

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. bası, 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. bası, Ankara 1979; ÖNEN, E., Medeni Yargılama Hukuku, s. 53, Ankara 1979; POSTACIOĞLU: İ., Medeni Usul Hukuku Dersleri, s. 179, 6. bası, İst. 1975; ÜSTÜNDAĞ, S. Medeni Yargılama Hukuku, C. I, s. 219, 2. bası, 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 yargılama 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 kullanılmasında 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 açıkla maya yetmiyeceği 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 maddi hakkın, medenî yargılama hukuku medenî (maddi) 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 ikbarıyla 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 göründü: 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'ın «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 oluşturuyordu. 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 değiştirmesi 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. Hepsi 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 düzeninin 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) Hepsi 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 gözükmektedir 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 elemanlardan 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 gerçekliğin, 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 **maddî 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 yalnılgısına 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, medenî yargılama hukuku doktrinini izlemeye devam edelim.

7. — Medenî 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)». Medenî 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).

Medeni hukuktan alınan usul ilişkisi kavramı, yargılama ilişkisinin ve usul işlemlerinin geçerliliği, iptal edilebilirliği, hükümsüzlüğü konusunda medeni hukukun iyice belirlenmiş kavramlarının usul hukuku alanında uygulanmasına elverişli, temel bir kategori olarak görülüyordu. Dış teknik bakımından medeni hukuka bağımlı kalınırken, yani medeni yargılama hukukunu açıklamak için medeni hukukun zengin ve üzerinde çalışılmış olan kavramları kullanılırken, (42) diğer taraftan da medeni 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 davalara 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 berak 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 anlatamamaktadır. 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 yararla 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) CALAMANDREİ, 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.

