

## YARGILAMA SIRASINDA TARAFTA (YANDA) İRADİ OLARAK MEYDANA GELEN DEĞİŞME HAKKINDA DÜŞÜNCELER

Asis. Dr. Yavuz ALANGOYA

Bu yazıda incelenen meselede Yargıtay ile Türk doktrini birbirine tamamen zıt görüşleri savunmaktadırlar. Doktrinde hemen ittifakla tarafta iradî değişme bir dâva değiştirme olarak görülürken Yargıtay iradî taraf değişmesine dâva değiştirmeye ilişkin hükümleri uygulamaktan kaçınmış, bu tutumunu doktrinin bugüne kadar görüşünde ısrar etmesine rağmen değiştirmemiştir.

Dâva değiştirme hükümleri dışında Yargıtay böyle bir değişmeyi (tabii tarafın kanunî değişme hallerinden biri olarak görülen m. 186 daki durum dışında) mümkün görmekte midir? Yargıtay tesbit edilen kararlarında dâva değiştirme hükümlerinin (ıslah hükümlerinin) uygulanamayacağını söylemekten öteye gitmiyor. Değişikliğe cevaz verir görünen bir kararında ise yüksek mahkeme durumu bir taraf değişikliği olarak değil, tarafın gösterilmesindeki hatânın düzeltilmesi şeklinde ele almıştır. Bu iki mesele farklıdır. Düzeltmeye cevaz değiştirmeye cevazı gerektirmez.

Alman hukukunda bu mesele üzerinde etraflı olarak durulmuştur. Orada tarafta iradî olarak meydana gelen değişimin bir dâva değiştirme olduğu görüşü ilk olarak Alman temyiz mahkemesi tarafından savunulmuştur. Bu görüş Kisch'in ve de Boor'un bu konudaki eserlerinden sonra doktrinde kuvvetini kaybetmiştir. Böylece alman hukukunda da hukukumuzdaki gibi bir kutuplaşma meydana gelmiştir. Fakat bizdekinin aksine orada dâva değiştirme görüşünü savunan yüksek mahkeme bu görüşü reddeden ise doktrinin büyük çoğunluğudur. Yine bizde olduğundan farklı olarak Almanya'da doktrinin yüksek mahkeme içtihatlarına etkisi olmuş alman temyiz mahkemesi

istinafta meydana gelen iradî taraf değişikliğine dâva değiştirme hükümlerinin uygulanamayacağını açıkça kabul etmiştir. Bu karardan sonraki kararlarında yüksek mahkeme ilk derece mahkemesindeki iradî taraf değişmesinin dâva değiştirme olduğunu söylemektedir. Buna rağmen biz bu kararlardan birinde yeni tarafı korumak için yaptığı atıfa dayanarak açıkça olmasa bile yüksek mahkemenin dâva değiştirme hükümlerinin doğrudan doğruya uygulanmasından vazgeçmek zorunda kalmış olduğunu kabul ediyoruz.

Bu incelemede önce dâva değiştirme görüşünün hangi sonuçlara götüreceği ve bu sonuçların neden kabul edilemez olduğu üzerinde durduk. Daha sonra tarafın iradî olarak değişmesinin neden kabul edilmesi gerektiği ve bu usul hukuku müessesesini düzenleyen hükümlerin neler olabileceği sorularının cevabını vermeye çalıştık.

## § 1. GİRİŞ

### I. Kavram, Terim ve Konunun Sınırlanması :

Tarafta değişme (Parteiaenderung) ya hâlen taraf olan kimse- nin yerine bir başkasının taraf olarak geçmesi (Parteiwechsel) veya mevcut tarafın yanına yeni kişilerin de taraf olarak katılması ile bir taraf yığılmasının (nachtraegliche Parteienhaeufung, Parteibeitritt) meydana gelmesi şeklinde olur.

Alman hukukunda tarafta değişmenin bu iki halini de kapsamak üzere «Parteiaenderung» deyimini kullanılmaktadır. Ben bu üst kavramı «tarafta» veya «dâvanın yanlarında değişme» deyimini ile karşılamayı uygun buldum. Belirtmek gerekir ki buradaki «tarafta» kelimesi soyut olarak dâvacı ve dâvalı yanları (Klaegerseite, Beklagtenseite) ifade etmektedir. Bu bakımdan bu üst kavramı ifade etmek için «Dâvacı veya dâvalı yanlarda değişme» deyimini de kullanılabilir. Bir alt durum olarak taraf olan kişinin yerine bir başka kişinin taraf olarak geçmesini ifade etmek için «taraf olanın (ların) değişmesi» veya «tarafın değişmesi» (Parteiwechsel) deyimini kullandım. Tarafta değişmenin diğer hâli olarak nitelendirilmesi mutad olan iki yandan birindeki tarafa katılma sureti ile meydana gelen dâva yığılmasına (Klagenhaeufung) da «taraf katılması» «Parteibeitritt»<sup>1</sup> ve-

1) Blomeyer «taraf katılması» deyimini uygun bulmuyor, bkz. § 115 s. 631, bu terim bir başka kişinin mevcut davalının yanına getirilmesi durumuna uy-

ya «dâvanın ikamesinden sonra meydana gelen taraf yığılması» (nachtraegliche Parteienhaefung) demek mümkündür.

Kavramın belirtilmesi ve terim hakkında buraya kadar söylenenler hem bu yazının konusunu teşkil eden «tarafta iradî olarak meydana getirilen değişme» (gewillkürte Parteiaenderung) hem de «kanundan ötürü tarafta değişme» (gesetzliche Parteiaenderung) için geçerlidir.

«Kanundan ötürü» tarafta değişme halleri bu çalışmanın sınırları dışında bırakılmıştır. İncelemeler doğrudan doğruya kanunda açıkça düzenlenmemiş bulunan ve taraflardan bazılarının iradesine bağlı olarak meydana gelen ve Türk doktrininde ittifakla dâva değiştirme olarak nitelendirilen değişme hallerine inhisar ettirilmiştir<sup>2</sup>.

mamaktadır. Yazar diğer bir kişinin mevcut davalının yanına çekilmesinde, haklı olarak, yargılamaya çekilenin rızasının aranmayacağını kabul ettiğinden iradeye bağlı bir eylemi belirleyen «katılma» sözünün bu duruma uymayacağını belirtmek istemiş olmalıdır. Burada belki de bir «katılma» dan değil bir «katılma» dan söz etmek işin esasına daha uygun düşecektir. Ben ifade kolaylığı gerekçesi ile «katılma» diyorum.

2) Burada sadece, benim de kullandığım, alışılmış olan, «kanundan ötürü» (ipso iure) tarafta değişme» deyiminin yerinde olmadığına değinmek istiyorum. Gerçekten tarafta değişmenin ipso iure meydana geldiğini söylemek doğru değildir (aksi fikir için bkz. **Rosenberg**, § 41 II 2 a s. 172; **Üstündağ**, s. 185 dn. 1). Kanundan ötürü otomatik olarak tarafta değişmenin ortaya çıkması söz konusu değildir. Meselâ taraflardan birinin ölümü hâlinde söz konusu olan sadece ölenin taraf olma durumunun sona ermesidir. Bu ise tarafta değişmenin ortaya çıkması değil belki değişme için ilk kademenin tamamlanmış olmasıdır. Ölüm ölenin taraf olma durumuna son vermektedir, fakat bununla usulî münasebetin yeni süjesinin kim olacağı ortaya çıkmış değildir. Taraf değişmesi ilk olarak bir kimsenin halef olduğu iddiasıyla yargılamaya ölen taraf yerine girmesi veya halef olduğu iddiasıyla ölen taraf yerine yargılamaya çekilmesi ile tamamlanır. Bu anda ölen tarafın yerine geçen kim olduğu anlaşılmış olmaktadır. Bir kimseye karşı veya bir kimse tarafından bir talepte bulunulmadan o kimsenin usulî ilişkisinin süjesi, yani taraf olduğu iddia edilemez. O kimse mirasçı olduğunu iddia ederek mevcut yargılamaya girer veya davacı bu iddia ile ona karşı yargılamayı yöneltirse bu kimse taraf olacaktır. O kadar ki mirasçı olduğunu iddia eden veya mirasçı olduğu iddia edilen bu şahsın taraf olarak davaya girmiş olabilmesi için gerçek mirasçı olması şart değildir. O gerçek mirasçı olmasa bile taraftır (Hakiki mirasçı olmadığı devam eden yargılama sırasında anlaşıldığı takdirde mahkeme esas hakkında bir hüküm vermeyecek fakat bu kimseye karşı veya onu davaya çeken davacıya karşı usulî bir red kararı (dava şartı bulunmamasından dolayı — dava takip yetkisi —) verecektir ve ölen tarafla yürütülmüş olan yargılama ölüm anındaki hâline avdet edecektir, bkz. **Blomeyer** § 28 II 1 s. 123; **RG** 34, 427 (429) ). Demekki ölüm hâlinde yeni tarafın davaya girmesi yani tarafta değişme otomatik olarak cereyan etmemektedir, **Henckel** s. 149;

## II. Tarafta değişme ve tarafın dâva dilekçesinde yanlış (noksan) olarak belirtilmesi :

Tarafların kim olduğu dâva dilekçesinden anlaşılacaktır (HUMK m. 179 ile birlikte 7201 Sa. K. m. 9). Bazı hallerde dâva dilekçesinde taraflar eksik veya hatâlı bir şekilde gösterilmiş olabilir. Bu hallerde eksikliğin tamamlanması ve hatânın giderilmesi mümkündür (falsa demonstratio non nocet.)<sup>3</sup>. Meselâ öz veya soyadın yanlış yazılması, bay yerine bayan denilmiş olması aynı adı taşıyan baba oğuldan hangisinin taraf olduğunu belirten bir işaretin bulunmaması gibi hallerde<sup>4</sup> düzeltilmesi mümkün bir yanlış veya noksan bulunduğunu söylemek mümkündür.

Böyle bir düzeltmenin hasmın rızasına ihtiyaç olmaksızın yapılabilmesi düzeltme sonunda yeni bir tarafın yargılamaya çekilmeyecek olması şartına bağlıdır<sup>5</sup>. Yeni bir tarafın dâvaya çekilmesi halinde artık düzeltme değil taraf değiştirme söz konusu olacaktır. Ne zaman bir düzeltme ne zaman bir taraf değiştirme vardır? Bir görüş, bu ayırımı bir ölçü olmak üzere şu formülü kabul etmektedir : Taraf dâva dilekçesinde gösterilen değil dâvacının taraf olmasını istediği kimsedir. Yani dâvacının dilekçede gösterdiği ile istediği aynı değilse taraf, onun taraf olmasını istediği kimsedir<sup>6</sup>. Kisch tarafından

---

Blomeyer § 115 I 1 s. 632. Kanunî tarafta değişme hâlinin diğer örneği olarak gösterilen çekişme konusunun devrinde (HUMK m. 186) devir ile taraf olma durumunun sona ermesi dahi söz konusu olmamaktadır. Devirden evvel taraf olanlar sonra da taraf olmakta devam ederler. Ancak 186 da yer alan seçim hakkının devralarla devam şeklinde kullanılması hâlinde tarafta bir değişme ortaya çıkacaktır. Demek ki bu gün «tarafta kanunî değişme» denilen tarafta değişme, bir olavdan sonra (ölüm veya devir) bir kimsenin yeni taraf olarak, iradesine bakılmaksızın, davaya çekilebilmesi (ölüm ve devir hâlinde) veya diğer tarafın iradesine bakılmaksızın davayı yüklenme (ölüm halinde) veya bir tarafı iradesine bakılmaksızın yargılamadan çıkarma (devir hâlinde devreden tarafı) olanağını ifadeden öteye bir anlam taşımaz, Henckel s. 150. Bu, şekli taraf kavramının gerektirdiği ve usul kurallarına uyan bir sonuçtur; şekli taraf kavramı için § 2 ye bkz.

3) Blomeyer § 6 III s. 43; de Boor, s. 77; Rosenberg § 40 III s. 170; Postacıoğlu s. 320; Üstündağ s. 194.

4) Örnekler için bkz. Rosenberg ve Üstündağ aynı yerler.

5) Rosenberg aynı yer; Postacıoğlu aynı yer, yazar davacının düzeltme yolu ile davasını yeni bir tarafa karşı yöneltmesini önlemek için yapılacak düzeltmenin neden ibaret olduğuna dair mahkemece «meşruhat» verilmesi gereğini belirliyor.

6) Kisch (Partelaenderung, s. 525) de Boor s. 78 dn 111 den naklen; Türk hukukunda bu fikre Üstündağ katılmaktadır, s. 195.

savunulan bu görüş kabul edilebilir gibi değildir. Dâvacının beyânının önemini sıfıra indiren böyle bir görüş usul hukukunda hâkim olması gereken düzen fikri ile aslâ bağdaşamaz<sup>7</sup>. de Boor'un haklı olarak belirttiği gibi biz usul hukukunda tarafları beyânları ile bağlı tutmak zorundayız<sup>8</sup>. Aksi takdirde bir yargılamanın sâlim bir şekilde yürütülmesi ve sonuçlandırılması tehlikeye girer. Nitekim incelenen meselede bunun iyi bir örneğine rastlıyoruz. Dâvacı dâvalıyı yanlış göstermiş olsa da, iradesi dâvanın doğru tarafa yöneltilmesi şeklinde ise, yanlışlığı düzeltebilecek ve bu hiç bir surette taraf değiştirme olmayacaktır. Kavram olarak düzeltme ile tarafta değişimin birbirinden kesin olarak ayrılması gereğini belirten **Kisch** tarafın iradesini bu yolda ilk plâna çıkararak bu ayırımın pratik önemini ortadan kaldırmıştır. Yanlış bir hasım seçen dâvacı, bu yanlışlığın dâvanın muhtevassından anlaşılmayan durumlarda dahi, iradesinin doğru dâvacıya yönelmiş olduğunu fakat belirtmede hatâ ettiğini söyleyince yanlışlığın düzeltilmesi mümkün olacak ve bir taraf değişiminden söz edilemeyecektir.

Düzeltilme imkânının bu şekilde dâvacının dâva dilekçesinde belirtilmemiş iradesine dayandırılması görüşü dilekçede gösterilen şahsın kendisine karşı açılmış dâvanın kesin hükümle reddedilmesi yolundaki menfaatini de hiç bir surette değerlendirmemektedir. Kaldı ki, yukarıda da belirtildiği gibi bu görüşün kabulü ile «taraf olanın değişmesi» hallerinin sınırı pek daralmış ve anlamını kaybetmiş olmaktadır<sup>9</sup>.

Tarafın belirtilmesinde yapılan yanlışın düzeltilebilmesi, yanlış belirttiğini iddia eden dâvacının iradesinin esasında doğru tarafa yönelmiş olduğunun dâva dilekçesinden anlaşılabilmesine bağlıdır<sup>10</sup>. Dâva dilekçesinin muhtevassından dâvacının iradesi anlaşılabilir ve

7) de Boor s. 78 dn. 111.

8) aynı yer. Bundan dolayıdır ki usul hukuku muamelelerinin irade bozuklukları sebebi ile iptal edilmesi imkânı kural olarak mevcut değildir.

9) de Boor'un haklı olarak belirttiği gibi, gerçek iradeye uymayan şekilde tarafın belirtilmiş olmasının her zaman düzeltilebileceğini kabul edince, teorik olarak, taraf olanın değişmesi halinin muhtevassını da sadece tarafın dilekçede gösterilmesinin gerçeğe uyduğu fakat iradenin yanlış tarafa yöneltilmiş olması hâline ibaret görmek gerekecektir! Yazarın belirttiği gibi dâvacının bu hususu ileri sürmesini gerektirebilecek hiç bir vesile olamaz, s. 79 dn. 111 in devamı.

10) Blomeyer § 6 III s. 43; de Boor s. 78.

bunun karşısında tarafın gösterilmesindeki yanlışlık ortaya çıkıyorsa bu takdirde düzeltmeye müsaade edilmek gerekecektir. Aksi takdirde, yâni dâva dilekçesinden dâvacının iradesinin başka yönde olduğunu anlamak mümkün olmuyor ise artık tarafın belirtilmesindeki hatânın düzeltilmesi değil fakat taraf olanın değişmesi (Parteiwechsel) söz konusu olacaktır ve bu değişme kendi kurallarına tâbi bulunacaktır<sup>11</sup>.

## § 2. TARAF KAVRAMI HAKKINDA

Değişmesinden söz edilen «taraf» in kim olduğu meselesi üzerinde kısa da olsa durmak, «taraf» in kim olduğu konusundaki görüşlerden hangisine katıldığımızı belirtmek bu yazıdaki açıklamaların ve görüşlerin anlaşılması bakımından gereklidir.

Tarafın kim olduğunu açıklamak üzere ileri sürülmüş olan ilk görüşe göre dâvanın tarafları diğer bir deyişle usul hukuku ilişkisinin tarafları maddî hukuk ilişkisinin taraflarına göre belirlenir, ancak «res in iudicium deducta» nın tarafları dâvanın tarafları olabilir. Usul doktrinde tarafın bu şekilde anlaşılmasına «maddî hukuk ta-

---

11) Davanın muhtevassından ne zaman bu hususun anlaşılabilir olduğu her mesele bakımından ayrı göz önüne alınmak gerekir. Bu tesbit edilirken davacının düzeltmedeki menfaati ile yanlış gösterilen tarafın dâvanın reddi konusunda kesin bir hüküm elde etmedeki menfaati de göz önünde tutulmalıdır.

HGK nun 6.2.1952 tarih ve E: 18 K: 1 sayılı kararında (Son İçt. 1952 N. 55 s. 1354) düzeltmeye cevaz vermiştir. Karardan, dava arzualinin muhtevası itibariyle davacının şirketi dava etmek istediğini gösterdiği anlaşılmaktadır. Mamafih şahsen taraf olarak gösterilen idareci ortak itiraz da etmediğine göre (bu husus karardan belli oluyor) taraf değişmesi için gerekli olan şart da gerçekleşmiş bulunmaktadır, bkz. bu şartlar için ilerde § 6 ya.

Mevcut olmayan bir tarafa karşı ikame edilen dava muteber değildir (Blomeyer § 6 s. 43 dn. 9; RG 157, 369 (376 ve son.)). Meselâ ölüye karşı açılmış davada durum böyledir. Ancak taraf olarak ölü gösterilmiş olmakla beraber dava dilekçesinin muhtevassından mirascıların hasım gösterilmiş olduğu anlaşılmakta ise düzeltmeye cevaz vermek gerekir kanaatindeyim Temyiz mahkemesinin ölüye karşı açılan dâvanın hukukî değerinin bulunmadığını belirten kararlarını da buna engel görmemek mümkündür sanırım (meselâ IHD 1.2.1951, 2352/5270; 29.9.1953, 3945/2641; HGK 10.2.1954 4.4/7, Karak s. 207 N. 3, 4, 5). Düzeltmenin söz konusu olamayacağı hallerde, yani dâvanın muhtevassından mirascılara karşı yöneltildiğinin anlaşılmasında tarafların değiştirilmesi imkânı da söz konusu olamaz. Zira yeni taraf davaya girdikten sonra ayakta tutulması gerekebilecek bir yargılamanın (bkz. § 4) varlığından söz edilemeyecektir.

raf kavramı» denilmektedir. Alman hukukunda maddî taraf kavramının bu ilk şekli, yani dâvanın taraflarının sadece maddî hukuk ilişkisinin süjeleri olabileceği yolundaki görüş<sup>12</sup> Roma hukukundaki maddî hukuk ve usul hukukunun birliği esasının etkisindedir. Roma hukukunda hak actio da, yani hakkın ihlâli halinde bir dâva ikame edebilme ve bununla mahkemeden hakkı talep edebilme yetkisinde belirlenmektedir. Böyle olunca sadece maddî hukuk ilişkisinin süjelerinin dâvanın tarafı olabileceğini kabulde tutarlılık vardır<sup>13</sup>. Maddî hukuk usul hukuku ayırımı kabul edildiği takdirde ise güçlükler ortaya çıkacaktır ve nitekim çıkmıştır.

Maddî hukuk kavramının bu ilk şekline göre dâvacı veya dâvalı maddî hukuk ilişkisinin gerçek süjesi değilse sıfatı, legitimatio ad causam'ı, yoktur. Buna karşı dâvalı sıfatın bulunmadığı yolundaki defiyi (exceptio deficientis legitimatationis ad causam) ileri sürebilir ve esasa girmekten kaçınabilir<sup>14</sup>. Legitimatıo ad causam maddî hukuk taraf kavramının Roma hukukunun etkisindeki bu ilk şeklinde dâva şartı (Prozessvoraussetzung) olarak görülmüştür. Şartın mevcut olup olmadığı görevden ötürü (re'sen) incelenecektir. Şartın noksanının «dâvanın hükümsüzlüğü» ne yol açacağı belirtilmiştir<sup>15</sup>. Maddî hukuk usul hukuku ayırımını gözden kaçıran maddî hukuk taraf kavramının bu şeklinin, dâva şartı olan legitimatio ad causam ile dâva temelinin diğer unsurları arasındaki sınırlamada, yani hangi hususun dâva temeline, hangisinin sıfata ilişkin olduğunu tesbitte imkânsızlığa varan güçlükler ortaya çıkardığı kısa süre sonra anlaşıldı. Zira dâva şartı olan sıfatın mevcut olup olmadığını anlamak için dâvanın esasına girmek icap ediyordu. Gerçekten maddî hukuk ilişkisinin gerçek tarafı olma anlamına gelen sıfatın varlığının tesbiti için dâvada taraf olarak görülenlerin maddî hukuk ilişkisinin gerçek tarafı olup olmadığını araştırmak yani bir dâva şartının tesbiti için işin esasına girmek gibi bir durumla karşılaşıldı.

Bu durumu ortadan kaldırmak için sonuçta legitimatio ad causam'da dâva temeline ithal edildi<sup>16</sup>. Bu aşamadan sonra maddî hukuk teorisi, tarafı, ihtilâflı maddî hukuk ilişkisinin süjeleri oldukları-

12) Teorinin bu ilk ve radikal şeklinin savunulmuş olduğu Gönner'den öğrenilmektedir. Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses cilt I 2. bası 1804 s. 337 ve son. (Henckel s. 16 dn. 2den naklen).

13) bkz. Lücke ZJP 76 s. 7.

14) Henckel s. 16; Lücke s. 7.

15) Lücke aynı yer ve dn. 14.

16) de Boor s. 34; Henckel s. 16; Lücke s. 8.

nı iddia edenler şeklinde tanımlamaktadır<sup>17</sup>. Artık, maddî hukuk ilişkisinin gerçek süjelerinin mi dâvanın tarafları olduğu sorusunun dâvanın taraflarının tesbiti bakımından bir önemi kalmamıştır<sup>17</sup>. Maddî hukuk münasebetinin süjesi olduğu iddiası ile dâva açan veya kendisine karşı dâva açılan kimsenin, dâva sonunda, maddî hukuk ilişkisinin gerçek süjesi olmadığı anlaşılrsa dahi bu şahıslar dâvanın tarafları olmuşlardır. Dâva bu halde esastan (unbegründet) reddedilecektir<sup>18</sup>. Maddî taraf kavramını bu yolla maddî hukuk, usul hukuku ayırımına uydurma çabaları kavramın teorik anlamını büyük ölçüde zayıflattı.

Teorinin ilk ve saf şeklinin ortaya çıkardığı çözümleri imkânsız usulî sorunlar sebebi ile yapılan bu değişiklik kavrama «maddî hukuk» kavramı demeyi anlamsızlaştırdıktan başka bütün durumlara uyan bir taraf kavramını da getirmiş değildir. Nitekim bu kavramın kesin olarak terkedilmesine, çekişme konusu maddî hukuk ilişkisinin süjesi olduğunu iddia etmeksizin dâvayı «kendi adına» taraf olarak yürüten kimsenin durumunu açıklayamaması sebep olmuştur<sup>19</sup>. Taraf olan fakat, dâva konusu maddî hukuk ilişkisinin süjesi olduğu

17) Wach Handbuch I § 46 I s. 518 ve son.; Planck, Lehrbuch 1887 I s. 201 (de Boor s. 33 dn. 21 den naklen) ayrıca kavramın bu değişimi hakkında Henckel s. 17 ye ve Beinert s. 3 e bkz.

18) Bu durum maddî hukuk kavramında açılan ciddi bir gerçektir. Zira maddî hukuka uygun olmanın tarafın kim olduğunun tesbiti bakımından hiç bir fonksiyonu kalmamıştır. Mücerret bir iddia taraf olma durumunu yaratmaya yetmektedir ve sıfat artık dava temeline ithal edildiği için iddianın maddî hukuka uygun olmadığı tesbit edildiğinde dava esastan reddedilmektedir. İleride dokunacağımız üzere aynı çözüm tarzı şekli taraf kavramının kabul edilmesi halinde «gerçek» tarafın kim olduğu sorusunun cevaplandırılmasında söz konusu olacaktır, bkz. ileride dn. 35 e ait metin. Maddî hukuk kavramının bu ikinci şeklinin dahi usul hukuku açısından yeterli olmadığı görülmektedir ve bu sebeple terkedilmiştir, bkz. aşağıda dn. 19 ve buna ait metin.

19) Beinert, s. 3; Henckel s. 17; Lüke s. 8. Bunun dışındaki bazı hallerde de bu ikinci şekli ile maddî hukuk taraf kavramı yetersiz kalmaktadır: Bir kere her hukuki çekişmeye, iddia edilen bir hukuki ilişki veya davacının davalıya karşı ileri sürdüğü bir talep temel teşkil etmeyebilir, meselâ MK 113 de savcının taraf olması durumunda olduğu gibi, bkz. Beinert, aynı yer dn. 3. Menfi tesbit davası ile bir maddî hukuk ilişkisinin süjeleri olma iddiası bir yana bir maddî hukuk ilişkisinin bulunmadığının tesbiti istenmektedir; Postacıoğlu menfi tesbit davasının kabulünü hakkın dava şartı olduğu yolundaki görüşle bağdaştırabilmek için, davalının yersiz talepleriyle davacıyı «izaç» etmesi halinde şahsiyete bir tecaviiz söz konusu olacağını (MKm. 24) kabul etmektedir. Yazar böyle bir «izaç» etme durumunun bulunmadığı hallerde menfi tesbit davasının nasıl izah edileceğini — böyle durumların mevcut olabileceğini kabul etmesine rağmen — söylemiyor, s. 215, 216. Böyle durumların mevcut olduğu ise pozitif hukuk ta-



iddiasında bulunmayan, daha açık deyişle süjenin başkası olduğunu belirten kişinin durumunu da<sup>20</sup> kapsayacak bir taraf kavramının maddî hukuk ile bütün bağlarını koparması gerekir.

Bütün durumlara uyan bir taraf kavramı «şekli» nitelikte olabilir. İşte Friedrich Oetker'in<sup>21</sup> ilk olarak ortaya attığı ve Richard Schmidt ve Stegemann<sup>22</sup> tarafından geliştirilen «şekli taraf kavramı» (formaler Parteibegriff) böyle bir ihtiyaçtan doğmuştur. Bu yeni taraf kavramına göre taraf maddî hukuk münasebetinin süjesi olanlar veya olduğunu iddia eden veya olduğu iddia edilenler değil, kendi adlarına «hukukî koruma» isteyen (dâva açan) ve kendisine karşı hukukî koruma istenendir (dâva açılan). Demek oluyor ki, dâva dilekçesinde dâvalı ve dâvacı olarak belirtilen kişiler o dâvanın tarafları olmaktadır. Tarafın bu tarifi bütün durumlara uygun bir çerçeveye sahiptir. Yani maddî hukuk ilişkisinin süjesi olduğu iddiasında bulunmayan, veya daha doğru ifadesi ile bir hukukî ilişkinin varlığını iddia etmeyen (meselâ menfî tesbit dâvalarında olduğu gibi) veya maddî hukuk ilişkisinin süjesinin bir başkası olduğunu belirten (taraf olma durumunda olduğu gibi, Prozesstandschaft bkz. dn. 42 ye) bir kimse muayyen hallerde taraf olabilir ve bu durum ancak şekli taraf kavramı ile izah edilebilir.

Böylece bir dâvada taraflara ilişkin ilk sorunun, belirli bir dâvada taraf kimdir sorusunun cevabı verilmiş oluyor<sup>23</sup>. Bu taraf kavra-

---

rafından teyit edilmiştir, 538 sayılı kanun menfi tesbit davasını kabul etmiştir ve bu hallerde davalının davacıyı «izaç» etmesi şartı aranmış değildir. Nitekim Postacıoğlu'da İİK m. 72 deki menfi tesbit davasının açılabilmesi için meselâ borç senedini elinde bulunduran alacaklının tediye gösteren bir makbuz vermekten veya senedi iade etmekten kaçınmasının kâfi geleceğini kabul ediyor s. 238 (icra). Buradaki durumu şahsiyet haklarına tecavüz teşkil edecek bir «izaç» olarak nitelendirmenin mümkün olmadığı açıktır. Görülüyorki menfi tesbit davasında taraflar arasında bir hukuki ilişkinin varlığından söz etmek mümkün değildir.

Nikisch mutlak bir aynı hakkı inkâr eden kimseye karşı açılan tesbit davasında da taraflar arasında bir hukuki ilişkinin varlığının iddia edilmediğini bu sebep'e maddî taraf kavramının bu meselede de yetersiz kaldığını söylemektedir § 28 II 1 s. 108.

20) bk.z ileride dn. 42 ye.

21) Juristische Literaturblatt 1890 s. 188 (189), Henckel s. 17 dn. 12 den naklen.

22) Lüke ZFP 76 s. 8 den naklen.

23) Tarafa ilişkin, cevaplarının tesbit edilmesi ve birbiri ile karıştırılmaması gereken şu dört soru ortaya çıkmaktadır: 1) Muayyen bir davada taraflar kimlerdir? 2) Taraf olma ehliyeti mevcut mudur? 3) Taraf olan bu şahıs o

mı maddî hukuktan tamamen ayrılmıştır. Adına mahkemeden hukukî himaye isteyen veya istenilen<sup>24</sup> dâvacı kendisine karşı himaye istenilen dâvalıdır<sup>25</sup>. Bu taraf kavramının «şeklî» olarak nitelendirilmesi de haklıdır. Çünkü açıklandığı gibi tarafların dâva dilekçesinde belirtilmesi ile, o dâva bakımından tarafların kim oldukları sorusunun cevabı verilmiş olmaktadır<sup>26</sup>.

Usul hukukunda taraf kavramının şeklî mahiyette olduğunu kabul ettiğimizi bu şekilde kısaca belirttikten sonra şeklî taraf kavramına yöneltmiş olan bir tenkide de kısaca değinmek gerekir. **de Boor** 1941 de yayınladığı «Zur Lehre vom Parteiwechsel und vom Parteibegriff» adlı ünlü eserinde **Kisch**'in tarafta değişme hakkındaki görüşünü ve bu görüşünü dayandırdığı «şeklî taraf kavramını» eleştirmektedir<sup>27</sup>. **de Boor** şeklî taraf kavramının legitimatio ad causam'ın giderilmesi mümkün olmayan müphemiyeti karşısında rüçhanıyeti olduğunu kabul ediyor<sup>28</sup>. Fakat, ona göre, işte hepsi o ka-

---

davanın konusu bakımından «gerçek» taraf mıdır? Yani onunla esas hakkında yargılama yapılabilecek ve ona karşı esas hakkında bir hüküm verilebilecek mi dir? 4) Taraf dava ehliyetine sahip midir? (Alman hukukunda Asliye mahkemesi önündeki davalarda ve üst mahkemeler önünde tarafların kendilerini avukat ile temsil ettirmeleri zorunluluğu vardır, § 78 ZPO (Postulationfaehigkeit). Demek ki orada bir beşinci soru daha ortaya çıkmaktadır; tarafın kendi davasını avukatsız olarak bizzat tâkip etmesi mümkün müdür? Bkz. Hellwig System I § 66 II s. 144, 145. Hukukumuz bakımından böyle bir durum söz konusu değildir, HUMK m. 59; ancak istisnaî hallerde kanun hâkimin bir vekil tâyin edilmesi hususunda emir verebileceğini belirtmektedir, m. 70, 71).

24) Temsilci taraf değildir. Zira adına hukukî himaye istenilen kendisine karşı himaye istenen temsilci değil temsil edilendir.

25) Şeklî taraf kavramı bugün Alman hukukunda yazarların büyük bir çoğunluğu tarafından benimsenmiştir: **Baumbach-Lauterbach** § 50 önünde 1 s. 96; **Bergerfurth** s. 76 N. 140; **Bernhard** § 19 I s. 107; **Blomeyer**, § 6 I s. 40 ve son.; **Hellwig System I** § 66 III s. 145; **Lüke ZP** 76 s. 8 ve son.; **Lent-Jauernig** § 18 II s. 38 ve son.; **Nikisch** § 28 II 1 s. 108; **Rosenberg** § 39 I 1 s. 162; **Schönke-Schröder-Niese** § 23 I s. 138; **Stein-Jonas-Schönke-Pohle** § 50 önünde I 3 s. 302; **Thomas-Putzo** § 50 önünde II 1 s. 67; avusturya hukukunda **Wolff** s. 115; **Pollak** § 24 II s. 119; isviçre hukukunda **Guldener** § 11 I s. 112; **Beinert** s. 3, 4; **Reich** § 4 s. 20; Dava dilekçesinde davalı olarak gösterilen kimse maddî hukuk ilişkisinin süjesi olmasa da taraftır. Onun davalı olarak tarafı bulunduğu bir usul hukuku ilişkisinin doğması bakımından «gerçek» davalı olup olmadığı hususunun hiç bir önemi yoktur, BGHZ 4, 334.

26) Dava dilekçesinde tarafların belirtilmesindeki noksanlık ve hataların düzeltilmesi imkânı için bkz. § 1 II.

27) s. 42.

28) s. 45, **de Boor** yukarıda açıklanan şekilleri ile maddî taraf kavramını reddetmektedir; yazar ileride kısaca üzerinde duracağımız «fonksiyonel taraf kavramı» (funktioneller Parteibegriff) şeklinde nitelendirdiği bir taraf kavramını savunmaktadır, bkz. s. 50 ve son.

dar! Bunun dışında bu kavram tamamen muhtevastır ve bu kavramı «bir parça mübalağa payı ile» «taraf olanlar taraftırlar» şeklindeki mânasız cümleye irca etmek mümkündür<sup>29</sup>. Tenkit haksızdır. Zira yukarıda belirtildiği gibi şekli taraf kavramı, maddî hukuk ilişkisinin tarafı olmadığı halde veya bir hukukî ilişkinin mevcudiyetini iddia etmediği halde dâvanın tarafı olan kişinin durumunu izah edebilmektedir (Prozesstandschaft). Bu bakımdan şekli taraf kavramını totolojik olarak nitelendirmek haklı değildir<sup>30</sup>. Yukarıdaki tenkide bağlı diğer bir tenkit de şekli taraf kavramının çekişme konusu ile (müddeabih, Streitgegenstand) hiç bir ilişkisi olmamasından dolayı çekişme konusuna tamamen yabancı kişilerin açacakları dâvalarda (Popularklage) bu kişileri de taraf olarak görmek mecburiyetinde olmasıdır<sup>31</sup>. Bu tenkit de yerinde değildir. Şekli taraf kavramı yukarıda da belirtildiği gibi belinli bir dâvada tarafın kim olduğu sorusuna cevap verir. Dâva arzuhalinde belirlenmiş olan tarafın «gerçek» taraf olup olmadığı ayrı bir meseledir. Taraf olarak dâva dilekçesinde gösterilmiş olan kişinin «gerçek» taraf olup olmadığı diğer bir deyişle «dâva takip yetkisi» ni (Prozessführungsbefugnis) haiz olup olmadığı tarafın tesbitindekilerden farklı esaslara göre anlaşılacaktır. Meselenin daha açık ortaya konulması için aşırı iki örnek vereyim : A, B den olan alacağını Ü'ye devretmiştir. Devirden sonra A, B'ye karşı dâva açıyor ve parayı alacağı devralmış olan Ü'ye ödemesini dâva ediyor. Diğer bir örnek : S, güney komşusu K'nın gayrimenkulünden geçmesine izin vermiyor. S'nin kuzey komşusu Y, S'nin bu tutumu dolayısı ile ona karşı ve gayrimenkulünden K'nın gayrimenkulü lehine bir geçit tesis edilmesi talebi ile dâva açıyor. Verilen bu örneklerde A ve Y usulî ilişkinin, yâni dâvanın tarafı olmuşlardır (dâvacı). Bunlar gerçek tarafmıdırlar yani bunlara karşı esasa girilip esas hakkında bir hüküm de verilebilir mi bu mesele ayrıdır. Bu örnekler karşısında denilebilir ki, bu örneklerde «taraf» ile «gerçek taraf» ayırımının bir faydası yoktur; zira bu durumlarda A ve Y maddî hukuk ilişkisinin süjeleri olduklarını zaten iddia etmemektedirler ; bundan dolayı zaten hiç bir zaman gerçek taraf da değildirler. Bu tenkit de yerinde olmayacaktır. Bazı durumlarda bir kimse hak ile hiç bir ilişkisinin bulunmadığını açıkça belirterek bu hakkı dâva konusu yapabilir, kanunî bir açıklığa lüzum da olmadan «gerçek» taraf olarak dâvayı yürütebilir ve esas hakkında hüküm alabilir. Nitekim Türk hukuk tat-

29) s. 45; Bruns § II 1 s. 60.

30) Karş. Bruns aynı yer; ayrıca meselâ dn. 2 de ancak şekli taraf kavramı ile izah edilebilecek haklı sonuca bkz.

31) bkz. Henckel s. 18; ayrıca bkz. Lüke ZZP 76 s. 13.

bikatu da bu yola girmiştir. Temyiz mahkemesi 11.2.1956 tarih ve 14/13 sayılı İBK nda «leh ve aleyhine lüzumlu geçit hakkının tanınması istenen gayrimenkullerin tapuda müseccel olması lâzım geldiğine» karar vermiş ve aleyhine geçit hakkı istenen gayrimenkulün tapuda kayıtlı olmaması halinde, lehine geçit hakkı tesisi talep edilecek olan gayrimenkul sahibinin komşu arazinin tapuya kaydedilmesi için dâva açma imkânına sahip bulunduğunu kabul etmiştir (RG 10223). Yine aynı yönde olmak üzere temyiz mahkememiz gayrimenkulün 1/4 hissesine sahip olan kimsenin diğer 3/4 hisselerin diğer müşterek mâlik adına tapuya tescilini talep edebileceğini kabul etmiş bulunmaktadır<sup>32</sup>. Bu hallerde dâvacı dâva konusunu teşkil eden hakkın sahibi olduğunu iddia etmemektedir. Böyle olunca maddî hukuk taraf kavramına göre bu durumu izah etmek mümkün olmayacaktır. Halbuki bu durumlarda dâvacı olarak ortaya çıkan kimse taraf olduğu gibi «gerçek» taraf da olabilir ; nitekim temyiz mahkememiz dâvacının mevcut «menfaat»inin onun bu dâvayı yürütmesi ve esas hakkında bir hüküm elde etmesi için yeterli olduğunu açıkça belirtmiştir. Böyle bir «menfaat»in bulunmadığı ve kanunun bir hükmü ile hak sahibi olmayana kendi adına dâvayı sevk yetkisi vermediği hallerde (yukarıda taraflarını harflerle gösterdiğim alacağın temlik ve geçit hakkı kurulması hallerinde olduğu gibi) dahi dâvayı ikame eden şahıs taraftır fakat «dâva takip yetkisi» bulunmadığı için dâva usulden reddedilecek ve dâvacı bu dâvadan ortaya çıkan yargılama masraflarını da yüklenecektir<sup>33 34</sup>.

32) HGK 10.1.1968 E: 966/8-1083 K: 8 (Ank. BD 1968 N. 2 s. 304), yüksek mahkeme, burada hak sahibi olmayan kimsenin bu davayı ikame edebilmesi imkânını davacının şu menfaatlerine (ki yüksek mahkemeye göre bu menfaatlerin varlığını araştırmaya da lüzum yoktur, zira bu menfaatler «bizat'hi» mevcuttur ve bu sebeple, özel dairenin yaptığı gibi, menfaatin mevcut olup olmadığı araştırılmamıştır diye nakız doğru değildir.) dayandırmaktadır: 1) Gayrimenkulün kullanma tarzını tesbit için diğer malikin kim olduğunun, tapu uyarınca bilinmesi gerekir, 2) önalım (şuf'a) hakkının kullanılabilmesi için; 3) nihayet şüyuun giderilmesi ve taksim davalarının açılabilmesi için diğer hisselerin tapuya kayıtlı ve malikin belli olması gerekir.

33) Bernhardt § 19 I 2 s. 109; Lent-Jauernig § 18 V 2 s. 39, 40; başka bir taraf kavramı ile bu sonuca da ancak aşırı zorlamalarla varılabilir.

34) Diğer yazarlar ile birlikte (bkz. dn. 25) «şekli» taraf kavramının isabetine inandığımı belirttim. Bu arada kavrama yöneltilen tenkitlerin yerinde olmadığı da gösterilmeye çalışıldı. Tenkidi yöneltenlerin başlıcası olan de Boor'un «fonksiyonel» taraf kavramının gözden geçirilmesi ve eleştirilmesi «şekli» taraf kavramının savunusunun bir parçasını teşkil edecektir.

Şekli taraf kavramının muhtevassızlığını ileri süren de Boor (s. 50 ve son) kavramına bunu kazandırmak gayreti ile yola çıkmıştır. Bu muhteva ise ona göre taraf kavramını çekişme konusu ile temas haline getirmekle olabilir, yani tarafın ta

Bu yazının konusunu doğrudan doğruya ilgilendirmemekle beraber taraf hakkında verilen bu kısa açıklamaya bir bütünlük sağlama amacı ile bir başka meseleye de kısaca dokunmak gerekiyor.

Muayyen bir dâvada tarafların kim olduğu şekli taraf kavramı ile tesbit edilmiş bulunuyor. Görüldüğü gibi şekli taraf kavramının tarifinde taraf ile çekişme konusu arasındaki ilişkiye yer verilmemiştir. Buna mukabil yukarıda verilen bazı örneklerde bir durum ortaya çıkıyor : Bir kimse kendisine ait olmayan bir hakkı dâva ederse, böyle bir imkân ona kanun tarafından tanınmamışsa ve böyle bir dâva ikamesine cevaz verilmesini gerektirecek bir yararı da bulunmuyorsa bu şahıs şekli taraf kavramı gereğince o usulî ilişkinin süjesi yani dâvanın tarafı olmaktadır (meselâ hak yerini bulsun diye A, B'nin C'ye olan borcunu ödemesi için dâva açıyor!). Bu dâvanın akıbeti ne olacaktır? Esasa girişilebilecek midir? Burada tarafa ilişkin, şimdiye kadar çeşitli vesilelerle değinilen, diğer bir soru orta-

---

rifin'n çekişme konusu ile bir ilgisi bulunmalıdır. Yazar bunu taraf kavramını «gerçek» tarafı da kapsayacak bir şekilde tarif etmek suretiyle yapmak istemektedir. Böylece öyle bir taraf kavramına ulaşılmak istenmektedir ki bu kavram hem belirli bir davada taraf kimdir sorusunun hem de gerçek taraf kimdir sorusunun cevabını verecektir. Fonksiyonel taraf kavramında (funktioneller Parteibegriff) davanın sonuçlarını hangi mamelekler üzerinde gösterdiğinden hareket edilmekte böylece çekişmenin halledilmesi ile bir etkiye maruz kalacak mamelek (Streitvermögen) ön plana çıkarılmaktadır. Bu mamelekin «idarecisi» (Verwalter des Streitvermögens) taraftır. Böylece ihtilâfın lehine halli istenen mamelekin idarecisi davacı, ve davacının aleyhine bir hukukî himayeyi istediği mamelekin idarecisi davalıdır. **de Boor**'un taraf kavramında mameleke ilişkin davalardaki durum göz önüne alınmıştır. Böylece mameleke ilişkin olmayan davalarda başka bir taraf kavramına ihtiyaç olmaktadır. Fakat fonksiyonel taraf kavramının zaafı taraf kavramını parçalamaktan ve birden fazla taraf kavramına yol açmaktan ibaret değildir. Zira bazı hallerde mamelekin idarecisi davayı kendi adına değil fakat hak sahibi adına tâkip eder yani kendi adına taraf değil hak sahibinin temsilcisidir, meselâ vasiinin vesalet altına alınmış kiş'nin mameleğine ilişkin bir davayı sevketmesinde olduğu gibi. Diğer taraftan mamelekin üzerinde idari hiç bir yetkisi olmayan kimse o mameleke ilişkin davayı taraf olarak yürütebilir. İİK 245 de davayı takip yetkisi kendisine devredilmiş olan alacaklının durumunda olduğu gibi.

Görülüyor ki maddî hukuk ile mutlaka bir teması olsun istenen taraf kavramı bir çok yerlerde kifayetsiz kalmaya mahkûmdur. Bundan dolayı da şekli taraf kavramının muhafazasında halâ gereklilik vardır, bkz. **Stein-Jonas-Schönke-Pohle** § 50 önünde I 3 s. 302.

Nihayet eklemek gerek'ir ki, **de Boor**'un taraf olanın değişmesi problemi dolayısı ile ortaya çıkardığı fonksiyonel taraf kavramını kabul etmek onun tarafta değişmenin yarattığı problemlere getirdiği çözümlere varmak için zarurî değildir, **Henckel**, s. 216; nitekim ben de bu çözümlerin bir çoğuna katıldım bkz. § 6.

ya çıkmaktadır. Muayyen bir dâvada taraf olarak görünen kimse o dâva bakımından «gerçek» taraf mıdır? Usul hukukunun teknik terminolojisini kullanarak soruyu şu şekilde tekrarlayabiliriz : Dâvada taraf olarak görünen kimse «dâva takip yetkisi» ni (Prozessführungsbefugnis) haiz midir? Dâva takip yetkisi bir kimsenin mahkemede dermeyan edilen hakkın varlığı veya yokluğuna ilişkin (esas hakkında) bir hükmü kendi adına alabilmesi hususunda haiz olduğu yetkidir<sup>35</sup>. Tariften anlaşılacağı üzere dâva takip yetkisi hakkın gerçekten sahibi olma veya diğer bir deyişle maddî hukuk ilişkisinin gerçek süjeleri olma durumunu ifade eden sıfat'dan (Sachlegitimation)<sup>36</sup> tamamen farklıdır. Tarafın o dâvanın konusu bakımından sıfatı olup olmadığı esas hakkındaki hükümde anlaşılacaktır. Sıfat doğrudan doğruya maddî hukuk kavramıdır ; meselâ istihkak dâvasında dâvacı mâlik, dâvalı zilyet midir, bir alacak dâvasında dâvacı gerçekten iddia ettiği gibi alacaklı ve dâvalı borçlu mudur ; ve bu anlamı ile sıfat usul hukukunda esas hakkındaki hükmün yönünü tayinden başka —esas hakkındaki hüküm dâvacının lehinde veya aleyhinde olabilir— bir rol oynamaz<sup>37</sup>. Diğer bir ifade ile sıfat dâva temeline ilişkin bir meseledir ve bundan dolayı da bu anlamı ile sıfatın dâva şartı olması söz konusu değildir. Bu sebeple sıfatın bulunmaması halinde esas hakkında hüküm verilmesine engel bir durum yoktur. Sıfatın bulunmaması belirtildiği gibi sadece esas hakkındaki hükmün muhtevasını etkiler yani dâva esastan reddedilir<sup>38</sup>.

Dâva takip yetkisi ise, tekrar edelim, esas hakkında bir hüküm alabilmek yetkisidir. Sıfat mevcut ise bu hüküm dâvacı lehinde mevcut değilse aleyhinde olacaktır.

Dâva takip yetkisi bir dâva şartıdır mahkemece re'sen araştırılır ve noksanı halinde dâva usulden reddedilir yani esas hakkında hüküm vermeye imkân kalmaz<sup>39</sup>. Tarifî yukarıda verilen dâva takip

35) Lüke ZZP 76, 15; Berg JuS 1966 s. 461; Stein/Jonas/Schönke/Pohle § 50 önünde II 1 s. 303.

36) Türk hukukunda sıfat teriminin çeşitli anlamlarda ve bu arada dava takip yetkisini ifade edecek şekilde de kullanıldığı hakkında bkz. Kuru (dava şartları) s. 133 dn. 89, 90, 91.

37) Lent/Jauernig § 22 I s. 53.

38) Lent/Jauernig aynı yer.

39) Hepsi yerine bkz. Stein/Jonas/Schönke/Pohle § 50 önünde II 1 s. 303; türk hukuku için bkz. Kuru s. 231, 235. Şekli taraf kavramının çekişme konusu ile hiç bir ilgisi olmayan kimselerin açacakları davaları (Popularklagen) önleyemeyeceği yolundaki eleştiri, bkz. dn. 31, karşılanmış olmaktadır. Bu kimse şekli taraf kavramı gereğince o dâvanın tarafıdır. Fakat, dâva tâkip yetkisi bulunmadığından dâva usulden reddedilecektir. Görülüyorki şekli taraf kavramının kabulü bu durumlarda usulden red imkânını ortadan kaldırıyor değildir.

yetkisi kime aittir? Dâva takip yetkisinin kime ait olduğunu her durumda tesbit edebilecek tek bir ölçü verme teşebbüsünde bulunmak bu çalışmanın amacını aşar. Yalnız şu kadarını belirtmek istiyorum ki dâva takip yetkisinin kime ait olduğu, farklı amaçları olan hukukî esaslara göre tayin edilmektedir. Bu sebeple her duruma uyan tek bir ölçüye varmak çok zor görünüyor<sup>40</sup>. Bu bakımdan kimlerin dâva takip yetkisine sahip oldukları muhtelif kategorilere ayrılarak incelenmelidir. Bu meseleye burada sadece kısaca dokunulacaktır :

Bir kere «sıfat» ı olduğu iddiasıyla, yani hak sahibi olduğu iddiasıyla, dâva ikame eden kimse dâva takip yetkisine sahiptir. Demek ki bu halde dâva takip yetkisi hakkın bizatihi kendisine değil fakat hakkın sahibi bulunduğu iddiasına dayanmaktadır<sup>41</sup>. Bu bakımdan sıfattan ayrılmaktadır. Yani hak sahibi olma iddiasının doğru olmadığı anlaşıldığı takdirde dâva esastan reddedilecektir. Zira dâva takip yetkisi için sadece hak sahipliğini idida etmek kâfi gelmektedir.

Bu ana kategori yanında, taraf ile gerçek taraf kavramlarının ayrılmasının önem kazandığı diğer durumlar yer almaktadır. Kanun bazı hallerde hakkın sahibi olmayan kimseye kendi adına bu hakka ilişkin dâvaları takip yetkisini tanımıştır (Prozessstandschaft). Bu durumlarda dâva takip yetkisi hakkın sahibi bulunmayan bir kimseye ait bulunmaktadır<sup>42</sup>.

40) Pohle haklı olarak bu hususu belirtiyor ve kimlerin bu yetkiyi haiz olabileceğini muhtelif kategoriler halinde tesbit ediyor, Stein/Jonas/Schönke/Pohle § 50 önü II 2 ve son. s. 303 ve son.; nitekim meselâ tasarruf yetkisini haiz olanın dava takip yetkisine de sahip olacağını söylemek de doğru olmayacaktır, meselâ BK 69 da alacaklılardan biri tamamen ifayı isteyebilir ve bu konuda tek başına dava takip yetkisine de sahiptir, fakat çekişme konusu taksimi kabil olmayan alacağın tamamı üzerinde tasarruf yetkisi mevcut değildir.

41) Lüke ZZP 76 s. 19; Berg JuS 1966 s. 461.

42) Meselâ MK 160 c. 2 gereğince mal birliği rejiminde koca, karının şahsî mallarına ilişkin davalarda dava takip yetkisine sahiptir. İİK 245 de alacaklı dava konusu hakkın sahibi değildir fakat davanın tarafıdır (Beinert s. 47 ve son. Ayrıca dn. 32 deki ve s. 7 deki kararlara bkz. Kanunundaki bazı hususî mamelek (Sondervermögen) idarecilerinin, üflâs idaresi, mirası m. 554 gereğince resmen idare eden idareci, vasiyeti tenfiz memuru gibi, görevden ötürü taraf mı (Parteien kraft Amtes) yoksa temsilci mi (borçlunun veya mirascıların) oldukları bilhassa alman hukukunda tartışmalıdır, bkz. Baumbach/Lauterbach § 50 önü 2 C. s. 97; Nikisch § 28 II 2 s. 109; Rosenberg § 39 II 3 s. 164; Schönke/Schröder/Niese § 23 III s. 118, 119; Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 50 önü II 3 s. 304 ve son.; Lent/Jauernig § 18 V 4 s. 40 ve son.; Blomeyer § 6 I 3 s. 41 ve son.; Bernhard § 19 I 3 s. 110 ve son.; Henckel s. 118 ve son.; isviçre hukukundaki durum için bkz. Beinert s. 135-141.

Bazı hallerde kanun savcıya da dava takip yetkisini vermiş olabilir, mesela bkz. MK 113'e.

Hak sahibinden başka bir kimsenin dâva takip yetkisine sahip olması hallerinden biri de dâva takip yetkisinin hakkın sahibi tarafından bir başkasına devredilmesi olarak ortaya çıkmıştır (gewillkürte Prozeßstandschaft). Alman hukukunda böyle bir devri alman temyiz mahkemesi uzun zamandan beri kabul etmektedir. Alman yüksek mahkemesi bu konudaki ilk kararlarının<sup>43</sup> aksine daha sonraki kararlarında devralanın da bu dâvanın takibi hususunda bir menfaatinin bulunmasını aramaktadır<sup>44</sup>.

Burada dâva takip yetkisinin iradî olarak devredilmesinin kabul edilip edilemeyeceği ve bununla ilgili meselelerin incelenmesine girişilecek değildir. Ben sadece bu mesele ile ilgisi olan temyiz mahkemesinin bazı kararlarındaki tutumuna değinmek istiyorum. Temyiz mahkemesi hak ile ilişkisi olmayan kişiye «yararı» olduğu bazı hallerde, hak sahibinin rızası söz konusu olmaksızın, dâva takip yetkisini tanımaktadır<sup>45</sup> Benim kanaatime göre temyiz mahkemesi hak sahibinin hakkını devretmeksizin sadece dâva takip yetkisini devretmesi durumundan bir adım daha ileri gitmiş hakka yabancı olan kişinin himayeye lâyık bir yararının bulunması halinde ona dâva takip yetkisini tanımıştır. Böylece bizim hukukumuzda dâva takip yetkisinin kazaî yoldan tanındığı haller olarak nitelendirebileceğimiz bir kategori ortaya çıkmaktadır. Benim kanaatime göre bu yönde kararlar vermiş olan yüksek mahkeme çekişme konusu hakka yabancı olan kişinin yararı bulunduğu hallerde dâva takip yetkisinin hak sahibi tarafından ona devredilmesini de kendisi ile tutarlı olarak kabul edecektir<sup>46</sup> 46a.

43) RGZ 73, 306.

44) RGZ 91, 390, (396); 141, 410 (413 - 414); BGHZ 4, 153 (165); 14, 252 (264); 30, 166; 30, 162, (166); 38, 282, (283). Doktrinde Blomeyer § 41 III 209 ve son.; Henckel s. 112 ve son.; Bernhardt § 19 I 1 s. 108. Buna mukabil sadece devrin kâfi olduğu hakkında bkz. Rosenberg § 45 II 2 c. s. 195; Lüke ZZP 76 s. 29; Nikisch ise dava takip yetkisinin iradî olarak devredilmesini topyekûn reddetmektedir § 31 III 5 s. 121.

45) bkz. yukarıda dn. 32 ye ait metindeki İBK ve HGK ya.

46) Burada hemen akla bir soru gelecektir: temyiz mahkemesinin kazaî olarak dava takip yetkisini tanıyacağı hallerde iradî devrin de kabul edilmesi gereğini belirtmenin ne faydası olabilir? Hakka yabancı olan kişi bu durumlarda zaten dava takip yetkisini halzdir. İtiraz dava takip yetkisine sahip olma bakımından haklıdır, yani iradî bir devir olmasa da yarar bulunan hallerde dâva takip yetkisi mevcuttur. Ancak üçüncü kişinin alacağı hükmün kesin hüküm tesirinin hak sahibine sirayet ettirilip ettirilemeyeceği meselesinde bir farkın ortaya çıktığını kabul etmek gerekiyor. Dava takip yetkisinin iradî olarak dev-



### § 3. YARGILAMA SIRASINDA İRADİ OLARAK TARAF DEĞİŞTİRMENİN NİTELİĞİ HAKKINDA GÖRÜŞLER

Dâvasını açtıktan sonra yanlış hasım seçtiğini anlayan dâvacı yanlış seçtiğini yargılamadan çıkarıp yerine doğru hasmı olduğuna inandığı kişiyi çekmek isteyebilir. Veya dâva ikamesinden sonra kendisinin dâvacı olamayacağını farkına varan dâvacı dâva reddilmeksizin yargılamadan ayrılarak yerine bir başkasının dâvacı olarak girmesini isteyebilecektir. Yani derdest bir dâvanın dâvacısı o zamana kadar yürümüş olan yargılama boşa gitmeksizin hasmının yerine bir başkasını taraf olarak o yargılamaya çekmek veya kendisi taraf olma durumuna son vererek kendi yerine bir başka şahsı çekmek isteyebilir (taraf olanın değişmesi - Parteiwechsel) ; veya dâvacı mevcut dâvalının yanına bir başka kişiyi taraf olarak çekmek isteyebileceği gibi dâvacının yanına bir başka şahsın taraf olarak katılması da söz konusu olabilir (taraf katılması - Parteibeitritt). İşte tarafta değişme adı altında toplanabilecek olan bu durumlarda söz konusu olan değişmeler sağlanabilecek midir? Sağlanabilecekse nasıl sağlanacaktır? Diğer bir deyiş'e tarafın iradî olarak değiştirilmesinin hukukî niteliği ne olacaktır? Bu soruya verilecek cevap tarafın değişmesinin iradî olarak nasıl temin edileceğini yani bu değişmenin yapılmasının şartlarını gösterecektir. Bundan sonraki açıklamalar tarafın iradî olarak değişmesi imkânının araştırılmasına ve bu değişmenin niteliğini tayine yönelecektir. Bu açıklamalara tarafın iradî olarak değişmesini farklı nitelendiren görüşlerin incelenmesi ile başlamak doğru olacaktır.

Taraf kavramı hakkında bir evvelki paragrafta yapılan açıklamalar gereksiz görülmemelidir. Tarafın değişmesinin hukukî niteliğini açıklayan görüşler karşısındaki durumumuzu tesbit etmek bakımından tarafın kim olduğunun bilinmesi gerekmektedir.

---

redilmesi hâlinde kes'n hükmün takip yetkisini devreden hak sahibine sirayet edeceği kabul edilmektedir, Bernhardt § 19 I 1 s. 108; Lüke ZZP 76 s. 29 ve son. Dava takip yetkisinin hakka yabancı olan üçüncü şahsa yararı dolayısıyla sadece kazaf olarak tanınmış olması halinde ise kesin hüküm, dava takip yetkisi hak sahibin'n iradesine dayanarak devredilmiş olmadığı için, sadece kendisine dava takip yetkisi kazaf olarak tanınmış bulunan üçüncü kişiye etki edecektir.

46a) Fragistas dava takip yetkisinin hak sahibi tarafından iradî olarak bir başka kişiye devrine Fransız, İtalyan ve Yunan hukuklarında cevaz verilmediğini söylüyor, Festschrift für Hans Lewald, Basel 1953, Die Prozessstandschaft im internationalen Prozessrecht, s. 474, 475 dn. 18, 19, 20, 21.

## I. Tarafın iradî olarak değişmesini dâva değiştirme olarak niteleyen görüş :

Tarafta değişmenin bir dâva değiştirme olduğu görüşü Alman temyiz mahkemesinin, Reichsgericht (RG) ve Bundesgerichtshof (BGH), kararlarında yer almıştır<sup>47</sup>. BGH sadece istinâf mahkemesindeki dâvalı değiştirmede bu görüşten ayrılmaktadır<sup>48</sup>. Alman doktrininde mesele tartışmalıdır. Bugün, de Boor'un ünlü eserinden sonra<sup>49</sup>, Almanya'da dâva değiştirme hükümlerinin tarafta değişmeye doğrudan doğruya uygulanabileceğini söyleyenlerin sayısı fazla değildir<sup>50 51</sup>. Dâva değiştirmeyi düzenleyen hükümlerin tarafta değişme bakımından gözönünde tutulması gereğini kabul edenlerin çoğu bu hükümlerin ancak kıyasen uygulama alanı bulabileceğini kabul etmektedirler<sup>52</sup>.

47) RGZ 19, 184 (185); 49, 377; 58, 249 (251); 108, 350; 141, 277 (283); 157, 369 (377 ve son.); BGHZ 16, 317; 40, 185; BGH ZJP 74, 460; BGH NJW 1966, 1028.

48) BGHZ 21, 285 = JZ 1956, 761 = MDR 1958, 329 No. 58.

49) Zur Lehre vom Parteiwechsel und Parteibegriff, Leipzig 1941.

50) Meselâ bkz. Schönke/Schröder/Niese § 30 III 3 s. 146, § 49 IV s. 225; Meiss ZJP 69 s. 474, 475; Wieczorek II 1. Teil § 264 E III ve son. s. 177 ve son.

51) İsviçre'de Leuch bazı usul kanunlarının Bern usul kanunu gibi dava değiştirme imkânını sadece talep'e inhisar ettirmemiş olduğunu ve bundan dolayı bu kanunlarda iradî taraf değişmesinin de dava değiştirme hükümlerine tabi olarak temin edilebileceğini Stein şerhine atıf yaparak belirtmektedir, ZbJV 55 (1919) s. 205 ve dn. 1. Yazara göre bu imkân Bern kanununda değerlendirilmiş değildir ve bir başka tarafın usule girmesi bu kanunda sadece ölüm hâlinde (Art. 40) ve diğer halefiyet hallerinde meselâ bilhassa davalı şeyin devredilmesinde (Art. 41) söz konusu olabilir. Bunun dışında Bern usul kanunu sadece talebin değiştirilmesine, muayyen şartlarla cevaz vermiştir (Art. 94). Bunun dışındaki dâva değiştirme halleri yasak dâva değiştirmedir. Bu sebeple Art. 40 ve 41 dışındaki hallerde yeni bir tarafın eski taraf yerine yargılamaya girmesine imkân yoktur. Yazar bu değişmenin başka yolla mümkün olup olamayacağına hiç değinmiyor. Değinmiyor çünkü tarafta değişmeyi kabul etmek, açık kanun hükmü olmamasına rağmen, usul hukukunun bazı prensipleri karşısında gerekli olabilir mi sorusunu sormak lüzumunu hissetmiyor.

Bern kanton mahkemesinin bir kararındaki, ZbJV 57 312 (314), ifadelerden de taraf değiştirmenin mümkün olmadığı sonucuna varıldığı anlaşılmaktadır: Olayda davacının kızlık ismi ile dava açması söz konusudur. Mahkeme isminin düzeltilmesine Art. 40 ve 41 in, eski olaya yeni kanunun hükümlerinin uygulanamayacağı gerekçesi ile, uygulanamayacağının doğru olduğunu fakat zaten davacının soy adının düzeltilmesinin Art. 40 ve 41 deki durumlar ile ilgili bulunmadığını da haklı olarak belirtiyor. Mahkeme bundan sonra Art. 94 ün (talebin hangi hallerde değiştirilebileceğini düzenleyen hüküm) sevk gayesinin mevcut yargılamadan hasmın menfaatleri ile gelişmeye düşülmeksizin yararlanmak olduğunu, meselede ise hasmın menfaatleri ile bir çelişme bulunmadığını zira

Alman temyiz mahkemesinin kararlarında yer alan dâva değiştirme görüşünün etraflı bir gerçekleştirilmesine ne bu kararlarda ne de doktrinde raslamak mümkündür. Dâva değiştirme görüşü gerekçelendirilirken belirtilen, tarafların da dâvanın önemli unsurlarından bulunduğu ve dâva dilekçesinin zarurî muhtevasına ait olduğu ve bu sebeple taraflardaki değişmenin, dâva dilekçesinin zaruri muhtevasına dahil bulunan diğer unsurların (dâvanın temeli, neticei talep) değişmelerinde olduğu gibi dâva değiştirme olarak görülmesi gereğidir. İşte dâva değiştirme görüşünü savunanlar bugün gerekçelerini bu şekilde belirtmekle yetiniyorlar<sup>53</sup>.

Dâva değiştirme görüşünün kaynağı diyebileceğimiz Alman temyiz mahkemesinin kararlarında da gerekçelendirme yukarıda belirtilenden ibaret kalıyor<sup>54</sup>. Tarafta değişmeyi dâva değiştirme olarak

---

eski davacı yerine bir yenisinin geçmiş olmadığını davacının hep aynı kaldığını ve davacının ayniyeti hakkında hiç bir kuşkunun bulunmadığını belirtmektedir. Bir kere kararın bu soy adı değişmesini Art. 94 çerçevesinde görmesi isabetli değildir. Çünkü burada bir değiştirme değil bir düzeltme söz konusudur. Mahkemenin, bu karardan Art. 94 karşısında mevcut tarafın yerine bir başkasının geçirilmesine imkân olmadığı, bunun cevaz verilmemiş yasak değiştirme olduğu (tabii Art 40 ve 41 deki haller dışında) yolunda mütalaada bulunduğu anlaşılmaktadır.

Hess, Kisch'e de atıf yaparak dava değiştirmenin ancak aynı sùjeler arasında söz konusu olabileceğini, davanın tarafların değişmesi halinde artık dava değiştirmeden bahsedilemeyeceğini, bu durumda artık yeni bir usul hukuku ilişkisinin söz konusu olacağını söylemektedir. Yazar bunlardan sonra şu hususu da ilâve ediyor: Eğer dava değiştirme caiz olmadığından dolayı tarafta bir değişmeye de cevaz verilemeyeceği söylenecekse asgari olarak şu husus bilinmelidir ki taraf değiştirme yasağı ile dava değiştirme yasağı aynı şey değildir.

Hess gibi zürich usul kanununu esas alan Wyss tarafın § 130/1 (yeni 127/1) de değiştirilmesine cevaz verilen tâli noktalardan olmadığını ve bu sebeple tarafın değiştirmesinin dava değiştirme yasağı şümulüne girdiğini, başka bir şey ilâve etmeden söylemektedir, SJZ 11 s. 328 ve son (331, 332); aynı şekilde Schwager s. 5; aynı istikamette BLZR 19 s. 14 (Hess s. 54 dn. 38 ve Schwager s. 5 dn 5 den naklen).

Guldener nedenine hiç değinmeden tarafta değişmenin dava değiştirme olduğunu söylüyor, § 29 IV 1 a s. 244, 245.

52) Schwab ZZP 73 s. 478; Zöllner § 264 I 2 s. 362; Wilckens MDR 1957 s. 207; ayrıca bkz. Gross ZZP 76 s. 200 ve son. bi'hassa 212.

53) RGZ 58 249 (251); Hellwig, Lehrbuch III § 166 1 s. 235, 236 ve ayrıca bkz. Wyss SJZ 11 331, 332; Schwager s. 5; Schönke/Schröder/Niese § 49 II s. 222, Üstündağ'ın görüşünün aksine müellifin bu gerekçe taraftarı olarak verilmesinin gerekçesi için bkz. aşağıda dn. 58 e.

54) bkz. dn. 53 deki karara: daha sonraki kararlarda bu gerekçe tekrarlanmamakta sadece daha evvel dava değiştirme görüşünü benimseyen kararlara atıf yapılmaktadır, bkz. yukarıda dn. 47 deki kararlara.

niteleyen görüşün temelinde «maddî hukuk taraf kavramı» yatmaktadır. Alman usul kanununun (ZPO) hazırlayıcılarına göre dâvanın tarafları çekişmeli maddî hukuk ilişkisinin süjeleridir. Alman temyiz mahkemesinin taraf kavramına verdiği mâna da bu olmuştur ve bunun tabîî sonucu olarak taraf değiştirmenin dâva değiştirme olduğu kabul edilmiştir<sup>55</sup>.

Yukarıda mahiyeti belirtilen dâvacı ve dâvalı sıfatı dâva temelini sübjektif unsurudur yâni dâva temelinde dahil bulunmaktadır<sup>56</sup>. Maddî taraf kavramı taraftarları bu mânadaki sıfat ile taraf kavramı arasında bir ayniyet görmektedirler<sup>57</sup>. Böyle olunca tarafın değişmesi dâva temelini sübjektif unsurunun dolayısı ile dâva temelini değişmesi olmaktadır. Dâva temelini değişmesi ise dâva değiştirmedir<sup>58</sup>. Dâva değiştirme görüşünün bu şekilde açık ve tutarlı olarak gerekçelendirilmesine Alman temyiz mahkemesinin ancak çok eski kararlarında — ZPO'nun yürürlüğe girmesinden hemen sonraki kararlarda— rastlanmaktadır. ; Bir kararında Alman temyiz mahkemesi eski dâvacının yerine, talep sahibinin kendisi olduğu iddiası ile yeni bir tarafın geçmesini dâva temelini değişmesi ve bu sebeple de dâva değiştirme olarak kabul etmiştir<sup>59</sup>. Mahkeme diğer bir kara-

55) de Boor s. 33 ve son.; Henckel s. 215

56) bkz. dn 36, 37, 38'e ait metne

57) bkz. bunun için de Boor s. 34; Henckel s. 16; Lüke s. 8.

58) açıkça bu gerekçeye dayanan Üstündağ s. 187, yazarın Schönke'yi (§ 49 II 1) bu gerekçeyi aynen benimser göstermesine ben katılmıyorum. Schönke atıf yapılan yerde sadece sıfatın varlığını ortaya koymak için dermeyan edilen hususların dava temelinde dahil bulunduğunu ve bunların değişmesinin dava değişmesi olduğunu söylemektedir; yoksa sıfat (Sachlegitimation) ile taraf kavramını aynı görerek tarafta değişmenin bu sebeple dava değiştirme olarak nitelendirilmesi gereğini söylüyor değildir. Schönke'nin burada verdiği örneklerden de bu durumu açıkça anlamak mümkündür: meselâ davacı sıfatını ilk önce mirascılığın istinat ettirmiş daha sonra taraf olduğu bir sözleşmeye müsteniden (mese'â satım sözleşmesine) sıfat sahibi olduğunu ileri sürmüş, bu dava temelini değiştirilmesi olacaktır. Schönke başka bir yerde, § 23 I s. 118 de açıkça şekli taraf kavramını kabul etmektedir, bu bakımdan bu gerekçeye dayanması mümkün olamaz. Nitekim Schönke, tarafta değişmenin dava değiştirme hükümlerine tâbi olduğunu bu gerekçeye dayanmadan alman temyiz mahkemesinin kararlarına atıf yaparak (tarafın belirtilmesinin dava dilekçesinin zaruri muhtevassından olduğu yolundaki gerekçeye dayanarak dava değiştirme görüşünü savunan kararlara, bkz. yukarıda dn. 53 deki karara ve bu kararı takip eden ve dn. 47 de belirtilen kararlara), benimsemektedir.

59) Mahkemenin 15.11.1882 tarihli kararı (Gruchot 27, 1090), de Boor s. 36 dn. 29 dan naklen.

rında<sup>60</sup> «... bir halefiyet durumu söz konusu olmaksızın bir dâva süjesinin (tarafın) yerine bir diğersinin geçmesi ile dâva temeli değiştirilmiş olmaktadır. Zira dâvacı sıfatı (Aktivlegitimation) dâva temelinin esaslı bir unsurunu teşkil eder» demektedir. Alman temyiz mahkemesinin daha sonraki kararlarında bu şekildeki açık gerekçelendirmeye rastlanmıyor. Bunun sebebi Alman usul hukukunda maddî hukuk taraf kavramının terkedilmesi ve onun yerini şekli taraf kavramının almış olmasıdır<sup>61</sup>. Böylece bir yandan taraf kavramı ile sıfatın aynı şey olmadığı noktasından hareketle şekli taraf kavramını kabul edip, diğer yandan doğrudan doğruya maddî taraf kavramının kabulüne bağlı olan, tarafın değişmesi ile dâva temelini değiştireceğini söylemeye imkân kalmadı. Aksi halde bir çelişme ortaya çıkacaktı. Bu çelişme tarafta iradî olarak meydana gelen değişimin dâva değiştirme olduğu görüşünü bırakmaksızın dolanmak istenince<sup>62</sup> başka bir çözüme sığınmak zarureti ortaya çıktı : Bu çözüm, tarafların dâva arzuhalinin zaruri muhtevasına dâhil olan, yani

60) RG III 29.4.1887, JW 271 Nr. 5, de Boor s. 36 dn. 30 dan naklen.

61) Gaupp serhi taraf kavramındaki değişimin (maddî taraf kavramından şekli taraf kavramına) taraf değişmesine ilişkin açıklamaların ifadesini ne denli etkilediğini pek güzel yansıtıyor: Gaupp 2. basıda (1890) maddî hukuk taraf kavramını kabul etmekte ve yukarıdaki dip notunda gösterilen kararın benimsediği görüşü tekrarlamaktadır: «...Dermeyan edilen vakıalarla haklılığı temellendirilen süjenin değiştirilmesi halinde bir dava değiştirme söz konusu olur... Zira davacı sıfatı (Aktivlegitimation) dava temelini esaslı bir bölümünü teşkil eder.» Üçüncü basıda (1897) ilk cümle aynen muhafaza edilmiş fakat ikinci cümlede daha ihtiyatlı bir ifade kullanılmıştır: «...Zira tarafların belirtilmesi de davanın bir bölümüdür». Stein'in katılmasından sonra (4. basıda) ilk olarak esaslı bir şekilde yeniden işlenen 10. basıda ilk cümle tamamen terkedilmiş ve tarafın değişmesinin dava değiştirme olduğu görüşü sadece değişmeden kalan ikinci cümleyle dayandırılmıştır, de Boor s. 36 dn 31 den naklen.

62) Şekli taraf kavramına sıkı sıkıya bağlı olarak iradî taraf değişmesinin eski tarafla olan davanın geri alınması ve yeni tarafa karşı yeni bir dava ikame edilmesi demek olduğu yolundaki görüş (Kisch'in bu görüşü hakkındaki açıklamalar ve tenkitler için bkz. ilerde § 4'e) alman hukukunda iki sebepten dolayı taraftar bulamadı: bir kere bu görüş sonucu mevcut yargılamanın devamlılığı (Kontinuität des Verfahrens) tamamen ortadan kalkıyor ve o zamana kadarki yargılamadan yararlanmak imkânı kalmıyor. İkinci olarak da istinaf mahkemesinde iradî olarak tarafta değişme mümkün olamıyor, çünkü istinafta yeni bir dava ikamesine imkân yoktur. İşte bu sebeplerle alman yazarları şekli taraf kavramını kabul etmelerine rağmen Kisch'in şekli taraf kavramına dayandırdığı iradî taraf değiştirme hakkındaki görüşünü kabul etmemişler, bu görüşün şekli taraf kavramının zarurî bir sonucu olmadığını belirtmişlerdir. Yenilerde Hoffmann Kisch'in görüşüne katılmıştır. NJW 1964, 1026-1027; İsviçrede esas itibariyle Kisch'in görüşünü takip eden Hess'in açıklamaları için bkz. dn. 51.

dâva dilekçesinde yer alması zaruri bulunan, unsurlardan olduğu şeklinde formüle edilmiştir. Dâvanın diğer önemli unsurlarındaki (dâva temeli, neticei talep) değişmeler nasıl dâva değiştirme olarak niteleniyorsa üçüncü zarurî unsur olan tarafların iradî olarak değiştirilmesi de bu yeni gerekçelendirmeye göre dâva değiştirme olarak nitelenecek ve bu hükümlere tâbi olacaktır.

Evve'lâ belirtmek gerekir ki, Alman temyiz mahkemesinin ilk kararlarında olduğu gibi sıfat (Sachlegitimation) ile taraf kavramının ayniyetinden hareketle tarafın iradî değişmesini dâva değiştirme olarak nitelenmek doğru değildir<sup>63</sup>. Bu yazının evvelki paragrafında özellikle üzerinde durularak belirtilmeye çalışıldığı gibi taraf kavramı şeklidir ve sıfat ile ilişkisi yoktur. Yukarıda maddî taraf kavramının hak sahibi olmayan fakat dâva takip yetkisini haiz bulunan şahısların durumunu izah edemediğini belirtmiştik. İşte maddî taraf kavramının bu zaafı tarafın iradî değişmesi meselesinde de ortaya çıkmaktadır. Gerçekten hak sahibine dâva ikame edildikten sonra dâva takip yetkisinin ona ait olmadığı anlaşılır bu sefer, dâva, dâva takip yetkisini haiz fakat hakka yabancı olan şahsa yöneltmek istenirse maddî taraf kavramının bu meseleye bir çözüm getirmesi beklenemeyecektir. Zira maddî taraf kavramı ile bu şahsın taraf olma durumunu açıklamaya imkân yoktur. Halbuki şekli taraf kavramı bu meseleyi de halletmeye elverişlidir. Yukarıda belirtilen meselede şekli taraf kavramı ile varılacak sonuç şu oluyor : Hak sahibine karşı açılan dâvada hak sahibi taraf olmuştur. Dâvacı dâva takip yetkisinde yandığını anlayıp hak sahibi yerine «gerçek» tarafı yâni dâva takip yetkisine haiz olan şahsı geçirmek isteyince burada iradî bir taraf değiştirme ile karşı karşıya bulunmaktayız. Şekli taraf kavramına göre ilk taraf dâvadan çekilmekte yenisi dâvaya katılmaktadır<sup>64</sup>.

Şekli taraf kavramının yaygın bir kabulünden sonra dâva değiştirme görüşünün yukarıda belirtilen şekildeki temellendirilmesine gelince : Bu görüşün, tarafı, dâvanın diğer zaruri unsurları gibi, dâ-

63) Karş. Üstündağ s. 187.

64) Alman yüksek mahkemesi istinaftaki tarafta değişmeye dava değiştirme hükümlerinin uygulanamayacağını belirten ünlü kararında, bkz. dn. 70, aynı şekilde dava takip yetkisini haiz kişiye karşı açılmış olan dava sırasında bu sefer dâvanın hak sahibine karşı yöneltildiğini tarafın değişmesi olarak görmüştür. Olayda görevden ötürü taraf olan (Partei kraft Amtes) kişi daha sonra doğru dan doğruya şahsen borçlu olarak takip edilmek istenmişti. Yüksek mahkeme böylece şekli taraf kavramını kabulü ile, bkz. dn. 25 de muhtevası kısaca verilen kararına, dava değiştirme meselesinde de doğru bir sonuca varmış olmak-

va temeli ve neticei talep gibi dâva dilekçesinde yer alması gereken bir unsur olarak gördüğünü ve diğer unsurların değişmesi gibi tarafın değişmesinin de dâva değiştirme olacağını savunduğunu belirttik<sup>65</sup>. Dâva arzuhalinde bulunması gereken unsurların, değişmelerine uygulanacak hükümler bakımından, ne dereceye kadar aynı kabula konulabilecekleri tartışma götürür. Meselâ dâva dilekçesinde dâvanın açıldığı mahkemenin de belirtilmesi gerekmektedir. Yargılamanın yapılacağı bir mahkeme olmaksızın bir dâvanın varlığından söz açılmaz. Yine çok açıktır ki, mahkemenin yargılama sırasındaki değişmesi durumuna dâva değiştirme hükümlerinin uygulanması söz konusu olamaz<sup>66</sup>. Yargılama sırasında mahkemenin hangi hallerde ve nasıl değişeceği farklı hükümlerce düzenlenmiştir (HUMK m. 27, ZPO 276). Demek ki dâva dilekçesinin zaruri muhtevasına dahildir denilen hususların farklı hükümlere tâbi tutulması mümkündür ve unsurun mahiyeti icabı zaruri de olabilir. Böyle zaruret olan bazı hallerde kanun bu unsurlardan birini (mahkemenin belirtilmesinde olduğu gibi) diğerlerinden açıkça ayırmış olabilir. Fakat bu demek midir ki böyle açıkça farklı hükümlere tâbi tutulmamış olan «zaruri unsurlar» kanunca aynı hükümlere tâbi tutulmuştur? Zarurî unsur-

tadır. Hukukumuz bakımından somut bir örnek şu olabilir: Davacı karıya karşı dava ikame ediyor. Sonradan dâvanın, karının mal birliğindeki (MK. 192) «şahsi malına» ilişkin olduğunu anlıyor (MK 160 c. 2) ve davayı bu sefer gerçek taraf olan, yani dava takip yetkisine haiz bulunan kocaya yöneltmek istiyor. Burada koca karının temsilcisi olmayıp dava takip yetkisini haiz taraf olduğundan (bu konudaki tartışmayı aksettirmek bu yazının sınırlarını aşar, ben sadece MK. 160 c. 2 deki hükmün kocayı kendi adına taraf durumuna getirdiği görüşünün isabetli olduğunu belirtmekle yetiniyorum, aynı görüşün etraflı açıklaması ve temsil görüşünün tenkidi için bkz. Beinert s. 74 ve son. Federal mahkeme iki kararında, BGE 39 II 67; 45 II 113, kocanın durumunun temsilci olarak görülemeyeceğini belirtmiş, fakat daha sonraki bir kararda, BGE 51 II 272, 273 kocanın karıyı temsil ettiği görüşünü kabul etmiştir. Aynı istikamette olmak üzere BGE 89 II 79. Türk doktrininde de baskın görüş temsil görüşüdür. Ansay, s. 117, fakat yazar m. 53 ün kıyasen uygulanarak karının dâvaya müdahale edebilmesini kabul gereğine işaret etmektedir; Bilge Evli Kadının Dava Ehliyeti, Ad. Der. 1948 N. 1. s. 27; Saymen/Elbir Aile H. s. 136; Velidedeoğlu, Aile H. (1965) s. 117, Tekinay, Türk Aile Hukuku s. 267-269, krş. Kuru s. 230, yazar haklı olarak kocanın dava takip yetkisi bulunduğunu kabul etmektedir) bu değiştirme davalı yanda iradî bir taraf değiştirme olarak nitelendirilmek gerekecektir.

65) Üstündağ, taraf değiştirmenin dava değiştirme olduğunu söylerken hem tarafın dava temelini bir parçası olduğu gerekçesine hem de tarafın dava arzualinde belirtilmesi gereken zarurî unsurlardan olduğu hususuna dayanan gerekçeye yer vermektedir, s. 187.

66) Gross, ZZP 76 s. 202; Rosenberg ZZP 70 s. 2.

lardan biri olan tarafın değişmesi kanun tarafından özel bir düzenlemeye tâbi tutulmamıştır diye dâvanın taraflarında meydana gelecek olan değişmeyi dâva değiştirme olarak görmek isabetli olabilir mi? Biz problemlere çözüm ararken somut olayı kanunda mevcut bir norma göre nitelermeyi (Subsumtion, atılama), tek amaç olarak almıyoruz. Önemli olan kanunun amacını menfaatler durumuna uygun bir çözümle ortaya çıkarmaktır. Taraf da zarurî unsurlardandır, öyleyse değişmesi diğer zarurî unsurların değişmesinde olduğu gibi dâva değiştirme hükümlerine tâbidir demek belki bir nitelendirmeye varmanın rahatlığını hissettirebilir. Fakat, bu kavramlardan başka bir şeye değer vermeyen kavram hukukçuluğundan başka bir şey değildir. Hukukçu ispat etmekten ziyade haklı görülecek sonuçlara ulaşma çabasında olmalıdır. O menfaatler durumunu gözönüne alacak menfaatleri denge halinde tutan ve onları bu şekilde değerlendiren sonuçlara varmakla kanun hükümlerinin amacın tayin edecektir<sup>67</sup>.

Bu genel açıklamalardan sonra meselemiz bakımından cevabını vermek durumunda olduğumuz soruyu şöyle ifade edebiliriz:

67) Usul hukukunda menfaatler içtihatçılığında bahsetmemiz şüphe ile karşılanmamalıdır. Hukukun hiç bir dalı sıkı sıkıya kavramlara bağlı bir hukuk anlayışına tahammül edemez. Usul hukuku alanında da meselâ yorum ve boşluk doldurmada menfaatler değerlendirilecektir, bkz. Heck, s. 48. Menfaat kavramı maddî menfaat anlamında alınmamalıdır. Burada söz konusu olan menfaat ideal menfaat yani en geniş manası ile menfaattir, bkz. Heck s. 40; Meier-Hayoz ZGB 1. madde şerhi N. 194. Büyük hukukçu Heck'in deyişi ile menfaatler içtihatçılığında «düşünen itaat» veya «düşünerek itaat» (denkender Gehorsam) söz konusudur, yoksa «harfiyen itaat» (Buchstabengehorsam) değil! Ancak menfaatler dengesinin sağlanması ve değerlendirilmesi şeklinde anladığımız menfaat içtihatçılığı serbest hukuk hareketi ile bir tutulmamalıdır, Heck s. 200 ve son ve ayrıca bkz. s. 124 de Kretschmar'ın tenkitlerine cevabına.

Belki «kavram içtihatçılığı» (Begriffsjurisprudenz) ile «menfaatler içtihatçılığı» (Interessenjurisprudenz) deyimleri pek isabetli değildir. Zira «kavram» ve «menfaat» birbirlerinin karşıtı kelimeler değildir. Edlin, Begriffs-und Interessenjurisprudenz, SJZ 28 369. Gerçekten menfaatler içtihatçılığı seçilerek kavramlar inkâr ediliyor değildir. Kavramsız hukuk düşünülemez. Hukukun bir emniyetinin olabilmesi için kavramlara ihtiyaç vardır. Mesele kavramları hukukun hizmetinde kullanmaktır. Önlenmesi gereken hukuku bir subsumtion'dan ibaret görmemektir. Diğer bir deyişle «kavram hukukun hizmetkârıdır yoksa onun efendisi değil» de Boor s. 145.

Menfaat içtihatçılığının ilk şeklinin tenkidi ve menfaatler içtihatçılığının bütünü ile inceleme konusu yapılması bu çalışmanın sınırlarını çok aşar, geniş açıklamalar için bkz. Larenz, s. 123 ve son. Bizim meselemiz bakımından yaptığımız kavram hukukçuluğunu reddederek contra legem sonuçlara da varmaksızın menfaatler durumunun değerlendirilmesini göz önüne alarak yorum yapmak ve hukuk yaratılması tekliflerinde bulunmaktır.



Dâva değişmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağı alana<sup>68</sup> tarafta değişmenin ithal edilmesinin sonuçları neler olacaktır ve bu sonuçlar haklı sayılabilecek, kanunun amacına<sup>69</sup> uygun düşecek midir?

68) Biz bu muhtevanın tesbitindeki tartışmalara girecek değiliz. Alman hukukunda çekişme konusu (Streitgegenstand, müddeabih) hakkındaki tartışma sona ermiş değildir, bkz. Schwab İHFM c. 33 sa. 3-4 s. 288 ve son. Bu gün alman doktrininde hâkim olan görüş çekişme konusunun iki unsurdan meydana gelmiştir (yazarlar için bkz ag tercüme s. 294, 295): 1. dava temeli, 2. ve buna istinad eden netice-i talep. Dava değiştirme de çekişme konusunun yani bu iki unsurdan birinin değişmesi hâlinde söz konusu olacaktır. Daha yeni bir görüşe göre çekişme konusu tek bir unsurdan ibarettir: netice-i talep; bkz. evlilik davaları için Böttcher, Rosenberge armağan s. 73 ve diğer davalar bakımından da görüşü savunan Schwab'ın Der Streitgegenstand im Zivilprozess adlı monografisine; Rosenberg'de ders kitabının son basılarında bu görüşe taraftar olmuştur § 88 I; ayrıca bu görüş istikametinde olmak üzere BGH ZP 75.458, bu karar için bkz. Schwab ag tercüme s. 296; ayrıca BGHZ 9 27. Bu görüşe göre davanın değişmesi sadece netice-i talebin değişmesi halinde söz konusu olacaktır. Türk doktrinindeki durumu bu teorilere paralel olarak belirtmek istersek, hukukumuzda iki unsurlu çekişme konusu görüşünün tartışmasız kabul edildiğini söyleyebileceğiz. Hukukumuzda intilâf çekişme konusunun unsurlarından olan dava temelini ne olduğu meselesinde kendisini göstermektedir, Üstündağ s. 17 ve son.; Postacıoğlu s. 320 ve son. Hemen belirtelim ki yukarıda çekişme konusu bakımından belirtilen iki görüşün taraftarlarının tartışmasız olarak kabul ettikleri husus usul hukuku talebinin maddî hukuk talebinden ayrılması gereğidir. Alman hukukunda usul hukuku talebi ile maddî hukuk talebi arasında bir ayırım yapmayan yazarlar için bkz. Schwab ag tercüme s. 298 ve son.

69) Üstündağ'a göre (s. 194/95) HUMK m. 185 b. 2 de 186 ncı maddenin dava değiştirmenin istisnaları arasında sayılmış olması tarafta değişmenin bir dava değiştirme olduğunu gösterecek niteliktedir. M. 186 daki hallerde tevsi iddiasında bulunulamıyacaktır. Bu husus 186 dışındaki taraf değişmesi hallerinin dava değiştirme olacağını ve o hükümlere tabi tutulacağını göstermektedir., zira bu durumlar istisnaların dışında kalmaktadır. Biz yukarıda (bkz. dn. 67 ye) kavram hukukçuluğuna bağlı yorum yapmayı reddettik. Bu bakımdan varılan sonucu sadece böyle bir kavramsal isbat ile gerekçelendirmek bizce kabul edilemez. Tekrar edelim bizce önemli olan taraf değişmesine dava değiştirmedir demek hangi sonuçlara götürecektir ve bunlar kanunun amacına uygun düşecek midir, bunlara cevap vermektir. Halbuki yukarıdaki isbat metodu bu meselelere hiç değinmemektedir. Kaldı ki yukarıdaki gerekçeye orada takip edilen metodla da karşı çıkmak mümkündür: Eski mâlike karşı davaya devam etmek istenirse netice-i talep tazminata çevrilecektir ve bu esas itibariyle dava değiştirmedir. Fakat 186 185/II nin istisnası olduğu için dava değiştirme yasağı söz konusu olmayacaktır. Devralana karşı davaya devam imkânını veren ise doğrudan doğruya 186 hükmüdür.

Devralan tarafın dâvaya çekilmesi halinde onun hüsnüniyet iddiasında bulunabilmesi imkânını m. 186 nin dâva değiştirme yasağının istisnâlarından olduğu gerekçesine dayandırmak da kanaatimce isabetli değildir, karşı. Postacıoğlu s. 388. Zira böyle bir gerekçelendirme devralanın, devredenin dermeyan etmeyi

## II. Dâva değiştirme görüşünün eleştirilmesi :

Yukarıda da kısaca değindiğim gibi (dn. 62) tarafta değişiminin dâva değiştirme olduğu görüşü yargılamanın devamlılığını (Kontinuität des Verfahrens) sağlamasından ve ilk derece mahkemesinde olduğu gibi istinaf mahkemesinde dahi tarafta değişmeyi mümkün kılmasından dolayı Alman temyiz mahkemesi tarafından bugüne dek savunulmuştur (bkz. dn. 47). Fakat ne manidardır ki istinaf mahkemesinde de taraf değişikliğine imkân veriyor diye **Kisch**'in görüşüne karşı (bkz. bu paragrafta III ve dn. 47) muhafaza edilen dâva değiştirme görüşü, yine Alman yüksek mahkemesi tarafından, istinaftaki taraf değişikliğine dâva değiştirme kurallarının uygun düşmediği gerekçesi ile reddedilmiştir<sup>70</sup>. Bu duruma göre Alman temyiz mahkemesi istinafta taraf değiştirmeyi mümkün görerek **Kisch**'in görüşünden ve dâva değiştirme kurallarının uygulanmasını reddetmekle dâva değiştirme görüşünden hiç olmazsa istinaf mahkemesindeki tarafta değişme bakımından ayrılmış olmaktadır<sup>70</sup>.

---

ihmal ettiği ve tevsi yasağının şümulüne giren bütün hususları ileri sürmesine imkân vermek gibi kabul edilemez bir sonuca götürür. Bu sonuç kabul edilemez, zira devralan devredenin yargılaması ile bağlıdır, dâva ona karşı bırakıldığı yerden devam etmektedir, yâni bir halefiyet durumu söz konusudur, nitekim bkz. **Postacıoğlu** aynı yer. Bu sebeple devredenin tevsi yasağı dolayısı ile ileri sürüleceği hususlarda aynı yasak devralanı da tahdit etmektedir. Devralanın iyi niyetli olması ise işte bu halefiyetin doğmasına engel olur. Diğer bir deyişle iyi niyetli olmama burada devralanın usulî hâlefiyetinin bir şartı olmaktadır. Devralanın iyi niyetli olması halinde onun devredenine sevkettiği yargılama ile bağlı olması söz konusu olamayacaktır. Zira kanunun başka bir hükmü mucibince o mâlik olmuştur. Onun lehine devreden'in o zamana kadar sevkettiği yargılama hiç nazara alınmaksızın hüküm verilecektir.

Görülüyor ki devralanın iyi niyetli olduğunu ileri sürebilmesini 186 cı maddenin dâva değiştirme yasağının istisnâsı olduğu hususuna dayandırmak zarurî olmadığı gibi isabetli de değildir.

70) BGHZ 21, 235 ve son. = JZ 11 (1956) s. 761 ve son.; konumuz bakımından önemli olan BGH'un 13.7.1956 tarihli bu kararı üzerinde durmak gereklidir: Olayda dâva ilk önce görevinden ötürü taraf olan (Partei kraft Amtes) kişiye karşı (davalı harpten sonra Almanyadaki müttefik işgal kuvvetleri askerî hükümetinin «emin» i (Treuhaender) idi ve davada kendi adına taraf olarak bulunuyordu) açılmıştı. Davacı istinaf mahkemesinde ilk olarak askerî hükümet'in «emin» i olarak dava ettiği kişiyi bu özelliği ile takip etmekten vaz geçip, davasını onun doğrudan doğruya şahsına yöneltmek istedi. BGH bu değiştirmeyi haklı olarak taraf değiştirme olarak gördü. Bundan sonra yerleşmiş olan içtihadına göre yüksek mahkemenin bu durumda dava değiştirme hükümlerini uygulaması gerekecekti. Yani bu değiştirme § 264 ZPO hükmüne göre eski davalının rızası ile olabilecektir; rıza göstermezse değiştirmenin icrası için mah-

Alman temyiz mahkemesinin istinafta taraf değişmesine dâva değiştirme hükümlerinin uygulanamayacağı yolunda karar verme-

kemen'in bu değiştirmeyi «amaca (işin esasına) uygun» (sachdienlich) görmesi kâfi gelecektir. İşte yüksek mahkeme o ana değin yeni davalının ilişığının bulunmadığı bir yargılayama rızası hilâfına sokulmasını tehlikeli görmüştür. Yüksek mahkeme «amaca uygun» olmanın objektif bir muhtevası olmasının — eğer dava değiştirme taraflar arasındaki ihtilâfın tamamıyla ortadan kaldırılacak şekilde halledilmesine hizmet ediyor ve ortaya çıkacak yeni ihtilâfları önleyecek mâhiyette bulunuyorsa «amaca uygun» (sachdienlich) dur, bkz. hepsi yerine Gross ZP 76, s. 207 — yeni davalının rızası hilâfına o zamana kadar katılmamış bulunduğu yargılamaya çekilmesinin tehlikelerini ortadan kaldırarak kuvvette görmüyor. Yüksek mahkeme bu arada tarafın değiştirilmesi hâlinde dava değiştirme hükümlerinin uygulanması ile mahkemenin, değiştirmenin «sachdienlich» olduğu yolunda verdiği kararın § 270 gereğince iptalinin de mümkün olmadığına işaret etmek sureti ile — **Thomas/Putzo** yüksek mahkemenin bir kararında § 270 in tarafın değiştirilmesi halinde uygulanamayacağı sonucuna vardığını söylemiş, § 270 2 d s. 343, ve kendi kitabında § 50 önünde IV'e atıf yapmıştır. Bu bölümde ise hem «kanundan ötürü taraf değiştirme» hem de iradi taraf değiştirme açıklanmaktadır. Yazarların bahsettiği RGZ 108, 350 ise § 265 ZPO nun alanına giren (bizdeki 186 mukabili) bir durumda doğrudan doğruya buna ilişkin hükümlerin uygulanacağı yoksa dava değiştirme hükümlerinin uygulanmasının söz konusu olmadığı ve bu sebeple mahkemenin § 265 in şartlarının gerçekleşmiş olması dolayısı ile devralanın davaya girmesine izin veren kararının § 270 in çerçevesine girmeyeceği yani bu kararın iptal edilmezlik vasfının bulunmadığını belirtmektedir. Bunun sebebi belirtildiği gibi bu kararın değiştirmeye cevaz veren bir karar olmaması doğrudan doğruya § 265 in şartlarını tesbit eden bir karar olmasıdır. Eğer **Thomas/Putzo** iradi dava değiştirme bakımından da kararın § 270 in uygulanmayacağı yolunda olduğunu söylüyorsa (ki kendisine yaptığı ayırimsız atıftan öyle anlaşılıyor), yanılıyor. Zira karar § 270 in § 264 gereğince, değişmenin «amaca uygun olduğu ve bu sebeple dava değiştirmeye cevaz veren kararlar bakımından uygulanacağını yani bu kararların kesin olduğunu söylemektedir. Şimdi taraf değiştirme de § 264 çerçevesinde bir dava değiştirme olarak görüldüğünden, bkz. dn. 47 deki kararlara, burada BGH nin incelediğimiz kararında haklı olarak belirttiği gibi taraf değiştirmenin sachdienlich olduğu yolundaki mahkeme kararı § 270 gereğince kesin olacağından, yeni davalının bu karara karşı bir mücadele imkânı bulunamayacak, ve iradesi hilâfına davaya çekilecektir. — yeni davalının karşı karşıya bulunduğu tehlikeyi belirtmektedir. Yüksek mahkemeye göre istinafta da davalının değiştirilmesi mümkündür, fakat bu değiştirmeye dava değiştirme hükümleri uygulanmayacaktır. Yüksek mahkeme dava değiştirme görüşünü reddeden **de Boor** (s. 109) ve **Nikisch**'in (§ 116 III 1) görüşleri ile istinafta dâvalı değiştirme bakımından esasta mutabık olduğunu belirtiyor ve yeni davalının rızasının aranması gereğini ön görüyor. Yüksek mahkemeye göre bu rızanın verilmesinden kaçınılması bazı hallerde hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir. Meselâ o ana kadar dâvayı kanunî temsilci olarak yürütmüş olan kişinin bu sefer şahsen takip edilmek istenmesi hâlinde bu rızanın verilmemesi hakkını kötüye kullanılması olarak görülebilecektir. Yukarıda olayını kısaca belirttiğimiz kararda BGH yeni dava-

sinin sebebi<sup>71</sup> dâva değiştirme hükümlerinin uygulanmasının büyük mahzurlar ortaya  ıkaracağının anlaşılmasından ileri gelmiştir. Biz dâva değiştirme kurallarının yargılama sırasında tarafta değişmeye uygulanması görüşünü, dâva değiştirmeye «rıza göstermek» şartının (HUMK m. 185/2; 202 f. II) tarafta değişmede ortaya çıkaracağı problemleri ele almakla başlayarak bir eleştiri süzgecinden geçirmeye gayret edeceğiz.

Hasmın rıza göstermesi halinde başka bir Şeye lüzum kalmaksızın dâva değiştirilebilecektir. Taraf değişmesine dâva değiştirme hükümlerinin uygulanmasından yana olanlara sorulmuştur<sup>72</sup> : Taraf değişmesinde rızasının alınması gereken hasım kimdir? Dâvacı değişmesinde denilebilir ki, eski dâvacının değiştirmeyi istemesi ve dâvalının rızası şarttır. Dâva değiştirmenin şartı olan muvafakat böylece yerine getirilmiş olacaktır. Fakat taraf değiştirmenin tamamlanması için başka bir Şeye ihtiyaç yok mudur? Dâvaya yeni girecek olan ikinci dâvacının da mevcut yargılamaya girmeyi istemesi gerekli değil midir? Yeni dâvacının, yargılamaya iradesi hilâfına  ekilemeyeceği aşik ardır<sup>73</sup>. İşte dâva değiştirme hükümleri burada yetersiz kalmaktadır. Zira bu hükümler mevcut yargılamanın taraflarından başkasının rızasını hesaba katılabileceği halleri d zenlemezler. Dâva değiştirme hükümlerinin düzenlediği sadece mevcut taraflar arasındaki dâvanın değiştirilmesidir. Eğer dâva değiştirme hükümlerinin bütün yetersizliklerine rağmen doğrudan doğruya ve münhasıran uygulanmasında ısrar edilecek olursa ikinci dâvacı iradesi hilâfına dâvaya  ekilebilecekti. Kanuna aykırılığı (HUMK m. 79) açıkça ortada olan bir

---

lının değiştirmeye rıza göstermemesini hakkın kötüye kullanılması olarak görmüş ve rıza hilâfına değiştirmeye cevaz vermiştir.

Burada kısaca temyiz mahkemesinde taraf değiştirmenin mümkün olmadığına da işaret edelim. Temyiz mahkemesi bir vaka mahkemesi olmadığı için böyle bir değiştirme mümkün olamaz, bkz. Rosenberg § 41 III 1 s. 173; RGZ 160, 212.

71) Yüksek mahkemenin bu kararı basit bir istisnaf durumdan ibaret g r temez, karş.  st ndağ s. 192 dn. 38. İleride tekrar belirtileceği gibi yüksek mahkemenin istisnaf dışındaki taraf değişmesinde yukarıda bahsedilen kararın uygulama alanı bulamayacağını belirtmesi ve dava değiştirme hükümlerinin uygulanacağı hususunda ısrar etmesi (BGHZ 400, 185 = BGH NJW 1964, 44 = JZ 64, 295 = JuS 64, 122; BGH ZJP 74, 460) ne kavramsal bakımdan ne de de menfaat'ler durumu bakımından «ciddi» bir sebebe dayanmaktadır, aynı Şekilde bkz. Putzo, NJW 1964, 500, ayrıca bkz. BGH ZJP 74, 460.

72) de Boor s. 15; Blomeyer § 115 III 3 s. 635.

73) meselâ bkz. Rosenberg § 41 III 2 s. 174 ve ZJP 70, 5

sonuç! Nitekim dâva değiştirme hükümlerinin doğrudan doğruya uygulanacağını söyleyenler de görüşlerine uymadığı halde yeni dâvacının bu yoldaki iradesinin vazgeçilemezliğini teslim etmektedirler<sup>74</sup>. Halbuki belirttiğimiz gibi dâva değiştirme hükümleri yeni dâvacının dâvaya girmek hususunda gerekli olan iradesine tamamen yabancıdır.

Eski dâvalının yerine bir yenisinin mevcut yargılamaya çekilmesinde dâva değiştirme görüşüne göre kimin rızasının aranması gerektiği meselesine gelince : Bu teori taraftarlarına göre rızası aranacak olan sadece eski dâvalıdır<sup>75</sup>.

Dâva değiştirme teorisine göre dâvaya yeni çekilen tarafın rızası aranmayacaktır<sup>76</sup>. Alman temyiz mahkemesi yeni dâvalının rızasının istinaftaki dâvalı değişmesi dışındaki hallerde aranmasına lüzum olmadığını belirtmektedir<sup>77</sup>.

Dâva değiştirme görüşü kabul edilince yeni dâvalının yargılamanın o anda bulunduğu durumla tamamen bağlı olması, diğer bir ifade ile eski dâvalının bütün usulî işlemlerinin yeni dâvalıya karşı da bütün tesirlerini muhafaza etmesi yâni bir usulî hâlefiyet durumu kaçınılmaz bir sonuç olarak ortaya çıkacaktır. Yeni dâvalı eski dâvalının usulî muamelelerini değiştiremez —eğer ilk dâvalı bir kere ıslah yoluna başvurmuşsa ıslahla dahi bu değiştirme mümkün olmayacaktır, HUMK m. 83 c. 2— ; eski dâvalının ikrarı ile bağlı olduğu gibi yine bu görüşün sonucu olarak dâva ikamesine bağlanan çeşitli sonuçların (zamanaşımının kesilmesi, temerrüt v.s.) yeni dâvalı bakımından da ilk dâvacıya karşı dâvanın ikamesi tarihinde ortaya çıktığını kabul zarureti olacaktır ki (zira aynı dâva, değiştirmeden sonra devam etmektedir) bunun hukukî duyguya aykırılığı ortadadır<sup>78</sup>. Sonuç ola-

74) meselâ bkz. Üstündağ s. 193.

75) bkz. dn. 71 deki kararlara; yukarıda belirtildiği gibi BGH istinafta yeni dâvalının rızasını arıyor, bkz. dn. 70; genel olarak yalnız ilk dâvalının rızasının yeteceği görüşü için bkz. Wilckens MDR 1957, 207; Üstündağ s. 192.

76) Yeni dâvalının rızasını arama hususu da tıpkı yeni dâvacının rızası gibi dâva değiştirme hükümlerine yabancıdır. Dâva değiştirme hükümleri sadece kendisine karşı dâvanın değiştirilmesi söz konusu olan hasmın — birinci dâvalının — rızasını aramaktadır.

77) BGH ZfP 74 (1961), 460 = BGH NJW 1962 347; BGH NJW 1964 44 (45) = BGHZ 40, 185 = JZ 64, 295 = JuS 64, 122.

78) Rosenberg ZfP 70 2, 3; dâva değiştirme görüşü taraftarı olan Üstündağ değiştirmeden (ıslahtan) sonra dahi derdesti rüyetlik anı bakımından dâvanın ilk açılması tarihinin önemli olduğunu ve tamamen değiştirmeden sonra dahi yeni bir dâvanın söz konusu olduğunun kabul edilemeyeceğini eski dâvanın devam etmekte bulunduğunu belirtmektedir, bkz. s. 118 ve bilhassa 174.

rak dâvaya çekilen ve rızasının alınmasına lüzum olmadığı söylenen yeni dâvalı eski dâvalının sevkettiği yargılamanın bütün sonuçları ile iradesi dışında bağlanmaktadır. Zira tarafın değiştirilmesi ile dâvanın sadece bir kısmı değiştirilmiş olmaktadır ; dâvanın değiştirilmemiş olan kısımları teorinin sonucu olarak yeni dâvalıyı da bağlamakta devam edecektir<sup>79</sup>. Buna mukabil bu teori dâva değiştirme hükümleri gereğince yeni dâvalıyı kendisine karşı ilk olarak dâva açılmış olan herhangi bir dâvalı ile bir tutarak, rızasının aranmasına lüzum olmadığını kabul etmektedir. Dâva değiştirme teorisi taraftarlarının bu sonuca varmaya mecbur olduklarını da belirtelim ; zira yeni dâvalının rızasının aranması dâva değiştirme hükümlerine tamamen yabancı kalmaktadır. Bize göre bir yandan geçmiş yargılama ile tamamen bağlı tutmak diğer yandan yargılamaya çekmede rızaya lüzum olmadığı sonucuna varmak haklı değildir ve dâva değiştirme hükümlerinin uygulanması bu kabul edilemez sonuca götürmektedir.

Alman temyiz mahkemesinin tarafta değişmeyi dâvanın değişmesi olarak nitelendirdiğini belirtmiştim. Ayrıca yüksek mahkemenin, istinaftaki taraf değişmesine dâva değiştirme hükümlerini uygulamaktan kaçındığını ve yeni dâvalının yargılamaya rızası hilâfına çekilemeyeceği yolunda karar verdiğine de değindim. Mahkeme bu kararından sonra muhtelif vesilelerle ilk derece mahkemesindeki tarafta değişmeye doğrudan doğruya dâva değiştirme hükümlerinin uygulanacağını ve bunun sonucu olarak yeni dâvalının mevcut yargılamaya diğerinin yerine çekilmesinde rızasının aranmayacağı yolunda hüküm vermiştir (bkz. dn. 77). Ancak bunlar arasında gösterilen bir karar (BGH ZZP 74, 460) çok ilgi çekicidir. Bu kararda da BGHZ 21, 285 deki kararın ilk derece mahkemesindeki tarafta değişmeye uygulanamayacağı, bu durumlarda dâva değiştirme hükümlerinin uygulanması gerektiği ve bundan dolayı da eskinin yerine geçecek olan yeni dâvalının rızasının aranmayacağı söylenmektedir (s. 461). İlgi çekici olan, mahkemenin, yeni dâvalının eskinin sürdürdüğü yargılama ile tamamen (meselâ onun ikrarı lie) bağlı tutulmasının aleyhinde bir durum yaratacağını (yüksek mahkeme bu arada, dâva değiştirme görüşü icabı olarak, zamanaşımının kesilmesi v.s. gibi dâvanın

---

79) Nitekim tarafta değişmenin dava değiştirme olduğunu kabul eden Schönke/Schröder/Niese yeni davalının değiştirmenin sachdienlich görülmesi halinde — yani rızası hilâfına olarak — davaya çekilebileceğini ve eski yargılama bakımından bir hâlefiyetin söz konusu olacağını açıkça belirtmektedir, § 30 III s. 146.

ikamesine bağlı sonuçların ilk dâvalıya karşı dâvanın açılma tarihinde ortaya çıkacağı sonucunun da yeni dâvalı aleyhine olduğunu belirtmektedir) kabul etmesidir. Yüksek mahkeme bundan dolayı rızası aranmayan yeni dâvalıyı doktrinde teklif edilen tedbirlerle korumak gerektiğini belirtmekte ve bu himaye tedbirleri için **de Boor**'a<sup>80</sup>, **Nikisch**'e<sup>81</sup> ve **Rosenberg**'e<sup>82</sup> atıf yapmaktadır. Kararda adı geçen bu yazarlar her şeyden önce tarafta değişmenin dâva değiştirme olarak nitelendirilmesine karşıdırlar. Teklif ettikleri ve sözü geçen kararın atıf yaptığı himaye tedbirleri dâva değiştirme hükümleri ile bağdaşmaz. Durumu en iyi şekilde kararın en başta atıf yaptığı **de Boor**'un söylediklerine göz atmakla tesbit edebiliriz : Yazar «İlk derece mahkemesindeki dâvalı değişmesinde de yeni dâvalının korunması için titiz bir dikkat göstermeliyiz. Bu bakımdan bizim buradaki çözümlerimiz dâva değiştirme görüşünden ziyade **Kisch**'in mülâhazalarına yakın olacaktır» (s. 109)<sup>83</sup> demektedir. Bu arada yazar meselâ mahkemenin yetkisinin yeni dâvalı bakımından yeniden incelenmesi gerekeceğini belirtiyor. Bir halefiyet durumuna yol açan dâva değiştirme görüşünde bunun kabulüne imkân olmadığı açıktır. Yine yazara göre yeni dâvalı mevcut bir yargılamaya girmektedir ; fakat bu husus onun savunmasını, eski dâvalının usulî muamelelerinden (meselâ ikrarından) ve § 279 hükmünden<sup>84</sup> mutazarrır olmaksızın, tamamiyle yeniden kurmasına engel değildir. Nihayet yazar derdesti rüyetliğe ilişkin etkilerin yeni dâvalı hakkında onun dâvaya girdiği anda ona karşı ortaya çıkacağını da belirtmektedir<sup>85</sup>.

80) s. 106 ve son.; ayrıca bkz. s. 104'e.

81) s. 461 (§ 116 II, III)

82) ZZP 70 1 ve son.

83) **de Boor** esas itibariyle **Kisch**'in görüşüne de katılmaz. Ona göre bu hususta kanunda bir boşluk vardır, bkz. ilerde § 4 ve 5, 6. Buraya naklettiğimiz pasajlar bu husus dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

84) § 279: Taraflardan birince sonradan ileri sürülen iddia ve müdafaa vasıtaları, ileri sürülme'lerine müsaade halinde ihtilâfın halli gecikecek ise ve mahkemenin serbest kanaatine göre taraf bu vasıtaları davayı sürüncemede bırakmak maksadı ile veya ağır ihmalden dolayı daha evvel dermeyan etmemişse, reddedilir.

Dava değiştirme görüşünün kabulü halinde eski davalının sürüncemede bırakmak kasdı ile zamanında bu vasıtaları dermeyan etmemesi, ikinci davalının da bu vasıtaları, halefiyet durumu dolayısı ile, sonradan dermeyanına engel olacaktır. Yazar işte bundan dolayı dava değiştirme görüşünün kabule şayan olmadığını ve ikinci davalının ilk davalının durumundan müteessir olmaksızın savunmasını yeniden kurabileceğini belirtmektedir.

85) s. 110

İşte dâva değiştirme görüşünü benimseyen ve yeni dâvalının rızasına bu sebeple lüzum olmadığını belirten bu karar yeni dâvalıyı korumak için **de Boor**'un dâva değiştirme hükümleri ile bağdaşamayacağını haklı olarak söylediği tedbirlere atıf yapmaktadır. Öyle tedbirler ki, bunların kabul edildiği yerde artık yeni dâvalının eski yargılama ile bağlı olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu karar Alman temyiz mahkemesinin dâva değiştirme görüşünde bir dönemeç noktası teşkil etmeye namzettir. Bu kararında mahkeme dâva değiştirme görüşünün en önemli hastalığını teşhis etmiş ve bu hastalığı görüşe karşı çıkanların, dâva değiştirme hükümleri ile bağdaşamayacak teklifleri vasıtasıyla tedavi etmekten çekinmemiştir<sup>86</sup>. Bununla yeni bir sonuca varılmış oluyor : Eski yargılama ile bağlılık söz konusu olmadığı takdirde yeni taraf rızası olup olmadığına bakılmaksızın yargılamaya çekilebilecektir. Tarafta değişme dâva değiştirme olarak kabul edildiği takdirde ise tesbit ettiğimiz bu esastan ayrılmak gerekecektir. Zira dâva değiştirme görüşü kabul edilince hem eski yargılama ile tam bağlılığı hem de yeni dâvalının rızasının aranmayacağı esasını kabul etmek zarureti vardır. Bunun haksızlığını esas itibariyle dâva değiştirme görüşünü kabul eden Alman temyiz mahkemesi de görmüş ve benim kanaatimce yukardaki kararında, hiç olmazsa bu karara münhasır olarak, dâva değiştirme hükümlerini ilk derece mahkemesindeki taraf değişmesine uygulamaktan kaçınmıştır. Demek oluyor ki, yeni dâvalının rızasının aranıp aranmayacağı meselesinde de dâva değiştirme hükümleri ile kabul edilebilir bir sonuca varmak mümkün değildir. Alman temyiz mahkemesi ise yeni dâvalıyı koruma tedbirlerini, dâva değiştirme görüşünü red pahasına, kabul etmiştir. Mahkeme istinaftaki değişmede yeni dâvalının herhalde (yani Sachdienlich olup olmamayı nazara almaksızın) rızasını aramakla nasıl dâva değiştirme görüşünden ayrılmışsa, ilk derece mahkemesinde de rızasını aramamakla beraber onu eski dâvalının yargılaması ile bağlı tutmamak sureti ile dâva değiştirme görüşün-

---

86) Tarafta değişmeyi ayrı derece mahkemelerinde ayrı hükümlere tabi tutmanın hiç bir ciddi sebebi bulunamayacağına işaret eden Putzo (NJW 1964, 500) haklıdır. BGH istinafta dava değiştirme hükümlerinin uygulanamayacağı sonucuna, yeni davalının şimdiye kadarki yargılamaya hiç bir tesiri olmadığı gerekçesi ile varıyor. Doğrusu bu gerekçenin ilk derecede mahkemesinde davaya çekilmek istenen ve o zamana kadar ilk davalının yürüttüğü yargılamaya hiç bir surette katılmamış bulunan yeni davalı bakımından neden söz konusu olmayacağını anlamak çok güçtür. Biz de bu rızayı aramıyoruz. Fakat bizim kabul ettiğimiz çözüm tarzı farklıdır, bkz. § 4,5,6.



den ayrılmaktadır<sup>87</sup>. Zira müteaddit kereler işaret ettiğim gibi dâva değiştirme görüşünün kabulü halinde, yeni dâvalıyı rızası hilâfına yargılamaya çekmek ve onu o zamana kadar eski dâvalının yürüttüğü yargılama ile bağlı tutmak sonuçlarını da kabul etmek gerekir<sup>88</sup>.

Tarafta değişme durumunda kimlerin rızalarının aranması gerekir probleminde dâva değiştirme hükümleri ile kabul edilebilir bir sonuca varılamayacağı buraya kadar yapılan açıklamalarla ortaya çıkmış olmalıdır. Şimdi üzerine eğilmek gereken ikinci mesele tarafta değişmede rıza göstermesi gerekenlerin bu rızayı göstermemeleri halinde dâva değiştirme hükümleri ile hangi sonuçlara varılacağı ve bu sonuçların ne dereceye kadar kabul edilebilir olduğu meselesidir.

Mevcut yargılamaya bir kimseyi rızası hilâfına dâvacı olarak sokmak mümkün değildir. Dâva değiştirme hükümlerinin burada uygulanması halinde de dâvaya dâvacı olarak çekilmek istenen kimse- nin rızası hilâfına bunu temin etmek mümkün olamayacaktır. Hal- buki dâva değiştirme hallerinde gerekli rıza temin edilemediği tak- dirde kanun değiştirmenin icrası imkânını başka yollardan tanımıştır. Kanunumuza göre hasmın muvafakatinin elde edilememesi halinde dâvanın ıslahı (m. 83 - 90) suretiyle dâva değiştirmek mümkündür. Fakat ıslah hükümlerine başvurarak dâvaya dâvacı olarak çekilmek istenen kimseyi iradesi hilâfına buna zorlamaya imkân yoktur. Is- lah hükümleri böyle bir meseleye tamamen yabancıdır. Hiç kimse- nin «kendi lehine olan dâvayı ikameye veya hakkını talebe icbar»

---

87) Dava değiştirme teorisinin yeni davalıyı eski yargılama ile bağlı tutma sonucuna götürdüğü için kabul edilemez olduğu hakkında ayrıca bkz. Lent/Jauer- nig § 86 II s. 243.

88) Tarafta değişmeye dava değiştirme hükümleri ile davanın geri alınma- sı hükümlerinin birlikte uygulanması gereğini ileri süren Gross (ZZP 76 (1963) 200 ve son.) da esas itibarıyla yeni davalının rızası gerekmediğini belirtmekte- dir, s. 203. Gross'un yazısının hiç bir yerinde yeni tarafın eskisinin sevkettiği yargılama ile bağlı olup olmadığına değinilmemesi anlaşılır gibi değildir. Bağlı olup olmama meselesinde davanın geri alınması hükümlerinin bir rol oynamıyacağı düşünülürse yazarın bu meselede dava değiştirme hükümlerini uy- gulamadan yana olduğunu ve yeni tarafın eski yargılama ile bağlı olduğu görü- şüne katıldığını kabul hakkımız vardır ki bunun doğru olmadığını yukarıda be- lirttik. Gross'un görüşü dava değiştirme görüşünden şu noktada ayrılıyor; eski davalı değiştirme sachdienlich'tir denilerek rızası hilâfına davadan çıkartılamaz, burada davanın geri alınması söz konusudur ve eski davalının rızası gereklidir.

olunamayacağı, m. 79, yolundaki kural zaten bir kimsenin rızası hilâfına mevcut yargılamaya dâvacı olarak çekilmesine engeldir. Görülüyor ki, dâva değiştirme hükümleri ile ne yeni dâvacının muvafakatinin elde edilmesi gereğini açıklamaya ve pek tabii ne de muvafakat elde edilememesi halinde ıslah hükümleri ile onun dâvaya çekilmesini temine imkân vardır.

Diğer taraftan dâva değiştirme görüşüne göre dâvacı değişmesinde dâvalının bu değişmeye rıza göstermemesi halinde yerini yenisine bırakmak isteyen veya dâvalı değiştirmede mevcut dâvalıyı değiştirmek isteyen dâvacı dâva değiştirme hükümlerinin uygulanmasını kabul halinde ıslah yolu ile dâvalının muvafakat göstermemesine rağmen bu değiştirmeyi yapabilecektir<sup>89</sup>. Yani dâvayı ıslah ettiğini söyleyerek dâvadan ayrılabilir veya eski dâvalıyı — dâvayı ona karşı ıslah etmesine rağmen — dâvadan uzaklaştırabilecektir. Böyle bir çözüm tarzı kanunun hükümleri ile çatışmaktadır. Gerçekten dâvacı burada belirtilen her iki halde de —birincide kendisi yargılamayı terkederek, ikincide dâvalıyı yargılama dışına çıkararak— dâvalıya karşı o zamana kadar yürüttüğü dâvayı geri almaktadır. Halbuki dâvalının rızası hilâfına bir kere derdesti rüyet olmuş dâvanın geri alınmasına dâvalının rızası olmadan imkân yoktur, bunun ıslah ile temini de mümkün değildir<sup>90 91</sup>.

---

89) Alman hukukunda (§ 264 ZPO) davalının rıza göstermemesi halinde davanın değiştirilmesi hâkimin değiştirmeyi «amaca (işin esasına) uygun» (sachdienlich) görmesi halinde mümkün olabilir, bkz. dn. 70. Mahkemenin davanın değiştirilmesinin «sachdienlich» olduğu yolundaki kararına karşı her hangi bir kanun yolu da tanınmış değildir, § 270 ZPO. Bu durum alman hukuku bakımından dava değiştirme görüşüne karşı munzam itirazların da yapılmasına yol açacaktır. Meselâ yeni dâvalı bakımından karar veren hâkim — ki bu karar sırasında yeni davalı henüz yargılama da değildir — memnuiyet sebepleri dolayısı ile yeni dâvalının dâvasına bakmaması gereken bir hâkim olabilir. Buna rağmen onun yeni davalıyı yargılamaya sürükleyen değiştirmenin sachdienlich olduğu yolundaki karar bütün kontrollardan kurtulmuş kesin bir karar niteliğindedir.

90) Nitekim m. 83 ün ıslah ile nelerin değiştirilebileceğini gösteren hükümünden de ıslah müessesesinin davanın geri alınması durumuna yabancı olduğu açıkça anlaşılmaktadır; Postacıoğlu s. 334; Kuru s. 314-315; HGK 23.12.1959 tarih ve 7/106-113 sayılı karardan da (Hukuk Postası Aralık-Ocak 1959/1960 s. 1093) bu husus açıkça anlaşılıyor. Bilge'nin ZPO § 271 de düzenlenen davanın geri alınmasının bizdeki ıslaha tekabül ettiği yolundaki görüşüne katılmıyoruz, bkz. s. 316. Alman hukukunda ıslah mevcut değildir. Değiştirmeye hasım razı olmadığı takdirde değiştirme ancak mahkemenin sachdienlich olduğu kararı ile icra edilebilir, § 264 ZPO. § 271 deki hüküm ise bizim m. 185/1 in tam paralelini

Burada Üstündağ ile aynı fikirde olmadığımız bir noktaya işaret etmek istiyoruz : Üstündağ eserinde dâvacının, taraf değişmesine karşı çıkan dâvalının bu itirazını ıslaha başvurmak sureti ile bertaraf edebileceğini söyledikten sonra ilâve ediyor : «Islaha dâvacı müracaat edebileceği gibi, dâvalı dahi müracaat edebilir»<sup>92</sup>. Bizim hukukumuzda iddianın değiştirilmesi ile birlikte müdafaanın değiştirilmesi de yasaklanmıştır, m. 202/II; fakat dâvalı dâvacının rıza göstermemesi halinde müdafaasını ıslah etmek suretiyle değiştirebilir, m. 202/III. Ancak dâvalının tarafta değişmeyi ıslah yolu ile temin etmesi kanaatimce mümkün değildir. Dâvalı ıslah yolu ile ne dâvacısını değiştirmek ne de kendisi dâvadan ayrılmak imkânına sahiptir. Bu bakımdan dâva değiştirme hükümlerinin uygulanmasında ısrar, dâvalının tarafta değişmeyi sağlamasına yol açacak yani dâvacı yürütmek istediği dâvasından mahkemenin hükmünden başka bir yolla rızası hilâfına uzaklaştırılmış olacak veya rızası hilâfına dâvasını kendi seçtiğinden başka bir hasma karşı yürütmek durumunda kalacaktır (karş. HUMK m. 79). Bu sonuçların kanuna ve usul hukuku prensip-

---

teşkil etmektedir ve dava ancak davalının muvafakati ile geri alınabilir. Geri alınma hâlinde § 264 uygulanmaz. Zira sachdienlich olma durumu (bkz. dn. 70) davanın geri alınmasına yabancıdır.

Alman hukukunda davanın geri alınması esasa girildikten sonra mümkün değildir, § 271. Tarafta değişmeye dava değiştirme hükümlerinin uygulanması hâlinde esasa girildikten sonra da mahkemenin değiştirmeyi «amaca uygun» (sachdienlich) görmesi ile davalı davadan rızası hilâfına çıkarılmış olacaktır ki bu davalının rızası hilâfına davanın ona karşı geri alınması demek olacak ve varılan sonuç § 271 hükmü ile çatışacaktır, bkz. Blomeyer § 115 III 3 s. 635.

91) Taraf değişmesinde, değişmeden sonra eski davadan feragat mi edilmiştir yoksa o dâva geri mi alınmıştır tartışmasının anlamına gelince; bir kere hasımda bir yanlışlık yaptığı kanaatinde olan ve onu değiştirmek isteyen dâvacının (ister davacı ister davalı değiştirmede) iradesinin mevcut davalıya karşı dâvasından feragat ettiği yolunda ortaya çıkmış olacağını söylemek isabetli olmayacaktır, zira çoğu kere mütereddit olan davacı tarafın değiştirilmesine başvurunca feragat etmiş sayılacağı için mevcut dâvayı sonuna kadar sürüklemek zorunda kalacaktır ki bu tarafta değişmenin amacı ile çatışır, bkz. ilerde § 4'e. Bu bakımdan onun irâdesini davayı geri almak yolunda değerlendirmek gerekir; kaldı ki davadan kendisi ayrılacak olan veya davalıyı davadan uzaklaştıracak olan davacı eğer davalıya karşı yürüttüğü davadan feragat ediyor ise neden davalının rızasını elde etmek mecburiyetinde kalsın ve neden davalı rıza göstermediği takdirde ıslaha başvurmak mecburiyeti ortaya çıksın? Davalıya karşı davadan feragat edilmiştir denilince artık dava değiştirmenin temelini teşkil eden hükümlerin uygulanmasının manası ne olabilir? Görülüyor ki aynı taraflar arasındaki davanın değiştirilmesindeki tartışmaların, Üstündağ s. 216 ve son., tarafta değişmede aynı anlama sahip olabileceğini söylemek güçtür.

92) s. 197.

lerine aykırılığı açıktır. Dâvalının, başka bir şeye ihtiyaç olmaksızın mevcut dâvadan ayrılması sadece kabul (m. 92) ile mümkün olabilir. Görülüyor ki burada da dâva değiştirme hükümleri ile kabul edilebilir sonuçlara varmak mümkün olmamaktadır.

Bu mesele hakkında söylediklerimize bir son vermeden evvel Yargıtay'ın tarafta değişme hakkındaki tutumuna da işaret etmek gerekmektedir. Bir kere Yargıtay'ın kararlarından açıkça ortaya çıkan husus ıslah sureti ile hasmın değiştirilemeyeceğidir. Bir HGK da<sup>93</sup> bu açıkça belirtilmektedir. Bu karara esas teşkil eden düşünce ıslah hükümlerinin tarafta değişmeye uygun düşmeyeceğidir. Kararda, «... dâvanın esas unsuru değişeceğinden dolayı, ıslah yolu ile dâvalının kişiliği değiştirilemez...» yolunda ve başarılı olmayan bir şekilde<sup>94</sup> ifade edilmek istenen ıslahın sadece aynı taraflar arasında cereyan edecek olan değişmelerde uygulama alanı bulabileceğidir<sup>95</sup>. Yargıtay böylece ıslahtan sonra eski dâvanın devam etmesinin taraf değişmesinde ortaya çıkaracağı kabul edilemez sonuçları önlemek istemektedir. Bu karardan evvelki ve sonraki kararlarında da Yargıtay ıslah suretiyle tarafı değiştirmenin caiz olamayacağını belirtmek gereğini duymuştur<sup>96</sup>. Demek oluyor ki Yargıtay tarafta değişmeye dâva değiştirme damgasını vurmaktan dikkatle kaçınmaktadır. Doktrin hemen ittifakla Yargıtayın tutumunu eleştirmesine biz dâva değiştirme görüşünün ortaya çıkardığı sonuçlar dolayısı ile katılmıyoruz.

93) HGK 11.9.1963 E: 2/60 K: 68 (Son İçt. 1964 N. 199 s. 6041)

94) Üstündağ tutarlı olarak netice talep ve dava temelini de davanın esaslı unsurlarından olduğunu ve bunların ıslah ile değiştirilebileceğini, tarafın esaslı unsurlardan olduğu kabul edilince değişmesinin dava değiştirme olduğunu ve ıslah ile bunun temin edilebileceğini de kabul etmek gereğini belirtiyor, s. 197. Fakat belirttiğimiz gibi Yargıtayın esas amacı dava değiştirme hükümlerinin uygulanmasına engel olmaktır.

95) Hangi hususların ıslah ile değiştirilebileceğini belirten İBK'ında da tarafın değiştirilmesinden bahis yoktur: «Dava açıldıktan sonra mevzuunda, sebebinde ve delillerde ve sair hususlarda usule müteallik olmak üzere yapılmış yanlışlıkları ve eksiklikleri tamamlamak imkânı veren... ıslahın;...» (4.2.1948 E: 10 K: 3 (RG. 17.Haziran 1948, N. 6934); yüksek mahkeme daha sonra yukarıda belirtilen HGK da açıkça tarafın ıslah ile değiştirilemeyeceğini belirtmek fırsatını bulmuştur.

96) Meselâ 4 cül HD 2.5.949 955/2625 (Tat. YK 1949 s. 194/195); TD 24.2.1950 E: 49/3385 K: 926; (Tat. YK 15 Mayıs 1960 s. 375); 6 HD 26.3.1966 E: 5698 K: 1172 (Ank BD 1966 N. 4 s. 758); HGK 6.3.1963 E: 6/29 K: 26 (AnkBD 1963 N. 2 s. 230 (231) ); HGK 14.10.1967 E: 966/8/295 K. 488 (İKİD 1967 N. 84 s. 5780, 5781).

Dâva değiştirme görüşünü eleştirirken buraya kadar mevcut bir tarafın yerine bir yenisinin geçmesi haline, tarafın değişmesine, dâva değiştirme hükümlerinin uygulanmasının isabetli olamayacağını, bu hükümlerin bu meseleye uygun olmadığını açıklamaya gayret ettik. Yazının başında belirttiğimiz gibi tarafta değişme üst kavramı altına mevcut tarafa yeni bir tarafın katılması da (taraf katılması, dâvânın ikamesinden sonra meydana gelen taraf yığılması — *Partei-beitritt, nachtraegliche Parteienhaeufung*) ithal edilmektedir<sup>97</sup>

Dâvacının yanına yeni bir dâvacının katılması veya dâvacının dâvalının yanına bir diğer şahsı ikinci dâvalı olarak çekmesi halinde yanlardan birinde dâvanın ikamesinden sonra bir taraf çokluğu ortaya çıkmaktadır. İşte bu durumda da tarafta bir değişmenin söz konusu olduğu ve bu sebeple bir dâva değiştirme ile karşı karşıya bulunulduğu, bundan dolayı da dâva değiştirme hükümlerinin uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>98</sup>.

Bu durumu dâva değiştirme olarak görmek hâtalı bir nitelendirilmedir. Dâva değiştirme hükümleri bu duruma da hiç bir surette uymamaktadır. Şimdi kısaca dâvacının yanına yeni bir dâvacının gelmesi veya dâvacının ilk dâvalısına yönelttiği dâvasının yargılamasına ikinci bir dâvalıyı çekmesinin nasıl nitelendirilmesi gereği üzerinde duralım.

Dâvanın ikamesi ile dâvacı ve dâvalı arasında bir usul hukuku ilişkisi doğmuş bulunmaktadır. Şimdi dâvacı meselâ müteselsil borçlulardan biri olan ilk dâvalının yanına diğer müteselsil borçluyu da çekmek istemektedir ve çekmiştir. Burada ortaya çıkan dâvalı yanda HUMK m. 43 anlamında bir taraf çokluğudur. Yanlardan birinde bir taraf çokluğunun bulunması hali ise aynı yargılama içinde birden fazla usulî ilişkinin yani daha açık bir deyişle birden fazla dâvanın bulunması demektir. Yani birden fazla dâvalı ile bir dâvacı veya birden fazla dâvacı ile bir dâvalı veya her iki tarafta da birden fazla kişinin bulunması halinde yanlarda bulunan tarafların adedine göre birden fazla dâva aynı yargılama içinde görülüyor demektir<sup>99</sup>.

97) bkz. dn. 1

98) Schönke/Schröder/Niese § 49 IV s. 225; Meiss ZZP 69 (1956) 475; RGZ 108, 350; 141, 277 (283); BGHZ 40, 185; BGH NJW 1966, 1028.

99) Thomas/Putzo § 59 önü I s. 85; Bzumbach/Lauterbach § 59 önü 1 s. 119 - 120; Lent/Jauernig § 81 III s. 233; Blomeyer § 109 s. 611; Guldener § 31 C II s. 273; meselâ iki dâvacının (A) (B) ve bir dâvalının bulunduğu dava ortaklığında (aktif dava ortaklığı) iki dava (A-C, B-C); bir dâvacı (A) ve iki dâva-

Bu dâvalar aynı yargılama içinde olmakla beraber bağımsızlıklarını muhafaza ederler. Dâva şartları ve iptidaî itirazlar aynı yargılama içindeki her dâva içinde ayrı ayrı söz konusu olur<sup>100</sup>. Yargılamanın birliğine rağmen dâva ortaklarının usulî muameleleri diğerlerinin dâvaları üzerinde etkili değildir<sup>101</sup>. Dâva ortaklarının dâvaları birbirinden bağımsız olduğundan her ortak diğerini temsil edebilir<sup>102</sup>, diğer ortakların dâvalarına müdahale edebilir<sup>103</sup>, kendi dâvası bakımından önemli olmayan vakıalar için diğer ortağın dâvasında şahit olarak dinlenebilir<sup>104</sup>. Nihayet bu bağımsızlığın tabii bir sonucu olarak her ortağın dâvası farklı şekilde hükme bağlanabilir, birinin dâvası reddedilirken diğerinin lehine hüküm verilebilir<sup>105</sup>.

Birbirlerinden bağımsız olan dâvaların teşkil ettiği dâva ortaklığı, ya HUMK m. 43 ün bent hükümlerinden evvelki ifadesinden de anlaşılacağı üzere dâvacı veya dâvacıların, dâvalı veya dâvalılara karşı müştereken dâva ikame etmeleri şeklinde<sup>106</sup> veya şartların gerçek-

---

lının (B) (C) bulunduğu dava ortaklığında (pasif dava ortaklığı) iki dava (A-B, A-C); iki davacı (A) (B) ve iki davalının (C) (D) bulunduğu dava ortaklığında dört dava (AC-, AD, B-C, B—D) veya diğer deyişle usulî ilişki bulunacaktır, Thomas/Putzo aynı yer; Ansay s. 130; ayrıca bkz. HGK 12.2.1963 E: 1/14, K: 19 (İKİD 1963 N. 29 s. 2157).

100) Nikisch § 109 IV 1, s. 436; Rosenberg § 94 III 1 b s. 465; Blomeyer § 109 II 2, s. 613; Guldener s. 275; Leuch Art. 36 N. 1 s. 70; Ansay s. 133.

101) Guldener aynı yer; Rosenberg § 94 III 1 d s. 465; Blomeyer § 109 II 2 s. 614;; Baumbach/Lauterbach § 61 2 B s. 122; Nikisch § 109 IV 2 s. 436; Schönke/Schröder/Niese § 52 II 4 s. 236; ayrıca ortaklardan birinin ikrarının diğerinin davasına tesir etmeyeceği hakkında meselâ bkz. 4 HD 5.12.1956 E: 4000 K: 6212 (Jurisdiction 1957, N. 6 s. 574).

102) Stein-Jonas-Schönke-Pohle § 61 II B s. 363; Nikisch § 109 IV 1 s. 436; Hukukumuz açısından pek tabii HUMK ve Avukatlık kanununun hükümlerinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

103) Schönke/Schröder/Niese § 26 IV 2 s. 131; dava ortağının davayı gıyaba bırakmasının müdahaleye engel teşkil etmeyeceği hakkında bkz. TD 19.9.1947, E: 3649; K: 2557 (İleri Hukuk 1947 N. 29 s. 432).

son. açıklamalara.

104) Baumbach/Lauterbach aynı yer; Nikisch aynı yer; Schönke/Schröder/Niese aynı yer; Ansay s. 131; Postacıoğlu s. 248. ayrıca bkz. Bilge s. 221 ve son. açıklamalara.

105) Rosenberg § 94 III 1 e s. 465; Nikisch aynı yer; Schönke/Schröder/Niese aynı yer; Guldener s. 275; HGK 12.2.1963 E: 1/14 K: 19 (İKİD 1963 N. 29 s. 2157) Bu kararda dava ortaklarından ikisinin gayrimenkule müdahaleleri varit görülmemiş üçüncü davalının ise müdahalesinin menine karar verilmiştir. Hepsî hakkında benzer kararlar verilmesi halinde de bir kısmının temyize müracaatı diğerlerinin müracaat etmemesi mümkündür ve bu halde de ortaklar hakkında kesin hüküm teşkil eden kararlar farklı olabilir.

106) Zaruri dava ortaklığının (HUMK 47) söz konusu olduğu hallerde davanın müştereken veya bütün ortaklara karşı açılması gerekir, bkz. dn. 108.

leşmesi halinde ayrı açılmış dâvaların mahkeme tarafından birleştirilmesi ile (HUMK m. 48) ortaya çıkar<sup>107 108</sup>. Kanunun aradığı irtibat şartının gerçekleşmesi halinde ayrı açılmış dâvalar diğer genel şartların da gerçekleşmesi kaydı ile mahkemece bir tek yargılamada birleştirilebilecektir. Böylece birbirlerinden tamamen müstakil olan birden fazla dâva aynı yargılama içine sokulmuş olacaktır. Bu birleştirme birbirlerinden bağımsız olan dâvalar üzerinde bir etki meydana getirmez. Onlar sadece aralarındaki irtibat sebebiyle ve usul ekonomisinin sağlanması ve çelişik kararların önlenmesi amacı ile ay-

107) Dava ortaklığının doğumu için başka hususi faraziyeler de hatıra gelebilir.; meselâ çekişme konusunun yargılama sırasında aynı anda davalı tarafından birden fazla kişiye devredilmesi ve davacının davasını devralanlara karşı (HUMK 186 daki seçim hakkı) yöneltmesi hâlinde olduğu gibi.

108) Bu takdirde birleştirilen davaların ikame tarihleri ayrı ayrıdır. Bunun sonucu olarak da dava ikamesine bağlanan sonuçlar her dava için ayrı tarihte ortaya çıkmış olacaktır (sitisnaf bir hüküm olarak bkz. BK. 134).

Zaruri dava ortaklığı söz konusu olan hallerde ise zaruri dava ortaklarının hep birlikte dava etmeleri veya hepsine karşı birlikte dava ikame edilmesi (MK. m. 582 deki haller dışında, hepsi yerine bkz. **Tuor/Picenoni** Art. 603 N. 5 s. 838; **Kuru** mirasçılarının müteselsilen sorumlu oldukları hallerde de hepsine karşı dava açılması gereğini söylüyor ki yazar bu görüşünde yalnız kalmış gözükmektedir, s. 220, dn. 5) gerekmektedir. Bu bakımdan birleştirme söz konusu olamaz. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi «müstaceliyet» bulunan hallerde dava ortaklarından birinin dava açması durumunda diğerlerinin sonradan davaya katılması gerçekleşirse davayı açana bir temsil yetkisi tanımaktadır, BGE 58 II 200; yalnız bu imkân federal mahkemeye göre müstaceliyet hâlinin devamı ile sınırlıdır. Temyiz mahkememiz de, hatta «müstaceliyet» şartını dahi aramadan, bu imkânı kabul ediyor görünmektedir: Meselâ bkz., HGK 21.11.1951, E: 168 K: 236 (son. İçt. 1952 N. 52 s. 1257); HGK 10.3.1965, E: 8 K: 51-90 (AnkBD 965 N. 4 s. 477 - 478); HGK 9.11.1966 E: 8 K: 113-285 (AnkBD 967 N. 1 s. 118); 6HD 23.2.1967 E: 3874 K: 910 (AnkBD 967 N. 3 s. 546).

Fakat burada söz konusu olan yeni tarafların onlara karşı yeni davalar ikamesi suretile eski yargılamaya çekilmeleri değildir. Zira bu zarurî dava ortaklığının bünyesine aykırıdır. Burada davayı ikame eden ortağın açtığı davayı reddetmekten kurtarmak için bir temsil faraziyesine sığınılmaktadır. Yani dava diğer ortakların muvafakatlerini bildirerek davaya katılmaları anında değil fakat ilk ortağın davayı açtığı tarihte derdestlik kazanmış kabul edilmektedir.

Dâvalı yanda bir zarurî dâva ortaklığı söz konusu ise yani davacının bütün ortakları aynı anda hasım tutarak dava ikame etme gereği mevcut ise ve dâvacı meselâ tek bir ortağa karşı dava açmışsa bu dâva, dâva tâkip yetkisi bulunmaması dolayısı ile reddedilecektir. Burada yukarıda zikredilen kararların verdiği imkândan yararlanmak söz konusu olamaz. Zira kabul edilen bu imkân miras şirketini korumak için kabul edilmiştir. Dâvacının diğer ortakları dâvaya çekmesi tarafın değişmesi hükümlerine tâbi olacaktır, bkz. § 6.

nı yargılama içine alınmışlardır. İcabında bu dâvalar tekrar ayrılabilirler (HUMK m. 45, 46). Ayrılmadan sonra da dâvalar birbirlerinden bağımsız olarak devam ederler. Tekrar edelim birleştirme halinde bağımsız bu dâvalar bakımından hiç bir değişme söz konusu olmayacaktır.

Şimdi devam eden dâvanın yargılamasına dâvacı dâvalısının yanına yeni bir dâvalıyı çekmek isterse, ve buna bir an için bir engel olmadığını kabul edersek, yeni dâvalının yargılamaya girmesi ile aynı yargılama içinde ikinci bir dâva (yeni dâvalıya karşı) açılmış demektir. Böylece bu yolla bir dâva ortaklığı doğmuş bulunmaktadır. İlk dâvanın değişmesi bu sebepe söz konusu değildir ve yine bu sebepe ilk dâvalının muvafakatine ihtiyaç yoktur. İlk dâvalı sadece dâva ortaklığı şartlarının gerçekleşmemiş olduğunu ileri sürerek dâvacının aynı yargılama içinde birleştirdiği dâvaların ayrılmasını talep edebilir (HUMK m. 45). Aynı yargılamaya yeni bir dâvacının girmesi bakımından da dâvalı için durum aynıdır. Bu yolla dâva ortaklığının doğumu bakımından ne dâvalının rızasına ihtiyaç vardır, ne de tabiatıyla dâva ortaklığının doğumunu temin için ıslah hükümlerinin uygulanması mümkündür ; mesele dâva ortaklığının kanunda yer almayan böyle bir doğum şekline cevaz verilip verilemeyeceğindedir. Yoksa doğum şekli kabul edildikten sonra uygulama alanı bulabilecek hükümler sadece dâva ortaklığı hükümleri olabilir<sup>109</sup>.

109) Putzo, NJW 1964 500, yazar haklı olarak müstakil bir dava ikamesinde davalının rızası ve sachdienlichkeit ne derece gerekli olabilir ise yeni bir dava ortağının ilk davalı yanına çekilmesinde de o kadar gerekli olabilir demekte ve sadece dava ortaklığı şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun önemli olduğunu belirtmektedir. Sachdienlichkeit'in yerine ıslah hükümlerini geç rerek aynı düşünce tarzını hukukumuz için tekrarlıyabiliriz; sadece dava ortaklığı hükümlerinin söz konusu olabileceği hakkında bkz. ayrıca Blomeyer § 115 IV 1 a s. 635 ve son.; Thomas/Putzo, § 50 önü 4 s. 70, 71; Bernhard § 32 III 2 s. 209, 210; Zöller § 264 I 2 s. 362 (bu yazarın taraf olanın değişmesinde dava değiştirme hükümlerinin kıyasen uygulanacağına kabul ettiği hatırlanmalıdır, bkz. dn. 52; yazar buna rağmen bu meselede dava ortaklığı hükümlerinin uygulama alanı bulacağını dava değiştirme hükümlerinin söz konusu olamayacağını açıkça belirtmektedir.); München, Oberlandsgericht kararı MDR 58, 849; «Müteselsil borçlulara karşı birlikte dava açılmak isteniyorsa, bunun dava açıldığı sırada bir dilekçe ile yapılması gerekir. Yoksa, bir müteselsil borçluya karşı dava açıldıktan sonra, ek dilekçelerle diğer müteselsil borçlulara da davanın teşmiline usulî imkân yoktur» 4 HD 7.9.1965, E: 6056 K: 4057 (İst. BD 4 HD kararları 2 ci ek s. 1). Bu karardan anlaşılacağı üzere yargıtay dava değiştirme hükümlerini uygulamayı düşünmemiştir. Ancak yargıtay bu kararı ile dava değiştirme hükümlerini reddetmekten daha ileri gitmektedir. Kararda söylendiği gibi hiç bir usulî imkân söz konusu olamaz mı ilerde inceleyeceğiz.



Bu paragrafın bu ilk bölümündeki açıklamalardan kanaatimizce şu sonuca ulaşmak gereği ortaya çıkmaktadır : Kanunda yer alan dâva değiştirme hükümleri sadece aynı kalan taraflar arasındaki değişmeler bakımından yürüyecektir<sup>110</sup>. Dâva değiştirme dâvanın dâva dilekçesinde yer alan zaruri unsurlarının değişmesidir, taraf da bu unsurlardan biridir; şu halde tarafta değişme dâva değiştirmedir ve dâva değiştirme hükümlerinin uygulanması gerekir şeklindeki bir yorumda isabet yoktur. Dâva değiştirme hükümlerinin tarafta değişmeye uygulanmasında ne gibi sonuçlara varılacağı hatırlanırsa bu hükümlerin ne doğrudan doğruya ne de kıyasen uygulanmasına imkân olamayacağı kabul edilecektir zannederim. Zira bu sonuçlar dâva değiştirme hükümlerinin tarafta değişmeye tamamen yabancı olduğunu ve bunların uygulanmasının ratio legis'e aykırı bulunduğunu göstermektedir<sup>111</sup>.

### III. İlk dâvanın geri alındığı ve yeni bir dâva ikame edildiği görüşü :

Dâva değiştirme görüşünün karşısına ilk çıkan **Kisch**<sup>112</sup> tir. Yazara göre dogmatikğin görevi «hukukî tezahürleri» «basit ve müttehit» üst kavramlara göre nitelemektir (Subsumtion, atlama). Amaca uygunluk ve menfaatler durumu gibi mülâhazalar hukuk bilimini sadece «sathileştirme» ye yol açarlar. «Gayesi kanun teklifi yapmak değil yürürlükteki hukuku yorumlamak olan kimse sadece kanunda yer alan düşünceleri ortaya çıkarmak mecburiyetinde olduğunu ve bunlarla bağlı bulunduğunu unutmamalıdır»<sup>113</sup>. Yazar tarafta değişme meselesini hallederken de gerekli olan herşeyin kanunda ifadesini bulmuş olduğu görüşünden hareket etmektedir. Ona göre me-

110) Rosenberg § 100 I s. 485; Hofmann NJW 64 1027; ayrıca bkz. HGK 11.9.1963 E: 2/6 K: 68 (Son İct. 1964 N. 199 s. 6041).

111) Dava değiştirme hükümlerinin uygulanması ile varılacak sonuçlar göz önünde tutulacak olursa bu hükümlerin kısmende olsa tarafta iradî değişmeye uygulanamayacağı anlaşılmaktadır; karşı. Schwab ZZP 73 478; Zöllner § 264 I 2 s. 362; Gross ZZP 76 s. 200 ve son.

112) Partheiaenderung im Zivilprozess, München 1912, bu eserden ne yazık ki doğrudan doğruya yararlanmak imkânını bulamadım. Yazarın görüşlerini de Boor geniş ölçüde aksettirmiştir. Ben de esas itibariyle bu bilgilerden faydalandım; bu arada Kisch'in görüşünü nakleden Gross (ZZP 76 s. 200 ve son.), Rosenberg (ZZP 70 s. 1 ve son.), Üstündağ (s. 188 ve son.) da yer alan bilgiler de dikkate alınmıştır.

113) Ön söz s. X, de Boor s. 6 dan naklen.

sele bir dâvada mevcut taraflardan birinin çekilmesi ve onun yerine bir yenisinin geçmesi durumuna uygun kanunî hükümleri bulmaktır. Taraftaki bu değişme iki ayrı usulî oluşla tamamlanmaktadır; Birinci dâvalıya karşı dâvanın geri alınması ; yeni dâvalıya karşı yeni bir dâva ikamesi. İlk kademede dâvanın geri alınması hakkındaki hüküm (§ 271 ZPO ; HUMK m. 185 b. 1) ikinci kademe için dâva ikamesi hakkındaki hüküm (§ 253 ZPO ; HUMK m. 179) uygulama alanı bulacaktır<sup>114</sup>.

**Kisch** dâva değiştirme görüşüne karşı tenkitlerini esas itibariyle bu görüşün lojik bakımdan yanlış olduğu temeline dayandırmaktadır<sup>115</sup>. Ona göre dâvanın zarurî unsurları dâva temeli netice talep ve taraflardan ibaret değildir. Dâvanın önüne götürüleceği mahkeme de dâva dilekçesinde yer alması gereken zarurî bir unsurdur. Dâva değiştirme görüşüne göre mahkemenin değiştirilmesini de dâva değiştirme olarak görmek gerekecektir.

Fakat yazarın bu itirazları dâva değiştirme görüşünün mantıkî temelden yoksun olduğu sonucuna götürebilecek midir? Dâva değiştirme görüşünden yana olanlar diyecektir ki, mahkemenin dâva arzualinde yer almasının gerekli olduğu açıktır. Ancak dâva değiştirme görüşünü kabul edenlerin mahkemenin değişmesi halinde de dâva değiştirme durumu görmek zorunda olacaklarını söylemek hatalıdır. Kanun mahkemenin değişmesini diğer unsurlardan ayırarak farklı hükümlere tâbi tutmuştur. Şu hale göre değişmeleri bu şekilde ayrı olarak düzenlenmemiş olan unsurların değişmesine dâva değiştirme hükümlerini uygulamak gerekecektir<sup>116</sup>. Doğrusu böyle bir izah şeklinin mantıkî bakımdan doğru olmadığını söylemek pek mümkün görünmüyor<sup>117</sup>.

114) de Boor'un haklı olarak belirttiği gibi bu çözüm tarzının temelinde merî hukuk düzeninde boşluk olamayacağı dogması yatmaktadır, bkz. de Boor s. 7.

115) Burada dava değiştirme görüşünün, tarafın dâvanın zarurî unsurlarından olduğu ve bu sebeple değişmesinin dava değiştirme olacağı şeklinde ifade edilen şekli taraf kavramının ortaya çıkmasından sonraki şekli hedef alınmaktadır. Dava değiştirme görüşünün tarafın dava temeline dahil bulunduğu gerekçesine dayanan ilk şeklinin tenkidi için bkz. bu paragrafta I ve II ye.

116) Nitekim bkz. Hellwig Lehrbuch 3 § 166 IV 1 s. 236; Gross ZZP 76 200 (202); Üstündağ s. 192.

117) Mahkemenin değişmesinin ayrı olarak düzenlenmesinin ne şekilde yorumlanması gerektiği hakkındaki görüşümüz için bkz. dn. 66 ya ait ve takip eden metin ve bu paragrafın II nolu bölümüne.

Fakat yazar esas gerekçesini yeni bir dâvanın açıldığı esasına dayandırmaktadır. Ona göre «her değişme mantıkî olarak değiştirilen konunun aynı kalmasını gerektirir.» «Dâvanın aynı kalması bakımından sabit bir sınır ise, ancak asgarî şart olarak dâvalı ve dâvacının aynı kalmaları ile sağlanabilir»<sup>118</sup>. Tarafların değişmesi halinde artık dâvanın aynı kaldığından bahsedilemez ; birinci ile hiç bir ilişkisi bulunmayan yeni bir usulî ilişki ortaya çıkmıştır. Zira tarafların dâvanın aynı kalması meselesinde ayrı bir önemi bulunmaktadır, onların değişmesi halinde aynı dâvanın devam ettiği söylenemez. Bir dâvacının dâvası diğer bir dâvacının değiştirilmiş dâvası olamayacağı gibi bir dâvalıya karşı ikame edilmiş dâvanın bir diğer dâvalıya karşı değiştirilerek devam eden dâva olarak görülmesi de mümkün olmaz<sup>119</sup>. Aksi takdirde kanunun kabul ettikleri dışında (§ 239, 265) bir hâlefiyet durumu ortaya çıkacaktır ki bu kabul edilemez<sup>120</sup>. Tarafın değişmesine uygulanacak hükümler kanunda mevcuttur. İlk dâva geri alınmaktadır ve yeni bir dâva ikame edilmektedir. Bunlara ilişkin hükümler ne ise onlar burada da uygulanır<sup>121</sup>.

Alman hukukunda bu görüş bilhassa yargılamanın devamlılığını (Kontinuität des Verfahrens) ortadan kaldırdığı ve yargılamayı birbirinden tamamen bağımsız iki kısma ayırdığı için tenkit edilmiştir<sup>122</sup>. Ayrıca yeni tarafa karşı yeni bir dâva ikame edilmiştir denilince istinaf mahkemesinde iradî bir taraf değiştirme söz konusu olmayacaktır, zira istinafta yeni bir dâva ikamesine imkân yoktur<sup>123 124</sup>.

**Kisch'in** bu konuda söylediklerini tamamen reddedecek değiliz. Yazar açıklamalarının temeli olarak belirttiği düşünceleri bakımın-

118) s. 24 ve son. (de Boor s. 8 den naklen).

119) s. 25 (Hess s. 55-56 dan naklen)

120) Hofmann NJW 64 1026/7; bu yazar son zamanlarda Kisch'in görüşüne katılan tek yazar olarak görülüyor ayrıca bkz. Hess s. 55, 56.

121) Kisch'in dava değiştirme görüşüne karşı tenkitleri sadece mantıkî bakımdan bu görüşün yanlış olduğuna inhisar etmez, bkz. dn. 117. Yazar dava değiştirme hükümlerinin tarafta değişmeye uymadığını da çeşitli örneklerle belirtmektedir ki de Boor bu itirazları haklı görüyor, bkz. s. 15.

122) de Boor s. 16; Gross s. 201, 202; Blomeyer § 115 III 3 s. 635.

123) Blomeyer aynı yer; Gross s. 202; Rosenberg ZJP 70 s. 4.

124) de Boor, Kisch'in kendisine karşı yöneltilen bu tenkitleri bir makalesinde («Parteibeitritt in der Berufungsinstanz» Festschrift für R. Schmidt 1932 s. 306) karşılamaya ve yargılamanın bu parçalanmasının arzu edilir bir husus olması gereğini kabul ettirmeye çalıştığını söylemektedir, s. 16 dn. 20.

dan haklıdır. Yazarın belirttiği gibi yanlardan birindeki tarafın değişmesi halinde artık eski usulî ilişkinin devam ettiği söylenemez. O zamana kadar A ile B arasında devam etmekte olan dâvanın B yerine giren C ye karşı da aynen devam ettiği söylenemez. Kanun hangi hallerde usulî hâlefiyetin söz konusu olacağını açıkça düzenlemiştir (tarafın ölümü m. 186 daki seçim hakkının devralana karşı dâvayı yürütmek şeklinde kullanılması halleri). Bunlar dışında eski dâvalının yerine bir yenisinin geçmesi halinde yeni bir usulî ilişki ortaya çıkmıştır. Yani yeni bir dâva söz konusudur. Yazarın belirttiği gibi (bkz. dn. 119) bir dâvacının dâvası diğer bir dâvacının değiştirilmiş dâvası olamayacağı gibi bir dâvalıya karşı ikame edilmiş dâvanın bir diğer dâvalıya karşı değiştirilerek devam eden dâva olarak görülmesi mümkün değildir. Nitekim Kisch'in görüşünü tenkit eden dâva değiştirme görüşü taraftarları yazarın dogmatik gerekçelerine karşı bir şey söylememişler fakat sonuçlarının kabul edilemez olduğunu ileri sürmekle yetinmişlerdir. Kisch'in yukarıda belirtilen söylediklerine doğrudur derken sadece dogmatik esasların gözönüne alındığı sanılmamalıdır. Yazarın söyledikleri dogmatik bakımdan doğru olduğu gibi menfaatler durumuna ve kanunun amacına da uygundur. Kanun sadece pek sınırlı hallerde bir kimsenin yürüttüğü yargılama ile diğer bir kimseyi bağlı tutmuştur. Zira bir kimsenin katılmadığı bir yargılama ile bağlı tutulması usul hukukunun amacına aykırıdır. Bunun nasıl kabul edilemez sonuçlara götürdüğü dâva değiştirme görüşü incelenirken belirtildi. Demek oluyor ki, esas olarak mevcut tarafın yerine bir yenisinin geçmesi halinde artık eski usulî ilişkinin devam ettiği söylenemeyecektir. Bu şekli taraf kavramının ortaya çıkardığı bir sonuç oluyor. Taraf dâva dilekçesinde gösterilen kişi olduğuna ve usul hukuku ilişkisi gösterilen taraflar arasında ortaya çıktığına göre, dilekçede gösterilen taraflardan birinin yerine bir diğerinin geçmesi halinde bu sefer aynı kalan tarafla bu yeni taraf arasında bir usul hukuku ilişkisi (dâva) ortaya çıkmış olmaktadır.

Yeni bir usul hukuku ilişkisinin ortaya çıkmış olduğu görüşünü menfaatler durumuna da uygun bir görüş olarak kabul edebileceğimizi söylemek Kisch'in yaptığı bu tesbite bağladığı bütün sonuçlara katıldığımız anlamına gelmemelidir. Zira yazar yeni bir usulî ilişkinin doğduğunu böylece eski dâvanın geri alınmış olduğunu ve yeni bir dâva ikame edilmiş bulunduğunu söylemek suretiyle tarafta değişmeyi kanun hükümleri bakımından niteledikten sonra yeni bir diğerlerdir-meye lüzum görmüyor. Bir kavram içtihatçısı olarak onun için mesele kapanmıştır. Mademki eski dâvanın geri alınması ve yeni bir dâ-

va ikame edilmesi söz konusudur, kanunda bu hususlara ilişkin hükümler aynen uygulanacaktır. Yazar için düşünme imkânı sadece kanunun sınırları içinde mevcuttur<sup>125</sup>, yani menfaatler durumu v.s. gibi mülâhazalarla kanunun tamamlanması söz konusu değildir. Yazar haklı olarak dâva değiştirme görüşünün karşısına çıkmış olmasına, dâva değiştirme hükümlerinin tarafta değişmeye uymadığını tesbit etmiş bulunmasına rağmen, bir kavram içtihatçısı olduğu için dâva değiştirme hükümlerinin uygulanmasının ne derece haksız ve kabul edilemez sonuçlara götürdüğü hususuna değinmek aklına gelmemiştir. Zira bir kavram hukukçusu olarak onu ilgilendiren sadece nitelendirmenin (Subsumtion) doğru olup olmadığına bakmaktır<sup>126</sup>. İşte yazarın bu anlayışla vardığı sonuçların tamamına, dâva değiştirme görüşüne karşı haklı çıkışına rağmen, katılmak mümkün olmamaktadır<sup>127</sup>.

**Kisch** ilk dâvanın yargılamaının ayakta tutulup tutulamayacağı diğer bir deyişle bu yargılamadan ikinci dâva bakımından yararlanılıp yararlanılamayacağı meselesi üzerinde hiç durmuyor. Durması yukarıda açıklanan anlayışı dolayısı ile düşünülemezdi de ; zira kanunda böyle bir imkân değerlendirilmiş değildir. Birinci dâva geri alınmıştır ve hiç açılmamış sayılacaktır (bkz. dn. 128). İkinci dâvalıya karşı ise yeni bir dâva açılmaktadır veya ikinci dâvacı tarafından dâvalıya karşı yeni bir dâva açılmaktadır. Birisi bitmiş ortadan kalkmış ve ikinci bir dâva açılmıştır. Birincinin yargılamaının ikinci bakımından ayakta durması söz konusu olamaz. **Kisch** bir kavram içtihatçısı olarak böyle düşünmek durumundadır. Eski dâvanın yargılamaından faydalanmanın mümkün olabileceği bir kavram içtihatçısının kabul edebileceği bir sonuç değildir, eski dâvanın yargılamaı yeni tarafa karşı yöneltilen dâvada bir takım muamelelerin tekrar yapılmasını önlemek suretiyle bir tasarruf sağlasa dahi. Zira ilk dâva geri alınmıştır ve yararlanılacak bir yargılama mevcut değildir<sup>128</sup> ;

125) bkz. de Boor s. 10, 11.

126) Yazarın kavram içtihatçılığına (Begriffsjurisprudenz) tam bağlılığı de Boor'un naklettiği fikirlerinden anlaşılmaktadır, bkz. s. 10 dn. 13, s. 11 dn. 14, s. 12 dn. 17, 18, 19.

127) mamafih karşı. Hofmann NJW 64 1026, 1027.

128) Hofmann ilk dava esastan (unbegründet) reddedilmiştir diyor, s. 1027; yazarın ilk davanın geri alınmış olduğunu söyledi'kten sonra bunu ilâve etmesi isabetsizdir. Zira geri alma hâlinde esas hakkında bir hüküm verilmesi söz konusu değildir, dava geri alındığı takdirde hiç açılmamış sayılmaktadır, bkz. Blomeyer § 63 I s. 306; Rosenberg § 127 I 1 s. 617.

kanunda bu yargılamanın yeni dâva bakımından değerini muayyen bir şekilde muhafaza edeceğini gösteren bir hüküm de mevcut değildir.

#### § 4. TARAFTA İRADİ DEĞİŞME NEDEN MÜMKÜNDÜR?

Yukarıda Kisch'in görüşünün tarafın iradî olarak değişmesi şeklinde ayrı bir meselenin mevcut olamayacağı sonucuna götürdüğünü görmüş bulunuyoruz. Halbuki biz de yazar ile birlikte yeni bir tarafın eskisinin yerine geçmesi halinde yeni bir usul hukuk ilişkisinin doğduğunu yani yeni bir dâvanın söz konusu olacağını kabul ediyoruz. Fakat biz kavram içtihatçılığını reddettiğimiz için, iradî taraf değişmesini kanunda bu husus düzenlenmemiştir diye reddetmek yoluna girmeyeceğiz.

İlk önce yargılama sırasında taraf değişmesine cevaz verilmesinin neyi sağlayacağını bilmek gerekir. Diğer bir deyişle hangi amaçla iradî bir taraf değiştirme kabul edilecektir bunu tesbit etmek lâzımdır. Söz konusu olan amaç, tarafın değişmesinden evvelki yargılamadan, yeni tarafla yürüyen dâvada faydalanabilmektir<sup>129</sup>. Fakat yukarıda da belirtildiği gibi kanun böyle bir imkânı değerlendiren bir hüküm ihtiva etmemektedir. Kanunun susuşunu nasıl yorumlamak gerekir?

Medenî usulün gayesi bize yol gösterici olacaktır. Medenî usulün gayesini şu şekilde tarif etmek mümkündür : Hukukî sükunun devamını sağlama amacı ile sübjektif hakların korunması<sup>130 131</sup>. Bu tarife

129) Dava değiştirme görüşü de bir bakıma ilk yargılamayı ayakta tutuyor, fakat değişmeden sonra da tarafları tamamen bağlayacak şekilde! Yani bir hâlefiyet ortaya çıkararak! Bunun hangi sonuçlara götüreceği ve bu sonuçların neden kabul edilemeyeceği üzerinde durduk.

130) bkz. medenî usul hukukunun amacı için Rimmelspacher s. 19 ve son.

131) Yani bize göre de medenî usulün amacı hakların korunmasıdır. Ama bu reel amaç ideal amacın bir gereğidir, yani hukukî sulh ve sükunun muhafazası amacının bir gereği, Rimmelspacher'in deyişi ile medenî usulün ideal amacı hukukî sükunun muhafazası, reel amacı ise ideal amaç çerçevesi içinde hakların korunmasıdır, s. 23. Demek ki ideal amaç reel amacın sınırını teşkil etmektedir. Bazan hukukî sükunun muhafazası sübjektif hakkın korunması amacının haklı göstereceği işlemlerin engellenmesine yol açabilir. Meselâ sübjektif hakkın korunması amacı karşısında aynı ihtilâf konusunun birden fazla kereler dava yolu ile dermeyanı mümkün görülmek gerekirdi. Ama kanun böy-

göre medenî usul normları sübjektif haklara yapılan tecavüzlerin ortadan kaldırılması veya bu tecavüzlere engel olunması için gerekli olan araçlardır. Medenî usul normları yardımı ile hakkın varlığı veya yokluğu tesbit ettirilebilecek (tesbit hükmü), hasmın bir ifaya mahkûmiyeti sağlanabilecek (eda dâvasında alınacak hüküm) veya yeni bir durumun elde edilmesi (kurucu hüküm) mümkün olabilecektir.

Böylece sübjektif bir hakkın ihlâli veya inkârı ile bozulan hukukî sükûn usul normlarının uygulanması ile yeniden kurulacaktır<sup>131</sup>. Medenî usulün bu şekilde tesbit edilen amacı ihlâl edilen hukukî sükûnun bir an evvel ve en kolay şekilde iade edilmesini de gerektirmektedir<sup>132</sup>. Yani hukukî sükûnun iadesi için sübjektif hakkın korunması amacının tabiatında, bu korumanın mümkün olduğu kadar çabuk ve kolay (ucuz) yapılması gereği yatmaktadır. Demek oluyor ki çabukluk ve kolaylık (ucuzluk) şeklinde ifade edilen usul ekonomisi eşyanın tabiatında (Natur der Sache) var olan bir husustur.

İşte medenî usul bakımından eşyanın tabiatında mevcut bulunan usul ekonomisi ilk tarafla yürütülmüş olan yargılamadan yeni tarafla yürütülecek olan dâvada yararlanmayı gerektirmektedir. Böylece yapılmış işlerin bir kısmını tekrarlamak gereği ortadan kalkacak, çabukluk ve ucuzluk sağlanacaktır. Kanunun böyle bir imkânı düzenlemediğini söylemiştik. Şimdi ise bu açıklamalardan şu sonuca varıyoruz ki, kanunun, belirtilen sebeplerle böyle bir imkânı düzenlemesi gerekirdi. Şu halde artık bu konuda kanunda bir boşluk bulunduğunu kabul edebiliriz<sup>133</sup>. Kanundaki bir prensibin muayyen bir düzenle-

---

le bir imkânın doğrudan doğruya hukukî sükûnu ihlâl edeceğini düşünerek kesin hüküm'ü kabul etmiştir. Bu yoldaki örnekler çoğaltılabilir, kanundaki süreler, bunlara bağlanan sonuçlar (meselâ cevap süresi gibi), gıyap ve dava değiştirme yasağı hükümleri gibi. Hakkın korunmasının tek amaç olarak alınması hâlinde bütün bu engellemeler olmaksızın ihtilâfların görülmesi gerekecekti. Fakat bu hukukî sükûn ortamı değil ne zaman sona ereceği belli olmayan ihtilâflar ortamı olacaktı!

132) Medenî usulün gayesi ister sadece sübjektif hakkın korunması (bkz. Hellwig Lehrbuch I § 1 I s. 2) ister sadece hukukî sükunun korunması olarak görülsün (Schönke AcP 150 s. 217) usul ekonomisi, medenî usul bakımından eşyanın tabiatında var olma niteliğini kaybetmez. Bu amaçlar bir an evvel gerçekleştirilme gereğini kendi içlerinde taşımaktadırlar.

133) bkz. Canaris s. 126; ayrıca bkz. dn. 135 de üçüncü gurup boşluk çeşidindeki açıklamalara; tarafta değişimin kabulünün, usul ekonomisi bakımından önemi için ayrıca bkz. de Boor s. 101.

mevi gerektirdiğini fakat kanunun bu düzenlemeye açıkça yer vermediğini söylemekle kanunun bu konuda bir boşluk taşıdığını kabul etmiş oluyoruz<sup>134 135</sup>.

İncelediğimiz mesele bakımından kanunda bir boşluk bulunduğunu kabul ettik. Şimdi önümüze ikinci bir mesele çıkmaktadır. Tesbit edilen bu boşluk nasıl doldurulmak gerekir?

134) Aiman hukukunda boşluk fikrini kabul edenler: **Blomeyer** § 115 III 3 s. 635; **de Boor** s. 100 ve son.; **Nikisch** § 116 I 3; **Rosenberg** ZZP 70 s. 1 ve son.; **Lehrbuch** (9 uncu bası) § 41 III s. 174-175; **Henckel** s. 217; **Lent/Jauernig** § 86 II s. 243; **Baumbach/Lauterbach** (29) § 264 2 C s. 519; **Bernhardt** § 32 III 1 s. 207; **Bergerfurth**, s. 76 N. 141; **BGHZ** 21, 285 (288/289) bkz. bu karar için dn. 70. Bazı yazarlar da esas itibariyle boşluk bulunduğunu kabul etmekle beraber bu boşluğun doldurulmasının dava değiştirme hükümlerinin kıyasen uygulanması ile olacağını (kıyasın söz konusu olduğu yerde bir boşluğun bulunduğu hakkında bkz. **Meier-Hayoz** Art. 1 No. 346; **Larenz** s. 287; **Canaris** s. 25; **Serozan** s. 106 dn. 180 a; aksi fikir için bkz. **Ataay** s. 80; **BGE** 74 II 109) belirtmektedirler; **Schwab** ZZP 73 s. 478; **Zöller** § 264 I 2 s. 362. **Pohle** de bir boşluğun mevcudiyetini kabul etmektedir, ancak sachdienlich kavramından tamamen vaz geçilip geçilemeyeceği hakkında tereddütleri mevcuttur, bkz. **MDR** 1960 963.

135) Burada bir boşluğun varlığını kabul ederken boşluğun tesbiti ve boşluk ayırımı üzerinde kısaca durmak istiyorum. Burada bugüne kadar doktrinde yer alan boşluk ayırımlarının tenkidine ve değerlendirilmesine girişilecek değildir. Sadece boşluk sınıflamasının doktrindeki yeni bir örneğine değinmek istiyoruz. İlave etmem gerekir ki **Canaris** tarafından yapılan bu ayırım ve ayırımda takip edilen yöntem bana isabetli görünmüştür. Ancak bu meselenin çok daha derin bir incelemeyi gerektirdiği muhakkaktır.

Bir kere boşluk ayırımının boşluğun tesbitindeki esaslar göz önüne alınarak yapılması gerekir, **Canaris** s. 140/41; bu istikamette olmak üzere ayrıca bkz. **Meier-Hayoz** N. 273. Yani boşluk tasnifinin esasını boşluğun tesbitinde dayandığımız esas teşkil edecektir. **Canaris**'e göre bir gurup boşluk için tesbit ölçüsüdür: Hâkim için sadece iki imkân söz konusudur, ya bir boşluğun mevcudiyetini kabul edecek ve hukuk yaratacaktır veya ihkaki haktan imtina edecektir. Meselâ kanunun bir faiz işlemesini ön gördüğü fakat faiz nisbetini tesbit etmemiş olduğu halde durum böyledir, **Canaris** s. 59. Bir emredici hükmün sevkedilmiş olması fakat müeyyidenin belirtilmemiş bulunması da başka bir örnek olarak belirtilebilir. Bütün bu durumlarda hâkim kanundaki noksandan dolayı mevcut hükmü uygulamazsa ihkaki haktan imtina edecektir. Uygulaması ise kanundaki boşluğun doldurulmasına bağlıdır. **Canaris** bu boşluk gurubuna «ihkaki haktan imtina boşlukları» (Rechtsverweigerungslücken) veya belki daha isabetli olarak «fonksiyon boşlukları» (Funktionslücken) demektedir (s. 141).

İkinci gurubu ise kanunun teleolojisinin (gayet) hukuk yaratılmasını gerektirdiği haller teşkil etmektedir (s. 141). Yani bu gurupta boşluğun tesbiti kıyas, argumentum a fortiori, teleolejik redüksiyon gibi vasıtalarla biri ile olmaktadır (s. 71-92). Burada kanunun tamamlanmadan uygulanamaması (1 inci gurupta olduğu gibi) söz konusu değildir. Hâkimin vereceği kanuna tamamen



bağlı olan hüküm bir cevap teşkil edecektir. Ancak bu cevap adalete uygun olmayan, kanunun amacına aykırı bir cevap olacaktır, bkz. *Canaris* s. 56-57. Meselâ eşit olanların eşit muameleye tabi tutulmaları prensibine aykırı bir sonuca varılmasında durum böyledir. Bu halde adaletsizlik eşitlik prensibine aykırılık dolayısı ile ortaya çıkmaktadır. Bu durumda boşluk kıyas yolu ile tesbit edilmektedir. Örnek olarak İİK m. 175 hükmünün istirdat davasının kambiyo senedine müstenid olanlar dışındaki iflâs hallerinde de (İİK m. 154 ve son.) ikamesinin mümkün olması yolunda kıyasen uygulanması yani kanunda belirtilmemiş olmasına rağmen bu hallerde de istirdat davasına imkân verilmesi gereğini gösterebiliriz. Diğer bir örnek İİK m. 97 de aciz vesikasına lüzum olmaksızın karşı dava olarak iptal davası açılabilmesi imkânının İİK m. 99 daki istihkak davası durumunda da mümkün görülmesi gereğidir, bkz. *Postacioğlu (İcra)* N. 382 s. 386-388; *İHFM* 1954 1-4 s. 307-320; Aksi fikir *İçTBK* 24.2.1954 2/7 (RG 12.4.1954 N. 8682). Eşitlik prensibine dayanarak boşluk tesbitinde kıyasın bir şekli olan *argumentum a fortiori* delilinin de rolü vardır, *Meier-Hayoz* m. 1 N. 350; *Larenz* s. 294; *Canaris* s. 78. meselâ hafif ihmalden sorumlu tutulma hâlinde ağır ihmalden sorumluluğun evleviyetle kabul edilmesi gibi. Usul hukukundan bir örnek olarak şu durumu verebiliriz *HUMK* m. 31/II hükmü m. 30 da da evleviyetle yürüyecektir. Yani red sebeplerinin bulunması hâlinde hâkim iki tarafın rızası olduğu halde bizzat istinkâf edebileceğine göre memnuiyet sebeplerinde iki tarafın davaya devamına rızalarının bulunması halinde de evleviyetle (a minori ad maius) davaya bakmaktan istinkâf edebilecektir. Tabiatıyla kıyasta olduğu gibi burada da boşluğun tesbitinde önemli olan «mantıkî» oluş değil fakat amaca uygun değildir (bkz. dn. 67), *Meier-Hayoz* aynı yer; *Canaris* 79-80.

İkinci grupta boşluk hakkında buraya kadarki açıklamalarda eşitlik ilkesinin yardımı ile kanunun teleolojisinin gerektirdiği yerlerde boşluğun tesbiti üzerinde duruldu. Bunun dışında doğrudan doğruya ratio legis'in bir boşluğun varlığının kabulünü gerektirdiği durumlar olabilir; bu durumlarda kanunun amacı lâfzına göre daha geniş veya daha dar olabilir ve bundan dolayı hukuk yaratılmasına ihtiyaç olabilir, *Canaris* s. 88. Meselâ evlâtlık mukavelesinin evlât edinen tarafından «ref»'inin (MK 258) mirastan mahrumiyet sebeplerine hasredilmesi ratio legis'e uygun düşmeyecek şekilde dardır ve mehaza uygun olarak ıskat sebeplerinin de «ref» için yeterli görülmesi gerekir (teleologische Extention), bkz. bu fikirde *Ataay* s. 225 dn. 40 ve 41. Eğer bizde de mehaz kanunda olduğu gibi ıskat sebepleri ref için yeterli görülmüş olsa idi mahrumiyet sebeplerinin ref'i sağlayabileceği a fortiori kabul edilecekti. Bu örnekte kanunun amacı lafzına göre daha geniştir. Kanunun amacının lâfzına göre daha dar olması durumuna örnek olarak da MK 552 nin yanlış tercüme edilmesi dolayısıyla ortaya çıkan durumu gösterebiliriz. MK. 557 nin bugünkü hali ile uygulanması mümkün değildir. Diğer bir deyişle maddenin uygulanması manâsız sonuçlara götürmektedir. Böylece en yakın mirasçılarının reddi hâlinde ne o'acağı meselesi kanunumuzda mehazdakine uygun bir düzenleme tarzına kavuşmamıştır (bkz. *Çağa, Mahfuz* hisseli mirasçılarının hukukî vaziyeti, İstanbul 1950 s. 139 ve son.) Böyle olunca esas itibariyle en yakın mirasçılarının reddi hâl'nin de genel kuralı koyan m. 551 e tabi tutulmak gereği ortaya çıkacaktır. Genel hükmün bu duruma uygulanması ise kanunun teleolojisine uymuyor denilebilir, bkz. bunun etraflı ve doyurucu delilleri için *Kocayusufpaşaoğlu Muk.HD* 1957 sayı 1 no. 1 s. 36 ve son. Yani m. 551 hükmü lafzî sahası bakımından kanunun amacı karşısında bu meselede geniş kalmak-

tadır, yani en yakın mirasçılarının reddi durumunda 551 e nazaran istisnai bir hükmün kabul edilmesi gereği ortaya çıkmaktadır. Bize göre ZGB 573 hükmü ile lâfız itibariyle en ufak ilgisi bulunmayan MK 552 de bir boşluk kabul ederek bu boşluğu ZGB Art 573 e uygun doldurmak şeklindeki bir düşünce isabetli değildir, karşı. Kocayusufpaşaoğlu s. 45-46. M. 552 bu hâli ile anlamsız bir hüküm ihtiva ettiğine göre her hangi bir surette uygulanması da söz konusu olamayacak (bkz. Çağa aynı yer) ve uygulanabilecek tek hüküm olarak m. 551 kalacaktır. Bunun ZGB 573 de ki duruma dahi uygulanması ise Kocayusufpaşaoğlu'nun isabetle belirttiği gibi kanunun amacına aykırı olacaktır.

Bu ikinci grupta örnekleri verilen boşluklara tesbitlerindeki esas göz önüne alınarak «teleolojik boşluk» (teleologische Lücke) denilmesi gerekir, Canaris s. 141.

Üçüncü grup: Genel hukuk prensiplerinin, hukukî vecizelerin, Maximelerin hukuk yaratılmasındaki önemleri kabul edilmektedir, Canaris s. 93; Larenz s. 314 ve son.; Meier-Hayoz Art 1 N. 405 ve son. ve 414 ve son. Ancak bunların yeni hukuk yaratılmasındaki rolleri tesbit edilen boşluğun doldurulmasında oynadıkları rolden ibaret görülmüştür, meselâ bkz. Meier-Hayoz N. 352 ve Art 1 V altında N. 353 ve son. «Die Hilfsmittel der Lückenfüllung» altında zikredilen N. 405 ve son. ve 414 ve son. anılması. İlk olarak Canaris bu prensiplerin yeni hukuk yaratılmasının nerede gerekli olduğunun tesbitinde de bir esas olduğunu belirtmiştir, bkz. s. 93 ve son., bilhassa bu fonksiyonu ifa edecek olan prensiplerin nitelikleri hakkında bkz. s. 94 den itibaren yapılan açıklamalara. Yürürlükteki hukukun ayrılmaz parçası olan genel bir hukuk prensibinin (hangi prensiplerin bu nitelikte olamayacağı hakkında bkz. Canaris s. 95 ve son.) yürürlüğünün meri hukuka dayanarak gösterilmesinin ilk yolu münferit normlardan hareketle ve endüksiyon yolu ile olabilir, Canaris s. 97 ve son. Yürürlüğü bu yolla tesbit edilen bir prensibin (ben Canaris'in hukuk prensipleri ve hukukî değerler (Rechtswerte) arasında yaptığı ayırımı sun'î buluyorum. Her iki kategoriye dahil olanların yürürlükteki hukukun bir parçası olduğunu gösterme bakımından takip edilen metotlarda bir değişiklik söz konusu değildir. Nitekim yazar da bu iki kategori arasındaki ayırımı yapmanın her zaman kolay olmayacağını belirtmekten geri kalmamıştır, s. 124) hesaba katılmamış olduğu hallerde bir boşluğun varlığı kabul edilecektir, bkz. Canaris s. 97.

Canaris'e göre yürürlükteki hukukun bir parçası olan prensibin yürürlüğü hukuk idesine (Rechtsidee) dayanılarak da gösterilebilir, s. 106. Yazar burada bir dedüksiyon ile değil topik düşünce vasıtası ile sonuca varılacağını belirtmektedir, s. 106 ve son. bilhassa bkz. 107-108; mese'lâ alman hukukunda murtabit olmayan bir karşı davaya icazet veren bir hüküm bulunmaması de lege lata ortadan kaldırılması gereken bir noksan olarak kabul edilmektedir, ZPO § 33 sâdece mahkemenin yetkisine ilişkin görülmektedir. Stein/Jonas/Schönke/Pohle § 33 II 1 s. 259 (Bizde ise irtibat müteakib dava ikame edebilmenin bir şartıdır ve aşağıda belirtilecek gerekçelere katılma hâlinde bizde ancak de lege feranda bir teklif söz konusu olabilir). Burada bir boşluğun kabul edilmesinin gerekçesi şudur: § 260 ZPO da davacının aralarında irtibat olmayan davaları davasına karşı birlikte açması imkânı tanınmışken (bu imkân HUMK m. 3 de değerlendirilmiştir) davalıya ilk dava ile irtibat hâlinde bulunmayan karşı dava açma imkânının verilmemesi onu davacıya nazaran daha kötü bir duruma koymak demektir. Burada davada taraflara silâh eşitliğinin tanınması yolundaki prensip murtabit olmayan karşı davaya cevaz verilmesini gerektirir. Böylece

Bazı hallerde bir boşluğun tesbiti ile doldurulması aynı anda olur yani boşluk tesbit edildiği anda doldurulmuştur da<sup>136</sup> <sup>137</sup>. Tesbitleri ile doldurulmaları arasındaki ilişki bakımından ikinci grubu teşkil eden boşluk hallerinde ise durum farklıdır. Yani bu hallerde boşluğun tesbiti ile doldurulmaları ayrı safhalar teşkil eder. Boşluğun tesbitinden sonra boşluğun doldurulması için ayrı bir faaliyet göstermek

bir prensip bir boşluğun tesbitini sağlamaktadır. Bu prensip genel eşitlik prensibinin usul hukukundaki aksinden başka bir şey değildir ve eşitlik prensibi adaletin ayrılmaz bir parçasıdır, *Canaris* s. 109 ve dn. 177.

Nihayet muayyen bir meselede ihmal edilmesi dolayısı ile bir boşluğun tesbit edilebileceği bir prensip'in yürürlüğü «eşyanın tabiatı» na (Natur der Sache) dayanılarak da gösterilebilir, *Canaris* s. 118 ve son. bilhassa 121. Hayat ilişkileri az veya çok kendi ölçülerini ve düzenlerini kendi içlerinde taşırlar. Bu ilişkilere ve onların amaçlarına uygun ve bu ilişkilerin bünyesinde bulunan düzen «eşyanın tabiatı» diye adlandırılır. Düşünen hukukçu bu derinliğe kadar gitmelidir, *Dernburg* Pandekten Iş 38, 2, *Canaris* s. 118 ve *Meier-Hayoz* Art. 1 N. 400 den naklen. *Canaris* «eşyanın tabiatı» delilinin bilhassa iş hukukunda önemi olduğunu ve meselâ işverenin yardım ve ihtimam mükellefiyetinin (Fürsorgepflicht) eşyanın tabiatından olduğunu söylüyor, s. 121. Eşyanın tabiatına dayanan kararlar olarak bkz. RGZ 106 272; BGE 75 II 142/3; 75 I 332, İsviçre federal mahkemesinin bu yoldaki diğer kararları için bkz. *Meier-Hayoz* Art. 1. n. 404 deki açıklamaya.

İşte eşyanın tabiatından olan merî hukukun ayrılmaz parçası olarak tesbit edilen bir prensip muayyen bir noktada ihmal edilmişse burada bir boşluk bulunduğu kabul edilecektir. İncelediğimiz meselede biz eşyanın tabiatından olan bir prensibe (Usul ekonomisi) dayanarak bir boşluğun varlığını kabul ediyoruz.

136) Boşluğun tesbiti ile doldurulmasının her halde birbirinden ayrı muameleler olduğu iddiasına katılmak mümkün değildir; kıyas, evleviyet delili, teleolojik redüksiyon'un boşluk tesbitinde de rol oynadığı kabul edilince (bkz. dn. 135) tesbit ile doldurmanın her zaman birbirinden ayrı olduğunu kabul etmek hatalı olacaktır; bkz. bu birlik için *Larenz* s. 291; *Canaris* s. 144 ve son.

137) Boşluğun tesbiti ile doldurulmasının bir birlik teşkil ettiği durumlara çoklukla teleolojik boşluklarda (bkz. dn. 135 deki ikinci grup boşluk hallerine) rastlamaktayız. Daha doğru bir ifadeyle diyebiliriz ki bu grupta bu iki hususun birliği esastır. Hukukumuzla ilişkin şu örnekleri verebiliriz: İİK 175'in kambyo senetlerine müstenit iflâs halleri dışındaki iflâs hallerine de uygulanması gereği. Burada alelade iflâs hâlinde istirdat davasının kabulü gereğine m. 175 in kıyası ile varılıyordu (bkz. dn. 135). Alelade iflâs hâlinde bu konuda boşluğun kabul edilmesi anında boşluğun doldurulmasında tamamlanmıştır; yani istirdat davası kambyo senetlerine müstenit iflâs dışında da söz konusu olacaktır. İİK m. 97 ye kıyasen İİK 99 da iptal davasının aciz vesikasına ihtiyaç olmaksızın karşı dava olarak ikame edilebilmesi gereğinin kabulünde de durum aynıdır. HUMK m. 30 da m. 31/II karşısında a fortiori delili ile bir boşluk bulunduğu tesbit edildiği anda memnuiyet sebepleri bakımından da m. 31/II hükmünün uygulanabileceği kabul edilerek boşluk doldurulmuş olacaktır.

gerekir<sup>138</sup>. Bu hallerde boşluğun tesbit edilmesi doldurma bakımından etkisiz kalır. İncelediğimiz meselede de boşluğun tesbit edilmesi bize boşluğun doldurulması bakımından bir hizmet ifa etmemektedir. Boşluğun mevcudiyeti tesbit edilmiş bulunuyor. Ancak ilk dâvanın yargılanmasının ikinci dâva bakımından da ayakta tutulabilmesi imkânının kanunda düzenlenmemiş olmasının bir boşluk teşkil ettiğinin tesbiti, ilk dâvanın yargılanmasının ikinci dâva bakımından nasıl ayakta tutulabileceği, yani bu yargılamadan ikinci dâvada ne ölçüde yararlanılabileceği sorularının cevabı bakımından bize bir şey kazandırmamaktadır. Demek ki şimdi boşluğun doldurulması kademesindeyiz. Tesbit edilen boşluğun nasıl doldurulacağını yanlardan birindeki tarafın yanına bir yeni tarafın çekilmesi ve yanlardan birindeki tarafın yerine bir yeni tarafın gelmesi hallerinde ayrı ayrı ele almak lâzımdır. Zira bu iki halde boşluğun doldurulmasında birbirlerinden farklı problemler ortaya çıkacaktır.

### § 5. YANLARDAN BİRİNDEKİ TARAFIN YANINA YENİ BİR TARAFIN GİRMESİ VEYA ÇEKİLMESİ

I. Hemen belirtilmesi gereken yeni tarafın diğerinin yanına girmesinden veya çekilmesinden sonraki safhada çözüm bekleyen mesele nin basit olduğudur. Burada yanlardan birinde birden fazla tarafın bulunması söz konusudur. Yani sübjektif bir dâva yığılması (subjektive Klagenhaefung) veya diğer bir deyişle bir dâva ortaklığı, —arkadaşlığı (Streitgenossenschaft) ile karşı karşıyayız<sup>139</sup>. HUMK han-

138) Dn. 135 de ilk gurup olarak belirtilen fonksiyon (ihkakı haktan imtina) boşluklarında durum böyledir (bkz. Canaris s. 145); meselâ müdahalenin geri alınmasını kanun düzenlememiştir; fakat müdahilin talebini geri almak istemesi hâl'nde hâkim bir karar vermek mecburiyetindedir. Hüküm vermemesi hâlinde bir ihkakı haktan imtina durumu ortaya çıkacaktır. Böylece bir boşluğun varlığı tesbit edilmiş olmaktadır. Fakat bu tesbit boşluğun doldurulması için bir şey getirmemektedir. Boşluğun doldurulması ikinci safha olarak ortaya çıkmaktadır. Burada m. 185/I kıyasen uygulanabilir. Kıyas burada bir boşluk doldurma vasıtası olarak başvurulabilecek bir imkân teşkil etmektedir (mögliche Analogie).

Boşluğun tesbiti ile doldurulmasının ayrı olduğu bazı istisnai durumlara teleolojik boşluklarda da rastlanabilir. Meselâ dn. 135 de değindiğimiz MK 551 hükmünün en yakın mirasçılarının tümünün reddini kapsayacak kadar geniş olması dolayısı ile bir boşluğun tesbit edilmesinde durum böyledir. Burada boşluğun tesbit edilmesinin boşluğun doldurulması bakımından bir rolü bulunmamaktadır; bu boşluğun doldurulması hakkında bkz. Kocayusufpaşaoğlu agm. s. 36 ve son.

139) meselâ bkz Blomeyer § 115 IV 1a s. 635 ve son.; Baumbach/Lauterbach § 264 2 C. s. 520; Zöllner § 264 I 2 s. 362. Dava ortaklığının mâhiyeti ve hükümleri hakkında bkz. dn. 99 ve son. ve dn. 170 ve son. ait metne.

gi hallerde dâvacı veya dâvalı yanda birden fazla tarafın bulunabileceğini tesbit etmiştir, HUMK. m. 43. Demek ki dâva ortaklığının genel şartlarını bir yana bırakırsak<sup>140</sup> —ki bu şartların meselemiş bakımından gerçekleşmiş olması gerekir— yeni bir tarafın eski tarafın yanına çekilebilmesi veya katılması dâva ortaklığının özel şartlarının, yani ilk tarafla olan usulî ilişki ile ikinci tarafla olan usulî ilişki arasında kanunun aradığı irtibatın (bkz. HUMK m. 43, ZPO §§ 59, 60) varlığı gerekecektir<sup>141</sup> ve dâva ortaklığı hükümleri uygulanacaktır<sup>142</sup>. Demek oluyor ki, yanlardan birine yeni bir tarafın çekilmesi veya katılmasından sonra sadece bir dâva ortaklığı söz konusudur ve buna ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Burada esas mesele dâva ortaklığının bir doğum şekli olarak yeni bir tarafın diğerinin yanına (dâvalı) çekilmesi veya diğerinin yanına (dâvacı) katılması imkânının kabul edilip edilemeyeceğidir. Alman doktrininde bu konuda bugün tereddüt duyulmuyor<sup>143</sup>. Türk doktrininde bu mesele üzerinde durulmamıştır. Bunun sebebi Türk yazarlarının bu durumda da dâva değiştirme hükümlerinin uygulanacağını kabul etmeleri<sup>144</sup> olabilir. Bunun doğru olmadığı hakkında düşüncemi daha evvel belirttim.

Temyiz mahkemesinin tarafta değişmeye dâva değiştirme hükümlerini uygulamaktan kaçındığını belirtmiştim<sup>145</sup>. Kararların aldığı bu yönün doğruluğuna inanıyorum. Fakat dâva ortaklığının yukarıda belirtilen ve kanunda yer almayan doğum şeklini kabul bakımından yüksek mahkemenin tutumu olumlu değildir. 4HD oldukça yeni bir kararında «Müteselsil borçlulara karşı birlikte dâva açılmak isteniyorsa, bunun dâva açıldığı sırada bir dilekçe ile yapılması gerekir. Yoksa, bir müteselsil borçluya karşı dâva açıldıktan sonra, ek dilekçelerle diğer müteselsil borçlulara da dâvanın teşmiline usulî imkân yoktur»<sup>146</sup> demek sureti ile dâva ortaklığının bu doğum

140) Her dava bakımından dava şartlarının gerçekleşmiş olması ve dâvaların aynı usul çeşidine (dieselbe Prozessart) tabi bulunması.

141) Blomeyer § 115 IV 1 a s. 636.

142) bkz. dn. 139; davacı taraftaki zaruri dava ortaklığının özelliği için bkz. dn. 108.

143) bkz. meselâ dn. 139 daki yazarlara.

144) Üstündağ s. 184 ve bilhassa 186 ve son.

145) bkz. dn. 95, 96 daki kararlara ve dn. 109 daki 4 HD kararına.

146) bkz. dn. 109.

şeklini reddetmiştir. Görüldüğü gibi temyiz mahkemesi bu olumsuz görüşünü, kanunun, dâvacının iradesi ile dâva ortaklığının doğumunun dâvanın ikamesi sırasında ve bir dilekçe ile yapılabileceği yolundaki, hükmüne dayandırmaktadır, HUMK m. 43 ilk cümle. Böylece yüksek mahkeme dâvacının iradesine bağlı olarak dâva ortaklığının doğması imkânını kanunda düzenlenen bu tek hale inhisar ettirmektedir.

Dâvacının iradesi ile ortaya çıkabilecek dâva ortaklığının tek yolunu kanun göstermiştir ; o halde bunun dışında dâvacı iradesi ile bir dâva ortaklığı doğumu yolu söz konusu olamaz şeklindeki düşünce tarzı bizim katılamayacağımız katı bir kavram içtihatçılığıdır ve menfaatler durumunu tamamen gözden kaçırmakta ve ratio legis'den ziyade lâfza bağlı kalmaktadır.

Dâva ortaklığını düzenleyen kanunun gayesi «birbirini tutmaz kararlar çıkmasını» önlemek ve «işlerin daha çabuk ve daha az giderle sonuçlanmasını» sağlamaktır<sup>147</sup>. 4 HD nin kararının sonucu ise şu oluyor : Dâvacı açtığı dâvaya diğer bir dâvalıyı bir ek dilekçe ile çekemeyecek ve kendi iradesi ile bir dâva ortaklığı tesis edemeyecektir. Dâva ortaklığını temin edebilmek için dâva ortağı olabilecek kişiye karşı ayrıca yeni bir dâva ikame etmesi gereklidir. Bu dâvanın ikamesinden sonra mahkemenin bu dâvaları birleştirilmesi talep edilecek<sup>148</sup> ve mahkemenin kararı üzerine bu iki dâva birleştirilebilecektir. Bu sonuç ise Temyiz mahkemesinin isabetle belirttiği dâva ortaklığının kanunca kabul edilmiş çabukluk ve ucuzluk amacına aykırı düşecektir (bkz. dn. 147 deki karara).

Halbuki bir dâvalıya karşı açılmış olan dâvanın yargılamasına dâvacının bir diğer dâvalıyı çekmesi olanağı, dâva ortaklığı hükümlerine hiç bir aykırılık teşkil etmediği bir yana<sup>149</sup>, dâva ortaklığının

147) HGK 19.6.1962 E: 8/33 K: 37 Ad. Der. 1963 N. 1-2 s. 151-153, yüksek mahkeme bu kararında davaların birleştirilmesi için bu davaların temyizde incelenecekleri dairelerin aynı olması yolunda bir şarta yer verilemeyeceğini kabul etmektedir.

148) bkz. HUMK m. 48.

149) Davaya yeni çekilen davalı veya, ilk davacının yanına yenisinin katılması hâlinde, mevcut davalı için dava ortaklığı şartlarının bulunmadığını iptidai itiraz olarak ileri sürme imkânı bu halde ortadan kaldırılmış değildir. Birinci halde yeni davalı ile davacı arasında yeni davalının yargılamaya çekilmesi, yani ona karşı yeni bir dava ikame edilmesi, ile aralarında

yüksek mahkememizce pek güzel ifade edilen amaçlarına da tam bir uygunluk göstermektedir.

Şu hale göre kanunun dâva ortaklığının dâvacının iradesine bağlı olarak doğması imkânını dâvaların başlangıçta tek dâva arzuhali ile birlikte ikame edilmesi haline hasreder görünen hükmü ratio legis gözönüne alındıkta d a r kalmaktadır, yani burada ratio legis'in haklı gösterdiği bir boşlukla karşı karşıyayız.

Demek ki bize göre yeni bir dâvacının eski yargılamaya katılması veya yeni bir dâvalının mevcut yargılamaya çekilmesi suretile bir dâva ortaklığının meydana gelmesine kanunun amacı açısından cevaz vermek gerekiyor.

II. Bu boşluğun nasıl doldurulacağına yani dâva ortaklığının bu doğum şeklinin hangi şartlarla mümkün olabileceğine gelince:

1) İlk dâvacının yanına yeni bir dâvacının katılması için her iki dâva arasında gerekli irtibatın bulunması gerekir. Birden fazla dâvacının dâva ortağı olabilmesi için hepsinin bunu istemesi gereği burada da yürüyen bir kuraldır. Yani yeni dâvacının katılmayı istemesi (bkz. HUMK. m. 79) ve eski dâvacının bu katılmaya rıza gös-

---

usulî ilişki doğacak ve bu anda aynı yargılama içinde birden fazla dava bulunması durumu ortaya çıkacaktır. Yeni davalı cevap lâyihasında irtibatın mevcut olmadığı yolundaki iptidai itirazını dermeyan ederek davaların tefrikini isteyebilecektir. Burada davacıların iradesine bağlı olarak sonradan bir dava ortaklığı meydana geldiğine göre aynı itirazı ilk davalının da ileri sürebileceği kabul edilmelidir. Burada ilk davalı için iptidai itiraz süresinin geçtiği bundan dolayı onun bu hakka sahip olamayacağı söylenemez. Nitekim kanun bir iptidai itiraz olarak düzenlediği teminat verilmesinde (187/1) davacının ikametgâhını davanın açılmasından sonra yabancı memlekete naklettiği kendisine bildirilir bildirilmez davalının teminat gösterilmesini talep edebileceğini kabul etmektedir, (97/II; bkz. Kuru s. 557). Teminat gösterilmesi iptidai itiraz olarak düzenlenmiş olmasına rağmen kanun eşyanın tabiatına uygun olan bu hükmü sevketmiştir. Bu hükme kıyasen eski davalıya da yeni davalının davaya çekilmesi hâlinde davaların irtibat bulunmaması sebeble ayrılması yolunda bir itiraz hakkı tanınacaktır. Kaldı ki gerçekten hiç bir irtibatın bulunmaması hâlinde bu davaların birlikte yürütülmesi davanın «hüsnü cereyanına» olumsuz etkide bulunacak ve hâkimden her zaman davaların ayrılması talep edilebilecektir. Bu halde yukarıdaki yoruma lüzum kalmadan aynı sonuca varmak kabil olmaktadır, 45, 46, 48, 187/3 hükümlerinin bir değerlendirilmesi için bkz. Kuru, s. 499 ve son.

Davaya yeni bir davacının katılması hâlinde davalı tabiatıyla onun katıldığı anda, yani ikinci davanın dilekçesinin kendisine tebliğinden itibaren cevap süresi içinde (asliyede) veya esasa girmeden (sulhte) tefrik hususundaki iptidai itirazını ileri sürebilecektir.

termesi gereklidir (HUMK. m. 43 ün ilk cümlesine kıyasen). İlk dâvacı katılmak isteyen ile bir dâva ortaklığına rıza göstermezse katılmak isteyen yeni bir dâva ikame etmesi gerekecektir. Şartları gerçekleşirse bu iki dâva birleştirilebilir, HUMK. m. 48, 187/5<sup>150</sup> <sup>151</sup>  
152.

İlk dâvacı rıza gösterdiği takdirde yeni dâvacının dâva dilekçesi dâvalıya tebliğ edilecektir. Burada yeni dâvacının dâvalıya karşı bir dâva ikame etmesi söz konusudur. Dâva ikamesi hakkındaki hükümler burada tatbik alanı bulacaktır. Dâvalı buna karşı dâvaların ayrılması gereğini iptidaî itiraz olarak ileri sürebilir. Dâvalının cevap lâyihası hakkında da genel hükümler yürüyecektir. Meselâ dâvalı bu dâvaya süresi içinde cevap vermek durumundadır.

2) Dâvacının yeni bir dâvalıyı ilk dâvalı ile devam eden dâvanın yargılamasına çekebilmesi, yani bu ikinci dâvanın da ilk dâva ile aynı yargılamada görülebilmesi de bir dâva ortaklığının doğumuna yol açacağı için bu dâvalar arasında da irtibat (m. 43) bulunması gereklidir<sup>153</sup>. Burada da ikinci bir dâvanın ikamesi söz konusudur. Dâvacı yeni dâvalısına ona karşı açtığı dâvasının dilekçesini tebliğ ettirecektir. Yeni dâvalı buna karşı süresi içinde cevap vermemelidir. Bu süre içinde, tıpkı birlikte açılmış dâvalarda olduğu gibi (m. 43), irtibatın mevcut olmadığını iptidaî itiraz olarak ileri sürebilir. Yoksa yeni dâvalının yargılamaya çekilmesinde ne onun ne de ilk dâvalının rızasına ihtiyaç vardır. Yalnız burada ilk dâvalıya da yeni dâvalı ile olan dâvanın onun yargılaması ile birlikte yürütüleceği bildirilmelidir. İkinci dâvalıya karşı bu husus dâva dilekçesinde bildirileceğine göre bu dilekçenin bir nüshasının da ilk dâvalıya gönderilmesini kabul etmek doğru olur. Kendisine ikinci dâvanın dilekçesi tebliğ edilen ilk dâvalının da derhal iptidaî itiraz yolu ile dâvalar arasında irtibatın bulunmadığı gerekçesine dayanarak dâvaların ayrılmasını talep edebilecektir (bkz. dn. 149 da açıklanan gerekçeye).

150) bkz. Blomeyer § 115 IV 2 a s. 639.

151) Kuru, 187/5 hükmünün dâvaların ayrı mahkemelerde derdest olması hâlinde m. 48 hükmünün ise dâvaların aynı mahkeme önünde derdest olması hâlinde yürüyeceğini kabul etmektedir, bkz. s. 503-504.

152) Davacı yanda bir zaruri dava ortaklığı söz konusu ise ve bu sonradan da sağlanamamışsa ilk davacının davası dava takip yetkisi noksanından reddedilecektir, Lent/Jauernig § 82 I s. 234; BGHZ 36, 191 ve son.

153) bkz. Blomeyer § 115 IV 1 a s. 636.



(1) ve (2) altında dâva ortaklığının dâvacının (dâvacıların) iradesine bağlı olarak sonradan ortaya çıkmasında söz konusu olabilecek bazı meseleler belirtildi. Burada bir meseleye bir kere daha değinmek yararlı olacaktır : Dâva ortaklığının böylece doğmasından sonra dâvalar arasındaki ilişkiler ve müşterek yargılamanın dâvalara etkileri kanunun düzenlediği doğum şekillerinden biri ile tesis edilmiş dâva ortaklığındakilerin aynı olacaktır (bkz. bu etkiler için dn. 170 ve son dip notlarına ait metne) Özet olarak diyebiliriz ki yargılama sırasında yeni bir tarafın yargılamadaki tarafın yanına katılması veya onun yanına çekilmesi ihtiyarî dâva ortaklığının, kanundaki boşluğun doldurulması ile erişilen, bir doğum şekli olmaktadır<sup>154</sup>.

### § 6. YARGILAMA SIRASINDA TARAFLARDAN BİRİNİN YERİNİ BİR BAŞKASININ TARAF OLARAK GEÇMESİ (TARAF OLANIN DEĞİŞMESİ)

Yukarıdaki paragrafta taraflardan birinin yanına bir yenisinin katılması hali incelendi ve bu katılmadan sonra dâva ortaklığı hükümlerinin doğrudan doğruya uygulanması gerektiği zira ortaya bir dâva ortaklığının çıkmış olduğu belirtildi. Burada sadece dâva ortaklığının doğum şekillerinin kanun amacı bakımından eksik olduğunu ve mevcut boşluğun doldurulması gerektiğini söyledik. Dâva ortaklığı söz konusu olduğundan kanunun aradığı irtibat şartının (HUMK. m. 43 ; ZPO §§ 59, 60) bu doğum şekli bakımından da gerçekleşmesi gereğini kabul ettik. Gerçekten dâva ortaklığındaki müşterek yargılamanın anlamı ve yararı ancak bu yargılamada birleştirilmiş olan dâvalar arasında bir irtibat bulunduğu takdirde ortaya çıkabilecektir.

Taraf olanın değişmesi halinde de buna benzer bir durumla karşılaşmaktayız. Yukarıda belirttiğimiz gibi yeni bir tarafın eskisinin yerine geçmesi ile eski tarafla yenisini arasında yeni bir usul hukuku ilişkisi, yani yeni bir dâva doğmaktadır. Biz de Kisch'in görüşünün bu bölümüne katılıyoruz. Fakat ondan ayrılarak ilk dâvanın yargılamasından ikinci dâvada yararlanılmasını yani yargılamanın birliğini usul ekonomisi esasına dayanarak savunuyoruz. Yani bize göre eski yargılama ilk dâvanın sona ermesi ile ortadan kalkmış olumu-

154) Nitekim bkz. Nikisch § 109 II 2 s. 435.

yor. Ancak kabul ettiğimiz bu sonucun belki de ifade edilmesi totolojik olarak nitelendirilecek pek tabii bir şartı var : İlk dâvanın yargılamasının ikinci dâva bakımından yararlanabilecek nitelikte bulunması. Gerçekten ilk dâva ile ikinci dâva birbirlerine tamamen yabancı iseler böyle bir yararlanmadan bahsedilemez.

Halbuki taraf olanın değişmesi müessesesinin kabulündeki gerekçe ilk dâvanın yargılamasının ikinci dâva bakımından değerlendirilmesinin usul ekonomisi icabı olduğudur. Böyle bir değerlendirme imkânı olmadığı takdirde taraf olanın değişmesi (Parteiwechsel) bir usul hukuku müessesesi olarak bütün anlamını kaybedecektir<sup>155</sup>. Böyle bir değerlendirme imkânı bulunmayan hallerde **Kisch**'in görüşü bütünüyle geçerli olacaktır. Yani burada ilk dâvanın yargılamasının ayakta tutulması söz konusu değildir. Eski dâva geri alınmış ve yeni bir dâva ikame edilmiştir hepsi o kadar. Bu durumu bir örnek ile daha açık bir şekilde belirtmeye gayret edelim : Dâvacı ilk olarak X'i dâva etmiş ve ödünç olarak verdiği paranın iadesini talep etmiştir. Dâvacı birinci dâvalısını değiştiriyor ve onun yerine Y'i çekiyor. Y'den işlediği haksız fiilden dolayı meydana gelen zararın tazminini talep ediyor. Burada ilk dâvanın yargılamasının ikinci dâva bakımından değerlendirilmesine imkân yoktur. Zira iki çekişme konusu arasında hiç bir maddî ilişki mevcut değildir.

Yukarıdaki örnekte olduğu gibi iki yargılama arasında maddî bir ilişkinin bulunmadığı hallerde yargılamanın değerlendirilmesi de söz konusu olamayacaktır. Alman federal mahkemesinin istinaftaki tarafın değişmesi haline dâva değiştirme hükümlerinin uygulanamayacağı belirtilen fakat tarafın değiştirilmesine cevaz verilen kararına konu teşkil eden olayda da böyle bir irtibat mevcuttu. Karardaki ilk dâvada da ikinci dâvada da olay aynıdır ve bir evin çökmesi söz konusudur. Böyle olunca bu vakıa bakımından ilk yargılamanın değerlendirilmesi mümkün olmaktadır. Dâvacının haksız fiili işleyen olarak dâvasını önce A'ya yöneltmesinde fakat sonra hatâ ettiğini anlayarak A'nın yerine B'yi dâvalı olarak yargılamaya çekmesinde de durum aynıdır. Haksız fiil vakıası her iki dâvada da aynı kalmaktadır. Böylece meselâ ilk dâvanın yargılamasındaki isbat faaliyetini değerlendirmek imkânı ortaya çıkmaktadır ve ilk yargılamanın ayakta tutulması bir manâ kazanmaktadır.

155) *Lent JZ* 1956 s. 762 aynı istikamette olarak *Blomeyer* § 115 V 1 a s. 641; *Böttcher MDR* 1958 s. 330.

Buraya kadarki açıklamalardan taraf olanın değiştirilmesinin mümkün görülebilmesi için bir objektif şartın gerçekleşmesi lüzumu ortaya çıkmaktadır : Birinci ve ikinci dâvaların konuları arasında ilk dâvanın değerlendirilmesi gereğini ortaya çıkaracak bir maddî ilişki (irtibat) <sup>156</sup>.

İlk yargılamanın ne ölçüde ikinci dâva bakımından değerini muhafaza edeceği sorusunun cevabını da eski yargılamanın ayakta tutulmasının amacında bulacağız.

Biz de **Kisch** gibi tarafın değişmesi halinde yeni tarafa karşı veya onun dâvacısı olduğu yeni bir dâvanın söz konusu olduğunu kabul ettik, fakat ondan farklı olarak bu iki dâvanın yargılamaının birbirinden tamamen ayrı olduğunu yani ilk dâva ile onun yargılamaının da tamamen ortadan kalkacağı sonucuna karşı çıktık ve ilk dâvanın yargılamaının ikinci dâva için değerini muhafaza edeceğini usul ekonomisi gereğince kabul ettik. Demek oluyor ki, amaç usul ekonomisi gereğince eski yargılamayı değerlendirmektir.

Usul ekonomisi amacı ile aynı yargılama içinde birden fazla dâva bulunması durumuna usul kanunları yabancı değildir. Dâva ortaklığında da aynı yargılama içinde birden fazla birbirinden bağımsız dâva bulunmaktadır<sup>157</sup> : A, B'ye karşı dâva açıyor ve bundan sonra B ile müteselsilen borçlu olan C'ye karşı açtığı dâva ile ilk dâva birleştiriliyor. Böylece ilk dâvanın yargılamaına ikinci bir dâva çekilmiş oluyor ve bu iki dâva birleştirmeden sonra aynı yargılama içinde görülüyorlar. Burada birleştirmeye kadar devam etmiş olan ilk dâvanın yargılamaı birleştirilen sonraki dâva bakımından da dâva ortaklığı hükümleri çerçevesinde değerini muhafaza edecektir. Yargılamanın değerlendirilmesi bakımından dâva ortaklığı ile tarafın değişmesi meselesi arasında açık bir paralellik mevcuttur. İşte bu paralellik mevcut yargılamanın diğer dâvaya ne şekilde etki edeceği hususunda dâva ortaklığı hükümlerinden uygun oldukları ölçüde yararlanmak imkânını ortaya çıkarmaktadır<sup>158</sup>.

Buraya kadarki açıklamalardan sonra vardığımız sonucu şöyle özetleyebiliriz: Bir kere yeni tarafın eski tarafın yürüttüğü yargıla-

156) Lent JZ 1956 s. 763; Bötticher MDR 1958 s. 330; Henckel s. 242.

157) bkz. 99 ve sonraki dn. larına ait metne.

158) Dava ortaklığı hükümlerinin, düşünce tarzı biraz değişik de olsa, meselemiz bakımından önemli olduğuna ilk değinen Blomeyer'dir, bkz. § 115'e.

ma ile bağılı olması söz konusu değildir. Bir kimsenin bir başkasının, çekişme konusu kendisinininkinden tamamen ayrı olan, davasının yargılaması ile bağılılığı söz konusu olamaz. Yeni tarafın eski yargılama ile bağılılığı söz konusu olamayacağı gibi rızasına da ihtiyaç yoktur<sup>159</sup>. Zira belirtildiği gibi eski yargılama ile bir bağılılık söz konusu değildir. Eski yargılamanın değerlendirilmesinin amacı dava ortaklığında olduğu gibi usul ekonomisinin gerçekleştirilmesidir ve yargılama dava ortaklığında müşterek yargılamanın müstakil davalara etkileri göz önüne alınarak değerlendirilecektir (bkz. dn. 170 ve son.). Böyle bir değerlendirme haklı ve kanunun amacına uygun olur. Öyle ise yeni tarafın (bkz. dn. 159) eski tarafın yargılamanın etkisi konusunda rızasının bulunması söz konusu olamayacaktır. Nitekim böyle bir rıza dava ortaklığında da söz konusu edilemez.

Tarafın değişmesinin tamamlanması için dâvacının değişmesinde davalının, davalının değişmesinde ise yargılamadan çıkarılan davalının rızası gerekmektedir. Zira ilk durumda ilk davacı ile davalı arasındaki dava davacının geri alınması ile ortadan kalkmaktadır. Davacı bu davasını geri almakta yani ilerde aynı davayı açmak imkânını mahfuz tutmak istemektedir (bkz. dn. 90, 91)<sup>160</sup>. Böyle olunca davalının ilk davacı ile arasındaki davanın esasa ilişkin bir red hükmüne bağlanmasındaki menfaati gözden kaçırılmamalıdır. Kısaca bu

159) Yeni davacının yargılamaya girmek hususunda rızasının bulunması gereğinin eski davacının yargılamasının kendisine etkisi bakımından hiç bir rolü yoktur. Yeni davacının rızasının bulunması gereği dava ikame etmenin doğrudan doğruya davacının iradesine bağılı olduğu esastan ileri gelmektedir, HUMK m. 79; bkz. Henckel s. 239; bkz. ayrıca geride s. 21.

Yeni tarafın, kendisini bağlayacak şekilde, eski tarafın yürüttüğü yargılamaya icazet vermesi de düşünülemez. Gerçekten bir tarafın bir başkasının davasındaki usulî muamelelere icazet vermek suretile kendisini o yargılama ile bağılı tutması söz konusu olamaz. Meselâ A, B yi borçlusunu zannederek dava ediyor. Dava sırasında borçlusunun B değil C olduğunu anlıyor ve B yerine C yi yargılamaya çekerek ona karşı dava ikame ediyor. Yargılamaya yeni çekilen C ye karşı yeni bir dava ikame edilmiştir. Çekişme konusu da artık B den olan bir alacak değil C den olan alacaktır. Böyle olunca C nin yabancı bir yargılamaya icazet vermek sureti ile kendisini bu yargılama ile bağılı kılması düşünülemez. Meselâ ne B nin ikrarları icazet yolu ile onu bağlayabilir ne de B nin meselâ usulî muameleleri zamanında yapmaması C nin icazeti yolu ile sonuçlarını onun davasında gösterebilir. Belirtildiği gibi bunun sebebi yabancı bir çekişme konusuna ilişkin bir yargılamaya icazet verilmesinin söz konusu olamamasıdır, bkz. Blomeyer § 115 V s. 640; Henckel s. 235.

160) Davanın geri alınmasının feragatten farkı için bkz. Postacıoğlu s. 334; Kuru s. 314; Bilge s. 396.

rada davacının davalıya karşı ikame ettiği davayı geri almasına ilişkin hükümlere uygun olarak davalının buna muvafakat etmesi gerekecektir, HUMK m. 185/1<sup>161</sup>. Böylece kendisine karşı eski davacı tarafından tekrar aynı davanın ikame edilmesi tehlikesine karşı davalı korunmuş olacak yani ancak onun rızası ile davacı yargılamadan kendi dâvasını geri alarak çekilebilecektir.

İkinci halde ise çözümde davalının aynı menfaati dolayısı ile bir fark olmayacaktır. Yani mevcut davalının değiştirilmesinde de yargılamada çıkarılan davalıya karşı davacı aynı davayı tekrar ikame edebilmek imkânına sahip kaldığına göre, yani davacı ilk davalısına karşı ikame ettiği davayı geri almak istediğine göre ilk davalının mevcut yargılamadan ayrılması ancak onun muvafakati ile temin edilebilecektir<sup>162</sup>.

Eski yargılama ile bağlı olup olmama meselesinde üzerinde durulması gereken diğer bir nokta ilk dâvanın taraflarından olup tarafın değiştirilmesinden sonra ikinci davada da aynı kalan tarafın değişmeye kadarki yargılama karşısındaki durumudur. Dâvacı değişmesinde davalı, davalının değiştirilmesinde davacı ilk davanın yargılaması ile ikinci davada da bağlı kalacak mıdır? Bize göre böyle bir bağlılıktan da söz edilemez. Zira taraf değişmesinden sonra ayrı bir çekişme konusu ile yeni bir usul hukuku ilişkisi doğmuştur. Davalı değiştirmede davacı yeni davalısına karşı yeni bir dava dilekçesi teb-

161) bkz. hepsi yerine de Boor s. 101, 102; Blomeyer § 115 V 2 s. 643.

162) bkz. hepsi yerine de Boor s. 108; Blomeyer § 115 V 1 a s. 641; Bötticher MDR 1958 s. 330, yazar haklı olarak alman temyiz mahkemesinin tarafın değişmesine cevaz veren kararında eski davalının muvafakatinden hiç bahsedilmemiş olmasını tenkit etmektedir. Davalının muvafakat etmekten kaçınmasının objektif iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil ettiği hallerde bu muvafakate lüzum olmadan da tarafın değiştirilmesinin icra edilebileceği alman hukukunda kabul edilmektedir, de Boor s. 103, 108; Henckel s. 243; Rosenberg, ZZP 70, 6; Nikisch § 116 III 1, s. 461; Bergerfurth s. 76 N. 141; Lent/Jauernig § 86 II s. 243; ayrıca bkz. BGHZ 21, 285 e, mamafih bu kararda yüksek mahkeme yeni davacının rızasını göz önüne almaktadır. Biz bu rızaya lüzum olmadığını, yeni tarafın eski yargılama ile bağlılığının söz konusu olamayacağı gerekçesi ile belirttik. Davalının muvafakatten kaçınmasının ne zaman hakkın suiistimali sayılacağı her karşılaşılan meselede ayrı ele alınacaktır. Davacının değişmesi hâlinde davalının muvafakat etmekten kaçınmasının hakkın suiistimali olarak görülmesi ender rastlanır bir durum olabilir. Meselâ davacının kendisine karşı dava açmasına davalının hileli davranışları sebep olmuşsa onun muvafakat etmesine rağmen davacı değiştirilmesi icra edilebilmelidir, bkz. de Boor, s. 103 ve ayrıca s .108.

liğ ettirecektir. Bu dilekçede yeni maddî vakıalar dermeyan edebilecektir. Eski dava sırasında kaçırılmış olan usulî süreler yeni dava bakımından etkisizdir. Davacı yeni davasında bütün usulî muamelelerini birincideki ihmalleri ile engellenmeksizin yapabilir. Davacının değişmesi hâlinde de davalı bakımından aynı şeyler söylenebilecektir. Davalı da kendisine birincisinden bağımsız olarak kendisine karşı yeni bir dava ikame eden davacısına karşı cevap lâyihasında ilk yargılama ile bağılı olmaksızın cevap lâyihası verecek ve savunmasını yeni baştan kurabilecektir<sup>163</sup>. Meselâ ilk davada süresinde cevap vermeme si ikinci davada yeni davacısına karşı cevap lâyihası vermesine asla engel değildir. Zira bu yeni bir davadır. İlk davada aleyhine gıyap kararının alınmış olması da ikinci dava bakımından bir etki yapmayacaktır.

O zamana kadar devam etmiş yargılama ile bağılılık ancak tarafların aynı kaldığı bir dâva değiştirme hâlinde söz konusu olabilir<sup>164</sup>. Meselemizde ise tekrar tekrar söylediğimiz gibi ayrı davalar söz konusudur ve çekişme konusunun ayrı olduğu bir davanın yargılaması ile bağılılık söz konusu olamaz.

Tarafın değişmesinde iki ayrı davanın bulunması dolayısı ile değinilmesi gereken bazı meseleler vardır. Davalının değiştirilmesi hâlinde yeni davalının savunmalarını ilk davacıdan tamamen bağımsız olarak ileri sürebileceğini söyledik. Bu, esasa ilişkin savunmalarda olduğu gibi usule ilişkin müdafaalar bakımından da böyledir. Meselâ yeni davalı bütün iptidai itirazlarını<sup>165</sup> ilk dava ile hiç bir bağlantısı olmadan ileri sürebilecektir. Davalı yargılamaya çekilmiştir. Fakat o henüz o mahkemenin yetkisi ile bağılı değildir. Yetkisizlik itirazını dermeyan edebilir<sup>166</sup>. Yine meselâ ilk davalının, davacının ikametgâhının yabancı memlekette bulunması dolayısı ile teminat gösterilmesini iptidai itiraz olarak dermeyan etmemiş olması ikinci davalının bu itirazı dermeyan etmesine engel olmaz.

Davacının değişmesi halinde de kanaatimce durum farklı değildir. Yani davalı ilk davanın ikamesinde yetkisizlik iptidai itirazında bulunmamış olsa bile ikinci davacının aynı yargılama içine çekmek

163) bkz. Kisch'in dn. 80 de belirtilen görüşlerine.

164) Blomeyer § 115 IV 1 a s. 636.

165) Yeni dava bakımından dava şartlarının gerçekleşmediğinin taraflarca ileri sürülebileceğinde ve mahkemece incelenebileceğinde şüphe yoktur.

166) de Boor s. 110; Henckel s. 237.

suretile açtığı davaya karşı yetkisizlik itirazını ileri sürebilecektir. İlk davada mahkemenin yetkisinin doğru olarak teessüs etmiş olması başka bir dava için bir rol oynamamalıdır; perpetuatio fori kuralı aynı davanın devam etmekte olduğu hallere hasredilmeli<sup>167</sup> ve davalı incelediğimiz meselede ilk davadan ayrı bir davada yetkisizlik itirazını ileri sürebilmelidir<sup>168</sup>. Davacı değişmesinde davalının muvafakatinin bulunması gereği de aksi sonuca varmak için bir gerekçe olamaz<sup>169</sup>. Zira belirtildiği gibi davalının burada muvafakatinin bulunması ilk davacının ona karşı davasını geri alabilmesinin şartıdır. Yoksa bu muvafakat ile davalı o mahkemede yeni davalıya karşı da yargılamaya devam etmek istediğini belirtiyor değildir. Esas itibariyle yetkisiz olan mahkemenin yetkili kılınması ya bir yetki anlaşması ile olur. Burada böyle bir anlaşmadan bahsedilemez. Zira bu anlaşmanın şartları gerçekleşmemiştir, bkz. m. 22. Veya yetkisiz mahkeme davalının iptidai itiraz dermeyan etmemesi ile yetkili olur. Bu da cevap süresi içinde bu iptidai itirazın dermeyan edilmemiş olması ile mümkün olur ki burada henüz böyle bir durum da söz konusu değildir. Davalı yeni davacısına karşı iptidai itiraz dermeyan etmez ise o takdirde mahkeme yetki kazanabilecektir.

Yargılamada kalan tarafın o zamana kadar yürüttüğü yargılama ile bağlı tutulmaması esası eski yargılama sırasında vukubulmuş olanların vuku bulmamış sayılması sonucuna götürmemelidir. Meselâ yargılamada kalan taraf, kanaatimizce, taraf değiştikten sonra da kendi ikrarı ile bağlı kalacaktır<sup>170</sup>. Bu yargılamanın devamlılığının bir sonucudur. Nasıl dava ortaklığında davalının veya davacının hasım taraftaki dava ortaklarının davaları bakımından önemli olan bir vakıayı ikrar etmesi bu vakıanın isbat edilmesi gereğini bütün ortaklar bakımından kaldıracak ise<sup>171</sup> taraf değişmesinde de aynı kalan tarafın ikrarı ile yeni tarafa karşı da bağlı olduğunu kabul etmek ge-

167) Perpetuatio fori kuralı muteber olarak doğmuş olan yetkinin sonraki değişikliklerden etkilenmeyeceği şeklinde ifade edilebilir; de Boor'un ZPO § 263 bent 2 de ifade edilmiş olan bu kurala dayanarak aksi sonuca varması bana hatalı bir kıyas olarak görünüyor. Nitekim bu maddede bu kural derdesti rüyetliğin sonuçları arasında gösterilmektedir. Bizim meselemizde ise ikinci bir dava derdesti rüyet olmuştur.

168) karşı. de Boor s. 105; Henckel s. 241.

169) karşı. Henckel s. 241.

170) Henckel s. 171 aksi fikir Blomeyer § 115 IV 1 a s. 637; de Boor s. 106.

171) bkz. umumi olarak Rosenberg § 94 III 2 s. 466; Blomeyer § 109 II 1 s. 613.

rekmedir. Bu, belirttiğimiz gibi yargılamanın devam etmekte olmasının yani ilk yargılamanın ayakta tutulmasının bir sonucudur<sup>172</sup>. Davalının davacının sıfatının bulunmadığından ve bu sebeple davanın reddedileceğinden emin olduğundan ikrar etmiş olabileceği bu sebeple ikrarı ile bağlı tutulmaması gerektiği itirazı<sup>172a</sup> Henckel'in haklı olarak belirttiği gibi pek nadir rastlanabilecek bir durum olduğundan başka bu durumda davalının muvafakatini vermemek suretile tarafın değişmesine engel olmak da elindedir<sup>173</sup>. Yani eski tarafı ikrarı ile bağlı tutmak menfaatler durumuna aykırılık teşkil etmemekte ve bu, taraf olanın değişmesi (Parteiwechsel) müessesesinin kabulündeki amacı gerçekleştiren bir husus olmaktadır<sup>174</sup>.

Yargılamanın devamlılığı diğer isbat muamele'lerinin de tarafın değişmesinden sonra etkili olmasına yol açacaktır<sup>175</sup>. Pek tabii bu etkililik için dermeyan edilen delillerin iki dava arasında bulunması gereken maddî irtibatı ortaya çıkaran maddî vakıalara ilişkin olmaları gerekir. Bu hallerde dermeyan edilmiş ve tetkik edilmiş bulunan deliller kuvvetlerini muhafaza ederler. Bu husus tarafların yeni deliller dermeyan etmelerine engel teşkil etmez, fakat hâkim ihtilâflı hususu ilk yargılama sırasında dermeyan edilen delillerle sabit görerek yeni delil dermeyanını reddedebilir<sup>176</sup>. Yargılamada kalan tarafın delillerini ilk davada tahdit etmiş olmasının yeni tarafla olan davası bakımından bir önemi yoktur. Farklı bir davadaki delil hasrının başka bir dava bakımından etkisini devam ettirmesi söz konusu olamaz.

İlk dava sırasındaki şahit ifadeleri<sup>177</sup>, keşif, isticvap sonuçları ve bilirkişi mütalaaları yargılamanın devamlılığı dolayısıyla ikinci davada değerlendirilecektir. Mahkemeye sunulmuş olan vesikalar bakımından da durum böyledir. Benim kanaatime göre aynı kalan tarafın bir senet altında bulunan ve inkâr ettiği imzanın HUMK hükümleri

172) Gerçekten devam eden bir yargılamada bir maddî vakıa ikrar edildikten sonra bu ikrarın tamamen tesirsiz addedilerek isbatını istemek düşünülemez. Velew ki ikrardan «rücu» etmek için bir sebep bulunsun, bkz. HUMK m. 236 f. II.

172a) de Boor s. 106.

173) Henckel s. 241.

174) Nitekim de Boor da bağlılığı kabul etmemesine rağmen bu ikrarın yeni dava bakımından da çok kuvvetli bir emare (Indiz) olacağını belirtmektedir, s. 106; bu kadar açık olmamak üzere Blomeyer § 115 IV 1 a s. 637.

175) de Boor s. 106; Henckel s. 239; Nikisch § 116 II 2 s. 461.

176) Henckel s. 239.

177) Yeni taraf da eski dava sırasında şahit olarak dinlenmiş olabilir. Onun şahit olarak beyanları da sonradan kendi davasında değerlendirilebilecektir.



gereğince yapılan tetkikten ona ait olduğu anlaşılmış ise bu sonuç aynı yargılama içinde devam edecek olan ikinci dava bakımından da değerini muhafaza edecektir.

Davanın harç ve masraflarını davayı kaybeden yüklenenecektir. Bu bakımdan meselemiz bir özellik göstermemektedir. Ancak taraf değiştirme dolayısı ile fuzulî olarak yapılmış duruma gelen masrafları dava değiştirmeyi isteyen davacı yüklenenecektir<sup>178 179</sup>.

Nihayet kısaca tarafın değiştirilmesinin prosedürüne de temas edelim:

a) Davacı değişmesinde kendisini yanlış olarak gerçek taraf zan etmiş olan davacı yargılama sırasında davasını geri almak istediğini bildirecektir. Davalının bu geri almaya muvafakat etmesi gerekir. Muvafakat etmezse dava devam edecektir. Yeni davacı ise davalıya karşı yeni bir dava ikame etmekte olduğundan dava ikamesine ilişkin hükümler uygulanacak, davacı davalıya dava arzuhali tebliğ edecek ve onu ilk davanın yargılamasına çektiğini belirtecektir. Davalının eski yargılamaya çekilmesine muvafakat etmesi gerekmez. Ancak yukarıda belirtildiği gibi o esasa ve usule taalluk eden bütün def'lerini yeni davacıya karşı dermeyan edebilecektir.

b) Davacının davalısını yanlış seçmesi ve bir diğerini onun yerine geçirmek istemesi hâlinde ise davacı davalısına karşı ikame ettiği davayı geri almak istediğini bildirince davalının geri almanın tekemmülü için muvafakati gerekecektir. Davalının muvafakati ile dava geri alınmış olur. Yeni davalıya ise yeni bir dava ikame edilmek-

---

178) Rosenberg ZZP 70 s. 7.

179) Davanın geri alınması hâlinde peşin yatırılmış olan karar ve ilâm harcının davacıya iade edilemeyeceği kanunda bu hususta bir hüküm olmaması sebebi ile kabul edilecek olsa dahi burada meselemiz bakımından değerlendirilmesi gereken bir imkân ortaya çıkmaktadır: kanaatimizce davalısını değiştirmiş olan davacı ilk dava için yatırmış olduğu harçtan ikinci davalısına ikame ettiği davada yararlanmalıdır. İkinci davanın peşin yatırılması gereken harcı fazla ise ilk yatırılan tamamlanır (Harçlar K. m. 30 un kıyasen uygulanması). Bu çözüm tarzı tarafın değişmesinin amacına uygun olduğu gibi hakkın aranmasının kolaylaştırılması eğilimine de uygundur.

Ancak davacı değişiminde yeni davacının eskinin harcından, kendisinden başka bir kimsenin yatırmış olduğu harçtan yukarıdaki gibi faydalanabileceği söylenemez.

tedir. Yeni davalı bütün müdafaalarını cevap lâyihasında ileri sürebilecektir. Eski yargılamaya çekilmesinde ise muvafakati aranmayacaktır.

(a) ve (b) de müşterek olan bir noktaya da değinmek gerekiyor: Davanın geri alınmasında davalının muvafakati elde edilemezse bu yeni tarafın davaya girmesine (davacı) veya çekilmesine (davalı) engel teşkil etmeyecektir (bkz. § 5'deki açıklamalara). Ancak dava ortaklığının şartlarının gerçekleşmesi lâzımdır (bkz. HUMK m. 43 ve son).

## YARARLANILAN KİTAP VE MAKALELER (\*)

- Ansay** Hukuk Yargılama Usulleri, 7. bası, Ankara 1960
- Ataay** Medenî Hukuk Uygulama Çalışmaları I, 2. bası, İstanbul 1966.
- Baumbach - Lauterbach** Zivilprozessordnung, 29. bası, München - Berlin, 1968.
- Berg** Die Prozessführungsbefugnis im Zivilprozess, JuS 1966 s. 461.
- Bergerfurth** Der Zivilprozess, 1968
- Beinert** Die Prozessstandschaft im schweizerischen Recht, Basel 1963.
- Bernhardt** Das Zivilprozessrecht, Berlin 1968.
- Bilge** Medenî Yargılama Hukuku, 2. bası 1967
- Blomeyer** Zivilprozessrecht, Berlin - Göttingen - Heidelberg 1963.
- Bötticher** Zur Lehre vom Streitgegenstand im Eheprozess, Festgabe zum 70. Geburtstag von Leo Rosenberg, 1949 s. 73.
- Bötticher** BGH'nın 13.7.1956 tarihli kararı hakkında not, MDR 1958 s. 330.
- Bruns** Zivilprozessrecht, Berlin - Frankfurt, 1968
- Canaris** Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964.
- de Boor** Zur Lehre vom Parteiwechsel und vom Parteilbegriff, Leipzig 1941.
- Edlin** Begriffs- und Interessenjurisprudenz, SJZ 28 s. 369.
- Fragistas** Die Prozessstandschaft im internationalen Prozessrecht, Festschrift für Hans Levald, Basel 1953.
- Gross** Zur Anwendung der Klageänderung - und Klagerücknahmenvorschriften auf den Parteiwechsel, ZZP 76 (1963) s. 200.

---

(\*) Yan konulara ilişkin ve tek atıf yapılan eserler ilgili dip notunda belirtilmiştir.

- Guldener** Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1958.
- Heck** Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932.
- Hellwig** System des deutschen Zivilprozessrechts, c. 1 Leipzig 1912 den yeni bası 1968.
- Hellwig** Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, c. 3 Leipzig 1909 dan yeni bası 1968.
- Henckel** Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess, Heidelberg 1961.
- Hess** Die Klageaenderung im zürcherischen Zivilprozess, Winterthur, 1957.
- Hofmann** BGH'nın 17.10.1963 tarihli kararı hakkında not, NJW 1964 s. 1026.
- Kocayusufpaşaoğlu** En yakın kanuni mirascıların mirası reddetmesi — Mehaza göre tefsir, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1957 sayı 1 No. 1, s. 36-47.
- Kuru** Hukuk Muhakemeleri Usulü, 2. bası, Ankara 1968.
- Kuru** Dava Şartları, Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1964 s. 109.
- Larenz** Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin - Göttingen - Heidelberg 1960.
- Lent** BGH'nın 13.7.1956 tarihli kararı hakkında not, JZ 1956 s. 762.
- Lent - Jauernig** Zivilprozessrecht, 12. bası, München - Berlin 1965.
- Leuch** Klageaenderung, ZbJV 55 (1919) s. 193.
- Lüke** Die Prozessführungsbefugnis ZZP 76 (1963) s. 1.
- Meier - Hayoz** Berner Kommentar. Einleitung Art. 1, Bern 1962.
- Meiss** Stein - Jonas - Schönke - Pohle gerhinin 18. basısı hakkında not ZZP 69 (1956) s. 471.
- Nikisch** Zivilprozessrecht, 2. bası, Tübingen 1952.
- Pohle** Rosenberg'in Lehrbuch'unun 8. basısı hakkında not, MDR 1960 s. 963.
- Pollak** Zivilprozessrecht, Wien 1932.

- Postacıoğlu** Medeni Usul Hukuku Dersleri, 4. bası İstanbul 1968.
- Postacıoğlu** İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1969.
- Putzo** BGH nin 17.10.1963 tarihli kararı hakkında not, NJW 1964 s. 500-501.
- Relch** Partei - und Prozessfaehigkeit und die Folgen ihres Mangels, Zürich 1941.
- Rimmelspacher** Zur Prüfung von Amts Wegen im Zivilprozess, Göttingen 1966.
- Rosenberg** Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 9. bası München - Berlin 1961.
- Rosenberg** Die gewillkürte Parteiaenderung im Zivilprozess, ZZP 70 (1957) s. 1.
- Serozan** Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschaeft nach deutschem, schweizerischem und türkischem Recht, Tübingen 1968.
- Schönke** Das Rechtsschutzbedürfnis, AcP 150 (1949) s. 216.
- Schönke - Schröder - Niese** Zivilprozessrecht, 8. bası Karlsruhe 1956.
- Schwab** İhtilâf konusu (Müddeabih) hakkındaki doktrin bugünkü durumu (çev. Y. Alangoya) İst HFM c. 33 N. 3-4, s. 288 ve son.
- Schwab** Der Streitgegenstand im Zivilprozess, 1954.
- Schwab** Rosenberg'in Lehrbuch'unun 8. basısı hakkında not, ZZP 73 477 ve son.
- Schwager** Die Nachfolge in den Zivilprozess infolge Erbganges, Winterthur 1958.
- Stein - Jonas - Schönke - Poh'e** Kommentar zur Zivilprozessordnung, 19. bası 1. cilt 2. fasikül, Tübingen 1964.
- Thomas - Putzo** Zivilprozessordnung, 3. bası, München 1968.
- Tuor - Picononi** Das Erbrecht, 2. Abt. Der Erbgang, Bern 1964.
- Üstündağ** İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasası, İstanbul, 1967.
- Wieczorek** Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 1957.
- Wach** Handbuch des deutschen Civilprozessrechtes c. 1 Leipzig 1885.
- Wolff** Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, 2. bası, Wien 1947.

- Wyss** Zur Klageaenderung, insbesondere nach zürcherischen Prozessrecht, SJZ 11, s. 328.
- Zöller** Zivilprozessordnung (Kommentar) 10. bas  
München 1968.