

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

Avukat, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

Tespit Davası (Yargıtay 9. HD'nin 30.01.2012 tarihli ve 1772/2205 sayılı kararı münasebetiyle)

A) GENEL OLARAK DAVA ÇEŞİTLERİ

Hukuk davalarının kendilerine has adları (isimleri) vardır. Bu adlar, ya ilgili kanundan ya da nitelikleri gereği uygulamadaki kullanımdan (verilen addan) kaynaklanmaktadır. Örneğin, alacak davası, boşanma davası, tahliye davası, müdahalenin men'i davası, önalım (şufa) davası, paydaşlığın giderilmesi (izaleî şüyu) davası, tasarrufun iptali davası; kamulaştırma bedeline itiraz davası, istirdat davası, ihalenin feshi davası, istihkak davası, tapu tashihi davası, nüfus kaydının düzeltilmesi davası, tazminat davası, işe iade davası ve benzerleri. Davaların bu şekilde adlandırılmaları, özellikle uygulanacak maddî hukuk ve usul hukuku kurallarının belirlenmesi bakımından pratik faydalar sağlar. Ancak genellikle bu hususta önemli olan, hâkimin kendiliğinden uygulayacağı kanunun hangisinin olduğunu tespit etmesidir (iura novit curia) (m.33)¹.

Hukuk davaları ayrıca, (mahkemeden iste-

nilen hukukî himayenin türü; talebin niceliği; tarafların veya taleplerin sayısı; dava konusu hakkın niteliği; dava edilen malın niteliği; talebin, hakka veya zilyetliğe dayanması gibi) bazı ölçütler dikkate alınarak sınıflandırılırlar; gruplara ayrılırlar. Davaların sınıflandırılmasının da hem teorik hem pratik sonuçları vardır. Çünkü, belli grup davalarda geçerli olan ortak ilkeler (kurallar) mevcuttur.

Genel olarak kabul edildiği üzere, davalar, mahkemeden istenilen hukukî himayeye göre: Eda davası, tespit davası, inşaî (yenilik doğuran) dava; dava dilekçesinde istenen talebin niceliğine göre: Tam dava, kısmî dava, dava yığılması, seçimlik dava, terditli dava; asıl dava, karşı (karşılık) dava; dava konusunun niteliğine göre: mal varlığı davası, şahıs varlığı davası; dava konusu mala göre: taşınır mal davası, taşınmaz mal davası vb. şekilde türlere ayrılırlar².

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), eski Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundan (HUMK) farklı olarak, dava çeşitlerini ayrı bir bölüm (m.105-113) halinde dü-

Tespit davası ile yeni bir hukukî ilişki yaratılmaz veya mevcut olan bir hukukî ilişki tamamen ortadan kaldırılmaz.

zenlemiş ve bazı dava çeşitleri hakkında özel hükümler koymuştur: eda davası (m.105), tespit davası (m.106), belirsiz alacak ve tespit davası (m.107), inşai (yenilik doğuran) dava (m.108), kısmî dava (m.109), davaların yığılması (m.110), terditli dava (m.111), seçimlik dava (m.112), topluluk davası (m.113). Bu düzenlemenin, İsviçre Medenî Usul Kanunu'nun düzenlemesine (İsv.MUK m.84-90) benzediği söylenebilir³.

Herhangi bir yanlış anlamaya meydan vermemek için, dava çeşitlerinin, Kanunda (HMK m.105-113) sayılanlardan ibaret olmadığını belirtmek isterim. Örneğin rücû davaları, Kanunda genel olarak düzenlenmemesine rağmen, mevzuatın kabul ettiği, öğretide ve uygulamada yerini bulan dava türlerindedir⁴. Diğer bir örnek, mütelâhik davalardır (bkz. yeni Türk Borçlar K. m.60)⁵.

B) TESPİT DAVASININ HUKUKİ NİTELİĞİ, ÖZELLİKLERİ VE ÇEŞİTLERİ

Eda davaları ile inşai davalar çok eski dönemlerden beri bilinmekle birlikte, zaman içerisinde yalnızca tespite yönelik hukukî himaye ihtiyacı, tespit davalarının kabulü sonucuna varırmıştır.

Dava çeşitlerinin tarihsel gelişimine bakıldığında; bağımsız bir dava türü olarak tespit davası, eda davasına veya inşai davaya oranla kanunlara daha yeni tarihlerde girmiştir⁶. İlk kez, 1877 tarihli Alman MUK'nun 256 ncı paragrafında yer alan⁷ ve tespit davasını düzenleyen 256 ncı paragraf hükmü, bir kısım Kara Avrupası ülkeleri medenî usul kanunlarına da örnek olmuştur; örneğin, Avusturya MUK §.228⁸; İsviçre MUK m.88⁹. Buna karşılık, örneğin Fransız hukukunda tespit davasını düzenleyen ayrı bir hüküm yoktur.

Eski (1086 sayılı) Hukuk Usulü Muhake-

meleri Kanunumuzda, tespit davası, bağımsız (ayrı) bir müessese olarak düzenlenmemiştir; ancak, öteden beri çeşitli kanunlarımızda (örneğin, İİK m.72; HUMK m.519 gibi) tespit davaları hakkında özel düzenlemeler bulunmaktadır¹⁰. 6100 sayılı (yeni) Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz (m.107), tespit davasını, "... tespit davasının hukukumuzda caiz olduğu ve delil tespitinden tümüyle farklı bir kurum olduğu hususunda, uygulamada duyulan tereddüt giderilmek suretiyle açıklık kazandırılmıştır ..." gerekçesiyle¹¹ dava türleri arasında bağımsız bir dava olarak düzenlemiş bulunmaktadır.

Aşağıda ayrıca değinileceği üzere tespit davası, eda davasından veya inşai davadan ayrı özelliklere sahiptir ve açılan tespit davasının caiz olup olmadığı, bilhassa hukukî yarar (menfaat) bakımından tartışmalara yol açmaktadır.

Tespit davası, hukukî niteliği bakımından genel olarak kabul edildiği üzere maddî hukuktan kaynaklanmayan, tamamıyla usul hukukuna has bir müessesedir ve toplumsal hukukî barışa hizmet eder¹².

Öte yandan tespit davaları, sınırlı nitelikleri bulunan, eda davalarına oranla istisnai ve ikincil (fer'î) nitelikte davalardır¹³; başka bir anlatımla, eda davası açma olanağı varsa, tespit davası açılabilmesi, kural olarak, mümkün değildir. Tespit davası ile yeni bir hukukî ilişki (yahut hak) yaratılmaz veya mevcut olan bir hukukî ilişki (yahut hak) tamamen ortadan kaldırılmaz. Tespit davası sonucunda elde edilen hüküm (eda emri içermediğinden) icraya konulamaz¹⁴.

Tespit davaları, olumlu (müspet) tespit davaları ve olumsuz (menfî) tespit davaları olarak ikiye ayrılır. Örneğin: Otuz yıl B'nin yanında (iş sözleşmesine dayalı şekilde) işçi olarak çalışan ve artık emekli olmak isteyen A, emeklilik işlemleri için Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvurmuş ve fakat sigorta kaydının bulunmadığını (başka bir ifadeyle, B'nin kanuna aykırı olarak kendisini sigortaya kaydettirmediğini ve

**Hukukî ilişki olmasa dahi,
bir hakkın varlığı veya yokluğu
konusunda tespit davası açılabilir.**

“Davacı hakkına kavuşmak için, hâli hazırda mahkeme kararına muhtaç bir konumda değilse onun hukukî yararının bulunduğundan söz etmek mümkün değildir.”

sigorta primlerini de ödemediğini) öğrenmiştir. Bu yüzden A'nın, emekli olabilmesi için, otuz yıl B'nin yanında işçi olarak çalıştığına dair mahkeme ilâmına ihtiyacı vardır (bkz. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası K. m.86,10). A'nın bu taleple, B'ye karşı açtığı dava (hizmet tespiti davası), bir (müspet) tespit davasıdır. Buna karşılık; Y, Z'ye bir ihtarname çekmiş ve elinde bulunan senede göre, kendisinden (Z'den) on bin lira alacaklı olduğunu, onbeş gün içinde bu bedeli ödemediği takdirde, yasal yollara başvuracağını bildirmişse; Z, Y'ye karşı bir dava açarak, Y'ye herhangi bir borcunun bulunmadığının hüküm altına alınmasını isterse, bu dava, bir (menfî) tespit davasıdır (İİK m.72 vd)¹⁵.

Alman hukukunda tespit davaları, başka bir açıdan da çeşitlere ayrılmaktadır. Alman Medenî Usul Kanunu'nun tespit davalarını düzenleyen 256 ncı paragrafının ilk fıkrası, bizim HMK m.107'ye benzemektedir. 256 ncı paragrafın 2 ncı fıkrasına göre, “Hükmün verildiği sözlü yargılama duruşmasına kadar, davacı davasını genişletmek, davalı ise bir karşı dava açarak dava sırasında uyuşmazlık haline gelen hususun karara bağlanması kısmen veya tamamen mevcut olup olmamasına bağlı olan hukukî ilişkinin mahkeme kararıyla tespit edilmesini talep edebilir”. Alman hukukunda ilk fıkra hükmü, bağımsız tespit davası¹⁶ olarak, ikinci fıkra hükmü ise ara tespit davası¹⁷ olarak adlandırılmaktadır.

C) TESPİT DAVASININ KONUSU

Kanun (HMK m.106,1) tespit davasının konusunu, “bir hakkın veya hukukî ilişkinin varlığının veya yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi” şeklinde kabul etmiştir. Dikkat edilirse Kanun (m.106,1), “hak”kı ve “hukukî ilişki”yi ayrı ayrı saymıştır.

Bu açıdan hükmün, söz (lafız) olarak, Avusturya MUK m.228'e daha yakın olduğu söylenebilir¹⁸.

Hukukî ilişki, kişi ile diğer bir kişi veya şey (eşya) arasında mevcut bulunan ve somut olaydan doğan hukukî bağıdır¹⁹. Hukukî ilişki; hak, hak sahibi, borç, borçlu ve hukuk” ilişkinin konusu olan unsurlarından oluşur²⁰. Zarara uğrayanın, sigorta kapsamına giren borcun tespiti için haksız fiil failinin sigortacısına karşı açtığı davada olduğu gibi, hukukî ilişkinin, tespit davasının tarafları arasında bulunması gerekmez²¹. Üçüncü kişiyi ilgilendiren hukukî ilişkiler bakımından da tespit davası açılabilir²². Aynı şekilde, eşya üzerindeki hakkın (örneğin mülkiyet hakkı, zilyetlik hakkı, daimî ve müstakil hak gibi bir hakkın) tespiti davasında olduğu üzere, (davanın tarafları arasındaki hukukî ilişkinin değil) kişi ile şey (eşya) arasındaki hukukî ilişkinin tespiti de, tespit davasının konusunu oluşturabilir.

Tespit davasının konusunu oluşturmak bakımından hukukî ilişkinin türü ve niteliği önemli değildir; (kanunların açıkça yasakladığı bir hal olmadıkça) her türlü hukukî ilişki, tespit davasının konusunu oluşturabilir. Örneğin, kişi hukuku ilişkileri, aile hukuku ilişkileri, borçlar hukuku ilişkileri, eşya hukuku ilişkileri, miras hukuku ilişkileri, ticaret hukuku ilişkileri, fikrî ve sınaî hukuk ilişkileri ve benzeri hukukî ilişkiler bakımından da tespit davası açılabilir²³.

“Hak”, genel olarak kabul edildiği üzere, hukuk tarafından kişilere tanınan ve gerçekleşmesi genellikle sahibinin iradesine bağlı olan menfaattir. Bununla birlikte, burada hak üzerinde (irade, menfaat, karma ve hürriyet teorileri gibi) çeşitli görüşler olduğunu hatırlatmakla yetinmek isterim. Yukarıda belirtildiği üzere, hukukî ilişki kavramı, geniş anlamda hak kavramını da içerir; çünkü, hukukî ilişkinin un-

Davacı, açtığı dava sonucunda hukuken korunmaya lâyık bir menfaat elde edebilecekse, dava açmasında hukukî yarar var demektir.

Tespit davası açanın, kanunlarda belirtilen istisnâî durumlar dışında, bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararı bulunmalıdır.

surlarından yalnızca biri olduğu dikkate alındığında, hakkın, hukukî ilişkiye oranla daha dar anlamı vardır. Kanun koyucunun, m.106 hükmünü sevk ederken hukukî ilişki kavramı yanı sıra ayrıca hak kavramını da kullanmış olmasını, her türlü tereddüdü ortadan kaldırmak amacıyla hareket etmesine bağlamaktayım. Özetle, hukukî ilişki olmasa dahi, bir hakkın varlığı veya yokluğu konusunda tespit davası açılabilir.

Davacı, soyut hukukî konuların tespiti için tespit davası açamaz²⁴.

Kural olarak gelecekteki (müstakbel) bir hak yahut hukukî ilişki, tespit davasına konu edilemez. Tespiti istenen hak veya hukukî ilişki, (kaideten) halen mevcut bir ilişki olmalıdır. Bu açıdan örneğin, bir kişi (halen) yaşamakta (sağ) olan babasına karşı, babası öldüğünde miras hakkının ne olacağına dair bir tespit davası açamaz.

Henüz vadesi gelmemiş dönemsel edim borçları için tespit davası açılması mümkündür²⁵. Bu husus, aşağıda (E) değerlendirilecek olan Yargıtay kararına konu olay bakımından önemlidir.

Tespit davasının konusunu oluşturabilecek olan diğer husus, bir belgenin sahte olup olmadığı hususudur (m.106,1). Buradaki "belge"den kasıt, uyumsuzluk konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim plân, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcılarıdır (m.199). Bir belgenin sahteliğini iddia eden kimsenin açacağı dava (sahtelik davası; m.208,3-4; m.211-214) burada örnek olarak verilebilir.

Kanunun (m.106,1) belirttiği konular dışındaki hususlarda tespit davası açılmaz. Bu durum, tespit davaları için özel dava şartıdır (m.114,2). Mahkemenin, dava şartlarını kendili-

ğinden gözönüne alarak davayı usulden reddedeceği (m.115) düşünüldüğünde caiz olmayan açılan tespit davası, dava şartı eksikliğinden (usulden) reddedilir.

Tespit davasının konusunu oluşturmadıklarından, (tek başına) maddî vakıanın tespiti konusunda (kural olarak) dava açılmaz (HMK m.106,3)²⁶. Maddî vakıalar, ancak bir hakkın yahut hukukî ilişkinin var olup olmadığı veya bir belgenin sahte olup olmadığı iddiası (m106,1) ile birlikte (bu iddianın içinde) tespit davasına konu olabilirler. Bu yüzden, davacı (eda veya inşâî dava açıp hakkını arayacağı yerde) örneğin, elektrik idaresinin elektriğini kestigi, yolcunun uçakta bulunduğu, eşinin kendisini dövdüğü, kiracının kiraladığı evi yaktığı, trafik kazası yapan aracın lastiğinin ayıplı olduğu, sahte senette kullanılan kalemin mürekkebinin yeni icat olunduğu gibi maddî vakıalar tek (yalnız) başına tespit davasının konusu oluşturamaz.

D) TESPİT DAVASINDA HUKUKİ YARAR ŞARTININ ÖZELLİĞİ

I- TESPİT DAVASINDA HUKUKİ YARARIN VARLIĞINI SAĞLAYAN UNSURLAR

Dava şartlarının neler olduğu, HMK m.114 hükmünde sayılmıştır. Bunlardan biri de, "davacının dava açmakta hukukî yararının bulunması"dır (m.114,1/h). Hükmün Gereksine²⁷ göre hukukî yarardan (menfaatten) kasıt, "davacının subjektif hakkına hukukî korunma sağlanması hususunda mahkemeye başvurusunda hâli hazırda hukuken korunmaya değer bir yararının bulunmasıdır; bir başka ifadeyle, davacı hakkına kavuşmak için, hâli hazırda mahkeme kararına muhtaç bir konumda değilse onun hukukî yararının bulunduğundan söz

Tespit davasının davacısı, davayı açmakta hukukî yararının bulunduğunu ispat etmek durumundadır.

Görülmekte bulunan bir davada, iddia veya savunma olarak ileri sürülebilecek hususlar için ayrıca tespit davası açılmasında hukukî yarar yoktur.

etmek mümkün değildir”.

“Hukukî yarar” kavramının tanımını yapmak oldukça zordur²⁸. Hukukî yarar maddî ve ekonomik olabileceği gibi, manevî de olabilir. Hukukî yarar kavramı, durağan (statik) değil, devingen (dinamik) bir kavramdır; davada davacının hukukî yararının bulunup bulunmadığı, (adlî, idarî, anayasal vd) yargı yollarına göre, işin niteliği uyarınca değişkenlik gerektirdiği gibi, ayrı yargı yolundaki dava çeşitleri bakımından da farklılıklar gösterebilmektedir. Keza, içerisinde bulunulan hal ve şartlar ile zaman da hukukî yarar anlayışını değiştirebilmektedir. Örneğin, hukuk yargılamasında düne kadar kabul edilmeyen topluluk (grup) davası, bugün kanunlara girmiş ve davacının bu konuda hukukî yarar sahibi olduğu kabul edilmiştir (örneğin: HMK m.113).

Eğer deyiş yerinde ise, “hukukî menfaat” kavramı, “anlatılabilen”den ziyade, içeriği itibarıyla “duyumsanabilen” bir kavram niteliğindedir²⁹ ve davacı, açtığı dava sonucunda hukuken korunmaya lâyık bir menfaat (çıkar, fayda) elde edebilecekse, dava açmasında hukukî yarar var demektir.

Tespit davalarında hukukî yarar ise, diğer davalarındaki hukukî yarardan farklı olarak, değişik özellik göstermektedir³⁰. Şöyle ki:

Kanuna (HMK m.106,2) nazaran, tespit davası açanın, kanunlarda belirtilen istisnâ durumlar dışında, bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararı bulunmalıdır³¹.

Bu hükümden de anlaşıldığı üzere, açılan tespit davası, örneğin İİK m.72’de olduğu gibi kanunda açıkça öngörülmüş bir tespit davası ise, bu davada hukukî yararın bulunması esastır; mahkemenin, somut olayın özelliği yoksa veya karşı taraf da itiraz etmemişse, bir kural olarak, hukukî yarar şartının varlığını belirle-

mesi kolaydır. Açılan tespit davası kanunda açıkça belirtilen (özel) bir tespit davası değilse, mahkemenin, davacının bu davayı açmasında hukuken korunmaya değer güncel bir yararı bulunup bulunmadığını araştırıp karara bağlaması gerekir (m.106,2)³².

Eda davasında ve inşâî davada davacının hukukî yararının bulunması esastır ve bu durum karine olarak kabul edilir; oysa, tespit davasında bu tür bir karine yoktur ve tespit davasının davacısı, davayı açmakta hukukî yararının bulunduğunu ispat etmek durumundadır.

Tespit davası açılmasında hukukî yararın varlığı, şu üç unsurun (şartın) bir arada (aynı anda) gerçekleşmesine bağlıdır: 1) Davacının bir hakkı veya hukukî durumu güncel bir tehlike ile tehdit edilmiş olmalı; 2) Bu tehdit (tehlike) nedeniyle davacının hakkı veya hukukî durumu tereddüt içinde (belirsiz) olmalı ve bu husus davacıya zarar verebilecek nitelikte bulunmalı; 3) Yalnız kesin hüküm etkisine sahip olup, (cebrî) icraya konulamayan tespit hükmü, bu tehlikeyi ortadan kaldırmaya elverişli olmalıdır³³.

Davacının hakkının veya hukukî durumunun bir tehlike karşısında tehdit altında bulunması, genellikle karşı tarafın (tespit davasında davalı olarak gösterilecek olan kişinin) davranışları sonucunda ortaya çıkar. Örneğin, kişi (karşı taraf), noterden ihtarname çekerek belli bir işin (sözgelimi ödemenin) yapılmaması halinde yasa yollarına başvurulacağını bildirmişse yahut fiilen dava açmış veya icra takibi yapmış ise, (kendisine ihtarname gönderilen veya dava açılan kişi bakımından) tehdit durumu gerçekleşmiş demektir. Buradaki tehdit (tehlike) güncel (aktüel) olmalıdır. Tehdit, güncel değilse; örneğin, hukuken veya fiilen beş yıl sonra hüküm ifade edecek bir ihtarname varsa, tehdidin (kural olarak) güncel olmasından söz edilemez. Kanunda (m.106) yazılı olmamasına rağmen, öğreti ve mahkemeler uygulamasında, hukukî yararın varlığı için tespitin gecikmesizin hemen (derhal) yapılmasının gerekliliği aranmaktadır³⁴. Tespit davası açılmayıp beklenilmesi, davacıya zarar verebilecek nitelikteyse ve bu zarar ile tespit davasının bekletilmesi arasında uygun illiyet bağı mevcutsa, tespit

Eda davası açma olanağı varken, tespit davası açılmasında (kural olarak) hukukî yarar yoktur.

davasının hemen açılmasında hukukî yararın mevcut olduğu kabul edilmelidir³⁵.

Görülmekte (derdest) bulunan bir davada, iddia veya savunma olarak ileri sürülebilecek hususlar için ayrıca tespit davası açılmasında hukukî yarar yoktur. Çünkü, bu tür hususların görülmekte olan dava içinde ileri sürülmesi, görülmekte olan davanın ilerlemesi ve sona ermesi için gereklidir. Aksi takdirde davada iddia ve savunma olarak ileri sürülebilecek olan hususların ('görülen dava içinde değil de) ayrı bir tespit davasında ileri sürülmesine izin verilmesi, görülmekte olan davanın uzamasına ve deyiş yerinde ise) anlamsızlaşmasına neden olabilir. Öte yandan, iddia ve savunmanın aynı davada ileri sürülmesi, ayrı tespit davası açılmasına oranla daha kolay ve basit bir durumdur; bu husus usul ekonomisine³⁶ de uygun olmalıdır.

Karşı karşıya bulunulan tehdit (tehlike), davacının hakkını veya hukukî durumunu belirsiz hale getirici olmalı, başka bir ifadeyle davacının hakkını yahut hukukî durumunu tereddüt içine sokmalı, hukukî belirsizlik yaratmalıdır³⁷. Ayrıca, ortaya çıkan mevcut tehdit, davacıya hukukî anlamda zarar verebilecek ciddiyette (önemde) olmalıdır. Sözelimi, yukarıdaki örnekte çekilen ihtarnamedeki tehdit, dava açılmasını gerektirecek ciddiyette değilse, gerçek anlamda tehdit oluşturmuyorsa dava açmakta hukukî yarar yoktur. Örneğin çekilen ihtarnamede, gereğinin yapılmaması halinde, "kendisine selâm verilmeyeceği" gibi hukukî sonuç doğurmayacak bir yaptırım ortaya çıkacaksa, tespit davası açmakta hukukî yarar yoktur.

Yukardaki şartların yanı sıra, açılan tespit davasında elde edilmesi amaçlanan hüküm, karşı karşıya bulunulan tehdidi (tehlikeyi) ortadan kaldırmaya elverişli değilse, hukukî yararın varlığından sözedilemez.

Tespit davasının sınırlı olması niteliği sebebiyle, amacın başka yollarla (özellikle, daha çabuk ve daha kolay) sağlanması mümkün ise,

tespit davası açmakta hukukî yarar bulunmamaktadır³⁸.

II-EDA DAVASI AÇMA OLANAĞI VARKEN TESPİT DAVASI AÇILAMAMASI KURALI

Yukarıda (B), tespit davasının (eda davasına veya inşaî davaya oranla) ikincil (istisnâî) nitelikte bir dava olduğu belirtilmişti. Bununla bağlantılı olarak öğretilen, eda davası veya inşaî dava açma olanağı varsa, öncelikle bu tür davanın açılması gerektiği ve aksi takdirde tespit davası açılmasında hukukî yararın bulunmadığı kabul edilmektedir.

Bu hususu bir örnekle açıklamak uygun olacaktır: A, B'den on bin lira alacaklı ise; A'nın on bin liralık bu alacağına kavuşması için, normal olarak, (tespit davası değil) bir eda davası açması beklenir. Çünkü açacağı eda davasında, mahkeme yapacağı yargılamada, önce A'nın B'den (gerçekten) alacaklı olup olmadığını tespit edecek ve eğer bu yönde tespit yaparsa, buna bağlı olarak B'yi (A'ya) on bin lira ödemeye mahkûm edecektir. Eda davası sonucunda verilen hükmün içinde, hem tespit unsuru hem de eda unsuru vardır. Şayet A, B'ye karşı eda davası değil de bir tespit davası açarsa, mahkeme yapacağı yargılamada A'nın haklı olduğunu tespit ederse, taleple bağlı olduğundan (m.26), bu hususu tespitle yetinecek ve B'yi (A'ya) on bin lira ödeme mahkûm edemeyecektir. Bu dava sonucunda verilen hüküm bir eda hükmü değil de, tespit hükmü olduğu için, icraya konulamayacaktır. On bin liralık alacağına kavuşabilmesi için A'nın, tespit davası sonucunda elde ettiği karara dayanarak, ikinci bir dava (yani eda davası) açması gerekecektir. Bu örnekten anlaşıldığı üzere, eda davası açma olanağı varken, tespit davası açılmasında (kural olarak) hukukî yarar yoktur. Zira, davacının önce tespit davası açması ve bu davayı kazanması halinde, ikinci bir dava (eda davası) açması ihtiyacı doğmaktadır. Oysa davacı, doğrudan doğruya bir eda (alacak) davası açsa idi, bu (tek) dava ile amacına ulaşacaktı. İki dava değil, tek dava açıldığı için, mahkeme de iki dava ile ayrı ayrı uğraşmayacak, tek dava ile

uyuşmazlığı çözecekti. Böyle bir hal, usul ekonomisine³⁹ de uygun olan haldir (m.30).

Yargıtayın bugün için yerleşik (kökleşmiş) kararlarına göre, (istisnaî durumlar dışında) "eda davası açılması olanağı bulunan hallerde tespit davası açılmasında hukukî yarar yoktur"⁴⁰.

Belirsiz alacak ve tespit davasını düzenleyen HMK'nın 107 nci maddesinin 3 üncü fıkrasına göre, kısmî eda davasının (m.109) açılabilirdiği hallerde, tespit davası da (m.106) açılabilir ve bu durumda hukukî yararın var olduğu kabul edilir. 107 nci maddenin kenar başlığına bakıldığında buradaki tespit davasının, 106 ncı maddede (genel olarak) düzenlenen tespit davası ile ilgili değil, belirsiz alacaklara ilişkin özel bir tespit davası olduğu kanısındayım. Bu davaya, "belirsiz alacağın tespiti davası" denilebilir.

107 nci madde hükmünün Gerekçesi, (belirsiz alacaklarda) tespit davası ile ilgili önemli açıklamalar içermektedir. Gerekçede, "eda davasının açılabilirdiği hallerde tespit davası açılmaz yollu önermenin hak arama özgürlüğünün ulaştığı kapasite ve hukukî yarar koşulunun muhtevası karşısında geçerliliğinin bulunmadığı" ifade olunmaktadır. Bu açıklamanın, yalnızca m.107,3'deki (belirsiz alacaklarda) tespit davası için geçerli olduğu ve "eda davasının açılmasının mümkün olduğu hallerde tespit davasının açılmaması" ilkesinin, m.107,3'deki (belirsiz alacaklarda) tespit davası dışındaki tespit davalarında geçerliliğini sürdürdüğünü değerlendirmekteyim. Aksinin kabulü halinde, eda davasının açılmasının mümkün olduğu bütün hallerde tespit davası açılabilmesi imkân dahiline sokulmuş olur. Bu ise, usul ekonomisi ilkesine ters düşer. HMK m.107,3 hükmünün getirdiği bu olanak sayesinde, alacağın tam ve kesin olarak belirlenemediği durumlarda, alacaklı, alacağının kısmen ve hatta tamamen tespitini talep edebilir. Mahkeme, açılan (m.107,3'deki) bu tespit davası üzerine yapacağı yargılamada, davacının alacaklı olup olmadığını inceler ve alacaklı ise alacağının miktarını tespit ederek karara bağlar. Mahkemenin bu yönde vereceği karar, bir eda hükmü değil, tespit hükmüdür ve icraya konulamaz.

Davacının alacağına kavuşabilmesi, daha sonra açacağı eda davası ile mümkün olabilir⁴¹.

E) YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ'NİN 30.01.2012 TARİHLİ ve 1772/2205 SAYILI KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

1- KARARA KONU OLAY

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin, 30.01.2012 tarihli ve Esas 1772, Karar 2205 sayılı kararına konu olayda: Davacı işçi; davalı Belediyede işe girmiş, daha sonra kurulan (taşeron) bir şirket'e devredilmiş, bir süre çalıştığı bu şirketin iş sözleşmesini feshetmesi üzerine işe iadesi davası açmış, bu davayı kazanmış, (tekrar) Belediye işçisi olarak çalışmaya başlamış ve daha sonra Belediyeye karşı İş Kanunu'nun 2 nci maddesinin 7 nci fıkrasına göre bir tespit davası açarak, "başlangıçtan beri davalı Belediyenin işçisi olduğunun ve Belediyenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesi (TİS) hükümleriyle diğer Belediye işçilerinin istifade ettiği haklardan yararlandırılması gerektiğinin tespiti"ne karar verilmesini istemiştir; davayı gören Mahkeme davayı kabul etmiştir. Hükmün temyizi üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 27.06.2011 tarihli ve 29481/19098 sayılı kararı ile, özetle "Yürürlükte bulunan HUMK'nın tespit davası olarak bir dava türüne yer vermediği, ancak gerek Yargıtay kararlarında gerek öğretide bazı durumlarda tespit davası açılmasının kabul edildiği, somut olayda davacı işçinin Belediyenin taraf olduğu TİS'den veya yasaların öngördüğü diğer haklardan yararlanmak için tespit davası açtığı, dava dosyasından anlaşıldığı üzere davacı işçinin Sendikaya (tespit davasında verilen) mahkeme kararından sonra üye olduğu, dava açıldığı sırada Sendikaya üye olmadığı, özellikle yıllık ücretli izin süresinin kullanımı yönünden dava tarihinde ve öncesinde bir değişiklik bulunmadığı, tespit davası ile istenen hukukî himaye eda davası ile tamamen elde edilebiliyorsa tespit davasının açılmasında hukukî yararın bulunmadığı, tespitten sonra bir eda davası açılacağı durumlarda da tespit davasının açılmasında hukukî yarar

olmadığı, oysa somut uyuşmazlıkta ise davacı işçinin işçilik hakları ile ilgili eda davası açması gereken durum olduğu ve bu sebeplerle eda davası açılması gereken yerde tespit davası açılmasında hukukî yarar bulunmadığından davanın reddi gerekir” gerekçesiyle hükmü bozmuştur. Mahkeme bozmaya uymuş ve (özetle) “01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren HMK’nun 106 ncı maddesinin tespit davası açılmasına olanak vermesi ve ayrıca 6100 sayılı HMK’nun 448 inci maddesinin bu Kanun hükümlerinin derhal uygulanacağını öngörmesi karşısında, davacı işçinin davalı Belediyenin işçisi olduğunun tespitinde hukukî yararının bulunduğu, tespit kararıyla birlikte işyerinde yürürlükte bulunan TİS hükümlerinden ve diğer işçilerin istifade ettiği tüm haklardan yararlanacağı, ilave tediye olarak maaşında yapılacak artışlardan dolayı tespit davası açmakta hukukî menfaat sahibi olduğu, davacının davayı açmaktaki amacının sadece iş sözleşmesinin feshinden sonra elde edebilecekleri haklara yönelik olmayıp, iş sözleşmesi devam ettiği sürece TİS hükümlerinden ve diğer işçilerin istifade ettiği haklardan yararlanmak olduğu, bunun için eda davası açmasına gerek bulunmadığı, iş sözleşmesi feshedilmeden tespit davası sonucunda bu haklardan yararlanacağı” gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiştir. Bu kararın temyizi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 30.01.2012 tarihli ve 1772/2205 sayılı kararıyla, özetle, “Mahkemenin bozmadan sonra yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK’nun 106 ncı ve 448 inci maddeleri hakkında yaptığı değerlendirmelerin yerinde olduğu; bunun yanında, HMK m.115’in başlangıçta eksik olan dava şartlarının sonradan tamamlanabileceği yolunda yeni bir hüküm getirdiği ve somut olayda davacı işçinin dava açıldıktan sonra Sendikaya üye olması sebebiyle başlangıçtaki dava şartı eksikliğinin giderildiği” şeklindeki ek gerekçeyle mahkeme kararını onamıştır.

II-DAVAYI GÖREN MAHKEMENİN VE YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ’NİN KARARLARINDA YER ALAN TESPİTLER

Aşağıda yapılacak olan değerlendirmeler

bakımından, davayı gören ve karara bağlayan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin bozmadan önceki ve sonraki kararlarında yer alan tespitlerim şöyledir:

Mahkeme, açılan tespit davasını, ilk kararında da, bozmadan sonraki kararında da kabul etmiş; Yargıtay, Mahkemenin ilk kararını bozmasına rağmen, ikinci kararını onamıştır.

Olayda değerlendirilmesi gereken hukukî sorun, esas itibarıyla, davacı işçinin, diğer işçiler gibi TİS hükümlerinden ve yasaların verdiği diğer haklardan yararlanma hakkının olup olmadığı konusunda bir tespit davası açabilip açamayacağı hususudur. Olayda dikkat edilmesi gereken (belki de) belirleyici olan önemli vakıa, davacı işçinin, TİS’i imzalayan Sendika üyeliğinin, (dava açıldığı zamanda değil) mahkemenin yargılamayı bitirip verdiği ilk karardan sonra başlamasıdır.

Yargıtay ilâmındaki açıklamalardan; tespit davasına bakan Mahkemenin, verdiği ilk kararında, davalı Belediye ile (davacı işçiyi devrettiği) taşeron Şirket arasındaki ilişkinin (İş Kanunu’nun 2 nci maddesi çerçevesinde) muvazaa sebebiyle geçersizliği üzerinde durarak işçiyi haklı gördüğü ve açılan tespit davasının hukuken caiz olup olmadığı konusunda ise herhangi bir tartışmaya girmediği anlaşılmaktadır.

Yargıtay ise, Mahkemenin (ilk) kararının temyizi üzerine verdiği bozma kararını, “eda davası açma olanağı varken tespit davası açılmasında hukukî yarar olmadığı” kuralı üzerine oturmuş ve ayrıca işçinin TİS hükümlerinden yararlanabilmesi için Sendikaya üye olması gerektiği oysa (dava dosyasından anlaşıldığı üzere) işçinin üyeliğinin Mahkeme kararından sonra başladığı ve işçinin dava açıldığı sırada sendikanın üyesi olmadığı hususunu da vurgulamıştır.

Mahkeme, 27.06.2011 tarihli bozmaya uymuş ve ancak yargılama sırasında 01.10.2011 tarihinde (yeni) HMK yürürlüğe girmiştir. Mahkeme, bozmaya uymasına rağmen davada yine kabul kararı vermiş ve bu kabulünü, HMK’nın tespit davası hakkında yeni getirilen 106 ncı maddesi ile HMK hükümlerinin (mevcut davalarda) derhal uygulanmasını öngören 448 inci

maddesine dayandırarak; açtığı tespit davası ile davacı işçinin, TİS hükümleri ile diğer işçilerin istifa ettiği tüm hükümlerden yararlanmayı amaçladığı, davanın sadece iş sözleşmesinin feshinden sonra elde edebileceği haklara yönelik olmadığı, çalıştığı sürece özlük haklarının (maaşının) bu dava sayesinde artırılacağı ve iş sözleşmesi feshedilmeden bu haklardan hemen yararlanacak olması sebepleriyle davayı açmakta hukukî yararının bulunduğu gerekçelerine dayanmıştır.

Yargıtay, Mahkemenin bozmadan sonra verdiği bu (ikinci) kabul kararını, ilave bazı gerekçelerle onamıştır.

III- KARARLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Herşeyden önce belirtmek isterim ki, tespit davalarının caiz olup olmadığı ve eksik dava şartlarının yargılama sırasında tamamlanması halinde verilmesi gereken karar bakımından; 1086 sayılı (eski) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönem ile 6100 sayılı (yeni) Hukuk Muhakemeleri Kanunu dönemi arasında, uygulama bakımından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Şöyle ki:

Yargıtayın somut olayda verdiği 27.06.2011 tarihli ve 29841/19098 sayılı bozma kararında da açıkça belirttiği üzere; 1086 sayılı HUMK, tespit davası türüne açıkça yer vermemiş olmakla birlikte, gerek öğreti gerek Yargıtay kararları çerçevesinde (somut olaydaki türden) tespit davalarının caizliği (açılabilirliği) konusunda hiçbir tereddüt bulunmamakta idi. 6100 sayılı (yeni) HMK'nın 106 ncı maddesinin, uygulamadaki fiilî durumu (kabulü) yasal hale getirerek, tespit davası hakkında genel (bağımsız) bir hüküm koymuş bulunması, somut olayda farklı kararlar vermenin gerekçesi olamaz.

Keza HMK'nın 106 ncı maddesi hakkında yukarıda yaptığım yoruma bağlı olarak, Mahkemenin verdiği ikinci kararın gerekçesi olarak ortaya konulan ("Bu Kanun hükümlerinin tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanır" diyen) HMK m.448 hükmünün de farklı bir karar vermek için dayanak yapılmasının yerinde olmadığını düşünmekteyim.

Bu sebeple, Yargıtay'ın 30.01.2012 tarihli onama kararının gerekçesinin ilk cümlesinde yer alan, "Öncelikle bozmadan sonra mahkemece hüküm kurulduğu tarihte 6100 sayılı HMK hükümleri yürürlüğe girdiğinden, Mahkemece bu Kanuna ilişkin olarak 106. ve 448. maddeleri hakkında yaptığı tespit ve değerlendirmeler yerindedir" görüşüne katılamamaktayım.

Mahkemenin bozmadan sonra verdiği kararında yer alan ve Yargıtay bozmasında belirtilen "eda davası açma olanağı varken tespit davası açılmaz" gerekçesine karşı verilen, "somut olaydaki tespit davasında, iş sözleşmesinin feshinden sonraki (eda davası açılmasını gerektiren) durumun tespitinin değil, iş sözleşmesi devam ettiği sürece TİS hükümlerinden ve diğer işçilerin istifa ettiği hükümlerden yararlanma hakkının bulunduğu tespitinin amaçlandığı ve bu tespit isteminde davacının hukukî yararının bulunduğu" gerekçesine gelince:

Yukarıda (D, II) açıklandığı üzere, öğretide oybirliğiyle kabul edilen görüşte ve Yargıtay'ın yerleşik kararlarında da benimsendiği üzere, hukukî yarar bakımından, "eda davası açma olanağı varken tespit davası açılmaz". Yargıtay, somut olaydaki bozma kararında da, bu esasa dayanmıştır. Bu bozmanın ilk bakışta yerinde olduğu söylenebilir. Ancak bozmanın, somut olayda açılmış bulunan tespit davasına uyup uymadığı üzerinde biraz daha yakından inceleme yapılması ve özellikle somut olayda davacının eda davası açabilip açamayacağı ve eğer açabilecekse bunun kapsamı ile hüküm sonrasındaki yansımalarının derinliğine değerlendirilmesi gerekmektedir. Çünkü işçi açtığı işe iade davasını kazandıktan sonra Belediye-deki işine (halen) devam etmektedir ve ancak (somut olayda Yargıtay kararına konu olaydan anlaşıldığı kadarıyla) işveren (davalı) Belediye davacı işçiyi TİS hükümlerinden ve diğer haklardan yararlandırmadığı için bu haklardan yararlanabilmek amacıyla bir tespit davası açmıştır.

Burada, Yargıtay'ın bozma kararında belirttiği üzere, işçinin tespit davası değil de eda davası mı açması gerektiği sorusu önem kazanmaktadır. İşçinin, haklarını tam olarak

alamadığı aylara ilişkin olarak bir eda davası açması ihtimalini düşünelim: Eğer işçi böyle bir dava açar ve kazanırsa, elde edeceği eda hükmü, yalnızca dava ettiği aylardaki alacakları bakımından hüküm ifade edecektir. Çünkü hukukumuzda henüz muaccel hale gelmemiş alacakların (somut olay bakımından: bundan sonraki aylık ücretlerdeki eksikliğin) dava edilebilmesi mümkün değildir. İşverenin bundan sonraki aylar bakımından eksik ödeme yapmaya devam etmesi durumunda, doğan her bir alacak için işçinin ayrı ayrı eda davaları açılması gündeme gelecektir. Gerçi, eda davası açılması ve kazanılması halinde daha önce açılan davada elde edilen ve kesinleşen hüküm, bundan sonraki davalar bakımından kesin delil oluşturacak ise de, işçinin yeni yeni davalar açmaya zorlanması davacı işçi bakımından önemli bir külfet oluşturacaktır. Hukuk ve mantık açısından böyle bir sonucun kabul edilemez olduğu açıktır.

Buna karşılık, somut olayda açılan tespit davasının kabulü ise, pratik olarak işçi ile işveren arasındaki uyumsuzluk bakımından daha pratik bir çözüm getirmeye müsait gözükmektedir. Konuya bu açıdan bakıldığında, işçinin tespit davası açmakta hukukî yararının varlığını kabul etme zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

Bu sonuca varılırken, somut olaydaki işçinin işe devam ettiği hususunun önemli olduğunun altı mutlaka çizilmelidir. Eğer işçinin iş sözleşmesi devam etmeyip de işten ayrıldıktan sonra böyle bir tespit davası açsa idi, hiç şüphesiz, "eda davası açma olanağı varsa tespit davası açılmaz" kuralı yine gündeme gelecek ve açılan tespit davası, hukukî yarar (dava şartı) bulunmadığından usulden redde mahkûm olacaktı.

Yukarıda⁴² belirtildiği üzere, henüz vadesi gelmemiş dönemsel borçlar için tespit davası açılabilmesi mümkündür. Bu husus Yargıtay'ca da kabul edilmektedir. Örneğin, işçilerin her ay ücretlerinden belli bir miktarın sportif faaliyet amacıyla kesilmesini öngören TİS hükmünün geçersizliğinin tespiti ile ilgili olarak açılan davada hukukî yararın varlığı kabul edilmiştir⁴³. Böylece, maaşlardan her ay yapılacak kesin-

tinin geri verilmesi için ayrı ayrı eda davaları açılmasının önüne geçilmiştir.

Yargıtay, somut olayda (bozmadan sonra) verdiği ikinci kararında, bozma kararına gerekçe olarak verdiği "eda davası açma olanağı varken tespit davası açılmaz" kuralı üzerinde ısrar etmemiş ve Mahkemenin kararını onamıştır. Bence Yargıtayın, işlevi gereği, (6100 sayılı HMK'nun 106 ncı ve 448 inci maddelerindeki düzenlemeler yerine) onama kararında, somut davadaki hukukî yarar konusu üzerinde yenden durması ve daha önce verdiği bozma kararındaki görüşünden neden döndüğünü açıkça belirtmesi daha uygun olurdu. Bu vesileyle Yargıtay, yeni bir hüküm olan HMK'nın 106 ncı maddesinin nasıl uygulanması gerektiği konusunda mahkemelere ışık tutabilirdi.

Öte yandan, Yargıtay onama kararında, 6100 sayılı HUMK'nın 115 inci maddesine de temas ederek, dava açarken var olan dava şartı eksikliğinin, daha sonraki yargılama sırasında tamamlanması halinde davanın usulden reddedilemeyeceği; somut olayda da davacı işçinin dava açılırken sendika üyesi olmadığından davanın açılması sırasında hukukî yararının bulunmadığı (ki Sendika üyeliği, davadaki talebi uyarınca işçinin TİS'den yararlanabilmesi açısından önemlidir), Sendika üyeliğinin yargılama sırasında (davanın ilk karara bağlanmasından sonra) gerçekleştiği ve böylece dava şartı eksikliğinin tamamlandığı gerekçesine dayanmıştır. Kararda yer alan bu hususu da aşağıda ayrıca değerlendirmek isterim:

6100 sayılı Kanun'un 115 inci maddesinin yeni bir hüküm olduğu ve 1086 sayılı (eski) HUMK'da bu yönde açık bir hüküm bulunmadığı doğrudur. Ancak, HMK döneminde de gerek öğretideki görüşler ve gerek Yargıtay uygulaması, HMK m.115'in yeni getirdiği doğrultuda idi ve başlangıçta var olan dava şartı eksikliğinin yargılama sırasında (sonradan) tamamlanması halinde dava, usulden reddedilmemekte idi.

Bu nedenle, 6100 sayılı (yeni) HMK'nın 115 inci maddesinin uygulamadaki durumu (kabulü) yasal hale getirerek, davanın başlangıcındaki dava şartı eksikliğinin yargılama sırasında tamamlanması halinde davanın usulden redde-

dilemeyeceğine ilişkin açık hüküm koymuş bulunmasının; somut olayda olduğu gibi, mahkemenin farklı kararlar vermesinin haklı ve kabul edilebilir gerekçesi olmayacağını değerlendirmekteyim.

Sonuç olarak; somut olayda işçinin, TİS hükümlerinden ve aynı işyerinde çalışan diğer işçilerin istifa ettiği haklardan yararlanabilmek için açtığı tespit davasında hukukî yararının bulunduğu ve verilen Yargıtay onama kararının sonuç itibarıyla yerinde olduğu; ancak, gerek ilk derece mahkemesinin bozmadan sonra verdiği kararında ve gerek Yargıtay'ın bunun üzerine verdiği onama kararında (ilk kararlara oranla) farklı sonuçlara varılmasının dayanağı olarak, yeni HMK hükümleri (özellikle m.106 ve m.115) öne çıkartılarak verilen gerekçelerin usul hukuku öğretisi ve uygulaması bakımından yerinde olmadığı kanısındayım. Zira (vurgulamak adına tekraren ifade edecek olursam) anılan (yeni) HMK hükümleri, (eski) HUMK'da açıkça yer almamakla birlikte, HUMK hükümlerinin yürürlükte olduğu dönemde de öğretisi görüşlerinin ve yüksek mahkeme kararları çerçevesindeki uygulamanın aynı yönde (HMK'nın getirdiği yeni hükümler doğrultusunda) olması sebebiyle, Yargıtay'ın 27.06.2011 tarihli ve 29841/19098 sayılı bozma kararı yerine (30.01.2012 tarihli ve 1772/2205 sayılı kararda olduğu gibi) onama kararı verebilmesi mümkün idi.

DİPNOTLAR

- 1 Genel olarak dava çeşitleri hakkında bkz. Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s.724 vd.; Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanununda Dava Çeşitleri, Bankacılar Dergisi, 2012/80, s.83-104.
- 2 Bkz. Baki Kuru/Alı Cem Budak, Tespit Davaları, İstanbul 2010, s.41 vd.; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medenî Usul Hukuku, Ankara 2011, s.270 vd.; Max Guldenner, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, s.205 vd.; Walther J. Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Basel und Frankfurt am Main 1990, s.194 vd.
- 3 İsviçre Medenî Usul Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzdan farklı olarak, terditli davalar ve seçimlik davalar hakkında açık düzenleme içermemektedir.
- 4 Bkz. Abdürrahim Karslı, Usul Hukuku Açısından Rücü Davaları, İstanbul 1994.
- 5 Kuru/Arslan/Yılmaz s.285.
- 6 Gerhard Lüke/Peter Wax, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 1, München 2000, s.1502 vd.
- 7 Bkz. Friedrich Stein/Martin Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 4, Tübingen 2010, s.256 vd.; Hans-Joachim Musielak, Kommentar zur Zivilprozessordnung, München 2002, s.646 vd.; Hanns Prütting/Markus Gehrlein, ZPO Kommentar, Köln 2010, s.713 vd.; Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab, Zivilprozessrecht, München 2004, s.598 vd.
- 8 Hans W. Fasching, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts, Wien 1990, s.561 vd.; Hans W. Fasching, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 3. Band, Wien 2004, s.85 vd.
- 9 Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010, s.510 vd.
- 10 Tespit davasının ülkemizdeki gelişimi için bkz. Kuru/Budak, Tespit Davaları s.172 vd.
- 11 Bkz. TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 3, S.Sayısı 393, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574).
- 12 Stein/Jonas s.176-177; Lüke/Wax s.1505; Spühler/Tenchio/Infanger s.511.
- 13 Bkz. Fasching-Kommentar s.96 vd.; Spühler/Tenchio/Infanger s.516-517; Prütting/Gehrlein s.717.
- 14 Bkz. Stein/Jonas s.182 vd.
- 15 Bkz. Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davası, Ankara 2003.
- 16 Selbständiges Feststellungsklage (Stein/Jonas s.179).
- 17 Zwischenfeststellungsklage (Stein/Jonas s.180-181).
- 18 Avusturya MUK §.228'de, tespit davasının konusunu "bir hukukî ilişkinin veya hakkın varlığı veya yokluğu yahut bir senedin gerçekliğinin kabulü veya gerçek olmadığının tespiti" şeklinde belirlemiştir. Tespit davasının konusunu, Alman MUK § 256, 1 hükmü, "bir hukukî ilişkinin mevcut olup olmadığı veya bir senedin gerçek olup olmadığı"; İsv. MUK m.88 hükmü ise, "bir hakkın veya hukukî ilişkinin mevcut olup olmadığı" şeklinde belirlemiştir. Bkz. Fasching-Kommentar s.102 vd.; Spühler/Tenchio/Infanger s.512-514; Musielak s.647 vd.
- 19 Bkz. Stein/Jonas s.186 vd.; Fasching-Kommentar s.96; Lüke/Wax s.1504 vd.; Rosenberg/Schwab/Gottwald s.600 vd.
- 20 Bkz. Necip Bilge, Hukuk Başlangıcı Dersleri, Ankara 1977, s.283-284.
- 21 Kuru/Budak s.81.
- 22 Bkz. Stein/Jonas s.197-201; Fasching-Kommentar s.111; Lüke/Wax s.1511-1512.
- 23 Bkz. Stein/Jonas s.187 vd.; Fasching-Kommentar s.105 vd.
- 24 Bkz. Stein/Jonas s.195-196; Fasching-Kommentar s.111-112; Lüke/Wax s.1508.
- 25 Stein/Jonas s.203; Kuru/Budak s.82.
- 26 Bkz. Stein/Jonas s.195; Fasching-Kommentar s.112-113; Lüke/Wax s.1509. Hükmün Gerekçesine göre: "(Üçüncü fıkrada) ... maddî vakıaların tek başlarına tespit davasına konu yapılamayacağı; ancak bir hakkın yahut hukukî iliş-

- kinin varlığının ya da yokluğunun belirlenmesi bağlamında tespit davasına konu yapılabileceği hususu hüküm altına alınmıştır. Bu çerçevede, maddî vakıaların tek başlarına tespiti isteniyor ise tespit davasına değil; delil tespiti kurumuna başvurulması gerekecektir. Maddenin birinci fıkrasında, tespit davalarıyla ilgili genel bir tanımlamaya yer verilmiş ve ikinci ve üçüncü fıkralarında ise tespit davasının açılabilmesi için varlığı gereken şartların neler olduğuna açıkça işaret edilmiştir".
- 27 Bkz. yuk. dipnot 11'de anılan yer.
- 28 Hukukî yarar konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz.: Emel Hanağası, Davada Menfaat, Ankara 2009.
- 29 Ejder Yılmaz, Önsöz (Hanağası, adı geçen eser) s.X.
- 30 Bkz. Stein/Jonas s.205 vd.; Fasching-Kommentar s.116 vd.; Lüke/Wax s.1512 vd.; Spühler/Tenchio/ Infanger s.514 vd.; Prütting/Gehrlein s.714-715; Musielak s.648-649.
- 31 Hükmün Gerekçesine göre: "İkinci fıkrada, kanunla belirtilen durumlar dışında tespit davası açan davacının, eda davası ile inşâî davalardan farklı olarak dava açmakta hukukî korunmaya değer güncel bir yararının bulunduğu hususunu açıkça ortaya koyması, bir şart olarak öngörülmüştür".
- 32 Yılmaz-Şerh s.729-731.
- 33 Bkz. Hanağası s.247 vd. Yargıtayın yerleşik kararlarında genel olarak kabul edilip ifade edildiği üzere; "... Tespit davasının dinlenilebilmesi için, genel dava şartlarının yanında iki ek şartın da bulunması gerekir: 1- Tespit davasının konusu, yalnız hukukî ilişkiler olabilir. 2- Davacının, hukukî yararı bulunmalıdır. Hukukî yararın varlığı, dava koşulu niteliğinde olup; mahkemece, kendiliğinden göz önünde tutulur. Dava, hakkın ihlali nedeniyle mahkemedeki hukukî korunma istemidir. Dava hakkı da, hukukî yarar ile sınırlıdır. Davacı, ihlal edildiğini ileri sürdüğü hakkını elde edebilmek için mahkeme kararına muhtaç bulunmalıdır. Bu bağlamda, hukukî korunmada, (davada) zorunluluk olmalıdır. İdeal veya geleceğe dönük bir yarar yeterli değildir. Kural olarak, eda davalarında hukukî yararın varlığı asıldır ve ayrıca bu yönde bir ispat yükümlülüğü yoktur. Tespit davalarında ise; hukukî ilişkinin varlığının, hemen tespit edilmesinde davacının korunmaya değer bir hukukî yararının bulunması gerekir. Bu da, üç şartın birlikte varlığına bağlıdır: 1- Davacının bir hakkı veya hukukî durumu, güncel bir tehlike ile tehdit edilmiş olmalı; 2- Bu tehdit nedeniyle, davacının hukukî durumu tereddüt içinde olmalı ve bu husus davacıya zarar verebilecek nitelikte bulunmalı; 3- Yalnız kesin hüküm etkisine sahip olup, cebri icraya yetki vermeyen tespit hükmü, bu tehlikeyi ortadan kaldırmaya elverişli olmalıdır. Somut olayda; davacının hukukî durumunun güncel bir tehlike altında olmadığı, buna bağlı olarak hukukî durumu konusunda bir tereddüt bulunmadığı ve tespitinde bu tehlikeyi ortadan kaldırmasının söz konusu olmadığı açıktır. Mahkemenin tespite ilişkin hükmünün, bu haliyle hiçbir hukukî değeri de yoktur. Davacı tarafından ileri sürülüş biçimi itibariyle eda davasına konu olabilecek bir istek söz konusudur. Eda davası açılabilir hallerde tespit davası açılmaz" (4.HD 23.6.2005, 12517/6978; Yılmaz-Şerh s.730-731 dipnot 4).
- 34 Bkz. Stein/Jonas s.213-216; Fasching-Kommentar s.114 vd.; Rosenberg/Schwab/Gottwald s.600.
- 35 Bkz. Stein/Jonas s.206 vd.
- 36 Bkz. Ejder Yılmaz, Usul Ekonomisi (AÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 57/1, -Prof. Dr. Necip Bilge Armağanı- Ankara 2008) s.243-274.
- 37 Stein/Jonas s.209 vd.
- 38 Bkz. Stein/Jonas s.216 vd.; Fasching-Kommentar s.91 vd.
- 39 Bkz. Ejder Yılmaz, Usul Ekonomisi (AÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 57/1, -Prof.Dr. Necip Bilge Armağanı- Ankara 2008, s.243-274).
- 40 Bkz. çeşitli örnekler için Kuru/Budak s.127-157.
- 41 Yılmaz-Şerh s.744-745.
- 42 Bkz. dipnot 26 civarı.
- 43 "Toplu iş sözleşmesinin kısmi hükümsüzlüğü her zaman her ilgili tarafından ileri sürülebilir. Bu ileri sürme bir tespit davası şeklinde yapılabileceği gibi, eda davasına da konu teşkil edebilir. Davacıların taleplerinde ileri sürdükleri iptal istemi sonuç itibariyle sözleşme maddesinin hükümsüzlüğünü tespit ettirmek amacını taşımaktadır. Böyle bir davayı açmakta her üç davacının da hukukî yararı bulunmaktadır. İptal istemi ile hükümsüzlüğün tespiti örtüşmektedir. Davacıların taleplerindeki gerçek amaç hükümsüz olan bir maddenin kendilerine borç yükleyemeyeceğidir. Böyle bir durumda iptal isteyemeyecekleri şeklindeki düşünceyle davacı isteklerinin reddi mümkün değildir. Davacılar yönünden geçersiz ve yok hükmünde olan bir maddenin iptalinin istenip istenemeyeceği tartışma konusu yapılamaz. Açılan davalar hükümsüzlüğün belirlenmesi ve işverenin satışmasının önlenmesi mahiyetinden olmakla, davacıların isteklerinin reddiyle ilgili mahkeme kararı hatalı olduğundan hükmün bozulması gerekmiştir" (9. HD 4.4.2001, 5641/5576).