

MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA DAVA İLİŞKİSİ

Dr. Metin TULUAY (*)

1. — Dava bir uyuşmazlığın çözümü veya bir hukuksal durumun tanınması için, belirli bir hasma karşı yargı organının hareketine geçirilmesidir (1).

Dava ile devletin klâsik üç erkenden birini oluşturan yargıyı harekete geçiren komuta kolu kişilerin eline bırakılmıştır. Hakkın bazı istisnalar dışında, zor kullanılarak elde edilmesini yasaklayan devlet (TCK. 308) böylece, bir bakıma koyduğu yasağın bedelini ödemektedir (2).

Kural olarak hiçbir hâkim kendiliğinden harekete geçerek bir uyuşmazlığı çözümleyemez. Hâkimi harekete geçirecek bir davaya ve bu davayı açacak bir davacıya ihtiyaç vardır. Başka kelimelerle, «davasız yargılama ve davacısız hâkim olmaz (Nemo iudex sine

(*) D. Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

- (1) Karş., (Soyadı sırasına göre) ANSAY, S., Ş., Hukuk Yargılama Usulleri, n. 98, s. 200, 7. bastı, Ankara 1960; BELGESAY, M., R., Dava Teorisi, s. 5, İst. 1943; BİLGE, N.,-ÖNEN E., Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, s. 13, Ankara 1971; KARAFAKİH, İ., H., Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, s. 113, Ankara 1952; KURU, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, s. 597, C. I, 4. bastı, Ankara 1979; ÖNEN, E., Medeni Yargılama Hukuku, s. 53, Ankara 1979; POSTACIOĞLU: İ., Medeni Usul Hukuku Dersleri, s. 179, 6. bastı, İst. 1975; ÜSTÜNDAĞ, S. Medeni Yargılama Hukuku, C. I, s. 219, 2. bastı, İst. 1977.
- (2) PEKELİS, A., L'azione, Teoria moderna, n.7,s.34, Novissimo Digesto Italiano'da, C.II,s.29-46, Torino 1958, "Komuta kolu sözünü Pekelis kullanmaktadır. Müellif bu sözle, belirli devlet faaliyetlerini harekete geçirme yetkisi kişinin isteğine bırakılan hukuksal durumlarda, kişinin vaziyetini açıklamakta ve sonuç olarak, "kişinin bu özel vaziyetine, devlet faaliyetini harekete geçirtmek ya da devlet faaliyetini şartlarını oluşturmak yetkisi yahut bu faaliyete ilişkin hak denilebilir." demektedir. Karş., ÜSTÜNDAĞ, S., age.,s.215. "Mücerret dava imkânının bir hak mı (usulî manada) yoksa bir imkân mı olduğu ise tartışmalıdır."

actore)» (3). Bu kuralın varlık sebebi, her ne pahasına olursa olsun, yargı organının tarafsızlığını korumak düşüncesidir. Bir uyuşmazlığı kendiliğinden çözümlenmeye kalkışacak derecede uyuşmazlığa ilgi duyan bir hâkimin tarafsızlığından nasıl söz edilebilir?.

Bir usul (muhakeme) ilişkisinin varlığı bulununcaya kadar, dava medeni yargılamaya hukukunun ana kavramını oluşturmuştur (4). Esasen usul ilişkisi kavramına da dava etrafındaki tartışmalar esnasında ulaşılmıştır.

Dava ilişkisi usul ilişkisinin bulunmasından sonra ikinci plâna itilmiş olsa dahi (5).

Dava ilişkisi etrafındaki tartışmaların bilimsel alanımızın gelişmesindeki olumu etkilerinin hatırlanması sadece bir kadirşinaslık örneği göstermek değildir. Bu bilim adamının görevidir. Kaldı ki modern yargı, özünde dava hakkına dayanan bir yargıdır; yani dava hakkını kullanan kişinin kendisine sunduğu istemin sınırları içinde değilse, yargı organı onu tanımak veya değiştirmek için toplumsal gerçeği kendiliğinden gözönüne alamaz. Yürürlükteki düzen, yargı yetkisinin kullanılmasını için, *in iure condito* dava hakkının kullanılmasını öngörmektedir (6). Dava hakkının ve polisle yargı organı arasındaki her ayırımın ortadan kaldırılarak uyuşmazlıkları ileri sürmek ve onları çözüme bağlamak yetkisini tek bir organ elinde toplayan bir yargı sistemi düşünmek veya düşlemek yasaklanmış değildir (7). Fakat adalet sağlamak görevi insanlar

- (3) ÜSTÜNDAĞ, S., age., s.12-13. Bununla beraber Müellif, eserinin 14. sahifesinde kuralı, başka bir biçimde, "Mahkemesiz muhakeme olmaz." sözleriyle anlatmaktadır. Doğrudur: davacı sız yargılama olmayacağı gibi, mahkemesiz de olmaz... Yargılamaya (tarafaların ya da yargı organının yanından) bakış noktasına göre değişen iki doğru ilke... Tarafların özgür iradeleriyle tasarruf edebilecekleri konulara ilişkin uyuşmazlıklarda başvurabilecekleri tahkim kurumunun varlığı, Üstündağa karşı, bir kanıt olarak ileri sürülemez. Tahkimin yargı niteliği (Bkz., ALAN-GOYA, Y., Tahkimin Niteliği ve Denetlemesi, s.52 vd., özellikle s.63-64). "mahkemesiz muhakeme olmaz" ilkesinin doğruluğu konusunda kuşku uyandırmamalıdır. Hakem yargılaması süresince mahkemelere tanınan rol ve verilen yetkiler (HUKM.519,520,627,529 vs.) görmemezliğe gelinse bile, hakemlerin verdikleri kararların icra edilebilirliğinin, bir mahkemece onanması şartına bağlı kılınmış olması (HUMK.536,son cümle), tahkimde de bir mahkemenin varlığını zorunlu kılmaktadır.
- (4) Karş., KUNTER, N., Muhakeme hukuku dalı olarak ceza Muhakemesi Hukuku, s. 137, 7. bası, İst. 1981. Tek bir muhakeme ilişkisi kavramının medeni ve ceza yargılamasını aynı anda açıklamaya yetmeyeceği konusunda ayrıca bkz., EREM, F., Hukuk usulünden Ceza Usulüne Kıyaslama, ANSAY'ın Hatırasına ARMAĞAN, s. 105-108, Ankara 1964.
- 5) KUNTER, N., age., s. 137
- 6) CALAMANDREI, P., La relatività del concetto d'azione, s.6, Studi sul processo civile'de, C.V,s.I vd., Padova 1947.
- (7) Enkizisyon yargı sisteminde görülen böyle bir birleşme acı anılar bırakmıştır. CALAMANDREI, P., agm., s. 7.

tarafından yerine getirildiği sürece, hiçbir devlet gücü birbirini tamamlayan fakat birbirinden tamamen farklı bu iki görevi, değişik organlara vermeyi gerektiren mantıksal ve ruhbilimsel (psikolojik) zorunlukları ortadan kaldıramaz ve adaleti bir oyun düzeyine indirgmeden karşılıklı olarak, bir istemde bulunmak, bu istemi cevaplandırmak, bir sorun ortaya koymak, bu sorunu çözmek, bir haksızlığı şikâyet etmek ve bu haksızlığı düzeltmek işlevlerini birbirine karıştıramaz.

Usul hukukçuları dava ilişkisine, yargılama hukukunun bu temel sorununa gereken önemi göstermişlerdir. Esasen buna mecburdurlar. Zira dava ilişkisine tanınan nitelik bilimsel alanımızı tamamen etkilemekte ve bu niteliğe göre usul hukukunun amacını ve bütün usul kurumlarını yeniden gözden geçirmek gerekmektedir.

Konu geçen asrın ortalarında (1856 - 1857) WINDSCHEID ile MUTHER arasındaki ateşli polemğin (9) başlamasından bu yana yargılama hukukunun en tartışılan konusudur. Dava ilişkisi konusunda kalem oynatan ne kadar usul hukukçusu varsa o sayıda dava kuramı (teorisi) ortaya çıkmıştır (10). Dava kuramları binbir gece masalları kadar çoktur ve herbiri onlar kadar ilgi çekicidir (11).

2. — Yargılama hukuku çok uzun süre, korunması yargı organından istenen uyumsuzluk konusu maddi hakkın dışında, hukuken korunmaya yönelik bir dava hakkının varlığının farkında olmamıştır. Esasen bu aşamada medenî yargılama hukukunun varlığından söz etmek kolay değildir. Dava hakkı maddî hakkın, medenî yargılama hukuku medenî (maddî) hukukun içinde saklıdır.

Yargılama hukukunun varlığı veya bağımsızlığı, muhtemelen sokaktaki sade vatandaş pek ilgilendirmemekte; bir mülkiyet veya alacak hakkı ihlâl veya inkâra uğradığı takdirde, şöhretli Sancouci değirmencisinin İmparatoruna söylediği gibi, «Berlinde başvurulacak hâkimlerin bulunması (12)» ona yetmektedir.

(8) Karş., WACH, Struktur des Strafprozesses, Ayrı bası, s. 6 vd., Fest. f. Binding'de, Münih 1914, naklen, CALAMANDREI, P., agm., s. 7 ve dn. 1.

(9) CHIOVENDA, G., Istituzioni di diritto processuale, C. I, s. 18, 6. bası, Napoli 1957; PUGLİSEE G., Önsöz ve İtalyancaya çeviri, Polemica intorno all'actio di Windscheid e Muther, Firenze 1954.

(10) SATTA, S., Diritto processuale civile, s. 105, n. 72, 7. bası, Padova 1967.

(11) ORESTANO, R., L'azione in generale, n. 1, s. 786, Enciclopedia del diritto'da C. IV, s. 785-822, Varese 1959.

(12) PEKELİS, A., agm. n. 16, s. 38.

Fakat herkes sade vatandaş ya da Sansouci değirmencisi kadar rahat değildi: HEGEL, 1821 de, birkaç satırla da olsa, yargılama hukukunun bağımsızlığını ve bunun kuramsal önemini belirttiği gibi, bir hakkın iddia olmaktan çıkıp yaşama kavuşabilmesinin, sadece bu hakkın isbat edilmesi imkânının tanınması ile mümkün olabileceği olgusunda açıkça direndi (13). HASSE, 1834'de, «Bütün haklar, pozitif haklar olarak hayatiyetlerini actio'dan (dava hakkından) almaktadırlar (14)» diyordu. KIERULF aynı düşüncüyü, 1839'da «hak, tanıma ya da yargı organında hazır bulunan devletin korumasıyla haktır (15)» kelimeleriyle ifade ediyordu.

Usul hukukçularının yararlanmak için daha bir çeyrek yüzyıl bekleyecekleri bu düşünceler ileri sürülürken, müşterek hukukun dava hakkı anlayışı etkisini sürdürüyordu. Maddî hakla dava hakkı arasındaki ilişkileri en basit ve rahatça anlaşılır biçimde açıklayan bu kuruma göre, maddî hak cebirlik niteliğini taşır. Hak sahibi olmak, hakkı tanımayanlara hakkı tanıtmaya imkânına da sahip olmayı gerektirir. Böylece dava hakkı ile maddî hak arasında tam bir aynılık bulunmakta, yargı organından hakkın korunmasının istenmesi, imkânı, maddî hakkın içinde ab cvo eşyanın doğası gereği potansiyel olarak bulunmaktadır. Yargılama hukuku, hakkın mahkemede tanıtılması ve değerlendirilmesi biçimlerine ilişkin teknik normlar bütününden oluşmaktadır. Bu anlayış çerçevesinde, yargılama hukukunun, kamu hukukuna mı, özel hukuka mı dahil olduğu sorunu kararsızlıklar yaratıyordu (16).

(13) HEGEL, *Filosofia del diritto*, 1821; naklen PEKELİS, A., agm., n. 16, s. 38.

(14) HASSE, *Ueber das Wesen der "actio", ihre Stellung im System des Privatrechts und ueber den Gegensatz der "in personam actio" und "in rem actio."*, *Rheinisches Museum'da*, C, IV, s. 1 vd; naklen, PEKELİS, A., agm., n. 16, s. 39.

(15) KIERULF, *Theorie des gemeinen Zivilrechts*, 1839, naklen, PEKELİS A., agm., n. 16, s. 39.

(16) POSTACIOĞLU, İ., E., age., s. 11. Müellif, medeni yargılama hukukunun bazı cepheleriyle özel hukuka, diğer cepheleriyle kamu hukukuna girdiğini açıklamaktadır. Dayandığı gerekçe, müşterek hukuk dava hakkı kuramının en güçlü kanıtıdır: "Bir hakkın ihlali üzerine, bu ihlâl nihayet verilmesini istemek selâhiyeti esas ikibariyle o hak üzerinde tasarruf yetkisini haiz olan şahsa yani hak sahibine aittir. Hak sahibi, hakkına vaki olan tecavüze rıza ve muvaffakatini gösterebileceğine göre, hakka riayet olunması istemek de ona ait olur. Birçok usul muamelelerinin ifası başta **dava ikamesi** ve kanun yollarına müracaat olmak üzere **talebe mütevakıf bulunmaktadır**. Keza ikame olunan bir **davanın devamı tarafların iradesine bağlıdır**." Ayrıca bkz., BİLGE, N.-ÖNEN, E., age., s. 6 ve dn. 14; ÖNEN, E., age., s. 54; POSTACIOĞLU İ., *Dava teorisi üzerinde bazı mülahazalar*, s. 737, T. TANER'e ARMAĞAN'da, s. 737-752, İst. 1956.

Bu sistemde ağırlık merkezi tamamen özel hukukta bulunmaktadır. Usul kurallarının görevi tamamen teknik ve biçimsel olduğundan, hukuksal korunmanın bağımlı kılındığı bütün elemanların özel hukukta aranması gerekir. Biçimsel olmayan bütün sorunlar özel hukuk alanına aktarıldığına göre, gerçek anlamda bir yargılama hukuku bilimine ulaşılması mümkün değildir. Bu devirde bilimsel alanımızda gerçekleştirilen gelişmeler, genel bir usul kuramı içinde, devamlı olarak yargılama tekniğinin mükemmelleştirilmesinden ibarettir.

Bunlar olurken, 1856'da, «Actio des römischen Civilrecht» isimli eseriyle WINDSCHEID görüldü: Daha sonra BGB'nin 194. paragrafında «bir kimseden bir şeyin yapılmasını ya da yapılmamasını isteme hakkı» olarak tanımlanacak olan İstem'in (talep, Anspruch), (17), Roma Hukukunun actio'sundan usul elemanlarının ayıklanarak ortaya konulması şerefi WINDSCHEID'ındır.

Usul hukukçularının açılmasını bekledikleri kapı, artık aralanmıştı.

3. — WINDSCHEID'in «istem, kavramını ortaya koymasından sonra, tartışmalar başladı.

Bu tartışmaların açıklanması, gerçekte, medeni yargılama hukukunun yaşadığı serüvenlerin öyküsü ya da başka bir deyişle, «Varoluş destanı»dır: Bilim, dar geçitlerden, pasajlardan, dehlizlerden geçti; uçurumları, yüksek dağları aştı; ileri atılımlar, geri dönüşler oldu; bu güne ulaşıldı.

Bu tartışma ortamı içinde usul kuramı gelişiyor ve medeni yargılama hukuku günden güne maddi hukukun karşısında bağımsızlığını elde ediyordu: tartışmanın konusunu, maddi istemin yanında, dava hakkına vücut verecek bir usul isteminin varolup olmadığı oluşturmuyordu. Medeni yargılamanın amacı saptanmaya çalışılıyor ve bu amaca göre dava hakkının maddi hakla nasıl bir ilişki içinde bulunduğu araştırılıyor, sonuçta ya maddi hakka üstün hak sıfatı yakıştırılarak dava hakkı bu üstün hakka bağlanıyor (Somut dava hakkı kuramı), ya da dava hakkı maddi haktan tamamen koparılıp soyutlanarak, bağımsız bir hak olarak göz önüne alınıyor. (Soyut dava hakkı kuramı), yahut da, bu kez ilk yolun tam tersi yönde gidilerek, «bütün hakların dava hakkında ifadesini bulduğu, hukuk dü-

(17) SCHWAB, K., H., Çeviren: ALANGOYA, Y., İhtilâf Konusu (Müddeabih) Hakkındaki Doktrinin Durumu, s. 289: İÜHF.M.'da, C.XXXIII, S. 3-4, s. 288 vd.

zeninin tanıdığı biricik hakkın dava hakkından ibaret bulunduğu (18)» savunulup, dava hakkına, maddi hakka göre, üstün hak sıfatı yakıştırılıyordu.

Bu arada usulün amacının «uyuşmazlığın çözümlenmesi» olduğunu söyleyip, dava hakkı kavramı yerine, «uyuşmazlık (la lite)» kavramını yerleştiren CARNELUTTİ'yi de de (19) anımsamak gerekiyor.

Bu gün medeni yargılama hukuku doktrininde, aralarında müşterek hukukun dava hakkı (küçük değişikliklere uğramış olsa bile) anlayışı da dahil olmak üzere, pek çok dava kuramı savunuluyor. Kuramcılar, değişik sorunlara ilişkin değişik çözümleri kendi aralarında birleştirerek yeni kuramlar yaratıyorlar. Bu kuramların tek tek incelenip tahlil edilmesi bu makalenin sınırlarını aşacağı gibi, bir ölümlünün başarabileceği bir iş değildir: Bunu başarmak için, yaşam yetmez.

Fakat usul kuramcılarının değişik sorunlara ilişkin değişik çözümleri nasıl bağdaştırıp birleştirdikleri konusunda, bir örnek göstermenin yararına inanıyorum: Tartışma konusunu oluşturan yığınla sorun içinden ikisini alalım. Dava Dava hakkının muhatabı kimdir? Dava hakkı somut mu, soyut mu bir haktır?

CHIOVENDA, LABAND, WACH: Bu üç büyük usul kuramcısının üçüne göre de, **dava hakkı somut bir haktır**. Ama bu hakkın muhatabı, CHIOVENDA'ya göre, maddi hukuk ilişkisinin pasif tarafı olan hasım; LABAND'a göre, devlet; WACH'a göre, her ikisidir (20).

(18) PEKELİS, A., agm., n. 27, s. 45.

(19) CARNELUTTİ, F., Çeviren: TULUAY, M., İhtilâf ve Yargılama, İÜHF.M.'da, s. 247, C.XLIV, S. 1-4, s. 247 vd.

(20) PEKELİS, A., agm., n. 2, s. 31. Dava hakkının hak niteliğini reddederek, onun basit bir hukuki yetki olduğunu (DEGENKOLB), hukuki bir ilişki olduğunu (MORTARA), Özgürlük ve kişiliğe ilişkin genel hakkın bir görünümü olduğunu (KOHLER), bir kamu işlemi olduğunu (LEVİ, A.), bir kamu işlevi olduğunu (BİONDİ, P.) savunanlar vardır. Dava hakkında maddi hakkın hayatiyetinin bir görünümünün söz konusu olduğunu ileri sürdükten sonra (WINDSCHEID), dava hakkının; hakkın bir silâhi olduğunu (PUCHTA), hakkın ihlâlini takiben gerçekleşen hakkın bir biçim değiştirimi olduğunu (SAVIGNY), hakkın bir işlevi olduğunu (COVIELLO), hakkın özel bir durumu olduğunu (REDENTİ) hakkı koruyan bir araç olduğunu (SATTA) açıklayanlar vardır. Dava hakkının maddi haktan bağımsız ve değişik bir hak olduğunu savunan müellifler de mevcuttur (BÜLOW, WACH, DEGENKOLB, CHIOVENDA, CARNELUTTİ).

Devam edelim. Bu kez, **soyut dava hakkı anlayışını** savunan üç ünlü usul kuramcısı arayalım: ZANZUCCHİ, BETTİ, DEGENKOLB. Dava hakkının muhatabı, ZANZUCCHİ'ye göre, devlet; BETTİ'ye göre, hasım; DEGBENKOLB'e göre, her ikisidir (21).

Artık bu kuramsal bolluğun nedenini araştırma zamanı geldi. Bu nedenler herbiri diğerini etkileyen dört grupta toplanabilir: 1. — Medeni yargılama hukukunun teknik zorunlukları sebebiyle, maddi hukuka göre, bağımsız bir usul genel kuramı yaratma çabaları. 2. — Dava hakkı anlayışının yaşanan devlet düzenine sıkı şekilde bağımlılığı. 3. — Dava hakkı kuramını yaratan hukukçunun kişisel eğilimleri ve bu kişisel eğilimleri belirleyen elemanların değişkenliği. 4. — Bu ilk üç nedenin sonucu olarak, dava hakkının göreceli (rölâtif, nisbi) bir kavram olarak ortaya çıkması.

Bu nedenleri bilmeyen ya da gereği gibi değerlendiremeyen bilimsel alanımızın yabancı bir okuyucu dava hakkı kuramlarının bolluğunu görünce, medeni yargılama hukukunun kuram ve kuramcı isimlerinden oluşan; filozofların, kuramcılarının, hukukçuların tartışma zevklerini giderdikleri bir «Babil kulesi» olduğu yanılığına kapılabilir. Bu yanılığı önlemeğe çalışmamız gerekiyor.

Bazılarına göre, talebin ikamesiyle yargısal korunmaya ilişkin bir hak oluşturmak yetkisidir. (değişik anlamlarda: WINDSCHEID, GOLDSCHMIDT, HEIM, SECKEL). BULOW'a göre, talebin ikamesi olayından (usul ilişkisinden) doğan bir haktır. MORTARA'ya göre, bir hakkın ipekböceğini (krisolid) oluşturan iddiayı kelebek, yani tam bir hak, haline dönüştüren bir ilişkidir. PEKELİS'e göre dava hakkı, hukuk düzeninin kişiye tanıdığı biricik haktır: Maddi hak, dava hakkının bir yansımasından başka birşey değildir. Hepsî için bkz. PEKELİS, A., agm. n. 2, s. 31.

(21) PEKELİS, A., agm., n. 2, s. 31. Hakkın muhatabı konusunda da tartışmalar sürmektedir: BULOW, ROCCO A., ROCCO U., ZANZUCCHİ'ye göre, soyut bir hak olan dava hakkının muhatabı devlettir. Bu hak mahkemelerin faaliyetine yönelik bir vatandaşlık hakkıdır. PEKELİS'e göre de, dava hakkının muhatabı devlettir; devlet organlarının faaliyetini talep yetkisidir. Başka bir görüşe göre, hukuk düzenin karşısında kullanılacak bir yetkidir (LİEBMAN). CARNELUTTI'nin anlayışına göre karşısında kullanılacak bir yetkidir (LİEBMAN). CARNELUTTI'nin anlayışına göre dava hakkı, başvuru organını temsil eden kişiye (hâkime) karşı kullanılan bir ifadeyi talep hakkıdır. Diğer bir görüşe göre, devlete karşı kullanılan somut bir haktır: Yargı korumasına yönelik bir hak (MUTHER, LABAND, WACH, HELWIG, STEIN, SCHMIDT, LANGHEINEKEN, SKEDL)... Başka bir görüş açısından hakkın muhatabı borçludur: borçlunun maddi bir ifada bulunmasına yönelik somut bir haktır (SAVIGNY, PUCHTA). Yahut, borçlunun bir usul ediminde bulunmasına yönelik bir haktır (DEGENKOLB). Nihayet, usuli hasma yöneltilmiş, usul bakımından somut, maddi bakımdan soyut bir haktır (BETTİ). Borçluya karşı bir yetki bahşeden yenilik doğuran bir haktır (CHIOVENDA): Muhatabı devlet olan bir yenilik doğuran haktır (CALAMANDREI) Hepsî için bkz., PEKELİS, A., agm., n. 2, s. 31.

4. — Müşterek hukukun dava hakkı kuramı, medeni yargılama hukukunun ihtiyaçlarını cevaplandıramamaktadır. Bu kuram, maddi hukuk istemi ile usul istemi arasında bir aynılık görmektedir. Halbuki medeni yargılama hukukuna istem, medeni hukuktan daha geniş bir anlamda kullanılmaktadır (22). Böyle olunca müşterek hukukun dava kuramı, özellikle tesbit davalarını (23), genellikle, medeni yargıda hukukun uygulanmasının bazı biçimlerini açıklayamamaktadır. İstemlerin yarışması (taleplerin telâhuku) söz konusu olduğu zaman bu durum daha belirginleşmekte, her maddi hukuk istemini bir usul isteminin karşıladığı savunulduğunda, ortaya medeni yargılama bakımından kabulü mümkün olmayan sonuçlar çıkmaktadır (42). Bunn engel olmak için, birden çok maddi hukuk isteminin bir tek usul istemine yol açtığını kabul zorunluğu vardır. Halbuki müşterek hukukun dava hakkı kuramı çerçevesinde bu sonuca ulaşmak mümkün olamaz. Bu teknik imkânsızlık, bağımsız bir usul istemine imkân tanıyan bir kuram yaratma çabalarını körüklemiş, tartışmalar için verimli bir kaynak ouşturmuştur.

Bu kuram, ayrıca savı kanıt alma (petitio principii, iddiayı delil ittihaz) hatasına düşmüştür. Bir yandan hukukun cebriliğini devletin sağladığı güvence ile açıklarken, diğer yandan da devletin sağladığı yargı güvencesini hukukun cebriliği aracılığıyla açıklamaya çalışmaktadır (25). Hukukun genel kuramının çözümlemesi gereken bu çarpıklık da, tartışmayı besleyen verimli kaynaklardan biridir.

5. — Kamu hukuku gelişmesini geçen yüzyılın bilimsel çalışmalarına borçludur. Kamu hukukçuları, medeni hukukun yüzlerce yıldan beri işlenmiş, zengin şemalarını almışlar, bilimsel alanlarının gereksinimlerine göre gereken değişiklikleri yapmışlar, kamu hukukunun şemalarını oluşturmuşlardır.

(22) Von TUHR, A., Çeviren EDEGE, C., Borçlar Hukuku, S 3, s. 27, dn. 25; S, 2, s. 15, dn. 31, C. I-II, Ankara 1983. Dava hakkının özellikleri ve haktan ayrılığı için ayrıca bkz. POS TA-CIOĞLU, I, agm., n. 2, 3, 4, 5, s. 738 - 742.

(23) CHIOVENDA, G., dge., s.23. Menfi tesbit davalarında, davacı davalıdan hiçbir istemde bulunmamaktadır.

(24) SCHWAB, K., H.-ALANGOYA çevirisi, agm., n. I, 3, s. 291-292.

(25) Karş., CHIOVENDA, G., age., s. 21. Müellif'e göre, "cebricilik hukukun ve bundan dolayı dava hakkı, hakkın bir unsurudur denilince safsata (sofisma) yapılmış olur. Çünkü, öznel açıdan ifayı talep devletin cebrini harekete geçirmek yetkisi başka bir şey olduğu halde, cebir yasanın iradesi olarak hukukun unsurudur."

Model şemalardan biri de SAVIGNY'nin, birincisine üstünlük tanımak için, halk ruhundan doğan gelenek (örf ve âdet) hukuku ile devletin koyduğu hukuk arasında yaptığı ayırımıdır.

Ama bu aşamada roller değişmiştir. Kara Avrupasında milli birliklerini sağlayarak güçlenen devletler, toplum yaşamının her alanı ile ilgilenmeye başlamışlardır.

Giderek büyüyen dev'i, liberal anlayış açısından, korkulu gören hukukçular onu kendi koyduğu hukukla bağlamayı düşünmüşler ve bunu başarmışlardır. Gerçekten hukukla bağlı devlet, liberal anlayışın ulaştığı doruk noktası olmuştur.

Ekonomik liberalizmin aşırılıklarını törpülemek gereksinimi karşısında, devlet sosyal amaçlarla, ekonomik bakımdan güçsüzler ve yeteneksizler lehine toplumsal yaşama müdahale etmeye başlamış ve böylece, sosyal hukuk devleti doğmuştur (T.C. Anayasası md. 2).

Medeni yargılama hukuku da bu gelişmelerden payını almıştır. Geçen yüzyılda savunulan devlet kuramları ile dava hakkı kuramları arasında tam bir tarihsel paralellik vardır (26). Bu durum, dava hakkı anlayışının devlet anlayışına sıkı bir şekilde bağımlılığının ifadesidir.

Halbuki müşterek hukukun dava hakkı kuramı, hâkimi dolaşısıyla devleti yeter derecede gözönüne almamakta, bu durum da tartışmayı besleyen kaynaklardan birini oluşturmaktadır.

6. — Bütün tartışmalar ve kurumlar bir ikilemeyle özetlenebilir: Medeni yargıda, vatandaşın hakkını elde etmesi için devletin onun kullanımına sunduğu bir hizmet niteliği mi; yoksa, hukukun uygulanması fırsatını sağlayarak vatandaşın devlete sunduğu bir hizmet niteliği mi (kamu hizmeti) görmek gerekir?.

Bilimsel alanımızın bütün ana kavramları etrafında yapılan tartışmaların temeli, değişik usul terimleriyle ifade edilse de tektir. Bu temel, bu gün düşüncenin her alanında gözükmemektedir ve kamu yararıyla kişisel yarar, yani devletle vatandaş arasındaki ilişkilerde biçimlenmektedir.

Aslında politik bir konu üzerinde tartışılmaktadır. Hukukçular her zaman farkında olmasalar bile, hukuk kurumlarının her sistematik incelenmesinde bu gerçekleşmektedir. Hukukçular hukuk kurallarını yorumlarken, yasanın sözüne sıkı sıkıya bağlı kaldıklarına

(26) PEKELİS. A., agm., Makalenin bütününde bu fikir işlenmektedir. Özellikle bkz., n. 18, s. 41.

inandıkları bir anda bile, kendilerine ilham kaynağı olan ya da ilham kaynağı olmasını istedikleri, temel eğilimlerin etkisinde kalmaktan kurtulamazlar (27).

Yorumcu, yasa koyucunun sadece düşündüğünü değil, düşünmesi gerekli olanı da ortaya koymalıdır (28).

Yorumcu bu görevi yerine getirirken ,önceden edindiği kültürel, felsefi, ruhbilimsel, ekonomik ve politik şartlanmalardan, yaşadığı ve büyüdüğü toplumsal çevrenin kişiliğinde yayattığı etkilerden kaçınmaz (29).

Bu şartlanma ve etkilenmeden kurtulamama devam ettiği sürece, medeni yaygılaşma hukukunun, teknik kurallar bütününden oluşan, teknik bir hukuk dalı olduğunu (30) söylemek de işe yaramıyacaktır. Teknik kuralların da, amaca yönelik (teleologico) geliştirici (evolutivo) bir biçimde yorumlanması yasaklanmış değildir. Amaca yönelik yorum, beyanda bulunan istememiş olsa bile, beyanın yönelik olduğu amacın açıklanmasının yorumcudan bir görev olarak beklenilmesidir (31). Kaldı ki yorumcuyu, yabancı bir yasayı alırken dahi, kültürel, felsefi, ekonomik ve politik ulusal etken ve değerleri gözden kaçırmadığı ileri sürülen yasakoyucudan farklı bir vaziyete (statü) yerleştirmek için, haklı bir neden gösterilemez.

Eski alışkanlıkların, davranış biçimlerinin değişip yerine yenisinin benimsendiği durumlarda, bunları düzenleyen kurallar değişir. Hukuk kuralları böyle bir değişimden kaçamaz. Hukuk normları toplumsal değişimi izlemek zorundadır (32).

(27) CALAMANDREI, P., agm., s. 2.

(28; CARNELUTTI, F., Diritto e Processo, s. VIII, Napoli 1958.

(29) OLGUN, İ., Hukuk ve Adalet, s. 588.0. F. BERKİ'ye ARMAĞAN'da, s. 587-593, Ankara 1977. "Hâkim yargı yetkisini kullanırken kaza çevresi içindeki toplumun sosyal nabzını, ekonomik, kültürel, geleneksel akımları da gözönünde tutarak uyumsuzlukları bu faktörlerin ışığı altında incelemesi lâzımdır.."

(30) Karş., ÇEÇEN, A., Hukukta Norm ve Adalet, s. 89, AÜHFD.'de, 1975, S. 1-4, s. 71 vd. KELSEN'e göre, "hukuk baskı gücü ile donatılmış sosyal bir teknikten başka bir şey değildir." İlerde s. 79'a, n. 12, A. a'ya bkz.

(31) Karş. BETTİ, E., Interpretazione della legge e degli atti giuridici, s. 181, Milano 1949; BETTİ, E., Teoria generale dell'interpretazione, s. 585, Milano 1955.

(32) ÇEÇEN, A., agm., s. 112.

Hukuk biliminin oluşumu, hukukla hukukçuyu bu hukuka bağlayan hukukçunun peşin eğilimleri arasındaki bir uyuşumun sonucudur. Böylece yasanın sözü değişmediği, aynı kaldığı halde, bu değişken önerilerin gelişimiyle, bilim hukuksal kurumları gençleştirmeyi ve onları devamlı yenilenen toplumsal gerçeğe uygunlaştırmayı başarmaktadır (33).

Somut yasalastırma metoduyla hazırlanan iki büyük yasanın bütün somut olayların çözümü için yeterli olacağı düşüncesiyle, birincisi Bizans İmparatoru Justinianus, ikincisi Prusya'lı meslekdaşı Friederich tarafından konulan iki yorum yasağı, hukuku dondurduğundan ve sonuç olarak hukukun, kendi dışındaki gelişimlere ayak uydurmasını engellediğinden başarılı olamamıştır (34).

Bu durumda, beğenilse de beğenilmese de, yorumcunun görevini yaparken kişiliğini oluşturan etkenlerin etkisinden kalacağını kabul etmek ve buna katlanmak gerekecektir (35).

Esasen dava hakkı konusundaki tartışmaların nedenini, devlet-vatandaş arasındaki temel ilişkileri tek bir bir çözüme bağlayamayan ve belki hiçbir zaman bağlayamayacak olan toplum düzenindeki sıkıntıların, medeni yargılama hukuku alanına yansımada görmek gerekir. Hukuk düzeni, bu ilişkileri tek bir çözüme bağlayacağı yerde ya da bağlaması mümkün olmadığı için, çok kez ortaya birbirine zıt nitelikte, geçici ve uygulamaya dönük (pratik) çözümler koymaktadır. Kuramlar arasındaki tartışmaları besleyen elementlerden biri de kuramcının kendi kuramının açıklanmasına yetmediği hallerde kendine özgü (sui generis) olarak nitelendirdiği, hukuk düzeni tarafından getirilen, birbirine zıt çözümler bolluğudur.

(33) CALAMANDREĀ, P., agm., s. 3.

(34) ÖZBİLGEN, T., Eleştirisel hukuk başlangıcı dersleri, s. 81-82, İst. 1976.

(35) ÇEÇEN, A., agm., s. 87-88. Hukukun saflığının sosyoloji, ekonomi, politika, ahlak, tarih gibi diğer bilim kollarının konuları ile karıştırılarak bozulmaması için bilimi ve ideolojiyi ayırmaya çalışan saf hukuk kuramı, temelde "insanlar değil yasalar hükmetmelidir" düşüncesini savunmaktadır. Yasaları insanlar yaptığına göre, normativizmin yasa koyucunun iradesine salt bir nitelik tanıyarak; son noktada, karşı çıktığı kişiler ve guruplar egemenliğinin ağına düşmesi bir yana, savunduğu yasa devleti anlayışı da, güncel hukuk devleti anlayışını açıklamaya yetmemektedir. Hukukun devlet düzeninde egemenliği sadece yasaların değil, hak ve adalet ilkelerinin de egemenliği anlamına gelir.

Sosyal devlet anlayışı, hukukun her alanında irade özgürlüğü sınırının daraltılması konusunda genel bir eğilime yol açmıştır. Düzenledikleri ilişkilerin niteliklerine göre bazı hukuk alanlarında bu eğilim kuvvetle hissedilmekte, bazılarında ise etkilerini daha yavaş göstermektedir. Ama yön budur: **Hukuk toplumsallaşmaktadır** (36).

Medeni yargılama hukuku bu anlayıştan da nasibini almıştır: Artık, medeni yargının «biçimsel gerçek»le yetindiği fikri unutturulmaya çalışılmakta, «hâkimin gerçeğin arayıcısı olduğu» savunulmaktadır. Neden? Sosyal devlet ekomik bakımdan güçsüz ve yeteksiz yargılama faaliyetinde de yardımcı olsun, diye... Hâkimin tarafsızlığı ilkesini medeni yargılama hukukunun kutsal ve dokunulmaz kalelerinden biri olarak gören liberal bir hukukçuya, usul yasalarının hangi kuralına dayanırsanız dayanınız, bu fikri kabul ettiremezsiniz. Kanıtlarınız güçlü ise, haklı olduğunuzu teslim etmekle birlikte bu fikri içine sindiremeyecek, de lege ferenda hâkimin tarafsızlığı ilkesinin güçlendirilmesini savunacaktır.

Dava hakkı konusunda da olan budur: Dava kuramlarının tümünün hukuken meşruluğunu belirtmek için eklenmesi gereken pek fazla şey kalmamaktadır. Bu kuramlardan herbiri, kişilikleri ve düşünce yapıları çeşitli değişkenlerce oluşturulan kuramcılar tarafından, farklı ya da aynı zaman ve yerde yaşanan toplumsal gerçeğin, değişik ya da aynı bakış açısından ifadesidir.

Herbiri farklı bir bakış açısından gerçeğin bir kısmını yansıtan bu kuramlardan hiçbirine ne mutlak şekilde doğru, ne de mutlak şekilde yanlış denilemez (37). Esasen hukuksal konularda gerçek ve kuram arasında ayırım yapmak güçtür ve çok kez, bir kuram açıklamak bir gerçek yaratmak demektir (38).

(36) SATTA, S., Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo, s. 33, Riv. di proc. civ.'de, 1937, C.I. s. 32 vd.; Karş., ANSAY, S., Ş., age., s. 146-147

(37) KUNTER, N., age., s. 140, dn. Yazar kuramların birbirlerini red ve cerhettiğini savunmaktadır. Doğrudur. Fakat açıkladığımız gibi, hukuk düzeni değişik durumları birbirine zit çözümlere bağladığından (ödünç sözleşmesinden doğan bir alacak davasında ve bir boşanma davasında hâkime tanınan değişik yetkiler düşünülün) ve bu değişik durumlar, birbirlerini red ve cerhedseler bile, değişik kuramlarla açıklanabileceğinden, hukuk düzeninin koyduğu veya menfaatler durumunun gerektirdiği değişik çözümlere uygun bir vaziyet alan hukukçuların, genel olarak savundukları kuramdan saptıklarını söylemek için haklı bir neden olmasa gerektir.

(38) CALAMANDREI, P., agm., s. 16.

Bu açıklamalardan sonra dava hakkı kavramının göreceli (nisbi) bir kavram olduğu, yani dava hakkı kavramının her zaman ve yerde doğru olan bir tanımını vermenin mümkün olmayacağı sonucuna ulaşmak çok kolaydır.

Dava kavramına yaklaşma biçimine göre de, kavrama tanınan içerik zorunlu olarak değişecektir. Bu kavrama **anayasal düzen** yahut **maddi hukuk** ya da **yargılama hukuku** açısından yaklaşılabilir. Dava hakkı sorununun çözümünü, isteğe bağlı bir seçime yani usul olgusunun gözönüne alınmasında beğenilen bakış açısına bağımlı kılan bu durum, kaçınılmaz bir şekilde, dava kavramı hakkındaki herhangi bir tartışmanın eksikliğini **a priori** kabul etme sonucuna götürmektedir (39).

Bu satırları gören bir okuyucu, bu makalenin sona erdiği yalnızlığına kapılabilir: Çünkü kimse, peşinen «konuyu eksik bıraktığı» suçlamasını göze alamaz. Fakat yukarıdaki açıklamaların yönlendirici, olumlu bir yanı da vardır: Dava hakkı kuramı, ancak belirli bir hukuk düzenine göre, bu düzenin iç dinamik yapısı ve bu düzeni açıklayan genel hukuk kuramı gözönünde tutularak kurulabilir. Aksinin yapılması, bir metal paranın sadece bir yüzüne, «yazı» ya da «tura»ya bakarak metal parayı tanımlamak çabasına benzer.

Yeni bir dava hakkı kuramı yaratmak savında olanlara bu reteteyi sunduktan sonra, yolumuza, medeni yargılama hukuku doktrinini izlemeye devam edelim.

7. — Medeni yargılama hukukunun gelişimi, özel hukukun uygulanmasına ilişkin bütün elemanların bağımsız bir alan olarak gözönüne alınması ve usulün ilerleyişinin açık kavramlara bağlanması ile mümkündür. Bu amaç için elverişli kavram, «usul hukuku ilişkisi» kavramı olmuştur. Ortaçağ İtalyan hukukçularının ifade ettiği gibi «Iudicium est actus trium personarum, actoris rei, iudicis (BULGARO, De iudiciis, 8)». Medeni yargı bir hukuksal ilişkidir. Bu basit fakat temel düşünce HEGEL'ce sezilmiş, BETHMANN HOLLWEG'ce açıklanmış ve özellikle OSKAR BULOW (Die Lehre von Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen, 1869) ve sonra KOHLER tarafından geliştirilmiştir (40).

(39) ATTARDI, A., Per una critica del concetto di preclusione, s.1, Ius'da, Yeni Seri, Senex S.1-4, s. 1-17

(40) CHIOVENDA, G., age., s. 48.

Davanın açılması ile doğan usul hukuku ilişkisi bir kamu hukuku ilişkisidir. Gerçekten varolup olmadığı ancak davanın sonunda verilecek hükümle anlaşılacak olan dava hakkında bağımsız olarak, «tarafaların, hâkimden bir hüküm istemine hakları olduğunu ve hâkimin her iki tarafa karşı hüküm vermekle yükümlü bulunduğunu» belirler (41).

Medenî hukuktan alınan usul ilişkisi kavramı, yargılama ilişkisinin ve usul işlemlerinin geçerliliği, iptal edilebilirliği, hükümsüzlüğü konusunda medenî hukukun iyice belirlenmiş kavramlarının usul hukuku alanında uygulanmasına elverişli, temel bir kategori olarak görülüyordu. Dış teknik bakımından medenî hukuka bağımlı kalınırken, yani medenî yargılama hukukunu açıklamak için medenî hukukun zengin ve üzerinde çalışılmış olan kavramları kullanılırken, (42) diğer taraftan da medenî yargılama hukukunun bağımsızlık savaşımı veriliyordu. Bu kuram, bir kaç noktadan doyurucu değildir: Yargılama şartlarının, usul ilişkisinin şartları olarak belirtilmesi tartışılabilir (43). Çünkü yargılama şartlarının varlık veya yokluğuna, usul ilişkisinin varlık veya yokluğu değil, hangi içerikli olursa olsun (lehe ya da aleyhe) esas hakkında hüküm verebilmek imkânı bağımlı kılınmıştır. Usul ilişkisinin konusunun şartları, usul ilişkisinin kurulmasının şartı olarak kabul edilemez. Usul ilişkisi kavramı içerik yönünden de aksamaktadır: Hâkimin görevini usul ilişkisinden çıkarmak girişimi, bu görev usul ilişkisinin bir şartını oluşturduğundan sonuç vermez.

Hâkimin kanunu uygulamak görevinin, davanın açılması ile doğduğunu söylemek doğru olamaz. Bu görevi hâkime yükleyen hukuk düzenidir. Dava hakkının kullanılması, yasanın hâkime yüklediği görevin somut kapsamını belirtmekten ibarettir. Hâkimin yasa uyma ve dava esnasında, hükme ulaşmasını sağlayacak belirli bir faaliyette bulunma görevi vardır ve tarafların da hâkimin bu görevi yapması ve davalarına bakması hususunda bir hakları vardır. Bu hak bizi davanın esasına ulaştırmamaktadır. Bu hak yargılamanın şartıdır. Fakat yargılamanın içeriğini oluşturmamaktadır.

(41) CHIOVENDA, G., age., s. 48.

(42) Usulün ilerleyişi bu kavramlarla açıklanıyor, meselâ yargılama şartları denilince, usul ilişkisinin şartları anlaşılıyordu.

(43) CHIOVENDA, G., age., s. 56-57. Müellif davacının lehine bir hüküm verilebilmesi için gerekli olan dava şartlarını (s.56), lehe veya aleyhe herhangi bir hüküm verilmesi için varlıklarını zorunlu saydığı yargılama şartlarından ayırmaktadır (s, 57). Dava hakkı kavramını, usul ilişkisi kavramına göre değil, Chiovenda gibi anlamaktayız.

Tarafların bu haklarının muhtemel bir ihlâlinin sonuçları incelenirse, bu durum açıkça ortaya çıkmaktadır: Tarafların ileri sürdükleri maddî olayları yanlış değerlendirdiği ya da yasayı yanlış yorumladığı için gerçek hak sahibinin bir hakkını tanımayan hâkim, tarafın yargı faaliyetinin yerine getirilmesini isteme hakkını ihlâl etmiş değildir. Buna karşılık, bir hukuk kuralının bağlayıcı otoritesini yadsıyarak, yasaya karşı bir hüküm veren (contra ius constitutionis) ya da ihmali ile kusurlu bir şekilde görevini yerine getirmekten kaçınan bir hâkim böyle bir ihlâlden sorumludur. Bu ihlâle karşı başvurulacak asıl yol, kanun yolları olmayıp, belirli hukuk düzenlerinde gösterilen çare ne olursa olsun (HUMK. 573-576) hukuksal korumanın esirgendiği (ihkakı haktan istinkâf (querela denegatae vel protractae justitiae) şikâyetidir (44).

Hâkimin görevini usul ilişkisi kavramından elde etmek mümkün olamaz. Bu durumda usul ilişkisi kavramı, maddî hukukla medeni yargılama hukuku, maddî hakla usul hakkı arasındaki ilişkinin aydınlatılması bakımından uygun ve elverişli bir kavram değildir.

Usul ilişkisi kuramı, medeni yargılama hukukunu maddî hukuktan koparmayı ve ona maddî hukuk karşısında bağımsızlık kazandırmayı başardığından, bu kez medeni yargı sistemi ile maddî hukuk sistemi arasında bir bağlantı kurmak gereksinimi duyulmaktadır.

8. — WACH'ın hukuksal korunma istemi kuramı (Rechtsschutzanspruch) maddî hakla bu hakka ilişkin yargılama arasındaki organik bağı açıklamaktadır. Medeni yargılama hukukunun öngördüğü biçimler içinde bir menfaatin hukuken korunmasını devletten elde etmeye yönelik olan hukuken korunma istemi, biri devlete öbürü hasma yönelik iki istem kapsamaktadır: Maddî hakkı gerçekleştiren, usul dışı, hayat olaylarına (unsur vakıalar) hukuk düzeninin bağladığı sonuçların tanınması ve hasmın bu istemi kabul eden hukuksal koruma iznine katlanması istemini içermektedir.

Davacının hukuksal korunma istemine vücut veren hayat olayları, maddî hakkı oluşturan hayat olayları arasına, «tatmin edilmiş yahut başka bir biçimde ihlâl edilmiş olmak» olayının eklenmesiyle oluşmaktadır. Yani bu ek dışında, her iki hakka aynı hayat

(44) Herhangibir hukuk düzeninin tanıdığı imkâna göre: Yetkili üst mercilere hiyerarşik başvuru; idare yargısına başvuru; hâkimin cezai ya da hukuki sorumluluğu gibi.

olayları vücut vermektedir: Tehdit edilmeyen yahut tatmin edilmiş olan maddî hakkın korunmaya gereksinimi yoktur.

Hukuksal korunma istemi bir kamu hakkına vücut vermektedir ve medenî yargılama hukukunun gerçek konusunu oluşturmaktadır. Hüküm anında, hukuken korunma istemi doyurulmuş olacağından, bu hak sukut etmektedir.

Hâkimin görevi maddî istemini yasanın somut bir iradesiyle temellendiren yani mevcut bir hukuk kuralına dayanan taraf lehine hüküm vermektir. Davacı hâkimden bir lütuf değil, bir hakkının tanınmasını ve korunmasını istemektedir. Maddî ve usuli şartların varlığı halinde hâkim davacının istemine uygun hüküm vermek zorundadır.

Dava hakkını maddî haktan bağımsız, hukuken korunmaya yönelik bir hak olarak açıklayan bu kuramın, medenî yargılamayı hakkın gerçekleştirilmesinin bir aracı sayan liberal anlayışı en enerjik ve teknik bakımdan en olgun biçimde açıklamayı başardığı söylenebilir (45).

Bu kuram'a medenî yargılama hukuku doktrini büyük bir ilgi göstermiştir: Bu kurama katılmayanlar bile, maddî hakkın dışında ayrı bir usul hakkı saptanması amacına, değişik yollarla ulaşmaya çalışmaktadırlar.

Yargıtay'mız bir içtihadı birleştirme kararında, dava hakkına ilişkin düşüncesini, «dava mahkemeden verilecek bir hükümlerle bir iddia üzerinde hukukî korunmanın sağlanması dileğidir (46)» sözleriyle incelediğimiz kurama benzer biçimde açıklamaktadır (47).

(45) BULOW, WACH'a medenî yargılama hukukunu özel hukuka bağımlı kılmaya devam ettiği için çıkmaktadır. Bkz., CALAMANDREI, P., agm., s. 5.

(46) İBK.,7/12/1964,E.1964/3,K.1964/5,RG.:12/12/1964, 11880, Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararları, Hukuk Bölümü, C.V,s. 291, Ankara 1981. Tanım, ANSAY'ın dava tanımına büyük ölçüde benzemektedir: "Dava, bir mahkemeden verilecek hükümlerle hukukî himayenin temini dileğidir. "ANSAY, S., age., n. 98, s. 200.

(47) Yargıtay "dilek" kelimesini günlük dildeki anlamında kullanmışsa bu tanıma katılmak mümkün değildir: Dilek, muhatabına hiçbir zorunluk yüklemeyen bir irade açıklamasıdır. Dileğin, yönelik olduğu muhatap, dileğin içeriğini oluşturan irade tarafından hiçbir belirli davranış kuralına uygun davranmak zorunda bırakılmıyş olmaz. Dileğin muhtevasına uygun davranmak hususunda muhatabı zorlayacak herhangi bir müeyyide yoktur. Halbuki hukuk düzeni, bir dava karşısında kalan hâkime, bu davaya bakmak ve bir hükme bağlamak görevini yüklemiştir. Hukuk dili, bir irade açıklaması ile muhatabın belirli bir davranış yükümlülüğü altına gir-

Hukuken korunma istemi kuramının savunduğu ayrı bir usul hakkına değişik yollarla ulaşma çabaları, dava hakkının niteliği, muhatabı ve kapsamı konusunda yeni düşünce ayrılıklarına yol açmış ve yeni tartışma mihverleri oluşturmuştur.

Kuramın en çok saldırıya uğradığı noktayı, kişinin devlete karşı belirli bir içerikte yani davacının maddi istemine uygun, bir hüküm verilmesi hususunda bir hakkının varlığı düşüncesi oluşturuyordu: Bu içerikli bir dava hakkı anlayışının, tarafların karşısında devleti temsil eden hâkimin durumunu açıklamaya elverişli olduğundan kuşku duyuluyordu.

9. — Bu kuşklar, hukuken korunma istemi kuramının karşısına belirli içerikli bir hükme yönelik olmayan, sadece soyut bir dava hakkı tanıyan bir kuram çıkarılmasına yol açtı. Bu kuramın kurucusu olarak DEGENKOLB gösterilir. Bu kuram dava hakkını, «iyiniyetle haklı olduğuna inanan herkesin sahip olduğu, mahkemede dinlenilmiş olmaya ve hasmı mahkemeye katılmaya zorlamaya yönelik bir kamu imkânı» olarak tanımlıyordu (48).

Hukuken korunma istemi kuramının sakıncalı noktası olarak, kişinin devlete karşı sahip olduğu hakka çok belirli (somut) bir içerik tanımış olması görüldüğünden, soyut dava hakkı kuramının amacı, dava hakkını basit bir yetkiye (res merae facultatis) dönüştürecek biçimde içeriğini boşaltmaktı (49).

Dava açmağa yönelik, kapsamı ve içeriği belirsiz bu yetki, en çok bu noktadan saldırıya uğradı: Böyle bir yetki, kırlarda gezinip temiz hava almak imkânına benzetiliyor, bu benzetme sonucunda, devlete karşı ne somut ne de soyut nitelikte hiçbir hakkın varolmadığı ileri sürülüyordu (KOHLEK).

Gerçekten, soyut dava hakkı kuramı açık değildir: Davacının «etkili» bir dava hakkına sahip olması için, «iyi niyetli» olmasını aramaktadır. «Etkili» ve «iyi niyetli» terimleri yeter derecede berrek olmadığı gibi, tartışmaya da açıktır.

mesini dilek terimi ile değil, hak terimi ile ifade etmektedir. Hukuk düzeni, davacının dava menfaatini, hâkime dava karşısında belirli görevler yükleyerek korumuşsa, bunun anlamı bu menfaatin hak niteliğini tanımış olmasıdır. Hakkın, hukuken korunan menfaat olarak verilen tanımı, bu sonucu zorunlu kılmaktadır.

(48) CHİOVENDA, G., age., s. 19. DEGENKOLB'un bir hakla, bir hak oluşturmaya elverişli bulunmayan bir imkân arasındaki sınırları açıklamak çabası kendine özgüdür.

(49) CHİOVENDA, G., age., s. 19.

CHIOVENDA, kuramın, kurucusu tarafından da terkedildiğini söylemektedir: Hakkı olmayan fakat hakkı olduğunu sanana bir dava hakkı tanımak, bir hak değil basit bir hukuksal yetki tanımaktır. Herkesin madden ve hattâ hukuken yargı organlarına başvurmak imkânına sahip olduğunda kuşku yoktur: Fakat (esasen saptanması güç «iyi niyetli» olmağa bağımlı kılınan, yani hakkı olduğunu sanan kişinin sahip bulunduğu) bu imkân, «Tizio'nun dava hakkı vardır» denildiği zaman söylenilmek isteneni anlatamamaktır. Çünkü bu cümleyle anlatılmak istenen, Tizio'nun mahkemede lehine bir sonuç elde etme hakkıdır (50).

Soyut dava hakkı kuramına karşı sözü CALAMANDREI'e bırakıyorum: «Alman doktrininin bu sonuncu on yılda (bu sözler 1942 de yayınlanıyordu) açıkça savunduğu «Hakka karşı savaş - Kampf Wider das Subiektive Recht»ın yeni bir olay olarak gözönüne alınması, Almanya'da medenî yargılama hukuku alanında da, bu saldırının hazırlığına yüzyıl önce başlandığının farkına varılamamasıdır. Bu saldırı, bizim aramızda da soyut anlamda dava hakkı ya da soyut dava hakkı (Abstraktes Klagerecht) adıyla yayılan ve taraftar bulan dava hakkı anlayışı ile başlamıştır. Bu, bana çok esrarengiz görünen tarihsel olaylardan biridir: Hukukçuların ince kuramlarını bilmeyen sokaktaki adam, dava hakkını hakkının korunması için biricik araç, devletin haklı ile haksızın ayrılması için sunduğu biricik somut güvence olarak gördüğü halde, hukukçular hukukun somut garantisi olan bir dava hakkı anlayışının, yargılama hukukunun bir çocukluk masalı olduğunu; devletin vatandaşa karşı üstlendiği adaleti sağlamak görevinin, haklı ile haksız arasında hiçbir ayırım yapılmaksızın her iki tarafa eşit biçimde davranmaktan ibaret bulunduğunu kanıtlamak için yüz yıldır uğraşmaktadırlar (51).

Doktrin ister somut ister soyut nitelikte olsun, muhatabı devlet olan bir dava hakkı anlayışını tepki ile karşılıyordu. Bu nedenle tartışmalar sürüyor, kuramlar birbirini izliyordu. Almanya'da somut ya da soyut içerikli dava hakkı tartışmalarının çok yoğunluk kazandığı bir sırada, İtalya'da dava hakkını yenilik doğuran hak (diritto potestativo - egemenlik hakkı) kavramıyla açıklayan CHIOVENDA ortaya çıktı (52).

(50) CHIOVENDA, G., age., s. 19.

(51) CALAMANDREI, P., La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina s. 102, Studi sul processo civile'de, C. V. s. 91-111, Padova 1947.

(52) CHIOVENDA, G., age., s. 19. Müellif, "bana gelince, doktrinin yenilik doğuran haklar kate-

10. — CHİOVENDA'nın kuramı, hukuksal korunma istemi kuramından sonra, maddi hakla dava hakkı arasındaki bağlantıyı açıklamaya yönelik ikinci önemli girişimdir.

Düşüncelerini açıkladığı tarihsel an bakımından olmasa bile, düşünce sistemi içindeki yeri açısından CHİOVENDA, medeni yargılama hukukunda liberal anlayışı ve kişisel yararın üstünlüğünü savunan WACH'la, otoritenin zorunluğunu ve kamu yararının üstünlüğünü savunan KLEİN arasındaki çizginin orta noktasını temsil etmektedir: CHİOVENDA, özgürlük ile otorite, kişisel yararlar ve kamu yararı arasında kurulması özlenen dengeyi, bu kuramıyla kurmayı başarmıştır (53).

Bu kurama göre, dava hakkı yenilik doğuran haklardandır. Maddi hakkın ve dava hakkının varlığı farklı şartların varlığına bağımlı kılınmıştır. Bu hakkın kullanılması karşısında hasım, olumlu, veya olumsuz hiçbir borç altına girmez. Sadece hakkın kullanılmasına bağımlı kılınmış yani hakkın kullanılmasına katlanmak zorunda bırakılmış olur.

Bazı yazarlara göre bir kamu hakkı, diğerlerine göre bir özel hak (54) olarak nitelenen dava hakkı, Chiovenda'ya göre ayırıcı ölçütünü hâkimin uygulayacağı hukuk kuralında bulur: Hâkimin uygulayacağı norm bir kamu hukuku kuralı ise dava hakkı, kamu hakkı; özel hukuk kuralı ise, dava hakkı özel haktır (55).

Dava hakkı somut bir haktır. Dava hakkı, yargı erkinin devlet tarafından kullanılmasına yönelik soyut ve genel bir hak olmayıp, bir «hayat iyiliğinin (bene della vita) (56)», maddi hukukun koruduğu bir menfaatin somut olarak gerçekleştirilmesidir. Maddi özel hukukla, medeni yargılama hukuku arasındaki bağlantı, böylece sağlanmaktadır. Bir hayat iyiliğinin elde edilmesini güvence altına alan yasanın somut iradesi iki değişik hak yaratmaktadır: Ortak amaca yönelik bulunan ve maddi hakkın sukutunun dava hakkının

gorisini ayrıntılı bir biçimde incelemesinden sonraki bir aşamada bu sorunlarla uğraştığımdan, bu çalışmalardan yararlanarak önce dava hakkını bu kategoriye yerleştirmek, sonra da WACH'ın kuramının maddi yanını alarak dava hakkını, yenilik doğuran hak (dirito potestativo) olarak tanımlamak kolay oldu" diyor. Karş., ÜSTÜNDAĞ, S., age., s. 221.

(53) CALAMANDREI, P., *La relatività...*, s. 11.

(54) PEKELİS, A., *agm.*, n. 2, s. 31.

(55) CHİOVENDA, G., *age.*, s. , 24-25.

(56) CHİOVENDA, G., *age.*, s. I. Müellif hak'kı, "yasanın iradesinin güvenceye aldığı bir hayat iyiliği (un bene della vita) beklentisi" olarak tanımlanmaktadır.

da sukutuna yol açması nedeniyle aralarında bağlantılı bulunan (Karş., HUMK. 186) maddi hak ve dava hakkı (56a).

Övgüye değer bütün sonuçlarına karşın, bu kuramın savunulmasına katılmak kolay değildir: Çünkü yenilik doğuran hak kavramının, dava hakkının nitelendirilmesine elverişli bir kavram olduğu kuşku yaratmaktadır. Yargı sistemini harekete geçirmek ve hukuk düzeninin hâkimin hükmüne bağımlı kıldığı kurucu (inşai) etkileri oluşturmak imkânı yenilik doğuran hak kavramı ile açıklanamaz. Kuşkusuz bir yenilik doğuran hak sahibinin karşısında öbür taraf; bu hakkın kullanılmasından doğan hukuksal etkilere, basit bir biçimde, katlanmak zorundadır (57). Davada, davalının hukusal durumu, hükmün sonucu olarak değişmektedir. Bir hakkın cebren tanıtılması imkânı, özelliği, adi ortaklığın haklı nedenlerle feshi (BK. 535/7) gibi bazı özel durumlar dışında (58), hak sahibinin bu hakkının yönelik bulunduğu maddi hukuk durumunu, yöneltmesi gerekli tek yanlı bir irade açıklaması ile değiştirmesi olan, bir yenilik doğuran hak olarak açıklanamaz (59).

Davacının dava hakkını kullanması karşısında davalının buna bağımlı kılınmış yani katlanmak zorunda bırakılmış olması, yenilik doğuran hakkın kullanılmasından doğan bağımlılıkla karıştırılmamalıdır. Yenilik doğuran hakkın kullanılması karşısında öbür tarafın bağımlılığı, yenilik doğuran hakkın bir yansıması olarak açıklanabileceği halde, devletin karşısında vatandaşın bağımlılığını aynı biçimde nitelendirmek mümkün olamaz. Burada da görüldüğü gibi, özel hukuk şemaları medenî yargılama hukukunun olgularını ve kurumlarını tam olarak kapsamaya ve açıklamaya elverişli değildir.

Dava hakkı özel hak olarak kaldığı sürece, hakların sayısının ikiye çıkarılmasıyla, maddi hukuk ile medenî yargılama hukuku arasındaki bağlantıyı belirleme sorunu çözümlenmiş olmaz. Bu iki hakkın içeriğinin yeter derecede farklı olduğu söylenilerek bu itirazdan kurtulunamaz.

56a) CHIOVENDA, G., age., s. 21; POSTACIOĞLU, İ., agm.. n. 5, s. 742.

(57) Von TUHR, A., EDEGE çevirisi, age., s. 25; TEKİNAY, S., S., Medeni Hukuka Giriş Derleri, s. 147, İst. 1978.

(58) Bu durumda yenilik doğuran hakkın kullanılması dava yoluyla mümkündür. Bkz., Von TUHR, A., EDEGE çevirisi, age., s. 25; ATAAY, A., Medeni Hukukun Genel Teorisi, s. 399, 3. bastı, İst. 1980.

(59) Von TUHR, A., EDEGE çevirisi, age., s. 25; TEKİNAY, S., S., age., s. 147; ATAAY, A., age., s. 399.

11. — CARNELUTTI'de dava hakkını bir özel hak (özel hukuk hakkı) olarak anlamının dava hakkının bağımsızlığını sağlayamayacağı düşüncesindedir. Ona göre, lehe bir hüküm verilmesini isteme hakkı olarak anlaşılan hukuksal korunma hakkı bile özel hakkı aşmamaktadır. Bu kuramın bilimsel önemini kabul etmekle birlikte, belirli içerikli bir hüküm istemi anlayışının medeni yargının niteliği ile uyusmayacağını savunmaktadır. Kişinin devlet organlarına yönelik bir hakkı vardır ama, bu hak amaca değil (lehe hüküm), araca yani korunmanın sağlanması (hüküm) için gerekli işlemlerin tamamlanmasına ilişkindir (60).

Lehe bir hüküm elde etmeğe yönelik somut bir hak anlayışının yadsınması, soyut dava hakkı kuramını hatırlatmaktadır.

İki kuram arasındaki temel fark, CARNELUTTI'nin, DEGENKOLB'ün sisteminin en zayıf noktasını oluşturan herkese açık olan otoriteye (yargı organına) başvuru imkânı karşısında, dava hakkının sınırlandırılması sorununu çözümlemiş olmasıdır: Dava hakkının «etkililiği» ve davacının «iyi niyeti» gibi uydurma (suni) şartlar değil, «uyuşmazlık karşısında özel bir durumda bulunmayı», yani «sıfatı» aramaktadır (61).

«Hakkını dinletmeğe, tanıtmaya, değerlendirmeye», yani yargılama faaliyetinin yürütülmesine ve özellikle hükmün verilmesine yönelik bir haktır, dava hakkı... Bunun için hâkim, hukuken yanlış karar verdiği zaman değil, davacıyı dinlemediği takdirde onun dava hakkını ihlâl etmiş olur.

CARNELUTTI'ye göre medeni yargılama hukukunun amacı, «uyuşmazlığın çözümü»dür. «Bir kişi, bir başka kişinin çıkarı ile zıt bir çıkarını elde etmek için istemde bulunduğu zaman, bu isteme karşı ikinci kişi, çıkarın ihlâli yahut iddianın inkârı şeklinde karşı koyarsa, bir uyuşmazlık vardır» diyerek uyuşmazlığı tanımlamakta ve sınırlarını belirlemektedir (62).

CALAMANDREİ, «Carnelutti'nin sisteminin temelini, dava hakkı kavramının değeri düşürülerek, uyuşmazlık kavramının yerleştirilmesine» karşı çıkmakta, «hâkimin görevinin doğrudan doğruya gözlemleyeceği toplumsal ilişkiye hukuk düzeninin en iyi biçimde

(60) CARNELUTTI, F., Diritto e processo, n. 64 - 65, s. 110 vd.

(61) CARNELUTTI, F., age., n. 66, s. 114.

(62) CARNELUTTI, F., Çeviren TULUAY, M., İhtilaf ve Yargılama, s. 253, İÜHFİM'da, C. XLIV, S. 1-4, s. 247 vd.

nasıl cevap verdiğini bulmak olmayıp, zorunlu işbirlikçisi olan davacının hukuka uygun bir şema içinde çerçevelediği olaylara ilişkin olarak kendisine sunduğu hüküm isteminin kabul edilebilir olup olmadığını saptamaktan ibaret olduğunu» savunmakta ve Carnelutti'nin düşüncesinin güncel usul sistemine aykırı olduğunu ifade etmektedir (63).

CARNELUTTİ cevap veriyor: «Calamandrei ne ikame etmek istiyor? Yargılama ve dava hakkı formülünü mü? Fakat yargılamanın muhtevasını aramak söz konusu olduğu zaman, yargılamayı harekete geçirmek hakkı demek olan dava hakkı ne işe yarar? Yargılamanın muhtevası olarak üzerinde faaliyette bulunduğu konuyu görmek, tüfeğin saçma yerine barut attığını sanmak gibi bir şeydir...

Meselâ taraf dava hakkının süjesi olarak yani davayı ikame eden kimse yahut kendisine karşı dava ikame edilmiş kimse olarak tarif edilince cevaplandırılması gereken bir soru kalmaktadır: Fakat niçin onu Ali değil de, Ahmet ikame ediyor; yahut Burhan'a karşı değil de, Basri'ye karşı ikame ediliyor? Bu niçin'in cevabı davanın konusunda değilse (yani ihtilâfla dava hakkının süjelerinin ilişkilerinde), nerede bulunabilir? Fakat muhteva dava hakkının içine yerleştirilirse, soruya nasıl cevap verilebilir?

Tabiatıyla dava hakkı terimini, onun maddi hukuktan farkını bulabilmek için, onu anladığım ve anlaşılması gereğine inandığım mânada kullanıyorum: Bu da, **hüküm yahut icrayı elde etmek hakkıdır**. Bununla beraber lehe hüküm elde etme hakkı yahut kanunun iradesini gerçekleştirmek gibi meşhur formüllerle maddi hukukun mihrabında usuli hakkı kurban edenlerin görüş tarzları değişik olabilir. Bunlar, netice olarak, yargılamanın muhtevası olarak dava hakkını değil, fakat dava hakkı maskesi altında, hukukî münasebeti ikame ediyorlar. Gerçekte Calamandrei'de böyle yapıyor. Makalesinde, bu iki kavramdan birinin diğeri yerine kullanıldığı açıkça görülüyor (63a)».

Temelde iki farklı eğilimi, iki ayrı dünya görüşünü medenî yargılama hukukuna yansıtan güzel bir tartışma...

(63) CALAMANDREI, P., La relatività..., s. 8.

(63a) CARNELUTTİ, F., TULUAY çevirisi, agm., s. 257-258.

12. — Bir zaman geliyor: Gerek somut, gerekse soyut dava hakkı kuramlarının yeterli olmadıklarına karar veriliyor. Tartışmalar yeni yönlerde, yeni kuramların doğumuna yol açıyor.

Yeni iki yön görünüyor: Bu yönlerden birincisi müşterek hukukun dava hakkı anlayışının tam aksidir. Bu kuram, somut ve soyut dava hakkı kuramları gibi, maddi özel hak kavramını da yadsımaktadır: Hukuk düzeninin tanıdığı bir tek hak vardır. O da dava hakkıdır. Bütün haklar dava hakkına müncer olur ve ifadelerini dava hakkında bulurlar. Hâkimi «sosyal mühendis» olarak nitelendiren «somut olay hukukçuluğu», bu anlayışın ürünüdür.

Öbür yöndeki anlayış da, somut ve soyut dava hakkı kuramlarını yadsımakta, fakat bu kez, dava hakkı kavramını medeni yargılama hukuku alanından çekilerek anayasa hukuku alanına aktarmaktadır: Dava hakkı anayasal bir haktır; Uti civis bir vatandaşlık hakkıdır.

Bu yeni kuramlara daha yakından eğilelim:

A) Birinci yöne ilişkin girişimler arasında KELSEN, BİNDER, PEKELİS gibi genel kuramcıların yahut hukuk filozoflarının, SATTA gibi medeni yargılama hukukçularının özel bir yeri vardır (64).

a) KELSEN, saf hukuk kuramında tekçi (monist) bir hukuk anlayışı izlemekte, ikinci (dualist) anlayışın her biçimini, birbiri arkasına ortadan kaldırmaya çalışmaktadır: Böylece, Kelsen açısından, hak hukuka dönüşmekte ve hukukla aynılaşmaktadır. Bu yaptırım (müeyyideyi) harekete geçirmek hukuksal imkânı ölçüsünde bir «özel teknik» oluşturmaktadır. Hak bizzat hukuk normu tarafından belirtilen kişiye yani potansiyel davacı ile ilişkili hukuk normundan başka bir şey olamayacağından, dava hakkı sorunu, daha genel bir sorun olan, normun öznelleştirilmesi sorununa girmektedir (65).

Sözü KELSEN'e bırakalım: «Hukuk düzeni yaptırımın uygulanmasını, sadece bir sözleşmenin yapılmış olması ve pasif tarafın sözleşmeyi ifa'dan kaçınması olayına bağımlı kılmadığından, fakat aktif tarafın, sözleşmeyi ifa'dan kaçınan tarafa yaptırım uygulanması konusunda irade açıklamasını da aradığından, sözleşmenin taraflarından birinin diğerine karşı bir hakkı vardır. Bu irade, taraflardan birince öbürüne karşı, **mahkemeye başvurulup dava açılırken**

(64) ORESTANO, R., agm., n. 27. s. 808.

(65) ORESTANO, R., agm., n. 27. s. 808.

açıklanmış olur. Bunu yaparken davacı hukukun cebrilik mekanizmasını harekete geçirmiştir. Sadece yargılamayı başlatan bir dava aracılığıyla, mahkeme haksızlığı yahut sözleşmenin ifa edilemediğini saptar ve yaptırımını uygulayabilir. Yaptırımın uygulanması, diğer şartlar arasında, bir tarafın dava açmış olması şartına bağımlı kılınmıştır. Bunun anlamı, taraflardan birinin, açıklandığı gibi, yargılamanın başlaması konusunda iradesini açıklamış olmasıdır. Davacıya, öngörülen yaptırımın uygulanması hakkını veren hukuk normunun uygulanmasını sağlamak hukuksal imkânı verilmiştir: Bunun için, bu anlamda, bu norm davacının «yapasını» yani hakkını oluşturmaktadır (66)».

b) BINDER'in savunduğu kuram, açık bir biçimde, bir usul kuramıdır. Bu kurama göre, özel hukukun haklar düzeni, hukuken koruma düzenine dönüşmüştür. Özel hakların varolabilmeleri için, hak sahibine, başkalarına nazaran, yaptırıma bağımlı kılınmış cebri koruma araçlarının verilmesi gerekmektedir. Bundan, dolaylı bir biçimde ve korunma sayesinde varolabilen **hakka göre, dava hakkının mantiken önceliği sonucu çıkar.** Mantıksal nitelik böyle olduğuna göre, değişik hukuk düzenlerinin çeşitli normlar içinde kullandıkları ifadelerin önemi yoktur (67).

c) PEKELİS, devlet sorununa tarihsel ve ideolojik açıdan getirilen çözümlerle, dava hakkı probleminin çözümü arasında bir bağlantı kurarak, sorunun çözümünü tarihsel bir plâna taşımaktadır. Bu biçimde dava hakkı problemine ilişkin her düşüncenin geçerliliğinin felsefi ve metodolojik sınırlarını ortaya koymakta ve irade özgürlüğünün sınırlarının daraltılarak hukukun yönetiminin giderek devletleştirildiği bir tarih aşamasına göre, hukuk düzeninin özünü sadece yaptırım ve cebrilikte gören genel bir hukuk anlayışından hareket ederek, **dava hakkının maddi hakka üstünlüğünü** savunmaktadır: Dava hakkı kendine özgü ve üstün anlamda bir hak olup, kişinin sahip olduğu biricik haktır. «Bir devlet hukuk düzeninde devletin faaliyeti ve bu faaliyeti harekete geçirme (**dava hakkı**), **diğer her görevin, hakkın ve maddi hukuk ilişkisinin ilk kaynağı ve asıl temelidir.** Böylece diğer her **maddi hak ve bu maddi hakkın kaynağı olduğu** halde, ikinci derecede bir hak saydığı dava hakkına göre **maddi hakkı**, uyuşmayan taraflardan birine, devle-

(66) KELSEN, Teoria generale del diritto e dello Stato, s. 82 vd., Milano 1955, naklen ORESTANO, R., agm., s. 808-809, dn. 32.

(67) ORESTANO, R. agm., n. 27, s. 809.

tin bahsettiği, **üstün bir hak olarak anlayan görüş**, tarihsel bakımdan açıklanması mümkün olan bir görme hatası ya da kuramsal bir yanlışlığı olarak ortadan kaldırılmaktadır (68)».

d) SATTA'nın durumu, medeni yargılama hukuku sistemine daha sadık ve sadece bir düşünce ürünü olmayıp hukukun somut deneyimlerinden esinlendiğinden hukuk bilimi için daha önemlidir. Onun düşünce biçiminde zamanla oluşan değişiklikler anlamsız değildir.

SATTA'nın savunduğu ilk düşünceye göre, dava hakkının kullanılmasının zorunlu biçimi usul faaliyetidir. Bu temelini hakkın oluşturduğu bir olaydır. Çünkü dava hakkı, bu hakkın hizmetine sunulmuş bir yetkidir. Farklı bir yetkidir. Fakat maddi haktan soyutlanamaz ve bu hakla ortak niteliğini, esasa (maddi hukuka) ilişkin olmaları oluşturur.

SATTA, daha sonra bakış açısını değiştirmiş ve metal paraya öbür tarafından bakmaya başlamıştır. Bu aşamada SATTA'ya göre, dava bir hak değildir. Fakat dava ile somutlaşan hakkın kendisidir. Hakkın davadan başka muhtevası yoktur; davadan başka bir şey değildir.

Daha ilerki bir aşamada Satta, tanım niteliğindeki bu formülü de terkedererek, kavramı somut olarak belirtme ve sınırlandırma yolunu seçti: Hak kavramında, maddi hak ve dava hakkı olmak üzere bir ikicilik (dualismo) yaratan, dava hakkının bağımsızlığı düşüncesinin tahlilinde sonra, «hukuk düzenine bütünlüğü içinde bakılmadan dava hakkı anlaşılabilir. Sadece dava hakkı sayesinde düzenin hukuksallığından söz edebilmek mümkün olduğuna göre, dava hakkı düzenin merkezini ve asıl elemanını oluşturmaktadır» sözleriyle düşüncesini ortaya koydu. O halde, her şey yargılamada çözümlenecektir (69).

Satta'ya göre, «meselâ mülkiyet ya da alacak, nesnel gerçekte var oldukları için değil, biz onları, normun unsurları üzerine yönelttiğimiz bir soyutlaştırma faaliyeti sonucu, hak olarak anladığımız için hak'tır. Böyle olunca, onlar da soyuttur. Somut olarak, somut durumlarda gerçekleşen çeşitli çıkarlar (bir malı ele geçirmek, onu zilyetten geri almak, bir taşınmazın sınırlarını düzenlemek ve bunu kabul ettirmek gibi) vardır. Biz, bu çıkarları hak olarak değerlendir-

(68) PEKELİS, A., agm., n. 2, s. 31, n. 18, s. 41.

(69) ORESTANO, R., agm., n. 27, s. 808.

diriyor ve hukuk düzeni tarafından tanınmalarını istiyoruz. Bu **bir çıkarın tanınması istemi, dava hakkıdır** ve onun içeriği de, bizim hak dediğimiz nesnedir». Bundan sonra Satta, önceki durumuna ve düşüncesine göre değişik bir biçimde, hak ve dava hakkı kavramlarının bir maddi birliğe müncer kılınmasının, süje (hakkın taşıyıcısı) ve düzen arasındaki ve bundan dolayı dava hakkı ve düzen arasındaki ilişkinin tahlili karşısında, tamamen lüzumsuz olduğunu savunmaktadır: Bu ilişki, dava'nın dava olmaktan başka biçimde, yani daima bir soyutlaştırma anlamına gelen hak ya da yetki olarak tanımlanmasına izin vermez; davanın **davacının ya da davalının**, kesin ve somut biçimde, **hukuk düzenini kendi yararlarına istemeleri**, yani sonuçta, bir «**olay**» olarak tanımlanmasına imkân verir (70)».

Satta'nın düşünceleri, dava hakkının bağımsızlığına, yani onun maddi haktan ayrılmasına yol açan geleneksel kanıtlara (argument) karşı bir durum takınışı nedeniyle çeşitli tenkitlere ve müşterek hukukun dava hakkı anlayışına dönüş suçlamasına uğradı. Satta bu suçlamalara karşı, eskiden olduğu gibi varlığı yadsınan ya da tartışılması mümkün olan, gerçekten ve nesnel olarak varolan, bir hak anlayışını savunmaya devam etmediği biçiminde cevap vermekle yetindi (71).

Satta'nın duyduğu gereksinim, hukuk düzeninin birliğinin sağlanması ihtiyacıdır. Satta'nın yeni görüşü, maddi hakla dava hakkı arasında bir lehim yapma girişimi olmayıp, Pandekt hukukunun «haklar sistemini» kurduğu sırada ortaya çıkan ve yüzyılı aşkın bir süreden beri medeni yargılama hukuku biliminin, önce, dava hakkının bağımsızlığı, sonra da onun soyutluğu adına, sertleştirdiği, maddi hakla dava hakkının kopukluğunun aşılması girişimidir (71a). Satta'nın görüşlerini paylaşmayan bir hukukçu bile, onun kuramının dış görünüşünün zıt anlamda olmasına rağmen, «bu kuramda, hakkın dava hakkına müncer kılınması, zıt durumla aynı plândadır» demektedir (72).

«A» başlığı altında anlatmaya çalıştığımız bu kuramlar, hukuksal düşüncenin, gerçekten güzel, derin ve ilginç örnekleridir. Fakat ne yazık ki yürürlükteki hukuk düzenleri karşısında, bu kuram-

(70) SATTÀ, S., agc., n. 72-73, s. 103 - 111.

(71) ORESTANO, R., agm., n. 27, s. 808.

(71a) ORESTANO, R., agm., n. 27, s. 808

(72) MÍCHELÍ, G. A., Giurisdizione e l'azione, s. 111, Riv. dir. proc., 1956, C. I, s. 107

lara katılmak ve onları savunmak mümkün değildir: Bu kuramların savunulması, yürürlükteki hukukun binlerce kuralını görmemezlikten gelmek demek olur. Çok özlü bir biçimde açıklandığı gibi, «mülkiyet hakkı, geri alma (istihkak) davası olmadığı gibi; geri alma davası da, mülkiyet hakkı değildir (73)». Dava hakkının, kendi içinde, maddi hakkı erittiği (massettiği) savunulamaz.

Şimdi somut ya da soyut dava hakkı anlayışları yadsınarak, dava hakkının açıklanması için seçilen ikinci yolu görelim:

B) Bu anlayış dava hakkının Anayasa'nın güvencesi altında bulunan üstün bir hak olduğunu ifade etmektedir. Dava hakkının anayasal güvenceye kavuşması, çözümü yargı organının görevine giren ya da girmesi gereken uyuşmazlıkların çözümünün başka bir organa bırakılmasını engellediği gibi, dava hakkının kullanılmasına, onu aşırı derecede güçleştirecek, sınırlar getirilmesinin de önünü almaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın, «hak arama hürriyeti» başlığını taşıyan 36. maddesi, yürürlükten kalkan 1961 anayasasında da yer alan 31. madde gibi, aynı kelimelerle, «Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir.

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz» kuralını getirmektedir.

Bu kuralla Türk Hukuku, bu konuda, sahifeler boyunca dokunmak fırsatı bulduğumuz tartışmaları başlatan ve yüzyılı aşkın bir süredir bu tartışmalara beşiklik eden Alman Hukukunu aşmış görünmektedir. Çünkü Alman Anayasası, özel hukuk sahasında genel bir dava hakkını açıkça güvence altına alan bir kural içermektedir. Aynı durum Federal anayasadan önce ya da sonra yürürlüğe giren federe devlet anayasaları bakımından da söz konusudur. 1849 Frankfurt ve 1919 tarihli Weimar anayasaları da, bu konuda susuyorlardı (74).

Böyle bir anayasal düzenleme karşısında kalan Alman hukuk doktrini kişisel durumların özel kişiler tarafından ihlâline karşı bir

(73) REDENTİ, E., Sui trasferimenti delle azioni civili, s. 81, ' Riv. trim. dir. e proc. civ.'de, 1955 s. 74 vd.

(74) TROCKER, N., Processo, civile e Costituzione s. 167. Milano 1974.

hukuksal korunma hakkının Anayasanın başka kurallarından (75) çıkarılıp çıkarılamıyacağı ve bu soruya olumlu cevap verilmesi halinde, bu hakkın hangi sınırlar içinde etkinlik gösterdiği sorununu ortaya koydu (76).

- (75) Alman Anayasasının 14/3. maddesi, 15, 19 ve 34. maddelere de yollama yaparak mahkemelere başvuru hakkı anlamında (Rechtsweggarantie) dava hakkını düzenlemektedir. 14/3 ve 15. maddelerin millileştirilmesi ya da kamu yararı için elkonulması nedeniyle zarara uğrayanların mahkemeye başvuru haklarını güvence altına almaktadır. 34. madde ise, bir kamu görevlisinin bu görevin yapılması nedeniyle yol açtığı zararların tazmini için normal yargı organlarına başvurulabileceğini ifade etmektedir. 19. maddenin 4. fıkrasının kapsamı daha geniştir. Bir kamu yetkisinin kullanımı dolayısıyla hakkı ihlâl edilenin yargı organlarına (Ordentlicher Rechtsweg) başvurulabileceğini açıklamaktadır. Bununla beraber bu ilkedan, düzenin tanıdığı lehe bütün durumların yargısal korunmasına ilişkin genel bir hak çıkarılamaz. (Bkz., TROCKER, N., age, s. 161, dn. 1 ve 2).
- (76) TROCKER, N., age., s. 168. Dikkatler, "Herkesin muhakemede dinlenilmek hakkı vardır" diyen Anayasanın 103. maddesinin 1. fıkrası ile, "yargı yetkisini kullanma görevinin hâkimlere verildiğini" söyleyen Anayasanın 92. maddesi üzerinde toplandı. Baskın görüş, inter cives ilişkilerin yargısal korunmasını güvence altına alan genel bir dava hakkı anlayışına 103/1'in imkân tanımadığı merkezindedir (LERCHE, P., Zum "Anspruch auf Rechtliches Gehör", s. 19, Zfz. 78 (1965); MAUNZ-DURIG-HERZOG, Grundgesetz Kommentar, sub. Art. 103, Abs. 1, s. 28-33, München 1971, naklen TROCKER, N., age., s. 171 ve dn. 23). Baskın görüşe göre, Anayasanın hazırlık çalışmaları da, bu fikre destek sağlamaz. Weimar anayasası devrinde de, mahkemelere başvuru güvence altına alan genel bir hüküm yoktu. Hatta Mahkemeler Teşkilatı Kanununun 13. paragrafı, özel hukuk uyuşmazlıklarının incelenmesinin idare organlarına gönderilmesine imkân tanımış ve Otoriter rejim, maddi hukukun tanıdığı lehe durumların sahiplerinin mahkemeye başvuramaması için, bu yetkiden geniş ölçüde yararlanmıştı. Tartışma ilkesi, medeni yargılamanın temel ilkelerinden biridir. Onun ihlalleri daha çok göze batmaktadır, daha çok gürlütlü koparmaktadır. Bu nedenle, anayasa koyucunun adalete güveni sağlamak için, onun altını çizmiş olması mümkündür (KIRCH, Das subjektive öffentliche Recht auf Anrufung der staatlichen Gerichte, ayrı bası, s. 81, Würzburg 1967; DUTZ, Rechtstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, s. 78-79, Bad-Hamburg, Berlin-Zürich 1970; HERBST, W., Die Bedeutung des Rechtsschutzanspruches für die moderne Zivilprozessrechtslehre, s. 251 - 253, Bonn 1973. Hepsi için bkz., TROCKER, N., age., s. 172 ve dn. 24.) Anayasanın 92. maddesinden ise konumuza ilişkin iki temel sonuç çıkarılmaktadır: a) Yargı yetkisi konusunda hakimlere tanınan hasrı yetki, yargı yetkisinin kullanılması niteliğindeki faaliyetlerin başka kamu organlarına bırakılması imkânını ortadan kaldırmaz (BETTERMANN, K., A., Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, K. A. BETTERMANN-H.C. NIPPERDEY-U. SCHEUNER, Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, C. III, s. 543, Berlin 1959; HABSCHIED, W., J., Steuerstrafverfahren und Grundgesetz, s. 5 Monatsschrift für Deutsches Recht, s. 1 vd.; 92. maddenin hazırlık çalışmaları bu görüşü doğrulamaktadır: HOLTKOTTEN, H., Kommentar zum Bonner Grundgesetz, sub Art. 92, p 1, Hamburg 1971. Hepsi için bkz., TROCKER, N., age., s. 174 ve dn. 26.) b) Göreve bağlı (işlevsel), maddi bir yargı yetkisi anlayışı (BETTERMANN, K., A., Das Gericht verfassungsrechtlich in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Archiv des öffentlichen Recht, 92 (1967) s. 497; ARNDT, A., Rechtsprechende Gewalt und Strafkompetenz, Festgabe für K. SCHMID'de, s. 9, Tübingen 1962, s. 5 vd. Hepsi için bkz., TROCKER, N., age., s. 174 ve dn. 27).

Soyut dava hakkı (Klage befugnis) ve somut dava hakkı (Klagemöglichkeit) ayırımına dayanan eski tartışmanın yerini, dava hakkının anayasal temeli ve onun kesin olarak gerçekleşmesini güvence altına alacak korunmanın özgül araçları üzerinde daha somut bir tartışma aldı (77).

Görüldüğü gibi Anayasamızın 36. maddesi, kime karşı olursa olsun, gerek yargı organlarına başvurmayı, gerekse yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunmada bulunup (tartışıp) «dinlenilmiş olmak hakkını» kullanmayı genel bir hak olarak düzenlemiştir. Böylece anayasal düzenle medenî yargı arasında da bir köprü kurulmuş olmakta; maddî hakkın güvencesini oluşturan dava hakkı da bir güvenceye kavuşmuş bulunmaktadır.

13. — «Zaman tüneli» içinde, geçmişten günümüze gelen bir çizgi üzerinde, dava hakkının ve onunla birlikte medenî yargılama hukukunun yolunu izledik.

Açıkladığımız her kuramdan sonra, sorulması mümkün olan bir soru vardı. Bu soruyu sormak için, sabırla sonuncusunu, dava hakkını anayasa hukuku alanına aktaran kuramı bekledik: Dava hakkı «anayasalaştırılmadan» önce böyle değil miydi? Aynı değil miydi? Kişiler (vatandaşlar ve belirli şartların varlığı halinde yabancılar) adalet istemek için, yargı organlarına başvuramazlar mıydı? Yani dava hakkına sahip değiller miydi?

36. maddenin Anayasaya girmesi, kişinin hukuksal durumunda, dava hakkının sahipliği ve korunması konusunda hiçbir değişiklik yaratmamıştır. Dava hakkının medenî yargılama hukuku içindeki durumu aynıdır. Anayasaya konulan kural, dava hakkının bu durumuna bir güvence sağlamaktan başka bir anlam taşımamaktadır.

Dava, düzenin hukuksallığının kapısını açan anahtardır: Yargı organlarının kapısı, bu anahtar kullanılmadan açılmaz. Bir anahtar, bir araçtır...

Kişiler her aracı işlerine yaradığı zaman ve işlerine yaradığı ölçüde kullanırlar: Davayı da kendi amaçları için kullanacaklardır. Onların amaçları, belirli çıkarları tehlikeye girdiği zaman bu tehlikenin ortadan kaldırılması ya da hukuk düzeninin lehlerine bazı imkânlar tanıdığı ve bu imkânların kullanılmasını yargı organının

(77) TROCKER, N., age., s. 169.

iznine bağımlı kıldığı hallerde, kendilerine bu imkânların sağlanması için bu araçtan yararlanmak olacaktır. Onları bencillikle, kişisel çıkarlarından başka bir şey düşünmemekle (toplumcu görüşlerin yaptığı gibi) suçlarsanız da, bu böyledir. İleri sürülen çıkar hukuk düzeni tarafından korunuyorsa, yani bir hak haline dönüşmüşse, yargı organı istenen hukuksal korumağı sağlamak zorundadır. Bu düzenin hukuksallığının gereğidir ve hukuk düzeninin yargı organına yüklediği temel görevdir.

Medeni yargı sistemi içinde tarafsız ve bağımsız hâkimin varlığı, sistemi değişik biçimde nitelendirmek için bir neden oluşturamaz... Hâkimin büründüğü tarafsızlık ve bağımsızlık zırhının biricik amacı, çözümleneceği uyuşmazlık karşısında, onun bir yabancı haline dönüşmesini sağlamaktır. Onun bu zırhının çıkarılması halinde yaptığı faaliyeti yargılama faaliyeti olarak nitelendirmek ve bu faaliyeti herhangi bir idare faaliyetinden ayırmak, artık mümkün olamaz. Hâkimin görevi, taraflarca önüne getirilen iddia ve savunma malzemesine göre, hukuku açıklamaktır (Da mihi factum, dabo tibi ius). Böylece bir yandan taraftan taraflar arasındaki uyuşmazlık çözümlenmekte, diğer yandan uyuşmazlıkların önü alınarak toplum barışı korunmaktadır.

Her devletin amaçlarının gerçekleşmesi için, yapısı içinde yer alan organlardan, en geniş ölçüde yararlanmaya çalışması doğaldır. Devletin amaçlarını açıklayan pozitif hukuktur. O halde devlet, hukukun uygulanması için, medenî yargıdan neden yararlanmasın? Bunun sonucu olarak, medenî yargının amacının hukukun gerçekleştirilmesi olduğu, neden söylenilemesin?

Medenî yargının amacı, gerçekten hukukun uygulanmasını sağlamak ise, kullanılan araç, yani kullanılıp kullanılmaması kullanacak kişinin isteğine kalmış olan anahtar (dava), bu amacı gerçekleştirmeğe elverişli değildir. Medenî yargıdan, salt bir biçimde hukukun gerçekleştirilmesini bekleyenler daha uygun araçlar aramak zorundadırlar. Çünkü araç kullanılmadan, anahtar çevrilerek mahkemenin kapısı açılmadan amaç gerçekleştirilemez: Hukuk uygulanamaz.

Kuşkusuz, devlet amaçlarının gerçekleşmesi yani hukukun uygulanması için, belirli ölçüler içinde, medenî yargıdan yararlanmaktadır. Bu yararlanma, biraz önce değinmek fırsatını bulduğumuz medenî yargının temel görevi dışında üç görünüm ve aşama içinde ortaya çıkar:

a) Birinci aşamayı, tarafların açıkca ileri sürmedikleri, fakat yargılama dosyası içeriğinden varlıkları anlaşılan bazı iddia ve savunma nedenlerini (meselâ itirazları) kendiliğinden gözönünde tutarak hüküm vermesinin hâkimden bir görev olarak beklenilmesi durumu oluşturur.

Bu durumu genelleştirmek mümkün değildir: Çünkü özel hukuk, bu kategorinin yanında, çok geniş bir «dar (teknik) anlamda def'iler» kategorisi tanımaktadır. Bir hak olarak nitelenen dar anlamda def'i, hak sahibi tarafından kullanılmadıkça, hâkim tarafından kendiliğinden gözönüne alınamaz.

Türk yasalarını kendiliğinden uygulamakla görevli bulunan hâkim, her iki kategori de Türk yasalarında yer aldığına göre, her iki kategoriye ilişkin esasları uygulamakla yükümlüdür. HUMK. nun 76. maddesinden medenî yargının amacının hukukun uygulanması olduğu sonucu çıkarılamaz.

b) İkinci aşamada, korunması gereken bir kamu yararının sözü konusu olduğu hallerde, devlet yargı organından biraz daha fazla yararlanmayı düşünmüştür: Bu durum, özel hukuk davalarında, mahkemenin pasifliği ilkesi terkedilerek hâkime aktif bir rol tanınması biçiminde ortaya çıkar. Bu durumda, boşanma davalarında kusurlu eşin saptanması halinde olduğu gibi, dava malzemesinin taraflarca sunulması ilkesinde bir yarık açılmış ve belirli konularda hâkime kendiliğinden araştırma yapma görevi yüklenmiştir.

Bu durumun da genelleştirilmesi mümkün değildir. Ahmet'in Basri'den gerçekten onbin TL. alacaklı olup olmadığının isbatını Ahmet'ten beklemek yerine hâkimin kendiliğinden araştırmaya girişmesini akla uygun gösterecek hiçbir kamu yararı mevcut olmadığı gibi; hukuk düzeni, hâkime bu araştırmayı yapacak imkân ve araçları da sunmuş değildir.

Sosyal demokrat devlet anlayışı aşkına kamu yararı kavramının kapsamını genişleterek, «devletin ekonomik bakımdan güçsüz ve yeteneksizlere yardımda bulunmak görevinin» medenî yargıda da yansımaları bulduğunu ve medenî yargılama hukukunun amacının «gerçeğin saptanması» olduğunu savunanlar, hâkime taraf-sızlığın ihlâl etmesini salık vermektedirler...

c) Üçüncü ve son aşamada devlet yargılama yapılması ve yargılama sonucu gerçeğin ortaya çıkmasında, artık çok önemli bir kamu yararı görmektedir. Medenî yargı sistemi içinde, sistemin temel ilkelerini değiştirip bozmaksızın, bu görevin hâkime yüklenilmesi

mümkün değildir. Böyle durumlarda yargı sistemini harekete geçiren anahtar, kişinin yanında ya da kişiden bağımsız olarak cumhuriyet savcısına bırakılmıştır. Bu durumda dava açmak ve açılan davayı yürütmek, cumhuriyet savcısının (ceza davalarında olduğu gibi) görevidir.

Hukuk düzeninin en önemli gördüğü konularda kamu yararının korunmasını böyle bir çözüme bağlamış olması, medeni yargının amacının hukukun gerçekleştirilmesi olmadığının açık kanıtıdır. Medeni yargıdan salt olarak hukukun gerçekleştirilmesi beklendiği takdirde, yargıyı harekete geçiren anahtar bunu kullanıp kullanmayacağı belli olmayan davacıdan (kişiden) alınarak, cumhuriyet savcısı gibi kullanmakla görevi gereği zorunlu tutulan bir kamu görevlisine verilmek gerekmektedir. «Yazı» ya da «tura» ile uğraşmadan metal para bütünü ile gözönünde tutulunca, kaçınılmaz bir biçimde, bu sonuca ulaşılmaktadır.

Medeni yargının amacının hakkın tanınması ve korunması değil de, salt biçimde sadece hukukun gerçekleştirilmesi olduğunu savunmak, bu durumda, tam bir, istisnaları genelleştirerek hukuk düzenine aykırı açıklamalarda bulunmak hatası (paradoks) oluşturmaktadır.

Bu yazının, eğer varsa, edebi niteliği bir hukuk makalesi olduğuna göre, bir yerlerde bitmesi gerekiyor: Dava esnasında maddi hakkın üçüncü kişiye devredilmesi sorununa da değinip bitirelim. Hukukumuzda sorunu, HUMK. nun 186. maddesi çözümlenmektedir. Devre rağmen, davaya ilk şekliyle devam edilemez. Devredenin hasmının seçimine göre, ya dava konu değiştirerek tazminata dönüşür ve aynı taraflar arasında yürümeğe devam eder ya da davanın konusu aynı kalır ama bu kez maddi hakkı devralan, devredenin yerine davaya girer ve ilk davanın tarafları değişmiş olur. Hukuk düzeninin maddi hakla dava hakkı arasında öngördüğü sıkı bağı açıklayacak bundan daha sağlam bir kanıt olamaz.