

**MEDENİ USUL KANUNU'NDA REFORM YAPILMASINA
DAİR KANUNA GÖRE DERDESTLİKTE ÖNCE TEK
TARAFI OLARAK YAPILAN DAVANIN KONUSUZ
KALDIĞI BEYANI***

*Declaration of Devoid of Essence Before the Pendency According to the
Civil Law Procedure Reform Act*

Dr. Oliver ELZER**

Çev. Cenk AKİL***

ÖZET

27.7.2001 tarihli Alman Medeni Usul Kanunu Hakkında Reform Yapılmasına İlişkin Kanun ile değiştirilen Alman Medeni Usul Kanunu'nun 269. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü cümlesinin isabetli sayılmayacak yeni metnine göre dava sebebi davanın derdest olmasından önce ortadan kalkarsa ve dava bunun üzerine geri alınırsa yargılama masraflarının kime düşeceği davanın o ana kadarki durumu dikkate alınarak hakkaniyete göre belirlenir. Bu hüküm karşısında, davacının, davanın konusuz kalmasına yol açan olayın davacının davayı açmasından sonra ve fakat dava dilekçesinin davalıya tebliğinden (derdestlikten) önce gerçekleşmesi durumunda davacının davanın konusuz kaldığını tek taraflı olarak açıklayıp açıklayamayacağı ve bunun mahkeme tarafından tespitini talep edip edemeyeceği tartışmalı hale gelmiştir. Bahsi geçen düzenleme, davanın konusuz kalması durumunda, davacının davasını yargılama

* Einseitige Erledigterklärung vor Rechtsangabe nach dem ZPO-Reformgesetz. Makale için bkz. NJW 28/2002, s. 2006 vd.

** Yazar Berlin-Neukölln'de sulh mahkemesi hâkimidir ve aynı zamanda medeni yargı alanında oluşturulan stajyer çalışma topluluğunun da yöneticisidir.

*** Dr., (akilcenk@hotmail.com).

masrafları bakımından avantajlı biçimde geri almasını da engellemiştir. Bu hüküm uygulamada problemlere yol açacak niteliktedir.

Anahtar Sözcükler: Medeni usul hukuku, davanın konusuz kalması, yargılama masrafları, tespit davası, hukuki yarar.

ABSTRACT

According to the new text of the third sentence of the Article 269 clause 3 of the German Code of Civil Procedure that can not be assumed as incisive and which was altered with the Statue About Making a Reform On the German Code of Civil Procedure dated 27.07.2001; if the ground of an action disappears before the case bcomes pendent and hereon the case is withdrawn, the matter of which party will bear the court expenses is settled according to equity by taking the state of the case thitherto into consideration. Owing to this rule, in case the event which causes the case become groundless occurs after the plaintiff brings the case before the court but before the notification of the petition to the defendant (pendency), it is controversial that if the plaintiff can declare the devoid of esence unilaterally and can demand the determination of this by the court or not. The mentioned regulation has also prevented the plaintiff from withdrawing his / her case advantegeously as regards the court expenses. This rule has a quality which will cause problems in practice.

Keywords: Civil procedur law, devoid of essence, court expenses, declaratory action, legal interest.

I. Giriş

Davacının, davasını açtıktan ve fakat dava dilekçesinin tebliğinden (derdestlik*, Alman Medeni Usul Kanunu m. 261) önce davanın konusuz kaldığını tek taraflı olarak açıklaması ve bunun mahkeme tarafından tespitini

* Türk hukukunda derdestlik olarak bilinen kurumu karşılamak üzere Alman dilinde -tercüme edilen makalede de olduğu gibi- “*Rechtshängigkeit*” ve “*Streitanhängigkeit*” terimleri kullanılmaktadır. Alman hukukunda davanın açılması ile davanın derst olmasının farkına dikkat çekilmekte ve davanın açılması “*Anhängigkeit*”; dava dilekçesinin davalıya tebliği ile oluşan durum ise “*Rechtshängigkeit*” ya da “*Streitanhängigkeit*” ile anlatılmaktadır (Süha Tanrıver, Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, Ankara 2007, s. 3).

isteyip isteyemeyeceği tartışmalıdır¹. Azınlıkta kalan görüş, bunu, her şeyden önce usul ekonomisi düşüncesi ve Alman Medeni Usul Kanunu m. 207, 270, III hükümlerine atıfla kabul etmektedir². Buna karşılık, hakim görüş, dava dilekçesinin tebliğinden önce davanın konusuz kaldığının beyan edilmesini mümkün görmemektedir. Zira bu aşamada henüz usuli bir ilişki ve dava mevcut değildir³. Davacının tek taraflı olarak davanın konusuz kaldığına ilişkin beyanına göre davanın asıl mesele bakımından konusuz kaldığının tespiti, davanın derdest sayılmasından sonra caiz olmaması ya da haksız (temelsiz) olması şartına bağlıdır. Ondan önce hukuki uyumsuzluk usul kanunu anlamında henüz mevcut değildir⁴. Usul ilişkisi, taraflar ve dava konusu, en erken dava dilekçesinin tebliğiyle belirlenmiş olacaktır.

Fakat davacı, davanın derdestlikten önce konusuz kalması durumunda da, davalı tarafından kusurlu olarak terk edilen yargılamanın kendisi bakımından masraf yönünden daha avantajlı bir biçimde bitirilmesinde kabul edilebilir menfaate sahip olduğu için, uygulamada genellikle davanın davalının yargılama masraflarına mahkûm edilmesi talebini içeren bir tespit davasına dönüştürülmesine müsaade edilmektedir⁵. Bundan başka, kısmen, bu şekilde davacı kendi masraflarını kendisi belirlediği için böyle bir tespit

¹ Bahsi geçen problem, doğru olan görüşe göre, her iki tarafın da davanın konusuz kaldığını beyan etmeleri durumunda ortaya çıkmaz: Davanın derdestliğinden önce konusuz kalmasına yol açan bir olayın gerçekleşmesi durumunda Alman Medeni Usul Kanunu m. 91a uyarınca verilecek bir karara aykırı düşmez. Karş. *BGH*, NJW 1994, 256; *OLG München*, MDR 1993, 475; *OLG Hamm*, MDR 1984, 852. Burada davanın konusuz kaldığının derdestlikten önce açıklanıp açıklanamayacağı tartışmalıdır. Bugün hakim görüş bunu reddetmektedir. Karş. *OLG Brandenburg*, NJW-RR 2001, 1436=MDR 2000, 1393 (1394); *LG Kiel* bei *Deubner*, JuS 2000, 1198; *KG*, NJW-RR 1987, 994; MDR 1967, 133; *OLG Nürnberg*, NJW 1975, 2206; karşı görüşte: *Bergerfurth*, NJW 1992, 1655 (1657) ilave gerekçelerle; *Habscheid*, JZ 1963, 580; ayrıca bkz. *OLG Köln*, NJW-RR 1996, 1023.

² *KG*, OLGZ 1980, 241; *OLG Hamm*, MDR 1980, 854; MDR 1979, 941; *OLG München*, NJW 1979, 274; *OLG Düsseldorf*, MDR 1962, 137.

³ *BGH*, NJW 1990, 1905 (1906); NJW-RR 1988, 1151; NJW-RR 1982, 1598, *Linke*'nin dipnotuyla, JR 1984, 48; RGZ 54, 37 (39); *OLG Celle*, OLGZ 1965, 178; *OLG München*, NJW 1966, 161; NJW 1976, 973; *OLG Hamm*, MDR 1979, 500.

⁴ Bu şekilde daha önceden: *Landesberg*, Gruch 36 (1892), 236; ayrıca karşı. *Lent*, NJW 1955, 1195.

⁵ *BGH*, NJW 1994, 2895; *KG*, KGR 1996, 107 (108) = WRP 1996, 429; NJW 1991, 499; *OLG Koblenz*, NJW-RR 1997, 7 = FamRZ 1996, 882 (883); *Ebner*, JA 1998, 789; *Linke*, JR 1984, 51; *Sannwald*, NJW 1985, 898; ayrıca bkz. *BGH*, WM 1981, 232 (234): WM 386 (388); *OLG Nürnberg*, DAR 1995, 330.

davasının açılmayacağı da savunulmuştur⁶. Davacı davasını geri almak ve yargılama masraflarına ilişkin olarak örneğin maddi hukuk temelli masrafların ödenmesi talebini dava etmek zorundadır.

27.7.2001 tarihli⁷ Medeni Usul Kanununda Reform Yapılmasına İlişkin Kanun ile 1977 tarihli⁸ medeni usul hukuku komisyonunun önerisine uyularak yeterli açıklıktan yoksun bu hukuki durum ortadan kaldırılmak istenmiştir⁹. Alman Medeni Usul Kanunu m. 269, III/3'ün başarılı olmayan¹⁰ yeni hali, yeni bir dava açılmasına gerek olmaksızın, özellikle maddi hukuk temelli masrafların ödenmesi talebini- örneğin Alman Medeni Kanunu m. 280, I/1, II, m. 286 uyarınca gecikmeden doğan zarar- dikkate alınmasını mümkün hale getirmiştir. Derdestlikten önce davanın açılmasını gerektiren sebebin ortadan kalkması durumunda davacı davasını gecikmeksizin geri alırsa, Alman Medeni Usul Kanunu m. 263, III/2 hükmü uyarınca üstlenmesi gereken yargılama masraflarından kurtulabilir. Bu durumda yargılama masraflarına hangi tarafın katlanacağı, tıpkı Alman Medeni Usul Kanunu m. 91a, I hükmü uyarınca davanın konusuz kaldığının taraflarca birlikte açıklanmasında olduğu gibi davanın o ana kadarki durumu dikkate alınmak suretiyle tespit edilir.

Aşağıda esas olarak, Alman Medeni Usul Kanunu m. 269'un yeniden düzenlenmiş hali karşısında, davacının açmış olduğu tespit davasının hukuki yarar bakımından caiz olup olmadığı konusu üzerinde durulacaktır¹¹. Bu problem iki şekilde ele alınabilir: Birincisi, davacı burada henüz ayrıntılarıyla ele alınmamış sebeplerden¹² dolayı derdestlikten önce konusuz kalmış davayı tespit davası olarak devam ettirmek istemiş olabilir. İkincisi ise davacı davasını gecikmeksizin geri almayı ihmal etmiş olabilir. Bu özel gecikme halinde de davacının, davasını Alman Medeni Usul Kanunu m. 269, III/3 uyarınca kendisi bakımından avantajlı bir biçimde geri alması

⁶ Ayrıca Alman Medeni Usul Kanunu m. 93'ün kıyasen uygulanması tartışılmaktadır, karşı. örneğin *OLG Frankfurt a.M.*, NJW-RR 1989, 571.

⁷ BGBI I, 1887.

⁸ Medeni Yargılama Hukuku Komisyonu Raporu, Bonn 1977, s. 306.

⁹ Bayern, bu teklifi 1994 yılında tekrar ele almış ve yeniden böyle bir düzenleme önermiştir (BR-Dr 332/94).

¹⁰ Bu konu hakkında bkz. aşa. III.

¹¹ Bu meyanda bugüne kadarki hakim görüşün temelleri atılmıştır ve masraf tespiti davası ilke olarak caiz görülmüştür.

¹² Sebepler *Schneider tarafından* esnek olarak nitelendirilmektedir. Bkz. ZAP 2002, 277.

engellenmiştir¹³ ve davacının maddi hukuk temelli masrafların ödenmesi talebini derdest davada kabul ettirip ettiremeyeceği üzerinde durulmalıdır. Bunun dışında Alman Medeni Usul Kanunu m. 269, III/3 hükmünün uygulanmasına ilişkin gelecekte ortaya çıkabilecek problemlere işaret edilmelidir.

II. Tespit Davası İle Hakkaniyete Göre Verilmiş Kararın Karşılaştırılması

Tespit davasının özet caizlik (dinlenme) şartı davacının hukuki menfaatidir. Hukukî menfaat, usul ekonomisine de hizmet eder ve eğer davacının amacına ulaşması için daha basit bir usulî yol var ise bu şart gerçekleşmemiş sayılır¹⁴.

Alman Medeni Usul Kanunu m. 269, III/3, m. 91, I hükümleri uyarınca hakkaniyete göre verilecek bir kararın, masraf tespiti davasına nazaran daha kolay bir yol olup olmadığı davacının her defasında aynı sonuçlara ulaşabilip ulaşamayacağına göre belirlenir. Hakkaniyete göre verilecek bir karar, davacıyı yargılama masraflarından muaf tutulma konusunda tıpkı bir tespit davasının sunduğu imkânları bahşedebiliyorsa ancak bu durumda tespit davasının yerini alabilir. Bu sorunun sorulması soruya olumsuz yanıt verildiği anlamına gelir¹⁵. Bir masraf tespiti davası Alman Medeni Usul Kanunu m. 269, III/3 uyarınca davanın geri alınmasına ya da Alman Medeni Usul Kanunu m. 91a, I uyarınca konusuz kalma beyanına nazaran talî olmak zorunda değildir. Çünkü münferit bir meselede sadece tespit davası, davacının yargılama masraflarına yönelik menfaatlerini karşılamaya yetebilir. Bu iddiayı salt ileri sürmek için değil; fakat aynı zamanda haklı olduğunu göstermek için m. 269, III/3, m. 91a, I hükümleri uyarınca hakkaniyete göre verilecek bir kararın temellerine göz atmak gerekir.

¹³ Başka bir çözüm daha adil olabilirdi: Bunun için de bkz. aşa. III.

¹⁴ BGHZ 69, 144=NJW 1977, 1881; BGHZ 126, 368 (373)=NJW 1994, 2765=LM H. 1/1995 § 256 ZPO Nr. 183 *Grunsky*'nin dipnotuyla; ayrıca bkz. BGH, NJW 1996, 3148.

¹⁵ Burada olduğu gibi bkz. *Zöller/Greger*, ZPO, 23. Baskı, (2002), § 269 Kenar no: 8a; *Schneider*, ZAP 2002, 276; karşı görüşte: *Zölkr/Vollkommer*, ebda., § 91a Kenar no: 42: davanın konusuz kaldığının tespiti Alman Medeni Usul Kanunu m. 269, III/3 hükmü ile engellenmiştir.

1. Hakkaniyete Göre Verilen Karar

Alman Medeni Usul Kanunu m. 269, III/3, 91a, I hükümleri uyarınca resen hakkaniyete göre verilecek kararda davanın tüm¹⁶ maddi malzemesi dikkate alınmalı ve davanın, davayı konusuz bırakan olayın¹⁷ gerçekleştiği andaki durumu da göz önünde bulundurulmak suretiyle nasıl cereyan edeceği tahmine dayalı olarak araştırılmalıdır¹⁸. Uygulamada mahkemeler ilke olarak yargılama masraflarını, eğer davayı konusuz bırakan olay gerçekleşmemiş olsa idi davayı kaybedecek ve masrafları Alman Medeni Usul Kanunu m. 91 vd. uyarınca karşılamak zorunda kalacak olan tarafa yüklemektedirler¹⁹. Mahkemeler, Alman Medeni Usul Kanunu m. 91 vd. uyarınca usul hukukuna göre yargılama masraflarının ödenmesi talebinin yanı sıra maddi hukuk temelli masrafları ödeme talebini de dikkate almaktadırlar²⁰. Maddi hukuk temelli masrafların ödenmesi talebi, onun mevcudiyetinin Önemli güçlük olmaksızın, özellikle delil toplanmaksızın tespit edebildiği hallerde dikkate alınır²¹. Salt hakkaniyete göre karar verilmesi halinde problem yaratan durumlar ise bir yandan hadisenin

¹⁶ Alman Medeni Usul Kanunu m. 269, III/3 hükmü uyarınca hakkaniyete göre verilecek karar için elbette, davanın gecikmeksizin geri alınması durumunda hangi beyanın yapılabileceği sorulmalıdır. Mahkeme, her durumda, özellikle de davacı, davasını davalı henüz cevap vermeden önce geri almışsa davalıya hukuki dinlenilme hakkı tanınmalıdır.

¹⁷ Tam olarak davanın konusuz kaldığına dair son açıklamanın yapılması anı ve mahkemenin bundan haberdar olması. Karş. *OLG Frankfurt a. M.*, OLGR 1998, 71; *OLG Hamm*, WRP 1993, 339.

¹⁸ Salt, davalının dava konusu yapılmış talebi derdestlikten önce yerine getirmiş olmasından talebin haklı olduğu sonucuna ulaşamaz. Fakat bu yönde: *OLG Celle*, NAV-RR 1994, 1376; karşı görüşte: *OLG Stuttgart* NJW-RR 1999, 148; *OLG Koblenz*, NJW-RR 1999, 943 = MDR 1999, 500.

¹⁹ *OLG Stuttgart*, NJW-RR 1999, 997; *Lindacher*, in: MünchKomm-ZPO, 2. Baskı, (2000), § 91 a ZPO Kenar no: 74 *Becker-Eberhard*'ın dipnotuyla; *OLG Frankfurt a.M.*, OLGR 1999, 283.

²⁰ *BGH*, NJW 2002, 680 = LM H. 4/2002 § 91 a ZPO Kenar no: 74 *Becker-Eberhard*'ın dipnotuyla; *OLG Frankfurt a.M.*, OLGR 1999, 283.

²¹ *BGH*, NJW 2002, 680 = LM H. 4/2002 § 9i a ZPO Nr. 74 *Becker-Eberhard*'ın dipnotuyla; *BGH*, MDR 1981, 126 = JurBüro 1981, 209, 210; *OLG Koblenz*, NJW-RR 1997, 7. Alman Medeni Usul Kanunu m. 269 , III/3'ün bu konuda bir şey değiştirip değiştirmeyeceğini beklemekten başka yapacak bir şey yoktur. Yasanın gerekçesine göre (BT-Dr 14/4722, s. 80 vd.) düzenleme, maddi hukuk/temelli masrafların ödenmesi talebinin devam eden yargılama sırasında dikkate alınabilmesini amaçlamıştır. Bu, mahkemenin ileride maddi hukuk temelli masrafların ödenmesi talebini her durumda dikkate almak zorunda olduğu anlamına gelebilir. Hakim görüşün gerekçelerinden hareketle, hakkaniyete göre karar verilmesi çerçevesine delil toplanması caiz değildir -bu aynı zamanda- şaşırtıcı bir değişimdir.

aydınlığa kavuşturulmamış olması öte yandan ise hukuki meselelerdeki güçlüktür.

a) Hukuki Meseleler

Taraflar maddi mesele hakkında birbirine uygun beyanda buldukları müddetçe sadece hukuki meselelerin açıklığa kavuşturulması gerekir. Hakkaniyete göre, maddi hukuk bakımından talebi kabul edilecek olan tarafın yargılama masraflarına katlanması gerekirdi. Eğer taraflar ve mahkeme, tahmine dayalı kararın, davada söz konusu olan hukuki meseleler hakkında basitçe verilebileceğinden hareket ediyorlarsa onların usul ekonomisi göz önünde tutulmak suretiyle hakkaniyete göre verilecek bir kararın yetinmeleri gerekli ve zorunludur. Hukuken güçlük arz eden olaylarda durum farklıdır: Hakim görüşe göre, bu durumda mahkeme davanın ortaya çıkması bakımından önemli olan hukuki her bir meseleyi incelemek zorunda değildir²². Davanın başarı şansı bakımından yapılacak yüzeysel bir inceleme yeterli olacaktır²³. Bundan dolayı, hukuken güçlük arz eden durumlarda hakkaniyete göre verilecek karar, sıklıkla yargılama masraflarının paylaşılması ya da Alman Medeni Usul Kanunu m. 92, 1 hükmü anlamında masrafların taraflara yüklenmesi olacaktır²⁴.

b) Çekişmeli Vakıalar

Eğer davanın karara bağlanması bakımından önemli bir husus taraflar arasında çekişmeli kalmış ise mahkeme, o zamana kadar bilinen durumları ve tarafların niyetlerini -buraya özellikle tarafları davanın konusuz kaldığını açıklamaya yönelten durumlar da dâhildir- dikkate almak ve (yüzeysel olarak) takdir etmek zorundadır. Mahkeme, olgusal bir iddianın gerçeğe uygun düşüp düşmediği konusunda, genel ispat kurallarından, tarafların uğradığı zarara yönelik tahminlerden ya da dikkatli bir biçimde ispatın gereksiz olduğu sonucuna ulaşmak suretiyle Alman Medeni Usul Kanunu m. 286, I/1 hükmü uyanınca gerekli görülen kanaate ulaşabilmişse tarafların yargılama masraflarına yönelik menfaatleri yeterince dikkate alınmıştır: Mahkeme yargılama masrafları konusunda taraflardan biri aleyhine,

²² BGH, MDR 1961, 205; NJW 1954, 1038; OLG Stuttgart, MDR 1997, 1137(1138); OLG Frankfurt a.M., NJW-RR 1993, 183.

²³ BVerfG, NJW 1993, 1060 (1061); BGH, NJW-RR 2000,482, Deichfuss'un dipnotuyla BB 2000, 469; NJW 1994, 256.

²⁴ Karş. örneğin OLG Frankfurt a.M., NJW-RR 1991. 49; OLG Celle, NJW-RR 1986, 1061.

tartışmaya yer bırakmayan ve kural olarak iptali kabil bir karar verecektir. Buna karşılık mahkeme, davanın o anki durumunu dikkate aldığı anda bir kanaate ulaşamıyorsa hukuken basit bir şekilde, fakat olgusal olarak güç durumlarda Alman Medeni Usul Kanunu m. 92, I'in temelinde yatan hukuki düşünceyi kullanacak ve yargılama masraflarını orantısız olarak taraflar arasında paylaşacak ya da onlar üzerinde bırakacaktır. Çünkü kanunun anlayışına göre davanın o ana kadarki durumu bakımından delil toplanması lüzumsuz olacak idi²⁵. Hakim görüşe göre, yeni beyanlar ve ilave delil ikamesi gerçeyi tamamiyle olanaksız değildir; ancak istisnai hallerde söz konusudur²⁶.

2. Tespit Davasında Hukuki Yarar

Davanın derdest olmasından önce açılacak bir tespit davasında Alman Medeni Usul Kanunu m. 269, III/3 hükmü uyarınca davanın geri alınması ihtimalinden dolayı hukuki yararın bulunup bulunmadığının ve bundan dolayı tespit davasının caiz olup olmadığının belirlenmesi için bir ayırım yapılmalıdır:

Eğer hakkaniyete göre verilecek karar, belli ölçüde öngörülebilir ise davanın o ana kadarki durumunun dikkate alınması durumunda yargılama masraflarına hangi tarafın²⁷ katlanacağı²⁸ açıktır. Buna rağmen davacı tarafından açılan tespit davası usul ekonomisine aykırıdır ve bu dava bakımından davacının hukuki yararı da bulunmamaktadır.

Buna karşılık, davanın ne şekilde karara bağlanabileceğinin önceden öngörülebilmesi için, mahkeme tarafından çözümü güç hukuki meseleler cevaplandırılmak zorunda ise ya da idiyse ve delil toplanması gerekiyorsa, davacının, yargılama masraflarına yönelik menfaatini tespit davası açmak

²⁵ Her iki tarafın birlikte davanın konusuz kaldığı beyanı için bkz. *OLG Karlsruhe*, NJW 1992, 1657; *Pape/Nothoff*, JuS 1995, 1017; karşı görüşte: *Rinsche*, NJW 1971,1349; ayrıca bkz. *Zöller/Vollkommer* (yuk. dn. 15); § 91 a ZPO Kenar no: 26.

²⁶ *BGH*, JZ 1956, 603; *OLG Hamm*, JurBüro 3989, 1457; *OLG Köln*, MDR 1969, 848; *OLG Karlsruhe*, NJW-RR 1990, 978; *KG*, BB 1979, 487; çok daha geniş bilgi için bkz. *Lindacher*, in : MünchKomm-ZPO (yuk. dn. 19), § 91 a Kenar no: 52 ilave gerekçelerle.

²⁷ Davayı kaybeden tarar, maddi hukuk temelli masrafların ödenmesi talebi dikkate alınmaksızın, davacı da olabilir.

²⁸ Alman Medeni Usul Kanunu m. 269, III/3 uyarınca hakkaniyete göre karar verilmesi durumunda o zamana kadarki dava malzemesi dikkate alındığında ne tür bir karar verileceğinin önceden kestirilmesi genellikle güçtür. Bundan dolayı şüphe halinde, bu hallerde hukuki yararının mevcut olduğu kabul edilmelidir.

suretiyle takip etmesi mümkün olmalıdır. Sadece davanın, tespit davasına dönüştürülmesi davacıya bir ve aynı yargılamada davalının tüm yargılama masraflarına mahkûm edilmesi imkânını bahsedebilecektir. Bunun yanı sıra, davalının tespit davası açılması durumunda kendisinden beklenilmeyecek bir yük altına sokulduğu da söylenemez: Çünkü davalı, davacının yeni, yani değiştirilmiş talebini direkt kabul edebilir ve böylelikle yargılamanızı kendisi bakımından daha elverişli bir tarzda sona ermesini sağlayabilir²⁹!

3. Alman Medeni Usul Kanunu m. 91a Hükmüne Göre Masrafa İlişkin Karar

Yargılama masraflarının tespiti amacıyla açılan bir tespit davası için davanın avantajlı biçimde geri alınması bakımından ulaşılan sonuçlar Alman Medeni Usul Kanunu m. 91a hükmüne aktarılabilir. Davacı, masraf tespit davasını, ihtimal dâhilinde olan -fakat davacı tarafından istenmeyen- davanın konusuz kaldığının birlikte beyan edilmesi hali bir yana bırakılırsa istisnai olarak devam ettirebilir. Böyle bir ihtimalle, hakkaniyete göre verilecek meselenin arz ettiği güçlük ya da çekişmeli vakıalar nedeniyle davacının yargılama masraflarının bir bölümüne katlanacağına öngörüldüğü ve fakat davacının, davanın tümüyle kendi lehine karara bağlanabileceğini haklı olarak varsayabildiği hallerde karşılaşılabılır.

III. Uygulanma Alanı ve Yeni Problemler

Alman Medeni Usul Kanunu m. 269, III/3 düzenlemesi ile davanın açılmasından ve fakat dava dilekçesinin tebliğinden (derdestlikten, Alman Medeni Usul Kanunu m. 261) önce davayı konusuz hale getiren hadisenin gerçekleşmesi durumu için bulunan çözüm, masraf tespit davasının caizliğinin yanı sıra başka problemlerin de ortaya çıkmasına yol açmıştır. Burada, bu meseleler hakkında kısaca bilgi vermekle yetinilecektir.

1. Uygulanma Alanı

Dava, derdestlikten önce konusuz kalmışsa Alman Medeni Usul Kanunu m. 269, III/3 uyarınca davanın geri alınması caizdir. Davanın

²⁹ Davanın kabulü durumunda tıpkı davanın geri alınmasında olduğu gibi dava harcı Harçlar Kanunu m. 11, 1 hakkındaki 1210 ve 1211 sayılı masraflar dosyası uyarınca daha düşüktür. Davanın konusuz kalması durumunda yargılama masrafi meseleleri hakkında ayrıca bkz. *Elzer*, JuS 2001, 72 dn. 27 ile beraber.

konusuz kalıp kalmadığı taraflar arasında genellikle çekişmelidir³⁰. Alman Medeni Usul Kanunu m. 269, III/3 hükmü ile sadece davacının beyanına göre derdestlikten önce davanın konusuz kaldığı haller düzenlenmiştir. Buna karşılık, davalı ise davayı konusuz bırakan bir olayın gerçekleşmediği varsayımından hareket etmekte ve sonuçta davanın reddini talep etmektedir³¹. Bundan dolayı mahkeme, yargılama masrafları hakkında hakkaniyete göre karar verirken davayı konusuz bırakan bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediğini açıklığa kavuşturmak zorundadır³². Mahkeme en erken davayı konusuz bırakan olayın gerçekleştiğini tespit ettikten sonra³³, sıra davacı tarafından hakkaniyete göre verilmesi istenen karara gelecektir. Mahkeme, davayı konusuz bırakan olayın gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit için hakkaniyete göre karar vermesi durumundan farklı olarak, davayı konusuz bırakan olay hakkında delil toplamak zorundadır. Bugüne kadar hakim görüş tarafından masrafların tespiti davasının haklılığı çerçevesinde tartışılan davanın konusuz kalması meselesi, Alman Medeni Usul Kanunu m. 269, III/3 hükmü karşısında artık davanın

³⁰ Fakat davanın, derdestlikten yahut davanın açılmasından önce konusuz kalmış olup olmadığı da çekişmeli olabilir.

³¹ Davalı da davanın konusuz kaldığından hareket ediyorsa, davacının davanın konusuz kaldığına ilişkin beyanına iştirak edebilir ve bu durumda davanın geri alınması söz konusu olmaz. Tutumlu bir davalı cephesinden bu, ileride davanın konusuz kaldığı beyanına iştirak etmesi beklenmemelidir: Alman Medeni Usul Kanunu 91a hükmü uyarınca verilecek karardan farklı olarak yani Harçlar Yasası'nın 11. maddesinin 1. fıkrası hakkındaki 1211 numaralı masraflar dosyası uyarınca davanın tümüyle geri alınması masraf bakımından daha avantajlıdır. Davanın geri alınması durumunda üç adet dava harcı teke inmektedir. Böylelikle davalı için Alman Medeni Usul Kanunu m. 269, III/3'e göre verilen bir karar hesaba katılabilir. Bu yol yüzünden Alman Medeni Usul Kanunu m. 269, III/3 uyarınca yapılan yargılamalar Alman Medeni Usul Kanunu m. 91a'ya göre yapılanlar aleyhine artmıştır; aksi görüşte *Zöller/Vollkommer* (yuk. dn. 15), § 91a ZPO Kenar no: 42. Davanın konusuz kalması bağlamında masrafa ilişkin sorunlar hakkında ayrıca bkz. *Elzer*, JuS 2001, 72 dn. 27 ile birlikte.

³² Mahkeme bu sorunu reddederse, kanımca davanın geri alınması boşa gider. Davanın şartlı olarak geri alındığı kabul edilmelidir: Burada yargılama içi şart türü, mahkemenin Alman Medeni Usul Kanunu'nun 269. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü cümlesindeki şartları tasvip etmesidir.

³³ Alman Medeni Usul Kanunu m. 91a'da durum farklıdır. Hakim görüşe göre burada esas mesele hakkında davanın konusuz kalmış olup olmadığı araştırılmaz. Karş. *BGHZ* 21, 298 = NJW 1956, 1517; *BGHZ* 83, 12 (14) = NJW 1982, 1598; *OLG Köln*, NJW-RR 1996, 1023.

geri alınmasının caiz olup olmadığı bakımından tartışılacaktır. Burada taraflar ya da mahkeme için bir kazanç olduğundan bahsetmek güçtür³⁴.

2. Davanın Gecikmesizin Geri Alınması

Alman Medeni Usul Kanunu m. 269, III/3 hükmü uyarınca davacı davasını kendisi bakımından hukukun tanıdığı avantajlı bir şekilde geri almak istiyorsa konusuz kalan davasını gecikmesizin geri almak zorundadır. Buna karşılık yasaya göre davacı davasını geri almakta geç kalırsa oluşan tüm yargılama masraflarına katlanmak zorundadır³⁵. Ancak bu çözümün adil olduğu söylenemez. Doğru olan, davalının genel hükümlere göre davacının gecikmesinden kaynaklanan yargılama masraflarıyla sorumlu tutulmamasıdır. Gecikme sonucunda ortaya çıkan masraflara, örneğin avukatların vekâlet ücretlerine, sadece davacının katlanması gerekirdi³⁶. Davacının sebep olmadığı yargılama masraflarına ise davalı katlanmalıdır³⁷. Çünkü bu ihtimalde davacının tüm yargılama masraflarına katlanması için haklı bir gerekçe bulunmamaktadır.

3. Derdestlikten Önce Davanın Konusuz Kaldığının Beyan Edilmesi

Alman Medeni Usul Kanunu m. 269, III/3 hükmünün nadiren görüleceği muhakkak olan, davacının bilinçsiz bir şekilde aslında daha önce konusuz kalmış bir davayı açması ihtimalini kapsayıp kapsamadığı da belli değildir. Yasanın lafzına göre davanın sebebi, davanın derdest olmasından önce ortadan kalkarsa Alman Medeni Usul Kanunu m. 269, III/3 hükmü bu hallere de uygulanabilir. Söz konusu hükmün bu hallere doğrudan ya da her halükârda dolaylı tatbiki (uygulanması) adil olurdu. Yasanın gerekçesinden anlaşıldığı kadarıyla kanun koyucu bu durumu göz önünde bulundurmamıştır. Bu konuda uygulamada usul ekonomisine aykırı olarak,

³⁴ Daha önce bahsedilen 1994 tarihli *Bayern Tarası*'nda (BR-Dr 332/94, s. 20) Alman Medeni Usul Kanunu m. 269'un yeniden düzenlenişi ile mahkemelerin iş yükleri azaltılabildi ve davacıya hızlı ve sade bir yolla masrafların ödenmesi talebinin ilam niteliğindeki bir belgeye dökülmesi mümkün olacaktı.

³⁵ Meğer ki, davacıya -burada savunulduğu gibi- davanın konusuz kaldığı beyanının geç yapılması durumunda davanın masrafların tespiti davasına dönüştürülmesi imkânı verilmiş olsun. Ayrıca bkz. *Schneider*, ZAP 2002, 276.

³⁶ Buna karşılık, *Schneider*, ZAP 2002, 276, Alman Medeni Usul Kanunu m. 269, III/3 hükmünde sınırlama için bir sebep görmemektedir.

³⁷ Alman Medeni Usul Kanunu m. 91a kapsamında aynı problem için bkz. *OLG Frankfurt a.M.*, OLGR Frankfurt 1998, 71; *Lindacher*, in : MünchKomm-ZPO (yuk. dn.19), § 91a Kenar no: 60; *Deubner*, JuS 1962, 207.

davanın açılmasından önce davanın konusuz kalması durumu Alman Medeni Usul Kanunu m. 269. III/3 hükmü kapsamında görülmezse, davacı eskisi gibi³⁸ davasını masraf tespiti davasına dönüştürmek zorunda kalacaktır. Aksi takdirde II başlığı altında anlatılan problem burada da ortaya çıkacaktır.

IV. Sonuç

Ulaşılan sonuçlar tez olarak aşağıdaki gibi özetlenebilir:

1. İlke olarak Alman Medeni Usul Kanunu m. 269, III/3, m. 91, I hükümleri uygulanma alanları içerisinde davacının davasını tespit davasına dönüştürmesini engellemektedir ve davalı, yargılama masraflarına katlanmak zorundadır.

2. Münferit olayda derdestlikten önce davanın konusuz kalması durumunda davanın ileride ne yönde karara bağlanacağı belirsiz ise davacı, davasının masraf tespit davasına dönüştürme konusunda istisnai olarak hukuki menfaate sahiptir. Bu, davanın açılmasından önce davanın konusuz kalması ihtimalinde de geçerlidir.

3. Aynı şey, davalının davanın konusuz kaldığı beyanına katıldığı, fakat davacının davanın sonucunun belirsiz olmasından dolayı hakkaniyete uygun bir karar verilmesini istemediği hâllerde de geçerlidir.

³⁸ Karş. *Pape/Notthoff*, JuS 1996, 341 (344).