

**İHTİLÂF KONUSU (Müddeabih)
HAKKINDAKİ DOKTRİNİN DURUMU (*)**

**Profesör Dr. Karl Heinz SCHWAB, Erlangen
Medenî Usul Hukuku ve Medenî Hukuk
Profesörü**

Çeviren: Dr. Yavuz Alangoya

Alman usul hukuku ilmi son 10 sene içinde hiç bir problemle ihtilâf konusu (Streitgegenstand) teorisi ile olduğu gibi meşgul olmamıştır. Bu konu hakkında sadece dört doçentlik tezi yazıldı (1); medenî usul ders kitapları ve şerhleri yeni basılarında teferruatlı olarak bu meseleyi münakaşa ettiler ve bir çok sayıda makaleler ve müzakereler ihtilâf konusu problemini konu olarak aldılar. Hakikatte ihtilâf konusu probeminden daha aktuel ve usul hukuku bakımından daha önemli bir problem mevcut değildir.

İhtilâf konusu meselesinin usul hukukunda böyle büyük bir önem kazanmış olmasına hayret edilebilir. Bunun sebebi ihtilâf konusu veya talebin (her iki kavram da eş anlamda kullanılmaktadır) davanın merkez unsurunu teşkil etmesidir. Dava ile bir usulî talep (prozessualer Anspruch) dermeyan edilmektedir. Bir eda davası, tesbit davası veya bir inşaî dava bahis konusu olabilir. Dava yığılması (Klagenhaeuftung), dava değiştirme, derdesti rüyetlik ve

(*) Bu makale Juristische Schulung (JuS) adlı derginin 1965 Mart nüshasında yayınlanmıştır, s. 81 - 86.

(1) Schwab, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, 1954; Habscheid, Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1956; Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess, 1961; bundan başka Lüke'nin henüz neşredilmemiş çalışması, Der Streitgegenstand im Zivil - und Verwaltungsprozess.

kaziyei muhkeme gibi önemli müesseselerin esasları ihtilâf konusu tarafından tayin edilecektir. Buna göre eğer birden fazla talep dermeyan edilmişse yani birden fazla ihtilâf konusu mevcut ise bir dava yığılması mevcut olacaktır. Bir dava değişmesi için, talebin, diğer bir deyişle ihtilâf konusunun değişmesi şarttır. Yeni bir davaya karşı derdesti rüyetlik itirazı, eğer halen derdest olan bir davadaki hukukî ihtilâfı teşkil eden aynı talep dermeyan edilmişse haklı olacaktır. Ve nihayet maddî kaziyei muhkemenin objektif çevresi ihtilâf konusu vasıtası ile tayin edilecektir; zira hüküm, dermeyan edilen talep, ihtilâf konusu, hakkında verilir.

Ihtilâf konusu hakkındaki doktrinin bu günkü durumu ilk bakışta karışık görünecektir. Doktrinde temsil edilen görüşler son derece çeşitlidir; hemen hiç bir noktai nazar diğeri ile tetabuk etmez. Senelerdir devam eden fikir ayrılıkları muvacehesinde hâlâ baskın bir görüşün ortaya çıkmamış olması muhakkak şaşırtıcıdır. Buna rağmen ben ileriye ümitsiz olarak bakmamamız gerektiğini zannediyorum: Bütün ayrılıklara rağmen bir mutabakat için işaretler görünmektedir. Bunları şuurlu bir hale getirmek ve tevsî etmek Alman usul hukuku ilminin bugün önemli bir vazifesi olmalıdır.

Doktrindeki çeşitli fikirlerden dört değişik temel form ortaya çıkmaktadır; bunların teselsülleri aynı zamanda ihtilâf konusu doktrininin tarihi tekâmülünü verecektir. Bu tekâmül medenî usul kanununun (ZPO) talep kavramı ile maddî hukuk talebinin aynı olduğu görüşünden usulî muhtevalı müstakil bir usulî talep kavramına ve nihayet tekrar, değişik bir şekilde olmak üzere, maddî hukuk ile bağlantıya dönüşe kadar devam eder.

I. Eski maddî hukuk teorisi :

1. Mülâhazalarımız şu vakiya istinat etmelidir: Medenî usul kanununun (ZPO) kanun koyucusu talepten bahsettiği yerlerde maddî hukuk talebini göz önünde bulundurmıştır. ZPO'nun kabulü zamanında (1877) medenî kanun (BGB) ve maddî hukuk talebi kavramını ihtiva eden 194 üncü paragraf henüz mevcut değildi. Fakat talep kavramı Windscheid'in «*Actio des römischen Civilrechts*» kitabı ile (1856) Alman hukuk ilmine girmiş bulunmakta idi. Windscheid Roma hukukunun actio'sundan usulî elemanları ayırmak sureti ile talep (Anspruch) kavramını elde etmiştir. Bu gün BGB § 194 de formülleştirilmiş olduğu gibi talep bir kimseden bir şeyin yapılmasını veya içtinabı isteme hakkıdır. Windscheid'in

vardığı sonuç BGB'nin talep sistemi için temel oldu. Fakat talebin actio'dan ayrılması aynı zamanda ihtilâf konusunun hakiki varlığının anlaşılması bakımından büyük zorluklara sebebiyet verdi (2).

2. ZPO'nun talebinin maddî hukuk talebi ile aynı olarak görülmesi akabinde zorluklara yol açtı. ZPO'da düzenlenmiş bulunan eda ve tesbit davalarının yanında inşaî davanın da mevcut olduğu anlaşıldıktan sonra bu dava ile hangi talebin dermeyan edildiği sorusu ortaya çıktı. Tesbit davası ile de kaide olarak medenî hukukun bir talebinin tesbiti değil bir mutlak hakkın veya hukukî münasebetin tesbiti istenmektedir. Sadece eda davasında maddî hukukun bir talebi hukukî ihtilâfın konusu olabilecektir. Demek ki bütün dava çeşitleri bakımından medenî hukuk manâsında talep kavramı kullanılabilir değildir. Tesbit davalarında medenî hukuk talebi yerine mutlak hak veya hukukî münasebet, ancak çok nadir olarak talep, inşaî davalarda ise inşaî hak ortaya çıkacaktır. Her maddî hukuk ihtilâf konusu anlayışı a priori ancak bu manâda anlaşılabilir.

ZPO'nun talebi ile maddî hukuk talebinin aynı olduğu hususunun kabulünün başka bir güçlüğü daha doğurduğu da kısa bir süre sonra anlaşıldı. Her davada iddia edilen bir hak bahis konusu olmaktadır yoksa mevcut bir hak değil. Bir talebin gerçekten mevcut olup olmadığı hükümde belli olacaktır. Fakat hükme kadar taraflar iddia edilen bir hak üzerinde ihtilâf etmektedirler. Bu bakımdan da ZPO'nun talebini maddî hukuk talebi ile aynı olarak görmek isteyen bir maddî hukuk ihtilâf konusu anlayışı engellenmektedir.

3. Fakat ileri sürülen bu mülâhazalar maddî hukuk anlayışına karşı kesin önemde deliller mâhiyetini taşımamaktadırlar. Bu deliller usulî talep ile maddî hukuk talebinin aynı olduklarının kabulüne manî olmakla beraber usul hukuku talebi kavramının maddî hukuk ile mümteziç olarak izah edilebilmesini önlemeyeceklerdir (3). Eski maddî hukuk teorisine karşı esas gerekçeler bilhassa maddî hukuk taleplerinin yarışmaları (telâhuku) probleminin usulcülere hazırladığı aşılması mümkün olmayan zorluklardan dolayı

(2) Horst Kaufmann actio hukuku tefekkürü tarihi hakkında mükemmel bir umumî bakış vermektedir, Juristenzeitung 1964, 482.

(3) Bkz. Nikisch, Österreichisches Juristenblatt 1955, 261.

ortaya çıkmaktadırlar. Usulî muhtevada müstakil bir usulî talebin geliştirilmesinin sebebi buradadır.

Yarışma probleminde bahis konusu olan maddî hukukun çok sık olarak aynı maksada vasıl olmak için birden fazla maddî hukuk talebi, ki bu talepler hâkim fikre göre bir kanun yarışması değil bir talep yarışması meydana getirirler (4), tanınmasıdır. Doktrinde ekseriya kullanılan tramvay kazası misali durumu açıklayabilecektir: Bir tramvay kazasında yaralanan bir yolcu 1000 mark tazminatın ödenmesini dava ediyor. Bu talep maddî hukuk bakımından müsbet akde aykırılığa, haksız fiile ve mesuliyet kanununa (Reichshaftpflichtgesetz) (*) istinat ettirilebilir. Bu gün medenî hukukta halâ hâkim olan fikre göre müteaddit maddî hukuk talepleri bir talep yarışması teşkil etmektedirler. Burada usul hukuku mânâsında da birden fazla talep söz konusu mudur?

Bu mesele bakımından fikir ayrılıkları benim kanaatime göre bugün sona ermiştir. Evvelâ burada usul hukuku mânâsında da birden fazla talep bulunduğu görüşü mevcuttu. Bu görüş *Lent* (5) tarafından 1932 de temsil edilmiştir. Müellif daha sonraları da esas itibarile maddî hukuk teorisi hususundaki görüşünü değiştirmemekle beraber 1939 da bir makalede (6) ve daha sonra usul hukuku ders kitabında (7) taleplerin birliği mânâsında olmak üzere bu teorinin tahditlerini kabul etmek zorunda kaldı. Yukarıda verilen misalde usul hukuku taleplerinin taaddüdünü kabul etmek hakikaten aşılması mümkün olmayan güçlüklerle götürecektir. Bu kendisini bilhassa dava yığılmasında (Klagenhaeuftung) gösteriyor (8). Eğer birden fazla talep mevcutsa bunların her biri hakkında hüküm vermek gerekecektir. Mukaveleye aykırılığa ve mesuliyet kanununa istinat eden talepler haklı görülür buna mukabil haksız fiile istinat eden talep reddedilirse bu durumda davacının talep ettiğini elde etmiş olmasına rağmen davanın kısmen kabul ve

(4) Meselâ **Enneccerus - Nipperdey**, umumî kısım 15. bası (1959/60), §§ 60 I 2, 228 III; kanun yarışması için bkz. **Schnorr v. Carolsfeld**, *Lent*'e armağan, s. 258 dn. 58.

(*) Bkz. 7. Haziran 1871 tarihli bu kanun için (Reichshaftpflichtgesetz) RGB1 1896 s. 616, RGB1 1939 I s. 2391 ve RGB1 1943 s. 489 a.

(5) *Zeitschrift für Zivilprozess (ZZP)* 57, 1 ve son.

(6) *Jahrbuch der Akademie für deutsches Recht* 1939/40, 214.

(7) 1. bası (1947); bu mesele için ayrıca bkz. sonraki basılara ve en yeni olarak **Lent-Jauernig** 12. bası (1965), §§ 37 IV, 88 I.

(8) Bkz. **Schwab**, s. 11 ve son.

kısmen reddedilmesi mecburiyeti hasıl olacaktı. Birden fazla talebin bulunduğu kabul edilince mahkeme, taleplerden biri hakkında hüküm verilmesinin mümkün ve kâfi olabileceği bir halde ZPO § 301 gereğince bir kısmî hüküm vermek zorunda kalacaktı. Kabulü mümkün olmayan bir netice! Zira davacı sadece bir kere 1000 marka hükmedilmesini talep etmiştir ve bir son hüküm verilmesi için hiç bir sebebe yer kalmamıştır! — Yeni bir maddî hukuk talebine yol açacak her yeni dermeyanın bir dava değiştirme olduğunu kabul etmek mecburiyeti hasıl olacaktı. Bundan dolayı ZPO § 264 deki dava değiştirme şartları mvacehesinde hukuki ihtilâfın şümullü bir şekilde halledilmesi lüzumsuz olarak zorlaştırılacaktı (9). — Evvelce sadece mesuliyet kanununa ve mukaveleye müsteniden dava ikame edilmiş ve daha sonra da yeni bir dava haksız fiile müsteniden ikame edilmişse bu yeni davaya karşı derdesti rüyetlik itirazları sürülemezdir. Davaların bu şekilde arttırılmasına pek tabiidir ki engel olunmak gerekir. — Nihayet dava mukaveleye aykırılık ve haksız fiilden reddedilse idi ve mahkeme mesuliyet kanununa istinat eden talebi nazarı itibara almasa idi bu takdirde davacıya hakkında hüküm verilmemiş olan bu talebi yeni bir dava ile dermeyan etmek imkânı açık kalacaktı. Kaziyei muhkeme buna engel olmayacaktı.

Saf bir maddî hukuk teorisinin bütün bu kabulü mümkün olmayan neticeleri kâfi ölçüde münakaşa edildi. Bu teorinin usulî ihtiyaçlarla kabili telif olmadığı hususunda bugün şüphe olmadığı söylenebilir.

II. İhtilâf konusunu teşkil eden unsurlar olarak vakıalar karışımı ve netice talebi :

1. Eski maddî hukuk anlayışının zorlukları saf usulî muhtevada bir talep kavramının kabul edilmesine yol açtı. Davanın konusunu hukukî himaye talebi ile (Rechtsschutzanspruch) izah hususundaki beyhude gayretlerden sonra (10) usulî talep kavramını ilk olarak *Rosenberg*'de buluyoruz. Müellif ders kitabının 1. basısında (1927) medenî hukukun talep kavramı ile ZPO'nun talebi arasında

(9) Schwab s. 19 ve son.

(10) Yeni olarak usulî talep ile hukukî himaye talebi arasındaki müşabehete tekrar *Stein-Jonas-Pohle*'de işaret edilmektedir, ZPO, 19. bası (1964), Giriş E III 1 c.

kesin bir ayırım çizgisi çekmiş bulunmakta idi (11). Rosenberg'in o zamanki kanaatine göre medenî usul hukuku talebi muhteva olarak mahkeme önüne getirilen vakıalar karışımı (Tatsachenkomplex) (aynı anlamda olmak üzere hayat olayı, Lebensvorgang, Sachverhalt de kullanılmaktadır) ve neticei talep vasıtası ile belirlenmektedir (12). Vakıalar karışımı ve neticei talep ihtilâf konusunun aynı değerinde ve ehemmiyetteki elemanları olmaktadır. Bu iki elemandan her birinde ve tabiatıyla her ikisinde birden ortaya çıkacak bir taaddüt bir talep yığılmasını meydana getirecek, ikisinden birinin değişmesi dava değiştirme sonucunu doğuracaktır. Maddî hukuk talebinden usul hukuku talebine geçişin ehemmiyeti küçümsenmemelidir. Bu teori ile usulî problemlerin çözümüne önemli şekilde yardımcı olan bir yol açıldı. Bu gün usul hukukçularının maddî hukuktan uzaklaşmakta oldukları muaheze edilirken (13) unutulmamalıdır ki ihtilâf konusu teorisi bakımından bu uzaklaşmaya sebep, maddî hukuk taleplerinin yarışması ile ilgili problemlerin usulî ihtiyaçlar açısından halledilmesinde ortaya çıkmış olan acizdir.

2. Kısa zamanda büyük sayıda taraftar bulan bu saf usulî teori neyi halletmektedir? Bu teori bir vakıalar karışımından veya diğer bir deyişle bir hayat olayından (Lebensvorgang) aynı hedefe götüren birden fazla maddî hukuk talebinin ortaya çıktığı bütün hallerde, talep yarışmasının halli mümkün olmayan problemlerine engel olmayı ve bu durumlarda bir talep teklifine ulaşmayı hedef tuttu. Tramvay kazası meselesinde bu teoriye göre bir tek vakıa karışımı, tramvay kazası, ve hakkında hüküm verilmesi gereken tek bir neticei talep mevcuttur. Netice olarak burada eski maddî hukuk teorisinin kabul ettiği gibi bir talep yığılması değil sadece bir tek talep bulunmaktadır. — Eğer vakıa karışımı değiştirilmemişse bir dava değiştirme bahis konusu olmayacaktır. — Yeni bir dava aynı vakıa karışımına istinat ediyorsa ve aynı gayeye sahip ise, derdesti rüyetlik itirazı bu davaya karşı duracaktır. — Nihayet vakıa karışımı ve neticei talebin meydana getirmiş olduğu usulî talep hakkında hüküm verilmiş olması şu neticeyi de ortaya çıkaracaktır: Bir maddî

(11) Anılan eser § 87 II 2.

(12) Rosenberg'in o zamanki teorisi bakımından teferruat için bkz. Schwab s. 28 ve son.

(13) Bkz. meselâ Nikisch'e, Archiv für zivilistische Praxis (AcP) 154, 269 ve son.

hukuk talebinin nazarı itibara alınmamış olması yeni bir davayı haklı gösteremez.

3. Bu izahlar göstermektedir ki vakıa karışımı ve neticei talebin ihtilâf konusunun eş değerli elemanları olduğu teorisi eski maddî hukuk teorisi karşısında büyük kazanç sağlamaktadır. Şüphesiz bu teori, birden fazla vakıa karışımı veya diğer deyişle hayat olayı ile aynı gayenin güdülmesi hallerinde doğru neticelere götürebilme bakımından aynı durumda değildir. Eski maddî hukuk teorisinde çözülmesi mümkün olmayan güçlüğü doğuran problem burada da ortaya çıkmaktadır, şüphesiz maddî hukuk teorisindeki durumlarda olduğundan çok daha nadir olarak (14). Meselâ davacı bir muayyen meblağı aynı zamanda ödünç vermeye ve aynı meblağ için yapılmış bir borç tanınmasına veya satıma ve satım bedeline karşılık tanzim edilmiş olan poliçeye müsteniden talep etmiş ise her iki durumda da iki vakıa karışımı veya hayat olayı mevcut olacaktır. Bu bakımdan adı geçen tecri her seferinde aynı ve tek bir meblağ bahis konusu olmasına rağmen bir talep yığılmasına götürecektir. Bir birikici dava yığılması (kumulative Klagenhaefung) maddî hukuk teorisinde bahsedilen aynı güçlükleri ortaya çıkaracaktır. Bir alternatif dava yığılması da (alternative Klagenhaefung) kabul edilebilir değildir. Bu dava yığılması için de birikici bir yığılma teşkil edebilecek olan ve alternatif bir münasebet içinde bulunan edimlerin istenmiş olması şarttır (15). *Rosenberg* bu güçlükleri teşhis etti. Ders kitabının 4. basısından itibaren (1949) (16) bir talebin birden fazla vakıa karışımı ile temellendirilmesi halinde sadece bir tek talep mevcut olduğunu kabul etti. 6. basıdan itibaren (1954) (17) neticeitalebin vakıa karışımına nisbetle daha önemli olduğunu sadece dava yığılması halinde değil dava değiştirmede, derdesti rüyetlikte ve kaziyei muhkemede de nazarı itibara aldı.

4. Neticei talebin ve vakıa karışımının ihtilâf konusunun eş değerli elemanları olduğu teorisi bu gün medenî usul literatüründe halâ ekseriyetle temsil edilmektedir. Bu anlayışı *Stein - Jonas - Schönke - Pohle*'nin şerhinde (18), bundan başka

(14) Bunun hakkında bkz. *Schwab* s. 33, 37.

(15) *Schwab*, ZZP 71, 158.

(16) § 88 II 3 a.

(17) § 88 II 3 b.

(18) 18 inci bası (1953), § 253 II 2. Fakat 19 uncu basıda *Pohle* davacı

Baumbach - Lauterbach'da (19), *Schönke - Schröder - Niese*'nin ders kitabında (20), *Thomas - Putzo*'nun kısa şerhinde (21) ve nihayet *Habscheid*'in kitabında (22) bulmaktayız. Habscheid'in teorisinde şüphesiz onun «hayat olayı» (Lebenssachverhalt) kavramının bugüne kadar ihtilâf konusu doktrininde mutad olan vakıa karışımı kavramı ile tetabuk etmediğini nazarı itibara almak gerekir. Habscheid'in hayat vakıası diye belirttiği davacı tarafından getirilen bütün vakıaların yekûnudur (23). Fakat bu anlayışla vakıalar kompleksi kavramının sınırı ortadan kalkmakta ve bu kavram fonksiyonunu ifa edememektedir. Bu anlayışa göre davada vakıa karışımlarının bir yığılması mümkün olamayacağı gibi değiştirilmesi de söz konusu olamayacaktır.

III. İhtilâf konusu olarak neticeî talep :

1. Bir neticeî talebin birden fazla vakıalar kompleksi ile haklı gösterilmesi halleri, ki bunlarda yukarıda izah edilen teori işe yarar sonuçlara varamamaktadır, benim «*Streitgegenstand*» (İhtilâf konusu) adlı kitabımda (1954) temsil etmiş olduğum görüş bakımından istinat noktalarını teşkil etmektedirler. Bu görüş daha evvel Leo Rosenberg'e armağanda (1949) (24) *Bötticher* tarafından boşanma ve evliliğin feshi (Aufhebungsklage) davaları bakımından müdafaa edilmişti.

İhtilâf konusu hususundaki bu üçüncü görüşün hususiyeti ağırlık merkezini neticeî talep, yani davanın erişilmek istenen gayesi, üzerine istinat ettirmesidir. Her davacı için mahkemenin neticeî talebe uyması önemlidir. Böylece neticeî talep hukukî ihtilâfın gerçek konusu olmaktadır. Her yargılamada neticeî talebe uyulup uyulmayacağı meselesi üzerinde ihtilâf edilmektedir. Bu üçüncü

tarafından talep edilen hükmün haklılığını ihtilâf konusu olarak belirtmektedir. Burada muhtemelen neticeî talebin kuvvetli bir tebarüzünü görmek mecburiyeti vardır; bkz. giriş E III 2 a, burada ihtilâf konusunun daha yakın bir tesbiti için neticeî talepten hareket etmek gerektiğini belirtmektedir.

(19) 28 inci bası (1965), § 2 2 A ve B, şüphesiz tutarlı olmayarak.

(20) 8 inci bası (1956) § 47 I.

(21) 1963 giriş II 7.

(22) S. 221. Bundan başka bkz. Lüke, Juristenzeitung 1960, 204.

(23) Bkz. bunun hakkında Schwab ZJP 71, 155 bilhassa 157.

(24) Zur Lehre vom Streitgegenstand im Eheprozess, s. 73 ve son. (84, 85/86).

telâkki basit ve ihtisas sahibi olmayanlar tarafından da anlaşılabilir bu mülâhazalara istinat etmek istemektedir. Şüphesiz bir veya birden fazla edimin mi talep edildiği her zaman neticeî talepten çıkarılamaz. Bilhassa tediye davalarında durum böyledir. Burada davanın temellendirilmesi için dermeyan edilmiş olan vakıalar nazarı itibara alınmak gerekir. Fakat neticeî talebin açıklanmaya ihtiyacı olabilmesinden vakıalar kompleksinin ihtilâf konusunun eş değerli bir unsuru olduğu sonucuna varmak yanlış olacaktır. Zikredilmiş olan satım ve poliçe veya ödünç ve borç tanınması halleri bunun aksini ispat etmektedirler. Bahis konusu olan aynı gayenin mi güdüldüğü, davacının tek mi yoksa müteaddit edimleri mi talep ettiği meselesinden ibarettir.

2. Bu teori ne getirmiştir? Bu teori bütün durumlarda kabul edilebilir çözümlere götürmektedir: Hem birden fazla maddî hukuk talebinden hem de iki unsurlu ihtilâf konusu anlayışı mânâsında birden fazla vakıalar karışımından tek bir hedefe erişilmeye gayret edilen durumlarda. Aşağıdaki misal bunu açıklayacaktır:

Federal mahkeme (Bundesgerichtshof, BGH) 12.7.1962 tarihli bir kararında (25) davacının davalıdan muayyen bir para meblağını, davasını bir poliçeye, bir garanti mukavelesine (esas mukavele) ve bundan başka haksız fiile istinat ettirerek talep ettiği bir mesele hakkında hüküm verdi. Şu hale göre meselede sadece birden fazla maddî hukuk talebi değil fakat aynı zamanda birden fazla vakıalar kompleksi, mevcuttur. BGH meselede sadece bir tek talep olduğunu kabul etti ve bu noktaî nazarını doğru bir düşünce tarzı ile gerçekleştirdi: «Eğer poliçe alacağı haklı değil ise bir kısmî hüküm verilemez, ki bu kısmî hükümle dava poliçeye dayanan talebi konu olarak aldığı nisbette reddedilecektir. Hüküm verilmeden önce diğer maddî hukuk taleplerinin haklılığı tetkik edilmelidir.» Filhalka bir kısmî hükmün muteberiyeti bakımından önemli kriter birden fazla talep olup olmadığıdır.

Bu teorinin doğruluğu dava değiştirme, derdesti rüyetlik ve kaziyei muhkeme meselelerinde de tahakkuk etmektedir. Hâkim fikirle birlikte bir dava değiştirme için eski talebin yerine veya onun yanında bir yeni talep şart olarak kabul edilirse (26), dava değiştirme ancak başka bir şey istenmiş yani yeni bir neticeî talep

(25) ZZP 75, 458 Schwab'ın notu ile birlikte.

(26) Bkz. Schwab s. 104 ve son.

dermeyan edilmişse mevcut olacaktır (27). Derdesti rüyetlik itirazı halen mevcut bir davada ihtilâflı olan aynı neticeî talebi ihtiva eden yeni bir davaya karşı duracaktır. Ve nihayet kaziyei muhkeme teşkil edecek hüküm neticeî talep hakkında verilecektir, şüphesiz mahkeme önüne getirilen dava malzemesinin temeli üzerinde. Teferruat için benim «Streitgegenstand» adlı kitabıma bakılmalıdır. Tesbit davalarında ve inşaî davalarda da bu tek unsurlu ihtilâf konusu teorisi elverişli sonuçlara götürmektedir. Burada da önemli olan ihtilâf konusunun tekliği veya çokluğudur. Bir altın saatin mülkiyetinin tesbiti mülkiyetin devrine ve iktisabî müruru zamanına istinat edilerek dava edilmişse burada sadece bir tek neticeî talep ve buna bağlı olarak da bir tek ihtilâf konusu mevcuttur. Evli kadının boşanmayı dava etmesi ve davasını kocanın müteaddit zinasına ve bundan başka evliliğe aykırı diğer çeşit münasebetlere ve üç sene süren müşterek hayatın tatiline dayandırması halinde sadece bir tek talep mevcuttur, yoksa bir dava yığılması bahis konusu değildir (28). Davacı için sadece boşanma bahis mevzuudur; o bu hedefe erişmeyi istemektedir.

3. Bu teoriyi *Rosenberg* ders kitabının 6. basısından itibaren kabul etti (29). BGH nin ikinci hususi hukuk dairesi yukarıda anılan kararı ile (ZYP 75, 458) bu teoriye katıldı. Bundan başka BGHZ (Entscheidungen des BGH in Zivilsachen) 9, 27 de intişar etmiş olan karar da bu teori lehine olarak nazarı itibara alınacaktır. Doktrinde bu teori, söylendiği gibi, boşanma ve evliliğin feshi (Aufhebungsklage) davaları bakımından *Bötticher* tarafından temsil edilmiştir. Fakat neticeî talepte ifadesini bulan davanın gayesi, dava yığılmasının mevcut olup olmadığı hususunda bir sonuca varılması bakımından, esas itibariyle ihtilâf konusunu maddî hukukun desteği ile açıklamak isteyen müelliflere de etki etmiştir (bkz. aşağıda IV). *Lent* de ders kitabının 1 inci basısından itibaren (30) taleplerin tekliği ve çokluğu meselesini davanın gayesi noktaî nazarından cevaplandırmıştır.

(27) Dava değiştirmenin sadece talep'in (Anspruch) değil fakat talebin temelinin değişmesi halinde de söz konusu olacağı kabul edilecek olursa, vakıalar kompleksinin (Tatsachenkomplex) değişmesi halinde de bir dava değiştirmenin mevcut olacağı sonucuna götürecekti.

(28) Bkz. bunun hakkında *Schwab*, ZYP 65, 101 ve son. (108).

(29) § 88 I (6 ncı basıda s. 389/390 dn. 2 de sonra).

(30) § 89.

IV. Yeni maddî hukuk teorileri :

Saf usulî muhtevalı (vakıalar kompleksi ve neticeî talep veya sadece neticeî talep) bir usulî talep kavramının inkişafı son zamanlarda usulî talepten ayrılış ve maddî hukuk ihtilâf konusu teorisine dönüş şeklinde tezahür eden bir reaksiyonu ortaya çıkardı. Burada müracaat edilen yollar farklıdır. Fakat bu gayretlerde bir husus müşterektir: Bunlar (I) altında izah edilen maddî hukuk teorisinden, aynı gayeye tevcih edilmiş maddî hukuk taleplerinin yığılmasının ortaya çıkardığı zorluklara mani olmak istemeleri bakımından, ayrılmaktadırlar.

1. Maddî hukuk teorisine böyle bir dönüş için en önemli teşebbüs ve teşvikler menşeyini *Nikisch*'de bulur. Müellif medenî hukuk dogmatığı ile usul hukukunun vazgeçilmesi mümkün olmayan tetabukunun artık tekrar gerçekleştirilmesinin zaruri olduğunu söylemektedir (31). Aynı zamanda müellif bir vakıalar karışımından aynı gayeye tevcih edilmiş birden fazla maddî hukuk talebi çıkması halinde *sadece bir tek maddî hukuk talebi* bulunduğunu kabul etmektedir.

Meselâ davacı bir tramvay kazasına istinat ederek zararın tazminini talep etmişse, bu durumda o, davalının mesuliyetinin mukaveleden, haksız fiilden ve mesuliyet kanunundan dolayı ortaya çıkmakta olması dolayısı ile birden fazla talep dermeyeran etmiş olmamaktadır; *Nikisch*'in fikrine göre burada sadece bir tek maddî hukuk talebi mevcuttur. Fakat birden fazla vakıa karışımından (meselâ satım ve borç tanınması) müteaddit maddî hukuk talepleri ortaya çıkıyorsa, müellife göre maddî hukuk taleplerinin bir taaddüdü bahis mevzuu olacaktır. Burada müellif hakiki bir talep yarışması görmektedir. Her iki talep aynı anda dermeyeran edilmişlerse bir alternatif dava yığılması söz konusu olacaktır. Buna mukabil inşaî davalarda *Nikisch*'e göre vakıa karışımlarının taaddüdünün bir ehemmiyeti yoktur. Davacı boşanmayı talep etmişse sadece bir tek boşanma hakkı ve bundan dolayı bir tek talep mevcuttur. Dava müteaddit zina, evliliğe aykırı fiiller ve birlikte hayatın tatil edilmiş olması sebepleri ile, yani müteaddit vakıa kompleksleri, ile temellendirilmiş olabilir (32). *Nikisch*'e göre davacının hakkının tesbitini

(31) . Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozess, AcP 154, 269 ve son. (283).

(32) AcP 154, 191 ve son.

müteaddit vakıa karışımlarına istinat ederek talep ettiği tesbit davalarında da sadece bir tek talep mevcuttur (33).

Nikisch'in görüşü eda talepleri (Leistungsansprüche) çerçevesi içinde medenî hukukun müteaddit mümessilleri tarafından kabul edildi. Meselâ *Larenz* (34) etraflı olarak talep temeli çokluğu halinde talep birliği meselesi üzerinde durdu. Müellif bir davanın mukavele, haksız fiil ve tehlike mesuliyeti ile temellendirilmiş olması durumunda birden fazla talebin yanyana bulunduğu görüşünün kabul edilemez olduğunu belirtmektedir. Burada sadece bir tek fakat tabii müteaddit kereler temellendirilmiş bir talep mevcuttur.

Esser de (35) esas olarak bu görüşe katılmaktadır. Müellif bu halde «talep temeli yarışması» ndan (Anspruchsgrundlagekonkurrenz) bahsetmekte ve talep yarışması ile talep temeli yarışması arasındaki farkın ne olduğunun ancak hukukî himaye gayesi (Rechtsschutzziel) açısından cevaplandırılması gerektiğini mütalaa etmektedir. Müellif, muhakkak ki pek de tutarlı olmayarak, bu iki kavramın tefriki için taleplerin bir tek vakıalar kompleksinden mi doğduğu hususunun önemli olduğunu ilâve etmektedir. Nihayet *Eichler* de (36) mukavele ve haksız fiil talepleri halinde bir maddî hukuk talep birliğini kabul etmektedir.

2. *Henckel* «Parteilehre und Streitgegenstand» (Taraf teorisi ve ihtilâf konusu) adlı kitabında (1963) sonuç itibariyle benzer fakat temellendirme bakımından bir parça farklı bir yoldan yürüdü. Müellif maddî hukuk talebini fonksiyonları bakımından tetkik etti ve bunun yanında talebin fonksiyonuna «tasarruf objesi» olarak hususi bir ehemmiyet atfetti. «Tasarruf konusu» (Verfügungsgegenstand) olarak maddî hukuk talebi, meselâ bir alacak temlikinin konusu olarak, *Henckel*'e göre muayyen bir zaman noktasına taalluk eden vakıa kompleksi vasıtası ile taayyün edecektir. Kanunî unsurları bir tek vakıa kompleksi ile doldurulan, aynı gayeye tevcih edilmiş normların hepsi birlikte tasarruf objesi olarak sadece bir tek talep teşkil ederler. Böylece tramvay kazası misalinde mukaveleden, haksız fiilden, mesuliyet kanunundan doğan talepler sadece bir tek

(33) AcP 154, 295.

(34) Borçlar Hukuku (SchuldR) II, 7 nci bası (1964), § 69.

(35) Borçlar Hukuku, 2 nci bası (1960), § 23.

(36) AcP 162, 401; ayrıca bkz. *Staudinger - Weber*, 10 uncu bası (1944), § 241 önünde N. 50; *R. Bruns, Schmidt - Rimpler*'e armağanda. 1957, s. 252 ve son.

maddî hukuk talebi meydana getirirler. Zarara uğrayan bu talebi devrederse, bununla birden fazla hukukî temeli bulunan tek bir talebi devretmiş olacaktır (37). Buna mukabil Henckel'e göre muayyen bir zaman noktasına taalluk eden bir vakıa karışımının müteaddit normların kanunî unsurlarını doldurmasının söz konusu olmadığı bütün diğer hallerde bir talep yarışması bahis konusudur. Meselâ bir talebin satım ve bonoya veya ödünç ve borç tanınmasına istinat ettirildiği durumlarda olduğu gibi (38).

Eda ve tesbit davalarında Henckel bu yolla bir birlik tesisine erişebildiği halde inşaî davalarda müteaddit inşaî hakların birliğinin tesisinden vazgeçmeye mecbur olacaktır. Bu alanda bir tek vakıalar kompleksinin, birden fazla inşaî normun kanunî unsurunu doldurması güçtür. Birden fazla zina ayrı hayat olaylarıdır ve bunlar Henckel'e göre farklı inşaî haklar ve bununla farklı ihtilâf konuları ortaya çıkarırlar (39). Talebi tasarruf konusu olarak mütalaa etmek çok dikkate değer görünse dahi inşaî davalar hususundaki izahlar gösteriyorlar ki Henckel'in teorisi şimdiye kadarki yapısı içinde usulî menfaatler bakımından ancak şartlı olarak doğru görülecektir.

3. Bugünkü maddî hukuk ihtilâf konusu anlayışının mümessillerinden olan *Arwed Blomeyer* (40), eski maddî hukuk teorisine en yakın olandır. Bu meselede bizi müellifin «esasa taalluk eden ihtilâf konusu» (sachlichen Streitgegenstand) olarak adlandırdığı mesele hakkındaki mülâhazaları ilgilendirmektedir. Müellifin «usulî ihtilâf konusu» (prozessualer Streitgegenstand) hususundaki öğretisi sadece davanın reddi bakımından bir mânâyı haizdir. Blomeyer'e göre esas itibariyle maddî hukuk talebi eda davalarında ve bir talebin tesbiti hususundaki davalarda hukukî ihtilâfın konusunu teşkil eder (41). Dava yığılması bakımından müellif talep birliği ve talep çokluğu sınırlandırmasını birden fazla edanın mı talep edildiği yoksa davacının sadece bir tek edayı mı talep ettiği meselesine göre yapmaktadır (42). Birden fazla yarışan maddî hukuk

(37) S. 266, 277.

(38) S. 267.

(39) S. 287.

(40) *Zivilprozessrecht*, 1963, § 40; bunun hakkında **Böttcher**, ZZP 77, 477 ve son.

(41) § 40 V.

(42) §§ 40 VI, 42 IV.

talebinin bulunmasına rağmen sadece bir tek edanın talep edilmesi halinde bir tek talep mevcut bulunacağını Blomeyer sadece «usulî mülâhazalar» ile, bu usulî mülâhazaların ne olduğunu açıklamadan ve *Nikisch*, *Larenz* ve diğerlerinin fikrine katılmaksızın gerekçelendirmektedir. Dava yığılmasında müellif «usulî mülâhazalar» a müsteniden hemen aynı sonuçlara varmasına rağmen bir başka yerde (43) maddî hukuk talep sisteminin bu müellifler tarafından temsil edilen böyle radikal bir değişimini sarîh olarak reddetmektedir. Tesbit davalarında tesbit edilecek olan hak hukukî ihtilâfın konusu olacaktır (44); inşaî davalarda dava konusu, neticeî talep ve dava temeli tarafından teşekkül ettirilecektir (45), fakat burada münferit hallerde dava temelini nasıl sınırlandırılması gerektiği karanlık kalmaktadır. Açıkça Blomeyer'in ne kadar inşaî norm ihlâl edilmişse o kadar inşaî hakkın ve bununla o kadar ihtilâf konusunun mevcut olmasını istediği anlaşılmaktadır.

Blomeyer eda taleplerinin yığılmasında maddî hukuk taleplerinin «usulî mülâhazalar» dolayısı ile bir tek talep içinde birleştirilmesini zaruri olarak mütalâa ederken bu görüşün maddî kaziyeyi muhkemenin çevresi bakımından sadece kısmen doğru olduğunu kabul etmektedir. Burada müellif maddî hukuk taleplerine göre ayırımın tahditsiz olarak kabulünün işin esasına uygun olmayacağını, yarışan taleplerin müstakil hüküm konuları mı yoksa sadece bir tek hüküm konusu mu teşkil ettikleri hususunda «usulî mülâhazalar» a göre bir sonuca varmak mecburiyeti olduğunu beyan etmektedir. Fakat bundan sonra kanaatime göre Blomeyer bu «usulî mülâhazalar» ın tatbiki ile sadece satım ve poliçede veya ödünç ve borç tanınmasında değil fakat akit ve haksız fiil taleplerinin yarışmasında da farklı hüküm konuları bulunduğu şeklinde cevaz verilemeyecek olan bir sonuca vasıl olmaktadır (46). Bu ise mahkemenin sadece mukaveleden doğan bir talebi incelemiş olması halinde haksız fiil ile temellendirilmiş olan yeni bir davaya karşı kaziyeyi muhkemenin tesiri olamayacağını kabul sonucuna götürecektir.

(43) Zum Urteilsgegenstand im Leistungsprozess, Lent'e armağan'da, 1957, s. 43 ve son. (71).

(44) Zivilprozessrecht § 40 V 2.

(45) Zivilprozessrecht § 40 V 3.

(46) Lent'e armağanda s. 75 ve son.; Zivilprozessrecht, § 89 III 4. Bu sonucu **Böttcher** de tenkit etmektedir, ZZP 77, 492.

V. Sonuç ve ileriye bakış :

1. Maddî hukuka yönelmiş bir ihtilâf konusu anlayışının bugünkü temsilcilerinin teorilerine bakış bize gösteriyor ki, bütün bu müellifler kendilerini eski maddî hukuk teorisinden uzak tutmaktadırlar. Bu müellifler dava bakımından yarışan taleplerin bir tek talep halinde birleştirilmesine ihtiyaç olduğunu teslim etmektedirler. Fakat sınırlandırma münferit hallerde ve hatta farklı şekillerde yapılmaktadır. Fakat her şeyden evvel şu husus dikkate değer ki, yeni maddî hukuk teorilerinin mümessilleri yarışan maddî hukuk taleplerinin birleştirilmesi için usulî teorilerdeki ihtilâf konusu bakımından da esas olan aynı vasıtalardan faydalanmaktadırlar.

Burada ilk olarak vakıalar kompleksi (Tatsachenkomplex) veya diğer deyişle hayat olayı (Lebensvorgang) söz konusu olacaktır. Vakıalar kompleksi Rosenberg tarafından geliştirilmiş olan iki unsurlu ihtilâf konusu teorisinde ihtilâf konusunun neticeî talep ile birlikte ve aynı değerdeki bir elemanını temsil etmektedir. Fakat *davanın hedefi* de bu teoride daima önem kazanmıştır. Hedef ile kastedilen benim ihtilâf konusu teorimde ihtilâf konusunun tâyini için önemli olan unsuru teşkil edenden ve neticeî talepde ifadesini bulandan başka bir şey değildir.

Yeni maddî hukuk teorilerinde de aynı gayeye tevcih edilmiş olan maddî hukuk talepleri veya inşaî haklar birleştirme vasıtası ile zarureten hukukî görüş noktaları veya talep temelleri rolünü yüklenmeye zorlanmaktadırlar. Bu teoriler bu çerçevede içinde II ve III altında izah edildiği gibi usulî ihtilâf konusu anlayışından farklı bulunmamaktadırlar. Böylece müşterek noktalar ortaya çıkmaktadır. Bunlar temel ittihaz edilerek ve bir mutabakat hedef tutularak çalışmakta devam etmek gerekir.

2. Müstakbel gayretler her şeyden önce iki noktada toplanmak gerekir: Evvelâ bir talep yarışması halinde bulunan birden fazla maddî hukuk talebinin bir tek maddî hukuk talebi halinde birleştirilmesinin müdafaa edilip edilemeyeceği hususunun daha etraflı olarak tetkik edilmesine ihtiyaç vardır. Bu mesele hakkında şüphesiz henüz son söz söylenmemiştir. Bunu bugün doktrindeki birbirinden inhiraf eden görüşlerin mevcudiyeti göstermektedir. Bundan başka maddî hukuk teorisi için de usulî teori için de önemli olan bir problemin çözülmesine gayret edilmelidir: Vakıalar

kompleksi ve neticei talepde ifadesini bulan davanın hedefi ihtilâf konusu bakımından nasıl bir mânâyı haizdirler? Benim için dâvanın hedefinin, talep edilenin, kısaca neticei talebin önemli olduğu açıktır.

Bu iki noktada henüz mevcut bulunan ayrılıkların ortadan kaldırılması mümkün olursa, maddî hukuk teorisi ve usulî teori bir mutabakat imkânı bulacaklardır; böylece ihtilâf konusu hakkındaki tartışma sona erecektir.