

TERCÜMELER



## İHTİLÂF VE YARGILAMA (\*)

Yazan

*Francesco CARNELUTTI*

Çeviren

*Asis. Dr. M. TULUAY*

1. Usul hukuku sahasında, yargılama işlevinin belirlenmesine ilişkin olan problemden daha güç bir problemin mevcut olduğunu sanmam. Bu sebeple Calamandrei'in saldırmak; benimse, yargılamanın gayesinin ihtilâfın halli olduğu hususundaki fikrimi savunmak için, çektiğimiz mihnetlerin boşuna olmadığını düşünüyorum. Aziz ve değerli Muarızım, bu problemin bütün usulî sistemin temel taşı teşkil ettiğini söylerken, mübalâğa etmiyor.

Onun yolunu izleyerek verdiğim bu kısa cevabın, haklı olduğunu sanırım, Calamandrei, bu işlevin ifa edildiği hallerde, ihtilâfın halli gayesinin ayırıcı olmayacağını, zira bu takdirde, yargılamanın icrasına yol açan hallerin yarısına yakınının, cebri icra yargılaması ve ceza yargılaması da dahil, bu gayenin dışında kaldığını ortaya koymaya çalışıyor. Şu halde o, yargılama işlevinin yasama ve yürütme işlevleri ile arasındaki farkı belirtmek için başka bir özellik mi arıyor?

Calamandrei kendi düşüncesine göre, benim görüş tarzımın tehlikeye soktuğu yargılama birliğini, belli bir noktada kurtarmak için, Chiovenda'nın "başkasının ( tarafların) faaliyeti yerine, kamu organlarının faaliyetlerinin ikamesi" olarak özetlenebilen kaza hak-

---

(\*) Bu makale ilk defa, "la lite e il processo" ismiyle Rivista di diritto processuale civile, 1923, I, s. 23 vd. ve s. 99 vd. da yayınlanmıştır. Müellifin, Studi di diritto processuale (Padova 1939) isimli eserinin 3. cildinin 19-46. sayfelerinden tercüme edilmiştir.



kını ferdileştiren teorisini, tercih ediyor görünmektedir. Şüphesiz, bu bir görüştür. Bu noktadan, bütün usulî sahaya hâkim olmak neticesine ulaşılır. Bununla beraber, bence, Calamandrei'in de bu sonuçtan memnun kalacağı söylenemez. Her şeyden önce, bu ikamenin neden gerçekleştirilmesi gerektiği sorusuna cevap verilmiş olmadığından, teori zirveye ulaşmış olmamakta, bu teori çerçevesinde, sadece, zirveye doğru bir adım yaklaşılmış olunmaktadır. Böylece bir hukukî olgunun, sadece süslü dış görünüşü açıklanmış olmuyor mu? Bu görüşün semeresi, yargılama faaliyetinin, bir devlet organı tarafından, yasama ve yürütme faaliyetinden farklı olarak, taraflara nazaran icra edildiğinin ortaya konulmuş olmasıdır. Hâkimin karşısında olmak keyfiyeti, yargılamadan başka yerde yoktur. Yasama faaliyeti söz konusu olduğunda, devlet organı karşısında, taraflar yer almaz. Yürütme işlevi sahasında da, taraftan başka kimse yoktur. Yani bu sahada devlet, taraf olarak hareket etmektedir. Şu halde üç işlev arasında, bir muhteva farkı mevcuttur ve araştırılması gereken bu muhteva farkı olmalıdır. Görüldüğü gibi, Chiovenda'nın formülü, yargılama işlevinin, sadece araç olma (strumentale) özelliğini aydınlatmaktadır. Fakat ayırımın gaye bakımından veya hiç olmazsa, herşeyden önce, gaye de nazara alınarak yapılması gerekir.

2. Gerçekten, Calamandrei, bu zarureti hissediyor ve yargılamanın gayesi olarak, ihtilâfın halli yerine, tesbiti ikame ediyor. Görelim:

Tesbit, ne demektir? Meşkûkiyetin (şüphenin) bertaraf edilmesi. Ne zaman meşkûkiyet söz konusudur? Birisinin, (bir hukukî münasebetin varlığı hakkında), şüphe içinde olması halinde. Meşkûkiyet, daima öznel (sübjektif) bir olgudur. Bizim dışımızda değil, içimizdedir. Buna rağmen, nesnel şüpheden (objektif meşkûkiyetten) söz etmeğe devam edilirse (Calamandrei de bundan bahsediyor) ve bu istenmeden söylenilmiş bir söz değilse, derhal göreceğimiz gibi, bu itibarî bir söyleme tarzına (un modo di dire convenzionale) dönüşmekte ve bunun içinde, "meşkûkiyet = şüphe" kendine özgü anlamını yitirmektedir. Fakat, herkesin bildiği gibi, şüphe kişisel yahut tek yanlı olarak kaldıkça, yargılama yapmak gerekmez. Şayet ben, kazaya karşı bazı işçileri sigorta etmek hususundaki borcum hakkında şüphedeysen ve bunun tesbitini hâkim-



den talep ediyorsam, o bana cevap vermiyebilir (hiç olmazsa, ex cathedra). İki taraflı meşkûkiyet, yani uyuşmazlık gerekiyor. Bununla beraber, burada da uyuşmazlığın teorik olmaması, gerçek bir menfaat çatışmasına ilişkin bulunması hususunda herkes mutabıktır. İşte ihtilâf. Bu, özel anlamıyla, tesbitin yargılamanın gayesi olarak vazedilmesinin, benim ihtilâfın hallinden bahsederken söylediğim başka kelimelerle (ve hemen ortaya koyacağım gibi eksik bir şekilde) ifade edilmesidir.

Fakat Calamandrei, tesbit'e, daha geniş bir muhteva tanıyor. Ona göre, bir ihtilâf mevcut olmadığı zaman dahi, tesbite ihtiyaç vardır. Burada, dikkatle gözönünde tutulması gereken, nesnel şüphe (objektif meşkûkiyet) ortaya çıkıyor. Verdiği misale bakalım: Calamandrei; "evliliğin batıl olduğu hususunda, eşler mutabık olsalar da olmasalar da, şüphe mevcuttur; bu şüpheyi, ancak hâkim ortadan kaldırabilir; şu halde hâkimin görevi sadece ihtilâfı halletmekten ibaret olmayıp, ihtilâf hakkında karar vermektir." demektedir. Fakat bir satışın butlanı söz konusu ise, taraflar da bu hususta mutabık iseler, neden bir hükme ihtiyaç olmasın? Meşkûkiyet, şayet birinci halde mevcutsa, ikinci halde de mevcudiyeti kabul edilmek gerekir. Doğru olarak bizzat Calamandrei'in açıkladığı sebep şudur: Onun dediği gibi, satış halindeki menfaatlerin aksine, evlilik halindeki menfaatler tarafların tasarruf serbestisinde değildir. Evliliğin neticelerinin ortadan kaldırılması için, hâkimin somut bir emrine ihtiyaç vardır. İşte bu sebepten, bu sonuçları yaratmak gayesiyle, devletin yargılama organının müdahalesine ihtiyaç vardır: Zira kamu yararı söz konusudur (aile birliğinin korunmasına ilişkin sosyal yarar). Belli bir noktada, Calamandrei'in im ettiği şekilde, kamu oyundaki şüphe hali, asla meseleyi ilgilendirmez. Eğer müsaade ederse, bu ifadenin zerafet değerinden bile mahrum olduğunu söyleyeyim! Meselâ, hakkında kamu oyunun tamamen mutabık olduğu gürültülü bir evliliğin butlanı hali olabilir. Bu durum, hâkimin müdahalesi zaruretinde en küçük bir değişikliğe yol açmaz. Aksine, butlan bir satışa ilişkinse ve bu konuda kamu oyu bölünmüşse, taraflar arasında uyuşmazlık doğmadıkça, bu durum hâkimi ilgilendirmez.

İşte, bu ilgi çekici ve güç nesnel şüphe (objektif meşkûkiyet) kavramını aydınlatmak için, mükemmel bir hareket noktası, Genel



nitelikte emirler olan hukukî normların, sonuçlarını doğurabilme-leri için, somut emirler haline dönüşmeleri gerekir. Bunun, münferit hallerde, hukukî normların tatbiki için, teşkil edilen yargılama faaliyeti vasıtasıyla gerçekleştiği bilinmektedir. Yargılama faaliyetinin mümkün çeşitleri içinde, hukukun objektif meşkûkiyeti olarak isimlendirilen bu durum mevcuttur. Bu kanunilik sisteminin yani genel ve soyut emirlerin bedelidir. Sistem, bu zaruri müşahhaslaştırma faaliyetini devletin, vatandaşlara, daha açıkçası birbirine zıt değişik menfaat sahiplerine emanet etmesi ve kendisini, onların aralarında ihtilâf çıkması sebebiyle kendilerine bırakılan bu görevi yerine getirememeleri halinde müdahale etmekle sınırlandırması şeklinde kurulmuştur. Fakat, kamu menfaatini ilgilendirdiğinden devletin çok önem verdiği ve bu sebeple taraflara güvenip onlara emanet etmediği haller de vardır. Bu halde devlet, normun tatbikini yani somut emrin beyanı yetkisini, kendisinde saklı tutar. Bu Calamandrei'in bahsettiği geniş anlamda tesbit'tir.

Fakat yargılama işlevi bu mudur? Şimdi ortaya konan teşhisin değerli dostumu telâşa düşüreceğini sanırım. Eğer, gerçekten o düşünmek isterse, bu tesbitin karakterlerini, sonraki, değişik derecelerde içindeki emirlerde bulabilir. Aslında, evliliği iptal eden hâkimin emri, kaziyeler içinde ileri sürüldüğü ölçüde, Calamandrei'in tesbit, benim ise kanunun tatbiki olarak isimlendirdiğim hususu ihtiva eder: Bir neticenin ön şartları (unsurları) olarak ortaya çıkar. Başka bir kaç misal vermek için belirteyim ki, av tezkeresi yahut defin ruhsatı için de aynı şeyler söylenebilir. Saf yürütme faaliyetleri olan bu faaliyetlerle, yargısal faaliyetin yapısı (bünyesi) aynıdır; işlevleri farklıdır ve farklılık, haricî menfaat (kamu) ile dahilî menfaat arasındaki fark tarafından sınırlandırılmıştır. Bu konuda Calamandrei'in de sadıkane bir şekilde özetlediği, Lezioni'de, devamlı bir şekilde, söylediklerime atıfta bulunurum.

Yargılama işlevinin muhtevası olarak ihtilâfın halli yerine tesbit konulduğu zaman, bir ikilem (*dilemma*) ile cevap veriyorum: ya tesbiti geniş (kendine özgü olmayan) anlamında anlıyor ve adlî saha ile idarî saha arasındaki sınır çizgisini kaybediyorsun; yahut onu kendine özgü (teknik) anlamında anlıyor ve benim ihtilâfın halli kavramımı, şerhetmekten başka bir şey yapmıyorsun...



3. Bu uygunsuzlukların önünü almak için, yargılama işlevinin muhtevası olarak, tesbitin yerine, hukukun gerçekleşmesini mi ikame etmek istiyoruz? Belli bir noktada, Calamandrei bundan da söz ediyor. Ben de, memnuniyetle, tartışmaya hazırım.

Hukukî kurala riayetle onun gerçekleştirilmesi arasındaki her karışıklık kolaylıkla bertaraf edilebilir. Cümle, itaat edenin değil, emredenin davranışını ima etmektedir. Hukukun gerçekleştirilmesi, hukukî normun konulmasından sonra onun emir işlevinin yerine getirilmesi için gerekli olan faaliyet yığınının ihtiva eder. Şu halde emirlerin ittihazı, aynı zamanda, maddî işlemlerin tamamlanmasıdır. Tamamlayıcı emirler olarak isimlendirdiğim birinciler, daha önce açıkladığım gibi, münferit bir menfaat çatışmasına nazaran normun uygulanmasını hedef alırlar. İkinciler, itaatten bağımsız olarak, normun gayesini gerçekleştirmek için gerekli olan işlemlerdir. Böylece, hükmü ittihaz eden hâkim, hukuku gerçekleştirmiş olur. Fakat onu, silâh taşımaya müsaade eden vali yahut bulaşıcı bir hastalığa tutulmuş olan hastayı tecrit eden sağlık kuruluşu da, aynı tarzda gerçekleştirmektedir. Neden olmasın? İdarî karar ve hattâ mukavele, bir hukukî normun uygulanmasını hedef alan bir emirdir. Yürütme faaliyeti de, yargılama faaliyeti gibi, borçlunun iradesinden bağımsız olarak, normun istediği gayenin elde edilmesi için gerekli maddî şartları yaratmaya yönelmiş olabilir. Hacir kararının ve *rescriptum principis* olarak tanımanın yahut tevkif müzekkeresinin niçin hukukun gerçekleştirilmesi olmadığını bilmek isterdim!...

İşte, tesbit kavramı ile olduğu gibi, bu kavramla da yola çıkmak, bir defa daha, yargılama ile yürütme arasındaki ayırımın kaybına yol açıyor. Onu yeniden ele geçirmek isteyen sorması gerekir: Neden hukuk gerçekleşiyor? Hukukun gerçekleşmesi de, bizzat tescili gibi bir gaye olmayıp, bir vasıta"dır. Bazen bu, hukuki norm bir menfaatin himayesini tazammun etmeyip, bunu bizzat hak sahibinin tasarrufuna bırakmak istediğinden gerçekleşir.. Aksine diğer hallerde, taraflar, normun uygulanmasını belirliyen ihtilâf rejimi hususunda mutabık olmadıklarından, norm işlevini icraya muktedir değildir. İlk halde, gerçekleşme yapısal (fizyolojik) bir olgudur. Normun gayesini elde etmek için, tamamlayıcı emirlerin yahut bahsettiğim maddî işlemlerin katkıda bulunması gereken hukukun



gayelerine uygundur. Aksine ikinci hal, hukukun tedaviyi öngören (patolojik) sahasında ortaya çıkmaktadır: Şayet her şey hukukun dilediği gibi olsaydı, ne hükme ve icraya, ne de cezaya ihtiyaç olurdu. Bu hallerden birincisinde, yani kamusal menfaatler sahasında, hukukun gerçekleşmesi için, bizzat taraf olarak, kamu idaresi faaliyet göstermektedir. İkincisinde ise, hâkim yahut daha genel olarak, yargılama organı faaliyet göstermektedir. Bunun içinde hukukun gerçekleşmesinin ön şartı menfaat çatışmasıdır; İhtilâf (la lite) bunun içindedir.

Böylece, bir başka defa, yargılama işlevinin ferdiştirilmesi için, hukukun gerçekleştirilmesi ölçüsü kullanılmak istenirse, onu ihtilâf kavramına müracaat edilmeden elde edilemiyen bir belirlemeye tabi kılmak gerekmektedir. Yargılamanın kendine özgü (specifico) gayesi, böylece, bir ihtilâfın halli için hukukun gerçekleştirilmesidir. Fakat hukuku gerçekleştirirken değil, hukuku tesis ederken ihtilâfın hallinin mümkün olduğu bir yargılama tipinin varlığı nazara alınırsa, gerçek ayırıcı gayeyi, hukukun gerçekleşmesinin değil, ihtilâfın hallinin teşkil ettiği sonucuna ulaşır.

4. *İhtilâf* : Ne demektir ? Calamandrei, gerek günlük dilde, gerek kanuni formüller içinde, gerekse hukukçular arasında bu kelimenin anlamının belirsiz ve değişik olduğunu müşahade etmektedir. Doğru muhtevayı seçmek ve aydınlatmak için, daha önemlisi, yargılama ve genel olarak, hukuk teorisini tesis etmek için, bize kesin kavramlar gereklidir.

Bu konuda Lezioni'de yaptığım, bir teşebbüsten daha fazla bir şey değildir. İlk olarak, onun mükemmeliğe ulaşmadığını kabul ediyorum. Bilimin tırmanışı, merhalelerle aşılabılır. Şimdi bana, biraz daha yükseğe tırmanmak yeteneğimdeymişim gibi geliyor. Beni nüketeli tenkitleri ile buna iten ve dostum Calamandrei olan, o namuslu ve sâkin hukukçuyu tanımakla kıvanç duyuyorum.

İhtilâfın ayırıcı vasfı (*genus proximum*), menfaat çatışmasıdır. Fakat her menfaat çatışması bir ihtilâf değildir. Menfaat çatışmasının ihtilâf haline dönüşmesi için, iki menfaatten birinin, talep (pretesa) vasıtasıyla hukuki himayeyi istemesi ve diğerinin de ona mukavemet veya itiraz etmesi gerekmektedir. Bunları, şimdiye kadar, pek çok defa söyledim.

a) İddiaya karşı gerçek ihtilâf (contrasto reale), tanınması istenen *menfaatin ihlâlinden* ibarettir. Gerçekten bu ihlâl iddianın



müncer olduğu talebin zıddını tazammun etmektedir. Bunun gerek sosyal açıdan en tehlikeli ihtilâf şekli olduğu ve bu yüzden hâkimin müdahalesinin talep edildiği, gerekse nizam şekil yahut cinsini belirlediği açıktır. Filhakika hukuka aykırı bir işlemin (menfaatin ihlâlinin) mevcudiyeti halinde ikame edilen mahkûmiyet (eda) davasına, tarihi açıdan, saf tesbit davası tekaddüm etmektedir.

Bu niza tipini, ademi ifa ile (borcun) karıştırmamak gerekir. İki durum arasında, hukukun ihlâli ile iddianın (iddia ile ileri sürülen menfaatin) ihlâli arasındaki fark mevcuttur. Bir menfaatin ihlâli, ihtilâflı bir karakter kazanmadıkça, borcun mevcudiyeti ne gerekli, ne yeterli bir şarttır. Haksız (yahut himaye edilmiş bir menfaat olmaksızın) ve bundan dolayı borç olmaksızın, talep olabileceğinden, gerekli değildir. İddia olmaksızın hak (yahut himaye edilmiş menfaat) ve buna tekabül eden bir borç olabileceğinden, yeterli değildir (Karş., Lezioni, C II. n. 115). Bir kimsenin, gerçek olmasa bile, alacaklı olduğunu iddia etmesi, tediye yapılmıyarak ihtilâfın doğumu, yargılamaya sebebiyet verilmesi için yeterlidir. Hattâ, cebri icrası kâbil hüccet (vesika) rejiminin, borcun kesin tesbitinden önce ve bundan dolayı da bir hakkın ihlâlini değil, sadece bir iddianın ihlâlini yeterli görerek cebri icraya müsaade etmesi şartı ile cebri icra yargılaması bakımından yeterlidir.

b) Fakat menfaatin ihlâli, iddiaya karşı yegâne mukavemet faraziyesini teşkil etmez. İddianın konusunu teşkil eden menfaat, ihlâl noktasına varmaksızın, *iddia*, basit bir şekilde *inkâr* da edilebilir. Başka bir ihtilâf çeşidine yol açan bu durum daha az tehlikelidir. Fakat devlet, bilhassa, bu durumun doğurabileceği daha tehlikeli şekilleri önlemek gayesiyle, yargılama işlevinin kullanılmasına müsaade etmektedir.

Bu sebeplerle, hazırladığım usul kanunu projesinin 87. maddesinin muhtevasını teşkil eden ihtilâf tarifi, Lezioni'de yaptığım tarife nazaran daha tam olarak görünmektedir. Şimdi, daha doğru olarak, "*Bir şahıs, bir başka şahsın menfaati ile zıt bir menfaatini talep ettiği zaman, bu talebe karşı, ikinci şahıs menfaatin ihlâli yahut iddianın inkârı şeklinde karşı koyarsa bir ihtilâf mevcuttur.*" denilmesi fikrindeyim.



5. Bir az daha *labor limae*'ye (özveriye) lâayık olan, *Lezioni*'de, hiç olmazsa kısmen anlaşılmaz (muğlâk) kalan bir başka kavram da ihtilâfın hallidir.

Bir ihtilâfı halletmek ne demektir? Yahut, başka kelimelerle, onu halletmek için ne gerekiyor?

Burada özellikle, ihtilâf şekilleri hakkında n. 4 de yapılan ayırımdan faydalanıyorum ve bu ayırımı, açıkca, mahkûmiyet (eda) davası ve tesbit davası ayırımı tekabül etmektedir.

a) İddiaya karşı, sadece inkârda bulunulduğu takdirde, ihtilâfın halline tesbitle ulaşılmaktadır. Gerçekten, kanunun soyut emri, hükümle, hâkimin faaliyeti ile, müşahhaslaşırken ve böylece hükmün spesifik hale getirdiği kanun taraflara ismen uygulanırken, inkâr imkânı bertaraf edilmektedir.

Bununla beraber, kanunun, ihtilâfın hallini *a priori* olarak düzenlemeyip, şekli kanunun ihtilâfın hallini *a posteriori* düzenlemek görevini hâkime tevdi ettiği dispozitif yargılama faraziyelerini de—bizim hukuk sistemimizde nadir olmakla beraber, mümkündür—gözönünde tutmak gerekir. Burada ihtilâf somut bir emirle hallediliyor. Fakat bu somut emrin tesbiti tamamlayıcı bir karakteri yoktur. Hâkim tesbit etmiyor, fakat tanzim ediyor.

Şimdi nazarı itibara alınan ihtilâf tipi bakımından, ihtilâfın hallinin genel formülü, ister tamamlayıcı, ister bağımsız olsun, hâkimin somut emrine yani onun açıklayıcı yahut tanzim edici kararına (hükme) ilişkindir. Bütün bu hallerde, yargılama faaliyeti ihtilâfın halline tahsis edilmiştir.

b) Tabiatıyla, iddianın müteallik olduğu menfaatin ihlâlinde doğan daha ağır ihtilâf faraziyelerine nazaran yapacağımız müşahadeler, farklı olacaktır. Burada ihtilâfın halli kavramı daha karmaşıktır, yahut, hiç olmazsa, daha karmaşık olabilir.

Bu halde de tesbit, ihtilâfın hallinin bir safhası veya gerekli bir unsurudur; yahut daha iyisi; bir safhası veya gerekli bir unsuru olabilir. Fakat yeterli olmayabilir. İzah edeyim:

İki hali ayırmak gerekiyor:

A) Tesbit menfi olabilir. Yani iddianın varlığı ve bununla da ihlâlin kanuna aykırılığı, varit sayılmaz. İddia ile ortaya konan



menfaatin himayesini reddeden hüküm, menfi tesbiti, dispozitif yargılama ile müsavileştirmektedir. Bu vukubulduğunda, yukarda a) alt başlığı altında zikrettiğim sebepler muvacehesinde, ihtilâfın halli gayesi için, başka bir şeye gerek yoktur.

B) Müsbet tesbit faraziyelerinde (iddiayı dermeyan eden lehine tanzim edici hüküm faraziyelerinde) durum başkadır. Burada, herkesin gördüğü gibi, ihtilâfın menfaatin ihlâlinden doğması halinde, menfaatin korunarak ihtilâfın ortadan kaldırılması için, mukave-met edene "haksızsın" demek yeterli değildir. İhtilâfı halletmek için, haksız işlemi ortadan kaldırmak gerekmektedir.

Fakat bu netice nasıl elde edilebilir? Herkesin bildiği gibi, haksızlığın bertaraf edilmesi için *Factum infectum fieri nequit ilkesi* uygulanırken, hukuk düzeni, ihlâl edilen sosyal dengenin yeniden tesisi için, değişik tarzlarda, geçerli addedilen müeyyidelerle takviye edilmektedir. İşte müeyyidenin uygulanmasının, ihtilâfın halli kavramına ithal edilmesinin nedeni ve nasılı... Zira, yargılama haksızlığın tesbitini ortaya koyduktan sonra, haksızlık, tabiatın elverdiği ve hukukun belirlediği tarzlarda, bertaraf edilmezse, ihtilâf halledilmiş olmaz.

Bu görünüş altında, müeyyidenin icra ve ceza olan ilkel (aşlî) iki şekli arasında, yeni bir fark zuhur eder. Ceza değil ama icra, tatmin edici özelliğinden dolayı, gecikmiş ifanın yerine ikame edilebilir. Bundan dolayı mahkûm edilmiş borçlu, ifade bulunarak icrayı (zararın tazminini değil) engelleyebilir. Halbuki hırsız, çalınanı iade ederek, aynı sonucu elde edemez.

Şu halde yanılmıyorsam, dostum Calamandrei icra yargılamasında veya ceza yargılamasında ihtilâf olmadığını söylüyorsa, hataya düşmüş olur. Bilâkis bunlarda, medenî yargılama gibi, ihtilâfı ihtiva etmekte ve onu halletmektedirler. Gerek borcun ve ademi ifanın tesbitinden önce ve gerekse bundan sonra tediye bulunmayan borçlu alacaklı ile ihtilâf halindedir. Ödemedikçe, hattâ haksız olayın bütün neticeleri, kanunun öngördüğü şekilde bertaraf edilmedikçe ihtilâf halindedir. Kendisine karşı ceza yargılaması icra edilen hırsız da, aynı şekilde, ihtilâf halindedir. Fakat ihtilâf ile tartışmayı bir defa daha birbiriyle karıştırırken Calamandrei'in belirttiği tarzda savcıyla değil, bilâkis malı çalınan mağdurla... Ben,



savcının ihtilâfın değil, fakat dava hakkının bir süjesi olduğunu açıkça belirtmekteyim.

Böylece, ikinci tip ihtilâfın halli için, medenî yargılamanın dışında, icra yargılaması yahut ceza yargılaması gerekmektedir. Bunlar yahut bunlar arasında birisi, ihlâl edilen borcun bir tesbiti olmaksızın ihtilâfı halle muktedir olduğuna göre, gerekli olmaktan başka yeterlidir de. Medenî yargılama ile ceza yargılaması arasındaki münasebet gibi, medenî yargılama ile icra yargılaması arasındaki münasebet de pozitif hukuk düzenine tâbidir. Yürürlükteki İtalyan hukuk düzenine göre, bir medenî yargılamanın tekaddüm etmediği hallerde, kural olarak icra yargılamasının faaliyeti söz konusu değildir. Fakat, kanuna göre, en az vasıtayla ihtilâfın haline imkân vermek gayesiyle, yani inkâr olmadığı zaman sadece ihlâlin bertaraf edilmesiyle, tanınan istisnalar gittikçe yoğunlaşmaktadır. Aynı sebepten, ceza yargılaması, kural olarak, cezanın uygulanması gayesiyle, medenî yargılamadan bağımsız olarak inkişaf etmektedir.

6. Şimdi, medenî yargılama teorisini neden alışılmış dava hakkı kavramı yerine, ihtilâf kavramı üzerine tesis etmeye çalıştığımı açıklamam gerekmiyor mu?

Burada, Calamandrei'in berrak sahifelerinde, yeni bir şey aradığım yahut eskiye dönmek istediğim için gerçekten lâayık olup olmadığımı bilmediğim, temiz bir serzeniş görüyorum.

Bu ikinci görüş noktası altında, bana mimarî sahada, rönesansın gotik tarzına hayranlığımı ve hukukî çalışmalarda da bunu tercih ettiğimi itiraftan başka çare kalmıyor. Fakat doğrusu, şayet benim yargılama teorimde yeni bir şey doğuyorsa, bu Calamandrei'in, Wach'a da atıfta bulunarak, bana hatırlattığı *contentio inter partes* kavramı değildir. Biraz sonra ihtilâf ile *contentio* yahut *tartışma* arasındaki farkı ve ikincinin, birinci gibi gerekli ve yeterli bir ön şart olma özelliğinin mevcut bulunmadığını ortaya koyacağım. Bu, *Contentio*'nun ihtilâfın normal bir çeşit alâmeti olduğunu ve pek çok halde ateşin hastalığa refakat ettiği gibi, aşağı yukarı her zaman *contentio*'nun ihtilâfa refakat ettiğini, red anlamına gelmez. Bir zamanlar (hastalık alâmetlerinin birbirine karıştırıldığı zaman olduğu gibi), tartışma, ihtilâfla karıştırılıyordu.



Bu hata tenkitleri davet etti. Böylece Wach, “yargılamanın konusunun tartışılan bir hukukî münasebet olmasının zarurî olmadığını” ortaya koydu. (Manuale del diritto proc. civile tedesco § 2, s. 18). Fakat daha önce, Drechsler (“Medenî yargılama” ve “Hukukî ihtilâf” kavramları hakkında, Archivio per la pratica civile, 1879, s. 405 vd.), “her hukukî ihtilâf bir yargılamayı şart kılarken, her yargılama bir ihtilâfı şart kılmaz.” diyerek sonuca ulaşmıştı. İyi fakat, yargılamanın konusu contentio değilse, nedir? Modern usul hukuku edebiyatını tetkik eden bir kimse, bu sorunun cevabını güçlkle bulur. Halbuki bu cevabın verilmiş olması gerekir. Zarf ile mazruf arasındaki ayırım, usul teorisinin temelini teşkil eder. İşte bundan dolayı usul teorisini, ihtilâf kavramı üzerine tesis ettim. Yargılama ve tartışma ilişkisi (binomio) yanlışsa, bu durum doğru ilişkiyi bulmak zaruretini ortadan kaldırmaz. Bu usul hukuku ilminin, şimdiye kadar, eksik bıraktığı bir görevdir. Bu, “yargılama ve ihtilâf” formülü ile ifa etmek istediğim görevdir.

7. Calamandrei ne ikame etmek istiyor? Yargılama ve dava hakkı (l'azione) 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 olan kimse olarak tarif edilince, cevaplandırılması gereken bir soru kalmaktadır: Fakat niçin onu Ali (Caio) değil de, Ahmet (Tizio) ikame ediyor; yahut Burhan'a (Caio) karşı değil de, Basri'ye (Sempronio) 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 maddî 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 selâhiyeti gibi meşhur formüllerle maddî hukukun mihrabında usulî hakkı kurban edenlerin görüş



tarzları değişik olabilir. Bunlar, netice olarak, yargılamanın muhtevası olarak dava hakkını değil, fakat dava hakkı maskesi altında, *de quo agitur* hukukî münasebeti ikame ediyorlar. Gerçekte, Calamandrei de böyle yapıyor. Makalesinde, bu iki kavramdan birinin diğeri yerine kullanıldığı, açıkca görülüyor.

8. O halde ilişki başka bir şey olmalıdır: Dava ve hukukî münasebet mi? Aslında Calamandrei'in bu başka formüle meylettigi seziliyor. Fakat, ona, böyle yaparken tartışma aşkına değil ama, (doğrusu alkışa lâayık olmayan) gelenek aşkına, yargılamanın ilkel (aslî) tecrübelerini unuttuğunu söylemem gerekiyor.

Fakat nasıl? Herşeyden önce, daha önce üzerinde durduğum, dispozitif yargılamayı hatırlatabilirim. Burada hukukî münasebetin varlığı, bu faaliyet münasebetin mevcut olmadığını tesbitle vurgulandığı zaman nasıl ileri sürülebilir? Bu bence, usul müntesiplerini gerçekçi bir şekilde, yargılamanın muhtevasının ihtilâftan başka bir şey olmayacağını idrak etmeye sevkeden en çarpıcı ve en derin sebeptir. Mülkiyet münasebeti başka şey, mülkiyet ihtilâfı daha başka bir şeydir. Birincisi mâliki şart kılar. İkincisi için, iddia eden yeterlidir. Farzedelim ki, dostum Calamandrei'den, Chioventa'nın villâsını istirdad etmek hevesine kapılmış olayım. Davanın konusunu teşkil eden mülkiyet münasebeti, hani nerede? Meselâ o, ihtilâf yerine, hukukî münasebet temeline dayanarak yargılamada halefiyet teorisini tesis etmeyi denesin. Bana, "neden bu tuhaf davada" diyecektir. Gerçekten bu davayı, argümanımı kuvvetlendirmek için tahayyül ettim. Halefiyet ben göçüp gidince, Chiovendaya karşı tahakkuk eder ve bana halef olan mirasçılarım mülkiyet hukukî münasebeti ile (Calamandrei'e karşı) hiçbir şey yapamazlar.

Kısacası, yargılamanın mevzuu olarak hukukî münasebeti ikame edenlere ilk sorulması gereken husus, "tesbit" olmalıdır. Bu fikirde olanlar, basit bir şekilde, sadece haklı olanlar tarafından değil, haksız olanlar tarafından da dava ikame edilebileceğini unuttuyorlar; *de quo* hukukî münasebet teriminden kelimenin tam anlamıyla ve gerçek bir hukukî münasebet değil, ihtilâftan başka bir şey olmayan bir *quid* anlaşılmalıdır. Bu halde aramızdaki tartışma, bir kelimenin kullanılmasına müncer olmaktadır.



9. Şu halde, ihtilâf. Bu, usul teorisinin temelidir. Calamandrei'in itirazları, ancak fikrimi perçinlemeye yaradı ve bu belki ona vereceğim cevabın çıkış noktası olacaktır. Her ikimizin de hareket mebdei özde aynı olup, başkalarını aydınlatacak bir hakikat ışığı doğsun diye çabalıyoruz.

İhtilâf ve tartışma aynı şey değildir. Dostum bu farkı unutmazsan, teorimde yeniye eskiden ayırmak için yeterli farkı bulursun. Tartışma, ihtilâfın ne gerekli ne yeterli bir şartı olmayıp, ihtilâfın bir işaretidir.

Alacaklı ile, borcuna itiraz etmese bile, vadesi gelmiş borcunu ödemeyen borçlu, alacaklıyı tatmin etmediğinden ve böylece onun menfaatini ihlâl ettiğinden ihtilâf halindedirler. Bu durum tartışmanın gerekli bir şart olmadığını açıklamaya yeter.

Yeterli bir şart değildir: Müsrif oğul, kendisinden hacir altına alınmasını talep eden ebeveyninin talebine karşı çıktığı halde, onunla ihtilâf halinde değildir. Zira, Lezioni'de ortaya koyduğum gibi (II, n. 89) ikisi arasında menfaat çatışması değil, aynı menfaatin değerlendirilmesi konusunda zıddiyet mevcuttur.

Bu söylenenler tartışmanın (bir hukukî normun uygulanması hakkında), gerek tartışmanın mevcut olduğu zaman ihtilâfın hallinin tartışma mevcut olmadığı zamandakinden daha farklı bir şekilde elde edilmesini gerektirmesi ve gerekse, ihtilâf olmaksızın da bazı önemli hukukî neticelerin kontrolü gayesiyle, onun tahrik edilerek ondan faydalanılması anlamlarında, yargılamanın gayelerini etkileyen bir olgu olmadığı anlamına gelmez.

10. İhtilâfsız yargının can alıcı problemini teşkil eden bu son noktayı açıklamaya çalışayım.

Borcunu ödemeyen borçlunun, onu inkâr etmese bile alacaklı ile ihtilâf halinde olduğunu söylemiştim. Bundan başka borçlunun borcunu kabul veya inkâr etmesine göre, ihtilâfın hal tarzları farklıdır. Eğer onu inkâr ederse, herşeyden önce, tesbit yani muhakeme faaliyeti gereklidir. Eğer onu tanırsa, icra yargılaması kâfidir. Alacaklıya icra dairesine takdim edeceği bir vesika (titolo esecutivo) temin etmek için, davalı tartışmadığı zaman (borcunu inkâr etmediği halde) kanun dava yolunun izlenmesini öngörüyorsa



(şimdi böyle bir tanzim tarzının tavsiyeye şayan olup olmadığından sarfınazar ederek), bunun anlamı ihtilâfsız yargılama icra edilmesidir. Borcunu tanıyan ve onu ödemeyen borçlu ile alacaklı arasında ihtilâf mevcut olmadığından yani yargılama vasıtasıyla halledilen bir ihtilâf mevcut olmadığından, yargılama gerçekleşmez. Daha önce belirttiğim gibi, bu hallerde yargılama faaliyeti boşuna icra edilmektedir. Hâkim cebri icrası kaabil bir hüccet vermekten başka bir şey yapmamaktadır. Cebri icrası kaabil hüccetin, noterlerin tanzim etmekle görevlendirildikleri resmî senetlerden olması vakırası, bunun yargılama fonksiyonu olmadığını göstermektedir.

Alacaklı ile mütemerrit borçlu arasındaki ihtilâf, borçlunun borcunu tanımasıyla ortadan kaldırılmış olmaz. Fakat ihtilâfın sadece cebri icra prosedürü ile yahut ondan önce dava ile halledilip halledilmiyeceği tartışmanın varlığına veya yokluğuna tâbidir.

b) Hacir yargılamasında davacı ile hacri istenen arasında bir ihtilâf olmadığını da belirtmiştim. Bunun en güzel delili, davacının ancak savcı olabilmesidir. Burada savcının arkasında, ceza yargılamasında olduğu gibi, mağdur taraf yoktur. Fakat tartışma olabilir ve sık sık vardır. Kanun, bu hesabı yapmakta ve hakikati tesbit edebilmek için en mükemmel vasıta olan tartışmadan faydalanabilmek gayesiyle, hacir şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin kontrolü bakımından tesis ettiği usulü normal bir muhakeme gibi tanzim etmektedir. Bu da bir ihtilâfsız kaza halidir. İhtiva eden (zarf) mevcut olduğu halde muhteva (mazruf), yahut hiç değilse, normal muhteva yoktur.

11. İhtilâfın halli için yargılama yapılması gereği, yargılamanın daha farklı bir gaye için kullanılması imkânını bertaraf etmez.

Bundan başka ihtilâf mevcutsa, yargılama (ihtilâfın halli için) gerekli bir vasıtaadır. İhtilâf olmadığı zaman, faydalı bir vasıta olabilir. Yargılama birinci halde vazgeçilemez, ikinci halde ise yararlanılabilir bir vasıtaadır.

Bu farklı gaye cebri icrası kaabil hüccet'in tanzimi yahut bir hukukî etkinin teşkili, yani n. 3 de tartıştığım, tamamlayıcı emirlerden birinin tanzimi olabilir.



Borçlu borcuna itiraz etmediği hallerde dahi icra olunan mahkûmiyet davası tecrübesi, yargılamanın ihtilâf olmadan da, cebri icrası kaabil hüccetin tanzimine hizmet ettiğini, ortaya koyuyor. Yargılamanın bir hukukî neticenin tesisi veya değiştirilmesine ihtilâf olmadan da hizmet ettiği, hacir ve evliliğin butlanı konusunda yürürlükteki hukuk düzeninden çıkmaktadır.

İhtilâfın mahkemede hallinden sarfınazar ederek, cebri icrası kaabil hüccetin tanzimi bakımından yargılamadan değişik bir vasıtanın ve hâkimden değişik bir organdan faydalanılabilmesi imkânının varlığı, yürürlükteki cebri icrası kaabil hüccet rejiminin niteliğinin değişmesine yol açmaz.

Nihayet, ihtilâf olmaksızın bir hukukî neticenin kurulması yahut değiştirilmesi bakımından, yargılamanın vazgeçilmez bir vasıta olmaması kanunumuzun ayrılık, evliliğin butlanı, hacir, evlât edinme yahut tanımayı tanzim tarzına nazaran ortaya çıkar.

Giurisdizione volontaria'nın belirlediği şekiller içinde, gerçek ve tam bir yargılama yerine, hâkimin hükmünün tesisini gerektiren evliliğin butlanı bakımından değil ama, eşlerin ayrı yaşama hakkındaki mutabakatleri bakımından, mantıkî bir sebep olmamakla beraber, pratik bir gerekçe kabul edilebilir. Esasen hacri, tanımayı veya evlât edinmeyi gerçekleştirmeye tahsis edilmiş vasıta gibi, değişik durumların dahil edildiği farklı rejim, aslî bir farklılık arzetmeyip sadece pratik veya tarihî bir sebebin sonucudur.

12. Yargılama işlevinin, ihtilâfın halli kavramı ile ferdîleştirilmesiyle, arta kalan ihtilâfsız yargılama faraziyelerini, değişik selâhiyetli organlar arasındaki kısmî ve talî işlevler karışımı ile çerçeveyerek, ihtilâfsız yargılamanın tasnifi problemi kolayca çözümlenmiş olur.

İhtilâfın mevcut olmadığı bu hallerde, hâkimin müdahale etmesi ve yargılama icra etmesinin sebebi hakkında, söylediklerime ekleyeceğim hiçbir şey yoktur. Hâkim, seçkin (mümtaz) bir memurdur (yahut, olması gerekir). Adlî saha dışında da çok önemli bazı görevleri devletin ona tevdi etmesi karşısında, buna uygun olarak yetiştirilmesi gereğine işaret etmek isterim: Hattâ, hâkime, adlî saha dışında, lüzumundan çok ve bazen kendisine lâayık olma-



yan işler de tevdi olunmaktadır. Diğer taraftan sabit garantileriyle yargılama çeşitleri, ihtilâf olmadığı zaman bile, hukukî normun uygulanmasını gerektiren unsurların ince bir değerlendirmesine ve bilhassa korunması söz konusu olan çok önemli toplumsal menfaatlerden bazılarının bu değerlendirmede nazara alınmasına hizmet edebilir.

Bazı hallerde ihtilâf olmaksızın yargılamanın ve hâkimin faaliyet göstermesinin gerekçelerini tesbit ettikten sonra, bundan ihtilâfın, yargılamanın belirleyici muhtevası olmadığı neticesini çıkarmak, bence uygun olmayan bir mantık sıçramasıdır. Filhakika (buna cevaz verilseydi) böylece her istisnaya dayanarak, kuralı ortadan kaldırmak mümkün olabilecekti ve özellikle devletin üç işlevi yahut iktidarı ayırımı ortadan kalkacaktı. Ben bu ayırımı, önü alınmayan tarihî krizler sebebiyle tatbikat ve teorinin ihlâllerine rağmen, inanmaya devam ediyorum. Gerçekten bir işlevin organlarının ve şekillerinin değişik bir fonksiyonunun icrası için kullanılmıyacağı görüşü eski bir görüş olup, devletin işlevlerinin ayırımı bu değildir ve bununla karıştırılmaması gerekir. Şayet ben bütçe kanunu faraziyesinden, kanunların yapılmasının, yani bağımsız ve genel emirler ihdasının yasama fonksiyonunun muhtevasını teşkil etmediğini istihraç etseydim ne derdiniz?

Burada, anayasa hukuku doktrininin, aralarında ihtilâf olmaksızın, gerekli olan şeklî kanunlar (leggi improprie) kategorisini kullandığı halde, usul hukukunun şeklî yargılama (Processo improprio) kavramına burun kıvrmasının nedenini anlamadığımı itiraf etmeliyim. Bunun bir tek izahı vardır: Hukukçular belli bir noktaya kadar böyle olmaları hoş görülebileceği halde, inatçı muhafazakârlardır. Bunun için yeni şeyleri, faydalı ve akla uygun olsalar da, duya duya alışmadıkça, kolaylıkla kabul edemezler. Bu durumdan haberdar olarak, dostum Calamandrei'ye, bana fikirlerimi açıklamak fırsatını verdiği için, samimi şekilde teşekkürlerimi sunarım.

13. Yargılama ihtilâfın haline hizmet ediyorsa, hastalığın tedavinin konusunu teşkil etmesi gibi, ihtilâf da, yargılamanın konusunu teşkil eder. Daha önce, Calamandrei'in yargılamanın konusu olarak ister dava hakkını, isterse ihtilâflı hukukî münasebeti gözönü-



ne alma eğiliminin onu mantık hatalarına düşürdüğünü ve kabul edilemez sonuçlara götürdüğünü belirtmişim.

Burada, nazik Muarızıma ince tenkitlerine ne derece saygı duyduğumu göstermek için de, ihtilâfla yargılama arasındaki münasebetin teorisini, Calamandrei'in, ihtilâfın, hiç olmazsa doğrudan doğruya yargılamanın konusu olarak nazara alınamayacağını isbat etmek için kullandığı argümanlara, karşı delillerle takviye ederek cilâlamak isterim. Lezioni'nin dört cildi içinde, ihtilâfla yargılama arasındaki münasebetler hakkında şimdiye kadar ifade ettiğim hususlar, sadece normal muhakeme faaliyetine ilişkindir ve tabiatıyla Calamandrei tenkitlerini normal muhakeme ve bunun içinde halledilmesi gereken ihtilâf çeşidi ile sınırlandıracaktır.

14. Eğer aldanmıyorsam, temel itirazlar şunlardır: Benim fikrimce, mademki, ihtilâfın unsurları hukukî sebepler olmayıp sadece kişiler ( taraflar), maddî değerler ve menfaatlerdir. İhtilâf nasıl olur da, sadece hukukî sebeplerle faaliyet gösteren yargılamanın konusunu teşkil edebilir?

Yargılamada hukukî sebeplerin, sadece tedavide ilâcın haiz olduğu fonksiyonla aynı fonksiyonu haiz olduğu tarzında cevap vereceğim: Hukukî sebepler, hâkimin ihtilâfı tedaviyi başardığı vasıtalarıdır. Yargılamanın hukukî sebeplerle, ihtilâf üzerinde faaliyetle bulunduğu doğrudur.

Bu hukukî sebeplerin ihtilâf kavramına, ilâçların hastalığa yabancı olduğu kadar yabancı olduğu beyanının doğruluğunu izah eder.

Bu, ihtilâfın hukukun tanzim ettiği bir menfaat çatışması olması vakıası ile tezat teşkil etmez; Böylece, sadece hukukun tedavisini hazırladığı ölçüde, onun hal tarzını tesbit ettiği (verdiği) söylenmek istenmektedir. Velhasıl, ihtilâf tedavisi kaabil bir hastalıktır. Fakat, hastalığın bir unsurunun ilâçlar olabileceği neticesinin nasıl istihraç edildiğini anlayamıyorum.

15. İhtilâfı halletmek için, hukukî sebepler ne işe yarıyor? Herkes, ihtilâfın yahut daha doğru bir deyişle, normal muhakemde halledilmesi gereken ihtilâfın (n. 4 ve devamına bkz.), kökleri yahut sebepleri olan meseleleri (le questioni) çözümlenmeye hizmet ettiklerini bilir.



Bu yapıda bir ihtilâf, taraflar çatışmanın düzenlenmesi hususunda, yani birisi tarafından iddia edilen diğeri tarafından reddedilen himayenin ön şartları hususunda görüş birliğinde olmadıklarından doğuyor. Bu ön şartlardan birisi hakkındaki her uyuşmazlık bir mesele (hadise) dir. Hiçbir hadisesi olmayan (bu cins) bir ihtilâf mevcut olamaz. Pek az hadisesi olan ihtilâflar olduğu gibi, pek çok hadisesi olan, eşek arısı kovanına benzeyen ihtilâflar da vardır.

Hadisesiz ihtilâf olmaz; Fakat ihtilâfsız hadise olabilir. Böylece ihtilâf ile hadise arasındaki fark, elle dokunulabilecek hale geldi. Teorik hadise, bir ihtilâfa yol açmaz.

Hadiseler sebeplerle çözülür. Böylece hadiseler ve sebepler arasındaki ayırım da açıkça ortaya konmuş oldu. Buna, yargılama ve ihtilâf arasındaki münasebetleri aydınlatmak için, hâkimden talep edilen kararın vasfını değil, bilâkis hadiseleri nazara aldığımdan, Calamandrei'in, belki benim kusurum sebebiyle, beni yanlış anlamasından korktuğumdan ihtiyaç vardır. Fakat bunun belirlenmesi, zaruri olarak, bir hadiseye bağlanmaktadır. Meselâ davacı bir istihkak kararı talep etmişse, hadise, sadece zilyetliğin himayesini talep etmiş olması halindekinden farklı olacaktır. Velhasıl hadisenin ferdileştirilmesi, mecburen uyuşmazlığın müteallik olduğu normların gösterilmesini ihtiva etmektedir. Nazik okuyucum, bu basit açıklamaları nazarı dikkate alır ve talebin ve hükmün boyutlarının ihtilâf ve hadise tarafından belirlenmiş olduğunu hatırlarsa, Calamandrei'in ikinci makalenin sonunda, aynı ihtilâf bakımından bir istihkak davası ve zilyetlik davası arasında derdesti rüyetliği yahut zilyetlik hükmü sebebiyle istihkak ihtilâfı bakımından kaziyei muhkemeyi kabul ettiğimden bahisle bana çıkışmasının fikrimin *bir reductio ad absurdum* özeti olduğunu kolaylıkla anlayacaktır. Bu, benim Lezioni'm biraz sabırla okunursa, yerle bir olacak iskambilden bir şatodur.

Hukukî sebepler, hadiseleri hallederken ihtilâfın halline hizmet ediyorlarsa, aslında, ihtilâfın sebeplerini bertaraf ederken yahut onun köklerini keserken ihtilâfın hallini temin ediyorlar. Hastalığın sebebini ortadan kaldırarak hastalığı tedavi ediyorlar.

Fakat bu tedavinin konusunun, hastalığa yol açan mikrop olmayıp hastalık olması gibi, yargılamanın konusunun da ihtilâf yerine hadiseler olması demek değildir.



16. Bazen yargılama, bütün hadiseleri hallederken, ihtilâfın tamamen halli için icra olunur. Bazen de hâkimden hadiselerden bazılarını halletmesi talep olunur. Lezioni'de bunu bol bol yaptığımdan, örnek vermiyorum. Fakat suiistimal etmek pahasına, doktorun da, bir defadan daha fazla, hastalığın sebeplerine karşı, ayrı ayrı savaştığını ekliyorum.

Bu basit olguyu tesbit ettikten sonra, bu iki faraziyeye tekabül eden iki yargılama tipinin iki değişik isimle tefrik edilmesinin faydasına inandığımdan tam yargılama (dava) ve kısmî yargılama dan söz ettim.

Calamandrei, içinde mevcut bütün ihtilâf hakkında değilse, davanın yürütülemediğinden bahisle, yargılamanın daima tam olması gerekçesiyle bu isimleri anlamsız buluyor. Bir vazoya alabileceği kadar değil de kısmen su doldurulmuşsa, nüktedan dostum, aynı sebeple vazunun daima dolu olduğunu mu söyleyecek! Doğrusunu söylemek gerekirse, ihtilâf ile yargılama arasındaki nicelik münasebeti, yargılamanın ihtilâf üzerindeki tesirlerinin belirlenmesine nazaran ilmî sahamızın temel problemlerinden birini teşkil ettiğinden araştırılmak ve tesbit edilmek gerekir: Derdestlik, kesin hüküm ve irtibat teorileri buradan harekete geçmektedir. Bunun için, herşeyden önce, cam üzerine iki desen çizildiğinde hangisinin sahasının daha büyük olduğunu görmek için yapıldığı gibi yargılama ile ihtilâfı mukayese etmek gerekir. Bu mukayesenin zaruretinden vazgeçtik, Floransalı nüktedan profesörün bunun faydasını bile inkâr etmesi, beni, onun benim zavallı ihtilâf kavramıma karşı, bazen, ölçüyü kaçırarak derecede derin bir antipati beslediği şüphesine düşürüyor.

17. İhtilâfı kısmen veya tamamen yargılamaya taşımak tarafların bileceği iştir. Filhakika hâkim, onu talebin sınırları dışında halledemez. Gerçekten talep, tarafın ihtilâfı hâkimin tasarrufu altına soktuğu vasıtaadır. Yargılamanın hunisi olduğu söylenebilir.

Calamandrei, hâkimin ihtilâfın değil, talebin karşısında bulunduğunu ifade ediyor. Maksadının ne olduğunu iyice anlamıyorum. Yargılamanın konusunun talep olduğunu mu söylemek istiyor? Herkesin gördüğü gibi talep yargılamanın bir işlemi yahut bir parçası olduğundan ve bu sebeple yargılamanın konusu olmayacağından



Calamandrei'e bu niyeti atfetmeğe cesaret edemiyorum. Talebin hâkimin gözünden ihtilâfı sakladığını mı, yoksa onu masettiğini mi söylemek istiyor? Talep ihtilâfı teşhir ettiğinden, (böyle bir beyan), yargılamanın konusunun talep olduğunu söylemekten daha kötüsü olurdu. Doğrusu, hâkimin, talep vasıtasıyla, ihtilâfın önünde bulunmasıdır.

18. Talebi ikame etmek için bir ihtilâfın mevcut olması ve onu ikame edenin, ihtilâfa nazaran sıfat (legittimazione processuale) olarak isimlendirilen durumda bulunması gerekir. Halbuki, sadece ihtilâfsız yargılama durumlarında, kanunun, hâkimin hükmü olmaksızın elde edilmesine müsaade etmediği hukukî neticelerden birinin mevcudiyeti gerekli ve yeterlidir.

Ya faaliyetle bulunma (agire) menfaati? Calamandrei bu konuya dönüyor ve bana, usul ilminin mutlu bir şekilde aşılmış bir safhasının mutsuz yaklaşımlarından birini teşkil eden bu melez kavram hakkındaki fikrimi açıkca söylemek fırsatını tanıyor.

Esasen katl fiilini ben irtikâp eylemedim; yahut, hiç olmazsa, fer'an iştirak edenler hattâ suç ortaklarım vardır. Yani usul çalışmalarının yargılamanın konusunu teşkil eden quid'e nazaran belirli bir durumda olmaktan (hak sahipliği, yahut nasıl denir? temas halinde) ibaret olan legitimatio ad causam (sıfat) kavramından onu ayırdıkları zamandan beri o ölmüştür. Eğer ölmemişse, can çekiyor<sup>1</sup>.

1) Calamandrei, meşkûkiyet üçüncü bir kişinin fiilinden doğduğu zaman tesbit imkânından bahisle bana itiraz ediyor. Dostumun Chiovenda'nın bana atıfta bulunan sahifelerini (Principii, s. 177 vd.) derin bir şekilde düşünmesini isterdim. Otorite güzel bir şey : sed magis amica veritas : üçüncü kişinin sebep olduğu bu meşkûkiyet, biraz daha yakından nazarı itibara alınmaya değen, ilginç bir şekil...

Şu halde ben Burhandan (Tizio) 100 lira alacaklı olduğumu ifade ediyorum. Burhan bunun borçlusu olduğunu kabul ediyor. Ümit (Sempronio) bunun doğru olmadığını söyleyerek eğleniyor. Benim Burhana karşı harekete geçebileceğim, Chiovenda'nın aklından geçmedi. Fakat o, Ümit'in bu şüphesi sebebiyle benim alacağı temlik etmemin güçleşeceği faraziyesini ortaya koyuyor. Calamandrei'in ifade tarzına göre, Burhana karşı yargılama zaruri mi olacaktır? İkisinden biri : Ya Burhan borcu tanır ve güçlükler yok olur veya borca itiraz eder ve ihtilâf do-



Talep edenle, iddia yahut itiraz edilen hukukî netice arasındaki münasebete nazaran menfaat böylece bertaraf edildikten sonra geriye ne kalır? Calamandrei, aslında, onu yargılamanın gereği, yani, hedef alınan neticeye ulaşmak istenirse yargılama ile temin edilen, tarafın içinde bulunduğu ihtiyaç olarak nazara alıyor. Fakat bu ihtilâfın mevcudiyetinin inikâsından (yahut ihtilâfsız yargılama hallerinde, kanunun belirli neticelerin tahakkuk edebilmesi için yargılamanın müdahalesini gerektirdiği durumlardan birisinden) başka bir şey değildir. Şu halde bir ihtilâf (yahut adı geçen durumlardan birisinin) mevcut olduğu söylendiğinde ona nazaran legitimo'yu (sıfatı) teşkil eden belirli bir hukukî durumda bulunulması gerekir ve herşey söylenilmiş olur; Faaliyette bulunma menfaati, arabanın beşinci tekerleğinden başka bir şey değildir. Doktora git-

---

ğar. Şüphesiz sükût faraziyesi de ortaya çıkabilir : Fakat bu halde verbis yerine factis'ten ibaret olan (kanun onu menetmemişse) irade açıklamalarının şekilleri hakkındaki meşhut kriter tatbik olunur ve belirli bir talep karşısında ağız açılmadığı zaman, tecrübeye göre, belirli bir anlam istihraç edilerek (Dernburg'un dediği gibi, **potuit et debuit loqui**) konuşmazken de bu yapılabilir. Bu faraziye diğer ikiden birine ve açıkça ikinciye şamil olmaktadır.

Chiovenda'nın örneklerinden bir başkasını alalım. Ben bir gayrimenkul satmak istiyorum; fakat, iktisap eden Ümit, mülkiyetin geldi kayıtlarında, benim muvazaalı olduğumu beyan ettiğim Burhan'a yapılan bir satış buluyor; fakat ben onu ihlâl ediyorum. Yahut bir gayrimenkul parselinin Burhan'dan iktisap ettiğim gayrimenkulün tapu kayıtlarına dahil olup olmadığı hususunda ihtilâf olsun. Okuyucu, metinde verdiğim diğer örneğe ait muhakeme tarzını tatbik edebilir. Eğer Burhan satımın muvazaalı olduğumu yahut parselin tapumun muhtevasına dahil olduğumu kabul ederse Ümit'in neden memnun olmaması gerektiğini bilmek isterdim. Burhan kabul etmezse, itiraz eden üçüncü kişi değil, taraftar.

Esasen, Chiovenda'nın üçüncü kişinin itirazından doğan bir tesbit menfaatinin düşünmüş olduğundan şüphe duymaktayım. İfadesi aynen "Kanunun iradesini hak sahibinin veya üçüncü kişinin kafasında şüpheli kılan, harici, objektif bir olaya ihtiyaç vardır" tarzında olup açık değildir. İhtilâfın muhtemel yokluğundan ziyade taraflar arasındaki ihtilâfın menşesine imada bulunmaktadır.



mek için hastalık yeterlidir. Onu tedavi ettirmek için, menfaatin gerektiğini de söylemeye ihtiyaç var mı?

Şu halde yargılama nazara alındığında, ihtilâf, sadece faaliyette bulunmanın bir şartı olmakla kalmayıp, ihtilâfın mevcudiyeti bu faydasız şartı da (menfaat) maseder ve dava hakkının şartları sadece ihtilâf ve sıfat olmak üzere ikidir<sup>1</sup>.

19. Calamandrei'in tenkitlerine karşı, ihtilâf ile yargılama arasındaki münasebetler hakkındaki görüşlerimi savunmayı bitirmiş oldum.

Fakat şimdi, iki kavramın ne olduğunu sormaktan ibaret olan karşı ithama geçmeliyim: Yargılamanın muhtevası olarak nazara alınan ihtilâf ve dava hakkı kavramlarını... Bizzat o, sonunda, bu noktadaki uyuşmazlığı vurguluyor. Fakat tartışmayı, bu noktadan, derdesti rüyetlik ve kesin hüküm konusunda ve özellikle hadise kavramı hakkında daha önceden belirttiğim gibi, benim teorimin olduğu kadar onun yanlış anlamasının bir inikâsı olan bir hataya sürüklemek istiyor.

Halbuki Calamandrei devam etseydi, meselâ, ihtilâf kavramını temel almayan şüphesiz daha itamada şayan ve daha âlim usul şarihlerinde dava haklarının yığılması ve değişmesi ilkelerinin (benim tehlikeli terminolojimi kullanmamak için böyle diyorum) sistemli bir düzenlemesini arasaydı ilgi çekici olur ve Lezioni'nin dördüncü cildinin birinci bölümünde ulaşıldığını sandığım, tamlık ve beraklıkla bu haşin mevzuu çerçevelemeye muvaffak olurdu.

Bu cüretkâr sözler için özür dilerim.

Fakat yazdıklarımı (ve şüphesiz, istihza gölgesi olmaksızın) sadece orijinal bulan dost Calamandrei'e cevap vermek hakkım, hattâ görevimdir (fikirlerimden ziyade müşterek ideal aşkına). Kristof Kolomp da malûm yolculuğunu yapmak için diretirken orijinaldi ve bunun semeresi Amerika'nın keşfi oldu. Şimdi orijinaliteyi bir yana bırakalım ve neticeleri gözleyelim. Burada bekliyorum dostum.

Pusula iyi olduğunda hedef şaşmıyacağından rahat bekliyorum. Pusulamın manyetik iğnesi bir parça akliselimdir. Bu, bazen, ilmî sahada orijinalite kazandırıyorsa, benim kusurum değildir. Usul



teorisini, yargılamanın ihtilâfın halli için icra edildiği kavramına dayandırırken bana yol gösteren akli selimden başka bir şey değildir. Calamandrei, yargılamanın bir hukukî münasebetin tahkiki için yapıldığı söyleyerek bana cevap verirken gaye ile vasıtayı değiştiriyor. Ve böylece onunki ve başka teoriler ortaya boş bir yargılama çıkarıyorlar, yani muhtevayı aydınlığa kavuşturuyorlar. Hepsinden fazla, bu öneriyle, kararlı yahut farkında olmadan, dava hakkının, doktrinimizin bir çeşit *bonne à tout faire*'i (herşeye elverişli nesnesi) olmasına hizmet ediyorlar. Bütün argümanlardan sarfınazar ederek, bir an için, lehe hüküm elde etmek hakkı olarak dava hakkı kavramını kabul edelim. Halka yargılamanın, veya istersek, hukukî münasebetin tahkikinin, dava hakkının gerçekleştirilmesi, yahut tatmini için icra edildiğini söylersek, halk bundan ne anlayacaktır? Bunu söylemek, akliselimin sarıldığı basit kıyastan yararlanmağa devam edersem, hastalığı tedavi etmek yerine, hastanın arzusunu tatmin etmek için, tedavinin yapıldığını söylemek gibi bir şey olurdu. Halk soracak; Dava hakkı nereden doğuyor? Ve bizim görevimiz halkın sorularına cevap vermektir.