa bile, usul hukuku bakımından izin verilmiş olması halinde, hakimnin, kendiliğinden delil getirmesi mümkündür; buna karşılık, ilgili hukuk kuralının araştırılması ve uygulanması her zaman mahkemenin sorumluluğundadır.

<sup>1188</sup> **Stürner, R./Bruns, A./Leipold, D.:** Globalisierung und Sozialstaatsprinzip, (Sozialer Zivilprozess, Prozessmaximen und Prozessgrundrechte im 21. Jahrhundert) Tübingen 2014, s. 235-254, s. 237. **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 76 Rn. 2.

<sup>1189</sup> **Stürner/Bruns/Leipold**, Prozessmaximen, s. 237. **Erdönmez**, Pekcanıtez Usul, s. 800. Taraflarca getirilme ilkesinin, tasarruf ilkesinin dava malzemesinin araştırılmasındaki uzantısı olduğu düşünülse de, iki ilke arasında zorunlu bir bağ söz konusu değildir. Yargılamaya katılanların, re'sen başlatılan bir yargılamayı amaçlı dava malzemesi seçimiyle saptırabilmesi veya ilgili malzemeyi reddederek sekteye uğratması mümkün olduğu için re'sen hareket geçme ile taraflarca getirilme ilkesinin bağdaşması zordur, ama FamFG 23. maddesi "gerçek talep yargılaması", tasarruf ilkesi ve re'sen araştırmanın birlikte ortaya çıkabileceğini göstermektedir. Bu halde yargılamaya katılanların elinde yargılamanın varlığı olmasına rağmen, yargısal gerçek ellerinde değildir. **MüKoZPO/Rauscher**, Einleitung Rn. 353. Buna karşılık taraflarca getirilme ilkesinin tasarruf ilkesinin doğal bir sonucu olduğu hakkında bkz. **Elgün Toğrul** s. 123-124.

<sup>1190</sup> **Yılmaz**, Şerh Cilt I, s. 922; aynı yönde **Tanrıver**, Medeni Usul Cilt I, s. 415; **Özçelik, V.:** Türk Medeni Usul Hukukunda Taraflarca Getirilme İlkesi, Ankara 2020, s. 65.

<sup>1191</sup> **MüKoZPO/Rauscher**, Einleitung Rn. 354; **Wagner**, Prozessverträge, s. 64-65.

<sup>1192</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 77 Rn. 3; **Stein/Jonas/Jacoby** Vor § 50 Rn. 3.

Mahkemenin, tarafların üzerinde mutabık kaldığı vakıa iddialarıyla bağılı olması, hukuki işlemler yoluyla kendi hukuki ilişkilerini serbestçe düzenleyebilme imkanlarının dolaylı bir sonucudur<sup>1193</sup>. Böylelikle maddi hukuktaki irade özerkliğinin, yargılama hukukundaki paraleli olarak ortaya çıkar<sup>1194</sup>. Belirli bir sonuca hukuki işlem yoluyla ulaşılması mümkünse, artık bunun gerçekten hukuki işlem yoluyla gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin araştırılmasında herhangi bir kamusal menfaatten söz edilemez<sup>1195</sup>. Bu yüzden taraflara aynı amaca farklı yollardan gidebilme imkanı tanınmıştır; işte maddi hukuktaki durumdan ayrılan bir hükme yol açacak şekilde yargılamayı yönlendirmeleri imkanı da bu kapsamda değerlendirilmelidir<sup>1196</sup>. Bu yüzden bir taraf, diğer tarafın gerçeğe aykırı iddialarını kabul edebilir<sup>1197</sup>. Dolayısıyla, taraflarca ileri sürülmeyi, tarafa bir yükleme gibi düşünmek günümüz Türk, İsviçre ve Alman usul kanunlarının yansıttığı liberal düşüncenin göz ardı edildiği anlamına gelir<sup>1198</sup>.

Zaman içinde taraflarca getirilme ilkesi pek çok yönden daraltılmıştır. Almanya’da hakimın davayı aydınlatma ödevinin kapsamının genişletilmesi ve

<sup>1193</sup> **Grunsky**, Sachurteil, s. 68.

<sup>1194</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 77 Rn. 3; **Wagner**, Prozessverträge, s. 64-65; **Sauer** s. 67.

<sup>1195</sup> **Grunsky**, Sachurteil, s. 68. Usul hukuku kamu hukukuna dahil edilse ve kamu hukukunda da ön planda kamusal menfaatlerin bulunmasından hareketle usuli ilişkiyle maddi hukuk ilişkisi arasında niteliksel bir fark olduğu ifade edilmiştir, **Berg**, Sachurteilsvoraussetzungen, s. 258. Usul hukukunun kamu hukukuna dahil olduğu kabul edilse bile, yerine getirmeye çalıştığı maddi hukukun ciddi ölçüde etkisinde olup usul kanununda göz önüne alınmıştır; dolayısıyla taraf menfaati ve kamusal menfaat ayrımının usul hukukunun kamu hukukuna dahil edilmesi halinde dahi yapılabilmesi mümkündür, **Sauer** s. 68.

<sup>1196</sup> **Grunsky**, Sachurteil, s. 68. Diğer taraftan gerek tasarruf ilkesine gerek taraflarca getirilme ilkesine taraflara, usul hukuku hükümlerinden ayrılmayı sağlayamaya elverişli yetkilendiren normlar olarak bakılamaz; aksi takdirde bütün usul hukuku tarafların tasarrufunda bulunurdu, **Wagner**, Prozessverträge, s. 65.

<sup>1197</sup> **Grunsky**, Sachurteil, s. 68. Taraflarca getirilme ilkesinin verdiği cevap, dava dışında mevcut taraf hakimiyetinin usul hukukunda nasıl devam edeceğine ilişkindir; yoksa re’sen araştırma ilkesi gerçeğin bulunması bakımından çok daha uygun bir ilke olarak sunulabilir, bkz. **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 25.

<sup>1198</sup> Krş. **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 24; **Özçelik** s. 66. Taraflarca getirilme ilkesinin eleştirisi için bkz. **Umar**, Şerh, s. 114 vd.

hakimin, dava yönetimindeki rolünün artması bu konuda önemli değişim kalemleri olarak ortaya çıkmakta; ancak taraflarca getirilme ilkesini kaldırmamaktadır<sup>1199</sup>. Türk hukuku bakımından ise HUMK'ta sayılan ilk itirazlarla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda sayılan ilk itirazlara bakmak, değişimi görmek açısından yeterli olacaktır. Türk hukukunda da bugün varılan nokta ele alındığında, liberal düşünce biçiminin etkisinde şekillenmiş usul hukuku sisteminden uzaklaşma eğilimi görülmektedir<sup>1200</sup>.

HUMK'un yürürlükte olduğu zaman, dava şartları değil, ilk itirazlar sayılmıştı. Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girene kadar, HUMK'un 187. maddesinde düzenlenen bu itirazlara ilişkin çeşitli değişiklikler yapılmış olsa da, yukarıda sözü edilen yargılama ilkeleri düzleminde bir değişiklik olmayıp münferit değişiklikler söz konusudur. Bu sebeple bu maddenin ilk halini ele almak değişimi göstermek bakımından daha isabetli sonuçlara ulaşılmasını sağlayacaktır.

Maddeye göre ilk itirazlar, Türkiye'de ikametgahı bulunmayanlardan teminat talebi, yetki itirazı, davanın ayrılması gerektiği itirazı, derdestlik, davalar arasında bağlantı bulunduğu, dilekçelerde kanuni eksiklik bulunduğu veya tebliğin usulüne aykırı yapıldığı ve karşı davanın caiz olmadığıdır. Bakıldığında itirazların bir kısmının biçimsel (şekli) dava yönetimine ilişkin olduğu görülecektir. Bu kurumların tarafların eline bırakılmış olmasının nedeni, usul kanunlarının yapıldığı sırada hakim olan liberal düşüncedir<sup>1201</sup>. Çünkü yargılamanın teknik kısmındaki hakimiyet, kolaylıkla yargılamanın maddi yönetimi üzerindeki hakimiyete dönüşecektir<sup>1202</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ise HUMK'un taşıdığı düşünceyi değiştirerek, hakimin yargılamanın biçimsel yönetimine dair daha etkin bir konumda olmasını sağlamıştır.

<sup>1199</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 77 Rn. 2.

<sup>1200</sup> Yılmaz, Islah, s. 30 vd.: Arslan, Dürüstlük Kuralı, s. 51; Hanağası, Menfaat, s. 29.

<sup>1201</sup> Lücke, ZivilProzR I §16 Rn. 1.

<sup>1202</sup> Lücke, ZivilProzR I §16 Rn. 1.

Değişimin, taraflarca getirilme ilkesini ortadan kaldıracak noktaya gelmemesinde, pratik değerlendirmeler ve psikolojik sebepler de etkili olmuştur. Gerçekten, her iki tarafın da, kendi lehine olan vakıaları getirmesiyle uyuşmazlığı doğru bir biçimde yansıtan bir resmin ortaya çıktığı yönündeki tecrübeler ve uyuşmazlık sayısının çokluğunun, mahkemelerin, dava malzemesini re'sen açıklığa kavuşturmasının önünde engel oluşu; ibrenin taraflarca getirilme ilkesi alanında kalmasını sağlamıştır<sup>1203</sup>. Tarafların kendi menfaatleri yönünde hareket etme gerçeği ve birbirine zıt menfaatleri dava malzemesinin teminini sağlamakta, devletin yapacağı araştırmaya göre gerçeği çok daha iyi bir şekilde ortaya çıkaracaktır<sup>1204</sup>. Tabii ki her ihtimalde, taraflarca getirilme ilkesinin sebep olabileceği zararları gidermekte en etkili araç olarak görülen<sup>1205</sup> hakimın davayı aydınlatma ödevi de devrede olacaktır.

Aslında önceki bölümde incelenmesi gereken teminat şartının bu bölüm altında incelenmesinin sebebi, taraflarca getirilme ilkesinin dışına çıkarılmasının meşruiyetini sorgulamaktır. Bu sorgulamada hareket noktası, teminatın gösterilmesinin amacı olmalıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 84. maddesinin birinci fıkrası, teminatla, yargılama giderlerinin karşılanması gerektiğini belirtmiştir. Günümüzde haksız yere dava açan kişinin yalnızca yargılama giderlerini göze alması yeterlidir<sup>1206</sup>. İşte teminat kurumunun amacı bu caydırıcılığı desteklemektir<sup>1207</sup>. Bir başka deyişle dava sonunda haksız çıkan davacının mahkûm olduğu yargılama giderlerini ödeyebilecek durumda olması gerekmektedir. İşte teminatın dava şartı olarak kabul edilmesindeki sorun da

<sup>1203</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 77 Rn. 3.

<sup>1204</sup> Rimmelspacher, von Amts wegen, s. 25-26, Rosenberg/Schwab/Gottwald § 77 Rn. 3. Aynı yönde Martin s. 47; Tanrıver, Medeni Usul Cilt I, s. 415; Erdönmez, Pekcanitez Usul, s. 800.

<sup>1205</sup> Jauernig/Hess § 25 Rn. 33; Tanrıver, Medeni Usul Cilt I, s. 417; krş. Yılmaz, Şerh Cilt I, s. 1226.

<sup>1206</sup> Hellwig, System I, s. 247;

<sup>1207</sup> Krş. Kuru, Cilt IV, s. 4154; Yılmaz, Şerh Cilt II, s. 2149; Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1195; Kıyak, E.: "Türkiye'de Mutad Meskeni Olmayan Türk Vatandaşları İçin Teminat Gösterme Yükümlülüğü (HMK m. 84/1-a)", EÜHFD, C. XVI, S. 1-2, 2012, s. 225-246, s. 227.

tam olarak burada çıkmaktadır. Dava sonunda yargılama giderleri haksız çıkan davacıya yükletilse de bunu talep edip etmemek davalının elindedir. Davacı ve davalının bu giderlere ilişkin ibra sözleşmesi yapması da mümkündür. Görüldüğü üzere teminat kurumu, davada davalının (icra takibinde borçlunun) menfaatine yöneliktir<sup>1208</sup>; yoksa teminat aranmasıyla kamusal herhangi bir menfaate hizmet edilmemektedir<sup>1209</sup>. O halde bu kurumu re’sen incelemenin konusu yapıp taraf egemenliğinden çıkarmanın hiçbir gerekçesi yoktur. Söylenenler sadece günümüz için değil, Ortak Hukuk’ta da geçerliydi, o dönemde de teminata ilişkin re’sen inceleme uygulanmazdı<sup>1210</sup>.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun hazırlanması sırasında yararlanılan İsviçre Usul Kanunu’ndan hareketle de bir sonuca ulaşılması mümkün değildir; zira İsviçre Usul Kanunu tüm usuli engeller için re’sen inceleme öngörerek, ilk itiraz dava şartı ayrımını ortadan kaldırmıştır<sup>1211</sup>. İsviçre hukuku bakımından da kamusal menfaat barındırmamasına rağmen teminat verilip verilmediğini re’sen incelemenin konusu yapmak eleştiriye açıktır. Öte yandan tüm usuli engelleri aynı rejime tabi tutmak tutarlıdır. Türk hukuku ise hem dava şartı ilk itiraz ayrımı yapmakta hem de yine hiçbir kamusal menfaat barındırmayan teminat verilmesini dava şartı olarak düzenleyerek tutarsızlık göstermektedir.

İsviçre hukukundaki durum bu şekilde ifade edildikten sonra, bir hususa dikkat çekmek gerekir. İlk itiraz ve dava şartı ayrımının kaldırılmasının özel önem taşıyacağı yer, tahkim ilk itirazıdır. Bu yüzden İsviçre’deki durumu aktarmak gerekir. Zira

---

<sup>1208</sup> Krş. **Arslan, A. S.:** “HMK Hükümlerine Göre Teminat Kurumu ve Dava Şartı Niteliği”, DEÜHFD, C. 16, Özel S. 2014 (Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan), s. 943-974, s. 944-945, ayrıca bkz. 953; **Karlı, A.:** Medeni Muhakeme Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2020, s. 399-400.

<sup>1209</sup> **Sauer** s. 67.

<sup>1210</sup> **Bolgiano**, Einreden, s. 48.

<sup>1211</sup> **Erk** s. 77; **Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Zürcher** § 59 Rn. 4.

tahkim ilk itirazının re'sen incelenmesi, tarafların yine anlaşarak devlet yargısına başvurma imkanlarını ellerinden alabilir. İşte bunu önlemek için İsviçre'de tahkim şartı bakımından re'sen incelemenin biraz daha farklı anlamlandırılması gerektiği ifade edilmiştir<sup>1212</sup>. Buna göre, davalı, devlet mahkemesinde açılmış olan davaya direkt olarak cevap verip tahkim şartı hariç diğer savunma araçlarına başvurursa, artık tahkim şartı dikkate alınmaz. Ancak davalı davaya cevap vermezse ve sessiz kalırsa, mahkeme, tahkim şartını re'sen dikkate alarak davayı reddedecektir.

### C. Re'sen İnceleme İlkesi

Re'sen inceleme Türk hukukunda belirsizlikte kalmış bir konudur. Örneğin Kuru, mahkemenin dava şartlarını “...kendiliğinden araştırmak ve incelemekle (yani gözetmekle) yükümlü...” olduğunu ifade etmektedir<sup>1213</sup>. Tanrıver de genel eserinde dava şartlarına giriş yaparken<sup>1214</sup> “....mahkeme tarafından re'sen gözetilmesi gereken...hususlar...”dan bahsederken, sonrasında<sup>1215</sup> “....dava şartlarının incelenmesi bağlamında, re'sen araştırma ilkesi uygulanır” demektedir. Atalı da<sup>1216</sup>, “...hakim, dava şartlarının mevcut olup olmadığını, yargılamanın her aşamasında ve re'sen gözetmek (ve araştırmak) zorundadır” diyerek re'sen inceleme ve re'sen araştırmayı aynı kavramlar olarak kullandığı izlenimi vermektedir. Oysa iki kavram arasında açıklanacağı üzere ciddi fark vardır.

“Re'sen” ifadesiyle dikkate alınan, yargı organlarının, yargılamaya katılanların davranışlarından bağımsız olarak yerine getirmek zorunda olduğu görevleriyle, ancak

<sup>1212</sup> Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Zürcher § 61 Rn. 16 vd.; Christoph, BK-ZPO § 61 Rn. 8 vd.

<sup>1213</sup> Kuru, Cilt II, s. 1391.

<sup>1214</sup> Tanrıver, Medeni Usul Cilt I, s. 699.

<sup>1215</sup> Tanrıver, Medeni Usul Cilt I, s. 701.

<sup>1216</sup> Atalı, M.: Medeni Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı, Ankara 2014, s. 142.

yargılamaya katılanların talebi üzerine yapılması mümkün işlemleri arasındaki zıtlıktır<sup>1217</sup>.

Medeni usul hukukunda hakimın kendiliğinden harekete geçememesi (*ne procedat judex ex officio*) ilkesinin hakim olduğu alanlar incelendiğinde, re'sen incelemenin düzenlendiği durumların istisna olduğu ortadadır<sup>1218</sup>. Bir başka deyişle bu hallerde, taraflarca getirilme ilkesinin meşruiyetini sağlayan temellerden ayrılma söz konusudur. Taraflarca getirilme ilkesinde, gerek ilk başta gerek sonrasında belirleyici olan ve değişmeyen unsur, taraf menfaatidir. Buradan çıkarılacak sonuç, re'sen inceleme için fazladan bir unsurun da değerlendirmeye alındığıdır; yoksa, re'sen inceleme kavramına ihtiyaç olmazdı. O halde, tarafların, maddi hukuk şartları çerçevesindeki usuli ödevlerine ilişkin sorumluluklarının sınırı, dava şartları bakımından asgari düzeyi oluşturmaktadır<sup>1219</sup>.

Re'sen incelemenin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlendiği yerlere bakıldığında; örnek olarak, vekaletnamesiz dava açılmasına ilişkin 77. madde, dava şartlarının incelenmesine ilişkin 115. madde<sup>1220</sup>, süresinden sonra açılan karşı davaya ilişkin 133. maddenin ikinci fıkrası, istinaf dilekçesinin, kanuni süre süre geçtikten sonra veya kesin bir karara ilişkinse reddine dair 346. madde sayılabilir. Dolayısıyla re'sen incelemede konu her zaman, bir bütün olarak davanın<sup>1221</sup>, kanun yolunun veya

---

<sup>1217</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 30; **v. Weber** s. 91; benzer yönde **Kälin** s. 48.

<sup>1218</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 30.

<sup>1219</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 146.

<sup>1220</sup> 115. maddenin düzenlemesi gereği, dava şartı olarak kabul edilen bir kurum hakkında re'sen inceleme geçerli olacaktır. Bu hüküm olmasaydı da içerdiği kamusal menfaat sebebiyle re'sen inceleme gerekirdi. Alman hukukunda da kanunda düzenlenmiş olmasa da, dava şartının re'sen incelenmek zorunda olduğu belirtilmiştir, **Stein/Jonas/Kern** vor § 128 Rn. 193; **Martin** s. 2.

<sup>1221</sup> Burada ilk itirazlar kapsamında değildir, zira kanun, tarafın, ilk itirazı ileri sürmesini aramıştır. Onlar için hala taraflarca getirilme ilkesi geçerlidir, **Stein/Jonas/Kern** vor § 128 Rn. 194; **Kälin** s. 31.



bir usul işleminin kabul edilebilirlik şartlarıdır<sup>1222</sup>. Yine, re'sen incelemenin ana uygulama alanının dava şartları olduğu belirtilmelidir<sup>1223</sup>.

Re'sen incelemenin nasıl yapılacağı hakkında, kanunda bir belirleme yapılmamıştır. O halde gerek yer aldığı düzenlemelerden gerekse dava malzemesine ilişkin genel ilkelerden bir çıkarım yapılması ihtiyacı söz konusudur.

Re'sen incelemeye dair değerlendirmelere geçmeden önce dava şartlarını çeşitli ayrımlara tabi tutarak farklı inceleme usulleri öngören görüşler kısaca değerlendirilebilir. Bir görüşe göre<sup>1224</sup>, yargı hakkı, yargı yolu, görev ve kesin yetki bulunması gereken bir vakıa, durumdan ziyade hukuksal duruma ilişkindir. Hakim, hukuku re'sen uyguladığı için, varlığı gerekli hukuki durumun mevcudiyetini taraflarca veya kendisince yapılacak bir ispat faaliyetine gerek olmadan kendisi tespit eder. Bu görüşün vakıa durumuna ilişkin dava şartları olarak gördüğü durumlar ise üçe ayrılır. Vekilin usulüne uygun düzenlenmiş bir vekaletnamesinin bulunması, gider avansının yatırılmış olması ve teminatın yatırılmış olup olmadığı, hakimin bir etkinliğine gerek olmadan dosyadan belli olmaktadır. Vekilin baroya kayıtlı olup olmadığının, taraf ehliyetinin, dava ehliyetinin, kanuni temsilcinin usulüne uygun atanıp atanmadığının ve dava takip yetkisinin mevcudiyeti ise ispat faaliyetine ihtiyaç gösterir. Derdestlik ve maddi anlamda kesin hükmün bulunup bulunmadığına ilişkin ise, hakim, kendiliğinden gerçekleştireceği bir tespit faaliyetiyle sonuca ulaşamaz, tarafların etkinliği gerekir.

---

<sup>1222</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 77 Rn. 48; **Stein/Jonas/Kern** Vor § 128 Rn. 193; benzer yönde **Grunsky**, Grundlagen, § 22 I 3, s. 201; **v. Weber** s. 92.

<sup>1223</sup> **Grunsky**, Sachurteil, s. 58.

<sup>1224</sup> **Umar**, Şerh, s. 356.

Bir diğ er g r     görüş<sup>1225</sup>, yargı hakkı, yargı yolu, g r ev ve kesin yetki hallerini hakim re’sen araştırır. Davaya vekalet ve geçerli vekaletname, gider avansının yatırılmış olması ve teminata ilişkin kararın yerine getirilmiş olması dosyadan anlaşılır. Vekilin baroya kayıtlı olması, derdestlik ve maddi anlamda kesin hüküm ise tarafça ispat edilmelidir.

Öncelikle yapılan ayrımların herhangi bir kanuni temeli olmadığı ifade edilmelidir. Aksine Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nu 115. maddesinin birinci fıkrası hiçbir ayrım yapmadan “*Mahkeme, dava şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır*” ifadesiyle tüm dava şartlarına aynı inceleme usulünün uygulanacağına işaret etmiştir. Hukuki duruma ilişkin olmaktan yola çıkıldığında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 33. maddesinde kendisine açıkça yer bulan “hakim hukuku bilir” (*iura novit curia*) ilkesine rağmen neden ayrıca bir re’sen incelemeden bahsedildiği sorusu cevapsız kalacaktır. Yargı hakkı, yargı yolu, g r ev ve kesin yetkinin hukuksal bir duruma ilişkin olmasıyla ne ifade edilmek istendiği açık olmadığı gibi örneğin taraf ehliyetinin neden bir hukuksal duruma ilişkin olmadığı da, söz konusu g r     tarafından açıklanmamıştır. Taraf ehliyeti, ilke olarak, hak ehliyetine bağlı olup hak ehliyeti de gerçek kişiler bakımından insan olmaya, sa  ve tam do uma ba lanmı tır. Yani hukuk düzeni sa  ve tam do mu  olma vakıalarına bir hukuki sonuç ba lamı tır. Tüzel kişiler bakımından ise, durum çok daha açıktır. Tüzel kişi, tamamen hukuki duruma ait bir nitelendirmedir. Dolayısıyla g r ev ne kadar hukuki bir durumsa, taraf ehliyeti de o kadar hukuki durumdur. Derdestlik ve maddi anlamda kesin hükümün bulunmaması şartları bakımından, mahkemenin devre dışı bırakılması da, yukarıda işaret edilen 115. maddenin birinci fıkrası karşısında savunulması g   bir g r     olarak

---

<sup>1225</sup> G rg n/B r  /Toraman/Kodako lu s. 263-264. Sadece g r ev bakımından Aslan s. 311.

ortaya çıkmaktadır. Yargı yolu, görev ve kesin yetkinin kurulması için delil sunulup sunulmayacağına ilişkin belirleme hukuki durumdan veya vakıa durumundan kaynaklanma gibi herhangi kanuni bir temeli olmayan ayırmadan kaynaklanmaz. Aşağıda açıklanacağı üzere sorun bütünüyle yargı hakkı, yargı yolu, görev ve kesin yetkinin talep temelini oluşturan vakıalara bağlanıp bağlanmaması ve öncelikli incelenmesine ilişkindir.

Tespit edilen vakıaların hukuki nitelendirmesi zaten hakimin görevi olduğuna göre (*iura novit curia*) re'sen incelemenin bu aşamada ne gibi bir özelliği olduğu sorusu akla gelebilir? Sorunun cevabı için dava şartı kavramının yaratıcısına başvurmak faydalı olacaktır. Bülow'un dava şartlarını çekip çıkarttığı yer, geciktirici def'iler kategorisiydi<sup>1226</sup>. Mesele, taraflarca mahkemeye getirilmiş olan dava malzemesine, hakimin, kendi inisiyatifiyle usul hukukunun ölçütlerini uygulayıp uygulayamayacağıdır. Yazar, usul ilişkisinin unsurlarının sadece tarafların menfaatleriyle ilgili olmadığını, aksine mahkemenin aktif katılımıyla, devlet otoritesinin altında cereyan eden kamusal bir işlem olması nedeniyle büyük ölçüde emredici karakteri haizi olduğunu ifade etmektedir. Buradan hareket eden Yazar, mahkemenin davalının eksikliği ileri sürmesini beklemek zorunda olmadığı sonucuna varmaktadır<sup>1227</sup>. Yani hakim önüne gelen dava malzemesine, tarafların itirazı olmasa bile, usul hukukunun ölçütlerini re'sen uygulamak zorundadır, davalının işaret etmesine gerek yoktur<sup>1228</sup>. İşte böylece dava şartları, def'i kavramından çıkarılmaktadır<sup>1229</sup>.

---

<sup>1226</sup> Dava şartları çok kere def'i gibi (einredeweise) meydana çıksa ve ileri sürülse de, teknik anlamda def'i teşkil etmeyip, tarafça ileri sürülmeleri sadece hakimi bu konuda teşvik eder denilebilir. Keza davacı tarafından da dava şartı eksikliğinin ileri sürülmesi mümkündür, **Kälın** s. 31-32.

<sup>1227</sup> **Bülow**, Prozessvoraussetzungen, s. 303.

<sup>1228</sup> **Bülow**, Prozessvoraussetzungen, s. 304.

<sup>1229</sup> **Bülow**, Prozessvoraussetzungen, s. 305.

Buraya kadar anlatılanlar, dava malzemesinin toplanmasına ilişkin olmayıp sadece hukukun uygulanmasına yöneliktir<sup>1230</sup>. Hakimin hukuku bilmesinin (*Iura novit curia*) sonucu olarak hakim, önüne gelen dava malzemesine, zaten gerek maddi hukuk gerek usul hukukunun kurallarını uygular.

O zaman şu soru ortaya çıkmaktadır: Re'sen inceleme dava malzemesinin toplanması bakımından herhangi bir anlamı haiz midir?

Re'sen inceleme ilkesi, taraflarca getirilme ve re'sen araştırma ilkelerinin arasında duran bir ilke olarak ortaya çıkmaktadır<sup>1231</sup>, ilkenin içeriği ve geçerli olduğu alanlarla ilgili görüşler de birbirinden uzaklaşmaktadır<sup>1232</sup>.

Burada, aşağıda açıklanacak her iki görüş için de ortak olan noktaya en başta yer verilebilir. O nokta, konu dava şartları olduğunda tarafların dava malzemesi üzerinde sahip olduğu hakimiyete dayanarak eksikliği giderebilmelerinden, kural olarak, bahsedilememesidir<sup>1233</sup>. Özellikle bu konudaki ikrar<sup>1234</sup> (örneğin, davalı, davacının, aynı davanın bir başka mahkemede derdest olmadığı iddiasını ikrar etse dahi, mahkeme bununla bağlı değildir<sup>1235</sup>) veya tarafların uyuşması<sup>1236</sup> mahkemeyi bağlamaz<sup>1237</sup>. Taraflar, mahkemeyi dava şartlarını incelemekten deyiş yerindeyse

<sup>1230</sup> **Rosenberg**, Lehrbuch, s. 299.

<sup>1231</sup> **Lüke**, ZivilProzR I § 2 Rn. 16; **Stein/Jonas/Kern** Vor § 128 Rn. 192; **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 113 Rn. 37; **MüKoZPO/Rauscher**, Einl. Rn. 377.

<sup>1232</sup> **Stein/Jonas/Kern** Vor § 128 Rn. 192.

<sup>1233</sup> **Berg**, Sachurteilsvoraussetzungen, s. 258; **Schlosser** s. 135; **Grunsky**, Sachurteil, s. 68; **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 207; **Elgün Toğrul** s. 122. Ancak, tarafların ilgili konuda delil getirip getirmeme inisiyatifi devam etmektedir. Bu yüzden taraf hakimiyeti tamamen dışarıda bırakılmış değildir, **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 33.

<sup>1234</sup> **Grunsky**, Sachurteil, s. 68; **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 33; **Hau**, Zulässigkeit und Begründetheit, s. 35; **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 234; **Umar**, Şerh, s. 357; **Alangoya**, İlkeler, s. 133; **Üstündağ**, Medeni Yargılama, s. 313; **Elgün Toğrul** s. 122.

<sup>1235</sup> **Grunsky**, Sachurteil, s. 68.

<sup>1236</sup> **Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle** Vor § 253 Rn. 14; **Hau**, Zulässigkeit und Begründetheit, s. 35; **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 234; **Alangoya**, İlkeler, s. 133; **Tanrıver**, Medeni Usul Cilt I, s. 701; **Akcan**, Temyiz Nedenleri, s. 105-106; **Kale**, Taraf Ehliyeti, s. 45; **Elgün Toğrul** s. 122.

<sup>1237</sup> İtirazın kaldırılması yargılaması bakımından da bir fark yoktur. Yani senede veya belgeye bağlı olma kuralı sadece ileri sürülen maddi hukuk talebi bakımından geçerlidir. Bu hem İcra ve İflas

“azat edemez”<sup>1238</sup>. Çünkü dava şartlarının pek çoğunda tarafları aşan, kamusal menfaat söz konusudur<sup>1239</sup>. Örneğin, önceden kesin hükme bağlanmış bir uyuşmazlık hakkında yeniden dava açılması, kabul edilebilir değildir. Çünkü bu kural, sadece ilk davada haklı çıkanı korumaz, aynı zamanda, birbirine zıt iki hükmün olması sonucunda ciddi bir biçimde zedelenebilecek işlem güvenliğini de korur. Bir diğer yönü ise usul ekonomisidir. Taraflara bir kere haklarını gerçekleştirme imkânı verildikten sonra, ikinci bir kere bu imkanın tanınması, hukuki gerekçeden yoksundur<sup>1240</sup>. Söz konusu nedenlerle kamunun ve yargı organlarının menfaati, mahkemenin, bu durumlarda, ikrarın oluşturacağı gerçeklikle bağlı kalmamasını gerektirir<sup>1241</sup>. Dolayısıyla taraflarca getirilme ilkesinin ciddi bir şekilde sınırlandırıldığı söylenebilir<sup>1242</sup>. Ancak buradan re’sen araştırma ilkesinin geçerli olduğuna dair herhangi bir sonuç çıkarılamaz<sup>1243</sup>.

Bir görüşe göre, hakim yalnızca “re’sen dikkate alır” ve taraflara bu eksikliği işaret eder<sup>1244</sup>. Hakimin, yargılamaya re’sen bağımsız vakıa getirmesi mümkün değildir<sup>1245</sup>. Tarafların getirdiklerinden bir şüphe doğması halinde ise, mahkeme buna işaret etmek ve dava şartının varlığını veya yokluğunu itiraz olmasa bile incelemek zorundadır<sup>1246</sup>.

---

Kanunu’nda yer alan 68. vd. maddelerinin lafzından hem de amacından çıkar. Alman hukukunda, itirazın kaldırılması yargılamasına benzeyen Urkundenprozess bakımından aynı yönde bkz.: **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 168.

<sup>1238</sup> **Martin** s. 46.

<sup>1239</sup> **Lüke**, ZivilProzR I § 2 Rn. 16; **Martin** s. 2; **Grunsky**, Sachurteil, s. 68, **Neumann** s. 6; **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 207; **Zöller/Greger** Vor § 253 Rn. 9a; **Wagner**, Prozessverträge, s. 75-76. Hukuki yararın sadece davalıyı değil, diğer hak arayanları ve toplumu gereksiz yüklerden koruması nedeniyle, re’sen inceleneyeceği yönünde **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 225-226.

<sup>1240</sup> **Grunsky**, Sachurteil, s. 69.

<sup>1241</sup> Krş. **Grunsky**, Sachurteil, s. 69.

<sup>1242</sup> **Martin** s. 47.

<sup>1243</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 77 Rn. 49; **Martin** s. 124; **Hau**, Zulässigkeit und Begründetheit, s. 35; **Erk** s. 78; **Kale**, Taraf Ehliyeti, s. 45-46.

<sup>1244</sup> **Schlosser** s. 135; **Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle** Vor § 253 Rn. 14; **Jauernig/Hess** § 33 Rn. 15; **Zöller/Greger** Vor § 253 Rn. 9a; **Thomas/Putzo/Seiler** Vor § 253 Rn. 12; **Neumann** s. 6; **BeckOK ZPO/Bacher**, 45. Ed. 1.7.2022, ZPO § 253 Rn. 10.

<sup>1245</sup> **Wieser**, Rechtsschutzbedürnis, s. 233. Benzer yönde **Alangoya**, İlkeler, s. 133.

<sup>1246</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 77 Rn. 49; **Alangoya**, İlkeler, s. 133.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun ifadesiyle “*kendiliğinden*” incelemenin sözcük anlamından yola çıkılması halinde de, var olan bir malzemenin incelendiği çıkarımı yapılabilir. Yani re’sen incelenmesi gereken fiili durumlar da yargılamaya taraflarca getirilmelidir<sup>1247</sup>. Böylece re’sen araştırma ilkesinden ayrılır<sup>1248</sup>. Zira hakimin vakıa getirmesi mümkün değildir. Hatta re’sen inceleme ilkesinden ayrılması sebebiyle, dava şartları için de temelde taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu ifade edilmiştir<sup>1249</sup>.

Mahkeme ilk olarak, taraflardan delil göstermesini istemek zorundadır<sup>1250</sup>. Taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı durumlar söz konusu olduğunda bile hakimin re’sen başvurabildiği delillere (keşif, bilirkişi) başvurulması tabii ki burada da mümkündür<sup>1251</sup>. Ayrıca ilgili kabul edilebilirlik şartının barındırdığı kamusal menfaatin ölçüsü, bu şarta riayet edilmesindeki taraf etkisinin değişiklik göstermesine sebep olabilir<sup>1252</sup>.

Bu görüşteki yazarlar, böyle bir yaklaşımla, dava malzemesinin toplanmasıyla re’sen inceleme ilkesinin sanki hiçbir bağı yokmuş gibi bir anlayışı yansıtmaktadırlar. Ancak, burada cevaplanması gereken soru, yazarların, neden re’sen inceleme ilkesini, taraflarca getirilme ilkesi altında, re’sen araştırma ilkesinin yanında inceledikleridir. Eğer re’sen inceleme ilkesi bu anlamda, sadece tarafların getirdiği dava malzemesi kapsamında, tarafların eksikliğe dayanmamasına halinde hakimin o eksikliği gözetebilmesi anlamındaysa *iura novit curia* başlığı altında değerlendirilmesi daha

<sup>1247</sup> **Bülow**, Prozessvoraussetzungen, s. 304; **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 77 Rn. 49; **Lüke**, ZivilProzR I § 2 Rn. 16.

<sup>1248</sup> **Lüke**, ZivilProzR I § 2 Rn. 16.

<sup>1249</sup> **MüKoZPO/Rauscher**, Einl. Rn. 376; **Musielak/Voit/Musielak**, Einl., 19. Aufl. Rn. 44.

<sup>1250</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 77 Rn. 49.

<sup>1251</sup> **Lüke**, ZivilProzR I § 2 Rn. 16.

<sup>1252</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 77 Rn. 50-51; **v. Weber** s. 91.

makul olacaktır. Oysa, Rauscher, *Iura Novit Curia*'yı Münchener Kommentar'ın girişinde Rn. 369-371 paragraflarında incelerken re'sen incelemeyi Rn. 376-381 paragraflarında ele almaktadır<sup>1253</sup>. Musielak da re'sen inceleme hakkında taraflarca getirilme ilkesi ve re'sen araştırma ilkesi başlığı altında açıklama yapmaktadır<sup>1254</sup>. Gottwald da aynı şekilde re'sen inceleme ilkesini taraflarca getirilmesi üst başlığı altında incelemektedir<sup>1255</sup>. Yine Gottwald, yargı hakkına tabi olmayı bir dava şartı olarak nitelendirmesine rağmen<sup>1256</sup>, incelenmesinde re'sen araştırma ilkesinin uygulanacağını belirtmiştir<sup>1257</sup>. Görüldüğü üzere, taraflarca getirilme ilkesine geçerlik tanıyan görüşler bile, kendi içlerinde zorlanmaktadır. Bu da gayet normaldir; zira taraf menfaatlerini merkeze alan taraflarca getirilme ilkesiyle, taraf menfaatine ek kamusal menfaat barındıran dava şartlarına ilişkin sağlıklı çözüm üretmeye çalışmaktadırlar.

Bir diğer getirilecek eleştiri, dava şartlarına içkin olan birey üstü, kamusal menfaatin dava malzemesinin toplanmasında hiçbir etkide bulunmamasına dair bir açıklama getirmemeleridir. Yukarıda açıklanmış olan taraflarca getirilme ilkesinin düşünsel temellerine bu alanda bir ekleme yapılmaktadır. İşte bu ekleme sonucu “denklem” bozulmaktadır. Ortada eşit bir durum yoktur ki, eşit sonuçlar söz konusu olsun!

O halde bu menfaat farklılığı, re'sen araştırma ilkesine varılması konusunda bir zorunluluk öngörmemesine karşın, taraflarca getirilme ilkesinden ayrılmak konusunda yeterli temeli sağlamaktadır. Aksi takdirde tarafların, dava şartlarının korunan menfaatleri korunmasını saf dışı bırakma imkanı gündeme gelebilir<sup>1258</sup>.

---

<sup>1253</sup> Bkz.: **MüKoZPO/Rauscher**, Einl.

<sup>1254</sup> Bkz.: **Musielak/Voit/Musielak**, ZPO, 19. Aufl. Rn. 37-44.

<sup>1255</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 77 Rn. 48.

<sup>1256</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 19 Rn. 14.

<sup>1257</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 77 Rn. 45.

<sup>1258</sup> **Grunsky**, Grundlagen, § 22 I 3, s. 201.

Re'sen incelemeye, dava malzemesinin toplanmasında nasıl bir anlam verileceğini tespit etmek için, dava şartlarıyla takip edilen kamusal menfaat dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır<sup>1259</sup>. Kanımca kabul edilmesi gereken görüşe göre<sup>1260</sup>, verilmesi mümkün olan iki tür hatalı karardan yola çıkılabilir. İlk ihtimalde, hakim, hatalı olarak bir dava şartının eksikliğine hükmetmiş ve davayı usulden haksız yere reddetmiştir. Bu durumun sonucu, davacının varlığı muhtemel hakkının yerine getirilmesine engel olabilir. Söz konusu ihtimal, davacının, hakkının yerine getirilmesiyle ilgilenmesi zorunluluğu karşısında özel bir önem taşımaz. Böylece mahkemenin yardımı olmaksızın dava şartlarının varlığını ispat etmesi, davacıdan beklenebilir bir durum olarak ortaya çıkar. Kabul edilebilirlik şartlarının hepsinin varlığı halinde ise, her davanın kabul edilmesinde herhangi bir kamusal menfaat yoktur<sup>1261</sup>. Çünkü tarafların istememesi halinde, yine de onları mahkeme önüne çıkmaya zorlayacak bir menfaat söz konusu değildir<sup>1262</sup>. Hukuki koruma talep etmek ve gerektiğinde ilgili dava malzemesini mahkemeye getirmek, hukuk düzenince bireye yüklenmiştir<sup>1263</sup>. Diğer bir ihtimal bakımından durum daha farklıdır. Örneğin, hakimin hatalı olarak dava ehliyetinin varlığını kabul ettiği ve esastan karar verdiği ihtimalde, daha sonra yargılamanın yenilenmesine başvuru imkanı doğacaktır. Ayrıca uyuşmazlığın kesin olarak çözüldüğü de iddia edilemez.

Öte yandan devletin, dava ehliyeti olmayan kişiyi (kendi davasını yürütmeye muktedir olmayan kişiye) koruma yükümlülüğü vardır. Davalıyı, davacı karşısında

---

<sup>1259</sup> **Grunsky**, Grundlagen, § 22 I 3, s. 200-201.

<sup>1260</sup> **Grunsky**, Grundlagen, § 22 I 3, s. 202-203.

<sup>1261</sup> Yargılamanın amacına ulaşılmasının esastan bir kararla olabileceğinden yola çıkan **Martin**, re'sen incelemenin geçerliliği durumunda, esastan karar verilmesinde kamusal menfaat olmadığının söylenemeyeceğini; aksine davacının, kendi lehine esastan karara ulaşmaktaki menfaatinin, dava şartlarının varlığına dayanak olacak vakıaları ve delilleri getirmesi konusunda gerekli güvenceyi sağladığını ifade etmektedir, s. 125.

<sup>1262</sup> **v. Weber** s. 94.

<sup>1263</sup> **Rimmelpacher**, von Amts wegen, s. 172.



korumasız bırakmak ve normalde var olan silahların eşitliği sanki burada da varmış gibi davranmak kabul edilemez. O halde, davanın, sadece gerçekten tüm dava şartlarının sağlanmış olması halinde kabul edilmesinde kamusal menfaat vardır<sup>1264</sup>.

Bu örnekten hareket ederek belirtmek gerekir ki, davanın bir bütün olarak veya bir usul işleminin kabul edilebilirliğini destekleyen vakıaları getirme sorumluluğunu ilgili taraftan alıp mahkemeye yüklemek için herhangi bir neden yoktur<sup>1265</sup>. Taraflar, mahkemeye başvurmalarının kabul edilebilir olduğunu göstermek zorundadırlar<sup>1266</sup>. Kabul edilebilirlik şartlarına ilişkin iddia ve delil ikame yükünün davacıya yüklenmesi menfaatlere uygundur<sup>1267</sup>.

Öte yandan kabul edilebilirliğin mevcut olmadığına ilişkin olarak hakim şüphesini dayandırdığı vakıaların yargılamaya sokulması da mümkündür<sup>1268</sup>. Örneğin, hakim, gittiği bir kafede taraflardan birini görmüş ve ayırt etme gücü olup olmadığı hususunda tereddütleri uyanmışsa, ertesi gün, o taraftan, dava ehliyetini haiz olduğunu ispat etmesini isteyebilir. Bu açıdan bir “tek yanlılık”tan bahsedilebilir<sup>1269</sup>. Bu yöndeki vakıaların yargılamaya sokulması doğrudan davanın reddini gerektirmez, sadece o konuda ispat yükünü taşıyan tarafın, dava şartının varlığı veya yokluğu bakımından

---

<sup>1264</sup> **v. Weber** burada, mahkemelerin, taraflarca yargılamaya yabancı amaçlar için (zum gerichtsfremden Zwecken) kötüye kullanılmasının önlenmesindeki kamusal menfaate gönderme yapmıştır, **v. Weber** s. 94. Bu ifade sadece, yargılamaya yabancı amaçlar ifadesinden, dava şartlarıyla korunan menfaatlerin anlaşılması kaydıyla kabul edilebilir.

<sup>1265</sup> **Stein/Jonas/Kern** Vor § 128 Rn. 198; benzer yönde **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 150; **Grunsky**, Grundlagen, § 22 I 3, s. 202. **Grunsky** ve **v. Weber**, dava şartlarının eksikliğini dile getiren ikrarı veya bu tespitin dayandığı vakıanın uyuşmazlık konusu yapılmayarak kabul edilmesi halinde, mahkemenin bununla bağlı sayılmasının önünde bir engel olmadığını ifade etmektedir, **Grunsky**, Grundlagen, § 22 I 3, s. 202-203, **v. Weber** s. 97.

<sup>1266</sup> **v. Weber** s. 94.

<sup>1267</sup> **Grunsky**, Grundlagen, § 22 I 3, s. 202; **Martin** s. 4.

<sup>1268</sup> **Stein/Jonas/Kern** Vor § 128 Rn. 198; **Grunsky**, Grundlagen, § 22 I 3, s. 202-203; **Martin** s. 5. Pratik gerekçeler de, mahkemelere böyle genişletilmiş olanaklar verilmesini desteklemektedir, **v. Weber** s. 95. **Wieser**, hukuki yarar bağlamında hakim, davaya yeni vakıa sokması olanağının bulunduğunu ifade etmektedir, *Rechtsschutzbedürfnis*, s. 233-234.

<sup>1269</sup> Krş. **V. Weber** s. 94.

önem taşıyan durumları gösterip ispat etmesi gerekir<sup>1270</sup>. Dolayısıyla davanın reddi, mahkemenin dava şartının eksikliği hakkındaki kanaatine değil, ispat yükü üzerine düşen tarafın, bunu yerine getirememiş olmasına dayanır<sup>1271</sup>.

Alman hukukunda re'sen dikkate alınması gereken noktalar için hakimın işaret etme zorunluğu (ZPO § 139 III) kapsamında da hakim, kendi görüşüne göre kabul edilebilirliği ortadan kaldırması muhtemel vakıalara, bu bağlamda yardımcı vakıalara da, dikkat çeker<sup>1272</sup>. Kabul edilebilirliği ortadan kaldıran vakıalara ilişkin ihtimalin çürütülmediği bir durumda, dava reddedildiğinde, şüpheyne sebep olan vakıalar da dava malzemesine girmiş olur<sup>1273</sup>. Yani hakim, mutlaka taraflara bu konuda açıklama yapma, tavır alma imkanı tanınmalıdır<sup>1274</sup>.

Re'sen incelemenin tek yanlı olarak hakime verdiği yetkilere karşı bazı eleştiriler de getirilmiştir<sup>1275</sup>. Buna göre, kabul edilebilirliğin tesisi ve ortadan kalkması arasındaki sınırın nasıl belirleneceği hem teorik açıdan hem pratik açıdan netlikten uzaktır. İkisi madalyonun iki yüzü gibidir. Dolayısıyla kabul edilebilirliğin ortadan kalkmasından hareket etmenin doğruluğunun ortaya konulması gerekir.

Yukarıdaki paragraftaki eleştirinin çıkış noktası doğru olmakla birlikte, bu nokta eleştiri için yeterli değildir. Zira burada hakimın her iki türdeki vakıaları fark etmesi bir önem taşımaz. Önemli olan, hakimın bunların hangisini yargılamaya sokabileceğidir. Örneğin, hakimın zamanaşımı def'ini fark etmesi de mümkündür, ama hakim bunu re'sen dikkate alamaz. İşte bu yüzden, kabul edilebilirliği kuran veya ortadan kaldıran vakıalar bakımından ayırım yapılmasının zorluğu kabul edilmekle

---

<sup>1270</sup> **Martin** s. 5.

<sup>1271</sup> **Martin** s. 5.

<sup>1272</sup> **Stein/Jonas/Kern** Vor § 128 Rn. 198.

<sup>1273</sup> **Stein/Jonas/Kern** Vor § 128 Rn. 198.

<sup>1274</sup> **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 219.

<sup>1275</sup> **Rimmelpacher**, von Amts wegen, s. 152.

birlikte, bu ayrımın sadece yargılamaya vakıa sokmak için bir kriter olarak kullanılabileceği kabul edilmelidir.

Davalının kabulüyle sağlanması mümkün olan dava şartının söz konusu olduğunu (örneğin yargı hakkı) varsayarsak ve davalı cevap dilekçesi dahi vermezse şu tablo ortaya çıkar: Davalı, kendisi itiraz etmeyerek o şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini re'sen incelemesi için mahkemeye bırakmıştır. Böylece re'sen incelemenin tarafların da menfaatine hizmet ettiği düşüncesi ortaya çıkar<sup>1276</sup>.

Bir görüşe göre<sup>1277</sup>, dava şartlarından birinin eksikliği, henüz yargılama başında incelenip karara bağlanmadan yargılamaya devam edilirse, usul ekonomisine ve makul sürede yargılanma hakkının ihlali dolayısıyla adil yargılanma hakkına aykırı davranılmış olur. Ayrıca buradaki eksikliğe rağmen esasa yönelik inceleme yapılırsa, taraflarca bu eksikliğin olmadığı gibi bir kaniya varılacağı gibi esastan bir karar beklentisi doğar. Bu beklentiye rağmen usulden ret kararı verilirse, sürpriz karar verme yasağına aykırılık gündeme gelebilir. Öncelikle usulden ret kararı öncesinde de, kararın verildiği andan bağımsız olarak, taraflara mutlaka hukuki dinlenilme hakkı tanınması gerekmektedir.

Bu görüşün sürpriz karar yasağına ilişkin kısmına bu şekilde katılmak mümkündür. Buna karşılık tarafların beklentisine ilişkin kısmın kabul edilmesi mümkün değildir; zira, beklentinin ötesine geçilse ve her iki taraf da esasa ilişkin karar verilmesini istese bile, dava şartlarının barındırdığı kamusal menfaat, esasa ilişkin incelemeye engel olur. Yani burada tarafların beklentisinin bir önemi yoktur. Dava şartları karara bağlanmadan esasa yönelik işlem yapılmasının, usul ekonomisine ters düşeceği ve yargılama süresini uzatacağı şüphesizdir. Ancak bunların ötesinde dava

---

<sup>1276</sup> Krş. **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 37.

<sup>1277</sup> **Özekes**, Pekcanitez Usul, s. 1285; **Direnisa** s. 160-161.

şartı kavramı, esasa ilişkin yargılama yapılmasını ve karar verilmesini, bizzat kendisi önlemektedir. Bu sebeple, üzerinde şüphe olan dava şartına ilişkin sorun açıklığa kavuşturulmadan esasa geçilirse, öncelikle o şartın altında yatan menfaat zedelenmiş olacaktır. Usul ekonomisine ve makul süreye aykırılık ise, bunun sonucu olarak ortaya çıkacaktır.

Taraf ve kamusal menfaat kavramlarından yola çıkıldığında, re'sen incelemenin daha yüksek menfaat sebebiyle, vakıaların gerçekliğini tespit için neden daha uygun olduğu sorusu da cevaplanmalıdır<sup>1278</sup>. Medeni usul hukukunda şekli gerçeğin arandığı<sup>1279</sup>, bunun da sebebinin taraflarca getirilme ilkesi olduğu şeklindeki düşüncenin günümüzde kabulü mümkün değildir. Maddi gerçeğin arandığı iddia edilen ceza yargılaması da medeni yargılama da gerçeği bulmayı hedeflemektedir; sadece farklı menfaatler nedeniyle farklı yollar izlemektedirler<sup>1280</sup>.

Taraflarca getirilme ilkesinin psikolojik temeli, zıt menfaatler nedeniyle tarafların iddialarıyla gerçeğe ulaşılmasının mümkün olduğudur<sup>1281</sup>. Bu yüzden maddi hukuka ilişkin sorunlarda “şekli” gerçek yeterliyken, dava şartları söz konusu olduğunda barındırdığı kamusal menfaat nedeniyle mutlaka “maddi” gerçeğe ulaşılmalıdır, tarafların bu konuda sergileyecekleri potansiyel çaba bu konudaki tespitlerin doğruluğu hakkında yeterli garantiyi sağlayamaz düşüncesi dayanaksız kalmaktadır<sup>1282</sup>.

---

<sup>1278</sup> **Martin** s. 47.

<sup>1279</sup> Bir hukuki ilişkinin tespitinde kamusal menfaat varsa, şekli gerçekle yetinilemeyeceği görüşünü ifade eden bir örnek için bkz.: **v. Weber** s. 93.

<sup>1280</sup> **Martin** s. 47; **Yılmaz**, Islah, s. 33 vd.; **Tanrıver**, Medeni Usul Cilt I, s. 134-135.

<sup>1281</sup> Bkz. Yukarıda Üçüncü Bölüm VI B.

<sup>1282</sup> **Martin** s. 47; **Neumann** burada dava şartlarının incelenmesinde maddi gerçeklik ilkesinin (Prinzip der materiellen Wahrheit) kabul edilmediğini ifade etmektedir, **Neumann** s. 6. Yazarın bu düşüncesi yukarıda maddi gerçekliğe ilişkin yapılan açıklamalara dayanılarak bu çalışmada kabul edilmeyecektir.

Daha doyurucu bir gerekçe, taraflarca getirilme ilkesinin psikolojik temelleriyle ilgili olarak ortaya konulabilir. Uyuşmazlığın maddi hukuk boyutunda, tarafların birbirine zıt menfaatlerinden yola çıkılabilir; ancak dava şartları söz konusu olduğunda, sorun sadece uyuşmazlıktan haklı veya haksız çıkmak sorunu olarak görünmemektedir<sup>1283</sup>. Dava şartlarının temelinde yer alan menfaatlerin korunmasıyla, tarafın veya tarafların ulaşmak istedikleri sonucun her zaman birbirine paralel şekilde ortaya çıktığı söylenemez<sup>1284</sup>. Bu yüzden onlara bütünüyle güvenilmesi mümkün değildir; zira onlar ilk önce kendi kişisel hedeflerine, haklarının korunmasına odaklanmıştır<sup>1285</sup>. Tabii ki dava şartları eksikliğinde de dava reddedilir ama davalı usuli engel sebebiyle davanın reddindense, esas hakkında bir kararla reddiyle, davacının hakkının olmadığına tespitini ve belirliliğe nihai olarak ulaşmak istemektedir<sup>1286</sup>. Usulden ret halinde davalının, davanın esastan reddedilmesini talep ederek kanun yoluna başvurabilmesinin sebebi de budur<sup>1287</sup>. Ancak bu gerekçe de, tarafların dava şartlarının incelenmesinden niye feragat edemediklerini yeterli derecede açıklamaz<sup>1288</sup>. Buradan çıkarılacak sonuç, dava şartlarının sadece taraf menfaatlerine değil, uyuşmazlıktan haklı veya haksız çıkmaktan bağımsız olarak, daha yüksek bir menfaate (kamusal menfaate) hizmet ettiğidir<sup>1289</sup>. Yani bir düzenleme sadece tarafların korunmasına hizmet etmekteyse, taraflar, o düzenleme üzerinde tasarruf etme gücünü haizdir<sup>1290</sup>. Sonrasında cevaplanması gereken soru, bu

---

<sup>1283</sup> **Martin** s. 48.

<sup>1284</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 167.

<sup>1285</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 147.

<sup>1286</sup> **Martin** s. 48.

<sup>1287</sup> **Zöller/Greger** Vor § 253 Rn. 10.

<sup>1288</sup> **Martin** s. 48.

<sup>1289</sup> **Martin** s. 48; **Sauer** s. 59; Re'sen incelemenin bir ilke olarak ortaya çıktığı hallerde, bu şartın incelenmesinde bir kamu yararı olduğu ifade edilmektedir, **Neumann** s. 87.

<sup>1290</sup> **Grunsky**, Grundlagen, § 34 III 2 s. 324; **Henckel**, Prozessrecht, s. 228.

çeşitteki bir öncelikli önemin hangi menfaate ait olduğudur<sup>1291</sup>. Bir doktora tezinde hukukumuzda yer alan tüm dava şartlarının ve altlarında yatan menfaatlerin incelenmesi mümkün değildir. Bu çalışmanın ikinci bölümünde de bu yüzden Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda açıkça dava şartı olarak kabul edilen kurumlardan bir üst bakış açısı çıkarılmaya çalışılmıştır.

Re'sen incelemenin anlamı ortaya konduktan sonra, bu incelemenin ne zaman gerekli olduğu açıklanmalıdır. Öncelikle hakimin her soyut ihtimalin peşine düşmesi gerekmediği ifade edilmelidir<sup>1292</sup>. Ayrıca hakimin şüphelerinin tarafların açıklamalarına dayanması gerekmez<sup>1293</sup>. Hakimin dava şartının varlığı hakkında şüpheye düşüp tarafı eksiklik hakkında uyarması için, dava şartı eksikliğine dair bir dayanak noktası olmalıdır<sup>1294</sup>; bir tanık beyanı veya bir gazete haberi bu bakımdan yeterlidir<sup>1295</sup>. Böyle bir durum söz konusu değilse, hakim, davanın kabul edilebilir olduğundan hareket etmelidir<sup>1296</sup>. Varlığı ve yokluğuna eşit uzaklıkta bulunuluyorsa, bu da, şüphe için yeterlidir<sup>1297</sup>.

Hakimin şüphesi ve diğer tarafın itirazı eşit düzeydedir<sup>1298</sup>. Yani taraflardan birinin itirazıyla yargılamaya artık hakimin görmezden gelemeyeceği bir şüphe sebebi ithal edilmiş olur<sup>1299</sup>. İtirazın haklı olmasının gerekmemesi, yargılamanın niteliği gereğidir. Zira haklı olup olmadığı en baştan söylenebilse, yargılamaya gerek kalmaz.

---

<sup>1291</sup> **Martin** s. 48.

<sup>1292</sup> **Grunsky**, Grundlagen, § 22 I 3, s. 203. Benzer yönde **Erk** s. 122. Burada eklenmesi gereken, somutlaştırılmamış itirazın her zaman şüphe yaratmaya elverişli olmadığıdır. Ne zaman buna vücut verebileceği konusunda net bir belirleme yapmak mümkün değildir, somut olaya bakılmalıdır, **Rimmelpacher**, von Amts wegen, s. 158.

<sup>1293</sup> **Grunsky**, Grundlagen, § 22 I 3, s. 203; **Stein/Jonas/Kern** Vor § 128 Rn. 198.

<sup>1294</sup> **Grunsky**, Grundlagen, § 22 I 3, s. 203; **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 229; **v. Weber** s. 98; **Martin** s. 4; **Kälin** s. 49; **Erk** s. 80.

<sup>1295</sup> **Grunsky**, Grundlagen, § 22 I 3, s. 203.

<sup>1296</sup> **Grunsky**, Grundlagen, § 22 I 3, s. 203-204.

<sup>1297</sup> **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 229.

<sup>1298</sup> **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 229.

<sup>1299</sup> **Rimmelpacher**, von Amts wegen, s. 157; **Kälin** s. 48-49.

Mahkeme, dava şartlarını, her aşamada re'sen incelemek zorunda olduğu için, mahkemenin iddianın ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağına tabi olduğu söylenemez. Kanun'da açıkça bu şekilde belirtilmeseydi de, aynısı söz konusu olurdu; zira yasak tarafların usuli davranışları hakkında öngörülmüş olup mahkemeninkilere ilişkin değildir<sup>1300</sup>.

Yargılamada bir hususun re'sen incelenmesi için mutlaka onu dava şartı olarak nitelemek gerekmez. Re'sen inceleme bir kurum olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ZPO'da veya sZPO'da detaylı düzenlenmiş bir kurum değildir. Hemen yukarıda belirtildiği üzere re'sen inceleme için gereken şey kamusal menfaattir. O halde azami dikkatle sınırlandırılması kaydıyla bazı maddi hukuka ilişkin eksiklikler için de barındırdıkları kamusal menfaat sebebiyle re'sen incelemenin gündeme gelmesi mümkündür<sup>1301</sup>. Kanunun düzenlemeleri karşısında böyle bir düşüncenin caiz olmadığı ifade edilse de<sup>1302</sup>, bu eleştiriye karşılık verilebilir. Bu görüş, kendisi de dava şartlarındaki kamusal menfaat sebebiyle re'sen incelemenin söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Öncelikli incelenen ama re'sen incelenmeyen ilk itirazlar düşünüldüğünde ve derdestliğin tarihsel gelişimi ele alındığında, kurumların altında yatan menfaat değerlendirmeleri sonucunda taraf egemenliğinin değişmesinin mümkün olduğu görülecektir. O halde Pohle'nin düşüncesinin benimsenmesinde herhangi bir sakınca olmadığı söylenebilir.

Davanın esasına re'sen araştırma ilkesi uygulanıyorsa, dava şartları bakımından da yine re'sen araştırma ilkesi tüm yönleriyle uygulanacaktır<sup>1303</sup>.

---

<sup>1300</sup> Kälın s. 51.

<sup>1301</sup> Pohle, Rechtsschutzbedürfnis, s. 207.

<sup>1302</sup> bkz. Henckel, Parteilehre, s. 194 dn. 22.

<sup>1303</sup> Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Zürcher § 60 Rn. 4; Erk s. 80 dn. 384.

#### **D. Re'sen Araştırma İlkesinin Uygulanamaması ve Çifte Önemi Haiz Vakıalar**

Re'sen araştırma ilkesinin ve çifte önemi haiz vakıaların aynı başlık altında incelenmesi alışılmış değildir. Hatta, dava şartları hakkındaki yabancı kaynaklarda bu iki kurumun birlikte değerlendirildiği görülmemiştir. Ancak, dava şartlarının re'sen araştırılması görüşünün sonuçlarının ortaya konması, bağlantılı olarak dava şartlarının incelenmesinde mutlaka delil getirilip getirilmesinin gerekliliği ve dava şartlarının re'sen araştırılmayacağını göstermek için böyle bir tercih yapılmıştır. Çifte önemi haiz vakıalar, yani uyumsuzluğun hem usulü hem esası bakımından önem taşıyan vakıalar, burada “turnusol kağıdı” işlevi görmektedir.

Çifte önemi haiz vakıalar ifadesi, genellikle hem görev veya kesin yetki bakımından hem de davanın esası bakımından önem taşıyan vakıaların çakışmasını tanımlamak için kullanılmaktadır<sup>1304</sup>. Ama sadece bu iki dava şartıyla sınırlı olmayıp yargı yolu<sup>1305</sup>, dava ehliyeti<sup>1306</sup> bağlamında da gündeme gelebilir. O yüzden, davanın hem usulü hem esası bakımından önem taşıyan vakıalar olarak da kullanılmaktadır<sup>1307</sup>. Buradan çıkan sonuç, teknik anlamda dava konusuyla dava şartlarının incelenmesinin aynı vakıalara dayanmasının mümkün olduğudur.

Teknik anlamda dava konusu ve dava şartlarının aynı vakıalara istinat etmesi durumunda öncelikli inceleme ve re'sen incelemenin nasıl anlamlandırılması gerektiği sorusu cevaplanmalıdır. Çünkü vakıaların toplanmasında, Hukuk Muhakemeleri

<sup>1304</sup> **MüKoZPO/Wöstmann** § 1 Rn. 26; **Musielak/Voit/Heinrich**, ZPO § 1 Rn. 20; **Staehein/Staehein/Grolimund** § 9 Rz. 33a.

<sup>1305</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 9 Rn. 31; **Bötticher**, Anm., s. 317; **Thomas/Putzo/Hüsstege**, GVG § 17a Rn. 8a.

<sup>1306</sup> **Berg**, Zulässigkeit, s. 127; **Elgün Toğrul** s. 137.

<sup>1307</sup> **Zöller/Schultzky** § 1 Rn. 14; **Erk** s. 113; **Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Zürcher** § 60 Rn. 16.



Kanunu’nun 25. maddesinin birinci fıkrası açıkça “ taraflarca getirilme ilkesi”ne işaret ederken, 115. maddenin birinci fıkrası dava şartlarının incelenmesinde, “...kendiliğinden araştırır” ifadesi yer almaktadır. Bu iki maddenin bağdaştırılması gerekmektedir. İki kurumun bağdaştırılması sırasında re’sen araştırma ilkesi de değerlendirilebilir.

İnceleme bakımından, Türk hukukunda bir görüş, dava şartlarının kamu düzeninden olduğu ifadesinden hareketle, dava şartlarının re’sen araştırılacağı görüşünü ifade etmektedir<sup>1308</sup>.

Görüşün sonuçlarının ortaya konulabilmesi bakımından re’sen araştırma ilkesinin ne anlamda kullanıldığı açıklanmalıdır. Buna göre, dava malzemesinin toplanmasında, tarafların yanında hakim de aktifliği gündeme gelecektir. Dolayısıyla, hakim, tarafların ileri sürmediği bir vakıayı yargılamaya dahil edip delil toplayabileceği gibi, kararını, bu vakıa ve delilleri temel alarak verebilir<sup>1309</sup>. Sonuç olarak dava şartlarının re’sen araştırılması kabul edildiğinde, dava şartlarına temel olacak vakıaların, taraflardan bağımsız olarak hakim tarafından araştırılması kabul edilmiş olur.

Re’sen araştırma ilkesinin uygulanmasında sorun, çifte önemi haiz vakıalar bakımından, bilhassa da ileri sürülen talebin temelini oluşturan vakıalarla görev, kesin yetki ve yargı yolunun tespitinde kullanılacak vakıaların çakışması düzleminde çıkmaktadır. Aşağıda örnekleriyle açıklanacağı üzere, hukukumuzdaki görev ve kesin

---

<sup>1308</sup> **Kuru**, Dava Şartları, s. 185; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Usul, s. 167; **Tanrıver**, Derdestlik, s. 30-31; **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Medeni Usul, s. 385; **Akcan**, Temyiz Nedenleri, s. 107; **Erdoğan/Bulut** s. 114-115; **Elgün Toğrul** s. 128; kamu düzenine işaret etmeden re’sen araştırma ifadesi için bkz. **Budak/Karaaslan**, Medeni Usul, s. 116; **Özbek**, Yargılama Giderleri, s. 149; **Albayrak**, Tasarrufun İptali, s. 947. **Sarısözen**, Usul Ekonomisi, s. 76. Dava şartlarının re’sen araştırılacağı yönünde bkz. HGK. E. 2017/1531 K. 2021/312 T. 18.03.2021. Yargı yolunun re’sen araştırılacağı yönünde bkz. HGK. E. 2017/1712 K. 2021/424 T. 06.04.2021; HGK. E. 2018/632 K. 2021/425 T. 06.04.2021.

<sup>1309</sup> **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Medeni Usul, s. 165-166; **Elgün Toğrul** s. 123.

yetki kurallarının birçoğunda belirleme, davacının getirdiği vakılardan maddi hukukun hangi alanından bir hak doğup doğmadığından hareketle yapılmaktadır. Bu anlayış, uzun süre önce reddedilen, dava konusunu maddi hukuk talebiyle tanımlayan görüşün kalıntısıdır ve aslında usuli dava konusu görüşüyle zıtlık göstermektedir<sup>1310</sup>.

İşte bu hallerde de dava şartlarının öncelikli incelenmesi nedeniyle, mahkeme, yargı yolu, görev veya kesin yetkiye ilişkin olarak kabul edilebilirlik aşamasında bir karar vermelidir. Ancak bu karardan sonra (yani yargı yolu, görev ve kesin yetki bakımından kendini doğru mahkeme görmesinden sonra) davanın esasına girebilir. Yargı yolu, görev veya kesin yetkiyi belirlemek için başvurulacak vakıalarla davanın esası için önem taşıyan vakıalar çakıştığında ve görevin re'sen araştırılması söz konusu olduğunda, davanın esasına taraflarca getirilme ilkesi değil, re'sen araştırma ilkesi uygulanmış olacaktır. Örnek verilecek olursa, sulh hukuk mahkemesinin görev kapsamı belirlenirken kullanılan bir ölçüt “...kira ilişkisinden doğan ... tüm uyumsuzluklar ile bu davalara karşı açılan davalar...”dır. Re'sen araştırmayı kabul eden görüşe göre, bu halde sulh hukuk mahkemesinde açılan kira alacağı davasında, görevin tespiti için kira sözleşmesinin varlığının hakimce re'sen araştırılması gerekir.

Kira sözleşmesinin varlığı için re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu kabul edildiğinde ortaya çıkan ilk sorun, davanın esasına ait olan kira sözleşmesinin varlığının tespiti için re'sen araştırma ilkesinin uygulanacak olmasıdır. Oysa, re'sen araştırma ilkesi, kamu düzenine ilişkin olarak ve istisnai hallerde kullanılan bir ilkedir<sup>1311</sup>. Kanun koyucunun dava malzemesinin toplanmasında uygulanacak ilkeyi seçme konusunda bir serbestisi olduğuna şüphe yoktur. Ancak, kanun koyucu zaten bu konuda taraflarca getirilme ilkesini genel ilke olarak benimsediğini açıkça ortaya

<sup>1310</sup> Schwab, Streitgegenstand, s. 154; benzer yönde Bötticher, Zustandigkeitsprüfung, s. 62.

<sup>1311</sup> Tahiroğlu, Re'sen Araştırma, s. 38.

koymuştur. Yine tarafların kira sözleşmesi yapıp yapmamasında tarafların menfaatlerinin ötesinde bir menfaat söz konusu değildir ki, hakimin vakıa toplanmasında veya delil getirilmesinde daha aktif rol alması (örneğin, tarafların ileri sürmediğı bir delili yargılamaya getirmesi) söz konusu olsun. Burada sulh hukuk mahkemesinin görevinin kira sözleşmesine bağlandığı ve re’sen araştırma ilkesinin uygulanmasının nedeninin görev olduğu söylenebilirse de, yöneltilecek bir diğeri soru, kira sözleşmesine diğeri sözleşmelere göre farklılık tanınmasının nedeninin ne olduğudur. Görev ve kesin yetki, mahkemelerin iş yükünün dağıtılmasında rol oynasa da, re’sen araştırma ilkesinin bu dağıtımın korunmasına herhangi bir etkisi olduğu söylenemez. Zira yukarıdaki örnekten hareket edilirse, kira alacağı davasında, davanın sonunda, kira sözleşmesinin olmadığı sonucuna varılsa bile, öncesinde dava, esas itibariyle hem esastan hem usulden incelenmiş olacaktır. Dolayısıyla iş yükü bakımından bir paylaştırmaya faydası olduğu söylenemez.

Yine görevin, yani uyumsuzluğun kira sözleşmesinde doğup doğmadığının ortaya çıkarılmasında re’sen araştırma ilkesi uygulandığında artık hakimin kesin delillerle bağılılığı söz konusu olmayacaktır; çünkü hakimin kesin delillerle bağılılığı, yalnızca taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda söz konusudur<sup>1312</sup>. Buna göre davacının, kira ilişkisinin varlığını ispat için gösterdiği senet dahi hakim bağlamayacak ve hakim, senede rağmen, tanık beyanlarına dayanarak kira ilişkisinin varlığı reddedebilecektir. Benzer şekilde ikrarın hakimi bağlaması veya yemin teklifi söz konusu olmayacaktır<sup>1313</sup>. Önceki paragrafta ifade edilen, kira sözleşmesinin

---

<sup>1312</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyaz/Hanağası, Medeni Usul, s. 166, 438; Atalay, Pekcanitez Usul, s. 1736; Tahiroğlu, Re’sen Araştırma, s. 125.

<sup>1313</sup> Kuru/Aydın, Usul Cilt 1, s. 579.

varlığında taraf menfaatlerinin ötesinde bir menfaat olmamasına rağmen, tarafların bu konudaki etki alanlarının kısıtlanmasının herhangi bir temeli yoktur.

Öte yandan re'sen araştırma sonucu kira sözleşmesinin olmadığı tespit edildiğinde, görevin öncelikli incelenmesi sebebiyle esasa ilişkin bir karar verilemeyecek, görevsizlik kararı verilecektir<sup>1314</sup>. Halbuki zaten görev kurumu, kendisinden beklenen tüm işlevleri yerine getirmiştir. Uyuşmazlık, kira sözleşmesi konusunda uzman bir mahkeme tarafından incelenmiştir. Mahkeme kira alacağına dair tespitle uyuşmazlığın esasına girildiği için iş yükünün dağıtılması artık söz konusu olamaz. Davalının menfaati ise ciddi bir şekilde zedelenmiş olacaktır. Çünkü görevsizlik kararının maddi anlamda kesin hüküm teşkil edip etmemesi tartışmasından bağımsız olarak, daha sonra görevli mahkemede davacının aynı dava konusunu tekrar ileri sürmesi mümkündür. Bunun sonucu ise, hem davalının aynı dava konusuyla tekrar muhatap olma zorunluluğunun olması hem de çelişkili kararların ortaya çıkmasının yolunun açılmasıdır. Türk hukukunda davalının yokluğunun belirli vakıaların ikrar edildiği sonucunu doğurması gibi, genel bir kural olmadığı, aksine cevap vermeyen davalı tüm vakıaları inkar etmiş sayılacağı için davalının herhangi bir şekilde zarara uğraması söz konusu olmaz.

Bu durumda görev kurallarının (yargı yolu ve kesin yetkiye ilişkin de aynı şeyler söylenebilir) ihlal edildiği ve aslında görevsiz bir mahkemenin önüne gelen uyuşmazlıkta karar verdiği sonucunun değerlendirilmesi gerekir. Çünkü burada karar verilmesi için, görevle korunan menfaatlerin ihlal edilmediğinin ortaya konması gerekir<sup>1315</sup>.

---

<sup>1314</sup> Krş. **Stein/Jonas/Roth** § 1 Rn. 30; **MüKoZPO/Wöstmann**, § 1 Rn. 26.

<sup>1315</sup> Buna cevap vermenin zor olduğuna dair bkz. **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 163.

Soru, maddi hukukta talep normlarının yarıştığı hallerde mahkemenin, tüm talepler hakkında karar vermeye yetkili olup olmadığı sorusuyla benzerlik gösterir. Orada da, örneğin aynı vakılardan birden çok talebin doğması halinde, mahkemenin görev alanı dışında kalan bir talebe ilişkin karar verebilmesinin mümkün olup olmadığı sorgulanmıştır. Tartışmanın çözümü, dava konusu kurumuyla yakın ilişki içerisinde. Dava konusunda Türk hukukunda benimsenen görüş<sup>1316</sup> Schwab'ın tek parçalı dava konusu kuramıdır. Bu nedenle Schwab'ın talep normlarının yarışmasındaki soruna verdiği yanıttan burada da yararlanılabilir. Yukarıda belirtildiği üzere, görev ve kesin yetkiye ilişkin düzenlemelerin çoğunun temelinde maddi hukuk talebine göre belirleme yapılmıştır. Schwab, bu durumda, mahkemenin sadece kendi görevine veya yetkisine ilişkin kısma dair karar verebilmesinin mümkün olduğunun kabulünün tutarsız sonuçlara yol açacağını ve usuli dava konusunu savunan yazarlarca reddedildiğini belirtmiştir<sup>1317</sup>. Yazar'a göre, mahkemenin, kendi görev veya kesin yetkisini kuran maddi hukuka dair talep yanında, diğer maddi hukuk taleplerini de incelemesini sağlayacak bir kanun değişikliği yapılmalıdır<sup>1318</sup>. Alman hukukunda söz konusu değişiklik, yargı yoluna ilişkin olarak GVG'nin 17. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yapılmış ve düzenleme "*Caiz yargı yolu mahkemesi, uyuşmazlığı söz konusu olan tüm hukuki noktalar açısından inceleyerek karar verir*<sup>1319</sup>" halini almıştır. Alman hukukçular bu düzenlemeyi kıyasen geniş anlamda yetki (görev ve kesin yetkiyi de içine alacak şekilde yetki düzleminde) bağlamında

<sup>1316</sup> **Yılmaz**, Islah, 192; **Tanrıver**, Medeni Usul Cilt I, s. 551 vd.; **Hanağası**, Menfaat, s. 124-125.

<sup>1317</sup> **Schwab**, Streitgegenstand, s. 155-156.

<sup>1318</sup> **Schwab**, Streitgegenstand, s. 157. Usuli dava konusu kuramıyla uyumsuzluğu nedeniyle geniş anlamda yetkinin incelenme yöntemlerinin gözden geçirilmesi gerektiği için bkz. **Böttcher**, Zulässigkeitsprüfung, s. 62.

<sup>1319</sup> "*Das Gericht des zulässigen Rechtsweges entscheidet den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten*".

kullanılmaktadırlar<sup>1320</sup>. Türk hukukunda böyle bir hüküm olmaması bir eksiklik olsa da, Türk hukukunda da esas olarak usuli dava konusu kuramının kabul edildiği dikkate alınmalıdır. Bu kabulden sonra, aynı yorum dava konusunun bölünmezliğinden hareketle yapılabilir<sup>1321</sup>. Görüldüğü üzere kabul edilebilirlik aşaması geçildikten sonra esasa ilişkin incelemede yargı yolu, görev veya kesin yetkiden kaynaklanan bir sınırlama yapılması, usuli dava konusu teorisiyle bağdaşmaz. Dolayısıyla mahkeme, kendi görev veya kesin yetkisini kuran talep dışında da uyuşmazlığı tüm yönleriyle incelemek zorundadır. Söz konusu durumda mahkeme, aslında kendi görev veya kesin yetkisi dışındaki maddi hukuk taleplerini dahi inceleyip karara bağlamaktadır ve bu karar doğru bir karar olarak hukuk dünyasında varlığını sürdürecektir. Sonuç olarak denilebilir ki; hukuki temeli farklı taleplerin (yani taleplerin yarışması halinde) incelenmesinde de yargı yolu, görev ve kesin yetkinin koruduğu menfaat ihlal edilmiş olmaz.

Re'sen araştırmanın uygulanabilmesinin mümkün olmadığı bir diğer hal, görevin maddi vakıalara değil, sadece iddiaya dayandığı hallerdir; zira re'sen araştırmanın konusunu oluşturabilecek bir vakıa söz konusu değildir. Örneğin, tüketici hakem heyetleri ve tüketici mahkemeleri arasındaki ilişki<sup>1322</sup> dava konusunun

---

<sup>1320</sup> **Lücke**, ZivilPrecht, § 6 Rn. 6.

<sup>1321</sup> Krş. **Stein/Jonas/Roth** § 1 Rn. 3; **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 59 Rn. 14.

<sup>1322</sup> Bu ilişkinin nitelendirilmesi, tüketici hakem heyetlerinin niteliği sorunuyla sıkı sıkıya bağlantı içindedir. Çalışmada konuda hakim görüş benimsenmekte ve tüketici hakem heyetleri zorunlu tahkim olarak kabul edilmektedir, **Atalı, M.:** “6502 sayılı Kanun’un Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C. I, Ankara 2014, 397-418, s. 412; **Ermeneke, İ.:** “Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri”, GÜHFD., C. XVII, S. 1-2, 2013, s.563 – 630, s. 580. Görev ilişkisinin sadece mahkemeler arasında söz konusu olabileceği ifade edilebilirse de, kanunlarımızda başka bir kavram bulunmamaktadır. O yüzden mecburen göreve ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir.

miktarına göre belirlenmektedir. Görevin salt iddiayla belirlendiği bu hallerde, davacının iddiaları dışında bir şeye istinat edilmesi düşünülemez<sup>1323</sup>.

Maddi anlamda kesin hükmün bulunmaması ve derdestlik şartlarına bakılacak olursa davaların ayniyeti, yani bireyselleştirilen usuli taleplerin ayniyeti aranmaktadır. Hukukumuzda, davaların ayniyeti belirlenirken taraf, dava sebebi ve dava konusu esas alınmaktadır. Davaların tarafları bakımından re'sen araştırma söz konusu olmaz, zaten dilekçede açıkça belirlidir ve bu imkan münhasıran davacıya tanınmıştır. Dava sebebi, yani vakıalar bakımından, iddiayla yetinilmemesi halinde, yine davanın esasına re'sen araştırma ilkesi uygulanmış olacaktır. Dava konusu ise, Schwab'ın teorisi hukukumuzda kabul gördüğü için doğrudan onun tanımıyla belirlenebilir<sup>1324</sup>: *Dava konusu, talep sonucunda gösterilen mahkeme kararı istemidir*<sup>1325</sup>. Dava konusunda da re'sen araştırmaya konu olabilecek bir vakıa söz konusu değildir.

Dava şartlarının öncelikli incelendiği kabul edildiğinde, çifte önemi haiz vakıaların kabul edilebilirlik aşamasında incelenmesi ve bu konuda icabında delil değerlendirilmesi yapılması gerekecektir. Bu takdirde, davanın esasına yönelik inceleme, usulüne yönelik inceleme alanında incelenip bitirilmiş olacaktır. Sonucu ise, usul esas ayrımının ortadan kalkmasıdır. Rimmelspacher'in bu konuda, kanunun açıkça taraf iddialarına göre yargı yolu, görev veya kesin yetkiyi kurduğu haller hariç, delil getirilmesini savunmasının<sup>1326</sup> temeli de yazarın dava şartlarının öncelikli incelenmesini reddetmesidir.

Görev, kesin yetki ve yargı yolunun incelenmesi çeşitli şekillerde yapılabilir: İlki, ileri sürülen talebin niteliğine göre yargı yolu, görev veya kesin yetkinin

<sup>1323</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 162.

<sup>1324</sup> **Schwab**, Streitgegenstand, s. 199.

<sup>1325</sup> “*Streitgegenstand ist das Begehren der im Klageantrag bezeichneten gerichtlichen Entscheidung*”.

<sup>1326</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 166.

belirlenmiş olması halidir<sup>1327</sup>. İnceleme sırasında dikkat edilmesi gereken nokta; hukukumuzda görev kurallarının, çoğunlukla ileri sürülen talebin niteliğine göre belirlendiğidir. Bu durumda, kural olarak, talep sonucu ve talep sonucunu oluşturan vakıa iddialarının tutarlı bir biçimde yapılması gerekli ve yeterlidir<sup>1328</sup>. Ayrıca delil gösterilmesi gerekmez.

Hem görev, kesin yetki ve yargı yolu hem de davanın esasına ilişkin sorunun çakıştığı (çifte önemi haiz vakıalar) hallerde de yukarıda söylenenler geçerlidir. Örneğin, sulh hukuk mahkemesinin görev kapsamının belirlenmesinde “...kira ilişkisinden doğan ... tüm uyuşmazlıklar ile bu davalara karşı açılan davalar...”dan hareket edilmiştir. Tüketici mahkemeleri bakımından ise “Tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalar...” ifadesiyle, varlığı veya yokluğu iddia edilen maddi hukuk ilişkisi bağlamında görevin belirlenmesi söz konusudur. İşte bu durumlarda, usule ilişkin sorunun çözümü bakımından esasın incelenmesi gerektiği için, usule ilişkin incelemede söz konusu vakıalar varsayılır, ayrıca delil getirilmesine gerek yoktur<sup>1329</sup>. Eğer bu durumlarda re’sen araştırma ilkesinin uygulanacağı kabul edilirse, bir işlemin tüketici işlemi olup olmadığının belirlenmesinde veya kira sözleşmesinin varlığının ortaya konulmasında hakim, tarafların ileri sürmediği vakıaları ve delilleri yargılamaya sokabilecektir. Dikkat edildiğinde burada artık davanın esasına taraflarca getirilme ilkesi değil, re’sen araştırma ilkesi uygulanmış olacaktır. Oysa Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndan böyle

<sup>1327</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 39 Rn. 3, 10; Stein/Jonas/Roth § 1 Rn. 24; Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle Vor § 253 Rn. 18; Jauernig/Hess § 35 Rn. 7-8.

<sup>1328</sup> Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Zürcher § 60 Rn. 16; Erk s. 113-114.

<sup>1329</sup> Zöller/Schultzky § 1 Rn. 14. Roma formula usulünde de in iure aşamasında Praetor, davacının iddialarının gerçek olup olmadığı konusunda bir inceleme yapmazdı. İddialar varsayılır ve bu çerçevede davacının hakkının olup olmadığı değerlendirilirdi, Kaser/Knütel/Lohsse § 80 Rn. 11.



bir çıkarım yapılması mümkün değildir, taraflarca getirilme ilkesi açıkça genel ilke olarak kabul edilmiştir.

Yargı yolu, görev veya kesin yetkinin varlığını ortaya koymak için delil gerekmeyen bir diğer durum, davanın zaten, o talep hakkında karar verilmesi için açıldığı hallerdir<sup>1330</sup>. Örneğin, tüketici mahkemesinde, iddia bakımından parasal sınır sağlayan bir alacak için dava açıldığı kabul edilirse ve dava sonunda davacının parasal sınırın altında bir tutar için alacaklı olduğu ortaya çıkarsa, artık görevsizlik kararı verilmeyecektir.

Bunların dışında yargı yolunun, görevin veya kesin yetkinin, talep temeli vakıalar dışında, mahkemeye olan özel bir ilişkiye dayanması halinde delil gösterilmesi gerekebilir<sup>1331</sup>. Örneğin, Türk hukukunda bir görüş, yetki sözleşmesiyle kesin yetki yaratılabileceği kabul etmektedir<sup>1332</sup>. İşte burada talebi kuran vakıalarla örtüşmeyen bir ilişkiye dayanılarak kesin yetki kurulmaktadır ve bu nedenle yetki sözleşmesine dayanan taraftan, sözleşmeyi ispat etmesi istenebilir<sup>1333</sup>.

Çifte önemi haiz vakıaların, usule ilişkin incelemede varsayılması ilk başta davalıyı korumaktadır<sup>1334</sup>: Eğer varsayılan vakıalar gerçekten mevcutsa, davalı doğru yargı yolunda görevli veya kesin yetkili mahkeme tarafından yargılanıp hakkında hüküm verilmiş olacaktır. Vakıaların mevcut olmaması halinde ise dava esastan reddedilecektir. Yani yargı yoluna, göreve veya kesin yetkiye ilişkin kuralların ihlal edilerek davalı aleyhine hüküm verilmesi söz konusu değildir.

<sup>1330</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 39 Rn. 4; Stein/Jonas/Roth § 1Rn. 24.

<sup>1331</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 39 Rn. 5; Stein/Jonas/Roth § 1Rn. 23; Musielak/Voit/Heinrich, ZPO § 1 Rn. 20; ; Zöller/Schultzky § 1 Rn. 14.

<sup>1332</sup> Tanrıver, Medeni Usul Cilt I, s.274; Üstündağ, Medeni Yargılama, s. 220.

<sup>1333</sup> Böttcher, Zuständigkeit, s. 51.

<sup>1334</sup> Stein/Jonas/Roth § 1Rn. 30.

Davalının korunmasının dışında, usul ekonomisi de (uyuşmazlığın nihai olarak çözülmesini hızlandırılması ve basitleştirilmesi bağlamında) bu vakıaların varsayılmasına temel oluşturmuştur<sup>1335</sup>.

Yargı yolu, görev ve kesin yetki kuralları ile tabii hakim ilkesinin bağlantısı düşünüldüğünde, salt davacının iddialarına dayanarak bu kurumların tesisinin tabii hakim ilkesine aykırılık teşkil edip etmediği de değerlendirilmelidir. Örneğin, davacının eciri misil talebiyle açtığı davada, davalı cevap dilekçesinde, davacıyla aralarında bir kira sözleşmesi olduğunu iddia ederse, görevli mahkemenin belirlenmesi sorunlu hale gelebilir. Bu durumda, kanun koyucunun, kira sözleşmesi hakkında karar verilmesinde sulh hukuk mahkemesini görevli gördüğü ve bu mahkemeyi kurduğu söylenebilir<sup>1336</sup>.

Tabii hakim ilkesine aykırılık olup olmadığı birkaç açıdan incelenebilir. Öncelikle davacının, kendi açtığı davada, kendi belirlediği mahkemede tabii hakim ilkesinin ihlal edildiğini iddia etmesi mümkün değildir. Davalının tabii hakim ilkesine aykırılığı iddia etmesi halinde ise yargı yolu, görev veya kesin yetkiye her aykırılığın tabii hakim ilkesini ihlal etmediği, ihlal için “keyfilik” unsurunun arandığından hareketle sonuca varmak gerekir. Yukarıda verilen örnekte keyfilikten söz edilemez. Çünkü iddianın gerçek olup olmadığı ancak yargılamanın sonunda belirli hale gelecektir. Mahkemenin en başta bilmediği bir konuda keyfi davranmasından söz edilemez. Yargılamanın başında davalının iddialarını dikkate alarak bir sonuca varmak, bu kez salt davacının iddialarına karşı davalının bulunduğu duruma, davalının iddialarına karşı davacıyı oturtmak anlamına gelir. Tabii hakim ilkesi sebebiyle mutlaka vakıa incelemesi yaparak gerçekten görevli mahkemeyi belirlemek ve (dava

<sup>1335</sup> Stein/Jonas/Roth § 1Rn. 30; MüKoZPO/Wöstmann § 1 Rn. 26;

<sup>1336</sup> Krş. Böttcher, Anm., s. 318.

şartlarının öncelikli incelenmesi sebebiyle) görevsizlik kararı verilmesi halinde, dava konusu bölünmüş olacağı gibi, davalı da korunmuş olmayacak, aksine yukarıda ifade edildiği üzere aynı uyuşmazlıkla tekrar muhatap olması gerekecektir. Sonuç olarak, tabii hakim vakıaların değil, iddianın hakimidir.

Medeni usul hukuku bakımından genel ilkenin taraflarca getirilme ilkesi olduğu yukarıda açıklanmıştır. Genel ilkeden ayrılma yoluna gidilebilmesi için duruma uygun ve sonuca götürücü gerekçelere ihtiyaç vardır.

Rimmelspacher burada bir örnekle soruya cevap vermektedir<sup>1337</sup>: Davacının dava ehliyetinin tartışmalı olduğunu varsayalım. Hakim öğretisi burada ispat yükünü davacının taşıdığını kabul etmektedir. Bu durumda hakime serbest ispat yoluyla dava ehliyeti hakkında kanaat edinme imkanı tanınmadığını düşünelim. Sonuç, serbest ispatın tanındığı durumdan farklı değildir ve hem mahkeme hem de taraf yine korunmuş olur. Taraf, dava ehliyetinin varlığını ispat edemezse, dava reddedilir ve böylece mahkeme, dava ehliyeti olmayan biriyle yargılamaya devam etmekten kurtulmuş olur, davacının kanuni temsilci aracılığıyla yeni bir dava açma imkanı da baki kalır. Davalı da artık bu davayla meşgul olmak zorunda değildir, kendisine karşı ikinci bir dava açılması halinde ise, kendisinin bu ikinci davaya muhatap olmak zorunda olmadığını iddia etmesi mümkün değildir. Davacının gerçekten dava ehliyetini haiz olduğu bir durum ele alınır ve mahkemenin yanlış karar verdiği varsayılırsa da sonuç değişmez. Zira bu halde, zaten tarafın ispat faaliyetinde desteklenmesi için öne sürülecek meşru bir neden ortaya konulamaz.

---

<sup>1337</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 40.

## E. Dava Şartı Eksikliği Sebebiyle Usulden Ret Kararı Verilirken Duruşma Yapılması

Açık bir dava şartı eksikliğini tespit eden mahkemenin usulden ret kararı vermesinde herhangi bir şüphe bulunmamaktayken; bu karar öncesine duruşma yapıp tarafları dinleme zorunluluğu olup olmadığına ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Öncelikle hukuki dinlenilme hakkı açısından kararın usule veya esasa yönelik olması herhangi bir farklılık göstermez<sup>1338</sup>. Yani usulden ret kararı öncesinde de taraflara hukuki dinlenilme hakkı tanınmalıdır<sup>1339</sup>. Yine hukuki dinlenilme hakkının yalnızca duruşma yapılarak kullanılması gibi bir zorunluluk olmayıp dilekçeler yoluyla bu hakkın kullanılması da mümkündür<sup>1340</sup>.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 138. maddesine göre “...öncelikle dava şartları ve ilk itirazlar hakkında dosya üzerinden karar...” verebilir. Ancak dosya üzerinden karar verilebilmesi için dilekçeler teatisinin tamamlanması gerekir<sup>1341</sup>. Bu görüşe katılıyorum; zira dilekçelerin teatisi bitene kadar yeni vakıa getirilmesi mümkün olduğu gibi talep sonucu da değiştirilebilir.

Bu konuda bir görüşe göre<sup>1342</sup>, bazı hallerde hakim, dava şartı eksikliğini ve dolayısıyla uyuşmazlığın esasına girmenin mümkün olmadığını yalnızca dosyadan nihai olarak çıkarabilir. Kesin yetki kuralına aykırı açılmış bir dava, buna örnektir. Söz konusu hallerde bu eksikliğin herhangi bir şekilde giderilme imkanı yoktur. İşte bu imkansızlık sebebiyle taraflara tavır alma imkanı tanınmasının anlamı sorgulanabilir. Açılan ilk davanın reddedildiği göz önüne alındığında, bu tür durumlarda davalının,

<sup>1338</sup> Özekes, Hukuki Dinlenilme, s. 199.

<sup>1339</sup> Pohle, Rangordnung, s. 166-167.

<sup>1340</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Medeni Usul, s. 151; Özekes, Hukuki Dinlenilme, s. 200.

<sup>1341</sup> Kuru/Aydın, Medeni Usul Cilt I, s. 152-153; Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven s. 155-156.

<sup>1342</sup> Erk s. 128-129.

kendisinin dinlenip dinlenmemesiyle ilgilenmesi muhtemel değildir. Sonuç olarak usul ekonomisi dikkate alındığında ve bu halde sağlanan hukuki dinlenilme hakkının yalnızca bir formalite olarak kaldığı düşünüldüğünde, dava dilekçesi davalıya tebliğ edilmeden ve öncesinde davacıya tavır alma imkânı tanınmadan usulden ret kararı verilmesi mümkündür. Ancak bu görüş de yukarıda çizilen tablodaki gibi açık ve tamamlanabilme imkanı olmayan haller hariç, hukuki dinlenilme hakkı sebebiyle usulden ret kararı için tarafların duruşmaya davet edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

## **F. Kanun Yollarında Dava Şartlarının İncelenmesi**

### **1. Genel Olarak**

Gerek istinaf gerek temyiz aşamasında dava şartlarının incelenmesine ilişkin olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu, ilk başta, “*Mahkeme*<sup>1343</sup>, *dava şartlarının mevcut olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır*” şeklindeki 115. maddesinin birinci fıkrası olmak üzere; istinaf aşaması için 353. maddesinin birinci fıkrasının a bendinin üçüncü alt bendinde, “*...Mahkemenin görevli ve yetkili olmasına rağmen görevsizlik veya yetkisizlik kararı vermiş olması veya mahkemenin görevli ya da yetkili olmamasına rağmen davaya bakmış...*” olması ve dördüncü alt bendinde, “*Diğer dava şartlarına aykırılık bulunması*”; temyiz aşaması için temyiz edilemeyen kararlara ilişkin 362. maddenin birinci fıkrasının c bendinde, “*Yargı çevresi içinde bulunan ilk derece mahkemelerinin görev ve yetkisi hakkında verilen kararlar ile yargı yeri belirlenmesine ilişkin kararlar*” ve bozma sebeplerine ilişkin

---

<sup>1343</sup> Burada sözü geçen “*Mahkeme*” ifadesi, sadece ilk derece mahkemelerini değil, bölge adliye mahkemelerini ve Yargıtay’ı da kapsamaktadır, bu bağlamda temyiz aşamasında da delil sunulabilir, **Umar**, Şerh, s. 358; **Atalı**, Aleyhe Bozma, s. 142-143. İsviçre hukukunda da aynı şekilde yaklaşmaktadır, **Erk** s. 50.

371. maddenin birinci fıkrasının b bendinde, “*Dava şartlarına aykırılık bulunması*” hükümlerini getirmektedir. Hükümlerin birbirleriyle nasıl bir ilişki içinde oldukları ve kanun yolunda, daralan uyuşmazlığı inceleme hali göz önüne alındığında; dava şartlarının, maddi hukuka ilişkin şartlardan farklılık gösterip göstermediği incelenmelidir.

Hemen belirtmek gerekir ki bölge adliye mahkemeleri hem (sınırlı) vakıa hem hukuk denetimi yaptığı için dava şartlarının incelenmesi, bu aşamada temyiz aşamasına kıyasla daha az sorun teşkil etmektedir.

## **2. İstinaf Aşamasında İnceleme**

İstinaf incelemesinin konusu ilk derece mahkemesinin kararıdır. 353. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin dördüncü alt bendinde yer alan “...*Diğer dava şartlarına aykırılık bulunması*...” ifadesi, ilk derece mahkemesinin kararındaki yargılama hatalarının incelenmesine yöneliktir. Bu inceleme iki durumda söz konusu olabilir: İlkinde, ilk derece mahkemesi, bir dava şartının eksik olmasına rağmen esastan karar vermiştir; ikincisinde ise, dava şartlarında eksiklik olmamasına rağmen dava şartı eksikliği sebebiyle usulden ret kararı vermiştir. Bu hallerde kararın yanlışlığı sebebiyle, ilk derece mahkemesi kararı kaldırılıp gönderme kararı verilecektir.

İlk derece mahkemesinin dava şartı eksikliği sebebiyle usulden ret kararı vermesi ve kararın doğru olması, yani tarafın oluşan şüpheyi gider(e) memesi ihtimalinde, daha sonra, bu konuda ispat yükü üzerine düşen tarafın istinaf aşamasında vakıa getirip delil sunabilmesi mümkündür. Yine, ilk derecede dava şartı eksikliğine temel teşkil edecek vakıalar yargılamaya hiçbir şekilde girmemiş olsa da, istinaf aşamasında bu vakıalar ileri sürülebilir. Burada önemli olan ise, eksikliğin o anda artık giderilip giderilmemiş olduğudur. Yaklaşımın kanuni dayanakları ise 357. ve 115.

maddelerdir<sup>1344</sup>. Yani burada 115. ve 357. maddelerden doğan imkanların yarışması söz konusudur. Dava şartları için re'sen inceleme ilkesinin geçerli olduğu daha önce belirtilmişti, işte 357. maddenin birinci fıkrasında geçen "...resen göz önünde tutul..."ma ifadesi, doğrudan dava şartlarına gönderme yapmaktadır. Burada vakıaların susup susmaması (Praekclusion) tartışılabilir. Bir görüşe<sup>1345</sup>, göre burada vakıaların susması söz konusu olmaz. Zira dava şartları, kural olarak, münhasıran usul hukuku alanına aittir. Vakıaların susması ise, sadece kararın maddi hukuk bakımından önem taşıyan içeriğindeki şartlar için söz konusu olur. Katıldığımız görüşe göre<sup>1346</sup> ise, usulden ret kararlarının da maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmesi sebebiyle vakıaların susması için mutlaka bir anın belirlenmesi gerekir.

357. maddede hemen yukarıda iletilen geçen ifade olmasaydı da, 115. maddenin birinci fıkrasından hareketle aynı sonuca rahatlıkla ulaşılabilirdi. Bu halde de bölge adliye mahkemesi kararı kaldırıp gönderme kararı verecektir. Çünkü 353. maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde sayılan hallerde, esas itibariyle, mevcut yargılama hatası nedeniyle ortada denetime tabi olmaya uygun bir ilk derece mahkemesi kararından söz edilemez<sup>1347</sup>. Bu ihtimalde ilk derece mahkemesi kararının yanlışlığından bahsedilemeyecek olsa da Anayasa'daki eşitlik ilkesinde temelini bulan kıyas kurumunun<sup>1348</sup> burada da uygulanması söz konusu olur. Dava şartlarının

---

<sup>1344</sup> Yukarıda belirtildiği üzere 115. madde tüm derecedeki mahkemelere yönelik olduğundan, burada ilk derece mahkemesinde vakıa getirilebilecek son anda var olup ileri sürülmeyen vakıalar ile sonradan ortaya çıkan vakıalar arasında bir ayırım yapmaya gerek yoktur, krş. **Gottwald**, Revision, s. 281. Bir görüş ise, 115. ve 357. maddeleri kullanmamakla birlikte, ilk derecede var olan dava şartı eksikliğine rağmen esastan karar verilmişse ve istinaf aşamasında bu eksiklik giderilmişse, dosyanın tekrar ilk dereceye gönderilmesinin mantıkla bağdaşmadığını ve yalnızca "*formalizm*" olacağını ifade etmiştir, **Karaaslan, V.:** "HMK m. 353/1-a Üzerine Bir İnceleme", DÜHFD, C. 22, S. 37, 2017, s. 219-239, s. 233.

<sup>1345</sup> **Mattern** s. 650.

<sup>1346</sup> **Gottwald**, Revision, s. 263.

<sup>1347</sup> **Özekes**, Pekcanitez Usul, s. 2272.

<sup>1348</sup> **Kramer**, Methodenlehre, s. 56.

yargılama sürecine olan etkisi düşünüldüğünde; aynı şekilde, denetime elverişli bir karar olduğundan bahsedilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla dava şartlarının varlığıyla ilk derece yargılaması tekrarlanmalıdır. İlk derece yargılamasında dava şartı eksikliği olduğunu tespit eden bölge adliye mahkemesinin, 115. madde uyarınca, kendisinin usulden ret kararı vermesi mümkün değildir, zira, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, bu konuda özel olarak 353. maddeyi ihdas etmiştir. Böyle bir durumda, ilk derece mahkemesindeki dava şartı eksikliğinde, bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesinin yerine geçerek usulden ret kararı veremez<sup>1349</sup>.

İlk derece mahkemesinin esastan karar verdiği esnada olmayan dava şartı eksikliğinin, daha sonra istinaf aşamasında ortaya çıkması da mümkündür. Hem 115. hem de 357. maddenin birinci fıkraları dikkate alındığında, bu eksikliğin ileri sürülmesi veya re'sen göz önüne alınacağı konusunda herhangi bir şüphe yoktur. Ancak yukarıdaki durumdan farklı olarak burada artık ilk derece mahkemesine göndermeye gerek yoktur; çünkü oradaki durumdan farklı olarak, burada ilk derece mahkemesinde dava şartlarının mevcudiyetiyle bir yargılama yapılmıştır. Gönderme kararının altında yatan mantık ise, denetime uygun bir karar olmamasıdır; burada ise böyle bir karar vardır. Dava şartlarının önemi, kural olarak usul ilişkisinin başından sonuna kadar, varlığını sürdürdüğü için bu aşamada artık (bir hüküm mahkemesi olarak ortaya çıkan<sup>1350</sup>) bölge adliye mahkemesi kendisi bizzat karar verebilir. Bunun dayanağı ise 115. maddenin ikinci fıkrasıdır. Dikkat edilirse bu ihtimalde, ilk derece yargılamasında dava şartlarında bir eksiklik yoktur. Eksiklik, bölge adliye mahkemesi önünde cereyan eden yargılamada ortaya çıkmıştır.

---

<sup>1349</sup> Krş. **Akkan, M.:** “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 353/1-A-3 Hükmü Kapsamından Verilen Bölge Adliye Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi”, MİHDER, C. 15, S. 44, 2019, s. 763-812, s. 788-789.

<sup>1350</sup> **Özekes,** Pekcanitez Usul, s. 2269.



### 3. Temyiz Aşamasında İnceleme

İstinaf aşamasından farklı olarak temyizın esas amacı, ilk aşamada tarafların uyuşmazlıkları hakkında doğru ve adil bir karara ulaşmaktaki menfaatlerine hizmet etmek değildir<sup>1351</sup>. Aksine, ilk aşamada kamunun ilgili menfaatlerini korumaktadır<sup>1352</sup>: Kanunların uygulanması ve hukuk yaratmadaki birliği, maddi hukuk kurallarının uygulanması ve yorumlanmasındaki yeknesaklıkla ülkede hukuk birliğini sağlamak ve maddi hukukun ihlal edildiğinin ileri sürülmesi ve incelenmesi söz konusu olduğunda doğruluğun kontrolündeki menfaati; yargılama hukuku bakımından da alt derece mahkemelerinin yargılama hukuku kurallarına riayet edip etmediği ve maddi hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığıdır. Buradaki kamusal menfaat, temyiz incelemesinin o zamana kadar yapılmış vakıa tespitleriyle bağlı olarak, hukuki denetimle sınırlanmasının nedenini açıklar<sup>1353</sup>. Diğer taraftan re'sen incelenecek dava şartları da kamusal menfaat barındırmaktadır. O halde bu durumda iki ayrı menfaat çatışmaktadır. Hangi menfaate öncelik tanınacağı sorusu için dava şartları bakımından önem taşıyan vakıaların yargılama sürecinin işleyişiyle yakın ilişkisi göz önüne alınmalıdır; buradan hareketle de dava şartlarına ilişkin olarak her zaman delil toplanmasının mümkün olduğu söylenebilir<sup>1354</sup>. Temyiz aşamasında, vakıa değerlendirilmesi ilk başta şaşırtıcı görülse de, yargılamanın yenilenmesi sebeplerine

<sup>1351</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 134 Rn. 21; krş. **Üstündağ**, Yargılama Hukuku, s. 819; **Öztek**, Şerh, s. 646; **Özekes**, Pekcanitez Usul, s. 2298; **Akkaya**, İstinaf, s. 72.

<sup>1352</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 134 Rn. 21; krş. **Martin** s. 5-6.

<sup>1353</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 134 Rn. 21.

<sup>1354</sup> **Martin** s. 128; İspat ihtiyacı gösterse de, bu vakıaların re'sen göz önüne alınacağına dair bkz.: **Gottwald**, Revision, s. 281. Temyiz mahkemesinin uyuşmazlık konusu vakıaları yalnızca tutarlılık (Schlüssigkeit) yönünde incelemesi ve nihai bir değerlendirme yapmak için bozması halinde de dava şartlarının koruma amacı gerçekleşmiş olacaktır. Buradan çıkan sonuç re'sen incelemenin temyizde delil değerlendirilmesini şart koşmadığıdır. Onun yerine usul ekonomisi, yani ölçülülük ilkesi (Verhältnismässigkeitsgrundsatz) temel alınabilir, **Gottwald**, Revision, s. 335-336. Öte yandan bu durum dava şartlarının temyizde incelenmesinde bir belirli bir Ermessensspielraum yaratmaktadır. Yani temyiz mahkemesi, somut olayda daha uygun görüyorsa, kendisi bizzat inceleme yapmak yerine, kararı bozup gönderebilir, **Gottwald**, Revision, s. 336.

ilişkin bir vakıa ortaya konulması halinde, temyiz aşamasında da incelenme ihtimaline paralel bir durum söz konusudur<sup>1355</sup>.

Temyiz yoluna, kural olarak, bölge adliye mahkemesi kararlarına karşı başvurulur. İşte aleyhine temyiz yoluna gidilen karar, 371. maddenin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca dava şartları yönünden incelenir. Temyiz aşamasına kadar olan kısımda bir yanlışlık olması ve bunun dosyadan anlaşılması halinde zaten sorun olmayacaktır. Yargıtay'ın kontrol mahkemesi olmasının gereği, kural olarak, karardan önceki döneme ait vakıa ve delil getirilmesi söz konusu olmayıp daha önce yapılan vakıa tespitleriyle bağlılık söz konusudur<sup>1356</sup>. Dava şartları bakımından ise, istinaf aşamasında var olan ancak dosyada mevcut olmayan bir vakıa veya delilin ileri sürülüp sürülemeyeceği konusunda başvurulması gereken hüküm ise 115. maddenin birinci fıkrasıdır<sup>1357</sup>. Zira temyiz aşamasının da, “*davanın her aşaması*” kapsamında olduğu konusunda kuşku duymamak gerekir. O halde yukarıda re'sen inceleme ilkesine dair söylenen her şey burada da geçerlidir<sup>1358</sup>. Yani Yargıtay'da da dava şartları hakkında vakıa ve delil ileri sürülmesi mümkündür<sup>1359</sup>. Örneğin, maddi anlamda kesin hükmün

---

<sup>1355</sup> Krş. **Martin** s. 156 ve **Mattern** s. 650. Zira yargılamanın yenilenmesi sebepleri, hükmün kesinleşmesinden önceki aşamada istinaf ve temyiz oluşturur, bunların, gerek istinafta gerek temyizde incelenmesi gerekir, **Yılmaz**, Şerh Cilt IV, s. 5152.

<sup>1356</sup> **Öztek**, Şerh, s. 646.

<sup>1357</sup> Burada işaret edilmesi gereken Alman hukukunda BGH ve bazı yazarlar re'sen incelemeye dayanarak temyizde bu denetime açık bırakırken, **Musielak/Voit/Ball** ZPO § 559 Rn. 8; **Mattern** s. 649; öğretide re'sen incelemenin tek başına zorunlu olarak dava şartlarının bu aşamada incelenmesi için gerekçe olmadığı; zira re'sen incelense de, kanun yolunun, dava şartları için davanın diğer başarı şartlarından daha farklı yapılandırıldığını kabul zorunluluğu doğurmadığı ifade edilmektedir. Bu şartlarda da uyumsuzluğun bir sonunun olması gerekir, **Stein/Jonas/Jacobs** § 559 Rn. 19; benzer yönde **MüKoZPO/Krüger** § 559 Rn. 28. Ancak re'sen incelemenin tek başına, dava şartlarına ilişkin vakıaları temyiz aşamasında farklı bir şekilde incelemeyi açıklamadığını ifade eden yazarlar da, buna farklı gerekçelerle veya gerekçe bildirmeden katılmaktadır. **Jacobs**, kanunun, dava şartlarının mevcudiyeti olmadan hiçbir şekilde esasa ilişkin hüküm verilmesini uygun görmediğinden hareketle re'sen incelemenin ortaya çıktığını belirterek temyizde de bu durumun devam ettiğini ve yeni vakıa getirilmesinin mümkün olduğunu ifade etmiştir, **Stein/Jonas/Jacobs** § 559 Rn. 20. **Krüger** de söz konusu vakıaları incelemeyi reddetmemektedir, **MüKoZPO/Krüger** § 559 Rn. 28.

<sup>1358</sup> Krş. **Mattern** s. 655.

<sup>1359</sup> **Bulut**, Temyiz, s. 286.

varlığı ilk derece mahkemesinde ileri sürülmemiş bile olsa, kanun yolunda ve hatta bozmadan sonra da ileri sürülebilir<sup>1360</sup>. Temyiz mahkemesi, önceki derece mahkemelerinin bu konudaki vakıa tespitleriyle bağlı değildir<sup>1361</sup>. Bu konuda yeni vakıalar getirilebilir, delil değerlendirilebilir<sup>1362</sup>. İnceleme konusu vakıa ve/veya delillerin, bir dava şartının varlığını ortaya koyması mümkün olduğu gibi, onu ortadan kaldırır nitelikte olması da mümkündür.

115. madde olmasaydı da yorum yoluyla aynı sonuca ulaşılması mümkün olurdu. Martin'e göre<sup>1363</sup>, yargılamanın amacına sadece esasa ilişkin bir karar yoluyla ulaşılacağı şeklindeki tespitten<sup>1364</sup>, yargılama hukuku kurallarının yorumu vasıtasıyla dava şartlarının varlığı halinde esasa ilişkin karar verilmesi geniş ölçüde desteklenmesi gerektiği sonucu çıkarılabilir.

Bir başka görüş ise<sup>1365</sup>, öncelikli inceleme ve vakıa yargılamasıyla temyiz yargılamasının birliğinden hareketle dava şartları hakkında güçlendirilmiş bir değerlendirme yapılmasını dayanak noktası olarak kabul etmekte, kanuni dayanak olarak (kanunun dava şartlarına verdiği önemi göz önüne alarak) yargılama hatalarının

---

<sup>1360</sup> **Yılmaz**, Şerh Cilt II, s. 2647.

<sup>1361</sup> Krş. **Zöller/Althammer** § 56 Rn. 2; **Stein/Jonas/Jacobs** § 559 Rn. 54; **MüKoZPO/Krüger** § 559 Rn. 17; **Martin** s. 12. Alman hukukunda dava şartlarının sözlü yargılamada bulunmasının yeterli ve gerekli olduğunun hakim görüş olduğu ifade edilmişti. Dava şartlarına ilişkin, bu noktaya kadar olan ama yargılamaya sokulmayan vakıaların, temyiz aşamasında da yargılamaya sokulabileceği de hakim görüş olarak ortaya çıkmaktadır, **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 145 Rn. 11; **Thomas/Putzo/Seiler** § 559 Rn. 8-9; **Mattern** s. 649-650. Aslında bakıldığında burada kararda bir yanlışlık yoktur. Daha ziyade verilen usulden ret kararının, bulunulan fiili durumu doğru yansıtamaması söz konusudur. **Martin** s. 122.

<sup>1362</sup> **Zöller/Althammer** § 56 Rn. 2; ayrıca bkz. **Yılmaz**, Şerh Cilt II, s. 2647.

<sup>1363</sup> **Martin** s. 123.

<sup>1364</sup> Yazara göre yargılamanın amacı her iki tarafa da hukuki koruma sağlamaktır. Hukuki koruma bağlayıcı bir şekilde, taraflar arasındaki haklılık durumunun tespiti ile sağlanır. **Martin** s. 123. Temyizde vakıa denetiminin yapılmaması elbette bir ölçüde, dava dışı durumun tamamen aydınlatılmasından bir feragat olarak görülebilir. Ancak hiçbir şekilde gerekçesiz değildir. İlk olarak, tarafların, bu durumu engelleme imkânı vardır, bundan da önce gelen ise, yargılamaya “geç” getirilmek istenen dava malzemesinin reddi halinde bile, tarafların yargılamayı yürütmesi ölçüsünde, dava dışı durumlarına hukuki koruma sağlanmaktadır. Oysa dava şartı eksikliğinde, verilen usuli ret kararıyla bu mümkün değildir. **Martin** s. 126-127.

<sup>1365</sup> **Gottwald**, Revision, s. 264.

incelenmesine yönelik hükümde (ZPO a. F. § 559, n. F. § 557) yer alan re'sen incelenemeyecek olan hususların ancak kanunda öngörülen şekilde ileri sürülmeleri halinde değerlendirilebileceğine yönelik ifadeyi ele almaktadır. Yazarın vurguladığı bir diğer husus bazı dava şartları için yargılamanın yenilenmesi yolunun söz konusu olabileceğidir.

Temyiz aşamasında karşılaşılabilecek bir başka ihtimal, istinaf aşamasında karar verilmesinden sonra meydana gelen ve dava şartlarında eksiklik yaratan veya eksikliği tamamlayan vakıaların dikkate alınıp alınmayacağı konusundadır. Daha önce belirtildiği üzere, 115. maddenin ifadesi temyiz aşamasını da kapsamaktadır<sup>1366</sup>. Zira dava şartı kavramı, usul ilişkisinin başlamasıyla gündeme gelir ve yargılamanın dinamikliğinin sonucu olarak sürecin her aşamasında değişiklik gösterebilir. İşte burada da 115. madde gereğince Yargıtay, dava şartlarını re'sen incelemek zorundadır<sup>1367</sup>. Bu inceleme yapılırken vakıa ve delil ileri sürülmesi mümkündür. Bu ihtimalde, aleyhine temyiz yoluna başvuru kararı doğru olmasına rağmen, 115. madde gereğince inceleme yapacaktır. Burada 115. maddeye dayanılması halinde, Yargıtay'ın 115. maddeye göre neden usulden ret kararı veremeyeceğinin de açıklanması gerekir. Bunun nedeni Yargıtay'ın verebileceği kararların sayılmış olması

---

<sup>1366</sup> Ayrıca yukarıda bkz. Üçüncü Bölüm VI F 1. Böyle bir düzenleme bulunmayan Alman hukukunda da, temyiz aşamasının, davanın bir parçası olduğu ve yargılamanın tamamının kabul edilebilirliğine ilişkin normların dikkate alınmak zorunda olduğu ifade edilmiştir, **Martin** s. 134. Dava şartlarının her düzeydeki mahkemeye yönelik kuralları olduğu görüşü takip edildiğinde, aslında herhangi bir öncelik sonralık ilişkisinin önemi olmadan dava şartlarının temyizde de incelenebileceği hakkında bkz: **Gottwald**, Revision, s. 281.

<sup>1367</sup> Alman Federal Mahkemesi de yapılan son tahkikat duruşmasından sonra ortaya çıkan yeni vakıaları re'sen inceleme ilkesine dayanarak değerlendirmektedir, BGH NJW 1976, 1940; 1984. Öğretide de, bu vakıaların, dava şartlarının eksikliği veya tamamlanması sonucunu doğurmasından bağımsız olarak, dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir, **MüKoZPO/Krüger** § 559 Rn. 28; **Musielak/Voit/Ball ZPO** § 559 Rn. 9. İsviçre Federal Mahkemesi de, bir dava şartının incelenmesi söz konusuysa, kural olarak yeni vakıa ve delil ileri sürülmesinin mümkün olduğunu kabul etmektedir, BGer 5A\_448/2020 vom 18. Februar 2021 E. 2.4.4.

ve bu sayının 115. maddeye göre özel hüküm olmasıdır, buna göre Yargıtay, bozma kararı verecek ve dosyayı ilgili mahkemeye gönderecektir.

Türk hukukundan ayrı olarak Alman hukukunda, hakim görüş olarak, dava şartları için belirleyici zaman diliminin istinaftaki son duruşma anı olduğu kabul edilmektedir<sup>1368</sup>. Ancak Alman Federal Mahkemesi, çeşitli kararlarında sonradan meydana gelen vakıaların da temyiz aşamasında incelenmesi gerekliliğine vurgu yapmıştır<sup>1369</sup>. Temyiz aşamasında ortaya çıkıp usuli hukuki durumu değiştiren vakıaların, doğrudan bu aşamada incelenmesi mümkündür<sup>1370</sup>. Usul ekonomisi burada bir dayanak noktası olarak ortaya çıkmaktadır<sup>1371</sup>. Federal Mahkeme'ye göre yeni vakıa ileri sürülememesi gibi şekli bir nedenden dolayı davanın reddi usul ekonomisine aykırıdır<sup>1372</sup>. Ayrıca Federal Mahkeme'ye göre her iki taraf da esastan bir karar arzulamaktadır. İdari işlem de bu bağlamda bir gerekçe olarak ortaya konulmaktadır<sup>1373</sup>.

Burada bir istisna getirilmesi mümkündür. Hukuki yararın görelî bir dava şartı olması göz önüne alındığında, eğer davanın önceden esastan reddi söz konusuysa, sonradan meydana gelen ve hukuki yararın ortadan kalkmasına neden olan vakıaların bu aşamada tekrar dikkate alınmasına gerek yoktur<sup>1374</sup>.

---

<sup>1368</sup> **Stein/Jonas/Jacobs** § 559 Rn. 21.

<sup>1369</sup> BGH NJW 2001, 1730; BGH NJW 1984, 1556.

<sup>1370</sup> **Stein/Jonas/Jacobs** § 559 Rn. 21; **Musielak/Voit/Ball**, ZPO § 559 Rn. 9.

<sup>1371</sup> **Stein/Jonas/Jacobs** § 559 Rn. 21.

<sup>1372</sup> BGH NJW 1984, 1556.

<sup>1373</sup> **Mattern** s. 652.

<sup>1374</sup> **Martin** s. 149. Dava, esası hakkında karar verilecek düzeyde “olgunlaşmışsa” artık hukuki yarardaki şüpheyne rağmen, dava şartının işlevini yerine getirdiği kabul edilip incelenmesine gerek olmadığı yönünde bkz. **Gottwald**, Revision, s. 271.

Dava şartı olmanın yanı sıra, usul işlemi şartı olarak ortaya çıkan bazı şartlar bakımından sonradan meydana gelen vakıalarla, dava şartının tamamlandığı kabul edilebilirse de eksikliği olan usul işlemleri için mutlaka onay verilmesi gerekir<sup>1375</sup>.

Alman hukukunda, o şartın eksikliği sebebiyle bir karar verilmişse, daha sonra buna ilişkin vakıaların göz önüne alınamayacağı savunulmuştur<sup>1376</sup>. Bu ifade için Jacobs, Krüger'e ve yine aynı yazarın atıf yaptığı mahkeme kararlarına atıf yapmaktadır. Krüger, vekaletname eksikliği bakımından verilen kararlar olduğunu belirtmiş; ancak diğer şartlar için de geçerli olması gerektiğine vurgu yapmıştır. Örnek bir mahkeme kararında, vekaletname olmaksızın, istinafa başvurulmuş olması ve süresi içinde vekaletname sunulmaması nedeniyle başvurunun usulden reddi söz konusudur. Bundan sonra verilen bir vekaletname ve onamla, temyiz aşamasında geçmişe etkili şekilde bir iyileştirmenin mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Sonuç bakımından yazarlara katılmakla beraber, bunun diğer dava şartları bakımından söz konusu olması gerekliliğinde yazarların görüşü benimsenmemiştir. Bu örneklerde dava şartı özelliği nedeniyle bir ret söz konusu değildir, onun yerine vekaletnamenin aynı zamanda bir usul işlemi şartı olması özelliği gündeme gelmiştir. Olaya uygulanırsa şu sonuç çıkmaktadır: İstinafa başvurulurken, eksik olan vekaletname ve verilen sürede ibraz edilememesi sebebiyle istinafa başvuru işlemi sakattır. Böylece karar kesinleşmiş olup daha sonra bu kesinliği ortadan kaldıracak şekilde bir onam verilmesi mümkün değildir. Zira başvuru işlemi süreye bağlıdır ve sürenin geçmesiyle işlemin etkili bir şekilde yapılması söz konusu olmaz.

---

<sup>1375</sup> **Martin** s. 150-151.

<sup>1376</sup> **Stein/Jonas/Jacobs** § 559 Rn. 24; **MüKoZPO/Krüger** § 559 Rn. 28.

Sonradan getirilen vakıa, çifte önemi haiz ise, kural olarak, maddi hukuk bakımından da dikkate alınır<sup>1377</sup>. Örneğin, tarafın ölümü.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 362. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine göre, bölge adliye mahkemelerinin “*Yargı çevresi içinde bulunan ilk derece mahkemelerinin görev ve yetkisi hakkında verilen kararlar ile yargı yeri belirlenmesine ilişkin kararlar*” temyiz edilemez. Öte yandan 371. maddenin birinci fıkrasının (b) bendi ise dava şartlarına aykırılığı bozma nedeni olarak düzenlemiştir. Aralarında çelişki var gibi gözükse de bu iki hüküm dikkate alındığında; temyiz incelemesi esnasında, ilk derece mahkemesinin görev veya yetkisine yönelik bir değerlendirme yapıp yapılamayacağı sorusu ortaya çıkabilir.

Benzeri bir düzenleme ZPO’nun 545. maddesinin ikinci fıkrasında yapılmıştır<sup>1378</sup>. Buna göre ilk derece mahkemesinin, yetkisini<sup>1379</sup> haksız olarak kabul ettiği veya reddettiği hususuna temyizde dayanılmaz. Bu düzenlemenin nedeni olarak yargılamanın basitleştirilmesi ve hızlandırılması gösterilmektedir<sup>1380</sup>. Böylece önceki aşamalarda yapılmış işlemlerin sırf yetkisizlik nedeniyle boşa gitmesinin önüne geçilmiş<sup>1381</sup> ve temyiz mahkemesi iş yükü bakımından tasarruf etmiş olur<sup>1382</sup>. Ayrıca düzenlemenin ifade biçiminin talihsizliğine vurgu yapılarak, istinaf mahkemelerinin

<sup>1377</sup> **Mattern** s. 654; **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 145 Rn. 11.

<sup>1378</sup> Aynı şekilde ZPO 513/2’de de istinaf mahkemesinin, ilk derece mahkemesinin yanlış olarak kendisini yetkili görüp görmediği hususunu inceleyemeyeceği belirtilmiştir.

<sup>1379</sup> Tekrar belirtmek gerekirse, Alman hukukunda, Türk hukukunda olduğu gibi görev ve yetki ayrımı yoktur. Her ikisi de dava şartıdır. Bu hükümdeki ifade hem madde anlamında yetki (görev), hem yer bakımından yetki hem de işlevsel yetkiyi kapsamaktadır. Alman hukuku anlamında yetkinin münhasır olup olmaması da önem teşkil etmemektedir, **MüKoZPO/Krüger** § 545 Rn. 15-16; **Musielak/Voit/Ball** ZPO § 545 Rn. 13.

<sup>1380</sup> **MüKoZPO/Krüger** § 545 Rn. 15; **Musielak/Voit/Ball** ZPO § 545 Rn. 1; Benzer şekilde usul ekonomisine dayandığını ifade eden **Zöller/Hessler** § 545 Rn. 15.

<sup>1381</sup> **MüKoZPO/Krüger** § 545 Rn. 15; **Musielak/Voit/Ball** ZPO § 545 Rn. 12.

<sup>1382</sup> **Musielak/Voit/Ball** ZPO § 545 Rn. 1.

bu konudaki kararının (ilk derece mahkemesinin, yetkisini kabul eden veya reddeden) da incelenemeyeceği ifade edilmiştir<sup>1383</sup>.

Benzer şekilde, Türk hukukunda da hukuki denetimle görevli temyiz mahkemelerinin, görev ve yetki konusundaki hukuka aykırılıklar bakımından denetim yapması mümkün değildir. Çünkü 362. maddenin birinci fıkrasının (c) bendi görev ve yetkiye dair kararlara karşı temyiz yolunu kapattığından Yargıtay'ın denetim kapsamını daraltmıştır. Denetim kapsamının daraltıldığı ifadesinin<sup>1384</sup> pratik sonucu istinaf incelemesinde istinaf başvurusunun esastan reddi, ilk derece mahkemesi kararının düzeltilerek yeniden esas hakkında karar verilmesi, yargılamadaki eksikliklerin tamamlanmasından sonra yeniden esas hakkında karar verilmesi veya duruşma yapılarak esasa ilişkin karar verilmesi hallerinde temyize başvurulduğunda Yargıtay'ın görev veya yetki bakımından bozma kararı veremeyeceğidir<sup>1385</sup>. O halde Kuru/Aydın'ın<sup>1386</sup>, gerekçe vermeksizin, ileri sürdüğü, ilk derece mahkemesinin görevsiz olmasının mutlak bir temyiz sebebi olduğu görüşü kabul edilemez.

<sup>1383</sup> **MüKoZPO/Krüger** § 545 Rn. 15; **Stein/Jonas/Jacobs** § 545 Rn. 28; **Zöller/Hessler** § 545 Rn. 15; aksi görüşte olan **Ball** da burada bir ifade zafiyeti olduğunu, dolayısıyla, ilk derece mahkemesinin, kendi geniş anlamda yetkisiyle ilgili doğru karar vermesi ancak istinaf mahkemesinin bunu haksız yere kabul etmesi ve reddetmesi halinin kapsamda olmadığına işaret etmekle birlikte BGH'nın yerinde bir şekilde yorum yoluyla bu ihtimali de saf dışı bıraktığını belirtmektedir, **Musielak/Voit/Ball** ZPO § 545 Rn. 12.

<sup>1384</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin üçüncü alt bendindeki düzenleme ve 362. maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin hem lafzi hem de amaçsal yorumuyla bu hallerde de temyiz yolunun kapalı olduğu hakkında bkz. **Yılmaz, Y.** : "Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İstinaf Mahkemelerinin İlk Derece Mahkemelerinin Görevine İlişkin Olarak Verdiği Kararların Yargıtay Bakımından Bağlayıcılığı Sorunu", YD, Cilt: 48, Sayı: 4, Ekim 2022, s. 1185-1214, s. 1204 **Yılmaz** burada yine bölge adliye mahkemesince verilmiş bir karar olduğunu ancak bu kararın açıkça verilmiş karardan farklı olamayan zımni bir karar olduğu, kanunun ifadesinin bu yoruma daha uygun olduğu, aksi yorumun yargılamanın uzamasına yol açacağı, bozmadan sonra hangi mahkemeye gönderileceğinin belli olmadığından yola çıkmaktadır.

<sup>1385</sup> **Yılmaz, Şerh** Cilt IV, s. 5023; **Öztek, Şerh**, s. 572, 672.

<sup>1386</sup> **Kuru/Aydın**, Cilt II, s. 1399. Aynı yönde **Bulut**, Temyiz, s. 279. Bulut ise bozma nedenlerine ilişkin 373. maddenin birinci fıkrasının bendine, dava şartlarının re'sen incelenecek olmasına ve kamu düzenine dayanmaktadır. Bu çalışmada dava şartlarının kamu düzeninden olduğu kabul edilmemiştir. 373. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin 362. maddenin birinci fıkrasının (c) bendiyle birlikte okunması gerektiği kuşkusuzdur ve kanun koyucu temyizde hukuki denetim sınırını daraltmıştır. Re'sen incelemenin temeli olan kamusal menfaatin, buradaki yargılamanın hızlandırılması ve basitleştirilmesiyle karşılaştırıldığında daha düşük bir seviyede olduğu kanun koyucu tarafından zaten



Alman hukukunda bu konu, başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin olmayıp haklılığına ilişkindir<sup>1387</sup>. Türk hukukunda ise, kanun koyucu, incelemenin kabul edilebilirlik aşamasında yapılmasını kabul etmiştir. Bu halde iki yönden farklılığı olacaktır: Birincisi öncelikle incelenecektir; ikincisi re'sen dikkate alınacaktır. Kabul edilebilirlik aşamasına özgülenmiş olmasaydı da, 371. maddenin birinci fıkrasının (b) bendine göre özel hüküm teşkil ederdi<sup>1388</sup> ve Alman hukukunda ifade edilenler, Türk hukuku bakımından da geçerli olurdu. Ancak kabul edilebilirlik aşamasında ilişkin olduğundan zaten bu noktaya kadar gelmeden başvurunun reddi gerekir. Bu kısıtlamanın anayasa hukuku yönünden de herhangi bir sakıncası yoktur<sup>1389</sup>.

Madde kapsamına giren hallerin temyizde değerlendirilememesi kuralı, mutlak değildir. Öncelikle mahkemenin geniş anlamda yetkisine ilişkin bir karar keyfi olarak verilmişse veya hukuki dinlenilme hakkının ihlali ve gönderme kararının bağlayıcılığına ilişkin bir uyuşmazlık ortaya çıkmışsa temyizde de mahkemenin geniş anlamda yetkisine ilişkin değerlendirme yapılabilir<sup>1390</sup>. Zira ilk halde tabii hakim ilkesinin, ikinci halde ise hukuki dinlenilme ilkesinin ihlali nedeniyle adil yargılanma hakkına aykırılık olacaktır<sup>1391</sup>. Yani bu ihtimalde sadece geniş anlamda yetkiye ilişkin kuralların ihlali değil, yargısal temel hakların da ihlali söz konusudur ve temyizde de dikkate alınmasına herhangi bir engel yoktur. Bu hususlar Türk hukuku bakımından da aynen geçerlidir.

---

açıkça belirtilmiştir. Kamusal menfaatlerin ölçüsüne göre değerlendirme yapılması dava şartlarının niteliğine ters düşmez.

<sup>1387</sup> **Stein/Jonas/Jacobs** § 545 Rn. 2; **Zöller/Hessler** § 545 Rn. 14; **Musielak/Voit/Ball**, ZPO § 545 Rn. 1.

<sup>1388</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353. maddesinin birinci fıkrasının a bendinin üçüncü alt bendindeki düzenleme ve 362. Maddenin birinci fıkrasının c bendinin hem lafzi hem de amaçsal yorumuyla görev ve yetkiye ilişkin dava şartının temyizde incelenemeyeceği görüşü için bkz. **Yılmaz**, **Y.** s. 1202-1203.

<sup>1389</sup> **Stein/Jonas/Jacobs** § 545 Rn. 4.

<sup>1390</sup> **MüKoZPO/Krüger** § 545 Rn. 17; **Stein/Jonas/Jacobs** § 545 Rn. 30.

<sup>1391</sup> **Krş. MüKoZPO/Krüger** § 545 Rn. 17; **Stein/Jonas/Jacobs** § 545 Rn. 30.

### III. İspat Yükünün Dava Şartlarında Uygulanıp Uygulanamayacağı

Bir yargılamada, uyuşmazlık konusu vakıalar hakkında hakim, varlığı veya yokluğuna dair bir karar verememesi halinde de, esastan bir karar verilmesi zorunludur<sup>1392</sup>. Ancak bu durum sadece esasa ilişkin karar verilmesi halinde söz konusu olmaz. Dava şartlarına ilişkin vakıalar bakımından da bu belirsizlik hali ortaya çıkabilir<sup>1393</sup>; dolayısıyla dava şartları bakımından da ispat yükü kuralları geçerlidir<sup>1394</sup>.

Türk hukukunda bir görüş, mahkemenin dava şartlarına ilişkin olarak ispat yükü kurallarını uygulaması yerine, re'sen araştırma ilkesini işletmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>1395</sup>. Bu görüşün temel noktası, re'sen araştırma ilkesinin uygulanması halinde ispat edilememe durumunun ortaya çıkmayacağıdır. Öncelikle dava şartlarının incelenmesine hakim olan ilke re'sen inceleme ilkesidir, re'sen araştırma ilkesi değildir. Öte yandan re'sen araştırma ilkesi kabul edilse bile, böyle bir tespit yapılamaz. Zira hakim aktifliği konusunda en ufak bir şüphe bulunmayan ceza muhakemesi hukukunda da bir vakıa hakkında hakim kani olmaması mümkündür. Şüpheden sanık yararlanır (*In dubio pro reo*) ilkesi burada riske kimin katlanacağına işaret etmektedir. Dolayısıyla hem medeni usul hukukunda hem ceza muhakemesinde hem de idari yargılama usulünde, bir vakıa hakkındaki ispat faaliyeti sonucunda hakimde yeterli kanaatin oluşmamış olması mümkündür<sup>1396</sup>. Sadece riske kimin katlanacağı konusunda farklı belirlemeler yapılmaktadır.

<sup>1392</sup> Rosenberg, Beweislast, s. 2; Rosenberg/Schwab/Gottwald § 116 Rn. 1; Umar/Yılmaz s. 2.

<sup>1393</sup> Rosenberg, Beweislast, s. 386-387; Erk s. 88.

<sup>1394</sup> Rosenberg, Beweislast, s. 391; Rosenberg/Schwab/Gottwald § 94 Rn. 35; Martin s. 48; Rimmelspacher, von Amts wegen, s. 34-35; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Zürcher § 60 Rn. 5; Erk s. 88; Alangoya, İlkeler, s. 133; Umar, dava şartlarını hukuki duruma ve vakıa durumuna ilişkin olmasına göre ayırmakta ve vakıa durumuna ilişkin olarak nitelendirdiği hallerden sadece vekilin baroya kayıtlı olması, taraf ehliyeti, dava ehliyeti, usulüne uygun kanuni temsil, dava takip yetkisi ve hukuki yarar için ispat yükünün uygulanacağını ifade etmektedir, Umar, Şerh, s. 356-357.

<sup>1395</sup> Elgün Toğrul, s. 122.

<sup>1396</sup> Rosenberg, Beweislast, s. 1. Medeni usul hukukunda re'sen araştırma ilkesi uygulansa da, ispat yükü kurallarının uygulanmasının gerekebileceği yönünde Umar/Yılmaz s. 18;

Tekrar medeni usul hukukuna dönülecek olursa; ispat yükünün, dava malzemesinin toplanmasına hakim ilkelerden bağımsız olarak (yani re'sen araştırma ilkesi uygulansa bile) gündeme gelmesi mümkündür<sup>1397</sup>. İspat yükü kuralları, temelde, davadaki ispat faaliyetinin yetersizliğinin yaptırımını olmayıp; aksine son durumda belli olan objektif belirsizlik (*non-liquet*) halinin aşılmasına hizmet etmektedir<sup>1398</sup>.

Dava şartlarının varlığını iddia ve ispat yükü, esasa ilişkin karar elde etmek isteyen kişidedir, yani kural olarak davacıdadır<sup>1399</sup>. Dava şartları pek çok şekilde ayırma tabi tutulabilirse de, önemli olan ayırım olumlu-olumsuz dava şartı ayrımıdır<sup>1400</sup>. Bu ayırım, ispat yükünün dağılımı bakımından önem taşımaktadır<sup>1401</sup>. Olumsuz dava şartları derdestlik ve kesin hükümdür. Bu iki şartta, tıpkı dava engellerinde olduğu gibi ispat yükü davalıdadır<sup>1402</sup>.

İspat yüküne ilişkin olarak yapılan açıklamanın, dava ehliyetine de aynen uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmıştır.

Musiellak'a göre<sup>1403</sup>, belirsizlik halinde dava ehliyetinin varlığı kabul edilmelidir. Zira ZPO, dava ehliyetini direkt olarak BGB'ye atıfla düzenlemiştir. ZPO'da pozitif bir şekilde dava ehliyeti; BGB'de ise, negatif bir şekilde ehliyetinin

---

**Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, Esaslar, s. 309; **Hanağası**, Menfaat, s. 308; **Erdoğan**, Yer Bakımından Uygulanma, s. 220.

<sup>1397</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 116 Rn. 3; **Atalay**, Menfi Vakıalar, s. 16; **Taşpınar, S.**: Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s. 164.

<sup>1398</sup> **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 116 Rn. 3.

<sup>1399</sup> **Rosenberg**, Beweislast, s. 391; **Stein/Jonas/Brehm**, Einl. Rn. 257; **Erk** s. 88. Hukuki yararın gerekliliklerini altı başlık altında inceleyen ve hepsi için ispat yükünü ayrı ayrı değerlendiren görüş için bkz. **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 229 vd.; Hukuki yarar için ispat yükünün davacı olduğu yönünde **Hanağası**, Menfaat, s. 309.

<sup>1400</sup> **Zingg**, BK-ZPO, Art. 59 Rn. 10.

14; **Schlosser** s. 129.

<sup>1401</sup> **Schlosser** s. 129.

<sup>1402</sup> **Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle** Vor § 253 Rn. 14; **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 209; **Erk** s. 89. **Seiler**, sadece kesin hüküm ve derdestliği ifade etmeden, genel bir ifadeyle, olumsuz dava şartlarında ispat yükünün, pratik sebeplerle davalıda olduğunu ifade etmektedir, **Thomas/Putzo/Seiler** Vor § 253 Rn. 13.

<sup>1403</sup> **Musiellak**, Beweislast, s. 323 vd. İsviçre hukukunda benzer şekilde **Erk** s. 89.

olmaması şeklinde düzenleme yapılmasından da ispat yüküne ilişkin bir farklılık çıkarılamaz. Dava ehliyetinin unsurlarını düzenleyen ZPO kanun koyucusu, ispat yükünü dikkate almadan bir hüküm getirmiştir; zira BGB'nin düzenlemesini takip etmeyi istemektedir. Eğer BGB'nin hükümlerinden ayrılan bir ispat yükü düzenlemesi istenseydi, bunun için yanlış anlaşılmaya imkân vermeyecek bir düzenleme yapılırdı. Böyle bir düzenleme olmadığı gibi, kanun koyucunun bu yöndeki iradesine ilişkin en ufak bir ipucu da yoktur. BGB'nin düzenlemesinde, ispat konusu vakıalar, fiil ehliyetinin olmadığına ilişkindir, dolayısıyla, belirsizlik halinde kişiyi fiil ehliyetini haiz saymak gerekir.

Yazar'a göre, belirsizlik halinde dava ehliyetinin reddedilmesi, yargılamada eksikliğe sebebiyet verecek olması ve bundan doğması muhtemel hukuki sonuçların da yargılamanın sürdürülmesine engel oluşturmasıyla gerekçelendirilemez. Zira, o esnadaki fiili hukuki durumun göz önüne alınamamasının sebebi, tespit imkanının olmamasıdır. İspat yükü kuralı burada bir karar vermeye yaramıştır ve kişi, dava ehliyetini haiz kabul edilmiştir. Kişiyi koruma fonksiyonu da tek başına BGB'deki kuraldan ayrılmayı gerekli kılmaz. Çünkü BGB'deki hükmün de bir koruma fonksiyonu vardır, buna rağmen belirsizlik halinde fiil ehliyetinin varlığı kabul edilmiştir. Korumanın kapsamını belirleme, kanun koyucunun, yapacağı menfaat değerlendirmesiyle ulaşacağı karara bırakılmak zorundadır.

Özel usuli bir neden olmadığı takdirde, dava ehliyetine ilişkin olarak, medeni hukuktaki ispat yükü belirlemesinden ayrılmanın isabetliliğine ilişkin değerlendirmeler makul görülebilir. Ancak davayı makul bir şekilde yürütebileceği hakkında yeterli güvenceyi vermeyen kişinin kendi başına bir dava yürütmemesinde karşı tarafın, mahkemenin ve kamunun menfaati vardır, böylece gereksiz yere davanın

uzamasından ve yapılan masraflardan kaçınılmış olur<sup>1404</sup>. Bu yüzden, Türk hukuku bakımından da genel kuraldan ayrılmaya gerek olmadığı ifade edilebilir. Re’sen inceleme uyarınca, hakimin ilgili şartın üzerine eğilmesi için somut bir dayanak noktasına ihtiyacı vardır. Yani en başta zaten dava ehliyetinin varlığını ispatı gerekmez. Dava ehliyetinin ispatı ancak bu konuda bir şüphe ortaya çıkmışsa gündeme gelir. Bu şüphe giderilmeden, dava ehliyeti olmayan tarafın lehine bile olsa kanun, bu konuda esasa dair bir işlem yapılmasını ve karar verilmesini istememiştir. Dolayısıyla dava ehliyetinin mutlaka varlığını aramış olduğu ve belirsizlik halinde TMK’dan yola çıkılarak varlığının kabul edilmesini istememiş olduğu söylenmelidir.

#### IV. Dava Şartlarının Hak Arama Özgürlüğü Bakımından Değerlendirilmesi

Anayasa’nın 36. maddesi; “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*” ifadesiyle hak arama özgürlüğünü düzenlemiştir. Madde metnine göre, adil yargılanma hakkı da hak arama özgürlüğünün kapsamında ele alınmıştır<sup>1405</sup>. Görüldüğü üzere tarafların bu yöndeki talebi, yargı yetkisini haiz olup bunu mahkemeler aracılığıyla kullanan devlete yöneltilmiştir<sup>1406</sup>.

Hak arama özgürlüğü, kararın doğruluğu hakkında bir garanti vermeyip devlete, önüne gelen uyuşmazlığı, bağımsız ve tarafsız bir hakim tarafından hukuk

<sup>1404</sup> Stein/Jonas/Jacoby § 56 Rn. 12. Benzer yönde Rimmelspacher, von Amts wegen, s. 181.

<sup>1405</sup> Çiftçi, P.: “Medeni Yargılama Hukuku Açısından Hak Arama Özgürlüğünün (Anayasa m. 36) Sınırlandırılması Sorunu”, MİHDER, C. 12, S. 34, 2016/2, s. 361-400, s. 363-364.

<sup>1406</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 3 Rn. 1; Lorz s. 66; Özümücü, Zorunlu Arabuluculuk, s. 838. Örneğin, bu yüzden Umar, hukuki dinlenilme hakkını, içeriği bakımından, tarafların ve müdahilin bir hakkı olmaktan ziyade, mahkemeye düşen bir “yükümlülükler demeti” olarak ele almaktadır, Şerh, s. 126-127.

devleti ilkesine uygun bir yargılamayla karara bağlama yükümlülüğü yükler<sup>1407</sup>. Buna göre, “*Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz*” şeklindeki Anayasa’nın 36. maddesinin ikinci fıkrasıyla birlikte ele alındığında, mahkemeler, önlerine gelen davaları görmek, yargılamanın usulüne uygun şekilde yürütmesini sağlamak, uyuşmazlığı, maddi ve hukuki yönden incelemek ve tarafların iddialarıyla delilleri değerlendirdikten sonra bir karar vermek zorundadırlar<sup>1408</sup>. Dolayısıyla, hak arama özgürlüğü münhasıran usul ilişkisine yönelik olup yargılama sürecini ilgilendirmektedir.

Hak arama özgürlüğü davanın esasının, mahkemelerce vakıalar ve hukuki sorunlar bakımından kapsamlı bir şekilde incelenmesi anlamına gelmektedir. Hak arama özgürlüğü, ulusal düzlemde Anayasa’da açık bir biçimde düzenlenmişken, uluslararası düzlemde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde 6. maddede kendine yer bulmuştur.

Hak arama özgürlüğünün davanın esası hakkında karar verilmesiyle tanımlanması sonucunda, bu kararı önleyen dava şartlarının hak arama özgürlüğüne ters düşüp düşmediği incelenmelidir. İlk bakışta dava şartlarının bunu engeller gözükmesinin sebebi, getirilen dava malzemesini temel alarak mahkemece verilecek kararın içeriğini belirleyebilmesidir, yani ölçüt norm olmasıdır.

Derhal belirtmek gerekir ki, hak arama özgürlüğünün sınırlarını, bilhassa dava şartlarıyla, usul kanunu belirlemektedir<sup>1409</sup>. Yine hiçbir sınırlama olmaksızın, kişilere mahkemeye erişim hakkı tanınması gerektiği gibi bir sonuç çıkarılamaz<sup>1410</sup>.

<sup>1407</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 3 Rn. 2.

<sup>1408</sup> Krş. Rosenberg/Schwab/Gottwald § 3 Rn. 2; Staehelin/Staehelin/Grolimund § 1 Rn. 8; Musielak/Voit/Musielak, ZPO 20. Auflage 2023, Einl. Rn. 6.

<sup>1409</sup> BGer. 5P.319/2005 E. 4.1.; aynı yönde BGer. 1C.663/2012 E. 6. 3.

<sup>1410</sup> Lorz s. 60; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Zürcher § 59 Rn. 10; Özbek, Yargılama Giderleri, s. 59. Mahkemeye erişim hakkının hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından olduğu

Hak arama özgürlüğünün sınırlanması bağlamında Anayasa'nın 13. maddesinin değerlendirilmesi gerekir. 13. madde, temel hak ve özgürlüklerin “...yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak...” sınırlanmasına imkan tanımaktadır. Oysa 36. maddede böyle bir sebep belirtilmemiştir. Ancak dikkat edilirse buradaki sınırlama, temel hak ve özgürlüklerin “kanunla” sınırlanmasına ilişkindir ve doğrudan doğruya Anayasa tarafından öngörülen sınırlardan farklıdır<sup>1411</sup>. Doğrudan doğruya Anayasa’da olan sınırlarda, hak zaten, ancak o sınırlar içinde kabul edilmiştir<sup>1412</sup>. Buna göre, bir düzenleme, belli bir temel hak ve özgürlüğün güvenceye aldığı norm alanını daraltma sonucunu doğuruyorsa, sınırlamadan bahsedilebilir<sup>1413</sup>. Temel hakkı güçlendirici, onun daha kolay ve etkin kullanılmasını sağlayacak bir düzenleme, sınırlama olarak değerlendirilemez<sup>1414</sup>. Hak arama özgürlüğü de “...meşru vasıta ve yollardan

---

Anayasa Mahkemesi kararlarında ifade edilmiştir, AYM, 14.5.2015, E. 2014/77 K. 2015/49 ayrıca bkz. **Çiftçi**, Hak Arama Özgürlüğü, s. 384-385. Hak arama özgürlüğünün, mahkemeye erişim hakkı ve hukuki dinlenilme hakkı olmak üzere iki yönü olduğu yönünde bkz. **Budak, A. C.**: Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Korunması, İstanbul 2000, s. 6.

<sup>1411</sup> **Özbudun, E.**: Türk Anayasa Hukuku, 22. Baskı, Ankara 2022, s. 112; Krş. **Gözler, K.**: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, 2. Baskı, Cilt II, Bursa 2020, s. 543-544.

<sup>1412</sup> **Özbudun** s. 112; **Gözler** s. 543. “Anayasa’nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca, hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da, Anayasa’nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması da mümkün olabilir. **Dava açma hakkının kapsamına ve kullanımına ilişkin düzenlemelerin hak arama özgürlüğünün doğasından kaynaklanan sınırları ortaya koyan ve hakkın norm alanını belirleyen kurallar olduğu açıktır.**” AYM, E. 2012/132 K. 2012/179, 22.11.2012. Ancak kararın devamında Mahkeme talihsiz şekilde 13. maddedeki güvencelerden bahsetmektedir. Halbuki bir önceki atıfta belirtildiği üzere iki konu birbirinden ayrıdır.

<sup>1413</sup> **Sağlam, F.**: Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982, s. 21-22; **Dündar Sezer, T.**: “1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları”, Anayasa Hukuku Dergisi, C. 3, S. 5, 2014, s. 375-411, s. 379-380 dn. 13.

<sup>1414</sup> **Sağlam** s. 22. Bu yüzden geçici hukuki koruma tedbirlerinde gündeme gelen ve bu tedbire başvuran taraf lehine, karşı taraf dinlenmeden karar verilmesi halleri (örneğin ihtiyati haciz için İİK’nın 265. maddesi ve ihtiyati tedbir için Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 390. maddesinin ikinci fıkrası) hak arama özgürlüğüne getirilen sınırlamalar olarak ele alınamaz. Çünkü bu haller zaten “...talep sahibinin haklarının derhal korunmasında zorunluluk...” bulunmasına bağlanmıştır. Öğretide de bu durumda karşı tarafın dinlenilmesi ihtiyati tedbirin amacını zedeleyebileceği ve tedbir kararı verilse dahi uygulanması olanağını ortadan kaldırayabileceğine vurgu yapılmıştır, **Özekes**, Pekcanitez Usul, s. 2475.

*faýdalanarak...*” kullanılabilir<sup>1415</sup>. Bu durumda, yasama organının, temel hak ve özgürlüğün sınırlılığını belirtmek amacıyla yaptığı kanuni düzenleme yalnızca açıklayıcıdır, yoksa kurucu değildir<sup>1416</sup>. “... *meşru vasıta ve yollardan faýdalanarak...*” ifadesinin işaret ettiği hususu, usul kanunu olarak anlamak gerekir<sup>1417</sup>. Hükümde geçen “*meşruluk*” ölçütü hak arama özgürlüğünün doğal sınırlarını oluşturan ve Anayasa’ya uygunluk denetiminde incelenmesi gereken temel ölçüttür<sup>1418</sup>. Böylece ilk bakışta hak arama özgürlüğünü sınırlandırır gözüken usul kurallarının aslında zaten 36. maddenin kapsamına dahil olduğu ve onun somutlaştırılması olarak ortaya çıkması söz konusudur. 36. maddenin benzeri olan BSE’nin 29a maddesiyle fark burada ortaya çıkar; zira İsviçre düzenlemesinde “... *meşru vasıta ve yollardan faýdalanarak...*” gibi bir ifade yer almamaktadır.

Bu yoruma, çerçeve bir normdan hareket etmesi sebebiyle, içeriğinin belirsizliği yönünden eleştiri getirilmesi mümkündür. Olası eleştiri, bu belirsizliğin, özgürlükler açısından tehdit oluşturmasıdır. Zira hak arama özgürlüğüne ilişkin sınırlandırmaların yalnızca Anayasa’daki açık hükümlerle ve bilhassa temel hak

---

O halde zorunluluk hali bulunan durumlarda dahi karşı tarafın dinlenmesini kabul etmek ihtiyatı tedbirin, yani bir geçici hukuki koruma tedbirini anlamsız hale getirecektir. Ayrıca, geçici hukuki koruma tedbirleri zaten hak arama özgürlüğünün ve hukuki korunma taleplerinin kapsamlı ve etkin şekilde sağlanmasının, hukuk devletinin bir gereğidir, **Özekes**, Pekcanitez Usul, s. 2436. Dolayısıyla karşı taraf dinlenmeden verilen geçici hukuki koruma kararları için hak arama özgürlüğü zedeleniyor denilir ve karşı tarafı dinleme zorunluluğu getirilirse, bu sefer, karşı tarafın dinlenmesi sebebiyle geçici hukuki koruma tedbirinin anlamsızlaşması ve hak arama özgürlüğünün zedelenmesi söz konusu olur.

<sup>1415</sup> **Özbudun** s. 112; **Gözler** s. 544. Bu ifade bir güvence sınırı teşkil etmekte ve doğrudan doğruya daraltma işlevi görmektedir, **Sağlam** s. 106.

<sup>1416</sup> **Özbudun** s. 112; **Gözler** s. 544.

<sup>1417</sup> Burada Anayasa’nın “...*mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceğini...*” belirten 142. maddesine başvurmaya gerek yoktur. Zaten 36. madde kendi içinde sınırlar içermektedir. 36. maddede bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmasına rağmen, Anayasa’nın 142. ve davaların süratle sonuçlandırılmasını öngören 141. maddelerinin hak arama özgürlüğünün kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi yönünde bkz. AYM, E. 2006/65 K. 2009/114, 23.07.2009. Söz konusu kararda Anayasa Mahkemesi’nin, hak arama özgürlüğünün 141. ve 142. maddelere dayanılarak sınırlandırılmasından ziyade hak arama özgürlüğünün nesnel sınırlarını aradığı yönünde bkz. **Dündar Sezer** s. 393.

<sup>1418</sup> **Oder, B. E.:** “Temel Hakların Yargısallaşması ve Kuramsal Sorunlar: Türkiye Örneği”, Hukuk Felsefesini Yeniden Düşünmek: Hukuk Teorileri, İnsan Hakları ve Anayasalar, Ed. İoanna Kuçuradi, İstanbul 2011, s. 143-161, s. 148.



çatışmalarıyla haklı gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>1419</sup>. Görüş, örneğin, Anayasa'nın 141. ve 142. maddelerinden hareket edilebileceğini ama bu maddelere dayanılarak sonsuz sınırlama getirilmesinin mümkün olduğunu, bu hükümlere dayanıldığından da 13. maddedeki kriterlerin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir<sup>1420</sup>. Eleştiri haklı olmakla beraber, bu soyutluktan kaçmanın herhangi bir imkanının bulunmadığı belirtilmelidir.

Yine “eşyanın tabiatına uygun düştüğü” ve “hakkın nesnel sınırları içerisinde bulunduğ u” iddiasının keyfiliğe sebebiyet verebileceği ifade edilmiştir<sup>1421</sup>. Bu görüşe göre, yargılama hukuku kuralları maddi hukuk kurallarından nitelik olarak farklılık gösterir ve “en önemlisi kanunilik ilkesi geçerlidir”. Kanunilik ilkesinin uygulandığı konusunda hiçbir tereddüt olmayan iki alan ceza hukuku ve vergi hukuku alanlarıdır.

Ceza hukukunda da<sup>1422</sup> vergi hukukunda da<sup>1423</sup> kanunilik ilkesinin kıyas yasağını beraberinde getirdiği kabul edilmektedir. Medeni usul hukukunda ise kıyas yasağı olmayıp kıyas yoluna başvurulabilir<sup>1424</sup>. Dolayısıyla, yargılama hukuku kuralları için kanunilik ilkesi geçerlidir denilemez. Yine görüş, yargılama kurallarının, bilhassa temelini yargısal bir temel hakka dayandıranların, kural olarak kamu düzeninden olduğunu ifade etmektedir. Yargılama kurallarının, kural olarak kamu düzenine dayandığını iddia etmek, nispi temyiz sebepleri düşünüldüğünde makul

<sup>1419</sup> Dündar Sezer s. 402.

<sup>1420</sup> Dündar Sezer s. 403.

<sup>1421</sup> Çiftçi, Hak Arama, s. 388.

<sup>1422</sup> Toroslu, N./Toroslu, H.: Ceza Hukuku Genel Kısım, 26. Baskı, Ankara 2021, s. 67; Hafızoğulları, Z./Özen, M.: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2018, s. 19; Artuk, E./Gökçen, A./Alşahin, M. E./Çakır, K.: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2018, s. 117.

<sup>1423</sup> Mutluer, K./Dayanç, N. N.: Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014, s. 46; Öncel, M./Kumrulu, A./Çağan, N./Göker, C.: Vergi Hukuku, 30. Bası, Ankara 2021, s. 33; Kaneti, S./Ekmekci, E./Güneş, G./Kaşıkçı, M.: Vergi Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2022, s. 68; Öner, E.: Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Ankara 2012, s. 46.

<sup>1424</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 8 Rn. 16; Hk-ZPO/Kiessling, Einf., Rn. 20; Usul kurallarında kıyasa başvuran örnekler için bkz. MüKoZPO/Prütting § 283 Rn. 13; bkz. Umar, Şerh, s. 359, 387-388.

değildir. Çünkü medeni usul hukuku kurallarına aykırılık, kural olarak, tek başına bir temyiz sebebi olmamaktadır ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 371. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendi “*Karara etki eden yargılama hatası veya eksiklikleri bulunması*” halinde Yargıtay’ın temyiz edilen kararı bozması gerektiğini ifade etmiştir. Eğer yargılama hukuku kuralları kural olarak kamu düzeninden olsaydı, yargılama hukuku kurallarına aykırılık kural olarak bozma sebebi olurdu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu, bu aykırılığın karara etki etmesini aramazdı. Buna rağmen kamu düzeni niteliğinde ısrar edilmesi halinde de, bu niteliğin herhangi bir anlamı kalmamış olacaktır.

Yine bu görüş<sup>1425</sup>, hak arama özgürlüğünün, Anayasa’nın 141. maddesinin dördüncü fıkrasındaki “*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir*” ifadesinden hareketle yargısal ekonomik kamu düzeninden bahsetmekte ve düzenlemeyi sınırlama temeli olarak almaktadır. Buna göre yargılamaların basit, ucuz ve süratli bir şekilde sonuçlanması kapsamında iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağı da sayılabilir.

Belirtmek gerekir ki, iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı usul ekonomisiyle açıklanamaz. Zira, son tahkikat duruşması da olsa, taraflardan biri yeni bir vakıa sunabilir ve diğer taraf kabul ederse, mahkeme bu vakıayı incelemek zorundadır. Yasağın ilk planda koruduğu, yargılamanın taraflarıdır. Yasağın, hak arama özgürlüğüne aykırı olmamasını daha farklı bir şekilde gerekçelendirmek gerekir. Öncelikle tarafların iddialarını sürmesi imkanı zaten verilmiştir, ayrıca, taraflar bu imkanlarını kullanmasalar dahi, onlar hakkında esastan bir karar verilerek, tarafların hak arama özgürlüğü korunmuş olur<sup>1426</sup>. Bu açıklama da

---

<sup>1425</sup> Çiftçi, Hak Arama, s. 389-390.

<sup>1426</sup> Krş. Martin s. 126-127.

36. maddenin kendi içinde barındırdığı sınırın yargılama hukuku kurallarıyla çelişmediğini göstermektedir. Zaten bu çalışmada Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin anayasa hukuku anlamında, teknik anlamda bir sınırlama olmadığı kabul edildiğinden, bu yönde bir yoruma gerek yoktur. Anayasa'nın 141. maddesinden hareketle hak arama özgürlüğünü sınırlandırmakta bir sorun görülmemesi, buna karşılık 36. maddenin anayasal ve nesnel sınırlarının incelenmesinin keyfilığe götüreceği eleştirisine de yine burada bir cevap daha verilebilir.

Görüş, temyiz sınırını konulmasını da yine 141. maddeyle çözmektedir. Ancak burada da bir sübjektif değerlendirme imkânı vardır. Zira hak arama özgürlüğü, medeni usul hukukunda dereceli bir yargılama sistemi öngörmemektedir<sup>1427</sup>. O halde, usul ekonomisinden hareket edilerek, dereceli yargılama sisteminin tamamen kaldırılması, salt sınırlama sorunu bakımından en ufak bir sorunla karşılaşmayacak ve fakat pratik açıdan, mevcut sisteme göre hak arama özgürlüğünde bir daralmaya sebebiyet verecektir. Dolayısıyla, daha önce belirtildiği üzere, buradaki sübjektiflik eleştirisi bu düzeydeki soyutlamanın kaçınılmaz bir sonucudur.

Bu konuda verilecek bir diğer örnek, hukuki yararın gelişimidir. Yukarıda belirtildiği üzere<sup>1428</sup> hukuki yarar, usul ekonomisine dayanan bir dava şartıdır ve kuşkusuz Anayasa'nın 141. maddesinde kendisine dayanak bulur. Ancak bu kurumun ne kadar kötüye kullanılma ihtimali olduğu ilgili başlık altında gösterilmiştir<sup>1429</sup>. Dolayısıyla, tartışmanın geldiği son nokta, kuralı uygulayan kişinin niteliğidir.

Yukarıda, tabii hakim ilkesi ve görev arasında mutlak bir ilişki kurulamayacağı vurgulanmıştı. Ancak tabii hakim ilkesini gerçekleştirmenin tek yolu da görev, yetki

<sup>1427</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 3 Rn. 2.

<sup>1428</sup> Bkz. yukarıda İkinci Bölüm IV K 2.

<sup>1429</sup> Bkz. yukarıda İkinci Bölüm IV K 2.

ve iş dağılımı kuralları ihdas etmektir. Bu kurallar, kesinlikle hak arama özgürlüğünü sınırlar; en basit şekliyle, kişi, gidip herhangi bir mahkemede dava açamaz. Ama bu kurallar olmazsa da tabii hakim ilkesine riayet edilip edilmediği ortaya konulamaz. Yine dava ehliyeti ve hukuki dinlenilme hakkı arasındaki ilişki için de aynısı söylenebilir. Zira taraflardan birinin dava ehliyetini haiz olmadığı her durumda verilen hükmün, o tarafın hukuki dinlenilme hakkının zedelediğini söylemek mümkün değildir. Ama dava ehliyetine ilişkin düzenleme olmaksızın hukuki dinlenilme hakkına riayet edilip edilmediğinin tam olarak belirlenmesi de mümkün olmaz. Öte yandan adil yargılanma hakkı tartışmaya sokulduğunda, aşağıdaki paragrafta açıklanacağı üzere, farklı menfaatlerin de değerlendirmeye tabi tutulması gerekir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan dava şartlarından bu konuda, uluslararası boyutta da belki en çok tartışılan dava şartı, “yargı hakkı”dır. Örnek üzerinden anlatılması gerekirse; Türkiye’ye komşu bir ülkenin, sınırimıza yakın bir bölgede askeri tatbikat yaptığı ve bu esnada hata sonucu Türkiye sınırları içinde bir tarlayı vurduğu varsayımında, tarla sahibinin Türk mahkemelerinde o devlete karşı açacağı davada mahkeme, yabancı devletin yargı bağışıklığı olduğu gerekçesiyle yargı hakkı olmadığını belirterek usulden ret kararı verecektir. Tarla sahibinin haksız fiilden doğan bir talebi olduğu kuşkusuzdur; ancak kişi, bu alacak hakkında esasa dair bir mahkeme kararı elde edemez. Yani, yabancı devletle tarla sahibi arasındaki uyuşmazlığın kendisi, Türk mahkemelerinde (yargı bağışıklığından feragat edilmediği sürece) karara bağlanamaz. Maddi hukuk usul hukuku ayrımı sebebiyle, dava şartı eksikliğinden reddedilen bir davanın, maddi hukuk bakımından herhangi bir hak

kaybına sebebiyet vermemesi<sup>1430</sup>, bir şeyi değiştirmez çünkü hakkın yerine getirilebilmesi mümkün değildir.

İşte bu gibi hallerde, yargı hakkı eksikliğine sebebiyet veren yargı bağışıklığının, bireyin hukuki korunma ihtiyaının önüne geçerek mahkemeye erişim hakkını kısıtladığı ortadadır<sup>1431</sup>. Ayrıca, tıpkı hukuki yarar gibi yargı bağışıklığının da kararın doğruluğunu etkilemediğini belirtmek gerekir.

Yargı bağışıklığının bu kısıtlayıcı yönü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da tartışılmıştır. 2001 yılında Mahkeme, *Fogarty vs. United Kingdom*<sup>1432</sup> kararında devlete yargı bağışıklığı sağlanmasını adil yargılanma hakkının kapsamında değerlendirdiği mahkemeye erişim hakkına aykırı bulmamıştır. Daha sonra verdiği *Al-*

---

<sup>1430</sup> **Damian** s. 73; **Lorz** s. 58.

<sup>1431</sup> **Lorz** s. 60.

<sup>1432</sup> Dava konusu olayda Fogarty, 8 Kasım 1993 tarihinde Londra'daki Amerikan elçiliğinde CIA'e bağlı olan Foreign Broadcasting Information Service bünyesinde çalışmaktayken şubat 1995'te işten atılır. Bunun zerine North London Industrial Tribunal'a başvurur. İddiası, amiri tarafından cinsel tacize uğradığı ve bu nedenle iş ilişkisinin bittiği yönündedir, dayanak olarak cinsiyet ayrımcılığına ilişkin kanun (Sex Discrimination Act) section 1(1)(a), 4(1)(d) ve 6(2)(b) hükümlerini göstermiştir. Amerika Birleşik Devletleri hiçbir aşamada yargı bağışıklığına dayanmamış ve iddialara cevap vermiştir. 13 Mayıs 1996'da Tribunal başvuruyu haklı bulmuştur. Taraflar arasında da 12.000 GBP tazminat ödenmesi konusunda anlaşılmıştır. Haziran 1995'te, biraz önce bahsedilen dava devam ederken, Fogarty, 12 ay süre için Elçilik Foreign Building Operations biriminde idari asistan olarak çalışmaya başlar. Haziran 1996'da sözleşme süresi bittikten sonra yine Haziran ve Ağustos 1996 yıllarında yaptığı iş başvuruları reddedilmiştir. 15 Eylül 1996'da *Fogarty* Industrial Tribunal'da ikinci bir dava açmış ve iş başvurularının ret sebebinin ilk davada haklı görülen talepleri olduğunu, bunu Sex Discrimination Act'e aykırı olduğunu belirtmiştir. 10 Ocak 1997'de Amerika Birleşik Devletleri yargı bağışıklığını ileri sürmüş ve bunu State Immunity Act'in 1 ve 16(1)(a) hükmüne dayanmıştır. Sonuç olarak, Amerika Birleşik Devletleri'ne yargı bağışıklığı tanınmıştır. *Fogarty* bunun üzerine mahkemeye erişim hakkının kısıtlandığı ileri sürerek AIHM'e kadar gelmiştir.

*Adsani vs United Kingdom*<sup>1433</sup> ve *Kalogeropoulou vs Greece and Germany*<sup>1434</sup> kararlarında da AİHM'nin tutumu değişmemiştir.

Mahkemenin ölçütleri şu şekildedir<sup>1435</sup>: Mahkemeye erişim hakkı, hakkın özünü zedeleyecek şekilde kısıtlanmamalıdır; kısıtlamada meşru bir amaç izlenmelidir; bu amaca ulaşmak için kullanılan aracın ölçülü olması gerekmektedir.

Mahkeme'nin ulaştığı sonuç, uluslararası hukukun temel bir ilkesine riayet ederek, yabancı devlete egemenlik tasarrufu (*acte iure imperii*) için yargı bağıışıklığı sağlamasının, mahkemeye erişim hakkını ölçsüz şekilde sınırlamadığıdır. Buna göre<sup>1436</sup>, tıpkı mahkemeye erişim hakkının, adil yargılanma hakkında mündemiç olması gibi, bazı sınırlamalarda mahkemeye erişim hakkında mündemiçtir. Bu sınırlamaların örneklerinden biri de genel kabul göre devletin yargı bağıışıklığı öğretisidir.

AİHM içtihadının iç hukukumuz yönünden de kabulünde herhangi bir sorun yoktur.

---

<sup>1433</sup> Olayda, pilot Al-Adsani, Irak işgaline karşı destek olmak amacıyla Kuveyt'e gelmiştir. Körfez Savaşı sırasında Kuveyt Hava Kuvvetleri'nde görev yapmış, savaştan sonra da, direniş hareketinin bir üyesi olarak Kuveyt'te kalmaya devam etmiştir. Bu esnada, Kuveyt Emiri'yle bağlantılı ve Emir üzerinde etkisi de olduğu ifade edilen Şeyh Jaber Al-Sabah Al-Saud Al-Sabah'a ait seks kasedi eline geçmiştir. Bu kaset bir şekilde kamuya açılmış ve Şeyh, bundan Al-Adsani'yi sorumlu tutmuştur. Irak güçlerinin Kuveyt'ten çıkartılmasından sonra 2 Mayıs 1991 civarında, Şeyh ve beraberindeki iki kişi tarafından evinden alınarak hapisaneye götürölüp işkenceye tabi tutulmuştur. 5 Mayıs'ta salıverilmiş, 7 Mayıs'ta tekrar Kuveyt Emiri'nin kardeşinin sarayına götürölüp işkenceye maruz bırakılmıştır. 17 Mayıs'ta Birleşik Krallığa geri dönmüş ve altı hafta hastanede kalmıştır. Daha sonra açılan davalarda Kuveyt Emirliği'ne Birleşik Krallık yargı bağıışıklığı tanımıştır. Zira State Immunity Act sadece Birleşik Krallık sınırları içinde ölüm veya vücut bütünlüğüne verilen zararlar için yargı bağıışıklığına istisna getirmektedir. Sonuç olarak, AİHM'e gidilmiştir.

<sup>1434</sup> Olayda, 1944 yılında Nazilerin Yunanistan'ın Distomo kasabasında yaptıkları katliam nedeniyle, mağdurların akrabaları Almanya'ya dava açmış ve Yunan mahkemesinin Almanya'yı tazminata mahkum etmiştir. Kararın icraya konulması akabinde, Yunan Adalet Bakanı, usul kanununun 923. maddesinin verdiği yetkiye dayanarak kararın icrasını durdurmuştur. Bunun üzerine ilgililer, mahkemeye erişim haklarının kısıtlandığını iddia ederek AİHM'e başvurmuştur.

<sup>1435</sup> Bkz. Al Adsani vs. United Kingdom, p. 53 vd.

<sup>1436</sup> Al Adsani vs. United Kingdom, p. 56.

AİHM içtihadıyla ilgili olarak eklenmesi gereken bir nokta, adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddenin de herhangi bir sınırlama sebebi öngörmemesine rağmen, AİHM'nin madde uygulamasında sınırlar olduğunu belirtmesidir<sup>1437</sup>. Dolayısıyla Anayasa'nın 36. maddesinde de herhangi bir sınır öngörülmemesine rağmen, hükmün anayasal ve nesnel sınırlarının değerlendirmeye tabi tutulması AİHM içtihadıyla da uyumludur.

Bu şekilde bir değerlendirme sadece yargı hakkı bakımından değil, diğer dava şartları bakımından da geçerlidir. Örneğin, bir diğer dava şartı olan gider avansı alınması, tek başına hak arama özgürlüğünü engellemez. Burada önemli olan bunun miktarıdır, yani ölçülülüğüdür<sup>1438</sup>.

Dava şartlarının güttüğü amaçlar<sup>1439</sup> ve sonucun (usulden ret kararı) ölçülülüğü dikkate alındığında, mahkemeye erişim hakkının zedelendiğinden bahsedilmesi mümkün değildir<sup>1440</sup>.

Hak arama özgürlüğünün ihlal edilip edilmemesi bakımından önemli olan, bu şartların belirlenmesinde korunan menfaatlerdir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda sayılan dava şartlarının her birinin temelinde hangi menfaati koruduğu yukarıda ilgili bölümde gösterilmiştir. Bu menfaatlerin korunması aslında hak arama özgürlüğünü güçlendirici, onun daha kolay ve etkin kullanımına ilişkin kurallar olarak ortaya çıkmaktadır. Bu yüzden dava şartları, hak arama özgürlüğünün anayasal sınırları içinde yer almaktadır. Yani dava şartlarının bu alana ilişkin düzenlemeleri açıklayıcı

<sup>1437</sup> **Oder B. E.**, Temel Haklar, s. 148. Yani Mahkeme, 6. maddeden türettiği zımni haklara, zımni sınırlar getirmektedir, **Dündar Sezer** s. 389.

<sup>1438</sup> Krş. **Rosenberg/Schwab/Gottwald** § 3 Rn. 2; **Musielak/Voit/Musielak**, ZPO 20. Auflage 2023, Einl. Rn. 7; **Yılmaz, E.**: "Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler", Makaleler C. 1 Ankara 2014, s. 893-912, s. 895 vd.; **Özbek**, Yargılama Giderleri, s. 67.

<sup>1439</sup> Yukarıda bkz. İkinci Bölüm.

<sup>1440</sup> Krş. **Erk** s. 13.

düzenlemeler olarak kabul etmek gerekir. O kısımda ele alınan menfaatlerin başka bir yolla korunması mümkün ise veya o menfaatlerin korunmasına gerek olmadığı ifade edilebilirse, dava şartlarının mahkemeye erişim hakkını kısıtladığı savunulabilir.

Tamamen yapay bir dava şartı olan zorunlu arabuluculuk için, ayrı bir inceleme yapmak gerekir. HUAK'ın 18/A maddesinin ikinci fıkrasına göre “*Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir*”. Bu haliyle en basit ifadesiyle, zorunlu arabuluculuk, tarafların doğrudan mahkemeye ilişki içine girmesini engellemektedir. Yani mahkemeye başvuru hakkı sınırlanmaktadır. Önemli olan ise, bu sınırlamanın meşru bir temele dayanıp dayanmadığıdır.

Anayasa Mahkemesi, söz konusu kurumun Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Mahkemeye göre “*...Arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun, kişilerin hak aramalarını imkânsız hâle getiren veya aşırı derecede zorlaştıran etkisiz ve sonuçsuz bir sürece neden olmadıkça hak arama hürriyetinin özüne dokunduğu söylenemez. Dava şartı olmanın bir sonucu olarak arabuluculuğa başvuru bir zorunluluk arz etmekte ise de bu zorunluluk yalnızca arabuluculuğa başvuru ile sınırlı olup arabuluculuk sürecinin işleyişi ve sonucu üzerinde taraf iradelerinin egemen*



olduğu açıktır. Taraflar istedikleri zaman süreci sonlandırabilecekleri gibi, süreç sonunda anlaşmaya varıp varmamak konusunda da tercih hakkına sahiptirler. Anlaşmaya varılamaması hâlinde ise uyuşmazlığın çözümü için yargı yoluna başvurulması mümkündür. Bu bakımdan Kanun'un arabuluculuk süreci ve sonucu yönünden tarafiradelerini esas aldığı görülmektedir. 25. Arabulucuya başvurulmamış olması sebebiyle dava şartı yokluğundan usulden reddedilen bir davanın dava şartına ilişkin eksikliğin tamamlanmasından sonra tekrar açılması da mümkündür. Bu yönüyle dava şartının yerine getirilmemesi sebebiyle davanın bir kere usulden reddedilmiş olması uyuşmazlığın yargı önüne taşınmasını engellememektedir. **26. Diğer taraftan uyuşmazlık çözüm süreci ve dava süreçlerinin uzun sürmesi özellikle işçi bakımından ciddi hak kayıplarının doğmasına sebebiyet verebilecektir. Arabuluculuğun dava şartı olduğu iş uyuşmazlıklarında arabuluculukta geçecek süreler 7036 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (10) numaralı fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren üç hafta içinde sonuçlandıracak, bu süre zorunlu hâllerde en fazla bir hafta uzatılabilecektir.** Arabuluculuk sürecinin zorunlu hâller dâhil en fazla dört hafta içinde bitirileceği dikkate alındığında arabuluculukta geçecek süreler nedeniyle işçilik hak ve alacaklarının elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaştığı ve hakkın elde edilmesi bakımından geçmesi muhtemel sürenin makul kabul edilemeyecek şekilde uzadığı söylenemez. 27. Benzer şekilde, arabuluculuk sürecinde zamanaşımı veya hak düşürücü sürelerin dolması veya dolmak üzere olması dava hakkının kullanılmasının zorlaşmasına veya tamamen engellemesine sebebiyet verebilecektir. Bu husus dikkate alınarak 7036 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (17) numaralı fıkrasında arabuluculuk bürosuna başvurulmasından sonra son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen

süreçte zamanaşımının duracağı ve hak düşürücü sürelerin işlemeyeceği düzenlenmiştir. Bu durumda arabuluculuğun, zamanaşımı veya hak düşürücü süreler nedeniyle dava hakkının kullanılmasını olumsuz yönde etkileyeceği de ileri sürülemez.

28. Bu itibarla itiraz konusu kuralın hakkın özünü zedeleyen bir yönünün bulunmadığı ve kural ile getirilen sınırlamanın ulaşılmak istenen amaç için elverişli ve gerekli olduğu anlaşılmaktadır. Kanun’da sınırlama aracının sınırlama amacına uygun ve orantılı şekilde kullanılmasını sağlayacak yasal güvencelere yer verildiği ve amaç ile araç arasında makul bir dengenin gözetildiği görüldüğünden kuralda ölçülülük ilkesine de aykırılık bulunmamaktadır”. Karar, öğretilerde de kendisine destek bulmuştur<sup>1441</sup>.

Anayasa Mahkemesi’nin bu kararı, dava şartı arabuluculuk ve yargılama giderleri ilişkisini düzenleyen HUAK’ın 18/A maddesinin on birinci fıkrasına değinmemesi sebebiyle eleştirilmiştir<sup>1442</sup>. Bu düzenleme daha sonra Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilse de<sup>1443</sup>, iptal kararı 18 Ocak 2025 tarihinde yürürlüğe gireceği için hükme dair değerlendirme yapılabilir. Bu düzenlemeye göre “Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekâlet ücretine hükmedilmez. Her iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır”. Eleştirinin gerekçesi, düzenlemenin direkt hak

<sup>1441</sup> Eminoğlu, C./Erdoğan, E.: Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, Ankara 2020, s. 124.

<sup>1442</sup> Tanrıver, S.: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, 2. Bası, Ankara 2022, s. 163-164.

<sup>1443</sup> AYM E. 2023/160 K. 2024/77 T. 14.03.2024.

arama özgürlüğüne engellemese de olağan yargılama sürecinde, taraflara katlanamayacakları bir mali külfet yükleyerek hak arama özgürlüğünü güçleştirmesidir.

Öğretide bir görüşe göre<sup>1444</sup> ise, zorunlu arabuluculuk bilhassa hak arama özgürlüğüne engel, ona ulaşmayı zorlaştıran ve karmaşık birtakım usullerle kişileri hak aramaktan yıldırmaktadır. Buna göre yargı mercilerinin kullanması gereken birtakım yetkiler, bir idari merci olan arabulucu bürolarına ve yargı yetkisini kullanmayan arabuluculara verilmiştir. Tarafın sürece katılmaması halinde getirilen yaptırım ise, açılacak davada haklı çıkmasına rağmen yargılama giderine mahkum edilmesi, haklı olan aleyhine hak arama özgürlüğüne engel oluşturmaktadır.

Zorunlu arabuluculuğa getirilen bir diğer eleştiri, arabuluculuk kurumunun temelindeki gönüllülükle zıtlık oluşturmastır<sup>1445</sup>. Arabulucuya başvurunun zorunlu tutulması, süreç içinde tarafların bir çözüme varmaya zorlanması gibi çekincelerin doğmasına sebebiyet verebilir. Böyle bir durumda ise hak arama özgürlüğünün zedeleneyeceği ortadadır. Çünkü hak arama özgürlüğünün öngördüğü esastan karara ulaşılmış değildir.

Esas itibarıyla bu görüşe katılmaktayım. Gerçekten yargılama giderlerine mahkûmiyet, haksız yere dava açılmasını önleyen bir araç olarak çıkmaktadır. Bunun yanında bir başka sorun, dava şartlarının, tarafların menfaatlerini koruma işlevinin devre dışı kalmasıdır<sup>1446</sup>. Yukarıda re'sen inceleme konusu açıklanırken, re'sen

<sup>1444</sup> Ekmekçi, Ö./Özekes, M./Atalı, M./Seven, V.: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, İstanbul 2019, s. 149-150.

<sup>1445</sup> Özmumcu, S.: “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, İÜHFİM, C. LXXIV, S. 2, 2016, s. 807-842, s. 837-838.

<sup>1446</sup> İsviçre hukukunda uzlaştırıcının, sınırlı ölçüde dava şartlarını dikkate alabilmesi gerektiği yönündeki görüş de tarafın korunmasına dayanmaktadır, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Zürcher § 59 Rn. 6a.

incelemenin aynı zamanda tarafların da menfaatlerini koruduğu ifade edilmişti. Buradaki sakıncayı bir örnek üzerinden göstermek gerekirse, daha önce hükme bağlanmış ve kesinleşmiş bir uyuşmazlık olduğundan yola çıkılabilir. Böyle bir durumda ikinci bir dava açılırsa ve doğrudan mahkeme önünde bu dava görülmeye başlarsa, hakimin re'sen ikinci davayı, dava şartı eksikliğinden usulden reddetmesi gerekir. Oysa arabuluculuğa tabi bir davada arabulucunun bu konuda inceleme ve karar verme yetkisi olmadığından, arabuluculuk süreci devam edecektir. Sonrasında uyuşmazlık mahkemede değerlendirilmeye başlarsa, tekrar usulden ret kararı verilecektir. Dolayısıyla arabuluculuk yoluyla mahkemelerin iş yükünün ne kadar azaltıldığı konusunda da soru işaretleri doğacaktır.

## V. Dava Şartlarının Kendi İçinde İncelenme Sırası

Dava şartlarının kendi aralarında incelenme sırasına ilişkin bağlayıcı bir kural yoktur<sup>1447</sup> ve konu tartışmalıdır. Tartışmanın önemi, görülmekte olan bir davada birden çok dava şartına ilişkin sorun bulunması halinde ortaya çıkmaktadır. Düşük bir ihtimal söz konusu olduğundan bu tartışmanın fazla bir pratik önemi olduğu söylenemez<sup>1448</sup>. Bir dava şartının eksikliği tespit edildiğinde, artık davada karar için gerekli “olgunluğa” erişilmiş demektir. Bundan sonra ayrıca başka bir dava şartı hakkında da inceleme yapılmasının bir gerekçesi yoktur<sup>1449</sup>. Zira ileri sürülen maddi hukuk talebinin, talep temelindeki herhangi bir unsurundaki eksikliğin tespiti halinde (ve yapılan ispat faaliyeti sonucunda, bu eksiklik halinde başka bir talebe dayanılarak

<sup>1447</sup> **Pohle** böyle bir kural olmamasının kanun koyucunun bir tercih yaptığı anlamına gelmediğini, bilinçli olarak dava şartları arasında bir sırayı reddettiğinin çıkarılamayacağını, kanunun susması aracılığıyla istisnasız bir şekilde hakimin tamamen serbest olduğunun veya hakimin takdir hakkına bırakıldığının söylenmesinin aceleci bir tutum olduğunu ifade etmektedir, **Pohle**, Rangordnung, s. 165.

<sup>1448</sup> **Jauernig/Hess** § 33 Rn. 21.

<sup>1449</sup> **Jauernig/Hess** § 33 Rn. 21; **Thomas/Putzo/Seiler** Vor § 253 Rn. 14.

hüküm verilmesi mümkün değilse) kesin hükmün kapsamına dikkat etmeksizin, bu eksiklik sebebiyle davanın esastan reddi mümkünse, aynı çözüm dava şartları için de mümkün olmalıdır<sup>1450</sup>.

Sorunun çözümünde genel-özel dava şartı ayrımından da yola çıkılması için kabul edilebilir bir gerekçe yoktur<sup>1451</sup>.

O halde mahkemenin, dava şartlarının incelenmesi sırasında belirli bir sistematığa riayet etmek zorunda olmadığı, aksine esas hakkında yargılama yapılmasını ve karar verilmesini engelleyen eşit düzeyde birbirinden bağımsız gereklilikler olarak ele alması gerektiği söylenebilir<sup>1452</sup>. Birden çok şarttan dolayı davanın reddi mümkünse, maddi anlamda kesin hüküm etkisinden dolayı, pratik sebeplerle<sup>1453</sup>, iyileşmesi mümkün olmayan veya kolayca iyileşemeyecek olan şart seçilebilir<sup>1454</sup>.

Bir diğer ihtimal olan, en hızlı ve kolay şekilde ret kararına temel alınabilecek şartın seçilmesi de pratik sebeplerle kabul edilmesi<sup>1455</sup> en makul ihtimal olarak ortaya çıkmaktadır ve bu görüşe katılmaktayım.

Dolayısıyla, bağlayıcı olmadığı belirtildikten sonra, çeşitli sıralama önerileri incelenebilir.

---

<sup>1450</sup> Krş. **Neumann** s. 107.

<sup>1451</sup> **Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle** Vor § 253 Rn. 21; Aksi yönde, **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven** s. 153.

<sup>1452</sup> **Neumann** s. 101.

<sup>1453</sup> Pratik sebepler dışından, örneğin, yargı hakkı olmadığı için görev zaten belirlenemez gibi, daha kapsamlı bir dava şartının eksikliği olsaydı, tespit edilen dava şartının eksikliğinin artık önemli olup olmayacağının değerlendirilmesinin herhangi bir önemi yoktur. Devletler arası ilişkileri zorlamamak için yargı hakkına öncelik verilmesi düşünülebilir, Krş. **Neumann** s. 100-102.

<sup>1454</sup> **Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle** Vor § 253 Rn. 21.

<sup>1455</sup> **Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle** Vor § 253 Rn. 21; **Neumann** s. 101; **Thomas/Putzo/Seiler** Vor § 253 Rn. 14; Uygulamada mahkemelerin, daha öncelikli incelenmesi gereken bir dava şartı yoksa, bu şekilde davrandığı belirtilmektedir, **Jauernig/Hess** § 33 Rn. 20.

Kendi içindeki inceleme sırasında dair bir görüş<sup>1456</sup>, şu sırayı önermektedir: Öncelikle dava usulüne uygun açılıp açılmadığı incelenecek, sonrasında mahkemeyi ilgilendiren dava şartlarının tamamlanıp tamamlanmadığı incelenecektir; zira mahkemeyi ilgilendiren dava şartlarında eksiklik olması halinde, mahkemenin yargısal görevlerini yerine getirmesi mümkün olmayabilir ve bu yüzden diğer dava şartlarının incelenmesine gerek yoktur. Burada da öncelikle yargı yolu incelenir, sonra milletlerarası yetki, yetki (Türk hukuku bakımından sadece kesin yetki) ve son olarak görev incelenir, çünkü geniş anlamda yetkisi olmayan bir mahkeme diğer dava şartlarının inceleyemez.

Bir başka görüş<sup>1457</sup>, usule ilişkin hükümlerin kesin hüküm teşkil edebilmesi dikkate alındığında şu sırayı önermektedir: a) Dava usulüne uygun açıldı mı? b) Tarafa yönelik dava şartları tamamlanmış mı? c) Başvurulan mahkemeyi karar verebilecek yetkiyi haiz kılan şartlar tamamlanmış mı? Bu sırayı önermekle birlikte de yasada açık bir düzenleme olmaması sebebiyle, daha sonraki sırada yer alan bir şartın eksikliği ortadayken, daha önde yer alan ama incelenmesi daha zor olan bir şartı ele almanın hiçbir anlamı olmadığını ifade etmektedir. Çünkü dava şartı eksikliğinin tahkikatın son aşamasına kadar giderilmesi mümkündür. Sonuç olarak bu görüş de en kolay ve en hızlı şekilde tespit edilebilecek olan dava şartına göre karar verilmesinin uygun olacağını ifade etmiştir.

Bir başka görüşe göre<sup>1458</sup>, herhangi bir kanuni belirleme yapılmadığı için “mantık kuralları”, “usul ekonomisi” (hangi eksikliğin en kolay bir biçimde tespit edilebileceği dikkate alınarak) veya “bağılılıklarına pratik bir bakış açısı” belirleyici

---

<sup>1456</sup> Jauernig/Hess § 33 Rn. 20.

<sup>1457</sup> Zöller/Greger Vor § 253 Rn. 11.

<sup>1458</sup> Berg, Zulässigkeit, s. 126-127.

olabilir. Buna göre, dava şartlarının kendi içindeki sıralama için genel ve nitelikli dava şartı ayrımı yapıldığını belirtmektedir. Söz konusu ayrıma göre genel dava şartlarını, yargı hakkı, davanın usulüne uygun açılması, kanun yoluna başvuru şartları, taraf ve dava ehliyeti, kanuna uygun temsil edilme olarak saymıştır. Nitelikli dava şartları ise, geniş anlamda yetki (Türk hukuku bakımından görev ve kesin yetki), yargı yolu, hukuki yarar, dava takip yetkisi, derdestlik ve maddi anlamda kesin hükmün sayılabileceğini belirtmiş, yine dava değişiminin kabul edilebilirliği<sup>1459</sup> ve belirli bir yargılama türünün kabul edilebilirliğini saymıştır. Bu sıralama için önemli olan noktanın genel dava şartı olarak ele aldığı şartların tüm davalarda bulunması gerektiğini ve görece daha kolay tespit edilmeleri ve maddi hukuktaki hukuki durumu detaylı incelemeyi gerektirmemeleri sebebiyle usul ekonomisine de uygun olduğunu belirtmiştir. Nitelikli dava şartları bakımından ise, çoğunlukla dava temelini detaylı incelenmesi gerekmektedir. Genel şartlar içinde de GG'nin yürürlüğe girişinden sonra yargı yolu ayrımının daha da önem kazandığının altı çizilip, yargı yolunun diğer dava şartlarına göre öncelikli incelenebileceğine işaret edilmiştir<sup>1460</sup>. Yine de bu önerilen sıralamanın hiçbir şekilde bağlayıcı olmadığı, önemli olanın pratiklik olduğu vurgulanmıştır<sup>1461</sup>.

---

<sup>1459</sup> Dava değişiminin önemi, dava şartlarının pek çoğunun dava konusuna göre belirlenmesi sebebiyledir. Bu yüzden derdest bir davada dava konusunun değişmesi söz konusu olursa, bunun kabul edilebilirliği değişen dava konusu için özel bir dava şartı olarak ortaya çıkar. Bu yüzden öncelikle dava değişiminin şartları incelenir, **Pohle**, Rangordnung, s. 172.

<sup>1460</sup> **Berg**, Zulässigkeit, s. 127.

<sup>1461</sup> **Berg**, Zulässigkeit, s. 127.

Dava şartlarının birbirleriyle olan sözde mantıksal bağılılığı<sup>1462</sup> dikkate alınarak bir sıralama yapılması düşüncesi kendi kendini çürütmektedir<sup>1463</sup>. Zira bazı mahkeme kararlarında yargı yolu, görev veya kesin yetkinin, tabii hakim ilkesine dayanması nedeniyle öncelikli incelenmesi ilk başta makul görünse de; ancak tarafın usulüne uygun temsil edildiği tespit edildikten sonra diğer şartların incelenebileceğinin ileri sürülmesi halinde görüşün kendi içinde çeliştiği görülecektir<sup>1464</sup>. Ayrıca her bir şart için diğer şartları kayıtladığı iddiasında bulunulması mümkündür<sup>1465</sup>. Dolayısıyla, dava şartlarının nasıl bir görevi olduğu ve kanunun bunu, bir diğer şartından yüksek derecede değerlendirip değerlendirmedikten yola çıkılarak<sup>1466</sup> doğru bir sonuca ulaşılması mümkün değildir. İnceleme sırası sistemsal değil, olay bazlı kabul edilebilir; bu da mantığa değil, amaca uygunluğa dayanır<sup>1467</sup>.

Yargı hakkının diğer dava şartlarına kıyasla öncelikli incelenmesi gerektiği; zira hangi mahkemenin görevli olduğunun belirlenmesinin veya davalının dava ehliyetinin olup olmadığının değerlendirilmesinin ancak yargı hakkının tespitinden sonra gündeme gelebileceği savı<sup>1468</sup> da mantıklı gözükmemektedir<sup>1469</sup>. Ancak dava

---

<sup>1462</sup> **Wurzer**'e ait bu görüş, **Wurzer**, Prozessvoraussetzungen, s. 63-64, Türk hukukunda da savunulmuştur bkz.: **Kuru**, Dava Şartları, s. 186; **Kuru/Aydın**, Cilt I, s. 398; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, Medeni Usul, s. 344-345; **Hanağası**, Menfaat, s. 298. Bu görüşe göre, dava şartlarının incelenmesini mantıki bir sıraya tabi tutmak yargılamayı hızlandırabilir. Yani, belirli bir dava şartının yokluğu halinde diğer dava şartlarının incelenmesi gereksiz hale gelecekse, ilk önce o dava şartı incelenmelidir. Bu hareket noktasından yola çıkan görüş, önce mahkemeye ilişkin dava şartlarını, sonra taraflara ilişkin dava şartlarını, en son dava konusuna ilişkin dava şartlarını incelemelidir.

<sup>1463</sup> **Harms** s. 185.

<sup>1464</sup> **Harms** s. 185.

<sup>1465</sup> **Harms** s. 197. Bir diğerini kayıtlayan dava şartı eksikliğinin daha önce ele alınmasında bir sorun da bu iki dava şartı eksikliğinin açık olduğu durumlarda, bu iki dava şartının birbirini kayıtlamaması nedeniyle ortaya çıkar. Ayrıca bir diğeri hakkında verilecek kararın diğerini gereksiz hale getirmesinden bahsedince onun kayıtlamasından bahsedilemez. Bu yüzden **Wurzer**'in görüşünde de mantık hatası vardır. Görüşün bir dava şartının diğerini kayıtlayıp kayıtlamadığı konusunda yeterli kriter sunduğundan da bahsedilemez, **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 124-125.

<sup>1466</sup> **Pohle**, Rangordnung, s. 166.

<sup>1467</sup> **Harms** s. 197.

<sup>1468</sup> Görev ve yetki için, yargı hakkından sonra incelenmesi gerektiği yönünde, bkz. **Aslan**, Görev, s. 12-13.

<sup>1469</sup> Bkz. **Harms** s. 185.



ehliyetinin yani kararın o kişiye izafe edilip edilemeyeceğinin tespitinin önce incelenmesi gerektiği veya öncelikle görevin ve kesin yetkinin tespit edilip yargı hakkını incelemesi uygun olan mahkemenin bulunması da savunulabilir. Bu şekilde yargı hakkının öncelikli incelenmesine ilişkin tespit de havada kalacaktır<sup>1470</sup>.

Pohle<sup>1471</sup>, taraflara ilişkin ve mahkemeye ilişkin dava şartları arasındaki öncelik sırasını ele alırken, söz konusu şartların hepsinin dava şartı olmasının, eksiklikleri halinde esasa ilişkin hüküm verilmesini engellemekten başka bir anlama gelmediğini belirterek; buradaki sorunun, birinin eksikliğinin diğerinin eksikliği hakkında karar verilmesini engelleyip engellemediği olduğunun altını çizmektedir. O yüzden Yazar, ancak görevli ve kesin yetkili mahkemenin dava ehliyetini incelemeye ehil olduğu veya tam tersi bir iddianın döngüsel akıl yürütme olduğunu ileri sürmektedir.

Günümüzde dava şartlarına verilen anlam, hem esastan yargılamayı hem hüküm vermeyi engellemektir. Bu durumda, dava şartlarının kendi içlerinde bir inceleme sırası olduğunu söylemek için ek bir kavrama ihtiyaç vardır. Aksi takdirde sonra incelenecek olan şartın tek başına yargılamayı engellemediği, yani dava şartı olarak kabul edilemeyeceği şeklinde bir kabul zorunludur. Alman hukukunda dava şartlarının bazılarını hukuki koruma şartları altında ele alıp hukuki koruma şartları (Rechtsschutzvoraussetzungen) şeklinde bir kavram kullanmaktadır. Böyle bir ayrımın herhangi bir kanuni dayanağı olmadığı belirtilmelidir.

Bir görüş, hukuki dinlenilme hakkından yola çıkarak taraflara ilişkin dava şartlarına öncelik tanınması gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre bir dava şartını nihai olarak karara bağlayan usulden ret kararından önce de taraflara hukuki

---

<sup>1470</sup> Harms s. 185-186.

<sup>1471</sup> Pohle, Rangordnung, s. 166.

dinlenilme hakkı tanınmalıdır<sup>1472</sup>. Burada tarafın kanuna uygun şekilde temsil ediliyor olması büyük önemi haizdir<sup>1473</sup>. Bu bakımdan dava ehliyetini haiz olmayan kişi yerine kanuna uygun şekilde atanmış yasal temsilciye açıklama imkânı verilmesiyle hukuki dinlenilme hakkı sağlanmış olur; zira dava ehliyetini haiz olmayan kişinin çıkarlarını en iyi şekilde korumayabilecek ve işin niteliğine uygun açıklamayı yapabilecek durumda olan kişi temsilcidir<sup>1474</sup>. Bunun sonucunda bir mahkemenin önceden eksikliğine rağmen dava ehliyeti hakkında karar vermeden doğrudan görev veya yargı yolu vb. bir şart üzerine karar vermesi halinde sadece dava ehliyeti eksikliği değil aynı zamanda anayasal bir hak olan hukuki dinlenilme hakkı da ihlal edilmiş olur<sup>1475</sup>. Bunun sonucu adil yargılanma hakkının ihlali sebebiyle bireysel başvuruya, oradan ihtimal dahilinde AİHM'e gidilmesi ve yargılamanın yenilenmesi sonucunun ortaya çıkması söz konusu olabilir. Bir diğer sebep de usulüne uygun temsil edilmemeden ötürü yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesidir<sup>1476</sup>.

Taraflara ilişkin dava şartlarına öncelik tanınmasında dayanan bir başka gerekçe, tarafların tasarruf ilkesi sayesinde davayı başlatma ve yürütme üzerinde kullanarak sahip oldukları etkinin öneminden ve tarafların menfaatlerinin yargı organının menfaatlerine göre önceliğinden yola çıkmaktadır<sup>1477</sup>. Bu nedenle sadece taraf ve dava ehliyetini haiz tarafın veya kanuna uygun şekilde atanmış temsilcinin yargılamaya katılmış olması mahkemenin doğru mahkeme olmasından daha

---

<sup>1472</sup> **Pohle**, Rangordnung, s. 166-167; Türk hukukunda bu görüşte **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, Medeni Usul, s. 199; **Direnisa** s. 164.

<sup>1473</sup> **Pohle**, Rangordnung, s. 167.

<sup>1474</sup> **Pohle**, Rangordnung, s. 167.

<sup>1475</sup> **Pohle**, Rangordnung, s. 167.

<sup>1476</sup> Alman hukukunda bu yargılamanın yenilenmesi sebebinin kapsamına taraf ehliyeti olmayan kişinin de girdiği kabul edildiği için (çünkü iki şarta da, diğerleri yanında, aynı koruma düşüncesi temel olmaktadır) taraf ehliyetinin de aynı nedenle mahkemeye ilişkin dava şartlarından önce incelenmesi gerektiği ileri sürülmektedir. **Pohle**, Rangordnung, s. 168.

<sup>1477</sup> **Pohle**, Rangordnung, s. 169.

önemlidir<sup>1478</sup>. Tarafın ve mahkemenin, yargılamadaki rollerinin ilişkin bir değerlendirmeden bağımsız olarak, tarafa ilişkin dava şartlarındaki eksikliğin tarafların rolüne, mahkemeye ilişkin dava şartlarının eksikliğinde hakimin rolüne kıyasla çok daha zarar verici olduğunu kabul etmek gerekir<sup>1479</sup>. Tarafa ilişkin şartlardaki eksiklik halinde, tarafların yargılamadaki etkinliği tamamen devre dışı kalmış ve ikame edilmesi mümkün değilken, mahkemeye ilişkin şartlarda öngörülen mahkeme olmasa da yine de bağımsız, hukuki eğitim almış bir hakim görev yapmaktadır<sup>1480</sup>. Ayrıca dava ehliyeti eksikliğinin yargılamanın yenilenmesine sebebiyet verebileceği ve hatta icabında bireysel başvuru yoluna başvurulması imkanını yaratması sebebiyle öncelik buraya verilmelidir<sup>1481</sup>.

Dava ehliyetinin tarafların hukuki dinlenilme hakkıyla olan ilgisini yadsımak mümkün değildir. Ancak bu durumda yargı yolu, görev ve kesin yetkinin de tabii hakim ilkesiyle ilişkisi dikkate alınmalıdır. Zira hukuki dinlenilme hakkı ne kadar hukuk devletiyle ilgiliyse, tabii hakim ilkesi de o kadar hukuk devletiyle ilişkilidir. Ayrıca, bu dava şartlarını direkt olarak anayasal ilkelere bağlamak her zaman kolay değildir<sup>1482</sup>.

Belirtilmelidir ki, dava şartlarının kendi içinde sırasına dair ileri sürülen görüşler birbirinden çok ayrıdır ve ileri sürülen gerekçelerin çoğu zaman iki yönlüdür<sup>1483</sup>. Bir başka deyişle, şartların her biri için diğerinin önüne konulmayı haklı çıkaracak gerekçe ileri sürülebilir.

---

<sup>1478</sup> Pohle, Rangordnung, s. 169.

<sup>1479</sup> Pohle, Rangordnung, s. 169-170.

<sup>1480</sup> Pohle, Rangordnung, s. 170.

<sup>1481</sup> Pohle, Rangordnung, s. 170.

<sup>1482</sup> Bu konuda bkz. İkinci Bölüm IV E.

<sup>1483</sup> Olroth s. 711.

Harms<sup>1484</sup>, kabul edilebilirlik şartlarının belirli bir sıralama ile incelenmesinin üç yönden sakıncalı olduğunu ifade etmiştir:

İlk olarak belirli bir sıra kabul edilmesi durumunda, sırada sonra gelen bir şartın eksikliği ortada olmasına rağmen, hakim mecburen ilk olarak sırada önde olan şartı incelemek zorunda kalacaktır. Uyuşmazlığın çözümüne bir katkısı olmayan bu durumun ek bir iş yükü ortaya çıkaracağı ise izahtan varestedir. Önde yer alan şarta ilişkin yargılama yapılması davanın karara bağlanmasını geciktirecek, ispatı gerekliliği nedeniyle eski Code de Procedure'ün 166. maddesinin kabul edilmemesinin sebebi olarak gösterilen, yargılamanın sürüncemede kalması tehlikesinin vücut bulmasına sebebiyet verecek ve usul ekonomisine aykırı sonuçlar doğuracaktır. Diğer davaların incelenme süresine tecavüz edilmiş olacaktır. Sadece şüpheli birden fazla kabul edilebilirlik şartı hakkında karar verilmesi aynı derecede zorluk teşkil ediyorsa veya en kolay tespit edilebilecek şart ile sırada önce olan şart aynıysa usul ekonomisine aykırılık söz konusu olmayacaktır. Yine aynı anda hem önceki sıradaki hem sonraki sıradaki şart için inceleme yapılırsa ve sonunda kabul edilebilirlik şartlarının hepsinin sağlandığı sonucuna varılırsa, dava şartları arasında öncelik ilişkisi yaratılmasında bir sorun ortaya çıkmayacaktır.

İkinci olarak ön sırada yer alan bir şartın göz ardı edilerek usulden ret kararı verilmesi halinde tutarsız sonuçlar ortaya çıkacaktır. Zira sonra gelen bir şartın tespit edilmiş veya edilememiş ve usulden ret kararı verilmişse, bu karar, ön sıradaki şart hakkında bir eksiklik olmadığını tespit etmiş kabul edilmek zorundadır.

---

<sup>1484</sup> Harms s. 177 vd.

Son olarak, bağlayıcı bir sıra öngörülürse, sonraki bir şartın açık eksikliğine rağmen, ön sırada ve de facto talep sonucuyla aynı olan şartın incelenmesi zorunluluğu ortaya çıkabilir.

Seçme kuralı (Selektionsprinzip) olarak nitelendirilen, hakimin serbestçe istediği şarttan incelemeye başlaması ise (Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 143. maddesinin ikinci fıkrası), yargılama hukukuna yabancı bir ilke olmayıp; aksine davanın esastan incelenmesinde hakim olan ilkedir<sup>1485</sup>. Bunun istisnası; ileri sürülen savunma sebeplerinden birinin verilecek kararı değiştirmesi halidir, örneğin takas ileri sürülmesi hali<sup>1486</sup>. Bir başka deyişle bir eda davasında davalı, ilk olarak sözleşmenin kurulmadığını; ikinci olarak iptal edilebilir olduğunu; üçüncü olarak sözleşmenin içeriğinin davadaki talebe uymadığını ve son olarak zamanaşımına uğradığını ileri sürerse, hakim bu savunmalardan birini öncelikle inceleyip karar verebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu 142. maddesinde ise burada farklı bir düzenleme getirerek sadece hak düşürücü süre ve zamanaşımı bakımından bir öncelik öngörmüştür. Bu kuralın incelenmesi bu tezin kapsamında yer almamaktadır.

Sonuç olarak, dava şartları arasında bağlayıcı bir öncelik ilişkisi kurmanın faydasından çok zararı olacağı söylenebilir. Bir çekince hukuki yarar bakımından konulabilir. İlgili kısımda belirtildiği üzere hukuki yararın diğer şartları yutma potansiyeli ona farklı bir muamele yapılmasını gerektirir. O halde hukuki yarar son sırada incelenmelidir. Bir görüş ise, bunun için, hukuki yararın, esasla olan sıkı ilişkisini gerekçe göstermektedir<sup>1487</sup>. Ancak bu ifadeyi, kesinlikle hukuki yarardan ret gerekiyorsa, hukuki yarar sonda incelenmeli diye tamamlamak gerekir<sup>1488</sup>. Münferit

<sup>1485</sup> **Rimmelspacher**, von Amts wegen, s. 124; **Harms**, s. 177.

<sup>1486</sup> **Harms** s. 177.

<sup>1487</sup> **Pohle**, Rangordnung, s. 173; **Stein/Jonas/Roth** Vor § 253 Rn. 164.

<sup>1488</sup> **Pohle**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 208.

bazı hallerde ise bir dava şartının diğerine göre öncelikli incelenmesi söz konusu olması bu durumda ortaya çıkar<sup>1489</sup>. Örneğin, hukuki yarar eksikliği mevcut olmasına rağmen, yargı yoluna ilişkin bir şüphe varsa, yargı yoluna yönelik inceleme yapılmalıdır. Tersı durumdaysa, direkt yargı yolundan karar verilmesi gerekir.

Dikkat edilmesi gereken bir nokta, davanın usulden reddi kararı için, davacın en az zararına olacak dava şartı eksikliğine dayanılarak karar verilmesi gibi bir kuralın öngörülmesi halinde, davanın taraflarına eşit muamele edilmesi ilkesinin zedelenmiş olacağıdır<sup>1490</sup>.

Hakim, önüne gelen uyuşmazlıkta, sadece bir dava şartının eksikliğiyle yetinmeyip birden fazla şartın eksikliğini tespit ederse ve birden çok nedene dayanarak davayı usulden reddedilirse, her bir neden kesin hükmün kapsamına girer<sup>1491</sup>.

HUAK'ta düzenlenen zorunlu arabuluculuk için farklı bir rejim öngörülmüştür. Buna göre “*Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir*”. Bu düzenleme dava şartlarının kendi içinde bir inceleme sırasına tabi tutulamayacağı düşüncesine aykırılık teşkil eder. Teorik olarak bu hükmün bir açıklaması yoktur<sup>1492</sup>. Teorik temelden yoksun olduğu için herhangi bir değerlendirmeye tabi tutmak mümkün değildir. Mahkemelerin de hükmü uygulamaktan başka seçeneği yoktur.

---

<sup>1489</sup> Jauernig/Hess § 33 Rn. 21.

<sup>1490</sup> Krş. Bötticher, Gleichheit vor dem Richter, s. 15.

<sup>1491</sup> Stein/Jonas/Althammer § 322 Rn. 126.

<sup>1492</sup> Bkz. Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven s. 157-158.

## VI. Dava Şartlarında Numerus Clausus

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesinin birinci fıkrası *“Dava şartları şunlardır: ...”* diyerek bir sayım yapmıştır. Ancak bu sayımın, sınırlı olduğu düşünülmemelidir; zira hemen aynı maddenin ikinci fıkrasında *“Diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin hükümler saklıdır”* ifadesine yer verilmiştir. Bu şekilde bir sayma yapmanın doğruluğunun şüpheli olduğuna, bunun yerine, ilgili hukuki kurumu düzenleyen maddede, o kurumun dava şartı olduğunun belirtilmesinin daha isabetli olacağı da ifade edilmiştir<sup>1493</sup>. Ayrıca kavramın yaratıcısı Bülow<sup>1494</sup> da bu konuda sayım yapılmaması gerektiğini ifade etmiştir.

Bu sayımın bir sonucu olarak, öğretide, dava şartlarının 114. maddede sayılanlardan ve diğer kanunlarda gösterilen özel dava şartlarından ibaret olduğu ifade edilmektedir<sup>1495</sup>. Bu görüşe katılmamaktayım. 114. maddenin ifadesinden böyle bir çıkarım yapılması mümkün değildir. Maddenin gerekçesine bakıldığında, *“Bu düzenleme, büyük ölçüde İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Tasarısının 57 nci (kanunlaşan metinde m. 59) maddesinde yer alan kuraldan esinlenmek suretiyle oluşturulmuştur”* ifadesi de bunu destekler niteliktedir. Çünkü İsviçre’de de sınırlayıcı bir sayım yapılmadığı kabul edilmektedir<sup>1496</sup>. Burada hak arama özgürlüğü dikkate alınarak bir belirleme yapılması gerekmektedir<sup>1497</sup>. Hak arama özgürlüğü, mahkemeye erişim hakkını içermekte ve dava konusunun vakıalar bakımından ve hukuki sorunlar bakımından kapsamlı bir şekilde incelenerek, hakim tarafından bağlayıcı bir karar

<sup>1493</sup> Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, Tasarı, s. 63.

<sup>1494</sup> Prozessvoraussetzungen, s. 314.

<sup>1495</sup> Yılmaz, Şerhi Cilt II, s. 2564; krş. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Zürcher § 59 Rn. 11.

<sup>1496</sup> Erk s. 596.

<sup>1497</sup> Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Zürcher Art. 59 N 10.

verilmesiyle sağlanmaktadır<sup>1498</sup>. Ancak hak arama özgürlüğü de sınırsız değildir<sup>1499</sup>. O halde önemli olan, bir hukuki kuruma dava şartı diyerek esasa ilişkin incelemenin ve karar vermenin engellenmesinin bunu haklı çıkaracak bir menfaati içerip içermediğidir<sup>1500</sup>. Dava şartının mutlaka kanunla düzenlenmiş olup olmadığı hususu, Federal Mahkeme’yi de meşgul etmiştir. Mahkeme, bu konuda, en azından, öğreti ve içtihatlar da açıkça kabul edilen bir hususun, kanuni temeli olmasa da dava şartı sayılmasında herhangi bir sakınca olmadığını belirtmiştir<sup>1501</sup>.

Dava şartlarının sadece kanunlarda sayıldığını ileri sürmek, kanunların, bu konuda mutlak bir doğruluğu olduğunu, her türlü menfaati göz önüne aldığını ve eksiksiz olduğunu ileri sürmektir. Oysa, örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda dava şartı sayılan teminat, dava şartı değildir. Zira açıklandığı üzere hiçbir kamusal menfaat içermediği için re’sen incelenmesini meşrulaştıracak hiçbir sebep de yoktur. Teminatın dava şartı sayılmasının nedeni sZPO’nun dava şartlarını düzenleyen maddesinde de teminatın sayılmasıdır. Ancak, Türk hukukunda farklı olarak, İsviçre’de tüm usuli engellerin re’sen incelenmesi kabul edilmiştir. Türk hukukunda ise hala dava şartı ve ilk itiraz ayrımı vardır. İkinci olarak vekaletnamenin usulüne uygunluğu da dava şartı olarak düzenlenmiştir. Ancak, açıklandığı üzere, bu da dava şartı olmayıp, yalnızca usul işlemi şartıdır. Dava şartlarının ortaya çıktığı hukuk düzenine bakıldığında da böyle bir eğilim olmadığı görülecektir.

ZPO’nun ilk halinde de usuli def’iler sayılma yoluyla düzenlenmiştir. Daha sonra böyle bir sayımın eksik kalacağı ve yapılamayacağı kabul edilerek kaldırılmıştır.

---

<sup>1498</sup> Stein/Jonas/Roth Vor § 253 Rn. 120; Lorz s. 60; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Zürcher Art. 59 N 10; Erk s. 12.

<sup>1499</sup> Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Zürcher Art. 59 N 10.

<sup>1500</sup> Zingg, BK-ZPO, Art. 59 Rn. 26.

<sup>1501</sup> BGE 148 III 21 S. 26.



Ancak eski düzenlemedeki tartışmalardan yararlanmak mümkündür. Kanunda, dava şartı olduğu belirtilmemiş olsa bile, bazı şartların dava şartı olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışılmıştır. Kanun, yetki (Türk hukuku bakımından görev ve kesin yetki), yargı yolu, derdestlik, taraf ehliyeti, dava ehliyeti ve kanuni temsil şartlarını açıkça dava şartı olarak düzenlemiş; ancak yargı hakkı, milletlerarası yetki, dava takip yetkisi, kesin hüküm ve hukuki yararı burada saymamıştır.

Konuya ilişkin bir değerlendirme yapan Schwab<sup>1502</sup>, sorunun yalnızca ZPO'nun 274. maddesinin ikinci fıkrasında tarihsel arka planı incelenerek çözülebileceğini ifade etmiştir. Yazar, ilk olarak şu tespitin önemi vurgulamaktadır: 274. maddenin ikinci fıkrası düzenlendiği esnada bazı kurumlar dava şartı olarak kabul edilmiyordu. Örneğin maddi hukuka dayanan kesin hüküm öğretisi sebebiyle kesin hüküm maddi hukuk kurumu olarak kabul ediliyordu<sup>1503</sup>, sonrasında ise anlayış değişti ve kesin hüküm bir usul hukuku kurumu olarak kabul edildi. Yine milletlerarası yetki, İkinci Dünya Savaşı sonrasında artan bir ölçüde öğreti ve yargı kararlarında usul hukuku kurumu ve dava şartı olarak kabul edilmeye başlandı.

ZPO'nun 274. maddesinin ikinci fıkrasının tarihsel gelişiminden yola çıkılarak, kanun koyucunun, davanın kabul edilebilirliğine ilişkin bütün usuli itirazları ilgili fıkra da toplama amacında olduğu söylenebilir. Bu başlığın altında, maddi hukuk talebine ilişkin olmayıp davanın kabul edilebilirliğine yönelik tüm geciktirici itirazlar ele alınabilir<sup>1504</sup>.

---

<sup>1502</sup> Schwab, K. H.: "Die Entscheidung über prozesshindernde Einreden", Festschrift für Weber, s. 413-427, s. 414.

<sup>1503</sup> Osterloh s. 78; bkz. Hellwig, Wesen der Rechtskraft, s. 7.

<sup>1504</sup> Schwab, Einreden, s. 415.

Sonrasında Schwab<sup>1505</sup>, ortada bir değerlendirme boşluğu olduğunu, kanun koyucunun, kanunu düzenlerken sahip olmadığı, sonradan, yeni dogmatik bilgi sebebiyle ortaya bir boşluk çıktığını ifade etmektedir. Yani sonradan ortaya çıkan bir boşluk söz konusudur<sup>1506</sup>. Bu halde, ortada bir bilinçli susma olmadığını; eşit olana eşit muamele ilkesi gereği kıyas yoluyla bu boşlukların doldurulması gerektiği kabul edilmelidir. Çünkü kanun koyucu bu kavramları bilseydi onları da 274. maddenin ikinci fıkrasında belirtirdi.

Dolayısıyla nelerin dava şartı olduğuna dair kesin bir sayım yapılması mümkün değildir<sup>1507</sup>. Böyle bir sayım yapılmasına gerek de yoktur.

Teorik olarak kanun koyucu, hemen ispatı mümkün maddi hukuka ilişkin bir itirazı, yargılama yapılmasını dahi önlemesini istemesi halinde usuli bir şekilde ele alabilir<sup>1508</sup>. Kanun koyucunun burada bir takdir yetkisi vardır. Maddi anlamda kesin hüküm veya derdestlikte olduğu gibi zaman içinde kurumların farklı bir şekilde yorumlanması da mümkündür.

Dava şartlarının bazıları kanuni düzenlemelerden bazıları ise genel hukuk ilkelerinden çıkar<sup>1509</sup>. Örneğin HUMK döneminde dava takip yetkisi madde olarak düzenlenmemiş olmasına, rağmen öğretide kabul edilmekteydi<sup>1510</sup>.

Sonuç olarak, kavramın yaratıcısının önerisi kabul edilebilir ve dava şartlarına ilişkin bir sayım yapılmasına gerek olmadığı, hatta doğurabileceği ilginç sonuçlar nedeniyle böyle bir sayım yapılmaması gerektiği söylenebilir.

---

<sup>1505</sup> Schwab, Einreden, s. 416.

<sup>1506</sup> Kavram için bkz. Kramer, Methodenlehre, s. 226.

<sup>1507</sup> Rimmelspacher, von Amts wegen, s. 52.

<sup>1508</sup> Kohler, J.: Prozessrechtliche Forschungen, Berlin 1889, s. 89.

<sup>1509</sup> Osterloh, Einreden, s. 44; Stein/Jonas/Brehm, Einl. Rn. 242.

<sup>1510</sup> Kuru, Cilt 2, s. 1360; Üstündağ, Medeni Yargılama, s. 298, 307; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 117; bkz. Taşpınar Ayvaz, Zaman Bakımından Uygulanma, s. 250.

## VII. Dava Şartlarının İncelenme Zamanı ve Dava Sonuna Kadar Varlığını Koruması

### A. Türk Hukukunda Hakim Görüş

Hukukumuzda genel olarak dava açmanın sonuçları başlığı altında, usul hukukuna dair bir sonuç olarak, dava şartlarının davanın açıldığı ana göre belirleneceği kabul edilmektedir<sup>1511</sup>. Ancak yazarlar, 115. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca “... *hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, dava usulden reddedilemez*” ifadesine de yer vermektedirler<sup>1512</sup>.

Görüldüğü üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 115. maddesinde açık bir şekilde “*hüküm anına*” gönderme yapılmıştır ve bu ifadenin, dava şartlarının davanın açıldığı ana göre belirleneceği ifadesiyle bağdaştırılması mümkün gözükmemektedir. Aslında bu görüşü savunan yazarlardan da başlangıçtaki eksikliğin giderilebilmesine imkan tanınmasından yola çıkarak, gerçekte bu ana göre bir belirleme yapılmadığını kabul edenler vardır<sup>1513</sup>.

Dava açıldığı anda müeccel olan bir alacağın, dava sırasında muaccel olması halinde, artık davanın reddedilmemesi gerektiği yönündeki ifade dolayısıyla<sup>1514</sup>, hukuki yarar için de bu kuralın uygulanması gerektiği söylenebilir; zira alacağın muacceliyeti ancak hukuki yarar kapsamında değerlendirilebilir. Kanuni

---

<sup>1511</sup> **Postacıoğlu**, Medeni Usul, s. 402; **Umar**, Şerh, s. 368; **Üstündağ**, Yargılama Hukuku, s. 489; **Arslan, R./Yılmaz, E./Taşpınar Ayvaz, S./Hanağası, E.:** Medeni Usul Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2022, s. 365; **Tanrıver**, Medeni Usul Cilt I, s. 722; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul, s. 1187; **Atalı, M./Ermenek, İ./Erdoğan, E.:** Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2021, s. 385; **Taşpınar Ayvaz**, Zaman Bakımından Uygulanma, s. 280; HGK., E. 2020/39 K. 2021/871 T. 29.06.2021.

<sup>1512</sup> **Umar**, Şerh çalışması kapsamında açıklama yaptığı için, daha farklı bir yerde noktaya değinmektedir, **Umar**, Şerh, s. 361-362. **Postacıoğlu** da bu ilkeyi yumuşatmak istisnalar olduğunu ifade etmiştir, **Postacıoğlu**, Medeni Usul, s. 404-405.

<sup>1513</sup> **Atalı/Ermenek/Erdoğan**, Medeni Usul Hukuku, s. 385.

<sup>1514</sup> **Kuru**, Dava Şartları, s. 185; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul, s. 1187 (Çevrimiçi Erişim); **Hanağası**, Menfaat, s. 236.

düzenlemelerden de, dava açılma anının önemine ilişkin bir genel kuralın varlığı çıkarılamaz. Örneğin, taraf ehliyetinin, dava ehliyetinin veya kanuni temsilin ortadan kalktığı hallerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 55. ve 56. maddeleri, davanın açılma anının kabul edilmediğine açıkça işaret etmektedir. Öte yandan bir görüş<sup>1515</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 138. maddesinden hareket edilerek dava şartlarının davanın açıldığı ana göre inceleneceğine kanuni dayanak bulunabileceğini ifade etmiştir. İlgili maddenin “*Mahkeme, öncelikle dava şartları ve ilk itirazlar hakkında dosya üzerinden karar verir; gerektiği takdirde kararını vermeden önce, bu konuda tarafları ön inceleme duruşmasında dinleyebilir*” şeklindeki lafzından bu doğrultuda çıkarım yapılması mümkün değildir; zira davanın açılma anıyla herhangi bir bağ kurulmamıştır. 138. madde kabul edilebilirlik şartlarının haklılık şartlarına göre öncelikli inceleneceğine dairdir.

Görüldüğü üzere, dava şartlarının, “davanın açıldığı ana göre belirlenmesi” ifadesinin kanuni bir dayanağı yoktur. Bu dayanak yoksunluğu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde de farklı değildi. Bir hayaletle savaşıldığına göre, yapılacak şey, o hayaleti çıktığı yere kadar takip etmektir. HUMK döneminde Ansay ve daha sonra görüş değiştirecek olan Kuru<sup>1516</sup>, hüküm verilmesi anına gönderme yapmaktadır. Bilge/Önen<sup>1517</sup>, konunun tartışmalı olduğunu ifade etmiştir. Bugün kabul edildiği belirtilen ifadenin kaynağı Postacıoğlu’nun eseridir<sup>1518</sup>. Hemen belirtelim ki, yazar, kendisi de kabul ettiği bu düşüncenin ciddi eleştirilere maruz kaldığını ve belli ölçüde sınırlandığını ifade etmektedir.

---

<sup>1515</sup> Taşpınar Ayvaz, Zaman Bakımından Uygulanma, s. 280.

<sup>1516</sup> Kuru, Dava Şartları, s. 185.

<sup>1517</sup> Bilge/Önen, s. 448.

<sup>1518</sup> Postacıoğlu, Medeni Usul, s. 402-406.

Öğretide bir görüş<sup>1519</sup>, dava şartlarının incelenmesine ilişkin 115. maddenin birinci fıkrasında geçen “... her aşamada...” ifadesiyle, 137. maddenin birinci fıkrasında geçen “...Mahkeme ön incelemede; dava şartlarını..... inceler....” ifadesinin çelişkili olduğunu ve kötüniyetli tarafın bu sayede yargılamayı uzatmaya çalışmasının ihtimal dahilinde olduğunu iddia etmektedir. Görüşün kabulü mümkün değildir. Dava şartları zaten, esasa ilişkin yargılama yapılmasını engellediği için, bu işlevi yerine getirmesi için ön incelemede incelenmesinden başka bir yol yoktur. Burada incelense ve yargılamaya devam edilse, bu esnada dava şartı ortadan kalksa, yargılamaya engel olması o aşamadan sonra söz konusu olacaktır. Dava şartları, usul ilişkisiyle ortaya çıktığı için o ilişki boyunca (amaçlarını yerine getirme imkanları olduğu sürece) mahkemece incelenmelidir. Kötüniyetli olarak davanın uzatılması mümkün değildir; çünkü zaten, re’sen incelemenin ne zaman gerçekleşeceğine ilişkin açıklamalarda belirtildiği üzere hakimın bir dayanak noktası olmadan her soyut iddianın peşinden gitmesi söz konusu değildir.

## **B. Hakim Görüşün Eleştirisi**

Bu başlık altında yapılacak olan bugünkü hakim görüşe ilişkin değerlendirme sırasında tartışmaların merkezine Postacıoğlu’nun dayanaklarını koymak ve katılmama gerekçesini belirtmektir.

Yazarın ilk dayanağı, dava açılma tarihinde dava şartları eksikliğinin, davalının davayı kabul edip etmemesine karar verirken önem taşıdığıdır. İkincisi, dava şartlarının tamamlanması için süre verilmesi halinde, davalının, ilk duruşmada davayı kabul ederek yargılama giderlerine mahkumiyetten kurtulma imkanı elinden alınmış

---

<sup>1519</sup> **Koca, G.:** “”Hukuk Muhakemeleri Kanunu” (HMK) ile Usul Hukukumuzda Yapılan Değişiklikler ve Uygulamadaki Sorunlara Getirilen Çözümler”, İBD, C. 85, S. 2, 2011, s. 132-144, s. 144.

olacaktır. Üçüncü olarak yazar, aksi ihtimalde “*şaşırtıcı durumlar*”ın varlığına işaret etmektedir. Yazarın örneğine göre, İcra ve İflas Kanunu’nun 100. maddesinin birinci fıkrasının birinci ve ikinci bentleri uyarınca, ilk haciz “*...ilama istinat ediyorsa...*” hacze iştirak için, ....”*dava ikamesinden mukaddem... açılmış bir dava*”da alınan ilam olması gerekir. Eğer vaktinden önce açılmış bir davada, dava şartlarının tamamlanması sonucunda dava, davacı lehine hükme bağlanırsa, diğer alacaklarının hacze iştirak imkanı daraltılmış olacaktır.

Eleştiriye ilk olarak yazarın kendisinin de kabul ettiği yerden başlanabilir. Davanın başında eksik olan kabul edilebilirlik şartları dava mahkemece reddedilmeden tamamlanmış ise, buna rağmen davanın reddi, kabul edilebilir bir davanın usulden reddi anlamına gelecektir. Sonuç olarak davacı artık kabul edilebilir hale gelmiş davasını yeniden açmak zorunda kalacaktır, bu da hem dava masraflarının artması hem de zaman kaybı anlamına gelmektedir.

Hacze iştirak bakımından ifade edilenlere karşı getirilecek ilk eleştiri, ortaya çıkması muhtemel sonucun tesadüfiliği konusundadır; böyle bir menfaat çatışmasının ortaya çıkması istisnaidir. İstisnai bir durumdan yola çıkılarak genel bir kural koyulması mümkün değildir. Bir diğer eleştiri, dava şartı tamamlanmasına rağmen, herhangi bir rasyonel temel olmaksızın ilk haciz sahibinin menfaatinin ikinci haciz sahibinin menfaatine üstün tutulmasıdır. Hüküm anında giderilmiş eksiklik için sırf üçüncü kişinin menfaati göz önüne alınarak bir karar verilmesi, sonrasında bir takip yapılıp yapılmayacağı bile belli olmamasına rağmen tarafların haklarının yerine getirilmesine engel olur. Ek olarak davayı kazanan tarafın mutlak olarak takip yapma yoluna gitmesi söz konusu değildir. Bu nedenle hacze iştirak kurallarından hareket edilerek, her zaman üçüncü kişinin bir korumaya ihtiyaç duyacağı da söylenemez.

Yazar, eksik şartın tamamlanmasının geçmişe etkili olmasına göre bir istisnalar grubu toplanabileceğini ifade etmektedir. Buna göre eksik şartın tamamlanması daha kolay ve belki de genel kuralı zedelemekten yapılabilir. Vekaletnamesi olmayan avukatın vekil sıfatıyla açtığı davaya temsil olunanın onay vermesiyle eksikliğin tamamlanması örnek olarak verilmektedir.

Sonradan tamamlanan bazı şartlarda, yargılamanın önceki kısmının geçerli olabilmesi için, onay gerekliliği de dava şartlarının davanın açılışı ana göre belirlenmesine engel teşkil etmez. Onay gerekliliğinin varlık sebebi, bazı dava şartlarının aynı zamanda usul işlemi şartı teşkil etmesi ve doğal olarak işlemin yapıldığı anda, bilhassa dava açıldığı anda, mevcudiyetlerinin aranmasıdır<sup>1520</sup>. Bunun dışında diğer bazı dava şartlarının örneğin yargı yolu, görev veya kesin yetki eksikliğinin, davada taraflarca gerçekleştirilen usul işlemleri üzerinde bir etkisi yoktur<sup>1521</sup>.

Kabul bakımından da, toptancı bir şekilde yazarın söylediklerine katılabilme imkanı yoktur. Kabulün konusu, dava konusudur<sup>1522</sup>. Dava şartları dava konusunun dışında olduğundan, davayı kabulle dava şartları arasında ilişkin kurmak makul değildir.

### **C. *Perpetuatio Fori* İlkesi Hakim Görüşü Desteklemek İçin Kullanılabilir Mi?**

Dava şartlarının zaman bakımından incelenmesinde özellikli bir durum görev ve kesin yetkiye ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Alman ve İsviçre hukuklarından

---

<sup>1520</sup> Neumann s. 73.

<sup>1521</sup> Sauer s. 10.

<sup>1522</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 133 Rn. 40.

farklı olarak iki kuruma ilişkin olarak *perpetuatio fori* ilkesi, yani görevin ve kesin yetkinin belirlenmesinde, sonradan meydana gelen olayların görev ve kesin yetkiyi etkilememesine dair bir kural Türk hukukunda düzenlenmiş değildir. Buna rağmen öğretide hukuki belirlilik ve güvenlikten hareket edilerek, Türk hukukunda da mahkemelerin görev, yetki ve fonksiyonel yetkisinin davanın açıldığı ana göre belirlenmesi gerektiği savunulmuştur<sup>1523</sup>. Oysa bu ilke, istisnai nitelik taşıdığı için<sup>1524</sup> ayrıca düzenlenmesi gerekir. Nitekim, Alman hukukunda ZPO'nun 263. maddesinin ikinci fıkrasında, görev ve yetkiyi oluşturan vakılarda sonradan meydana gelen değişikliklerin açıkça etkisiz kabul edileceği düzenlenmiştir. Böylece, görev ve yetkinin, esasa ilişkin yargılamaya ve karara engel olması ancak eksikliğin dava açılma anında mevcudiyeti halinde söz konusu olur<sup>1525</sup>. İlgili hüküm, görev ve yetkinin varlığı halini düzenlenmektedir, yani tersten işletilmesi ve başlangıçta eksik olan görev ve yetkinin daha sonra tamamlanmasına engel değildir<sup>1526</sup>. Düzenleme usul ekonomisine hizmet etmekte ve tarafların bir an önce esastan bir karara ulaşmasını sağlamayı hedeflemektedir<sup>1527</sup>. İstisnai bu durum, büyük bir farklılık gösterdiği için bütün usuli gerekliliklerin dava açılması anında bulunması zorunluluğu şeklinde bir genel ilkenin kabul edilmesine temel oluşturması mümkün değildir<sup>1528</sup>. Ayrıca hükmün uygulanması için, dava konusunun ayniliğinin de gerektiği belirtilmelidir<sup>1529</sup>.

---

<sup>1523</sup> Üstündağ, Medeni Yargılama, s. 486; Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1187; Atalı/Ermenek/Erdoğan, Medeni Usul, s. 385.

<sup>1524</sup> Stein/Jonas/Roth § 261 Rn. 35.

<sup>1525</sup> Neumann s. 71.

<sup>1526</sup> Stein/Jonas/Roth § 261 Rn. 35; Zöller/Greger § 262 Rn.12.

<sup>1527</sup> Stein/Jonas/Roth § 261 Rn. 35; PG/Geisler § 261 Rn. 17.

<sup>1528</sup> Neumann s. 71.

<sup>1529</sup> PG/Geisler § 261 Rn. 18; Stein/Jonas/Roth § 261 Rn. 36; Zöller/Hessler § 261 Rn.12.



Hukukumuzda ise böyle bir kural olmadığı için sonradan meydana gelen değişiklikler de mahkemenin görev ve yetkisini etkiler<sup>1530</sup>.

Görüldüğü üzere ayrıksı bir ilke olan *perpetuatio fori* Türk hukukunda düzenlenmiş değildir. O yüzden söz konusu ilkedен yola çıkarak dava şartları hakkında genel bir kural koymak bir yana, ilkenin düzenlediği kurumlar için dahi Türk hukukunda aynı yönde bir değerlendirme yapılamaz.

#### D. Görüşümüz

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, dava şartlarının ne zaman inceleneceğini kurala bağlamıştır. 138. maddeye göre, hakim, ön inceleme aşamasında öncelikle dava şartlarını inceler ve bunlar hakkında gerekirse duruşma yaparak karar verir<sup>1531</sup>. Bu belirlemeden sonra da dava şartları dava süresince varlığını devam ettirmeli ve nihayet hüküm anında tam olmalıdır. Zira onlar mevcut olmadan esas hakkında bir karar verilmesi mümkün değildir. Yani dava şartları, davanın her anında “var olmalı”dır. Sonradan ortadan kalkma ihtimali nedeniyle, dava şartlarının başlangıçtaki varlığı tek başına önem taşımadığı gibi dava şartlarının, mutlaka davanın başında mevcut olması gerekliliğinden de söz edilemez<sup>1532</sup>.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 115. maddesi de bu anlayışa uygundur. Dava şartlarının mevcut olup olmadığının davanın açılış anına göre belirleneceği ifadesi ise, fazla genel bir ifade olup dava şartlarının, yargılamanın her aşamasında

<sup>1530</sup> Kamu düzenine dayanarak bu görüşü ifade edenler **Umar**, Şerh, s. 14; **Taşpınar Ayvaz**, Zaman Bakımından Uygulanma, s. 198-199.

<sup>1531</sup> Dava şartlarının ne zaman inceleneceğine dair kendi kanununda hüküm içermeyen İsviçre’de de dava şartlarının, zorunlu olmasa da, davanın başında, maddi hukuka dair incelemenin öncesinde yapılabileceği ve yapılması gerektiği kabul edilmektedir, bkz. **Erk** s. 100.

<sup>1532</sup> **Stahelin/Stahelin/Grolimund** § 11 Rz. 7; **Wieser**, bunu sadece hukuki yarar bağlamında ifade etmektedir, **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 218; **Hanağası**, Menfaat, s. 331. Ancak bu çalışmada, ilgili ifadenin tüm dava şartları için geçerli olacağı kabul edilmektedir.

re'sen incelenmesine uygun değildir. Zira sonradan ortaya çıkan dava şartı eksikliği inceleme konusu yapılamayacak mıdır? Ya da 115. madde gereği dava şartı eksikliğini, kendi yetkisiyle incelemekle yükümlü olan bölge adliye mahkemesi veya sonraki aşamada Yargıtay, kendi derecesinde değişen koşullar sebebiyle ortaya çıkan dava şartı eksikliğini inceleyemeyecek midir?

Dava şartları kavramının doğup geliştiği Alman hukukunda ise tartışma daha farklı zaman aralıkları hakkındadır. Bir görüşe göre<sup>1533</sup>, istinaf aşamasındaki son tahkikat duruşması esas alınmalı ve sonrasında ortaya çıkan vakıalara dayanılamamalıdır. Oraya kadar ortaya çıkanlar ise, ancak istinaf derecesinin kararının unsuruysa veya dosyadan anlaşılabiliriyorsa dikkate alınmalıdır.

Bir başka görüş<sup>1534</sup>, yine aynı aşamayı esas almakla birlikte kararın bir unsuru olma veya dosyadan anlaşılmayı şart koşmamaktadır.

Oysa dava şartlarının kanun yolu aşamasında incelenmesi sırasında belirtildiği üzere, her derecedeki mahkemeye hitap eden kurallardır. Dolayısıyla dava şartlarının varlığı veya yokluğuyla ilgili dikkat edilmesi gereken an temyiz aşamasında davanın incelendiği son andır<sup>1535</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. maddesinin üçüncü fıkrası bu görüşün Türk hukukunda da rahatlıkla savunulup kabul edilebileceğini göstermektedir. Zira dava şartları açıkça tüm derecelere yönelik olarak düzenlenmiştir.

İsviçre'de de kural olarak, karar verilme anında dava şartlarının mutlaka bulunması gerektiği ifade edilmiştir<sup>1536</sup>. Bu aşamadan anlaşılması gereken kararın müzakeresi aşamasıdır; zira bu aşamaya geçildikten sonra yeni vakıa getirilmesi

<sup>1533</sup> Rimmelspacher, von Amts wegen, s. 185 vd.

<sup>1534</sup> Stein/Jonas/Brehm, Einl. Rn. 261. Son tahkikat duruşması. Schönke s. 17.

<sup>1535</sup> Krş. Rosenberg/Schwab/Gottwald § 94 Rn. 40; MüKoZPO/Becker-Eberhard Vor § 253 Rn. 17; PG/Prütting Einl. Rn 13.

<sup>1536</sup> Staehelin/Staehelin/Grolimund § 11 Rz. 7; Zingg, BK-ZPO, Art. 59 N. 17; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Zürcher § 60 Rn. 10.

mümkün değildir<sup>1537</sup>. Dava şartlarının davanın başında bulunması ise, somut olaya bağlıdır<sup>1538</sup>.

Yukarıda bu çalışmada kabul edildiği belirtilen temyiz aşamasının sonu görüşü kabul edilmese bile karar anının kabul edilmesinden sapılamaz. Çünkü dava şartlarının varlığı tek başına yeterli olmayıp bunların davada ileri sürülmesi ve ispat edilmesi gerekir. Ancak yapılan yargılama sonucunda bunların varlığı veya yokluğunun kabul edilmesi söz konusu olur. Bu sebeple dava öncesindeki ve dava açılması sırasındaki durum değil, karar verilmesi anındaki durum esas alınır<sup>1539</sup>.

Dava şartlarının hepsinin yargılamanın tamamı süresince varlığını devam ettirmesi gerekmez, bazılarının davanın açılmasından sonra ortadan kalkması, davanın kabul edilebilirliğini etkilemez<sup>1540</sup>. Bir dava şartının, her aşamada, esasa ilişkin meseleye göre öncelikli incelenmesinin ön koşulu ise, o şartın incelenmesinin gereksiz hale gelmemiş olmasıdır<sup>1541</sup>. Bu bakımdan karşı davanın Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 132. maddesinin birinci fıkrasında yer alan kabul edilebilirlik şartları örnek gösterilebilir. Zira daha sonra bu şartların ortadan kalkması, örneğin, kural olarak, ilk davada, davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi, karşı davayı etkilemez<sup>1542</sup>.

Türk hukukunda çok tartışmalı olan hukuki yarar gerekliliği de, kurumun görevini yerine getirebildiği ana kadar var olmak zorundadır, yani kural olarak esasa ilişkin incelemenin bitimine kadar<sup>1543</sup>. Davanın başında var olan hukuki yarar, bu ana

---

<sup>1537</sup> Zingg, BK-ZPO, Art. 59 N. 17.

<sup>1538</sup> Staehelin/Staehelin/Grolimund § 11 Rz. 7.

<sup>1539</sup> Krş. Süß s. 23-24.

<sup>1540</sup> Zöller/Greger Vor § 253 Rn.12; Martin s. 135.

<sup>1541</sup> Wieser, Rechtsschutzbedürfnis, s. 227.

<sup>1542</sup> Aslan, Açılmamış Sayılma, s. 86.

<sup>1543</sup> Wieser, Rechtsschutzbedürfnis, s. 217.

kadar ortadan kalkabilir, dolayısıyla baştaki hukuki yarar, tek başına davanın usulden reddine engel olmaz<sup>1544</sup>.

Türk hukukunda çok tartışmalı olan hukuki yarar için incelendiği anda var olmasının gerekli ve yeterli olduğu söylenebilir<sup>1545</sup>. Bu gereklilik ilk derece mahkemesinde gerek bölge adliye mahkemesinde gerekse Yargıtay'da incelenebilir<sup>1546</sup>.

Bir başka dayanak ise dava şartı eksikliğinde, davacının, verilmiş olan esastan ret kararını yerine göre kaldırılıp gönderme, yeniden yargılama yapılması veya bozdurma imkanı vardır<sup>1547</sup>. Burada görüldüğü üzere usuli korumanın sonradan dahi gerçekleştirilebilir oluşu, bu koruma fonksiyonun yargılamanın sonuna kadar dikkate alınmasını gerektirir<sup>1548</sup>. Örneğin, menfi tespit davası açılmasından sonra, o davanın davalısının, karşı dava veya ayrı bir dava olarak eda davası açması halinde, menfi tespit davasına devam edilmesinde hukuki yarar kalmayacaktır<sup>1549</sup>.

Hükmün kesinleşmesiyle usuli eksikliklerin hepsi önemsiz hale gelir<sup>1550</sup>. Eksikliğin yargılamanın yenilenmesi sebebi oluşturup oluşturmadığı ayrı bir meseledir. Zira bazı dava şartı eksiklikleri yargılamanın yenilenmesine sebebiyet verse de bu durum, dava şartı olmalarından kaynaklanmamaktadır.

---

<sup>1544</sup> **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 218. Aynı yönde **Schönke** s. 17-18.

<sup>1545</sup> Krş. **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 218.

<sup>1546</sup> **Wieser**, Rechtsschutzbedürfnis, s. 218.

<sup>1547</sup> Krş. **Sauer** s. 62.

<sup>1548</sup> **Sauer** s. 62.

<sup>1549</sup> **Umar**, Şerh, s. 315; **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım** s. 205.

<sup>1550</sup> **Kälin** s. 28; **Schwalbach** s. 423-424; **Süss** s. 47.

## SONUÇ

Dava şartları kavramı, usul hukukunun temelinde yer almasına rağmen, uzun süre keşfedilmemiş topraklar (*terra incognita*) olarak varlığını sürdürmüştür. İlk ortaya konulduğunda çıkış noktası, dava şartlarının yargılama ilişkisinin (*litis contestatio*) kurucu unsurları olduğu ifade edilmişti. Esas hakkında karar verilebilmesi şüphesiz bir yargılamayı gerektireceğinden bu teoriye göre dava şartlarının öncelikli incelenmesinde hiçbir sorun yoktu. Günümüz usul kanunları, yargılama ilişkisinin bir sözleşmeye dayandığı fikrini kabul etmeyip dava açılmasıyla (tek taraflı bir işlemle) yargılama ilişkisinin kurulduğunu kabul etmiştir. Böyle olunca öncelikli incelenmenin gerekliliği ortadan kalkmıştır. Bu değişime rağmen Alman, İsviçre ve Türk hukuklarında öncelikli incelenme kabul edilmiştir. Ancak bakıldığında bu kabullerin neredeyse hepsinin ciddi eleştiriye açık olduğu görülmektedir. Tek bir dava konusu varken bazı unsurların öncelikli incelenmesi eleştirisine cevap verilmesi mümkün görülmemektedir. Tek dava konusu içerisinde öncelik-sonralık ilişkisinin kurulmasındaki zorluk, aslında bir yandan da çözüme işaret etmektedir. Bir başka deyişle, davada, tek dava konusu değil; kabul edilebilirlik ve haklılık şeklinde iki ayrı dava konusu olduğu kabul edilince öncelikli inceleme açıklanabilir. İki ayrı dava konusu olduğu usul kanunlarının yapısıyla açıklanabilir. Günümüzde dava konusuna verilen anlamdan farklı olarak, dava konusu (usuli talep) esasında maddi hukuk talebi düşünülerek usul kanunlarında düzenlenmiştir. Bu husus, Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında açıkça ifade edilmektedir. Diğer taraftan bu ülkelerin usul kanunları, davanın mahkemece kabul edilmesi için bazı usul hukuku kaynaklı şartların da gerçekleşmesini aramıştır. O halde günümüzde teknik anlamdaki dava konusu dava

şartlarını kanunun yapısı gereği zaten içeremez. Bu durumda ortada usul hukuku kaynaklı belirli şartların incelenmesi kalır. Usul hukuku kaynaklı şartların incelenmesinin tek başına bir dava konusu oluşturacağı kabul edilebilir. Zira nasıl günümüzde teknik anlamda kullanılan dava konusu aslında bir maddi hukuk talebini esas alarak düzenlenmişse, dava şartlarının da esasa girmeyi önleyici özelliği (ölçüt norm olarak davada verilecek kararın içeriğini belirleme özelliklerinin sonucu olarak) burada dava konusu olarak ele alınabilir. 1924 yılı öncesinde ZPO, açıkça, “usuli def’i”lerin varlığı halinde esasa girilmesinden kaçınma hakkı düzenlemekteydi. Bu hakkın kaldırılması yalnızca yargılamanın sürüncemede kalmasını önleme amacı gütmekteydi. Dolayısıyla, açılan bir davada teknik anlamda dava konusu dışında, usuli konuların ayrıca çözüme bağlandığı bir dava konusunun varlığı kabul edilmelidir. Öncelikli incelemenin bu şekilde açıklanmasıyla, yargılamanın, kabul edilebilirlik ve haklılık olarak iki safhaya bölündüğü ifade edilebilir.

Kabul edilebilirlik safhası yargılamanın bütününde olduğu gibi münferit usul işlemleri bakımından da söz konusu olabilir. Bununla birlikte tek bir kabul edilebilirlik düşüncesinden yola çıkılarak sonuca varılamaz. Çünkü dava şartları, yargılamanın bütününü ilgilendirmesi bakımından özellikli kabul edilebilirlik şartları olarak ortaya çıkar; ayrıca dava şartları maddi içeriği haizdir. Bir başka deyişle, dava şartı, kanun yolu başvurusunun süresi, şekli gibi yalnızca şekli hususların ötesinde bir kavramdır.

Tıpkı dava şartları gibi ayrı bir dava konusunda incelenen diğer bir hukuki kurum ilk itirazlardır. Dava şartları ve ilk itirazlar arasındaki tek fark ise incelenmeleri yönünden ortaya çıkmaktadır. İlk itirazların incelenmesi için mutlaka davalı tarafından ileri sürülmeleri gerekir. Yine incelenmelerinde taraflarca getirilme ilkesi hakimdir. Bunun sebebi dava şartı olarak kabul edilen kurumların içerdikleri kamusal menfaattir.

Türk hukukunda dava şartlarının kamu düzeni niteliği vurgulansa da kamu düzeni ihlaline bağlanan genel sonuç olan maddi anlamda kesin hükmün ortadan kaldırılması veya hiç tanınmaması dava şartları bakımından geçerli değildir. Dolayısıyla, dava şartlarına aykırılık içeren bir karar da maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder. Bu durumda dava şartlarına kamu düzeninden olma niteliği verilmesi, kanunlarda yer alan ve kamu düzeninden olduğu ifade edilen kurumlarla bağdaşmazlık oluşturur. Açıkçası, dava şartlarının özelliklerini ortaya koymak için kamu düzeni kavramına gerek yoktur. Kamu düzeni kavramı öncelikli incelemeyi kesinlikle açıklayamaz; zira maddi hukuka ait kamu düzeninden hukuki kurumlar da vardır. Ama hiçbir şekilde kamu düzeniyle ilişkisi olmayan ilk itirazlar da maddi hukuka ait kamu düzeninden olan hukuki kurumların incelenmesini engeller. Dolayısıyla kamu düzeni öncelikli incelemeyi açıklayamaz. Re'sen incelemenin açıklanması için de kamu düzenine başvurmaya gerek yoktur. Re'sen inceleme, dava şartı olarak kabul edilen kurumlardaki kamusal menfaatle açıklanabilir.

Dava şartlarının incelenmesi taraflarca getirilme ve re'sen araştırma ilkeleri arasında yer alan re'sen inceleme ilkesine göre yürütülür. Taraflarca getirilme ilkesinin hakim olduğu medeni usul hukukunda, tarafların yetki alanının dışına çıkılabilmesi için ciddi bir gerekçe gerekmektedir. İşte dava şartları, barındırdıkları kamusal yarar sayesinde taraflarca getirilme ilkesinden ayrılmak için gerekli dayanağı sunmaktadır. Öte yandan daha ileri gidip re'sen araştırma ilkesinin uygulanması ise, kabul edilebilirlik haklılık incelemesinin bazen çakışması sebebiyle ciddi sorunlara sebebiyet verebilme olasılığını barındırır. Ayrıca esasa ilişkin yargılama yapılmasında baskın bir kamusal yarar olduğu da söylenemez; taraf, davayı kazanmak için gereken vakıaları ve delilleri kendisi getirmelidir. Bir başka deyişle, bir davanın kabul

edilebilirlik aşamasından geçip haklılık aşamasında bir kararla sonuçlandırılmasında bireyleri aşan bir yarar yoktur. Ancak, dava şartlarının esasa ilişkin yargılamayı önleyici niteliği dikkate alındığında, dava şartlarının mevcut olmadığı bir yargılamada haklılık aşamasında bir karar verilmemesinde kamusal menfaat vardır. Böylelikle dava şartının mevcut olmadığına dair vakıalar bakımından hakim in inceleme alanını genişletilmekte ve hakime dava şartlarına aykırı bir halin varlığı bakımından vakıa getirme imkanı vermektedir.

Vakıa ve deliller söz konusu olduğunda bilhassa bunların hangi zaman dilimi esas alınarak inceleneceği sorunu ortaya çıkar. Bugüne kadar Türk hukukunda kabul edilen anlayışın temellerinin incelenmesi sırasında da görüldüğü üzere, dava şartları vakıaların getirilebileceği en son an esas alınarak incelenmelidir. Hatta Yargıtay’da bile dava şartlarının incelenmesi mümkündür. Türk hukukundaki baskın görüş olan “dava şartlarının, davanın açıldığı ana göre belirleneceği” görüşünün dayanaklarından ciddi soru işaretleri vardır. Zaten Türk hukukundaki baskın görüşün dayandığı Postacıoğlu da bu görüşe dair şüpheler olduğunu belirtmektedir. Postacıoğlu’nun temel dayanağı olan, davalının davayı kabul bakımından davanın başında bir değerlendirme yaparak yargılama giderlerini ödemekten kaçınabilmesi, davayı kabulün konusunu teknik anlamda dava konusu teşkil ettiği için esas alınamaz. Çünkü teknik anlamda dava konusu dava şartlarını barındırmaz.

Vakıalar ve deliller söz konusuysa, akla gelecek kurumlardan biri ispat yüküdür. Dava şartlarının da belirli vakıaların gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesine bağlı olması sebebiyle, ispat yükü kuralları dava şartları için de geçerli olacaktır. İspat yükünün uygulanıp uygulanmayacağı sorusu, re’sen araştırma ilkesi kabul edilse bile, olumsuz şekilde cevaplanamaz. Çünkü ceza hukukunda dahi vakıaların belirsiz



kalabileceği kabul edilmekte ve “*in dubio pro reo*” ilkesi uygulama alanı bulmaktadır. Dava şartları bakımından, kural olarak, ispat yükünü davacının taşıdığı ifade edilebilir.

Kamusal yarar ve usul hukukuna dahil olması bakımından, dava şartlarının asla sınırlı şekilde sayılmaması gerekmektedir. Zira, bir hukuki kurumun kamusal menfaat içerip içermemesi esasında yorum yoluyla ulaşılabilecek bir sonuçtur. Bu yorumun zaman içinde değişebilmesi de mümkündür. Bu bakımdan örneğin, kamusal yarar barındırmadığı düşünülen bir kuruma daha sonra kamusal yarar barındırdığı şeklinde bir yaklaşımda bulunulabilir. Derdestlik kurumu bunun güzel bir örneğidir. Bir kurumun maddi hukuka dair olduğu veya usul hukukuna dair olduğu hususu da zaman içinde değişiklik gösterebilir. Örneğin, maddi anlamda kesin hüküm kurumu 19. yüzyılda bir maddi hukuk kurumu olarak ele alınmıştır. Daha sonra tartışılabilirliğin maddi hukuka değil usul hukukuna ait bir kavram olmasından hareketle, maddi anlamda kesin hüküm usul hukukuna aktarılmıştır.

Kanuni temeli olmayan dava şartının olmayacağı ifadesine de şüpheyle yaklaşılması gerekmektedir. Zira HUMK döneminde dava şartı olarak kabul edilen dava takip yetkisi, o zaman herhangi bir kanuni temele dayanmamaktaydı. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun dava şartlarını düzenlediği 114. maddesinin temelinde sZPO’nun 59. maddesinin yer aldığı düşünüldüğünde İsviçre hukukundaki tartışmalardan yararlanılabilir. İsviçre Federal Mahkemesi’ne göre bir kurum öğreti ve yargı kararlarında dava şartı olarak kabul ediliyorsa kanuni dayanağı olmasa bile o kurum dava şartı olarak değerlendirilebilir.

Dava şartlarının hak arama özgürlüğünü kısıtlayıp kısıtlamaması bakımından dikkat edilmesi gereken o şartla korunan menfaattir. Hak arama özgürlüğünün kanunla sınırlanabilmesi bu konuda dava şartlarının mutlaka kanuni dayanağı bulunmasını

gerektirmez. Çünkü koruduğu menfaatler dikkate alındığında dava şartları hak arama özgürlüğünü kısıtlamak yerine, aslında hak arama özgürlüğünün kullanımını kolaylaştıran ve etkinleştiren kurumlar olarak ortaya çıkmaktadır. Dava şartlarının kanuni bir temele bağlama düşüncesinin bir diğer eleştirisi hukuki yarar üzerinden yapılabilir. Çerçeve bir kavram olan hukuki yararın kapsamının net bir şekilde belirlenmesi mümkün değildir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesindeki tüm dava şartlarının, hukuki yararın içinde eritilmesi mümkün olduğu gibi, hukuki yarara verilecek anlama göre (Nazi Dönemi örneğinde olduğu gibi) hukuki korumanın kısıtlanması da mümkündür. Bu sebeple tekrar belirtmek gerekir ki, önemli olan korunan menfaatin ne olduğudur.

Dava şartlarının kendi içindeki inceleme sırası bakımından bağlayıcı herhangi bir kuraldan bahsedilemez. Bu konuda ileri sürülmesi muhtemel gerekçeler genellikle çift yönlü olarak ortaya çıkacaktır. Bir başka deyişle, hangisinin önce inceleneceği tartışılan iki dava şartı bakımından da diğerine göre önce incelenmesi için bir gerekçe sunulabilecektir. Böyle yargılamayı sürüncemede bırakacak bir değerlendirme yapılmasına gerek yoktur. Zira zaten her bir dava şartı tek başına esasa ilişkin inceleme yapılmasını ve karar verilmesini engellemektedir. Bu sebeple dava şartları arasında bir sıralama yapılması için bir kavrama daha ihtiyaç vardır. Böyle bir kavram ise kural olarak kanunlarda yer almamaktadır. Bir davada herhangi iki dava şartının eksikliğinden şüphe edilmesi halinde tamamen somut olaya göre, en kolay şekilde tespit edilecek şarta dair inceleme yapılmalıdır.

## KAYNAKÇA

**Adolphsen, J.:** Zivilprozessrecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2014.

**Akcan, R.:** Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara 1999.

**Akil, C.:** “Belirsiz Alacak Davasına (HMK m. 107) İlişkin Bazı Meseleler”, Türkiye Noterler Birliği Dergisi, S. 2, 2019, s. 55-83.

- “Belirli Alacağın Belirsiz Alacak Davasına Konu Edilmesi Durumunda Mahkeme Ne Tür Bir Karar Vermelidir?”, YÜHFD, C. 14, S. 2, 2017, s. 195-209.

**Akkan, M.:** Pekcanıtez Usul, 15. Baskı, Dinamik Kitap Sürüm: 3, İstanbul 2017.

- “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 353/1-A-3 Hükmü Kapsamından Verilen Bölge Adliye Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi”, MİHDER, C. 15, S. 44, 2019, s. 763-812.

**Akkaya T.:** Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Ankara 2009.

**Alangoya, Y.:** “Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler”, İÜMHAD, C. 3, S. 5, 1969.

- Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979.

**Alangoya, Y./Yıldırım, K./Deren Yıldırım, N.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Önerileri, İstanbul 2006.

-Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2009.

**Albayrak, H.:** “Tasarrufun İptali Davalarında Yargıtay Tarafından Kabul Edilen Özel Dava Şartları”, AÜHFD, C. 64, S. 4, 2015, s. 931-974.

**Allorio, E.:** Rechtsschutzbedürfnis?, ZZP 67, s. 321-343.

- Ansay, S.Ş.:** Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Bası, Ankara 1960.
- Appelbaum, C.:** Einschränkungen der Staatenimmunität in Fällen schwerer Menschenrechtsverletzungen, Berlin 2007.
- Aral, V.:** Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul 2012.
- Aras, A.:** Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usulü, Ankara 2017.
- Arslan, R.:** Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989.
- Arslan, R./Yılmaz, E./Taşpınar Ayvaz, S./Hanağası, E.:** Medeni Usul Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2022.
- İcra ve İflas Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2022.
- Arslan, A. S.:** “HMK Hükümlerine Göre Teminat Kurumu ve Dava Şartı Niteliği”, DEÜHFD, C. 16, Özel S. 2014 (Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan), s. 943-974.
- Artuk, E./Gökçen, A./Alşahin, M. E./Çakır, K.:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2018.
- Aslan, A. Ç.:** Medeni Usul Hukukunda Görev, İstanbul 2022.
- Aslan, K./Akyol Aslan, L.:** “İlama Bağlı Para Alacağı İçin İlamsız İcra Takibi Yapılması, Dürüstlük Kuralına Ve Hayatın Olağan Akışına Aykırı Mıdır?”, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, Ankara 2015, s. 195-251.
- Aslan, K./Akyol Aslan L./Kiraz, T. Ö.:** “Koşulları Oluşmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasında Mahkemece Verilecek Karar”, DEÜHFD, C. 16, Özel S. 2014 (Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan), s. 975-1024.
- Aslan, K.:** “Medeni Usul Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılmasının Etkileri”, MİHDER, C. 9, S. 25, 2013, s. 29-113.
- Atalay, O.:** Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001.

- Pekcanitez Usul, 15. Baskı, Dinamik Kitap Sürüm: 3, İstanbul 2017.

**Atalı, M./Ermenek, İ./Erdoğan, E.:** Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2021.

- İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2022.

**Atalı, M.:** Medeni Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı, Ankara 2014.

- “6502 sayılı Kanun’un Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C. I, Ankara 2014, 397-418.

- Pekcanitez Usul, 15. Baskı, Dinamik Kitap Sürüm: 3, İstanbul 2017.

**Baumann Wey, S.:** Die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO, 2013.

**Beck’scher Online Kommentar-ZPO,** 2023 (BeckOK ZPO/Yazar).

**Berg, H.:** “Die Vorrängigkeit der Sachurteilsvoraussetzungen”, Juristische Rundschau, Heft 7, 1968, s. 257-259.

- “Zulässigkeitsvoraussetzungen im Zivilprozess”, Juristische Schulung, 1969, s. 123-129.

**Berger, C.:** Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft bei der Prozeßstandschaft, Köln Berlin Bonn München 1992.

**Bilge, N./Önen, E.:** Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978.

**Blomeyer, A.:** Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Berlin 1985.

**Blomeyer, J.:** “Die Unterscheidung von Zulässigkeit und Begründetheit bei der Klage und beim Antrag auf Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung”, ZZP 81, s. 20-45.

**Bolayır, N.:** “Usul İşlemlerinde Sakatlıklar Ve Bunların Düzeltilmesi”, MİHDER, S.2, 2016, s. 289- 334.

**Boran Güneysu N.:** Medeni Usul Hukukunda Karar, Ankara 2014.

**Börü, L.:** “Sıfat ve Dava Takip Yetkisi”, BATİDER, C. 27, S. 3, 2011, s. 249-278.

**Bötticher, E.:** “Zur arbeitsgerichtlichen Zuständigkeit und deren Prüfung im Prozess”, ZZP 72, s. 44-62.

- Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozess, zweite Ausgabe, Aalen 1970.

- Die Gleichheit vor dem Richter, 2. Auflage, Hamburg 1961.

**Braun, J.:** Lehrbuch des Zivilprozessrechts, Tübingen 2014.

**Budak, A. C.:** Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Korunması, İstanbul 2000.

**Budak, A. C./Karaaslan, V.:** Medeni Usul Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2022.

**Budak, A. C./Karademir, D.:** “Şartları Oluşmadığı Halde Belirsiz Alacak Davası Açılırsa Hakim Nasıl Karar Vermelidir?”, YÜHFD, C. 13, S. 1, 2016, s. 130-142.

**Bulut, U.:** Medeni Usul Hukukunda Temyiz İncelemesinin Kapsamı ve Sınırları, Ankara 2022.

**Bülow, O.:** Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen, Aalen 1969 (Neudruck der Ausgabe Giessen 1868).

**Candemir, M. Ü.:** “Dava Şartlarına Aykırılığın Kanun Yolunda Denetlenmesi”, Prof. Dr. Selçuk Öztek’e Armağan, C. II, İstanbul 2022, s. 779-828.

**Çelikoğlu, C. T.:** “Yargı Reformu 3. Paket” Kapsamındaki İİK Değişiklikleri ve 6100 sayılı HMK Etkileri Çerçevesinde Türk İcra-İflas Hukukunda İlamsız İcra Prosedüründe Adi Takibe İlişkin Takip Talebi ve Takip Şartlarının İcra Memuru Tarafından İncelenmesi”, Terazi Hukuk Dergisi (74), 59-78.

**Çiftçi, P.:** “Medeni Yargılama Hukuku Açısından Hak Arama Özgürlüğünün (Anayasa m. 36) Sınırlandırılması Sorunu”, MİHDER, C. 12, S. 34, 2016/2, s. 361-400.

**Damian, H.:** Staatenimmunität und Gerichtszwang, Heidelberg, Tokyo, New York 1985.

**Denza, E.:** Diplomatic Law Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations, 4. Edition, Oxford 2008.

**Deren Yıldırım, N.:** Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları, İstanbul 1996.

- “Dava Şartı Olarak Hukuki Himaye İhtiyacına Eleştirel Bir Bakış”, Yargıtay Dergisi, C. 21, S. 3, 1995, s. 224-243.

**Desteci, B.:** İcra Hukukunda Takip Şartları, Ankara 2024.

**Direnisa, E.:** Medeni Yargılamada Ön İnceleme Aşaması, İstanbul 2021.

**Dişel, B.:** Dava Takip Yetkisi, İstanbul 2020.

**Dural, M./Öğüz, T.:** Kişiler Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2012.

**Dündar Sezer, T.:** “1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları”, Anayasa Hukuku Dergisi, C. 3, S. 5, 2014, s. 375-411.

**Eichel F.:** Künftige Forderungen, Tübingen, 2014.

**Ekmekçi, Ö./Özekes, M./Atalı, M./Seven, V.:** Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, İstanbul 2019.

**Elgün Toğrul, E. Ş.:** Medeni Usul Hukukunda Dava Ehliyeti, Ankara 2021.

**Eminoğlu, C./Erdoğan, E.:** Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk, Ankara 2020.

**Erdoğan, E./Bulut, U.:** “İşlev İtibariyle Yetki (Mahkemenin İşlevi)”, MİHDER, C. 14, S. 39, 2018, s. 91-130.

**Erdoğan, E.:** Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi, 2. Baskı, Ankara 2020.

- Medeni Usul Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması, Ankara 2016.

**Erdönmez, G.:** Pekcanıtez Usul, 15. Baskı, Dinamik Kitap Sürüm: 3, İstanbul 2017.

**Erişir, E.:** Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007.

**Erk, N.:** Prozessvoraussetzungen, Basel 2022.

**Ermenek, İ.:** “Hukuk Muhakemeleri Kanuna Göre Ön İnceleme”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, 2011, s. 139-175.

- “Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri”, GÜHFD., C. XVII, S. 1-2, 2013, s.563 – 630.

- “Dava Şartının Arabulucu Tarafından Kendiliğinden Dikkate Alınması Sorunu ve Bu Kapsamda Yapılan Hataların Düzeltilmesi”, YD, C. 46, S. 4, 2020, s. 1017-1062.

**Fasching, H. W./Konecny, A.:** Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 1. Band, 3. Auflage, Wien 2013 (Fasching/Konecny/Yazar).

**Geimer, R./Geimer, E./Geimer, G.:** Internationales Zivilprozessrecht, 8. Auflage, München 2020 (**Geimer**).

**Georgiades, A.:** Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht, München 1968.

**Goldschmidt, J.:** Der Prozess als Rechtslage, Berlin Heidelberg 1925.

- Zivilprozessrecht, Berlin Heidelberg 1929.

**Gottwald, P.:** Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, Berlin 1975.



**Görgün, Ş./Börü, L./Toraman, B./Kodakoğlu, M.:** Medeni Usul Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2019.

**Görgün, Ş./Börü, L./Kodakoğlu, M.:** İcra ve İflas Hukuku, 3. Bası, Ankara 2022.

**Gözler, K.:** Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, 2. Baskı, Cilt II, Bursa 2020.

**Grunsky, W.:** Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., Bielefeld 1975.

- “Prozess- und Sachurteil”, ZJP 80, s. 55- 78.
- “Rechtskraft von Entscheidungsgründen und Beschwer”, ZJP 76, s. 165-183.

**Gut, N.:** Die unbezifferte Forderungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2014.

**Günel, N.:** Roma Medeni Usul Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf, Yetkin Yayınevi, Ankara 2007.

**Günel, N./Üçer, M.:** Roma Hukuku Kavram ve Kurumları, İstanbul 2023.

**Gürdoğan, B.:** Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960.

**Haas, U./Marghitola, R.:** Fachhandbuch Zivilprozessrecht, Zürich-Basel-Genf 2020  
(Yazar/FHB Zivilprozessrecht).

**Habscheid, W. J.:** “Zur materiellen Rechtskraft des Unzustandigkeitsentscheids”, Festschrift für Hideo Nakamura, Tokyo 1996, s. 203-220.

**Hafizoğulları, Z./Özen, M.:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2018.

**Hahn, C.:** Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 2. Band  
Materialien zur Civilprozessordnung, 1. Abteilung, Berlin 1880.

**Hanağası, E.:** Davada Menfaat, Ankara 2009.

- “Davada “Sıfat” Kavramına İlişkin Yeni Bir Yaklaşım Denemesi”, MİHDER, C. 11, S. 32, s. 53-90.

**Harms, W.:** “Reihenfolge der Prüfung von Prozessvoraussetzungen?”, ZZP 83, 167-201.

**Hau, W.:** “Was Sie schon immer über...Zivilprozessrecht wissen wollen: Was versteht man unter Zulässigkeit und Begründetheit, und wie verhält sich das eine zum anderen?”, Zeitschrift für das Juristische Studium, 2008, s. 33-40.

- “Die Zulässigkeit der Klage-eine Vergewisserung zu einem Grundbegriff des deutschen Verfahrensrecht”, Festschrift für Nikolaos K. Klamaris, Athens 2016.

**Hausheer, H./Walter, H. P.:** Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I, Bern 2012 (Yazar, BK-ZPO).

**Hellwig, K.:** Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901.

- Klagrecht und Klagmöglichkeit, Leipzig 1905.
- System des deutschen Zivilprozessrechts, Teil 1, Aalen 1968 (Neudruck der Ausgabe Leipzig 1912).

**Henckel, W.:** Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess, Heidelberg 1961.

- Prozessrecht und materielles Recht, Göttingen 1970.

**Hess, B.:** “Grundfragen und Entwicklungen der Parteifähigkeit”, ZZP 117, s. 267–304.

**Jauernig, O./Hess, B.:** Zivilprozessrecht, 30. Auflage, München 2011.

**Jauernig, O.:** “Warum keine Verbindung von Prozeß- und Sachabweisung?”, Juristen Zeitung, 1955, Nr. 8, s. 235-237.

- “Zum Prüfungs- und Entscheidungsvorrang von Prozeßvoraussetzungen”, Festschrift für Gerhard Schiedermair, München 1976, s. 289-311.
- Das fehlerhafte Zivilurteil, Frankfurt am Main 1958.

**Kahlke, G.:** “Zur Beschaffenheit der Prozessfähigkeit”, ZZP 100 1987, s. 10-33.

**Kale, S.:** Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti, İstanbul 2010.

**Kälin, F.:** Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse im schwyzerischen Zivilprozessrecht, Zürich 1949.

**Kaneti, S./Ekmekci, E./Güneş, G./Kaşıkçı, M.:** Vergi Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2022.

**Karaaslan, V.:** “HMK m. 353/1-a Üzerine Bir İnceleme”, DÜHFD, C. 22, S. 37, 2017, s. 219-239.

**Karadeniz Çelebican, Ö.:** Roma Hukuku, 18. Baskı, Ankara 2020.

**Karasu, R.:** “Acentenin Ücreti İle İlgili Bilgi Alma Ve İnceleme Hakkı”, İÜHFD, C. 4 S. 2, 2013, s. 61-74.

**Karşı, A.:** Medeni Muhakeme Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2020.

**Kaser, M./Knütel, R./Lohse, S.:** Römisches Privatrecht, 21. Auflage, München 2017.

**Kaser, M./Hackl, K.:** Das römische Zivilprozessrecht, 2. Auflage, München 1996.

**Koca, G.:** “”Hukuk Muhakemeleri Kanunu” (HMK) ile Usul Hukukumuzda Yapılan Değişiklikler ve Uygulamadaki Sorunlara Getirilen Çözümler”, İBD, C. 85, S. 2, 2011, s. 132-144.

**Kohler, J.:** Prozessrechtliche Forschungen, Berlin 1889.

-Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Berlin 1906.

**Kopp J.:** Die Prozessführungsbefugnis, Zürich 1957.

**Kren Kostkiewicz, J./Dominik, V.:** Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. Aufl., Zürich - Basel – Genf 2017 (Kren Kostkiewicz/Dominik/Yazar).

**Kıyak, E.:** “Davaya Bakmaktan Yasaklı Hâkimin Görevsizlik Kararı Vermesinin Mümkün Olup Olmadığı ve Davaya Bakmaktan Yasaklı Yargıtay Üyesinin Kullandığı Oyla Kesinleşen Hükme Karşı Hukukî Çareler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 1, 2015, s. 255-270.

- “Türkiye’de Mutad Meskeni Olmayan Türk Vatandaşları İçin Teminat Gösterme Yükümlülüğü (HMK m. 84/1-a)”, EÜHFD, C. XVI, S. 1-2, 2012, s. 225-246.

**Kramer, E.:** Juristische Methodenlehre, 6. Auflage, Basel 2019.

**Kuru, B.:** Dava Şartları, “Makaleler”, İstanbul 2006, s. 147-188.

- Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, 6. Baskı, İstanbul 2001.
- Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, 6. Baskı, İstanbul 2001.
- Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, 6. Baskı, İstanbul 2001.
- İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013.
- Nizasız Kaza, Ankara 1961.
- “Medeni Yargıda Kısmi Alacak Davası Öldü, Yaşasın Belirsiz Alacak Davası ve İdari Yargıda Yaşasın Genişletilmiş Kısmi Alacak Davası”, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, C. II, Ankara 2015, s. 1063-1072.

**Kuru, B./Aydın, B.:** Medeni Usul Hukuku El Kitabı, Cilt 1, 2. Baskı, Ankara 2021.

- Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C. 2, 2. Baskı, Ankara 2021.

**Lindacher, W. F.:** “Die Reihenfolge der Prüfung von Zulässigkeit und Begründetheit einer Klage im Zivilprozess”, ZJP 90, s. 131-145.

**Loosli, P.:** Die unbezifferte Forderungsklage (unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Zürich), Zürich 1977.

**Lorz, S.:** Ausländische Staaten vor deutschen Zivilgerichten, Tübingen 2017.

- Loyal, F.:** Ungeschriebene Korrekturinstrumente im Zivilprozess, Tübingen 2022.
- Lötscher, C.:** Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess, Basel 2016.
- Lukes, R.:** “Der beschränkt Geschäftsfähige als Prozessvertreter”, ZJP 69, S. 141-153.
- Lücke, G.:** “Prozessführungsbefugnis”, ZJP 72, S. 1-31.
- “Betrachtungen zum Prozeßverhältnis”, ZJP 108, S. 427-454.
- Lücke, W.:** Zivilprozessrecht I, 11. Auflage, München 2020.
- Martin, R.:** Prozessvoraussetzungen und Revision, Köln, Berlin, Bonn, München 1974.
- Mattern, F.:** “Neues Vorbringen in der Revisionsinstanz”, JuristenZeitung, N. 21, 1963, S. 649-655.
- Mugdan, B.:** Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, I. Band, Berlin 1899.
- Musielak, H. J./Voit, W.:** Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Auflage, München 2024 (Musielak/Voit/Yazar).
- Muşul, T.:** İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, Ankara 2015.
- Rehnin Paraya Çevrilmesi, Ankara 2017.
- Mutluer, K./Dayanç, N. N.:** Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014.
- Münchener Kommentar zur ZPO**, Band 1 (§§ 1-354 )- 2 (§§ 355-945b), 6. Auflage, München 2020 (MüKoZPO/Yazar §).
- Münchener Kommentar zur ZPO**, Band 3 (§§ 946-1120, EGZPO, GVG, EGGVG, UKlaG, Internationales und Europäisches Zivilprozessrecht), 6. Auflage, München 2022 (MüKoZPO/Yazar §).

**Neumann, F.:** Die Rangordnung der Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse im Zivilprozess, Berlin 1965.

**Niese, W.:** Doppelfunktionelle Prozesshandlungen, Göttingen 1950.

**Nussbaum, A.:** Die Prozesshandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse, München 1908.

**Oder, B. E.:** “Temel Hakların Yargısallaşması ve Kuramsal Sorunlar: Türkiye Örneği”, Hukuk Felsefesini Yeniden Düşünmek: Hukuk Teorileri, İnsan Hakları ve Anayasalar, Ed. İoanna Kuçuradi, İstanbul 2011, s. 143-161.

**Olroth, C.:** “Zur neueren Kritik der Lehre von den Prozeßvoraussetzungen”, Juristische Analysen, C. 2, S. 10, 1970, s. 708-723.

**Osterloh:** “Die Lehre von den prozesshindernden Einreden nach deutschem Civilprozessrecht”, ZZP 3, s. 43-103.

**Öncel, M./Kumrulu, A./Çağan, N./Göker, C.:** Vergi Hukuku, 30. Bası, Ankara 2021.

**Öner, E.:** Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Ankara 2012.

**Özbek, M. S.:** Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansı, 3. Baskı, Ankara 2018.

**Özbudun, E.:** Türk Anayasa Hukuku, 22. Baskı, Ankara 2022.

**Özçelik, V.:** Türk Medeni Usul Hukukunda Taraflarca Getirilme İlkesi, Ankara 2020.

**Özekes, M.:** Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003.

- Pekcanitez Usul, 15. Baskı, Dinamik Kitap Sürüm: 3, İstanbul 2017.

- “ Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.1, Ankara 2009, s. 754-781.

- “HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler”, DEÜHFD, C. 16, Özel S., Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, 2014, s. 263-300.
- “Anayasa Mahkemesinin Kararı Karşısında Kısmi Dava İle Belirsiz Alacak Davası Arasındaki Sınırın Belirlenmesi Sorunu (Belirli-Belirsiz-Belirlenebilir Alacak Ayrımı)”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C. II, Ankara 2014, s. 1589-1606.
- “Medeni Usul Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm”, Yargıtay Dergisi, C. 26 S. 4, 2000, s. 661-699.

**Özekes, M./Bulut, U.:** “Aleyhe Bozma Yasağının İstinaf Bakımından Yeri ve Uygulaması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 167, 2023, s. 177-214.

**Özkaya Ferendeci, H. Ö.:** Kesin Hükümün Objektif Sınırları, İstanbul 2009.

- “Dava Edilebilirlik Konusuna Genel Bir Bakış”, MÜHF HAD, C. 16, S. 1-2, s. 233-246.

**Özmumcu, S.:** Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Ön Sorun, İstanbul 2019.

- “Davanın Açılmasına Bağlanan Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi”, İÜHFM, C. LXX, S. 2, 2012, s. 183-205.
- “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, İÜHFM, C. LXXIV, S. 2, 2016, s. 807-842.

**Öztek, S.:** Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 341-m.373 Şerhi, Ankara 2021.

**Öztürk, E.:** Medeni Usul Hukukunda İlk İtirazlar, Ankara 2014.

**Pekcanitez, H.:** “Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı’nın Tanıtımı”, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi, Ankara 2007, s. 3-31.

- Pekcanitez Usul, 15. Baskı, Dinamik Kitap Sürüm: 3, İstanbul 2017.
- “Belirsiz Alacak Davası”, DEÜHFD, C. 11, Özel S. 2009 (Basım Yılı: 2010), s. 509-522.

**Pekcanitez, H./Atalay, O./Sungurtekin Özkan, M./Özekes, M.:** İcra ve İflas Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2018.

- İcra ve İflas Hukuku, 11. Bası, Ankara 2013.

**Pekcanitez, H./Meriç, N.:** Medeni Usul Hukukunda Fer’i Müdahale, 2. Bası, İstanbul 2020.

**Petersen:** “Die prozesshindernden Einreden”, ZZP 3, s. 203-223.

**Pohle, R.:** “Zur Rangordnung der Prozessvoraussetzungen”, ZZP 81, s. 161-175.

- “Gedanken über das Wesen der Rechtskraft”, Scritti Giuridici in Memoria Di Piero Calamandrei, s. 379-402.
- “Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürnis”, Festschrift für Friedrich Lent, München Berlin 1957, s. 195-235.

**Postacioğlu, İ.:** Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975.

- İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982.

**Prütting, H./Gehrlein, M.:** Zivilprozessordnung Kommentar, 15. Auflage, München 2023 (PG/Yazar §...).

**Rimmelspacher, B.:** Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess, Göttingen 1966.

- “Prozeßvoraussetzungen in der Revisionsinstanz”, ZZP 88, s. 245-263.



**Rosenberg, L.:** Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 9. Auflage, München, Berlin 1961.

- Die Beweislast, 5. Auflage, Berlin München 1965.

**Rosenberg, L./Schwab, K. H./Gottwald, P.:** Zivilprozessrecht, 18. Auflage, München 2018.

**Roth, H.:** “Die Klage auf künftige Leistung nach §§ 257-259 ZPO”, ZZZ 98, s. 287-313.

- “Materielle und prozessuale Rechtskrafttheorien”, Festschrift für Thomas Sutter-Somm (Zürich/Basel/Genf 2016), 505-519.

**Sağlam, F.:** Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982.

**Sarısozen, S.:** “Usul Ekonomisi İlkesinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki Yansımaları”, FÜHFD, C. 1, S. 1, s. 63-90.

**Sauer, H. J.:** Die Reihenfolge der Prüfung von Zulässigkeit und Begründetheit einer Klage im Zivilprozess, Köln, Berlin, Bonn, Münih, 1974.

**Schack, H.:** Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Auflage, München 2021.

**Schemmann, T.:** Parteifähigkeit im Zivilprozess, Münih 2002.

**Schlosser, P.:** “Die Sachurteilsvoraussetzungen”, Juristische Analysen, 1981, s. 119-145.

**Schönke, A.:** Rechtsschutzbedürfnis, Detmold Frankfurt Berlin 1950.

**Schumann, E.:** ““Kein Bedürfnis für das Rechtsschutzbedürfnis”- Zur Fragwürdigkeit des Rechtsschutzbedürfnisses als allgemeiner Prozessvoraussetzung”, Festschrift für Fasching, Wien 1988, s. 439-449.

**Schwab, K. H.:** Streitgegenstand, Berlin, Münih 1954.

- Juristische Schulung (Gegenwartsprobleme der deutschen Zivilprozessrechtswissenschaft), Februar 1976, Heft 2, s. 69-74.
- “Die Entscheidung über prozeßhindernde Einreden”, Festschrift für Weber, 1975, s. 413-427.

**Schwab, K. H./Walter, G.:** Schiedsgerichtsbarkeit Kommentar, 7. Auflage, München 2005.

**Schwalbach, T.:** “Die Proceßvoraussetzungen im Reichscivilproceß”, Archiv für die civilistische Praxis, 63. Bd., (1880), s. 390-430.

- “Wiederaufnahme des Verfahrens und Urteilsnichtigkeit nach der Reichscivilprozessordnung”, Archiv für die civilistische Praxis, 63. Band, 1880, 122-136.

**Schwartz, J. C.:** “Absolute Rechtskraft” und heutiges Deutsches Recht, Berlin 1900, Sonderabdruck aus der Festgabe für Heinrich Dernburg).

**Simil, C.:** Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013.

**Sirmen, A. L.:** Eşya Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2022.

**Söğütlü, Ö.:** Roma Özel Hukuku, Ankara 2021.

**Stahelin, A./Stahelin, D./Grolimund, P.:** Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2019.

**Stein, F.:** Über die bindende Kraft der richterlichen Entscheidungen nach der neuen österreichischen CPO, Viyana 1897.

- Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, Insbesondere bei der Verurteilungsklage, Halle 1902.

**Stein, F./Jonas, M.:** Kommentar zur ZPO, Band I, Tübingen 2014 (Stein/Jonas/Yazar).

- Kommentar zur ZPO, Band II, Tübingen 2014.
- Kommentar zur ZPO, Band III, Tübingen 2016.

**Struckmann/Koch, R.:** Die Civilprozessordnung für das Deutsche Reich, 5. Auflage, Berlin, Leipzig 1887.

**Stürner, Rudolf/Bruns, Alexander,** Globalisierung und Sozialstaatsprinzip, (Sozialer Zivilprozess, Prozessmaximen und Prozessgrundrechte im 21. Jahrhundert) Tübingen 2014, (Stürner/Bruns/Yazar).

**Sungurtekin Özkan, M./Türkoğlu Özdemir, G.:** Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları, Ankara 2008.

**Süss, T.:** “Ist die Klageerhebung eine Prozessvoraussetzung?”, ZZP 54, s. 12-52.

**Sutter-Somm T./Hasenböhler F./Leuenberger C.:** Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2016 (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger/Yazar).

**Sutter-Somm, T./Seiler, B.:** Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (CHK), Art. 1-408 ZPO, Schulthess, 2021.

**Tahiroğlu, F.:** Medeni Usul Hukukunda Re’sen Araştırma İlkesi, İstanbul 2021.

**Tan, T.:** İdare Hukuku, Cilt: II, İdari Yargılama Hukuku, Ankara 2022.

**Tanrıver, S.:** Medeni Usul Hukuku, Cilt 1, 4. Baskı, Ankara 2021.

- Medeni Usul Hukuku, Cilt II, Ankara 2021.
- Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, 2. Baskı, Ankara 2007.
- “Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması için Alınması Gereken Önlemler Üzerine”, Makalelerim I, Ankara 2005, s. 165-179.
- “Sulh Hukuk-Asliye Hukuk Mahkemesi Ayırımının Anlam Ve Önemi Üzerine Bazı Düşünceler”, Makalelerim III, Ankara 2016, s. 183-198.

- “Madencilik Alanında Bir İhtisas Mahkemesinin Oluşturulmasına Gerek Olup Olmadığı Üzerine Bazı Düşünceler”, Makalelerim III, Ankara 2016, s. 21-33.
- “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamından Kamu Düzeninin Etkisi”, Makalelerim I, Ankara 2005, s. 103-123.
- “Tabii Hakim İlkesi ve Medeni Yargı”, Makalelerim III, Ankara 2016, s. 155-181.
- “Belirsiz Alacak Davası Ve Bu Bağlamda Uygulamada Yaşanan Güncel Sorunlar”, Makalelerim III, Ankara 2016, s. 203-240.

- Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, 2. Bası, Ankara 2022.

**Taş Korkmaz, H.:** Medeni Usul Hukukunda İradi Taraf Değişikliği, Ankara 2014.

- Hukuk Davalarında Gerçek Tarafın Belirlenmesi, İstanbul 2021.

**Taşpınar Ayvaz, S.:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013.

**Taşpınar, S.:** Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001.

**Tekin, U.:** Acentenin Ücret Hakkı, Ankara 2018.

**Toroslu, N./Toroslu, H.:** Ceza Hukuku Genel Kısım, 26. Baskı, Ankara 2021.

**Thomas, H./Putzo, H.:** Zivilprozessordnung, 42. Auflage, München 2021(Thomas/Putzo/Yazar).

**Tuluay, M.:** “Medeni Yargılama Hukukunda Dava İlişkisi”, DÜHFD, C. 1, S.1, s. 101-132.

**Tuor, P./Schnyder, B./Schmid, J./Jungo, A.:** Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich, Basel, Genf 2015.

**Türkoğlu Özdemir, G.:** Roma Usul Hukukunda “Plus Petitio” Yasağı ve Medeni Usul Hukukundaki Davayı Genişletme ve Değişirme Yasağına Etkileri, Ankara 2004.

**Umar, B.:** İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir 1973.

- Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014.
- “Kuru/Arslan/Yılmaz’ın İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı Üzerine Gözlemler (15. Basım)”, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 685-705.
- “Medeni Usul Hukukunda Davanın Dinlenme Şartı Olarak Ehliyet”, İÜHFM, C. 29, S. 3, 1963, s. 591-619.

**Umar, B./Yılmaz, E.:** İsbat Yükü, 2. Baskı, Büyükçekmece 1980.

**Umur, Z.:** Roma Hukuku Ders Notları, 3. Basım, İstanbul 2010.

**Uyar, T.:** “Tasarrufun İptali Davaları”, Prof. Dr. Necmeddin Berkin’e Armağan, İstanbul 2021, s. 1277-1350.

**Üstündağ, S.:** Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Bası, İstanbul 2000.

- İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul 2004.

**v. Mettenheim, C.:** Der Grundsatz der Prozessökonomie im Zivilprozess, Berlin 1970.

**v. Weber, H.:** “Die Prüfung von Amts wegen”, ZJP 57, s. 91-99.

**Wagner, G.:** Prozeßverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht, Tübingen 1998.

- “Grundprobleme der Parteifähigkeit”, ZJP 117, s. 305-374.

**Weismann, J.:** Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Band I, Stuttgart 1903.

**Wetzell, G. W.:** System des ordentlichen Civilprozess, 3. Auflage, Leipzig 1878.

**Wieser, E.:** Das Rechtsschutzinteresse des Klägers im Zivilprozess, Bielefeld 1971.

- Zulassigkeit und Begründetheit der Klage, ZZP 84, s. 304-318.

**Yavaş, M.:** Medeni Usul Hukukunda Temyiz, Ankara 2015.

**Yazıcı, Ç.:** Medeni Usul Hukukunda Karşı Dava, İstanbul 2021.

**Yıldırım, K.:** İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları, İstanbul 1995.

- “Actio Paulina’da (Tasarrufun İptali Davasında) Davalı Taraf ve Türk Hukukunda Dava Şartı Olarak Tezahür Eden Alacağın Varlığı Hakkında Düşünceler”, Prof. Dr. Selçuk Öztekin’e Armağan, C. IV, İstanbul 2022, s. 2887-2908.

**Yıldırım, K./Deren Yıldırım, N.:** İcra ve İflas Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2016.

**Yılmaz, E.:** İflas İdaresi, Ankara 1976.

- Islah, 4. Baskı, Ankara 2021.
- Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 1. C., 4. Baskı, Ankara 2021.
- Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. C., 4. Baskı, Ankara 2021.
- Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3. C., 4. Baskı, Ankara 2021.
- Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 4. C., 4. Baskı, Ankara 2021.
- “Hukuk Davaları Bakımından Adalet Hizmetlerinin İyileştirilmesi İhtiyacı ve Yapılması Gerekenler”, Makaleler 1. C., Ankara 2014, s. 893-912.
- İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Ankara 2016.

**Yılmaz, Y.:** “Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre İstinaf Mahkemelerinin İlk Derece Mahkemelerinin Görevine İlişkin Olarak Verdiği Kararların Yargıtay Bakımından Bağlayıcılığı Sorunu”, Yargıtay Dergisi, C.: 48, Sayı: 4, Ekim 2022, s. 1185-1214.

**Yusuf Kemaleddin**, “1424 numaralı mülga icra ve iflas kanunile 2004 numaralı icra ve iflas kanunu arasında Bir Mukayese ve Tatbikatta görülen ihtiyaca göre tadil edilen ve yeni konan hükümler”, Adliye Ceridesi, S. 128, 1933, s. 49-60.

**Zöller, R.:** Zivilprozessordnung: ZPO Kommentar, 34. Auflage, München 2024 (Zöller/Yazar).

