

DAVA EDİLEBİLİRLİK KONUSUNA GENEL BİR BAKIŞ

Yrd. Doç. Dr. H. Özden Özkaya-FERENDECI*

I. Genel Olarak

Günümüzde, yargılamanın amacının bireysel hukuki korunmaya hizmet ettiği ve maddi hakkın gerçeğe dayanarak temin edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, sübjektif hakların korunması ve adaletin temini, ancak maddi gerçeği bularak tam anlamda sağlanabilmektedir¹. Bu bağlamda dava edilebilirlik (Klagbarkeit) kavramı önem taşımaktadır. Zira davalıdan bir talebi olan davacı, hakkını aramak için yargı önüne gittiğinde, talep ettiği hususun devletin yardımıyla çözülmesini ve nihai bir sonuca bağlanmasını istemektedir. Dolayısıyla davacı, devletten bireysel hukuki korunma talep etmektedir. Yargılamanın amacı da zaten bunu sağlamakta ve aynı zamanda maddi gerçeği bulmakta yatmaktadır. Devlet, bireylerine hukuki korumayı sağlamakla yükümlüdür. Ancak davacının talebinin dava edilebilir olması gerekmektedir².

Maddi hukuk anlamında talebi olan davacının, dava konusu yapmak istediği bu talebin, dava konusu olabilmesi için, yargı organı mahkeme tarafından kabul edilmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, mahkeme bu talep için hukuki

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

¹ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 3 vd.; Gaul, Yargılamanın Amacı, s. 83, 90 vd.; Grunsky, s. 5, kenar notu 12; Özkaya-Ferendeci, Ara Tespit Davası, s. 194; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 47 vd.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 2, kenar notu 5 vd.; Schilken, s. 6, 7, kenar notu 10 vd..

² Stech, ZZZ 77 (1964), s. 162'de bu hususu "Rechtsgarantie", yani hukuk garantisi olarak adlandırmaktadır. Yazar, dava yoluyla hukuki korunmanın, özel hukuk bakımından devletin sağladığı garantiyi teşkil ettiğini belirtmektedir. Bundan dolayı dava edilemeyen bir talebin yargı önüne taşınması halini, "hukuk garantisinin" eksikliği olarak nitelendirmektedir; aynı şekilde Baumgärtel, ZZZ 75 (1962), s. 394.

koruma sağlamaya mecbur olmalıdır. Bunun için de söz konusu talebin dava edilebilir olması gerekmektedir. Dava edilemeyen bir talep için dava açıldığında, dava esastan reddedilemez, zira talebin kendisi aslında mevcuttur. Böyle bir durumda dava usulden reddedilmelidir, yani dava kabule şayan (zulässig) değildir.

Dava edilebilirlik kavramı, davaya konu olan talebin maddi hukuk bakımından var olmadığı anlamına gelmemektedir. Talep, maddi hukuk bakımından yersiz ise (örneğin talebin şartları oluşmadıysa), o zaman mahkeme önüne getirildiği halde dava esastan reddedilecektir, çünkü maddi hukuk bakımından talep oluşmamıştır. Başka bir deyişle, bu halde talebin dava yoluyla elde edilememesinin sebebi, maddi hukukta yatmaktadır³. Dolayısıyla dava esastan reddedilecektir.

Bu durum, dava edilebilir olmaktan ayrı bir haldir. Dava edilebilirlik şöyle tarif edilebilir: Talep aslında maddi hukuk bakımından mevcuttur, ancak mahkeme önüne taşınmamaktadır. Örneğin bir kanun maddesi ile bu hususun talep edilmesi, yani dava edilebilir olması yasaklanmıştır. Söz konusu talebin mahkeme yoluyla elde edilmesi mümkün değildir, çünkü bu hususta hukuki himaye hakkı bulunmamaktadır⁴. Böyle bir durumda dava usulden reddedilecektir.

Görüldüğü üzere dava edilebilirlik, talebin maddi hukuk bakımından mevcut olmaması halinden farklı bir durumdur⁵. Bu farklılık kendini kesin hükmün (objektif) kapsamında da göstermektedir.

HUMK m. 237'ye göre (Tasarı'nın 307. maddesi), daha önce kesin hükme bağlanmış bir dava ile, yeni açılmak istenen bir davanın tarafları, dava konusu ve dava sebebinin aynı olması halinde, ikinci davanın açılması mümkün değildir⁶. Böyle bir durumda ikinci dava kabule şayan olmadığı için reddedilmek

³ Stech, ZZZP 77 (1964), s. 161, s. 162; bu duruma "unvollkommene Verbindlichkeit", yani tam olmayan talep denmektedir. Bu kavram, talebin maddi hukuk bakımından bir eksikliği bulunduğu anlamını içermektedir.

⁴ Stech, ZZZP 77 (1964), s. 161, s. 162; bu duruma da "unklagbare Verbindlichkeit", yani dava edilemeyen talep denmektedir. Bu kavram da, talebin aslında maddi hukuk bakımından var olduğunu, ancak mahkeme tarafından hukuki himaye sağlanamayacağı anlamını içermektedir.

⁵ Stech ZZZP 77 (1964), s. 162'de bu ayrımın ve bundan doğan özelliklerin ilk defa Reichel tarafından belirtildiğine dikkat çekmektedir, bak. s. 162, dn. 3'de anılan eser.

⁶ Söz konusu bu üç unsurun açıklanması için bak. Özkaya-Ferendeci, Kesin Hüküm, s. 40 vd..

zorundadır, zira daha önce verilmiş bir kararın kesin hüküm etkisinin bulunmaması gereği, olumsuz bir dava şartı teşkil etmektedir⁷.

Davanın usulden reddedilmesi (“absolutio ab instantia”) usuli talep (prozessualer Anspruch) üzerinde bir karar olmasına rağmen, esasa ilişkin bir karar teşkil etmediğinden, yeni bir dava açılması mümkündür⁸. Oysa davanın esastan reddedilmesi (“absolutio ab actione”) halinde, HUMK m. 237 uyarınca bu dava bir daha açılmamaktadır.

Bu tespitler, dava edilebilirlik konusu için şu sonucu göstermektedir: Dava edilebilir olmadığından ve dolayısıyla usulden reddedilen dava, engelin kalkmasıyla tekrar açılabilir⁹. Oysa talebin maddi hukuk bakımından olmadığı hallerde, dava esastan reddedileceği için, aynı dava HUMK m. 237 uyarınca bir daha açılmamaktadır. Bundan dolayı, yani dava edilebilirlik hususunun bulunmamasından dolayı usulden reddedilen davaların, sadece şu an için kabule şayan olmadığından reddedilmesi (als zur Zeit unzulässig) söz konusudur¹⁰.

Dava edilebilirlik kavramına genel bir bakıştan sonra, bu kavramın usul hukukundaki yerini incelemek istiyoruz.

II. Dava Edilebilirliğin Bir Dava Şartı Olup Olmadığı Hususu

Dava edilebilirliğin, dava şartları içinde yer alıp almadığı konusunu incelemek için tüm dava şartlarına kısaca göz atmak gerekmektedir.

⁷ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 193; Bilge/Önen, s. 686 vd.; Kuru, c. II, s. 1361; Özkaya-Ferendeci, Kesin Hüküm, s. 99, s. 100; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 275, s. 276; Postacıoğlu, s. 677 vd.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 1057, s. 1058, kenar notu 10 vd.; Schilken, s. 175, kenar notu 325; Üstündağ, s. 312.

⁸ Davanın kabule şayan olmadığı hallerde yeniden açılabilmesi hali için detaylı bilgiler için bak. Özkaya-Ferendeci, Kesin Hüküm, s. 97, s. 98. Buna göre, davanın kabule şayan olmasına ilişkin bir şartın yokluğundan dolayı reddedilen dava, şartın yerine gelmesiyle, yeniden açılabilir. Ancak daha önce verilmiş bir kararın kesin hüküm etkisinin bulunmaması gereği, hiçbir zaman ortadan kalkmayacağı için, bu durumda dava hiçbir zaman kabule şayan olmayacaktır, zira kesin hüküm etkili karar ortadan kalkmayacaktır.

⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 915, kenar notu 16; Stech ZJP 77 (1964), s. 162.

¹⁰ BGH NJW RR 1989, 1048; BGH NJW 1990, s. 441; BGH NJW RR 2006, s. 632, s. 635; Jauernig, ZPO 29, Auflage, s. 106; Walchshöfer, FS Schwab, s. 521 vd.; aynı şekilde ifade eden Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 595, kenar notu 22.

A. Dava Şartları

Mahkemenin, davanın esası hakkında yargılama yapabilmesi için varlığı veya yokluğu gerekli olan hususlara, dava (yargılama) şartları (Prozessvoraussetzungen veya Sachentscheidungs voraussetzung¹¹) denmektedir. Bunlar, başka bir deyişle, davanın görülebilirlik şartlarıdır. Ancak bu şartların varlığı veya yokluğu halinde, mahkeme esasa yönelik bir inceleme yapabilmektedir. Dolayısıyla, davanın kabule şayan olup olmadığı, dava şartlarına bağlıdır. Dava şartları hakim tarafından resen gözetilir. Dava şartları oluşmadığı takdirde, dava usulden reddedilir¹². Ancak, dava şartlarından biri olmadan açılan dava da derdesttir, sadece dava usulden reddedilmektedir¹³. Dava şartları Kanunumuzda açıkça düzenlenmemiştir. Ancak Kanun, ilk itirazlar bölümünde HUMK m. 188 cümle 2’de, hakimin resen dikkate alması gereken hususlardan söz etmektedir. Dava şartları, dava açılmasından hükmün verilmesine kadar var olmalıdır¹⁴.

Dava şartları genel olarak mahkemeye, taraflara ve dava konusuna ilişkin olarak üç grupta¹⁵ incelenmektedir¹⁶.

¹¹ Alman Hukuku’nda dava şartlarına Prozessvoraussetzung, yani yargılama şartı dendiği gibi, Sachentscheidungs voraussetzung, yani esasa yönelik kararın verilebilmesi için gerekli şartlar da denmektedir; bak. Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 619, kenar notu 5 vd.; Schilken, s. 142, kenar notu 253.

¹² HGK 10.12.1997 t., YKD 1998/11, s. 1608-1609; HGK, 05.02.2003 t., YKD 2003/6, s. 849 – 850; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 200; Kuru, c. II, s. 1343 vd.; Önen, s. 148 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 276, s. 277, s. 278; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 619, kenar notu 5 vd.; Schilken, s. 142, kenar notu 253; Üstündağ, s. 279 vd..

¹³ Yar. HGK, 3.3.1993 t., E.1992/2-773/K.1993/82 (YKD 1993/5, S. 3, s. 682); Yar. HGK, 22.3.1995 t., E.1994/5-835/K. 1995/215 (YKD 1996/12, S. 1, s. 1879); Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 200; Kuru, c. II, s. 1344; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 619, kenar notu 4 ve 5.

¹⁴ Kuru, c. II, s. 1391.

¹⁵ Bunun yanı sıra bir de özel dava şartları mevcuttur. Bunlar şöyle sıralanabilir: 1) İİK m. 227 ve sonrasında düzenlenen iptal davasının açılabilmesi için aciz vesikasının olması gerekmektedir, 2) Terk sebebi ile boşanma davasında ihtar (MK, m. 164), 3) Anonim Şirketlerde Denetçilerin, Yönetim Kurulu Üyelerine karşı sorumluluk davası açabilmeleri için bu yolda Genel Kurul kararı bulunmalıdır (TTK m. 341), 4) Anonim şirketlerin Genel Kurulunun kararlarının iptali davasının açılabilmesi için muhalefetin tutanağa geçirilmesi gerekmektedir; Yar. 11. HD., 20.11.2001 t., E.2001/6860/K.2001/9182 (YKD 2003/9, S. 26, s. 1382; ayrıca bak. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 216 ve s. 217.

¹⁶ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 190 vd.; Bilge/Önen, s. 403 vd.; Önen, s. 149 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 13 ve s. 272 vd.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 618, kenar notu 6 vd.; Üstündağ, s. 287 vd..

1. Mahkemeye İlişkin Dava Şartları

Mahkemeye ilişkin dava şartları şu şekilde sayılmaktadır:

- a) Davalı bakımından yargı hakkına sahip olunması;
- b) Yargı yolunun doğru seçilmiş olması,
- c) Mahkemenin görevli olması,
- d) Mahkemenin yetkili olması.

2. Taraflara İlişkin Dava Şartları

Taraflara ilişkin dava şartları şunlardır:

- a) Taraf ehliyetinin bulunması,
- b) Dava ehliyetinin bulunması¹⁷,
- c) Dava takip yetkisinin bulunması,
- d) Taraf teşkili Yargıtay tarafından bir dava şartı olarak kabul edilmektedir¹⁸.

3. Dava Konusuna İlişkin Dava Şartları

Dava konusuna ilişkin dava şartları da şu şekilde sayılmaktadır:

¹⁷ Dava ehliyeti bir davayı yürütebilme, usuli işlemleri yapabilme ehliyetidir, bak. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 116, s. 117; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 274; Alman Hukuku'nda bu bağlamda "Postulationsfähigkeit" kavramı mevcuttur. Bu kavram, herhangi bir hukuki prosedür içerisinde işlemde bulunabilme yetkisi anlamına gelmektedir; bak. Yıldırım/Deren-Yıldırım, İcra Hukuku, s. 9. Alman Hukuku'nda avukatla temsil zorunluluğu bulunmaktadır, bak. Alman Medeni Usul Kanunu'nun 78. maddesi. Avukatla temsil zorunluluğu bulunan hukuki prosedür içerisinde, tarafın, avukatın muvafakati ve nezareti olmadan yaptığı işlemler geçersiz olmaktadır, zira Postulationsfähigkeit özelliği eksiktir. Başka bir deyişle, avukatla temsil zorunluluğu hallerinde, taraf kendi başına mahkemede usuli işlemlerde bulunamamaktadır, bunun için avukata ihtiyaç duymaktadır. Aksi takdirde taraf duruşmaya geldiği halde, gıyap hükümleri uygulanmaktadır; bak. Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 269, kenar notu 3 vd.; Schilken, s. 68, kenar notu 132 ve s. 154, kenar notu 278.

¹⁸ Yargıtay, taraflara usulüne uygun şekilde tebligat yapılmadıkça, duruşma yapılamayacağını ve hüküm verilemeyeceğini kabul etmektedir, bak. Yar. 2. HD., 31.10.1995 t., E.1995/8635/K.1995/11308 (YKD 1996/3, S. 6, s. 374); Yar. 17 HD., 29.03.2001 t., E.2000/1121/K.2001/1309 (YKD 2002/11, S. 38, s. 1693); ayrıca Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 192'de, dn. 3a'da anılan Yargıtay Kararları.

a) Aynı dava için önceden alınmış bir kesin hüküm bulunmamalıdır¹⁹,

b) Genellikle kabul edildiği üzere, davanın (dava dilekçesinin) zaruri unsurları ihtiva etmesi gereği de bir dava şartıdır²⁰,

c) Menfaat olmalıdır,

d) Dava edilebilirlik hususunun dava şartı olup olmadığı tartışması Alman hukukunda artık neredeyse yeknesak bir biçimde cevaplandırılmaktadır. Buna göre dava edilebilirlik hususu dava konusuna ilişkin bir dava şartı olarak kabul edilmektedir²¹. Türk hukukunda ise konuyla ilgili tartışma halen sürmektedir^{22/23}.

¹⁹ Alman Hukuku'nda kesin hükmün bulunmamasının yanı sıra, davanın başka bir mahkemede derdest olmaması da dava şartı olarak sayılmaktadır, bak. Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 620, kenar notu 16 ve s. 656, kenar notu 18 vd.; Schilken, s. 133, kenar notu 235 ve s. 175, kenar notu 325. Kanaatimizce derdestlik, ilk itiraz yerinc (HUMK m. 187 bend 5), dava şartı sayılmalıdır. Zira derdestlik ile kararın kesinleşmiş olması arasında sadece zaman bakımından bir fark mevcuttur. Eğer karar verilmiş ve kesinleşmiş ise, bu durum ikinci davanın görülmesini bir dava şartı olarak engelleyecektir. Derdestlik ise bu bağlamda henüz kesinleşmemiş karar olarak gözükmektedir. Dolayısıyla, kanaatimizce bu bakımdan ayrı bir düzenleme yapılmamalı, davanın başka bir mahkemede derdest olmama hususu da dava şartı sayılmalı ve hakim tarafından resen gözetilmelidir; aynı yönde Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 193.

²⁰ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 193.

²¹ BGH NJW 1970, s. 1507; BGH NJW RR 2006, s. 632, s. 635; Baumgärtel, ZZP 75 (1962), s. 394 ve s. 398; Musielak, s. 77, kenar notu 123; MüKo/Becker-Eberhard vor § 253, kenar notu 10, yazar Almanya'da hakim görüşün dava edilebilirliği bir dava şartı olarak nitelendirdiğini belirtmekte, aksi görüşü savunuların ise dava edilebilirliği eda davalarının özel dava şartı olarak nitelendirdiğini ifade etmektedir. Böylece her iki görüşün aynı sonuca vardığını eklemektedir, her iki görüşe göre de dava usulden reddedilecektir. Pohle, FS Lent, s. 215; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 594, kenar notu 21 ve s. 620, kenar notu 620; Schilken, s. 175, kenar notu 325; Jauernig 2002 yılında dava edilebilirliğin bir dava şartı olmadığı görüşünü savunurken (bak. Jauernig, ZPO 27. Auflage, s. 132, s. 133), bu görüşünü ders kitabının yeni basısında değiştirmiştir, bak. Jauernig, ZPO 29. Auflage, s. 106; Jauernig de artık dava edilebilirliğin dava konusuna ilişkin bir dava şartı olduğunu kabul etmektedir.

²² Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 195, s. 196'da dava edilebilirliğin dava şartı olmadığını belirtmektedir, zira bazı taleplerin maddi hukuk bakımından dava edilemeyeceği öngörüldüğünden [örneğin BK m. 504 (kumar ve bahis) ve m. 506 (piyango)], bunların davanın esasında incelenmesi gerekmektedir. Bundan dolayı da davanın ancak esasan reddedilmesinin mümkün olacağı eklenmektedir; aynı şekilde Kuru, c. II, s. 1361, oysa Üstündağ, s. 312'de, dava edilebilirliği dava konusuna ilişkin dava şartı olarak saymaktadır; aynı şekilde Önen, s. 151'de dava edilebilirliği dava konusuna ilişkin bir dava şartı olarak saymıştır; aynı şekilde Bilge/Önen, s. 405; Postacıoğlu, s. 204'de: "... bir alacağın vadeye bağlanmış olup, vade hulul etmeden dava ikame edilmişse, va-

Kanımızca dava edilebilirlik, dava konusuna ilişkin bir dava şartı olarak kabul edilmelidir. Gerçi Türk hukukunda savunulan aksi görüşe katılmanın da mümkün olduğu açıktır. Zira kanunen yasaklanmış, maddi hukuk bakımından dava edilemeyeceği öngörülen taleplerin davanın esasında incelenmesi sistematik açısından doğrudur. Böylece dava edilebilir olmayan bir talebin söz konusu olup olmadığı mahkeme tarafından davanın esasında incelenecek ve dava edilebilirliğin mevcut olmadığı anlaşıldığında, dava esastan reddedilecektir. Bunun sonucunda da kesinleşen karardan sonra bu konu bir daha dava edilemeyecektir²⁴. Savunduğumuz görüşün çıkış noktası da budur.

Bir kararın kesinleşmesiyle, aynı davanın bir daha görülemeyeceğini tespit ettik. Bu kural, kesin hükmün "kesinliğini" ve gücünü göstermektedir. Zira kesinleşen karar yanlış bile olsa, hukuk güvenliği ve barışı bakımından bu karar da kesindir, kararın yanlış etkilememektedir. Bu aynı zamanda kesin hükmün amacını da teşkil etmektedir²⁵. Görüldüğü üzere, kesinleşen karar üzerine, aynı dava bir daha görülememektedir. Yalnız bu bağlamda usulden ve esastan reddedilen davalar için bir ayırım yapmak gerekmektedir. Zira, yukarıda da belirttiğimiz üzere²⁶, davanın esastan reddedilmesi halinde, HUMK m. 237 uyarınca bu dava bir daha açılmamaktadır. Oysa davanın usulden reddedilmesi halinde, eksik dava şartının yerine gelmesiyle yeni bir dava açılması mümkündür.

Bu sonuç göz önünde tutulduğunda, dava edilebilirliğin bir dava şartı olarak kabul edilmesini uygun bulmaktayız. Böylece, dava edilebilirliğin mevcut olmadığı durumlarda, dava usulden reddedilecektir ve dava edilebilirlik şartının sonradan yerine gelmesiyle, dava yeniden açılabilir. Oysa dava edilebilirlik dava şartı olarak kabul edilmediğinde, dava esastan reddedileceği için, bir daha açılmayacaktır. Bunun davacı bakımından sakıncalı olduğunu düşünmekteyiz. Zira dava edilebilirlik Alman hukukunda ve yargısında belirtildiği üzere, bazen

denin henüz hulul etmediğini ve menfaatin halen mevcut olmadığını ileri sürmek karşı tarafta terettüp eder denilebilir. Eğer hasım taraf alacağı muacceliyet peyda etmemiş olması sebebiyle dava hakkının doğmadığını ileri sürmezse, bunun mahkemenin re'sen nazara alamayacağı düşünülebilir. ... " demektedir.

²³ Dava hakkının unsurları (şartları) için bak. Postacıoğlu, s. 186 vd..

²⁴ Bak. yuk. I. Genel Olarak bölümüne.

²⁵ Gaul, Yargılamanın Amacı, s. 101, s. 102; Özkaya-Ferendeci, Kesin Hüküm, s. 5; s. 178 vd..

²⁶ Bak. yuk. I. Genel Olarak bölümüne.

sadece belirli bir süre için mevcut değildir²⁷. Böyle bir durumda dava edilebilirlik sonradan yerine geldiğinde (örneğin dava edilebilirlik taraflar arasında bir sözleşme ile belirli bir süre için bertaraf edilmiş ise²⁸), dava esastan reddedildiğinde, bir daha açılmayacaktır²⁹. Halbuki usulden reddedilmiş olsaydı, dava, dava edilebilirlik şartının sonradan yerine gelmesiyle, yeniden açılabilir. Bunun, davacının hukuki korunması bakımından önemli bir husus teşkil ettiğini düşünmekteyiz. Aksi takdirde, davacı mevcut bir hakkı olmasına rağmen, talebine kavuşamaması söz konusu olacağından, devlete karşı olan hukuki korunma talebinden yoksun bırakılmış olacaktır. Bundan dolayı dava edilebilirliğin bir dava şartı olması gerektiğini savunmaktayız.

B. Değerlendirme

Yukarıda belirttiğimiz üzere, dava edilebilirlik Alman hukukunda da dava şartı olarak kabul edilmektedir. Kanımızca bu değerlendirme isabetlidir. Kesin hükmün amacı göz önünde tutulduğunda bu sonucun bireyin hukuki korunması bakımından daha uygun olduğu kanısındayız. Birey hakkını kendi arayamayacağı için, devlete karşı hukuki himaye hakkının önemi ortadadır. Bundan dolayı dava edilebilirlik bir dava şartı olarak kabul edildiğinde, hukuki korunmanın daha iyi sağlanacağını düşünmekteyiz.

Sonuç olarak dava edilebilirlik dava konusuna ilişkin dava şartı olarak kabul edilmelidir. Böylece davaların usulden reddedilmesi gerekecektir. Bu bağlamda Alman hukukundaki şu an kabule şayan olmayan³⁰ (Bu kavramı süreli olarak algılamak gerekir; zira henüz dava edilebilirliğin yokluğundan reddedilen bir dava, sonradan, dava edilebilirliğin mevcut hale gelmesi ile yeniden açılması mümkündür. Bu bağlamda, dava edilebilirliğin yokluğu nedeniyle verilen usulden red kararı, şu an kabule şayan değildir.) sonradan dava kavramının uygun olduğunu düşünmekteyiz.

²⁷ BGH NJW RR 2006, s. 632, s. 635; Walchshöfer, FS Schwab, s. 521 vd.; aynı şekilde ifade eden Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 595, kenar notu 22.

²⁸ Konuyla ilgili açıklamalar için bak. aşağıda III. Dava Edilebilirliğin Taraf Sözleşmesiyle Bertaraf Edilebilme İmkânı bölümüne.

²⁹ Aynı hususa Stech de dikkat çekmektedir; bak. Stech ZZP 77 (1964), s. 215, s. 216.

³⁰ Bak. yuk. I. Genel Olarak bölümüne; bak. ayrıca Walchshöfer, FS Schwab, s. 534, yazar davanın şu an kabule şayan olmaması çözümünü, adil sonuçlar için gerekli olduğunu belirtmektedir.

III. Dava Edilebilirliğin Taraf Sözleşmesiyle Bertaraf Edilebilmesi İmkani

Dava edilebilirliğin bir dava şartı olduğu tespitini yaptıktan sonra, dava edilebilirlik hususunun taraf sözleşmesiyle bertaraf edilmesinin mümkün olup olmadığını incelemek gerekmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, hukukumuzda bazı dava şartları üzerinde tarafların anlaşması mümkündür (mahkemenin yetkisinde olduğu gibi)³¹.

Dava edilebilirlik iki şekilde mevcut olmayabilir. Dava edilebilirliğin, kanun³² öngördüğü için mevcut olmamasının yanı sıra, taraf sözleşmesiyle de belirli bir süre için bertaraf edilmesi de mümkündür. Böyle bir durumda davanın şu an için kabule şayan olmadığından dolayı reddedilmesi (als zur Zeit unzulässig) söz konusudur.

Dava edilebilirlik hususu üzerinde tarafların tasarruf yetkilerinin bulunup bulunmadığı hususu açık değildir. Bu bağlamda Alman hukukunda bir tartışma mevcuttur³³.

Alman hukukundaki hakim görüşe³⁴ göre, taraflar dava edilebilirlik hususu üzerinde sözleşme yapmakta serbesttirler. Bunun için, dava edilebilirliği bertaraf

³¹ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 106 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 124 vd. Yetki anlaşmaları usul hukuku sözleşmeleridir. Bu bağlamda sadece kesin yetki söz konusu olduğunda yetki anlaşması geçerli olmamaktadır.

³² Örneğin MK m. 119 cümle 1'e göre, "Nişanlılık, evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermez"; BK m. 65 uyarınca, "Haksız yahut ahlaka (adaba) mugayir bir maksat istihsali için verilen bir şeyi istirdada mahal yoktur", aynı düzenleme Alman Medeni Kanunu'nun 1297. maddesinde de mevcuttur; BK m. 504'e göre, "Kumar ve bahis, bir alacak hakkı tevhit etmez. Kumar yahut bahis için bilerek yapılan avanslar ve ödünç verilen akçeler hakkında ve kumar ve bahis vasfını haiz olduğu takdirde borsaya dahil olan emtia ve kıymetli evrakin fiyat farkı esası üzerine yapılan vadeli alışverişlerde dahi, hüküm böyledir"; BK m. 506 fıkra 1 cümle 1 uyarınca, "Hükümet tarafından müsaade edilmiş olmadıkça, piyango hiçbir alacak hakkı tevhit etmez."

³³ Bak. Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 595, kenar notu 24; Schilken, s. 97, kenar notu 182. Böylece hakim görüşe göre, dava edilebilirlik taraf sözleşmesiyle bertaraf edilebilmektedir; bak. ayrıca Üstündağ, s. 275.

³⁴ BGH NJW RR 1995, s. 290, s. 292; BGH NJW RR 2006, s. 632, s. 635; Baumgärtel, ZZZP 75 (1962), s. 394; Musielak, s. 72, kenar notu 123; MüKo/Becker-Eberhard vor § 253, kenar notu 14; Pohle, FS Lent, s. 214; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 595, kenar notu 24; Stech, ZZZP 77 (1964), s. 162; Wagner, s. 398.

edilen talebin üzerinde tarafların tasarruf edebilme yetkilerinin bulunması gerekmektedir³⁵.

Dava edilebilirliğin bertaraf edilmesinin açıklaması şu şekilde yapılmaktadır: Taraflar bir talep üzerinde tasarruf yetkisine sahiptirler, örneğin bir talepten feragat edebilmektedirler. Feragat sonucunda, feragat edilen talepten üzerinde maddi hukuk bakımından vazgeçilmiştir, dolayısıyla o talebin bir daha istenmesi mümkün olmayacaktır. Madem taraflar bir talepten maddi hukuk bakımından feragat edebiliyorlar, usul hukuku bakımından neden edemesinler? Usul hukuku bakımından vazgeçmek, maddi hukuk bakımından vazgeçmekten daha küçük bir adımdır. Zira maddi hukuk bakımından feragat edildiğinde, talep artık bir daha istenemeyecektir. Oysa usul hukuku bakımından süreli bir vazgeçmede, talep maddi hukuk bakımından varlığını korumakta, sadece şu an için mahkeme önüne taşınmamaktadır^{36/37}. Bundan dolayı, yani *argumentum a maiore ad minus* ile tarafların dava edilebilirlik hususu üzerinde sözleşme yapabilmeleri savunulmaktadır.

Dava edilebilirliğin taraf sözleşmesiyle bertaraf edilmesinin sonucu olarak, talebin mahkeme önünde aranabilir olması hususundan vazgeçildiği belirtilmektedir. Sözleşme süresince hakkın dava yoluyla aranması mümkün değildir³⁸.

Alman hukukunda azınlıkta kalan görüş ise, dava edilebilirlik üzerinde tasarrufta bulunulmasının mümkün olmadığını savunmaktadır³⁹. Bu görüşe göre, dava edilebilirlik üzerinde taraf sözleşmesine izin verildiğinde, anayasal güvence altında yer alan hukuki dinlenme, hakimin tarafsızlığı ve bağımsızlığı, *fair trial* gibi hususlardan da vazgeçilmesine yol açılmaktadır. Zira *argumentum a maiore ad minus* uygulandığında, sayılan hususlardan da vazgeçmek mümkün

³⁵ Musielak, s. 72, kenar notu 123; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 595, kenar notu 24.

³⁶ Açıklamalar için bak. Prütting, ZZZP 99 (1986), s. 96, s. 97.

³⁷ Bu açıklamalardan dolayı da dava edilebilirliğin bir dava şartı olması gerektiğini düşünmekteyiz. Aksi takdirde taraf, istediğinden daha fazlasından vazgeçmiş olacaktır. Şöyle ki, taraf sadece dava edilebilirlikten vazgeçtiğini düşünürken, dava edilebilirlik esasta incelenirse ve dava reddedilirse, davacı o davayı, kesin hüküm etkisinden dolayı, bir daha açamayacaktır. Dolayısıyla, maddi hukuk bakımından talepten feragat etmemiş olan davacı, talebini temelli kaybetmiş olacaktır. Oysa, dava edilebilirlik dava şartı sayılırsa, dava usulden reddedileceği için, ileride davanın yeniden açılması mümkün olacaktır.

³⁸ Wagner, s. 398.

³⁹ Prütting, ZZZP 99 (1986), s. 96, s. 97.

olacaktır. Madem taraf tüm davadan feragat edebiliyor, o zaman bu gerekçeyle küçük unsurlardan da vazgeçmesi olası olacaktır⁴⁰.

Kanaatimizce Alman hukukundaki hakim görüş isabetlidir. Zira azınlık görüşün gerekçeleri haklı bir endişeye yer vermesine rağmen, ikna edici değildir. Bu görüş dava edilebilirlik hususu üzerinde tasarruf edilmesinden ziyade, *argumentum a maiore ad minus* yönteminin uygulanmasından doğan sonucu reddetmektedir. Oysa dava edilebilirlik denildiğinde talebin kendisi söz konusu olmaktadır; yargılamanın temel prensipleri değil. Talebin kendinden vazgeçmek mümkün olunca da, talebin sadece dava edilebilir olması hususundan da vazgeçme mümkün olmalıdır. Buradaki ilişki, yani talebin maddi hukuk bakımından mevcudiyeti ile dava edilebilir olması, tüm dava ile anayasal prensiplerin ilişkisinden farklıdır. Dava edilebilirliğin bertaraf edilmesi, talebin (bir süre için) mahkeme önüne taşınmasını engellemektedir. Kaldı ki, bazı anayasal haklardan feragat etmek zaten mümkün değildir. Bundan dolayı yapılan benzetmenin isabetli olmadığı görüşündeyiz. Kanaatimizce taraflar dava edilebilirlik konusu üzerinde sözleşme yapabilirler.

IV. Sonuç

Dava edilebilirliğin bir dava şartı olduğunu tespit ettik. Dolayısıyla davanın esasına girmeden incelenmesi ve yokluğunda davanın usulden reddedilmesi gerekmektedir.

Ayrıca taraflar dava edilebilirlik üzerinde sözleşme yaparak, bertaraf edilmesini sağlayabilmektedirler. Bu, süreli bir bertaraf ise, davanın o süre için usulden reddedilmesi gerekmektedir.

Kısaltmalar Cetveli

bak.	bakınız
BGH	Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
BK	Borçlar Kanunu
c.	cilt

⁴⁰ Prütting, ZZP 99 (1986), s. 97.

dn.	Dipnot
E.	Esas
FS	Festschrift
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İİK	İcra İflas Kanunu
K.	Karar
m.	madde
MK	Medeni Kanun
NJW RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs Report
S.	Sıra
s.	sayfa
t.	tarihli
TTK	Türk Ticaret Kanunu
vd.	ve devamı
Yar.	Yargıtay
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
yuk.	yukarıda
ZR	Zivilrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Bibliyografya

- Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, M. Kamil/ Deren-Yıldırım, Nevhis; Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. bası, İstanbul 2009 (kısaltma: Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım)
- Baumgärtel, Gottfried; Die Unverwirkbarkeit der Klagebefugnis, ZZP Band 75, 1962, s. 385 vd. (kısaltma: Baumgärtel, ZZP 75 (1962))

- Bilge, Necip/ Önen, Ergun; Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978, (kısaltma: Bilge/Önen)
- Gaul, Hans Friedhelm; Yargılamanın Amacı – Güncelliğini Koruyan bir Konu İlkelere Işığında Medeni Yargılama Hukuku, Derleyen: Yıldırım, M. Kamil, Çeviren: Deren-Yıldırım, Nevhis, 5. bası, İstanbul 2006, s. 72 vd., (kısaltma: Gaul, Yargılamanın Amacı).
- Grunsky, Wolfgang; Zivilprozessrecht, 11., neu bearbeitete Auflage, München 2003; (kısaltma: Grunsky).
- Jauernig, Othmar; Zivilprozeßrecht, 27., völlig neubearbeitete Auflage, München 2002, (kısaltma: Jauernig, ZPO 27. Auflage).
- Jauernig, Othmar; Zivilprozeßrecht, 29., völlig neubearbeitete Auflage, München 2007, (kısaltma: Jauernig, ZPO 29. Auflage).
- Kuru, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt II, 6. Baskı, İstanbul 2001, (kısaltma: Kuru, c. II).
- Musielak, Hans-Joachim; Grundkurs ZPO, 8., neubearbeitete Auflage, München 2005, (kısaltma: Musielak).
- Münchener Kommentar; zur Zivilprozessordnung, Band 1 §§ 1 – 510 c, 3. Auflage, München 2008, (kısaltma: MüKo/Becker-Eberhard).
- Önen, Ergun; Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, (kısaltma: Önen).
- Özkaya-Ferendeci, H. Özden; Kesin Hükümün Objektif Sınırları, İstanbul 2009 (kısaltma: Özkaya-Ferendeci, Kesin Hüküm).
- Özkaya-Ferendeci, H. Özden; Alman Medeni Usul Hukuku'ndaki Ara Tespit Davası ve Buna İlişkin Düşünceler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, cilt: 13, Sayı: 1 - 2, s. 193 vd.; İstanbul 2007 (kısaltma: Özkaya-Ferendeci, Ara Tespit Davası)
- Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammed; Medeni Usul Hukuku, 8. bası, Ankara 2009 (kısaltma: Pekcanitez/Atalay/Özekes).
- Pohle, Rudolf; Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, in Festschrift für Friedrich Lent, München und Berlin 1957 (kısaltma: Pohle, FS Lent).
- Postacıoğlu, İlhan E.; Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975 (kısaltma: Postacıoğlu).
- Prütting, Hanns; Anmerkung zum BGH Urteil vom 23.11.1983 – VIII ZR 197/82 – OLG Oldenburg, LG Oldenburg, ZZZP Band 99, 1986, s. 90 vd. (kısaltma: Prütting, ZZZP 99 (1986)).

dn.	Dipnot
E.	Esas
FS	Festschrift
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İİK	İcra İflas Kanunu
K.	Karar
m.	madde
MK	Medeni Kanun
NJW RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs Report
S.	Sıra
s.	sayfa
t.	tarihli
TTK	Türk Ticaret Kanunu
vd.	ve devamı
Yar.	Yargıtay
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
yuk.	yukarıda
ZR	Zivilrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Bibliyografya

- Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, M. Kamil/ Deren-Yıldırım, Nevhis; Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. bası, İstanbul 2009 (kısaltma: Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım)
- Baumgärtel, Gottfried; Die Unverwirkbarkeit der Klagebefugnis, ZZP Band 75, 1962, s. 385 vd. (kısaltma: Baumgärtel, ZZP 75 (1962))

- Bilge, Necip/ Önen, Ergun; Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978, (kısaltma: Bilge/Önen)
- Gaul, Hans Friedhelm; Yargılamanın Amacı – Güncelliğini Koruyan bir Konu İlkelere Işığında Medeni Yargılama Hukuku, Derleyen: Yıldırım, M. Kamil, Çeviren: Deren-Yıldırım, Nevhis, 5. bası, İstanbul 2006, s. 72 vd., (kısaltma: Gaul, Yargılamanın Amacı).
- Grunsky, Wolfgang; Zivilprozessrecht, 11., neu bearbeitete Auflage, München 2003; (kısaltma: Grunsky).
- Jauernig, Othmar; Zivilprozeßrecht, 27., völlig neubearbeitete Auflage, München 2002, (kısaltma: Jauernig, ZPO 27. Auflage).
- Jauernig, Othmar; Zivilprozeßrecht, 29., völlig neubearbeitete Auflage, München 2007, (kısaltma: Jauernig, ZPO 29. Auflage).
- Kuru, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt II, 6. Baskı, İstanbul 2001, (kısaltma: Kuru, c. II).
- Musielak, Hans-Joachim; Grundkurs ZPO, 8., neubearbeitete Auflage, München 2005, (kısaltma: Musielak).
- Münchener Kommentar; zur Zivilprozessordnung, Band 1 §§ 1 – 510 c, 3. Auflage, München 2008, (kısaltma: MüKo/Becker-Eberhard).
- Önen, Ergun; Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, (kısaltma: Önen).
- Özkaya-Ferendeci, H. Özden; Kesin Hükümün Objektif Sınırları, İstanbul 2009 (kısaltma: Özkaya-Ferendeci, Kesin Hüküm).
- Özkaya-Ferendeci, H. Özden; Alman Medeni Usul Hukuku'ndaki Ara Tespit Davası ve Buna İlişkin Düşünceler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, cilt: 13, Sayı: 1 - 2, s. 193 vd.; İstanbul 2007 (kısaltma: Özkaya-Ferendeci, Ara Tespit Davası)
- Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammed; Medeni Usul Hukuku, 8. bası, Ankara 2009 (kısaltma: Pekcanitez/Atalay/Özekes).
- Pohle, Rudolf; Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, in Festschrift für Fiedrich Lent, München und Berlin 1957 (kısaltma: Pohle, FS Lent).
- Postacıoğlu, İlhan E.; Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975 (kısaltma: Postacıoğlu).
- Prütting, Hanns; Anmerkung zum BGH Urteil vom 23.11.1983 – VIII ZR 197/82 – OLG Oldenburg, LG Oldenburg, ZZZP Band 99, 1986, s. 90 vd. (kısaltma: Prütting, ZZZP 99 (1986)).

- Rosenberg, Leo/ Schwab, Karl Heinz/ Gottwald, Peter; Zivilprozessrecht, 16., neubearbeitete Auflage. München 2004 (kısaltma: Rosenberg/Schwab/Gottwald).
- Schilken, Eberhard; Zivilprozessrecht, 5., neu bearbeitete Auflage. Köln, Berlin, München 2006 (kısaltma: Schilken).
- Stech, Jürgen; Unklagbare Ansprüche im heutigen Recht, ZZP Band 77, 1964, s. 161 vd. (kısaltma: Stech, ZZP 77 (1964)).
- Üstündağ, Saim; Medeni Yargılama Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2000 (kısaltma: Üstündağ).
- Wagner, Gerhard; Prozeßverträge, Privatautonomie im Verfahrensrecht, Tübingen 1998 (kısaltma: Wagner).
- Walchshöfer, Alfred; Die Abweisung einer Klage als „zur Zeit“ unzulässig oder unbegründet, in Festschrift für Karl Heinz Schwab, München 1990 (kısaltma: Walchshöfer, FS Schwab).
- Yıldırım, M. Kamil/ Deren-Yıldırım, Nevhis; İcra Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2005 (kısaltma: Yıldırım/Deren-Yıldırım, İcra Hukuku).